

Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 208

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

Professor Dr. Ulrich Everling

Ehemaliger Richter am Gerichtshof der EG,
Luxemburg

**Der Gegenstand des Niederlassungsrechts
in der Europäischen Gemeinschaft**

Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 10. Mai 1990

1989 © Europa-Institut
Universität des Saarlandes
Nicht im Buchhandel erhältlich
Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,— DM

Der Gegenstand des Niederlassungsrechts in der Europäischen Gemeinschaft

1. Fragestellung

Das Niederlassungsrecht gehört nach dem EWG-Vertrag zu den Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, der zum Binnenmarkt ausgebaut werden soll. Der EWG-Vertrag versteht darunter in Art. 52 die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten durch Angehörige eines Mitgliedstaates in den anderen Mitgliedstaaten.

Diese Tätigkeiten können in zwei Formen ausgeübt werden. Entweder begibt sich der betreffende Selbständige in den Tätigkeitsstaat und läßt sich dort nieder, um tätig zu werden, oder er errichtet dort eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft, über die er tätig wird. Die letztere Form ist besonders für Gesellschaften wichtig, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet sind und ihren Sitz innerhalb der Gemeinschaft haben (Art. 58 EWGV).

Die Bestimmungen über das Niederlassungsrecht gelten nur bei dauerhaften Tätigkeiten; vorübergehende, die von einem Mitgliedstaat aus über die Grenze in einem anderen ausgeübt werden, fallen unter das Kapitel Dienstleistungsfreiheit¹.

¹ Vgl. dazu allgemein statt aller Hinweise die Erläuterungen zu den Art. 52 ff. und 59 ff. von *P. Troberg* in: Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl., Baden-Baden 1983, und von *A. Randelzhofer* in: E. Grabitz (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblatt, München 1983 ff. Zur Abgrenzung beider Kapitel vgl. *U. Everling*, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich für das Recht der rechtsberatenden Berufe, insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung in der Europäischen Gemeinschaft? Gutachten für den 58. Deutschen Juristentag, München 1990.

Man sollte meinen, daß diese Regelungen einigermaßen klar und nach mehr als dreißig Jahren Vertragspraxis wenigstens im Grundsatz geklärt sind. Das ist aber keineswegs der Fall. Über die Auslegung werden ganz unterschiedliche Ansichten vertreten, und die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist alles andere als eindeutig und hat ihre letzte Form offensichtlich noch nicht gefunden.

Der Streit entzündet sich vor allem an der Frage, ob der Angehörige eines Mitgliedstaates, der sich in einem anderen Mitgliedstaat niederläßt, dort den Vorschriften des Berufs- und Gewerberechts in vollem Umfang unterworfen ist.

Die Frage ist von unmittelbarer praktischer Bedeutung. Von ihr hängt ab, ob er ebenso wie die Inländer die von diesen geforderten Voraussetzungen wie Befähigungsnachweise, persönliche Zuverlässigkeit und sachliche Ausstattung erfüllen muß oder ob diese nur gefordert werden können, wenn sie durch Gründe des allgemeinen Wohls gerechtfertigt sind.

Die Antwort des Vertrages dazu erscheint klar. Nach Art. 52 Abs. 2 EWGV umfaßt das Niederlassungsrecht die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten "nach den Bestimmungen des Aufnahmelandes für seine eigenen Angehörigen". Diese Formulierung zielt auf die Inländerbehandlung ab. In der Tat wurde das Niederlassungsrecht in den traditionellen internationalen Verträgen stets in diesem Sinne verstanden, und es spricht alles dafür, daß das den Vertragsverfassern ebenso als selbstverständlich erschienen ist².

Aber in der Gemeinschaft ist bekanntlich nichts selbstverständlich. Jedes Werk löst sich von seinen Schöpfern und ist klüger als diese. Der Vertrag hat sich bei der Anwendung alsbald von den Grundlagen entfernt und ist eigene Wege gegangen. Das gilt auch für die Auslegung der zitierten Klausel, wobei zunächst offen bleiben mag, ob es sich um Ab- und Irrwege handelt. Jedenfalls sind sie verschlungen, wie gezeigt werden soll.

² Vgl. dazu *U. Everling*, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, FS für Hans von der Groeben, Baden-Baden 1987, S. 111.

Dazu soll zunächst auf die vertragliche Ausgangslage und sodann auf die verschiedenen Stufen der Rechtsprechung eingegangen werden. Darauf sind die zum Teil kühnen Folgerungen, die in der Literatur aus ihr gezogen wurden, zu behandeln, und schließlich soll versucht werden, die Problematik unter Berücksichtigung der Struktur der Gemeinschaft zu würdigen.

2. Ausgangslage

In den Anfangsjahren der Gemeinschaft wurden die zitierten Worte des Vertrages, nach denen es beim Niederlassungsrecht um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten "nach den Bestimmungen des Aufnahmelandes für seine eigenen Angehörigen" geht, wohl einhellig als Gewährung der Inländerbehandlung verstanden. Daß der Ausländer weitergehende Rechte als der Inländer genießen sollte, also dem für Inländer geltenden Recht nicht voll unterworfen sein sollte, kam wohl niemand in den Sinn. Allerdings bestand auch bald Einigkeit, daß das mit der Inländerbehandlung verbundene Diskriminierungsverbot umfassend ausgestaltet sein muß³.

Eine solche Regelung erschien allein angemessen. Wenn sich der Angehörige eines Mitgliedstaates dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat niederläßt, um eine Erwerbstätigkeit auszuüben, muß er auch die dort von Inländern geforderten Voraussetzungen für den Zugang zur Tätigkeit erfüllen und die dort bestehenden Regeln für die Berufsausübung beachten. Schwierigkeiten, die sich dabei in der Praxis für ihn ergeben, sollen durch die gegenseitige Anerkennung der Diplome und die Koordinierung der Berufsregelungen nach Art. 57 EWGV gemindert werden.

Demgemäß wurde in dem vom Rat 1961 beschlossenen Niederlassungsprogramm, das nach Art. 54 EWGV den Rahmen für die Liberalisierung bildete, ein weit verstandenes Diskriminierungsverbot festgelegt⁴. Abschnitt III des Programms bezeichnet als aufzuhebende Beschränkungen . . .

³ Vgl. mit Nachweisen *U. Everling*, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, Berlin 1963.

⁴ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vom 18.12.1961, ABl. 1962, S. 36.

"Jedes Verbot oder jede Behinderung der selbständigen Tätigkeiten der Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten, die darin bestehen, daß (sie)anders behandelt werden als die eigenen Staatsangehörigen."

Zur Erläuterung zählt das Programm eine Reihe von derartigen Beschänkungen beispielhaft auf, etwa die Forderung einer besonderen Genehmigung für Ausländer, die Auferlegung besonderer Bedingungen wie vorheriger Aufenthalt, Probezeiten oder Kautionen, die Behinderung des Zugangs zu Versorgungs- und Absatzquellen, zur Ausbildung oder zur Sozialversicherung sowie der Beteiligung an Gesellschaften und die Benachteiligung bei Enteignungen.

Das Programm verlangt ferner die Beseitigung aller

"Vorschriften und Praktiken, die allein für Ausländer die Befugnis der normalerweise mit der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit verbundenen Rechte ausschließen, beschränken oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen".

Auch für diese Rechte zählt das Programm eine Reihe von Beispielen auf, so den Abschluß von Verträgen, den Erwerb von unbeweglichem und beweglichem Vermögen sowie immateriellen Rechten, die Beteiligung an öffentlichen Aufträgen und staatlichen Beihilfen, den Zugang zu Gerichten und den Beitritt zu Berufsvereinigungen.

Das Programm geht aber noch weiter. Unter II B verlangt es die Aufhebung solcher Voraussetzungen für die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten, die

"zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, jedoch ausschließlich oder vorwiegend Ausländer bei der Ausübung dieser Tätigkeit behindern".

Anders als bei den anderen allgemeinen Formeln erläutert das Programm nicht durch Beispiele, was damit gemeint ist. Angesprochen sind offensichtlich nur indirekte Diskriminierungen, dagegen keine allgemeinen Regelungen des Berufs- und Gewerberechts, die Inländer und Ausländer nicht nur formell, sondern auch materiell in gleicher Weise treffen.

Auch die zur Durchführung der Programme vom Rat während der sechziger Jahre beschlossenen Richtlinien zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gehen von der Anwendung des Gewerbe- und Berufsrechts des Aufnahmestaates aus und beschränken sich auf die Beseitigung der Diskriminierungen⁵. Daneben wurden aber auch Richtlinien über "Übergangsmaßnahmen" beschlossen. Danach müssen in Bereichen wie Industrie, Handel und Handwerk bis zur Koordinierung der Rechtsvorschriften diejenigen Mitgliedstaaten, die die Ausübung selbständiger Tätigkeiten von einer besonderen Qualifikation abhängig machen, etwa wie die Bundesrepublik die des Handwerks von der Meisterprüfung, die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auch ohne eine solche Qualifikation zur Berufsausübung zulassen, wenn diese sich während einer bestimmten Zeit in ihrem Herkunftsland selbständig oder unselbständig betätigt haben⁶.

Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, daß der betreffende Selbständige seine Berufsausübung nicht auf die Qualifikation, die in anderen Mitgliedstaaten gefordert wird, ausrichten konnte. Der Rat hat elf derartige Regelungen erlassen, die letzten im Jahre 1982 für Hilfsberufe des Verkehrs und für Friseure⁷. Sie dürften aber immer noch als Beseitigung von indirekter Diskriminierung zu bewerten sein. Deshalb hat sie die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch nicht als Benachteiligung der Inländer, also als unzulässige Inländerdiskriminierung, angesehen und die deutschen Durchführungsregelungen nicht als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG beanstandet⁸.

⁵ Vgl. die Nachweise in den oben Fn. 1 genannten Kommentaren.

⁶ Vgl. Richtlinie 64/427 des Rates vom 7.7.1964 über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23 - 40 (Industrie und Handwerk), ABl. 1964, S. 1863. Entsprechende Richtlinien sind für weitere Tätigkeiten wie vor allem Groß- und Einzelhandel erlassen worden.

⁷ Nachweise Fn. 1.

⁸ BVerwG DVBl. 1970, S. 620.

3. Grundsätze der Rechtsprechung

Auch der Gerichtshof ließ lange Zeit keine Zweifel an dieser Auslegung erkennen. Er äußerte sich dazu erstmals in dem Urteil *Reyners*, in dem er feststellte, daß Art. 52 EWGV seit Ende der Übergangszeit unmittelbar anwendbar ist⁹. Er ging in der Begründung davon aus, daß Inhalt des Niederlassungsrechts nach Art. 52 EWGV die Inländerbehandlung ist. Diese hat der Gerichtshof im Urteil *Thieffry*¹⁰ im Jahre 1977 dahin präzisiert, daß

"nicht nur die offensichtlichen Diskriminierungen, sondern auch alle versteckten Diskriminierungen beseitigt werden."

Er hat ferner auf die Koordinierung der Rechtsvorschriften und die Anerkennung der Diplome nach Art. 57 EWGV hingewiesen, die

"die Niederlassungsfreiheit mit der Geltung durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Berufsregelungen - namentlich der Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle, Verantwortlichkeit und Haftung - in Einklang bringen soll, vorausgesetzt deren Anwendung erfolgt ohne Diskriminierungen."

In diesen Formulierungen wird davon ausgegangen, daß Hindernisse, die sich aus den unterschiedlichen Berufsregelungen ergeben, nicht automatisch wegfallen, sondern durch gegenseitige Anerkennung der Diplome oder durch Rechtsangleichung beseitigt werden sollen.

Eine gewisse Erweiterung der Inländerbehandlung brachten 1979 die Urteile *Knoots* und *Auer*, in denen die Mitgliedstaaten verpflichtet wurden, auch bei eigenen Staatsangehörigen die in anderen Mitgliedstaaten erworbenen, von ihnen als gleichwertig anerkannten Befähigungsnachweise zu berücksichtigen¹¹.

⁹ Urteil vom 21.6.1974, Rs 2/74, *Reyners*, Slg. S. 631; ebenso Urteil vom 28.6.1977, Rs. 11/77, *Patrick*, Slg. S. 1199.

¹⁰ Urteil vom 28.4.1977, Rs 71/76, *Thieffry*, Slg. S. 765, Nr. 13, sowie im Text folgend Nr. 12. Zur mittelbaren Diskriminierung vgl. Urteil vom 28.11.1978, Rs 16/78, *Choquet*, Slg. S. 2293.

¹¹ Urteile vom 7.2.1979, Rs. 115/78; *Knoots*, und Rs 136/78, *Auer*, Slg. S. 399 und 437.

In der Folgezeit hat der Gerichtshof eine ganze Reihe von Urteilen erlassen, in denen er Art. 52 EWGV als Diskriminierungsverbot angewendet hat. Dabei hat er dieses in weitem Sinne verstanden, also auch mittelbare Behinderungen wie die Benachteiligung bei der Zuteilung von Sozialwohnungen oder Krediten, bei der Einbeziehung in die Sozialversicherung oder bei der Zulassung zu Berufskammern beanstandet. So formuliert der Gerichtshof etwa im letzten einschlägigen Urteil dieser Art vom 5. Dezember 1989 gegen **Italien**¹², daß

"das Prinzip der Gleichbehandlung, dessen besonderer Ausdruck die Artikel 52 und 59 des Vertrages sind, nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen".

Allein 10 Urteile dieser Art hat der Gerichtshof in den Jahren 1985 bis 1989 verkündet¹³. Mit welcher Unbefangenheit er dabei - ungeachtet der Zweifel in sofort zu schildernden anderen Urteilen - von der Inländerbehandlung ausgeht, zeigt etwa das Urteil *Conradi* aus dem Jahre 1987¹⁴, in dem es um Zulassungsbeschränkungen im Einzelhandel ging. Der Gerichtshof stellte lapidar fest:

"Weder Art. 52 EWG-Vertrag noch eine andere Bestimmung des Gemeinschaftsrechts über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit hindern die Behörden der Mitgliedstaaten daran,

¹² Urteil vom 5.12.1989, Rs C-3/88, **Italien**, noch nicht in Slg., Nr. 8.

¹³ Außer dem Urteil **Italien** (Fn. 12) vgl. Urteil vom 18.6.1985, Rs 197/84, *Steinhauser* (Ausschreibung von Künstlerwohnungen), Slg. S. 1819; Urteil vom 28.1.1986, Rs 270/83, **Frankreich** (Besteuerung von Zweigniederlassungen), Slg. S. 273; Urteil vom 10.7.1986, Rs 79/85, *Segers* (Krankenversicherung des Geschäftsführers), Slg. S. 2375; Urteil vom 12.11.1987, Rs 198/86, *Conradi* (Großhandel), Slg. S. 4469; Urteil vom 14.1.1988, Rs 63/86, **Italien** (Sozialwohnungen), Slg. S. 29; Urteil vom 7.7.1988, Rs 143/87, *Stanton*, sowie Rs 154 und 155/87, *Wolf* (Sozialversicherung), Slg. S. 3877, 3897; Urteil vom 14.7.1988, Rs 38/87, **Griechenland** (Kammerzugehörigkeit), Slg. S. 4415; Urteil vom 30.5.1989, Rs 305/87, **Griechenland** (Immobilienbesitz), noch nicht in Slg.

¹⁴ Urteil vom 12.11.1987 (Fn 13), Nr. 11.

eine nationale Regelung über die Ausübung des Einzelhandels anzuwenden, sofern diese Regelung für die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten im Verhältnis zu Inländern keine diskriminierenden Auswirkungen hat".

Mit keinem Wort findet sich hier eine Andeutung, daß etwa die für Inländer geltenden Zugangsbeschränkungen gegenüber Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht angewendet werden könnten. Allerdings sind andere Urteile nicht so eindeutig, wie nunmehr darzustellen ist.

4. Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit

Anstöße zu einem weitergehenden Verständnis gingen vor allem von der Rechtsprechung zu den Dienstleistungen aus, die seit Mitte der siebziger Jahre einen anderen Verlauf als die zum Niederlassungsrecht nahm. Sie betraf die selbständige Tätigkeit eines in einem Mitgliedstaat ansässigen Erwerbstätigen, der in einem anderen Mitgliedstaat vorübergehend tätig wird, um an einen dort ansässigen Empfänger Leistungen zu erbringen. Der Vertrag sagt in Art. 60 Abs. 3 fast wörtlich wie beim Niederlassungsrecht in Art. 52 Abs. 2, daß diese vorübergehende Tätigkeit im Aufnahmestaat unter den Voraussetzungen ausgeübt werden kann, die "dieser für seine eigenen Angehörigen vorschreibt".

Auch das Allgemeine Programm für die Dienstleistungen aus dem Jahre 1961 verwendet dieselben Formulierungen wie das Niederlassungsprogramm¹⁵.

Gleichwohl ging die Rechtsprechung des Gerichtshofs vom ersten Urteil zu diesem Vertragskapitel an über die Inländerbehandlung hinaus. Der Fall *van Binsbergen* betraf einen Rechtsbeistand, der in Belgien ansässig war und in den Niederlanden vor Gerichten ohne Anwaltszwang auftreten wollte¹⁶. Der

¹⁵ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs vom 18.12.1961, ABl. 1962, S. 32. Vgl. die Zitate oben bei Fn 4.

¹⁶ Urteil vom 3.12.1974, Rs 33/74, *van Binsbergen*, Slg. S. 1299, im folgenden zitiert Nr. 10 ff.

Gerichtshof bezeichnete, ohne sich mit der Formulierung des Art. 60 Abs. 3 EWGV auseinanderzusetzen, als zu beseitigende Beschränkungen nach Art. 59 und 60 EWGV alle Anforderungen,

"die an den Leistenden namentlich aus Gründen seiner Staatsangehörigkeit oder wegen des Fehlens eines ständigen Aufenthaltes in dem Staate, in dem die Leistung erbracht wird, gestellt werden und nicht für im Staatsgebiet ansässige Personen gelten oder in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern."

Insbesondere der letzte Satzteil hat die weitere Entwicklung maßgebend bestimmt, weil er über die Inländerbehandlung hinausging. Allerdings hat ihn der Gerichtshof eingeschränkt, indem er hinzufügte:

"In Anbetracht der Besonderheit der Dienstleistungen dürfen jedoch diejenigen an den Dienstleistungserbringer gestellten besonderen Anforderungen nicht als mit dem Vertrag unvereinbar angesehen werden, die sich aus der Anwendung durch das allgemeine Interesse gerechtfertigter Berufsregelungen - namentlich der Vorschriften über Organisationen, Befähigung, Berufspflichten, Kontrolle, Verantwortung und Haftung - ergeben und die für alle im Gebiet des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, ansässigen Personen verbindlich sind".

Damit war der Grundsatz aufgestellt, daß im Falle der Dienstleistungen jede Regelung, die die Tätigkeit von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Personen in irgendeiner Weise behindert, gegenüber diesen nicht angewendet werden darf, sofern sie nicht durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt ist.

Die Parallele zur der Rechtsprechung über den Warenverkehr, die etwa zur gleichen Zeit mit den Urteilen *Dassonville* und *Cassis de Dijon* entwickelt wurde, ist offensichtlich¹⁷. Der Gerichtshof hat in der Folgezeit, ähnlich wie beim Warenverkehr, in einer behutsamen Fallrechtsprechung das Bedürfnis der Mitgliedstaaten, im allgemeinen Interesse Regelungen zu treffen, mit dem Gebot der Freiheit des grenzüberschreitenden Verkehrs im Gemeinsamen Markt abgewogen.

¹⁷ Vgl. *U. Everling*, Sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres Etats membres, Cah. dr. eur. 1984, S. 3.

Diese Rechtsprechung wurde im Urteil *Webb* aus dem Jahre 1981 zusammengefaßt¹⁸. Dabei nahm der Gerichtshof erstmals zu dem Einwand Stellung, die zitierte Formel des Art. 60 Abs. 3 EWGV, die auf die Voraussetzungen, die an Inländer gestellt werden, verweist, begrenze die Dienstleistungsfreiheit auf die Inländerbehandlung. Der Gerichtshof stellt fest:

"Artikel 60 Absatz 3 soll es in erster Linie dem Leistungserbringer ermöglichen, seine Tätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht wird, ohne Diskriminierung gegenüber den Staatsangehörigen dieses Staats auszuüben. Er impliziert hingegen nicht, daß jede für die Staatsangehörigen dieses Staats geltende nationale Regelung, die normalerweise eine Dauertätigkeit von in diesem Staat ansässigen Unternehmen zum Gegenstand hat, in vollem Umfang auf zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könnte, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen ausgeübt werden".

Der Gerichtshof führte dann unter Hinweis auf die zitierte Rechtsprechung weiter aus, daß der

"freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrags nur durch Regelungen beschränkt werden (darf), die durch das allgemeine Interesse gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des genannten Staats tätigen Personen oder Unternehmen verbindlich sind, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist".

Der Gerichtshof stellt demnach ausdrücklich auf die grenzüberschreitende Natur der Dienstleistungen ab und unterwirft sie deshalb besonderen Regeln. Er betont ferner die vorübergehende Ausübung der Tätigkeit, die es nicht rechtfertigt, alle auf dauerhafte Betätigung gerichteten Regelungen anzuwenden. Gleichwohl hat diese Rechtsprechung die Phantasie einiger Interpreten auch für das Niederlassungsrecht beflügelt.

¹⁸ Urteil vom 17.12.1981, Rs 279/80, *Webb*, Slg. S. 3304, im folgenden zitiert Nr. 16, 17. Grundlegend auch Urteil vom 4.12.1986, Rs 205/86, **Bundesrepublik Deutschland (Versicherungen)**, Slg. S. 3755. Vgl. ferner Urteil vom 5.10.1988, Rs 196/87, *Steymann* (Bhagwan-Sekte), Slg. S. 6159.

5. Wende im Fall Klopp?

Die Diskussion über den Gegenstand des Niederlassungsrechts wurde aber besonders durch das Urteil *Klopp* im Jahre 1984 eingeleitet¹⁹. In diesem Fall ging es um die Zulassung eines deutschen Anwalts in Paris, der die in Frankreich erforderlichen Befähigungsnachweise besaß. Er wollte neben seiner Zulassung als französischer Anwalt die Zulassung und Kanzlei in der Bundesrepublik mit Zustimmung der zuständigen Rechtsanwaltskammer beibehalten. Das sah die zuständige französische Anwaltskammer als nicht vereinbar mit der damals in Frankreich geltenden Regelung an, nach der ein Rechtsanwalt nur eine einzige Kanzlei unterhalten durfte, die sich im Bezirk des Gerichts befinden mußte, bei dem die Anwaltskammer, der er angehörte, bestand. Der Gerichtshof entschied auf Vorlage der französischen Cour de Cassation, daß es nach Art. 52 EWGV den zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats verwehrt sei,

"einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats das Recht auf Zugang zum Rechtsanwaltsberuf nur deswegen zu versagen, weil der Betroffene eine Rechtsanwaltskanzlei in einem anderen Mitgliedstaat unterhält."

In der Begründung stellte der Gerichtshof zunächst fest, nach Art. 52 Abs. 2 EWGV stehe es

"jedem Mitgliedstaat in Ermangelung besonderer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften in diesem Bereich frei, die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs für sein Hoheitsgebiet zu regeln."

Nach Ansicht des Gerichtshofs bedeutet dieser Grundsatz jedoch nicht,

"daß einem Rechtsanwalt durch die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats vorgeschrieben werden kann, im gesamten Gebiet der Gemeinschaft nur eine einzige Kanzlei zu unterhalten. Eine solche einschränkende Auslegung hätte nämlich

¹⁹ Urteil vom 12.7.1984, Rs 107/83, *Klopp*, Slg. S. 2971. Vgl. dazu C. Borgreve, Mehrfache Zulassung eines Rechtsanwalts im Bereich der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1984, S. 988; R. Zuck, Internationales Anwaltsrecht, NJW 1987, S. 3033; A. Brunois, Après l'arret Klopp - état des prestations de service et des établissements des avocats en Europe, Rev.trim.dr.eur. 1985, S. 65.

zur Folge, daß ein Rechtsanwalt, der sich einmal in einem bestimmten Mitgliedstaat niedergelassen hat, die Freiheitsrechte des Vertrages zur Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat nur noch in Anspruch nehmen könnte, wenn er seine bereits bestehende Niederlassung aufgeben würde."

Das folgert der Gerichtshof daraus, daß das Niederlassungsrecht auch die Gründung von Zweigniederlassungen vorsieht. Dabei billigt er dem Aufnahmemitgliedstaat das Recht zu,

"den in seinem Hoheitsgebiet zugelassenen Rechtsanwälten im Interesse einer geordneten Rechtspflege vorzuschreiben, ihre Tätigkeit so auszuüben, daß sie ausreichenden Kontakt zu ihren Mandanten und zu den Gerichten unterhalten und daß sie die Standesregeln beachten."

Er ist jedoch der Meinung, daß dies nicht zu einem Hindernis für die tatsächliche Ausübung des durch den Vertrag gewährleisteten Niederlassungsrechts führen darf und stellt fest,

"daß der heutige Stand des Verkehrs- und Fernmeldewesens es durchaus ermöglicht, den Kontakt zu den Gerichten und den Mandanten in geeigneter Weise sicherzustellen. Auch steht eine Zweitkanzlei in einem anderen Mitgliedstaat nicht der Anwendung der Standesregeln im Aufnahmemitgliedstaat entgegen."

Der Wortlaut der Begründung zeigt, daß der Gerichtshof das interne Recht der Mitgliedstaaten nicht in Frage stellt. Die Mitgliedstaaten sind also auch weiterhin berechtigt, innerhalb ihres Hoheitsgebiets zu verlangen, daß der zugelassene Rechtsanwalt nur eine Kanzlei unterhält und nur bei einem Gericht auftritt. Der Gerichtshof hält es aber für unzulässig, diese Regel über das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hinaus in einen anderen auszuweiten und zu verlangen, daß der betreffende Rechtsanwalt seine in diesem gelegene Kanzlei aufgibt.

Diese Entscheidung erweist sich damit als Ausfluß des weit verstandenen Diskriminierungsverbots, denn der in einem anderen Mitgliedstaat zugelassene Anwalt wäre, wenn ihm eine doppelte Niederlassung nicht gestattet würde, gegenüber dem im Aufnahmeland zugelassenen benachteiligt, weil ihm bei Beibehaltung seiner Zulassung im Herkunftsland eine Niederlassung im

Aufnahmeland überhaupt verschlossen wäre. Zur Gleichstellung des Anwalts aus einem anderen Mitgliedstaat mit dem im Aufnahmeland zugelassenen Anwalt ist es erforderlich, aber auch ausreichend, daß er das Verbot einer zweiten Niederlassung innerhalb dieses Staats beachten muß. Es wäre überdies unverhältnismäßig, wenn der Aufnahmestaat die Aufgabe der Zulassung im Herkunftsland verlangen würde, denn die Erfordernisse einer ordentlichen Rechtspflege werden durch sie nicht beeinträchtigt, wie der Gerichtshof dargelegt hat. Es würde vielmehr eine Zugangsschranke für die Berufstätigkeit errichtet, die den Vertragszielen widersprechen würde. Das Urteil *Klopp* kann deshalb keineswegs als Wende der bisherigen Rechtsprechung verstanden werden.

6. Neuere Entwicklung der Rechtsprechung

In der Folgezeit hat der Gerichtshof demgemäß eine Reihe von Urteilen gefällt, die ganz unproblematisch vom Grundsatz der Inländerbehandlung ausgehen, wie dargelegt wurde²⁰. Aber einige wenige Urteile weisen doch auch darüber hinaus.

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich 1986 ging es um eine ähnliche Konstellation wie im Fall *Klopp*. Das französische Recht verlangte von den in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Ärzten und Zahnärzten, daß sie ihre dortige Zulassung rückgängig machten, wenn sie in Frankreich selbständig oder unselbständig tätig werden wollten. Der Gerichtshof sah dies als vertragswidrig an²¹. Er ging von dem Grundsatz aus,

"daß die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, die ihre Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben, dort die Vorschriften zu beachten haben, denen die Ausübung des betreffenden Berufs in diesem Mitgliedstaat unterliegt."

²⁰ Vgl. oben Fn 13.

²¹ Urteil vom 30.4.1986, Rs 96/85, Frankreich, Slg. S. 1475, im folgenden zitiert Nr. 10, 11.

Diesen Grundsatz schränkte der Gerichtshof jedoch wesentlich ein:

"Führen diese Vorschriften jedoch zur Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft, so sind sie mit dem EWG-Vertrag nur vereinbar, wenn die in ihnen enthaltenen Beschränkungen wirklich in Anbetracht allgemeiner Verpflichtungen gerechtfertigt sind, von denen die ordnungsgemäße Ausübung der fraglichen Berufe abhängt, und wenn sie unterschiedslos für die eigenen Staatsangehörigen gelten. Dies ist nicht der Fall, wenn die Beschränkungen geeignet sind, eine Diskriminierung der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Ärzte und Zahnärzte zu bewirken oder den Zugang zum Beruf über das zur Erreichung der genannten Ziele erforderliche Maß hinaus zu behindern."

Mit der Formulierung des letzten Satzteils entsprach der Gerichtshof der bisherigen Rechtsprechung zu den Dienstleistungen, ging aber über die früheren Urteile zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer und vor allem zum Niederlassungsrecht hinaus. In der Sache handelte es sich aber nur um eine Fortschreibung der Grundsätze des Urteils *Klopp*, und ob dazu so weitgehende Aussagen erforderlich waren, erscheint zweifelhaft.

Daß der Gerichtshof damit seine bisherige Rechtsprechung zum Niederlassungsrecht nicht ändern wollte, zeigte wenig später ein Vertragsverletzungsverfahren gegen **Belgien**. Dabei ging es darum, daß Belgien die Kosten biologischer Laboratorien nur dann durch die Sozialversicherung erstattete, wenn die Mitglieder, Gesellschafter und Geschäftsführer der Laboratorien sämtlich zur Vornahme von medizinischen Analysen befugt waren²².

Entgegen der im Urteil ausdrücklich wiedergegebenen Auffassung der Kommission, daß Art. 52 EWGV nicht nur diskriminierende Maßnahmen, sondern auch unterschiedslos auf inländische und ausländische Staatsangehörige angewandte verbiete, sofern sie eine ungerechtfertigte Behinderung der letzteren bedeuteten, prüfte der Gerichtshof nicht die sachliche Berechtigung der streitigen Regelung. Er stellte ähnlich wie in früheren Urteilen fest,

²² Urteil vom 12.2.1987, Rs 221/85, **Belgien**, Slg. S. 719, im folgenden zitiert Nr. 9, 10, 11.

gen verwendet, die weitergehende Tendenzen nicht ausschließen²⁴.

In dem Fall ging es um einen in der Bundesrepublik zugelassenen Rechtsanwalt, der in Frankreich, wo er die erforderlichen Befähigungsnachweise besaß, ebenfalls tätig werden wollte, aber aufgrund früherer Vorfälle wegen persönlicher Unzuverlässigkeit abgelehnt wurde. Der Gerichtshof wiederholte die Formulierung aus dem Urteil *Klopp*,

"daß es jedem Mitgliedstaat in Ermangelung besonderer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften in diesem Bereich grundsätzlich freisteht, die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs für sein Hoheitsgebiet zu regeln".

Er beließ es aber nicht bei dieser Formulierung, die die Anwendung der Zulassungsvorschriften ausreichend gerechtfertigt hätte, sondern fügte hinzu,

"daß das von einigen Mitgliedstaaten aufgestellte Erfordernis der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als gemeinschaftsrechtlich zulässig anzusehen ist, sofern diese Zulassung den Angehörigen aller Mitgliedstaaten ohne Diskriminierung offensteht. Durch dieses Erfordernis soll nämlich die Zuverlässigkeit und die Beachtung der standesrechtlichen Grundsätze sowie die disziplinarische Kontrolle der Tätigkeit gewährleistet werden; es dient somit einem schutzwürdigen Zweck."

Demgemäß wurde entschieden, daß die Mitgliedstaaten berechtigt sind, ihre Regelungen über die Zulassung als Rechtsanwalt gegenüber Angehörigen anderer Mitgliedstaaten anzuwenden. Ob das aber nur insoweit gilt, als die Regelungen "einem schutzwürdigen Zweck" dienen, ist danach nicht ganz klar. Wenn das gemeint gewesen wäre, hätte der Gerichtshof die Zulassungsvoraussetzungen daraufhin überprüfen müssen, ob sie unverhältnismäßig sind.

²⁴ Urteil vom 19.1.1988, Rs 292/86, *Gullung*, Slg. S. 111, im folgenden zitiert Nr. 28, 29, 30. Das Urteil vom 27.9.1988, Rs 81/87, *Daily Mail*, Slg. 9.5483, gehört nicht in diesen Zusammenhang, denn bei ihm ging es um die Behinderung der Niederlassungsfreiheit durch Beschränkung der Sitzverlegung aus einem Mitgliedstaat in einen anderen, also um die Auswanderungsfreiheit. Das verkennt R. Sack, *Auswirkungen der Art. 52, 58 EVGV auf das internationale Gesellschaftsrechts*, JuS 1990, S. 352.

"daß es jedem Mitgliedstaat vorbehalten ist der Beachtung dieser Gleichbehandlung mangels einschlägiger Gemeinschaftsbestimmungen freisteht, die Tätigkeit von Laboratorien, die Leistungen der klinischen Biologie erbringen, in seinem Hoheitsgebiet zu regeln."

Sodann wiederholte er die übliche Formulierung, nach der Art. 52 EWGV

"die Vergünstigung der Inländerbehandlung jedem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats"

garantiere und

"jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit"

untersage. Nach einer Prüfung der belgischen Regelung wird dann gefolgert:

"Es handelt sich somit um Rechtsvorschriften, die unterschiedslos für die belgischen Staatsangehörigen und die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten gelten und deren Inhalt und Ziele nicht die Annahme gestatten, daß sie zu diskriminierenden Zwecken erlassen worden sind oder derartige Wirkungen entfalten."

Mit dieser Formel, die am Grundsatz der Inländerbehandlung festhielt, präzisierte der Gerichtshof die zitierte Formulierung aus dem Urteil *Frankreichs* von 1986 und knüpfte an das Allgemeine Programm an²³, wonach solche Regelungen untersagt sind, die

"zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, jedoch ausschließlich oder vorwiegend Ausländer bei der Aufnahme oder Ausübung dieser Tätigkeit behindern".

Damit hatte die Rechtsprechung eine gewisse Klärung herbeigeführt, die Ausgangsbasis für die weitere Erörterung sein kann. Der Gerichtshof hat jedoch in dem Anfang 1988 ergangenen Urteil *Gullung* wiederum Formulierung-

²³ Vgl. oben bei Fn. 4.

Der Gerichtshof wird voraussichtlich in Kürze Gelegenheit haben, seine Rechtsprechung zu verdeutlichen. Der Bundesgerichtshof hat ihm die Frage vorgelegt, ob eine griechische Rechtsanwältin, die seit fünf Jahren als Rechtsbeistand für griechisches und europäisches Recht zugelassen ist und sich im Rahmen einer deutschen Anwaltskanzlei auch mit deutschem Recht befaßt, als Rechtsanwältin zugelassen werden muß, obwohl sie kein inländisches Examen besitzt²⁵.

7. Folgerungen aus der Rechtsprechung

In der Literatur wird bereits seit den ersten Urteilen zu den Dienstleistungen, vor allem aber seit dem Urteil *Klopp* zunehmend diskutiert, ob die ursprünglich fast einhellig vertretene Ansicht vom Niederlassungsrecht als Inländerbehandlung mit weit verstandenem Diskriminierungsverbot noch aufrechterhalten werden kann.

Eine verbreitete Meinung geht dabei davon aus, daß die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, so wie sie zum Warenverkehr, zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer und zu den Dienstleistungen entwickelt worden sind, Grundrechte seien und daß dies, spätestens seit dem Urteil *Klopp*, auch für das Niederlassungsrecht gelte. Das Niederlassungsrecht begründet nach dieser Auffassung ein Recht auf Berufsfreiheit, ähnlich wie Art. 12 GG, so daß Beschränkungen der Berufsausübung nur aus Gründen des Gemeinwohls und, soweit sie den Zugang zum Beruf betreffen, nur zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sein sollen²⁶.

²⁵ Vorlagebeschluß des BGH vom 18.9.1989, Rs C-340/89, ABl. 1989 Nr. C 309/6, BRAK-Mitt. 1990, S. 49.

²⁶ Vgl. vor allem A. *Bleckmann*, Zur Dogmatik des Niederlassungsrechts im EWG-Vertrag, Wirtschaft und Verwaltung 1987, S. 119, mit Hinweisen auf seine früheren Arbeiten; ders. *Europarecht*, 4. Aufl., Köln 1985, S. 432. Ferner D. *Blumenwitz*, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe, NJW 1989, S. 621; G. *Gornig*, Probleme der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte in den Europäischen Gemeinschaften, NJW 1989, S. 1120; F.-J. *Friese*, Die freie Advokatur in Deutschland, Frankfurt 1989, ferner AnwBl. 1987, S. 3.

Diese Auffassung beruht aber auf einer *petitio principii*. Das Niederlassungsrecht wird zunächst zu einem Grundrecht erklärt, und daraus wird dann abgeleitet, daß es weitergehende Rechte als die Inländerbehandlung gewährt, und damit wird wiederum begründet, daß es ein Grundrecht ist. Vor allem wird aber verkannt, daß ein echtes Grundrecht auch für die Inländer gelten müßte²⁷. Es besteht aber Einigkeit und entspricht der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, daß die Niederlassungsfreiheit, wie die anderen Freiheiten des Gemeinsamen Marktes, nach dem Vertrag nicht für Sachverhalte mit reinem Inlandsbezug gelten²⁸. Demgemäß spricht der Gerichtshof auch in aller Regel von Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, wenn auch gelegentlich der Ausdruck Grundrecht in den nicht immer konsequent formulierten Urteilen anzutreffen ist²⁹.

Gewichtiger sind Auffassungen, die ohne eine derartige grundrechtsdogmatische oder gar ideologische Überhöhung aus der schrittweisen Auflockerung der Inländerbehandlung durch die Rechtsprechung in Randbereichen wie der Doppelniederlassung, aus der Ausstrahlung der Dienstleistungsfreiheit auf das inländische Recht und schließlich aus den Abgrenzungsproblemen zwischen beiden Bereichen herleiten wollen, daß die Niederlassungsfreiheit als

²⁷ Gegen die Wertung der Marktfreiheiten als Grundrechte *B. Beutler*, Die Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12. April 1989, EuGRZ 1989, S. 185.

²⁸ Vgl. Urteil vom 27.10.1982, Rs 35 und 36/82, *Morson*, Slg. S. 3723; Urteil vom 28.6.1984, Rs 180/83, *Moser*, Slg. S. 2539; Urteil vom 12.11.1987, Rs 1987/96, *Conradi*, Slg. S. 4469; Urteil vom 8.12.1987, Rs 20/87, *Gauchard*, Slg. S. 4879; Urteil vom 20.4.1988, Rs 204/87, *Bekaert*, Slg. S. 2029.

²⁹ Von einem Grundrecht auf Berufsfreiheit hat der Gerichtshof in der Regel nur in Fällen gesprochen, in denen Gemeinschaftsvorschriften die wirtschaftliche Tätigkeit regeln. Vgl. etwa Urteil vom 8.10.1986, Rs 234/85, *Keller* (Weinetikettierung), Slg. S. 2912, sowie *I. Pernice in*: E. Grabitz (Fn. 1), Art. 164 Anm. 65 ff., mit Nachweisen. Im Urteil vom 15.10.1987, Fs 222/86, *Heylens* (Fußballtrainer), Slg. S. 4097, wird der Begriff allerdings auch im Zusammenhang mit der Freizügigkeit verwendet.

Beschränkungsverbot anzusehen ist³⁰.

Doch gegenüber dieser Ansicht ist einzuwenden, daß damit die Grenze zwischen beiden Bereichen verwischt und vor allem die Regelungsbefugnis, die den Mitgliedstaaten für ihren Bereich weiterhin zugestanden ist, aus den Angeln gehoben wird. Die wohl immer noch herrschende Meinung hält daher weiterhin mit Recht daran fest, daß das Niederlassungsrecht als Diskriminierungsverbot aufzufassen ist, wobei dieses weit ausgelegt werden muß und auch diskriminierende Wirkungen erfassen soll, so wie es im Niederlassungsprogramm aufgeführt ist³¹.

Die Rechtsprechung zum Warenverkehr und zu den Dienstleistungen ist wesentlich von der Vorstellung bestimmt, daß grenzüberschreitende Vorgänge liberalisiert werden müssen. Leistungen über die Grenze sind deshalb grundsätzlich zulässig, sofern nicht Gründe des Gemeinwohls entgegenstehen.

Beim Niederlassungsrecht ist aber die Lage anders. Hier gliedert sich der Erwerbstätige, der Angehöriger eines Mitgliedstaates ist, in die Wirtschaft und Gesellschaft des anderen Mitgliedstaates ein und muß sich dann bei seiner dortigen Berufsausübung auch sämtlichen Regeln unter denselben

³⁰ E. Steindorff, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, EuR 1988, S. 19; ähnlich B. Raczkowski/D. Rogalla/E. Tomsche, Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs für deutsche Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, AnwBl. 1989, S. 583; W. Kewenig, Überörtliche Anwaltssozialitäten und geltendes Recht, Frankfurt 1989; zurückhaltender M. Clausnitzer, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Anwälte, BRAK-Mitt. 1989, S. 59; J. Schwerer, Europäisches Niederlassungsrecht für Freiberufler, Wirtschaft und Verwaltung 1987, S. 159, 166.

³¹ Vgl. P. Troberg und A. Randelzhofer (Fn. 1); U. Everling (Fn. 2); B. Beutler/R. Bieber/J. Pipkorn/J. Streil, Die Europäische Gemeinschaft, Rechtsordnung und Politik, 3. Aufl., Baden-Baden 1987, S. 316; R. Dolzer, Die Niederlassungsfreiheit der freien Berufe im europäischen Recht in: R. Dolzer/R. Hahndorf u.a., Niederlassungsfreiheit von freien Berufen in Europa, Heidelberg 1986, S. 3; H.-J. Rabe, Internationales Anwaltsrecht - Dienstleistung und Niederlassung, NJW 1987, S. 2185; W. Stefener, EuGH-Dienstleistungsurteil, AnwBl. 1988, S. 367; J.-P. Boivin/A. Carnelutti, Les professions réglementées face à 1992, Rev.fr.adm.publ. 1988, S. 87; U. Everling, Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1989, S. 338, sowie BRAK-Mitt. 1989, S. 166.

Voraussetzungen wie Inländer unterwerfen. Im Vergleich zu den Dienstleistungen besteht der entscheidene Unterschied vor allem darin, daß es sich bei der Niederlassung um eine auf Dauer angelegte Tätigkeit handelt.

Diese vom Gerichtshof hervorgehobene Unterscheidung zwischen dauerhafter und vorübergehender Tätigkeit wird teilweise als fragwürdig angesehen, weil die ausgeübte Tätigkeit in beiden Fällen inhaltlich gleich ist. Wenn die vorübergehende Tätigkeit eines Erwerbstätigen nicht als Beeinträchtigung der durch das Berufs- und Gewerbeamt geschützten Belange angesehen und deshalb zugelassen wird, so wird vielfach bezweifelt, daß die Beurteilung derselben Tätigkeit nur deshalb anders ausfallen kann, weil sie dauerhaft ausgeübt wird.

Doch es fragt sich, ob nicht auch bei der Ausübung beruflicher oder gewerblicher Tätigkeiten die Quantität zu einem Problem der Qualität werden kann. Vorübergehende Tätigkeiten von einem Mitgliedstaat aus in einem anderen werden allenfalls in Grenzregionen einen nennenswerten Umfang annehmen können. Im allgemeinen werden sie aber die Anwendung des innerstaatlichen Rechts nicht wesentlich beeinträchtigen. Auch die Inländerdiskriminierung hält sich in engen Grenzen, so daß sie im allgemeinen nicht problematisch ist. Wenn aber auch jeder dauerhaft niedergelassene Erwerbstätige aus anderen Mitgliedstaaten von der Anwendung des inländischen Rechts ganz oder teilweise freigestellt ist, wird dieses insgesamt in Frage gestellt. Es ließe sich dann in aller Regel, wenn nicht aus rechtlichen Gründen mit Rücksicht auf den Gleichheitsgrundsatz, so jedenfalls aus politischen Gründen kaum noch aufrechterhalten.

Außerdem ist auch der Schutz der potentiellen Kunden oder Klienten zu bedenken. Wer einen mit allen Rechten und Berufsbezeichnungen ausgestatteten, dauerhaft niedergelassenen Berufs- oder Gewerbetreibenden aufsucht, muß sich darauf verlassen können, daß er die im Inland geforderte Qualifikation besitzt. Beim Dienstleistungserbringer, der als in seinem Herkunftsstaat zugelassen auftritt, ist ohne weiteres ersichtlich, daß dies nicht der Fall ist. Wer sich gleichwohl an ihn wendet, handelt in Kenntnis aller Umstände, und wird dazu oft gerade durch seine besondere, im Ausland erworbene Qualifikation veranlaßt.

Wenn den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten bei der Ausübung des Niederlassungsrechts nur diejenigen Regelungen des Aufnahmestaates entgegengehalten werden könnten, die durch das allgemeine Interesse gerechtfertigt sind, wie es von den Vertretern der abgelehnten Ansicht gefordert wird, so würde über die Anwendung des innerstaatlichen Gewerbe- und Berufsrechts weitgehend durch den Gerichtshof entschieden. Seine Entscheidungen würden sich wegen der zu erwartenden Inländerdiskriminierung auch auf die Anwendung des Rechts auf die Inländer auswirken. Die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten würde in erheblichem Umfang eingeschränkt werden. Das ist an sich noch kein überzeugender Einwand, da der Übergang von Kompetenzen der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft der Logik der Integration entspricht. Es fragt sich aber, ob ein so weitgehender Eingriff der Struktur der Gemeinschaft gerecht wird.

8. Folgerungen aus der Struktur der Gemeinschaft

Das führt zu dem entscheidenden Gesichtspunkt für die Beurteilung der Streitfrage und gibt dieser eine Bedeutung, die weit über den konkreten Anlaß hinausgeht. Es ist inzwischen schon ein Gemeinplatz, daß die Gemeinschaft als Wirkungseinheit von ca. 320 Mio. Menschen nicht zentralistisch regiert werden kann³². Ein solcher Zusammenschluß von Staaten, der selbst kein Staat ist und wohl in absehbarer Zeit auch keine Staatsform erlangen wird, muß mehr noch als ein Bundesstaat föderal gegliedert sein. Jedermann spricht vom Subsidiaritätsprinzip. Das Wort fehlt in kaum einer Rede des Präsidenten der Kommission. Doch aus der allgemeinen Forderung werden nicht die notwendigen Folgerungen gezogen.

Der Vertrag geht grundsätzlich davon aus, daß die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten fortgelten, sofern nicht gemeinsame Regelungen beschlossen worden sind. Demgemäß hat der Gerichtshof in den zitierten Urteilen immer wieder betont, daß es in Ermangelung gemeinschaftlicher Regelungen Sache

³² U. Everling, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft, FS für Karl Doehring, Berlin 1989, S. 179.

der Mitgliedstaaten ist, das Gewerbe- und Berufsrecht in eigener Verantwortung zu regeln.

Der föderalen Struktur der Gemeinschaft entspricht es, den Mitgliedstaaten alle Sachbereiche zur nichtdiskriminierenden Regelung zu überlassen, die keine grenzüberschreitenden Effekte haben. Die Gemeinschaft, die immer noch unter dem Einfluß der zentralistischen Tradition einiger Mitgliedstaaten steht, muß sich daran gewöhnen, wenigstens in Teilbereichen mit unterschiedlichen Rechtsordnungen zu leben, wie es der unterschiedlichen Geschichte, Kultur und Struktur der Mitgliedstaaten entspricht. Sie soll sich darauf beschränken, die Schwierigkeiten beim Übergang von einer Ordnung in die andere zu beseitigen oder wenigstens zu vermindern.

Das ist aber beim Niederlassungsrecht geschehen. Es wurde bereits auf die Übergangsmaßnahmen hingewiesen, die es den Erwerbstätigen in den meisten gewerblichen Bereichen erleichtern, von einem Mitgliedstaat, in dem keine Qualifikation gefordert wird, in einen anderen mit einer solchen Voraussetzung zu wechseln³³. Eine allgemeine Regelung über die Anerkennung der Hochschuldiplome wurde bereits erlassen³⁴. Sie sieht für rechtsberatende Berufe eine Eignungsprüfung vor. Das ist auch der Weg, auf dem die Griechin, deren Fall der Bundesgerichtshof dem Gerichtshof vorgelegt hat, ihre Zulassung erwerben kann³⁵.

Wenn der Gerichtshof aber in eine Prüfung eintritt, ob eine Berufsqualifikation erforderlich ist, wie streng die Voraussetzungen sein dürfen und ob sie auch durch den Nachweis einer jahrelangen Berufspraxis erfüllt werden können, dann wird die Verantwortung von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaftsebene verlagert. Dann bleiben auch alsbald weitere Angleichungsforderungen nicht aus.

³³ vgl. oben Fn. 6.

³⁴ Richtlinie 89/48 des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989, Nr. L 19/16.

³⁵ Vgl. oben Fn. 25.

Deshalb ist es auch abzulehnen, ähnlich wie bei der Anwendung des Art. 12 GG, zwischen Berufsausübung und Berufszugang zu unterscheiden und nur den letzteren der Kontrolle durch das Gemeinschaftsrecht zu unterwerfen. Abgesehen davon, daß die Abgrenzung auf Gemeinschaftsebene noch zweifelhafter wäre als nach nationalem Recht, würde damit bereits die nationale Regelung im Kern getroffen.

9. Ausblick

Die innerdeutsche Diskussion über die Gemeinschaft und ihr Recht bietet zur Zeit ein verwirrendes Bild. Einerseits wird die Harmonisierungssucht der Gemeinschaft beklagt und das Subsidiaritätsprinzip beschworen. Andererseits wird, wie etwa beim Niederlassungsrecht oder Gesellschaftsrecht³⁶, fast hemmungslos eine Ausweitung der Zuständigkeiten der Gemeinschaft gefordert. Wenn aber Rechte der Bundesländer oder sonstige starke Interessen berührt werden, wie etwa bei der Fernsehrichtlinie oder der Tabakrichtlinie, wird die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts global in Frage gestellt.

Neuerdings wird wegen dieser Richtlinien sogar nach einem Urteil "Solange III" des Bundesverfassungsgerichts gerufen³⁷, damit dieses seine Rechtsprechung zurückentwickelt, nach der es auf die Prüfung des Gemeinschaftsrechts verzichtet, solange der Gerichtshof den Wesensgehalt der Grundrechte sichert³⁸. Diese Forderung ist nicht nur rechtlich unbegründet, sondern auch politisch bedenklich, und zwar besonders zum jetzigen Zeitpunkt.

Die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts in der gesamten Gemeinschaft wäre wenigstens partiell gefährdet, wenn jeder Mitgliedstaat nach seinen verfassungsrechtlichen Kriterien darüber entscheiden könnte, ob und wie weit Gemeinschaftsrecht in seinem Hoheitsgebiet gilt oder nicht. Ein

³⁶ Vgl. *R. Sack* (Fn. 24) und die von ihm angeführte Literatur.

³⁷ *R. Scholz*, Wie lange bis "Solange III"?, NJW 1990, S. 941.

³⁸ Vgl. BVerfGE 73, S. 339; dazu *H.P. Ipsen*, Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechtsproblematik, EuR 1987, S. 1.

solcher Anspruch wäre besonders gefährlich, wenn er von deutscher Seite gerade zum gegenwärtigen Zeitpunkt erhoben wird, denn die deutsche Vereinigung kommt ohne die Einbindung Gesamtdeutschlands in die Gemeinschaft nicht zustande. Wenn nun während dieses Prozesses das Bundesverfassungsgericht Gemeinschaftsrecht als unanwendbar in der Bundesrepublik erklären und damit deutlich machen würde, daß sich diese und damit auch das künftige Gesamtdeutschland vorbehält, selbst über die Geltung des Gemeinschaftsrechts in seinem Hoheitsgebiet zu entscheiden, wäre ein Vertrauensverlust mit unabsehbaren Folgen zu befürchten.

Ein vernünftiges Vorgehen muß zweierlei Elemente vereinen. Einerseits muß auf die Gemeinschaftsorgane eingewirkt werden, damit sie sich entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität auf die Regelung der Sachfragen beschränken, die für die Öffnung der Märkte einheitlich geregelt werden müssen, und die Behandlung der übrigen Sachfragen den Mitgliedstaaten entsprechend ihren Traditionen und Wertungen überlassen. Andererseits muß aber dann, wenn eine gemeinschaftliche Regelung getroffen ist, diese auch voll und vorbehaltlos angenommen werden und darf nicht eigenen Wertungen der Mitgliedstaaten unterworfen werden.

Bei einer Bewertung nach dem Grundsatz der Subsidiarität gehört das Gewerbe- und Berufsrecht sicher zu den Bereichen, deren Regelung weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen werden kann. Deshalb ist es kaum verständlich, daß einige Autoren, und zwar gerade solche, die von einem völkerrechtlichen Verständnis der Gemeinschaft ausgehen, aus den Urteilen des Gerichtshofes Tendenzen herauszulesen versuchen, die über eine Inländerbehandlung hinausweisen, und daß sie demgemäß für eine Auslegung eintreten, die zu einem weitgehenden Verlust der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten führt.

Die Rolle des Gerichtshofs wandelt sich mit dem rapiden Fortgang der Integration. Jahrelang war er Integrationsmotor. Er hat den Ausbau der Gemeinschaft und ihres Rechts wie kein anderes Organ vorangetrieben. Doch jetzt muß er seine geänderte Aufgabe in der Föderation begreifen. Es geht nicht mehr darum, die Kompetenzen der Gemeinschaft schrittweise auszuweiten, um sie zu stärken und funktionsfähig zu machen, so wie es noch

unlängst im *Erasmus*-Urteil geschehen ist³⁹. Der Gerichtshof muß künftig seine Aufgabe eher darin sehen, für eine ausgewogene Verteilung der Aufgaben und Kompetenzen innerhalb der Föderation zu sorgen, also für ein angemessenes Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten.

Die Exegeten sollten ihn dabei unterstützen und ihn nicht zu Kompetenzausweitungen in Bereichen wie dem Berufs- und Gewerbebereich ermuntern, in denen es die Ziele des Vertrages nicht erfordern. Andernfalls können sich leicht wieder Grenzsituationen ergeben, in denen, wie bei der Richtlinie über Dienstleistungen im Fernsehbereich, das Gemeinschaftsrecht generell in Frage gestellt wird.

Das Verständnis des Niederlassungsrechts als Inländerbehandlung mit einem weit ausgelegten Diskriminierungsverbot, so wie es hier vertreten wurde, dürfte diesen Gesichtspunkten gerecht werden und der Struktur der Gemeinschaft entsprechen.

³⁹ Urteil vom 30.5.1989, Rs 242/87, Kommission/Rat (Erasmus-Programm), noch nicht in Slg.