

Grundkurs Öffentliches Recht II. Grundrechte

Freitag, den 15. Juli 2005

A. Die Dienstleistungsfreiheit**I. Unmittelbare Anwendbarkeit**

Die Regelungen über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs finden sich in den Art. 49 bis 55 EG. Seit dem Ende der Übergangsfreiheit hält der EuGH diese Bestimmungen für unmittelbar anwendbar. Der Einzelne kann sich auf sie berufen, auch wenn noch kein ausführende sekundäres Gemeinschaftsrecht erlassen worden ist. Trotz des Art. 51 II EG gilt das auch für das Bank- und Versicherungswesen. *Anmerkung:* Die Übergangszeit ist ein Zeitraum von 12 Jahren seit dem Inkrafttreten des EG-Vertrags. In dieser Zeit sollte der Gemeinsame Markt schrittweise verwirklicht werden, so dass noch nicht alle Rechte und Freiheiten unmittelbar anwendbar sein konnten. Nach dem Ablauf der Übergangszeit besteht kein Grund für eine solche Beschränkung mehr.

II. Persönlicher Schutzbereich

Art. 49 I EG erfasst natürliche Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben und in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind als demjenigen des Leistungsempfängers. Art. 49 I EG schützt damit nur den Dienstleistenden. Der EuGH hat dies im Interesse der Effektivität der Freiheit zu einem Schutz auch des Leistungsempfängers ausgeweitet; auch dieser kann sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, etwa um in einem anderen EG-Mitgliedsland Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. In den Schutzbereich sind weiter Gesellschaften und juristische Personen einbezogen, die einen Erwerbzweck verfolgen (Art. 55 i.V.m. Art. 48 EG).

III. Sachlicher Schutzbereich in Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten

Was "Dienstleistungen" im Sinne des EG sind, wird in Art. 50 I und II EG definiert. Nach Art. 50 I EG handelt es sich um entgeltliche Leistungen, die nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Art. 50 II EG zählt beispielhaft gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Leistungen auf. Diesen Normen kann man zweierlei entnehmen: **(1)** Die Dienstleistungsfreiheit hat im Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten eine Auffangfunktion. Prüfungssystematisch bedeutet dies, dass sie als letzte zu prüfen ist. **(2)** Der Dienstleistungsbegriff des EG weicht gemäß dieser Auffangfunktion von dem Dienstleistungsbegriff der Alltagssprache ab.

Dazu ein Beispiel: Ein EG-Mitgliedstaat schreibt einen öffentlichen Bauauftrag aus. Bei der Vergabeentscheidung wird ein Bieter aus einem anderen Mitgliedstaat rechtswidrig übergangen. Vorbehaltlich spezieller Regelungen könnte dies die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen. Dem steht nicht entgegen, dass die Errichtung öffentlicher Bauten umgangssprachlich nicht als Dienstleistung aufgefasst wird, sondern dem Baugewerbe zugeordnet wird. Maßgebend ist, dass es sich um eine entgeltliche Leistung handelt, die nicht einer anderen Grundfreiheit unterfällt. Letzteres ist der Fall. Die Warenverkehrsfreiheit ist nicht einschlägig, weil das Bauwerk an Ort und Stelle errichtet und nicht fertig geliefert wird. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nicht einschlägig, weil es sich nicht um eine unselbständige, sondern um eine selbständige Tätigkeit handelt. Die Niederlassungsfreiheit ist nicht einschlägig, weil der Bauunternehmer in dem anderen Mitgliedstaat bloß vorübergehend tätig wird und er dort keinen Sitz begründet.

IV. Formen der Dienstleistungserbringung

Die Dienstleistungsfreiheit schützt, wie alle Grundfreiheiten, nur grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb der EG. Reine Inlandssachverhalte werden nicht erfasst.

Das notwendige grenzüberschreitende Element kann in dreifacher Weise vorliegen. **(1)** Der Leistende begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat, um dort die Leistung zu erbringen. Die Dienstleistungsfreiheit gibt ihm dazu ein Aufenthaltsrecht und das Recht, die Leistung nach Maßgabe der Bestimmungen des Mitgliedstaates für seine eigenen Angehörigen zu erbringen. Man nennt dies aktive Dienstleistungsfreiheit. Beispiele sind Montagearbeiten oder die Ausübung anwaltlicher Tätigkeit. **(2)** Nicht der Leistende, sondern der Leistungsempfänger begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat, um dort die Leistung zu empfangen. In diesem Fall gibt die Dienstleistungsfreiheit dem Leistungsempfänger ein Aufenthaltsrecht; der Leistende hat das Recht, in dem anderen Mitgliedstaat zu werben. Man nennt dies passive Dienstleistungsfreiheit. Beispiele sind ein Arztbesuch, auch der Aufenthalt in einer Abtreibungsklinik (EuGH Slg. 1991, I - 4685: Werbung für britische Abtreibungskliniken in Irland, als Reaktion darauf ist das 17. Protokoll zum EUV vereinbart worden, danach berühren die Verträge über EU und EG nicht die Anwendung von Art. 40.3.3 der Irischen Verfassung, dieser Artikel enthält ein Abtreibungsverbot und eine staatliche Schutzpflicht, beschränkt aber nicht die Reisefreiheit und die Freiheit, in Irland auf Dienstleistungen hinzuweisen, die in anderen Staaten legal erbracht werden dürfen). **(3)** Weder der Leistende noch der Leistungsempfänger begeben sich in einen anderen Mitgliedstaat; nur die Leistung selbst "überschreitet" die Grenze. Beispiele sind grenzüberschreitende Versicherungen oder Bankbeziehungen; hierher gehören auch grenzüberschreitende Medienangebote, wie Rundfunk- und Fernsehsendungen.

V. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Bei der Dienstleistungsfreiheit ergibt sich aus dem Wortlaut des

EG-Vertrages, dass sie sowohl ein Diskriminierungs- auch auch ein Beschränkungsverbot ist. Dass die Dienstleistungsfreiheit ein Beschränkungsverbot ist, geht aus dem Wortlaut von Art. 49 I EG klar hervor. Gleiches gilt für das Diskriminierungsverbot, das in Art. 50 III EG in dem Nebensatz "welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt" angelegt ist. Die Grenzen dieses Diskriminierungsverbotes werden sichtbar an Fällen, in denen die Dienstleistungserbringung an Regeln scheitert, die von Inländern wie Ausländern eine ständige Anwesenheit im Inland, die Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation oder, wie im Handwerksrecht, einen Meistergrad verlangen. Diese Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs lassen sich schlecht mit der Figur der versteckten Diskriminierung erfassen, weil von ihnen keine Diskriminierung bezweckt wird. Um hier Abhilfe zu schaffen, ist eine Verhältnismäßigkeitskontrolle im Rahmen einer Deutung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot erforderlich. Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung sind Maßnahmen zu berücksichtigen, die schon das Herkunftsland des Dienstleistungserbringers zum Schutz der jeweils betroffenen Gemeinwohlbelange getroffen hat.

Fasst man Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot zusammen, so ergibt sich folgende Schrankenklausele: Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind zulässig, wenn sie einem gemeinschaftskonformen Gemeinwohlbelang dienen, wenn sie diskriminierungsfrei sind und wenn sie im Hinblick auf den Gemeinwohlbelang geeignet und erforderlich sind. Ein Gesichtspunkt, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann, ist der Verbraucherschutz. Dieser Gesichtspunkt spielt auch in der Rechtsprechung des EuGH eine große Rolle. Andererseits ist der EuGH überzogenen nationalen Regelungen entgegengetreten.

Neben diesem richterrechtlichen Schrankenvorbehalt tritt der ausdrückliche BeschränkungsVorbehalt des Art. 55 i.V.m. 46 EG zurück. Ihm widerfährt ein ähnliches Schicksal wie Art. 30 EG, der von der Cassis-de-Dijon-Formel des EuGH überformt worden

ist. Man kann sagen, dass der ausdrückliche Beschränkungsvorbehalt heute nur noch bei diskriminierenden Regelungen eine - bescheidene - Funktion hat.

Dies gibt Anlass zu einer allgemeinen Überlegung. Die Schrankenregelungen des EG-Vertrages erweisen sich als ähnlich problematisch wie die Schrankenregelungen im Grundrechtsteil des Grundgesetz. Dort hat sich das BVerfG über die einzelnen Bestimmungen hinweggesetzt und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Schrankenregime richterrechtlich entwickelt, das nach und nach an die Stelle des sogenannten Schrankenwirrwarrs des Grundgesetzes getreten ist. Eine ähnliche Entwicklung erleben wir auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts. Es erscheint mir darum wenig angemessen, den EuGH zu tadeln, er überziehe sein Mandat zur Rechtsfortbildung. Die Parallele zum nationalen Verfassungsrecht scheint mir im Gegenteil zu zeigen, dass diese Entwicklung seiner Rechtsprechung notwendig und sinnvoll ist.

VI. Sekundärrecht

Wie die Niederlassungsfreiheit ist auch die Dienstleistungsfreiheit auf eine sekundärrechtliche Ausgestaltung angewiesen. Wie bei der Niederlassungsfreiheit ist eine Angleichung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen erforderlich. Art. 55 verweist darum auf den hierfür einschlägigen Art. 47 EG. Weiterhin ermächtigt Art. 52 I EG den Rat, Richtlinien zu erlassen, um ein allgemeines Programm zu verwirklichen, das auf die Aufhebung von Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs gerichtet ist.

Dazu ein Beispiel: Nach § 1 I 1 HandwO ist der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur Handwerkern gestattet, die in der Handwerksrolle eingetragen sind. Daraus folgt, dass als Handwerk zu qualifizierende Tätigkeiten in Deutschland den Handwerkern vorbehalten sind. Will nun, etwa im grenzüberschreitenden Verkehr, ein EG-ausländischer Elektroinstallateur in Deutschland tätig werden, ohne in die

deutsche Handwerksrolle eingetragen zu sein, so würde er gegen die HandwerksO verstoßen (Ordnungswidrigkeit).

Andererseits ginge es zu weit, EG-Ausländern in Deutschland handwerkliche Tätigkeiten ohne Beschränkungen zu gestatten. Schließlich sollen diese Beschränkungen den Qualitätsstandard handwerklicher Dienstleistungen sichern; die Eintragung in die Handwerksrolle ist erst nach bestandener Meisterprüfung möglich.

Einen Kompromiss ermöglicht § 9 HandwO, der die Bundesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt, die Ausnahmewilligungen von dem Erfordernis einer Eintragung in die Handwerksrolle vorsieht; diese EWG-HandwerksVO ist erlassen worden zur Durchsetzung einer Harmonisierungsrichtlinie der EWG. Sie sieht vor, dass EG-ausländische Handwerker in die Handwerksrolle eingetragen werden, obwohl sie keine Meisterprüfung abgelegt haben, wenn sie die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten auf andere Weise nachweisen. Dabei sind die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Kenntnisse zu berücksichtigen.

VII. Prüfungsschema

Für die Dienstleistungsfreiheit ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

(1) Schutzbereich

(a) Persönlicher Schutzbereich: natürliche Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind; Gesellschaften und juristische Personen im Sinne von Artt. 55, 48 EG.

(b) Sachlicher Schutzbereich: Dienstleistungen im Sinne von Art. 50 I / II EG; Einteilung nach den drei Arten der Dienstleistungserbringung.

(2) Staatliche Maßnahme; zu einer Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH sich noch nicht geäußert.

(3) Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit

(a) Diskriminierung

(b) Sonstige Beschränkung

(4) Rechtfertigung der Beeinträchtigung

(a) Bei sonstigen Beschränkungen: Verhältnismäßigkeit

(b) Bei Diskriminierungen: entweder nur Artt. 55, 46 EG oder zusätzlich Verhältnismäßigkeit

VIII. Beispielsfälle

Dieses Prüfungsschema soll nun an Beispielsfällen aus der Rechtsprechung vertieft werden. Zu diesem Zweck habe ich folgende Fälle ausgewählt: (1) van Binsbergen, Slg. 1974, 1299; (2) Direktversicherung, Slg. 1986, 3755 (NJW 1987, 572)

1. Van Binsbergen

Sachverhalt: Herr van Binsbergen beauftragte jemand anderen, ihn in einem gerichtlichen Verfahren ohne Anwaltszwang in den Niederlanden zu vertreten. Dieser Vertreter wechselte während des Verfahrens seinen Wohnsitz von den Niederlanden nach Belgien. Daraufhin wurde er von dem niederländischen Gericht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Nach niederländischem Recht könne Prozessvertreter nur sein, wer auch in den Niederlanden ansässig sei.

Lösung: Der Prozessvertreter kann sich auf die Art. 49 ff. EG berufen. Denn er ist eine natürliche Person, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates hat und der nach der Wohnsitzverlegung nach Belgien in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist als der Leistungsempfänger. Dass der Prozessvertreter möglicherweise selbst Niederländer ist, ist unschädlich. Art. 49 I EG verlangt nur die Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedslandes, nicht eines anderen EG-Mitgliedslandes. Der persönliche Schutzbereich ist darum eröffnet.

Gleiches trifft für den sachlichen Schutzbereich zu. Die Prozessvertretung ist eine entgeltliche Tätigkeit, die keiner anderen Grundfreiheit zugeordnet werden kann (Art. 50 I / II

EG). Die Prozessvertretung erfolgt nach dem Wohnsitzwechsel auch grenzüberschreitend; der Dienstleistungserbringer will in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden.

Dies wird durch eine staatliche Maßnahme der Niederlande beeinträchtigt. Die staatliche Maßnahme geht von dem Gericht aus, das den Prozessvertreter zurückweist.

Die Beeinträchtigung ist keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Denn das Erfordernis eines ständigen Aufenthalts im Inland wird von den Niederlanden ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit aufgestellt. Wäre der Prozessvertreter nicht selbst Niederländer, so könnte man an eine versteckte Diskriminierung denken. Die Besonderheit des Falles liegt jedoch darin, dass der Prozessvertreter als Niederländer von den Niederlanden benachteiligt wird. Das lässt sich mit dem Diskriminierungsverbot nicht fassen, sondern nur mit dem Beschränkungsverbot.

Eine Beschränkung liegt vor. Zu prüfen bleibt noch, ob sie sich rechtfertigen lässt. Hierzu führt der EuGH, zeitlich vor der Cassis-de-Dijon-Entscheidung, aus, solche an den Leistungserbringer gestellten Anforderungen seien mit dem Vertrag vereinbar, die sich "aus der Anwendung durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Berufsregelungen" ergeben und die für alle im Gebiet des Staates ansässigen Personen verbindlich sind. Weiterhin dürfe ein Mitgliedstaat Regelungen erlassen, die verhindern, dass ein Dienstleistungserbringer, der ausschließlich in diesem Staat tätig werden wolle, sich die Dienstleistungsfreiheit zunutze mache, um sich Berufsausübungsregelungen dieses Staates zu entziehen.

In diesem Zusammenhang fragt der EuGH, ob das Erfordernis einer festen beruflichen Niederlassung im Inland geboten sei. Dies verneint er für den vorliegenden Fall mit der Erwägung, dass die Niederlande von Prozessvertretern, die keine Anwälte sind, keinerlei Befähigungsnachweise verlangen, und dass solche

Personen im übrigen keinen Berufsausübungsregelungen unterliegen. Vor diesem Hintergrund sei das Erfordernis einer inländischen Niederlassung nicht erforderlich; die Gefahr der Umgehung nationaler Vorschriften bestehe nicht. Dem guten Funktionieren der Justiz könne mit weniger einschränkenden Maßnahmen Genüge getan werden, z.B. durch die Angabe einer Zustellungsanschrift für gerichtliche Mitteilungen.

Da die Beschränkung sich nicht rechtfertigen lässt, verstößt die Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten gegen dessen Dienstleistungsfreiheit.

2. Direktversicherung

In der Direktversicherungsentscheidung hat sich der EuGH u.a. mit der Frage beschäftigt, ob es mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist, wenn das deutsche Versicherungsaufsichtsrecht von EG-ausländischen Versicherungsunternehmen, die in Deutschland tätig werden wollen, eine Niederlassung im Inland und die Zulassung durch die deutsche Versicherungsaufsicht verlangt.

Als erstes stellt der EuGH hier fest, dass thematisch die Dienstleistungsfreiheit, nicht die Niederlassungsfreiheit betroffen ist. Durch den Niederlassungszwang würden ausländische Versicherer gerade gehindert, vom Ausland aus tätig zu werden. EG-ausländische, zumeist britische und niederländische Versicherungsunternehmen fallen auch in den persönlichen Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit.

Das Zulassungserfordernis und das Niederlassungserfordernis beeinträchtigen die Ausübung der Freiheit. Dagegen hat die Bundesrepublik auf Art. 50 III EG hingewiesen, der als Diskriminierungsverbot ausgestaltet sei. Der EuGH hält dem entgegen, Art. 50 III EG dürfe nicht so verstanden werden, dass jede für inländische Versicherungsunternehmen geltende Regelung, die normalerweise eine Dauertätigkeit dieser Unternehmen zum Gegenstand habe, in vollem Umfang und in gleicher Weise auf

zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könne, die von Unternehmen ausgeübt werden, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind. M.a.W.: Art. 50 III EG steht einer Deutung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot nicht entgegen (Tz. 27).

Als Beschränkungsverbot lasse die Dienstleistungsfreiheit nur Beschränkungen zu, die durch das Allgemeininteresse geboten werden, und zwar nur insoweit, wie dem Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften im Herkunftsland des Dienstleistungserbringers Rechnung getragen ist. Im Bereich der Versicherungswirtschaft sei der Verbraucherschutz ein solches Allgemeininteresse. Die Verbraucher seien hier besonders schutzwürdig, weil sie Versicherungsleistungen und die Liquidität von Versicherungsunternehmen nicht zuverlässig beurteilen könnten, weil sie von Versicherungsleistungen ggfs. existentiell abhängig sein könnten und weil Versicherungen, jedenfalls in bestimmten Sparten, ein Massenphänomen geworden seien, von dem praktisch die gesamte Bevölkerung betroffen sei. Von diesem Ansatz ausgehend beurteilt der EuGH das Zulassungs- und das Niederlassungserfordernis.

Das Zulassungserfordernis hält der EuGH für eine zulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Da das Versicherungsaufsichtsrecht noch nicht vollständig harmonisiert sei, müsse jeder Staat die Möglichkeit haben, die Einhaltung seiner Rechtsvorschriften zu kontrollieren. Der Hinweis auf eine Zulassung im Heimatstaat des Versicherungsunternehmers reiche nicht aus, weil diese Zulassung nach Maßgabe jedenfalls teilweise anderer Maßstäbe erfolgt sei. Erst wenn die rechtlichen Maßstäbe vollständig harmonisiert seien, reiche die Zulassung durch einen Mitgliedstaat auch im Hinblick auf die anderen Mitgliedstaaten aus und seien weitere Zulassungsentscheidungen nicht mehr erforderlich.

Anders verhalte es sich mit dem Niederlassungserfordernis. Soweit dieses bezwecke, die Arbeit der

Versicherungsaufsichtsbehörden zu erleichtern, indem diesen ein Ansprechpartner im Inland geschaffen werde, sei es nicht erforderlich. Der Zweck der Verwaltungsvereinfachung allein könne eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen.

Soweit das Niederlassungserfordernis bezwecke, den Gläubigern von Versicherungsunternehmen eine inländische Haftungsmasse zu sichern, in die sie vollstrecken können, sei es ebenfalls nicht erforderlich. Insoweit reiche aus, von dem Unternehmen zu verlangen, Vermögenswerte im Inland zu unterhalten. Gleiches gilt für die Erwägung, nur eine Inlandsniederlassung erlaube eine Bewertung der Liquidität des Unternehmens durch die Versicherungsaufsicht. Auch insoweit gebe es mildere Mittel.

B. Das allgemeine Diskriminierungsverbot

Der Zusammenhang zwischen 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, und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot ist schnell hergestellt. Art. 12 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 EG besondere Diskriminierungsverbote. Im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten tritt das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 12 EG darum zurück. Mit der Formulierung "unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags" wird diese Subsidiarität zum Ausdruck gebracht. Der Vorrang der Grundfreiheiten bedeutet, dass der Anwendungsbereich des Art. 12 EG nicht so groß ist, wie die systematische Stellung im ersten Teil des EG dies nahe legen würde.

Die Bedeutung des Art. 12 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 (Jean Monnet). 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.

I. Tatbestand und Rechtsfolge bei Art. 12 EG

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. 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.

5. Rechtsfolge

Offene Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind ohne Ausnahme verboten. Art. 12 I EG kennt, anders als etwa Art. 52 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.

II. Beispielsfall: Gravier (Slg. 1985 I, 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 selbständige Bedeutung zukommt. Zweitens entwickelt der EuGH in seiner Entscheidung Kriterien, um den Anwendungsbereich des EG zu bestimmen.

C. Inländerdiskriminierung

An das Ende der Beschäftigung mit den EG-Grundfreiheiten stelle ich ein Phänomen, das wieder auf die Grundrechte des Grundgesetzes zurückführt: die Inländerdiskriminierung. Um in deren Problematik einzusteigen, 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 strengen nationalen Vorschriften.

Gegen Inländerdiskriminierungen hilft das Diskriminierungsverbot des Art. 6 EG nach überwiegender Ansicht 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 gerade darauf, dass der Vertrag einen begrenzten Anwendungsbereich hat und reine Inlandssachverhalte nicht erfasst.

Die Benachteiligung des nur in Deutschland Tätigen ist aber verfassungsrechtlich problematisch. Diese Problematik steigert sich in dem Maße, wie Inländerdiskriminierungen quantitatives Gewicht bekommt, was in einigen Grenzregionen schon 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 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 überhaupt 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 rechtfertigende Gründe für die Beibehaltung von Sonderregelungen des nationalen Rechts 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 nicht behaupten können, weil ein Binnenmarkt gleiche Wettbewerbsbedingungen und damit auch gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Marktteilnehmer erfordert.

Das Problem der Inländerdiskriminierung ist ein Querschnittsproblem. Eine befriedigende Lösung 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.