

zu § 11 Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV, früher 49 ff. EGV)

Schema 10

Die Dienstleistungsfreiheit

I. Schutzbereich

- Siehe jetzt die Konkretisierung mancher Aspekte in der *Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie)*¹, einer grundlegenden allgemeinen Harmonisierungsrichtlinie, die auf der Grundlage von Art. 55 i.V.m. Art. 47 II EGV (heute Art. 62 i.V.m. Art. 53 I AEUV) erlassen wurde. Beachte allerdings den eingeschränkten Anwendungsbereich dieser Richtlinie: wichtige Bereiche wie Gesundheitsdienstleistungen, Finanzdienstleistungen, Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen, private Sicherheitsdienste und viele soziale Dienstleistungen sind ausgeschlossen (siehe Art. 2)

1) Zeitlicher Schutzbereich

- Für Unternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten konnte bzw. kann der Marktzugang in den alten Mitgliedstaaten nach den *Übergangsregelungen im Beitrittsvertrag*² in einzelnen Branchen für maximal 7 Jahre beschränkt werden.

2) Persönlicher Schutzbereich

- a) In der Union **ansässige Staatsangehörige der Mitgliedstaaten**
 - als Dienstleistungserbringer oder *-empfänger* (beide müssen in Union ansässig sein)
 - siehe jetzt die Konkretisierung dieser Begriffe in Art. 4 Nr. 2, 3 der *Dienstleistungsrichtlinie*
 - Der Dienstleistungserbringer ist auch geschützt, wenn der Empfänger zwar Angehöriger eines Drittstaates (Nicht-Mitgliedstaates) aber in der Union ansässig ist.
 - Exkurs: *Familienangehörige* haben keine Rechte aus Art. 56 AEUV³, wohl aber aus der Rechtsstellung des Dienstleistungserbringers "abgeleitete" Rechte nach RL 2004/38/EG⁴; dies gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten. Die Dienstleistungsfreiheit (= DLF) des Erbringers kann verletzt sein, wenn sein Ehepartner ausgewiesen wird und dies ihre Ausübung erschwert, denn Art. 56 AEUV ist im Lichte des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens auszulegen (vgl. EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*; in der LIT. UMSTRITTEN).
- b) **Juristische Personen ("Gesellschaften")** aus den Mitgliedstaaten (Art. 62 i.V.m. Art. 54 UA 1 AEUV⁵)
 - siehe dazu *Schema 9*, S. 1
- c) In der Union ansässige Staatsangehörige von Drittstaaten aufgrund eines Beschlusses nach Art. 56 UA 2 AEUV⁶ → bisher: (-)
 - Exkurs: *Staatsangehörige und Unternehmen aus einigen Drittstaaten* genießen Dienstleistungsfreiheit nach besonderen völkerrechtlichen Verträgen (z.B. nach Art. 36 EWRV und dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz von 1999)

¹ **Richtlinie 2006/123/EG** über Dienstleistungen im Binnenmarkt (bis Dezember 2009 umzusetzen).

² Siehe für die neuen Mitgliedstaaten der Osterweiterung 2004 Art. 24 der Beitrittsakte i.V.m. den jeweiligen Ziffern I der Anhänge V - XIV. Für DL-Erbringer aus Bulgarien und Rumänien gelten die Bedingungen nach Art. 23 der Beitrittsakte für diese Staaten i.V.m. den Ziffern I und 2 der Anhänge VI und VII.

³ Früher (bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) Art. 49 EGV.

⁴ **Richtlinie 2004/38/EG** 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 und anderer Richtlinien [Freizügigkeitsrichtlinie].

⁵ Früher Art. 55 i.V.m. 48 UA 1 EGV.

⁶ Früher Art. 49 UA 2 EGV.

3) Sachlicher Schutzbereich

- a) **Dienstleistung** im Sinne des Art. 57 AEUV⁷
- *unionsrechtlicher Begriff der Dienstleistung*; insbesondere (aber nicht nur) gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten (Art. 57 UA 2 AEUV)
- aa) Typischerweise 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 "Unsittlichkeit" oder "Sozialschädlichkeit" (auch rechtmäßiger Schwangerschaftsabbruch oder Prostitution)
- bb) Selbständige Erbringung der Leistung
- hier Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit
- cc) Vorübergehende Tätigkeit (vgl. Art. 57 UA 3 AEUV)
- die keine dauerhafte Niederlassung erfordert (hier Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit)
- dd) Kein Schutz der Tätigkeit durch die anderen Grundfreiheiten (Art. 57 UA 1, 2. Halbsatz AEUV)
- nach Auffassung des EuGH (Rs. C-452/04, Fidium) handelt es sich lediglich um eine Auffangregelung, um ansonsten ungeschützte wirtsch. Tätigkeiten in den Schutz der Grundfreiheiten einzubeziehen; kein Vorrang der anderen GF (sondern Abgrenzung nach Schwerpunkt Betrachtung)
 - Beachte: Die Dienstleistungsfreiheit - nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit - ist einschlägig bei vorübergehender Tätigkeit von Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers aus seinem Heimatstaat im anderen Mitgliedstaat
 - Beachte: Die Dienstleistungsfreiheit - nicht die Kapital- oder Zahlungsverkehrsfreiheit - ist einschlägig bei Leistungen von Banken, die nicht unmittelbar an den Kapital- oder Zahlungsverkehr gekoppelt sind (z.B. Finanzberatung)
 - Fernseh- und Rundfunksendungen werden durch die DLF geschützt, der Verkauf von Medien- und Datenträgern (CD, DVD etc.) hingegen durch die Warenverkehrsfreiheit
- b) **Grenzüberschreitender Sachverhalt** (→ Unionsbezug)
- aa) **Aktive Dienstleistungsfreiheit**: Erbringung der Dienstleistung in anderem Mitgliedstaat
- bb) **Passive Dienstleistungsfreiheit**: Entgegennahme der Dienstleistung in/aus anderem Mitgliedstaat
- insbesondere bei touristischen Dienstleistungen
- cc) **Korrespondenzdienstleistung**: Grenzüberschreitung nur der 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. 57 UA 3 AEUV)
- siehe jetzt die Konkretisierung in Art. 16 I UA 2 der *Dienstleistungsrichtlinie*¹ ("freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten")
- aa) Anbahnung und Abschluss des Vertrages über die Dienstleistung
- bb) Erbringung/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 (Nicht-Mitgliedstaaten), die beim Dienstleistungserbringer im Heimatstaat angestellt sind
 - siehe die Konkretisierung in *RL 1996/71/EG (Entsenderichtlinie)*⁸
 - Dienstleistungserbringer kann Sozialversicherung und wichtige Teile des Arbeitsrechts des Mitgliedstaates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, umgehen
 - Richtlinie garantiert jedoch Anwendung von Regeln zu Mindestlöhnen, Höchstarbeitszeiten, bezahltem Mindestjahresurlaub, Sicherheit und Gesundheitsschutz, Nichtdiskriminierung und einigen anderen Aspekten (siehe Art. 3)
 - Art. 56 AEUV⁹ und Art. 3 der Entsenderichtlinie können Arbeitskämpfmaßnahmen der Gewerkschaften gegen ausländische Dienstleistungserbringer mit dem Ziel, sie zum Abschluss von Tarifverträgen über Mindestlöhne etc. zu zwingen, weitgehend ausschließen (siehe im Einzelnen EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*)

⁷ Früher Art. 50 EGV.

⁸ **Richtlinie 96/71/EG** über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

⁹ Früher Art. 49 EGV.

- d) **Kein ausgenommener spezieller Bereich (keine Bereichsausnahme)**
- aa) Keine Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs (Art. 58 AEUV¹⁰)
 - siehe für diesen Bereich Art. 90 ff. AEUV
 - 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. 62 i.V.m. Art. 51 UA 1 AEUV¹¹)
 - = keine unmittelbare u. spezifische Teilnahme daran (EuGH, Rs. C-355/98, Private Bewachungsunternehmen)
 - dd) Keine Bereichsausnahme nach Sekundärrecht (Art. 62 i.V.m. Art. 51 UA 2 AEUV) → bisher: (-)
 - beachte: die vom Anwendungsbereich der *Dienstleistungsrichtlinie*¹ oder ihres Art. 16 ausgeschlossen Bereiche (vgl. Art. 2, 17) sind *nicht* vom Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen!

II. Beeinträchtigungen

1) Handeln eines Adressaten der Dienstleistungsfreiheit

- a) Handeln eines **Mitgliedstaates**
- b) Handeln eines **Organes oder einer Einrichtung der Gemeinschaft/Union**
- c) Handeln eines an die Dienstleistungsfreiheit **gebundenen Privaten**
 - aa) *Kollektive Regelungen Privater* im Dienstleistungsbereich
 - EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*; Verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97, *Deliège*
 - bb) *Tarifverträge*
 - EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*
 - cc) *Arbeitskampfmaßnahmen* von Gewerkschaften?
 - a) EuGH, Rs. C-341/05, **Laval**: (+), weil sie geeignet sind, die Ausführung der Dienstleistung weniger attraktiv zu machen oder zu erschweren
 - b) **MÖGLICHER EINWAND**: Arbeitskampfmaßnahmen bilden in einer *freien Gesellschaft* einen *wesentlichen Bestandteil des sozio-ökonomischen bürgerlichen Lebens*, der nicht der "Regulierung" durch die ökonomischen Grundfreiheiten unterworfen werden kann. Anders als bei den Tarifverträgen handelt es sich hier nicht um die Ausübung einer besonderen Regelungsmacht, die der öffentlichen Gewalt vergleichbar ist.

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. 56 UA 1 AEUV¹²)
 - 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*)
 - auch Beschränkungen der Kostenerstattung durch die Einrichtungen der Sozialversicherung für medizinische Behandlung in anderen Mitgliedstaaten (EuGH, Rs. C-158/96, *Kohl*)
 - 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 LITERATUR: (+), da vergleichbare Problemkonstellation wie nach der Dassonville-Formel zur Warenverkehrsfreiheit; Begriff der Beschränkung muss eingeschränkt werden
 - β) ANDERER TEIL DER LITERATUR: (-), 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 LITERATUR als Ablehnung verstanden, ist aber wohl richtigerweise mit dem ANDEREN TEIL DER LITERATUR als grundsätzliche 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.

¹⁰ Früher Art. 51 EGV.

¹¹ Früher Art. 55 i.V.m. Art. 45 UA 1 EGV.

¹² Früher Art. 49 UA 1 EGV.

III. Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken

1) Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 62 i.V.m. Art. 52 I AEUV¹³

- a) Anwendbarkeit des Art. 62 i.V.m. Art. 52 I AEUV: nur bei offenen Diskriminierungen
 - nur "Sonderregelungen für Ausländer"
- b) Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 62 i.V.m. Art. 52 I AEUV
 - siehe dazu *Schema 9*, S. 3 f.; beachte insbesondere die verbindliche Konkretisierung der Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit in *Art. 27 ff. RL 2004/38/EG*
- c) Beachtung der Schranken-Schranken
 - aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
 - α) Zulässiger Zweck der Maßnahme
 - β) Geeignetheit der Maßnahme
 - γ) Erforderlichkeit der Maßnahme
 - δ) Angemessenheit der Maßnahme
 - bb) Kein Verstoß gegen Grundrechte
 - cc) Kein Verstoß gegen sonstiges Primär- oder Sekundärrecht der Union
 - insbesondere nicht gegen die *Dienstleistungsrichtlinie*¹ (siehe insbes. deren Art. 16 II); diese schränkt die Möglichkeit, Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten an innerstaatliche Vorgaben zu binden, erheblich ein

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)
 - siehe jetzt die Konkretisierung in *Art. 4 Nr. 8 der Dienstleistungsrichtlinie*
 - nur Maßnahmen zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Interessen
 - Beispiele: Maßnahmen zur Sicherung der Zuverlässigkeit und eines hohen Ausbildungsstandes im Beruf, zur Sicherung einer geordneten Rechtspflege, zur Sicherung des finanziellen Gleichgewichts von Systemen der Sozialversicherung (EuGH, Rs. C-158/96, Kohll), zum Erhalt des nationalen kulturellen Erbes, zum Schutz der Medienvielfalt und der Programmqualität im Rundfunk, zum Verbraucherschutz, zum Umweltschutz, zum Tierschutz, zur Sicherung des Straßenverkehrs, für Ziele der Sozial- oder Kulturpolitik
- c) Beachtung der Schranken-Schranken (siehe oben)
 - insbesondere *Erforderlichkeit*
 - grundsätzlich sind im Heimatstaat des Dienstleistungserbringers erteilte Genehmigungen anzuerkennen, soweit sie unter Voraussetzungen erteilt wurden, die denen im Erbringungsstaat vergleichbar sind (siehe jetzt auch Art. 10 Absatz 3 der *Dienstleistungsrichtlinie*)
 - insbesondere kein Verstoß gegen berufsbezogene Harmonisierungsvorschriften des Unionsrechts oder Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen und anderen Befähigungsnachweisen

Vertiefungshinweis: *Pache*, in: Ehlers (Herausgeber), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage 2009 [2. Auflage 2005 = Ehlers (Herausgeber), European Fundamental Rights and Freedoms, 2007], § 11; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2004, Randnummern 2407 ff.; ders., Europarecht, 2011, Randnummern 305 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Auflage 2010, Randnummern 900 ff.; *Hobe*, Europarecht, 12. Auflage 2012, § 18; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Auflage 2011, § 25. Siehe auch die Schemata bei *Frenz*, Randnummer 2441 bzw. 322, und *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Randnummer 922.

(Datei: Schema 10 (Vert EuR))

¹³ Früher Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV.