

**Vorlesung Europarecht II**

Freitag, den 20. Mai 2005

---

Thema: **Die Dienstleistungsfreiheit**

**I. Unmittelbare Anwendbarkeit**

Die Regelungen über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs finden sich in den Art. 49 bis 55 EG. Seit dem Ende der Übergangszeit, also dem Ende der 1960er Jahre, hält der EuGH diese Bestimmungen für unmittelbar anwendbar. Der Einzelne kann sich auf sie berufen, auch wenn noch kein ausführende sekundäres Gemeinschaftsrecht erlassen worden ist. Trotz des Art. 51 II EG gilt das auch für das Bank- und Versicherungswesen. Die Dienstleistungsfreiheit gibt damit ein subjektives Recht mit Anwendungsvorrang vor entgegenstehendem nationalem Recht.

**II. Persönlicher Schutzbereich**

Art. 49 I EG erfasst natürliche Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben und in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind als demjenigen des Leistungsempfängers. Gemeint sind die Dienstleistungserbringer. Art. 49 I EG schützt damit seinem Wortlaut nach nur den Dienstleistenden. Der EuGH hat dies im Interesse der Effektivität dieser Grundfreiheit zu einem Schutz auch des Leistungsempfängers ausgeweitet; auch dieser kann sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, etwa um in einem anderen EG-Mitgliedsland Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. In den Schutzbereich sind weiter Gesellschaften und juristische Personen einbezogen, die einen Erwerbszweck verfolgen (Art. 55 i.V.m. Art. 48 EG). Von der Möglichkeit des Art. 49 II EG wurde noch kein Gebrauch gemacht (betr. in der Gemeinschaft ansässige Dienstleistungserbringer mit Was "Dienstleistungen" im Sinne des EG sind, wird in Art. 50

Drittstaatsangehörigkeit).

### **III. Sachlicher Schutzbereich in Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten**

Was „Dienstleistungen“ im Sinne des EG sind, wird in Art. 50

I und II EG definiert. Nach Art. 50 I EG handelt es sich um entgeltliche Leistungen, die nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Art. 50 II EG zählt beispielhaft gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Leistungen auf. Diesen Normen kann man zweierlei entnehmen:

(1) Die Dienstleistungsfreiheit hat im Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten eine Auffangfunktion. Prüfungssystematisch bedeutet dies, dass sie als letzte zu prüfen ist.

(2) Der Dienstleistungsbegriff des EG weicht gemäß dieser Auffangfunktion von dem Dienstleistungsbegriff der Alltagssprache ab.

Dazu ein Beispiel: Ein EG-Mitgliedstaat schreibt einen öffentlichen Bauauftrag aus. Bei der Vergabeentscheidung wird ein Bieter aus einem anderen Mitgliedstaat rechtswidrig übergangen. Vorbehaltlich spezieller Regelungen könnte dies die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen. Dem steht nicht entgegen, dass die Errichtung öffentlicher Bauten umgangssprachlich nicht als Dienstleistung aufgefasst wird, sondern dem Baugewerbe zugeordnet wird. Maßgebend ist, dass es sich um eine entgeltliche Leistung handelt, die nicht einer anderen Grundfreiheit unterfällt. Letzteres ist der Fall. Die Warenverkehrsfreiheit ist nicht einschlägig, weil das Bauwerk an Ort und Stelle errichtet und nicht fertig geliefert wird. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nicht einschlägig, weil es sich nicht um eine unselbstständige, sondern um eine selbstständige Tätigkeit handelt. Die Niederlassungsfreiheit ist nicht einschlägig, weil der Bauunternehmer in dem anderen Mitgliedstaat bloß vorübergehend tätig wird und er dort keinen Sitz begründet.

Eine Bereichsausnahme trifft Art. 51 I EG für Verkehrsdienstleistungen. Für sie gelten die Bestimmungen des Titels über den Verkehr, also die Art. 70 - 80 EG.

#### **IV. Formen der Dienstleistungserbringung**

Die Dienstleistungsfreiheit schützt, wie alle Grundfreiheiten, nur grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb der EG. Reine Inlandssachverhalte werden nicht erfasst. Haben sowohl der Leistende als auch der Leistungsempfänger die Staatsangehörigkeit von Mitgliedstaat X, sind sie aber beide in Mitgliedstaat Y ansässig, so liegt kein Fall der Dienstleistungsfreiheit vor, sondern der Niederlassungsfreiheit.

Das notwendige grenzüberschreitende Element kann in dreifacher Weise vorliegen. (1) Der Leistende begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat, um dort die Leistung zu erbringen. Die Dienstleistungsfreiheit gibt ihm dazu ein Aufenthaltsrecht und das Recht, die Leistung nach Maßgabe der Bestimmungen des Mitgliedstaates für seine eigenen Angehörigen zu erbringen. Man nennt dies aktive Dienstleistungsfreiheit. Beispiele sind Montagearbeiten oder die Ausübung anwaltlicher Tätigkeit. (2) Nicht der Leistende, sondern der Leistungsempfänger begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat, um dort die Leistung zu empfangen. In diesem Fall gibt die Dienstleistungsfreiheit dem Leistungsempfänger ein Aufenthaltsrecht; der Leistende hat das Recht, in dem anderen Mitgliedstaat zu werben. Man nennt dies passive Dienstleistungsfreiheit. Beispiele sind ein Arztbesuch, auch der Aufenthalt in einer Abtreibungsklinik (EuGH Slg. 1991, I - 4685: Werbung für britische Abtreibungskliniken in Irland, als Reaktion darauf ist das 17. Protokoll zum EU vereinbart worden, danach berühren die Verträge über EU und EG nicht die Anwendung von Art. 40.3.3 der Irischen Verfassung, dieser Artikel enthält ein Abtreibungsverbot und eine staatliche Schutzpflicht, beschränkt aber nicht die Reisefreiheit und die Freiheit, in Irland auf Dienstleistungen hinzuweisen, die in anderen Staaten legal erbracht werden dürfen). (3) Weder der Leistende noch der Leistungsempfänger begeben sich in einen anderen Mitgliedstaat; nur die Leistung selbst

"überschreitet" die Grenze. Beispiele sind grenzüberschreitende Versicherungen oder Bankbeziehungen; hierher gehören auch grenzüberschreitende Medienangebote, wie Rundfunk- und Fernsehsendungen.

#### **V. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot**

Bei der Dienstleistungsfreiheit ergibt sich recht unproblematisch aus dem Wortlaut des EG-Vertrages, dass sie sowohl ein Diskriminierungs- auch ein Beschränkungsverbot ist. Dass die Dienstleistungsfreiheit ein Beschränkungsverbot ist, geht aus dem Wortlaut von Art.

49 I EG klar hervor. Gleiches gilt für das Diskriminierungsverbot, das in Art. 50 III EG in dem Nebensatz "welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt" angelegt ist. Die Grenzen dieses Diskriminierungsverbotes werden sichtbar an Fällen, in denen die Dienstleistungserbringung an Regeln scheitert, die von Inländern wie Ausländern eine ständige Anwesenheit im Inland, die Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation oder, wie im Handwerksrecht, einen Meistergrad verlangen. Diese Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs lassen sich auch schlecht mit der Figur der versteckten Diskriminierung erfassen, weil von ihnen keine Diskriminierung bezweckt wird. Um hier Abhilfe zu schaffen, ist eine Verhältnismäßigkeitskontrolle im Rahmen einer Deutung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot erforderlich. Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung sind Maßnahmen zu berücksichtigen, die schon das Herkunftsland des Dienstleistungserbringers zum Schutz der jeweils betroffenen Gemeinwohlbelange getroffen hat; zusätzliche Maßnahmen des Ziellandes der Dienstleistungserbringung sind dann möglicherweise nicht erforderlich.

Fasst man Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot zusammen, so ergibt sich folgende Schrankenklausele: Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind zulässig,

wenn sie diskriminierungsfrei sind, wenn sie einem gemeinschaftskonformen Gemeinwohlbelang dienen und wenn sie im Hinblick auf den Gemeinwohlbelang geeignet und erforderlich sind. Ein Gesichtspunkt, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann, ist der Verbraucherschutz. Dieser Gesichtspunkt spielt auch in der Rechtsprechung des EuGH eine große Rolle. Andererseits ist der EuGH überzogenen nationalen Regelungen entgegengetreten.

Neben diesem richterrechtlichen Schrankenvorbehalt tritt der ausdrückliche Beschränkungsvorbehalt des Art.55 i.V.m. 46 EG zurück. Ihm widerfährt ein ähnliches Schicksal wie Art. 30 EG, der von der Cassis-de-Dijon-Formel des EuGH überformt worden ist. Man kann sagen, dass der ausdrückliche Beschränkungsvorbehalt heute nur noch bei diskriminierenden Regelungen eine - bescheidene - Funktion hat.

Dies gibt Anlass zu einer allgemeinen Überlegung. Die Schrankenregelungen des EG-Vertrages erweisen sich als ähnlich problematisch wie die ausdrücklichen Schrankenregelungen im Grundrechtsteil des Grundgesetz. Dort hat sich das BVerfG über die einzelnen Bestimmungen hinweggesetzt und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Schrankenregime richterrechtlich entwickelt, das nach und nach an die Stelle des sogenannten Schrankenwirrwarrs getreten ist. Eine ähnliche Entwicklung erleben wir auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts. Es erscheint mir darum wenig angemessen, den EuGH zu tadeln, er überziehe sein Mandat zur Rechtsfortbildung. Die Parallele zum nationalen Verfassungsrecht scheint mir im Gegenteil zu zeigen, dass diese Entwicklung seiner Rechtsprechung notwendig und sinnvoll ist.

## **VI. Sekundärrecht**

Wie die Niederlassungsfreiheit, ist auch die Dienstleistungsfreiheit auf eine sekundärrechtliche

Ausgestaltung angewiesen. Wie bei der Niederlassungsfreiheit, ist eine Angleichung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen erforderlich. Art. 55 verweist darauf auf den hierfür einschlägigen Art. 47 EG. Weiterhin ermächtigt Art. 52 EG den Rat, Richtlinien zu erlassen, um ein allgemeines Programm zu verwirklichen, das auf die Aufhebung von Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs in bestimmten Bereichen gerichtet ist.

Dazu ein Beispiel: Nach § 1 I 1 HandwO ist der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur Handwerkern gestattet, die in der Handwerksrolle eingetragen sind. Daraus folgt, dass als Handwerk zu qualifizierende Tätigkeiten in Deutschland den Handwerkern vorbehalten sind. Will nun, etwa im grenzüberschreitenden Verkehr, ein EG-ausländischer Elektroinstallateur in Deutschland tätig werden, ohne in die deutsche Handwerksrolle eingetragen zu sein, so würde er gegen die HandwerksO verstoßen (Ordnungswidrigkeit gemäß § 117 I Nr. 1 HandwO).

Andererseits ginge es zu weit, EG-Ausländern in Deutschland handwerkliche Tätigkeiten ohne Beschränkungen zu gestatten. Schließlich sollen diese Beschränkungen den Qualitätsstandard handwerklicher Dienstleistungen sichern; die Eintragung in die Handwerksrolle ist erst nach bestandener Meisterprüfung möglich.

Einen Kompromiss ermöglicht § 9 HandwO, der die Bundesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt, die Ausnahmegewilligungen von dem Erfordernis einer Eintragung in die Handwerksrolle vorsieht; diese EWG-HandwerksVO ist erlassen worden zur Durchsetzung einer Harmonisierungsrichtlinie der EWG. Sie sieht vor, dass EG-ausländische Handwerker in die Handwerksrolle eingetragen werden, obwohl sie keine Meisterprüfung abgelegt haben, wenn

sie die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten auf andere Weise nachweisen. Dabei sind die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Kenntnisse zu berücksichtigen.

## VII. Prüfungsschema

Für die Dienstleistungsfreiheit ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

### (1) Schutzbereich

(a) Persönlicher Schutzbereich: natürliche Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind; Gesellschaften und juristische Personen im Sinne von Artt. 55, 48 EG.

(b) Sachlicher Schutzbereich: Dienstleistungen im Sinne von Art. 50 I / II EG; Einteilung nach den drei Arten der Dienstleistungserbringung.

(2) Staatliche Maßnahme; zu einer Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH sich noch nicht geäußert.

### (3) Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit

(a) Diskriminierung

(b) Sonstige Beschränkung

### (4) Rechtfertigung der Beeinträchtigung

(a) Bei sonstigen Beschränkungen: Verhältnismäßigkeit

(b) Bei Diskriminierungen: entweder nur Artt. 55, 46 EG oder zusätzlich Verhältnismäßigkeit

## VIII. Beispielsfälle

Dieses Prüfungsschema soll nun an Beispielsfällen aus der Rechtsprechung vertieft werden. Zu diesem Zweck habe ich folgende Fälle ausgewählt: (1) van Binsbergen, Slg. 1974, 1299; (2) Direktversicherung, Slg. 1986, 3755 (NJW 1987, 572); (3) Arbeitsvermittlungsmonopol, Slg. 1991, 1979 (NJW 1991, 2891); (4) Rundfunkrichtlinie, BVerfGE 92, 203; (5) Carpenter (JZ 2003, 202).



## 1. Van Binsbergen

**Sachverhalt:** Herr van Binsbergen beauftragte jemand anderen, ihn in einem gerichtlichen Verfahren ohne Anwaltszwang in den Niederlanden zu vertreten. Dieser Vertreter wechselte während des Verfahrens seinen Wohnsitz von den Niederlanden nach Belgien. Daraufhin wurde er von dem niederländischen Gericht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Nach niederländischem Recht könne Prozessvertreter nur sein, wer auch in den Niederlanden ansässig sei.

**Lösung:** Der Prozessvertreter kann sich auf die Art. 49 ff. EG berufen. Denn er ist eine natürliche Person, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates hat und der nach der Wohnsitzverlegung nach Belgien in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist als der Leistungsempfänger. Dass der Prozessvertreter möglicherweise selbst Niederländer ist, ist unschädlich. Art. 49 I EG verlangt nur die Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedslandes, nicht eines anderen EG-Mitgliedslandes. Der persönliche Schutzbereich ist darum eröffnet.

Gleiches trifft für den sachlichen Schutzbereich zu. Die Prozessvertretung ist eine entgeltliche Tätigkeit, die keiner anderen Grundfreiheit zugeordnet werden kann (Art. 50 I / II EG). Die Prozessvertretung erfolgt nach dem Wohnsitzwechsel auch grenzüberschreitend; der Dienstleistungserbringer will in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden.

Dies wird durch eine staatliche Maßnahme der Niederlande beeinträchtigt. Die staatliche Maßnahme geht von dem Gericht aus, das den Prozessvertreter zurückweist.

Die Beeinträchtigung ist keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Denn das Erfordernis eines ständigen Aufenthalts im Inland wird von den Niederlanden

ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit aufgestellt. Wäre der Prozessvertreter nicht selbst Niederländer, so könnte man an eine versteckte Diskriminierung denken. Die Besonderheit des Falles liegt jedoch darin, dass der Prozessvertreter als Niederländer von den Niederlanden benachteiligt wird. Das lässt sich mit dem Diskriminierungsverbot nicht fassen, sondern nur mit dem Beschränkungsverbot.

Eine Beschränkung liegt vor. Zu prüfen bleibt noch, ob sie sich rechtfertigen lässt. Hierzu führt der EuGH, zeitlich vor der Cassis-de-Dijon-Entscheidung, aus, solche an den Leistungserbringer gestellten Anforderungen seien mit dem Vertrag vereinbar, die sich "aus der Anwendung durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Berufsregelungen" ergeben und die für alle im Gebiet des Staates ansässigen Personen verbindlich sind. Weiterhin dürfe ein Mitgliedstaat Regelungen erlassen, die verhindern, dass ein Dienstleistungserbringer, der ausschließlich in diesem Staat tätig werden wolle, sich die Dienstleistungsfreiheit zunutze mache, um sich Berufsausübungsregelungen dieses Staates zu entziehen.

In diesem Zusammenhang fragt der EuGH, ob das Erfordernis einer festen beruflichen Niederlassung im Inland geboten sei. Dies verneint er für den vorliegenden Fall mit der Erwägung, dass die Niederlande von Prozessvertretern, die keine Anwälte sind, keine Befähigungsnachweise verlangen, und dass solche Personen im Übrigen keinen Berufsausübungsregelungen unterliegen. Vor diesem Hintergrund sei das Erfordernis einer inländischen Niederlassung nicht erforderlich; die Gefahr der Umgehung nationaler Vorschriften bestehe nicht. Dem guten Funktionieren der Justiz könne mit weniger einschränkenden Maßnahmen Genüge getan werden, z.B. durch die Angabe einer Zustellungsanschrift für gerichtliche Mitteilungen.

Da die Beschränkung sich nicht rechtfertigen lässt, verstößt die Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten gegen dessen Dienstleistungsfreiheit.

In der Rechtssache van Binsbergen hat der EuGH den Artt. 49 und 50 EG erstmals unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt. Dies ist heute so unumstritten, dass es nicht weiter problematisiert werden muss. Das maßgebende Argument lautete, der Befristung der Übergangszeit sei der Wille der Mitgliedstaaten zu entnehmen, dass die Dienstleistungsfreiheit nach Fristablauf uneingeschränkt gelte. Dazu gehöre auch ihre unmittelbare Anwendbarkeit.

## **2. Direktversicherung (Slg. 1986, 3755)**

In der Direktversicherungsentscheidung hat sich der EuGH u.a. mit der Frage beschäftigt, ob es mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist, wenn das deutsche Versicherungsaufsichtsrecht von EG-ausländischen Versicherungsunternehmen, die in Deutschland tätig werden wollen, eine Niederlassung im Inland und die Zulassung durch die deutsche Versicherungsaufsicht verlangt.

Als erstes stellt der EuGH hier fest, dass thematisch die Dienstleistungsfreiheit, nicht die Niederlassungsfreiheit betroffen ist. Durch den Niederlassungszwang würden ausländische Versicherer gerade gehindert, vom Ausland aus tätig zu werden. EG-ausländische, zumeist britische und niederländische Versicherungsunternehmen fallen auch in den persönlichen Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit.

Das Zulassungserfordernis und das Niederlassungserfordernis beeinträchtigen die Ausübung der Freiheit. Dagegen hat die Bundesrepublik auf Art. 50 III EG hingewiesen, der als Diskriminierungsverbot ausgestaltet sei. Der EuGH hält dem entgegen, Art. 50 III EG dürfe nicht so verstanden werden, dass jede für inländische Versicherungsunternehmen geltende

Regelung, die normalerweise eine Dauertätigkeit dieser Unternehmen zum Gegenstand habe, in vollem Umfang und in gleicher Weise auf zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könne, die von Unternehmen ausgeübt werden, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind. M.a.W.: Art. 50 III EG steht einer Deutung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot nicht entgegen (Tz. 27).

Als Beschränkungsverbot lasse die Dienstleistungsfreiheit nur Beschränkungen zu, die durch das Allgemeininteresse geboten werden, und zwar nur insoweit, wie dem Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften im Herkunftsland des Dienstleistungserbringers Rechnung getragen ist. Im Bereich der Versicherungswirtschaft sei der Verbraucherschutz ein solches Allgemeininteresse. Die Verbraucher seien hier besonders schutzwürdig, weil sie Versicherungsleistungen und die Liquidität von Versicherungsunternehmen nicht zuverlässig beurteilen könnten, weil sie von Versicherungsleistungen ggfs. existentiell abhängig sein könnten und weil Versicherungen, jedenfalls in bestimmten Sparten, ein Massenphänomen geworden seien, von dem praktisch die gesamte Bevölkerung betroffen sei. Von diesem Ansatz ausgehend beurteilt der EuGH das Zulassungs- und das Niederlassungserfordernis.

Das Zulassungserfordernis hält der EuGH für eine zulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Da das Versicherungsaufsichtsrecht noch nicht vollständig harmonisiert sei, müsse jeder Staat die Möglichkeit haben, die Einhaltung seiner Rechtsvorschriften zu kontrollieren. Der Hinweis auf eine Zulassung im Heimatstaat des Versicherungsunternehmers reiche nicht aus, weil diese Zulassung nach Maßgabe jedenfalls teilweise anderer Maßstäbe erfolgt sei. Erst wenn die rechtlichen Maßstäbe vollständig harmonisiert seien, reiche die Zulassung durch einen Mitgliedstaat auch im Hinblick auf die anderen Mitgliedstaaten aus und seien weitere

Zulassungsentscheidungen nicht mehr erforderlich.

Anders verhalte es sich mit dem Niederlassungserfordernis. Soweit dieses bezwecke, die Arbeit der Versicherungsaufsichtsbehörden zu erleichtern, indem diesen ein Ansprechpartner im Inland geschaffen werde, sei es nicht erforderlich. Der Zweck der Verwaltungsvereinfachung allein könne eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen. Soweit das Niederlassungserfordernis bezwecke, den Gläubigern von Versicherungsunternehmen eine inländische Haftungsmasse zu sichern, in die sie vollstrecken können, sei es ebenfalls nicht erforderlich. Insoweit reiche aus, von dem Unternehmen zu verlangen, Vermögenswerte im Inland zu unterhalten. Gleiches gilt für die Erwägung, nur eine Inlandsniederlassung erlaube eine Bewertung der Liquidität des Unternehmens durch die Versicherungsaufsicht. Auch insoweit gebe es mildere Mittel.

### **3. Arbeitsvermittlungsmonopol (EuGH Slg. 1991, 1979 NJW 1991, 2891)**

In einer weiteren Entscheidung hatte der EuGH über das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit zu befinden. Dieses untersagte privatwirtschaftlichen Arbeitsvermittlern auch die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft, obwohl die monopolbegünstigte Bundesanstalt für Arbeit auf diesem Gebiet keinerlei Erfolge vorweisen konnte. Die Entscheidung ist auch interessant, weil sie das Zusammenwirken der Wettbewerbsregeln in den Art. 81 ff. EG mit den Grundfreiheiten deutlich macht.

Der EuGH setzt bei dem Begriff des Unternehmens im Sinne der Artt. 81 ff. EG an. Unternehmen ist jede Einheit, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausführe. Dies trifft auf die Arbeitsvermittlung zu, auch wenn sie von öffentlich-rechtlichen Anstalten betrieben wird. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform schließt auch nicht nach Art.

86 II EG die Anwendbarkeit der Art. 81 ff. aus, denn wenn die Bundesanstalt für Arbeit offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage nach Führungskräften der Wirtschaft zu befriedigen, dann kann die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung dieser Aufgabe nicht noch zusätzlich behindern.

Nach Art. 86 I EG treffen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen und behalten sie keine Maßnahmen bei, die den Artt. 81 ff. EG widersprechen. Deshalb ist eine gesetzliche Bestimmung, die die Bundesanstalt für Arbeit zwingt, gegen Art. 82 EG zu verstoßen, mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 86 I EG unvereinbar. Dies ist hier der Fall. Einschlägig ist Art. 82 II lit. b) EG, weil die Bundesanstalt die Leistung selbst nicht erbringt und die Monopolisierung andere daran hindert, die Leistung in zulässiger Weise zu erbringen.

Weiterhin ist der Missbrauch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Denn es ist möglich, dass EG-ausländische Unternehmen, die Führungskräfte vermitteln, ihre Tätigkeit auf Deutschland erstrecken wollen.

In diesem Fall wird zugleich die Dienstleistungsfreiheit des EG-ausländischen Unternehmens in einer unzulässigen Weise beschränkt. Der Verstoß gegen die Art. 82 und 86 EG indiziert in diesem Fall, dass die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit sich nicht rechtfertigen lässt. Denn eine staatliche Maßnahme, die mit Art. 86 I EG unvereinbar ist, kann nicht vor Art. 49 I EG gerechtfertigt sein.

Allerdings setzt ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit eine Beeinträchtigung eines EG-ausländischen Unternehmens voraus. Daran fehlte es in dem Fall, der dem EuGH nach Art. 234 EG zur Entscheidung vorgelegt worden ist. Dort hatte eine deutsche

Personalvermittlungsgesellschaft geklagt. Der EuGH konnte deshalb nur einen Verstoß gegen Art. 86 I, nicht aber auch gegen Art. 49 I EG feststellen. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 86 I EG eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthält, Art. 49 EG aber ein subjektives Recht.

#### **4. Sozialversicherungsmonopol**

Die Entscheidung des EuGH zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit führt auf ein grundsätzliches Problem, das gegenwärtig diskutiert wird. Es stellt sich nämlich die Frage, ob Sozialversicherungsmonopole mit der Dienstleistungsfreiheit EG-ausländischer Versicherer vereinbar sind. Solche Monopole gibt es in den Bereichen der Renten- und Pflegeversicherung, der Krankenversicherung und der Unfallversicherung. Im Bereich der Renten- und Pflegeversicherung kann man das Monopol mit dem Umlageverfahren und dem Generationenvertrag rechtfertigen, in welche sich EG-ausländische Versicherer nicht einfügen ließen. Im Bereich der Krankenversicherung gibt es zum einen Marktanteile für private Versicherer; die verbleibenden Anteile der gesetzlichen Krankenversicherung lassen sich damit rechtfertigen, dass nur in einem staatlichen System eine Negativauslese von Trägern größerer Gesundheitsrisiken vermieden werden kann. Es bleibt die gesetzliche Unfallversicherung. Hier fällt es schwer, ein Monopol öffentlich-rechtlicher Unfallversicherer zu rechtfertigen. Die Leistungen der Unfallversicherung lassen sich durchaus privatwirtschaftlich erbringen.

Zur Bedeutung der Dienstleistungs- und anderer Grundfreiheiten für die Leistungserbringer im Gesundheitswesen: von Schwanenflügel, DVB1. 2003, 496.

#### **5. Rundfunkrichtlinie (BVerfGE 92, 203)**

Gestützt auf Art. 47 II und Art. 55 EG erließ die EG im Oktober 1989 eine Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität. Grundanliegen der Richtlinie ist die Freiheit des Empfangs und der Weiterverbreitung von Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten. Die Überwachung einheitlicher Standards hinsichtlich des Programms soll in erster Linie bei dem Staat liegen, dessen Aufsicht der jeweilige Fernsehveranstalter unterworfen ist. Für **das** Gegendarstellungsrecht, die Werbung und **das** Sponsoring sieht die Richtlinie EG-einheitliche Regelungen vor. Die Richtlinie schreibt schließlich vor, dass bei der Programmgestaltung "europäische Werke" bis hin zu Mindestquoten begünstigt werden müssen. Diese Programmquoten sind politisch als Kulturprotektionismus kritisiert worden. Rechtlich stellte sich die Frage, ob die EG für das Fernsehen überhaupt und speziell für Programmquoten eine Rechtsetzungskompetenz hat. Diese Kompetenz ist in Deutschland vor allem von den Bundesländern bestritten worden. Die Länder haben gegen den Bund ein Bund-Länder-Streitverfahren vor dem BVerfG eingeleitet, weil sie der Auffassung sind, der Bund habe ihre Kulturhoheit gegenüber der EG nicht genügend verteidigt. Das BVerfG hat sich dem insoweit angeschlossen, als der Bund die Programmquoten, die er selbst für kompetenzwidrig erachtete, gleichwohl hingenommen hat. Die Art, wie der Bund sich insoweit verhalten habe, verletze die Länder in ihren Rechten aus Art. 70 I und 24 I sowie den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens. Zu der Kompetenzfrage hat sich das BVerfG nicht geäußert.

Zu der Grundsatzfrage, ob die Dienstleistungsfreiheit auch kulturelle Tätigkeiten erfasse, hat der EuGH klar Stellung bezogen. Seit 1974 geht das Gericht davon aus, dass Fernsehsendungen wegen ihrer Entgeltlichkeit Dienstleistungen sind. Das Entgelt besteht entweder in



Rundfunkgebühren oder in Werbeeinnahmen. Fernsehsendungen werden wegen des Vorhandenseins von Kabelnetzen und Satellitenübertragungsmöglichkeiten auch grenzüberschreitend ausgestrahlt. Jedenfalls hinsichtlich des wirtschaftlichen Rahmens von Fernsehsendungen liegt darum eine entgeltliche Tätigkeit vor, die dem Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen ist. Dass Fernsehen darüber hinaus eine kulturelle Veranstaltung ist, ändert an diesem Befund nichts. Dass nach deutschem Verfassungsrecht Fernsehen in die Kompetenz der Länder fällt, ist auf EG-Ebene unbeachtlich.

Hinsichtlich der Regelungen über Werbung, Sponsoring und Gegendarstellung räumt das BVerfG ein, die Bundesregierung habe davon ausgehen dürfen, die grundlegende Vertragspflicht zur Schaffung eines freien Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt schließe ein, dass die Gemeinschaft die Voraussetzungen für eine freie grenzüberschreitende Verbreitung von Rundfunksendungen und deren freien Empfang in allen Mitgliedstaaten herstelle. Dies wird von Art. 47 II 1 EG gedeckt.

Problematisch sind jedoch die Programmquoten. Ihr Ziel ist weniger die Schaffung eines wirtschaftlichen Rahmens für EG-weites Fernsehen, als der Schutz der europäischen Filmindustrie und das kulturelle Anliegen, europäische Werke zu fördern. Man kann hier sowohl die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft anzweifeln als auch einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung) sehen.

#### **6. Carpenter-Entscheidung (EuGH JZ 2003, 202)**

Der EuGH beschäftigt sich mit der Frage, ob die Ausweisung einer Philippinin aus Großbritannien wegen Missachtung ausländerrechtlicher Bestimmungen gegen Art. 49 EG verstößt, weil die Philippinin mit einem britischen Staatsangehörigen verheiratet ist und diesem durch Führung des Haushalts und

Mitarbeit in dessen Firma ermöglicht, europaweit Dienstleistungen anzubieten (was mit einigem Reiseaufwand verbunden ist). Er stellt fest, dass der Grundsatz der Familieneinheit nicht nur bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit Bedeutung habe und dass die Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf EG-ausländische Dienstleistungen auch Schutz gegen den Heimatstaat des Dienstleistungserbringers gebe. Sodann unterzieht er die Ausweisung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, wobei er konkretisierend das Recht auf Achtung des Familienlebens in Art. 8 EMRK heranzieht. Der EuGH führt aus, das Verhalten der Frau sei zwei Jahre unbeanstandet geblieben, es liege unstreitig keine Scheinehe vor und **es** sei nicht dargetan, dass die Frau künftig eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstelle.