

I. DAS BESONDERE URTEIL	202
The ECJ France Télécom/Wanadoo judgment: «To recoup or not to recoup? That «was» the question for a predatory price finding under Article 82 EC»	202
II. FREIZÜGIGKEIT	211
Ausser Spesen nichts gewesen – Die Spanienreise des italienischen Ingenieurs Cavallera	211
III. MARKENRECHT	216
Look what the Easter bunny brought us	216
IV. STEUERRECHT	223
1. Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden	223
2. Privatisierung von postalischen Universaldiensten führt nicht automatisch zur Mehrwertsteuerpflicht	228
V. EUROPÄISCHES ZIVILPROZESSRECHT	232
Erfüllungsortsgerichtsstand bei Lizenzverträgen	232

PROF. DR.
CARL BAUDENBACHER
LUXEMBURG/
ST. GALLEN (PRÄSIDENT)

PROF. DR. DR.
GENERALDIREKTOR A.D.
WALTER BARFUß
WIEN

FÜRSTLICHER RAT
ALT REGIERUNGSCHEF
HANS BRUNHART
VADUZ

PROF. DOTI.
ALDO FRIGNANI
AVVOCATO
TORINO

RECHTSANWALT
ALFRED-CARL GAEDERTZ
FRANKFURT AM MAIN

PROF. DR.
CHRISTIAN KOHLER
LUXEMBURG/
SAARBRÜCKEN

RECHTSANWALT DR.
FRANK MONTAG
BRÜSSEL

DR. SVEN NORBERG
BRÜSSEL

II.

Laura Melusine Baudenbacher, Bern/Luxemburg

Ausser Spesen nichts gewesen – Die Spanienreise des italienischen Ingenieurs Cavallera

(Consiglio Nazionale degli Ingegneri / Ministero della Giustizia und Marco Cavallera, EuGH (Zweite Kammer), Urteil vom 29. Januar 2009, C-311/06)

(1) Sachverhalt

In der Rechtssache C-311/06 hatte der EuGH die Hochschuldiplomanerkennungsrichtlinie 89/48/EWG¹ auszulegen. Der italienische Staatsangehörige Marco Cavallera ist Inhaber eines von der *Universität Turin* ausgestellten *Studienabschlusszeugnisses* im *Maschinenbauingenieurwesen*. Um in Italien diesen Beruf auszuüben, hätte er gemäss italienischem Recht *zusätzlich ein Staatsexamen bestehen müssen*.

Herr Cavallera beantragte *stattdessen in Spanien* beim *Ministerio de Educación y Ciencia* (dem Ministerium für Bildung und Wissenschaft) die *Anerkennung seines italienischen Abschlusses* als gleichwertig zum entsprechenden spanischen Abschluss. Zum damaligen Zeitpunkt gab es in Spanien zwei unterschiedlichen Anerkennungsverfahren:

- Das Verfahren zu Homologation von Universitätsdiplomen zur Anerkennung der offiziellen Gültigkeit im Ausland erworbener Hochschuldiplome für akademische Zwecke in Spanien, geregelt durch das *Real Decreto 86/1987* vom 16. Januar 1987², und
- Das Verfahren zur Anerkennung beruflicher Qualifikationen nach dem *Real Decreto 1665/1991* vom 25. Oktober 1991³, mit dem die Richtlinie 89/48/EWG in das spanische Recht umgesetzt wurde.

Herr Cavallera beantragte eine Anerkennung seines italienischen Diploms gemäss dem *Real Decreto 86/1987*. Die wurde ihm auch gewährt. Aufgrund der Anerkennung wurde Herr Cavallera in das Verzeichnis eines katalanischen *Colegios de Ingenieros Técnicos Industriales* (Berufskammer für Ingenieure) eingetragen. Er arbeitete jedoch weder ausserhalb von Italien in seinem erlernten Beruf noch absolvierte er eine zusätzliche Ausbildung in Spanien.

Im Anschluss daran beantragte Herr Cavallera *in Italien* beim *Ministerio della Giustizia* (Justizministerium) die *Anerkennung seiner spanischen Qualifikation* um in das italienische In-

genieurverzeichnis eingetragen zu werden. Die Anerkennung beantragte er gemäss dem *Decreto legislativo* Nr. 115 vom 27. Januar 1992⁴, welches die Richtlinie 89/48/EWG in das italienische Recht umsetzt. In der Folge wurde Herr Cavallera in das Verzeichnis der Ingenieurkammer der piemontesischen Stadt Alessandria eingetragen.

Der *Consiglio Nazionale degli Ingegneri* (Gesamtstaatlicher Ingenieurrat) erhob gegen die Ministerialverfügung Klage beim *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* mit dem Argument, Herr Cavallera würde von dem nach italienischem Recht vorgeschriebenem Staatsexamen freigestellt. Gegen die Abweisung der Klage legte der *Consiglio Nazionale degli Ingegneri* Rechtsmittel beim *Consiglio di Stato* ein, welcher dem EuGH folgende *Fragen zur Vorabentscheidung* vorlegte:

«1. Ist die Richtlinie 89/48/EWG im Fall eines italienischen Staatsangehörigen anwendbar,

– der in Italien das dreijährige Ingenieurstudium mit der «laurea» abgeschlossen hat,

– dessen italienischer Befähigungsnachweis als gleichwertig mit dem entsprechenden spanischen Befähigungsnachweis homologisiert worden ist,

– der in das spanische Ingenieurverzeichnis eingetragen worden ist, diesen Beruf in Spanien aber nie ausgeübt hat, und

– der auf der Grundlage der spanischen Homologationsbescheinigung die Eintragung in das Ingenieurverzeichnis in Italien beantragt hat?

2. Ist, wenn die erste Frage zu bejahen ist, die innerstaatliche Norm (Art. 1 des *Decreto legislativo* Nr. 115/1992), nach der ein Befähigungsnachweis eines Mitgliedstaats, der seinerseits ausschliesslich das Ergebnis der Anerkennung eines älteren italienischen Befähigungsnachweises ist, in Italien nicht anerkannt wird, mit der Richtlinie 89/48 vereinbar?»

(2) Urteil

Bei der Prüfung, ob der vorliegende Fall überhaupt

Freizügigkeit



durch die Richtlinie 89/48/EWG geregelt wird, legte der EuGH den **Begriff des «Diploms»** im Sinne der Richtlinie aus. Deren Art. 1 lit. a bestimmt u.a.:

«Im Sinne dieser Richtlinie gelten

a) als Diplome alle Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise bzw. diese Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstigen Befähigungsnachweise insgesamt,

– die in einem Mitgliedstaat von einer nach seinen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bestimmten zuständigen Stelle ausgestellt werden,

– aus denen hervorgeht, dass der Diplominhaber ein mindestens dreijähriges Studium oder ein dieser Dauer entsprechendes Teilzeitstudium an einer Universität oder einer Hochschule oder einer anderen Ausbildungseinrichtung mit gleichwertigem Niveau absolviert und gegebenenfalls die über das Studium hinaus erforderliche berufliche Ausbildung abgeschlossen hat, und

– aus denen hervorgeht, dass der Zeugnisinhaber über die beruflichen Voraussetzungen verfügt, die für den Zugang zu einem reglementierten Beruf oder dessen Ausübung in diesem Mitgliedstaat erforderlich sind,

wenn die durch das Diplom, das Prüfungszeugnis oder einen sonstigen Befähigungsnachweis bescheinigte Ausbildung überwiegend in der Gemeinschaft erworben wurde oder wenn dessen Inhaber eine dreijährige Berufserfahrung hat, die von dem Mitgliedstaat bescheinigt wird, der ein Diplom, ein Prüfungszeugnis oder einen sonstigen Befähigungsnachweis eines Drittlands anerkannt hat».

Der EuGH kam zum Schluss, dass die in Frage stehenden Befähigungsnachweise die Voraussetzungen nach Art. 1 lit. a erster Gedankenstrich erfüllen und dass auch die Voraussetzung nach dem zweiten Gedankenstrich, dass ein mindestens dreijähriges Studium absolviert wurde, gegeben ist. Schliesslich belege die spanische Homologationsbescheinigung, dass Herr Cavallera über die Voraussetzungen verfügt, die für den Zugang zu einem reglementierten Beruf in Spanien erforderlich sind (dritter Gedankenstrich). Hingegen gelangte der EuGH zum Ergebnis, dass Herr Cavallera **keine unter das spanische Bildungssystem fallende Ausbildung** erworben habe und dass der Bescheinigung keine Prüfung oder eine in Spanien erworbene Berufserfahrung zugrunde liege. In der bisherigen Rechtsprechung sei zwar festgehalten worden,

dass die Richtlinie keine Beschränkung bezüglich den Mitgliedstaat enthalte, in dem ein Antragsteller seine Qualifikationen erworben haben müsse.⁵ Doch werde trotzdem zwischen den geografischen Orten unterschieden, an denen eine Ausbildung stattfinde und unter deren Bildungssystem sie falle.

Die Richtlinie 89/48/EWG bezwecke die Beseitigung der Hindernisse für die Ausübung eines Berufs in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem der Befähigungsnachweis ausgestellt wurde. Aus den Erwägungsgründen 1, 3 und 5 der Richtlinie ergebe sich, dass ein **Befähigungsnachweis** zur Bescheinigung beruflicher Qualifikationen **nicht einem «Diplom»** im Sinne der Richtlinie **gleichgestellt** werden könne, wenn die Qualifikationen nicht ganz oder teilweise im Rahmen des Bildungssystems des Mitgliedstaats erworben wurde, in dem der Befähigungsnachweis ausgestellt wurde. Ausserdem habe der Gerichtshof bereits darauf hingewiesen, dass ein Befähigungsnachweis den Zugang zu einem Beruf oder dessen Ausübung insoweit erleichtere, als er den Besitz einer zusätzlichen Qualifikation belege.⁶ Die spanische Homologation und die anschliessende Eintragung in das katalanische Ingenieurverzeichnis belegten jedoch **keinerlei zusätzliche Qualifikationen** von Herrn Cavallera.

Würde der Gerichtshof eine Berufung auf die Richtlinie 89/48/EWG zum Zweck des Zugangs zum Ingenieurberuf zulassen, so könnten diejenigen Studienabgänger, denen die zusätzliche durch das Staatsexamen bescheinigte Qualifikation fehle, trotzdem im betreffenden Beruf tätig werden, obwohl die spanische Homologation **keine zusätzliche Qualifikation bescheinige**. *«Ein solches Ergebnis liefe dem im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 89/48/EWG verankerten Grundsatz zuwider, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit behalten, das Mindestniveau der notwendigen Qualifikation mit dem Ziel zu bestimmen, die Qualität der in ihrem Hoheitsgebiet erbrachten Leistungen zu sichern».*⁷

Folglich antwortete der Gerichtshof auf die erste Frage des nationalen Gerichts:

«Im Hinblick auf den Zugang zu einem reglementierten Beruf in einem Aufnahmemitgliedstaat kann sich der Inhaber eines von einer Stelle eines anderen Mitgliedstaats ausgestellten Befähigungsnachweises, mit dem keine unter das Bildungssystem dieses Mitgliedstaats fallende Ausbildung bescheinigt wird und dem weder eine Prüfung noch eine in diesem Mitgliedstaat erwor-



bene Berufserfahrung zugrunde liegt, nicht auf die Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, berufen».

Die zweite Frage musste damit nicht beantwortet werden.

(3) Kommentar

(a) Allgemeines

Der Fall des Herrn Cavallera ist selbst für einen juristischen Laien mit gesundem Menschenverstand eine ziemlich klare Angelegenheit. Es braucht keinen Experten, um festzustellen, dass dem Vorgehen des Ingenieurs kein Erfolg beschieden sein kann. Im Ergebnis ist dem Urteil des Gerichtshofes damit zuzustimmen. Hingegen stellt sich die Frage, ob der Gerichtshof eine **Gelegenheit verpasst** hat, seine **Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch weiterzuentwickeln** und vielleicht sogar einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu formulieren. Diese Frage ist umso berechtigter, als Generalanwalt *Poiães Maduro* dem Gerichtshof ein solches Vorgehen vorgeschlagen hat.⁸

(b) Zum Schlussantrag des Generalanwalts *Poiães Maduro*

Der Gerichtshof hat sich entgegen den Schlussanträgen des Generalanwaltes für eine enge Auslegung der Richtlinie entschieden. Der Generalanwalt hatte zwar erwähnt, dass eine enge Auslegung möglich sei und dabei ausdrücklich auf den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie hingewiesen, sich aber für eine **weite Auslegung** ausgesprochen.⁹ Seiner Auffassung nach musste unterschieden werden zwischen der Anwendbarkeit der Richtlinie und der Möglichkeit, sich auf sie zu berufen.

Im vorliegenden Fall empfahl der Generalanwalt dem EuGH, die **Anwendbarkeit der Richtlinie** anzuerkennen und die spanische Entscheidung zur Anerkennung der Gleichwertigkeit als «Diplom» i.S.d. Richtlinie zu qualifizieren. Eine zu enge Auslegung der Richtlinie 89/48/EWG würde einerseits die **Beurteilungsbefugnis der Mitgliedstaaten** bezüglich Zugang und Ausübung der in der Richtlinie erfassten Berufe nicht wahren. Andererseits bestünde die Gefahr, dass gewisse Sachverhalte fälschlicherweise von der Richtlinie ausgenommen würden. Es müssten nämlich auch Entscheidungen zur Anerkennung der Gleichwertigkeit als Diplom qualifiziert werden können, wenn sie beispielsweise bescheinigen, dass der Betreffende in einem Mitglied-

staat eine Berufsqualifikation durch die Ausübung des Berufes in dessen Hoheitsgebiet erworben hat. Ausserdem beruhe die gegenseitige Anerkennung der Diplome auf dem **Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens** der Mitgliedstaaten. Eine zu enge Auslegung könne diesen Grundsatz beeinträchtigen. Aus diesem Grund dürfe dem spanischen Befähigungsnachweis nicht die Eigenschaft eines Diploms abgesprochen werden, da Spanien der Ansicht sei, Herr Cavallera verfüge über ausreichende berufliche Fähigkeiten, um den Beruf in seinem Hoheitsgebiet auszuüben.

Der Generalanwalt hielt die Richtlinie aus diesem Grund für anwendbar. In einem zweiten Schritt prüfte er die Möglichkeit Cavalleras, sich auf die Richtlinie zu berufen, bzw. das eventuelle **Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs**. Dabei ging er nach der Rechtsprechung des EuGH vor, wonach erstens zu prüfen ist, ob das Verhalten von Herrn Cavallera missbräuchlich war.¹⁰ Der Missbrauch setzt gemäss Rechtsprechung voraus, dass zum einen eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Gemeinschaftsregelung nicht erreicht worden ist. Zum anderen muss aus diesen Umständen hervorgehen, dass mit dem Vorgang im Wesentlichen bezweckt war, sich einen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden.

Generalanwalt *Poiães Maduro* sah das **Ziel der Richtlinie** in der Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Personenfreizügigkeit. Konkret umfasse das Ziel der RL drei Dimensionen: (1) Ein qualifizierter Gemeinschaftsangehöriger müsse seinen Beruf in einem anderen Mitgliedstaat trotz unterschiedlicher Regelungen der Staaten ausüben können; (2) Ein Gemeinschaftsangehöriger müsse wählen können, in welchem Staat er seine Berufsqualifikation erwerben möchte; (3) Bildungseinrichtungen müssten die Möglichkeit haben, ihre Dienstleistungen Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten bzw. diese Dienstleistungen in anderen Staatsgebieten zu erbringen. GA *Maduro* kam zum Schluss, dass es nicht Ziel der Richtlinie sein könne, einem italienischen Staatsangehöriger die Berufung auf ein spanisches Diplom zu ermöglichen, ohne dass dieser eine berufliche oder akademische Erfahrung in Spanien erworben habe. Eine Anerkennung des spanischen Diploms würde es Herrn Cavallera erlauben, in Italien den Zugang zu einem Beruf zu erlangen, für den er nach italienischem Recht nicht über die erforderlichen Qualifikationen verfügt. Dieses



Vorgehen widerspreche dem Erwägungsgrund 10 der Richtlinie, der lautet: «Die allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome zielt weder auf eine Änderung der die Berufsausübung einschliesslich der Berufsethik betreffenden Bestimmungen ab, die für alle Personen gelten, die einen Beruf im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ausüben, noch auf einen Ausschluss der Zuwanderer von der Anwendung dieser Bestimmungen». Die Diskrepanz zwischen erreichtem Ergebnis und Ziel der Richtlinie reiche jedoch nicht aus, um einen Missbrauch anzunehmen. Vielmehr müsse sich aus den Umständen ergeben, dass die erlangten Vorteile nicht objektiv mit einer anderen Begründung gerechtfertigt werden könnten. Der Generalanwalt sah **keine** solche **rechtfertigende Begründung**. Seiner Ansicht nach wurde ein gemeinschaftsrechtlicher Vorteil in einer in Wirklichkeit rein internen Situation erworben, welche willkürlich in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eingeführt wurde.¹¹

GA *Poiães Maduro* wies darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des EuGH zum Rechtsmissbrauch neben der Prüfung der Vereinbarkeit des Ziels der Richtlinie mit dem erreichten Ergebnis und einer allfälligen Rechtfertigung eine weitere Voraussetzung gegeben sein muss. Das nationale Gericht muss nämlich beurteilen, ob sich die italienische Beschränkung der Richtlinie «mit Gründen der Bekämpfung rein künstlicher Gestaltungen rechtfertigen lässt und ob sie sich gegebenenfalls im Hinblick auf dieses Ziel als verhältnismässig erweist».¹² Eine Einschränkung der Anerkennung von Diplomen lässt sich demnach nur rechtfertigen, wenn dadurch **missbräuchliche Praktiken** verhindert werden sollen, also konkret **Umgehungen des nationalen Rechts** durch die Berufung auf eine Verkehrsfreiheit, welche nie tatsächlich ausgeübt wurde. Der Generalanwalt erwähnte ausdrücklich, dass Herr Cavallera in Spanien «weder gearbeitet noch studiert» hat, so dass die «mit der Regelung der Anerkennung der Diplome angestrebte gegenseitige wirtschaftliche und soziale Durchdringung» gar nicht stattfindet.¹³ Damit versuche Herr Cavallera, einen gemeinschaftsrechtlichen Vorteil in einer Situation zu erwerben, «die in Wirklichkeit rein intern ist, die jedoch willkürlich in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eingeführt worden ist».¹⁴ Falls das nationale Gericht zum Ergebnis kommt, dass Herr Cavallera das Gemeinschaftsrecht missbraucht hat, so müsse es feststellen, dass dieser sich nicht auf die Richtlinie berufen kann.

Schliesslich habe das nationale Gericht zu beurteilen, ob sich die italienische Regelung mit Gründen der **Bekämpfung rein künstlich geschaffener Gestaltungen** rechtfertigen lässt und ob sie ggf. im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismässig ist. Insoweit bezog sich der Generalanwalt auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes Overseas*.¹⁵ Im Endeffekt kam er zum Schluss, das Vorgehen von Herrn Cavallera habe ausschliesslich den Zweck gehabt, die Anwendung der italienischen Regelung über den Zugang zum Beruf zu umgehen. Die italienische Regelung, wonach der Befähigungsnachweis eines anderen Mitgliedstaats, der ausschliesslich das Ergebnis der Anerkennung des vorher erteilten italienischen Befähigungsnachweises ist, sei wahrscheinlich geeignet, solche Umgehungen zu verhindern. Zusätzlich zu dieser Voraussetzung dürfe die italienische Regelung nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit der Regelung verfolgten Ziels erforderlich ist. Ihre Anwendung müsse ausgeschlossen sein, wenn der Antrag auf Anerkennung mit einem der oben genannten Ziele gerechtfertigt werden kann.

Folglich schloss Generalanwalt *Poiães Maduro*, dass die Richtlinie 89/48/EWG zwar auf den Fall von Herrn Cavallera anwendbar sei, dieser sich aber dann nicht darauf berufen könne, wenn sein Vorgehen missbräuchlich sei.

(c) Zum Urteil des Gerichtshofs

Dass der EuGH die Gelegenheit zur Weiterentwicklung seiner Praxis zum **Rechtsmissbrauch** nicht genutzt hat, ist bedauerlich. Die Rechtsmissbrauchsrechtsprechung kann in **zwei Fallgruppen** eingeteilt werden.¹⁶ In der ersten beruft sich ein Einzelner missbräuchlich auf Gemeinschaftsrecht mit dem Ziel, sich der **Anwendbarkeit des nationalen Rechts** zu entziehen. Bei der zweiten liegt eine missbräuchliche oder gar betrügerische **Ausübung von Rechten** vor, die sich **aus dem Gemeinschaftsrecht** ergeben. Wichtige Anwendungsfälle der ersten Fallgruppe sind die Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, das Betreiben von Radio- und Fernsehstationen vom Territorium eines anderen Mitgliedstaates aus mit dem Ziel, sich den Verpflichtungen des Rechts des Empfangsstaates zu entziehen, der Erwerb einer Berufsausbildung in einem anderen Mitgliedstaat mit dem Ziel, den Anforderungen des Herkunftsstaates zu entgehen, der Missbrauch der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über die Beweiskraft im EG-Ausland ausgestellter Arztzeugnisse, die Umgehung nationaler Regeln betreffend die Kapitalaufbringung von Kapitalgesellschaften durch Gründung einer



Briefkastenfirma in einem anderen Mitgliedstaat und der sog. Führerscheintourismus. Unter die zweite Fallgruppe fallen v.a. der missbräuchliche Bezug von Beiträgen bei Ausfuhr, Einfuhr und Wiederausfuhr landwirtschaftlicher Erzeugnisse und der Missbrauch im Bereich der Mehrwertsteuer. In den letzten Jahren hat der Gerichtshof seine Missbrauchsrechtsprechung in Fällen der zweiten Fallreihe weiterentwickelt. Die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall ein Rechtsmissbrauch gegeben ist, obliegt letztlich dem nationalen Gericht. Der EuGH hat aber wichtige Vorgaben gemacht, welche **Vorrang und Wirkung des Gemeinschaftsrechts** sicherstellen sollen. Was die erste Fallgruppe betrifft, so hat er den Satz geprägt, die Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift dürfe die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen und es dürfe weder die Tragweite einer Gemeinschaftsbestimmung verändert noch das von ihr angestrebte Ziel vereitelt werden.¹⁷ In der zweiten Fallgruppe besteht eine wichtige Voraussetzung darin, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass **trotz formaler Einhaltung** der Bedingungen des Gemeinschaftsrechts das **Ziel der Regelung nicht erreicht** wurde. Dabei steht das Ziel, sich einen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich oder künstlich geschaffen wurden, im Vordergrund.¹⁸ Der Fall Cavallera gehört der ersten Fallgruppe an. Generalanwalt Poiares Maduro, der die Schlussanträge in den letzten wichtigen Fällen der zweiten Fallgruppe gestellt hat, hat dem EuGH vorgeschlagen, das **Merkmal der künstlich geschaffenen Situation**, die dem missbräuchlich Handelnden einen Vorteil verschaffen soll, auch auf einen solchen Fall zu übertragen.¹⁹ Auch wenn der EuGH eine Stellungnahme zu dieser Thematik aufgrund seiner engen Auslegung der Richtlinie vermieden hat, so ist damit die Grundlage für eine offene Anerkennung des Verbots des Rechtsmissbrauchs als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts gelegt.

¹ Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen; ABl. 1989, L 19, S. 16.

² BOE Nr. 20 vom 23. Januar 1987.

³ BOE Nr. 208 vom 22. November 1991.

⁴ GURI Nr. 40 vom 18. Februar 1992.

⁵ Vgl. EuGH vom 23. Oktober 2008, C-274/05 *Kommission v. Griechenland*, Rn. 28; und EuGH vom 23. Oktober 2008, C-286/06 *Kommission v. Spanien*, Rn. 62.

⁶ Vgl. EuGH Slg. 1993, I-1663 *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg*, Rn. 18 bis 23; und EuGH Slg. 2003, I-8219 *Isabel Burbaud v. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, Rn. 47 bis 53.

⁷ Urteil, Rn. 57.

⁸ Schlussanträge Generalanwaltes Poiares Maduro vom 28. Februar 2008, C-311/06 *Consiglio Nazionale Ingegneri v. Ministero della Giustizia und Marco Cavallera*.

⁹ Der 5. Erwägungsgrund lautet: «Bei denjenigen Berufen, für deren Ausübung die Gemeinschaft kein Mindestniveau der notwendigen Qualifikation festgelegt hat, behalten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, dieses Niveau mit dem Ziel zu bestimmen, die Qualität der in ihrem Hoheitsgebiet erbrachten Leistungen zu sichern. Sie können jedoch nicht, ohne sich über ihre Verpflichtungen nach Artikel 5 des Vertrages hinwegzusetzen, einem Angehörigen eines Mitgliedstaats vorschreiben, dass er Qualifikationen erwirbt, die sie in der Regel im Wege der schlichten Bezugnahme auf die im Rahmen ihres innerstaatlichen Bildungssystems ausgestellten Diplome bestimmen, wenn der Betreffende diese Qualifikationen bereits ganz oder teilweise in einem anderen Mitgliedstaat erworben hat. Deshalb hat jeder Aufnahmestaat, in dem ein Beruf geregelt ist, die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Qualifikationen zu berücksichtigen und zu beurteilen, ob sie den von ihm geforderten Qualifikationen entsprechen».

¹⁰ Für eine Diskussion der Rechtsmissbrauchsrechtsprechung des EuGH, siehe *Laura Melusine Baudenbacher*, Überlegungen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht 2008, 205-218.

¹¹ Vgl. Schlussanträge, *supra* Fn. 8, Rn. 56 ff.

¹² EuGH Slg. 2006, I-7995 *Cadbury Schweppes plc. und Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, Rn. 57.

¹³ Urteil, Rn. 48 und 49 ff., Rn. 56.

¹⁴ Urteil, Rn. 56.

¹⁵ Vgl. EuGH *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, aaO. (Fn. 12), Rn. 59.

¹⁶ Vgl. zum Folgenden *Laura Melusine Baudenbacher*, a.a.O. (Fn. 10).

¹⁷ Vgl. etwa EuGH Slg. 1998, I-2843 *Alexandros Kefalas u. a. v. Elliniko Dimosio und Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Rn. 22.

¹⁸ Vgl. das Grundsatzurteil EuGH Slg. 2000, I-11569 *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Rn. 52 f.

¹⁹ In diesem Sinne auch *Laura Melusine Baudenbacher*, aaO. (Fn. 10), 218.

