

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Vorwort</b> .....	VII
<b>Einleitung</b> .....	1
<b>Erster Teil: Die Rechtsträgerschaft</b> .....	3
<b>A. Die Berechtigten der Grundfreiheiten</b> .....	3
<i>I. Im Vertrag genannte Personengruppen</i> .....	3
1. Arbeitnehmer: Art. 39 EG .....	3
2. Selbständige .....	4
a) Niederlassungsfreiheit.....	4
b) Dienstleistungsfreiheit .....	5
c) Warenverkehrsfreiheit.....	5
<i>II. Spiegelbildliche Ausweitung der Grundfreiheitsberechtigung</i> .....	6
1. Schutz der Dienstleistungsempfänger .....	6
a) Erweiterung des sachlichen und persönlichen Schutzbereichs.....	7
b) Begründung im Fall „Luisi und Carbone“ .....	7
c) Bewertung .....	8
(1) Sachlicher Schutzbereich .....	8
(2) Persönlicher Schutzbereich .....	8
d) Ergebnis.....	11
2. Schutz der Käufer .....	11
3. Schutz der Arbeitgeber .....	12
a) Tragende Begründungselemente .....	12
b) Vergleich mit den Art. 28 und 49 EG .....	13

c) Der angebliche Zusammenhang mit dem Bosman-Urteil .....	14
d) Konkurrenz zur Niederlassungsfreiheit .....	15
e) Ergebnis .....	16
4. Schutz der Vertragspartner bei Art. 43 EG .....	16
5. Zusammenfassung .....	16
<i>III. Staatsangehörigkeits- und Ansässigkeitserfordernisse .....</i>	<i>17</i>
1. Im Vertrag genannte Personengruppen .....	17
a) Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	17
b) Niederlassungsfreiheit .....	17
c) Dienstleistungsfreiheit .....	17
d) Warenverkehrsfreiheit .....	18
2. Die Vertragspartner .....	18
a) Käufer .....	18
b) Dienstleistungsempfänger .....	18
c) Arbeitgeber .....	19
d) Vertragspartner von Niedergelassenen .....	20
3. Zusammenfassung .....	20
<i>IV. Juristische Personen .....</i>	<i>20</i>
1. Gleichstellung der Gesellschaften nach Art. 48 EG .....	20
a) Juristische Personen des Privatrechts .....	20
b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts .....	21
(1) Auslegung des Begriffs „juristische Person des öffentlichen Rechts“ .....	21
(2) Ausdrückliche Einschränkungen im Vertrag .....	22
(3) Grenzüberschreitende Tätigkeit .....	23
(4) Grundfreiheitstypische Gefährdungslage .....	24
(5) Argumente aus der verfassungsrechtlichen Diskussion .....	25
(a) Grundsatz .....	25

## XI

(b) Ausnahmetrias .....	26
(c) Wirtschaftliche Betätigung.....	26
(d) Grenzen der Grundrechtsberechtigung .....	27
(6) Übertragung auf das Gemeinschaftsrecht .....	28
(7) Liberale Wirtschaftsordnung .....	29
(8) Kriterien für die Grundfreiheitsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts.....	30
(9) Ergebnis .....	32
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	32
3. Warenverkehrsfreiheit .....	33
<b>B. Die Berechtigten der Berufsfreiheit.....</b>	<b>34</b>
<i>I. Schutz von Arbeitnehmern und Selbständigen .....</i>	<i>34</i>
<i>II. Schutz der Vertragspartner.....</i>	<i>34</i>
1. Schutz über Art. 12 I GG.....	34
2. Schutz der Vertragspartner über Art. 2 I GG.....	35
a) Die Elfes-Rechtsprechung.....	35
b) Konsequenz .....	36
c) Diskussion .....	36
(1) Rechtsprechung.....	37
(2) Literatur .....	38
(3) Ergebnis .....	39
<i>III. Das Staatsangehörigkeitserfordernis .....</i>	<i>40</i>
1. Darstellung des Meinungsstandes.....	40
a) „Wortlaut-Theorien“ .....	40
b) „Konflikttheorien“ .....	42
2. Art. 12 I GG und das Diskriminierungsverbot .....	43
a) Vorrang des Gemeinschaftsrechts .....	43

## XII

b) Kollision mit dem Gemeinschaftsrecht .....	44
(1) Einschlägige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts .....	44
(2) Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote .....	45
(3) Vorliegen einer Diskriminierung .....	46
(a) Nicht-diskriminierender Eingriff in die Berufsfreiheit .....	46
(b) Einfach-rechtliche Diskriminierungen .....	47
(c) Gemeinschaftswidrige Normen vor dem Bundesverfassungsgericht .....	48
(i) Konkrete Normenkontrolle .....	49
(ii) Verfassungsbeschwerde .....	49
(iii) Noch einmal: Elfes-Konstruktion .....	50
(iv) Geltungs- oder Anwendungsvorrang .....	52
(v) Das Recht auf den gesetzlichen Richter .....	53
(d) Ergebnis .....	54
<i>IV. Juristische Personen</i> .....	55
1. Allgemeines .....	55
2. Inländische juristische Personen .....	55
a) Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht .....	55
(1) Einfach-rechtliche Diskriminierungen .....	56
(2) Nicht-diskriminierender Eingriff in die Berufsfreiheit .....	56
(3) Rolle der Gemeinschaftsgrundrechte .....	56
(a) Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte .....	57
(b) Schutzniveau der Gemeinschaftsgrundrechte .....	59
(4) Gemeinschaftskonforme Auslegung? .....	59
(5) Konsequenz .....	60
(a) Wirkungsweise des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes .....	60
(b) Konsequenzen für Art. 19 III GG .....	60

### XIII

b) Ergebnis.....	61
3. Juristische Personen des öffentlichen Rechts .....	61
<b>C. Abschließender Vergleich .....</b>	<b>62</b>
<i>I. Schutz von Berufstätigen und ihren Vertragspartnern.....</i>	<i>62</i>
<i>II. Staatsangehörigkeitserfordernisse .....</i>	<i>62</i>
<i>III. Juristische Personen .....</i>	<i>62</i>
<b>Zweiter Teil: Die Rechtsbindung.....</b>	<b>64</b>
<b>A. Bindung des Staates .....</b>	<b>64</b>
<i>I. Umfang der Grundfreiheitsbindung der Mitgliedstaaten .....</i>	<i>64</i>
1. Allgemeines .....	64
2. Bindung der Rechtsprechung.....	65
3. Bindung der vollziehenden Gewalt.....	66
a) Verwaltungsprivatrecht.....	68
b) Hilfsgeschäfte der Verwaltung.....	70
c) Wirtschaftliche Betätigung.....	72
(1) Allgemeines .....	72
(2) Öffentliche Unternehmen .....	73
(a) Bindung der Mitgliedstaaten .....	73
(b) Bindung der Unternehmen .....	74
(3) Ergebnis .....	75
d) Fazit.....	76
<i>II. Umfang der Berufsfreiheitsbindung des Staates .....</i>	<i>76</i>
1. Allgemeines .....	76
2. Bindung der vollziehenden Gewalt.....	77
a) Verwaltungsprivatrecht.....	77
b) Hilfsgeschäfte der Verwaltung.....	78

## XIV

c) Wirtschaftliche Betätigung.....	79
(1) Allgemeines .....	79
(2) Öffentliche Unternehmen .....	80
d) Ergebnis und abschließender Vergleich .....	81
<b>B. Bindung der Gemeinschaft .....</b>	<b>81</b>
<i>I. Bindung an die Grundfreiheiten .....</i>	<i>81</i>
1. Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers .....	81
a) Bindung durch Ermächtigungsgrundlagen .....	81
b) Grundfreiheiten als vorrangiges Recht .....	83
(1) Grundsatz.....	83
(2) Einfluß der Vertragsziele .....	83
(3) Folgerungen für die Grundfreiheitsbindung .....	84
2. Bindung der Gemeinschaftsverwaltung .....	86
3. Bindung der Gemeinschaftsgerichte .....	86
4. Ergebnis .....	87
<i>II. Bindung an die (deutsche) Berufsfreiheit.....</i>	<i>87</i>
1. Bindung nach dem Grundgesetz.....	88
2. Ergebnis .....	89
<i>III. Abschließender Vergleich und Anmerkung zur Grundrechtsqualität der Grundfreiheiten .....</i>	<i>90</i>
<b>C. Bindung von Privatpersonen .....</b>	<b>91</b>
<i>I. Drittwirkung des Art. 12 I GG.....</i>	<i>91</i>
1. Drittwirkung in der allgemeinen Grundrechtsdogmatik .....	91
a) Skizzierung der wichtigsten Positionen zur Drittwirkungsproblematik .....	92
(1) Unmittelbare Drittwirkung.....	92
(2) Mittelbare Drittwirkung .....	92

b) Elemente zur Lösung der Problematik .....	93
(1) Pflichten des Gesetzgebers .....	93
(a) Pflichten beim Gesetzeserlaß .....	93
(b) Pflicht zum Gesetzeserlaß .....	94
(2) Pflichten der Rechtsprechung .....	96
(3) Pflichten der vollziehenden Gewalt .....	97
(4) Korrespondierende Rechte des Bürgers .....	98
2. Drittwirkungsproblematiken bei Art. 12 I GG .....	99
3. Ergebnis .....	101
<i>II. Drittwirkung der Grundfreiheiten .....</i>	<i>101</i>
1. Stand von Rechtsprechung und Lehre .....	101
a) Entwicklung der Rechtsprechung .....	101
b) Urteil Angonese .....	102
c) Lehre .....	103
2. Bedeutung der Grundfreiheiten in Drittwirkungskonstellationen .....	103
a) Pflichten des Gesetzgebers .....	104
(1) Pflichten beim Gesetzeserlaß .....	104
(2) Pflichten zum Gesetzeserlaß .....	104
(3) Abwägung zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten .....	106
b) Pflichten der Rechtsprechung .....	107
c) Pflichten der Verwaltung .....	108
d) Korrespondierende Rechte des Bürgers .....	108
3. Weitere spezifisch gemeinschaftsrechtliche Argumente zur Drittwirkung .....	109
4. Ergebnis .....	111
<i>III. Vergleich der Lösungen .....</i>	<i>111</i>

**Dritter Teil: Der Rechtscharakter zwischen Freiheit und Gleichheit ..... 113****A. Die Grundfreiheiten als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote**

.....	113
<i>I. Rechtliche Diskriminierungen</i> .....	113
1. Offene Diskriminierungen .....	114
a) Produktverkehrsfreiheiten .....	114
(1) Warenverkehr .....	114
(a) Einfuhrbeschränkungen .....	114
(b) Ausfuhrbeschränkungen .....	115
(c) Schlußfolgerung.....	115
(2) Dienstleistungsverkehr .....	116
(a) Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit als offene Diskriminierung? .....	117
(b) Relevanz von Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit .....	118
(c) Dienstleistungserbringung im Ausland.....	118
b) Personenverkehrsfreiheiten .....	119
c) Zusammenfassung .....	121
2. Versteckte Diskriminierungen .....	121
a) Definition.....	121
b) Rechenbeispiele .....	122
c) Beispiele aus der Rechtsprechung .....	123
3. Nicht grundfreiheitsrelevante rechtliche Diskriminierungen .....	124
<i>II. Rechtlich unterschiedslose Regelungen</i> .....	124
1. Faktische Schlechterstellung grenzüberschreitender Sachverhalte ....	124
a) Allgemeines .....	124
b) Beispiele .....	125



## XVII

c) Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung .....	126
d) Ergebnis.....	127
2. Rechtlich und tatsächlich unterschiedslose Regelungen .....	128
a) Die Warenverkehrsfreiheit als Pionierfreiheit .....	128
(1) Einfuhrbeschränkungen nach Art. 28 EG .....	128
(a) Von Dassonville über Cassis zu Keck .....	128
(b) Bewertung .....	130
(i) Keck-Rechtsprechung und allgemeines bzw. spezifisches Beschränkungsverbot .....	130
(ii) Keck-Rechtsprechung und Interpretation durch den EuGH	132
(iii) Ergebnis .....	133
(2) Ausfuhrbeschränkungen nach Art. 29 EG .....	134
(3) Zusammenfassung zur Warenverkehrsfreiheit.....	136
b) Dienstleistungsfreiheit .....	136
c) Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	138
d) Niederlassungsfreiheit .....	138
e) Ergebnis.....	140
<b>B. Die gleichheitsschützende Dimension der Berufsfreiheit .....</b>	<b>141</b>
I. Fallgruppen.....	141
1. Rechtliche Ungleichbehandlungen .....	141
a) Innerhalb einer Berufsgruppe.....	141
b) Zwischen verschiedenen Berufsgruppen .....	142
c) Begünstigung statt Benachteiligung .....	143
2. Faktische Diskriminierungen.....	143
II. Rechtliche Behandlung der unterschiedlichen Konstellationen .....	145
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	145
2. Eigener Lösungsvorschlag.....	145

## XVIII

a) Rechtliche Diskriminierung innerhalb einer Berufsgruppe.....	145
(1) Freiheitseingriff .....	145
(2) Gleichheitsverstoß.....	146
b) Rechtliche Ungleichbehandlung verschiedener Berufsgruppen.....	148
c) Faktische Diskriminierung .....	148
3. Ergebnis .....	149
<b>C. Abschließender Vergleich .....</b>	<b>150</b>
I. Zusammentreffen von Freiheits- und Gleichheitsaspekten .....	150
II. Gleichheitsverstöße .....	151
III. Reine Freiheitsbeschränkungen .....	152
IV. Ergebnis .....	152
<b>Vierter Teil: Der Eingriff.....</b>	<b>153</b>
<b>A. Der Eingriff in die Grundfreiheiten .....</b>	<b>153</b>
I. Merkmale für eine vorläufige Definition.....	153
1. Urheberschaft .....	153
2. Handlungsqualität .....	153
3. Wirkung .....	154
4. Zusammenfassung.....	154
II. Weitere Merkmale .....	154
1. Imperativität .....	155
2. Rechtsförmigkeit .....	155
3. Unmittelbarkeit .....	155
4. Finalität .....	156
a) Offene Diskriminierung .....	156
b) Versteckte Diskriminierung .....	156
c) Faktische Beschränkungen.....	157

## XIX

d) Ergebnis.....	157
5. Spürbarkeit.....	158
a) Offene Diskriminierungen und gleichgestellte Fälle .....	158
b) Versteckte Diskriminierungen und spezifische Beschränkungen ..	158
(1) Diskriminierungen und Nicht-Diskriminierungen .....	158
(2) Größe der beeinträchtigten Gruppe .....	159
(3) Tatsächlicher Eintritt der Beeinträchtigung .....	160
(4) Intensität .....	160
(5) Ausnahmen .....	161
(a) „Zu mittelbar und zu ungewiß“ .....	161
(b) Beispiele .....	162
(c) Schlußfolgerung.....	163
III. Ergebnis .....	163
<b>B. Der Eingriff in die Berufsfreiheit .....</b>	<b>163</b>
I. Vorläufige Definition .....	163
1. Urheberschaft .....	163
2. Handlungsqualität .....	164
3. Wirkung .....	164
4. Zusammenfassung .....	164
II. Die berufsregelnde Tendenz und andere Korrektive .....	165
1. Fallgruppen .....	165
a) Behördliche Warnungen .....	165
b) Das kommunale Vertretungsverbot.....	166
c) Geldleistungspflichten .....	168
(1) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	168
(2) Bewertung.....	170
(3) Pflichtmitgliedschaft in Kammern.....	171

d) Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfreiheit .....	171
(1) Art. 12 I GG und Wettbewerbsfreiheit .....	172
(2) Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit .....	173
(a) Schutz vor Wettbewerbsverzerrung .....	173
(b) Kriterien für den Eingriff .....	174
(3) Eingriff durch staatliche Konkurrenz .....	175
e) Veränderung von Rahmenbedingungen für die Berufstätigkeit .....	178
(1) Die Tierpräparator-Entscheidung .....	178
(2) Die Allgemeinheit der eingreifenden Regelung .....	179
(3) Ergebnis .....	180
2. Zusammenfassung .....	181
<b>C. Vergleich der Lösungen .....</b>	<b>182</b>
 <b>Fünfter Teil: Die Rechtfertigung von Eingriffen .....</b>	<b>183</b>
 <b>A. Die Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten .....</b>	<b>183</b>
<i>1. Offene Diskriminierungen .....</i>	<i>183</i>
1. Die geschriebenen Bereichsausnahmen und Rechtfertigungsgründe .....	183
a) Die Bereichsausnahmen: Art. 39 IV und Art. 45 EG .....	183
b) Die Rechtfertigungsgründe .....	185
(1) Die Rechtfertigungsgründe in Art. 39 III und Art. 46 EG .....	185
(a) Allgemeines .....	185
(b) Anwendungsbereich des Art. 39 III EG .....	186
(c) Richtlinie 64/221/EWG .....	186
(2) Der Rechtfertigungsgrund des Art. 30 EG .....	187
c) Ungeschriebene Rechtfertigungsmöglichkeiten? .....	187
2. Die allgemeinen Rechtfertigungsanforderungen .....	188
a) Der Vorbehalt des Gesetzes .....	188

b) Schranken-Schranken, insbesondere Verhältnismäßigkeit .....	190
(1) Allgemeines .....	190
(2) Die einzelnen Elemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips .....	191
II. <i>Versteckte Diskriminierungen und spezifische Beschränkungen</i> .....	192
1. Die zwingenden Erfordernisse .....	192
a) Entwicklung der Rechtsprechung .....	192
b) Zwingende Erfordernisse und versteckte Diskriminierungen .....	193
c) Dogmatische Einordnung .....	194
d) Prüfungsmodelle .....	196
2. Geschriebene Rechtfertigungsgründe und Bereichsausnahmen .....	197
3. Gesetzesvorbehalt und Schranken-Schranken .....	197
<b>B. Die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit</b> .....	198
I. <i>Der Gesetzesvorbehalt für die Berufsfreiheit</i> .....	198
1. Vorbemerkung .....	198
2. Der Vorbehalt in Art. 12 I S. 2 GG .....	199
a) Anwendung des Art. 12 I S. 2 GG auf die Berufswahlfreiheit .....	199
b) Nicht voraussehbare Eingriffe .....	200
c) Regelungs- und Gesetzesvorbehalt .....	201
3. Der Parlamentsvorbehalt .....	203
II. <i>Die Dreistufentheorie</i> .....	204
1. Die verschiedenen Stufen .....	205
a) Berufswahl und Berufsausübung .....	205
(1) Grundsatz .....	205
(2) Problemfälle .....	205
b) Objektive und subjektive Regelungen .....	206
2. Dreistufentheorie und Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	207
a) Allgemeine Anmerkungen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	207

b) Einordnung der drei Stufen in die Verhältnismäßigkeitsprüfung...	208
3. Verfeinerung der Dreistufentheorie.....	209
<i>III. Weitere Schranken-Schranken.....</i>	210
<i>IV. Rechtfertigungsanforderungen bei staatlichen und staatlich gebundenen</i> <i>Berufen.....</i>	212
1. Die staatlichen Berufe .....	212
a) Geltung der Berufsfreiheit im öffentlichen Dienst.....	212
b) Berufsfreiheitliche Grenzen der Verstaatlichung von Berufen .....	215
c) Zusammenfassung .....	217
2. Die staatlich gebundenen Berufe .....	217
<b>C. Vergleich der Lösungen .....</b>	220
<i>I. Zugang und Ausübung.....</i>	220
<i>II. Objektive und subjektive Regelungen .....</i>	222
<i>III. Die öffentliche Verwaltung.....</i>	222
<i>IV. Vorbehalt des Gesetzes und Verhältnismäßigkeit .....</i>	223
<b>Sechster Teil: Zusammenfassung in Thesen .....</b>	224
1. Berechtigte .....	224
2. Verpflichtete .....	224
3. Rechtscharakter .....	225
4. Eingriff.....	225
5. Rechtfertigung.....	226
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	227