

Vorlesung Europarecht II
Donnerstag, den 5. Juni 2003

I. Inländerdiskriminierung

Um die Problematik der Inländerdiskriminierung zu verdeutlichen, beginne ich mit einem einfachen Beispielsfall - der inzwischen durch die Rechtsentwicklung überholt ist. Eine deutsche Vorschrift verbietet es, Margarine so zu verpacken wie Butter. Dadurch soll der Verbraucher vor der Gefahr geschützt werden, Margarine und Butter zu verwechseln. Diese Regelung findet auf EG-ausländische Produkte keine Anwendung, weil es sich nach der Dassonville-Formel um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG handelt, die nach der Cassis-de-Dijon-Formel nicht gerechtfertigt werden kann. Daraus folgt, dass EG-ausländische Margarine in Deutschland in derselben Verpackung wie Butter verkauft werden darf, deutsche Margarine aber nicht. Aus der Sicht deutscher Margarinehersteller bedeutet dies, dass sie in Deutschland schlechter behandelt werden als EG-ausländische Margarinehersteller. Letztere dürfen über die Verpackung ihres Produkts frei entscheiden, Erstere dürfen dies nicht.

Diesen Effekt nennt man Inländerdiskriminierung. Er ist eine Folge der Deutung der EG-Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Würde man die Grundfreiheiten nur als Diskriminierungsverbote deuten, könnte es nicht zu Inländerdiskriminierungen kommen. Denn das Diskriminierungsverbot verlangt nur, dass EG-Ausländer nicht schlechter behandelt werden als Inländer; es verlangt nicht, dass EG-Ausländer besser behandelt werden als Inländer. Dies verlangt zwar auch ein Beschränkungsverbot nicht. Da ein Beschränkungsverbot aber nur EG-Ausländern zugute kommt, räumt es nicht zu rechtfertigende Beschränkungen des

nationalen Rechts nur für EG-Ausländer aus. Für Inländer bleibt die Beschränkung bestehen, weil die Grundfreiheiten auf reine Inlandssachverhalte keine Anwendung finden. Beschränkungen des nationalen Rechts werden von den Grundfreiheiten des EG-Vertrags aufgrund von deren Anwendungsvorrang nur zugunsten von Personen zurückgedrängt, die grenzüberschreitend tätig werden und deshalb in den Anwendungsbereich dieser Grundfreiheiten fallen. Reine Inlandssachverhalte verbleiben dagegen im Anwendungsbereich der möglicherweise strengeren nationalen Vorschriften.

Gegen Inländerdiskriminierungen hilft das Diskriminierungsverbot des Art. 12 I EG nicht weiter. Selbst wenn man von einer versteckten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ausginge, ist bei Inlandssachverhalten der Anwendungsbereich des Vertrages nicht eröffnet. Inländerdiskriminierungen beruhen darauf, dass der Vertrag einen begrenzten Anwendungsbereich hat und reine Inlandssachverhalte nicht erfasst.

Die Benachteiligung des von vornherein in Deutschland Tätigen ist aber verfassungsrechtlich problematisch. Diese Problematik steigert sich in dem Maße, wie Inländerdiskriminierungen quantitatives Gewicht bekommt, was in einigen Grenzregionen der Fall ist. Verfassungsrechtlich sind zwei Lösungsansätze denkbar, um das Problem zu meistern. Der eine Lösungsansatz ist gleichheitsgrundrechtlich, der andere freiheitsgrundrechtlich.

Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liege vor, weil für die Ungleichbehandlung deutscher und EG-ausländischer Margarinehersteller kein sachlicher Grund angeführt werden könne. Es handele sich um einen im Hinblick auf die betroffenen deutschen Margarinehersteller willkürlichen Effekt des begrenzten Anwendungsbereichs der EG-Grundfreiheiten. Dagegen lassen sich zwei Einwände vortragen. Erster Einwand: Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG

setzt eigentlich voraus, dass die Ungleichbehandlung zweier Sachverhalte demselben Normsetzer zuzurechnen ist. Das trifft hier nicht zu, weil der deutsche Normsetzer deutsche und EG-ausländische Margarinehersteller gleich behandelt und die Ungleichbehandlung darauf zurückzuführen ist, dass die deutsche Regelung aufgrund des Vorrang des Gemeinschaftsrechts für EG-ausländische Margarinehersteller - und nur für diese - zurückzutreten hat. Im Verhältnis unterschiedlicher Normsetzer findet Art. 3 I GG jedoch keine Anwendung. So liegt keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor, wenn ein Bundesland einen Sachverhalt so, ein anderes Bundesland denselben Sachverhalt dagegen anders regelt. Die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung stellt sich hier nicht. Zweiter Einwand: Liegt eine Ungleichbehandlung vor, so liegt es im Ermessen des Normsetzers, wie er diese behebt. Er kann der begünstigten Gruppe die Begünstigung nehmen und so Gleichheit herstellen. Er kann aber auch der benachteiligten Gruppe die Begünstigung gewähren und so Gleichheit herstellen. Diese Alternativen gibt es bei der Inländerdiskriminierung nicht, weil der deutsche Normsetzer über das europäische Gemeinschaftsrecht nicht disponieren kann. Ihm bleibt dann nur eine Möglichkeit: Er müsste die Rechtslage für Inländer der Rechtslage für EG-Ausländer angleichen. Wenn man trotz dieser Bedenken Art. 3 I GG anwendet, stellt sich die Frage, ob die Fortgeltung der deutschen Regelung mit eingeschränktem Geltungskreis willkürlich ist oder ob es für die Beibehaltung von Sonderregelungen des nationalen Rechts rechtfertigende Gründe gibt.

Der andere Lösungsansatz ist freiheitsgrundrechtlich. Die deutsche Verpackungsvorschrift für Margarine ist eine Berufsausübungsregelung, die mit Art. 12 I GG vereinbar ist, wenn sie verhältnismäßig ist. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt sich die Frage der Eignung der Vorschrift im Hinblick auf das Ziel, den

Verbraucher vor der Gefahr zu schützen, Margarine mit Butter zu verwechseln. Diese Eignung wird in Frage gestellt, wenn EG-ausländische Margarine doch wie Butter verpackt werden darf. Solange EG-ausländische Margarine nur in geringen Mengen in Deutschland verkauft wird, mag man dies für irrelevant erklären. Sobald eine quantitative Grenze überschritten wird, ist dies nicht mehr möglich. Man muss dann zugeben, dass die deutsche Verpackungsvorschrift insgesamt hinfällig wird. Für EG-ausländische Margarine folgt dies aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Für deutsche Margarine folgt dies daraus, dass die deutsche Regelung unverhältnismäßig wird, weil sie für EG-ausländische Produkte nicht mehr gilt. Ihr fehlt dann die Eignung.

Sowohl der gleichheitsgrundrechtliche als auch der freiheitsgrundrechtliche Ansatz laufen auf das Ergebnis hinaus, dass Inländerdiskriminierungen verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen sind, wenn sie ein zu starkes Gewicht entfalten. Die Fortgeltung der deutschen Regelung für Inländer kann verfassungsrechtlich nur solange gerechtfertigt werden, wie diese Regelung den Regelfall betrifft. Nur solange kann eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein, und nur solange ist eine Berufsausübungsregelung geeignet und erforderlich. Wird die Schwelle überschritten, wird nicht nur der politische Druck in Richtung auf eine Änderung der deutschen Regelung übermächtig; übermächtig wird auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast.

Dieses Problem stellt sich zur Zeit für das deutsche Handwerksrecht. Eines seiner Strukturprinzipien ist die Meisterprüfung als Berufszugangsregelung. Mit Ausnahme von Luxemburg gibt es dieses Erfordernis in keinem anderen EG-Staat. Die Meisterprüfung hat darum auf dem Binnenmarkt einen schweren Stand. Das Problem verschärft sich in dem Maße, wie EG-ausländische Handwerker ohne Meisterprüfung die

Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen und in Deutschland tätig werden. Hierdurch entsteht Druck auf die Meisterprüfung. Die Forderung nach ihrer Abschaffung erhält verfassungsrechtliches Gewicht. Die Sonderstellung des deutschen Handwerksrechts wird sich auf längere Sicht auf einem Europäischen Binnenmarkt politisch schwerlich behaupten können, weil ein Binnenmarkt gleiche Wettbewerbsbedingungen und damit auch gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Marktteilnehmer erfordert.

Das Problem der Inländerdiskriminierung habe ich an drei Beispielen demonstriert: Verpackungsvorschriften für Margarine (Freiheit des Warenverkehrs), Zweigniederlassungen für Rechtsanwälte (Niederlassungsfreiheit), Meisterprüfung im Handwerk (Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit). Es handelt sich um ein Querschnittsproblem, das sich auch nicht damit aus der Welt schaffen lässt, dass man die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit als reine Diskriminierungsverbote begreift. Es bleiben dann immer noch die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit, bei denen eine Reduktion auf ein Diskriminierungsverbot nicht möglich wäre. Eine befriedigende Lösung des Problems der Inländerdiskriminierung steht noch aus. Die beiden Lösungsansätze, die ich vorgetragen habe, erlauben es, grobe Spannungen zwischen europäischem und nationalem Recht auszugleichen. Mehr ist nicht möglich, solange man daran festhält, dass reine Inlandssachverhalte einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung entzogen sind.

II. Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs

1. Das Verhältnis von Kapital- und Zahlungsverkehr

Von den Grundfreiheiten verbleibt die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Rechtsgrundlage sind heute die Art. 56 bis 60 EG. Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 56 I EG) bedeutet, dass Anlage- und Sachkapital grenzüberschreitend

transferiert werden darf (Anlagekapital: Anleihen, Bürgschaften, Kredite, Wertpapiere; Sachkapital: Direktinvestitionen, Immobilien, Unternehmensbeteiligungen), und zwar in erster Linie zu Investitions- und Kapitalanlagezwecken. Die Gewährleistung der Mobilität des Produktionsfaktor Kapital ermöglicht eine kostenorientierte Standortverteilung in der Produktion und ist darum für den Binnenmarkt von selbstständiger Bedeutung. Freiheit des Zahlungsverkehrs (Art. 56 II EG) bedeutet, dass Gegenleistungen für Waren und Dienstleistungen grenzüberschreitend erbracht werden dürfen. Die Freiheit des Zahlungsverkehrs ist eine notwendige Ergänzung der anderen Grundfreiheiten; sie ist eine Annexfreiheit.

2. Rechtsnatur und Schutzbereich des Art. 56 EG

Beide Absätze des Art. 56 EG sind unmittelbar anwendbar. Dies ist eine Verbesserung. Die früheren Art. 67 ff. EG waren auch nach Ansicht des EuGH nicht unmittelbar anwendbar. Hier hing vieles von der Umsetzung in Sekundärrecht und Recht der Mitgliedstaaten ab. Der entscheidende Schritt zur völligen Verwirklichung des freien Kapitalverkehrs wurde erst 1988 mit der Richtlinie 88 / 361 / EWG getan.

Man kann sagen, die Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs seien erst in den letzten 15 Jahren, d.h. im Gefolge des Binnenmarktes, wirklich entfaltet worden. Lange Zeit zögerten die Mitgliedstaaten, weil sie fürchteten, eine Freigabe des Kapital- und Zahlungsverkehrs liefere ihre Wirtschafts- und Finanzpolitik den internationalen Finanzströmen aus. Diese Befürchtung konnte nur mühsam abgebaut werden. Der Amsterdamer Vertrag hat eine Flurbereinigung vorgenommen, dies auch, was den Umfang der

einschlägigen Regelungen betrifft. Das Kapitel über den Kapital- und Zahlungsverkehr umfasst dort nur noch 5 Artikel.

Eine weitere Besonderheit der Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs besteht darin, dass sie auch die Beziehungen zu Drittländern erfassen. Demgemäß ist der Kreis der Begünstigten nicht auf Staatsangehörige der Gemeinschaft beschränkt. Begünstigt ist alles Kapital, das sich zulässigerweise im EG-Gebiet befindet, und, vorbehaltlich von Art. 57 EG, sogar Kapital in Drittländern. Art. 56 ist apersonal formuliert; er stellt nicht auf Staatsangehörigkeit, sondern auf Kapital- und Zahlungsströme ab. Daraus folgt, dass die Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs heute weniger als Diskriminierungs- denn als Beschränkungsverbote zu verstehen sind. Demgemäß kommt in den Art. 57 ff. EG das Wort "Beschränkungen" häufig vor, so in Art. 57 I oder in Art. 58 II. Andererseits gewähren die Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs auch Schutz gegen Diskriminierungen; dies wird z.B. in Art. 58 I a) EG deutlich.

Betrachtet man alle Grundfreiheiten im Überblick danach, inwiefern sie Diskriminierungs- und inwiefern sie darüber hinausgehende Beschränkungsverbote sind, ergibt sich folgendes Bild. Alle Grundfreiheiten sind Diskriminierungsverbote. Dies kann auch nicht anders sein, weil das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit als allgemeine Erwägung in Art. 12 I EG vor die Klammer gezogen. Nichts ist bekanntlich in der EG so verboten wie eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Darüber hinaus bieten die Grundfreiheiten Schutz gegen Beschränkungen, die keine Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind, auch keine versteckten Diskriminierungen, sondern anders motivierte Freiheitsbeschränkungen. Bei den Freiheiten des Waren-, des Dienstleistungs- sowie des Kapital- und Zahlungsverkehrs

ergibt sich dies aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen. In den Art. 28, 30, 49 I und 56 I / II EG kommt das Wort "Beschränkung" ausdrücklich vor. Problematisch sind insoweit die Arbeitnehmerfreizügigkeit und das Niederlassungsrecht, weil sie eine Vollintegration der jeweils Begünstigten in die Volkswirtschaft eines anderen Mitgliedstaates bewirken und es auf den ersten Blick keinen Grund gibt, den Begünstigten dort eine bessere Rechtsstellung zu geben als Inländern. Doch auch bei diesen Grundfreiheiten haben wir gesehen, dass ein Beschränkungsverbot Sinn ergeben kann.

3. Beschränkungen des Art. 56 EG

Bei den Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs ist ein solches unstreitig. Die Artt. 57 ff. EG haben darum die Funktion, Beschränkungen der Freiheit des Kapital- und des Zahlungsverkehrs zuzulassen. Es handelt sich um Schrankenvorbehalte, von denen ich Ihnen die wichtigsten jetzt vorstelle.

Art. 57 I EG erlaubt den Mitgliedstaaten die Beibehaltung von Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs mit Drittstaaten, soweit diese an einem Stichtag bestanden haben. Art. 57 II EG ermächtigt den Rat zu entsprechenden Maßnahmen. Die Regelung ist weniger effektiv als es scheinen mag. Wenn nämlich nur ein Mitgliedstaat fremden Kapital den Zugang zum Binnenmarkt eröffnet, profitiert dieses Kapital sodann von der Freiheit des Kapitalverkehrs. Auf die Herkunft und die Staatsangehörigkeit des Inhabers kommt es ja, wie ausgeführt, nicht an.

Besonders wichtig ist Art. 58 I Nr. b) EG. Die Mitgliedstaaten behalten das Recht, die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu verhindern. Das betrifft vor allem Vorschriften des

Steuerrechts und des Kreditaufsichtsrechts. Weiterhin dürfen die Mitgliedstaaten nach dieser Vorschrift Maßnahmen treffen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind; diese Maßnahmen dürfen aber nach Art. 58 III EG kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder verschleierten Beschränkung sein. Beide Formulierungen haben wir schon bei den anderen Grundfreiheiten kennengelernt: bei Art. 30, 39 III, 46 I, 55.

Weiterhin sieht Art. 59 EG Schutzmaßnahmen des Rates, nicht der einzelnen Mitgliedstaaten, vor, falls Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion stören. Diese Vorschrift, die im Zusammenhang mit der Europäischen Währungsunion wichtig werden kann, ist an eine qualifizierte Mehrheit im Rat, eine Anhörung der Europäischen Zentralbank und das materielle Erfordernis der unbedingten Erforderlichkeit geknüpft.

Eine weitere Ermächtigung des Rates steht im Zusammenhang mit der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Art. 60 verweist insoweit auf Art. 301 EG. Dort geht es um Wirtschaftssanktionen im Rahmen von GASP-Aktionen, die auf eine Einstellung, Aussetzung oder Einschränkung der Wirtschaftsbeziehungen zu Drittstaaten gerichtet sind. Auf die Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs bezogen ist damit u.a. ein Einfrieren von Konten oder eine Unterbrechung des Zahlungsverkehrs erfasst. Beide Vorschriften setzen aber einen Gemeinsamen Standpunkt oder eine Gemeinsame Aktion voraus, die nach Art. 14 oder 15 EU zu beschließen sind. Dies ist ein recht schwerfälliges Verfahren. Deshalb kann bis zum Handeln des Rates jeder Mitgliedstaat aus Gründen der Dringlichkeit entsprechende einseitige Maßnahmen treffen (Art. 60 II EG); diese Maßnahmen stehen unter dem Vorbehalt einer Korrektur durch den Rat, doch ist die Korrekturmöglichkeit praktisch nicht sehr viel wert, wenn der Rat sich als außenpolitisch handlungsunfähig erweist.

Ist er dagegen handlungsfähig, dann kommt es nicht dazu, dass sich den Mitgliedstaaten Handlungsspielräume nach Art. 60 II EG eröffnen.

4. Beispielsfall (Bordessa u.a., JZ 1995, 1007)

Sachverhalt: Herr Bordessa, ein Italiener, wollte von Spanien nach Frankreich reisen. Bei einer Grenzkontrolle wurden bei ihm Banknoten im Wert von insgesamt 50 Millionen spanischer Peseten gefunden. Die nach spanischem Recht für die Ausfuhr eines solchen Geldbetrages erforderliche Genehmigung besaß Bordessa nicht. Darum wurde er an der Verbringung des Geldes nach Frankreich gehindert. Zu Recht?

Lösung: Es geht um die Frage, ob eine nationale Regelung, die die Ausfuhr eines bestimmten Betrages von Banknoten oder Hartgeld von einer Genehmigung abhängig macht, mit den Art. 56 ff. EG vereinbar ist.

Als erstes beschäftigt sich der EuGH mit der Frage, ob der Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Art. 56 ff. EG fällt oder ob die Warenverkehrs- oder die Dienstleistungsfreiheit einschlägig sind. Letzteres wird vom EuGH mit systematischen Erwägungen verneint. Banknoten seien insbesondere keine Waren, weil für sie die besonderen Regelungen der Art. 56 ff. EG gelten.

Sodann stellt der EuGH fest, dass die spanische Regelung die Freiheit des Kapitalverkehrs innerhalb der EG beeinträchtigt. Ein Eingriff in den sachlichen Schutzbereich der Grundfreiheit liegt also vor. Zum persönlichen Schutzbereich äußert er sich nicht. Der Fall wäre nicht anders zu lösen, wenn ein US-Amerikaner an der spanischen Grenze aufgegriffen worden wäre.

Im Kern der EuGH-Entscheidung steht sodann die Frage, ob die Beeinträchtigung des freien Zahlungsverkehrs zu

rechtfertigen ist. Dazu geht der EuGH auf Art. 58 I lit. b) EG bzw. dessen Vorgängerregelung ein. Die Mitgliedstaaten hätten danach drei Beschränkungsmöglichkeiten: Beschränkungen dürfen erstens erfolgen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu verhindern; dabei mache das Wort "insbesondere" deutlich, dass die Merkmale "Steuerrecht" sowie "Aufsicht über Finanzinstitute" nicht abschließend sind. Beschränkungen dürfen zweitens zum Zwecke administrativer oder statistischer Information erfolgen. Beschränkungen dürfen drittens aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erfolgen. Der EuGH sagt nichts über das Verhältnis der drei Beschränkungsmöglichkeiten aus; im Verhältnis der ersten zur dritten Alternative sind Überschneidungen möglich.

Die spanische Regelung über die Genehmigungsbedürftigkeit der Ausfuhr von Banknoten dient der Bekämpfung rechtswidriger Tätigkeiten wie Steuerhinterziehung, Geldwäsche, Drogenhandel, Terrorismus. Fraglich ist jedoch, ob sie im Hinblick auf diese Ziele "unerlässlich" ist. Dies wäre zu verneinen, wenn es ein milderer Mittel gibt. Als solches kommt ein Anzeigenvorbehalt in Betracht. Dieser wird vom EuGH als milder, aber gleich wirksam angesehen. Eine vorherige Anzeige könne als unerlässliche Maßnahme ausreichen, da hierdurch im Unterschied zu einer zuvorigen Genehmigung die betreffende Transaktion nicht ausgesetzt und es den nationalen Behörden trotzdem ermöglicht wird, eine wirksame Kontrolle durchzuführen. Ein Genehmigungsvorbehalt berge dagegen die Gefahr, den freien Kapitalverkehr in das Ermessen der Verwaltung zu stellen und die Freiheit illusorisch werden zu lassen.

Der EuGH kommt darum zu dem Ergebnis, dass die Devisenvorschrift des spanischen Rechts mit Art. 56 EG unvereinbar ist. Dieses Ergebnis ist anfechtbar, weil der EuGH einerseits scharf trennt, dabei andererseits scharfe

Trennungen des nationalen Verwaltungsrechts nicht berücksichtigt. So sind zu unterscheiden: Anzeige- und Anmeldevorbehalte, präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt und repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt. Der EuGH beschränkt sich auf eine Gegenüberstellung von Anzeigenvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Er schöpft damit die Palette verwaltungsrechtlicher Möglichkeiten nicht aus, so dass seine Ausführungen zum milderem Mittel unvollständig bleiben.

III. Das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG)

Nach den Regelungen über die Freiheit des Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, den Grundfreiheiten, die gemäß Art. 14 II EG für den Binnenmarkt konstitutiv sind, stelle ich das allgemeine Diskriminierungsverbot vor. Der Zusammenhang ist schnell hergestellt. Art. 12 I EG verbietet im Anwendungsbereich des EG jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Das Verbot versteht sich unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages. Die Grundfreiheiten sind besondere Bestimmungen in diesem Sinne. Besonders deutlich wird das an der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und am Niederlassungsrecht. Art. 39 II und 43 II EG schreiben die Inländergleichbehandlung ausdrücklich vor. Alle Grundfreiheiten sind aus der Sicht von Art. 12 I EG besondere Diskriminierungsverbote. Im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten tritt das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 12 I EG darum zurück. Mit der Formulierung "unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags" wird Subsidiarität zum Ausdruck gebracht. Der Vorrang der Grundfreiheiten bedeutet, dass der Anwendungsbereich des Art. 12 I EG nicht so groß ist, wie die systematische Stellung im ersten Teil des EG dies nahe legen würde.

Die Bedeutung des Art. 12 I EG liegt auf zwei

unterschiedlichen Ebenen. Erstens wird durch die Einreihung in die "Grundsätze" der Gemeinschaft (Art. 1 bis 16 EG) die große Bedeutung des Diskriminierungsverbots, auch der besonderen Diskriminierungsverbote, betont. Art. 12 I EG bringt, mit anderen Worten, zum Ausdruck, dass in der Gemeinschaft nichts so verboten ist wie eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Zweitens schließt Art. 12 I EG Lücken, welche die besonderen Diskriminierungsverbote lassen.

Um beides zu verstehen, ist es erforderlich sich mit dem Tatbestand von Art. 12 I EG näher auseinanderzusetzen. Art. 12 II EG spielt dagegen praktisch keine Rolle. Der Rat hat von der ihm dort erteilten Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht. Auf Art. 12 II EG brauche ich im Weiteren darum nicht näher einzugehen. Art. 12 II EG kann auch keine große praktische Bedeutung haben, weil Art. 12 I EG unmittelbar anwendbar ist und keine Ausgestaltung durch den Rat nötig hat.

1. Tatbestand und Rechtsfolge bei Art. 12 EG

a) Berechtigte

Berechtigt sind Staatsangehörige der Mitgliedstaaten. Juristische Personen sind nicht erfasst, denn sie haben keine Staatsangehörigkeit; bei ihnen kann man allenfalls von einer Staatszugehörigkeit sprechen. Staatsangehörige von Nicht-Mitgliedstaaten sind nur erfasst, soweit sie in den Anwendungsbereich des EG einbezogen sind.

b) Verpflichtete

Primärer Verpflichtungsadressat sind die Mitgliedstaaten. Diesen wird insbesondere aufgegeben, im Anwendungsbereich des Vertrages EG-Ausländer nicht schlechter zu behandeln als die eigenen Staatsangehörigen. Darüber hinaus wird auch die Gemeinschaft selbst verpflichtet. Ihr sind Diskriminierungen

aus Gründen der Staatsangehörigkeit erst recht verboten. Schließlich werden private Dritte verpflichtet, jedenfalls soweit ihnen autonome Regelungsbefugnisse gegenüber Einzelnen zustehen. Soweit es um das Diskriminierungsverbot geht, wird man eine Drittwirkung allgemein annehmen können; Schwierigkeiten ergeben sich insoweit beim Beschränkungsverbot.

c) Anwendungsbereich des Vertrages

Der Anwendungsbereich des Vertrages ist eröffnet in allen Sachbereichen, in denen die Gemeinschaft Aufgaben wahrnimmt. Dabei genügt es, wenn eine vertragliche Gemeinschaftsaufgabe durch allgemeine, nicht verpflichtende Grundsätze konkretisiert ist, z.B. durch die Aufstellung allgemeiner Grundsätze für die Berufsbildung. Ob der Anwendungsbereich des EG eröffnet ist, bemisst sich mithin nach dem Vorhandensein gemeinschaftsrechtlicher Regelungen. Nicht in den Anwendungsbereich des Vertrags fallen reine Inlandssachverhalte. Gegen Inländerdiskriminierungen schützt Art. 12 I EG darum nicht.

d) Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit

Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit liegt vor, wenn die Staatsangehörigkeit von einer Rechtsnorm als Kriterium für eine Ungleichbehandlung verwandt wird. Man spricht dann von einer offenen Diskriminierung. Eine versteckte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Rechtsnorm für eine Ungleichbehandlung nicht auf die Staatsangehörigkeit abstellt, aber auf Kriterien, die typischerweise nur Ausländer oder Inländer erfüllen (z.B. Wohnsitz, Herkunftsland, Sprache). Auch solche Differenzierungen sind verboten, es sei denn, dass diese Kriterien im Gesamtzusammenhang der Regelung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind.

e) Rechtsfolge

Offene Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind ohne Ausnahme verboten. Art. 12 I EG kennt, anders als etwa Art. 43 II EG, keinen Schrankenvorbehalt. Für versteckte Diskriminierungen gilt das nicht mit dieser Entschiedenheit. Bei versteckten Diskriminierungen nimmt der EuGH immanente Schranken des Art. 12 EG an. Das versteckt diskriminierende Kriterium kann zulässig sein, wenn es, wie gesagt, im Gesamtzusammenhang der Regelung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Die Alternative zwischen Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot stellt sich nach herrschender Ansicht bei Art. 12 I EG nicht. Ihn als Beschränkungsverbot zu deuten, ist eine unzulässige Rechtsfortbildung.

2. Beispielsfall: Gravier (Slg. 1985, 593)

Sachverhalt: Frau Gravier, eine Französin, studierte in Belgien an einer Hochschule in der Fachrichtung Comic strips. Bei dem Studiengang handelte es sich um eine Berufsausbildung. Von ihr wurde eine Studiengebühr in Höhe von 25.000 BFR pro Studienjahr verlangt. Solche Studiengebühren wurden nur von ausländischen Studenten erhoben. Belgien versuchte dies mit dem Argument zu rechtfertigen, dass in keinem anderen EG-Mitgliedstaat der Anteil ausländischer Studenten so hoch sei wie in Belgien; da in der Regel weder die Studenten noch ihre Eltern in Belgien Steuern zahlten, sei es gerechtfertigt, sie über eine Studiengebühr an den Kosten der staatlichen Hochschulen zu beteiligen. Frau Gravier war zunächst gehindert, die Studiengebühr zu zahlen, weil ihre Eltern ihr aufgrund französischer Devisenkontrollvorschriften kein Geld überweisen konnten. Nachdem dieses Hindernis überwunden war, stellte Frau Gravier sich auf den Standpunkt, die erhobenen Studiengebühren verstießen gegen Art. 12 I EG. Das mit der Sache befasste belgische Gericht legte dem EuGH diese Frage

gemäß Art. 234 EG vor.

Frage: Verstößt die belgische Regelung, wonach bei berufsausbildenden Studiengängen von ausländischen Studenten, und nur von diesen, Studiengebühren erhoben werden, gegen Art. 12 I EG?

Lösung: Als erstes ist zu klären, ob Art. 12 I EG überhaupt anwendbar ist. Dem könnte seine Subsidiarität entgegenstehen. Denkbar wäre es insbesondere, die Dienstleistungsfreiheit für einschlägig zu halten. Frau Gravier würde dann, indem sie sich nach Belgien zu Studienzwecken begibt, von ihrer passiven Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen. Dem steht aber entgegen, dass Dienstleistungen entgeltliche Leistungen sind und es Frau Gravier gerade darum geht, ohne Studiengebühren studieren zu dürfen. Frau Gravier will darum nicht von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen. Andere besondere Bestimmungen des Vertrags sind nicht ersichtlich. Folglich ist Art. 12 I EG nicht subsidiär.

Als nächstes ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall der Anwendungsbereich des Vertrags eröffnet ist. Hierzu stellt der EuGH fest, dass die Organisation des Bildungswesens und die Bildungspolitik als solche nicht zu den Materien gehören, die der Vertrag der Zuständigkeit der Gemeinschaftsorgane unterwirft. Gleichwohl ständen der Zugang zum und die Teilnahme am Unterricht, insbesondere wenn es sich um die Berufsausbildung handelt, nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts. Dies ergebe sich vor allem aus Art. 150 EG und dem Sekundärrecht, das auf seiner Grundlage erlassen worden ist. An Sekundärrecht zitiert der EuGH die Allgemeinen Grundsätze des Rates zur Durchführung einer gemeinsamen Politik auf dem Gebiet der Berufsausbildung von 1963, die Allgemeinen Leitlinien des Rates zur Ausarbeitung eines gemeinschaftlichen Tätigkeitsprogramms auf dem Gebiet der Berufsausbildung von

1971, eine EntschlieÙung des Rates betreffend Maßnahmen zur besseren Vorbereitung der Jugendlichen auf den Beruf und zur Erleichterung ihres Übergangs von der Schule zum Berufsleben von 1976 und eine EntschlieÙung des Rates über die Berufsbildungspolitik in der EG in den 80er Jahren von 1983. Daraus zieht der EuGH folgende Schlüsse: **(1)** Die Berufsausbildung unterfällt dem Anwendungsbereich des Vertrages. Allein Art. 150 EG reicht dem EuGH für diese Feststellung nicht aus. Er berücksichtigt zusätzlich das Sekundärrecht und weist darauf hin, dass die Berufsausbildungspolitik der Gemeinschaft sich schrittweise entwickle. **(2)** In den Anwendungsbereich des Vertrages falle insbesondere der Zugang zur Berufsausbildung. Denn dieser Zugang sei geeignet, die Freizügigkeit innerhalb der gesamten Gemeinschaft zu fördern. Der EuGH legt Wert auf die Feststellung, dass dies nicht für eine Hochschulausbildung schlechthin gelte, sondern nur für eine berufsausbildendes Studium. Er liefert Kriterien, mit deren Hilfe diese Abgrenzung vollzogen werden kann.

Als drittes stellt sich nun die Frage, ob eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt. Diese Frage ist leicht zu beantworten, weil nach der belgischen Regelung die Staatsangehörigkeit Differenzierungskriterium ist. Es handelt sich um eine offene Diskriminierung, weil nur von ausländischen Studenten eine Gebühr erhoben wird.

Eine Rechtfertigung der Diskriminierung ist nicht möglich. Die Erwägungen, die von Belgien in diesem Zusammenhang vorgetragen werden, sind darum neben der Sache. Die Gebühr ist mit Art. 12 I EG unvereinbar.

Der Gravier-Fall ist in zwei Hinsichten lehrreich: Erstens verdeutlicht er die Subsidiarität von Art. 12 EG. Er betrifft allerdings einen Bereich, in dem Art. 12 EG selbstständige Bedeutung zukommt. Zweitens entwickelt der

EuGH in seiner Entscheidung Kriterien, um den Anwendungsbereich des EG zu bestimmen.