

DER FREIE PERSONENVERKEHR IN DER EUROPÄISCHEN UNION

zu § 4 II Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV / 56 ff. AEUV)

Schema 6

Die Dienstleistungsfreiheit

I. Schutzbereich

- Siehe jetzt die Konkretisierung mancher Aspekte in der *Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie)*¹, einer grundlegenden allgemeinen Harmonisierungsrichtlinie. Diese hat allerdings einen eingeschränkten Anwendungsbereich: 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 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

- In der Union **ansässige Staatsangehörige der Mitgliedstaaten**
 - als Dienstleistungserbringer oder *-empfänger* (beide müssen in Union ansässig sein)
 - Der Dienstleistungserbringer ist auch geschützt, wenn der Empfänger zwar Angehöriger eines Drittstaates (Nicht-Mitgliedstaates) aber in der Union ansässig ist.
- Juristische Personen ("Gesellschaften")** aus den Mitgliedstaaten (Art. 55 i.V.m. Art. 48 UA 1 EGV³)
 - siehe dazu *Schema 5*, S. 1
- In der Union ansässige Staatsangehörige von Drittstaaten aufgrund eines Beschlusses nach Art. 49 UA 2 EGV⁴ → 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/EG⁵; dies gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten
- **Problem:** Schutz des Dienstleistenden gegen Ausweisung seines Ehegatten (aus Drittstaat) aus seinem Heimatstaat?
 - EUGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*⁶: (+), wenn dies die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit erschwert (hier: weil sich der Dienstleistende selbst um seine eigenen Kinder kümmern muss...), denn Art. 49 EGV ist im Lichte des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens auszulegen. (Beachte: Der Ehegatte fällt damit nicht in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit; seine Interessen kann nur der Dienstleistende als eigenes Recht geltend machen.)
 - GROBER TEIL DER LEHRE: (-), da nur noch ein entfernter sachlicher Zusammenhang zur Dienstleistungsfreiheit besteht. Diese Rechtsprechung entgrenzt unzulässigerweise den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte. Folgte man dieser Linie, könnte nahezu jede Maßnahme der Mitgliedstaaten vom EuGH überprüft werden. (Siehe jetzt den neuen Art. 51 II Grundrechtecharta, der diese Gefahr ausschließen soll.)

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

² Siehe Art. 24 der Beitrittsakte i.V.m. den jeweiligen Ziffern 1 der Anhänge V - XIV. Für Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien gelten die Bedingungen nach Art. 23 der Beitrittsakte für diese Staaten i.V.m. den Ziffern 1 und 2 der Anhänge VI und VII.

³ Zukünftig Art. 62 i.V.m. Art. 54 UA 1 AEUV.

⁴ Zukünftig Art. 56 UA 2 AEUV.

⁵ **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].

⁶ Siehe dazu auch die Rezension von *Mager*, Juristenzeitung 2003, 204.

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

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

3) Sachlicher Schutzbereich

- a) **Dienstleistung** im Sinne des Art. 50 EGV⁷
- *gemeinschaftsrechtlicher Begriff der Dienstleistung*; insbesondere (aber nicht nur) gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten (Art. 50 UA 2 EGV)
- aa) Typischerweise entgeltliche Leistung
- unbeachtlich: etwaige "Unsittlichkeit" oder "Sozialschädlichkeit" (auch rechtmäßiger Schwangerschaftsabbruch oder Prostitution)
- bb) Selbständige Erbringung der Leistung
- hier Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit
- cc) Vorübergehende Tätigkeit (vgl. Art. 50 UA 3 EGV)
- die keine dauerhafte Niederlassung erfordert (hier Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit)
- dd) Kein Schutz der Tätigkeit durch die anderen Grundfreiheiten (Art. 50 UA 1, 2. Halbsatz EGV)
- Beachte: Die Dienstleistungsfreiheit - nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit - ist einschlägig bei vorübergehender Tätigkeit von Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers aus seinem Heimatstaat im anderen Mitgliedstaat
- b) **Grenzüberschreitender Sachverhalt** (→ Gemeinschaftsbezug)
- 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
- z.B. bei Beratungs- und Vermittlungstätigkeit (EuGH, Rs. C-384/93, Alpine Investments)
- dd) **Dienstleistung bei gemeinsamer Grenzüberschreitung**
- z.B. bei Fremdenführung (EuGH, Rs. C-198/89, Kommission gegen Griechenland)
- c) **Geschützte Verhaltensweisen** (vgl. auch Art. 50 UA 3 EGV)
- 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
 - Der Dienstleistungserbringer kann die Sozialversicherung und wichtige Teile des Arbeitsrechts des Mitgliedstaates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, umgehen.
 - Die Richtlinie garantiert jedoch die Anwendung von Regeln zu Mindestlöhnen, Höchstarbeitszeiten, bezahltem Mindestjahresurlaub, Sicherheit und Gesundheitsschutz, Nichtdiskriminierung und anderen Aspekten (siehe Art. 3 I mit Ausnahmen und Möglichkeiten dafür in Art. 3 II - V); die Regeln können sich auch aus für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen ergeben (Art. 3 I, VIII)
 - Art. 49 EGV⁹ und Art. 3 der Entsenderichtlinie können Arbeitskampfmaßnahmen 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*)
- d) **Kein ausgenommener spezieller Bereich (keine Bereichsausnahme)**
- aa) Keine Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs (Art. 51 EGV¹⁰)
- bb) Keine im oder nach dem Euratom-Vertrag geregelte Dienstleistungen
- cc) Keine *Ausübung öffentlicher Gewalt* (Art. 55 i.V.m. Art. 45 UA 1 EGV¹¹)
- = keine unmittelbare u. spezifische Teilnahme daran (EuGH, Rs. C-355/98, Private Bewachungsunternehmen)
- dd) Keine Bereichsausnahme nach Sekundärrecht (Art. 55 i.V.m. Art. 45 UA 2 EGV) → 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!

⁷ Zukünftig Art. 57 AEUV.

⁸ **Richtlinie 1996/71/EG** über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

⁹ Zukünftig Art. 56 AEUV.

¹⁰ Zukünftig Art. 58 AEUV; siehe für diesen Bereich die speziellen Regeln in Art. 70 ff. EGV (zukünftig Art. 90 ff. AEUV).

¹¹ Zukünftig Art. 62 i.V.m. Art. 51 UA 1 AEUV.

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, *Delière*
 - bb) *Tarifverträge*
 - EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*
 - cc) *Arbeitskampfmaßnahmen* von Gewerkschaften?
 - α) EuGH, Rs. C-341/05, **Laval**: (+), weil sie geeignet sind, die Ausführung der Dienstleistung weniger attraktiv zu machen oder zu erschweren
 - β) 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. 49 UA 1 EGV¹²)
 - 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 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.

III. Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken

1) Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV¹³

- 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 insbesondere die verbindliche Konkretisierung der Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit in *Art. 27 ff. RL 2004/38/EG*

¹² Zukünftig Art. 56 UA 1 AEUV.

¹³ Zukünftig Art. 62 i.V.m. Art. 52 I AEUV.

- 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 Gemeinschaftsrechts oder *Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen* und anderen Befähigungsnachweisen

Vertiefungshinweis: *Pache*, in: Ehlers (Herausgeber), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005 = Ehlers (Herausgeber), European Fundamental Rights and Freedoms, 2007, jeweils § 11; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2004, Randnummern 2407 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Auflage 2006, Randnummern 847 ff. Siehe auch die Schemata bei *Frenz*, Randnummer 2441, und *Streinz*, Europarecht, 6. Auflage 2003, Randnummer 766.