

Schriften zum Europäischen Recht

Band 86

**„Beschränkungen“
des freien Dienstleistungsverkehrs**

Von

Michael Rolshoven



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL ROLSHOVEN

„Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs

Schriften zum Europäischen Recht
Herausgegeben von
Siegfried Magiera und Detlef Merten

Band 86

„Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs

Von

Michael Rolshoven



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Rolshoven, Michael:

„Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs / von
Michael Rolshoven. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002
(Schriften zum europäischen Recht ; Bd. 86)
Zugl.: Dresden, Techn. Univ., Diss., 2001
ISBN 3-428-10680-6

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-6305

ISBN 3-428-10680-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung hat die Juristische Fakultät der Technischen Universität Dresden im Sommersemester 2001 als Dissertation angenommen. Mündliche Prüfung und öffentliche Verteidigung fanden am 29. Juni 2001 statt. Am 6. Februar 2002 wurde die Arbeit von der Technischen Universität Dresden mit dem Promotionspreis für das Jahr 2001 ausgezeichnet.

Für die Drucklegung habe ich die Arbeit auf den Stand von Oktober 2001 gebracht. Auch einige spätere Entwicklungen konnten noch berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt dem Betreuer der Arbeit, Prof. Dr. Ulrich Fastenrath. Er gab die erste Anregung zum Thema der Arbeit und hat durch seine zahlreichen Hilfestellungen maßgeblichen Anteil an ihrem Gelingen. Prof. Dr. Michael Kort und Prof. Dr. Rudolf Geiger danke ich für die Erstellung des Zweit- bzw. Drittgutachtens. Dem Lehrstuhl Prof. Dr. Peter Hay, an dem ich viele Jahre beschäftigt war, danke ich für die Bereitstellung von Rechner, Räumlichkeit (Zi. 315) und sonstiger universitärer Infrastruktur. Den Herausgebern der Reihe „Schriften zum Europäischen Recht“ bin ich zu Dank für die Aufnahme in diese Schriftenreihe verpflichtet.

Von den vielen Menschen, die mich in den letzten Jahren bei Erstellung der Dissertation in Freundschaft begleitet und unterstützt haben, möchte ich besonders Dr. Karolina Mojzesowicz sowie Jens Acker, Tilman Blumenstock und Ulrich Stengel nennen. Sie haben manch kritische Anregung beigesteuert, viele Druckfehler ausgemerzt und mich aufgebaut, wenn mich mein Dissertationsprojekt in Depressionen zu stürzen drohte.

Zu danken habe ich auch und sicher nicht zuletzt meinen Eltern, die mir Ausbildung und Studium ermöglichten und mich, als ich den avisierten zeitlichen und finanziellen Rahmen für diese Arbeit nicht einhalten konnte, wie selbstverständlich weiter unterstützten. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Berlin, im März 2002

Michael Rolshoven

Inhaltsübersicht*

A. Einführung	27
I. Untersuchungsgegenstand: Der Beschränkungs-begriff in Art. 49 und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH	28
II. Fragestellung: Die Tragweite des Beschränkungsverbots	29
1. Die Frage nach der Eingrenzung einer Grundfreiheit, die über ein Diskriminierungsverbot hinausgeht („Keck-Frage“)	30
2. Die Frage nach Inhalt und Abgrenzung der einzelnen Beschränkungs-kategorien	31
3. Weitere Aspekte: Beschränkungen durch den Sitzstaat des Leistungs-empfängers; die passive Dienstleistungsfreiheit; Drittwirkung etc.	32
4. Zusammengefasst: Die Frage der „Tragweite“ des Beschränkungs-verbots	33
III. Vorgehensweise: Rechtsprechungsanalyse; Gang der Untersuchung	34
B. Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49-55)	37
I. Die systematische Stellung; insbesondere das Verhältnis zu den anderen Freiheiten; Eigenständigkeit	37
1. Die Dienstleistungsfreiheit im Rahmen der Europäischen Union	37
2. Die Dienstleistungsfreiheit als Bestandteil des Gemeinsamen Markts	38
3. Die Dienstleistungsfreiheit im System der fünf Marktfreiheiten: Von einer „personen-“ zur „produktorientierten“ Betrachtung – Konvergenz? .	40
4. Zusammenfassung und Stellungnahme: These der Eigenständigkeit der Dienstleistungsfreiheit	47
II. Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit	48
1. Zur Aufgliederung des Anwendungsbereichs	49
2. Sachlicher Anwendungsbereich	52

* Nachstehend genannte Artikel ohne nähere Angabe sind solche des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag).

3. Personaler Anwendungsbereich.....	99
4. Räumlicher und zeitlicher Anwendungsbereich	114
C. Die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.....	121
I. „Problemfeld“: Fünf Fragenkreise – Vorgehensweise.....	121
II. Die verschiedenen Beschränkkategorien des Art. 49 (im Fall der aktiven und der Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit)	125
1. Die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.....	125
2. Insbesondere: Die „Diskriminierung aus Gründen der Ansässigkeit“.....	193
3. Die sonstige Beschränkung (diskriminierungsfreie Beschränkung).....	206
4. Die Rechtfertigung von Beschränkungen	243
III. Fallvariante: Beschränkungen durch den Heimatstaat des Leistenden (im Fall der aktiven und der Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit)	256
1. Einführung – Begründung aus dem EG-Vertrag – Problemstellung	256
2. Einzelfragen.....	257
3. Die einschlägige EuGH-Rechtsprechung.....	261
4. Zusammenfassung; offene Fragen	275
IV. Fallvariante: „Beschränkungen“ im Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit.....	276
1. Problemstellung – Interessenlage der Staaten.....	276
2. Exkurs: Die Frage nach dem Anknüpfungspunkt der beschränkenden Maßnahme	277
3. Die Rechtsprechung zum Beschränkungsbegriff im Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit	279
4. Fazit.....	288
V. Fallvariante: Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Private und durch die Gemeinschaft selbst?.....	289
1. Überblick: Die durch Art. 49 Abs. 1 Verpflichteten.....	289
2. „Drittwirkung“ der Dienstleistungsfreiheit?	290
3. Zur Bindung der Gemeinschaft selbst an Art. 49.....	298
D. Fazit	300
Anhang I: EuGH-Entscheidungen zur Dienstleistungsfreiheit (chronologisch)	304
Anhang II: Das geschriebene primäre Dienstleistungsrecht – Synopse	309
Literaturverzeichnis.....	316
Sachwortverzeichnis.....	336

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	27
I. Untersuchungsgegenstand: Der Beschränkungsbegriff in Art. 49 und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH	28
II. Fragestellung: Die Tragweite des Beschränkungsverbots	29
1. Die Frage nach der Eingrenzung einer Grundfreiheit, die über ein Diskriminierungsverbot hinausgeht („Keck-Frage“).....	30
2. Die Frage nach Inhalt und Abgrenzung der einzelnen Beschränkungskategorien	31
3. Weitere Aspekte: Beschränkungen durch den Sitzstaat des Leistungsempfängers; die passive Dienstleistungsfreiheit; Drittwirkung etc.	32
4. Zusammengefasst: Die Frage der „Tragweite“ des Beschränkungsverbots	33
III. Vorgehensweise: Rechtsprechungsanalyse; Gang der Untersuchung	34
B. Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49-55)	37
I. Die systematische Stellung; insbesondere das Verhältnis zu den anderen Freiheiten; Eigenständigkeit	37
1. Die Dienstleistungsfreiheit im Rahmen der Europäischen Union.....	37
2. Die Dienstleistungsfreiheit als Bestandteil des Gemeinsamen Markts	38
3. Die Dienstleistungsfreiheit im System der fünf Marktfreiheiten: Von einer „personen-“ zur „produktorientierten“ Betrachtung – Konvergenz? ..	40
a) Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsrecht.....	40
b) Dienstleistungsfreiheit und freier Warenverkehr.....	42
c) Konvergenz der Grundfreiheiten?	45
4. Zusammenfassung und Stellungnahme: These der Eigenständigkeit der Dienstleistungsfreiheit	47
II. Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit	48
1. Zur Aufgliederung des Anwendungsbereichs	49
a) Sachlich, personal, räumlich-zeitlich.....	49
b) Der „fehlende Rahmen“ – insbesondere das Ansässigkeitsmerkmal ...	50
c) Fazit.....	52

2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	52
a) Überblick: Vier Tatbestandselemente; Negativ-Definition?.....	52
b) „Leistung“ i. S. von Art. 50 Abs. 1.....	54
aa) Weite Auslegung: Kein Tatbestandserfolg, keine Bereichsausnahmen.....	54
bb) Akzessorische Gewährleistungen.....	55
cc) Ungeschriebene Einschränkungen.....	58
(1) Teil des Wirtschaftslebens.....	58
(2) <i>de minimis</i> -Regel.....	61
dd) „Selbstständige“ Leistungen?.....	62
ee) Leistung „im Fremdinteresse“?.....	63
ff) Zusammenfassung.....	63
c) „Entgeltlichkeit“ i. S. von Art. 50 Abs. 1.....	64
aa) Die extensive Auslegung des Entgeltbegriffs durch den EuGH....	64
bb) Insbesondere: Zur Relation von „Entgelt“ und „Leistung“.....	65
cc) „In der Regel“ i. S. von Art. 50 Abs. 1.....	67
dd) Zusammenfassung.....	67
d) „Grenzüberschreitender Bezug“ (Art. 49 Abs. 1, 50 Abs. 3, 3 lit. c); die Fallgruppen der Dienstleistungsfreiheit.....	68
aa) Grundsatz: Verschiedenstaatliche Ansässigkeit; drei Grundformen der Dienstleistungsfreiheit.....	68
(1) Aktive Dienstleistungsfreiheit.....	69
(2) Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit.....	70
Exkurs: Zeitliche Begrenzung als Element des Dienstleistungsbegriffs?.....	71
(3) Passive Dienstleistungsfreiheit.....	72
Exkurs: Dauerhaftes Aufenthaltsrecht des Dienstleistungsempfängers?.....	73
bb) Weitere Anwendungsfälle.....	74
(1) „Konglomerate“.....	74
(2) Analogiefälle.....	74
(3) Dreiecksfälle.....	76
cc) Wegen fehlendem Grenzbezug nicht in den Anwendungsbereich des Art. 49 Abs. 1 fallende Sachverhalte.....	78
dd) Fazit: Zur Bedeutung der „drei Fallgruppen“.....	79
e) Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit zu denen der anderen Grundfreiheiten: Subsidiarität?.....	80

aa) Die Abgrenzung zu den einzelnen Grundfreiheiten (Art. 50 Abs. 1).....	80
(1) Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit (Art. 43)	80
(a) Problemaufriss: Trotz „fester Einrichtung“ im Tätigkeitsstaat ein Fall des Art. 49? – Auch ohne „feste Einrichtung“ ein Fall des Art. 43?.....	80
(b) Die Abgrenzungsfrage in Lehre und Rechtsprechung.....	82
(c) Lösungsansatz: Vorliegen einer sekundären Niederlassung?	84
(d) Insbesondere: Umgehungsfälle	86
(e) Zusammenfassung.....	87
(2) Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit	88
(a) Zwei Problemfälle.....	88
(b) Begriffsbestimmung in Vertrag bzw. Rechtsprechung?....	88
(c) Lösungsansätze und Stellungnahme; zur Relevanz der Abgrenzung	89
(3) Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	91
(4) Abgrenzung zur Kapitalverkehrsfreiheit	94
(a) Allgemeines.....	94
(b) Problemstellung: Der Fall <i>Svensson und Gustavsson</i> – schließen sich die Anwendungsbereiche der Art. 49 ff. und 56 ff. gegenseitig aus?.....	95
(c) Stellungnahme: Art. 50 Abs. 1 versus Art. 51 Abs. 2	96
(d) Zur Relevanz der Abgrenzung	97
bb) Resümee: Keine „Subsidiarität“ der Dienstleistungsfreiheit; keine „Negativdefinition“.....	97
3. Personaler Anwendungsbereich.....	99
a) Grundsatz	99
aa) Staatsangehörigkeit (eines Mitgliedstaats)	100
bb) Ansässigkeit (innerhalb der Gemeinschaft).....	101
cc) Ansässigkeit im eigenen Staat?	102
b) Ausnahmen von dem Grundsatz.....	103
aa) Personale Voraussetzungen an den Dienstleistungsnehmer bei „aktiver Dienstleistungserbringung“ und „Korrespondenz-Dienstleistung“.....	103
bb) Personale Voraussetzungen an den Dienstleistungsnehmer bei der „passiven Dienstleistungsfreiheit“.....	105

cc) Insbesondere zur Staatsangehörigkeit des Dienstleistungserbringers im Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit	106
dd) Tabellarische Zusammenfassung der personalen Anforderungen an Dienstbringer und Dienstempfänger	107
c) Sonderfälle	108
aa) Insbesondere: Sog. Drittstaater (Art. 49 Abs. 2), Familienangehörige	108
bb) Gesellschaften: Staatszugehörigkeit und Ansässigkeit	109
cc) Die Mitgliedstaaten	111
d) Exkurs: Die Rechtsposition des Begünstigten – subjektive Rechte?	112
4. Räumlicher und zeitlicher Anwendungsbereich	114
a) Räumlicher Anwendungsbereich	115
aa) Grundsatz: Art. 299 Abs. 1	115
bb) Sonderfälle des Art. 299 Abs. 2-6	116
cc) Regelungen des Dienstleistungsverkehrs mit Drittstaaten	118
b) Zeitlicher Anwendungsbereich	119
aa) Beginn	119
bb) Vertragsänderung; Kündigung; Ausschluss	120
C. Die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit	121
I. „Problemfeld“: Fünf Fragenkreise – Vorgehensweise	121
II. Die verschiedenen Beschränkkategorien des Art. 49 (im Fall der aktiven und der Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit)	125
1. Die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	125
a) Allgemeines	125
aa) Die Diskriminierung als wichtigster Beschränkungsfall – zu Art. 50 Abs. 3	125
bb) Zu Systematik und Struktur des Diskriminierungsverbots	127
cc) Neutrale Ungleichbehandlung oder Benachteiligung? – <i>de minimis</i> -Regel – Inländerdiskriminierung und Ausländerdiskriminierung	131
dd) Exkurs: Charakter der Beschränkung	134
b) Die offene Diskriminierung	135
aa) Definition	136
bb) Die offene Diskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH ...	137

(1) Frühe Urteile (von 1970 bis Mitte der 80er-Jahre)	137
(2) Urteile nach In-Kraft-Treten der Einheitlichen Akte.....	138
(a) Zugang und Ausübung zur Tätigkeit; insbesondere der Fall „Hubbard“	139
<i>Fall 1: EuGHE 1988, 1637 –Kommission/Griechen-</i> <i>land– „Hauslehrer“</i>	139
<i>Fall 2: EuGHE 1988, 4415 –Kommission/Griechen-</i> <i>land– „Berufskammern“</i>	139
<i>Fall 3: EuGHE 1991, I-4193 –Kommission/Italien–</i> <i>„medizinische Hilfsberufe“</i>	140
<i>Fall 4: EuGHE 1993, I-3777 –Hubbard– „Prozesskos-</i> <i>tensicherheits-Leistung“</i>	141
<i>Fall 5: EuGHE 1994, I-923 –Kommission/Spanien–</i> <i>„Fremdenführer II“</i>	142
(b) Fazit; insbesondere zu Art. 12 und Art. 50 Abs. 3: Spezialität oder Subsidiarität?	143
(c) Zwei weitere Urteile: Offene Diskriminierung im Umfeld der Tätigkeit, „Mittelbare Beeinträchtigun- gen“, „versteckte Beschränkungen“?	146
<i>Fall 6: EuGHE 1988, 29 –Kommission/Italien–</i> <i>„Sozialer Wohnungsbau“</i>	147
<i>Fall 7: EuGHE 1989, 1461 –Kommission/Griechen-</i> <i>land– „Immobilien“</i>	148
(3) Resümee zur „offenen Diskriminierung“	152
c) Insbesondere: Die versteckte Diskriminierung (und die hier sog. „materielle“ Diskriminierung).....	152
aa) Grundsätzliches	152
(1) Begriff; vorläufige Definition	152
(2) Dogmatische Begründung: insbesondere das Umgehungs- verbot	154
(3) Das Problem der „Tatbestands-Grenze“	155
bb) Die versteckte Diskriminierung in der EuGH-Rechtsprechung zum Dienstleistungsrecht	158
(1) Urteile, in denen eindeutig versteckte Diskriminierungen vorlagen	159
(a) Sachverhalte und Entscheidungsgründe.....	159
<i>Fall 8: EuGHE 1978, 1971 –SOGENAL/Koestler–</i> <i>„Börsentermingeschäfte“</i>	159
<i>Fall 9: EuGHE 1982, 223 –Seco/Evi– „Eisenbahn-</i> <i>strecken-Bau in Luxemburg“</i>	161

<i>Fall 10: EuGHE 1989, 4035 –Kommission/Italien– „staatliche Datenverarbeitung“</i>	162
<i>Fall 11: EuGHE 1992, I-3401 –Kommission/Italien– „öffentliche Bauaufträge“</i>	163
(b) Zur Analyse: Gefestigte Rechtsprechung, „Tatbe- stands-Grenze“, insbesondere zum Fall <i>Koestler</i>	164
(2) Drei umstrittene Urteile: Versteckte Diskriminierungen oder schon sonstige Beschränkungen?	166
(a) Sachverhalte und Entscheidungsgründe	166
<i>Fall 12: EuGHE 1979, 35 –van Wesemael– „Künst- leragenturen-Urteil“</i>	166
<i>Fall 13: EuGHE 1981, 3305 –Webb– „Leiharbeit“</i>	167
<i>Fall 14a: EuGHE 1986, 3755 –Kommission/Deutsch- land– „Zulassungserfordernis für Versiche- rungen“</i>	169
(b) Zur Analyse: Versteckte Diskriminierung oder sonstige Beschränkung?– „Materielle Diskriminierungen“	172
(3) Drei weitere Diskriminierungsfälle	180
(a) Die „Kabelregelung“: Offene oder versteckte Diskri- minierung?	181
<i>Fall 15: EuGHE 1988, 2085 –Bond van Adverteer- ders– „Kabelregelung“</i>	181
(b) Die Fälle <i>Gouvernantenklausel</i> und <i>Rush</i> : Versteckte oder materielle Diskriminierung?	185
<i>Fall 16: EuGHE 1988, 1123 –Kommission/Deutsch- land– „Gouvernantenklausel“</i>	185
<i>Fall 17: EuGHE 1990, I-1417 –Rush Portuguesa– „Eisenbahnstrecken-Bau“</i>	189
cc) Fazit zur versteckten Diskriminierung bzw. zu den Fällen 8-17: Extensive Auslegung des Diskriminierungsverbots; Unterscheid- ung von versteckten und materiellen Diskriminierungen	192
2. Insbesondere: Die „Diskriminierung aus Gründen der Ansässigkeit“	193
a) Ansässigkeit im Tätigkeitsstaat: Diskriminierung oder sonstige Beschränkung?	194
b) Das Ansässigkeitserfordernis im Tätigkeitsstaat in der EuGH- Rechtsprechung	195
aa) Sachverhalte und die Entscheidungsgründe	195
<i>Fall 18: EuGHE 1974, 1299 –van Binsbergen– „freier Rechtsbeistand“</i>	195
<i>Fall 19: EuGHE 1975, 1547 –Coenen– „Versicherungs- makler“</i>	197

<i>Fall 14b: EuGHE 1986, 3755 –Kommission/Deutschland– „Niederlassungserfordernis für Versicherungen“</i>	198
<i>Fall 20: EuGHE 1992, I-3351 –Ramrath– „Wirtschafts- prüfer“</i>	199
<i>Fall 21: EuGHE 1995, I-3955 –Svensson und Gustavsson– „Bauförderung“</i>	201
<i>Fall 22: EuGHE 1982, 417 –Transporoute– „öffentliche Baufträge“</i>	202
bb) Zur Analyse	202
(1) Dogmatische Einordnung	202
(2) Die Ansicht des EuGH	204
(3) Stellungnahme	204
c) Zusammenfassung	206
3. Die sonstige Beschränkung (diskriminierungsfreie Beschränkung)	206
a) Grundsätzliches	206
aa) Begriff; vorläufige Definition	206
bb) Verankerung der sonstigen Beschränkung in den Art. 49-55?; Pro und Contra; Richterrecht	207
cc) Zur Bedeutung: „Strategiewechsel“	211
b) Die sonstige Beschränkung in der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 49	212
aa) Die ältere Rechtsprechung (bis zum Urteil <i>Säger</i>): Bereits dort die Anerkennung der sonstigen Beschränkung?	212
<i>Fall 23: EuGHE 1980, 833 –Debauxe– „Werbung via Kabel- fernsehen“</i>	214
bb) Die spätere Rechtsprechung	216
(1) Die Anerkennung der sonstigen Beschränkung im Jahr 1991	216
<i>Fall 24: EuGHE 1991, I-659/ I-709/ I-727 –Kommission/ Frankreich u. a. – „Fremdenführer I“</i>	216
<i>Fall 25: EuGHE 1991, I-4221 –Säger– „Patentaufrecht- erhaltungsdienste“</i>	219
<i>Fall 26: EuGHE 1991, I-4007 –Collectieve Antennevoor- ziening Gouda–</i>	222
(2) Die Festigung der neuen Rechtsprechung: Die sonstige Beschränkung und ihr Verhältnis zu den übrigen Be- schränkungskategorien	226
(a) Sachverhalte und Urteilsbegründungen	226

<i>Fall 27: EuGHE 1994, I-1039 –Schindler– „Lotterie-Urteil“</i>	226
<i>Fall 28: EuGHE 1994, I-3803 –Vander Elst– „Abbrucharbeiten in Reims“</i>	228
<i>Fall 29: EuGHE 1996, I-1905 –Guiot– „Dienstleistungen im Bausektor“</i>	230
<i>Fall 30: EuGHE 1996, I-6511 –Reisebüro Broede– „Inkasso“</i>	231
<i>Fall 31: EuGHE 1997, I-3091 –SETTIG– „Fremdenführer III“</i>	233
<i>Fall 32: EuGHE 1999, I-8453 –Arblade und Leloup–</i>	233
<i>Fall 33: EuGHE 1999, I-6067 –Läärä– „Geldspielautomaten“; EuGHE 1999, I-7289 –Zenatti– „Wettspiele“</i>	235
(b) Zur Analyse: Systemverschiebungen?; zur <i>Keck</i> -Problematik; ein neuer Beurteilungsspielraum	236
c) Insbesondere: Fallgruppenabhängige Reichweite?	241
4. Die Rechtfertigung von Beschränkungen	243
a) Fragestellung; Überblick	243
b) Die Art. 45 und 46: Souveränitäts- und <i>ordre public</i> -Vorbehalt	244
c) „Zwingende Gründe des Allgemeininteresses“	248
d) Zuordnung der verschiedenen Rechtfertigungsgründe zu den einzelnen Beschränkungskategorien	253
aa) Divergenzen zwischen EuGH und Literatur – widersprüchliche Judikatur	253
bb) Zusammenfassung	255
III. Fallvariante: Beschränkungen durch den Heimatstaat des Leistenden (im Fall der aktiven und der Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit)	256
1. Einführung – Begründung aus dem EG-Vertrag – Problemstellung	256
2. Einzelfragen	257
a) „Diskriminierungen“ durch den Heimatstaat?	257
b) „Sonstige Beschränkungen“ durch den Heimatstaat?	258
c) Exkurs: Zur Auslegung der Parallelnorm des Art. 29	259
3. Die einschlägige EuGH-Rechtsprechung	261
<i>Fall 34: EuGHE 1994, I-1783 –Corsica Ferries Italia– „Tarife für Lotsendienste“</i>	262
<i>Fall 35: EuGHE 1994, I-3453 –Matteo Peralta– „Verkappungen im Meer“</i>	265

<i>Fall 36: EuGHE 1994, I-5145 –Kommission/Frankreich– „Hafengebühren“</i>	268
<i>Fall 37: EuGHE 1995, I-1141 –Alpine Investments– „cold calling-Verbot“</i>	269
<i>Fall 38: EuGHE 1998, I-1897 –Jessic Safir– „Ertragssteuer auf Versicherung“</i>	272
4. Zusammenfassung; offene Fragen	275
IV. Fallvariante: „Beschränkungen“ im Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit.....	276
1. Problemstellung – Interessenlage der Staaten.....	276
2. Exkurs: Die Frage nach dem Anknüpfungspunkt der beschränkenden Maßnahme	277
3. Die Rechtsprechung zum Beschränkungsbegriff im Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit	279
a) Beschränkungen durch den Sitzstaat des Dienstnehmers	279
aa) Sachverhalte und Entscheidungsgründe.....	279
<i>Fall 39: EuGHE 1984, 377 –Luisi und Carbone– „Devisentransfer“</i>	279
<i>Fall 40: EuGHE 1998, I-1931 –Raymond Kohl– „Zahnarztbehandlung“</i>	281
<i>Fall 41: EuGHE 1999, I-7641 –Vestergaard– „Bildungsurlaub“</i>	282
bb) Zur Analyse: Parallelen zur Ausfuhrbeschränkung bei aktiver und Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit	283
b) Beschränkungen durch den Sitzstaat des Dienstbringers?.....	284
aa) Sachverhalte und Entscheidungsgründe.....	284
<i>Fall 42: EuGHE 1989, 195 –Cowan– „staatliche Opferentschädigung“</i>	284
<i>Fall 43: EuGHE 1994, I-911 –Kommission/Spanien“ „Museum“</i>	285
<i>Fall 44: EuGHE 1999, I-2517 –Ciola/Vorarlberg– „Kontingente für Bootslicheplätze“</i>	286
bb) Zur Analyse: Verbot der Ausländerdiskriminierung	287
4. Fazit.....	288
V. Fallvariante: Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Private und durch die Gemeinschaft selbst?.....	289
1. Überblick: Die durch Art. 49 Abs. 1 Verpflichteten.....	289
2. „Drittwirkung“ der Dienstleistungsfreiheit?	290
a) Pro und Contra	290

b)	Die einschlägige Rechtsprechung.....	291
aa)	Zwei frühe Urteile: <i>Walrave</i> und <i>Donà</i>	291
<i>Fall 45:</i>	<i>EuGHE 1976, 1405 –Walrave und Koch– „Steher-Radrennen“</i>	291
<i>Fall 46:</i>	<i>EuGHE 1976, 1333 –Donà– „italienische Fußballmeisterschaft“</i>	293
<i>Fall 47:</i>	<i>EuGHE 2000, I-2549 –Deliège– „Judoka-Meisterschaften“</i>	293
bb)	Zu den Urteilen <i>van Ameyde</i> , <i>Haug-Adrion</i> und <i>Bosman</i>	295
c)	Zur Analyse: Tragweite des Beschränkungsverbots im Hinblick auf Private	296
aa)	EuGH: Verbot von Ausländerdiskriminierungen durch Private	296
bb)	Ist die „sonstige“ Auslegung des Beschränkungsbegriffs überhaupt auf Private übertragbar?	297
cc)	Lösungsansatz: Analogie.....	298
3.	Zur Bindung der Gemeinschaft selbst an Art. 49.....	298
D. Fazit	300
Anhang I:	EuGH-Entscheidungen zur Dienstleistungsfreiheit (chronologisch)	304
Anhang II:	Das geschriebene primäre Dienstleistungsrecht – Synopse	309
Literaturverzeichnis	316
Sachwortverzeichnis	336

Abkürzungsverzeichnis

a.A./A.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
Abk.	Abkommen
ABl.	Amtsblatt der EG
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht (Z)
AG	1. (dt.) Amtsgericht 2. Die Aktiengesellschaft (Z)
AKIP	Afrikanische, karibische und pazifischer Staaten
allg.	allgemein
AmstV	Vertrag von Amsterdam
amtl.	amtlich
ÄndG	Änderungsgesetz
Anm.	(Urteils-) Anmerkung
Anm. v. Verf.	Anmerkungen vom Verfasser
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs (ABl. 1962, S. 32-35)
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkan- stalten der Bundesrepublik Deutschland
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Z)
Bd.	Band
belg.	belgisch
bez.	bezeichnet
BFH	Bundesfinanzhof
BFR	belgische France
BGB	(dt.) Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BLE	Business Law Europe (Z)
BörsenG	(dt.) Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Verhandlungen des Deutschen Bundesrats, Drucksachen
BSP	Bruttosozialprodukt
Bsp.	Beispiel
BT-Drucks.	Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Drucksachen
Bundesrep. Dtl.	Bundesrepublik Deutschland
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CDE	Cahiers de droit européen
CMLR	Common Market Law Review
CMLRep	Common Market Law Report
Co.	Company (Gesellschaft)
CODITEL	Compagnie générale pour la diffusion de la télévision
CPP	Le Code de procédure pénale (frz. Strafprozessordnung)
C. trav.	Code du travail (frz. Arbeitsgesetzbuch)
DB	Der Betrieb (Z)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DOM	départements d'outre mer (frz. überseeische Départements)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Z)
dt.	deutsch (Z)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
EA	Europa-Archiv
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, EUROATOM (BGBI. II S. 1014 i.d.F. des Europäischen Uni- onsvertrages vom 07. 03. 1992, BGBI. II S. 1253, 1286)
ebd.	ebendort
ECR	Report of Cases Before the Court of Justice of the European Communities
EEA	Einheitliche (Europäische) Akte v. 28. 02. 1986
EFTA	European Free Trade Association (=Europäische Freihandel- sassoziation)
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (in der Fassung v. 21. 09. 1994, BGBl. I S. 2494)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Egrd.	Entscheidungsgrund
ELR	European Law Review
engl.	englisch
EP	Europäisches Parlament
EPG	Europäische Politische Gemeinschaft
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (s. auch Slg.)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	(Europäisches) Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht (Z)
Euroatom	s. EAGV
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Z)
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Ewgrd.	ErwägungsgrundEWiEntscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWR-Abk.	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (abgedr. in Sart. II Nr. 310)
EWS	1. Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Z); 2. Europäisches Währungssystem
F	Frankreich
f., ff.	folgende Seite(n)
FF	Französischer Franken (france)
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FIGC	Federazione Italiana del Gioco del Calcio (Italienischer Fußballverband)
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift

G	Griechenland
GA	Generalanwalt
GATS	General Agreement on Trade in Services
geb.	geboren
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, v. 23. 05. 1949 (BGBl. S. 1)
ggf.	gegebenenfalls
griech.	griechisch
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Z)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und internationaler Teil (Z)
GTE	v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag (s. Literaturverzeichnis)
GURI	Gazetta ufficiale della Repubblica Italiana (Amtsblatt der Italienischen Republik)
Habil.	Habilitationsschrift
Herv. v. Verf	Hervorhebungen vom Verfasser
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
I	Italien
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel, regelmäßig
i. e. S.	im engeren Sinn
ILM	Internationale Legal Materials (Z)
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Z)
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts (Z)
i. S.	im Sinne
ISIC	International Standard Industrial Classification
IStR	Internationales Steuerrecht (Z)
ital.	italienisch
i.V.	in Verbindung
JDI	Journal du Droit International (Z)
JORF	frz. Gesetzblatt
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht Berlin
km/h	Kilometer pro Stunde
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaft

L	1. Leitsatz; 2. Law (=Gesetz)
Lfg.	Lieferung
LG	(dt.) Landgericht
LIT	(ital.) Lire
Lit.	Literatur
lit.	Litera (Buchstabe)
Lit.-Verz.	Literaturverzeichnis
Ltd.	limited (mit beschränkter Haftung)
MA	Der Markenartikel (Z)
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Z)
m. E.	meines Erachtens
Mio.	Millionen
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law (Z)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
ndl.	niederländisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Z)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Z)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Z)
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OEEC	Organisation for European Economic Cooperation (Europäischer Wirtschaftsrat)
OLG	(dt.) Oberlandesgericht
OMI	Office des migration internationales
ONI	Office national d'immigration
österr.	österreichisch
pass.	passim, allenthalben
PatAO	(dt.) Patentanwaltsordnung
PatentG	(dt.) Patentgesetz
PTOM	Pays et Territoires d' Outre Mer (frz. überseeische Länder und Gebiete)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Z)
RADG	Rechtsanwaltsdurchführungsgesetz (1. Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Durchführung der Richtlinie des Rates der EG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (BGBl. 1990, I 479)
RBerG	Rechtsberatungsgesetz (v. 13. 12. 1935, RGBl. I S. 1478 bzw. BGBl. III. 303-12-1)

RdA	Recht der Arbeit (Z)
resp.	respektive
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Außenwirtschaftsdienst des BB)
RL	Richtlinie
RMC	Revue du Marché Commun; seit 1993: Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (Z)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen (Z)
RuF	Rundfunkrecht und Wettbewerbsrecht
RuStAG	(dt.) Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22. 07. 1913, abgedr. in Sat. I Nr. 15)
S	Spanien
s.	siehe
SA	1. Schlussanträge; 2. Société anonyme
Sart. I	Sartorius, Bd. I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrep. Dtl., Loseblatt, München
Sart. II	Sartorius, Bd. II, Internationale Verträge –Europa- recht, Loseblatt, München
SKL	Süddeutschen Klassenlotterie
Slg.	Sammlung; Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (s. EuGHE)
sog.	so genannte
SOGENAL	Société générale alsacienne de banque
Sp.	Spalte
SpSt.	Spiegelstrich
SRL	società responsabilità limitata („ital. GmbH“)
staatl.	staatlich
STER	Stichting Etherreclame (ndl. Stiftung für Hörfunk und Fernsehwerbung)
StGB	(dt.) Strafgesetzbuch
StPO	(dt.) Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TGV	Train à Grande Vitesse (frz. Hochgeschwindigkeitszug)
u.	und
u.a.	1. unter anderem; 2. und andere
UAbs.	Unterabsatz
Übk.	Übereinkommen
UEFA	Union Européenne de Football Association
ÜLG	außereuropäische Länder und Hoheitsgebiete

UnionsV	Vertrag über die Europäische Union (BGBl. II, S. 1253; geändert durch Beitrittsvertrag vom 24.6. 1994, BGBl. II S. 2022, i.d.F. des Beschlusses v. 01. 01. 1995, ABl. Nr.L 1/1).
UNTS	United Nations Treaty Series
usw.	und so weiter
UWG	Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (v. 7.6.1909, RGBl. S. 499, BGBl III FNA 43-1)
v.	1. versus; 2. von; 3. van (ndl.)
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen
verb.	verbunden
VersR	Versicherungsrecht (Z)
VO	Verordnung
Vor	Vorbemerkung
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Z)
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Z)
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Praxis und Recht (Z)
WuW	Wirtschaft und Verwaltung (Z)
WVK	Wiener Übereinkommen (Konvention) über das Recht der Verträge v. 23. 05. 1969 (BGBl. 1985 II, 926); abgedr. in Sart. II Nr. 320
WVKIO	Wiener Übereinkommen (Konvention) über das Recht der Verträge zwischen Staaten und Internationalen Organisationen oder zwischen Internationalen Organisationen v. 21. 03. 1986 (ILM 1986, 543)
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
(Z)	Zeitschrift
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Z)
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (Z)
z. B.	zum Beispiel, beispielsweise
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Z)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (seit 1991); Internationales Privatrecht und Europarecht (1.1960 ff.)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Z)
zit.	zitiert
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Z)
ZPO	(dt.) Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil

ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Z)
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (Z)
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Z)
zw.	zwischen
zzt.	zurzeit

A. Einführung*

Das Rückgrat der Europäischen Gemeinschaft ist nach wie vor der *Gemeinsame Markt*¹ bzw. seit In-Kraft-Treten der Einheitlichen Europäischen Akte der *Binnenmarkt*². Das gilt auch nach den vier Revisionen des EG-Vertrages in den letzten 15 Jahren, zunächst durch die Einheitliche Akte³, dann durch die Verträge von Maastricht⁴ und Amsterdam⁵ sowie künftig durch den Vertrag von Nizza⁶.

Auf die Verwirklichung des Gemeinsamen Markts zielen die sog. Grundfreiheiten: Die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28-31*), die beiden Personenverkehrsfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 39-42, und Niederlassungsfreiheit, Art. 43-48), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49-55) und die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 56-60). Bis weit in die Achtzigerjahre hinein stand neben den Personenverkehrsfreiheiten vornehmlich die Warenverkehrsfreiheit im Mittelpunkt des Interesses. Der Dienstleistungsfreiheit wurde erst mit Verankerung des Binnenmarkt-Konzepts durch die Einheitliche Akte verstärkte Aufmerksamkeit zuteil, nicht zuletzt weil der mit ihr in den EG-Vertrag einge-

* Nachstehend genannte Artikel ohne nähere Angabe sind solche des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag).

¹ s. neben Art. 2 die Art. 32 Abs. 1, 81 Abs. 1, 82 Abs. 1, 87, 94, 136 Abs. 3, 296 Abs. 1 lit. b.

² Der Binnenmarkt-begriff (dazu *Reich*, EuZW 1991, 203 ff.) geht auf den EuGH zurück; Art. 13 EEA führte den Begriff in den EG-Vertrag ein (s. neben Art. 14 Abs. 1, 2 und Art. 3 lit. c die Art. 4 Abs. 1, 15 Abs. 1, 95 Abs. 1 EGV; s. auch Art. 2 EUV). Wie weit der materiell-rechtliche Gehalt der Begriffe des Gemeinsamen Markts und des Binnenmarkts kongruieren, ist str. (für die Übereinstimmung z. B. *Müller-Graff*, EuR 1989, 122 ff.; a.A. z. B. *Streinz*, EuropaR Rn. 947 ff. mit Hinweis insbesondere auf die divergierenden Rechtsangleichungsmechanismen der Art. 95 i.V. mit 251 bzw. der Art. 94 i.V. mit Art. 251). Unstreitig ist aber (*Kilian*, Rn. 11), dass die Grundfreiheiten – damit auch die Dienstleistungsfreiheit – zu den Strukturelementen des Gemeinsamen Markts wie des Binnenmarkts gehören; die Streitfrage ist für diese Arbeit folglich irrelevant.

³ Unterzeichnet am 17./28. Februar 1986, in Kraft getreten am 1. Juli 1987.

⁴ Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, in Kraft seit dem 1. November 1993.

⁵ Unterzeichnet am 2. Oktober 1997, am 1. Mai 1999 in Kraft getreten. Zum Vertrag von Amsterdam s. *Hilf/Pache*, NJW 1998, 705; *Streinz*, EuZW 1998, 137; *Lecheler*, JuS 1998, 392.

⁶ Unterzeichnet am 26. Februar 2001; der Vertrag soll bis 2002 von den Mitgliedstaaten ratifiziert werden. Näher zum Vertrag von Nizza *Borchmann*, EuZW 2001, 170 ff.

fürhte Binnenmarktbezug den freien Dienstleistungsverkehr „gleichberechtigt“⁷ neben die Waren-, Personen- und Kapitalverkehrsfreiheit stellte. Zuvor hatte bereits das berühmte Weißbuch der Kommission zur „Vollendung des Binnenmarktes“ die besondere Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit herausgestellt und seine sekundärrechtliche Verwirklichung angemahnt. Die Aufwertung der Dienstleistungsfreiheit war hauptsächlich eine Reaktion darauf, dass der Dienstleistungshandel der EG-Mitgliedstaaten untereinander im Gegensatz zu der rapiden Ausdehnung des Dienstleistungssektors innerhalb der westlichen Volkswirtschaften deutlich unterentwickelt war.⁸

Federführend bei der „Verwirklichung“ der Dienstleistungsfreiheit – d. h. bei der rechtlichen Öffnung der nationalen Märkte im Hinblick auf einen möglichst ausgedehnten und *unbeschränkten* innergemeinschaftlichen Handel mit Dienstleistungen – war zuvor der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) mit seiner Rechtsprechung zu den Art. 49-55. Daran hat sich auch nach In-Kraft-Treten der Einheitlichen Akte nichts grundlegend geändert, obschon seitdem auch die (hier nicht thematisierte) sekundärrechtliche Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit merklich vorangetrieben wurde.

I. Untersuchungsgegenstand: Der Beschränkungsbezug in Art. 49 und die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH

Es liegt somit nahe, das primäre Dienstleistungsrecht und die dazu ergangene Rechtsprechung ins Blickfeld zu nehmen. Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist indes nicht das gesamte primäre Dienstleistungsrecht. Vielmehr konzentriert sich die Arbeit auf den *Beschränkungsbezug* in Art. 49 Abs. 1 und die hierzu ergangenen *EuGH-Urteile*:

1. Dabei bildet der *Beschränkungsbezug* in Art. 49 immerhin den wichtigsten und umstrittensten Begriff des primären Dienstleistungsrechts. Dies verwundert nicht, fixiert sich doch der Konflikt zwischen den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auf der einen und dem primären Dienstleistungsrecht auf der anderen Seite vor allem⁹ auf ihn. Jede staatliche Regelung, die von dem dienstleistungsrechtlichen Beschränkungsbezug erfasst wird, ist auf grenzüberschreitende Sachverhalte *unanwendbar*, da das Gemeinschaftsrecht

⁷ So GA Lenz, SA EuGHE 1989, 195/205 -Cowan- (Fall 42).

⁸ Zu dieser Aufwertung der Art. 49 ff. und zum Weißbuch unten sub B.I.3.b)bb); zum wachsenden Dienstleistungssektor und den Zusammenhängen zum Handel mit Dienstleistungen i. S. des Art. 49 näher und kritisch unten sub B.II.2.a)bb).

⁹ Darüber hinaus ist auch die Auslegung des Anwendungsbereichs von Bedeutung. Je weiter der Anwendungsbereich gefasst wird, umso mehr mitgliedstaatliche Regelungen kommen letztlich auch in Konflikt mit dem Dienstleistungsrecht (dazu unten sub B.II.1.a)).

nach herrschender Doktrin gegenüber dem nationalen Recht grundsätzlich vorrangig ist¹⁰. Liegt ein Fall der Dienstleistungsfreiheit vor und wird der Dienstleistungsverkehr durch eine mitgliedstaatliche Regelung behindert, so hängt es folglich allein von dem Beschränkungsbegriffs und seiner Auslegung ab, ob das betreffende nationale Recht anwendbar ist oder nicht.

2. Die verbindliche, im echten Sinn des Wortes *herrschende* Auslegung des Beschränkungsbegriffs gibt die *einschlägige Judikatur* des EuGH vor. Eine Erörterung des Beschränkungsbegriffs muss deshalb neben den einschlägigen Vertragsbestimmungen (also vor allem den Art. 49-55) in jedem Fall die immer umfanglichere Rechtsprechung des EuGH hierzu mit einbeziehen. Die Rechtsprechung rückt sogar zunehmend in den Vordergrund, schon weil die Regelung im EG-Vertrag selbst nur sehr knapp ist. Der EuGH hat insofern entsprechend seiner Methode, sich „reasoning from case to case“ an die Probleme heranzutasten¹¹, eine Vielzahl von „Grundsätzen“¹² entwickelt, an Hand derer im Einzelfall zu entscheiden ist, ob eine Beschränkung vorliegt oder nicht.

Diese Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot in Art. 49 bzw. die darin aufgestellten „Grundsätze“ bilden den zentralen Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit. Ausgehend von dem ersten grundlegenden Urteil zur Dienstleistungsfreiheit, dem Urteil *van Binsbergen* aus dem Jahr 1974¹³, hatte der EuGH seither immer wieder zur Auslegung des Beschränkungsverbots Stellung zu nehmen. Dies geschah vor allem im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren. Seit Mitte der 80er-Jahre, im Zuge des Binnenmarktprogramms, äußerte er sich zudem im Rahmen von durch die Kommission angestrebten Vertragsverletzungsverfahren. Zusammengefasst sind damit in etwa 25 Jahren über 100 Urteile ergangen (siehe Anhang I), in denen sich der EuGH mehr oder minder ausführlich mit der Auslegung des Beschränkungsbegriffs in Art. 49 auseinandergesetzt hat.

II. Fragestellung: Die Tragweite des Beschränkungsverbots

Dass von diesen Urteilen über die Hälfte in den vergangenen zehn Jahren erging, wäre sicherlich Grund genug, die Auslegung des Beschränkungsbegriffs durch den EuGH einer ausgiebigen Analyse zu unterziehen. Eigentlicher Anlass der vorliegenden Untersuchung ist allerdings das 1991 erlassene Urteil *Säger*¹⁴.

¹⁰ Zum sog. Anwendungsvorrang unten sub B.II.3.d).

¹¹ *Kutscher*, S. 7; vgl. auch *Everling*, Der Gerichtshof, S. 157.

¹² So die Formulierung des EuGH, z. B. EuGHE 1991, I-4007/4041/Rn. 16 -Gouda- (Fall 26).

¹³ EuGHE 1974, 1299 -van Binsbergen- (Fall 18).

¹⁴ EuGHE 1991, I-4221 -Säger- (Fall 25).