

## EUROPARECHT II

zu § 9 Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV)

## Schema 6

### Die Dienstleistungsfreiheit

#### I. Schutzbereich

##### 1) Zeitlicher Schutzbereich

- beachte die *Übergangsregelungen* für Unternehmen aus den Beitrittsstaaten *in einzelnen Branchen* (z.B. Baugewerbe) im Beitrittsvertrag von 2003. Danach kann der Zugang für max. 7 Jahre beschränkt werden.

##### 2) Persönlicher Schutzbereich

- In der Union **ansässige Staatsangehörige der Mitgliedstaaten**
  - geschützt sind Dienstleistungserbringer und -empfänger; beide müssen in der Union ansässig sein
  - Dienstleistungserbringer auch dann geschützt, wenn -empfänger Angehöriger eines Drittstaates aber in der Union ansässig ist
- Juristische Personen ("Gesellschaften")** aus den Mitgliedstaaten (Art. 55 i.V.m. Art. 48 UA 1 EGV)
  - siehe dazu *Schema 4*, S. 1
- In der Union ansässige Staatsangehörige von Drittstaaten aufgrund eines Beschlusses nach Art. 49 UA 2 EGV → bisher: (-)

##### **Exkurs:** Der Schutz der Familienangehörigen der Dienstleistenden

- keine eigenen Rechte aus Art. 49 EGV, wohl aber aus der Rechtsstellung des Dienstleistungserbringers "abgeleitetes" Aufenthaltsrecht nach RL 2004/38/EG<sup>1</sup> (vorher RL 73/148/EWG<sup>2</sup>); dies gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten
- **Problem:** Schutz des Ehegatten (aus Drittstaat) auch gegen Ausweisung aus dem Heimatstaat des Dienstleistenden?
  - EUGH (Rs. C-60/00, *Carpenter*<sup>3</sup>): (+), wenn der Weggang des Ehegatten die Ausübung der DLF erschweren würde (z.B. weil sich Dienstleistender selbst um seine eigenen Kinder kümmern muß); Art. 49 EGV ist im Lichte des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens entsprechend auszulegen
    - beachte: Der Ehegatte fällt damit nicht selbst in den Schutzbereich der DLF, seine Interessen kann nur der Dienstleistende - als eigenes Recht - geltend machen
  - GROBER TEIL DER LEHRE: (-), da nur noch entfernter sachl. Zusammenhang; Entscheidung *Carpenter* entgrenzt unzulässigerweise den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte; nach der Linie dieser Rspr. könnte nahezu jede Maßnahme der Mitgliedstaaten vom EuGH überprüft werden.

##### **Exkurs:** Dienstleistungsfreiheit von Staatsangehörigen oder Unternehmen aus Drittstaaten nach besonderen völkerrechtlichen Verträgen

- Dienstleistungsfreiheit nach Art. 36 EWRV
- Dienstleistungsfreiheit nach dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz von 1999
- schwächere Gewährleistungen nach weiteren Verträgen (z.B. Europa-Abkommen mit osteurop. Staaten)

<sup>1</sup> Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 73/148/EWG und anderer Richtlinien (bis April 2006 umzusetzen).

<sup>2</sup> Richtlinie 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs.

<sup>3</sup> Siehe dazu auch die Rezension von *Mager*, JZ 2003, 204.

### 3) Sachlicher Schutzbereich

- a) **Dienstleistung** i.S.d. Art. 50 EGV
- *gemeinschaftsrechtlicher Begriff der Dienstleistung*; insbes. (aber nicht nur) gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten (Art. 50 UA 2 EGV)
- aa) Entgeltliche Leistung
- Leistung muß typischerweise entgeltlich, kann aber im Einzelfall unentgeltlich sein (→ "in der Regel")
  - auch kommerzielle Werbung, nicht aber lediglich politisch motivierte und daher unentgeltliche Verbreitung von Informationen (EuGH, Rs. C-159/90, Irisches Abtreibungsverbot)
  - unbeachtlich: etwaige "Sozialschädlichkeit" (auch rechtmäßiger Schwangerschaftsabbruch oder Prostitution)
- bb) Selbständige Erbringung der Leistung
- schon hier Abgrenzung zur ANFr
- cc) Vorübergehende Tätigkeit (vgl. Art. 50 UA 3 EGV)
- keine Tätigkeit, die eine dauerhafte Niederlassung erfordert (hier Abgrenzung zur NLF)
- dd) Kein Schutz der Tätigkeit durch die anderen Grundfreiheiten (Art. 50 UA 1, 2. HS EGV)
- (+) bei Fernseh- und Rundfunksendungen, (-) bei Verkauf von Ton- und Datenträgern (→ WVF)
  - (+) bei vorübergehender Tätigkeit von Arbeitnehmern in einem anderen Mitgliedstaat für ihren dienstleistenden Arbeitgeber aus ihrem Heimatstaat (sonst ANFr)
  - (+) bei Leistungen von Banken, die nicht an den Kapital- oder Zahlungsverkehr gekoppelt sind, wie z.B. Beratung (sonst KVF/ZVF)
- b) **Grenzüberschreitender Sachverhalt** (→ Gemeinschaftsbezug)
- aa) **Aktive Dienstleistungsfreiheit**: Erbringung der Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat
- bb) **Passive Dienstleistungsfreiheit**: Entgegennahme der Dienstleistung in oder aus einem anderen Mitgliedstaat
- insbes. bei touristischen Dienstleistungen
- cc) **Korrespondenzdienstleistung**: Grenzüberschreitung (nur) durch die Dienstleistung selbst
- Erbringer und Empfänger bleiben in ihrem Mitgliedstaat
  - z.B. bei telefonischer, postalischer oder internetgestützter Beratungs- und Vermittlungstätigkeit (EuGH, Rs. C-384/93, Alpine Investments)
- dd) **Dienstleistung bei gemeinsamer Grenzüberschreitung**
- z.B. bei touristischen Dienstleistungen (siehe für Fremdenführer EuGH, Rs. C-198/89, Kommission gegen Griechenland)
- c) **Geschützte Verhaltensweisen** (vgl. auch Art. 50 UA 3 EGV)
- aa) Anbahnung und Abschluß des Vertrages über die Dienstleistung
- bb) Erbringung bzw. Entgegennahme der Dienstleistung
- auch *vorübergehender Aufenthalt* zu diesem Zweck (auch von Familienangehörigen)
- cc) Insbesondere **Einsatz von mitgebrachtem Personal** zur Erbringung der Dienstleistung
- auch von Arbeitnehmern aus Drittstaaten, die beim Erbringer im Heimatstaat angestellt sind
  - konkretisiert in *RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie)*<sup>4</sup>; deren Art. 3 erlaubt begrenzte Umgehungen des nationalen Arbeitsrechts
  - erhebliche Auswirkungen auf die Situation einheimischer Unternehmen und den Arbeitsmarkt (z.B. im Baugewerbe)
- d) **Bereichsausnahmen**
- aa) Keine Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs (Art. 51 EGV)
- siehe hier Art. 70 ff. EGV
- bb) Keine im oder nach dem Euratom-Vertrag geregelte Dienstleistungen
- siehe Art. 97, ferner z.B. Art. 98, 10, 15 EAGV
- cc) Keine *Ausübung öffentlicher Gewalt* (Art. 55 i.V.m. Art. 45 UA 1 EGV)
- nur bei unmittelbarer u. spezifischer Teilnahme an der Ausübung öff. Gewalt (EuGH, Rs. C-355/98, Private Bewachungsunternehmen)
- dd) Keine Bereichsausnahme nach Sekundärrecht (Art. 55 i.V.m. Art. 45 UA 2 EGV) → bisher: (-)

<sup>4</sup> Richtlinie 1996/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

## II. Beeinträchtigungen

### 1) Handeln eines Adressaten der Dienstleistungsfreiheit

- a) Handeln eines **Mitgliedstaates**
- b) Handeln eines **Handlungsträgers der Europäischen Union**
- c) **Kollektive Regelungen Privater** im Dienstleistungsbereich
  - EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*; Verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97, *Delière*

### 2) Qualifizierbarkeit des Handelns als Diskriminierung oder Beschränkung

- a) **Diskriminierungen**
  - aa) Offene Diskriminierungen
  - bb) Versteckte Diskriminierungen
    - z.B. Regelungen, welche ständigen Aufenthalt oder Wohnsitz im Inland fordern
- b) **Unterschiedslose Beschränkungen** (vgl. Wortlaut des Art. 49 UA 1 EGV)
  - aa) Weiter Begriff der Beschränkung nach der **Van Binsbergen-Formel** des EuGH (Rs. 33/74):  
"alle Anforderungen, die ... in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen"
    - z.B. Erlaubnisvorbehalte, welche berufliche Qualifikationen fordern (EuGH, Rs. C-76/90, *Säger*)
  - bb) Korrigierende Einschränkung des Begriffs durch **analoge Anwendung der Keck-Formel** des EuGH (Verb. Rs. C-267, C-268/91 - *nur produktbezogene, nicht vertriebsbezogene Regelungen*)?
    - α) TEIL DER LIT.: (+), da vergleichbare Problemkonstellation wie nach der Dassonville-Formel zur WVF; Begriff der Beschränkung muß eingeschränkt werden
    - β) ANDERER TEIL DER LIT.: (-), da schwierig anzuwenden und kein praktisches Bedürfnis
    - γ) Der EUGH (Rs. C-384/92, *Alpine Investments*) hat die Frage angesprochen aber die Keck-Formel im konkreten Fall wegen dessen Besonderheiten nicht angewandt. Dies wird von einem TEIL DER LIT. als Ablehnung verstanden, ist aber wohl richtigerweise mit dem ANDEREN TEIL DER LIT. als Anerkennung der Übertragbarkeit zu deuten. Festhalten läßt sich jedenfalls, daß es sich immer um eine Beschränkung handelt, wenn der *freie Zugang zum Dienstleistungsmarkt* unmittelbar beeinflußt wird.

## III. Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken

### 1) Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV

- a) Anwendbarkeit des Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV: nur bei offenen Diskriminierungen
  - nur "*Sonderregelungen für Ausländer*"
- b) Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV
  - siehe dazu *Schema 5*, S. 3; beachte insbes. die Konkretisierung der Gründe der öff. Ordnung, Sicherheit und Gesundheit in Art. 27 ff. RL 2004/38/EG (vorher: RL 64/221/EWG)
  - insbes. Beschränkungen medizinischer Behandlungen zur Sicherung einer ausgewogenen, allen zugänglichen ärztlichen und klinischen Versorgung als Schutzgut der öff. Gesundheit (EuGH, Rs. C-158/96, *Kohl*)
- c) Beachtung der Schranken-Schranken
  - aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
  - bb) Kein Verstoß gegen Grundrechte
  - cc) Kein Verstoß gegen sonstiges Primär- oder Sekundärrecht der Union

### 2) Rechtfertigung durch die immanenten Schranken der Dienstleistungsfreiheit

- a) Anwendbarkeit der immanenten Schranken: nur bei unterschiedslos geltenden Maßnahmen
- b) Voraussetzungen der immanenten Schranken: Verfolgung *zwingender öffentlicher Interessen*
  - Terminologie des EuGH: "auf *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* beruhen" (Rs. C-58/98, *Corsten*; ähnl. bereits Rs. 33/74, *van Binsbergen*)
  - nur Maßnahmen zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Interessen

- spezifische Beispiele: Maßnahmen zur Sicherung der Zuverlässigkeit und eines hohen Ausbildungsstandes, zur Sicherung einer geordneten Rechtspflege, zum Erhalt des nationalen kulturellen Erbes, zum Schutz der Medienvielfalt und der Programmqualität im Rundfunk, zum Verbraucherschutz, zur Sicherung des Straßenverkehrs
- c) Beachtung der Schranken-Schranken (s.o.)
- insbes. Erforderlichkeit; grds. sind im Heimatstaat des Dienstleistungserbringers erteilte Genehmigungen anzuerkennen, soweit sie unter Voraussetzungen erteilt wurden, die denen im Erbringungsstaat vergleichbar sind
  - insbes. kein Verstoß gegen berufsbezogene Harmonisierungsvorschriften des Gemeinschaftsrechts oder Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen und anderen Befähigungsnachweisen.

**Vertiefungshinweis:** Siehe zur Dienstleistungsfreiheit auch das Schema von *Calliess*, Vorlesung Europarecht II (SS 2004), <http://wwwuser.gwdg.de/~ujvr/europa/lehre/calliess/Dienstleistungsfreiheit.pdf>; ferner die Schemata von *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 766 und *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 689 (dort wird lediglich zwischen "Tatbestand" [entspricht "Schutzbereich" + "Beeinträchtigung"] und "Rechtfertigung" unterschieden).