

---

# Tendenzen der neueren Rechtsprechung des EuGH

Siegbert Alber\*

## Inhalt

- I. Die Rolle des Gerichtshofes in der Europäischen Rechtsordnung
- II. Prozessuale Aspekte
  - 1. Entscheidungen durch Beschluss
  - 2. Vorlageberechtigte Gerichte
  - 3. Zur Zulässigkeit
  - 4. Prüfung der Begründetheit ohne vorherige Prüfung der Zulässigkeit
  - 5. Zur Klageberechtigung natürlicher und juristischer Personen
    - unmittelbare und individuelle Betroffenheit
  - 6. Zum vollwertigen Rechtsschutz
- III. Materiellrechtliche Aspekte
  - 1. Zu den Rechtsgrundlagen
  - 2. Rechtsgrundlage und Kompetenzabgrenzung
  - 3. Zu den Grundrechten
  - 4. Rechte der Tiere
  - 5. Die Gleichstellung von Männern und Frauen
  - 6. Rechte aus der Unionsbürgerschaft – das Aufenthaltsrecht
  - 7. Zum Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen
- IV. Zulässige Gründe für die Beschränkung einer Grundfreiheit
  - 1. Primärrechtliche Ausnahmeregelungen

---

\* Prof. Siegbert Alber, Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Antrittsvorlesung vom 4. November 2002 an der Universität des Saarlandes, Saarbrücken. Der Text wurde gegenüber dem Vortrag aktualisiert (Stand: 1. Februar 2003) und teilweise erweitert. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten.

- a) Gewerbliche Schutzrechte
  - b) Der Umweltschutz
2. Zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses als Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung
- a) Gläubigerschutz
  - b) Verbraucherschutz und Schutz der Sozialordnung
  - c) Die Steigerung staatlicher Einkünfte
  - d) Wirtschaftliche und finanzielle Gründe
  - e) Die Kohärenz eines Systems

Herr Pro-Dekan, Frau Minister, meine Damen und Herren Professoren, werte Gäste, meine sehr verehrten Damen und Herren,

zunächst möchte ich mich bei der Universität des Saarlandes nochmals herzlich dafür bedanken, dass sie mich im Frühjahr zum Honorarprofessor ernannt hat. Mein Dank gilt gleichermaßen der juristischen Fakultät wie dem Europa-Institut. Ich weiß die hohe Auszeichnung sehr wohl zu schätzen. Als ich 1998 gebeten wurde, einen Lehrauftrag zu übernehmen, war ich eigentlich zunächst gar nicht so begeistert. Aber die hohe Reputation des Europa-Instituts hat mich überzeugt und meine Tochter, die hier studierte, hat auch entsprechend nachgeholfen. Ich habe die Zusage nicht bereut, im Gegenteil.

Die Lehrtätigkeit ist keine Einbahnstraße. Ich gebe nicht nur mein bescheidenes Wissen weiter, sondern bin mitunter selbst Lernender, stellen doch die Studierenden manchmal Fragen, zu deren Beantwortung man sich erst sachkundig machen muss. Ich gebe natürlich nie gleich zu, dass ich eine Frage nicht beantworten kann, sondern komme in der nächsten Vorlesung rein zufällig wieder auf diesen Punkt zu sprechen. Also, der Nutzen ist wohl wechselseitig.

Für den heutigen Vortrag habe ich auf Wunsch das Thema „Tendenzen der neuen Rechtsprechung des EuGH“ gewählt. Nachdem ich diesen Titel telefonisch durchgegeben hatte, las ich in der bestätigenden Rückmeldung – wie ich erwartet bzw. befürchtet hatte – etwas anderes, nämlich: „Neuere Tendenzen der Rechtsprechung des EuGH“. Ich weiß, dass die Zuhörer natürlich immer gerne etwas Neues und lieber noch etwas Spektakuläres erwarten. Damit kann ich nicht dienen, denn von neuen Tendenzen der europäischen Rechtsprechung kann man nicht unbedingt sprechen. Der Europäische Gerichtshof ist also studentenfreundlich; er wechselt die Grundzüge seiner Judikatur nicht ständig. Im geschäftlichen Leben dagegen werden dauernd neue Innovationen gefordert. Wenn z.B. ein Gourmet-Lokal seinen Michelin-Stern behalten will, muss es immer neue Gerichte

kreieren; erst die Kombination von Sauerkraut mit Salzhering auf Vanillesoße gilt als kreativ. Zum Glück ist es in der Rechtsprechung nicht so. Obwohl viele immer eine neue Tendenz erwarten, ist der Europäische Gerichtshof da doch etwas vorsichtiger. Ich werde also notgedrungen auch auf einige Fälle eingehen, in denen der EuGH „nur“ – vielleicht ist dies auch eine Tendenz – seine Judikatur bestätigt hat, und zwar auch in Fällen, in denen – vor allem von Teilen der Wissenschaft, aber auch von Generalanwälten – eine Änderung erwartet oder zumindest erörtert wurde. Erwähnt werden sollen auch Urteile, die manche vielleicht nicht für dogmatisch sauber konstruiert halten oder gar als eine Kompetenzüberschreitung ansehen, die aber als Einzelfallentscheidungen zu sehen sind, die primär auf ein gerechtes Ergebnis abzielen. Gerechtigkeit ist sicher wichtiger als eine Doktrin. Ich kann mich noch schmunzelnd daran erinnern, dass ein Professor einem Richter einmal vorhielt, in den Urteilen des EuGH sei keine Doktrin erkennbar. Dieser hat etwas verärgert erwidert, der EuGH entscheide Fälle und entwickle keine Doktrinen. Da ist sicher etwas Wahres dran, obwohl sich der Gerichtshof schon an Doktrinen hält und die Fälle auch dogmatisch prüft. Umgekehrt haben wir mitunter wiederum den Eindruck, dass manche Wissenschaftler zu sehr in eine Doktrin verliebt sind und dadurch manchmal souverän den Sachverhalt des Einzelfalles vernachlässigen. Ich glaube, in der Mitte trifft man sich am Besten.

## I. Die Rolle des Gerichtshofes in der europäischen Rechtsordnung

Gemäß Artikel 220 EGV sichert der Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages. Es geht also um die Sicherung des Rechts und um seine Wahrung und nicht um die Schaffung von Recht. Generell wird man dazu sagen können, dass der EuGH heute in seiner Rechtsprechung vielleicht nicht mehr so „mutig“ oder so „progressiv“ ist, wie er es schon war, was ihm natürlich auch wieder vorgehalten wird. Unser Präsident hat es nicht gerne, wenn wir einen Vortrag mit dem Titel anmelden „Der EuGH als Motor der europäischen Integration“. Durch seine Rechtsfortbildung war der Gerichtshof dies früher sicher. Doch heute ist es infolge der nunmehr erreichten Regelungsdichte des europäischen Rechts nicht mehr unbedingt notwendig, legislative Lücken im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen. Der Gerichtshof hält sich heute insoweit relativ zurück und bringt – wenn etwas nicht geregelt ist – mitunter zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber dies wohl habe nicht regeln wollen. Nur wenn erkennbar ist, dass die fehlende Regelung nicht beabsichtigt war, schließt der Gerichtshof die Lücke anhand von Sinn und Zweck der übrigen Normen, also in teleologischer Auslegung. Der EuGH sieht seine Rolle demzufolge nicht primär als Motor der Integration, sondern als Wächter des europäischen Rechts. Die Rechtsfindung und

nicht die Rechtsschöpfung steht im Vordergrund. Dabei ist der Gerichtshof sicher nicht so „mutig“, sagen wir mal wie die Generalanwälte, wozu ich noch einige Beispiele bringen möchte. Allerdings sei gleich relativierend angemerkt, dass auch die Generalanwälte keine Vorschläge machen, die nur dem Gesetzgeber zustehen.

Ich möchte das Thema in zwei Teile aufgliedern. Zuerst werde ich einige verfahrensrechtliche Fragen ansprechen und sodann eine Reihe materiell-rechtlicher Aspekte erörtern.

## II. Prozessuale Aspekte

### 1. Entscheidungen durch Beschluss

Was die verfahrensrechtliche Seite anbelangt, so wird man allgemein sagen können, dass der EuGH inzwischen verstärkt von der Möglichkeit Gebrauch macht, durch Beschlüsse statt durch Urteile zu entscheiden. Dies ist nach Artikel 92 unserer Verfahrensordnung dann möglich, wenn eine Klage offensichtlich unzulässig ist, oder nach Artikel 104 § 3 der Verfahrensordnung des EuGH, wenn in einem Vorabentscheidungsersuchen „eine zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage mit einer Frage überein[stimmt], über die der Gerichtshof bereits entschieden hat, oder [wenn] die Antwort klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden [kann], oder [wenn] die Antwort keinen Raum für vernünftige Zweifel [lässt]“, wie es aufzählend in Artikel 104 § 3 VerfO heißt. In beiden Fällen wird der Generalanwalt nur angehört; Schlussanträge werden nicht vorgelegt. Im zweiten Fall, also bei Vorabentscheidungsverfahren, muss allerdings den Prozessbeteiligten eine Gelegenheit zur Äußerung gegeben und das vorlegende Gericht unterrichtet werden. Gemäß Artikel 119 VerfO können – ebenfalls nach vorheriger Anhörung des Generalanwalts – auch Rechtsmittel durch Beschluss zurückgewiesen werden, wenn sie offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet sind.

### 2. Vorlageberechtigte Gerichte

Bei Vorabentscheidungsersuchen wird neuerdings auch verstärkt geprüft, ob es sich bei der vorlegenden Instanz um ein vorlageberechtigtes Gericht handelt. Ein grundlegendes Urteil dazu ist dasjenige in der Rechtssache *De Coster*<sup>1</sup>. In diesem Urteil heißt es in der Randnummer 10:

„Nach ständiger Rechtsprechung stellt der Gerichtshof zur Beurteilung der rein gemeinschaftsrechtlichen Frage, ob eine vorlegende Einrichtung ein

<sup>1</sup> Urteil vom 29.11.2001 in der Rs. C-17/00, *François De Coster/Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boitsfort*, Slg. 2001, I-9445.

Gericht im Sinne des Artikels 234 EG ist, auf eine Reihe von Gesichtspunkten ab, wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit [...].“

Diese sechs Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Ein Problem hierbei ist die Notwendigkeit eines streitigen Verfahrens. Der Gerichtshof legt auf die kontadiktorischen Verfahren einen großen Wert, was ich an sich bedauere, weil damit beispielsweise Registergerichte trotz ihres offenkundigen Gerichtsstatus nicht vorlegen können.<sup>2</sup> Wenn in einem solchen Fall die Frage als unzulässig angesehen wird, bringt dies in der Praxis meistens nichts, weil dann eben die nächste Instanz vorlegt.<sup>3</sup>

### 3. Zur Zulässigkeit

Ansonsten ist der Gerichtshof bei Fragen zur Zulässigkeit relativ großzügig, allerdings nur bei Vorabentscheidungsersuchen. In vielen Urteilen wird der Satz wiederholt: „Insoweit genügt der Hinweis, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen der durch Artikel 234 EG geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts ist, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Betreffen daher die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden [...].“ Mitunter heißt es noch zusätzlich: „Der Gerichtshof kann es aber nur ablehnen, über eine von einem nationalen Gericht zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage zu befinden, wenn offensichtlich ist, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, um die das vorlegende Gericht ersucht, in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [...].“<sup>4</sup> Auch was die

<sup>2</sup> Beschlüsse vom 22.1.2002 in der Rs. C-447/00, *Holto*, Slg. 2002, I-735, vom 10.7.2001 in der Rs. C-86/00, *HSB-Wohnbau*, Slg. 2001, I-5355 sowie Urteil vom 14.6.2001 in der Rs. C-178/99, *Salzmann*, Slg. 2001, I-4421.

<sup>3</sup> In dem von Frau Salzmann angestrengten Prozess, der bereits Anlass zu dem Urteil vom 14.6.2001 gegeben hat (zitiert in der vorigen Fußnote), hat mittlerweile die Berufungsinstanz dieselben Fragen erneut vorgelegt (Rs. C-300/01, noch anhängig).

<sup>4</sup> Siehe Urteil vom 10.5.2001 in den verb. Rs. C-223/99 und C-260/99, *Agorà* und *Exelsior*, Slg. 2001, I-3605, Rdnrn. 18 u. 20. So auch Urteil vom 21.11.2002 in der Rs. C-473/00, *Cofidis*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar, Rdnr. 20.

Formulierung der Vorlagefragen anbelangt, ist der Gerichtshof konziliant. Mitunter sagt er direkt, dass die Frage umzuformulieren ist und tut dies dann selbst. Manchmal weist er nur dezent darauf hin und sagt dann bei Prüfung der Frage, dass diese dahingehend zu verstehen sei, dass ... oder: Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ... und dann schließt sich der vom EuGH präzisierte Wortlaut an.

#### 4. Prüfung der Begründetheit ohne vorherige Prüfung der Zulässigkeit

Verfahrensrechtlich interessant ist auch das Urteil in der Rechtssache *Rat/Böhringer*<sup>5</sup>. In diesem hat der Gerichtshof ausgeführt, dass man die Zulässigkeit nicht unbedingt in jedem Fall zuerst prüfen muss, wenn offenkundig ist, dass die Rechtssache als unbegründet abzuweisen ist. Deshalb wurde in dieser Sache das eingelegte Rechtsmittel auf Teilaufhebung eines Urteils des Gerichts erster Instanz abgewiesen, soweit darin festgestellt wurde, dass über die Einrede der Unzulässigkeit gegen eine als unbegründet abgewiesene Klage nicht entschieden zu werden braucht. Allerdings muss man beachten, dass das Gericht erster Instanz die Einrede der Unzulässigkeit nur deshalb nicht zu prüfen brauchte, weil sich die Unbegründetheit aus einem Parallelverfahren ergab und beide Rechtssachen – allerdings erst im Urteil – miteinander verbunden wurden. Also ganz losgelöst vom Gesamtzusammenhang kann man die Zulässigkeitsprüfung nicht übergehen. Immerhin wird man sagen können, dass – bedingt und beeinflusst durch die französische Tradition – der Gerichtshof in prozessualen Fragen etwas großzügiger denkt als vielleicht ein deutsches Gericht dies täte. Ich empfinde es als wohltuend, wenn auch flexibel und pragmatisch entschieden wird.

#### 5. Zur Klageberechtigung natürlicher und juristischer Personen – unmittelbare und individuelle Betroffenheit

Von besonderer Bedeutung aus prozessualer Sicht ist die neuerdings wieder in den Vordergrund getretene Streitfrage, inwieweit Private, also natürliche oder juristische Personen, im Rahmen von Nichtigkeitsklagen – gleiches gilt übrigens für Untätigkeitsklagen – klagebefugt sind. Solche Nichtigkeitsklagen, die bei fehlender Klagebefugnis unzulässig sind, haben gemäß Artikel 230 EGV zum Ziel, die Rechtmäßigkeit der rechtsverbindlichen Handlungen des Europäischen Parlaments, des Rates, der Kommission und der Europäischen Zentralbank zu überprüfen. Während die Mitgliedstaaten, der Rat und die Kommission – als privilegierte Kläger – immer klagebefugt sind und das Parlament<sup>6</sup>, der Rechnungshof und die Europäische Zentralbank – als sogenannte „teil-privilegierte Kläger“ –

<sup>5</sup> Urteil vom 26.2.2002 in der Rs. C-23/00 P, *Rat/Böhringer Ingelheim*, Slg. 2002, I-1873.

<sup>6</sup> Gemäß Artikel 230 Absatz 2 EGV in der Nizzaer Fassung wird auch das Europäische Parlament zum voll-privilegierten Kläger.

dann klagen können, wenn ihre Rechte betroffen sind, sind Dritte nur dann klagebefugt, wenn sie unmittelbar und individuell betroffen sind. Während die Mitgliedstaaten und Organe direkt beim EuGH klagen können, müssen Private zudem auch zuerst das Gericht erster Instanz anrufen. Wörtlich heißt es in Artikel 230 Absatz 4 EGV:

„Jede natürliche oder juristische Person kann [...] gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen“.

Bei einer an den Kläger selbst ergangenen Entscheidung ist die Voraussetzung immer gegeben. Richtlinien brauchten in der Bestimmung nicht erwähnt zu werden, da sie sich an Mitgliedstaaten richten und Dritten direkt keine Verpflichtungen auferlegen können; dies tun erst die nationalen Umsetzungsakte, gegen die dann gegebenenfalls nach nationalem Recht geklagt werden kann. Bleiben also Verordnungen und an andere Personen gerichtete Entscheidungen. Den Verordnungen entsprechen auf nationaler Ebene die Gesetze, gegen die Einzelne – weil die Gesetze (wie die EG-Verordnungen) abstrakt gesehen sich an alle richten – ebenfalls schwerlich klagen können; auf die Normenkontrolle soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Nun sind viele Verordnungen aber „self-executing“; d.h., sie bedürfen keiner weiteren Durchführungsmaßnahmen, gegen die gerichtlich vorgegangen werden könnte. Dies ist bzw. war auch der Fall in den beiden aktuellen Rechtssachen *Jégo-Quéré*<sup>7</sup> und *Unión de Pequeños Agricultores*<sup>8</sup>. Im ersten Fall verbietet die „Verordnung (EG) Nr. 1162/2001 [...] zur Wiederauffüllung des Seehechtbestandes [...]“ den Fischereiunternehmen den Einsatz von Grundsleppnetzen mit einer Maschenöffnung von weniger als 100 mm; im zweiten Fall schafft die „Verordnung (EG) Nr. 1638/98 [...] über die [...] Marktorganisation für Fette“ besondere Beihilfen für Kleinerzeuger von Olivenöl ab. Im ersten Fall klagt eine französische Fischfang-Reederei gegen die Verordnung. Da die Verordnung keine weiteren Durchführungsmaßnahmen erfordert, bliebe dem Fischereiunternehmen eigentlich nur die Möglichkeit, gegen die Bestimmungen der Verordnung zu verstößen und dann gegen die verhängten Sanktionen zu klagen, ein Vorgehen, das unzumutbar erscheint. In der zweiten Rechtssache klagte ein Berufs- und Interessenverband kleiner spanischer Landwirtschaftsbetriebe. In diesem Fall bliebe den Betroffenen zwar die Möglichkeit, trotzdem Beihilfen zu beantragen und dann gegen den unausweichlichen Ablehnungsbescheid zu klagen. Da der nationale Richter wohl aber keine Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung und ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht hätte, würde er auch kein Vorabentscheidungsersuchen stellen, das die Parteien sowieso nicht unmittel-

<sup>7</sup> Urteil vom 3.5.2002 in der Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré/Kommission*, Slg. 2002, II-2365. Die Kommission hat ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil eingelegt (Rs. C-263/02 P, noch anhängig).

<sup>8</sup> Urteil vom 25.7.2002 in der Rs. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Rat*, Slg. 2002, I-6719.

bar erzwingen könnten. Auch in diesem zweiten Fall gibt es also praktisch keinen Rechtsschutz, es sei denn – und dies gilt auch für den ersten Fall –, man betrachtet die Kläger nicht nur als unmittelbar betroffen, was der Fall ist, sondern auch als individuell betroffen, so dass sie eine Nichtigkeitsklage gegen die Verordnung erheben könnten.

Nur nebenbei sei noch angefügt, dass gegen eine pflichtwidrige Nichtvorlage einer Frage gegebenenfalls im nationalen Rechtsweg vorgegangen werden kann, in Deutschland z.B. durch eine Verfassungsbeschwerde gestützt auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG, da der EuGH gesetzlicher Richter ist.<sup>9</sup>

Zur individuellen Betroffenheit hat der Gerichtshof schon 1963 in der Rechtssache *Plaumann*<sup>10</sup> ausgeführt: „Wer nicht der Adressat einer Entscheidung ist, kann nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“. Auch Ende 2001 hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Antillean Rice Mills* ebenso entschieden.<sup>11</sup> Da sich in den beiden neuen Fällen die gleiche Problematik wieder stellt, hat ein Autor kürzlich seinen Aufsatz mit der Frage überschrieben: „*Will Plaumann never end?*“

Generalanwalt *Jacobs* hat in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Unión de Pequeños Agricultores*<sup>12</sup> eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung angeregt und dies auf 37 Seiten und in 106 Randnummern auch ausführlich begründet. Auch er ist der Meinung, dass die Verengung der Klagebefugnis zu einer Einschränkung des Rechtsschutzes führen könne. Eventuell mögliche Schadensersatzklagen nach Artikel 235 in Verbindung mit Artikel 288 EGV oder die Geltendmachung der Unanwendbarkeit einer Verordnung im Wege der Inzidentkontrolle gemäß Artikel 241 EGV hält er zu recht für nicht ausreichend. Wenn es keine anfechtbare Durchführungshandlung gebe, bleibe dem Individualkläger nur die – unzumutbare – Möglichkeit, gegen die Verordnung zu verstößen, daraus folgende Sanktionen vor dem nationalen Gericht anzufechten und dieses Gericht zu veranlassen, dem EuGH eine Vorlagefrage zu stellen. Da der Kläger aber ein Vorabentscheidungsverfahren nicht erzwingen könne, gebe es auch insoweit keinen vollständigen und effektiven Rechtsschutz. Generalanwalt Jacobs ist deshalb in der Nummer 103 seines Schlussantrages der Meinung, „dass ein Einzelner von einer Gemeinschaftshandlung im Sinne von Artikel 230 Absatz 4 EGV individuell betroffen ist,

<sup>9</sup> So schon BVerfGE 73, 339, 366 ff. Siehe auch BVerfG, 1, BvR 1036/99 v. 9.1.2001 in NJW 2001, S. 1267; in dieser Sache wurde sogar das Bundesverwaltungsgericht wegen Verletzung der Vorlagepflicht gerügt, sein Urteil aufgehoben und das Verfahren an das BVerwG zurückverwiesen.

<sup>10</sup> Urteil vom 15.7.1963 in der Rs. 25/62, *Plaumann/Kommission*, Slg. 1963, 197, 238.

<sup>11</sup> Urteil vom 22.11.2001 in der Rs. C-451/98, *Antillean Rice Mills/Rat*, Slg. 2001, I-8949, Rdnr. 49.

<sup>12</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* v. 21.3.2002, Slg. 2002, I-6681.

wenn die Handlung aufgrund seiner besonderen persönlichen Umstände erhebliche nachteilige Auswirkungen auf seine Interessen hat oder haben kann“. Für Generalanwalt *Jacobs* reicht es also für die individuelle Betroffenheit aus, wenn der Kläger in seinen Interessen beeinträchtigt wird; eine Verletzung seiner Rechte wäre dann nicht notwendig.

Das Gericht erster Instanz sieht dies auch so und hebt auf die Rechtsposition des Betroffenen ab. In der bereits genannten Rechtssache *Jégo-Quéré*<sup>13</sup> hat es daher am 3. Mai 2002 in einem (Zwischen-)Urteil die von der Kommission vorgebrachte Einrede der Unzulässigkeit der Klage – die Klägerin sei nicht individuell betroffen und daher nicht klagebefugt – abgewiesen. Unter Bezugnahme auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Jacobs*<sup>14</sup> hat das Gericht in den Randnummern 45, 50 und 51 seines Urteils festgehalten:

„45. Was die Klage beim nationalen Gericht mit Vorlage an den Gerichtshof nach Artikel 234 EG angeht, so fehlt es jedoch in einem Fall wie dem vorliegenden an Durchführungsmaßnahmen, die die Grundlage für eine Klage bei den nationalen Gerichten sein könnten. Der Umstand, dass ein Einzelner, dessen Rechtsposition durch eine Gemeinschaftsmaßnahme beeinträchtigt wird, deren Gültigkeit bei den nationalen Gerichten dadurch bestreiten könnte, dass er gegen die in dieser Maßnahme vorgesehenen Bestimmungen verstößt und sich in einem gegen ihn eingeleiteten Gerichtsverfahren auf deren Rechtswidrigkeit beruft, stellt für ihn keinen angemessenen gerichtlichen Rechtsschutz dar. Dem Einzelnen kann nicht zugemutet werden, dass er gegen das Gesetz verstößt, um Zugang zu den Gerichten zu erlangen [...].

50. Unter diesen Umständen ist es in Anbetracht der Tatsache, dass der EG-Vertrag ein vollständiges Rechtsschutzsystem geschaffen hat, das den Gemeinschaftsrichter mit der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe betraut [...] angebracht, die bisherige enge Auslegung des Begriffes der individuell betroffenen Person im Sinne von Artikel 230 Absatz 4 EG zu überdenken.

51. Demnach ist, um einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz der Einzelnen zu gewährleisten, eine natürliche oder juristische Person als von einer allgemein geltenden Gemeinschaftsbestimmung, die sie unmittelbar betrifft, individuell betroffen anzusehen, wenn diese Bestimmung ihre Rechtsposition unzweifelhaft und gegenwärtig beeinträchtigt, indem sie ihre Rechte einschränkt oder ihr Pflichten auferlegt. Die Zahl und die Lage anderer Per-

<sup>13</sup> Zitiert in Fußnote 7.

<sup>14</sup> Beim Gericht erster Instanz gibt es keine eigenen Generalanwälte; die beim EuGH angesiedelten Generalanwälte unterbreiten diesem Gericht auch keine Schlussanträge, obwohl diese Möglichkeit schon diskutiert wurde. (Zur Betrauung eines Richters des Gerichts mit den Aufgaben eines Generalanwalts im Einzelfall siehe die Artikel 17 bis 19 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz.)

sonen, deren Rechtsposition durch die Bestimmung ebenfalls beeinträchtigt wird oder werden kann, sind insoweit keine relevanten Gesichtspunkte.“

Ob das Endurteil des Gerichts erster Instanz auch in diesem Sinne ausfallen wird, ist nach dem am 25. Juli 2002 ergangenen Urteil des EuGH in der Rechtssache *Unión de Pequeños Agricultores*<sup>15</sup> allerdings zweifelhaft. Seine positive Haltung zur Zulässigkeit hat das Gericht erster Instanz in seinem Zwischenurteil allerdings an sich schon festgelegt. Bislang wurden solche Klagen immer als unzulässig abgewiesen. Das Zwischenurteil – gegen das Rechtsmittel eingelegt wurde<sup>16</sup> – dürfte jedoch vom EuGH im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, nachdem er seine bisherige Rechtsprechung im eben genannten Urteil *Pequeños Agricultores* bestätigt hat.

Der Gerichtshof hält in diesem Urteil an seiner bisherigen Rechtsprechung zur individuellen Betroffenheit fest und sieht in den Artikeln 230, 234 und 241 „ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren [...]“ (Rdnr. 40). Dennoch gibt er eher Steine statt Brot, denn er fügt in der nachfolgenden Randnummer 41 hinzu, dass es „Sache der Mitgliedstaaten [sei], ein [nationales] System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann“. Wenn dargetan werde, dass die nationalen Vorschriften es dem Einzelnen nicht gestatten, eine Klage zu erheben, mit der er die Gültigkeit der streitigen Gemeinschaftshandlung in Frage stellen könne, sei eine Nichtigkeitsklage beim Gemeinschaftsrichter dennoch nicht möglich, denn „eine solche Regelung würde es in jedem Einzelfall erforderlich machen, dass der Gemeinschaftsrichter das nationale Verfahrensrecht prüft und auslegt, was seine Zuständigkeit im Rahmen der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftshandlungen überschreiten würde“ (Rdnr. 43). Im Hinblick auf die Voraussetzung der individuellen Betroffenheit orientiert sich der Gerichtshof also ausschließlich am positiven Recht, wenn er in der Randnummer 44 des Urteils sagt, eine andere Auslegung – gemeint ist eine solche im Lichte des Grundsatzes eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes – könne „nicht, ohne dass die den Gemeinschaftsgerichten durch den Vertrag verliehenen Befugnisse überschritten würden, zum Wegfall der fraglichen Voraussetzung, die ausdrücklich im EG-Vertrag vorgesehen ist, führen“. Indirekt und sehr zurückhaltend fordert der EuGH die Legislative allerdings zu einer Gesetzesänderung auf, indem er in der Randnummer 45 sagt: „Auch wenn ein anderes System der Rechtmäßigkeitskontrolle der Gemeinschaftshandlungen allgemeiner Geltung als das durch den ursprünglichen Vertrag geschaffene, das in seinen Grundzügen nie geändert wurde, sicherlich vorstellbar ist, so wäre es doch Sache der Mitgliedstaaten, das derzeit geltende System gegebenenfalls gemäß Artikel 48 EU zu reformieren“.

<sup>15</sup> Zitiert in Fußnote 8.

<sup>16</sup> Siehe dazu Fußnote 7.

Natürlich ist auch dieses – in der Tat nicht gerade „mutige“ – Urteil kritisiert worden. *Schobe*<sup>17</sup> z.B. überschrieb seinen Aufsatz mit der Überschrift: „Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber abgeleitetem Gemeinschaftsrecht: eine schwarze Serie“.

Bei der von der *Unión de Pequeños Agricultores* eingereichten Klage handelte es sich im Übrigen um eine Verbandsklage. Zu deren Zulässigkeit hatte schon das Gericht erster Instanz gesagt, dass „eine Klage von Vereinigungen jedenfalls dann als zulässig anzusehen sei, wenn eine Rechtsvorschrift berufsständischen Vereinigungen ausdrücklich eine Reihe von Verfahrensrechten einräume, wenn die Vereinigung die Interessen von Unternehmen wahrnehme, die selbst klagebefugt seien, und wenn die Vereinigung individuell betroffen sei, da sich die angefochtene Handlung auf ihre eigenen Interessen als Vereinigung auswirke, namentlich weil ihre Position als Verhandlungsführerin durch die angefochtene Handlung berührt worden sei“ (zitiert in Rdnr. 8 des EuGH-Urteils).

## 6. Zum vollwertigen gerichtlichen Rechtsschutz

Ansonsten tritt der Gerichtshof jedoch sehr für einen vollwertigen gerichtlichen Rechtsschutz ein. Dieser Aspekt des Rechtsschutzes, bei dem es nicht nur um Zulässigkeitsfragen geht, leitet bereits über zu materiell-rechtlichen Gesichtspunkten, die im folgenden Teil erörtert werden.

Im Urteil vom 6. Dezember 2001 in der Rechtssache *Kühne*<sup>18</sup> hat der EuGH deutlich gemacht, „dass sich das Erfordernis der gerichtlichen Überprüfbarkeit aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergibt und in den Artikeln 6 und 13 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankert ist“ (Rdnr. 57). Deshalb meinte er, dass man auch gegen einen von einem Mitgliedstaat im vereinfachten Verfahren gestellten Antrag auf Eintragung einer geschützten geographischen Angabe bzw. einer geschützten Ursprungsbezeichnung – es ging im damaligen Fall um den Begriff „Spreewälder Gurken“ – klagen können müsse. Er sagte dazu in der Randnummer 58 des Urteils: „Es ist daher Sache der nationalen Gerichte, über die Rechtmäßigkeit eines Antrags auf Eintragung einer Bezeichnung [...] zu entscheiden [...]; eine entsprechende Klage ist folglich als zulässig anzusehen, selbst wenn die innerstaatlichen Verfahrensvorschriften dies in einem solchen Fall nicht vorsehen [...]. Ob diese pointierte Aussage nicht auch ein – vom EuGH sonst abgelehnter – Eingriff in das nationale Verfahrensrecht ist, möchte ich dahingestellt sein lassen. Die Prüfung des mitgliedstaatlichen Prozessrechts hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Unión de Pequeños Agricultores* ja ausdrücklich als Kompetenzüberschreitung abgelehnt.“

<sup>17</sup> *Schobe*, Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber abgeleitetem Gemeinschaftsrecht – eine schwarze Serie, EWS Heft 9/2002, S. 424-426.

<sup>18</sup> Urteil vom 6.12.2001 in der Rs. C-269/99, *Karl Kühne GmbH*, Slg. 2001, I-9517.

Wie dem auch sei: Auf jeden Fall hat der Gerichtshof in diesem Urteil die Notwendigkeit eines vollen Rechtschutzes deutlich betont.

Man muss Rechte also wirksam geltend machen können. Dies ergibt sich auch aus dem Urteil *Grundig Italiana*<sup>19</sup>. In diesem Verfahren ging es um die Frage, wie lange bereits geleistete, jedoch gemeinschaftsrechtswidrige Abgaben zurückgefordert werden können. Es handelte sich dabei um Steuern, die für eingeführte Erzeugnisse – vertragswidrig, weil diskriminierend – höher waren als für inländische Produkte. Ursprünglich galt in Italien für die Rückforderung eine fünfjährige Ausschlussfrist, die durch ein Dekret auf drei Jahre verkürzt wurde, wobei zur Geltendmachung der Ansprüche vor der rückwirkenden Anwendung nur eine Übergangsfrist von 90 Tagen festgelegt wurde. Dazu hat der Gerichtshof in der Randnummer 33 des Urteils ausgeführt:

„In Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung über die Erstattung rechtsgrundlos erhobener nationaler Abgaben ist daher die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, wobei diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz) [...].“

Der Gerichtshof hat deshalb anstelle der neunzägigen Frist eine solche von sechs Monaten für nötig angesehen (Rdnr. 40 ff. und Tenor). Auch dies ist eigentlich ein „Eingriff“ in das nationale Verfahrensrecht. Doch nur so kann den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität entsprochen werden.

### III. Materiellrechtliche Aspekte

#### 1. Zu den Rechtsgrundlagen

Was nun die eigentliche Begründetheit von Klagen anbelangt, so gab es in der letzten Zeit eine ganze Reihe von Fällen, in denen es um die Rechtsgrundlage für den Erlass von (gemeinschaftsinternen) Regelungen ging. Am bekanntesten wurde das vor zwei Jahren ergangene Urteil zum „Tabakwerbeverbot“<sup>20</sup>. Diese vom großen

<sup>19</sup> Urteil vom 24.9.2002 in der Rs. C-255/00, *Grundig Italiana*; noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

<sup>20</sup> Urteil vom 5.10.2000 in der Rs. C-376/98, *Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*, Slg. 2000, I-8419.

Plenum getroffene Entscheidung kennt in Saarbrücken jeder, da ein renommierter Professor und Pfeifenraucher der hiesigen Universität dieses Urteil ja gebührend gewürdigt hat, so dass ich mich dazu kurz fassen kann. Ich als Nichtraucher will aber doch betonen, dass ich – damals noch als Abgeordneter – schon im Europäischen Parlament gegen das Werbeverbot gestimmt habe, was mir von militanten Gruppen den Vorwurf einbrachte, ich sei wohl von der Tabakindustrie bestochen worden. Nun ja, ich habe jetzt noch den ganzen Keller voller Zigarrenkisten.

Die streiterhebliche „Richtlinie 98/43/EG [...] zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen“, die vom Gerichtshof wegen fehlender Rechtsgrundlage für nichtig erklärt wurde, war auf Artikel 100 a EGV (nach Änderung jetzt Artikel 95) als Rechtsgrundlage gestützt. Nach dieser Vorschrift können „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“, erlassen werden. Diese Harmonisierungskompetenz wird von der Kommission inzwischen gerne genutzt, was von vielen zu Recht beanstandet wird. Schneider sieht im Artikel 95 EGV sogar einen „Generalschlüssel“; sein Artikel vom 12. September 2002 in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung ist mit der Überschrift versehen: „Zum Superstaat durch die Hintertür“, wobei sogar das sonst übliche, verschämte Fragezeichen weggelassen wurde.

In der Tat wird Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage mitunter so herangezogen wie früher die „Ersatzkompetenz“ des Artikels 308 EGV, vormals Artikel 235. Doch mit dem Tabakwerbeurteil hat der Gerichtshof „Pflöcke eingeschlagen“. In den Randnummern 83 ff. des Urteils hat er ausgeführt, dass die nach Artikel 95 EGV vorgesehenen Maßnahmen das Funktionieren des Binnenmarktes „verbessern“ und den Zugang zum Markt „erleichtern“ müssen. Artikel 95 EGV begründet also keine allgemeine Befugnis zur Reglementierung des Binnenmarktes. Auch müsste das Entstehen von Hindernissen „wahrscheinlich“ und eventuell mögliche Verzerrungen müssten „spürbar“ und dürften nicht nur „geringfügig“ sein. Die fraglichen Werbeverbote würden diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Es wäre in der Tat schwer nachvollziehbar, wie Verbote zur Verbesserung des Binnenmarktes beitragen sollten. Weiter sagte der Gerichtshof, dass Werbungen in Zeitungen und Zeitschriften sowie im sogenannten „Horeka-Bereich“ (Hotels, Restaurants, Cafés) mangels oder wegen nur geringfügiger grenzüberschreitender Bezüge keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb hätten. Lediglich das Verbot des Sponsoring insbesondere bei Sportwettkämpfen könnte zur Verlegung dieser Veranstaltungen führen und sich dadurch auf die Wettbewerbsbedingungen „erheblich“ auswirken. Derartige [einzelne] Verzerrungen – so der Gerichtshof weiter – würden es jedoch nicht rechtfertigen, Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage für ein allgemeines Werbeverbot zu verwenden. Dieses eindeutige Urteil hat die Kommission allerdings nicht davon abgehalten, inzwischen eine neue Richtlinie zum Tabak-

werbeverbot vorzulegen.<sup>21</sup> Bleibt abzuwarten, ob auch deren Gültigkeit wieder vom Gerichtshof zu prüfen sein wird.

Obwohl es nicht zugegeben worden war, ging es beim Tabakwerbeverbot letztlich weniger um eine Harmonisierungsmaßnahme im Hinblick auf den Binnenmarkt – dies wurde nur gesagt, um in Artikel 95 EGV eventuell eine Rechtsgrundlage zu haben –, sondern vielmehr um eine Maßnahme zum Schutze der Gesundheit, für die es im EG-Vertrag keine Harmonisierungskompetenz gibt. Artikel 152 Absatz 4 Buchstabe c, der für den Gesundheitsschutz mögliche (Förder-)Maßnahmen regelt, schließt Harmonisierungen der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Gesundheitsbereich ausdrücklich aus. Dazu meinte der Gerichtshof in der Randnummer 78 seines Urteils lediglich:

„Aus dieser Bestimmung [gemeint ist der eben genannte Artikel 152] folgt jedoch nicht, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen nicht Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürfen. Ferner sind die Erfordernisse im Bereich des Gesundheitsschutzes gemäß Artikel 129 Absatz 1 Unterabsatz 3 [dies ist der jetzige Artikel 152 Absatz 1 erster Unterabsatz EG] Bestandteil der übrigen Politiken der Gemeinschaft“.

Der Gerichtshof ging aber im Zusammenhang mit der Rechtsgrundlage des Artikels 95 EGV gar nicht näher darauf ein, inwiefern der Gesundheitsschutz ein untergeordnetes Ziel sein kann. Vielmehr hat er in ihm das Hauptmotiv für die Regelung gesehen und deshalb Artikel 95 EGV nicht als infrage kommende Rechtsgrundlage angesehen.

Auch in einem anderen Fall spielt der Gesundheitsschutz eine Rolle. Zur Zeit ist beim EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen anhängig, in dem es ebenfalls um die Rechtsgrundlage des Artikels 95 EGV geht. Zwei Tabakhersteller – die British American Tobacco Ltd. und die Imperial Tobacco Ltd. – wollen in Großbritannien erreichen, dass das Vereinigte Königreich die „Richtlinie 2001/37/EG [...] zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen“ nicht in nationales Recht umsetzt. Es geht in diesem Fall also nicht um Werbung, sondern beispielsweise um die höchstzulässigen Teergehalte, Nikotinwerte usw., um die Zulässigkeit von Begriffen wie „mild“ oder „ultraleicht“, die untersagt werden sollen, und um Namen, Zeichen sowie Marken, die den Eindruck erwecken, dass ein bestimmtes Tabakerzeugnis weniger schädlich sei als ein anderes, was ebenfalls verboten werden soll.

<sup>21</sup> Vorschlag vom 30.5.2001 KOM (2001) 283 endg., ABl. Nr. C 270 E v. 25.9.2001, S. 97. Siehe auch Europäisches Parlament, Bericht Medina Ortega (A5/2002/344), angenommen am 20.11.2002 in erster Lesung; sowie Politische Einigung des Rates vom 2.12.2002 (Presseerklärung des Rates 2002/376).

Auch in diesem britischen Vorabentscheidungsersuchen wird von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens eingewandt, die Richtlinie könne nicht auf Artikel 95 EGV gestützt werden – so dass sie nichtig sei –, da der Gesundheitsschutz im Vordergrund stehe. In seinem 87-seitigen Schlussantrag<sup>22</sup> prüft Generalanwalt *Geelhoed* in 298 Randnummern sehr sorgfältig die anstehenden Rechtsfragen. In der Randnummer 87 fragt er nach dem Hauptziel der Richtlinie, also ob dieses auf dem Gebiet des Binnenmarktes liegt oder ob primär bezweckt wird, die Gesundheit zu schützen. Er selbst geht in der Randnummer 97 von Letzterem aus und kommt nun in den nachfolgenden Ziffern seines Schlussantrages zu einem überraschenden Schluss. Statt zu sagen, dass die Gemeinschaft keine Harmonisierungskompetenz im Bereich des Gesundheitsschutzes hat – was er nicht in Frage stellt –, meint er, dass Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage immer dann herangezogen werden könne, wenn es darum gehe, ein (potentielles) Handelshemmnis zu beseitigen (so Rdnr. 100). Der Generalanwalt sagt in dieser Randnummer weiter, dass es dabei nicht entscheidend sei, ob das Handelshemmnis auch der Hauptgrund für das Tätigwerden des Gemeinschaftsgesetzgebers sei. Da die Mitgliedstaaten die Warenverkehrsfreiheit gemäß Artikel 30 EGV aus Gesundheitsgründen beschränken könnten, gehe es also in Wirklichkeit um die Beseitigung bzw. die Verhinderung eines solchen Handelshemmisse, auch wenn von der Motivation her der Gesundheitsschutz bei der Richtlinie im Vordergrund stehe. Eigentlich ist diese Argumentation logisch; bleibt aber abzuwarten, was die Richter dazu meinen werden.<sup>23</sup>

Nebenbei sei noch bemerkt, dass sich der Gerichtshof in diesem Fall zum ersten Mal dazu zu äußern hat, ob eine Vorabentscheidungsfrage nach der Gültigkeit einer Richtlinie überhaupt zulässig ist, wenn die Umsetzungsfrist für die Richtlinie noch gar nicht abgelaufen ist. Der Gerichtshof hat 1994 entschieden,<sup>24</sup> dass sich ein Einzelner vor dem nationalen Gericht erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist auf eine Richtlinie berufen könne, da diese vorher keine Rechte für den Ein-

<sup>22</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Geelhoed* vom 10.9.2002 in der Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

<sup>23</sup> In dem am 10.12.2002 ergangenen Urteil in der Rs. C-491/01, *The Queen/Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco Ltd und Imperial Tobacco Ltd* (noch nicht in der amt. Slg., jedoch unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar), folgt der Gerichtshof im Wesentlichen dem Generalanwalt. Er führt in den Randnr. 61 ff. aus, dass das Entstehen von Hindernissen für den Handel wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken müsse. Der Gerichtshof bejahte also Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage und sagt im Tenor, dass „die Prüfung [...] nichts ergeben [habe], was die Gültigkeit der Richtlinie [...] beeinträchtigen könnte“. Er hält also die festgelegten Höchstgehaltswerte für Teer, Nikotin u. a. für gültig wie ebenso die Anforderungen bezüglich der Etikettierung. Lediglich im Hinblick auf Artikel 7 der Richtlinie, gemäß dem ab dem 30. September 2003 keine Markennamen und Zeichen oder dergleichen mehr verwendet werden dürfen, die den Eindruck erwecken, dass ein bestimmtes Tabakerzeugnis weniger schädlich sei als ein anderes, meint der Gerichtshof im Tenor weiter, dass dieser Artikel dahin auszulegen sei, „dass er nur für innerhalb der Europäischen Gemeinschaft vermarktete Tabakerzeugnisse gilt“. Auch dies hat der Generalanwalt schon so gesehen.

<sup>24</sup> Urteil vom 3.3.1994 in der Rs. C-316/93, *Vaneetveld*, Slg. 1994, I-763.

zelen begründe. In der Randnummer 45 seiner Schlussanträge sagt der Generalanwalt aber, dass die Klägerinnen ein Interesse an einer Antwort auf die gestellten Vorabentscheidungsfragen hätten. Er meint:

„[...] Dieses Interesse geht dahin, dass sie Gewissheit über ihre in naher Zukunft geltenden Rechte und Pflichten gewinnen müssen, die für ihre Unternehmensführung von entscheidender Bedeutung sind. Außerdem ist es wahrscheinlich, dass sie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist im Rahmen ihrer Unternehmensführung bestimmte Maßnahmen ergreifen müssen [...].“

Im Übrigen führt der Generalanwalt aus, dass es ständige Rechtsprechung sei, von einem nationalen Gericht gestellte Fragen zu beantworten, wenn diese „sich auf die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts beziehen“ (Rdnr. 39). Auch insoweit bleibt abzuwarten, was der Gerichtshof zur Zulässigkeit sagen wird.<sup>25</sup>

Ebenfalls um die Rechtsgrundlage ging es in der Nichtigkeitsklage<sup>26</sup> der Niederlande im Hinblick auf die „Richtlinie 98/44/EG [...] über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen“. In diesem Falle stellte der Gerichtshof – seine bisherige Rechtsprechung bestätigend – auf das Hauptziel des Rechtsaktes ab und sagte in den Randnummern 27 und 28:

„27. [...] Die Richtlinie bezweckt zwar die Förderung der Forschung und der Entwicklung im Bereich der Gentechnik in der Europäischen Gemeinschaft. Die Art und Weise, in der sie zu diesem Ziel beiträgt, besteht aber darin, die rechtlichen Hindernisse im Binnenmarkt in Form der Unterschiede in den Rechtsvorschriften und in der Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten abzubauen, die die Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in diesem Bereich behindern und zu einem Ungleichgewicht führen können.“

28. Die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten stellt daher nicht nur ein beiläufiges oder ergänzendes Ziel der Richtlinie dar, sondern entspricht ihrem Wesen. Dass sie auch ein Ziel verfolgt, das unter die Artikel 130 und 130f EG-Vertrag [jetzt Artikel 157 und 163] fällt, schließt daher Artikel 100a EG-Vertrag [jetzt Artikel 95] als Rechtsgrundlage der Richtlinie nicht aus [...].“

Die klagenden Niederlande haben auch eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gerügt. Der Gerichtshof machte es sich hier jedoch einfach und sagte in den Randnummern 32 und 33 ganz lapidar nur:

<sup>25</sup> Auch hier folgte der Gerichtshof dem Generalanwalt und sagte in der Rdnr. 33 des Urteils (zitiert oben in der Fußnote 23): „Eine Richtlinie, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, ist [...] eine [...] Handlung im Sinne von Artikel 234 EG, und der Gerichtshof kann wirksam um eine Vorabentscheidung hierüber ersucht werden, wenn dieses Ersuchen im Übrigen den in der Rechtsprechung des Gerichtshofes festgelegten Zulässigkeitsvoraussetzungen entspricht.“

<sup>26</sup> Urteil vom 9.10.2001 in der Rs. C-377/98, *Niederlande/Kommission*, Slg. 2001, I-7079.

„32. [...] Da das Ausmaß dieses Schutzes unmittelbare Auswirkungen auf den Handel und folglich auch auf den innergemeinschaftlichen Handel hat, liegt es im Übrigen auf der Hand, dass das fragliche Ziel aufgrund des Umfangs und der Wirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahmen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden konnte.

33. Zudem gehen die fünfte, die sechste und die siebte Begründungserwägung stillschweigend, aber offenkundig auf die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips ein, wenn es dort heißt, dass die Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften und Praktiken das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts behindere, falls die Gemeinschaft nicht eingreife. [...].

Mit noch weniger Worten hätte man zum Subsidiaritätsprinzip nicht Stellung nehmen können.

## 2. Rechtsgrundlage und Kompetenzabgrenzungen

Die Rechtsgrundlage betreffende Probleme gab es aber nicht nur im Hinblick auf gemeinschaftsinterne Regelungen, sondern auch in Bezug auf externe Regelungen, also im Hinblick auf den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen. Im Dezember 2001 erstellte der Gerichtshof ein Gutachten gemäß Artikel 300 Absatz 6 EGV zur Rechtsgrundlage zum Abschluss des Protokolls von Cartagena über die biologische Sicherheit, das den (internationalen) Handel mit lebenden veränderten Organismen betrifft.<sup>27</sup> Zu diesem Gutachten entwarf ich die Stellungnahme der Generalanwälte.<sup>28</sup> Es ging dabei um die Frage, ob bei diesem Abkommen die Handelspolitik oder der Umweltschutz im Vordergrund steht. Im ersten Fall wäre die Gemeinschaft gemäß Artikel 133 EGV ausschließlich zuständig – was die Kommission befürwortete –; im zweiten Fall gäbe es – so natürlich die Mitgliedstaaten und der Rat – eine zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit (Art. 174 Abs. 4 und 175 Abs. 1 EGV). Das Europäische Parlament meinte demgegenüber, dass eine doppelte Rechtsgrundlage in Frage käme.

Auch in diesem Gutachten ging der Gerichtshof von seiner bisherigen Rechtsprechung aus und sagte in der Randnummer 23:

„23. Ergibt die Prüfung eines gemeinschaftlichen Rechtsakts, dass er zwei Zielsetzungen verfolgt oder zwei Komponenten hat, und lässt sich eine davon als wesentliche oder überwiegende ausmachen, während die andere nur von untergeordneter Bedeutung ist, so ist der Rechtsakt nur auf eine Rechtsgrundlage zu stützen, und zwar auf die, die die wesentliche oder überwiegen-

<sup>27</sup> Gutachten 2/00 des Gerichtshofes vom 6.12.2001, Slg. 2001, I-9713.

<sup>28</sup> Gemäß Artikel 108 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes werden zu solchen Gutachten alle Generalanwälte angehört.

de Zielsetzung oder Komponente erfordert [...]. Ist dargetan, dass mit dem Rechtsakt gleichzeitig mehrere Ziele verfolgt werden, die untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass das eine im Verhältnis zum anderen zweitrangig ist und mittelbaren Charakter hat, so kann ein solcher Rechtsakt ausnahmsweise auf die verschiedenen einschlägigen Rechtsgrundlagen gestützt werden (in diesem Sinne auch Urteile 'Titandioxid', Rdnrn. 13 und 17, und Parlament/Rat vom 23. Februar 1999, Rdnr. 38).<sup>29</sup>

Da das Cartagena-Protokoll vom 15. Mai 2000 aber eine Folge des Übereinkommens über die biologische Vielfalt war – das schon 1992 auf dem „Umweltgipfel“ in Rio de Janeiro (Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung [UNCED]) verabschiedet worden war –, betrachtete der Gerichtshof den Umweltschutz als im Vordergrund stehend, so dass er dafür den für die Umwelt relevanten Artikel 175 Absatz 1 EGV als Rechtsgrundlage ansah und gutachtlich feststellte: „Die Zuständigkeit für den Abschluss des Protokolls von Cartagena über die biologische Sicherheit ist zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten geteilt“.

In der Rechtssache *Energy Star Abkommen* ist ebenfalls die Wahl der Rechtsgrundlage strittig. Auch hier geht es um die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des Artikels 133 EGV betreffend die Handelspolitik einerseits und des Artikels 175 EGV betreffend den Umweltschutz andererseits, also darum, welche der beiden Bestimmungen als Rechtsgrundlage zur Billigung des zwischen der Gemeinschaft und den USA abgeschlossenen „Abkommens über die Koordinierung von Kennzeichnungsprogrammen für Strom sparende Bürogeräte“ in Frage kommt. Der Rat stützte sich bei der Billigung des Abkommens auf den Umweltartikel 175 Absatz 1 EGV als Rechtsgrundlage. Diesen Beschluss hat die Kommission im Wege einer Nichtigkeitsklage angefochten. In meinen Schlussanträgen<sup>30</sup> stimme ich der Kommission zu und meine, das Abkommen diene weniger dem Umweltschutz als dem freien Handel. Die Kennzeichnung der Geräte mit einem Emblem, aus dem sich ableiten lässt, dass es sich um ein Strom sparendes Gerät handelt, ist nötig, damit die Geräte in den USA vermarktet werden können. Es geht also nicht um die Schaffung eines Energiesparprogramms, sondern um die Koordinierung der Kennzeichnungsprogramme. Deshalb schlage ich vor, den Ratsbeschluss für nichtig zu erklären. Mal sehen, wie der Gerichtshof entscheiden wird.<sup>31</sup>

Ebenfalls um Kompetenzfragen, also darum, ob die Mitgliedstaaten oder die Gemeinschaft zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen zuständig sind, geht es

<sup>29</sup> Das „Standardurteil“ zur Vorgehensweise bei der Ermittlung einer Rechtsgrundlage ist das sog. „Titandioxid“-Urteil vom 11.6.1991 in der Rs. C-300/89, *Kommission/Rat*, Slg. 1991, I-2867.

<sup>30</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 12.9.2002 in der Rs. C-281/01, *Kommission/Rat*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

<sup>31</sup> Der EuGH entschied in diesem Sinne, siehe Urteil vom 12.12.2002 in der Rs. C-281/01, *Kommission/Rat*, noch nicht in der amt. Slg., aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

auch in den Rechtssachen *Open Skies*. Am 31. Januar diesen Jahres hat der Kollege *Tizzano* die Schlussanträge<sup>32</sup> zu diesen Fällen vorgelegt. Morgen werden in diesen Sachen die Urteile<sup>33</sup> ergehen. Die Fälle stoßen in den Medien auf ein großes Interesse. Acht EU-Mitgliedstaaten haben – zum Teil schon vor längerer Zeit – bilaterale Luftverkehrsabkommen mit den Vereinigten Staaten abgeschlossen. Die Kommission hat gegen diese Länder Vertragsverletzungsklagen angestrengt, weil sie meint, sie habe die ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluss solcher Abkommen. Es ist dies das erste Mal, dass die Kommission ein solches Verfahren gegen Mitgliedstaaten wegen Verletzung der Außenzuständigkeiten der Gemeinschaft angestrengt hat.

Die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und den USA auf dem Gebiet des Luftverkehrs sind seit langem durch bilaterale Abkommen geregelt, die auf dem Chicagoer Abkommen vom 7. Dezember 1944 über die internationale Zivilluftfahrt fußen. Die Kommission wollte zu Beginn der neunziger Jahre diese bilateralen Übereinkünfte durch ein einziges Abkommen der Gemeinschaft mit den USA ersetzen, erhielt jedoch vom Rat nie eine Ermächtigung zum Abschluss eines solchen Abkommens. Gemeinschaftsintern gibt es jedoch im Wesentlichen fünf Verordnungen, die vor allem die Erteilung der Betriebsgenehmigungen, die Fragen des Zugangs zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, die Flugpreise, den Verhaltenskodex im Zusammenhang mit computergesteuerten Buchungssystemen und gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen, den sogenannten „Slots“, betreffen.

Die Kommission sieht in den bilateralen Abkommen einen Verstoß gegen diese EG-Verordnungen. Zugleich sieht sie eine Diskriminierung ausländischer Gesellschaften darin, dass die Vereinigten Staaten die Betriebsgenehmigungen der von den EG-Mitgliedstaaten bezeichneten Fluggesellschaften widerrufen können, die nicht zum wesentlichen Teil im Eigentum der Mitgliedstaaten oder unter deren Kontrolle stehen. Die Kommission bezieht sich in ihrer Argumentation vor allem auf das bekannte „AETR“-Urteil<sup>34</sup>, das schon 1971 ergangen ist, sowie auf das Gutachten 1/76<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano* vom 31.1.2002 in den Rechtssachen C-466/98 bis C-469/98, C-471/98 und C-472/98, C-475/98 und C-476/98, jeweils *Kommission/Vereinigtes Königreich bzw. Dänemark, Schweden, Finnland, Belgien, Luxemburg, Österreich und Deutschland*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

<sup>33</sup> Urteile vom 5. November 2002 in den in der Fußnote 32 genannten Rechtssachen, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

<sup>34</sup> Urteil vom 31.3.1971 in der Rs. 22/70, *Kommission/Rat*, Slg. 1971, 263. Dieses Urteil ist unter dem Begriff „AETR“ bekannt geworden. AETR ist die Abkürzung für „*Accord européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route*“ („Europäisches Übereinkommen über die Arbeit der im internationalen Straßenverkehr beschäftigten Fahrzeugbesetzungen“).

<sup>35</sup> Gutachten 1/76 vom 26.4.1977, Slg. 1977, 741. In diesem Gutachten ging es um das „Übereinkommen über die Errichtung eines europäischen Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt“.

Wenn die Kommission keine ausdrückliche Alleinzuständigkeit zum Abschluss für völkerrechtliche Abkommen hat, so wächst ihr nach dem „AETR“-Urteil eine (ausschließliche) Kompetenz doch dann zu, wenn sie die Materie bereits innergemeinschaftlich geregelt hat. Wörtlich heißt es dazu im ersten Leitsatz des „AETR“-Urteils:

„Die Gemeinschaft besitzt die Fähigkeit, mit dritten Staaten vertragliche Bindungen einzugehen, im gesamten Bereich der vom Vertrag aufgestellten Ziele. Diese Zuständigkeit ergibt sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Verleihung durch den Vertrag, sondern sie kann auch aus anderen Vertragsbestimmungen und aus in ihrem Rahmen ergangenen Rechtsakten der Gemeinschaft fließen. Insbesondere sind in den Bereichen, in denen die Gemeinschaft zur Verwirklichung einer vom Vertrag vorgesehenen gemeinsamen Politik Vorschriften erlassen hat, die in irgendeiner Form gemeinsame Rechtsnormen vorsehen, die Mitgliedstaaten weder einzeln noch selbst gemeinsam handelnd berechtigt, mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen, die diese Normen beeinträchtigen. Daher kann beim Vollzug der Vorschriften des Vertrages die für innergemeinschaftliche Maßnahmen geltende Regelung nicht von der für die Außenbeziehungen geltenden getrennt werden.“

Wenn also die Gemeinschaft bereits innergemeinschaftliche Regelungen erlassen hat, verlieren die Mitgliedstaaten insoweit die Berechtigung zum Abschluss eigener völkerrechtlicher Übereinkommen bzw. soweit sie dazu befugt bleiben, dürfen diese Abkommen nicht gegen die gemeinschaftsrechtlichen Normen verstossen. Selbst wenn noch keine innergemeinschaftlichen Regelungen ergangen sind, ist die Gemeinschaft zum Abschluss der Abkommen befugt, sofern sie im Hinblick auf ein bestimmtes Vertragsziel eine gemeinschaftsinterne Zuständigkeit hat. Wörtlich heißt es dazu im ersten Leitsatz des Gutachtens 1/76:

„Verleiht das Gemeinschaftsrecht den Gemeinschaftsorganen im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel im Innenverhältnis eine Zuständigkeit, dann ist die Gemeinschaft befugt, die zur Erreichung dieses Ziels erforderlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen einzugehen, auch wenn eine ausdrückliche diesbezügliche Bestimmung fehlt. Diese Folgerung drängt sich besonders in allen Fällen auf, in denen von der internen Zuständigkeit bereits Gebrauch gemacht worden ist, um Maßnahmen zur Verwirklichung einer gemeinsamen Politik zu treffen. Sie ist jedoch nicht auf diesen Fall beschränkt [...].“

Generalanwalt *Tizzano* kam demzufolge zu dem Ergebnis, dass die Vertragsverletzungsklagen gegen die Mitgliedstaaten im Wesentlichen begründet seien, da in den mit den USA bilateral abgeschlossenen Abkommen Regelungen enthalten seien, die einen Verstoß gegen Bestimmungen der EG-Verordnungen darstellten, die sich auf die innergemeinschaftliche Regelung des Flugverkehrs bezogen.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Der Gerichtshof folgte in seinen Urteilen – zitiert in den Rdnrn. 32 und 33 – im Wesentlichen dem Generalanwalt.

### 3. Zu den Grundrechten

Doch nun zu einem wichtigeren Bereich, nämlich zu den Grund- und Menschenrechten. Deren Beachtung war für den Gerichtshof von Anfang an ein Anliegen. Von der Zahl der Fälle her gesehen sind Grundrechtssachen beim EuGH zwar marginal; um so größer ist jedoch ihre Bedeutung vom Inhalt her gesehen. Der EuGH kann stolz darauf sein, dass seine schon seit den 60er Jahren aufgestellten Leitsätze zu den Grundrechten praktisch wörtlich Eingang in den durch den Maastrichter Vertrag eingefügten Artikel 6 Absatz 2 EUV gefunden haben. Dort heißt es:

„Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.

In diesen Artikel ist die Europäische Charta der Grundrechte bislang noch nicht einbezogen worden. Dies erstaunt, verweist Artikel 6 Absatz 2 EUV doch sogar auf die EMRK, also auf eine Rechtsakte, die einer anderen Rechtsordnung, nämlich der des Europarats, angehört. Zwar ist die Charta der Grundrechte, immerhin ein Text der Union selbst, noch nicht verbindlich. Sie ist aber auf dem Gipfel von Nizza feierlich verkündet worden, vielleicht nach dem Motto: Je unverbindlicher der Inhalt, desto feierlicher die Schlusserklärung. Dennoch könnte bereits auf sie verwiesen werden. Zwar noch nicht auf sie als der einzigen Rechtsgrundlage für Grundrechte, wohl aber additiv als einer zusätzlichen Erkenntnisquelle. Die Generalanwälte haben dies schon getan und nach der Nennung einzelner Grundrechte sinngemäß angefügt: „[...] wie sie sich auch aus der Charta der Grundrechte ergeben“. Der Gerichtshof hat auf die Charta bislang allerdings noch nicht Bezug genommen.

Mitunter ist auch beklagt worden, der EuGH respektiere in seinen grundrechtsrelevanten Entscheidungen nicht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Dem ist jedoch nicht so. Nicht nur in vielen Aufsätzen und Äußerungen seiner Richter, sondern auch in zwei ganz neuen Urteilen hat sich der Gerichtshof klar zur Beachtung der Judikatur des EGMR bekannt. So sagte er z.B. in der Randnummer 274 des neuen „PVC“-Urteils vom 15. Oktober 2002<sup>37</sup> ausdrücklich, dass die Gemeinschaftsgerichte bei ihrer Auslegung von Grundrechten der Rechtsprechung des EGMR Rechnung zu tragen hätten. Auch im Urteil *Roquette Frères* vom 22. Oktober 2002<sup>38</sup> wird dies in der

37 Urteil vom 15.10.2002 in den verbundenen Rechtssachen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl, Degussa, Wacker-Chemie, Hoechst u.a./Kommission*, noch nicht in der amtl. Slg. aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

38 Urteil vom 22.10.2002 in der Rs. C-94/00, *Roquette Frères/Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

Randnummer 29 deutlich zum Ausdruck gebracht. Das Problem dabei ist allerdings, dass der EGMR mitunter zeitlich erst nach Erlass eines EuGH-Urteils mit einer vergleichbaren Sache befasst wird, so dass es manchmal noch gar keine EGMR-Rechtsprechung gibt, wenn Gemeinschaftsgerichte zu entscheiden haben.

Im Zusammenhang mit den Grundrechten seien zwei neuere Beamtenachen angesprochen. In der Rechtssache *Connolly*<sup>39</sup> ging es um die vorläufige Dienstenthebung eines Kommissionsbeamten, der ein sehr abfälliges Buch über Europa veröffentlicht hatte. Dieses hatte den Titel: „The rotten heart of Europe. The dirty war for Europe's money“. Da der Beamte die nach dem Personalstatut nötige vorherige Zustimmung der Anstellungsbehörde zur Veröffentlichung nicht eingeholt hatte – was für den EuGH, der das Urteil des Gerichts erster Instanz bestätigte, für die Rechtfertigung der vorläufigen Dienstenthebung ausreichte –, ging der Gerichtshof auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit gar nicht erst ein. Anders lag der Fall in der Rechtssache *Cwik*<sup>40</sup>. Hier hatte sich der Beamte um die vorherige Zustimmung zur Veröffentlichung eines Redemanuskripts (über die Notwendigkeit einer wirtschaftspolitischen Feinsteuierung) bemüht, die mit dem Vermerk verweigert wurde, die Veröffentlichung sei nicht opportun. Seine dagegen eingelegte Beschwerde wurde abgewiesen, wogegen Herr Cwik klagte, wobei ihm das Gericht erster Instanz Recht gab. Der EuGH hat das dagegen von der Kommission eingelegte Rechtsmittel verworfen und in den Randnummern 17 ff. des Urteils ausgeführt, dass die Zustimmung zu einer Veröffentlichung nur ausnahmsweise versagt werden dürfe. Wörtlich heißt es übrigens dazu in Artikel 17 Absatz 2 des Beamtenstatuts: „[...] Die Zustimmung darf nur versagt werden, wenn die geplante Veröffentlichung geeignet ist, die Interessen der Gemeinschaften zu beeinträchtigen“. Der Gerichtshof meinte, dass die Möglichkeit, die Zustimmung zu versagen, eng auszulegen sei, da sie „die Möglichkeit eines schwerwiegenden Eingriffs in die Freiheit der Meinungsäußerung schaff[e]“. Die Anstellungsbehörde müsse dazu die betroffenen Interessen gegen einander abwägen, wozu es in der Randnummer 19 weiter heißt:

„[Die Anstellungsbehörde] muss dabei zum einen die Freiheit des Beamten berücksichtigen, mündlich oder schriftlich Meinungen zu äußern, die von denen des Gemeinschaftsorgans, bei dem er beschäftigt ist, abweichen oder dort Minderheitsmeinungen darstellen, – diese Freiheit ergibt sich aus dem Grundrecht des Einzelnen auf freie Meinungsäußerung –, zum anderen den Grad der Beeinträchtigung der Interessen der Gemeinschaften, die sich aus der Veröffentlichung des fraglichen Manuskripts ergäben [...]. Dabei kann nur eine anhand konkreter, objektiver Umstände dargelegte tatsächliche Gefahr einer schweren Beeinträchtigung der Interessen der Gemeinschaften [...] berücksichtigt werden“.

<sup>39</sup> Urteil vom 6.3.2001 in der Rs. C-273/99 P, *Bernard Connolly/Kommission*, Slg. 2001, I-1575.

<sup>40</sup> Urteil vom 13.12.2001 in der Rs. C-340/00 P, *Kommission/Michael Cwik*, Slg. 2001, I-10265.

Da die Kommission aber nur angeführt hatte, die Interessen der Gemeinschaft könnten beeinträchtigt werden, ohne darzulegen, warum und worin diese Gefahr im vorliegenden Fall besteht, reichte dies für den Gerichtshof nicht aus; er räumte also der Meinungsfreiheit im konkreten Fall einen höheren Stellenwert ein.

#### 4. Rechte der Tiere

Gibt es auch schon ein Recht der Tiere auf Wohlergehen? Immerhin ist der Schutz der Tiere allgemein anerkannt und in Deutschland z.B. bereits als Staatsziel am 26. Juli 2002 als Artikel 20a GG in das Grundgesetz aufgenommen worden. Um die Frage des Wohlergehens der Tiere ging es in der Rechtssache *Jippes*<sup>41</sup>. Frau Jippes, eine Niederländerin, hielt auf ihrem Grundstück als Hobby vier Schafe und zwei Ziegen, die sie gegen Maul- und Klauenseuche impfen lassen wollte, was ihr aufgrund des in der Richtlinie 85/511 vorgesehenen Impfverbots verweigert wurde. Es ist nämlich zu bedenken, dass Tiere, die gegen Maul- und Klauenseuche geimpft sind, zwar selber nicht mehr daran erkranken, dass sie aber trotzdem Träger dieser Krankheit sein und auch die entsprechenden Viren übertragen können. Sobald ein Tier geimpft wird, kann deshalb das ganze Gebiet nicht mehr als maul- und klauenseuchefrei bezeichnet werden, was natürlich entsprechende negative Auswirkungen auf die Landwirtschaft hat. In diesem Falle hatte der Gerichtshof das Wohlergehen der Tiere gegen die wirtschaftlichen Interessen der Landwirte abzuwägen. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Verbots hat der Gerichtshof ausgeführt, dass nicht feststehe „dass eine Politik der vorbeugenden Impfung die Zahl der Ausbrüche der Maul- und Klauenseuche verringert hätte“ (Rdnr. 92). Führe eine solche Politik dazu, dass Tiere, die einem Einzelnen gehören, nicht vorbeugend geimpft werden können, so möge dies noch so bedauerlich sein, doch müsse der Zustand des gesamten Viehbestandes und nicht der einzelner Tiere berücksichtigt werden (so Rdnr. 99). Da insoweit zu berücksichtigen sei, dass die Viehhaltung die Einkommensquelle einer großen Zahl von Personen innerhalb der Gemeinschaft sei (Rdnr. 120), sah der Gerichtshof die Interessen der gesamten Landwirtschaft als höherrangig an.

#### 5. Die Gleichstellung von Männern und Frauen

Mit dem Begriff der (gewollten) Gleichstellung der Geschlechter verbindet man assoziativ den Ausgleich der bisherigen Schlechterstellung der Frauen. Umso überraschter wird man aber feststellen, dass gegenwärtig mehr Männer auf Gleichstellung klagen als Frauen.

<sup>41</sup> Urteil vom 12.7.2001 in der Rs. C-189/01, *H. Jippes*, Slg. 2001, I-5689.

Hierzu möchte ich zunächst das Urteil *Griesmar*<sup>42</sup> erwähnen. Das französische Recht kennt in Artikel L 12 Buchstabe b des Pensionsgesetzbuches eine „Verbesserung beim Dienstalter zugunsten von Beamten für jedes eheliche Kind, jedes nicht ehelichen Kind, dessen Abstammung feststeht, jedes Adoptivkind und jedes der übrigen in Artikel L 18 Absatz II genannten Kinder, sofern diese vor Vollendung ihres 21. Lebensjahres mindestens neun Jahre lang von der Beamten erzogen wurden“. (In Artikel L 18 sind vor allem Kinder aus früheren Ehen und solche genannt, für die dem Pensionsberechtigten die elterliche Sorge übertragen wurde.) Herr Griesmar wollte ebenfalls eine solche Dienstaltersverbesserung, weil er sagte, diese Vergünstigung bekämen Frauen nur, weil sie Kinder geboren und nicht – mit Ausnahme der in Artikel L 18 genannten Kinder –, weil sie diese auch erzogen hätten. Nur im letzteren Falle könne man gegebenenfalls von einem nötigen Ausgleich für erlittene Ausfälle ausgehen. Herr Griesmar sah also in der französischen Regelung eine Diskriminierung zulasten der Väter. Nun muss man wissen, dass die französische Regelung bis auf die zwanziger Jahre zurückgeht, also auf einen Zeitpunkt, zu dem man davon ausgehen konnte, dass die eigenen Kinder auch von der Mutter großgezogen wurden. Dies eigens zu nennen, war damals – weil selbstverständlich – unnötig. So kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die französische Bestimmung nur dann gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts (Art. 141 EGV) verstößt – so der Tenor –, „soweit sie die Beamten, die nachweisen können, dass sie die Erziehung ihrer Kinder wahrgenommen haben, von der mit ihr eingeführten Verbesserung beim ruhegehaltsfähigen Dienstalter ausschließt“. Der Gerichtshof gab also formal Herrn Griesmar Recht, der sich aber schwer tun durfte, nachzuweisen, seine Kinder gleichermaßen wie die Mutter erzogen zu haben. Zumindest gehe ich bei einem Mann diesen Alters davon aus, dass er es – zugleich zum Wohle der Kinder – nicht getan hat.

In der Rechtssache *Mouflin*<sup>43</sup> ging es um die Frage, ob die französische Regelung in Artikel L 24 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe b des Pensionsgesetzbuches gemeinschaftskonform ist. Nach der nationalen Regelung wird das Recht auf Versetzung in den Ruhestand mit sofortigem Pensionsanspruch nur Beamten gewährt, deren Ehegatte eine Behinderung oder eine unheilbare Krankheit hat, derentwegen ihm die Ausübung einer Erwerbstätigkeit unmöglich ist. Herr Mouflin, dessen Ehefrau an einer solchen Krankheit litt, sah darin, dass ihm als Mann der Eintritt in den vorzeitigen Ruhestand, um seine Frau zu pflegen, verweigert wurde, eine Diskriminierung. Der Gerichtshof sah dies ebenso, was dem Kläger, der den Pensionierungsantrag im Jahre 1998 gestellt hatte, trotz relativ kurzer Prozessdauer beim EuGH allerdings nichts mehr nützte, da seine Frau inzwischen verstorben war.

<sup>42</sup> Urteil vom 29.11.2001 in der Rs. C-366/99, *Joseph Griesmar/Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, Slg. 2001, I-9383.

<sup>43</sup> Urteil vom 13.12.2001 in der Rs. C-206/00, *Henri Mouflin/Recteur de l'académie de Reims*, Slg. 2001, I-10201.

Zur Zeit ist bei uns die Rechtssache *Alexander Dory*<sup>44</sup> anhängig, in der das vorlegende Verwaltungsgericht Stuttgart den Gerichtshof lapidar danach fragt: „Steht der deutschen Wehrpflicht nur für Männer Europarecht entgegen?“ Streng genommen wäre eine solch abstrakt formulierte Frage unzulässig, doch wird der Gerichtshof wohl – seiner ständigen Praxis folgend – die Frage umformulieren, da die in Frage kommenden Bestimmungen, um die es geht, bekannt sind. Herr Dory meint, dass ausgehend vom Urteil *Tanja Kreil*<sup>45</sup> klar sei, dass Frauen im Hinblick auf militärische Tätigkeiten nicht schutzwürdiger seien als Männer. Deshalb meint er, die deutsche Wehrpflicht, die nur für Männer gelte, verstöße gegen die Artikel 3 Absatz 2, 13 und 141 EGV sowie gegen die Richtlinie 76/207, die u.a. den für Männer und Frauen gleichen Zugang zum Beruf regelt. Er macht auch geltend, dass er in Folge der Ableistung des Wehrdienstes gegenüber Frauen einen verspäteten Zugang zum Beruf habe. Es wird interessant sein, wie der EuGH die vorgelegte Frage beantworten wird. Ich könnte mir denken, dass er die Wehrpflicht, die ja nichts mit der Ausübung eines Berufes zu tun hat, als nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 fallend ansehen wird.<sup>46</sup>

## 6. Rechte aus der Unionsbürgerschaft – das Aufenthaltsrecht

Die in den Artikeln 17 ff. EGV geregelte Unionsbürgerschaft gibt in Artikel 18 Absatz 1 EGV jedem Unionsbürger „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungs vorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“. Um in den Genuss sozialer Leistungen eines anderen Mitgliedstaates zu gelangen – seien es durch Beitragszahlungen erworbene Renten oder beitragsunabhängige Sozialleistungen –, muss sich allerdings das Aufenthaltsrecht entweder auf die Verordnung Nr. 1408/71 („[...] zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern [...]“) oder auf die Verordnung Nr. 1612/68 („[...] über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft [...]“) stützen.

<sup>44</sup> Rs. C-186/01, *Alexander Dory/Bundesrepublik Deutschland*.

<sup>45</sup> Urteil vom 11.1.2000 in der Rs. C-285/98, *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 2000, I-69.

<sup>46</sup> Die Generalanwältin *Stix-Hackl* sieht dies in ihren Schlussanträgen vom 28.11.2002 (in der Rs. C-186/01, *Alexander Dory*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar) genauso und prüft in den Nummern 78 ff. die Frage, ob die Richtlinie 76/207 nur solche nationalen Maßnahmen erfasst, die auf „eine Regulierung des Zugangs zur Beschäftigung gerichtet sind oder auch solche, die lediglich eine Wirkung auf den Zugang zur Beschäftigung haben“. Sie kommt in den Nummern 105 ff. zu dem Ergebnis, dass nationale Maßnahmen, die nachweislich ausschließlich einen anderen Gegenstand als den Zugang zur Beschäftigung beinhalteten – wie dies bei der Wehrpflicht der Fall sei, die nur auf die Gewährleistung der äußeren Sicherheit durch eine bestimmte Form der Organisation der Streitkräfte abziele –, nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fielen.

Mitunter ist nun aus dem Urteil *Martínez Sala*<sup>47</sup> geschlossen worden, auch das aus der Unionsbürgerschaft abzuleitende Aufenthaltsrecht sei insoweit allein schon anspruchsgrundend. Dem ist aber nicht so, würde dadurch doch wohl ein „Sozialtourismus“ zur Inanspruchnahme der jeweils günstigsten Leistungen geradezu provoziert.

In der Rechtssache *Sala* ging es um ein beitragsunabhängiges Erziehungsgeld, das Frau Sala für ihr Kind beanspruchte. Die spanische Bürgerin Frau Sala war einige Zeit als Arbeitnehmerin in Deutschland beschäftigt und zum Zeitpunkt der Klageerhebung arbeitslos und nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, weil ihr diese immer nur befristet erteilt wurde. Um in den Genuss der Leistung kommen zu können, hätte sie jedoch ein Aufenthaltsrecht nachweisen müssen. Lediglich insoweit sagte der Gerichtshof in der Ziffer 3 des Urteiltenors:

„Das Gemeinschaftsrecht verbietet einem Mitgliedstaat, die Gewährung von Erziehungsgeld an Angehörige anderer Mitgliedstaaten, denen der Aufenthalt in seinem Gebiet erlaubt ist, von der Vorlage einer von der inländischen Verwaltung ausgestellten förmlichen Aufenthaltserlaubnis abhängig zu machen, während Inländer lediglich einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat haben müssen“.

Der Gerichtshof ging also der Frage aus dem Wege, ob die Unionsbürgerschaft ein äquivalentes Aufenthaltsrecht begründet und sagte in der Randnummer 60 des Urteils:

„In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens braucht jedoch nicht geprüft zu werden, ob die Betroffene ein neues Aufenthaltsrecht im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats aus Artikel 8a des Vertrages [jetzt Artikel 18 EG] herleiten kann, da sie sich dort bereits erlaubterweise aufhielt, obwohl sie kein Aufenthaltpapier erhalten hatte“.

Weiter heißt es in der Randnummer 61:

„Als Angehörige eines Mitgliedstaats, die sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, fällt die Klägerin in den persönlichen Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft“.

Erlaubterweise hielt sich Frau Sala in Deutschland insoweit als ehemalige Arbeitnehmerin auf und nicht (allein) aufgrund der Unionsbürgerschaft.

Auch in der Rechtssache *Grzelczyk*<sup>48</sup> ging es u.a. um die Unionsbürgerschaft. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein französischer Student, der in Belgien studierte, beantragte dort das sogenannte „Minimex“, das ihm verweigert wurde. Artikel 1

<sup>47</sup> Urteil vom 12.5.1998 in der Rs. C-85/96, *Maria Martínez Sala/Freistaat Bayern*, Slg. 1998, I-2691.

<sup>48</sup> Urteil vom 20.9.2001 in der Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

des belgischen Gesetzes vom 7. August 1974 sagt zum Anspruch auf dieses Existenzminimum:

„Jeder volljährige Belgier, der seinen tatsächlichen Aufenthalt in Belgien hat, nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese Mittel nicht aus eigener Kraft oder in anderer Weise beschaffen kann, hat Anspruch auf ein Existenzminimum.“

Dieser Anspruch ist inzwischen auf Personen anderer Mitgliedstaaten ausgedehnt worden, sofern auf diese die Verordnung Nr. 1612/68 (über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft) anwendbar ist. Nach der Richtlinie 93/96 erkennen die Mitgliedstaaten den aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Studenten ein Aufenthaltsrecht zu. Allerdings muss der Student nach Artikel 1 dieser Richtlinie erklären, dass er über ausreichende Mittel zum Bestreiten seines Lebensunterhalts verfügt. Werden diese Bedingungen des Artikels 1 nicht (mehr) erfüllt, entfällt nach Artikel 4 der Richtlinie das Aufenthaltsrecht.

Herr Grzelczyk hatte in Belgien zunächst als Werkstudent gearbeitet und deshalb über eigene Mittel verfügt. Vor dem Examen gab er jedoch diese Tätigkeit auf und beantragte das beitragsunabhängige Existenzminimum. Da es im sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 93/96 heiße – so der Gerichtshof in seinem Urteil –, dass die Berechtigten die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats *nicht über Gebühr* (Hervorhebungen durch den Verfasser) belasten dürfen, werde deutlich, dass eine „bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten an[erkannt werde], insbesondere wenn die Schwierigkeiten, auf die der Aufenthaltsberechtigte stößt, nur vorübergehender Natur sind“ (so Rdnr. 44 des Urteils). Allein aufgrund der Mittellosigkeit dürfe das Aufenthaltsrecht nicht entfallen. Der Gerichtshof sagte deshalb im Tenor seines Urteils:

„Mit den Artikeln 6 und 8 EG-Vertrag [nach Änderung jetzt Artikel 12 EG und 17 EG] ist es nicht vereinbar, dass die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung wie des Existenzminimums [...] bei Angehörigen anderer Mitgliedstaaten als des Aufnahmemitgliedstaats, in dem sie sich rechtmäßig aufhalten, von der Voraussetzung abhängt, dass sie in den Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 [...] fallen, während für die Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaats eine derartige Voraussetzung nicht gilt.“

Es ist schon etwas mutig, einem Erwägungsgrund einen höheren Stellenwert beizumessen, als einer Artikelbestimmung. Ich hatte in meinen Schlussanträgen auf die Arbeitnehmereigenschaft aufgrund des vorherigen Werkstudiums abgehoben gehabt, was dogmatisch sicher korrekter war.

Aber auch aus diesem Urteil kann man nicht folgern, dass das sich aus der Unionsbürgerschaft ergebende Aufenthaltsrecht allein anspruchsbegründend wäre. Auch

hier bestand zunächst eine aus dem Sekundärrecht abgeleitete Aufenthaltsberechtigung. Man kann also sagen, dass in solchen Fällen die Unionsbürgerschaft das Aufenthaltsrecht nicht begründet, wohl aber ein bereits anderweitig bestehendes Aufenthaltsrecht „bestandskräftig“ macht.

## 7. Zum Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen

Betrafen die eben genannten Rechtssachen die Frage, ob die Unionsbürgerschaft der Gemeinschaftsbürger auch ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat begründet aus dem Ansprüche auf dortige Sozialleistungen abgeleitet werden können, so sollen jetzt zwei Fälle vorgestellt werden, in denen es um Aufenthaltsrechte von Angehörigen aus Drittstaaten geht. Es handelt sich dabei um abgeleitete Rechte von Familienangehörigen, was im konkreten Fall heißt, dass entweder der Ehegatte bzw. der Familienvater Gemeinschaftsbürger waren und sich für die Angehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in Verbindung mit der Dienstleistungsfreiheit und dem Recht auf freie Reisemöglichkeit bzw. dem Recht des Arbeitnehmers, nach Beendigung seiner Tätigkeit im Beschäftigungsstaat zu verbleiben, ergab oder ergeben sollte. Doch nun zu den beiden Fällen.

Erhebliche Kritik hat das Urteil *Carpenter* vom 11. Juli 2002<sup>49</sup> ausgelöst, weil in ihm ein kompetenzüberschreitender Eingriff in das nationale Aufenthaltsrecht gesehen wurde. Ich meine aber, dass das Urteil eher einen Einzelfall familienfreundlich lösen wollte, zumal künftig wenig vergleichbare Fälle zu erwarten sind. Frau Carpenter, eine gebürtige Philippin, reiste 1994 mit einem Touristenvisum nach Großbritannien ein und blieb auch nach Ablauf des Visums dort. Sie lernte dann ihren jetzigen Mann kennen, den sie 1996 heiratete. Normalerweise ist mit der Heirat der Erhalt einer ständigen Aufenthaltserlaubnis verbunden. Nach britischem Recht gilt dies jedoch nicht für diejenigen, die sich unter Verstoß gegen die Einwanderungsgesetze im Vereinigten Königreich aufhalten.

Da Herr Carpenter in der Werbebranche tätig sei und sich aus den Ausführungen des vorlegenden Gerichts ergebe, dass er Dienstleistungen für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Anzeigenkunden erbringe, hielt der Gerichtshof das in Artikel 49 verankerte Beschränkungsverbot für Dienstleistungen für einschlägig und zwar – so die Rdnr. 29 des Urteils – selbst dann, wenn der Leistungserbringer „die grenzüberschreitenden Leistungen erbringt, ohne aus dem Mitgliedstaat, in dem er wohnt, auszureisen“. Außerdem – so die Rdnr. 31 – ziele „auf dem Gebiet der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs die Richtlinie [73/148] auf die Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen innerhalb der Gemeinschaft für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten ab“. Nach dieser Richtlinie könnten also Ehegatten – ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit – ihren Partner begleiten, wenn dieser sich in einen anderen als den Herkunftsmitglied-

<sup>49</sup> Urteil vom 11.7.2002 in der Rs. C-60/00, *Mary Carpenter*, Slg. 2002, I-6279.

staat begebe (Rdnr. 34 und 35). Die Richtlinie regele allerdings nicht das Recht der Familienmitglieder eines Dienstleistungserbringers auf Aufenthalt in dessen Herkunftsmitgliedstaat. Die Antwort auf diese Frage hänge „somit davon ab, ob [...] ein Aufenthaltsrecht des Ehegatten aus den Grundsätzen oder anderen Normen des Gemeinschaftsrechts hergeleitet werden“ könne (Rdnr. 36). Dazu führte der Gerichtshof in der Randnummer 38 aus: „In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber erkannt hat, welche Bedeutung es hat, den Schutz des Familienlebens der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, um die Hindernisse für die Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu beseitigen [...].“ Der Gerichtshof sagte demzufolge im Tenor seines Urteils: „Artikel 49 EG ist im Licht des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens dahin auszulegen, dass er es in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens verbietet, dass der Herkunftsmitgliedstaat eines in diesem Staat ansässigen Dienstleistungserbringers, der Dienstleistungen für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Empfänger erbringt, dessen Ehegatten, der Staatsangehörige eines Drittstaates ist, den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet verwehrt.“

So nachvollziehbar das Urteil zur Einzelfalllösung auch ist, so muss doch zugegeben werden, dass in ihm dogmatisch gesehen doch einiges zusammen kombiniert wurde, das systematisch nicht unbedingt zusammen gehört.

In der Rechtssache *Givane*, zu der ich im Mai 2002 die Schlussanträge vorlegte<sup>50</sup>, ging es für mich ebenfalls primär um die Frage einer gerechten Einzelfalllösung. Herr Givane lebte seit dem 16. Februar 1996 mit seiner Frau und seinen vier Kindern – die alle außer ihm, der die portugiesische Staatsangehörigkeit hatte, indische Staatsbürger sind – in Großbritannien, wo er arbeitete. Leider verstarb er bereits am 11. November 1997, also nach einem Aufenthalt von nicht ganz 21 Monaten. Nach der Verordnung Nr. 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, können die Familienangehörigen in einem solchen Fall ein Aufenthaltsrecht bekommen, wenn der Arbeitnehmer „sich zum Zeitpunkt seines Todes seit mindestens 2 Jahren im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ständig aufgehalten hat“. Entscheidend war nun, wie das Wort „ständig“ zu verstehen ist. Nach Artikel 4 der Verordnung 1251/70 wird dieser ständige Aufenthalt übrigens nicht durch „vorübergehende Abwesenheiten bis zu insgesamt drei Monaten im Jahr [...] unterbrochen [...].“ Es mag zwar makabер klingen, aber wenn der Arbeitnehmer zweimal für drei Monate hätte verreisen können, ohne dass dies aufenthaltsgefährlich gewesen wäre, sollte auch der vorzeitige Tod, gewissermaßen als eine Reise ins Jenseits, nicht anders behandelt werden. Ich habe dies im Schlussantrag natürlich mit pietätvolleren Worten zum Ausdruck gebracht und von fiktiv hinzuzählbaren Zeiten gesprochen. Außerdem kam im fraglichen Fall hinzu, dass Herr Givane schon vorher einmal drei Jahre lang aufenthaltsberechtigt in Großbritannien

<sup>50</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 16.5.2002 in der Rs. C-257/00, *Nani Givane*, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

gelebt hatte und zwar von 1992 bis 1995, so dass er noch ein Verbleibberecht hatte, das nach Artikel 5 der Verordnung erst nach einer Abwesenheit von mehr als zwei Jahren verloren geht, was vorliegend nicht der Fall war. Deshalb habe ich im Vorschlag gesagt, dass die Verordnung 1251/70 nicht notwendig voraussetzt, dass der zweijährige ständige Aufenthalt in die Zeit unmittelbar vor dem Tod des Arbeitnehmers fallen muss, wenn und soweit der Arbeitnehmer an eine frühere zweijährige ständige Aufenthaltszeit im Sinne der Verordnung anknüpfen kann und diese Rechtsposition nicht durch eine mehr als zweijährige Abwesenheit vom Mitgliedstaat der Erwerbstätigkeit zunichte gemacht wurde. Hoffentlich sieht der Gerichtshof dies ebenso.<sup>51</sup>

#### IV. Zulässige Gründe für die Beschränkung einer Grundfreiheit

Ich möchte jetzt den Bereich der – weit gefassten – subjektiven Rechte der Bürger verlassen und mich den vier Grundfreiheiten zuwenden, also den Freizügigkeiten des Warenverkehrs, der Dienstleistungen – hinzukommend die Niederlassungsfreiheit –, der Arbeitnehmer und des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Dieser Bereich betrifft zwar ebenfalls wie die vorigen materiell-rechtliche Aspekte. Wegen seiner besonderen Bedeutung soll er jedoch als ein eigenständiges Kapitel angesprochen werden. Dabei soll vor allem auf die beiden Arten von Beschränkungsmöglichkeiten eingegangen werden, also auf die primärrechtlichen Ausnahmeregelungen einerseits und auf die vom Gerichtshof entwickelten Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses andererseits. Was zunächst die Ausnahmeregelungen von der Grundregel des Beschränkungsverbots anbelangt, also die vom EG-Vertrag ausdrücklich zugelassenen Gründe für eine Beeinträchtigung, so sei beispielhaft Artikel 30 EGV zitiert, der sagt, dass „[d]ie Bestimmungen der Artikel 28 und 29 [die mengenmäßige Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen verbieten, nationalen] Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen [stehen], die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts [...] oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind [...]“. Einschränkend heißt es allerdings im nachfolgenden Satz: „Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen“. Artikel 46 EGV, der das Niederlassungsrecht betrifft und über Artikel 55 EGV auch für die Dienstleistungen gilt, sagt,

<sup>51</sup> Der Gerichtshof folgte dieser Argumentation nicht, sondern sagte, dass die vorgeschriebene zweijährige ständige Aufenthaltszeit dem Tod des Arbeitnehmers unmittelbar vorhergehen müsse (so der Tenor des Urteils vom 9.1.2003 in der Rs. C-257/00, *Nani Givane*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar).

dass solche nationalen Beschränkungsmaßnahmen dieser Freiheiten möglich sind, „die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“. Dies bedeutet, dass diese Ausnahmeregelungen zur Beschränkung einer Freizügigkeit unter Umständen auch diskriminierend sein dürfen – wenn auch nicht willkürlich –, und dass Artikel 12 EGV, der Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit im Allgemeinen verbietet, insoweit nicht gilt.

Auf diese Ausnahmegründe darf jedoch nur dann zurückgegriffen werden, wenn der betreffende Rechtsbereich noch nicht europarechtlich harmonisiert worden ist. Ist dies der Fall, gilt nur das entsprechende Sekundärrecht und die gegebenenfalls dort aufgeführten Beschränkungsmöglichkeiten sowie die vom Gerichtshof entwickelten Beschränkungsmöglichkeiten aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses. Zu den letzteren heißt es in der Rechtssache *Gebhard*<sup>52</sup>, „dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“. Es sei besonders auf die erste Voraussetzung hingewiesen, die besagt, dass Beschränkungen aufgrund zwingender Erfordernisse – im Gegensatz zu den primärrechtlichen Ausnahmeregelungen – nicht diskriminierend sein dürfen. Was die zweite Voraussetzung anbelangt – also die Gründe des Allgemeininteresses – so handelt es sich hierbei um einen offenen Begriff. In Frage kommen aber nur solche Rechtsgüter, die gemeinschaftsverfassungsrechtlich geschützt und „in der gesamten EU anerkannt“ sind.<sup>53</sup> Auf einige der vom Gerichtshof anerkannten Gründe werde ich noch zu sprechen kommen. Die dritte Voraussetzung, also die Notwendigkeit der Geeignetheit des Mittels, erscheint zwar auf den ersten Blick klar und unproblematisch. Dass es doch etwas komplizierter ist, festzustellen, ob ein Mittel geeignet ist oder nicht, soll später noch an einem konkreten Fall gezeigt werden. Die vierte Voraussetzung bedingt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der insbesondere zu fragen ist, ob das verfolgte Ziel nicht auch durch ein mildereres Mittel erreicht werden kann, also durch ein solches, das die Grundfreiheit weniger beeinträchtigt.

Es fällt auf, dass der Gerichtshof in der Praxis richtigerweise zwar die primärrechtlichen Ausnahmeregelungen von den sekundärrechtlichen Beschränkungsmöglichkeiten und den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses trennt, im Hinblick auf die Prüfung der Frage aber, ob ihr jeweiliges Vorliegen tatsächlich

<sup>52</sup> Urteil vom 30.11.1995 in der Rs. C-55/94, *Reinhard Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 39 sechster Spiegelstrich.

<sup>53</sup> Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 30 Anm. 37.

auch begründet ist, jedoch gleich argumentiert. So heißt es beispielsweise in der Randnummer 18 des Urteils *Boehringer*<sup>54</sup>:

„Artikel 7 der Richtlinie [gemeint war die Markenrichtlinie 89/104] hat jedoch ebenso wie Artikel 30 EG [jetzt Art. 28] den Zweck, die grundlegenden Belange des Markenschutzes mit denen des freien Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten in Einklang zu bringen, so dass diese beiden Bestimmungen, da mit ihnen dasselbe Ergebnis angestrebt wird, gleich auszulegen sind. Daher ist zur Klärung der Frage, ob sich ein Markeninhaber gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie dem Vertrieb von Waren widersetzen kann, die umgepakt wurden und auf denen die Marke wieder angebracht wurde, auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 36 EWG-Vertrag (später Artikel 36 EG-Vertrag, nach Änderung jetzt Artikel 30 EG) zurückzugreifen [...].“

Es fällt weiter auf, dass der Gerichtshof die primärrechtlichen Ausnahmemöglichkeiten oftmals überhaupt nicht prüft oder sie – nur andeutungsweise diskutierend – als nicht vorliegend ansieht und demzufolge gleich auf die zwingenden Erfordernisse eingeht. Deshalb hat sich Generalanwalt *Jacobs* in der Rechtssache *Danner*<sup>55</sup> die Frage gestellt, ob nicht auch diskriminierende Beschränkungsmaßnahmen einer Grundfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu rechtfertigen sein sollten bzw. könnten. Es ging in der Sache *Danner* um die Frage, inwieweit Altersversicherungsbeiträge, die (weiterhin) in einem anderem Mitgliedstaat einbezahlt wurden, obwohl der Einzahlende (inzwischen) in Finnland wohnte, dort von der Steuer abziehbar waren. Das finnische Recht sah dies nicht in gleicher Höhe vor wie für an finnische Versicherungsunternehmen bezahlte Beträge. Generalanwalt *Jacobs* hat dazu in den Nummern 35 bis 37 und 40 seiner Schlussanträge ausgeführt:

„35. Nach einer Reihe von Urteilen lassen sich nationale Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind, mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung wie z. B. Artikel 45 EG und 46 EG fallen [...].“

36. In den meisten Urteilen aus letzter Zeit jedoch, die nationale Vorschriften betrafen, die als (direkt) diskriminierend hätten angesehen werden können, hat der Gerichtshof die Entscheidung vermieden, ob die betreffenden Vorschriften diskriminierend waren, und hat Rechtfertigungsgründe geprüft, die nicht ausdrücklich im Vertrag erwähnt werden. Er hat die streitigen Vorschriften dabei entweder als bloßes Hindernis für den freien Dienstleistungs-

<sup>54</sup> Urteil vom 23.4.2002 in der Rs. C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG*, Slg. 2002, I-3759.

<sup>55</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* vom 21.3.2002 in der Rs. C-136/00, *Rolf Dieter Danner*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

verkehr qualifiziert [...] oder sich auf eine 'Ungleichbehandlung' bezogen, die aus nicht im Vertrag erwähnten Gründen gerechtfertigt sein könnte [...].

37. Angesichts der grundlegenden Bedeutung der Frage, ob offen diskriminierende Maßnahmen [...] aus nicht ausdrücklich im Vertrag erwähnten Gründen gerechtfertigt werden können, sollte der Gerichtshof seinen Standpunkt klarstellen, um die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen. Diese Klarstellung und Rechtssicherheit sind für nationale Gerichte, Prozessparteien, Regierungen der Mitgliedstaaten, Organe und Bürger von wesentlicher Bedeutung. [...]

40. Bezuglich der Frage, welche Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können, halte ich es nicht für sachgerecht, verschiedene Gründe zuzulassen, je nachdem, ob die Maßnahme (direkt oder indirekt) diskriminierend ist oder ob sie eine unterschiedslos geltende Beschränkung der Erbringung von Dienstleistungen darstellt. Wenn anerkannt wird, dass andere als die im Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können, besteht kein Grund, eine Kategorie von Rechtfertigungsgründen auf diskriminierende Maßnahmen und eine andere Kategorie auf unterschiedslos geltende Beschränkungen anzuwenden. Der Wortlaut des Vertrages bietet hierfür sicher keinen Anhaltspunkt: Artikel 49 EGV bezieht sich nicht auf Diskriminierungen, sondern spricht allgemein von 'Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs'. Jedenfalls ist es schwierig, eine strenge Unterscheidung zwischen (direkt oder indirekt) diskriminierenden und unterschiedslos geltenden Maßnahmen vorzunehmen. Außerdem gibt es im Allgemeininteresse liegende Ziele (z.B. Umweltschutz, Verbraucherschutz), die nicht ausdrücklich im Vertrag vorgesehen sind, unter gegebenen Umständen aber ebenso berechtigt und bedeutend sein können wie die im Vertrag ausdrücklich erwähnten. Der Schwerpunkt sollte daher darauf liegen, ob mit dem geltend gemachten Grund ein berechtigtes, im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird und ob in diesem Fall die Beschränkung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wirklich gerechtfertigt werden kann. Je diskriminierender die Maßnahme ist, umso unwahrscheinlicher ist es jedenfalls, dass die Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. [...]".

Bedauerlicherweise ging der Gerichtshof in seinem Urteil<sup>56</sup> auf diesen Fragenkomplex überhaupt nicht ein; er sah allerdings begrüßenswerterweise in der finnischen Regelung eine nichtrechtfertigbare Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Doch nun soll auf einen primärrechtlich zulässigen Grund für eine Beschränkung einer Grundfreiheit eingegangen werden.

<sup>56</sup> Urteil vom 3.10.2002 in der Rs. C-136/00, *Rolf Dieter Danner*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

## 1. Primärrechtliche Ausnahmeregelungen

### a) Gewerbliche Schutzrechte

In der Rechtssache *Rioja*<sup>57</sup> – übrigens einer der wenigen Fälle, in denen statt der Kommission ein Mitgliedstaat gegen einen anderen eine Vertragsverletzung geltend gemacht hat – ging es im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit um eine qualifizierte Ursprungsbezeichnung, die zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums im Sinne des Artikels 30 EGV für erforderlich gehalten wurde. Belgien beanstandete eine Ausfuhrbeschränkung. Spanien bestand darauf, dass der bekannte Riojawein, um die Ursprungsbezeichnung „*denominación de origen calificada Rioja*“ bekommen und behalten zu können, im Erzeugergebiet in Flaschen abgefüllt werden müsse. Belgien wollte diesen Wein wohl offen kaufen und – unter Verwendung der Ursprungsbezeichnung – selbst abfüllen. Der Gerichtshof wies die Klage ab und sagte dazu zunächst, dass die Ursprungsbezeichnung zu den gewerblichen Schutzrechten gehöre (Rdnr. 54). Er führte in den Randnummern 57 und 58 weiter aus:

„57. Ein Qualitätswein ist ein Erzeugnis, das durch eine große Spezifität gekennzeichnet ist; dies steht im Hinblick auf Riojawein außer Streit. Seine besonderen Eigenschaften und Merkmale, die aus dem Zusammenwirken von Mensch und Natur herrühren, sind mit seiner geographischen Ursprungsregion verbunden und es verlangt Sorgfalt und Mühen, um sie zu erhalten.“

58. Die Regelung betreffend die *denominación de origen calificada Rioja* soll die Erhaltung dieser Eigenschaften und Merkmale gewährleisten. Indem sie sicherstellt, daß die Weinerzeuger der Region La Rioja, denen die Ursprungsbezeichnung antragsgemäß erteilt wurde, auch die Abfüllung vornehmen, verfolgt sie das Ziel, die Qualität des Erzeugnisses und damit das Ansehen der Bezeichnung, für das sie hiermit die volle und kollektive Verantwortung übernehmen, besser zu wahren.“

Der Gerichtshof bestätigte zwar, dass die spanische Regelung beschränkende Auswirkungen auf den Handelsverkehr habe (Rdnr. 59); sie sei aber erforderlich und verhältnismäßig, „um das hohe Ansehen, das der *denomiación de origen calificada Rioja* unbestreitbar zukommt, zu erhalten“. Der Abfüllvorgang bestehe „nämlich nicht lediglich aus dem bloßen Befüllen leerer Behältnisse, sondern [sei] normalerweise vor dem Umfüllen mit einer Reihe komplexer önologischer Maßnahmen (Filterung, Klärung, Kältebehandlung usw. verbunden), die die Qualität des Weines beeinträchtigen und seine Eigenschaften verändern könn[t]en, wenn sie nicht fachmännisch durchgeführt w[ü]rden“. Auch könne „die Beförderung von Wein in nicht abgefülltem Zustand seine Qualität erheblich beeinträchtigen [...], wenn sie nicht unter optimalen Bedingungen erfolg[e]. Wenn die Beförderungsbedingungen nicht perfekt [seien], [werde] der Wein nämlich einem

<sup>57</sup> Urteil vom 16.5.2000 in der Rs. C-388/95, *Belgien/Spanien*, Slg. 2000, I-3123.

Prozess der Oxidoreduktion ausgesetzt, der um so erheblicher [sei], je größer die zurückliegende Entfernung [werde] und der die Qualität des Erzeugnisses beeinträchtigen [köinne]“ (so die Rdnrn. 59, 61 und 62). Der Gerichtshof hat also auf den Qualitätserhalt abgestellt.

Mit dem „Rioja“-Urteil hat der EuGH auch sein Urteil in der Rechtssache *Delhaize*<sup>58</sup> korrigiert, in dem er noch anders entschieden hatte, allerdings nur – wie er im „Rioja“-Urteil klarstellt (Rdnr. 25) –, weil in der Rechtssache *Delhaize* nicht nachgewiesen worden war, „daß die Lokalisierung der Abfülltätigkeiten als solche geeignet [seien], die Qualität des Weines zu beeinflussen“.

Das „Rioja“-Urteil ist sicher nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass Wein ein ganz besonderes Gut ist. Wein ist als Kulturgut bestimmt empfindlicher als seine Trinker. Als unser erster Bundespräsident, Prof. Heuss, einmal gefragt wurde, wie er den Unterschied zwischen Wein und Bier sähe, meinte der bekannte Genießer: „Wein ist ein Teil der Philosophie, Bier ein Problem der Kanalisation“. So weit muss man nicht gehen. Dass Wein aber etwas Besonderes ist, steht fest.

Gelten nun die vom Gerichtshof zum Wein gemachten Ausführungen auch für andere Lebensmittel? Etwa auch für Käse und Schinken? Zwei anhängige Fälle, mit denen ich mich letztthin befasste, betreffen diese Produkte.<sup>59</sup> In der Rechtssache *Ravil* soll dieser Firma verboten werden, gekauften Grana-padano-Käse in Frankreich zu reiben und abzupacken und unter der geschützten Ursprungsbezeichnung „Grana padano“ weiter zu verkaufen. Im Falle *Prosciutto di Parma* geht es um den Parmaschinken, den eine britische Firma im Vereinigten Königreich schneiden, verpacken und – unter der geschützten Ursprungsbezeichnung „Prosciutto di Parma“ in den Handel bringen will. In beiden Fällen wird geltend gemacht, das Reiben bzw. Schneiden außerhalb des Herstellungsgebietes führe zu einer Qualitätsminderung unter der auch das Ansehen des Grana-padano-Käses bzw. Parmaschinkens insgesamt leide. Um Käse richtig reiben und Schinken fein schneiden zu können, bedürfe es langer Schulung, großer Kenntnisse und reichlicher Erfahrung sowie besonderer Umstände. Es wurde zwar nicht ausdrücklich behauptet, dass man dies nur in Vollmondnächten tun könne, wenn Nebelschwaden die Po-Ebene umhüllten. Ich finde aber, dass die Argumentation doch etwas zu weit geht, und falls diese Schulungen usw. nötig sein sollten, könnte man die Kenntnisse wohl auch den französischen bzw. britischen Großeinkäufern beibringen und in deren Ländern entsprechende Kontrollen durchführen. Es gibt also bestimmte mildere Mittel als das völlige Verbot. Sicher führen der Grana-padano-Käse und der Parmaschinken aufgrund ihrer Güte und Besonderheiten die geschützten Ursprungsbezeichnungen zu Recht, und berechtigterweise ist auch das qualitative

<sup>58</sup> Urteil vom 9.6.1992 in der Rs. C-47/90, *Delhaize*, Slg. 1992, I-3669.

<sup>59</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Alber* jeweils vom 25.4.2002 in den Rechtssachen C-469/00, *Ravil* u. C-108/00, *Prosciutto di Parma*, noch nicht in der aml. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

Ansehen dieser Produkte zu schützen. Aber solche Bezeichnungen sollten nicht dazu führen, dass man mit ihnen letztlich den freien Handel unterlaufen und protektionistische Ziele verfolgen kann. Übrigens habe ich mir als Hobbykoch nicht verkneifen können, in die Schlussanträge *Ravil* zu schreiben, dass diejenigen, die den Käse nicht selbst reiben, sondern ihn schon gerieben kaufen, sowieso nicht allzu viel vom guten Essen verstehen. Bleibt abzuwarten, wie der Gerichtshof entscheiden wird.

Während die eben genannten Schutzrechte als Bestandteile des gewerblichen und kommerziellen Eigentums in Artikel 30 EGV als zulässige Beschränkungsmöglichkeiten des freien Warenverkehrs genannt sind, überrascht, dass der so wichtige Umweltschutz – im Gegensatz zum Gesundheitsschutz – in keiner Ausnahmebestimmung erwähnt wird.

### b) Der Umweltschutz

Die Nichtnennung des Umweltschutzes als Grund für eine mögliche Beschränkung einer Freizügigkeit erstaunt, ist doch der Schutz der Umwelt eine Querschnittsaufgabe geworden, die gemäß Artikel 6 EGV bei allen Gemeinschaftspolitiken zu beachten ist. Aus der Nichterwähnung wird nun geschlossen, dass er kein Ausnahmegrund für Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit sein kann. Bezug genommen wird dabei auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, der schon vor 30 Jahren im „*Marimex*“-Urteil<sup>60</sup> lakonisch festgestellt hat:

„[...] Als Ausnahme von der Grundregel, dass alle Hindernisse für den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen sind, ist diese Vorschrift [gemeint war Artikel 36, der heutige Artikel 30] eng auszulegen und kann daher nicht dahin verstanden werden, daß sie andere als die in Artikeln 30 bis 34 genannten Maßnahmen zuließe“.

Ich bin mir nicht sicher, ob man das Urteil *Marimex* so interpretieren muss. Dieses Urteil ist vor 30 Jahren ergangen. Damals hatte der Umweltschutz noch keine große Bedeutung. Im Übrigen ging es in der damaligen Rechtssache auch gar nicht um den Umweltschutz, sondern darum, ob eine aus Gründen der gesundheitspolizeilichen Kontrolle auf lebende Rinder und Rindfleisch beim Grenzübertritt erhobene finanzielle Belastung als eine Abgabe gleicher Wirkung anzusehen war. Der Gerichtshof hielt die Durchführung der veterinärpolizeilichen Kontrollen im Sinne des Gesundheitsschutzes für vertragskonform; er beanstandete jedoch die Erhebung von Gebühren, die seiner Meinung nach den innergemeinschaftlichen Handel behindern konnten. Die Erhebung von Gebühren – auch wenn sie im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz stehen – ist doch etwas anderes als die Beachtung des Umweltschutzes.

<sup>60</sup> Urteil vom 14.12.1972 in der Rs. 29/72, *Marimex*, Slg. 1972, 1309, Rdnr. 4.

Dass der Umweltschutz später nicht eigens in Artikel 30 EGV aufgenommen worden ist, dürfte meines Erachtens unerheblich sein, weil er ja ausdrücklich und eigenständig in Artikel 6 EGV als Querschnittsaufgabe festgeschrieben worden ist und er damit in allen Politikbereichen zu beachten ist. Warum sollten die Mitgliedstaaten also nicht auch die Warenverkehrsfreiheit und andere Grundfreiheiten aus Umweltschutzgründen beschränken können? Erst dies würde dem inzwischen eingeräumten großen Stellenwert des Umweltschutzes gerecht. Eine Änderung bzw. Klarstellung der Rechtsprechung wäre insoweit also überfällig, die besagen müsste, dass auch diskriminierende Beschränkungen einer Grundfreiheit aus Gründen des Umweltschutzes möglich sind, sofern keine Willkür vorliegt. Alles andere schwächt den Umweltschutz und widerspricht der Bedeutung, die ihm der Gesetzgeber inzwischen einräumt.

Auch Generalanwalt Jacobs sah dies so und führte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *PreussenElektra*<sup>61</sup> in den Nummern 225 und 252 aus:

„[...] Überdies kann eine Umweltbeeinträchtigung, selbst wenn sie nicht – wie es oft der Fall ist – zu einer unmittelbaren Bedrohung der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen führt, die durch Artikel 36 EG-Vertrag [jetzt Art. 30] geschützt sind, auf längere Sicht eine erhebliche Bedrohung für das Ökosystem als Ganzes darstellen. Unter diesen Umständen lässt es sich schwer rechtfertigen, wenn der Umwelt ein geringerer Schutzstandard eingeräumt wird als Interessen, die vor Jahrzehnten in Handelsverträgen anerkannt und in Artikel 36 EG-Vertrag [...] lediglich übernommen worden sind.“

[...] Nationale Umweltschutzmaßnahmen enthalten ihrem Wesen nach möglicherweise Unterscheidungen im Hinblick auf Art und Ursache der Beeinträchtigung und könnten daher, gerade weil sie auf anerkannten Grundsätzen wie ‘Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen’ (Artikel 130r Absatz 2 EG-Vertrag) [jetzt Art. 174 Abs. 2] beruhen, als diskriminierend anzusehen sein. Soweit solche Maßnahmen notwendigerweise mit derartigen diskriminierenden Wirkungen verbunden sind, dürfte die Möglichkeit der Rechtfertigung nicht ausgeschlossen werden“.

Der Gerichtshof folgte dem Generalanwalt jedoch nicht, sondern machte es sich wiederum einfach, indem er wie schon mehrfach vorher gleichzeitig auf den – in Artikel 30 EG genannten – Gesundheitsschutz abstellte.<sup>62</sup> Lakonisch heißt es in der Randnummer 75 des Urteils *PreussenElektra*: „Diese Politik [gemeint ist die Förderung der erneuerbaren Energiequellen] bezweckt zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen“.

<sup>61</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 26.10.2000 in der Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099.

<sup>62</sup> Urteil vom 13.3.2001 in der Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099. Siehe auch Urteil vom 14.7.1998 in der Rs. C-389/96, *Aber-Waggon*, Slg. 1998, I-4473, Leitsatz und Rdnr. 19.

Allerdings sei klargestellt, dass der Umweltschutz, auch wenn ihn der Gerichtshof noch nicht als eine eigenständige primärrechtliche Ausnahmemöglichkeit zur Beschränkung einer Grundfreiheit anerkannt hat, so doch wenigstens als ein Rechtfertigungsgrund (für eine Beschränkung) im Sinne eines zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses angesehen wird.

## 2. Zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses als Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses, aus denen eine Grundfreiheit beschränkt werden kann, um einen offenen und nicht abgeschlossenen Begriff. Nur europaweit allgemein anerkannte Gründe des Allgemeinwohls können darunter fallen. Neben dem bereits genannten Umweltschutz gilt dies auch für den Verbraucherschutz, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und gegebenenfalls für die Kohärenz eines Systems. Rein wirtschaftliche bzw. finanzielle Interessen – mit gewissen Ausnahmen – oder die Steigerung der Staatseinnahmen werden dagegen nicht anerkannt. An einigen neueren Urteilen soll nun die Bedeutung einiger dieser Gründe angesprochen und auf die zu ihrer Bejahung nötigen Voraussetzungen eingegangen werden.

### a) Gläubigerschutz

Vor allem um den Gläubigerschutz ging es im Urteil *Centros*<sup>63</sup>, für das der Gerichtshof lebhaft kritisiert wurde. Ein dänisches Ehepaar hatte 1997 in Großbritannien eine Gesellschaft gegründet – die Centros Ltd. – und von Großbritannien aus eine Zweigniederlassung in Dänemark, von wo aus auch die Geschäfte betrieben werden sollten. Da die Gesellschaft im Vereinigten Königreich keinerlei Geschäftstätigkeit entfaltete, verweigerte das dänische Registergericht die Eintragung der Zweigniederlassung in das dänische Register mit der Begründung, mit dieser Konstruktion habe nur das dänische Recht umgangen werden sollen. In Dänemark war damals ein Mindestkapital von 200.000 Kronen erforderlich, während in Großbritannien nur 100 £ nötig waren, was etwa 1.000 Kronen entsprach.

Der Gerichtshof, der in der Formation des Großen Plenums entschied, sah jedoch in der Verweigerung der Eintragung eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit. Zwar sagte er in der Randnummer 24 des Urteils:

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist ein Mitgliedstaat zwar berechtigt, Maßnahmen zu treffen, die verhindern sollen, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den EG-Vertrag geschaffenen Möglichkeiten der Anwendung des nationalen Rechts entziehen; die miss-

<sup>63</sup> Urteil vom 9.3.1999 in der Rs. C-212/97, *Centros Ltd.*, Slg. 1999, I-1459.

bräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht ist nicht gestattet [...].“

In der Randnummer 27 führte er aber weiter aus, dass „es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen [köinne], wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet [...].“

Um eine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts annehmen zu können, hätten also weitere Gründe hinzukommen müssen.

Dem Gerichtshof wurde nun vorgehalten, mit dieser Rechtsprechung eine „Harmonisierung nach unten“ vorgenommen zu haben und zu einem „*run to the bottom*“ anzuregen. Nun, die Mitgliedstaaten haben es ja in der Hand, das Gesellschaftsrecht insoweit selbst auf einem höheren Niveau zu harmonisieren. Solange sie es jedoch nicht tun, ist es verfehlt, dem EuGH vorzuwerfen, er ermögliche solche zu missbilligenden Praktiken. Es ist das Europarecht, das dies ermöglicht und nicht der Gerichtshof.

In der Sache selbst hatte Dänemark zunächst damit argumentiert, dass ein Gemeinschaftsbezug fehle, da die Centros-Gesellschaft ausschließlich in Dänemark tätig werden wolle. Der Gerichtshof meinte aber, dass die Gründung einer Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat für den Gemeinschaftsbezug ausreicht. Er sagte dazu in der Randnummer 17 des Urteils: „[...] Dass die Gesellschaft im ersten Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich in dem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll, ist dabei ohne Bedeutung [...].“

Der EuGH ist im „Centros“-Fall auch auf die Rechtfertigungsgründe eingegangen, die zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorgetragen worden waren. Als ein solcher wurde auch der Gläubigerschutz angeführt. Auf die Frage, ob der Gläubigerschutz überhaupt ein Allgemeininteresse darstellt, ging der Gerichtshof nicht näher ein, sondern prüfte gleich die Geeignetheit der Maßnahme. Dazu hat er in der Randnummer 35 festgehalten, dass „das dänische Vorgehen nicht geeignet [sei], das mit ihm verfolgte Ziel des Gläubigerschutzes zu erreichen, da die Zweigniederlassung in Dänemark eingetragen worden wäre, wenn die Gesellschaft eine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich ausgeübt hätte, obwohl die dänischen Gläubiger in diesem Fall ebenso gefährdet gewesen wären“. Das heißt also, dass eine Beschränkungsmaßnahme dann nicht geeignet ist, das mit der Maßnahme verfolgte Ziel zu erreichen, wenn bei einer völlig legalen Vorgehensweise und korrekten Geschäftstätigkeit dieses Ziel auch nicht erreicht werden könnte. Wie oben angedeutet, ist es also nicht ganz einfach, die Geeignetheit oder Ungeeignetheit eines Mittels festzustellen, denn im vorliegenden Fall hätte man ja zu-

nächst annehmen können, dass die Nichteintragung der Gesellschaft dem Gläubigerschutz dienen würde und deshalb dafür geeignet sei.

Weiterhin führte der Gerichtshof aus, dass die Gesellschaft ja nicht als Gesellschaft dänischen Rechts auftreten dürfe, sondern als Gesellschaft des englischen Rechts, also als Ltd. firmieren müsse, wodurch die Gläubiger wüssten, dass nur ein sehr geringes Mindestkapital vorhanden sei. Im Übrigen gäbe es auch mildere Maßnahmen. So könnten etwa die Gläubiger rechtlich die Möglichkeit erhalten – so die Rdnr. 37 –, sich die erforderlichen Sicherheiten einräumen zu lassen.

Es sei noch einmal kurz darauf eingegangen, ob der Gläubigerschutz überhaupt ein Allgemeininteresse darstellen kann, betrifft er doch primär nur Einzelpersonen und nicht die Allgemeinheit als solche. Generell wird man aber nicht behaupten können, dass die Allgemeinheit nicht doch auch betroffen sein könnte. Es wird also insoweit auf den jeweiligen Einzelfall ankommen.<sup>64</sup>

Vor allem in Deutschland wurde das „Centros“-Urteil besonders kritisiert und hat – zusammen mit der anhängigen Rechtssache *Überseering*, in der morgen das Urteil verkündet wird – zu einem lebhaften Streit zwischen den Befürwortern der Sitz- und Gründungstheorie geführt. Nach der Sitztheorie soll das Recht des Landes gelten, in dem eine Gesellschaft ihren Sitz hat, nach der Gründungstheorie gilt das Recht des Ortes der Gründung unabhängig vom (späteren) Sitz der Gesellschaft. Der Rechtssache *Überseering* liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine in den Niederlanden gegründete Gesellschaft besaß eine Immobilie in Deutschland, die saniert wurde, wobei Baumängel entstanden. Die Gesellschaft klagte wegen der entstandenen Schäden; die Klage und Berufung wurden jedoch als unzulässig abgewiesen. Zur Begründung wurde angeführt, die Gesellschaft sei nicht parteifähig, weil sie nicht rechtsfähig sei. Dies deshalb, weil zwei deutsche Privatpersonen inzwischen sämtliche Geschäftsanteile an der klagenden Gesellschaft erworben hätten und diese damit ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland habe. Durch die Verlegung des Sitzes habe sie die zunächst vorhandene Rechtsfähigkeit verloren und müsse sich, um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, erst auflösen und in einer Weise neu gründen, die zur Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht führe.

In der Sache *Überseering* wurde mehrfach auf das Urteil *Daily Mail* verwiesen.<sup>65</sup> Im dortigen Fall ging es aber – anders als im Falle *Überseering* – um eine aus steuerlichen Gründen gewollte Verlegung des Sitzes von einer Gesellschaft vom Vereinigten Königreich nach den Niederlanden, was von Großbritannien verweigert

<sup>64</sup> Im Urteil vom 5.11.2002 in der Rs. C-208/00, *Überseering*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) abrufbar) heißt es in der Rdnr. 92: „Es lässt sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.“

<sup>65</sup> Urteil vom 27.9.1988 in der Rs. 81/87, *Daily Mail and General Trust*, Slg. 1988, 5483.

wurde. Anders als natürliche Personen, denen die Rechtspersönlichkeit kraft des Naturrechts zukommt, erhalten juristische Personen die Rechtsfähigkeit erst durch einen staatlichen Rechtsakt verliehen. Deshalb kann ihnen der dieses Recht gewährende Staat die Rechtsfähigkeit u.U. auch wieder entziehen. Bei einer Sitzverlegung hat es also der Herkunftsstaat in der Hand, der Gesellschaft diese Rechtsqualität abzuerkennen. Anders ist die Situation – wie in der Rechtssache *Überseering* der Fall – für den Aufnahmestaat. Macht eine Gesellschaft von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch und wurde ihr im Herkunftsstaat bei einer Sitzverlegung die Rechtsfähigkeit belassen, so hat der Aufnahmestaat dies zu respektieren und darf der Gesellschaft nicht die Klagemöglichkeit aberkennen. Es gilt also insoweit die Gründungstheorie und nicht die Sitztheorie. So sieht es zutreffenderweise der Generalanwalt *Ruiz-Jarabo* in seinen Schlussanträgen.<sup>66</sup>

In einer weiteren anhängigen, vergleichbaren Rechtssache werde ich demnächst die Schlussanträge vorlegen und dabei sicherlich an die Ausführungen des „Centros“-Urteils anknüpfen.<sup>67</sup>

### b) Verbraucherschutz und Schutz der Sozialordnung

In der Rechtssache *Zenatti*<sup>68</sup> ging es darum, ob die italienische Regelung, das Betreiben von Sportwetten nur dem Staat bzw. von ihm konzessionierten Unternehmen vorzubehalten und ausländische Wettbüros damit praktisch vom italienischen Markt fernzuhalten, gemeinschaftsrechtskonform war, oder ob diese Regelung gegen die Dienstleistungsfreiheit verstieß. Der Gerichtshof war der Meinung, dass die zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorgebrachten Gründe in ihrer Gesamtheit zu würdigen seien (Rdnr. 31). In der gleichen Randnummer bejahte er auch, dass der Verbraucherschutz und der Schutz der Sozialordnung zu den Zielen gehörten, die als zwingende Gründe des Allgemeinwohls angesehen werden könnten. Er akzeptierte also die italienischen Rechtsvorschriften, die darauf abzielten, „zu verhindern, daß diese Spiele zu einer Quelle persönlicher Bereicherung werden, die Gefahr von Betrug und anderen Straftaten sowie schädliche, persönliche und soziale Folgen durch den von ihnen ausgeübten Anreiz zu Ausgaben zu vermeiden und sie nur insoweit zuzulassen, als sie von gesellschaftlichem Nutzen für die zweckentsprechende Durchführung eines Sportwettkampfs sind“ (so die Angaben des Vorlagebeschlusses – zitiert in Rdnr. 30).

<sup>66</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Ruiz-Jarabo* vom 4.12.2001 in der Rs. C-208/00 (*Überseering*). So wurde auch vom Großen Plenum des Gerichtshofes im inzwischen ergangenen Urteil vom 5.11.2002 in der Rs. C-208/00 entschieden. Sowohl die Schlussanträge als auch das Urteil sind noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, können aber unter [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) abgerufen werden.

<sup>67</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Alber* vom 30.1.2003 in der Rs. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd.*, noch nicht in der amt. Slg., aber unter [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) abrufbar.

<sup>68</sup> Urteil vom 21.10.1999 in der Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289.

So weit kann man dem Urteil sicher vorbehaltlos zustimmen. Da aber die Wettätigkeits nicht ganz verboten war, überzeugen die nachfolgenden Ausführungen des Gerichtshofes nicht unbedingt. Er meinte in den Randnummern 33 ff.:

„33. Inwieweit ein Mitgliedstaat auf seinem Gebiet im Bereich von Lotterien und anderen Glücksspielen Schutz gewähren will, steht jedoch in dem Ermessen, das der Gerichtshof den nationalen Stellen in Randnummer 61 des Urteils Schindler zuerkannt hat.<sup>[69]</sup> Ihnen obliegt es nämlich, zu beurteilen, ob es im Rahmen des verfolgten Ziels notwendig ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck bestimmte Kontrollen vorzusehen.“

34. Daher ist es für die Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen ohne Belang, daß ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat. Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das Schutzniveau zu beurteilen, das sie gewährleisten sollen.

35. [...] Es] genügt auch hier die Tatsache, daß die streitigen Wetten nicht vollständig verboten sind, [...] nicht für den Nachweis, daß die nationale Regelung die am Allgemeininteresse ausgerichteten Ziele, die in ihr aufgeführt werden und die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, nicht wirklich zu erreichen sucht. Denn eine begrenzte Erlaubnis von Glücksspielen im Rahmen von - bestimmten Einrichtungen gewährten oder zur Konzession erteilten - besonderen oder Ausschließlichkeitsrechten, die den Vorteil bietet, die Spiel-lust und den Betrieb der Spiele in kontrollierte Bahnen zu lenken, die Risiken eines solchen Betriebes im Hinblick auf Betrug und andere Straftaten auszuschalten [...], dient auch der Verwirklichung dieser Ziele“.

Der Gerichtshof hielt die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit also für rechtfertigbar. Dies überzeugt mich nicht. Ein Spielsüchtiger kann sein Geld auch vollständig bei inländischen Wettunternehmen loswerden, und um Betrügereien zu verhindern, muss es ausreichen, wenn ausländische Wettbüros in ihrem Heimatstaat genauso kontrolliert werden wie die betreffenden inländischen.

Da offensichtlich auch nationale Gerichte von diesem EuGH-Urteil nicht ganz überzeugt sind, hat ein weiteres italienisches Gericht in der Rechtssache *Gambelli* eine vergleichbare Vorlagefrage gestellt. In dieser noch anhängigen Rechtssache bin ich dabei, die Schlussanträge auszuarbeiten, wobei ich geneigt bin vorzuschlagen, die Rechtsprechung insoweit zu ändern. <sup>70/71</sup>

Glücksspiele, vor allem verbotene, scheinen es aber auch sonst in sich zu haben. Eine nette Episode möchte ich ihnen nicht vorenthalten. In der Rechtssache

<sup>69</sup> Urteil vom 24.3.1994 in der Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039.

*Fischer/Finanzamt Donaueschingen*<sup>72</sup> wurde der Gerichtshof vom Finanzgericht Baden-Württemberg gefragt, ob verbotene Glücksspiele mehrwertsteuerpflichtig sind. Der EuGH meinte, dass das verbotene Glücksspiel dann nicht steuerpflichtig sein könne, wenn auch das erlaubte Glücksspiel steuerbefreit sei. Dies ist meistens dann der Fall, wenn die Spielkasinos stattdessen besondere Spielbankabgaben und dergleichen abführen. Die Gleichstellung von erlaubtem mit unerlaubtem Glücksspiel fließt steuerrechtlich gesehen aus dem Prinzip der steuerlichen Neutralität.

Dieses Urteil hat nun einen Journalisten in einer anderen Sache zu einer aufge regten Polemik hinreißen lassen. Einer, der in Frankfurt – wahrscheinlich im Rot lichtmilieu – auch unerlaubte Glücksspiele betrieb, war nicht nur deswegen, sondern in diesem Zusammenhang auch wegen Steuerhinterziehung angeklagt. Unter Bezugnahme auf das eben genannte, allerdings in einer ganz anderen Sache ergan gene Urteil, ist es dem Anwalt gelungen, seinen Mandanten im nationalen Straf prozess vor einer Bestrafung wegen Steuerhinterziehung zu bewahren. Dies hat den Journalisten veranlasst, den Gerichtshof übelst zu beschimpfen, wobei die Ausdrücke „Unfähigkeit“ und „Rechtsbeugung“ noch die schmeichelhaftesten waren. Ich habe daraufhin an die Zeitung einen Leserbrief geschrieben und darin darauf hingewiesen, dass das unerlaubte Glücksspiel eine Straftat sei, bei der man als Nebenstrafe sogar den gesamten erzielten Gewinn mitsamt den Spielautomaten und dergleichen einziehen könne, was geldmäßig sicher mehr ausmache als der Betrag von 16 Prozent Mehrwertsteuer. Natürlich ist der Leserbrief nie erscheinen. Vielleicht hätte ich den Schlussatz weglassen sollen, in dem ich sagte, dass es mit unter zweckmäßiger sei, bevor man ein Urteil kritisiere, sich erst einmal sachkundig zu machen. Allerdings, so hatte ich weiter hinzugefügt, lasse es sich dann nicht mehr so schön polemisieren.

### c) Die Steigerung staatlicher Einkünfte

In der eben genannten Rechtssache *Zenatti*<sup>73</sup> wurde zur Rechtfertigung auch vor getragen, aus der Wettätigkeit würden Einnahmen erzielt, die dem Staate zugute kämen und die hauptsächlich der Finanzierung sozialer Aktivitäten dienten. Dies hat der Gerichtshof jedoch nicht als einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung anerkannt. Er führte in der Randnummer 36 des Urteils aus, dass eine Begrenzung nur zulässig sei, „wenn sie in erster Linie wirklich dem

<sup>70</sup> Die Schlussanträge des Generalanwalts *Alber* in der Rs. C-243/01, *Gambelli*, werden am 13.3.2003 vor gelegt und sind dann unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

<sup>71</sup> Siehe hierzu auch *Stein*, Die Entwicklung der europäischen Glücksspielrechtsprechung und deren Aus wirkung auf den deutschen Lotteriemarkt, EWS, Heft 9/2002, S. 416 ff.

<sup>72</sup> Urteil vom 11.6.1998 in der Rs. C-283/95, *Fischer/Finanzamt Donaueschingen*, Slg. 1998, I-3369.

<sup>73</sup> Zitiert in Fußnote 68.

Ziel dient, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, und wenn die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist. Denn obwohl es, wie der Gerichtshof in Randnummer 60 des Urteils *Schindler* festgestellt hat, nicht gleichgültig ist, dass Lotterien und andere Glücksspiele in erheblichem Maße zur Finanzierung gemeinnütziger oder im Allgemeininteresse liegender Tätigkeit beitragen können, kann dies allein nicht als sachliche Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden.“

Ganz auf dieser Linie liegend hat der Gerichtshof folgerichtig auch Maßnahmen nicht als zu rechtfertigen angesehen, die dazu dienen sollten, Steuerverluste zu verhindern. Diese schon im Urteil *ICI*<sup>74</sup> in der Randnummer 28 gemachte Aussage wurde im Urteil *Saint-Gobain*<sup>75</sup> wiederholt, in dem es in der Randnummer 51 heißt:

„Die Vermeidung von Mindereinnahmen [...] findet sich nicht unter den in Art. 56 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 46 EG) aufgeführten Gründen und kann nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses angesehen werden, der eine mit Art. 52 EG-Vertrag [jetzt Art. 43 EG] grundsätzlich unvereinbare Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte“.

#### d) Wirtschaftliche und finanzielle Gründe

Wirtschaftliche und finanzielle Gründe hat der Gerichtshof zu Recht bislang nicht als Rechtfertigungsgründe zur Beschränkung einer Grundfreiheit anerkannt. Allerdings gibt es insoweit gewisse Ausnahmen, vor allem dann, wenn die Beschränkungen im Zusammenhang mit Diensten der Daseinsvorsorge stehen. Ein Beispiel dafür ist das Urteil *Vanbraekel*<sup>76</sup>. Es ging in dieser Sache erstmals um die Frage, ob man auch in einem anderen Mitgliedstaat eine stationäre Krankenhausbehandlung in Anspruch nehmen darf. Ferner ging es um die Höhe der zu erstattenden Kosten. Bis dahin war der Gerichtshof nur mit der Frage befasst worden, ob man auch medizinische Sachleistungen in einem Land in Anspruch nehmen kann bzw. ob man sich auch im Ausland ärztlich behandeln lassen kann, und zwar gegebenenfalls auch ohne vorherige Zustimmung der Krankenkasse. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die bekannten Urteile *Decker*<sup>77</sup> und *Kohll*<sup>78</sup>. Im ersten Fall ging es um die Erstattung von Kosten für den Kauf einer Brille und im zweiten um diejenigen für einen Zahnersatz. Der Gerichtshof hat die Verweigerung der

<sup>74</sup> Urteil vom 16.7.1998 in der Rs. C-264/96, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, Slg. 1998, I-4695.

<sup>75</sup> Urteil vom 21.9.1999 in der Rs. C-307/97, *Saint-Gobain*, Slg. 1999, I-6161.

<sup>76</sup> Urteil vom 12.7.2001 in der Rs. C-368/98, *Vanbraekel*, Slg. 2001, I-5363.

<sup>77</sup> Urteil vom 28.4.1998 in der Rs. C-120/95, *Nicolas Decker*, Slg. 1998, I-1831.

<sup>78</sup> Urteil vom 28.4.1998 in der Rs. C-158/96, *Raymond Kohll*, Slg. 1998, I-1931.

Übernahme der Kosten in diesen Fällen als eine Behinderung der Dienstleistungsfreiheit angesehen, allerdings auch ausgeführt, dass man natürlich nur in der Höhe Anspruch auf die Kostenerstattung habe, in der auch im Heimatstaat die Kosten übernommen worden wären. Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang auch geprüft, ob durch die Inanspruchnahme der Leistungen in einem anderen Land die ärztliche Versorgung im Heimatland gefährdet werden könnte; er hat dies aber in den genannten Fällen verneint. Anders waren seine Überlegungen jedoch zur stationären Krankenhausbehandlung im Ausland.

Der Gerichtshof hat dazu ausgeführt, er habe „bereits entschieden, dass sich nicht ausschließen lässt, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen kann [...]“ (Rdnr. 47 des Urteils *Vanbraekel*). In der nachfolgenden Randnummer heißt es: „Ebenso hat der Gerichtshof anerkannt, dass das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, zwar eng mit der Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit verbunden ist, aber auch zu den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit [...] zählen kann [...].“ Weiter heißt es schließlich, dass „Artikel 56 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 46 EG) es den Mitgliedstaaten erlaubt, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung einzuschränken, soweit die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung [...] erforderlich ist [...]“ (Rdnr. 49).

Da die Pflicht, eine Einrichtung vorzuhalten und für ihre Auslastung zu sorgen, mit großen wirtschaftlichen und finanziellen Folgen verbunden ist, ist es nur folgerichtig, die Inanspruchnahme dieser Einrichtungen verbindlich vorzusehen, also die Inanspruchnahme ausländischer oder anderer Einrichtungen nur in Ausnahmefällen zu gestatten.<sup>79</sup>

Um einen Pendantfall aus dem Abfallbereich ging es in der Sache *Kommune Kopenhagen*<sup>80</sup>. In diesem Fall wurde einem Unternehmen keine Genehmigung dafür erteilt, Abfälle zu exportieren, vielmehr wurde es verpflichtet, diese einer von der Gemeinde Kopenhagen betriebenen Anlage anzudienen. In diesem Urteil wurden erstmals wirtschaftliche Gründe zur Rechtfertigung vorgetragen, die der Gerichtshof akzeptierte. Es heißt in der Randnummer 79 des Urteils:

„Zwar werden durch das Ausschließlichkeitsrecht Unternehmen [...], die einen Zugang zum Markt suchen, trotz ihrer umweltrechtlichen Zulassung

<sup>79</sup> Siehe dazu auch das Urteil vom 12.7.2001 in der Rs. C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg. 2001, I-5473, ebenfalls zur stationären Krankenhausbehandlung. Siehe auch – erstmals zur ambulanten Behandlung – Schlussanträge des Generalanwalts *Ruiz Jarabo Colomer* vom 22.10.2002 in der Rs. C-385/99, *Müller-Fauré und van Riet*. Da die gerichtliche Entscheidung noch nicht ergangen ist, sind auch die Schlussanträge noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

<sup>80</sup> Urteil vom 23.5.2000 in der Rs. C-209/98, *FEAD/Københavns Kommune*, Slg. 2000, I-3743.

ausgeschlossen. Die Stadt Kopenhagen konnte jedoch wegen des Mangels an Unternehmen, die in der Lage waren, die fraglichen Abfälle zu behandeln, von der Notwendigkeit der Errichtung eines Zentrums mit einer erheblichen Annahmekapazität ausgehen. Sie konnte ebenfalls davon ausgehen, daß ein Ausschließlichkeitsrecht, das zeitlich auf den voraussichtlichen Abschreibungszeitraum für die Investitionen und räumlich auf das Gebiet der Gemeinde begrenzt ist, erforderlich war, um Unternehmen für eine Beteiligung am Betrieb eines Zentrums mit einer großen Annahmekapazität zu gewinnen“.

Unterstrichen werden soll, dass der Gerichtshof für die wirtschaftlichen Aspekte aber keinen Freibrief ausgestellt, sondern sie auf den Abschreibungszeitraum für Investitionen beschränkt hat.

Erwähnen möchte ich in diesem Zusammenhang noch die Rechtssache *Daimler Chrysler*<sup>81</sup>, in der es ebenfalls um die Verbringung von Abfällen ging. Die DaimlerChrysler AG, die im Ausgangsverfahren gegen das Land Baden-Württemberg klagte, wollte Sonderabfälle nach Belgien verbringen, musste diese aber aufgrund der baden-württembergischen Sonderabfallverordnung in eine Sonderverbrennungsanlage nach Hamburg schicken, was jährliche Mehrkosten von rund 1,1 Millionen Euro verursachte.

Mitunter sind natürlich Urteile für Nichtjuristen nicht immer leicht zu verstehen. Bezeichnend waren die Überschriften der beiden Stuttgarter Presseorgane zum Urteil. In den „Stuttgarter Nachrichten“ vom 14.12.2001 hieß es: „Daimler siegt gegen das Land“ und in der „Stuttgarter Zeitung“ vom Tag danach: „Daimler verliert gegen das Land“. Im Grunde hatten beide Recht. Die gestellte Vorlagefrage – zusätzliche Anforderungen an die Verbringung betreffend – wurde zwar im Sinne von DaimlerChrysler beantwortet, aber die Andienungspflicht als solche, um die es letztlich ging, war gar nicht Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens, weil das vorlegende Gericht von ihrer Rechtmäßigkeit ausging.

Nach dem baden-württembergischen Landesabfallgesetz kann bestimmt werden, dass besonders überwachungsbedürftige, zur Beseitigung bestimmte Abfälle einer Sonderabfallagentur anzudienen sind, die sie dann einer Sonderverbrennungsanlage – wie es die Hamburger Anlage war – überweist. Baden-Württemberg hatte mit dieser Anlage einen Vertrag mit Belieferungspflichten abgeschlossen. Nur wenn die Aufnahme in Hamburg nicht möglich war, konnten die Abfälle nach anderen Orten – auch ins Ausland – verbracht werden. Die streiterhebliche Gemeinschaftsnorm war Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a) Ziffer i) der Abfallverbringungsverordnung Nr. 253/93, der wie folgt lautet:

<sup>81</sup> Urteil vom 13.12.2001 in der Rs. C-324/99, *DaimlerChrysler AG/Land Baden-Württemberg*, Slg. 2001, I-9897.

„Um das Prinzip der Nähe, den Vorrang für die Verwertung und den Grundsatz der Entsorgungsaufgabe auf gemeinschaftlicher und einzelstaatlicher Ebene [...] zur Anwendung zu bringen, können die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Vertrag Maßnahmen ergreifen, um die Verbringung von Abfällen allgemein oder teilweise zu verbieten [...].“

In der baden-württembergischen Regelung war noch ein Zusatz enthalten, nach dem es bei der Verbringung in andere Länder nötig war, dass die Abfälle entsprechend dem deutschen Recht entsorgt werden konnten. Die drei Kriterien – Nähe, Vorrang für die Verwertung, Entsorgungsaufgabe – wurden in der Rechtssache *DaimlerChrysler* nur im Zusammenhang mit dieser letztgenannten Pflicht der Be seitigung im Ausland gemäß den deutschen Umweltstandards geprüft und nicht im Hinblick auf die Andienungspflicht, wie fälschlicherweise bei der Besprechung des Urteils oft gemeint wurde. Entscheidend ist die Aussage in der Randnummer 62 des Urteils, wonach eine Andienungspflicht an eine inländische Entsorgungs stelle rechtlich grundsätzlich möglich ist. Auch hier sind dann die drei Kriterien zu prüfen, wobei das Prinzip der Nähe und das der Entsorgungsaufgabe sicher miteinander kollidieren können. Ich meine, dass aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht dem Prinzip der Nähe eine höhere Bedeutung zukommen sollte, als dies gegenwärtig unter Betrachtung rein nationaler Aspekte der Fall ist. Das bedeutet, dass bei der Berechnung von Entfernung von Staatsgrenzen in der Regel nicht beachtet werden sollten. Eine ausländische Entsorgungsstelle kann also wesentlich näher liegen als eine nationale.

Von besonderer Bedeutung ist die Aussage in der Randnummer 62 aber auch deshalb, weil der Gerichtshof darin davon ausgeht, dass die Andienungspflicht erforderlich sein kann, „um einen für die Wirtschaftlichkeit dieser Entsorgungsanlage unerlässlichen Auslastungsgrad sicherzustellen“. In besonderen Fällen werden also wirtschaftliche und finanzielle Überlegungen durchaus als Rechtfertigungsgründe anerkannt.

#### e) Die Kohärenz eines Systems

Auf die Kohärenz eines Systems wird vor allem im Steuerrecht Bezug genommen. Die Kohärenz bedeutet, dass das System in sich konsequent sein muss. Es geht also in der Regel nicht um einzelne Bestimmungen, sondern um Zusammenhänge. Ganz salopp könnte man sagen: Wer A sagt muss auch B sagen. Die Kohärenz wurde erstmals im Urteil *Bachmann*<sup>82</sup> als Rechtfertigung für eine Verletzung einer Freizügigkeit geltend gemacht. Das „Bachmann“-Urteil ist überhaupt wegen der Anzahl der geprüften Rechtfertigungsgründe bekannt geworden und kann insoweit als Standard-Urteil bezeichnet werden.

<sup>82</sup> Urteil vom 28.1.1992 in der Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249.

Herr Bachmann, der die deutsche Staatsangehörigkeit besaß und in Belgien beschäftigt war, hatte vor seiner Ankunft in Belgien eine Kranken- und Invaliditätsversicherung sowie eine Lebensversicherung in Deutschland abgeschlossen, für die er in Deutschland Beiträge zahlte. Diese konnte er nicht vom Gesamtbetrag seiner Erwerbseinkünfte in Belgien abziehen. Das belgische Gesetz gewährte einen solchen Abzug nur für Beiträge, die an eine belgische Versicherung gezahlt wurden.

Die belgische Regierung wies darauf hin, dass zwar die Beiträge, die in Deutschland gezahlt würden, nicht vom Gesamtbetrag der in Belgien steuerpflichtigen Einkünfte abgezogen werden könnten. Als Ausgleich dafür würden jedoch die von den ausländischen Versicherern später gezahlten Pensionen, Renten in Belgien nicht steuerpflichtig. Wenn diese Beiträge bei der Rückkehr in die Herkunftsänder dort besteuert würden, beruhe dies nicht auf einer Beeinträchtigung der Freizügigkeit durch das belgische Gesetz, sondern auf dem Fehlen einer Harmonisierung des Steuerrechts der Mitgliedstaaten.

Dieses Argument wurde vom Gerichtshof nicht akzeptiert. In der Regel kehrten nämlich die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten nach ihrer Beschäftigung in ihren Heimatstaat zurück. Auch wenn die dort vorgenommene Besteuerung der Beiträge, die die Versicherer zahlten, auf einer fehlenden Harmonisierung beruhe, liege dennoch eine Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39) vor. Der Gerichtshof stellte insoweit eine mittelbare Diskriminierung fest.

Die belgische Regelung wurde dennoch gerechtfertigt, und zwar mit der Notwendigkeit, die Kohärenz des Steuersystems zu gewährleisten. Hierzu hat der Gerichtshof auf sein Urteil in der Rechtssache C-300/90 (*Kommission/Belgien*)<sup>83</sup> vom selben Tag verwiesen, wonach innerhalb der belgischen Regelung ein Zusammenhang zwischen der Abzugsfähigkeit der Beiträge und der Besteuerung der von den Versicherern in Erfüllung der Verträge zu zahlenden Beiträge bestehe. Nach der belgischen Regelung seien die späteren Pensionen, Renten usw. von der Steuer befreit, wenn die vom Versicherten gezahlten Beiträge nicht vorher von den zu besteuern den Gesamteinkünften abgezogen werden könnten. Der Gerichtshof führte dazu in den Randnummern 22 und 23 aus:

„22. Folglich wird innerhalb einer solchen Steuerregelung der Einnahmeverlust, der sich aus dem Abzug der Beiträge zu Lebensversicherungen [...] vom Gesamtbetrag der steuerpflichtigen Einkünfte ergibt, durch die Besteuerung der von den Versicherern zu zahlenden Pensionen, Renten oder Kapitalabfindungen ausgeglichen. Ist der Abzug solcher Beiträge nicht erfolgt, so sind diese Beiträge von der Steuer befreit.

23. Die Kohärenz einer solchen Steuerregelung, deren Gestaltung Sache des einzelnen Mitgliedstaats ist, setzt also voraus, dass dieser Staat, wäre er verpflichtet, den Abzug der in einem anderen Mitgliedstaat gezahlten Lebens-

<sup>83</sup> Urteil vom 28.1.1992 in der Rs. C-300/90, *Kommission/Königreich Belgien*, Slg. 1992, I-305.

versicherungsbeiträge zuzulassen, die von den Versicherern zu zahlenden Beträgen besteuern könnte.“

Um einen vergleichbaren Fall ging es in der Rechtssache *Danner*<sup>84</sup>, in der vor einem Monat das Urteil verkündet wurde. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof den Rechtfertigungsgrund der steuerlichen Kohärenz aber als nicht gegeben angesehen und in den Randnummern 36 bis 38 ausgeführt:

„36. Die Urteile [...] in den Rechtssachen [...] Bachmann ... und ... Kommission/Belgien [...] beruhten auf der Feststellung, dass nach belgischem Recht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Abzugsfähigkeit der Beiträge und der Besteuerung der von den Versicherern zu zahlenden Beträge bestand. Nach dem belgischen System wurde der Einnahmeverlust, der sich aus dem Abzug der Versicherungsbeiträge ergab, durch die Besteuerung der von den Versicherern zu zahlenden Pensionen, Renten oder Kapitalabfindungen ausgeglichen. War der Abzug solcher Beiträge nicht möglich, waren diese Beiträge dagegen von der Steuer befreit.

37. Im Ausgangsrechtsstreit fehlt aber ein solcher unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Abzugsfähigkeit der Versicherungsbeiträge und der Besteuerung der vom Versicherer gezahlten Renten.

38. Im finnischen Steuersystem werden nämlich die Renten, die von den ausländischen Einrichtungen an in Finnland ansässige Personen gezahlt werden, unabhängig davon besteuert, ob die für den Aufbau solcher Renten gezahlten Versicherungsbeiträge von den steuerpflichtigen Einkünften der Rentenbezieher abgezogen worden sind oder nicht. Wenn Herr Danner in Finnland wohnen bleibt, unterliegen die ihm von der BfA und der Berliner Ärzteversorgung gezahlten Renten der Einkommensteuer in Finnland, obwohl er nicht das Recht gehabt hatte, die an diese Versorgungseinrichtungen gezahlten Beiträge abzuziehen.“

Mit dieser Auflistung von Urteilen soll es nun sein Bewenden haben. Sie zeigten, dass der Gerichtshof im Wesentlichen nur seine bisherige Rechtsprechung bestätigt oder präzisiert hat. Da, wo eine Änderung zu erwarten gewesen wäre, hat er sich nicht dazu durchringen können und da, wo er kritisiert wurde, wird man nicht sagen können, dass die Entscheidungen unrichtig sind. Sie mögen vielleicht aus nationaler Sicht schwer nachvollziehbar sein; sie fügen sich aber schlüssig und konsequent in den europäischen rechtlichen Rahmen ein.

Lassen Sie mich zum Schluss nochmals kurz auf die Kohärenz zu sprechen kommen. Im weitesten Sinn gehört zu ihr auch, dass man denen, die man einlädt, auch etwas bietet. Ich will die Kohärenz also nicht als eine Rechtfertigung für eine

<sup>84</sup> Urteil vom 3.10.2002 in der Rs. C-136/00, *Rolf Dieter Danner*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, aber unter <http://www.curia.eu.int> abrufbar.

Beschränkung heranziehen, sondern im Gegenteil als eine Notwendigkeit, das ungeschriebene Grundrecht auf Lebensqualität wahrzunehmen. Ich würde mich also freuen, wenn Sie mit mir, nachdem ich Ihre Geduld solange in Anspruch genommen habe, draußen noch ein Glas Wein trinken und auf das Wohl des Europa-Instituts anstoßen würden.