

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort.....	VII
Einleitung.....	1
Erster Teil: Die Rechtsträgerschaft	3
A. Die Berechtigten der Grundfreiheiten	3
<i>I. Im Vertrag genannte Personengruppen</i>	<i>3</i>
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>	<i>6</i>
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>	17
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>	20
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

(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. Arbeitnehmerfreiheit.....	32
3. Warenverkehrsfreiheit	33
B. Die Berechtigten der Berufsfreiheit.....	34
<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

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: Elfen-Konstruktion	50
(iv) Geltungs- oder Anwendungsvorrang	52
(v) Das Recht auf den gesetzlichen Richter.....	53
(d) Ergebnis.....	54
IV. Juristische Personen.....	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
C. Abschließender Vergleich.....	62
<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>
Zweiter Teil: Die Rechtsbindung.....	64
A. Bindung des Staates	64
<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

c) Wirtschaftliche Betätigung.....	79
(1) Allgemeines	79
(2) Öffentliche Unternehmen.....	80
d) Ergebnis und abschließender Vergleich	81
B. Bindung der Gemeinschaft	81
<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>
C. Bindung von Privatpersonen	91
<i>I. Drittirkung des Art. 12 I GG</i>	<i>91</i>
1. Drittirkung in der allgemeinen Grundrechtsdogmatik	91
a) Skizzierung der wichtigsten Positionen zur Drittirkungsproblematik	92
(1) Unmittelbare Drittirkung	92
(2) Mittelbare Drittirkung	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. Drittirkungsproblematiken bei Art. 12 I GG	99
3. Ergebnis	101
<i>II. Drittirkung der Grundfreiheiten</i>	101
1. Stand von Rechtsprechung und Lehre	101
a) Entwicklung der Rechtsprechung	101
b) Urteil Angonese	102
c) Lehre	103
2. Bedeutung der Grundfreiheiten in Drittirkungskonstellationen	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 Drittirkung	109
4. Ergebnis	111
<i>III. Vergleich der Lösungen</i>	111

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

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. Die gleichheitsschützende Dimension der Berufsfreiheit	141
<i>I. Fallgruppen.....</i>	<i>141</i>
1. Rechtliche Ungleichbehandlungen	141
a) Innerhalb einer Berufsgruppe.....	141
b) Zwischen verschiedenen Berufsgruppen.....	142
c) Begünstigung statt Benachteiligung	143
2. Faktische Diskriminierungen.....	143
<i>II. Rechtliche Behandlung der unterschiedlichen Konstellationen</i>	<i>145</i>
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	145
2. Eigener Lösungsvorschlag.....	145

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
C. Abschließender Vergleich	150
I. Zusammentreffen von <i>Freiheits- und Gleichheitsaspekten</i>	150
II. Gleichheitsverstöße.....	151
III. Reine Freiheitsbeschränkungen	152
IV. Ergebnis	152
Vierter Teil: Der Eingriff.....	153
A. Der Eingriff in die Grundfreiheiten	153
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

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. Der Eingriff in die Berufsfreiheit	163
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
C. Vergleich der Lösungen	182
Fünfter Teil: Die Rechtfertigung von Eingriffen.....	183
A. Die Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten	183
<i>I. Offene Diskriminierungen</i>	183
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
<i>II. 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. Die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit	198
<i>I. Der Gesetzesvorbehalt für die Berufsfreiheit</i>	<i>198</i>
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
<i>II. Die Dreistufentheorie</i>	<i>204</i>
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
III. Weitere Schranken-Schranken.....	210
IV. Rechtfertigungsanforderungen bei staatlichen und staatlich gebundenen Berufen.....	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
C. Vergleich der Lösungen	220
I. Zugang und Ausübung.....	220
II. Objektive und subjektive Regelungen	222
III. Die öffentliche Verwaltung.....	222
IV. Vorbehalt des Gesetzes und Verhältnismäßigkeit	223
Sechster Teil: Zusammenfassung in Thesen	224
1. Berechtigte	224
2. Verpflichtete	224
3. Rechtscharakter	225
4. Eingriff.....	225
5. Rechtfertigung.....	226
Literaturverzeichnis.....	227