

Vorlesung Europarecht II

Freitag, den 27. Mai 2005

I. Inländerdiskriminierung

Zur Verdeutlichung der Problematik der Inländerdiskriminierung beginne ich mit einem Beispielfall, der inzwischen zwar von der Rechtsentwicklung überholt, der dafür aber anschaulich ist. Eine deutsche Vorschrift verbietet es, Margarine so zu verpacken wie Butter. Dadurch soll der Verbraucher vor der Gefahr geschützt werden, Butter und Margarine zu verwechseln. Diese Regelung kann auf EG-ausländische Produkte nicht angewandt werden, weil es sich bei ihr im Sinne der Dassonville-Formel um eine Maßnahme gleicher Wirkung (Art. 28 EG) handelt, die nach der Cassis-Formel nicht gerechtfertigt werden kann; EG-ausländische Margarine darf darum in Deutschland in der gleichen Verpackung verkauft werden wie Butter; das geschieht auch in großem Umfang. Aus der Sicht deutscher Margarinehersteller bedeutet das, dass sie in Deutschland schlechter behandelt werden als EG-ausländische Margarinehersteller; ihnen wird eine bestimmte Form der Verpackung ihres Produkts verboten, die EG-ausländischen Margarineherstellern erlaubt ist.

Allgemein nennt man diesen Effekt Inländerdiskriminierung. Er ist eine Folge der Deutung der EG-Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Würde man die Grundfreiheiten nur als Diskriminierungsverbote deuten, könnte es zu diesem Effekt nicht kommen, denn dann könnten EG-Ausländer „nur“ Gleichbehandlung mit Deutschen verlangen, aber nicht mehr. Zwar verlangt auch ein Beschränkungsverbot nicht, dass EG-Ausländer besser behandelt werden als Inländer. Da ein Beschränkungsverbot aber nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung gelangt und damit typischerweise Ausländern zugute kommt, räumt es nicht zu rechtfertigende Beschränkungen des nationalen Rechts nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und damit typischerweise zugunsten von EG-Ausländern aus. Für Inländer bleibt die Beschränkung bestehen, weil sie sich auf Grundfreiheiten nicht berufen können. Der Anwendungsvorrang der EG-Grundfreiheiten räumt solche Beschränkungen nur selektiv aus zugunsten von Personen, die grenzüberschreitend tätig sind. Weil die Beschränkungen nur insoweit zurückgedrängt

werden, verbleiben reine Inlandssachverhalte in ihrem – Freiheit beschränkenden – Anwendungsbereich.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 12 I EG hilft gegen Inländerdiskriminierung nicht weiter. Selbst wenn man eine versteckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit noch bejahen würde, wäre aber für Inlandssachverhalte der Anwendungsbereich des Vertrages nicht eröffnet. Inländerdiskriminierungen beruhen darauf, dass der Vertrag nur einen begrenzten Anwendungsbereich hat und reine Inlandssachverhalte nicht erfasst. Gleiches gilt für die Grundfreiheiten als *leges speciales* zu Art. 12 I EG.

Die Benachteiligung des nur in Deutschland Tätigen ist aber möglicherweise nach deutschem Verfassungsrecht problematisch, und diese Problematik würde sich dann in dem Maße steigern, wie Inländerdiskriminierungen von der statistischen Ausnahme zu einem häufiger vorkommenden Phänomen werden, was in Grenzregionen gut vorstellbar ist. Verfassungsrechtlich sind zwei Lösungsansätze denkbar, um das Problem in den Griff zu bekommen. Der eine Lösungsansatz ist freiheitsgrundrechtlich, der andere gleichheitsgrundrechtlich.

Betrachtet man den Ausgangsfall freiheitsgrundrechtlich, so erweist die deutsche Verpackungsvorschrift für Margarine sich als Berufsausübungsregelung, die mit Art. 12 I GG vereinbar ist, wenn sie verhältnismäßig ist. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung umfasst u.a. die Frage nach der Eignung der Vorschrift für den Zweck, die Verbraucher davor zu schützen, Margarine mit Butter zu verwechseln. Diese Eignung wird in Frage gestellt, wenn EG-ausländische Margarine doch wie Butter verkauft werden darf. Solange EG-ausländische Margarine in Deutschland nur in geringen Mengen verkauft wird, wird man hierin kein Problem sehen. Sobald aber eine quantitative Grenze überschritten wird, ist das nicht mehr möglich; spätestens wenn 99 % der in Deutschland verkauften Margarine aus dem EG-Ausland stammt und wie Butter verpackt ist, macht es keinen Sinn mehr, bei dem 1 % deutscher Margarine zur Vermeidung von Verwechslungsgefahren zu verlangen, dass sie nicht wie Butter verpackt wird; die deutsche Verpackungsvorschrift wird dann insgesamt hinfällig, für EG-ausländische Margarine wegen der Warenverkehrsfreiheit und ihres Anwendungsvorrangs vor der deutschen Verpackungsvorschrift, für deutsche Margarine wegen Art. 12 I GG und der Unverhältnismäßigkeit eines auf sie beschränkten Verbots.

Art. 3 I GG könnte verletzt sein, weil für die Ungleichbehandlung deutscher und EG-ausländischer Margarine, gemessen an dem Zweck der Verpackungsvorschrift, kein sachlicher Grund angeführt werden kann. Für die betroffenen deutschen Margarinehersteller handelt es sich um den willkürlichen Effekt des begrenzten Anwendungsbereichs der EG-Grundfreiheiten. Dagegen lassen sich zwei Einwände vortragen. Erster Einwand: Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG setzt eine Ungleichbehandlung durch denselben Normsetzer voraus. Der Gleichheitssatz findet im Verhältnis unterschiedlicher Normsetzer keine Anwendung. So liegt keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor, wenn ein Bundesland im Rahmen seiner Kompetenz einen Sachverhalt so, ein anderes Bundesland, ebenfalls im Rahmen seiner Kompetenz, einen vergleichbaren Sachverhalt anders regelt, wenn z.B. ein Bundesland Studiengebühren erhebt, ein anderes nicht. Im vorliegenden Fall sind unterschiedliche Normsetzer beteiligt, weil für die deutschen Margarinehersteller nur deutsches Recht zur Anwendung kommt, für EG-ausländische Margarinehersteller aber die Warenverkehrsfreiheit, die das deutsche Recht zurückdrängt. Zweiter Einwand: Es liegt grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers, wie eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung behoben wird. Der Gesetzgeber kann eine Begünstigung streichen oder auf die bisher von ihr Ausgeschlossenen ausdehnen. Beides stellt Gleichheit her. Diese Alternative gibt es in den Fällen der Inländerdiskriminierung für einen deutschen Gesetzgeber nicht, weil er über europäisches Gemeinschaftsrecht nicht disponieren kann. Er hat nur eine Regelungsoption, um Gleichheit herzustellen: Es müsste die Rechtslage für Inländer der Rechtslage für EG-Ausländer angleichen. Trotz der beiden Einwände neigt eine zunehmend stärker werdende Meinung in der Literatur zur Anwendung von Art. 3 I GG in Fällen der Inländerdiskriminierung. Bei der Frage, ob es für die Beibehaltung der deutschen Regelung rechtfertigende Gründe gibt, wird dann aber auch die deutsche Rechtsetzungshoheit als Abwägungsfaktor berücksichtigt. So mag es Gründe geben, das Reinheitsgebot für Bier für EG-ausländisches Bier preiszugeben, für deutsches Bier aber beizubehalten.

Sowohl der freiheits- als auch der gleichheitsgrundrechtliche Ansatz laufen auf das Ergebnis hinaus, dass Inländerdiskriminierungen verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen sind, wenn sie ein zu starkes tatsächliches Gewicht entfalten. Eine Fortgeltung der deutschen Regelungen für Inländer lässt sich verfassungsrechtlich nur solange rechtfertigen, wie diese Regelungen Regelfälle betreffen. Nur solange kann eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein, und nur solange ist eine Berufsausübungsregelung geeignet und erforderlich. Wird diese Schwelle überschritten, wird nicht nur der politische Druck in Richtung auf eine Änderung

der deutschen Regelung übermächtig. Übermächtig wird auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast.

Diese Last hat seit längerer Zeit das deutsche Handwerksrecht zu tragen. Eines seiner Strukturprinzipien ist die Meisterprüfung als Berufszugangsvoraussetzung. Mit der Ausnahme Luxemburgs gibt es das Meistererfordernis in keinem anderen EG-Mitgliedstaat. Darum hat das Meistererfordernis im europäischen Binnenmarkt einen schweren Stand. Das Problem verschärft sich in dem Maße, wie EG-ausländische Handwerker ohne Meisterprüfung die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen und in Deutschland tätig werden. Hierdurch entsteht politischer Druck. Die Forderung nach Abschaffung der Meisterprüfung erhält verfassungsrechtliches Gewicht. Die Sonderstellung des deutschen Handwerksrechts wird sich auf längere Sicht auf einem europäischen Binnenmarkt politisch nur schwer behaupten können, weil ein Binnenmarkt gleiche Wettbewerbsbedingungen und damit auch gleiche rechtliche Startchancen für alle Marktteilnehmer fordert.

Das Problem der Inländerdiskriminierung ist ein Querschnittsproblem aller Grundfreiheiten. Ich konnte es darum an Beispielsfällen zur Warenverkehrsfreiheit (Verpackung von Margarine), zur Niederlassungsfreiheit (Zweigniederlassungen von Rechtsanwälten) und zur Dienstleistungsfreiheit (Meistererfordernis im Handwerk) demonstrieren. Das Problem beruht auf der Deutung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbot. Diese Deutung ist bei einigen Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit) fraglich. Da aber alle Grundfreiheiten erfasst sind, lässt es sich nicht damit aus der Welt schaffen, dass man Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit als reine Diskriminierungsverbote begreift. Es bleiben dann andere Grundfreiheiten, bei denen eine solche Reduktion nicht möglich ist. Eine befriedigende Lösung des Problems der Inländerdiskriminierung steht noch aus. Die beiden vorgestellten verfassungsrechtlichen Lösungsansätze erlauben es, große Spannungen zwischen europäischem und nationalem Recht auszugleichen. Mehr ist nicht möglich, solange reine Inlandssachverhalte einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung entzogen sind. Diese Konsequenz kann man auch positiv als Wettbewerb der Rechtsordnungen sehen.

II. Die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs

1. Grundlagen, insbesondere die Begriffe Kapitalverkehr und Zahlungsverkehr

Letzte Grundfreiheit, die vorzustellen ist, ist die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Rechtsgrundlage sind nach einer wechselhaften Geschichte heute die Art. 56 bis 60 EG. Kapitalverkehr (Art. 56 Abs. 1 EG) bedeutet, dass Anlage- und Sachkapital grenzüberschreitend transferiert wird zu Investitions- und Kapitalanlagezwecken, nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten (z.B.: Anleihen, Bürgschaften, Kredite, Wertpapiere; Direktinvestitionen, Unternehmensbeteiligungen). Die Gewährleistung einer Freiheit des Kapitalverkehrs, der Mobilität des Produktionsfaktors Kapital soll eine kostenorientierte Standortverteilung im Binnenmarkt ermöglichen. Zahlungsverkehr (Art. 56 Abs. 2 EG) bedeutet, dass Gegenleistungen für Waren und Dienstleistungen grenzüberschreitend erbracht werden dürfen. Die Freiheit des Zahlungsverkehrs ist eine notwendige Ergänzung der Freiheiten des Waren- und des Dienstleistungsverkehrs; sie ist Annex, während die Freiheit des Kapitalverkehrs selbstständige Bedeutung hat.

2. Rechtsnatur und Schutzbereich des Art. 56 EG

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

Die Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs sind erst in den letzten knapp 20 Jahren voll entfaltet worden, also zusammen mit dem Binnenmarkt. Lange Zeit haben die Mitgliedstaaten gezögert, 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 die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs endgültig im Primärrecht etabliert.

Eine weitere Besonderheit der Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs, neben der erst späten Anerkennung ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit, besteht darin, dass sie keinen persönlichen Schutzbereich haben. Der Kreis der Begünstigten ist nicht auf Staatsangehörige der Gemeinschaft beschränkt. Begünstigt ist Kapital, das sich zulässigerweise im EG-Gebiet befindet, dabei, vorbehaltlich von Art. 57 EG, auch Kapital, das aus Drittländern stammt.

Indem Art. 57 EG Ausnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern zulässt, zeigt er, dass grundsätzlich auch dieser Kapitalverkehr liberalisiert sein soll. Auch Art. 56 EG ist apersonal formuliert. Er stellt nicht auf Personen und ihre Staatsangehörigkeit ab, sondern auf Kapital- und Zahlungsströme.

Daraus folgt zwanglos, dass die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs weniger ein Diskriminierungsverbot, sondern ein Beschränkungsverbot ist. Dem gemäß kommt in den Art. 56 ff. EG das Wort „Beschränkung“ häufig vor, so in den Absätzen I der Art. 56, 57 und 58. Andererseits gewähren die Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs auch Schutz gegen Diskriminierungen; dies wird z.B. in Art. 58 I lit. a) EG deutlich.

3. Beschränkungen des Art. 56 EG

Die Art. 57 ff. EG enthalten im Vergleich mit anderen Grundfreiheiten konkrete Schrankenvorbehalte. Die wichtigsten dieser Regelungen seien nun vorgestellt.

Art. 57 I EG erlaubt den Mitgliedstaaten die Beibehaltung von Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs mit Drittstaaten, soweit die Beschränkungen an einem Stichtag bestanden haben. Art. 57 II EG ermächtigt den Rat zu entsprechenden Maßnahmen. Die Regelung ist weniger effektiv, als es scheint. Wenn nämlich nur ein (anderer) Mitgliedstaat fremdem Kapital den Zugang zum Binnenmarkt eröffnet, profitiert dieses Kapital trotz evtl. Beschränkungen nach Art. 57 EG von der Freiheit des Kapitalverkehrs. Auf die Herkunft des Kapitals oder die Staatsangehörigkeit des Besitzers kommt es ja nicht an, so dass es sich nicht um Drittstaats-, sondern um Binnenmarktkapital handelt.

Als Schrankenvorbehalt besonders wichtig ist Art. 58 I lit. 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 Kapitalmarktrechts. Weiterhin dürfen nach dieser Vorschrift die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt sind; diese Maßnahmen dürfen aber, so Art. 58 III EG, kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder verschleierten Beschränkung sein. Beide Formulierungen begegnen auch bei anderen Grundfreiheiten, so Art. 30, 39 III, 46 I, 55.

Art. 59 EG ermächtigt den Rat, nicht die Mitgliedstaaten, zu Schutzmaßnahmen, falls Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Staaten das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion stören. Diese Vorschrift, die im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungsunion steht, ist an eine qualifizierte Mehrheit im Rat, eine Anhörung der Europäischen Zentralbank und das Erfordernis der unbedingten Erforderlichkeit geknüpft.

Art. 60 EG steht im Zusammenhang mit der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und verweist auf Art. 301 EG. Dort geht es um Wirtschaftsanktionen im Rahmen von GASP-Aktionen, die auf eine Einstellung, Aussetzung oder Einschränkung der Wirtschaftsbeziehungen zu Drittstaaten gerichtet sind. Auf die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs bezogen sind insoweit namentlich ein „Einfrieren“ von Konten oder die Unterbrechung des Zahlungsverkehrs. Die Art. 60 und 301 EG setzen einen Gemeinsamen Standpunkt oder eine Gemeinsame Aktion voraus, die nach den Art. 14 oder 15 EU zu beschließen sind. Dieses Verfahren ist schwerfällig, zumal an seinem Anfang noch etwas Weiteres stehen kann, etwa ein Beschluss des UN-Sicherheitsrats. Dieser Schwerfälligkeit trägt Art. 60 II EG Rechnung; bis zum Handeln des Rates kann danach jeder Mitgliedstaat in dringlichen Fällen einseitige Maßnahmen treffen. Solche Maßnahmen stehen unter dem Vorbehalt einer Korrektur durch den Rat.

4. Beispielfall (Bordessa u.a., EuGH Slg. 1995, I – 361)

Sachverhalt und Fallfrage: Herr Bordessa, ein Italiener, wollte von Spanien nach Frankreich reisen. Bei einer Grenzkontrolle wurden bei ihm spanische Banknoten im Wert von 50 Millionen Peseten gefunden. Die nach spanischem Recht für die Ausfuhr eines solchen Geldbetrags erforderliche Genehmigung besaß Herr Bordessa nicht. Er wurde darum an der Verbringung des Geldes nach Frankreich gehindert. Ist das Genehmigungserfordernis mit Art. 56 EG vereinbar?

Lösung: Als erstes beschäftigt der EuGH sich 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 verneint der EuGH mit systematischen Erwägungen. Banknoten seien insbesondere keine Waren, weil für sie die speziellen 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 der EuGH sich nicht, was einleuchtet, weil diese Grundfreiheit apersonal ist. Der Fall wäre nicht anders zu lösen, wenn in einem nebligen Pyrenäental Ernest Hemingway, bei sonst gleichen Umständen, aufgegriffen worden wäre.

Im Mittelpunkt der EuGH-Entscheidung steht die Frage, ob die Beeinträchtigung des freien Kapitalverkehrs zu rechtfertigen ist. Einschlägig ist insoweit nach geltendem Recht Art. 58 I lit. b) EG. Danach haben die Mitgliedstaaten drei Beschränkungsmöglichkeiten. Beschränkungen dürfen erstens erfolgen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu verhindern; die Merkmale „Steuerrecht“ und „Aufsicht über Finanzinstitute“ sind dabei nicht abschließend. Beschränkungen dürfen zweitens zu Zwecken administrativer oder statistischer Information erfolgen. Drittens dürfen Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit erfolgen. Im Verhältnis der drei Beschränkungsmöglichkeiten sind Überschneidungen möglich; sie stehen in keiner Rangordnung.

Im Bordessa-Fall geht es um einen spanischen Genehmigungsvorbehalt für die Ausfuhr von Banknoten, welcher der Bekämpfung rechtswidriger Tätigkeiten wie Steuerhinterziehung, Geldwäsche, Drogenhandel oder Terrorismus dient. Der EuGH problematisiert, ob der Genehmigungsvorbehalt für diese Ziele „unerlässlich“ ist. Dies wird verneint, weil als milderer, aber gleich wirksames Mittel ein Anzeigenvorbehalt in Betracht kommt. Eine vorherige Anzeige reiche aus, weil hierdurch, im Unterschied zu einer erforderlichen Genehmigung, eine Transaktion nicht bis zu einer positiven staatlichen Entscheidung ausgesetzt werde, den Behörden aber trotzdem eine wirksame Kontrolle ermöglicht werde. Ein Genehmigungsvorbehalt berge die Gefahr, den freien Kapitalverkehr in das Ermessen der Behörden zu stellen und die Freiheit so illusorisch werden zu lassen.

Der EuGH kommt mit dieser Begründung zu dem Ergebnis, die spanische Devisenvorschrift sei mit Art. 56 EG unvereinbar. Dieses Ergebnis ist anfechtbar, weil es das Spektrum behördlicher Kontrollmöglichkeiten nicht ausschöpft. Der EuGH beschränkt sich auf eine Gegenüberstellung von Anzeigenvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt.

Nicht berücksichtigt wird das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Ausführungen des EuGH zum milderen Mittel sind darum unvollständig.

III. Das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG)

Wenn nach den Grundfreiheiten, den Regelungen über die Freiheit des Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, die gemäß Art. 14 II EG für den Binnenmarkt konstitutiv sind, das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) vorgestellt werden soll, so ist der Zusammenhang schnell und leicht hergestellt. Art. 12 I EG verbietet im Anwendungsbereich des EG jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, dies unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages. Die Grundfreiheiten sind besondere Bestimmungen in diesem Sinne. Besonders deutlich wird das am Wortlaut der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Niederlassungsfreiheit. Die Art. 39 II und 43 II EG schreiben die Inländergleichbehandlung ausdrücklich vor. Aber auch die anderen Grundfreiheiten sind aus der Sicht von Art. 12 I EG, des allgemeinen Diskriminierungsverbots, besondere Diskriminierungsverbote. Im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten tritt das allgemeine Diskriminierungsverbot darum zurück; es ist subsidiär; dies bringt die Formulierung „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags“ zum Ausdruck. Der Vorrang der Grundfreiheiten bewirkt, dass der Anwendungsbereich von Art. 12 I EG nicht so groß ist, wie die systematische Stellung im ersten Teil des EG dies nahe legen würde.

Die Bedeutung von 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 von Diskriminierungsverboten betont. Art. 12 I EG bringt 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 offen lassen. Beides betrifft den Absatz 1 von Art. 12 EG. Absatz 2 spielt dagegen praktisch keine Rolle, weil der Rat von der ihm dort erteilten Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat. Ein Grund für Letzteres ist die unmittelbare Anwendbarkeit von Absatz 1, die eine besondere Ausgestaltung durch den Rat erübrigt.

1. Tatbestand und Rechtsfolge bei Art. 12 I EG

a) Berechtigte

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

b) Verpflichtete

Primärer Verpflichtungsadressat von Art. 12 I EG sind die Mitgliedstaaten. Ihnen wird aufgegeben, im Anwendungsbereich des EG EG-Ausländer nicht schlechter zu behandeln als die eigenen Staatsangehörigen. Darüber hinaus wird auch die EG selbst verpflichtet. Ihr sind Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit erst recht verboten. Schließlich werden Private verpflichtet, soweit ihnen autonome Regelungsbefugnisse gegenüber anderen Privaten zustehen. Eine Drittwirkung lässt sich allgemein bei einem Diskriminierungsverbot leichter bejahen als bei einem Beschränkungsverbot.

c) Anwendungsbereich des Vertrages

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

d) Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit

Eine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit liegt vor, wenn die Staatsangehörigkeit von einer Rechtsnorm als Kriterium für eine Ungleichbehandlung verwendet wird. In diesem Fall spricht man 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 erfüllen (z.B. Wohnsitz im Ausland, ausländisches Herkunftsland, fremde Sprache).

e) Rechtsfolge

Offene Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind ohne Ausnahme verboten. Art. 12 I EG kennt, anders als z.B. Art. 43 II EG, keinen Schrankenvorbehalt. Für versteckte Diskriminierungen gilt das nicht mit derselben Entschiedenheit. Versteckte Diskriminierungen lassen sich mit immanenten Schranken des Art. 12 I EG rechtfertigen. Die Alternative von Diskriminierungs- 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, studiert an einer belgischen Hochschule das Fach Comic strips. Bei dem Studiengang handelt es sich um eine Berufsausbildung. Von Frau Gravier wird eine Studiengebühr in Höhe von 25.000 BFR pro Studienjahr verlangt. Solche Studiengebühren werden nur von ausländischen Studierenden erhoben. Belgien versucht dies mit dem Argument zu rechtfertigen, dass in keinem anderen Mitgliedstaat der EG der Anteil ausländischer Studierender so hoch sei wie in Belgien; da in der Regel weder diese Studierenden noch ihre Eltern in Belgien Steuern zahlten und so zur Hochschulfinanzierung beitragen, sei es gerechtfertigt, sie und nur sie über eine Studiengebühr an den Kosten der staatlichen Hochschulen zu beteiligen. Frau Gravier stellt sich auf den Standpunkt, die Studiengebühren verstießen gegen Art. 12 I EG. Das mit der Sache befasste belgische Gericht schaltet gemäß Art. 234 EG den EuGH ein.

Frage: Verstößt die belgische Regelung, wonach bei berufsausbildenden Studiengängen von ausländischen Studierenden, 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, weil Frau Gravier, indem sie als Französin in Belgien studiert, von ihrer passiven Dienstleistungsfreiheit Gebrauch macht. Die Dienstleistungsfreiheit setzt jedoch eine entgeltliche Leistung voraus. Frau Gravier geht es aber gerade darum, ohne Studiengebühren studieren zu dürfen. Sie beruft sich darum nicht auf die Dienstleistungsfreiheit. Andere

besondere Bestimmungen des Vertrages sind nicht ersichtlich. Art. 12 I EG ist folglich nicht subsidiär.

Als nächstes ist zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des Vertrages 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 EG zuweist. Gleichwohl stünden der Zugang zum und die Teilnahme am Unterricht, insbesondere wenn es sich um eine Berufsausbildung handele, nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts. Das ergebe sich aus Art. 150 EG und aus Sekundärrecht, das auf dieser Grundlage erlassen worden sei. 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 Entschließung 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 Entschließung des Rates über die Berufsbildungspolitik in der EG in den 1980er Jahren von 1983. Aus Art. 150 EG und diesem Sekundärrecht zieht der EuGH folgende Schlüsse: **(1)** Die Berufsausbildung unterfällt dem Anwendungsbereich des Vertrages. Diese Feststellung wird pauschal getroffen, erstreckt sich auch auf die Frage von Studiengebühren, obwohl keine der zitierten Vorschriften diese Frage ausdrücklich betrifft. **(2)** In den Anwendungsbereich des Vertrages falle insbesondere der Zugang zur Berufsausbildung. Denn dieser Zugang sei geeignet, die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft zu fördern. Der EuGH legt Wert auf die Feststellung, dass dies nicht für die Hochschulausbildung und die Frage von Studiengebühren schlechthin gelte, sondern nur für ein berufsbegleitendes Studium. Das Gericht liefert Kriterien für diese Abgrenzung.

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. Weil Studiengebühren nur von ausländischen Studierenden erhoben werden, liegt eine offene Diskriminierung vor.

Eine solche Diskriminierung lässt sich nicht rechtfertigen. 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 I EG und macht die Voraussetzungen für eine eigenständige Bedeutung der Norm deutlich. Zweitens entwickelt der EuGH in dieser Entscheidung verallgemeinerungsfähige Kriterien, um den Anwendungsbereich des EG zu bestimmen.