

werden, desto mehr werden sich die niedrigen Kraftfahrzeugsteuersätze für Euro 1- und Euro 2-Lkw zugunsten der deutschen Lkw-Flotte auswirken. Zwischen der Öffnung der Kabotage und der Fiskalharmonisierung ist also keine vollständige, aber doch eine sehr weitgehende Parallelität gewahrt worden.

### 3. Rückwirkungen auf die Wettbewerbsstellung der Eisenbahnen

Bei 40-t-Lastzügen mit konventionellen Lkw werden ab 1995 die Erhöhung der Mineralölsteuer und voraussichtlich die Straßenbenutzungsgebühr in etwa die Senkung der Kraftfahrzeugsteuer ausgleichen. Bei Lastzügen mit Euro 1- oder Euro 2-Lkw wird dies nicht ganz der Fall sein. Der Kostensenkung für deutsche Lkw wird allerdings mit der Erhöhung der Mineralölsteuer in mehreren Ländern und der Straßenbenutzungsgebühr eine Kostensteigerung für ausländische Lkw gegenüberstehen. Inwieweit sich eine leichte Verbilligung des deutschen Lkw auf die Wettbewerbsposition der Eisenbahnen auswirkt, läßt sich kaum abschätzen<sup>36</sup>. Die Bundesregierung hofft, mit der am 1. 1. 1994 in Kraft getretenen Strukturreform<sup>37</sup> die Wettbewerbskraft der Eisenbahn ganz entscheidend zu stärken.

### 4. Beitrag der ausländischen Lkw zu den deutschen Wegekosten

Die ab 1995 erwartete Straßenbenutzungsgebühr ist, verglichen mit den Autobahngebühren in Frankreich und den südeuropäischen Ländern, jedenfalls für den Fernverkehr sehr niedrig. Die Richtlinie 93/89/EWG bietet für die Zeit ab 1997 Chancen für höhere Straßenbenutzungsgebühren. Die Erhöhung der zeitabhängigen Straßenbenutzungsgebühr hängt von einem Ratsbeschluß ab; sie wird daher wohl allenfalls in kleinen Schritten erfolgen. Die Einführung einer entfernungsabhängigen Autobahngebühr in Deutschland, die sich voll an den Wegekosten orientieren könnte, ist ab 1. 1. 1998 zulässig. Sie hängt aber u. a. davon ab, wann die Technik so weit sein wird, daß entfernungsabhängige Autobahngebühren ohne Eingriff in den Verkehrsfluß erhoben werden können.

Die in vielen europäischen Staaten angestellten Überlegungen, ein elektronisches road-pricing-System einzuführen, werden es notwendig machen, daß die Techniken der Erfassung gebührenpflichtiger Bewegungen und der Gebührenerhebung europaweit kompatibel gestaltet werden. Es wird starken Druck geben, eine EG-Regelung für das künftige Gebührensystem herbeizuführen. All dies wird anderen Mitgliedstaaten Gelegenheit geben, auf die Gestaltung von Straßenbenutzungsgebühren in Deutschland auch in Zukunft Einfluß zu nehmen.

Es darf jedoch erwartet werden, daß – wie etwa in der Schweiz und in Österreich heute schon – sich in den nächsten Jahren zunehmend in ganz Europa die Erkenntnis durchsetzen wird, daß ohne das Steuerungsmittel einer angemessenen Anlastung der Wegekosten – und zwar dort, wo sie verursacht werden – die Verkehrsprobleme auf den Straßen nicht lösbar sein werden.

### 5. Zusammenfassung

Was als nationaler Alleingang durch das EuGH-Urteil vom 19. 5. 1992 untersagt worden war, wurde für Deutschland durch die Richtlinie 93/89/EWG grundsätzlich möglich: Senkung der Kraftfahrzeugsteuer und Einführung einer Straßenbenutzungsgebühr. Anders jedoch als es das Straßenbenutzungsgebührengesetz von 1990 vorsah, konnte der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie 93/89/EWG die Senkung der Kraftfahrzeugsteuer und die Straßenbenutzungsgebühr für deutsche Lkw nicht belastungsneutral gestalten. Angesichts der vorerst sehr niedrigen Straßenbenutzungsgebühr hätte dies zu einer unzurei-

chenden Harmonisierung für das deutsche Straßengüterverkehrsgewerbe geführt. Der Gesetzgeber mußte im Interesse der Angleichung der internationalen Wettbewerbsbedingungen eine gewisse Verbilligung der deutschen Lkw in Kauf nehmen, diese jedoch so weit in Grenzen halten, daß daraus keine spürbare Verschlechterung der Wettbewerbsposition der Eisenbahn entsteht. Die Chancen stehen nicht schlecht, daß das Ziel einer angemessenen Wegekostenanlastung über Straßenbenutzungsgebühren noch vor dem Jahr 2000 erreicht wird.

Letzten Endes hat die Erfahrung der vergangenen Jahre gezeigt, daß ein Kompromiß im Rahmen der Europäischen Union, auch wenn er mühsam zu erreichen ist und vielleicht niemanden voll zufrieden stellt, doch bessere Ergebnisse bringt als ein nationaler Alleingang, der nur ringsum Ärger verursacht.

36) Vorsichtige Äußerungen der Bundesregierung zu den Auswirkungen der vorübergehenden Senkung der Kraftfahrzeugsteuer 1990: BT-Dr 11/8011 v. 1. 10. 1990, S. 6.

37) Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens v. 27. 12. 1993, BGBl I, 2378.

## Die neue EU-Kabotage-Verordnung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Güterkraftverkehrsrecht

Von Assessor Dr. Nils Gronemeyer, Paderborn

Mit der neuen Kabotage-Verordnung hat der Rat der Europäischen Union endgültig die Bedingungen festgelegt, unter denen Güterkraftverkehrsunternehmer Zugang zu den nationalen Verkehrsmärkten der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in denen sie nicht ansässig sind, erhalten. Der folgende Beitrag stellt den Inhalt der neuen Kabotage-Verordnung dar und untersucht die Frage, inwieweit die Kontingentierung von Güterfernverkehrsgenehmigungen in Deutschland angesichts dieser Verordnung noch mit dem EG-Vertrag und dem Grundgesetz vereinbar ist.

### I. Einführung

Am 25. 10. 1993 hat der Rat der Europäischen Union die Verordnung (EWG) Nr. 3118/93<sup>1</sup> über die Festlegung der Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmern zum Güterkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind<sup>2</sup>, erlassen und darin eine deutliche kontinuierliche Erhöhung des Kabotagekontingents bis Juli 1998 und die völlige Freigabe der Kabotage ab diesem Zeitpunkt festgelegt. Damit ist er, wenn auch mit einem Jahr Verspätung, seiner Verpflichtung aus Art. 75 I

1) ABIEG Nr. L 279 v. 12. 11. 1993, S. 1.

2) Im folgenden Kabotage-Verordnung. Der Begriff Kabotage ist spanischen Ursprungs (cabotaje) und bezeichnete ursprünglich die Küstenschiffahrt zwischen zwei Häfen des gleichen Staates. Im Bereich des Güterkraftverkehrsrechts wird mit Kabotage die innerstaatliche Beförderung durch einen Unternehmer, der in einem anderen Staat niedergelassen ist, bezeichnet, vgl. § 103 V 1 GüKG.

lit. b EGV<sup>3</sup> nachgekommen. Die neue Kabotage-Verordnung stellt nach der Einführung der nichtkontingentierten Gemeinschaftslicenz für den grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr innerhalb der Union<sup>4</sup>, wonach der Zugang zu diesem Verkehrssektor nur noch von subjektiven Kriterien abhängig ist<sup>5</sup>, einen weiteren entscheidenden Schritt auf dem Weg zu einer einheitlichen Verkehrsmarkordnung im europäischen Binnenmarkt dar.

Ermöglicht wurde dieser Schritt vor allem durch die gleichzeitige Einigung<sup>6</sup> der Verkehrsminister über eine einheitliche Besteuerung des Güterkraftverkehrs und die Erhebung von Straßenbenutzungsgebühren auf bestimmten Verkehrswegen<sup>7</sup>, die in den folgenden Jahren zu einer Angleichung der Wettbewerbsbedingungen im Güterkraftverkehr führen sollen. Dies war insbesondere seitens der Bundesrepublik Deutschland zur Bedingung für eine endgültige Regelung der Kabotage gemacht worden.

## II. Die Kabotage-Verordnung

### 1. Entstehung der neuen Kabotage-Verordnung

Lange Jahre war der Rat seiner Verpflichtung aus Art. 3 lit. f i.V. mit Art. 74 EGV, die Ziele des EG-Vertrages im Rahmen einer gemeinsamen Verkehrspolitik zu verfolgen, nur schleppend nachgekommen. Erst das Untätigkeitsurteil des *EuGH* vom 22. 5. 1985<sup>8</sup> führte zu einer ersten Regelung der Kabotage durch die Verordnung (EWG) Nr. 4059/89 des Rates vom 21. 12. 1989<sup>9</sup> zur Festlegung der Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Güterkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind.

Durch die Verordnung wurden zum 1. 7. 1990 kontingentierte Kabotagegenehmigungen eingeführt<sup>10</sup>. Sie berechtigten ihre Inhaber, innerhalb ihres Geltungszeitraums von zwei Monaten in einem anderen Mitgliedstaat Binnenverkehr durchzuführen, ohne dort über einen Unternehmenssitz oder eine Niederlassung zu verfügen<sup>11</sup>. In ihrem Geltungszeitraum war die Verordnung bis zum 31. 12. 1992 befristet. Gleichzeitig hatte sich der Rat in ihr verpflichtet, bis zum 31. 7. 1992 eine endgültige Regelung der Kabotage zu erlassen, die am 1. 1. 1993 in Kraft treten sollte.

Diese Verpflichtung erfüllte der Rat jedoch nicht. Der von der Kommission im Oktober 1991 vorgelegten Verordnungsentwurf<sup>12</sup>, der eine gänzliche Freigabe der Kabotage vorsah, wurde von den deutschen, französischen, italienischen und spanischen Verkehrsministern wegen des Fehlens der Harmonisierung der verkehrsspezifischen Steuern und einer Regelung zur gerechten Anlastung der Wegekosten im Juni 1992 abgelehnt<sup>13</sup>. Erst die Drohung der Kommission mit einer erneuten Untätigkeitsklage gegen den Rat führte im Juni 1993 zum Abschluß des Kompromißpaketes, das einerseits die Angleichung der verkehrsspezifischen Steuern und die Einführung einer Straßenbenutzungsabgabe<sup>14</sup> und andererseits die langfristige Freigabe der Kabotage vorsieht. Beide diesbezüglichen Rechtsakte wurden am 25. 10. 1993 nur wenige Tage vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht vom Rat unterzeichnet, nicht zuletzt um eine erneute Beteiligung des Europäischen Parlamentes im sog. Kooperationsverfahren nach Art. 189c EGV, wie sie nunmehr Art. 75 I EGV für Regelungen im Verkehrsbereich vorschreibt, zu verhindern.

### 2. Inhalt der neuen Kabotage-Verordnung

a) *Regelung der Kontingentierung.* Nach der neuen Verordnung, die zum 1. 1. 1994 in Kraft getreten ist, wird das Kabotagekontingent zu diesem Zeitpunkt nahezu verdoppelt und auf 30 000 Genehmigungen festgesetzt<sup>15</sup>, die jeweils eine Gültigkeit von zwei Monaten haben, auf Antrag eines Mitgliedstaates aber auch in zwei jeweils einen Monat gülti-

ge Genehmigungen umgewandelt werden können<sup>16</sup>. Auf Deutschland entfällt mit 4 252 Genehmigungen vor Italien und Frankreich mit Abstand der größte Anteil. Die Anzahl der Genehmigungen wird jährlich ab 1995 um 30% erhöht. Am 1. 7. 1998 soll das Kontingent aufgehoben werden<sup>17</sup>, so daß dann die Durchführung von Kabotage ohne mengenmäßige Beschränkung möglich sein wird.

b) *Erteilung der Kabotagegenehmigung.* Die Berechtigung zur Erlangung einer Kabotagegenehmigung ist an den Besitz einer Gemeinschaftslicenz der Europäischen Union<sup>18</sup> zur Durchführung grenzüberschreitender Transporte gekoppelt<sup>19</sup>. Darüber hinaus können auch solche Unternehmer eine Genehmigung erhalten, die entsprechend der Nrn. 1, 2 und 3 des Anhangs der ersten Richtlinie des Rates über die Aufstellung gemeinsamer Regelungen für bestimmte Beförderungen im Güterkraftverkehr zwischen den Mitgliedstaaten<sup>20</sup> Postsendungen im Rahmen öffentlicher Beförderungsdienste und beschädigte oder reparaturbedürftige Fahrzeuge befördern oder die Transporte mit einem Fahrzeug durchführen, dessen zulässiges Gesamtgewicht 6t bzw. dessen zulässige Nutzlast 3,5t nicht übersteigt<sup>21</sup>. Die Kabotage im Werkverkehr i. S. von Nr. 4 dieser Richtlinie und die Beförderung von Medikamenten, medizinischen Geräten und anderen Hilfsgütern in Notfällen unterliegt keinen mengenmäßigen Beschränkungen<sup>22</sup>.

Die Genehmigung wird auf den Namen des Verkehrsun-

3) I. d. F. des EU-Vertrages (ABIEG Nr. C 224 v. 31. 8. 1992, S. 1).

4) Verordnung (EWG) Nr. 881/92 des Rates v. 26. 3. 1992 über den Zugang zum Güterkraftverkehrsmarkt in der Europäischen Gemeinschaft zur Beförderung aus dem oder in das Gebiet eines Mitgliedstaates oder durch das Gebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten (ABIEG Nr. L 95 v. 9. 4. 1992, S. 1).

5) Vgl. Art. 3 II Verordnung (EWG) Nr. 881/92.

6) Vgl. Pressemitteilung des Rates der Europäischen Gemeinschaft 7345/93 über die 1668. Tagung des Rates „Verkehr“ am 19. 6. 1993 in Luxemburg.

7) Vgl. die Richtlinie 93/89/EWG des Rates v. 25. 10. 1993 über die Besteuerung bestimmter Kraftfahrzeuge zur Güterbeförderung sowie die Erhebung von Maut- und Benutzungsgebühren für bestimmte Verkehrswegen durch die Mitgliedstaaten (ABIEG Nr. L 279 v. 12. 11. 1993, S. 32).

8) *EuGH* Slg. 1985, 1513 = NJW 1985, 2080 = EuR 1985, 393 = TranspR 1986, 100 Tz. 70 – Parlament/Rat. Durch dieses Urteil wurde der Rat aufgrund einer Klage des Europäischen Parlamentes verpflichtet, in angemessener Frist „die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des internationalen Verkehrs sicherzustellen und die Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht ansässig sind, festzulegen“.

9) ABIEG Nr. L 390 v. 30. 12. 1989, S. 3, zuletzt geändert durch die Verordnung (EWG) Nr. 296/91 v. 4. 2. 1991 (ABIEG Nr. L 36 v. 8. 2. 1991, S. 8).

10) Die Anzahl der Genehmigungen betrug zunächst 15 000 und wurde zuletzt auf 18 536 erhöht, von denen mit 2628 auf die Bundesrepublik Deutschland der größte Anteil entfiel.

11) Zur Entstehung und zum Inhalt der Verordnung im einzelnen vgl. Gronemeyer, Das spanische und deutsche Güterkraftverkehrsrecht im Umbruch – eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der Einflüsse des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, Diss. jur., Münster 1993, S. 175 ff.

12) KOM (91) 377 endg. v. 22. 10. 1991 (ABIEG Nr. C 317 v. 7. 12. 1991, S. 10) sowie KOM (92) 283 endg. v. 22. 6. 1992 (ABIEG Nr. C 172 v. 8. 7. 1992, S. 22). Vgl. auch die Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 29. 4. 1992 (ABIEG Nr. C 169 v. 6. 7. 1992, S. 30) und des Europäischen Parlamentes v. 15. 5. 1992 (ABIEG Nr. C 150 v. 15. 6. 1992, S. 336).

13) Vgl. EuZW 1992, 492.

14) Vgl. o. Fußn. 7.

15) Art. 2 I Kabotage-Verordnung

16) Art. 2 II Kabotage-Verordnung

17) Art. 12 Kabotage-Verordnung

18) Entsprechend der Verordnung (EWG) Nr. 881/92 des Rates v. 26. 3. 1992 (ABIEG Nr. L 95 v. 9. 4. 1992, S. 1).

19) Art. 1 I Kabotage-Verordnung.

20) V. 23. 7. 1962 (ABIEG Nr. 70 v. 6. 8. 1962, S. 2005), zuletzt geändert durch die Verordnung (EWG) Nr. 881/92 des Rates v. 26. 3. 1992 (ABIEG Nr. 95 v. 9. 4. 1992, S. 1).

21) Art. 1 II Kabotage-Verordnung.

22) Art. 1 III, IV Kabotage-Verordnung

ternehmers ausgestellt, ist nicht übertragbar und muß im Fahrzeug mitgeführt werden<sup>23</sup>. Die durchgeführten Kabotagefahrten sind in ein Fahrtberichtsheft einzutragen, welches binnen acht Tagen nach Ablauf der Genehmigung der Genehmigungsbehörde vorgelegt werden muß<sup>24</sup>.

c) *Geltung nationalen Rechts bei Kabotagefahrten.* Die Verordnung unterstellt die Durchführung der Kabotagefahrten vorbehaltlich der Anwendung von Gemeinschaftsrecht in allen wesentlichen Bereichen wie z. B. der Fahrzeuggewichte und -abmessungen, der Beförderung gefährlicher oder verderblicher Güter, der Lenk- und Ruhezeiten und der Anwendung des zwingenden Frachtrechts<sup>25</sup> den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates<sup>26</sup>. Ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß diese Vorschriften auf gebietsfremde Unternehmer unter denselben Bedingungen angewendet werden müssen wie auf gebietsansässige, damit „jede offenkundige oder versteckte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Niederlassungsortes ausgeschlossen wird“<sup>27</sup>.

d) *Krisenmechanismus.* Für den Fall einer ernsten Marktstörung im innerstaatlichen Verkehr innerhalb eines bestimmten geographischen Gebietes, der auf die Kabotage zurückzuführen ist, sieht die Verordnung die Möglichkeit der Ergreifung von Schutzmaßnahmen z. B. in Form der zeitweiligen Ausnahme des Gebietes von ihrer Anwendung durch die Kommission vor<sup>28</sup>. Definiert wird dabei der Begriff der „ernsten Marktstörung“ mit dem „Aufreten spezifischer Probleme auf diesem Gebiet, die zu einem möglicherweise anhaltenden deutlichen Angebotsüberhang führen können, der das finanzielle Gleichgewicht und das Überleben zahlreicher Unternehmer im Güterkraftverkehr gefährden könnte“. „Geographisches Gebiet“ meint ein Gebiet, das „das gesamte Hoheitsgebiet oder einen Teil davon umfaßt oder sich auf das gesamte Hoheitsgebiet oder einen Teil davon erstreckt“. Das für die Entscheidung über die Ergreifung von Schutzmaßnahmen vorgeschriebene Verfahren orientiert sich an der EU-Krisenmaßnahmen-Verordnung<sup>29</sup> der Europäischen Union.

e) *Berichtspflicht der Kommission.* Die Kommission ist schließlich verpflichtet, dem Rat alle zwei Jahre auf der Basis der ihr von den Mitgliedstaaten quartalsweise übersandten Daten<sup>30</sup> über die Anwendung der Verordnung zu berichten<sup>31</sup> und gegebenenfalls Vorschläge über flankierende Maßnahmen der endgültigen Kabotageverordnung in bezug auf ein geeignetes System zur Beobachtung der Kabotageverkehrsmärkte und zur Anpassung des Krisenmechanismus zu machen.

### III. Die Auswirkungen der Kabotage-Verordnung auf das deutsche Güterkraftverkehrsrecht

Durch die neue Kabotage-Verordnung wird mit der endgültigen Aufhebung des Kabotagekontingentes zum 1. 7. 1998 die Dienstleistungsfreiheit im Bereich des Verkehrswezens auf der Ebene des europäischen Gemeinschaftsrechts verwirklicht. Dies wird nicht ohne Auswirkungen auf das deutsche Güterkraftverkehrsrecht bleiben können, wonach der Zugang zum Binnenverkehrsmarkt für in Deutschland ansässige Unternehmer durch die Festsetzung von Genehmigungshöchstzahlen nach wie vor beschränkt und für nicht in Deutschland ansässige Unternehmer gänzlich unmöglich ist.

#### 1. Auswirkungen für die Zulassung von nicht in Deutschland ansässigen Unternehmern

Das deutsche Güterkraftverkehrsgesetz<sup>32</sup> enthält einen Kabotagevorbehalt, der die Durchführung von Binnengüterverkehr durch Unternehmer, die in Deutschland keine

Niederlassung haben, untersagt. Dies folgt aus dem Zusammenspiel der Vorschriften über den Marktzugang und den Standort.

Gem. § 6 b II GüKG gelten für den Binnenverkehr mit Kraftfahrzeugen, die nicht im Geltungsbereich des Gesetzes zugelassen sind, die Vorschriften über den Güternah- und Güterfernverkehr. Nach § 6 I GüKG muß für jedes im Güterverkehr eingesetzte Fahrzeug ein Standort bestimmt sein, der sich regelmäßig am Sitz des Unternehmens oder einer Niederlassung befinden muß. Die in § 6 II GüKG normierten Mindestanforderungen für die Anerkennung eines Ortes als Sitz oder Niederlassung eines Unternehmens können jedoch von in der Bundesrepublik nicht ansässigen Unternehmern nicht erfüllt werden. Auch ein angenommener Standort gem. § 6 a GüKG kann für sie nicht festgelegt werden, da dieser immer nur ausgehend von einem Unternehmenssitz oder einer Niederlassung im Geltungsbereich des Güterkraftverkehrsgesetzes bestimmt werden kann.

Voraussetzung für das Betreiben von Binnenverkehr in der Bundesrepublik ist somit immer die Standortbestimmung für das eingesetzte Fahrzeug am oder ausgehend vom Sitz oder einer Niederlassung des Unternehmens innerhalb des Geltungsbereichs des Güterkraftverkehrsgesetzes. In der Bundesrepublik nicht ansässige Unternehmer sind damit vom Binnenverkehr ausgeschlossen<sup>33</sup>.

Dieser Kabotagevorbehalt wird allerdings durch die Kabotage-Verordnung wegen des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht vor innerstaatlichem Recht<sup>34</sup> und der daraus resultierenden Unanwendbarkeit von Vorschriften innerstaatlichen Rechts, die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehen<sup>35</sup>, durchbrochen. Nicht in Deutschland ansässige Unternehmer sind daher bis Juli 1998 in den Grenzen des jeweiligen Kabotagekontingentes und danach unbegrenzt berechtigt, in der Bundesrepublik Binnengüterverkehr durchzuführen, und zwar in beliebigem Umfang.

#### 2. Auswirkungen für die Zulassung von in Deutschland ansässigen Unternehmern

Für in Deutschland ansässige Unternehmer gilt jedoch weiterhin die Höchstzahlbeschränkung, nach der die Anzahl der Güterfernverkehrsgenehmigungen in der Bundesrepublik auf der Grundlage des § 9 GüKG auf zur Zeit

23) Art. 3 Kabotage-Verordnung.

24) Art. 4 Kabotage-Verordnung.

25) Die Kraftverkehrsordnung (KVO) v. 30. 3. 1936 i.d.F. v. 23. 12. 1958 (BANz Nr. 249 v. 31. 12. 1958), zuletzt geändert durch die Verordnung TSF Nr. 4/92 (BANz 1992, S. 8297), schreibt für den Güterfernverkehr alle für den Beförderungsvertrag maßgebenden Bedingungen als zwingendes Recht vor. Für Beförderungen im Güternahverkehr und andere spezielle Beförderungsarten gilt die KVO jedoch nicht. Zur Frage, welches Recht hier Anwendung findet, vgl. *Basedow*, ZHR 156 (1992), 413.

26) Art. 6 I Kabotage-Verordnung.

27) Art. 6 III Kabotage-Verordnung.

28) Art. 7 Kabotage-Verordnung. Dieser Krisenmechanismus entspricht im wesentlichen dem der alten Kabotage-Verordnung (EWG) Nr. 4059/89. Zu den Bedenken gegen die Tauglichkeit dieses Krisenmechanismus vgl. *Gronemeyer*, (o. Fußn. 11), S. 179; *Jannott*, Die Reichweite der Dienstleistungsfreiheit im Güterkraftverkehr der EG: Das Ende nationaler Verkehrsmarktordnungen, 1991, S. 118; *Basedow/Dolfen*, in: *Dausen*, Hdb d. EG-WirtschaftsR, 1993, L Rdnr. 175; *Basedow/Held*, EuZW 1990, 305 (307 f.).

29) Verordnung (EWG) Nr. 3916/90 des Rates v. 21. 12. 1990 über Maßnahmen bei Krisen auf dem Güterkraftverkehrsmarkt (ABIEG Nr. L 375 v. 31. 12. 1990, S. 10).

30) Art. 5 Kabotage-Verordnung.

31) Art. 11 Kabotage-Verordnung.

32) I.d.F. vom 3. 11. 1993 (BGBl I, 1840).

33) *Rittmeister*, TranspR 1989, 312.

34) *EuGH*, Slg. 1964, 1251 (1269 f.) = *NJW* 1964, 2371 - *Costa/ENEL*; *EuGH*, Slg. 1978, 629 = *NJW* 1978, 1741 Tz. 24 - *Simmenthal*; *Bleckmann*, *EuropaR*, 5. Aufl. (1990), Rdnr. 777; *Oppermann*, *EuropaR*, 1991, Rdnr. 535; *Fischer*, *EuropaR* in der öffentlichen Verwaltung, 1994, S. 102 ff.

35) *EuGH*, Slg. 1971, 1039 Tz. 9 - *Politi*; *Blümler*, *NVwZ* 1992, 783 (784) = *RIW* 1991, 426 m.w.Nachw.

54004 Genehmigungen beschränkt<sup>36</sup> ist. Das *BVerfG* hat in seinem grundlegenden Beschluß vom 14. 10. 1975<sup>37</sup> die Vereinbarkeit der Höchstzahlbeschränkung als objektive Berufszulassungsvoraussetzung mit Art. 12 GG mit dem Schutz der Bundesbahn als überragend wichtigem Gemeinschaftsgut vor einem ruinösen Wettbewerb durch den Straßengüterverkehr begründet. Dieser Argumentation hat sich die Literatur weitgehend angeschlossen<sup>38</sup>, auch wenn in jüngster Zeit wieder zunehmend Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Kontingentierung geäußert worden sind<sup>39</sup>.

Durch die völlige Freigabe der Kabotage ab 1998 gewinnt dieses Problem erheblich an Bedeutung. Während nämlich zukünftig Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Deutschland unbeschränkt Binnengüterverkehr betreiben können, sind inländische Genehmigungsbewerber weiterhin der Höchstzahlbegrenzung des Güterkraftverkehrsgesetzes unterworfen, so daß ihnen der Marktzutritt verwehrt bleibt, weil das Kontingent der zu vergebenden Güterfernverkehrsgenehmigungen in der Regel schon durch die bereits in der Bundesrepublik ansässigen Unternehmer erschöpft ist. Diese Schlechterstellung der Inländer gegenüber Ausländern durch die Anwendung strengerer Vorschriften des eigenen Staates, die als „umgekehrte“ Diskriminierung oder „Inländerdiskriminierung“ bezeichnet wird<sup>40</sup>, führt zu der Frage, ob eine Aufrechterhaltung der Höchstzahlbegrenzung noch mit dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Verfassungsrecht vereinbar ist.

a) *Vereinbarkeit der Höchstzahlbegrenzung mit dem Recht der Europäischen Union.* Auf der Ebene des EU-Rechts könnte eine Beibehaltung der Höchstzahlbegrenzung für deutsche Genehmigungsbewerber gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 6 I EGV<sup>41</sup>, sowie gegen die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs gem. Art. 59 I EGV verstoßen.

Der Grundsatz der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs gem. Art. 59 I EGV verbietet als Konkretisierung und Ergänzung<sup>42</sup> des allgemeinen Diskriminierungsverbotes in Art. 6 I EGV jedwede Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs<sup>43</sup>. Durch den Verweis des Art. 61 I EGV auf die Bestimmungen des Titels über den Verkehr (Art. 74 ff. EGV) wird der Verkehrssektor von diesem Grundsatz jedoch ausgenommen. Der *EuGH* hat deshalb eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 59 EGV im Bereich Verkehr verneint<sup>44</sup>, so daß der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht herangezogen werden kann.

Aus diesem Grund muß auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 6 I EGV zurückgegriffen werden. Dieser verbietet im Anwendungsbereich des Vertrages jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Aus dem Wortlaut (jede Diskriminierung) und aus dem Zweck der Vorschrift, einen gemeinsamen Markt mit absoluter wirtschaftlicher Chancengleichheit zu schaffen, ergibt sich, daß sich auf Art. 6 I EGV nicht nur EU-Ausländer, sondern auch Inländer berufen können<sup>45</sup>. Eine Einschränkung erfährt die Anwendbarkeit dieser Vorschrift allerdings zum einen dadurch, daß sie nur vor Ungleichbehandlungen „aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ schützt. Zum anderen ist dieser Schutz auf den Anwendungsbereich des Vertrages und damit auf die in ihm behandelten Sachgebiete beschränkt<sup>46</sup>. Angesichts dieser Einschränkungen ist nach wie vor unklar, inwieweit die hier zu untersuchende Fallkonstellation, daß ein inländischer Dienstleistungserbringer aufgrund nationaler Vorschriften schlechter gestellt wird als sein ausländischer Konkurrent, dem diese aufgrund entgegenstehenden EU-Rechts nicht entgegengehalten werden

können, gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 6 I EGV verstößt.

Im Hinblick auf den Umfang der „Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ hat der *EuGH* mehrfach klargestellt<sup>47</sup>, daß nicht nur Regelungen, die sich ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit beziehen, sondern auch alle versteckten Formen der Ungleichbehandlung, die z. B. beim Wohnort, bei der Sprache oder beim Ort der Niederlassung<sup>48</sup> ansetzen, eine Diskriminierung i. S. des Art. 6 I EGV beinhalten<sup>49</sup>. Soweit der *EuGH* in der Rechtssache *Oebel*<sup>50</sup> ausführt, „der in Art. 7 aufgestellte Grundsatz der Nichtdiskriminierung (werde) nicht durch eine Regelung verletzt, die nicht nach Maßgabe der Staatsangehörigkeit der Wirtschaftsteilnehmer, sondern nach dem Ort ihrer Niederlassung Anwendung findet“, setzt er sich mit dieser Aussage aufgrund der andersgearteten Fallkonstellation nur scheinbar in Widerspruch zu seiner übrigen Rechtsprechung. Gegenstand dieses Verfahrens war nämlich die Frage, ob das deutsche Nachtbackverbot eine Inländerdiskriminierung darstellt, da eine vergleichbare Regelung in anderen Mitgliedstaaten nicht besteht, wodurch deutschen Bäckern Wettbewerbsnachteile entstünden.

Der *EuGH* hat dies zu Recht verneint, da das Nachtbackverbot für alle auf dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik ansässigen Bäcker ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit gilt. Die Aufgabe des Art. 6 EGV besteht nicht darin, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, die daraus resultieren, daß für die Unternehmer in ihren jeweiligen Mitgliedstaaten unterschiedlich strenge Anforderungen und Beschränkungen bezüglich ihrer Berufsausübung bestehen<sup>51</sup>.

36) Vgl. § 2 der Verordnung über die Höchstzahlen der Genehmigungen für den Güterfernverkehr (GüKHöZV) v. 9. 12. 1986 (BGBl I, 2452), zuletzt geändert durch die Änderungsverordnung v. 5. 3. 1992 (BGBl I 390).

37) *BVerfGE* 40, 196 (218 ff.) = *NJW* 1976, 179.

38) Vgl. nur *Quaas*, *DÖV* 1982, 434 (436); *Stoher*, *Hdb. d. Wirtschaftsverwaltungs- und UmweltR.*, 1989, § 107 II. 1.; *Jannott* (o. Fußn. 28), S. 30.

39) Vgl. *Klotz*, *WiVerw* 1989, 1 (12); *Triebel*, *Subjektive und objektive Zulassungsvoraussetzungen für den gewerblichen Güterkraftverkehr im Spannungsfeld zwischen nationaler Verfassung und EG-Recht*, *Diss. jur.*, Köln 1990, S. 127 ff.; *Oppermann*, *Staatliches Ordnungssystem im Güterkraftverkehr contra Liberalisierung*, 1990, S. 120; *Gronemeyer*, (o. Fußn. 11), S. 116 ff.

40) Vgl. *Bleckmann*, *RIW* 1985, 917; *Schöne*, *RIW* 1989, 450 (451); *Kewenig*, *JZ* 1990, 20; *Steinz*, *ZLR* 1990, 487 (488); *Nicolaysen*, *EuR* 1991, 95 (96).

41) Art. 6 EGV entspricht Art. 7 EWGV.

42) Vgl. nur *Jannott*, (o. Fußn. 28), S. 54; *Spätgens*, in: *Festschr. f. Otto-Friedrich Freiherr v. Gamm*, 1990, S. 208; *Blumenwitz*, *NJW* 1989, 621 (624); *Ehlers*, *NVwZ* 1990, 810 (811); *Hailbronner/Nachbaur*, *EuZW* 1992, 105 (109).

43) Vgl. *EuGH*, *Slg.* 1974, 1299 (1309) = *NJW* 1975, 1095 Tz. 10 ff. – van Binsbergen; aus der Literatur vgl. nur *Grabitz/Randelshofer*, *EWGV*, Art. 59 Rdnr. 2, der von einem „absoluten Charakter“ der Dienstleistungsfreiheit spricht;

44) Vgl. *EuGH*, *Slg.* 1985, 1513 = *NJW* 1985, 2080 = *EuR* 1985, 393 = *TranspR* 1986, 100 Tz. 62, 65 – Parlament/Rat; *EuGH*, *Slg.* 1989, 2583 (2607) Tz. 14 – Lambregts; *EuGH*, *Slg.* I 1991, 5253 = *EuZW* 1992, 62 = *TranspR* 1992, 14 = *DVB* 1992, 707 – Pinaud Wieger.

45) *Grabitz/Grabitz*, *EWGV*, Art. 7 Rdnrn. 5, 6; *Reitmaier*, *Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag*, 1987, S. 76; *Schöne*, *RIW* 1989, 450 (453); *Kewenig*, *JZ* 1990, 20 (22). Der *EuGH* hat die Fälle der umgekehrten Diskriminierung bislang als rein interne Angelegenheit der Mitgliedstaaten angesehen und deshalb die Anwendbarkeit des Art. 7 EWGV/Art. 6 EGV verneint. Vgl. z. B. *EuGH*, *Slg.* 1982, 3723 = *NJW* 1983, 2751 Tz. 15 – Morson u. Jhanjan. Dem folgend *Basedow*, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, S. 46 ff.; *Fischer* (o. Fußn. 34), S. 180; *Roth*, (o. Fußn. 28), E. I. Rdnr. 22 m. w. Nachw.

46) *Schöne*, *RIW* 1989, 450, (453).

47) *EuGH*, *Slg.* 1974, 153 (164 f.), Tz. 10 ff. – *Sotgiu*; *EuGH*, *Slg.* 1979, 2645 (2653), Tz. 12 – *CRAM/Toia*; *EuGH*, *Slg.* 1980, 3427 (3436), = *NJW* 1981, 513 Tz. 9 – *Boussac/Gerstenmeier*; vgl. zuletzt *EuGH*, *EuZW* 1993, 740 = *NJW* 1994, 35 Tz. 14 – *Commerzbank*.

48) Dies ergibt sich im Umkehrschluß ausdrücklich aus *EuGH*, *Slg.* 1986, 3231 = *NJW* 1987, 3069 Tz. 9 – *Driancourt/Cognat*.

49) Vgl. nur *Grabitz/Grabitz* (o. Fußn. 43), Art. 7 Rdnr. 11; *Kewenig*, *JZ* 1990, 22; *Geiger*, *EGV*, 1993, Art. 6 Rdnr. 8.

50) *EuGH*, *Slg.* 1981, 1993 (2007) = *NJW* 1981, 1885 Tz. 10 – *Sergius Oebel*; vgl. zur nationalen Kontingentierung im Güterkraftverkehr auch *EuGH*, *Slg.* 1983, 73 (91 f.) – *Smit Transport*.

51) Vgl. *Bleckmann*, *RIW* 1985, 917 (918); *Nicolaysen*, *EuR* 1991, 95 (99).

Beseitigt werden sollen nur solche Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, „die sich aus Rechtsvorschriften oder Verwaltungspraktiken (innerhalb) eines einzelnen Mitgliedstaates ergeben“<sup>52</sup>. Genau diese Ungleichbehandlung liegt jedoch in Form der versteckten Diskriminierung vor, wenn in der Bundesrepublik ansässige Unternehmer aufgrund ihres Niederlassungsortes an das deutsche Güterkraftverkehrsrecht und seine Höchstzahlbegrenzung gebunden sind, während Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten unbeschränkt Binnengüterverkehr in Deutschland durchführen können, weil das Güterkraftverkehrsgesetz auf sie nicht angewendet werden kann.

Diese Diskriminierung deutscher Transportunternehmer fällt auch unter den Anwendungsbereich des Vertrages i. S. des Art. 6 I EGV. Dieser umfaßt alle Sachgebiete, in denen die Europäische Union Aufgaben wahrnimmt<sup>53</sup>. Für den hier in Rede stehenden Bereich des Verkehrs ergibt sich die Kompetenz der Union unmittelbar aus Art. 3 lit. f i. V. mit Art. 74 ff. EGV, durch die die Mitgliedstaaten zu einer gemeinsamen Verkehrspolitik verpflichtet werden.

b) *Vereinbarkeit der Höchstzahlbegrenzung mit dem deutschen Verfassungsrecht.* Daneben stellt sich die Frage, ob eine Beibehaltung der deutschen Genehmigungskontingentierung angesichts der durch die Kabotage-Verordnung geschaffenen neuen Situation noch mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 I GG und der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG zu vereinbaren ist.

Einer Anwendbarkeit des Art. 3 I GG auf Fälle der Inländerdiskriminierung wird entgegengehalten<sup>54</sup>, daß nach der Rechtsprechung des *BVerfG* der Gleichheitssatz nur gegenüber dem nach der Kompetenzverteilung zuständigen Hoheitsträger greift<sup>55</sup>, so daß unterschiedliche Regelungen des Gemeinschaftsgesetzgebers einerseits und des deutschen Gesetzgebers andererseits nicht verboten seien. Zu bedenken ist jedoch, daß dieser Grundsatz auf der föderativen Struktur der Bundesrepublik basiert, die dem Bund und den Ländern eigene Gesetzgebungskompetenzen zuordnet, innerhalb derer sie den Gleichheitssatz zu wahren haben<sup>56</sup>. Aufgrund der vergleichbaren Struktur der Europäischen Union könnte die Rechtsprechung des *BVerfG* für den vorliegenden Fall der Inländerdiskriminierung dann herangezogen werden, wenn die ungleiche Behandlung dadurch verursacht wird, daß auf ausländische Verkehrsleistungsanbieter nur EU-Recht<sup>57</sup>, auf deutsche dagegen nur das Güterkraftverkehrsgesetz anzuwenden ist. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Kabotage-Verordnung ist aufgrund der unmittelbaren Geltung des EU-Rechts ebenso Teil der deutschen Rechtsordnung wie das Güterkraftverkehrsgesetz. Das Beschränkungsverbot des freien Dienstleistungsverkehrs aus Art. 59 I EGV verpflichtet die Bundesrepublik aber nur zu einer Anwendung der Verordnung durch Aufhebung entgegenstehender nationaler Reglementierungen im Hinblick auf Dienstleistungsanbieter aus anderen Mitgliedstaaten. Ihre Umsetzung in nationales Recht und damit ihre Anwendung auf inländische Verkehrsunternehmer bleibt ihr dagegen selbst überlassen. Vollzieht sie diese nicht, führt dies dazu, daß innerhalb der Bundesrepublik für inländische Transportunternehmer andere Normen gelten als für ausländische. Damit liegt genau die Voraussetzung vor, die das *BVerfG* an die Anwendbarkeit des Art. 3 I GG stellt<sup>58</sup>.

Mit diesem Ergebnis ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob diese Ungleichbehandlung auch gegen Art. 3 I GG verstößt. Nach der „neuen Formel“ des *BVerfG* ist der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Grup-

pen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“<sup>59</sup>. Dabei liegt eine Rechtfertigung nur vor, wenn sie sich auf sachliche, an der Regelungsmaterie orientierte Gründe stützt<sup>60</sup> und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet ist<sup>61</sup>. Dies führt zu einer Überschneidung der Prüfung des Art. 3 I GG mit dem hier ebenfalls einschlägigen Grundrecht der Berufsfreiheit. Nur wenn die Aufrechterhaltung der Genehmigungskontingentierung für inländische Verkehrsunternehmer als objektive Berufszugangsbeschränkung<sup>62</sup> nach wie vor mit Art. 12 I GG vereinbar ist, kann auch eine Rechtfertigung für ein Ungleichbehandlung i. S. des Gleichheitsgrundsatzes vorliegen.

Nach gefestigter Rechtsprechung des *BVerfG* zu Art. 12 GG sind objektive Berufszugangsvoraussetzungen als stärkste Einschränkung der Berufsfreiheit nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig, sofern die gewählte Maßnahme zur Erreichung des gewünschten Zwecks geeignet und erforderlich und dem Betroffenen zumutbar ist und damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt<sup>63</sup>. Wie bereits dargestellt, hat das *BVerfG* 1975 die mengenmäßige Beschränkung des deutschen Güterfernverkehrs zum Schutz der Bundesbahn vor ruinöser Konkurrenz durch den Straßengüterverkehr für gegeben erachtet<sup>64</sup>. Bei einer erneuten Überprüfung dieser Voraussetzungen aus heutiger Sicht ist aber nicht nur zu konstatieren, daß die Kontingentierung das mit ihr verfolgte Ziel, den Bestand der Bundesbahn zu sichern, nicht erreicht hat. Zu berücksichtigen ist vielmehr auch, daß sich durch die neue Kabotage-Verordnung die tatsächliche Situation, die der gesetzgeberischen Regelung und dem Urteil des *BVerfG* zugrunde lag, geändert hat. Während bislang durch die Kontingentierung der deutschen Güterfernverkehrsgenehmigungen und den Ausschluß ausländischer Transportunternehmer vom Binnenmarkt durch den Kabotagevorbehalt des Güterkraftverkehrsgesetzes der Güterfernverkehr in der Bundesrepublik tatsächlich eingeschränkt wurde, können spätestens mit der völligen Freigabe der Kabotage 1998 Verkehrsdienstleistungen, die durch deutsche Unternehmer wegen der Kontingentierung nicht erbracht werden können, durch ausländische Konkurrenten unbegrenzt übernommen werden. Eine wirksame Einschränkung des deutschen Binnengüterverkehrs durch eine Aufrechterhaltung der Höchstzahlbegrenzung ist damit nicht mehr möglich. Sie ist daher weder zur Sicherung des Bestandes der Deutschen Bahnen noch zum Schutz der Verkehrssicherheit oder der Umwelt i. S. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

52) EuGH, Slg. 1983, 73 Tz. 27 – Smit Transport.

53) Vgl. *Grabitz/Grabitz* (o. Fußn. 43), Art. 7 Rdnr. 16; *Geiger* (o. Fußn. 49), Art. 6 Rdnr. 10; *Schöne*, RIW 1989, 450 (453) m.w.Nachw.

54) Vgl. *Fastenath*, JZ 1987, 170 (173); *Bleckmann*, GRUR Int. 1986, 172 (182).

55) St. Rspr., vgl. *BVerfGE* 51, 43 (58 f.) = NJW 1979, 1877 m.w.Nachw.

56) *BVerfGE* 32, 346 (360) = NJW 1972, 860.

57) Vgl. o. Fußn. 34.

58) So auch *Nicolaysen*, EuR 1991, 95 (119) für das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen aus Art. 30 EGV; *Streinz*, ZLR 1990, 487 (506 f.); ähnlich auch *Spätgens*, (o. Fußn. 42), S. 210 f. m.w.Nachw.; das *BVerfG* hat die Anwendbarkeit des Art. 3 I GG in dieser Konstellation offengehalten, vgl. NJW 1990, 1033 zur Inländerdiskriminierung beim Lokalisationsgebot für Rechtsanwälte.

59) St. Rspr. seit *BVerfGE* 55, 72 (88) = NJW 1981, 271.

60) Vgl. *Weis*, NJW 1983, 2721 (2726); *Streinz*, ZLR 1990, 487 (508).

61) Vgl. z.B. *BVerfGE* 71, 146 (157) = NJW 1986, 709.

62) Vgl. *Lepa*, Der Inhalt der Grundrechte, 6. Aufl. (1990), Art. 12 Rdnr. 22; *Janoss/Pieroth*, GG, 2. Aufl. (1992), Art. 12 Rdnr. 20 a; *Bock*, Der deutsche Güterkraftverkehr im Spannungsfeld einer europäischen Marktordnung, Diss. jur., Tübingen 1988, S. 36.

63) Vgl. *BVerfGE* 7, 377 (405 ff.) = NJW 1958, 1035 (Apothekerurteil).

64) Vgl. o. Fußn. 37.

geeignet. Auch andere, z. B. wirtschafts-, ordnungs- oder sogar standespolitische Gründe, die das *BVerfG* für die Beibehaltung der Meisterprüfung für deutsche Handwerker für hinreichend erachtet hat, weil lange Zeit im Ausland tätigen Handwerkern ein entsprechender Berufsweg mit einer zur Meisterprüfung führenden Ausbildung nicht zur Verfügung stand<sup>65</sup>, sind nicht ersichtlich. Abgesehen von der Kontingentierung der Genehmigungen unterscheiden sich die Voraussetzungen für die Zulassung zum Güterkraftverkehr in Deutschland nicht von denen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union<sup>66</sup>.

Ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, mit dem sich eine Beschränkung der in Art. 12 I GG verfassungsrechtlich garantierten Berufsfreiheit begründen ließe, liegt somit nicht vor. Damit besteht auch keine sachliche Rechtfertigung i. S. des Art. 3 I GG mehr, deutsche Verkehrsunternehmen durch eine Beibehaltung der Genehmigungskontingentierung schlechter zu stellen als ihre Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Eine Aufrechterhaltung der Kontingentierung verstößt somit auch gegen deutsches Verfassungsrecht.

#### IV. Ergebnis

Durch die neue Kabotage-Verordnung der Europäischen Union ist das Gebot der Herstellung des freien Dienstleistungsverkehrs im Bereich des Verkehrswesens auf der Ebene des EU-Rechts erfüllt worden. Angesichts der durch die Verordnung vorgeschriebenen unbegrenzten Zulassung ausländischer Verkehrsunternehmen zum deutschen Binnengüterverkehr ab 1998 ist auch die Beschränkung des Marktzutritts für Inländer aufgrund der Höchstzahlbegrenzung der Güterfernverkehrsgenehmigungen gem. § 9 GüKG nicht länger mit dem Recht der Europäischen Union (Art. 6 I EGV) und dem deutschen Verfassungsrecht (Art. 3 I und 12 I GG) zu vereinbaren. Für eine schonende und reibungslose Anpassung des deutschen Verkehrsgewerbes an die sich verändernde Wettbewerbssituation ist es daher dringend geboten, daß der deutsche Gesetzgeber die Ankündigung des Bundesverkehrsministers, die deutsche Verkehrsmarkordnung zu liberalisieren<sup>67</sup>, möglichst bald umsetzt.

65) *BVerfGE* 13, 97 (107 ff., 110 ff.) = *NJW* 1961, 2011.

66) Die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen Zuverlässigkeit, fachliche Eignung und finanzielle Leistungsfähigkeit (vgl. § 10 I GüKG) richten sich einheitlich nach der Richtlinie 74/561/EWG des Rates v. 12. 11. 1974 über den Zugang zum Beruf des Güterkraftverkehrsunternehmers im innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verkehr (*ABIEG* Nr. L 308 v. 19. 11. 1974, S. 1), zuletzt geändert durch die Richtlinie 3572/90/EWG des Rates v. 4. 12. 1990 (*ABIEG* Nr. L 353 v. 17. 12. 1990, S. 12).

67) Vgl. *DVZ* Nr. 113 v. 23. 9. 1993, S. 1.

## Betriebsübergang durch „Funktionsnachfolge“?

Von Dr. Bernd Waas, Trier

Der *EuGH* (*EuZW* 1994, 374 – Christel Schmidt/Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel u. Cronshagen) hat in seinem Urteil vom 14. 4. 1994 die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Betriebsübergangs i. S. der Richtlinie 77/185/EWG erheblich erweitert. Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit dieser für die Praxis bedeutsamen Entscheidung auseinander.

### I. Einleitung

Auf Vorlage des *LAG Schleswig-Holstein*<sup>1</sup> hat der *EuGH* in seinem Urteil vom 14. 4. 1994<sup>2</sup> entschieden, daß die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs i. S. der Richtlinie 77/185/EWG<sup>3</sup> bereits dann erfüllt sind, wenn ein Unternehmen die Erledigung bestimmter betrieblicher Aufgaben auf ein anderes Unternehmen überträgt. Die bloße „Übernahme“ eines unternehmerischen „Tätigkeitsbereichs“ soll also genügen. Auf die zusätzliche Übertragung von Betriebsmitteln kommt es demgegenüber nach Auffassung des *EuGH* nicht an. In dem vom *EuGH* entschiedenen Fall sah sich deshalb eine Firma Spiegelblank an den Arbeitsvertrag zwischen der örtlichen Sparkasse und einer Reinigungskraft gebunden, weil sie von dem Kreditinstitut damit beauftragt worden war, eine Filiale zu reinigen.

Der Beschluß fügt sich nahtlos in eine Reihe stark beachteter – und vielfach auch kritischer – Entscheidungen des *EuGH* ein<sup>4</sup>. Die neuerlichen Feststellungen zu den Voraussetzungen eines Betriebsübergangs werden vermutlich wiederum ein geteiltes Echo hervorrufen. Denn der Beschluß rührt an dogmatische Grundfragen der arbeitsrechtlichen Begriffsbildung, die auch in Deutschland seit langem lebhaft umstritten sind, ohne daß eine abschließende Klärung auch nur absehbar wäre. In ihren praktischen Konsequenzen bewirkt die Entscheidung überdies eine fühlbare Beschränkung der unternehmerischen Organisationsautonomie; insbesondere das zunehmend beliebte „outsourcing“, die Auslagerung bestimmter betrieblicher Aktivitäten auf ein anderes Unternehmen, gerät in Gefahr<sup>5</sup>. Das Urteil wird deshalb weder in Wissenschaft noch Praxis unwidersprochen bleiben. Nun mag die Kritik an Beschlüssen des *EuGH* zuweilen geradezu modische Züge tragen und auch verkennen, daß der *EuGH* – schon angesichts der meist nur geringen Normenmasse des Gemeinschaftsrechts – zur Rechtsfortbildung häufig geradezu gezwungen ist. Wie jedes andere Urteil, so muß sich jedoch auch ein Beschluß des *EuGH* eine wissenschaftliche Prüfung gefallen lassen. Auch die interessengeleitete Urteilskritik ist nicht von vornherein unberechtigt. Dies gilt in ganz besonderem Maße, wenn die Kritik dartun kann, daß die Interessen, denen sie sich verpflichtet sieht, durch rechtliche Bestimmungen geschützt sind und dieser Schutz vom Gericht verkannt wurde. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung muß sich allerdings davor hüten, Entscheidungen des *EuGH* an Wertungen des nationalen Gesetzgebers oder gar an der Dogmatik des nationalen Rechts zu messen. Auch vor diesem Hintergrund ist der jüngste Beschluß des *EuGH* zu den Voraussetzungen eines Betriebsübergangs jedoch nur schwer nachvollziehbar.

### II. Die Entscheidung

#### 1. Betrieb oder Betriebsteil und Zahl der dort beschäftigten Arbeitnehmer

Zuzustimmen ist dem *EuGH* indes zunächst darin, daß die Voraussetzungen eines Betriebs- oder Betriebsteils – und damit auch die eines Betriebs- oder Betriebsteilüber-

1) *LAG Schleswig-Holstein*, *EuZW* 1993, 296 L.

2) *EuGH*, *EuZW* 1994, 374 = *NZA* 1994, 545 – Christel Schmidt.

3) Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen v. 14. 2. 1977, *ABIEG* Nr. L 61, S. 26; abgedr. auch bei *Birk*, *Europäisches ArbeitsR* (Textsammlung), Nr. 12.

4) Vgl. etwa die Kontroversen um das rechtliche Konzept der sog. „mittelbaren Diskriminierung“; hierzu *Waas*, *EuR* 1994, 97. Grdl. zur Kritik zuletzt *Zuleeg*, *ArbuR* 1994, 77.

5) Vgl. hierzu einerseits *Hanau*, *ZiP* 1994, 1038 (1038f.), andererseits *Buchner*, *DB* 1994, 1417 (1420) sowie *Röder/Baeck*, *NZA* 1994, 542 (544).