

Dieser Artikel stammt von Markus Koerentz und wurde im Januar 2006 unter der Artikelnummer 10833 auf den Seiten von jurawelt.com publiziert. Die Adresse lautet www.jurawelt.com/aufsaeetze/10833.



Modifikation der Cassis Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Eingriffen in die von Art. 43 EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der dynamischen Eingriffssystematik

Markus Koerentz, Baesweiler

I. Systematische Einordnung

Die differenzierte Schrankensystematik der Niederlassungsfreiheit kann nur hinreichend deutlich gemacht werden, wenn die dazu erforderlichen Weichen schon im Schutzbereich gestellt werden.

II. Gewährleistungsgarantie der Niederlassungsfreiheit

Historisch betrachtet wurde die Niederlassungsfreiheit als reines Diskriminierungsverbot und damit als Pflicht zur Inländergleichbehandlung verstanden.¹ Demnach wurde nur der Schutz vor denjenigen hoheitlichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten gewährleistet, die unmittelbar an die Eigenschaft als EU-Ausländer anknüpfen.

Demgegenüber vertreten Teile der Literatur schon seit längerem, die Niederlassungsfreiheit gehe in sachlicher Hinsicht über ein allgemeines Diskriminierungsverbot hinaus und erfasse jegliche Beeinträchtigung die nicht gerechtfertigt werden könne.² Sie stelle ein allgemeines Beschränkungsverbot dar, wofür auch die jüngere Rechtsprechung des EuGH spreche.³

Anerkannt hat der Gerichtshof jedenfalls ein allgemeines Beschränkungsverbot für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften i.S.d. Art. 43 Abs. 1 S. 2 EG.⁴ Er hat auch für eine Pflicht zur Anerkennung äquivalenter im Ausland erworbener Kenntnisse und Fähigkeiten postuliert.⁵ Nach dem geänderten Wortlaut des Art. 43 Abs. 1 EGV wäre die Nichtanerkennung solcher Kenntnisse und Fähigkeiten als eine verbotene Beschränkung zu qualifizieren.⁶ Insgesamt ist somit von einer differenzierenden Schutzbereichsgewährleistung auszugehen, die an den Marktzugang einerseits und an das Marktverhalten andererseits anknüpft. Sofern der Marktzugang betroffen ist liegt ein allgemeines Beschränkungsverbot vor, welches ein hohes Schutzniveau gewährleistet. Geht es hingegen um die Marktausübung, so liegt ein weniger hohes Schutzniveau in Form eines allgemeinen Diskriminierungsverbots vor.

Zudem kommen auch derart gering gewichtige staatliche Eingriffe in Betracht, die zwar prinzipiell geeignet wären, die Niederlassungsfreiheit zu beeinträchtigen, im

¹ EuGH, Rs. 221/85, Slg. 1987, 719, Rdnr. 11, Kommission./Belgien.

² Bleckmann, Europarecht, Rdn. 1142 m.w.N.

³ Lenz, EG-Vertrag, Art. 43 Rdnr. 9; Hobe, Europarecht, 2, Aufl., Rdnr. 296; arg. e. EuGH, Rs. 107/83, Slg. 1984, 2971, 2990, Klopp.

⁴ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999 I-1459 Rn. 17 f.; Streinz, Zweigniederlassung als Hauptsitz, JuS 1999, 810, 811; EuGH, Rs. 107/83, Ordre des avocats au barreau de Paris/Klopp, Slg. 1984, 2971, Rdnr. 19; Rs. 137/87, Stanton/INASTI, Slg. 1988, 3877, Rdnr. 11 (Erstreckung auf jede Art von Erwerbstätigkeit, vgl. ebd., Rdnr. 12 ff.); verb. Rs. 154 und 155/87, RSVZ/Wolf, Slg. 1988, 3897, Rdnr. 11 ff; Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 17 f.

⁵ EuGH, Rs. C-340/89, Vlassopoulou/Baden-Württemberg, Slg. 1991, I-2357, Rdnr. 15 ff = RC-31/99, Conseil national de l'ordre des architectes/Dreesen, Slg. 2002, I-663, Rdnr. 24 ff.

⁶ Streinz, Europarecht, Rdnr. 676.

Gegenzug aber auch den Interessen des Betroffenen Freiheitsträgers dienen, so dass eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit von vorn herein ausscheidet.

III. Verletzung der von Art. 43 EG garantierten Gewährleistungen

Auch hinsichtlich der Verletzungen der von Art. 43 EG garantierten Gewährleistungen könnte eine differenzierende Betrachtung erforderlich sein. Allgemein gesagt verkürzt jede Diskriminierung den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Anknüpfungspunkt für den Rechtfertigungsbedarf ist allerdings die Schwere der vorliegenden Diskriminierung. Diesbezüglich ist somit weiter zu differenzieren. Versteht man die Diskriminierung als Ungleichbehandlungsverbot so kann sie hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit offen (auch: direkt, unmittelbar) oder (mehr oder minder) verdeckt (auch: indirekt, mittelbar) sein.⁷ Prinzipiell gilt es somit zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen zu differenzieren.

Eine offene Diskriminierung liegt vor, wenn die Regelung ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit des Erbringers oder die Herkunft der Dienstleistung abstellt.⁸ Im Gegensatz zur offenen Diskriminierung liegt eine verdeckte, auch versteckte Diskriminierung genannt vor, wenn die Regelung nicht ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit des Erbringers oder die Herkunft der Leistung anknüpft.⁹ Zu differenzieren ist also zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen.

Sowohl die offene als auch die verdeckte Diskriminierung kann durch eine Marktzugangs- als auch durch eine Marktverhaltensregelung beeinträchtigt werden, so dass sich insgesamt vier Stufen unterschiedlicher Eingriffsintensität ergeben. Diese Stufen verschiedener Eingriffsintensität müssen jede für sich auch eine dem Eingriff entsprechende Rechtfertigungsintensität aufweisen.

III. Rechtfertigungsintensität

Fraglich bleibt also die Rechtfertigungsintensität, die sich anhand der gezeigten vom Umfang der Freiheitsgewährleistung abhängigen Verletzungsintensität bemisst. In-soweit wäre eine Addition von Verletzungsintensität und Umfang der Freiheitsgewährleistung durchzuführen. Fraglich bleibt aber, wie die verschiedenen Schutzbereichsverletzungen gerechtfertigt werden können.

⁷ Streinz, EGV, Art. 43, Rdnr. 43.

⁸ Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz Hilf, Art. 58, Rdnr. 74; Kluth in: Calliess/Ruffert, Art. 49, 50 Rdnr. 55.

⁹ Frenz, Handbuch Europarecht, Rdnr. 2609.

1. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Hinsichtlich der mittlerweile allgemein anerkannten Schrankensystematik liegen folgende Rechtfertigungsmöglichkeiten vor.

a. Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Wie für alle anderen Grundfreiheiten existiert auch für die Niederlassungsfreiheit mit Art. 46 EG ein geschriebener Rechtfertigungsgrund. Der konkrete Inhalt ist gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen und wird vom EuGH äußerst restriktiv ausgelegt.¹⁰

b. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Mittlerweile hat der EuGH auch den Rechtfertigungsgrund der Cassis – Rechtsprechung für alle Grundfreiheiten anerkannt.¹¹ Voraussetzung für diese ungeschriebene Rechtfertigungsmöglichkeit ist entsprechend der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich eine formal nicht diskriminierende Beschränkung des Art. 43 EG, die aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erfolgt und verhältnismäßig ist.¹²

c. Gemeinschaftsgrundrechte

Bezüglich der Gewährleistung der Grundfreiheiten folgen nach neuerer Rechtsprechung des EuGH aus den Grundfreiheiten auch staatliche Schutzpflichten, die den Staat zu einem Einschreiten verpflichten können, wobei die Mitgliedsstaaten ihrerseits wiederum an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind.¹³ Können sich also die einzelnen Störer auf Gemeinschaftsgrundrechte berufen, so kann dies ein Unterlassen des Einschreitens rechtfertigen und deswegen die staatliche Handlungspflicht entfallen lassen.¹⁴ Damit bestätigt der EuGH eine Dritte Art von Rechtfertigungsgründen, nämlich die Grundrechte der Gemeinschaft, deren Verfolgung keiner so strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt wie die der geschriebenen Rechtfertigungsgründe und die der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses.¹⁵

2. Zuordnung der Freiheitsverletzungen

Fraglich bleibt demnach, wie die verschiedenen Verletzungen der Marktfreiheit gerechtfertigt werden können. Diesbezüglich muss eine Zuordnung der einzelnen Verkürzungen zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten erfolgen. Bedenklich ist allerdings, dass den genannten drei Rechtfertigungsmöglichkeiten insgesamt vier Freiheitsver-

¹⁰ EuGH Rs 46/76, Slg. 1977, 5 (Bauhuis / Niederlande).

¹¹ EuGH Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37 (Gebhard)

¹² EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, 4197f., Gebhardt; Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, 1495, Centros; EuGH, Slg. 1981, 3305, Rdnr. 17 (Webb); EuGH, Slg. 1991, I-709, Rdnr. 17 (Kommission / Italien); EuGH, Slg. 1991, I-709, Rdnr. 18 (Kommission / Griechenland).

¹³ Frenz, subjektiv öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1995, 408.

¹⁴ EUGH Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 59 ff. (Schmidberger).

¹⁵ vgl. EuGH Entscheidung in RS Schmidberger vgl. Kaltenbach / Petersen, EuGRZ 2003, 693, 694 ff.

letzungen in Form von jeweils offener und verdeckter Marktzugangs- und Marktverhaltensregelung gegenüberstehen. Diesbezüglich kommt eine Rechtfertigung anknüpfend an die Stufen der Eingriffsintensität in Betracht.

Während die offenen Marktzugangsbeeinträchtigungen in Form von ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit anknüpfender Niederlassungsverbote auf der Stufe höchster Verletzungsintensität liegen stellen sie eine formal diskriminierende Maßnahme dar. Solche Diskriminierungen sind prinzipiell nur zu rechtfertigen, wenn sie sich auf Art. 46 EG stützen können.¹⁶ Daraus folgt, dass auch nur die vom EuGH restriktiv interpretierte geschriebene Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 46 EG in Betracht kommt. Nach st. Rspr. verbietet die Grundfreiheit nicht nur jede auf der Staatsangehörigkeit des Leistenden beruhende offene Diskriminierung, sondern auch alle versteckten Formen von Diskriminierungen, die zwar scheinbar auf neutralen Kriterien beruhen, tatsächlich jedoch zum selben Ergebnis führen.¹⁷ Im Gegensatz zur formalen Marktzugangsbeeinträchtigung stellen mittelbar das Marktverhalten beeinträchtigende staatliche Maßnahmen allerdings derart geringe Verletzungen dar, dass ein Berufen der Marktteilnehmer auf ihre Gemeinschaftsgrundrechte genügen kann um ein Unterlassen der staatlichen Maßnahmen zu rechtfertigen.

Problematisch bleibt somit allein die Rechtfertigung mittelbarer Marktzugangs- und unmittelbarer Marktverhaltensregelungen. Hinsichtlich dieser weder auf höchster noch auf niedrigster Eingriffsstufe liegenden Freiheitsverletzungen kommt die Anwendung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der Cassis-Rechtsprechung in Betracht, wenn die vier Voraussetzungen inhaltlich erfüllt sind und beide Diskriminierungen die gleiche Verletzungsintensität aufweisen.

Die Maßnahme dürfte also formal nicht diskriminierend sein, die Einschränkung müsste aus zwingenden Interessen des Allgemeinwohl erfolgen und geeignet sein, die Verwirklichung des mit der Maßnahme verfolgten Ziels zu gewährleisten und sie dürfte nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.¹⁸ Allein problematisch ist die Voraussetzung der nicht vorliegenden formalen Diskriminierung.

a) Mittelbare Marktzugangsregelung

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Cassis Rechtsprechung zu deren Rechtfertigung wäre zunächst das Vorliegen einer mittelbaren nicht ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit von Leistungserbringer oder Leistungsempfänger oder an die

¹⁶ Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 49, Rdnr. 63; Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 50, Rdnr. 55.

¹⁷ EuGH verb. Rs. 62 u. 63/82, Seco / Evi, Slg. 1982, 223, Rdnr. 8 a.E.; Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 49 Rdnr. 73.

¹⁸ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37, Gebhard.

Herkunft der Leistung anknüpfende Diskriminierung.¹⁹ In Form der mittelbaren Marktzugangsbeschränkung liegt eine solche vor.

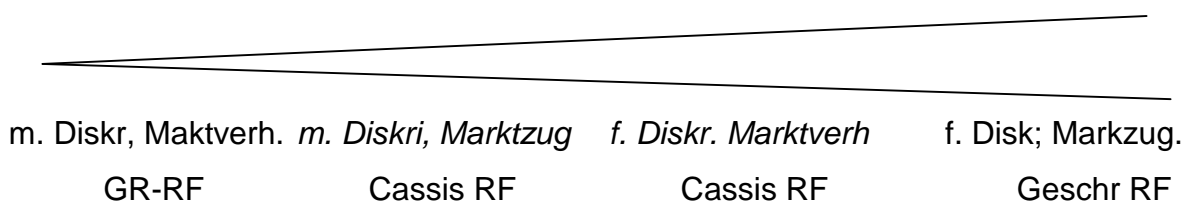
b) Unmittelbare Marktverhaltensregelungen

Fraglich bleibt also, ob dies auch für die Rechtfertigung der nunmehr noch denkbaren unmittelbaren Marktverhaltensregelung gilt. Zur Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen wird zwar vertreten, dass ein solcher zwingend eine Rechtfertigung nach Art. 46 EG voraussetze,²⁰ allerdings trägt diese Auffassung der Eingriffsintensität auf Rechtfertigungsebene nicht hinreichend Rechnung. Vielmehr ergibt sich schon aus der im Rahmen des Schutzbereichs vorzunehmenden Differenzierung, dass Marktverhaltensregelungen als allgemeines Diskriminierungsverbot anzusehen sind und schon aus diesem Grunde geringerer Rechtfertigungsintensität bedürfen, als Marktzugangsbeschränkungen. Ein starres Festhalten an dem Erfordernis geschriebener Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Diskriminierungen trägt somit der Schwere des Eingriffs (Eingriffsintensität) nicht hinreichend Rechnung.

Aus einem „Erst-Recht-Schluss“ ergibt sich vielmehr, dass wenn schon auf die Rechtfertigung mittelbarer Marktzugangsvoraussetzungen die Grundsätze der Cassis Rechtsprechung anwendbar sind, diese erst Recht für die weniger intensiv eingreifenden unmittelbaren Marktverhaltensregelungen gelten müssen. Ein starres Festhalten an dem Erfordernis der mittelbaren Diskriminierung verbietet sich daher. Entsprechend der Eingriffsintensität ist also auch bei unmittelbaren Diskriminierungen durch Marktausübungsregelungen eine Ausnahme von den geschriebenen Rechtfertigungsgründen in Art. 46 EG zuzulassen und die Cassis Rechtsprechung anzuwenden.

II. Bildliche Darstellung von dynamischer Eingriffs- und Rechtfertigungsintensität

Graduell steigende Eingriffsintensität und notwendiger Rechtfertigungsbedarf:



¹⁹ Frenz, Handbuch Europarecht, Rdnr. 2609.

²⁰ Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 49, Rdnr. 63; Kluth in. Calliess/Ruffert, Art. 50, Rdnr. 55.