

**Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht**

Band 21

**Passive Dienstleistungsfreiheit
im Europäischen Gemeinschaftsrecht**

**Von
Dr. Stefan Völker**



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN VÖLKER

**Passive Dienstleistungsfreiheit
im Europäischen Gemeinschaftsrecht**

Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht

Herausgegeben von
Thomas Oppermann
in Gemeinschaft mit
Heinz-Dieter Assmann, Hans v. Mangoldt
Wernhard Möschel, Wolfgang Graf Vitzthum
sämtlich in Tübingen

Band 21

Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht

**Von
Dr. Stefan Völker**



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Völker, Stefan:

Passive Dienstleistungspflicht im Europäischen
Gemeinschaftsrecht / von Stefan Völker. — Berlin:
Duncker u. Humblot, 1990

(Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen
Recht; Bd. 21)

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1989

ISBN 3-428-06901-3

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme und Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany

ISSN 0720-7654

ISBN 3-428-06901-3

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im SS 1990 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen als Dissertation angenommen. Sie wurde für die Drucklegung auf den Stand von Dezember 1989 gebracht, wobei einige spätere Entwicklungen noch berücksichtigt wurden.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Thomas Oppermann, der die Anregung zur Thematik dieser Arbeit gab und sie betreute, sowie dem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Heinz Dieter Assmann. Diesen Herren und den übrigen Herausgebern der Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht danke ich zudem für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Reihe. Dank gebührt auch der Reinhold-und-Maria-Teufel-Stiftung, die durch die Verleihung ihres Preises einen wesentlichen Beitrag zur Drucklegung dieser Arbeit leistete. Für hilfreiche Hinweise und vielfältige Unterstützung bin ich insbesondere Frau Marion Weyand und Herrn Dr. Claus Dieter Classen zu herzlichem Dank verpflichtet.

Düsseldorf, im März 1990

Stefan Völker

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Das frühere „Schattendasein“ der Dienstleistungsfreiheit	21
B. Ziele der Untersuchung	24

1. Kapitel

Das Dienstleistungskapitel vor dem wirtschaftlichen Hintergrund der wachsenden Bedeutung des tertiären Sektors

A. Die „stille Revolution“ der Dienstleistungen	28
B. Der wachsende Anteil des tertiären Sektors an Wirtschaft und Handel	30
I. Wirtschaftliche Bedeutung im Rahmen Deutschlands	30
1. Binnenmarkt	30
2. Außenhandel	30
II. Wirtschaftliche Bedeutung im Rahmen der EG	31
1. Binnenmarkt	31
2. Außenhandel	35
III. Weltwirtschaftliche Bedeutung	36
1. Skizze der wirtschaftlichen Entwicklung	36
2. Eine Welthandelsordnung für Dienstleistungen?	37

2. Kapitel

Die Dienstleistungsfreiheit als Teil der Freizügigkeitsregelungen des EWGV — Ihr Beitrag zur Verwirklichung des Binnenmarktes und eines „Europas der Bürger“

A. Die Dienstleistungsfreiheit vor dem Hintergrund der Verwirklichung des Binnenmarktes	39
I. Stellung und Funktion der Dienstleistungsfreiheit im EWGV	39
II. Die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit für die Verwirklichung des Binnenmarktes	40
III. Ausblick: Die weitere Entwicklung aus der Perspektive des „Halbzeitstands“ bei der Verwirklichung des Binnenmarktes	43
B. Die passive Dienstleistungsfreiheit und das „Europa der Bürger“	44
I. Aktivitäten und Initiativen in der Gemeinschaft	44
II. Passive Dienstleistungsfreiheit im „Europa der Bürger“	50

3. Kapitel

**Die Grundlagen der passiven Dienstleistungsfreiheit
im Europäischen Gemeinschaftsrecht**

	53
A. Passive Dienstleistungsfreiheit in den drei Gemeinschaftsverträgen (EGKS, EWG und EAG)	53
I. Das Verhältnis der drei Verträge zueinander	53
II. Passive Dienstleistungsfreiheit in EGKS und EAG	54
1. EGKS	54
2. EAG	54
B. Die Varianten des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs und seine drei Grundtypen	54
I. Der Variantenreichtum des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs	54
II. Die drei Grundtypen: Abgrenzung und Begriffsbestimmung	57
1. Allgemeines	57
2. Grundtyp 1: Der Dienstleistungserbringer begibt sich vorübergehend in das Land des Dienstleistungsempfängers (aktive Dienstleistungsfreiheit)	58
3. Grundtyp 2: Weder Dienstleistungserbringer noch Dienstleistungsempfänger nehmen einen Ortswechsel vor (sog. Korrespondenzdienstleistung)	59
4. Grundtyp 3: Der Dienstleistungsempfänger begibt sich zur Inanspruchnahme der Dienstleistung vorübergehend in das Land des Dienstleistungserbringers (passive Dienstleistungsfreiheit)	61
C. Die Diskussion um die Anerkennung der passiven Dienstleistungsfreiheit vor dem Urteil „Luisi und Carbone“	62
I. Das EuGH-Verfahren „Watson und Belman“	62
II. Die Diskussion in der Literatur	64
1. Gegner	64
2. Befürworter	66
III. Die Behandlung des passiven Dienstleistungsverkehrs in der Gemeinschaftspraxis	69
1. Der EWG-Vertrag	69
2. Das Allgemeine Programm von 1961	69
3. Passive Dienstleistungsfreiheit im Sekundärrecht	72
D. Die Anerkennung der passiven Dienstleistungsfreiheit durch den EuGH im Urteil „Luisi und Carbone“ und dessen Rezeption im Schrifttum	73
I. Verfahren und Urteil	73
1. Der Sachverhalt	73
2. Stellungnahme der italienischen Regierung	74
3. Schlußanträge des Generalanwalts	75
4. Das Urteil	76

	Inhaltsverzeichnis	11
	II. Die Rezeption des Urteils im Schrifttum	77
E.	Die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung	78
	I. Die Urteile des EuGH vom 27. 9. und 5. 10. 1988	78
	II. Die Schlußanträge von GA Lenz vom 6. 12. 1988 in der Rechtssache 186/87 (Cowan)	79
	1. Die frühere Stellungnahme des Generalanwalts zur passiven Dienstleistungsfreiheit	79
	2. Der dem Vorabentscheidungsverfahren Rs. 186/87 zugrundeliegende Sachverhalt	79
	3. Die Stellungnahme des Generalanwalts	80
	III. Das Urteil des EuGH vom 2. 2. 1989 in der Rechtssache 186/87 (Cowan)	83

4. Kapitel

	Dienstleistungen im Sinne der passiven Dienstleistungsfreiheit	85
A.	Volkswirtschaftlicher und gemeinschaftsrechtlicher Dienstleistungsbegriff ...	85
B.	Der Begriff der Dienstleistung in Art. 59 und 60 EWGV im Hinblick auf die passive Dienstleistungsfreiheit	85
	I. Der Wortlaut von Art. 60 und seine Konkretisierung in der Judikatur des EuGH	87
	II. Die Reichweite der Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf einzelne Leistungsvorgänge	89
	III. Das Element der Grenzüberschreitung	90
	1. Funktion und Erscheinungsformen der Grenzüberschreitung	90
	2. Das „Steymann“-Urteil des EuGH vom 5. 10. 1988	90
	a) Sachverhalt	91
	b) Verfahren und Stellungnahmen der Beteiligten	92
	c) Das Urteil des Gerichtshofs	93
	d) Stellungnahme	94
	IV. Die Entgeltlichkeit der Leistung	96
	1. Der Erwerbzzweck und die Beteiligung am Wirtschaftsleben	96
	2. Die Art der gewährten Vergütung	97
	3. Der Adressat des Entgeltlichkeitserfordernisses bei der passiven Dienstleistungsfreiheit	97
	4. Die „in der Regel“ entgeltliche Dienstleistung	98
	5. Sportliche und kulturelle Tätigkeiten als entgeltliche Dienstleistungen	99
	6. Verzicht auf das Erfordernis der Entgeltlichkeit?	100
	V. Staatliche Leistungen	101
	1. Entgeltliche staatliche Leistungen	101
	2. Unentgeltliche staatliche Leistungen, insbesondere Sozialleistungen	103
	VI. Das Element der selbständigen Tätigkeit	105

*5. Kapitel***Bildungsleistungen als Dienstleistungen
im Sinne der passiven Dienstleistungsfreiheit**

	106
A. Staatliche Bildungseinrichtungen	106
I. Die fragmentarische gemeinschaftsrechtliche und die grundsätzlich mitgliedstaatliche Zuständigkeit im Bildungsbereich	106
II. Die bildungspolitischen Aktivitäten der EG	107
III. Ausbildungsrechte von Wanderarbeitnehmern, Selbständigen und deren Angehörigen	111
IV. Die Schaffung neuer Ausbildungsrechte durch den EuGH	112
1. Die „Gravier“-Entscheidung vom 13. 2. 1985	112
2. Die Folgerechtsprechung	114
a) Bestätigung und Präzisierung durch die Urteile „Barra“ und „Blaizot“	114
b) Eingrenzung durch die Urteile „Lair“ und „Brown“	115
3. Die Besonderheiten dieser Rechtsprechung	115
V. Anspruch auf Zulassung zu staatlichen Bildungseinrichtungen aus der passiven Dienstleistungsfreiheit?	117
1. Das Problem	117
2. Das Schweigen des EuGH im „Gravier“-Urteil	117
3. Das Fehlen des Merkmals der regelmäßigen Entgeltlichkeit bei staatlichen Bildungsleistungen	118
4. Die Klärung durch das Urteil „Humbel und Edel“ vom 27. 9. 1988	120
B. Private Bildungseinrichtungen	121
I. Die wirtschaftliche Bedeutung des privaten Bildungssektors	121
II. Private Bildungsleistungen als Dienstleistungen i.S.d. Gemeinschaftsrechts	122
C. Mischformen: Bildungseinrichtungen in privater Trägerschaft mit staatlicher Beteiligung	125
D. Das Merkmal der Grenzüberschreitung bei längerfristigen Bildungsleistungen	126

*6. Kapitel***Der Inhalt der passiven Dienstleistungsfreiheit**

	129
A. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 59, 60 EWGV	129
B. Das Diskriminierungsverbot im Rahmen der passiven Dienstleistungsfreiheit	129
I. Das Allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 7 EWGV) und sein Verhältnis zur passiven Dienstleistungsfreiheit	130

II. Das Diskriminierungsverbot der Art. 59, 60 Abs. 3 EWGV im Rahmen der passiven Dienstleistungsfreiheit	132
1. Der Grundsatz der Inländergleichbehandlung	132
2. Art. 65 EWGV	134
3. Die „Drittwirkung“ des Diskriminierungsverbots	134
4. Das Problem der Inländerdiskriminierung	136
C. Die Aufhebung sonstiger Beschränkungen des passiven Dienstleistungsverkehrs	139
I. Zur Dienstleistungsfreiheit im allgemeinen	139
II. Beschränkungen im Rahmen des passiven Dienstleistungsverkehrs	142
1. Beschränkungen durch den Gaststaat	142
2. Beschränkungen durch den Heimatstaat	144
D. Aufhebung von Beschränkungen des mit dem Dienstleistungsverkehr verbundenen Zahlungsverkehrs	145
I. Die Bedeutung des freien Zahlungsverkehrs für den freien Dienstleistungsverkehr	145
II. Die Anwendung von Art. 106 Abs. 1 auf den mit dem passiven Dienstleistungsverkehr verbundenen Zahlungsverkehr durch den EuGH im Urteil „Luisi und Carbone“	146
1. Das Problem	147
2. Stellungnahmen der Beteiligten	147
3. Schlußanträge des Generalanwalts	148
4. Das Urteil des EuGH	149
a) Rechtliche Qualifikation der Zahlungsvergänge	149
b) Abgrenzung zum Kapitalverkehr	150
c) Kontrollmöglichkeiten des Heimatlandes	151
III. Zur Frage, welche Zahlungen sich i.S.v. Art. 106 Abs. 1 auf den passiven Dienstleistungsverkehr „beziehen“	152
IV. Zum tatsächlichen Stand der Liberalisierung	153
E. Soziale Ansprüche des passiven Dienstleistungsempfängers im Gastland? ...	153

7. Kapitel

Die aufenthaltsrechtlichen Begleitrechte des passiven Dienstleistungsempfängers und ihre Eingrenzung durch das Element der Finalität 156

A. Die Regelung im Gemeinschaftsrecht	156
I. Die Regelung im EWGV	156
II. Das Prinzip der „enumerativen“ Aufenthaltsrechte im Gemeinschaftsrecht	156
III. Die Richtlinienvorschläge der Kommission für ein allgemeines Aufenthaltsrecht	159

1. Der frühere Vorschlag für ein allgemeines Aufenthaltsrecht	159
2. Die neuen Vorschläge vom 26. 6. 1989	160
IV. Die sekundärrechtliche Regelung in RL 73/148	161
1. Einreise	162
2. Aufenthalt und Ausreise	164
B. Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zu anderen bi- und multilateralen Abkommen	165
C. Die Begrenzung des Aufenthaltsrechts bei der passiven Dienstleistungsfreiheit	166
I. Kein gemeinschaftsrechtliches Verbleiberecht des passiven Dienstleistungsempfängers	166
II. Begrenzung des Aufenthaltsrechts durch die Dauer der in Anspruch genommenen Dienstleistungen	167
III. Die Eingrenzung des Aufenthaltsrechts durch das Element der Finalität ...	168
IV. Die Begrenzung der Aufenthaltsdauer durch das Element der Grenzüberschreitung als äußerster Grenze	171
D. Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten	172
E. Exkurs: Die ausländerrechtliche Rechtsstellung des EG-angehörigen passiven Dienstleistungsempfängers in der Bundesrepublik Deutschland	174
I. Einreise und Aufenthalt	174
II. Verbleiberecht des passiven Dienstleistungsempfängers?	175

8. Kapitel

Einschränkungen des Anwendungsbereichs der passiven Dienstleistungsfreiheit durch die „Subsidiarität“ des Dienstleistungskapitels und durch Ausnahmeregelungen

A. Die „Subsidiarität“: Das Dienstleistungskapitel als bloße „Auffangvorschrift“?	178
I. Das Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsrecht ...	179
1. Gemeinsamkeiten	179
2. Strukturelle und funktionale Unterschiede	180
3. Die Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit von der aktiven Dienstleistungsfreiheit	181
4. Niederlassungsfreiheit und passive Dienstleistungsfreiheit	182
II. Abgrenzung zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer	183
III. Abgrenzung von Vorgängen, die den Kapitalverkehrsvorschriften unterfallen	183
1. Der Kapitalverkehr	183
2. Dienstleistungen der Banken	184
3. Dienstleistungen der Versicherungen	185
IV. Dienstleistungen, die dem Verkehrskapitel unterfallen	186

1. Die Liberalisierung des Verkehrssektors als Problem des aktiven Dienstleistungsverkehrs	186
2. Verkehrsdienstleistungen im Rahmen der passiven Dienstleistungsfreiheit	189
V. Dienstleistungen und Warenverkehr	190
1. Abgrenzung im Hinblick auf aktive und Korrespondenzdienstleistungen	190
2. Passive Dienstleistungsfreiheit	190
VI. Dienstleistungen im Agrarsektor	190
B. Beschränkungen bei Ausübung öffentlicher Gewalt oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aufgrund einer speziellen Ausnahmeregelung	191
I. Mit Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeiten	191
II. Der Ordre-public-Vorbehalt: Öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit	193
III. Spezielle Ausnahmeregelungen nach Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 66 EWGV	196

9. Kapitel

Der persönliche und räumliche Geltungsbereich der passiven Dienstleistungsfreiheit

A. Der persönliche Geltungsbereich	197
I. Allgemeine Grundsätze	197
1. Staatsangehörige von Mitgliedstaaten	197
a) Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates	197
b) Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat	198
2. Gesellschaften in den Mitgliedstaaten	199
3. Staatsangehörige von Drittstaaten	201
II. Touristen	202
1. Die heutige wirtschaftliche Bedeutung des Tourismus	202
2. Der Begriff des „Touristen“ als passivem Dienstleistungsempfänger ...	204
3. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorteile für Touristen	206
III. Geschäftsreisende	207
IV. Personen, die in sonstigen Fällen primär aus Anlaß der Inanspruchnahme sonstiger bestimmter Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat reisen (z.B. Patienten, Kunden etc.)	208
V. Angehörige des passiven Dienstleistungsempfängers	208
VI. Nutznießer der aktiven Dienstleistungsfreiheit (aktive Dienstleistungserbringer)	209

B. Der räumliche Geltungsbereich der passiven Dienstleistungsfreiheit	209
I. Alte Mitgliedstaaten (bis 1980)	209
1. Grundsätze	210
2. Sonderfragen	210
a) Westberlin und DDR	211
b) Französische überseeische Departements; Algerien	211
c) Kleinstaaten	211
d) Grönland	211
e) Sonstige	212
II. Neue Mitgliedstaaten (ab 1981)	212
1. Griechenland	212
2. Portugal und Spanien	213
III. Beitritt	213
IV. Passive Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, insbesondere zu assoziierten Ländern	213

10. Kapitel

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	217
--	-----

Literaturverzeichnis	222
-----------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	= Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AfP	= Archiv für Presserecht
AKP-Staaten	= Afrikanische, karibische und pazifische Staaten
A.P.	= Allgemeines Programm
APUZ	= Aus Politik und Zeitgeschichte
AufenthG / EWG	= Aufenthaltsgesetz / EWG
AVB	= Allgemeine Versicherungsbedingungen
BB	= Der Betriebsberater
BBiG	= Berufsbildungsgesetz
BBPS-Bearb.	= Beutler / Bieber / Pipkorn / Streil: Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik
Beil.	= Beilage
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
Bull.EG	= Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Amtliche Entscheidungssammlung des BVerfG
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Amtliche Entscheidungssammlung des BVerwG
C	= Communicatio (Teil des Amtsblatts der EG)
CDE	= Cahiers de droit européen
CE	= Communauté(s) Européenne(s)
CEE	= Communauté Économique Européenne
CMLRev	= Common Market Law Review
DCSI	= Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EA	= Europa-Archiv
EAGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EC	= European Community(-ies)
EEA	= European Free Trade Association
EEC	= European Economic Community
EG	= Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	= Einführungsgesetz zum BGB
EGKS	= Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSv	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl

ELRev	= European Law Review
EP	= Europäisches Parlament
EuGH	= Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	= Amtliche Entscheidungssammlung des EuGH
EuGRZ	= Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	= Europarecht
Euratom	= Europäische Atomgemeinschaft
Eurostat	= Statistisches Amt der Europäischen Gemeinschaften
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag zur Gründung der EWG
FS	= Festschrift
GA	= Generalanwalt
GATT	= General Agreement on Tariffs and Trade
GBTE-Bearb.	= Groeben / Boeckh / Thiesing / Ehlermann (Hrsg.), EWG-Vertrag
GG	= Grundgesetz
GRUR Int.	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und internationaler Teil
GS	= Gedächtnisschrift
HER	= Handbuch des Europäischen Rechts
ICLQ	= International and Comparative Law Quarterly
IPR	= Internationales Privatrecht
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JCMS	= Journal of Common Market Studies
JDI	= Journal de droit international (Clunet)
JuS	= Juristische Schulung
JWT	= Journal of World Trade
JWTL	= Journal of World Trade Law
JZ	= Juristenzeitung
KOM	= Dokumente der Kommission der EG
KSE	= Kölner Schriften zum Europarecht
L	= Legislatio (Teil des Amtsblatts der EG)
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MS	= Mitgliedstaat(en)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OECD	= Organisation for Economic Co-operation and Development
QMT-Bearb.	= Quadri / Monaco / Trabucchi (Hrsg.), Commentario CEE
RabelsZ	= Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RevMC	= Revue du Marché Commun
RGW	= Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe
RIW	= Recht der internationalen Wirtschaft
RL	= Richtlinie(n)
Rs.	= Rechtssache
RTDE	= Revue trimestrielle de droit européen
SaBl.	= Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder

SEW	= Social Economic Wetgeving
VJIL	= Virginia Journal of International Law
VO	= Verordnung(en)
WEGS-Bearb.	= Wohlfarth / Everling / Glaesner / Sprung, EWG-Kommentar
WissR	= Wissenschaftsrecht
WiVer	= Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
WZG	= Warenzeichengesetz
YBEL	= Yearbook of European Law
ZaöRV	= Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	= Zeitschrift für Ausländerrecht
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	= Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht / Film und Recht
ZVersWiss	= Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Einleitung

A. Das frühere „Schattendasein“ der Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit war lange Zeit ein wenig beachtetes und in seiner Bedeutung deutlich unterbewertetes Kapitel des Gemeinschaftsrechts. Bis vor kurzem führte sie auch in der wissenschaftlichen Betrachtung eine Art „Schattendasein“¹ und wurde in „stiefmütterlicher“ Weise² häufig nur am Rande und gewissermaßen als Anhängsel der Niederlassungsfreiheit betrachtet. Die mannigfaltigen Ursachen hierfür sind teils praktischer Natur, ergeben sich aber auch aus der Systematik des EWGV³:

- a) Man maß der Dienstleistungsfreiheit von jeher als „Auffangvorschrift“, die nach ihrer ursprünglichen Konzeption lediglich die Regelung eines Sammelsummariums vorübergehender Vorgänge betreffen sollte, längste keine so große praktische Bedeutung bei wie den anderen Grundfreiheiten des Vertrages. Teilweise wird die Bedeutung des Dienstleistungssektors insgesamt stark unterschätzt⁴. Zudem sind wichtige Bereiche des Dienstleistungssektors im volkswirtschaftlichen Sinn vom Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungskapitels ausgeschlossen⁵.
- b) Wegen der Vielfalt und Komplexität der Handelshemmnisse und Marktzugangsschranken im Bereich der Dienstleistungen gestaltet sich die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit zudem langwieriger als etwa die des Warenverkehrs. Dies liegt zum einen an der schier grenzenlosen Vielfalt des Phänomens „Dienstleistung“ und an seiner eigentümlichen Natur als „unsichtbares“ und häufig ephemeres Produkt: Im Gegensatz zu Waren ist es wesentlich stärker an individuelle „Träger“ (Erbringer und Empfänger) gebunden, von seinem rechtlichen und wirtschaftlichen Umfeld abhängiger und einer Standardisierung daher weit weniger zugänglich. Zum anderen war auch das Interesse gewisser nationaler Dienstleistungsbranchen (etwa der Banken und Versicherungen) an einer Öffnung der Märkte wegen der damit verbundenen weittragenden Wirkungen nicht immer sonderlich ausgeprägt. — Diesen Problemen

¹ *Seidel*, Die Dienstleistungsfreiheit in der neuesten Rechtsentwicklung, S. 113.

² *GBTE-Troberg*, Vorb. zu Art. 59-66, Rz. 1.

³ Dazu *Roth*, EuR 1986, S. 340/341 ff.

⁴ Etwa *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band I, 1983, S. 559: „Die Regelung des freien Dienstleistungsverkehrs ist kürzer, da auch die sachliche Bedeutung hinter der des Warenverkehrs zurücksteht.“ (ähnlich S. 561 a.E.).

⁵ Dazu näher u. 4. Kapitel A.

begegnet man nicht nur auf Gemeinschaftsebene, sondern weltweit im Bereich des internationalen Dienstleistungshandels.

- c) Traditionelle Dienstleistungen gewerblicher oder handwerklicher Art hatten und haben häufig nur einen „lokalen Radius“⁶, weshalb grenzüberschreitender Verkehr für sie bisher eher die Ausnahme war und allenfalls in Form einer dauerhaften Niederlassung im Ausland in Betracht kam.
- d) Auch die wenig glückliche und unübersichtliche Formulierung der Art. 59 und 60 EWGV mit ihren zahlreichen Ausnahmeregelungen, trug das Ihre dazu bei, die potentielle Bedeutung des Dienstleistungskapitels zu verschleiern. Weder enthält sie eine gelungene Definition der „Dienstleistungen“ im Gemeinschaftsrecht, noch läßt sie klar erkennen, wer im einzelnen Berechtigter der Dienstleistungsfreiheit sein und auf welche grenzüberschreitenden Vorgänge sich das Kapitel beziehen soll⁷. Der Verweis in Art. 66 EWGV auf Vorschriften des Niederlassungsrechts (Art. 55-58) tat ein Übriges, das Dienstleistungskapitel als unbedeutende Annexregelung erscheinen zu lassen.
- e) Eine Rolle mag schließlich in psychologischer Hinsicht auch gespielt haben, daß der abstrakte und heterogene Begriff der „Dienstleistung“ allgemein schwer faßbar und nicht besonders eingängig erscheint und dem traditionellen juristischen Sprachgebrauch nicht so geläufig ist wie etwa derjenige der „Niederlassung“⁸. Weder in den nationalen Rechtsordnungen noch in der (insoweit außerordentlich schillernden) wirtschaftswissenschaftlichen Terminologie⁹ findet sich eine vergleichbare Begriffsbildung wie im Gemeinschaftsrecht, da dieses in eigenständiger Weise den Zielen und der Systematik des EWG-Vertrages Rechnung zu tragen sucht.

Die Regelung der Dienstleistungsfreiheit durch sekundäres Gemeinschaftsrecht und ihre Behandlung in der Wissenschaft erfolgten früher zumeist im Zusammenhang mit den Fragestellungen zur Niederlassungsfreiheit, weil die beiden Kapitel nach der ursprünglichen Intention der Väter des EWG-Vertrages in ihrem Zusammenwirken — als Gegenstück zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer — vornehmlich die Freizügigkeit der selbständig Tätigen verwirklichen sollten. Die Behand-

⁶ Roth, EuR 1986, S. 340/343.

⁷ Kritisch zu diesen Vorschriften auch R. Schmidt, Dienstleistungsfreiheit für Versicherungsunternehmen im Gemeinsamen Markt, S. 101/102 f., nach dessen Auffassung das ökonomische Phänomen Dienstleistung zum Zeitpunkt der Vertragsentstehung noch nicht ausreichend geklärt war. Zudem seien die damaligen Vorstellungen auch nur unvollkommen in juristische Kategorien transponiert worden.

⁸ Der Begriff des „Dienstes“ im deutschen Dienstvertragsrecht (§§ 611 ff. BGB) ist z. B. nach Inhalt und Funktion vom gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsbegriff sehr verschieden. Demgegenüber weist der Begriff der „Dienstleistung“ im IPR (Art. 29 EGBGB) und im Markenrecht (vgl. u.a. § 1 Abs. 2 WZG) größere Ähnlichkeiten mit dem volkswirtschaftlichen und dem gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsbegriff auf, findet dafür aber nur auf diesen speziellen Rechtsgebieten Anwendung.

⁹ Näher u. 4. Kapitel A.

lung der Dienstleistungsfreiheit in der Praxis der Gemeinschaftsorgane und in der Literatur bezog sich daher lange Zeit fast ausschließlich auf die „aktive Dienstleistungsfreiheit“, bei der sich der Erbringer der Dienstleistung in das Land des Empfängers begibt. Dabei wurde selten genügend berücksichtigt, daß sich die dogmatische Struktur und die wirtschaftliche Funktion der Dienstleistungsfreiheit bei näherer Betrachtung wesentlich stärker von jener der Niederlassungsfreiheit unterscheiden als ursprünglich angenommen.

Nicht zuletzt durch die prinzipielle Anerkennung der sog. „passiven Dienstleistungsfreiheit“ durch den EuGH, bei der sich der Empfänger zum Erbringer der Leistung begibt, und der „Korrespondenzdienstleistung“, bei der nur die Dienstleistung selbst die Grenze überschreitet, hat das Dienstleistungskapitel neue Dimensionen erhalten, die über die ursprüngliche Zielsetzung der Art. 59 ff. EWGV weit hinausreichen und völlig neue Fragen aufwerfen¹⁰. Aber auch durch andere Urteile des EuGH¹¹ und durch die Aktivitäten der Kommission und des Rates¹² hat die Dienstleistungsfreiheit Aufmerksamkeit erregt. Insgesamt gesehen ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungsvorschriften von der Praxis in dynamischer Weise weit über ihre ursprüngliche Konzeption hinaus ausgeweitet und aufgewertet worden¹³, namentlich etwa durch die unmittelbare Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots und die Ausdehnung des Begriffs der Beschränkungen auch auf bestimmte nichtdiskriminierende Gewerbe- und Berufsausübungsregeln durch die Rechtsprechung des EuGH¹⁴. Auch die nationalen Dienstleistungsmonopole (z. B. Post und Fernmeldewesen, Arbeitsvermittlung), die jahrzehntelang unerschütterlich schienen, können sich dem Sog gemeinschaftsrechtlicher Liberalisierung immer weniger entziehen¹⁵.

Auch im Schrifttum ist die Dienstleistungsfreiheit erst in jüngster Zeit — sei es im Rahmen umfangreicher Gesamtstudien zur Freizügigkeit¹⁶, sei es als eigen-

¹⁰ Näher zu dieser Terminologie u. 3. Kapitel B II.1.

¹¹ In neuerer Zeit etwa durch die Versicherungsurteile vom 4. 12. 1986, EuGH Rs. 205/84 (Kommission / Bundesrepublik Deutschland), EuGHE 1986, 3755; Rs. 220/83 (Kommission / Frankreich), EuGHE 1986, 3663; Rs. 252/83 (Kommission / Dänemark), EuGHE 1986, 3713; Rs. 206/84 (Kommission / Irland), EuGHE 1986, 3817, das Urteil vom 25. 2. 1988 gegen die Bundesrepublik Deutschland betreffend den freien Dienstleistungsverkehr der Rechtsanwälte (EuR 1988, S. 179 ff. m. Anm. Zuck) und die Rechtsprechung zum Rundfunkrecht (u. 4. Kapitel B I).

¹² Einen umfassenden, wenn auch nicht mehr ganz aktuellen Überblick über geplante und verwirklichte Maßnahmen, insbesondere im Bank-, Versicherungs- und Verkehrsweisen sowie im Hinblick auf den Kapitalverkehr und neue Technologien gibt die Kommission in: Ein Gemeinsamer Markt für Dienstleistungen, 1989 (Stand: März 1989).

¹³ Vgl. z. B. *Everling*, FS v.d. Groeben, 1987, S. 111/120 ff.

¹⁴ EuGH Rs. 279/80 (Webb), EuGHE 1981, 3305/3324 f. (vgl. 6. Kapitel C).

¹⁵ Eingehend hierzu die Studie *Müllers*, Dienstleistungsmonopole im System des EWGV, 1988. Speziell zur Personalberatung *Emmerich*, BB Beil. 3/1989, S. 9 ff.; *Wägenbauer*, BB Beil. 3/1989, S. 15 ff.

¹⁶ Z. B. *Lasok*, The Professions and Services in the EEC, 1986 (abgekürzt zitiert als „*Lasok*, Professions“).