

Binnenmarktrecht

§ 8 Der freie Dienstleistungsverkehr

I. Überblick und Abgrenzung

- die in den Art. 49 bis 55 EGV geregelte Dienstleistungsfreiheit umfasst:
 - die *aktive Dienstleistungsfreiheit* (der Dienstleistungserbringer begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat),
 - die *passive (bzw. negative) Dienstleistungsfreiheit* (der Dienstleistungsempfänger begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat) und
 - die *Korrespondenzdienstleistung* (die Dienstleistung wird grenzüberschreitend erbracht ohne dass Erbringer und Empfänger die Grenze überschreiten).
- die Dienstleistungsfreiheit umfasst auch Maßnahmen zur Vorbereitung der eigentlichen Dienstleistungs-Erbringung (z.B. Werbung) sowie sog. Begleitrechte (hierzu unter II.3)
- **Abgrenzung – allgemein:** nach Art. 50 Abs. 1 EGV finden die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit nur auf solche entgeltlichen Leistungen Anwendung, die nicht von den Regelungen für die anderen Grundfreiheiten erfasst werden (Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit) → bei der Dienstleistungsfreiheit hängen also Begriffsbestimmung und Abgrenzung unmittelbar zusammen
- **Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit:** bei der Dienstleistungsfreiheit geht es nur um selbständig ausgeübte Erwerbstätigkeiten (Berechtigter trägt das unternehmerische Risiko und übt seine Tätigkeit selbstbestimmt, d.h. weisungsfrei aus)
- **Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit:** bei der Dienstleistungsfreiheit werden die Leistungen nicht dauerhaft im anderen Mitgliedstaat erbracht (die Eröffnung eines Büros ist aber nicht notwendig bereits eine „Niederlassung“) → zur Abgrenzung vgl. unten *EuGH, 11.12.2003, EuZW 2004, 94 („Bruno Schnitzer“)* und *Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen*
 - beachte auch das sog. **Kumulverbot:** wenn ein Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat bereits mit einer Niederlassung präsent ist, dann kann es sich für die Erbringung (weiterer) grenzüberschreitender Dienstleistungen in diesem Staat nicht mehr auf die Art. 49 f. EGV berufen
- **Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit:** soweit die Leistung eine verkörperte Form gefunden hat, ist die Warenverkehrsfreiheit berührt; allerdings fällt die Verbreitung von Werbematerial für Dienstleistungen in den Bereich der Dienstleistungsfreiheit

EuGH, 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, S. I-1039, („Schindler“) = *HSV*, S. 791 ff.

- *Abgrenzung zur Kapitalverkehrsfreiheit*: ist im Einzelfall sehr schwierig, da die Rechtsprechung schwankt; beachte unbedingt Art. 51 Abs. 2 EGV → zulässige Beschränkungen des Kapitalverkehrs im Bereich der Banken und Versicherungen schränken auch die Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich zulässigerweise ein

II. Inhalt der Dienstleistungsfreiheit

1. Diskriminierungsverbot

- gem. Art. 50 Abs. 3 gilt für die Erbringung von Dienstleistungen grundsätzlich Inländergleichbehandlung (und zwar auch bei passiver Dienstleistungsfreiheit und im Bereich der Korrespondenzdienstleistungen) → unzulässig sind daher zunächst offene Diskriminierungen, vgl. z.B. *EuGH, 2.2.1989, Rs. 186/87, NJW 1989, 2183 („Cowan“)*; *EuGH, 24.11.1998, Rs. C – 274/96, EuZW 1999, 82 („Bickel/Franz“)*; *EuGH, 16.01.2003, Rs. C – 388/01, EuZW 2003, 186 („Italienische Museen“)*
- ebenso unzulässig sind verdeckte Diskriminierungen → im Bereich der aktiven Dienstleistungsfreiheit geht es dabei zumeist um die sog. Residenz- oder Präsenzplichten
- verdeckte Diskriminierungen treten aber auch bei der passiven Dienstleistungsfreiheit auf

EuGH, 29.04.1999, Rs. C-224/97, EuZW 1999, 405 („Ciola“)

2. Allgemeines Beschränkungsverbot

- schon dem Wortlaut nach zielt Art. 49 Abs. 1 EGV deutlicher als die anderen Grundfreiheiten auf Beschränkungen ab → bereits in seinem ersten Urteil zur Dienstleistungsfreiheit wurde deshalb vom EuGH (noch vor „Cassis“) hervorgehoben:

EuGH, 03.12.1974, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299 („van Binsbergen“)

„Unter die Beschränkungen, deren Beseitigung die Artikel 59 und 60 vorsehen, fallen alle Anforderungen, die an den Leistenden namentlich aus Gründen seiner Staatsangehörigkeit oder wegen des Fehlens eines ständigen Aufenthalts in dem Staate, in dem die Leistung erbracht wird, gestellt werden und nicht für im Staatsgebiet ansässige Personen gelten oder in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeit des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern.“

- allerdings kann es nur um solche Behinderungen gehen, die eine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit bewirken → wo die Grenze zwischen einer noch hinzunehmenden Erschwerung und einer unzulässigen Behinderung liegt, lässt sich häufig nur im konkreten Einzelfall bewerten → vgl. aus der neueren Praxis des EuGH:

EuGH, 03.10.2000, Rs. C-58/98, EuZW 2000, 763 („Corsten“)

- beachte auch die Regelungen in den Artikeln 5 – 9 der Richtlinie Nr. 2005/36/EG vom 07.09.2005 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (umzusetzen bis zum 20.10.2007); Art. 5 Abs. 2 dieser Richtlinie will Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit bestimmen, vgl. hierzu auch:

EuGH, 11.12.2003, Rs. C-215/01, EuZW 2004, 94 („Bruno Schnitzer“)

3. Begleitrechte

- eine effektive Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit erfordert die Gewährleistung wichtiger Begleitrechte, insb. das Recht zur Mitnahme von Material, Personal, Fuhrpark, die Berechtigung zur Miete von Büroräumen und Wohnungen, zur Aufnahme von Krediten usw.; vgl. hierzu

EuGH, 21.10.2004, Rs. C-445/03, EuZW 2005, 90 („Kommission/Luxemburg“)

- in Deutschland wurde in Auswertung der Rechtsprechung des EuGH spezielle Visa-Regelungen für den Einsatz von Drittstaatenangehörigen geschaffen (sog. Vander-Elst-Visum“) → hierzu nun:

EuGH, 19.01.2006, Rs. C-244/04, EuZW 2006, 145 („Kommission/Deutschland“)

- zu dieser Problematik außerdem EuGH vom 21.09.2006, Rs. C-168/04, EuZW 2007, 89 („Kommission/Österreich“)

III. Schranken und Bereichsausnahmen

1. Ungeschriebene Schranken

- Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch unterschiedslos (also sowohl auf Ausländer als auch auf Inländer) anzuwendende Regelungen sind gerechtfertigt, wenn sie
 - ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel (z.B. Verbraucherschutz, kulturpolitische Belange, Kohärenz des Steuersystems, finanzielles Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit) verfolgen und
 - in Hinblick auf das verfolgte Ziel verhältnismäßig sind.
- bei Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit ist immer zu prüfen, ob der Leistungserbringer den Anforderungen nicht bereits im Heimatstaat genügt hat (keine doppelten Genehmigungen, keine doppelte Kontrolle)
- zudem ist bei der Verhältnismäßigkeitskontrolle zu beachten, dass der Dienstleistungserbringer die Wirtschaft des Aufnahmestaates weniger intensiv berührt als jemand, der von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht

2. Geschriebene Schranken und Bereichsausnahme

- Art. 55 verweist auch auf die Art. 45 und 46 EGV – vgl. *Papier zum 7. Kapitel*

IV. Überlagerungen durch die Dienstleistungsrichtlinie

1. Überblick

- nach längeren und heftigen Diskussionen ist am 12.12.2006 die **Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt** verabschiedet worden → ist von den Mitgliedstaaten bis zum 28.12.2009 umzusetzen
- die Richtlinie enthält Vorschriften zu drei wichtigen Bereichen:
 - Verfahrensrechtliche und organisatorische Vorschriften → einen neuen Ansatz verfolgt z.B. die Bestimmung des Art. 5 Abs. 1, welche die Mitgliedstaaten zu einem sog. „Screening“ verpflichtet
 - Regelungen zur Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern (Art. 9 – 15)
 - Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit (insb. Art. 16 – 21)

2. Anwendungsbereich

- der Wirkungsbereich der Richtlinien-Regelungen wird durch eine sehr verschachtelte Gegenstands- und Anwendungsbereichsbestimmung umrissen → wichtige Eckpunkte sind dabei:
 - breiter Dienstleistungsbegriff (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1)
 - Festlegung nicht berührter (Themen-)Bereiche (Art. 1 Abs. 2 ff.)
 - Bestimmung wichtiger Ausnahmen vom Anwendungsbereich (Art. 2; vgl. zudem Art. 17 für die Dienstleistungsfreiheit)

3. Grundzüge des Gewährleistungsgehalts

- ⇒ einerseits gibt es (anders als im RL-Entwurf von 2004) keine generelle Freistellung vom Recht des Bestimmungslandes (vgl. Art. 16 Abs. 1 UAbs. 1 und 2)
- ⇒ andererseits aber starke Regulierung dessen, was das Bestimmungsland an Anforderungen stellen darf: generelle Regelung durch Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 sowie ausdrückliche Untersagung bestimmter häufig auftretender Beschränkungen (Art. 16 Abs. 2)
- ⇒ zudem erhebliche Beschränkungen auf der Rechtfertigungsebene: Diskriminierungen können überhaupt nicht gerechtfertigt werden (Art. 16 Abs. 1 3. UAbs. lit. a) und auch bei nicht diskriminierenden Maßnahmen Begrenzung auf vier mögliche Rechtfertigungsgründe (Art. 16 Abs. 3) – Art. 18 trifft allerdings noch eine zusätzliche Regelung für Ausnahmefälle