

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 125

Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?

Von

Klaus Lackhoff



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS LACKHOFF

Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein
Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp

Band 125

Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?

Von

Klaus Lackhoff



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Lackhoff, Klaus:

Die Niederlassungsfreiheit des EGv – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht? / von Klaus Lackhoff. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 125)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09824-2

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-09824-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

*„Es genügt nicht, etwas zu wollen,
man muß auch die Konsequenzen dessen
wollen, was man will.“*

Jean Monet

Diese Arbeit ist von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 1997/98 als Dissertation angenommen worden. Sie entstand über einen längeren, insbesondere durch einen einjährigen Aufenthalt in den Vereinigten Staaten unterbrochenen Zeitraum.

Allen, die in dieser Zeit zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen haben, möchte ich an dieser Stelle ganz herzlich Dank sagen. Dankbar bin ich vor allem meiner Mutter, die die Entstehung dieser Arbeit mit ermöglicht hat. Ihr widme ich diese Arbeit.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dirk Ehlers, der mein Interesse für das Europarecht im Rahmen eines Aufsatzprojektes (NVwZ 1990, 810) geweckt hat, danke ich für die mir sehr viel Freiraum gewährende Begleitung dieser Arbeit.

Herrn Prof. Dr. Hans D. Jarass danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu danken habe ich ferner dem Land Nordrhein-Westfalen, das die Entstehung der Arbeit durch ein Stipendium im Rahmen der Graduiertenförderung unterstützt hat.

Hamm, im Frühjahr 1999

Klaus Lackhoff

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung	21
A. Gegenstand der Untersuchung	21
B. Gang der Untersuchung	27

Zweiter Teil

Grundlagen der Niederlassungsfreiheit	28
A. Ziele der Niederlassungsfreiheit	28
B. Sachlicher Anwendungsbereich und verwandte Fragen	31
I. Begriff der Niederlassung	31
1. Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten	34
a) Erwerbstätigkeit	34
b) Selbständigkeit	43
c) „Aufnahme und Ausübung“ der Erwerbstätigkeit	45
2. Gründung und Leitung von Unternehmen	46
3. Ergänzende nützliche allgemeine Befugnisse	49
4. Erfordernis eines grenzüberschreitenden Sachverhalts	55
a) Merkmale eines grenzüberschreitenden Sachverhalts nach der Rechtsprechung des EuGH	59
b) Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Sachverhalts	67
aa) Bedeutung der Frage	67
bb) Generelle Möglichkeit des Einbezugs rein interner Sach- verhalte durch den EGV	71
cc) Der Wortlaut	73
dd) Generelle Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung	76
ee) Voraussetzungen der Rechtsfortbildung	78
(1) Bestehen einer planwidrigen Lücke	78
(a) Präambel und Art. 2 EGV	82
(b) Gemeinsamer Markt, Art. 2 EGV	83

(aa)	Bedeutung des Konzepts des Gemeinsamen Marktes für den Einbezug rein interner Sachverhalte in den Anwendungsbereich des EGV	85
(bb)	Bedeutung des Konzepts des Gemeinsamen Marktes für den Einbezug rein interner Sachverhalte in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	87
(c)	Binnenmarkt	90
(d)	Art. 3 lit. c EGV (Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV n.F.)	98
(e)	Art. 3 lit. g EGV (Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV n.F.)	100
(f)	Zusammenfassung	103
(2)	Ausfüllung der Lücke	104
ff)	Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für die Zulässigkeit einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung	104
gg)	Bindung der Bundesrepublik Deutschland an die Rechtsfortbildung	112
(1)	Grundgesetzliche Grenzen der Geltung des Gemeinschaftsrechts	115
(2)	Die Grenzziehung im vorliegenden Fall	117
(a)	Das Integrationsprogramm als Grenze	117
(aa)	Art. 12 GG	120
(bb)	Art. 3 GG	121
(b)	Die Grenze des Unübertragbaren	124
c)	Ergebnis	126
5.	Abgrenzungen	126
a)	Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit	126
b)	Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit	127
aa)	Die herkömmliche Abgrenzung	127
bb)	Möglichkeit einer Beeinflussung der Abgrenzung zwischen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit durch Einbezug rein interner Sachverhalte in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	130
cc)	Abgrenzungskriterien	133
(1)	Abgrenzung zur aktiven Dienstleistungserbringung	133
(a)	Bestehen einer Einrichtung	134
(b)	Dauer	135
(c)	Kriterienbündel	136
(2)	Korrespondenzdienstleistung	137
(3)	Abgrenzung bei passiven Dienstleistungen	138
(4)	Sonstige Dienstleistungsformen	139

dd)	Zusammenfassung zur Abgrenzung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	139
c)	Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit	140
d)	Zusammenfassung zur Abgrenzung zwischen der Niederlassungsfreiheit und den anderen Grundfreiheiten	142
e)	„Kumulverbot“?	142
f)	Abgrenzung zum Kapitalverkehr	145
g)	Abgrenzung zu Art. 221 EGV (Art. 294 EGV n.F.)	147
h)	Das Verhältnis zu Art. 6 EGV (Art. 12 EGV n.F.)	148
6.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich	151
a)	Ausübung öffentlicher Gewalt	151
b)	Verkehr	159
c)	Landwirtschaft und Fischerei	162
d)	EAGV, EGKSV	163
7.	Das Verhältnis zu Art. 54, 57 und 220 EGV (Art. 44, 47 und 293 EGV n.F.)	164
a)	Art. 54, 57 EGV (Art. 44, 47 EGV n.F.)	164
b)	Art. 220 EGV (Art. 293 EGV n.F.)	165
II.	Arten der Niederlassung und Niederlassungsfreiheit	171
1.	Arten der Niederlassung	171
2.	Arten der Niederlassungsfreiheit	175
C.	Personaler Anwendungsbereich	180
I.	Natürliche Personen	181
1.	Drittstaatler	181
2.	EG-Ausländer	182
3.	Inländer	184
4.	Ansässigkeit	187
II.	Gesellschaften	188
1.	Begriff der Gesellschaft	188
2.	Gleichstellungsvoraussetzungen	191
a)	Gründung nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats	192
b)	„Präsenz“ in der Gemeinschaft	192
c)	Kontrolltheorie	194
3.	Ansässigkeit	196
4.	Rechtsstellung der Gesellschafter	197
D.	Räumlicher Anwendungsbereich	198

Dritter Teil

	Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit	202
A.	Verpflichtete	202
I.	Die Mitgliedstaaten	202

II.	Private	205
III.	Die Gemeinschaft	208
B.	Die von Art. 52 EGV (Art. 43 EGV n.F.) verbotenen Beschränkungen	209
I.	Einleitung	209
II.	Die Niederlassungsfreiheit - ein Beschränkungsverbot?	210
	1. Einleitung	210
	2. Mögliche Konzeptionen für das Verständnis der Niederlassungsfreiheit	212
	3. Gleichheitsrechtliche Konzeptionen	214
	a) Einleitung	214
	b) Das Differenzierungskriterium	215
	c) Inhalt des Gleichheitsrecht	218
	aa) Schlechterstellungsverbot	218
	bb) Gleichbehandlungsgebot	219
	cc) Diskriminierungsverbot	221
	dd) Stellungnahme	222
	d) Formen der Ungleichbehandlung	224
	aa) Offene Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit	224
	bb) Versteckte Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit	226
	e) Abgrenzung der Ungleichbehandlung gegenüber sonstigen Zuständen der Ungleichheit	236
	aa) Ungleichbehandlung durch einen Mitgliedstaat	236
	bb) Ungleichbehandlung durch die Gemeinschaft	240
	f) Absolutes/Relatives Gleichbehandlungsgebot	240
	g) Zusammenfassung	243
	4. Freiheitsrechtliche Konzeptionen	243
	a) Abgrenzung zu gleichheitsrechtlichen Konzeptionen	243
	b) Mögliche freiheitsrechtliche Konzeptionen	245
	aa) Berücksichtigungsgebot	246
	bb) Eingeschränktes Beschränkungsverbot	247
	cc) Umfassendes Beschränkungsverbot	248
	c) Freiheitsrechtliche Konzeption der Rechtsprechung?	249
	aa) Die Urteile des EuGH zur Niederlassungsfreiheit	250
	(1) EuGH Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.)	250
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	250
	(b) Entscheid	250
	(c) Begründung	251
	(d) Bewertung	251
	(2) EuGH Rs. 2/74 (Reyners)	252
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	252
	(b) Entscheid	253

	(c) Begründung	253
	(d) Bewertung	254
(3)	EuGH Rs. 48/75 (Royer); EuGH Rs. 118/75 (Watson und Belmann); EuGH Rs. 8/77 (Sagulo); EuGH Rs. 157/79 (Pieck)	255
(4)	EuGHRs. 71/76 (Thieffry)	258
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	258
	(b) Entscheid	259
	(c) Begründung	259
	(d) Bewertung	261
(5)	EuGH Rs. 90/76 (van Ameyde/UCI)	262
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	262
	(b) Entscheid	263
	(c) Begründung	263
	(d) Bewertung	264
(6)	EuGH Rs. 11/77 (Patrick)	265
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	265
	(b) Entscheid	266
	(c) Begründung	266
	(d) Bewertung	267
(7)	EuGH Rs. 16/78 (Choquet)	268
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	268
	(b) Entscheid	268
	(c) Begründung	269
	(d) Bewertung	270
(8)	EuGH Rs. 115/78 (Knoors)	272
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	272
	(b) Entscheid	273
	(c) Begründung	273
	(d) Bewertung	274
(9)	EuGH Rs. 136/78 (Auer I)	275
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	275
	(b) Entscheid	276
	(c) Begründung	276
	(d) Bewertung	277
(10)	EuGH Rs. 159/78 (Zollagenten)	279
(11)	EuGH Rs. 271/82 (Auer II)	280
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	280
	(b) Entscheid	280
	(c) Begründung	281
	(d) Bewertung	281
(12)	EuGH Rs. 107/83 (Klopp)	282
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	282

	(b) Entscheid	284
	(c) Begründung	284
	(d) Bewertung	286
(13)	EuGH Rs. 182/83 (Fearon)	289
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	289
	(b) Entscheid	289
	(c) Begründung	290
	(d) Bewertung	290
(14)	EuGH Rs. 197/84 (Steinhauser)	291
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	291
	(b) Entscheid	291
	(c) Begründung	291
	(d) Bewertung	292
(15)	EuGH Rs. 270/83 (avoir fiscal)	293
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	293
	(b) Entscheid	294
	(c) Begründung	294
	(d) Bewertung	296
(16)	EuGH Rs. 96/85 (Zweitniederlassung für Ärzte - Frankreich)	298
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	298
	(b) Entscheid	299
	(c) Begründung	299
	(d) Bewertung	300
(17)	EuGH Rs. 79/85 (Segers)	300
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	300
	(b) Entscheid	301
	(c) Begründung	302
	(d) Bewertung	302
(18)	EuGH Rs. 212/85 (Laboratorien)	303
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	303
	(b) Entscheid	304
	(c) Begründung	304
	(d) Bewertung	305
(19)	EuGH Rs. 198/86 (Conradi)	307
(20)	EuGH Rs. 20/87 (Gauchard), EuGH Rs. 204/87 (Bekaert), EuGH Rs. C-112/91 (Werner)	308
(21)	EuGH Rs. 63/86 (Sozialwohnungen)	309
(22)	EuGH Rs. 292/86 (Gullung)	310
	(a) Sachverhalt	310
	(b) Entscheid	311
	(c) Begründung	312
	(d) Bewertung	312

(23)	EuGH Rs. 147/86 (Privatschulen)	313
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	313
	(b) Entscheid	314
	(c) Begründung	314
	(d) Bewertung	315
(24)	EuGH Rs. 143/87 (Stanton), EuGH Rs. 154 und 315 155/87 (Wolf u.a.)	315
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	315
	(b) Entscheid	316
	(c) Begründung	316
	(d) Bewertung	317
(25)	EuGH Rs. 38/87	319
(26)	EuGH Rs. 81/87 (Daily Mail)	321
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	321
	(b) Entscheid	322
	(c) Begründung	322
	(d) Bewertung	324
(27)	EuGH Rs. 321/87 (Grenzkontrollen)	325
(28)	EuGH Rs. C-3/88 (Datenverarbeitung)	326
(29)	EuGH Rs. C-61/89 (Bouchoucha)	327
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	327
	(b) Entscheid	327
	(c) Begründung	327
	(d) Bewertung	328
(30)	EuGH Rs. C-340/89 (Vlassopoulou)	330
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	330
	(b) Entscheid	331
	(c) Begründung	331
	(d) Bewertung	333
(31)	EuGH Rs. C-221/89 (Factortame II), EuGH Rs. C-246/89 (Quotenspringen - Vereinigtes König- reich), EuGH Rs. C-93/89 (Quotenspringen - Irland)	334
(32)	EuGH Rs. C-168/91 (Konstadinidis)	335
(33)	EuGH Rs. C-19/92 (Kraus)	336
	(a) Sachverhalt und Fragestellung	336
	(b) Entscheid	337
	(c) Begründung	337
	(d) Bewertung	339
(34)	EuGH Rs. C-379/92 (Peralta)	340
(35)	EuGH Rs. C-80/94 (Wielockx), EuGH Rs. C-107/94 (Asscher)	342
(36)	EuGH Rs. C-55/94 (Gebhard)	344

(37)	EuGH Rs. C-177/94 (Perfili)	345
(38)	EuGH Rs. C-53/95 (Kemmler)	346
(39)	EuGH Rs. C-101/94 (Wertpapiermakler)	346
(40)	EuGH Rs. C-418/93 bis C-421/93; C-460/93 bis C-464/93; C-9/94 bis C-11/94; C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 und C-332/94 (Semeraro u.a.)	347
(41)	EuGH Rs. C-250/95 (Futura Participations)	348
(a)	Sachverhalt und Fragestellung	348
(b)	Entscheid	349
(c)	Begründung	350
(d)	Bewertung	351
bb)	Zusammenfassung	351
(1)	Fälle offener Ungleichbehandlungen	352
(2)	Fälle versteckter Ungleichbehandlungen	352
(3)	Zweitniederlassungsfreiheit	354
(4)	Wegzugsbeschränkungen	356
(5)	Umfassendes Beschränkungsverbot	357
5.	Die Niederlassungsfreiheit - ein Freiheitsrecht	358
a)	Überblick	358
aa)	Argumente für den nur gleichheitsrechtlichen Ansatz	359
bb)	Argumente für den auch freiheitsrechtlichen Ansatz	360
b)	Stellungnahme	361
aa)	Der Wortlaut des Art. 52 EGV (Art. 43 EGV n.F.)	361
bb)	Die systematische Auslegung	363
(1)	Art. 53 EGV a.F.	363
(2)	Art. 54 EGV (Art. 44 EGV n.F.) in Verbindung mit dem Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit	363
(3)	Art. 57 EGV (Art. 47 EGV n.F.)	365
(4)	Parallelität der Grundfreiheiten	366
(5)	Art. 67 Abs. 1 EGV a.F.	372
(6)	Art. 6 EGV (Art. 12 EGV n.F.)	372
(7)	Föderale Struktur der Gemeinschaft	373
(8)	Art. 56 Abs. 1 EGV (Art. 46 Abs. 1 EGV n.F.)	373
(9)	Auslegung der Niederlassungsfreiheit im Lichte des EG-Grundrechts der Berufsfreiheit	374
(10)	Ergebnis der systematischen Auslegung	377
cc)	Teleologische Auslegung	377
(1)	Auslegung der Niederlassungsfreiheit im Lichte der Art. 2, 3 lit.c EGV (Art. 2, 3 Abs. 1 lit. c EGV n.F.)	377

(2)	Auslegung der Niederlassungsfreiheit im Lichte des Binnenmarktziels	378
(3)	Das Beschränkungsverbot, rein interne Sachverhalte und der Marktmechanismus	380
(4)	Ergebnis der teleologischen Auslegung	380
dd)	Historische Auslegung	381
ee)	Ergebnis	381
III.	Der Beschränkungsbegriff des Art. 52 EGV (Art. 43 EGV n.F.)	382
1.	Einleitung	382
2.	Kein Leistungsgehalt?	383
a)	Einleitung	383
b)	Abwehrgehalt	385
c)	Leistungsgehalt	386
d)	Annahme eines Leistungsgehalts bei Art. 52 EGV (Art. 43 EGV n.F.)?	389
e)	Ergebnis	392
3.	Kein eingeschränktes Beschränkungsverbot	392
4.	Die Kriterien zur Bestimmung einer Beschränkung	392
a)	Struktur und Funktion des Beschränkungsbegriffs	392
b)	Auslegung des Art. 52 EGV (Art. 43 EGV n.F.) zur Bestimmung des für die Annahme einer Beschränkung entscheidenden Kriteriums	395
aa)	Wortlaut	395
bb)	Systematische Auslegung	395
(1)	Art. 3 lit. c EGV (Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV n.F.)	396
(2)	Art. 54 Abs. 3 lit. h EGV (Art. 44 Abs. 2 lit. h EGV n.F.)	396
(3)	Art. 30 EGV (Art. 28 EGV n.F.)	396
(a)	Die Dassonville-Formel	397
(b)	Die Cassis-Rechtsprechung	399
(c)	Die Keck-Rechtsprechung	403
(4)	Art. 48 EGV (Art. 39 EGV n.F.)	412
(5)	Art. 59 EGV (Art. 49 EGV n.F.)	413
(6)	Art. 73b EGV (Art. 56 EGV n.F.)	414
(7)	Ergebnis	414
cc)	Teleologische Auslegung	415
dd)	Ergebnis	416
5.	Konkretisierung der Eingriffskriterien	416
a)	Einleitung	416
b)	Der zugrundeliegende Konflikt	417
c)	Übertragung der Cassis-Rechtsprechung?	419
d)	Eingrenzung des Merkmals der schutzbereichsbeeinträchtigen den Wirkung	420

aa)	Qualifizierung der Wirkung entsprechend der Zielsetzung der Freiheiten	420
	(1) Jarass	420
	(2) Nettesheim	421
	(3) Streinz	423
	(4) Schnichels	424
	(5) Classen und Epiney	425
	(6) Stellungnahme	425
bb)	Spürbarkeitserfordernis	428
cc)	Potentialität	429
dd)	Zwischenergebnis	431
e)	Eingrenzung des Beschränkungsbegriffs durch erhöhte Anforderungen an die Beziehung zwischen der Maßnahme des Verpflichteten und dem Eintritt der Beeinträchtigung	431
	aa) Adäquanz	432
	bb) Vorhersehbarkeit	434
	cc) Finalität	435
f)	Eingrenzung des Beschränkungsbegriffs mit Rücksicht auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen	437
g)	Sonderstellung der Subventionen	439
h)	Ergebnis	442
6.	Das Verhältnis von versteckten Ungleichbehandlungen und Beschränkungen	442
C.	Ergebnis	443

Vierter Teil

	Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen und Beschränkungen	445
A.	Einleitung	445
B.	Einschränkungen aufgrund von Art. 56 EGV (Art. 46 EGV n.F.) und sonstigen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses	446
I.	Der Tatbestand des Art. 56 EGV (Art. 46 EGV n.F.)	446
	1. „Anwendbarkeit von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen“	447
	a) Sonderregelungen	447
	b) Ausländerpolizeirecht	448
	c) Anwendbarkeit des Art. 56 EGV (Art. 46 EGV n.F.) auf Gesellschaften	449
	2. Bestimmung der Gründe der „öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“	449
	a) Gemeinschaftsrechtliche oder mitgliedstaatliche Begriffe?	449

b) Öffentliche Ordnung und Sicherheit	451
c) Öffentliche Gesundheit	453
II. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	454
1. Dogmatische Einordnung	454
2. Rechtfertigung von Diskriminierungen aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses	457
3. Die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses	458
III. Kollidierendes Vertragsrecht und Grundrechte	459
IV. Ausschluß der Berufung auf schützenswerte Interessen	460
V. Beeinträchtigung oder Gefährdung eines schützenswerten Inter- esses	460
VI. Verhältnismäßigkeit	461
1. Eignung	462
2. Erforderlichkeit	464
3. Angemessenheit	464
C. Art. 90 EGV (Art. 86 EGV n.F.)	465
D. Art. 222 EGV (Art. 295 EGV n.F.)	478

Fünfter Teil

Unmittelbare Geltung	483
-----------------------------	------------

Literaturverzeichnis	486
-----------------------------	------------

Neunummerierung des EGV durch den Amsterdamer Vertrag	509
--	------------

Sachregister	511
---------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Die Aktiengesellschaft (Z)
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Beil.	Beilage
CDE	Cahiers de droit européen (Z)
Clunet	Journal du droit international (Z)
CML Rev.	Common Market Law Review (Z)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Z)
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEC	European Economic Community
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Review (Z)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Z)
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Z)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
IPRax	Praxis des Internationalen Privatrechts (Z)
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera, Buchstabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Rn.	Randnummer
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen (Z)
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
u.a.	und andere; unter anderem
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
Vgl. vgl.	vergleiche
Vw	Versicherungswirtschaft (Z)
YEL	Yearbook of European Law (Z)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZO-Z	Zulassungsordnung für Zahnärzte

Im übrigen wird verwiesen auf Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin-New York 1993

Erster Teil

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Ist die Niederlassungsfreiheit des EGV (Art. 52 EGV, früher EWGV, nach dem Vertrag von Amsterdam Art. 43 EGV n.F.)¹ nur ein „*Diskriminierungsverbot*“ oder auch ein „*Beschränkungsverbot*“? Gilt im Rahmen der Niederlassungsfreiheit das *Bestimmungslandprinzip* oder das *Herkunftslandprinzip*? Ist sie nur ein *Gleichheits-* oder auch ein *Freiheitsrecht*, das eine möglichst liberale Gestaltung von Berufszugang und -ausübung verlangt?

Gemeinsam ist diesen Fragen, daß sie sich auf die Reichweite der Niederlassungsfreiheit beziehen² und daß sie in der deutschen³ Literatur zum Gemein-

¹ Die 1957 gegründete (BGBl II 1957, S. 766) „Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“ wurde durch den am 07.02.1992 geschlossenen und am 01.11.1993 in Kraft getretenen Vertrag über die Europäische Union (EUV) (Vertrag von Maastricht, BGBl. II, S. 1102) in „Europäische Gemeinschaft“ (EG) umbenannt, vgl. Art. 1 EGV. Art. 52 EGV wurde hierbei nicht geändert. In den Art. 54, 56 und 57 EGV vorgenommene Änderungen betreffen ausschließlich das beim Erlaß von sekundärem Gemeinschaftsrecht anzuwendende Verfahren. Zu einem Überblick zum Verhältnis der EG zu der durch den Vertrag von Maastricht gegründeten Europäischen Union (EU) s. *Ehlers*, in: *Erichsen* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 3 Rn. 2. Ausführlich zur Europäischen Union *Koenig/Pechstein*, *Die Europäische Union*, 2. Aufl. 1998. Der Amsterdamer Vertrag v. 02.10.1997 (BGBl. II 1998, S. 286) führt mit seinem Inkrafttreten nach der Ratifikation durch alle Vertragsstaaten nur zu einigen Anpassungen im Bereich der Niederlassungsfreiheit; hervorzuheben ist jedoch, daß er eine Neunummerierung der Artikel des EGV vorsieht. Danach wird aus Art. 52 EGV Art. 43 EGV n.F., Art. 53 EGV wird aufgehoben und die Artikel 54-58 EGV werden zu Art. 44-48 EGV n.F. Eine Synopse findet sich am Ende des Buches, die Nummerierung im Text bezieht sich auf den Text des EGV in der Fassung, die er durch den Maastrichter Vertrag erhalten hat (EGV a.F.), in Klammern wird regelmäßig die Nummerierung der neuen Fassung des EGV nach dem Amsterdamer Vertrag angegeben (EGV n.F.).

² Vgl. *Schnichels*, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, 1995, S. 20 f.

³ In der englischsprachigen Literatur wird sie seltener angesprochen und meist steht dann die Darstellung der Rspr. im Vordergrund. Vgl. *Lasok*, *The Professions and Services in the European Economic Community*, 1986, S. 43 ff.; *Wyatt/Dashwood*, *The Substantive Law of the EEC*, 2. Aufl. 1987, S. 198 ff.; *Burrows*, *The Movement in European Community Law*, 1989, S. 197 ff.; *Kapteyn/Verloren van Themat*, *Introduction to the Law of the European Communities*, 2. Aufl. 1989, S. 427 ff.; *Rawlinson/Cornwell-Kelly*, *European Community Law*, 1990, S. 146 ff.; *Lasok/Bridge*, *Law and Institutions of the European Communities*, 1991, S. 469 ff.; *Lewis*, *European*

schaftsrecht in letzter Zeit verstärkte Aufmerksamkeit gefunden haben.⁴ Das Begriffspaar Diskriminierungs-/Beschränkungsverbot entspricht dem von Gleichheits- oder Freiheitsrecht, sofern man unter Beschränkungen nicht nur bestimmte Formen von Ungleichbehandlungen versteht.⁵ Unstrittig ist, daß das Gemeinschaftsrecht zumindest verlangt, daß eine Ungleichbehandlung⁶ anknüpfend an der Staatsangehörigkeit des Niederlassungswilligen unterbleibt. Strittig ist insofern nur, wann solch eine Ungleichbehandlung anzunehmen ist⁷ und ob sog. Inländerdiskriminierungen (*discrimination à rebours*) verboten sind.⁸

Community Law, 1992, S. 101 ff.; *Myles*, EEC Brief, Stand: August 1993, Bd. 2, S. 2-68 - 2-74; *Shaw*, European Community Law, 1993, S. 303 ff.; *Evans*, The Law of the European Community, 1994, S. 155 ff.; *van Gerven*, in: Smit/Herzog, The Law of the European Community, Stand: 1994, Bd. 2, S. 2-18 f., 2-536 bis 2-538; *Steiner*, EC Law, 4. Aufl. 1994, S. 231 ff., und insbesondere die ausgezeichnete Darstellung von *Weatherill/Beaumont*, EC Law, 1993, S. 514 ff. Die häufige Beschränkung auf die Behandlung der Rspr. dürfte aufgrund der dem anglo-amerikanischen Rechtskreis eigenen stärkeren Ausrichtung auf die Rspr. unter geringerer Betonung der Systembildung erfolgen, vgl. *David/Grassmann*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. Aufl. 1988, Rn. 284, 306 f., 308 ff. Ein Beispiel der in GB (zunächst) gegebenen vornehmlichen Ausrichtung auf institutionelle und verfahrensrechtliche Fragen (vgl. *Wyatt/Dashwood*, The Substantive Law of the EEC, Preface) bildet *Hartley*, The Foundations of European Community Law, 2. Aufl. 1988.

⁴ Vgl. insbesondere *Merle*, Freizügigkeit für Rechtsanwälte in der Europäischen Union, 1995, S. 499 ff.; *Schnichels*, Reichweite, S. 64 ff.; und im übrigen nur *Ehlers*, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht im europäischen Binnenmarkt, NVwZ 1990, 810 (811 f.); *Eyles*, Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 64 ff.; *Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, 145.

⁵ So aber *Jarass*, Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS für Ulrich Everling, 1995, S. 593 (597 ff.). Auch im deutschen Recht werden die Gleichheitsrechte teils als Abwehrrechte qualifiziert, vgl. *Sachs*, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, DÖV 1984, 411 (412 ff.) (Ansprüche auf das Unterlassen in ungleicher Weise vorgenommener Staats-tätigkeit). Dennoch bleibt auch in diesem Fall der hier (3. Teil B. II. 4. a)) als entscheidend angesehene Unterschied zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten erhalten: Auch als Abwehrrechte verstandene Gleichheitsrechte haben nur einen relativen Gehalt, vgl. *Sachs*, DÖV 1984, 411 (416 ff.).

⁶ Es muß sich um eine benachteiligende Ungleichbehandlung handeln. Das ist zumindest erforderlich, wenn man die sog. umgekehrte Diskriminierung für grds. zulässig erachtet. Wenn Inländer und EG-Ausländer stets gleichbehandelt werden müßten, könnte eine *discrimination à rebours* nicht zulässig sein.

⁷ Vgl. einerseits *Schnichels*, Reichweite, S. 89-93, 108-115, 116; andererseits *Jarass*, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS für Ulrich Everling, S. 593 (595-603).

⁸ Vgl. dazu jeweils m.w.N. *Reitmaier*, Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag, 1984; *Schachter*, *Discrimination à rebours*, 1984; Schilling, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8 (8-10); *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen. Zulässigkeit und Grenzen der *discrimination à rebours* nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, 1995; *Wesser*, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, 1995.

Fraglich ist, ob Art. 52 EGV (Art. 43 EGV n.F.) darüber hinaus verlangt, alle mitgliedstaatlichen Regelungen, die sich hindernd auf die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit auswirken, am EG-Recht auf ihre sachliche Berechtigung hin zu überprüfen, ohne daß eine (faktische) Schlechterstellung von Niederlassungsvorgängen mit grenzüberschreitendem Bezug existiert.⁹ Dieselbe Frage stellt sich bei den Art. 30, 48, 59 EGV (Art. 28, 39 und 49 EGV n.F.).¹⁰ Daher wird zu erörtern sein, ob und wenn ja inwieweit dort entwickelte Strukturen für die Niederlassungsfreiheit fruchtbar zu machen sind. Die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit werden weitgehend als Beschränkungsverbote verstanden.¹¹ Aber der EuGH hat hier, zumindest in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit¹², die staatlichen Maßnahmen, die einer Rechtfertigung am Gemeinschaftsrecht bedürfen, eingegrenzt.¹³ Ob dieser Rechtsprechung zuzustimmen ist und ob sie sich auf Art. 52 EGV (Art. 43 EGV n.F.) übertragen läßt, bedarf sorgfältiger Abwägung.¹⁴

Im Rahmen der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit wird ein Teilaspekt des Konflikts zwischen dem Verständnis der Freiheiten als Gleichbehandlungsgebote und der darüber hinausgehenden Interpretation als Beschränkungsverbot auch mit dem Gegensatz *Herkunftsland-/Bestimmungsland-Prinzip* gekennzeichnet.¹⁵ Es wird angenommen, daß eine Ware/eine Dienstleistung grundsätzlich nur den Anforderungen des Staates entsprechen muß, in dem sie produziert/von dem aus sie erbracht wird. Begründet wird das damit, daß diese Freiheiten entwertet wären, wenn nicht nur *eine* Rechtsordnung auf die Waren/Dienstleistungen anwendbar wäre. Den berechtigten Schutzinteressen des Bestimmungsstaates werde außerdem häufig schon durch die Anforderungen des Herkunftsstaates genüge getan. Nur wo dies nicht der Fall sei, könne der

⁹ Vgl. *Bleckmann*, Die Personenverkehrsfreiheit im Recht der EG, DVBl 1986, 69 (69); *Jarass*, in: *Due/Lutter/Schwarze* (Hrsg.), FS für Ulrich Everling, S. 593 (600).

¹⁰ Vgl. *Behrens*, EuR 1992, 145 (148 ff.).

¹¹ S. nur EuGH Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 837; EuGH Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649; EuGH Rs. C-76/90 (*Säger*), Slg. 1991, I-4221 (4245); anders für die Dienstleistungsfreiheit i.E. *Hakenberg*, in: *Lenz* (Hrsg.), EG-Vertrag, 1994, Art. 60 Rn. 19.

¹² EuGH Rs. C-267 u. 268/91 (*Keck und Mithouard*), EuZW 1993, 770.

¹³ Zur Dienstleistungsfreiheit vgl. EuGH Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*), Slg. 1995, I-1141 (I-1176 f.).

¹⁴ Vgl. nur *Classen*, Auf dem Wege zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten, EWS 1995, 97 (99) für den Warenverkehr.

¹⁵ Vgl. *Behrens*, EuR 1992, 145 (156).