

Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip

Prinzipielle Möglichkeiten und
primärrechtliche Grenzen der Liberalisierung
eines integrierten europäischen
Binnenmarktes für Dienstleistungen

Stephan J. Waldheim



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip

Prinzipielle Möglichkeiten und
primärrechtliche Grenzen der Liberalisierung
eines integrierten europäischen
Binnenmarktes für Dienstleistungen

Stephan J. Waldheim



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2008
Zugl.: Münster, Univ., Diss., 2008

978-3-86727-837-9

D6

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2008
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2008

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86727-837-9

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms Universität zu Münster (WWU) im Wintersemester 2007/2008 als Dissertation angenommen. Sie entstand in einer Zeit, als Europa wie selten zuvor im Bewusstsein einer breiten Öffentlichkeit ankam und in der das Ringen um die sog. Dienstleistungsrichtlinie nicht selten zum Gradmesser der europäischen Integration avancierte. Gelegentlich schien es gar, als ob die Plebiszite über die geplante Europäische Verfassung als eine Abstimmung gegen den Richtlinienvorschlag der Kommission missbraucht wurden. Für die einen war der Plan zur Liberalisierung der Dienstleistungsmärkte neoliberales Teufelszeug, für die anderen hingegen der notwendige Befreiungsschlag zur Vollendung des Europäischen Binnenmarktes im Sinne der Lissabon-Strategie. Die vorliegende Arbeit hat diese Stimmungspole in der Zeit von Ende 2004 bis Anfang 2008 eingefangen. Sie enthält sich dabei bewusst einer Stellungnahme zu politischem wie ökonomischem Sinn und Unsinn des sog. Herkunftslandprinzips. Ihr Anliegen ist es vielmehr, anhand rechtlicher Strukturelemente eines Binnenmarktes für Dienstleistungen den Kern des Anstoßes – das Herkunftslandprinzip – juristisch aufzuarbeiten. Dabei wird sich zeigen, dass das Dienstleistungsrecht in Europa dem Herkunftslandprinzip folgt, soweit dieses nicht seinerseits, ganz Prinzip im eigentlichen Sinne, durch das gegenläufige Bestimmungslandprinzip eingeschränkt wird. Literatur und Rechtsprechung sind im Wesentlichen auf dem Stand von April 2008.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dirk Ehlers, der mir bei Bedarf stets unkompliziert mit Rat und Tat zur Seite stand und mir gleichzeitig den erforderlichen Freiraum bei der Erstellung dieser Arbeit zukommen ließ. Herrn Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Des Weiteren danke ich vor allem meinen Eltern Dr. Gerhard und Anne Waldheim, sowie meinem Bruder Christian. Ohne ihre vielfältige Unterstützung, gleich welcher Art, wäre diese Arbeit wohl nicht zustande gekommen. Ganz zu schweigen von den wertvollen Anmerkungen während des Korrekturlesen meiner zahlreichen Manuskripte und im argumentativen Austausch über das eine oder andere Thema.

Schließlich gilt mein besonderer Dank meinem Onkel, Othmar Karas MdEP, der mich im Dezember 2004 überhaupt erst auf die Pläne der Kommission zum Erlass einer „Dienstleistungsrichtlinie“ aufmerksam gemacht hat und mich im Laufe der Bearbeitung stets gerne und unkompliziert zu Recherchezwecken in seinem Büro im Europäischen Parlament in Brüssel aufgenommen hat. Lieber Othmar, danke für Deine großzügige Unterstützung und die vielen gemeinsamen Stunden, die wir zusammen in Brüssel verbracht haben.

Last but not least darf an dieser Stelle ein Wort des Dankes an den wichtigsten Menschen in meinem Leben nicht fehlen. Sie war in all den Jahren einfach nur da, treu an meiner Seite, und das war mehr wert als alles andere: Noëmi, Du bist die Frau, mit der ich alt werden möchte. Ohne Dich hätte ich die innere Kraft für diese Arbeit niemals aufgebracht. Danke, dass es Dich gibt. Ich liebe Dich!

Stephan J. Waldheim
Düsseldorf, im Dezember 2008

Inhaltsverzeichnis	Seite
Abkürzungsverzeichnis	xxi
Literaturverzeichnis	389
<i>Erster Teil</i>	
Einleitung	1
A. Erkenntnisinteresse	1
I. Eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt	1
II. Dienstleistungsfreiheit contra Herkunftslandprinzip?	11
B. Untersuchungsgegenstand	14
I. Die Gegenwart europäischer Dienstleistungen – eine Bestandsaufnahme	14
II. Die Zukunft europäischer Dienstleistungen – das Herkunftslandprinzip?	18
C. Vorschau auf den Gang der Arbeit	20
<i>Zweiter Teil</i>	
Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit im Primärrecht	23
A. Ziele der Dienstleistungsfreiheit	23
B. Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49, 50 EG	28
I. Sachlicher Anwendungsbereich	28
1 Allgemeines zum Begriff der Dienstleistung	28
a) <i>Dienstleistung als Phänomen</i>	28
b) <i>Volkswirtschaftlicher und gemeinschaftsrechtlicher Dienstleistungsbegriff</i>	30
c) <i>Dienstleistung als Produkt</i>	30
2 Kriterien und Definition nach den Vertragsvorschriften und nach der Rechtsprechung des EuGH	34
a) <i>Leistung</i>	35
b) <i>Grenzübertritt</i>	35
aa) <i>Grenzübertritt des Leistenden</i>	38
bb) <i>Grenzübertritt des Leistungsempfängers</i>	39

cc) <i>Grenzübertritt der Leistung</i>	39
c) <i>Entgelt</i>	41
aa) <i>Wirtschaftliche Äquivalenz</i>	41
bb) <i>Funktionale Auslegung</i>	43
cc) <i>Gewerblicher Bezug</i>	46
d) <i>Subsidiarität</i>	49
aa) <i>Formelle Subsidiarität</i>	49
bb) <i>Materielle Subsidiarität</i>	50
cc) <i>Begriff der Niederlassung</i>	51
dd) <i>Notwendigkeit der Abgrenzung</i>	54
ee) <i>Abgrenzungskriterien</i>	56
(1) <i>Dauer</i>	56
(2) <i>Feste Einrichtung im Aufnahmestaat</i>	59
(3) <i>Umfang und Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit</i>	62
(4) <i>Wertende Einzelfallbetrachtung</i>	64
ff) <i>Niederlassungsfreiheit ohne Niederlassung? - das sog. Vermittlerproblem als Gegenprobe einer einschränkenden Auslegung der Dienstleistungs- vorschriften</i>	66
gg) <i>Schlussfolgerung</i>	70
hh) <i>Weitere Abgrenzungen</i>	71
(1) <i>Korrespondenzdienstleistungen</i>	71
(2) <i>Dienstleistungsempfangsfreiheit</i>	73
(3) <i>Andere Grundfreiheiten</i>	75
3 <i>Zusammenfassung</i>	76
II. <i>Berechtigte</i>	77
III. <i>Verpflichtete</i>	79
1 <i>Die Mitgliedstaaten</i>	79
a) <i>Die Bestimmungsstaaten</i>	79
b) <i>Die Herkunftsstaaten</i>	85
2 <i>Die Union</i>	86
3 <i>Privatpersonen</i>	88

a) <i>Das Für und Wider einer Privatrechtswirkung der Dienstleistungsfreiheit vor der Alternative „Freiheit“ oder „Bindung“</i>	90
b) <i>Privatrechtswirkung als Kompetenzproblem</i>	95
c) <i>Ausnahme für intermediäre Gewalten?</i>	96
IV. Gewährleistungsumfang	98
1 Fragestellung	98
2 Die Art. 49 ff. EG als „relatives“ Gleichheitsrecht – Diskriminierungsverbot	101
3 Die Art. 49 ff. EG als „absolutes“ Freiheitsrecht - Beschränkungsverbot	103
a) <i>Die Rechtsprechung des EuGH</i>	103
b) <i>Der materielle Diskriminierungsbegriff</i>	109
c) <i>Die Einheitslehre</i>	114
d) <i>Dienstleistungsspezifische Kritik</i>	117
e) <i>Die weitere Entwicklung: Keck und die Folgen – auf der Suche nach der eigentlichen „Werkidee“ der Grundfreiheiten</i>	120
V. Zusammenfassung	124

Dritter Teil

Grundlagen des Herkunftslandprinzips im Primärrecht	127
A. Begriff	127
I. Ursprung, Begriffsentwicklung und Begriffsverständnis	127
1 Von den Anfängen der Integrationspolitik zum „losen Eurojargon“	127
2 Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt	131
3 Vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zum Herkunftslandprinzip	136
4 Ein neuer „neuer Ansatz“?	140
II. Optimierungsgebot als Kennzeichen des unvollkommenen Binnenmarktes	142
1 Unvollkommener Binnenmarkt	142
2 Optimierungsgebot	144
III. Begriffsverständnis und Begriffsbildung in der Literatur	146

B. Gemeinschaftsrechtliche Anknüpfungspunkte	149
I. Vorüberlegungen	149
II. „Absolute“ Freiheitsgewährleistung und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts	150
1 Rechtskonformität des Ware als notwendige und hinreichende Bedingung „absoluter“ Warenverkehrsfreiheit	152
2 Rechtskonformität der Dienstleistung als zwar notwendige, aber nicht ausnahmslos hinreichende Bedingung „absoluter“ Dienstleistungsfreiheit	156
III. Verhältnismäßigkeit	157
1 Gegenseitiges Vertrauen im Binnenmarkt bis zur Schwelle partikularer Regelungsnotwendigkeit	157
a) <i>Grundlagen aus dem Bereich des freien Warenverkehrs</i>	157
b) <i>Die Rechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr</i>	159
aa) <i>van Wesemael</i>	161
bb) <i>Webb</i>	162
cc) <i>Kommission ./.. Deutschland</i>	164
dd) <i>Gebhard</i>	165
ee) <i>Ramrath</i>	166
ff) <i>Rush Portuguesa</i>	167
gg) <i>Vander Elst</i>	168
hh) <i>Seco</i>	169
ii) <i>Guiot und Arblade</i>	169
jj) <i>Kommission ./.. Italien</i>	170
kk) <i>Säger</i>	172
ll) <i>Reisebüro Broede</i>	174
mm) <i>Corsten und Schnitzer</i>	175
nn) <i>Canal Satélite Digital</i>	178
c) <i>Zwischenergebnis</i>	179
d) <i>Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue</i>	180
2 Struktur und inhaltliche Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Gesamtgefüge des Binnenmarktrechts	181
a) <i>Gemeinschaftsrechtlicher und deutscher Grundsatz der Verhältnismäßigkeit</i>	182

<i>b) Die Rolle des Herkunftslandprinzips in der supranationalen Verhältnismäßigkeitsprüfung</i>	182
<i>c) Einschränkung durch die Keck-Rechtsprechung</i>	183
3 Prüfungsebene	189
4 Schema	191
5 Übertragung der Keck-Einschränkung auf die Dienstleistungsfreiheit	191
<i>a) Alpine Investments</i>	193
<i>b) Schema</i>	200
6 Kritik an Keck selbst	200
7 Kritik an der Übertragung der Keck-Einschränkung auf die Dienstleistungsfreiheit	208
C. Mitgliedstaatliches Ermessen	210
I. Begründung	210
II. Reichweite	213
III. Justizibialität	215
1 Das Urteil <i>Läärä</i>	215
2 Das Urteil <i>Zenatti</i>	219
3 Das Urteil <i>Gambelli</i>	221
IV. Fazit	222
D. Anwendungsvoraussetzungen	223
I. Normen	223
II. Fakten	224
III. Bedeutung von Gemeinschaftsmaßnahmen und Prüfungsdichte	226
E. Inhalt und Wirkung	229
I. Freiheitsprinzip, negatives Kompetenzprinzip, Unterscheidung von den Grundfreiheiten	229
II. Kein Kollisionsprinzip	231
III. „Race to the bottom“	233
F. Zusammenfassung	242

Vierter Teil

Möglichkeiten und Grenzen der Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs durchs das Sekundärrecht	243
A. Die Dienstleistungsfreiheit der Dienstleistungsrichtlinie	243
B. Funktion der Rechtsangleichung im unvollkommenen Binnenmarkt	246
C. Instrumente der Rechtsangleichung	250
I. Sektorspezifische Rechtsangleichungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit	253
II. Allgemeine Rechtsangleichungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit	255
III. Flächendeckende Rechtsangleichungsmaßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes – ein neuer „neuer Ansatz“	256
1 Grundsätzlich betroffene Regelungsanliegen der Mitgliedstaaten	260
a) <i>Das Wirtschaftsverwaltungsrecht</i>	260
b) <i>Das Bauplanungs- und Bauordnungsrecht</i>	262
c) <i>Das Berufsrecht der sog. „freien Berufe“</i>	263
d) <i>Das Vertrags-, Haftungs- und Gewährleistungsrecht</i>	265
e) <i>Das Arbeits-, Sozial- und Gesundheitsrecht</i>	266
f) <i>Das Umweltrecht</i>	270
g) <i>Die Daseinsvorsorge</i>	273
2 Maßgeblichkeit der vertikalen Kompetenzordnung der Europäischen Union	274
D. Rechtsangleichung im föderativen Kompetenzwiderstreit – die Liberalisierungsermächtigung der Europäischen Union	275
I. Kompetenzverteilung, Kompetenzabgrenzung und Eindimensionalität der Zuständigkeitsordnung in der Union	275
II. Der EuGH als Kompetenzgericht	278
III. Maßgebliche Strukturelemente zur Einordnung des Herkunftslandprinzips in das vertikale EG-Kompetenzraster	279

IV. Verbandszuständigkeit der Gemeinschaft: die Tatbestandsvoraussetzungen der Binnenmarktkompetenzen	281
1 Art. 47 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 55 EG	281
2 Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG	282
a) <i>Gegenstand der Koordinierung nach Art. 47 Abs. 2 EG</i>	284
b) <i>Gedanke der funktionalen Koordinierung</i>	286
c) <i>Komplementärverhältnis von Koordinierung und gegenseitiger Anerkennung</i>	288
aa) <i>Eine Ansicht: Koordinierung niemals Selbstzweck</i>	289
bb) <i>Andere Ansicht: Koordinierung nicht auf Maßnahmen beschränkt, die auf Anerkennung zielen</i>	289
cc) <i>Stellungnahme</i>	290
d) <i>Zwischenergebnis</i>	291
3 Art. 52 Abs. 1 EG	292
a) <i>Anwendbarkeit</i>	292
aa) <i>„Vertragsdenkmal“?</i>	292
bb) <i>Verhältnis zu Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG</i>	293
b) <i>Einzelregelungsgebot, Art. 52 Abs. 1 EG</i>	294
4 Art. 95 Abs. 1 EG	295
5 <i>Zwischenergebnis</i>	297
6 Art. 308 EG	297
7 <i>„Implied powers“ und „effet utile“</i>	299
a) <i>Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 EG</i>	300
b) <i>Anwendung auf den Einzelfall</i>	301
8 <i>Ergebnis</i>	303
V. Reichweite der Binnenmarktkompetenzen im Gesamtgefüge des Binnenmarktrechts: zur inhaltlichen Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips	303
1 <i>Das bisherige Liberalisierungskonzept im Sekundärrecht – Kongruenz mit dem Primärrecht</i>	303
2 <i>Das Liberalisierungskonzept der Dienstleistungsrichtlinie – Inkongruenz mit dem Primärrecht?</i>	306
a) <i>Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten</i>	308
b) <i>Kollision von primärem und sekundärem Recht</i>	308

c) <i>Lösungsparameter</i>	310
aa) <i>Der Grundsatz der Normenhierarchie</i>	310
bb) <i>Das Organisationsmodell des „supranationalen Föderalismus“ ...</i>	311
cc) <i>... und die dazugehörige Rechtsprechung des EuGH</i>	314
dd) <i>Herkunftslandprinzip und Herkunftslandkontrolle</i>	317
ee) <i>Systemkonformität und Handhabbarkeit des Binnenmarktrechts</i>	321
<i>Exkurs: einheitlicher Ansprechpartner, Art. 6 DLR</i>	323
ff) <i>Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip</i>	325
gg) <i>Primärrechtskonforme Auslegung</i>	327
d) <i>Die Trennung von Marktzugang und Marktverhalten aus Sicht der Volkswirtschaftslehre</i>	331
e) <i>Zusammenfassung</i>	333

Fünfter Teil

Herkunftslandprinzip und Inländerdiskriminierung	335
A. Allgemeines	335
B. Das Phänomen der Inländerdiskriminierung durch und seine Zulässigkeit im Gemeinschaftsrecht	337
C. Der sog. nationale Ansatz: <i>status quo</i> der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Inländerdiskriminierungen am Beispiel des Handwerks	340
I. Berufsfreiheit	340
1 Die Gewährleistung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	340
2 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung	341
a) <i>Die tradierte Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG</i>	342
b) <i>Der Einfluss der Binnenmarktentwicklung in der Literatur und in der neuesten Rechtsprechung des BVerfG</i>	343
c) <i>Stellungnahme</i>	345

3 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung	348
II. Allgemeiner Gleichheitssatz	349
1 Struktur und normativer Gehalt des Art. 3 Abs. 1 GG im Gesamtgefüge des Grundgesetzes	349
2 Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG	351
a) <i>Systemimmanente Disparitäten – limitierte Bindungswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG</i>	351
b) <i>Gemeinschaftsrechtliche Besonderheiten – Maastricht und die Folgen der Vollzugstheorie</i>	352
3 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung	355
a) <i>Anstöße aus Österreich</i>	355
b) <i>Zur Verfassungsrechtslage in Deutschland</i>	356
c) <i>Europarechtliche Aspekte</i>	357
d) <i>Ergebnis</i>	359
4 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung	359
III. Zusammenfassung	361
D. Neubewertung der Verfassungsrechtslage aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie?	362
I. Berufsfreiheit	363
1 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung	363
a) <i>Geeignetheit und Ziellegitimität</i>	363
b) <i>Erforderlichkeit</i>	367
c) <i>Angemessenheit</i>	369
2 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung	370
a) <i>Geeignetheit</i>	370
b) <i>Erforderlichkeit</i>	370
c) <i>Angemessenheit</i>	370
II. Allgemeiner Gleichheitssatz	371
1 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung	371

2 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung	372
III. Fazit	373
E. Folgen der Verfassungswidrigkeit berufsregelnder Vorschriften	375
F. Befreiung des deutschen Gesetzgebers von der Bindung an die Grundrechte nach Maßgabe der <i>Solange 2-</i> Rechtsprechung?	377

Sechster Teil

Zusammenfassung der Arbeit in 10 Thesen	381
A. Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot im Sinne des Herkunftslandprinzips	381
B. Herkunftslandprinzip minus Bestimmungslandprinzip als eigentliche „Werkidee“ der Grundfreiheiten	382
C. Herkunftslandprinzip als Prinzip im eigentlichen Sinne	382
D. Kooperationspflicht (Art. 10 EG) und Auswahlermessen im Hinblick auf die Verwirklichung eines Binnenmarktes für Dienstleistungen – Jurisdiktionsgewalt des EuGH	383
E. Funktionale Äquivalenz, ökonomische Effizienz, Subsidiaritätsprinzip und „race to the bottom“	383
F. Die Dienstleistungsrichtlinie: ein neuer „neuer Ansatz“	384
G. Art. 5 EG als ganzheitliche Kompetenzausübungs- und Kompetenzabgrenzungsschranke der Liberalisierungsermächtigung der Europäischen Union	385
H. Primärrechtskonforme Auslegung des sekundären Rechts: Trennung zwischen Marktzugang und Marktverhalten nach Herkunfts- und Bestimmungslandprinzip	386
I. Zulässigkeit aktueller, mittelbar auf das Herkunftslandprinzip rückführbarer	

Inländerdiskriminierungen im deutschen Handwerksrecht am Maßstab der Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG	387
J. Neubewertung der Verfassungsrechtslage in naher Zukunft – die Folgen der Dienstleistungsrichtlinie	388

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
aaO	an angegebenem Orte
ABl.EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AfP	Archiv für Presserecht
ALDE	Allianz der Liberalen und Demokraten für Europa
Anh.	Anhang
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
AtomG	Atomgesetz
ATTAC	Association pour une Taxation des Transactions financières pour l'Aide aux Citoyens
AuR	Arbeit und Recht
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AWD	Außenwirtschaftsdienst
AWM	Aktionsgemeinschaft Wirtschaftlicher Mittelstand
BauO	Bauordnung
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Nummer der Entscheidungssammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Nummer der Entscheidungssammlung)
bzw.	beziehungsweise
CDE	Cahiers de droit européen
CMLRev.	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung
Diss.	Dissertation
DLF	Dienstleistungsfreiheit
DLR	Dienstleistungsrichtlinie
DLR-E	Entwurf für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemein- schaft
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
etc.	und so weiter (lat.: et cetera)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemein- ten/Europäischer Gerichtshof
EuGR	Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (Lehrbuch)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)

EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EVP	Europäische Volkspartei
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
F.A.S.	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
ff.	fortfolgende
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.eingetragener Verein Fortham Int'l
L.J.	Fordham International Law Journal
F.R.	Frankfurter Rundschau
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GS	Gedächtnisschrift
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
HandwO	Handwerksordnung
HandwVO	Handwerksverordnung
Hdb.	Handbuch
HdbArbR	Handbuch des Arbeitsrechts
HdbEGWiR	Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts
HeilBerGNW	Heilberufsgesetz Nordrhein-Westfalen
HK	Handkommentar
h.M.	herrschende Meinung
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Rechtsanwälte
Hrsg.	Herausgeber

HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HwK	Handwerkskammer
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
IHK	Industrie- und Handelskammer
IHKG	Industrie- und Handelskammergesetz
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat und Verfahrens- rechts
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
Jb. junger ZivilRwiss.	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
JBl	Juristische Blätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOM	Kommissionsdokument (Legislativvorschläge und sonstige Mitteilungen der Kommission an den Rat und/oder die anderen Organe sowie die entsprechen- den vorbereitenden Dokumente)
krit.	kritisch
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
lit.	Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs- report
NRW	Nordrhein-Westfalen

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OLG	Oberlandesgericht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
para.	Paragraph
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RADG	Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
Rn.	Randnummer
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RuP	Recht und Politik
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
s.	siehe
SEK	Kommissionsdokument (interne Dokumente, die mit Entscheidungsprozessen und der allgemeinen Funktionsweise der Kommissionsdienststellen zusammenhängen)
Slg.	Sammlung (der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz)
s.o.	siehe oben
sog.	so genannte(r)
SPE	Sozialdemokratische Partei Europas
SPUC	Society for the Protection of Unborn Children
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
S.Z.	Süddeutsche Zeitung
TA-Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft
TA-Lärm	Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm

TÜV	Technischer Überwachungsverein
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VBl.BW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
VDI	Verein deutscher Ingenieure
VerfGH	Verfassungsgerichtshof (Österreich)
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WKÖ	Wirtschaftskammer Österreich
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZDH	Zentralverband des Deutschen Handwerks
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZLR	Zeitschrift für Lebensmittelrecht
z.T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften

Erster Teil

Einleitung

A. Erkenntnisinteresse

I. Eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Nach schier endlosen Diskussionen im Europäischen Parlament¹, und in der europäischen (Lobby-) Öffentlichkeit², liegt dem europäischen Rechtsanwender seit dem 28.12.2006 die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (sog. Dienstleistungsrichtlinie, im

¹ Laut Europa-Report, EuZW 2005, S. 419, lagen während des Rechtsetzungsprozesses, der Ende 2006 in den Erlass der sog. Dienstleistungsrichtlinie (Nachweise in Fn. 3) mündete, zwischenzeitlich über 1000 (!) Änderungsanträge vor.

² Stellungnahmen zum Richtlinienentwurf lagen von allen großen Gewerkschaften des Landes, sowie von den verschiedensten Berufsverbänden, Interessenvertretungen und Vereinigungen (etwa des Mittelstandes) vor; exemplarisch seien der Zentralverband des deutschen Handwerks, vgl. *H. E. Schleyer* in ARD-Morgenmagazin vom 03.02.2005 und im Internet unter www.zdh.de, die Aktionsgemeinschaft Wirtschaftlicher Mittelstand (AWM) in „Vorläufige Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt“, www.awm-online.de/stellungnahmen/stellungnahme040227.html und die IG-Bauen-Agrar-Umwelt in „Einschätzung und Forderungen zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt“, www.igbau.de, genannt; vgl. ferner *A. Metzler*, Anhörung im Europäischen Parlament vom 11.11.2004, Niederschrift der abgegebenen Stellungnahme unter www.freie-berufe.de/Stellungnahmen und *F. Rieger*, Tagung zur EU-Dienstleistungsrichtlinie, Bericht über eine gemeinsame Veranstaltung der IHK Halle-Dessau, des Deutschen Industrie- und Handelskammertags und des Instituts für Kammerrecht e.V. am 31.05.2005, EuZW 2005, S. 430 (430) mit weiteren Stellungnahmen aus Wissenschaft und Praxis; besonders kritisch, wenn auch wenig fundiert, haben sich außerdem die Globalisierungsgegner von ATTAC zu Wort gemeldet, vgl. *T. Fritz*, in Blue21 Arbeitspapier: Auf dem Weg zur Sonderwirtschaftszone – Die Dienstleistungsrichtlinie der EU, S. 16 ff.; www.attac.de/gats/hintergrund/frits-vs-bolkestein.pdf.

Folgenden DLR) vor³. Zu ihrer Umsetzung sind die nationalen Gesetzgeber bis Ende 2009 berufen⁴. Kernstück der Richtlinie sind im Wesentlichen drei Grundsätze, nämlich erstens – auf Seiten der Berechtigten – das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr, zweitens – auf Seiten der Verpflichteten – die Verpflichtung, dieses Recht zu gewährleisten und drittens – wiederum auf Seiten der Verpflichteten – die Bindung aller innerstaatlichen Anforderungen betreffend Dienstleistungen an u.a. die Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sowie an die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit, Art. 16 DLR. Dass damit im Wesentlichen Inhalt und Sinngehalt der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49, 50 EG⁵, in der Auslegung, die sie durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) erfahren hat, in Richtlinienform gegossen worden ist, erscheint unangefochten. Es war dies die erklärte Kompromissformel, die auf einen am 16.02.2006 in erster Lesung gefundenen Konsens der Fraktionen von EVP, SPE und ALDE im Europäischen Parlament zurück geht⁶. Auch der Rat hat diesen Konsens, der am 13.09.2006 dem federführenden Binnenmarktausschuss in zweiter Lesung zugegangen ist und dort am 15.11.2006 mit wenigen Änderungen angenommen wurde, am 29.05.2006 gebilligt. Die europäische Dienstleistungsfreiheit kann seither (abgesehen von weiteren flankierenden Maßnahmen⁷) jedenfalls einen gegenüber der reakti-

³ ABl.EG vom 27.12.2006, Nr. L 376/36.

⁴ Art. 44 RL 2006/123/EG aaO (Fn. 3).

⁵ Vertrag von Amsterdam vom 10.11.1997 zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte („EG-Vertrag“), ABl.EG 1997, Nr. C 340.

⁶ KOM (2006), 160/endg.; http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/proposal_de.htm; vgl. zur Arbeit des Europäischen Parlaments auch *A. Graff Lambsdorff*, Die Dienstleistungsrichtlinie in den Beratungen des Europäischen Parlaments, *EuZW* 2005, S. 577; *W. Kluth/F. Rieger*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, *GewArch* 2006, S.1 ff.

⁷ Vgl. insb. Art. 5-8 und 9-15 DLR, aao (Fn. 3); dazu *W. Kluth*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Handwerks- und Gewerbeordnung, in *Leible* (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen und Risiken für Deutschland, S. 131 ff.

ven Wirkungsweise des Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 EG) vor dem EuGH gesteigerten Wirkungsgrad im Recht der Mitgliedstaaten für sich verbuchen⁸.

Die ursprünglichen Pläne der bis November 2004 amtierenden *Prodi*-Kommission beschränkten sich indes nicht auf diesen mehr oder minder technokratischen Erfolg, dessen Ursache letztlich bereits in der aus Art. 249 Abs. 3 EG resultierende Zielverantwortung der Mitgliedstaaten für die Realisierung eines jeden Richtlinienanliegens wurzelt⁹. Ziel war es vielmehr, nach Jahrzehnten des integrationspolitischen Stückwerks, anhand des sog. *Herkunftslandprinzips* den finalen Befreiungsschlag des europäischen Dienstleistungsbinnenmarktes gegenüber mitgliedstaatlichen Handelsbarrieren zu wagen¹⁰. In der supranationalen Optik der Europäischen Union (EU)¹¹ werden

⁸ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung Nr. 6.

⁹ Gemäß Art. 249 Abs. 3 EG ist die Richtlinie für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, während die Auswahl des geeigneten Mittels den Mitgliedstaaten überlassen ist; im Gegensatz zur Verordnung (Art. 249 Abs. 2 EG) besitzen Richtlinien also keine unmittelbare *Geltung* in den Mitgliedstaaten; eine Umsetzungspflicht lässt sich aber aus der Zielverbindlichkeit der Richtlinie selbst sowie aus Art. 10 EG herleiten; darüber hinaus zwingt die unterschiedliche Ausgestaltung der Art. 249 Abs. 2 und 3 EG nicht dazu, der Richtlinie jede unmittelbare *Wirkung* oder *Anwendbarkeit* abzusprechen; zum Ganzen *R. Streinz*, Europarecht, Rn. 433 ff. (444); *G. Winter*, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, S. 657 ff.

¹⁰ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 05.03.2004, KOM (2004), 2/endg. (Begründungserwägungen); dazu im Überblick: *J. M. Schlichting/W. Spelten*, Die Dienstleistungsrichtlinie, EuZW 2005, S. 238 ff.; *Graf von Lambsdorff*, EuZW 2005, S. 577; *D. Kugelmann*, Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell, EuZW 2005, S. 327 ff.; *T. Lambrich*, Harmonisierung oder Konkurrenz der europäischen Arbeitsrechtsordnungen, EWS 2005, S. 251 ff.; *U. Reim*, Diagnose: Wirtschaftsschwäche! – Therapie: Deregulierung?, NJW 2005, S. 1553; *P. M. Wiesner/D. Wiedmann*, Die Dienstleistungsrichtlinie, Marktöffnung oder Abschottung?, ZIP 2005, S. 1210 ff.

¹¹ Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Begriffe „Europäische Union“ (EU) und „Europäische Gemeinschaft“ (EG) gemäß der Vertragskonstruktion von Maastricht keinesfalls synonym gebraucht werden, vgl. Art. 47 EU; gelegentlich wird jedoch in einem umfassenderen Sinn von der „Union“ gesprochen

solche seit je her in denjenigen Regelungen der Mitgliedstaaten gesehen, welche den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr rechtlich oder faktisch behindern¹² ohne gleichzeitig auf eine hinreichende Rechtfertigung zu verweisen¹³. Das Herkunftslandprinzip besagt nun – untechnisch gesprochen – dass ein Dienstleistungserbringer einzig den Rechtsvorschriften desjenigen Mitgliedstaates unterliegt, in dem er niedergelassen ist (Herkunftsland), und dass die diejenigen Mitgliedstaaten, in denen die Dienstleistung erbracht werden soll (Ziel-, oder Bestimmungsstaaten) die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen grundsätzlich nicht beschränken dürfen. Zwecks Verwirklichung des Binnenmarktes setzt das Herkunftslandprinzip also nicht zentral auf die Angleichung der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten, sondern vertraut vielmehr dezentral der Integrationskraft des politischen wie ökonomischen Systemwettbewerbs, flankiert durch ein System der gegenseitigen Anerkennung von gleichartigen Tatbeständen. Einher geht damit die Überantwortung der Binnenmarktfürsorge im Bereich von Dienstleistungen von der supranationalen auf die nationale Herrschaftsgewalt der Mitgliedstaaten¹⁴.

Dieser Ansatz war einerseits revolutionär. Schließlich verzichtete ein Sekundärrechtsakt der Gemeinschaft zum ersten Mal in der Geschichte der europäischen Marktöffnung auf Mindestanforderungen, die angesichts eines Defizits bei der Rechtsangleichung geeignet waren, eine gegenseitige Anerkennung von Tatbeständen (etwa der Hochschuldiplome¹⁵, jüngst auch der Berufsqualifikationen¹⁶) zu er-

werden, während gleichzeitig Normen des EG-Vertrages als dem organisatorisch verfestigten Teil der Europäischen Union zitiert werden.

¹² Ausführlich zweiter Teil, B., IV.

¹³ Vgl. z.B. Art. 55 i.V.m. 46 EG („ordre public“) sowie mit eigenem Ansatz ausführlich dritter Teil, B. III.

¹⁴ Vgl. *W. Kluth*, aaO (Fn. 7), S. 131 ff.

¹⁵ Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988, ABLEG 1989, Nr. L 19/16 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen.

¹⁶ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABLEG 2005, Nr. L 255/22.

möglichen. Derartige Vorgaben aus Brüssel waren bisher gewissermaßen Junktim, wenn sich die Gemeinschaft anschickte, über den spezifischen Dienstleistungsberuf hinaus ein allgemeines System der Anerkennung von Tatbeständen zu etablieren, ohne zuvor nationale Unterschiede koordiniert zu haben. In Umkehrung dieses Ansatzes bildete das Herkunftslandprinzip nunmehr nicht den Schlusspunkt der Harmonisierungstätigkeit, sondern stand vielmehr an deren Anfang. Damit war das für die Anerkennung von Tatbeständen notwendige gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten nicht wie bisher das Ergebnis eines Harmonisierungsprozesses, sondern wurde – gleichsam im Sinne eines Vertrauensvorschlusses – vorweggeschickt.

Das Herkunftslandprinzip ist aber andererseits keine unbekannte Größe. In bestehenden sektoralen Richtlinien wird bereits damit gearbeitet¹⁷. Und im Rahmen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages ist das Herkunftslandprinzip vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH¹⁸ zu einem Stützpfeiler des europäischen Binnenmarktes (nicht nur für Dienstleistungen) avanciert. Freilich ist das Herkunftslandprinzip nach bestehender Rechtslage stets in einen konkreten, sekundärrechtlichen Regelungszusammenhang eingebettet, oder aber, durch den primärrechtlichen Ansatzpunkt des EuGH, auf die Durchsetzung der jeweiligen Grundfreiheit im Einzelfall ausgerich-

¹⁷ Vgl. aus jüngerer Zeit die Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität („Fernsehrichtlinie“), ABl.EG Nr. L 298/23 und die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („e-Commerce-Richtlinie“), ABl.EG Nr. L 178/1; die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken enthält zudem in Art. 4 eine Binnenmarktklausel, die zumindest i.S. eines Herkunftslandprinzips verstanden werden kann, vgl. *B. Buchner*, Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, GRUR Int., 2005, S. 1004 (1010).

¹⁸ Von rechtsgeschichtlicher Bedeutung sind vor allem die Entscheidungen EuGH, Slg. 1974, 837 ff. („Dassonville“) und EuGH, Slg. 1979, 649 ff. („Cassis de Dijon“). Für die Dienstleistungsfreiheit im Speziellen auch EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 („van Binsbergen“); Slg. 1981, 3305 ff. („Webb“).

tet. Im ersten Fall kann demnach den Eigentümlichkeiten der verschiedenen Dienstleistungen und Berufszweige entsprochen werden. Vor dem EuGH wirkt das Herkunftslandprinzip hingegen „nur“ als binnenmarktrechtliche Einschränkung der Rechtfertigung von nationalen Handelsschranken und damit nicht proaktiv, sondern reaktiv von Verfahren zu Verfahren (Art. 226 EG). Ein allgemeines sekundärrechtliches und flächendeckendes (das heißt branchenübergreifendes) Herkunftslandprinzip, wie es der *Prodi*-Kommission vorschwebte, zeichnet sich demgegenüber zum einen durch sowohl sektorspezifische als auch tatbestandliche Indifferenz aus. Seine Reichweite übertrifft damit sowohl sektorale als auch allgemeine Liberalisierungssysteme¹⁹. Zum anderen ist die Richtlinie als Katalysator des Herkunftslandprinzips hinsichtlich ihres Ziels verbindlich (Art. 249 Abs. 3 EG), so dass das Herkunftslandprinzip integrationstechnisch von der Wirkung zur Ursache avanciert.

Eine derartige Neuorientierung bei der Verwirklichung des Binnenmarktes für Dienstleistungen war die erklärte Absicht der Kommission²⁰. Schließlich galt es aus ihrer Sicht integrationspolitisch angemessen auf die tiefgreifenden Strukturveränderungen der europäischen Volkswirtschaften zu reagieren. Während traditionell die Warenerzeugung (volkswirtschaftlich der sog. „sekundäre Sektor“²¹) im Vordergrund stand, generieren Dienstleistungen (sog. „tertiärer Sektor“) in modernen Volkswirtschaften insgesamt rund 70 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (BIP), der Bruttowertschöpfung und der Beschäftigung²². In allen EU-Mitgliedstaaten ist der Bereich der

¹⁹ Ausführlich vierter Teil, C.

²⁰ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn. 10).

²¹ Die volkswirtschaftliche Terminologie sei an dieser Stelle erlaubt, auch wenn der begriffliche Ansatz des EG-Vertrages ein anderer ist. Dazu *P. Troberg/J. Tiedje*, in von der Groeben/Schwarze, Vorbemerkungen zu Art. 49-55 EG, Rn. 7 ff.

²² Zahlen aus: Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn. 10) und aus Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn.3); weitere Zahlen und Analysen in der OECD Studie „Economic Survey of the Euro Area 2005: Integrating Services Markets“, unter www.oecd.org/eco/surveys/eu und in „Extended im-

marktbestimmten Dienstleistungen, legt man das BIP zugrunde, mittlerweile mindestens doppelt so groß wie der des verarbeitenden Gewerbes, bei Einbeziehung der Dienstleistungen im sozialen und öffentlichen Bereich sogar dreimal so groß²³. Allein in Deutschland ist der Dienstleistungssektor seit 1991 um über 570 Mrd. € gewachsen, womit seither ein Zuwachs von über fünf Mio. neuen Arbeitsplätzen einherging²⁴.

Die Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit führte demgegenüber lange Zeit und sicherlich begünstigt durch die traditionell lokale Orientierung der meisten Dienstleistungsberufe, ein Schattendasein in den Randbereichen der europäischer Integration. Ihre Verwirklichung wurde bis in der 1980er Jahre hinein eher als Nebenprodukt bei der Herstellung der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) angesehen²⁵. Heute steht sie dagegen – nicht zuletzt aufgrund der Zunahme des elektronischen Dienstleistungsverkehrs²⁶ – im Zentrum der weiteren Entwicklung des Binnenmarktes²⁷. Diese Akzentverschiebung, die auf das Weißbuch der Europäischen Kommission von 1985 über

pact assesment of proposal for a directive on services in the internal market“, SEK (2004), 21, S. 6 ff.; die Kommission stützt sich hier ihrerseits auf die dänische Studie „Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services“, www.copenhageneconomics/publications.com.

²³ E. Pache in Ehlers, EuGR 2005, § 11, Rn. 2; Bundeswirtschaftsministerium, Monatsbericht 02/2007, S. 32 ff., www.bmwi.de; www.dienstleistungsrichtlinie.de.

²⁴ Bundeswirtschaftsministerium, Monatsbericht 02/2007, S. 32 ff.

²⁵ Vgl. zur Rechtsangleichungspraxis der EG auf dem Gebiet der Dienstleistungen allgemein W. H. Roth, Die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG, EuR 21 (1986), S. 340 ff., EuR 22 (1987), S. 7 ff.; ausführlich zu den teils vertraglich angelegten, teils durch die Praxis des Rates geschaffenen Gründen hierfür M. Seidel, Die Dienstleistungsfreiheit in der neuesten Rechtsentwicklung, in Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt: Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 113 ff.; K. Hailbronner/A. Nachbaur, Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1992, S. 105 ff.

²⁶ Vgl. K. M. Brisch, EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, S. 235 ff.; H. W. Micklitz, Fernabsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, EuZW 2001, S. 133 ff.

²⁷ Eingehend zu diesem Strukturwandel P. Troberg/J. Tiedje, in von der Groben/Schwarze, Vorbemerkungen zu Art. 49-55 EG, Rn. 23 f.

die Vollendung des Binnenmarktes zurückgeht²⁸ und seither durch eine Vielzahl von Liberalisierungsmaßnahmen, die auch und gerade das Dienstleistungsrecht im Auge haben²⁹ verdeutlicht wird, sollte durch die Etablierung des Herkunftslandprinzips ihren vorläufigen Höhepunkt finden. Denn mit dem Eintritt der europäischen Volkswirtschaften in das „postindustrielle Zeitalter“, verband die *Prodi-Kommission* enormes Wachstumspotential. Um bis zu 30 Prozent könne der Handel, gar um bis zu 35 Prozent könnten die Direktinvestitionen angekurbelt werden, so die Annahme³⁰. Für den Wirtschaftsreformprozess, den der Europäische Rat im Jahre 2000 auf seiner Tagung in Lissabon mit dem Ziel eingeleitet hat, die EU bis zum Jahre 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen („Lissabon-Prozess“), schien es daher unerlässlich, einen wirklichen Binnenmarkt für Dienstleistungen zu schaffen³¹. Die Furcht vor den (angeblich) negativen Folgen, die eine Öffnung der Dienstleistungsmärkte für die heimischen Arbeitsmärkte haben könnte, schien zunächst eingedämmt, nachdem im Zuge der EU-Osterweiterung großzügige Übergangsregelungen vereinbart wurden³².

²⁸ Weißbuch der Kommission vom 14.06.1985 über die Vollendung des Binnenmarktes, KOM (1985), 310/endg.

²⁹ Einen exemplarischen Überblick gibt *M. Haag* in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 15, Rn. 16 ff.; vgl. auch *W. Frenz*, Selbstständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, *GewArch* 2007, S. 10 ff.

³⁰ Vgl. *F.A.Z.* vom 05.02.2005, S. 14.

³¹ So die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn. 10); inzwischen scheint sich die EU allerdings bescheidenere Ziele zu stecken: der „Kern der Lissabon Strategie“ ist durch eine Erklärung des EU-Kommissionspräsidenten *J. M. Barroso* am 02.02.2005 fallen gelassen worden; „vorrangiges Ziel“ bleibt aber nach wie vor die Liberalisierung der Dienstleistungsmärkte in der EU, vgl. *F.A.Z.* vom 03.02.2005: „EU schraubt Wachstumsziele zurück“; auch die Gründe der RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), rücken zwar den Stellenwert europäischer Dienstleistungen auf dem Weg nach Lissabon in den Vordergrund, dies allerdings unter der Einschränkung, dass gleichzeitig das „europäische Gesellschaftsmodell“ gewahrt bleibt, s. Begründungserwägungen 4 ff.

³² So hat jüngst *F. Müntefering* darauf bestanden, den deutschen Arbeitsmarkt entgegen einer Empfehlung der EU-Kommission bis mindestens 2009 gegenüber

Dennoch konnte sich die Kommission mit ihrem Vorschlag letztlich nicht durchsetzen. Während auch die ab November 2004 amtierende *Barroso*-Kommission das Herkunftslandprinzip zunächst unangetastet lassen wollte³³, legte Binnenmarktkommissar *C. McCreevy* das Reformprojekt unter dem Druck der Staats- und Regierungschefs im Frühjahr 2005 zwischenzeitlich „auf Eis“³⁴. Nach dem Scheitern der EU-Verfassung in Frankreich und den Niederlanden im Mai 2005 wurde sogar laut darüber nachgedacht, den Richtlinienvorschlag gänzlich zurückzunehmen, um den „überforderten Bürgern“³⁵ Entgegenkommen zu signalisieren. Gelegentlich schien es, als ob die negativen Abstimmungen über den Verfassungsvertrag³⁶ auch als eine Abstimmung gegen die Dienstleistungsfreiheit verstanden wurde³⁷. Weniger weitreichend waren zwar die Änderungsvorschläge innerhalb der mit der Richtlinie befassten Ausschüsse des Europäischen Parlaments; die Berichterstatterin des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten im Europaparlament, *A. van Lancker*, etwa wollte das Herkunftslandprinzip nur für bereits harmonisierte Gebiete installieren³⁸, während die Berichterstatterin des federführenden Binnenmarktausschusses, *E. Gebhardt*, einen

„Billigarbeitern“ aus Osteuropa abzuschotten, obwohl etwa Länder wie Großbritannien, Schweden oder Irland, die sich frühzeitig geöffnet haben, davon durchaus profitiert haben, was sich durch ein hohes Wachstum und positive Beschäftigungszahlen ausdrückt, vgl. S.Z. vom 21.03.2006, S. 19.

³³ S.Z. vom 16.02.2005, S. 7 und vom 21.02.2005, S. 23; ebenso F.A.Z. vom 21.02.2005, S. 2.

³⁴ Die Staats- und Regierungschefs der EU haben auf ihrem Gipfeltreffen am 22. und 23.03.2005 in Brüssel der Kommission aufgegeben, ihren Entwurf zu überarbeiten und dabei die Sicherung sozialer Standards in den Vordergrund zu rücken; dazu Europa-Report, EuZW 2005, S. 258; die Kommission hat daraufhin am 04.04.2006 einen überarbeiteten Entwurf vorgelegt, der zur Grundlage der heute gültigen Richtlinie geworden ist; näheres dazu sogleich.

³⁵ Bundeskanzlerin *A. Merkel*, in F.A.S vom 05.06.2005, S. 1.

³⁶ Vorläufiger Höhepunkt war das irische „Nein“ zum bereits abgespeckten Reformvertrag vom 13.06.2008.

³⁷ *W.-H. Roth*, Freier Dienstleistungsverkehr und Verbraucherschutz, vur-online, Beitrag 5/2007, www.vur-online.de/beitrag/2007_5_2.html.

³⁸ PE 357.591v02-00, vgl. *O. Deinert*, Das Herkunftslandprinzip und seine Bedeutung für das Internationale Deliktsrecht, EWS 2006, S. 445 (448).

Wechsel vom Herkunftslandprinzip zum Anerkennungsprinzip bei grundsätzlicher Geltung des Bestimmungslandprinzips forderte³⁹. Dennoch standen diese Vorschläge in der (kritischen) Öffentlichkeit zumindest für ein „soziales Europa“, wurde dem Kommissionsvorschlag demgegenüber das Menetekel des „Sozialdumpings“ zugeschrieben, um das gesellschaftlich tief verwurzelte Schreckgespenst eines europäischen Nationalstaates mit den niedrigsten denkbaren Arbeits-, Sozial-, und Umweltstandards an die Wand zu malen⁴⁰. In einer Union des Nationalsoveräns waren es schließlich die Euro-skeptiker, die im langwierigen Rechtssetzungsprozess ein „Chaos der Rechtssysteme“⁴¹ heraufbeschwörten, um dem Herkunftslandprinzip kollisionsrechtlich endgültig „den Gar aus zu machen“.

Auch wenn eine solche international-privatrechtliche Dimension dem Herkunftslandprinzip schon aus EG-kompetenziellen Gründen nicht zugeschrieben werden kann⁴², war doch die politische Debatte, wie die obige Wortwahl der Richtliniengegner zeigt, angesichts einer bisher ungeahnten europäischen Öffentlichkeit von Anfang an durch „viel Demagogiepotential“⁴³ geprägt. Ihr (und den Wirtschaftswissenschaften) sei es anheim gestellt, Antworten auf die Frage zu finden, ob ein flächendeckendes Herkunftslandprinzip den europäischen Volkswirtschaften tatsächlich „mehr Chancen als Risiken“ bietet⁴⁴.

³⁹ PE 355.744v04-00, vgl. *O. Deinert*, EWS 2006, 445 (448).

⁴⁰ *U. Reim*, NJW 2005, S. 1553 (1554); vgl. auch *P. M. Wiesner/D. Wiedmann*, ZIP 2005, S. 1210 (1210).

⁴¹ *T. Fritz*, aaO (Fn. 2).

⁴² Die Frage, ob nicht das Binnenmarktprogramm versteckte Kollisionsnormen enthält, die wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts das IPR der Mitgliedstaaten verdrängen, ist durchaus nicht unumstritten; ausführlich hierzu dritter Teil, E., II.

⁴³ *M. Fröhlinger*, in F.A.Z. vom 05.02.2005, S. 14.

⁴⁴ Dieser Ansicht etwa die WKÖ, vgl. *R. Mitterlehner*, in Wirtschaftsblatt vom 15.01.2005; ähnlich *J. M. Barroso*, in S.Z. Vom 15.03.2005; a.A. dagegen z.B. der Zentralverband des deutschen Handwerks, vgl. *H.E. Schleyer* in ARD-Morgenmagazin vom 03.02.2005 und im Internet unter www.zdh.de; ebenso die Aktionsgemeinschaft Wirtschaftlicher Mittelstand (AWM) in „Vorläufige Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt“, www.awm-online.de/stellungnahmen/stellungnahme040227.html und die IG-Bauen-Agrar-Umwelt in „Einschätzung und Forderungen zu Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über

Juristisch gilt es unterdessen aufzuarbeiten, inwiefern ein richtlinienimplementiertes Herkunftslandprinzip im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten steht.

Die vorliegende Arbeit nimmt die dargelegte Diskussion daher zum Anlass, das Herkunftslandprinzip im Allgemeinen und seine Zulässigkeit als Instrument flächendeckender Liberalisierung des Dienstleistungssektors in der EU im Speziellen, zu untersuchen. Denn um die Themen „Dienstleistungsfreiheit“ und „Herkunftslandprinzip“, so die Überlegung, wird man auch im zukünftigen Prozess der europäischen Integration nicht umhin kommen⁴⁵. Auf der Grundlage stetig zunehmender Europäisierung nationalstaatlicher Steuerungsmechanismen in einer postindustriellen „Dienstleistungsunion“ sind sie unausweichlich.

II. Dienstleistungsfreiheit contra Herkunftslandprinzip?

In der Konsequenz stellt sich dann die bisher nicht eindeutig beantwortete Frage, ob die nunmehr vorliegende Richtlinie 2006/123/EG mehr als nur begrifflich von dem bis dato heftigst umstrittenen Herkunftslandprinzip abgerückt ist⁴⁶. Zwar haben sich „alte“ Mitglieds-

Dienstleistungen im Binnenmarkt“, www.igbau.de; differenzierend der Berufsverband der freien Berufe, vgl. *A. Metzler*, Anhörung im Europäischen Parlament vom 11.11.2004, www.freie-berufe.de/stellungnahmen; zum Ganzen schließlich *F. Rieger*, Tagung zur EU-Dienstleistungsrichtlinie, Bericht über eine gemeinsame Veranstaltung der IHK Halle-Dessau, des Deutschen Industrie- und Handelskammertages und des Instituts für Kammerrecht e.V. am 31.05.2005, *EuZW* 2005, S. 430 mit Stellungnahmen aus Wissenschaft und Praxis.

⁴⁵ So auch *O. Deinert*, *EWS* 2006, S. 445 (446).

⁴⁶ Soweit sich hierzu überhaupt Stellungnahmen finden, halten sich diese die Waage: bejahend (wenngleich lediglich unter Hinweis auf den geänderten Wortlaut) *W. Frenz*, *GewArch* 2007, S. 10 (14); *F. Rieger*, Aktuelles zur Dienstleistungsrichtlinie, Institut für Kammerrecht, Aktuelle Stellungnahmen 1/07, www.kammerrecht.de/aktuelles/downloads/0701.pdf; verneinend hingegen der Verhandlungsführer der EVP-ED Fraktion im Europäischen Parlament *M. Harbour*, in *Euractiv* vom 17.02.2006 und der Vizepräsident der EVP-ED Fraktion, *O. Karas*, der anmerkt, dass „der Begriff Herkunftslandprinzip nicht mehr verwendet wird, aber das Grundprinzip bleibt“, vgl. *ders.*, in *Der Standard* vom 09.02.2006; ähnlich *E. Eichenhofer*,

staaten wie Deutschland, Österreich und Frankreich letztendlich mit ihrer Forderung durchgesetzt, den ursprünglichen Ausnahmekatalog zu Art. 16 DLR-E zu modifizieren, bzw. teilweise zu erweitern (so z.B. um den gesamten Bereich der Gesundheits- und Sozialdienstleistungen, sowie um das internationale Privatrecht und das Arbeitsrecht⁴⁷), um dadurch dem „europäischen Sozialmodell“ Rechnung zu tragen. Doch ist damit freilich nicht mehr als ein recht flüchtiges politisches und zugleich rechtlich wenig greifbares Schlagwort benannt, dessen inhaltliche Ausgestaltung flexibel bleibt. Inhaltliche Aussagen über das Herkunftslandprinzip werden nicht getroffen. Dies gilt umso mehr, wenn man sich die zwingende Einbettung eines jeden sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips in das Gesamtgefüge des primären Binnenmarktrechts⁴⁸ vergegenwärtigt. Hier wirkt das in Art. 50 Abs. 3 EG zum Ausdruck kommende Bestimmungslandprinzip ohnehin im Sinne eines „checks and balances“ gegenüber jedweden Binnenmarktprinzip. Die Kasuistik der Ausnahmetatbestände dient demnach allenfalls der Klarstellung, nicht aber der Klärung.

Die redaktionelle Streichung des Herkunftslandprinzips aus Art. 16 DLR-E und seine Ersetzung durch die Überschrift „Dienstleistungsfreiheit“ ist mithin zweifelsohne geeignet, die erhitzten Gemüter der europäischen Öffentlichkeit zu beruhigen. Hinter den Kulissen der Begriffsfassaden stellt sich indes mehr denn je die Aufgabe, die – im wahrsten Sinne des Wortes – prinzipiellen Möglichkeiten und primärrechtlichen Grenzen eines politischen Zankapfels abzustecken, der in der Tat Gefahr läuft, zum „losen Eurojargon“ zu verkommen⁴⁹.

Deutscher Bundestag, Ausschussdrucks. 16(9)327: Schriftliche Stellungnahmen der Sachverständigen zur öffentlichen Anhörung „EU-Dienstleistungsrichtlinie“ am 16.10.2006, S. 3.

⁴⁷ Bundeswirtschaftsministerium, Monatsbericht 02/2007, S. 35; S.Z. vom 04.02.2005, S. 1; 16.02.2005, S. 7 und vom 21.02.2005, S. 23; ebenso F.A.Z. vom 21.02.2005, S. 2.

⁴⁸ Dazu vierter Teil, D.

⁴⁹ P. von Wilmsowsky, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, *RabelsZ* 62 (1998), S. 1 (11 ff.).

Art. 16 DLR nimmt nunmehr zwar – seinem primärrechtlichen Vorbild in Art. 49 EG folgend – seinen Ausgangspunkt bei den Bestimmungsstaaten (Bestimmungslandprinzip) und reduziert deren zulässige Anforderungen an grenzüberschreitende Dienstleitungen auf ein „Quartett von Rechtfertigungsgründen“⁵⁰. Fraglich ist allerdings, ob der Richtlinie in Bezug auf Dienstleistungen nicht ein weitergehender, vertragssystematischer Gehalt innewohnt. Stehen Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip tatsächlich in einem integrationsrechtlichen Stufenverhältnis derart, dass die sekundärrechtliche Umsetzung der Grundfreiheit aus Art. 49, 50 EG rechtlich hinter der Implementierung des Herkunftslandprinzips zurückbleibt? Anders formuliert: wird den Mitgliedsstaaten mit der sekundärrechtlichen Etablierung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehrs weniger oder gar etwas anderes abverlangt, als dies unter der Geltung des Herkunftslandprinzips der Fall gewesen wäre?

Oder kann es vielmehr umgekehrt ersteres nicht ohne letzteres geben, wenn man – im Einklang mit dem EuGH – das Herkunftslandprinzip als die eigentliche „Werkidee der Grundfreiheiten“⁵¹ begreift? Die vorliegende Arbeit, soviel sei vorweggenommen, hängt der letzteren These an⁵². Dies zu begründen wird Aufgabe nachfolgender Kapitel sein.

⁵⁰ Vgl. *F. Rieger*, Aktuelles zur Dienstleistungsrichtlinie, aaO (Fn. 46).

⁵¹ Eine Terminologie, die auf *T. Kingreen*, in von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 658, zurückgeht.

⁵² Ähnlich auch *E. Eichenhofer*, aaO (Fn. 46), S. 3; *O. Deinert*, EWS 2006, 445 (451); recht früh auch schon *P. M. Wiesner/D. Wiedmann*, ZIP 2005, S. 1210 (1210 ff.).

B. Untersuchungsgegenstand

I. Die Gegenwart europäischer Dienstleistungen – eine Bestandsaufnahme

Gegenwärtig unterscheidet das europäische Dienstleistungsrecht zwei Ebenen. Das Primärrecht verankert in Art. 49 ff. des EG-Vertrages ein europäisches *subjektives Recht*⁵³ der grenzüberschreitenden Privatautonomie jedes wirtschaftlich selbstständig tätigen Unionsbürgers, dass er gegebenenfalls vor den nationalen, ebenso wie vor den Gemeinschaftsgerichten, einklagen kann⁵⁴. Daneben treten auf Ebene des Sekundärrechts die einschlägigen Liberalisierungsbemühungen der EG. Ihr Ziel ist es, die Dienstleistungsfreiheit zu emanzipieren und ihre Verwirklichung mithin von der subjektiven, gegenüber objektivrechtlichen Binnenmarktzielgesichtspunkten (Art. 3 Abs. 1 lit. c), 14 EG) indifferenten, Entscheidung der Grundfreiheitsberechtigten über die Ausübung der ihnen eingeräumten Rechtsmacht abzukoppeln. Dies umso mehr, als die Grundfreiheiten dem *objektiven Binnenmarktziel*⁵⁵ wenn nicht vorrangig, so zumindest gleichermaßen zu dienen bestimmt sind, wie dem subjektiven Rechtsschutz europäischer Wirtschaftsteilnehmer. Als Mittel zum Zweck stellt sich insofern eine kaum mehr überschaubare Vielzahl

⁵³ Nach herrschendem Verständnis ist ein subjektives Recht immer dann begründet, wenn eine Rechtsnorm dem Einzelnen die Rechtsmacht einräumt, mithilfe der Rechtsordnung eigene Interessen zu verfolgen (sog. Schutznormtheorie), vgl. *H.-U. Erichsen*, in ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 30; zu den europarechtlichen Besonderheiten *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 83 ff. sowie *ders.*, Subjektiv- öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten, DVBl. 1995, S. 408 ff.; grundlegend ferner EuGH, Slg. 1963, 1, 24 ff. („van Gend & Loos“).

⁵⁴ Allgemein zu der Frage, wann klagefähige Rechte aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht hergeleitet werden können, *D. Ehlers*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 47 ff.; *W. Frenz*, DVBl. 1995, S. 408 (409 ff.).

⁵⁵ Art. 3 Abs. 1 c) EG erhebt die Grundfreiheiten zu verbindlichen Zielen der Gemeinschaft, vgl. *M. Zuleeg*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 3 EG, Rn. 3; 1986 wurde durch Art. 8 a EEA (jetzt Art. 14 EG) das Ziel der Binnenmarktverwirklichung vorrangig anhand der Grundfreiheiten bekräftigt; vgl. zweiter Teil, A. und dritter Teil, A., I., 2.

von Richtlinien dar, welche die nationalen Rechtsordnungen unter europäischem Einfluss stellen, um das Primärrecht zu effektivieren und auszugestalten⁵⁶.

Die Effektivität dieses Mittels im Hinblick auf das Ziel, einen „echten“ Binnenmarkt für Dienstleistungen zu schaffen, darf mittlerweile allerdings angezweifelt werden. In ihrem Bericht „Der Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“⁵⁷ hat die Kommission bilanziert, dass

„zehn Jahre nachdem der Binnenmarkt hätte vollendet sein sollen, [...] festzustellen [ist], dass die Vision von einer Europäischen Union mit integrierten Wirtschaft und die Wirklichkeit, die europäische [...] Dienstleister tagtäglich erleben, weit auseinander klaffen.“

Dazu ist anzumerken: ein „echter“ Binnenmarkt, wie er dem EG-Vertrag vorschwebt, verlangt (auch nach Ansicht der Kommission) nicht etwa einheitliches Binnenmarktrecht, sondern lediglich die Beseitigung derjenigen Funktionsstörungen, die sich in der zu einem einheitlichen Wirtschaftsraum zusammenwachsenden Gemeinschaft ergeben können, weil das Wirtschaftsleben durch unterschiedliche, national-territorial beschränkt geltende (Teil-) Rechtsordnungen geregelt wird⁵⁸. Jene Branchen, die bereits gegenwärtig auf umfangreiches Richtlinienwerk zur Angleichung der Rechtsordnungen verweisen können⁵⁹, erfüllen diesen Anspruch zumindest theoretisch. Praktisch funktioniert der größte Wirtschaftssektor der EU jedoch keineswegs störungsfrei⁶⁰. Das gilt auch für die bereits harmonisierten

⁵⁶ Zum Stand der Marktöffnung übersichtlich *M. Haag*, Die Europäische Union, § 15, Rn. 16 ff.; ausführlicher *C. Stumpf*, in Dausers, HdbEGWiR, Bd. 1, E. II. und *U. Hübner*, ebd., E. IV; speziell für das Handwerk auch *W. Frenz*, GewArch 2007, S. 10 ff.

⁵⁷ KOM (2002) 441/endg. vom 30.07.2002.

⁵⁸ *M. Haag*, in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 10, Rn. 2; vgl. auch *J. Pipkorn/A. Bardenhewer-Rating/H. Taschner*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 14 EG, Rn. 2 ff.

⁵⁹ Vgl. oben (Fn. 56).

⁶⁰ Vgl. RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 3; KOM (2002) 441/endg., S. 16 ff. und KOM (2004) 2/endg., S. 7.

Bereiche. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe: zum einen lässt sich die Unzulänglichkeit der stets punktuellen Liberalisierungsbemühungen anführen. Das Verfahren der sektorspezifischen, ebenso wie das der tatbestandsorientierten, dadurch aber nicht weniger limitierten allgemeinen Rechtsangleichung⁶¹ erscheint angesichts der schier unendlichen Bandbreite der Materie⁶² von Natur aus zu langsam, will man die zeitlichen Vorgaben von Lissabon einhalten⁶³. Unterdessen erhöhen immer neue (z.B. elektronische) Dienstleistungen das Tempo der wirtschaftlichen Entwicklung und tragen so das Ihre zu der Malaise bei.

Zum anderen erfahren ausländische Dienstleistungen in europäischen Zielstaaten – verglichen mit ihren inländischen Pendants – zwar immer seltener von Rechts wegen gezielt unterschiedliche Behandlung⁶⁴; nach wie vor bestimmen jedoch *rechtliche*, häufig auch „nur“ *tatsächliche Hindernisse* die Realität des transnationalen Dienstleistungsverkehrs⁶⁵. In rechtlicher Hinsicht existieren z.B. unterschiedliche Anforderungen an die Qualität der Dienstleistung oder Berufsqualifizierung, an den Einsatz von Produktfaktoren, an die Werbung, oder an den der Dienstleistung nachfolgenden Kundendienst. Genehmigungserfordernisse⁶⁶, Niederlassungspflichten⁶⁷ und

⁶¹ Ausführlich hierzu vierter Teil, C.

⁶² Diejenigen Leistungen, welche sich als „Dienstleistung“ qualifizieren lassen, sind auch unter Hinzuziehung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH kaum zu überblicken; eine nicht abschließende Aufzählung versucht KOM (2004) 2/endg., S. 23 f.; zur Rechtsprechung des EuGH außerdem zweiter Teil, B.

⁶³ Zur sog. Lissabon-Strategie oben, A., I.

⁶⁴ Das wäre eine von Art. 49 EG verbotene Diskriminierung; vgl. ausführlich zweiter Teil, B., IV., 2.

⁶⁵ Der Begriff „rechtliche Schranken“ umfasst alle Hindernisse für die länderübergreifende Entwicklung einer Dienstleistungstätigkeit im Binnenmarkt, die sich direkt oder indirekt aus rechtlichen Anforderungen ergeben; alle sonstigen Schranken werden als „tatsächliche Hindernisse“ erfasst; eine Bestandsaufnahme der rechtlichen und tatsächlichen Schranken des EU-Dienstleistungssektors findet sich in KOM (2002), 441/endg., S. 16 ff.; Varianten, Urheber und Zulässigkeit solcher „Beschränkungen“ des durch Art. 49, 50 EG gewährten Rechts sind überdies Gegenstand des zweiten Teils dieser Arbeit; s. dort B., III. und IV.

⁶⁶ Dazu etwa EuGH, Slg. 2001, I-1271, Rn. 38 („Analir“).

⁶⁷ Dazu etwa EuGH, Slg. 2000, I-1221, Rn. 27 (Kommission ./ Belgien).

komplizierte Verfahren bzgl. der Arbeitnehmerentsendung⁶⁸ verzögern die Dienstleistungserbringung zusätzlich und führen (das Binnenmarktziel vor Augen) bestenfalls zu Verfahrenskosten, nicht selten jedoch zum Ausbleiben des Grenzübertritts schlechthin. Wer als Marktteilnehmer in diesem Umfeld dennoch standhaft bleibt, sieht sich jenseits der Grenze nicht selten reglementierenden Entgeltvorschriften ausgesetzt⁶⁹.

In tatsächlicher Hinsicht treten schließlich sprachliche und kulturelle Schwierigkeiten, sowie Risiken, wie sie sich aus der mangelnden Kenntnis des ausländischen Verwaltungs-, Zivil, Berufs-, und/oder Landesrechts ergeben, hinzu. Von unzureichenden Binnenmarktkenntnissen ganz zu schweigen⁷⁰. Leidtragende sind in erster Linie Freiberufler bzw. kleinere und mittlere Unternehmen (KMU), welche vor einem kurzweiligen Gang über die Grenze im Regelfall externe Rechtsberatung in Anspruch nehmen müssen, verfügen sie doch regelmäßig nicht „im eigenen Hause“ über die erforderlichen Ressourcen⁷¹. Aus volkswirtschaftlicher Sicht erhöhen sich dadurch die Transaktionskosten eines innereuropäischen Grenzübertritts gerade für die im Dienstleistungssektor vorherrschenden Unternehmen⁷². Tatsächliche Hindernisse bestehen zudem fort, selbst wenn – wie in den harmonisierten Bereichen – rechtlich die Vorteile des Binnenmarktes voll ausgeschöpft werden könnten.

⁶⁸ Jüngst dazu EuGH, in RIW 2005, S. 618 ff.

⁶⁹ Der BGH hat jüngst in einer Entscheidung zur Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) betont, dass die durch die HOAI bewirkte Reglementierung grenzüberschreitender Dienstleistungen mit Blick auf die EG-Grundfreiheiten nicht unproblematisch ist, vgl. BGH, IPRax 2003, S. 449 (452).

⁷⁰ Viele Dienstleister sind sich der ihnen durch den Binnenmarkt eingeräumten Rechte gar nicht bewusst; sie machen deshalb von ihrer Rechtsmacht keinen Gebrauch; vgl. KOM (2002), 441/endg., S. 46 ff.

⁷¹ Bundeswirtschaftsministerium, Monatsbericht 02/2007, S. 34.

⁷² KOM (2004) 2/endg., S. 7.

II. Die Zukunft europäischer Dienstleistungen – das Herkunftslandprinzip?

In dieser Situation erscheint die sekundärrechtliche, flächendeckende und mithin branchenübergreifende Verankerung des Herkunftslandprinzips wie ein finaler europäischer Befreiungsschlag gegenüber „nationalstaatlichen Egoismen“. Wie wäre es, so ließe sich pointiert fragen, bevor man die rechtlichen Grenzen eines derartigen Liberalisierungsversuchs untersucht, wenn Europa die Bundesrepublik Deutschland mithilfe einer unmittelbar anwendbaren Richtlinie dazu zwingen würde⁷³, z.B. die Dienste des ungarischen Zahnarztes, des italienischen Anwalts, des niederländischen Bauunternehmers, kurzum, die Dienste *jedes denkbaren* Dienstleistungserbringers, gegenüber seinem deutschen Pendant grundsätzlich als ebenbürtig zu betrachten⁷⁴? Wie wäre es ferner, wenn ausländische Dienstleistungsanbieter den Normbestand, dem ihre Profession nach dem Recht ihres Herkunftslandes unterworfen ist, zumindest dem Grunde nach nach Deutschland „mitnehmen“ könnten? Wäre das nicht – zumindest wirtschaftsrechtlich⁷⁵ – die Verwirklichung eines vereinten Europas, das gerade kein Bundesstaat sein möchte? Oder müsste ein

⁷³ Zur Wirkung von EG-Richtlinien oben, A., I., Fn. 9.

⁷⁴ Freilich sah schon der erste Entwurf der Kommission aus dem Jahre 2004 über 30 Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip vor, so dass sicher nicht *jede* Dienstleistung in *jeder* Hinsicht betroffen ist (die wichtigsten Ausnahmen des nunmehr geltenden Regelwerks finden sich etwa im Monatsbericht des BMWi, 02/2007, S. 35); die vorgenommene Pointierung soll indes die Idee dieses einmaligen Liberalisierungsansatzes freilegen.

⁷⁵ Die EG ist vom Ursprung her eine reine Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht, Rn. 689; *W. Kilian*, EU Wirtschaftsrecht, Rn. 202 ff.; freilich reicht sie inzwischen weit darüber hinaus; Beleg dafür sind nicht zuletzt die Reformbestrebungen innerhalb der Union, die mit dem Treffen der Staats- und Regierungschefs vom 21./22.06.07 in Brüssel vorerst jedoch nicht in eine „Europäische Verfassung“ münden werden; Resultat ist aber ein „Reformvertrag“ unter Verzicht auf staatsähnliche Elemente wie „Flagge“ und „Wappen“. Zu den Problemen bei der Ratifizierung auch dieses abgespeckten Reformvertrages oben, A., I., Fn. 36.

solches Europa zwangsläufig im „Chaos der Rechtssysteme“⁷⁶ versinken, wobei zuerst die Verbraucher, darauf die nationalen Richter zu den Opfern zu zählen wären?

Auf diese Fragen gibt es europapolitisch keine eindeutige Antwort. Europarechtlich geht es derweil um nicht weniger als um „Recht“ und „Unrecht“ der europäischen Integration. Juristisch wird eine eindeutige Stellungnahme daher unumgänglich sein. Dabei bewegt sich die vorliegende Arbeit im Spannungsfeld zwischen schutzwürdigen Interessen souveräner (Bestimmungs-) Mitgliedstaaten auf der einen und ihrer Verantwortung gegenüber der europäischen Idee⁷⁷ auf der anderen Seite⁷⁸. Insofern gilt es, den gemeinschaftsrechtlich gangbaren, wenn man so will „goldenen“ Mittelweg für den Fall zu definieren, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber anschickt, das Herkunftslandprinzip seines primärrechtlichen Ursprungs zu entheben, um es sekundärrechtlich auszugestalten. Darin liegen Aufgabe und Anspruch nachfolgender Kapitel. Es wird sich zeigen, ob die Zukunft europäischer Dienstleistungen *rechtmäßigerweise* in dem Herkunftslandprinzip liegt.

⁷⁶ Dazu bereits oben, A., I., Fn. 41; milder formuliert U. Schliesky, Von der Realisierung des Binnenmarktes über die Verwaltungsreform zu einem gemeineuropäischen Verwaltungsrecht?, DVBl. 2005, S. 887 (888), der aufgrund eines „Nebeneinander“ von 25 Rechtsordnungen zumindest erhebliche Folgeprobleme für eine effektive Wirtschaftsüberwachung befürchtet.

⁷⁷ T. Oppermann spricht in seiner Tübinger Abschiedsvorlesung diesbezüglich vom „Europäischen Traum“; vgl. ders., Der Europäische Traum zur Jahrhundertwende, JZ 1999, S. 317 ff.

⁷⁸ Ähnlich jüngst N. Rauer, Zwischen Binnenmarkt und Wahrung nationaler Identität, Diss. 2003, allerdings in Bezug auf Art. 28 EG (Warenverkehrsfreiheit).

C. Vorschau auf den Gang der Arbeit

Nach der hiesigen Einführung werden im *zweiten* und *dritten Teil* der Arbeit zunächst die Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit respektive des Herkunftslandprinzips im Primärrecht geschaffen. Wegweisend wird, zumal was das im Primärrecht nicht explizit verankerte Herkunftslandprinzip angeht, die Rechtsprechung des EuGH sein. Auf die auf diese Weise gefundenen Ergebnisse aufbauend, kann sodann im *vierten Teil* auf Möglichkeiten und Grenzen der Liberalisierung des Dienstleistungssektors durch das Sekundärrecht eingegangen werden. Einem Überblick über Funktionen und bisherige Instrumente der europäischen Rechtsangleichung schließen sich Ausführungen zu der Frage an, ob und gegebenenfalls inwieweit die sekundärrechtlich-flächendeckende Etablierung des Herkunftslandprinzips nach dem Vorbild der EU-Dienstleistungsrichtlinie bzw. des Kommissionsvorschlages zu dieser Richtlinie⁷⁹ mit dem Primärrecht zu vereinbaren ist. Den materiellen Prüfungsmaßstab bilden insofern Art. 50 Abs. 3 EG (Bestimmungslandprinzip), sowie auch die Kompetenz- (Art. 47 ff. EG, Art. 5 EG) und Organisationsstruktur der Europäischen Union im Allgemeinen. Dabei werden die Begriffe „Europäische Union“ und „Europäische Gemeinschaft“ gemäß der Vertragskonstruktion von *Maastricht* keinesfalls synonym gebraucht (vgl. Art. 47 EU); bereits an dieser Stelle sei indes darauf verwiesen, dass gelegentlich von der „Union“ gesprochen werden wird, während gleichzeitig Normen des EG-Vertrages zitiert werden. Den eben benannten Unterschied im Hinterkopf, ist das unschädlich, nachdem die Europäische Gemeinschaft als organisatorisch verfestigte und mit eigenen Kompetenzen ausgestattete „1. Säule“ der Klammerkonstruktion des EU-Vertrages das „Dach“ der Union mit trägt (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 5 EU)⁸⁰.

⁷⁹ Über die Frage, ob auch die nunmehr in Kraft getretene Dienstleistungsrichtlinie materiell auf das Herkunftslandprinzip zurückgreift besteht, wie erwähnt (oben, A., II.), Streit; die vorliegende Arbeit hängt dieser These an, berücksichtigt aber auch die gegenteilige Auffassung.

⁸⁰ T. Oppermann, *Europarecht*, §§ 4 und 6, Rn. 1 ff.; näheres nachfolgend, zweiter Teil, A. und vierter Teil m.w.N.

Im *fünften Teil* der Arbeit kann daraufhin der Frage nachgegangen werden, ob das Herkunftslandprinzip, bzw. dessen faktischen Auswirkungen im EG-Binnenmarkt, Einfluss auf die Beurteilung der sog. Inländerdiskriminierung durch das Gemeinschaftsrecht haben. Hier geht es zunächst um die Frage, ob einer sich aus der Anwendung der Dienstleistungsvorschriften des EG-Vertrages bzw. der einschlägigen Richtlinien ergebenden Schlechterstellung „einheimischer“ Dienstleistungserbringer nationales Verfassungsrecht oder gar europäisches Vertragsrecht entgegensteht. Daraufhin wird in einem zweiten Schritt die Frage zu klären sein, inwiefern die erzielten Ergebnisse unter der Geltung eines sekundärrechtlichen und flächendeckenden Herkunftslandprinzips eventuell einer Neubewertung bedürfen. Das ist – so viel sei verraten – nach hier vertretender Auffassung der Fall, so dass sich abschließend die Frage nach den Folgen der Verfassungswidrigkeit berufsregelnder Vorschriften stellt.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung ihrer Grundaussagen in 10 Thesen (*sechster Teil*).

Zweiter Teil

Grundlagen der Dienstleistungsfreiheit im Primärrecht

A. Ziele der Dienstleistungsfreiheit

Die unter dem „Dach“ der Europäischen Union (EU) befindliche „Säule“ der Europäische Gemeinschaft (EG)⁸¹ ist zwar nicht nur, aber auch und gerade eine Wirtschafts- und Währungsunion mit einem gemeinsamen Markt⁸². Das materielle Gemeinschaftsrecht ist daher ebenso nicht alleine, aber insbesondere als zweckrationale, auf die Erreichung wirtschaftspolitischer Ziele ausgerichtete Rechtsordnung zu verstehen⁸³. Im Rahmen ihrer Interpretation stellt sich von daher vordringlicher als bei der Auslegung nationalen Rechts die Frage nach den hinter der Rechtsordnung stehenden Zielen. Folgerichtig kommt der teleologischen, das heißt an dem (objektiven) Sinn und Zweck der betreffenden Bestimmung orientierten, Auslegung

⁸¹ Zur Zur architektonischen Struktur der Europäischen Union („Drei-Säulen-Modell“) s. *K. Ambos/P. Rackow*, Institutionelle Ordnung der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft, Jura 2006, S. 505; *M. Zuleeg*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Union, in von Bogdandy/Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam, EuR Beiheft 2/1998, S. 151 ff.; *T. Oppermann*, Europarecht, §§ 4 und 6, Rn. 1 ff.; *ders.*, Zur Eigenart der EU, in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der EU, 1994, S. 87 ff.; *U. Everling*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, S. 936 (941 ff.); *ders.*, Von den Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union, in Classen u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Thomas Oppermann, 2001, S. 163 (175 ff.); ferner vierter Teil, D., m.w.N.

⁸² *D. Ehlers* in *ders.*, EuGR 2005, § 7, Rn. 1; *W. Kilian*, EU Wirtschaftsrecht, Rn. 202 ff.; *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht, Rn. 689; *H. H. Rupp*, Maastricht – eine neue Verfassung?, ZRP 1993, S. 211 ff.

⁸³ *R. Bieber*, in *ders./Epiney/Haag*, Die Europäische Union, § 3, Rn. 5 ff.; *A. Bleckmann*, Europarecht, § 8, Rn. 548.; *C. Calliess*, in *ders./Ruffert*, Art. 1 EUV, Rn. 6 ff.

besonderes Gewicht zu⁸⁴. Die hierfür maßgeblichen Zielvorgaben formulieren Art. 2 und 3 EG auf einer „höheren Abstraktionsebene“⁸⁵. So umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG einen Binnenmarkt, der u.a. durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr gekennzeichnet ist. Art. 3 Abs. 1 EG enthält einen Katalog von Tätigkeitsfeldern, bei denen es sich zugleich um Ziele der Gemeinschaft handelt⁸⁶. In dem gleichen Sinne verpflichtet Art. 14 Abs. 1 EG die Gemeinschaft, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um u.a. gemäß Art. 49 EG den Binnenmarkt für Dienstleistungen schrittweise zu verwirklichen. Der Binnenmarkt erfasst nach Art. 14 Abs. 2 EG einen „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Personen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“⁸⁷. Demzufolge bildet die Dienstleistungsfreiheit einen integralen Bestandteil des Binnenmarktkonzepts⁸⁸.

Demgegenüber formuliert Art. 2 EG die Aufgaben der Gemeinschaft und enthält einen Katalog allgemeiner Ziele, die durch die in Art. 3 EG genannten gemeinsamen Politiken oder Maßnahmen näher

⁸⁴ Zur Bedeutung der teleologischen Auslegung im nationalen und im Gemeinschaftsrecht *R. Bernhardt*, Zur Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in Grewe u.a. (Hrsg.), Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Hans Kutscher, 1981, S. 17 ff.; *U. Everling*, Rechtsanwendungs- und Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofs der EG, in Kruse (Hrsg.), Zölle, Verbrauchersteuern, europäisches Marktordnungsrecht, 1988, S. 51 (59); *A. Bleckmann*, Europarecht, § 8, Rn. 548; sowie *ders.*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, S. 1177 ff.

⁸⁵ *K. Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, Diss. 1995, S. 28.

⁸⁶ EuGH, Slg. 1973, 215, Rn. 23 f. („Europemballage und Continental Can“); Slg. 1982, 1409, Rn. 33 („Gaston Schul“); *J. Ukrow*, in Calliess/Ruffert, Art. 3 EGV, Rn. 1.

⁸⁷ Zur Abgrenzung gegenüber dem Begriff des „Gemeinsamen Marktes“ (vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 lit. h) EG) z.B. *S. O. Hödl*, Die Beurteilung von verkaufsbehindernden Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt, Diss. 1997, S. 49 ff.; *A. Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, Diss. 2003, S. 122 ff., sowie unten, dritter Teil, A., I., 2.

⁸⁸ *A. Hatje*, Das Binnenmarktziel in der Europäischen Verfassung, in *ders./Terhechte* (Hrsg.), Das Binnenmarktziel in der Europäischen Verfassung, EuR Beiheft 3/2004, S. 7 (10 f.); *E. Pache*, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 11, Rn. 1.

ausgeführt werden⁸⁹. Letztere stellen, wie gesagt, über diese konkretisierende Funktion hinaus selbst Ziele der Gemeinschaft im weiteren Sinne dar. Zuvörderst handelt es sich bei ihnen aber um Mittel zur Verwirklichung der in Art. 2 EG genannten Ziele im engeren Sinne, unter denen in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit vor allem die harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum und ein hohes Beschäftigungsniveau, ein hoher Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, die Hebung der Lebenshaltung und Lebensqualität sowie der wirtschaftliche und sozialer Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten relevant sind⁹⁰. Einzelbestimmungen, vorliegend die über die Dienstleistungsfreiheit, sind mithin im Lichte dieser allgemeinen Zielvorgaben als der „Planverfassung“ des Vertrages auszulegen⁹¹. Sie sind dergestalt zu interpretieren, dass sie faktisch kausal für die Erfüllung der durch Art. 2 und 3 EG gestellten Aufgaben und Ziele werden⁹².

Vor diesem Hintergrund wird das Ziel der durch den EG-Vertrag garantierten Dienstleistungsfreiheit darin gesehen, die dem Binnenmarktkonzept zugrunde liegende gemeinwohlorientierte und wohlfahrtstheoretische Lehre des – wettbewerbsvermittelten – komparativen Kostenvorteils und das daraus folgende Erfordernis des – wettbewerbsermöglichenden – grenzüberschreitenden Freiverkehrs von

⁸⁹ EuGH, Slg. 1982, 4005, Rn. 28 (Kommission ./I. Irland); *J. Ukrow*, in Calliess/Ruffert, Art. 3 EGV, Rn. 1; *R. Streinz*, in ders., EUV/EGV, Art. 3 EGV, Rn. 6.

⁹⁰ Bezugnehmend daher RL 2006/123/EG (sog. „Dienstleistungsrichtlinie“, aaO Fn. 3), Begründungserwägung Nr. 1.

⁹¹ Der EuGH hat den Vertrag insb. in den Urteilen „Costa/ENEL“, EuGH, Slg. 1964, 1251, 1269 und „Francovich“, EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 31 ff. als dynamische Planverfassung verstanden; vgl. aus der Literatur *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 38 ff.; *G. Nicolaysen*, Der Unionsvertrag als Integrationsverfassung, in Classen u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Thomas Oppermann, 2001, S. 187 ff.; *P. M. Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 194 (196 ff.).

⁹² *A. Bleckmann*, Die Personenverkehrsfreiheit im Recht der EG, DVBl. 1986, S. 69 (73); *ders.*, Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 14 (1979), S. 239 (244).

Produktionsfaktoren (Arbeit, Kapital) und Produkten (Waren, Dienstleistungen) bereichsspezifisch umzusetzen⁹³.

Wenn dem grenzüberschreitenden Freiverkehr von Dienstleistungen somit gemeinschaftsweit letztlich wohlfahrtsmaximierende Aufgaben zufallen, so steht jedes zu der Realisierung der Dienstleistungsfreiheit verwandte Instrument unter eben jenem Vorbehalt. Dabei ist anerkannt, dass die in ihrem Herkunftsstaat rechtmäßig erbrachten Leistungen prinzipiell⁹⁴ auch in den anderen Mitgliedstaaten vermarktet sein müssen⁹⁵. Das ist gerade Inhalt der Dienstleistungsfreiheit im EG-Binnenmarkt⁹⁶. Ebenso ist aber richtig, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht uneingeschränkt gilt. Bestimmte rechtliche Regelungssysteme bleiben auch unter dem Regime des Europarechts unangetastet. Wirtschaftlich betrachtet, handelt sich dabei um Standortfaktoren, die das Primärrecht nicht eliminieren möchte⁹⁷. Sollten solche Disparitäten zwischen den Mitgliedstaaten politisch gleichwohl unerwünscht sein, steht es dem europäischen Gesetzgeber frei, sie mittels sekundärrechtlicher Rechtsangleichung abzubauen, bzw. Anerkennungsrichtlinien zu erlassen, welche – gegebenenfalls in Kombination mit einer vorherigen Koordinierung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften – verbleibende Unterschiede als irrelevant bezeichnen. Andernfalls treten unterschiedliche Regulierungslevel innerhalb der Europäischen Union in Konkurrenz zueinander. Letzteren Weg beschreitet die sog. Dienstleistungsrichtlinie vom

⁹³ P. C. Müller-Graff in Streinz, EUV/EGV, Art. 49 EGV, Rn. 7; ders., Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in Cremer (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 1281 ff.; W. H. Roth in Dausen, HdbEGWiR, Bd. I, E. I., Rn. 6 f.

⁹⁴ Welchen Voraussetzungen das Herkunftslandprinzip im Einzelnen unterliegt wird ausführlich im dritten Teil dieser Arbeit erörtert.

⁹⁵ EuGH, EuzW 1991, S. 542 (543), Rn. 12; K. Hailbronner/A. Nachbaur, Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, EuzW 1992, S. 105 (109 f.).

⁹⁶ W. H. Roth in Dausen, HdbEGWiR, Bd. I, E. I., Rn. 117 ff.; E. Pache, in Ehlers, EuGR, 2005, § 11, Rn. 2.

⁹⁷ Vgl. nur H. P. Schwintowski, Europäisierung der Versicherungsmärkte im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, NJW 1987, S. 521 (524).

28.12.2006⁹⁸. Der Europäische Gesetzgeber kann hier zunächst die Wahlfreiheit der Mittel für sich beanspruchen; ganz gleich welche Lösung die Gemeinschaft aber anstrebt, die Zielvorgaben des Vertrages gilt es zu beachten. Das ergibt sich bereits aus dessen Qualifizierung als „dynamische Planverfassung“ des europäischen Integrationsverbundes⁹⁹.

Mithin ist für unsere Untersuchung von grundlegender Bedeutung, inwiefern sich ein flächendeckendes, sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip in das beschriebene Neben- und Miteinander von Primär- und Sekundärrecht einfügt. Dabei darf nicht unterschätzt werden, dass auch und alleine die Unzuständigkeit der Gemeinschaft nach dem Vertrag einen Verstoß gegen die Zielsetzung der Dienstleistungsfreiheit bedeuten würde. Eine Liberalisierung, die sich außerhalb des Kompetenzkataloges der EG bewegte, wäre von dem Vertrag nicht gedeckt und würde infolgedessen am Zustimmungsvorbehalt der Mitgliedstaaten scheitern¹⁰⁰. In Rede stehen aber zunächst die Grundlagen materieller Dienstleistungsfreiheit (B.), sowie das Herkunftslandprinzip *per se* (dritter Teil).

⁹⁸ Aao (Fn. 3); siehe auch Vorschlag der Kommission, aaO Fn. 10.

⁹⁹ Dazu oben, Fn. 91 m.w.N.; vgl. ferner *W. H. Roth*, Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes, RabeslZ 54 (1990), S. 63 (75).

¹⁰⁰ Vgl. BVerfG, 89, 155 („Maastricht“); im Verlaufe der Arbeit wird darauf verschiedentlich zurückzukommen sein.

B. Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49, 50 EG

I. Sachlicher Anwendungsbereich

1 Allgemeines zum Begriff der Dienstleistung

a) *Dienstleistung als „Phänomen“*

Was also verstehen die Art. 49, 50 EG unter Dienstleistungen? Abgesehen von noch zu erörternden Abgrenzungsfragen¹⁰¹ ist schon im Ansatz fraglich, welcher Dienstleistungsbegriff dem Vertrag zugrunde liegt. Die Analyse des Vertragstextes führt auf der Suche nach einem positiven Gehalt des Begriffs der Dienstleistung zunächst kaum weiter. Während Art. 49 Abs. 1 EG durch das Verbot aller „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs (...)“ hauptsächlich den Garantiegehalt der Dienstleistungsfreiheit normiert, kommen Art. 50 Abs. 1 und 2 EG nicht über den Versuch einer (unvollständigen) Definitionsergänzung und -abgrenzung hinaus¹⁰². Dieser Befund darf derweil nicht (mehr) dazu verleiten, aus der vertraglichen Unvollständigkeit und Subsidiarität der Dienstleistungsvorschriften auf einen „nur ergänzenden Wirkungsbereich in der Nachordnung zu den anderen Grundfreiheiten“ zu erkennen¹⁰³. Vielmehr ist dem in der Einleitung erwähnten Strukturwandel moderner Volkswirtschaften Rechnung zu tragen, indem mit dem Eintritt der europäischen Volkswirtschaften in das postindustrielle Zeitalter dem Bedeutungsgewinn innereuropäischer Dienstleistungen durch eine

¹⁰¹ Siehe 2, d); Lehrbücher zum Europarecht versuchen zumeist keine positive Definition, sondern nähern sich dem Begriff quasi im Ausschlussverfahren und unter Hinzuziehung der dort behandelten Abgrenzung zu den anderen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, vgl. stellvertretend *H. W. Arndt*, Europarecht, S. 180.

¹⁰² *P. C. Müller-Graff*, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in Leßmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes, 1989, S. 471 (483); *M. Holoubek* in Schwarze, Art. 50 EGV, Rn. 1.

¹⁰³ So aber *H. P. Ipsen*, Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, EuR 13 (1978), S. 199 (225, 227); wie hier schon früh Generalanwalt *C. O. Lenz* in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Cowan“, EuGH, Slg. 1989, 195, 205; „mit Nachdruck“ ferner *F. J. Schöne*, Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht, Diss. 1989, S. 30 f.

dynamische Interpretation der entsprechenden Vertragsvorschriften entsprochen wird. Der negative Ansatz des Art. 50 Abs. 1 EG („...soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit der Personen unterliegen“) erklärt sich infolgedessen dadurch, dass die Redaktion des damaligen EWG-Vertrages ein Phänomen aufgriff, dessen Bedeutung in den 1950er Jahren noch nicht deutlich war¹⁰⁴. Im Übrigen sind die Art. 49 ff. EG gegenüber den anderen Freiheiten des EG-Vertrages von ebenbürtiger¹⁰⁵, wenn nicht sogar übergeordneter¹⁰⁶ Bedeutung.

Die Bestimmungen über Dienstleistungen mögen mithin als missglückt bezeichnet werden, doch entzieht sich der Begriff der Dienstleistung nicht schlechthin einer eigenständigen Definition¹⁰⁷. Zumindest die Richtung wird von Art. 50 EG vorgespurt, der davon ausgeht, dass Dienstleistung immer das Ergebnis einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ist, welche nicht der Warenherstellung zugerechnet werden kann. Dies ist kleinster gemeinsamer Nenner der ansonsten umstrittenen Diskussion und lässt sich einerseits aus der exemplarischen Aufzählung in Art. 50 Abs. 2 EG, andererseits aus einer Abgrenzung zu der Arbeitnehmerfreizügigkeit ableiten¹⁰⁸. Vereinfacht ließe sich insoweit von allen eigenständigen, „unsichtbaren Transaktionen“ sprechen¹⁰⁹, deren Substanz in einem wertbildenden „know how“ besteht.

¹⁰⁴ J. Tiedje/P. Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 50 EG, Rn. 3.

¹⁰⁵ W. Frenz, Hdb. Europarecht, Rn. 2417; M. Kort, Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, JZ 1996, S. 132 (133); C. Ohler, Der Status von Finanzdienstleistungen, ZEuS 2002, S. 321 (330); D. Kugelmann, Werbung als Dienstleistung, EuR 36 (2001), S. 363 (368); W. H. Roth, RabelsZ 54 (1990), S. 71; ders. in Dausen, HdbEGWiR, Bd. 1, E I., Rn. 4; P. Biagosch, Europäische Dienstleistungsfreiheit und deutsches Versicherungsvertragsrecht, Diss. 1991, S. 60.

¹⁰⁶ Die Dienstleistungsfreiheit stellt, wie der EuGH betont, einen „fundamentalen Grundsatz des Vertrages“ dar, vgl. EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 17 („Webb“); Slg. 1997, I-3899, Rn. 21 („Parodi“); Slg. 1999, I-11, Rn. 16 („Calfa“); zum Teil wird daraus gefolgert, dass die Dienstleistungsfreiheit Vorrang vor nationalen Interessen, auch vor solchen sozialer Natur habe; vgl. T. Lambrich, EWS 2005, S. 251 (253).

¹⁰⁷ So aber A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 24.

¹⁰⁸ W. Kluth in Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 6.

¹⁰⁹ W. H. Roth, RabelsZ 54 (1990), S. 71.

b) *Volkswirtschaftlicher und gemeinschaftsrechtlicher Dienstleistungsbegriff*

Ein solcher Grundriss wäre nahezu deckungsgleich mit dem volkswirtschaftlichen Verständnis von einer Dienstleistung¹¹⁰. Es herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass bei der Annäherung an den Begriff der Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrages ein genuin gemeinschaftsrechtliches Verständnis zugrunde zu legen ist, welches auf der grundfreiheitlichen Systematik aufbaut¹¹¹. In diesem Sinne wurde vielfach nachgewiesen, dass der Dienstleistungsfreiheit aus der Perspektive des Vertrages eben nicht daran gelegen ist, die Dienstleistung als „tertiären“ Wirtschaftssektor zu erfassen, sondern dass sie sich auf den *geographischen* Grenzübertritt von erwerbswirtschaftlichen Leistungen, welche keine Waren sind¹¹², bezieht. Hier setzt nämlich der Gewährleistungsinhalt des Art. 49 Abs. 1 EG an, indem er Beschränkungen transnationaler Dienstleistungen verbietet. Diese Feststellung führt dazu, dass der gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsbegriff einerseits enger (sofern systematisch keine oder eine andere Grundfreiheit eingreift) und andererseits weiter als der volkswirtschaftliche Dienstleistungsbegriff ist (sofern die Leistung vertragssystematisch erfasst ist, sie aber volkswirtschaftlich einem anderen Sektor zugeordnet werden müsste)¹¹³

c) *Dienstleistung als Produkt*

Fraglich ist dann allerdings, welche Schlussfolgerungen im Übrigen aus dieser Vertragssystematik zu ziehen sind. Die Richtlinienpraxis

¹¹⁰ Vgl. dazu *U. Wetzel*, Die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 59-66 des EWG-Vertrages: Ein Beitrag zu Inhalt und Wirkungen des Primärrechts, Diss. 1992, S. 16 ff.; *H. Meffert/M. Bruhn*, Dienstleistungsmarketing, S. 27.

¹¹¹ *W. Kluth*, in Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 5; *K. Hailbronner/A. Nachbaur*, EuZW 1992, S. 105 (106).

¹¹² *K. M. McDonald*, Der Begriff der Dienstleistung im europäischen Binnenmarkt und WTO-System (GATS), Diss. 2001, S. 24 f.; *M. Seidel*, Die Dienstleistungsfreiheit in der neusten Rechtsentwicklung, in Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt, 1987, S. 113 (116 ff.); *P. Troberg/J. Tiedje*, Vorbemerkungen zu den Artikeln 49-55 EG, Rn. 9; *K. Hailbronner/A. Nachbaur*, EuZW 1992, S. 105 f.

¹¹³ Mit Beispielen *K. M. McDonald*, aaO (Fn. 112), S. 24 f.; *P. Troberg/J. Tiedje*, in von der Groeben/Schwarze, Vorbemerkungen zu den Artikeln 49-55 EG, Rn. 10.

der Vergangenheit¹¹⁴, sowie redaktionelle Vorgaben, wie etwa die Zusammenfassung von Freizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit unter einen gemeinsamen Obertitel des Vertrages (Titel III) und die unvollständige Ausgestaltung des dritten Kapitels jenes Obertitels (vgl. Art. 55 EG), rücken die Dienstleistungsfreiheit zunächst in die Nähe der Niederlassungsfreiheit. Zudem geht Art. 50 Abs. 3 EG („unbeschadet“) offensichtlich davon aus, dass die Erbringer von Dienstleistungen, die grenzüberschreitend tätig werden wollen, in ganz ähnlicher Weise behindert werden können, wie sie möglicherweise im Falle einer ausländische Niederlassung behindert würden. Aus alledem resultiert eine teils rechtspolitisch begründete, teils konzeptionelle Verzahnung beider Freiheiten, die sich in Teilen des Schrifttums widerspiegelt¹¹⁵.

Für die richtige Einordnung der Dienstleistungsfreiheit ist es derweil unabdingbar, sie nicht nur als Fortentwicklung der Niederlassungsfreiheit, ergänzt um eine neue Ortsunabhängigkeit, zu sehen. Diese Sicht der Dinge könnte nur überzeugen, sofern die Dienstleistung unter Grenzübertritt des *Leistenden* Modellcharakter für Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 EG schlechthin aufweisen würde. In diesem Fall nämlich will der Dienstleister, wie der Niederlassungswillige, in einem anderen Mitgliedstaat wirtschaftlich tätig werden. Unterschiede ergeben sich (vorerst¹¹⁶) nur in Bezug auf die Aufenthaltsdauer im Gast- bzw. Bestimmungsland¹¹⁷. Die Dienstleistungsfreiheit ist demgegenüber jedoch facettenreicher, indem ebenso der Leistungsempfänger oder schlicht die *Leistung* den Grenzübertritt vollziehen können¹¹⁸. Heute fragt sie nicht nur danach, ob Ausbildung und Erfahrung eines Wirtschaftsteilnehmers in einem Mitgliedstaat ausreichen, um vorübergehend (Art. 50 Abs. 3 EG) in einem

¹¹⁴ Vgl. zur Rechtsangleichungspraxis der EG den ersten Teil dieser Arbeit.

¹¹⁵ Vgl. oben, Fn. 103; außerdem *A. Bleckmann*, Europarecht, § 20, Rn. 1672; *U. Wetzel*, aaO (Fn. 110), S. 13.

¹¹⁶ Weitere Abgrenzungskriterien unten, 2., d), ee).

¹¹⁷ Zu dieser „herkömmlichen Abgrenzungsmethode“ *K. M. McDonald*, aaO (Fn. 112), S. 41 f.; *M. Holoubek*, in Schwarze, Art. 50 EGV, Rn. 11 ff., sowie 2, d), ee), (1).

¹¹⁸ Dazu näher unten, 2, b).

anderen Mitgliedstaat tätig werden zu dürfen (personenbezogener Ansatz); ebenso dringlich, wenn nicht sogar angesichts des elektronischen Geschäftsverkehrs vorrangig, stellt sich ihr aktuell die Frage, ob die von ihm substanziell wo auch immer erbrachte Leistung, das *Produkt* seiner Arbeit also, im Bestimmungsstaat anerkannt wird (ergebnisbezogener Ansatz)¹¹⁹.

Dieses praktischen Bedürfnisses, dem primärrechtliche Indizien zunächst zu widersprechen scheinen, haben sich zuerst die grundlegenden Arbeiten von *E. Steindorff*¹²⁰ und *M. Seidel*¹²¹ angenommen. In Bezug auf die Einordnung der Dienstleistungsfreiheit im Konzert der Grundfreiheiten bedeuten sie einen Wendepunkt. Ihnen zufolge trennt das Vertragssystem im Rahmen der Grundfreiheiten Produktionsfaktoren (Arbeit und Kapital, Art. 39, 43 und 56 EG) von freiem Produktaustausch (Waren, Art. 23 ff. EG) und der Freiheit Dienstleistungen zu erbringen (Art. 49 ff. EG). Die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) betreffe demzufolge die Freizügigkeit des Produktionsfaktors Arbeit im Interesse einer *neuen*, ausschließlich ökonomisch bestimmten Wahl des Produktionsstandortes (Faktorallokation)¹²². Bei der Dienstleistungsfreiheit gehe es dagegen darum, durch den freien Handel mit Dienstleistungen eine *gegebene* Allokation wirtschaftlicher Ressourcen zu optimieren. Dies ähnele vielmehr der Warenverkehrsfreiheit, die eine Produktverkehrsfreiheit ist, als der Niederlassungsfreiheit.

Man wird ergänzen dürfen: während hinsichtlich der Faktormobilität einer Niederlassung das grenzüberschreitende Element gerade in der Niederlassung selbst liegt, kann dies für den Dienstleistungserbringer *in personam* zutreffen. Der Leistende muss aber keinesfalls

¹¹⁹ Ebenso *P. Troberg/J. Tiedje*, in von der Groeben/Schwarze, Vorbemerkungen zu den Artikeln 49-55 EG, Rn. 12.

¹²⁰ *E. Steindorff*, Dienstleistungsfreiheit im EG-Recht, RIW/AWD 1983, S. 831 ff.

¹²¹ *M. Seidel*, aaO (Fn. 112), S. 113 ff.

¹²² *P. O. Mülbart/K. U. Schmolke*, Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, ZVglRWiss 100 (2001), S. 236 (238); *P. Troberg/J. Tiedje*, in von der Groeben/Schwarze, Vorbemerkungen zu Art. 43 bis 48 EG, Rn. 10.

selbst Grenzen passieren, um geschützt zu sein¹²³. Es bestätigt sich insofern, dass dem Vertrag weniger an optimaler Faktorallokation gelegen ist, wenn er die Freiheit grenzüberschreitender Dienstleistungen festschreibt¹²⁴. Vorrangig hat er die Leistung *per se* im Auge (Art. 50 Abs. 1 EG). Untermauert wird diese Sichtweise durch den insoweit unmissverständlichen Garantiegehalt des Art. 49 Abs. 1 EG, der den Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zum Abbau von Beschränkungen des Dienstleistungs-„verkehrs“ auferlegt. Dieser Ansatzpunkt ist diametral entgegengesetzt zu dem in Art. 43 EG, setzt er doch nicht an der Entfaltung persönlicher Freiheit an, sondern an dem Ziel, binnenmarktähnliche Verhältnisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr insgesamt zu verwirklichen¹²⁵. Vertragsfunktional spricht mithin alles dafür, dass Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, nicht Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit parallel verlaufen¹²⁶. Angesichts der Querschnittsbedeutung dieser Feststellung für den Garantiegehalt der Dienstleistungsfreiheit und seine Einschränkungsvoraussetzungen können ihre Konsequenzen allerdings erst im jeweiligen Sachzusammenhang dargestellt und gegebenenfalls kritisch hinterfragt werden. Vorerst genügt es, die Erkenntnis eines notwendig vertragssystematischen Verständnisses von dem Begriff der Dienstleistung in den vorgefundenen Vertragstext mit einfließen zu lassen. Dann lässt sich Dienstleistung präzisieren als das *Produkt* derjenigen wertschöpfenden, d.h.

¹²³ P. C. Müller-Graff, in FS-Lukes, 1989, S. 476 ff.; die Betonung liegt dezidiert auf „selbst“; zu weiteren Konstellationen siehe ausführlich unter 2, b).

¹²⁴ Anders dagegen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit, vgl. K. Lackhoff, aaO (Fn. 85), S. 28 f.

¹²⁵ M. Seidel, aaO (Fn. 112), S. 117; ders., in Rechtsangleichung und Rechtsgestaltung in der europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 61 (64 ff.).

¹²⁶ So auch J. Snell, Goods and Services in EC Law, 2002, S. 15 ff. (26); P. C. Müller-Graff, in FS-Lukes, 1989, S. 479; K. Hailbronner/A. Nachbaur, EuZW 1992, S. 105 (106); J. Fetsch, Freiberufliche Gebührenordnungen und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, ZEuP 2005, S. 541 (543); K. Hailbronner, in HK-EUV, Art. 60 EGV, Rn. 3; M. Holoubek, in Schwarze, Art. 50 EGV, Rn. 10.

Mehrwert schaffenden unternehmerischen Tätigkeit, die nicht als „Ware“ i.S.d. Art. 23 Abs. 2 EG¹²⁷ zu qualifizieren ist.

2 Kriterien und Definition nach den Vertragsvorschriften und nach der Rechtsprechung des EuGH

Ungeachtet der durch den Vertrag gestifteten Verwirrung um ihre dogmatische Verwandtschaft, hat der EuGH anhand des Regelungsregimes der Art. 49 ff. EG konstitutive Kriterien herausgearbeitet, an denen zumindest die Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit im Einzelfall zu messen sein soll. Der Rekurs des Gerichtshofes auf pragmatisches Terrain dürfte nicht zuletzt der Tatsache geschuldet sein, dass tatsächlich nennenswerte Rechtsfolgenauswirkungen eines Paradigmenwechsels in der Tat bezweifelt werden könnten¹²⁸: falls der Garantiegehalt der Dienstleistungsfreiheit, ebenso wie derjenige der Warenverkehrsfreiheit, in der Aufhebung von Beschränkungen schlechthin und nicht nur in der Aufhebung diskriminierender Beschränkungen zu sehen ist, wie dies jedenfalls ursprünglich bei der Niederlassungsfreiheit der Fall war¹²⁹, dann verlaufen beide Grundfreiheiten in ihrem Gewährleistungsumfang ohnehin parallel¹³⁰.

¹²⁷ Zum Begriff der „Ware“ z.B. *U. Fastenrath/M. Müller-Gerbes*, Europarecht, S. 49 f.

¹²⁸ Erstmals *A. Bleckmann*, Die Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag, *EuR* 22 (1987), S. 28 (34), der sich in Reaktion auf *M. Seidel*, aaO (Fn. 112), in einem kurzen obiter äußert.

¹²⁹ Zum traditionell gleichheitsrechtlichen Verständnis hier *U. Everling*, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, in *Mestmäcker u.a. (Hrsg.)*, Eine Ordnungspolitik für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben, 1987, S. 111 (113 ff.); *R. Dolzer*, Die Niederlassungsfreiheit der freien Berufe im europäischen Recht, in *ders./Hahndorf/Johansson u.a. (Hrsg.)*, Niederlassungsfreiheit von freien Berufen in Europa, 1986, S. 3 ff.; für ein freiheitsrechtliches Verständnis dagegen *P. Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuR* 27 (1992), S. 145 (152 f.); *K. Lackhoff*, aaO (Fn. 85), S. 358 ff. m.w.N.

¹³⁰ Auf die Frage, ob die Dienstleistungsfreiheit neben der Schlechterstellung ausländischer Dienstleistungen und deren Anbietern auch sonstige Beschränkungen verbietet, welche unterschiedslos auch für einheimische Dienstleistungen und deren Anbieter gelten, wird unter IV. eingegangen.

Was unterdessen den sachlichen Anwendungsbereich der Art. 49 ff. EG anbetrifft, sind die folgenden Merkmale für den EuGH konstituierend:

a) *Leistung*

Zunächst ist eine Leistung des betreffenden Erwerbstätigen von Nöten. Soweit aus der missglückten Formulierung des Art. 50 Abs. 1 EG inhaltliche Rückschlüsse für den Begriff der Leistung gewonnen werden können¹³¹, ergeben sich zwei Charakteristika: die Leistung muss *selbständig* erbracht werden und ihr Ergebnis *unsichtbar* bleiben, sich also nicht stofflich manifestieren. Damit scheiden zum einen weisungsgebundene Tätigkeiten in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis (Arbeitnehmer, Art. 39 EG) und zum anderen körperliche Ergebnisse selbstständiger Wirtschaftstätigkeit (Waren, Art. 28 EG) aus. Beispielhaft seien „Freizeitleistungen“ im weitesten Sinne (z.B. Fernsehsendungen, Filmverleih, Fremdenführungen, Lotterien, Glücksspiele, Veranstaltungs- und Hotelgewerbe), die Leistungen von Werbeagenturen, Finanzinstituten, Versicherungen und Rechtsanwälten, außerdem Transport- und Baudienstleistungen, sowie der gesamte Bereich der immateriellen Daseinsvorsorge (ärztlicher Leistungen, Ausbildung) genannt¹³².

b) *Grenzübertritt*

Eine danach vorliegende Leistung muss weiter in irgendeiner Form die Grenzen eines Mitgliedstaates überqueren. Es entspricht der begrüßenswerten Übereinkunft von Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt unverzichtbare Bedingung für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts überhaupt ist¹³³. Nach Wortlaut und Teleologie des Vertrages bezie-

¹³¹ Dazu bereits oben 1.

¹³² Ausführlicher Rechtsprechungsüberblick bei A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 38.

¹³³ EuGH, Slg. 1992, I-341, Rn. 9 („Steen I“); Slg. 1994, I-2715, Rn. 9 („Steen II“); D. Ehlers, in ders., (Hrsg.), EuGR, 2005, § 7, Rn. 20; ders., Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, Jura 2001, S. 266 (269, 483); A. Thiele, Die Grundfreiheiten in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, JA 2005, S. 621 (622); H. D.

hen sich die Grundfreiheiten auf Maßnahmen „zwischen den Mitgliedstaaten“¹³⁴. Unter dieser Prämisse dienen sie („nur“) der Marktöffnung, nicht aber der Marktgleichheit, d.h. nicht der Austauschbarkeit der in der supranationalen Optik des Gemeinschaftsrechts fragmentarischen Wettbewerbsbedingungen der Gemeinschaftsmitglieder¹³⁵. Diese Restriktion ist letztlich Konsequenz der Erkenntnis, dass der Fortbestand nationaler Wirtschafts- und Sozialordnungen als Strukturmerkmal des EG-Binnenmarktes zu begreifen ist¹³⁶. Die Einführung des Binnenmarktziels (Art. 14 EG) konnte daher zu keinem Zeitpunkt dazu führen, dass ein einheitliches materielles Binnenmarktrecht an die Stelle „lokaler“ Marktordnungen trat bzw. anhand der Grundfreiheiten zu treten hat¹³⁷. In diesem Sinne hat etwa *M. Hoffmann*¹³⁸ nachgewiesen, dass es sich bei den Grundfreiheiten nicht um Vorschriften handelt, die „aus sich selbst heraus einheitliches Binnenmarktrecht setzten.“ Deshalb widerspricht ein solches

Jarass, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 30 (1995), S. 202 (204, 216); *ders.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 35 (2000), S. 705 (706); *P. C. Müller-Graff*, Die Verwirklichung des Binnenmarktes zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, in Hatje (Hrsg.), Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe, EuR Beiheft 1/2002, S. 7 (36); *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Diss. 1999, S. 84, 115 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rn. 792, 811; *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht, Rn. 693, sowie Rn. 633 und 698 anlässlich der sich daraus ergebenden Problematik der Einordnung reiner Inlandssachverhalte und ihrer möglichen Diskriminierung, vgl. fünfter Teil; a.A. z.B. *A. Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 201, 203, 209 und *K.-D. Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rn. 687.

¹³⁴ So ausdrücklich Art. 28 EG; inhaltlich ebenso Art. 43 Abs. 1, 49 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 EG, vgl. *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht, Rn. 693.

¹³⁵ *M. Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als koordinierungsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, Diss. 1999, S. 44 ff.; *T. Kingreen*, in v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 658.

¹³⁶ *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 46, 49 ff.; *C. D. Classen*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, EWS 1995, S. 97 (105).

¹³⁷ *M. Rohe*, Binnenmarkt oder Interessenverband?, *RabelsZ* 61 (1997), S. 1 (30 ff.); *P. O. Mülbart*, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, *ZHR* 159 (1995), S. 2 (19 f.).

¹³⁸ AaO (Fn. 135), S. 51.

Verständnis zwar in gewisser Weise dem Binnenmarktgedanken, nicht aber dem Binnenmarktrecht¹³⁹.

Für die Dienstleistungsfreiheit im Speziellen wird insofern ein transnationales Element explizit durch den Wortlaut der Art. 49 Abs. 1 EG („...in einem anderen Staat der Gemeinschaft...“) und Art. 50 Abs. 3 EG („...in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird...“) eingefordert¹⁴⁰. Dementsprechend sind in der Rechtsprechung des EuGH Sachverhalte, die Art. 49 EG betreffen, nicht erfasst, wenn

„alle Elemente der fraglichen Betätigung nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen“¹⁴¹.

Dienstleistungen i.S.d. Vertragsvorschriften sind mithin nur diejenigen Leistungen der Selbstständigen, die über die innergemeinschaftlichen Grenzen hinweg erbracht werden. Anknüpfungspunkt ist dabei die Gebietsansässigkeit der am Leistungsverhältnis beteiligten Personen und Gesellschaften, nicht deren Staatsangehörigkeit¹⁴². Selbst wenn Leistender und Leistungsempfänger von unterschiedlicher Nationalität sind, unterfallen Leistungen zwischen Gebietsansässigen, die innerhalb ein und desselben Staates erbracht werden, grundsätzlich nicht dem Art. 49 EG¹⁴³. Dieser Grundsatz ist begriffswesentlich und zugleich in teleologischer Korrektur des Wortlauts von Art. 49 EG in den Fällen sog. „auslandsbedingter“ Dienstleistungen¹⁴⁴ zu

¹³⁹ R. Streinz, Europarecht, Rn. 685; ders., in ders., EUV/EGV, Art. 12 EGV, Rn. 61.

¹⁴⁰ N. Reich, Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs als Grundfreiheit, ZHR 153 (1989), S. 571 (580).

¹⁴¹ EuGH, Slg. 1980, 833, Rn. 9 („Debauve“); Slg. 1991, I-727, Rn. 9 (Kommission ./ Griechenland); Slg. 1991, I-1979, Rn. 37-39 („Macrotron“); Slg. 1997, I-195, Rn. 19 („USSL N° 47 di Biella“); Slg. 1999, I-5219, Rn. 23 („R.I.SAN.“); Slg. 1999, I-7319, Rn. 42 („Jägerskjöld“).

¹⁴² W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 50 EGV, Rn. 22; K. M. McDonald, aaO (Fn. 112), S. 26; a.A. N. Reich, ZHR 153 (1989), S. 580 f. unter Verweis auf die „konsequente Durchdringung des Binnenmarktes“.

¹⁴³ J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 49 EG, Rn. 12.

¹⁴⁴ Zum Begriff M. Holoubek, in Schwarze, Art. 49 EGV, Rn. 46.

modifizieren. So hat der EuGH den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit zurecht auf solche Konstellationen erweitert, in denen die Leistung zwar wiederum in einem anderen Mitgliedstaat angeboten bzw. erbracht wird, gleichwohl aber einem Empfänger, der in dem selben Mitgliedstaat ansässig ist, wie der Leistende (z.B. Tourist mit eigenem Reiseführer)¹⁴⁵. In diesem Fall versagt zwar das Kriterium der Gebietsansässigkeit bzw. -fremdheit. Umso offenkundiger (quasi doppelt) tritt indes die Grenzüberschreitung hervor¹⁴⁶.

Diese Einschränkung im Hinterkopf, lassen sich unter den vertraglich erfassten Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen die folgenden Variationen unterscheiden:

aa) Grenzübertritt des Leistenden

Jedenfalls die Vertragsväter hatten als „Hauptform“ der Grenzüberschreitung den Grenzübertritt des Leistenden im Auge, wenngleich sich, wie gesagt, etwaige „Nebenformen“ ihnen gar nicht anboten¹⁴⁷. Dies belegt der Vertragstext, der in Art. 50 Abs. 3 EG („unbeschadet“) zum Ausdruck bringt, dass die Dienstleistungsfreiheit – wie die Freiheit der Niederlassung – regelmäßig mit einem Aufenthalt ihres Erbringers im Zielstaat einhergeht. Das (erforderliche) transnationale Element manifestiert sich in dieser Konstellation, indem der in einem Mitgliedstaat ansässige Leistende sich vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dem dort ansässigen Leistungsempfänger eine Leistung zu erbringen (*Dienstleistungserbringungsfreiheit*, „aktive“ Freiheit). Ein häufig zitiertes Beispiel ist insofern der Bauunternehmer, der ein Objekt in einem anderen Mitgliedstaat erstellt¹⁴⁸.

¹⁴⁵ EuGH, Slg. 1991, I-727 (Kommission ./ Griechenland).

¹⁴⁶ Teilweise werden die auslandsbedingten Dienstleistungen daher neben den drei hier genannten als vierte Kategorie erfasst; so z.B. *J. Snell*, aaO (Fn. 126), S. 17.

¹⁴⁷ S. oben, 1., a).

¹⁴⁸ EuGH, Slg. 1990, I-1417 („Rush Portuguesa“); Slg. 1996, I-1905 („Guiot“).

bb) Grenzübertritt des Leistungsempfängers

Vom Wortlaut der Art. 49, 50 EG nicht ausdrücklich erfasst und von Literatur¹⁴⁹ und Rechtsprechung¹⁵⁰ erst recht spät anerkannt, ist demgegenüber der Fall des Grenzübertritts des Leistungsempfängers (*Dienstleistungsempfangsfreiheit*, „passive“ Freiheit). Hier ist es zwar der Empfänger, welcher für das transnationale Element sorgt. Beschränkungen für den Abnehmer einer Leistung stellen sich jedoch mittelbar gleichermaßen als Beschränkungen für ihren Verkäufer dar¹⁵¹. Angesichts des Normzwecks, jede grenzüberschreitende Dienstleistung zu liberalisieren¹⁵², ist der Normtext insoweit gleichermaßen auslegungsbedürftig wie auslegungsfähig. Als Beispiele können die Konsultation eines ausländischen Arztes¹⁵³, Studien und Geschäftsreisen¹⁵⁴ oder schlichter Besuchstourismus¹⁵⁵ angeführt werden.

cc) Grenzübertritt der Leistung

Im Fall der sog. *Korrespondenzdienstleistungen* überquert schließlich – ähnlich einer Ware¹⁵⁶ – nur die Leistung selbst eine Binnengrenze, ohne dass dies Anbieter oder Abnehmer tun. Folglich kann der Bezugspunkt zum Gemeinschaftsrecht einzig im Ortswechsel der Dienstleistung liegen¹⁵⁷, sofern die Dienstleistung weder die körperliche Anwesenheit der einen noch der anderen Partei eines Leis-

¹⁴⁹ Eine umfassende Darstellung der Diskussion gibt S. Völker, *Passive Dienstleistungsfreiheit im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Diss. 1990, S. 62 ff.

¹⁵⁰ EuGH, Slg. 1984, 377, Rn. 16 („Luisi und Carbone“).

¹⁵¹ N. Reich, ZHR 153 (1989), S. 574 f.; J. Fetsch, ZEuP 2005, S. 541 (550).

¹⁵² Zum Normzweck vgl. EuGH, „Luisi und Carbone“, aaO (Fn. 150), Rn. 10.

¹⁵³ EuGH, „Luisi und Carbone“, aaO (Fn. 150) Rn. 16; EuGH, Slg. 1991, I-4685, Rn. 18 („Grogan“); Slg. 1998, I-1931, Rn. 35 („Kohl“).

¹⁵⁴ EuGH, „Luisi und Carbone“, aaO (Fn. 150), Rn. 16.

¹⁵⁵ EuGH, „Luisi und Carbone“, aaO (Fn. 150), Rn. 16; EuGH, Slg. 1989, 195, Rn. 15 („Cowan“), Slg. 1999, I-11, Rn. 16 („Calfa“).

¹⁵⁶ Zu dieser Parallelität bereits oben, I., c) m.w.N.

¹⁵⁷ Zutreffend Generalanwalt P. Léger, in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Wouters“, EuGH, Slg. 2002, I-1645.

tungsaustausches erfordert¹⁵⁸. In diesem Fall korrespondieren beide Seiten zumeist postalisch, telekommunikativ oder durch Boten miteinander. Zu denken wäre an die wirtschaftlich bedeutsamen Gebiete der Bank¹⁵⁹- und Versicherungsdienstleistungen¹⁶⁰, die telefonische Kundenwerbung¹⁶¹, die in anderen Mitgliedstaaten empfangbare Rundfunk- und Fernsehsendungen¹⁶² sowie neuerdings insbesondere an Internetdienste¹⁶³ und internationale Werbemaßnahmen (etwa im Rahmen des sog. „Euro-Marketing“¹⁶⁴).

*M. Seidel*¹⁶⁵, dem wie erwähnt zugute zu halten ist, einen Paradigmenwechsel eingeleitet zu haben, erkennt in dieser Kategorie gar die dem Vertrag zugrunde liegende „Grundform“ grenzüberschreitender Dienstleistungen. Die beiden anderen Formen sollen dagegen „Nebenformen“ sein. *P. C. Müller-Graff*¹⁶⁶ merkt demgegenüber an, ein Verständnis, welches sich von der Orientierung an der Niederlassungsfreiheit löse¹⁶⁷, müsse nicht zwangsläufig eine ausschließliche Verbindung mit der Warenverkehrsfreiheit eingehen. Dem ist zuzustimmen. Gleichwohl kann es unabhängig von Sinn und Unsinn einer Einteilung der Kategorien in Grund- und Nebenformen zweckdienlich sein, sich der *Seidelschen* Formenlehre zu bedienen, sofern man sie nicht absolut, sondern relativ, auf die jeweilige Auslegungsmethode (Wortlaut/Systematik) bezogen versteht. Der Blick auf die hinter dem Vertragstext stehende Systematik darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass unter dem Dach der Dienstleistungsfreiheit

¹⁵⁸ Das ist etwa bei der Installation einer Heizungsanlage (Erbringer) oder auch im Rahmen von Reiseveranstaltungen per Bus, Bahn oder Flugzeug (Erbringer und Empfänger) der Fall.

¹⁵⁹ EuGH, Slg. 1978, 1971 („Koestler“).

¹⁶⁰ EuGH, Slg. 1986, 3755 (Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland).

¹⁶¹ EuGH, Slg. 1995, I-1141 („Alpine Investments“) zum sog. „cold calling“.

¹⁶² EuGH, Slg. 1974, 409 („Sacchi“); Slg. 1980, 833 („Debauve“); Slg. 1988, 2085 („Bond van Adverteerders“) und Slg. 1999, I-7599, Rn. 50 („ARD“).

¹⁶³ EuGH, Slg. 2003, I-13031 ff. („Gambelli“).

¹⁶⁴ Vgl. dazu z.B. OLG Dresden, wrp 1997, S. 197; mit Anmerkung von *S. Leible*, Kfz-Parallelimporte und das deutsche Irreführungsverbot, wrp 1997, S. 517 ff.

¹⁶⁵ *M. Seidel*, aaO (Fn. 125), S. 69 und oben, 1., c).

¹⁶⁶ *P. C. Müller-Graff*, in FS-Lukes, 1989, S. 481 f.

¹⁶⁷ Vgl. oben, 1., c).

drei ebenbürtige Kategorien existieren, bei denen unterschiedlichen Rechtsfragen mit differenzierten Lösungen begegnet werden muss.

c) *Entgelt*

Um als eine Dienstleistung i.S.d Art. 49 ff. EG zu gelten, muss eine Leistung schließlich nicht nur grenzüberschreitend, sondern im Regelfall auch gegen Entgelt erbracht werden, Art. 50 Abs. 1 EG. In der Rechtsprechung gilt einerseits eine Vermutung für die Entgeltlichkeit erbrachter Leistungen, solange diese „einen Teil des Wirtschaftslebens ausmachen“¹⁶⁸. Andererseits sollen für eine entgeltliche Betätigung, je nach Einzelfall, die besonderen Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit bzw. die Dienstleistungsfreiheit gelten¹⁶⁹. Mit anderen Worten, sobald es sich um eine entgeltliche Berufstätigkeit handelt, liegt eine Betätigung vor, die einen Teil des Wirtschaftslebens ausmacht. Will man sich (und den EuGH) mithin nicht dem Vorwurf eines juristischen Zirkelschlusses aussetzen, bedarf der Begriff des Entgelts handfester Kriterien. Solche lassen sich anhand einer Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofes durchaus gewinnen.

aa) *Wirtschaftliche Äquivalenz*

In den Urteilen *Humbel*¹⁷⁰, *Wirth*¹⁷¹ und *Danner*¹⁷² hat der Gerichtshof festgestellt, wesensnotwendig für den Begriff des Entgelts sei, dass eine „wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung“ fließe. Der EuGH trägt dem Gedanken der Werthaltigkeit einer Dienstleistung Rechnung, „wobei die Gegenleistung in der Regel zwischen dem Erbringer und dem Empfänger der Leistung vereinbart wird“. Eine Gewinnerzielung ist dabei nicht notwendige Vorausset-

¹⁶⁸ In diesen Sinne hat der EuGH angesichts der Ziele der Gemeinschaft (dazu oben, A.) sportliche Betätigungen (Tätigkeit als Radrennfahrer) in Slg. 1974, 1405, Rn. 4/10 („Walrave“) und Tätigkeiten im Rahmen einer auf Religion beruhenden Vereinigung, Slg. 1988, 6159, Rn. 9 („Steymann“) als „entgeltlich“ klassifiziert.

¹⁶⁹ Urteil „Walrave“, aaO (Fn. 168), Rn. 4,10.

¹⁷⁰ EuGH, Slg. 1988, 5365, Rn. 17.

¹⁷¹ EuGH, Slg. 1993, I-6447, Rn. 15.

¹⁷² EuGH, Slg. 2002, I-8147, Rn. 26.

zung¹⁷³. Es versteht sich aber von selbst, dass dem beschriebenen Austausch- und Äquivalenzverhältnis nicht entsprochen wird, wenn die Gegenleistung völlig außer Verhältnis zu dem Wert der Leistung steht¹⁷⁴. Das trifft häufig im Bereich staatlicher Leistungen zu. Entscheidend ist dann, ob es bei der in Frage stehende Leistung um eine unternehmerähnliche Teilnahme am Wirtschaftsleben, oder um die Erfüllung von Pflichten im Rahmen der Daseinsvorsorge, wie z.B. bei der Erbringung von Sozialhilfe, geht. Demgegenüber wird staatlichen Bildungsleistungen auch dann der Charakter als Dienstleistung abgesprochen, wenn durch Gebühren oder Schulgeld teilweise eine Beteiligung an den Kosten des Systems erfolgt¹⁷⁵.

Eine ausdrückliche Bereichsausnahme¹⁷⁶ enthält schließlich der über Art. 55 EG anwendbare Art. 45 EG für Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernde oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist diese Ausnahmegvorschrift restriktiv auszulegen und auf das zu beschränken, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist¹⁷⁷. EG-ausländische Staatsangehörige dürfen demnach lediglich von denjenigen Tätigkeiten ferngehalten werden, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen¹⁷⁸. Nicht von Art. 45 EG erfasst sind damit die Tätigkeiten der

¹⁷³ F. J. Schöne, aaO (Fn. 103), S. 35; K. M. McDonald, aaO (Fn. 112), S. 35; W. Hakenberg in Lenz, Art. 49/50 EGV, Rn. 12; ähnlich P. C. Müller-Graff, in Streinz, EUV/EGV, Art. 49 EGV, Rn. 21, der zumindest keine Gewinnerzielungsabsicht fordert.

¹⁷⁴ Vgl. W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 10.

¹⁷⁵ EuGH, Slg. 1988, 5365, Rn. 17 ff. („Humbel und Edel“).

¹⁷⁶ Die Einordnung des Art. 45 EG als Bereichsausnahme und nicht als Rechtfertigungsgrund entspricht der herrschenden Auffassung, vgl. E. Pache, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 11, Rn. 33; J. Bröhmer, in Calliess/Ruffert, Art. 45 EGV, Rn. 1; R. Streinz, in ders., EUV/EGV, Art. 45, Rn. 1; a.A. aber z.B. K. M. McDonald, aaO (Fn. 112), S. 71.

¹⁷⁷ EuGH, Slg. 1988, 1637, Rn. 7 („Kommission ./ Griechenland“); Slg. 1998, I-6717, Rn. 34 (Kommission ./ Spanien).

¹⁷⁸ EuGH, Slg. 1974, 631, Rn. 44 f. („Reyners“).

Rechtsanwälte als Rechtsberater und Rechtsbeistand¹⁷⁹, die Tätigkeit einer Privatperson als Hauslehrer¹⁸⁰, Gutachtertätigkeiten von Privatsachverständigen¹⁸¹, sowie private Sicherheitsdienste¹⁸².

Schließlich hat der EuGH bezüglich der notwendigen Verbindung zwischen demjenigen, der die Leistung erbringt und demjenigen, der sie vergütet, erstmals in der Rechtssache *Bond van Adverteerders*¹⁸³, in jüngerer Zeit aber immer häufiger¹⁸⁴, eine gewisse Beweglichkeit an den Tag gelegt, die die Anforderungen an eine Korrelation zwischen Leistung und Vergütung insgesamt eher niedrig halten. Im Ergebnis ist die großzügige Annahme einer Dienstleistungsvergütung außerhalb der klassischerweise anzutreffenden bipolaren Dienstleistungsverhältnisse (Erbringer/Empfänger) indes lediglich Ausdruck einer Erkenntnis, deren Weg bereist durch die Entscheidung *Humbel* geebnet wurde: Art. 50 EG verlangt zwar in Regel, aber nicht unbedingt, dass die Dienstleistung von demjenigen bezahlt wird, dem sie zugute kommt¹⁸⁵. Der Rechtsbegriff des Entgelts ist also weit auszulegen. Auch die Zufallsabhängigkeit einer Leistung (Lotterie) nimmt dem Austausch nicht seinen wirtschaftlichen Charakter¹⁸⁶.

bb) Funktionale Auslegung

Damit ist indes noch keine Aussage darüber getroffen, in welcher Form eine Gegenleistung erbracht werden darf, um noch als *Gegen-*

¹⁷⁹ EuGH, Slg. 1974, 631, Rn. 51 f. („Reyners“).

¹⁸⁰ EuGH, Slg. 1988, 1637, Rn. 9 (Kommission ./ Griechenland).

¹⁸¹ EuGH, Slg. 1991, I-5863, Rn. 7 (Kommission ./ Griechenland).

¹⁸² EuGH, Slg. 1998, I-6717, Rn. 39 (Kommission ./ Spanien).

¹⁸³ EuGH, Slg. 1988, 2085, Rn. 16.

¹⁸⁴ EuGH, Slg. 2000, I-2549, Rn. 56 f. („Deliège“) und Slg. 2001, I-5473, Rn. 57 („Smits und Peerbooms“).

¹⁸⁵ In der Rs. „Bond van Adverteerders“ (oben Fn. 183) konnte dies z.B. durch die Rundfunkteilnehmer in Form von Gebühren geschehen, obwohl die Netzbetreiber ihre Leistung für die Rundfunkstationen anbieten; in der Rs. „Deliège“ (oben Fn. 184) lag das Entgelt in der Finanzierung durch Fernsehsender und Sponsoren von Sportereignissen, obwohl die Dienstleistung für die Sportler erbracht wurde; und in der Rs. „Smits und Peerbooms“ (oben Fn. 184) bezahlten schließlich die Krankenkassen für ihre Versicherten.

¹⁸⁶ EuGH, Slg. 1994, I-1039, Rn. 33 („Schindler“).

leistung zu gelten. Eben so wenig steht fest, ob eine Tätigkeit durch ihr soziales, kulturelles, religiöses oder sportliches Umfeld ihren wirtschaftlichen Charakter einbüßt. Der EuGH verneint das eindeutig. In der Rechtssache *Steymann*¹⁸⁷ bejaht er die Entgeltlichkeit bereits deshalb, weil

„die Tätigkeiten, um die es im vorliegenden Ausgangsverfahren geht, [Arbeiten umfassen], die in der [religiösen] Vereinigung und für deren Rechnung als Teil der gewerblichen Tätigkeiten dieser Vereinigung verrichtet werden“.

Deshalb, so folgert das Gericht,

„können die Leistungen, die diese Vereinigung ihren Mitgliedern gewährt [Kost und Logis, Anm. d. Verf.] als mittelbare Gegenleistung für deren Arbeiten gesehen werden“.

Die inhaltliche Eigenständigkeit dieses Urteils beruht auf folgenden Gesichtspunkten: erstens wird die Anerkennung des wirtschaftlichen Charakters der streitigen Tätigkeit nicht durch ihren religiösen Rahmen in Frage gestellt; zweitens stellt die allgemeine Befriedigung der materiellen Bedürfnisse der Mitglieder der Vereinigung (Ernährung, Kleidung, Taschengeld) ein Entgelt i.S.d. Art. 50 des Vertrages dar, auch wenn dieses nicht die klassische Gestalt einer Gegenleistung in Geld annimmt; drittens kann das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ohne weiteres ein mittelbares sein. Der EuGH bringt folglich klar zum Ausdruck, dass er den gesuchten Rechtsbegriff nicht formal, sondern *funktional* ausgelegt wissen will¹⁸⁸.

In dieselbe Richtung stoßen seine Urteile betreffend diejenigen Leistungen, die im Bereich des Sports erbracht werden. Soweit es sich nicht um reinen Amateursport handelt, ist der Anwendungsbe-

¹⁸⁷ Oben Fn. 168.

¹⁸⁸ Generalanwalt G. Cosmas in den Schlussanträgen zu der Rechtssache „Deliège“ (oben Fn. 184), I-2567.

reich des Vertrages eröffnet¹⁸⁹. Das Gericht verweist schlicht auf die gebotene großzügige Auslegung der Begriffe Wirtschaftsleben und Dienstleistung¹⁹⁰. Zwar wird dadurch die Frage, inwiefern die sportliche Tätigkeit an sich, d.h. das Sportereignis oder die sportliche Leistung, eventuell nur dem edlen Wettstreit oder den anderen Idealen des Sports dient und insofern gerade keine wirtschaftliche Dimension aufweist, regelmäßig ausgeklammert. Dies hat zur Folge, dass die in Frage stehende Verbindung zwischen Sport und Wirtschaftsleben vor allem in den Fällen nur unzureichend nachvollzogen wird, in denen es gilt, ein Dienstleistungsverhältnis zwischen Athlet und Veranstalter eines Wettkampfes nachzuweisen, obwohl in diesem Verhältnis keinerlei Vergütung fließt. Der EuGH¹⁹¹ stellt jedoch fest, dass

„im Rahmen sportlicher Tätigkeiten, insbesondere der Teilnahme (...) an einem internationalen Wettkampf, mehrere eigene, aber eng miteinander verknüpfte Dienstleistungen erbracht [werden], die auch dann unter Art. 59 EG [Art. 49 EG n.F.] fallen können, wenn einzelne Dienstleistungen nicht von denen bezahlt werden, denen sie zugute kommen. So bietet beispielsweise der Veranstalter eines solchen Wettkampfes dem Sportler die Gelegenheit, seine sportliche Tätigkeit auszuüben (...), während gleichzeitig die Sportler durch ihre Teilnahme am Wettkampf dem Veranstalter ermöglichen, ein Sportereignis zu veranstalten, an dem das Publikum teilnehmen kann, das Fernsehsender übertragen können und das für Werbetreibende und Sponsoren von Interesse sein kann. Außerdem erbringt der Sportler für seine eigenen Sponsoren eine Werbeleistung, die direkt auf der sportlichen Tätigkeit beruht.“

Um mit den Worten von Generalanwalt G. Cosmas zu sprechen, lässt sich die Rechtsprechung des Gerichts in diesem Bereich demnach

¹⁸⁹ Urteil „Walrave“, aaO (Fn. 168), Rn. 4/10; Urteil „Donà“, Slg. 1976, 1333, Rn. 12/13; Urteil „Bosman“, Slg. 1995, I-4921, Rn. 73; Urteil „Deliège“, aaO (Fn. 184), Rn. 46 ff.

¹⁹⁰ Vgl. stellvertretend nur das Urteil „Deliège“, aaO (Fn. 184), Rn. 52.

¹⁹¹ Urteil „Deliège“, aaO (Fn. 184), Rn. 56 f.

wie folgt auf den Punkt bringen: „Sportliche Leistungen sind heute Geld wert, weil Geld heute bei allen Aspekten des Sports eine Rolle spielt, vor allem dank des Fernsehens und der Sponsoren“¹⁹². Diese Formel überzeugt. Sie entspricht dem funktionalen Ansatz, indem danach gefragt wird, ob es den Parteien irgendeinen geldwerten Vorteil verschafft, wenn sie an dem betreffenden Event partizipieren. Das aber ist bis in den semiprofessionellen Bereich hinein zu bejahen.

Abschließend gilt von daher: Auf der Suche nach einem wirtschaftlichen Äquivalent der betreffenden Dienstleistung (oben, aa) ist ein funktionales Verständnis zugrunde zu legen (bb)). Danach ist jede empfangene Vergütung, unabhängig von ihrer Natur und unbeeinflusst von ihren formalen Rahmenbedingungen „Entgelt“ i.S.d. Vertrages.

cc) Gewerblicher Bezug

Diese seine Rechtsprechung hat der EuGH auch im Fall *Grogan*¹⁹³ nicht etwa „deutlich verkannt“, wie dies in der Literatur behauptet wird¹⁹⁴. Besagtes Urteil stellt fest, dass die kostenlose Verteilung von Informationen über Namen und Adressen von Abtreibungskliniken in anderen Mitgliedstaaten (Großbritannien) in einem Mitgliedstaat, in dem Abtreibungen verboten sind (Irland), das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit nicht erfülle und die Tätigkeit mithin nicht als Dienstleistung zu qualifizieren sei¹⁹⁵. Als Begründung nennt das Gericht den „zu losen“ Zusammenhang zwischen Herrn *Grogan* bzw. seinen Studentenvereinigungen und den Kliniken in Großbritannien. Herrn *Grogan* – so der EuGH – gehe es lediglich um

¹⁹² Generalanwalt *G. Cosmas*, aaO (oben Fn. 188), I-2570.

¹⁹³ EuGH, Slg. 1991, I-4685.

¹⁹⁴ *K. M. McDonald*, aaO (Fn. 112), S. 35; *N. Reich* „Europäisches Verbraucherrecht, Rn. 50; s. auch *D. Curtin*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1991, I-4685 („*Grogan*“), CMLRev. 29 (1992), S. 585 (595): „The Court’s attempt to distinguish GB-INNO is unhappy“.

¹⁹⁵ Urteil „*Grogan*“, aaO (Fn. 193), Rn. 24.

„Inanspruchnahme der Meinungs- und Informationsfreiheit, (...) die von der wirtschaftlichen Tätigkeit, welche die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Kliniken ausüben, unabhängig“ sei¹⁹⁶.

Vor dem Hintergrund obiger Analyse der Rechtsprechung zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Entgeltlichkeit ist diese Argumentation durchaus plausibel – auch auf den zweiten Blick¹⁹⁷. Vordergründig bietet der EuGH angesichts der bedauernswert knappen Begründung seines Urteils aber in der Tat zwei offene Flanken. Zum einen muss eine Vergütung der Leistung lediglich „in der Regel“ erfolgen (Art. 50 Abs. 1 EG). Die Tatsache allein, dass Herr *Grogan* seine Informationen kostenlos zur Verfügung stellt, darf zu der Begründung des Urteils demnach nicht herhalten. Zum anderen muss ein Entgelt nicht notwendigerweise zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Dienstleistungsempfänger fließen. Frauen, die die Dienste der Kliniken¹⁹⁸ in Großbritannien wahrnehmen wollen, müssen also nicht Herrn *Grogan* bezahlen, damit jener dem Schutzbereich der Art. 49 ff. EG unterfällt¹⁹⁹.

Eine genauere Betrachtung des Urteils zeigt indes, dass die Aufnahme kostenloser Informationsverteilung in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit vor dem Gerichtshof gar nicht an diesen beiden, sondern an einer anderen Voraussetzung gescheitert ist: der EuGH unterscheidet *gewerbliche* von *nichtgewerblicher* Werbung.

¹⁹⁶ Urteil „Grogan“, aaO (Fn. 193), Rn. 24 und 26.

¹⁹⁷ Vgl. *K. M. McDonald*, aaO (Fn. 112), S. 35: „(...) scheint der Schluss plausibel, dass Herr Grogans kostenlose Verteilung von Informationen aus dem Rahmen der Dienstleistungsfreiheit fällt, allerdings nur auf den ersten Blick“; der Autor verweist auf *G. Bermann/R. Goebel/W. Davey/E. Fox*, *Cases and Materials on European Union Law*, S. 562: „(...) the Court’s conclusion (...) appears initially plausible. However...“.

¹⁹⁸ Diese erbringen unproblematisch ein Dienstleistung i.S.d. Vertrages, vgl. Urteil „Grogan“, aaO (Fn. 193), Rn. 18; die von der SPUC ins Feld geführte „moralische Anstößigkeit“ einer Abtreibung sieht der EuGH unter dem „kalten Licht“ seiner bisherigen Rspr. zu medizinischen Aktivitäten, vgl. *D. Curtin*, *CMLRev.* 29 (1992), S. 591 f.

¹⁹⁹ Vgl. oben, aa); übereinstimmend insoweit *K. M. McDonald*, aaO (Fn. 112), S. 35.

Während er in dem herangezogenen Urteil „GB-Inno-BM“²⁰⁰ die Ansicht vertreten hat, dass ein Verbot der Verbreitung von geschäftlicher Werbung den freien Warenverkehr beeinträchtigen kann und selbiges deshalb in den Anwendungsbereich der Art. 28 ff. EG falle, werden die Informationen im *Grogan*-Fall nicht im Auftrag eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmers verbreitet. Sofern man sich ob dieser Unterscheidung fragt, warum nur diejenigen, welche wirtschaftlich von der Informationsbereitstellung profitieren (Kliniken), befugt sein sollen, selbige auch zu verbreiten²⁰¹, mag die getroffene Unterscheidung in der Tat unglücklich anmuten. Eine solche Fragestellung verkennt indes bereits im Ansatz die Grundausrichtung der Grundfreiheiten und geht insofern an der hiesigen Problematik vorbei. Die Perspektive der Grundfreiheiten ist unwidersprochen eine vornehmlich wirtschaftliche²⁰², so dass es die Freiheit der Meinungsäußerung verletzen mag, wenn Herr *Grogan* nicht in der gewünschten Form informieren darf. Dem EuGH ist jedoch zuzustimmen, dass die Grenze der funktionalen Betrachtung des Dienstleistungsbegriffs entlang der gewerblichen Ausrichtung einer Tätigkeit verläuft²⁰³. Dies wird bereits durch die beispielhafte Aufzählung des Art. 50 Abs. 2 EG veranschaulicht²⁰⁴. Eine Anerkennung jeder noch so losen Verbindung zwischen dem Dienstleistenden und dem eigentlichen Wirtschaftsteilnehmer würde dage-

²⁰⁰ EuGH, Slg. 1990, I-667.

²⁰¹ *D. Curtin*, CMLRev. 29 (1992), S. 595.

²⁰² Oben, A., insb. Fn. 82 und 83; *H. D. Jarass*, EuR 30 (1995), S. 204 ff.; *A. Bleckmann*, Die Freiheiten des gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in *Bieber/Bleckmann/Capotorti u.a. (Hrsg.), Das Europa der zweiten Generation, Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, 1981, S. 665 (674); *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 76.

²⁰³ *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf*, Art. 49/50 EGV, Rn. 37 scheiden nicht wirtschaftliche Tätigkeiten bereits anhand der Formulierung „in der Regel“ aus. Die vertragssystematische Auslegung ergebe, dass eine Vergütung zwar notwendige aber nicht hinreichende Voraussetzung einer Dienstleistung sei; die Tätigkeit müsse darüber hinaus dem Wirtschaftsleben zuzurechnen sein.

²⁰⁴ Dort heißt es wörtlich: „Als Dienstleistungen gelten insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche, freiberufliche Tätigkeiten“.

gen den Begriff der Dienstleistung endgültig konturlos und unberechenbar machen²⁰⁵.

d) *Subsidiarität*

aa) Formelle Subsidiarität

Gemäß Art. 50 Abs. 1 EG kann eine Dienstleistung schließlich nur unter dem Vorbehalt angenommen werden, dass nicht bereits die Vertragsvorschriften über den freien Waren-, und Kapitalverkehr sowie die Freizügigkeit der Personen einschlägig sind („soweit“). Bereits dieser Vorbehalt beinhaltet eine gewisse *formelle* Subsidiarität, deren historischer Hintergrund Gegenstand früherer Erörterungen war²⁰⁶. Dem besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen dienend, sei aber die Wiederholung erlaubt: formelle Subsidiarität kann nur bedeuten, dass die Dienstleistungsfreiheit eine Generalnorm ist, welche die Realisierung des Binnenmarktes überall dort anordnet, wo keine Spezialvorschriften besondere Regelungen treffen²⁰⁷. Im Übrigen sind die Art. 49 ff. EG gegenüber den anderen Freiheiten des EG-Vertrages von mindestens ebenbürtiger Bedeutung²⁰⁸.

²⁰⁵ Vgl. A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 36; in diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass auch ein Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH zu Verbraucherinformationen hinkt, vgl. K. M. McDonald, aaO (Fn. 112), S. 35, Fn. 70; der „Abtreibungs-Tourist“, auf den hier Bezug genommen wird, ist wohl kaum „Verbraucher“ im Wortsinn des EuGH (dazu Slg. 1998, I-4657, Rn. 27 ff., „Gut Springenheide und Tusky“); zudem bezieht sich das Urteil *GB-Inno-BM* auf Sonderangebote in grenznahen Supermärkten, während es im Fall *Grogan* um Informationen geht, deren Vorenthaltung im Ernstfall nicht geeignet wäre, die Betroffenen von der Inanspruchnahme der Dienstleistung abzuhalten.

²⁰⁶ Vgl. oben, 1, a), Fn. 104.

²⁰⁷ E. Steindorff, RIW/AWD 1983, S. 832; P. C. Müller-Graff, in FS-Lukes, 1989, S. 481; K. Hailbronner, in HK-EUV, Art. 60 EGV, Rn. 2 spricht insofern von einer „Restfreiheit“.

²⁰⁸ Oben, 1, a) m.w.N. in Fn. 105 und 106.

bb) Materielle Subsidiarität

Bedeutsamer für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand – und gegenwärtig nicht abschließend geklärt²⁰⁹ – ist demgegenüber die durch Art. 50 Abs. 3 EG ins Leben gerufene Frage nach der *materiellen* Subsidiarität der Dienstleistungsvorschriften. Indem Art. 50 Abs. 3 EG anordnet, dass Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat einer temporalen Beschränkung unterliegen („vorübergehend“), bringt er eine zeitliche Komponente ins Spiel, die vor allem im Hinblick auf die Abgrenzung zu der Niederlassungsfreiheit diskutiert wird²¹⁰. Fraglich ist, ob eine Dienstleistung der Niederlassungsfreiheit zugeordnet werden muss, sobald sie (nur) dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird. Neben der Tatbestandsebene gewinnt die Frage auf Rechtfertigungsebene und im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand (Herkunftslandprinzip) an Bedeutung, soweit die Niederlassungsfreiheit die Anwendung der Regelungen des Bestimmungslandes erlaubt²¹¹, während die Dienstleistungsfreiheit dem Herkunftslandprinzip verbunden ist und „Produkt“-Regelungen des Bestimmungslandes weitergehend an das Allgemeininteresse bindet²¹². Dabei geht es nicht um die Frage, „ob“ den

²⁰⁹ Vgl. A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 43 EGV, Rn. 22.

²¹⁰ U. Everling, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich für das Recht der rechtsberatenden Berufe?, in Gutachten C für den 58. Deutschen Juristentag 1990, C 31 ff.; C. Tietje, in Ehlers (Hrsg.), EuGR 2005, § 10, Rn. 26; K. Hailbronner/A. Nachbar, EuZW 1992, S. 106; P. C. Müller-Graff, in FS-Lukes, 1989, S. 487 f.; H. W. Roth, RabelsZ 54 (1990), S. 102 ff.; D. Schnichels, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Diss. 1993, S. 35; K. Lackhoff, aaO (Fn. 85), S. 126 ff. G. C. Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 80 f; A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV Rn. 33 und Art. 43 EGV, Rn. 26 ff.; W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 13.

²¹¹ Es geht hier um die Frage, inwieweit die Art. 43 ff EG. neben der Inländergleichbehandlung auch den umfassenden Abbau sonstiger Beschränkungen fordern: sehr weit reichend z.B. K. Lackhoff, aaO (Fn. 85); B. Knobbe-Keuk, Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot?, DB. 1990, S. 2573 ff.; mit Vorbehalt dagegen U. Everling, Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot, in Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, S. 607 ff.; C. Tietje, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 10, Rn. 5 und Rn. 52 ff.

²¹² EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 9/12 („van Binsbergen“), sowie nachfolgend, IV. und im Kontext des Herkunftslandprinzips dritter Teil.

Freiheiten neben einem Diskriminierungsverbot auch ein allgemeines Beschränkungsverbot innewohnt, sondern darum, „wie weit“ dieses jeweils reicht²¹³. Trotz weitgehender Konvergenz der Grundfreiheiten²¹⁴, werden der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenz jedenfalls insoweit unterschiedliche Schranken gezogen, als es dem Betroffenen im Bereich der Niederlassungsfreiheit eher zugemutet werden kann, sich dem örtlichen Recht zu fügen²¹⁵. Stellt etwa der Aufnahmestaat bestimmte Anforderungen an die berufliche Qualifikation (z.B. Meisterbrief, Staatsexamina) oder die Genehmigung einer Niederlassung, so ist es der betreffenden Person umso mehr zumutbar, diese zu erfüllen, je tiefgreifender ihre Verwurzelung in den Aufnahmestaat reicht.

cc) Begriff der Niederlassung

Zu Beginn einer jeden Abgrenzung bietet es sich an, zunächst den Vergleichstatbestand – hier also die Niederlassungsfreiheit – in der gebotenen Kürze sachlich zu umreißen²¹⁶. Die Freiheit der Niederlassung umfasst, in den Worten des Art. 43 Abs. 2 EG, „die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten, sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2“²¹⁷. Dabei ist der erste Halbsatz zu Abgren-

²¹³ A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 86 ff.

²¹⁴ Zum Begriff: M. Eberhartinger, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, S. 43 ff.; jüngst auch A. Thiele, aaO (Fn. 133), S. 621 ff.

²¹⁵ K. M. McDonald, aaO (Fn. 112), S. 41; U. Everling, in GS Knobbe-Keuk, S. 617 ff.; A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 43 EGV, Rn. 23; W. Frenz, Selbstständigengfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, GewArch 2007, S. 13.

²¹⁶ Für weiterführende Hinweise vgl. die einschlägige Literatur: H. D. Jarass, Grundstrukturen der Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, in Badura (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche, 1993, S. 443 ff.; U. Everling, in GS Knobbe-Keuk, S. 607 ff.; D. Blumenwitz, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe, NJW 1989, S. 621 ff.; K. Lackhoff, aaO (Fn. 85), S. 31 ff.; W. H. Roth, in Dausen, HdbEGWiR, Bd. 1, E. I., Rn. 34-95.

²¹⁷ Als Gesellschaften gelten laut Art. 48 Abs. 2 EG solche des bürgerlichen und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften, sowie sonstige juristische

zungszwecken nicht weiterführend. Entscheidend ist vielmehr der zweite Halbsatz. Er konkretisiert den Grenzübertritt des Produktionsfaktors Arbeit und rückt dadurch das Interesse des Art. 43 EG an einer optimalen Allokation wirtschaftlicher Ressourcen in den Vordergrund²¹⁸. Hierin ist systematisch der grundlegende Unterschied zwischen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit zu sehen²¹⁹.

Eine Legaldefinition des Begriffs der Niederlassung existiert derzeit nicht. Anhand der Umschreibung in Art. 43 Abs. 2 EG und einem Blick für die obigen Ausführungen zu der Dienstleistungsfreiheit lassen sich aber konstitutive Elemente einer EG-Niederlassung herausfiltern. Mit der Dienstleistungsfreiheit gemein hat das Niederlassungsrecht seine sachliche Beschränkung auf *selbständige* Erwerbstätigkeiten, d.h. auf entgeltlich erbrachte („unternehmerische“) Tätigkeiten²²⁰. Die hier wie dort aufgeworfene Frage nach den genauen Konturen derart „unternehmerischer“ Aktivitäten, lässt sich nicht trennscharf beantworten. Beide Freiheiten sind im Interesse ihrer praktischen Effektivität (Art. 10 EG) grundsätzlich weit auszulegen²²¹. Kennzeichnend für eine Niederlassung ist allerdings die *dauerhafte und stabile Eingliederung in die Volkswirtschaft des Aufnahmestaates*. Sich niederlassen heißt, sich in eine fremde Volkswirtschaft integrieren²²². Entweder begibt sich der betreffende Unter-

Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen; vgl. zum Ganzen *C. Tietje*, in Ehlers, EuGR, 2005, § 10, Rn. 16; 62 ff.

²¹⁸ *D. Schnichels*, aaO (Fn. 210), S. 26; *P. O. Mühlbert/K. U. Schmolke*, ZVglRWiss 100 (2001), S. 236 (238); *W. Frenz*, GewArch 2007, S. 10 (12 ff.).

²¹⁹ Oben, 1, c), „Dienstleistung als Produkt?“ m.w.N.

²²⁰ *W. H. Roth*, in Dausen, HdbEGWiR, Bd. 1, E. I., Rn. 12; das Merkmal der Selbständigkeit ist wiederum im Hinblick auf die Unterscheidung von der Arbeitnehmerfreizügigkeit heranzuziehen, oben, a).

²²¹ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 25 („Gebhard“); Slg. 1996, I-6511, Rn. 20 („Broede“); *C. Tietje*, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 10, Rn. 21 für Art. 43 EG und EuGH, Slg. 1988, 6159, Rn. 9 („Steymann“), sowie oben unter b), cc) m.w.N. für Art. 49 ff. EG.

²²² Generalanwalt *P. Léger*, in den Schlussanträgen zu der Rechtssache „Gebhard“ (oben Fn. 221), I-4171 unter Verweis auf Generalanwalt *M. Darmon*, EuGH, Slg. 1988, 5500 („Daily Mail“); *W. Frenz*, GewArch 2007, S. 10 (13).

nehmer (bzw. das Unternehmen) in den Tätigkeitsstaat und lässt sich dort nieder, um tätig zu werden (Art. 43 Abs. 1, S. 1 EG), oder er errichtet in dem Aufnahmestaat eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft, über die er tätig wird (Art. 43 Abs. 1, S. 2 EG, sog. „sekundäre Niederlassung“²²³). Eine Person kann folglich in mehr als einem Mitgliedstaat „niedergelassen“ im Sinne des Vertrages sein. Das Versicherungsurteil²²⁴ des EuGH hat das Niederlassungsrecht zudem um den Begriff der ständigen Präsenz erweitert. Demzufolge wird von Art. 43 Abs. 1, S. 2 EG auch eine geschäftliche Präsenz erfasst, die

„nicht die Form einer Zweigniederlassung oder Agentur angenommen hat, sondern lediglich durch ein Büro wahrgenommen wird, das (...) zwar unabhängig, aber beauftragt ist, auf Dauer für dieses Unternehmen wie eine Agentur zu handeln“.

Dementsprechend ist das Niederlassungsrecht einschlägig, sobald auch nur ein Büro in einem Mitgliedstaat eröffnet wird, über das permanent Geschäfte angebahnt und abgewickelt werden²²⁵. Der somit gleichzeitig verwirklichte Auslandsbezug, ist – wie bei allen Grundfreiheiten²²⁶ – notwendige Voraussetzung des sachlichen Schutzbereichs²²⁷. Dieser kann allerdings auch durch (z.B. steuerrechtliche) Maßnahmen des Herkunftsstaates hergestellt werden, mit denen sich dieser gegen ein Abwandern seiner Wirtschaftsteilnehmer zu wehren versucht²²⁸. In diesem Fall steht – ähnlich einer Dienst-

²²³ U. Everling, Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, DB 1990, S. 1853; M. Haag, in Bieber/Epiney/ders., Die Europäische Union, § 15, Rn. 4.

²²⁴ EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 21 (Kommission ./ Deutschland).

²²⁵ U. Hübner, Die Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft und ihre Grenzen, JZ, 1987, S. 330 (332); P. Biagosch, aaO (Fn. 105), S. 75.

²²⁶ R. Streinz, Europarecht, Rn. 792; und oben, b) m.w.N. in Fn. 133.

²²⁷ H. D. Jarass, in FS Lerche, 1993, S. 446.

²²⁸ EuGH, EWS 2001, S. 79, Rn. 21 („AMID“); W. A. Kewenig, Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung, JZ 1990, S. 20 (21).

leistungserbringung aus dem EG-Ausland²²⁹ – eine mitgliedstaatliche Grenze zwischen Leistung und Leistungsempfänger. Regelmäßig sind Leistungsempfänger und Leistungserbringer bei der Niederlassungsfreiheit jedoch in demselben Land ansässig. Der Grenzübertritt ist dann vorgelagert, weil sich der Leistungserbringer bereits zu einem früheren Zeitpunkt in dem Aufnahmestaat niedergelassen hat²³⁰. Das ist wichtig für die nachfolgende Abgrenzung.

dd) Notwendigkeit der Abgrenzung

Auf die Beschreibungen des Abgrenzungsobjekts (Niederlassung) folgt indes nicht ohne weiteres die Eröffnung des einschlägigen Schutzbereichs. Gäbe es einen derartigen Automatismus, erübrigten sich die nachfolgenden Abgrenzungskriterien. Art. 50 Abs. 3 EG rechtfertigt jedoch eine eingehendere Untersuchung, geht er doch davon aus, dass die in Art. 50 Abs. 2 EG beispielhaft aufgeführten Tätigkeiten sowohl als grenzüberschreitende Dienstleistungen wie auch von einer Niederlassung aus wahrgenommen werden können („unbeschadet“). Wenn demnach der sachliche Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit im Wesentlichen durch die Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit bestimmt wird, und umgekehrt die Niederlassungsfreiheit sich erst vor der Dienstleistungsfreiheit profiliert, sind Abgrenzungskriterien gefragt. Einer Antwort kann sich nur entziehen, wer grundsätzliche Zweifel dahingehend anmeldet, ob „das eigentliche Problem des Europäischen Gemeinschaftsrechts wirklich die Abgrenzung der verschiedenen Personenverkehrsfreiheiten ist“²³¹. Folgt man denjenigen Stimmen in der Literatur, die von einem einheitlichen *Grundrecht* der Personenverkehrsfreiheit ausgehen²³², ist das sicherlich zu bezweifeln. Dafür spricht – unter dem

²²⁹ Vgl. oben b), aa)-cc); nur bei sog. auslandsbedingten Dienstleistungen (oben b)) befinden sich beide Wirtschaftsteilnehmer jenseits einer Staatsgrenze.

²³⁰ D. Schnichels, aaO (Fn. 210), S. 34.

²³¹ A. Bleckmann, Zur Dogmatik des Niederlassungsrechts im EWG-Vertrag, WiVerw 1987, S. 119 (130 f.).

²³² Allen voran A. Bleckmann, WiVerw 1987, S. 119 ff; ders., in GS Sasse, 1981, S. 665 (675 f, 680 f.); ebenso M. Notthoff, Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, RIW 1995, S. 541 (545); G. Gornig, Probleme der Niederlassungsfreiheit

Aspekt eines integrativen, freiheitlichen Europas der Bürger²³³ – in der Tat eine Menge²³⁴. So werden Unterscheidungsansätze, die auf unterschiedlichen Schutzrichtungen europäischer Grundrechte respektive Grundfreiheiten gründen (*Grundrechte* als dem subjektiven Rechtsschutz verpflichtete Gewährleistungen, *Grundfreiheiten* hingegen als zweckgebundene Werkzeuge des Binnenmarktes mit instrumentalem Charakter), hierdurch geschwächt, könnten die Grundfreiheiten lediglich als besondere „Wirtschaftsgrundrechte“ verstanden werden. Entscheidend ist bislang allerdings, dass ein echtes Grundrecht auch für Inländer gelten müsste, die Grundfreiheiten jedoch nach zutreffender und ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht für Sachverhalte mit reinem Inlandsbezug zugänglich sind²³⁵.

und Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte in den Europäischen Gemeinschaften, NJW 1989, S. 1120 (1121); vgl. auch *P. Häberle*, Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, DVBl. 2000, S. 840 (841) allerdings ohne nähere Begründung. *P. Szczekalla* meint schließlich, grundrechtliche und grundfreiheitliche Elemente seien innerhalb der entsprechenden subjektiven Rechte nicht mehr unterscheidbar oder trennbar, vgl. *ders.*, Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 467.

²³³ Angesprochen sind die fortschreitende Homogenität des Binnenmarktes, die Entwicklung der Grundfreiheiten von reinen Gleichheits- zu auch Freiheitsrechten, sowie die verstärkte Ausrichtung der EU und der Grundfreiheiten hin auf den einzelnen Bürger und weg von einem rein objektiv-wirtschaftlichen Kontext; die in Art. 17 ff. EG und dem geplanten Verfassungsreformvertrag niedergelegte Unionsbürgerschaft ist Ausdruck dieser Entwicklung, auch wenn aktuell Bestrebungen laut werden, dem Vertragswerk nicht den auf einen Völkerrechtsstaat hindeutenden Verfassungsstatus einzuräumen; vgl. *K.-D. Borhardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rn. 687; eine mögliche Neuinterpretation der Freiheiten, nicht aber eine Gleichsetzung mit Grundrechten, schlägt deshalb *U. di Fabio* vor: Werbeverbote, Bewährungsprobe für europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, AfP 1998, S. 564 (566).

²³⁴ Ausführlich *J. Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, Diss. 2004, S. 264 ff.

²³⁵ Oben b) m.w.N. zu Literatur und Rspr.; gegen die Wertung der Marktfreiheiten als Grundrechte auch *J. Caspar*, Das europäische Tabakwerbeverbot und das Gemeinschaftsrecht, EuZW 2000, S. 237 (241); *P. C. Müller-Graff*, Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in Cremer u.a. (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 1281 ff.; *W. Frenz*, Grundfreiheiten und Grundrechte, EuR 37 (2002), S. 603 ff.; *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135),

Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit zum sachlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ergeben sich deshalb insbesondere²³⁶ im Hinblick auf die Dienstleistungserbringungsfreiheit. In dieser Kategorie behält der Erwerbstätige seinen gewerblichen Mittelpunkt bei und wird von diesem aus in einem anderen Mitgliedstaat „vorübergehend“ tätig (Art. 50 Abs. 3 EG), ohne dort eine (Zweig-) Niederlassung zu gründen. Von daher stellt sich die Frage, *ob* und gegebenenfalls *ab wann* der zeitweilige Aufenthalt des Dienstleistungserbringers selbigen zu einem Gebietsansässigen des Aufnahmestaates macht. Für diesen Fall nämlich verböte sich die Anwendung der Art. 49 ff. EG²³⁷. Anders ausgedrückt: Gibt es eine Niederlassungsfreiheit ohne Niederlassung²³⁸?

ee) Abgrenzungskriterien

(1) Dauer

Art. 50 Abs. 3 EG scheint dies zu implizieren, indem er auf das Kriterium der Dauer abstellt²³⁹. Ebenso lassen sich Teile der Literatur von diesem Aspekt leiten²⁴⁰. Der Gerichtshof schließlich hat seiner-

S. 20; A. Thiele, aaO (Fn. 133), S. 621 (622 f.); J. Gebauer, aaO (Fn. 234), S. 286 ff. (311); D. Ehlers, in ders. (Hrsg.), EuGR, 2005, § 14, Rn. 13, der allerdings anschaulich anmerkt, dass die inhaltlich bedeutungslose, wenngleich durch den gegenwärtig unvollkommenen Binnenmarkt bedingte, Trennung von Grundfreiheiten und Grundrechten zukünftig gleichsam als „Eierschale der EU-Evolution“ abgelegt werden könnte.

²³⁶ So W. Frenz, Hdb. Europarecht, Rn. 2514; manche Autoren sehen diese Konstellation als die einzig problematische an, vgl. nur F. J. Schöne, aaO (Fn. 103), S. 38.

²³⁷ Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut; vgl. J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 49 EGV, Rn. 12 und oben, aa).

²³⁸ Verneinend A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 33; bejahend A. Bleckmann, Europarecht, Rn. 1600.

²³⁹ M. Seidel, aaO (Fn. 112), S. 120, spricht in diesem Zusammenhang von dem einzigen eigenständigen normativen Gehalt des Art. 50 Abs. 3 EG.

²⁴⁰ K. Hailbronner, in HK-EUV, Art. 52 EGV, Rn. 4; B. Goldmann, Europäisches Handelsrecht, S. 132; wohl auch K. Hailbronner/A. Nachbaur, EuZW 1992, S. 105 (106); Generalanwalt S. Alber, in den Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 2003, I-13031, 13061, Rn. 85 („Gambelli“); A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 33 haben ihre Meinung geändert und betonen nunmehr ausdrück-

seits mehrmals²⁴¹ die Möglichkeit angedeutet, dass bei einer wiederholt und dauerhaft ausgeübten Dienstleistung das Kapitel über das Niederlassungsrecht angewendet werden kann, obwohl keine Niederlassung im Tätigkeitsland begründet wird. Dazu führt er erstmals im Urteil *van Binsbergen*²⁴² aus:

„Ferner kann einem Mitgliedstaat nicht das Recht zum Erlass von Vorschriften abgesprochen werden, die verhindern sollen, dass der Erbringer einer Leistung, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf das Gebiet dieses Staates ausgerichtet ist, sich die durch Art. 59 [Art. 49 EG n.F.] garantierte Freiheit zu nutze macht, um sich den Berufsregelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er im Gebiet dieses Staates ansässig wäre; denn es ist denkbar, dass auf einen solchen Fall nicht das Kapitel über die Dienstleistungen, sondern das über die das Niederlassungsrecht anwendbar wäre“.

Ratio dieser Entscheidung dürfte indes der Umgehungsgedanke sein²⁴³. Generelle Rückschlüsse auf die Zweckdienlichkeit des Kriteriums der Dauer können dagegen nicht gezogen werden. Bereits die einmalige Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat – beispielsweise der Bau eines Hauses, mehr noch im Rahmen eines Großbauprojekts²⁴⁴ – kann nämlich von gehöriger Dauer sein. Alleine dieser Umstand wird den Betrachter des Hausbaus aber nicht automatisch zu der Annahme einer Niederlassung des Bauunternehmers veranlassen. Umgekehrt könnte der Anstrich eines Hauses durch einen EG-ausländischen Unternehmer mit Zweigniederlassung im Staat der Leistungserbringung postwendend erledigt

lich, dass das zeitliche Moment „kein Rolle“ spielt, wenn der Austausch der Dienstleistung mit dem Aufenthalt ihres Erbringers in einem anderen Mitgliedstaat einhergeht; anders noch *A. Randelzhofer* in *Grabitz*, Art. 60 EGV, Rn. 3.

²⁴¹ Erstmals EuGH, Slg. 1974, 1299 Rn. 13 („van Binsbergen“); seitdem auch Slg. 1975, 1547, Rn. 9 („Coenen“); Slg. 1993, I-487, Rn. 12 („Veronica“); Slg. 1995, I-4165, Rn. 26 ff. („Gebhard“); Slg. 1996, I-6511, Rn. 18 ff. („Reisebüro Broede“).

²⁴² Oben Fn. 241.

²⁴³ Ebenso *P. Biagosch*, aaO (Fn. 105), S. 77 f.; *U. Hübner*, JZ 1987, S. 330 (332).

²⁴⁴ Vgl. EuGH, EuZW 2004, S. 94 ff. („Schnitzer“).

werden. Diese kurzweilige Tätigkeit könnte ebenso Dienstleistung sein²⁴⁵. Aufgrund der Zweigniederlassung würde der Unternehmer dennoch Niederlassungsfreiheit genießen. Diese Konstellationen zeigen zum einen (und zuvörderst), dass die zeitliche Beschränkung für den Dienstleistungsbegriff nicht konstitutiv sein kann²⁴⁶. Zum anderen bleibt die Zuordnung zu der einen oder anderen Freiheit alleine anhand dieses Kriteriums willkürlich, solange es nicht gelingt, den von Natur wie von Rechts wegen gleichermaßen unbestimmten Begriff „vorübergehend“ mit einer bestimmten Zeitangabe auszufüllen. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 73/148²⁴⁷, sowie der ursprüngliche Richtlinienentwurf der Kommission über die Anerkennung der Berufsqualifikation vom 07.03.2002²⁴⁸, die von drei Monaten respektive 16 Wochen pro Jahr sprechen, enthalten diesbezüglich zwar einen ersten Anhaltspunkt; auch sie gehen aber davon aus, dass der Zeitraum, der als „vorübergehend“ durch die Dienstleistungsfreiheit gedeckt wird, durch die Dauer bestimmt wird, die für die Erbringung der Leistung erforderlich ist²⁴⁹. Ein abstraktes Zeitlimit wird also zu Recht nicht gesetzt.

In der Literatur meint man zwar zuweilen, stattdessen auf den „provisorischen Charakter“ der Dienstleistung abstellen zu können²⁵⁰. An einer Konkretisierung dieses Kriteriums fehlt es jedoch. Entsprechende Versuche ersetzen lediglich die vage Formulierung in Art. 50 Abs. 3 EG durch andere, mindestens ebenso vage Formulierungen. Insgesamt lässt sich daher feststellen, dass die Kurzweilig-

²⁴⁵ Zunächst einmal herrscht Wahlfreiheit zwischen Dienst- und Niederlassungsfreiheit; es stellt sich aber die Frage nach dem sog. „Kumulierungsverbot“; dazu ff).

²⁴⁶ *W. H. Roth*, in *Dauses*, HdbEGWiR, Bd. 1, E. I., Rn. 99.

²⁴⁷ Richtlinie vom 21.05.1973, zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. EG, Nr. L 172/14.

²⁴⁸ KOM (2002), 119/endg., aaO (Fn. 10).

²⁴⁹ Was KOM (2002), 119/endg. angeht, haben zudem Parlament und Rat die von der Kommission vorgeschlagenen 16 Wochen als primäres Abgrenzungskriterium abgelehnt, vgl. Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 21.12.2004, Dok. Nr. 13781/2/04.

²⁵⁰ *B. Goldmann*, *Europäisches Handelsrecht*, S. 132.

keit einer Dienstleistung allenfalls in Bezug auf eine ganz bestimmte Leistung, d.h. in Anbetracht ihrer üblichen Dauer aussagekräftig ist²⁵¹. Was aber, so ließe sich die Diskussion fortsetzen, ist im Einzelfall „üblich“? Das, was die Parteien vertraglich vereinbart haben wohl kaum. Ansonsten stünde die Grundfreiheit zur privaten Disposition. Auf der anderen Seite verbietet sich eine Interpretation durch die Mitgliedstaaten, weil die Auslegung des Gemeinschaftsrechts alleine dem Gerichtshofes obliegt (Art. 220 Abs. 1 EG). Das alleinige Abstellen auf die Dauer der Leistungserbringung ist somit schon im Ansatz unzureichend. Für die Niederlassungsfreiheit ist weniger die längerfristige Erbringung einer Leistung, als vielmehr die beständige Eingliederung in die Wirtschaft des Aufnahmestaates unter Ausnutzung der dortigen Standortvorteile charakteristisch²⁵².

Der Fall schließlich, dass mehrere gleichartige Dienstleistungen ohne Umgehungsabsicht in stetiger Abfolge wiederholt werden (z.B. die Tätigkeit eines im Elsass ansässigen Anwalts, der mehrere Mandate hintereinander im Saarland ausführt), bestätigt nur das Gesagte. Hier wird man – wenn überhaupt – auf die Gesamtdauer der Tätigkeit abstellen müssen, um von einer zeitlich-gegenständlichen Präsenz auf eine Niederlassung zu schließen²⁵³. Auch aus der zeitlichen Addition einzelner Dienstleistungen entsteht aber keine Niederlassung²⁵⁴. Denn das Zeitmoment ist ja nach Gesagtem – für sich genommen – nicht zweckdienlich.

(2) Feste Einrichtung im Aufnahmestaat

Folglich sind andere Kriterien zu bemühen. *F. J. Schöne* stellt dabei allein auf das Bestehen einer festen Einrichtung, d. h. auf das Bestehen einer organisatorisch verfestigten Präsenz im Aufnahmestaat als dem Charakteristikum einer Niederlassung ab²⁵⁵. Eine extensive Aus-

²⁵¹ *U. Wetzel*, aaO (Fn. 110), S. 56.

²⁵² *J. Tiedje/P. Troberg*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG, Rn. 17; *P. Biagosch*, aaO (Fn. 105), S. 74.; *G. C. Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 81.

²⁵³ *D. Schnichels*, aaO (Fn. 210), S. 37.

²⁵⁴ Wie hier *K. Lackhoff*, aaO (Fn. 85), S. 135 mit Beispielen; a.A. *U. Wetzel*, aaO (Fn. 110), S. 57.

²⁵⁵ *F. J. Schöne*, aaO (Fn. 103), S. 38 ff., 48.

legung des Art. 50 Abs. 3 EG („vorübergehend“) soll es ermöglichen, auf jedwede zeitliche Beschränkung einer Dienstleistung zu verzichten²⁵⁶. Demzufolge seien Tätigkeiten, die aufgrund fehlender Niederlassung nicht zweifelsfrei der Niederlassungsfreiheit zugeordnet werden könnten, stets der Dienstleistungsfreiheit zu unterstellen.

Auf Rechtfertigungsebene und somit unter dem Blickwinkel unterschiedlicher hoher *Normanwendungsschranken*, wie sie den Mitgliedstaaten unter der Geltung des *Anwendungsvorrangs* des Europarechts²⁵⁷ durch die in Rede stehenden Grundfreiheiten gezogen werden, vermag diese Auslegung zu begründen sein. Sich niederlassen heißt, sich in eine fremde Volkswirtschaft integrieren²⁵⁸. Integration erfolgt ihrerseits zu erst und offensichtlich durch eine irgendwie geartete, feste Einrichtung. Erst mit dieser Zäsur – so die Überlegung – kann dem Betroffenen daher die Befolgung der Berufsaufnahme- und Berufsausübungsregelungen des Ziellandes zugemutet werden²⁵⁹.

Auf Tatbestandsebene überschreitet der Ansatz *Schönes* jedoch die Grenzen zulässiger Auslegung²⁶⁰. Richtig ist die Auslegung, dass sich Art. 50 Abs. 3 EG nur auf die Konstellation bezieht, in der der Leistungserbringer die Grenze überschreitet²⁶¹. Für diesen durchaus typischen Fall aber, kommt man um den Vertragstext nicht umhin.

²⁵⁶ F. J. Schöne, aaO (Fn. 103), S. 38 ff., 48.

²⁵⁷ Grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251, 1271 („Costa/ENEL“); i. E. übereinstimmend, allerdings mit anderer Begründung und in den Grenzen der „Solange-Rspr.“, BVerfGE 75, 223 (244); 85, 191 (204); 37, 271 (280 ff.); 89, 155 (174 f.); dazu K. Möller, Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz gegen Gemeinschaftsrecht, JURA 2006, S. 91 ff.; nach ganz h.M. handelt es sich um einen *Anwendungs-* nicht einen *Geltungsvorrang*, vgl. R. Streinz, Europarecht, Rn. 201 ff.; H. D. Jarass/S. Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 1 ff.; zu den Ausnahmen (Nichtigkeit) D. Ehlers, in Erichsen (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn. 46.

²⁵⁸ Oben Fn. 222.

²⁵⁹ F. J. Schöne, aaO (Fn. 103), S. 38 ff., 47 f.

²⁶⁰ Dazu F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S. 467 ff.; aus spezifisch gemeinschaftsrechtlicher Sicht ferner N. Colneric, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, S. 225 ff.

²⁶¹ A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 33; dies anerkennt auch F. J. Schöne, aaO (Fn. 103), S. 48.

Anderslautende Stellungnahmen, die sich auf die in Teilbereichen unzweifelhaft bestehende Nähe zur Warenverkehrsfreiheit berufen²⁶², beruhen letztlich auf einer *petitio principii*: Das Dienstleistungsrecht wird zunächst ausschließlich mit der Warenverkehrsfreiheit verbunden, und daraus wird dann abgeleitet, *alle* Formen grenzüberschreitender Dienstleistungen könnten des Zeitmoments enthoben werden. Die Möglichkeit dauerhaft, wiederholt, oder gar auf einen Mitgliedstaat konzentriert, persönlich und grenzüberschreitend Waren zu liefern, ist jedoch Folge der binnenmarktweiten Verkehrsfähigkeit einer Ware und damit des Herkunftslandprinzips, wie es der EuGH zu Art. 28 EG entwickelt hat²⁶³. Übereinstimmung besteht insoweit mit Korrespondenzdienstleistungen, die nicht mit einem Grenzübertritt des Leistungserbringers einhergehen. Im umgekehrten Fall liegt es dagegen an Art. 50 Abs. 3 EG ein *vorübergehendes* Aufenthaltsrecht zu gewähren, das für die Erbringung der Dienstleistung notwendig ist und das unter der Bedingung steht, dass die rechtlichen Voraussetzungen der Dienstleistungsausübung, welche der Aufnahmestaat für seine Angehörigen vorschreibt, gleichermaßen für den ausländischen Dienstleistungserbringer gelten (Bestimmungslandprinzip)²⁶⁴. Diese Unterscheidung macht durchaus Sinn²⁶⁵. Zudem verliert die Abgrenzung anhand eines Austausches des vertraglichen („vorübergehend“) durch ein wirtschaftliches Kriterium („feste Einrichtung“) an Eindeutigkeit, wenn man die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Gebhard*²⁶⁶ bemüht. Danach gewährt die Inanspruchnahme der Dienstleistungserbringungsfreiheit auch das Recht,

„sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder einer Kanzlei) auszustatten,

²⁶² Vgl. dazu ablehnend bereits oben, b), cc).

²⁶³ Ausführlich dritter Teil.

²⁶⁴ Vgl. R. Streinz, in ders., EUV/EGV, Art. 50 EGV, Rn. 4.

²⁶⁵ Vgl. auch ff); wie hier P. C. Müller-Graff, in FS-Lukes, 1989, S. 487 f.; anders aber F. J. Schöne, aaO (Fn. 103), S. 48.

²⁶⁶ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 27; darauf bezugnehmend ferner EuGH, Slg. 1996, I-6511, Rn. 21 („Reisebüro Broede“).

soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich ist“.

Auch der Auffassung *Schönes* ist mithin nicht vollumfänglich zuzustimmen. Zu bewahren ist indes der Gedanke, dass es unter dem Aspekt der niederlassungstypischen Integration in ein fremdes Rechtsregime unter Ausnutzung der dortigen Standortvorteile hilfreich sein kann, für Abgrenzungszwecke zunächst von dem Erfordernis einer festen Einrichtung auszugehen.

(3) Umfang und Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit

Umfang und Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit werden nahezu ausnahmslos nicht als selbstständiges Kriterium, sondern vielmehr im Rahmen einer wertenden Einzelfallbetrachtung gewürdigt²⁶⁷. So soll zu der Bestimmung des vorübergehenden Charakters nicht nur die Dauer der Leistung, sondern auch ihre „Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität“²⁶⁸ zu berücksichtigen sein. Gelegentlich wird auch das tatsächliche Gesamtverhalten des Dienstleisters am Leistungsort beobachtet. Der Beitritt zu (Berufs-) Verbänden im Erbringungsstaat könne Anzeichen für ein „sich niederlassen“ sein²⁶⁹. Damit ist aber im Allgemeinen wenig gewonnen. Hintergrund dieser Überlegungen ist vielmehr die bereits oben wiedergegebene und im sog. Versicherungsurteil²⁷⁰ erneut anzutreffende Formulierung des EuGH, wonach Umgehungsversuchen der Marktteilnehmer, die darauf abzielen, sich die durch Art. 49 ff. EG garantierte Freiheit zu nutze zu machen, um sich dem Ordnungsrahmen des

²⁶⁷ *K Hailbronner/A. Nachbaur*, EuZW 1992, S. 105 (107); *M. Schlag*, in Schwarze, Art. 43 EGV, Rn. 16; *W. Hakenberg*, in EU-/EG-Vertrag, Art. 49/50, Rn. 8; *D. Wyatt/A. Dashwood*, EU-Law, Chapter 15, S. 430; *A. Bleckmann*, Europarecht, § 20, Rn. 1672; soweit ersichtlich betonen nur *J. Tiedje/P. Troberg*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG, Rn. 17, Rn. 7, dass es sich um eine „alternative Ausprägung einer Niederlassung“ handeln kann. Bedeutsam wird diese Auffassung v.a. im Rahmen von Korrespondenzdienstleistungen.

²⁶⁸ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 27 („Gebhard“).

²⁶⁹ *U. Everling*, Das Niederlassungsrecht im gemeinsamen Markt, S. 19.

²⁷⁰ EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 22 (Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland).

Aufnahmestaates zu entziehen, durch die Anwendung des Niederlassungsrechts begegnet werden könne²⁷¹. Denn das Kriterium erschöpft sich in der Adaption auf diejenigen Fälle, in denen der zu beurteilende Geschäftsbetrieb „ganz oder vorwiegend“ auf einen anderen Mitgliedstaat ausgerichtet ist. Umfang und Schwerpunkt auslandsbezogener Transaktionen vermögen daher einem Missbrauchstatbestand ein Gesicht zu geben. Für sich genommen ist das Kriterium jedoch zu unpräzise um praktikabel zu sein²⁷².

Mittlerweile ist auch der EuGH dazu übergegangen, strikt zwischen tatbestandlicher Einordnung und Rechtsfolgen eines Missbrauchs zu unterscheiden. Letztere betreffen die Anwendbarkeit des nationalen Ordnungsrahmens aufgrund von Schutz- und Gleichbehandlungsaspekten. Die Frage, ob eine Tätigkeit tatbestandlich als Dienstleistung angesehen werden kann, ist davon jedoch unbeeinflusst. In aller Deutlichkeit führt das Urteil in der Rechtssache *TV10*²⁷³ aus:

„Der Umstand, dass sich die Klägerin nach Auffassung des vorlegenden Gerichts zu dem Zweck im Großherzogtum Lichtenstein niedergelassen hat, sich den niederländischen Rechtsvorschriften zu entziehen, schließt es nicht aus, dass ihre Sendungen als Dienstleistungen angesehen werden können. Diese Frage unterscheidet sich nämlich von der Frage, welche Maßnahmen ein Mitgliedstaat ergreifen darf, um einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Erbringer von Dienstleistungen an der Umgehung seiner internen Rechtsvorschriften zu hindern“.

²⁷¹ Vgl. nur die Argumentationslinie bei *K Hailbronner/A. Nachbaur*, EuZW 1992, S. 105 (106 f.); i.Ü. dazu EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 13 („van Binsbergen“).

²⁷² *D. Schnichels*, aaO (Fn. 210), S. 37; *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf*, Art. 43 EGV, Rn. 35; ähnlich *F. J. Schöne*, aaO (Fn. 103), S. 43 f.

²⁷³ EuGH, Slg. 1994, I-4795, Rn. 15 („TV10“); der gleiche Ansatz findet sich auch in EuGH, Slg. 1999, I-1459, Rn. 18 („Centros“).

(4) Wertende Einzelfallbetrachtung

Zu Recht gibt deshalb die von weiten Teilen der Literatur zustimmend rezipierte Rechtsprechung des Gerichtshofes²⁷⁴ dem Rechtsanwender zum Zwecke der Abgrenzung ein ganzes Kriterienbündel an die Hand²⁷⁵. Die Zuordnung eines Sachverhalts zu der Dienstleistungsfreiheit oder Niederlassungsfreiheit muss danach anhand einer wertenden Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls erfolgen. *Dauer, Häufigkeit, Periodizität und Kontinuität* der Leistung entscheiden darüber, ob es sich um eine „vorübergehende“ Tätigkeit handelt. Auf der anderen Seite spricht eine widerlegbare Vermutung für das Niederlassungsrecht, sofern eine *feste Einrichtung* vorliegt²⁷⁶. Widerlegbar ist die Vermutung insofern, als das Gemeinschaftsrecht selbst für einige Dienstleistungen eine Ansprechstelle im jeweiligen Mitgliedstaat verlangt, an die sich die Empfänger der Dienstleistung jederzeit wenden können²⁷⁷. Dann muss aber auch der Mitgliedstaat, in dem der Leistende tätig wird, gestützt auf zwingende Allgemeininteressen, die Schaffung einer Einrichtung verlangen können, ohne damit gleichzeitig eine Dienstleistung auszuschließen²⁷⁸.

Ob Dienstleistungsfreiheit umgekehrt bedeutet, dass der Leistende eine für die Leistung zwar förderliche, gleichwohl entbehrliche

²⁷⁴ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 27 („Gebhard“); Slg. 1997, I-6511, Rn. 22 („Reisebüro Broede“); Slg. 2003, I-14847, Rn. 28 („Schnitzer“).

²⁷⁵ *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 2517; *G. C. Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 80 f.; *K. Lackhoff*, aaO (Fn. 85), S. 136; *D. Schnichels*, aaO (Fn. 210), S. 36; *S. Völker*, aaO (Fn. 149), S. 181; *H. D. Jarass*, in FS Lerche, 1993, S. 448; *D. Ehlers/K. Lackhoff*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1995, I-4165 („Gebhard“), JZ 1996, S. 467 (469); *W. Kluth*, in Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 20; vom Ansatzpunkt her verschieden, die Rspr. aber anerkennend *A. Jungbluth*, Das Niederlassungsrecht der Rundfunkanstalten in der Europäischen Gemeinschaft, Diss. 1991, S. 93; vgl. auch *F. Rieger*, EuZW 2005, S. 430 und *A. Windoffer*, in Böhrer/Grunow/Ziekow (Hrsg.), Der Vorschlag zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Speyerer Forschungsberichte 241, S. 37 (51 f.).

²⁷⁶ Ähnlich *H. D. Jarass*, in FS Lerche, 1993, S. 448.

²⁷⁷ Vgl. Art. 46 Abs. 2 S. 4 der dritten Richtlinie zur Schadenregulierung, RL 92/49/EWG vom 18.06.1992, ABl. EG 1992, Nr. L 228/1.

²⁷⁸ Generalanwalt *P. Léger* in den Schlussanträgen zu der Rechtssache „Gebhard“ (oben Fn. 274), I-4177, Rn. 53; der EuGH widerspricht dem nicht.

festen Einrichtung errichten darf, ohne dem Niederlassungsrecht zu unterfallen, bleibt hiernach offen. In der Literatur wird auch dies teilweise angenommen²⁷⁹. Dagegen will Generalanwalt *P. Léger*²⁸⁰ die ausnahmsweise zulässige Koexistenz von Infrastruktur und Dienstleistungsfreiheit an der Unentbehrlichkeit der in Frage stehenden Einrichtung für die Erbringung der Leistung messen. Der EuGH widerspricht dem m.E. zu Unrecht nicht²⁸¹. Zwar ist es Sache des Aufnahmestaates, eine Präsenzpflcht in seinem Hoheitsgebiet als unentbehrlich und deshalb gerechtfertigt nachzuweisen. Daraus lässt sich jedoch keineswegs ableiten, dass umgekehrt der Dienstleister demselben Rechtfertigungszwang unterliegt, wenn er über eine ständige Präsenz verfügen möchte²⁸². Der eine Fall betrifft die Zulässigkeit nationaler Berufsausübungsschranken und damit die Rechtfertigung von mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Grundfreiheiten. Der andere Fall betrifft hingegen die tatbestandliche Reichweite der Dienstleistungsfreiheit und damit gerade den Schutzbereich einer Grundfreiheit. Letzterer wird durch das beschriebene Kriterienbündel im Einzelfall bestimmt. Dabei wird – insoweit mit Generalanwalt *P. Léger* – die Tatsache, dass es dem Leistungserbringer unmöglich ist, seine Leistung ohne Repräsentanz vor Ort zu erbringen, für das Dienstleistungsrecht sprechen, solange die Leistung zeitlich beschränkt ist. Andernfalls wäre die Dienstleistungsfreiheit eine inhaltsleere Hülse. Könnte die Leistung hingegen unproblematisch von dem Herkunftsstaat aus erbracht werden (so etwa für den Fall eines deutschen Anwalts, der einen Unternehmenskauf in England abwickelt), ist das tatsächliche Gesamtverhalten am Leistungsort zu beobachten. Umfang und Schwerpunkt der Tätigkeit sprechen vor dem Hintergrund eines Umgehungstatbestandes für das Niederlassungsrecht, sofern ein Büro (z.B. des Anwalts) nicht nur zwecks Betreuung des konkreten Geschäfts oder Mandats existiert, sondern auch

²⁷⁹ *D. Ehlers/K. Lackhoff*, JZ 1996, S. 467 (469); *K. Lackhoff*, aaO (Fn. 85), S. 136 f.

²⁸⁰ Oben (Fn. 278), I-4178, Rn. 56 und 60.

²⁸¹ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 27 ff. („Gebhard“).

²⁸² In diesem Sinne aber Generalanwalt *P. Léger*, aaO (Fn. 278), Rn. 54 ff.

die Funktion hat, neue Geschäfte oder Mandate anzubahnen und abzuwickeln. Solange dem Selbstständigen aber nicht nachgewiesen werden kann, dass er es – bildlich gesprochen – ausnutzt, den Fuß bereits in der (Dienstleistungs-) Tür zu haben, ist nicht einzusehen, warum die Dienstleistungsfreiheit von dem Nachweis der Unentbehrlichkeit einer Einrichtung abhängig sein soll²⁸³.

ff) Niederlassungsfreiheit ohne Niederlassung? – das sog. Vermittlerproblem als Gegenprobe einer einschränkenden Auslegung der Dienstleistungsvorschriften

Gibt es also eine Niederlassungsfreiheit ohne Niederlassung²⁸⁴? Die Antwort hat (zugegebenermaßen wenig befriedigend) „Jein“ zu lauten. „Nein“, weil eine zeitliche Beschränkung für die Dienstleistung *nicht* konstitutiv ist²⁸⁵. Deshalb vermag alleine die dauerhaft grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung keine „Niederlassung“ zu begründen. Der Gründungsakt hat jedoch begriffsnotwendig der Freiheit voranzugehen. „Ja“, weil der Begriff der Niederlassung keiner griffigen gemeinschaftsrechtlichen Definition unterliegt und mithin Beurteilungsspielräume für eine wertende Betrachtung der nationalen Behörden und Gerichte zurücklässt²⁸⁶. Gelangen diese, unter zu Hilfenahme vertraglicher wie außervertraglicher Aspekte, aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls zu dem Ergebnis, dass der jeweilige Marktteilnehmer sich in dem Aufnahmestaat niedergelassen hat, so ist der Tatbestand des Art. 43 EG erfüllt („fiktive Niederlassung“). Die Art. 49 ff. EG treten dahinter zurück. Art. 50 Abs. 1 EG stellt klar, dass es sich insoweit nur um eine Leistung zwischen Gebietsansässigen handelt und von daher Art. 49 EG unanwendbar ist²⁸⁷.

²⁸³ Zwar anders in der Argumentation, i.E. aber übereinstimmend *D. Ehlers/K. Lackhoff*, JZ 1996, S. 467 (469).

²⁸⁴ Vgl. pointiert die Eingangsfrage, oben dd).

²⁸⁵ Vgl. oben ee), (1).

²⁸⁶ Die Bewertung ist als Tatsachenfrage von den nationalen Behörden und Gerichten zu entscheiden; anschaulich insoweit EuGH, Slg. 1980, 833, Rn. 9 („Debauve“).

²⁸⁷ *D. Edward*, Establishment and Services: An Analysis of the Insurance Cases, ELR 12 (1987), S. 231 (232); ähnlich *H. P. Schwintowski*, NJW 1987, S. 521 (524).

Diese wortlautgetreue Lesart des dritten Kapitels steht mitnichten im Widerspruch zu dem auch hier vertretenen gleichberechtigten Verständnis von der Dienstleistungsfreiheit im Konzert der Grundfreiheiten²⁸⁸. Zuzugeben ist allerdings, dass es auf den ersten Blick paradox anmuten mag, wenn eine Freiheit (die der Niederlassung) die andere (die der Dienstleistungserbringung) einschränkt²⁸⁹. Besonders eklatant scheint ein innerer Widerspruch bei sekundären Niederlassungen und hier verschärft bei der Einschaltung von unabhängigen (Versicherungs-) Vermittlern zu Tage zu treten²⁹⁰. Die Tragfähigkeit einer einschränkenden Auslegung der Art. 49 ff. EG lässt sich demzufolge anhand des sog. *Vermittlerproblems* testen. Mit diesem Schlagwort wird die These des EuGH umrissen, nach der auch die Tätigkeit unabhängiger Vermittler, Vertreter und Makler im Bestimmungsland – zu Lasten der Dienstleistungsfreiheit – als Tätigkeit einer (sekundären) Niederlassung desjenigen ausländischen Unternehmens angesehen werden kann, zu dessen Gunsten die betreffende Person tätig wird²⁹¹. Den Nährboden für Bedenken gegenüber dieser Rechtsprechung bereitet die Nähe des Dienstleistungsrechts zum Recht des freien Warenverkehrs, welches sich seinerseits von den Art. 43 ff. EG unbeeinflusst zeigt: der Produzent einer Ware im Staat X, der in Y über ein Auslieferungslager verfügt, kann für diese Niederlassung die Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen, *ohne* dass dadurch hinsichtlich der ausgelieferten Waren Art. 28 EG gesperrt wäre²⁹². Art. 43 EG und Art. 28 EG sind nebeneinander anwendbar. Dieses Nebeneinander der Freiheiten auch auf das Verhältnis von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu erstrecken, liegt vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass Art. 49 EG eine „Produktverkehrsfreiheit“ beinhaltet, durchaus nahe; die

²⁸⁸ Ebenso *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 2417 ff.; vgl. auch oben d), aa).

²⁸⁹ *C. J. Berr/H. Groutel*, Droit européen des assurances, Liberté de prestation de services et coassurance, RTDE 23 (1987), 83 ff.

²⁹⁰ Vgl. EuGH, Slg. 1986, 3755 ff. (Kommission ./ Deutschland); dazu *R. Schmidt*, Das DLF-Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 4.12.1986, VersR 38 (1987), S. 1 (4).

²⁹¹ EuGH, Slg. 1986, 3755 ff. (Kommission ./ Deutschland).

²⁹² Anders nur, wenn die Waren in der Niederlassung hergestellt werden.

Kommission hat diesen Schritt deshalb schon früh unternommen²⁹³. Dienstleistungen können demnach als Produkte des Herkunftsstaates angesehen werden, die im Zielstaat über dort niedergelassene Vermittler lediglich „vertrieben“ werden. Ähnliche Argumentationsmuster finden sich in Teilen der Literatur, wenn diese argumentieren, eine rechtliche Differenzierung von wirtschaftlich betrachtet vergleichbaren Sachverhalten (Vertrieb von Dienstleistungen bzw. Waren über eine sekundäre Niederlassung) sei nicht überzeugend zu begründen²⁹⁴. Selbständige Vertreter und Vermittler könnten deshalb keinesfalls eine sekundäre Niederlassung für den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer bilden und damit nicht die Anwendung der Art. 49 ff. EG ausschließen²⁹⁵.

Diese Sicht der Dinge überstrapaziert indes die Parallelität der angesprochenen Freiheiten. Ein produktbezogenes Verständnis der Dienstleistungsfreiheit ersetzt die personenbezogene Bedeutung derselben nicht. Nach wie vor steht im Mittelpunkt einer Reihe wirtschaftlicher Dienstleistungen der Dienstleistungserbringer selbst, wird das „Produkt“ Dienstleistung über Anforderungen an den Dienstleistungserbringer reguliert²⁹⁶. Obgleich die Idee der Kommission angesichts ihrer Praktikabilität verlockend erscheint, liegen tragfähige Gründe für eine rechtliche Differenzierung in der „Zwitterstellung“ des Dienstleistungsrechts zwischen Niederlassungs- und Warenverkehrsfreiheit begründet. Letztere kann nur insoweit Vergleichsmaßstab sein, als Dienstleistungen und Waren sich ähneln. Dienstleistungen stellen aber im Kern²⁹⁷ unsichtbare, unkörperliche Leistungen dar. Ihre Herkunft lässt sich darum – anders als die von Waren – nur mittelbar, über den Sitz ihres Produzenten lokalisieren. Dieser wird bei der Einschaltung von sekundären Niederlassungen

²⁹³ Vgl. Weißbuch der Kommission an der Europäischen Rat vom 14.06.1985 über die Vollendung des Binnenmarktes, KOM (1985), 310/endg., Rn. 102.

²⁹⁴ C. Tietje, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 10, Rn. 35; A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 43 EGV, Rn. 59.

²⁹⁵ A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 43 EGV, Rn. 59.

²⁹⁶ J. Snell, aaO (Fn. 126), S.18.

²⁹⁷ Unbeschadet dessen kann sich eine Dienstleistung durchaus etwa in Form eines Gutachtens manifestieren.

jedoch oftmals in mehreren Mitgliedstaaten gleichzeitig liegen²⁹⁸. Es ist nämlich der Dienstleistung Eigentümlichkeit, dass sie sich in ihrem Wesen erst durch geltende Rechtsnormen und normierte Verhaltensgewohnheiten der Partner des Dienstleistungsverhältnisses, nicht jedoch durch ihre physische Beschaffenheit bestimmt²⁹⁹. Die zu vergleichenden Sachverhalte unterscheiden sich also in einem wesentlichen Punkt.

Ein anschauliches Beispiel liefern gerade die von dem zitierten Urteil betroffenen Dienstleistungen der Versicherungen. Deren Produkt „Versicherungsschutz“ erhält seine konkrete Form erst durch Vertragsgestaltung -abschluss und -betreuung seitens des Abschlussbevollmächtigten vor Ort. Der Leistungsproduzent entstammt mithin gerade nicht ausschließlich einem ausländischen Staat (etwa dem des Hauptsitzes der Gesellschaft), so dass das „Herkunftsland“ der Leistung auch in ihrem Bestimmungsland liegen wird. Dies ist das einzige, wenngleich unschädliche Paradoxon. Infolgedessen mag es aus gesellschaftsrechtlicher Sicht befremden, wenn auch ein unabhängiger, also rechtlich selbstständiger Vermittler im Einzelfall das Dienstleistungsrecht zugunsten des Niederlassungsrechts zu sperren vermag. Für Zwecke der europarechtlichen Abgrenzung ist eine solche Sichtweise, die nach der im Einzelfall bestehenden tatsächlichen Unternehmenseinheit fragt, jedoch nur konsequent³⁰⁰; zumal ihr lediglich tatbestandliche Verkürzung einer, nicht inhaltliche Einschränkung der Freiheiten insgesamt zu attestieren ist, der Verlust auf Seiten des Art. 49 EG durch eine entsprechende Ausweitung auf Seiten des Art. 43 EG quasi egalisiert wird³⁰¹. Gegenteilige Ergebnisse würden den auf die Gebietsansässigkeit abstellenden Wortlaut des Art. 49 EG dagegen völlig ausblenden³⁰². Die Anwendung der

²⁹⁸ Anschaulich *W. H. Roth*, *RabelsZ* 54 (1990), S. 63 (103 f.).

²⁹⁹ *M. Seidel*, aaO (Fn. 125), S. 78.

³⁰⁰ *M. Schlag*, in *Schwarze*, Art. 43 EGV, Rn. 20.

³⁰¹ i.E. ebenso *W. H. Roth*, in *Dausen*, *HdbEGWiR*, Bd. 1, E. I., Rn. 37.

³⁰² Nochmals: Der grenzüberschreitende Charakter einer Dienstleistung wird durch die Ansässigkeit der Partner des *konkreten* Leistungsverhältnisses bestimmt; eine generelle Regel mit dem Inhalt: „wenn Niederlassung, dann keine Dienstleistung“ verbietet sich daher von selbst; damit ist auch das sog. Kumulierungsproblem einer

Art. 43 ff. EG auf das Vermittlerproblem bedarf allerdings bei rechtlich selbständigen (Auslands-) Einheiten einer exklusiven oder ganz überwiegenden tatsächlichen Anbindung des Vermittlers an seinen Auftraggeber dergestalt, dass er (der Vermittler) Abschlussvollmacht für keines der Konkurrenzunternehmen innehat und mithin nur für ein Unternehmen mit der Gestaltung der Dienstleistung „Versicherungsschutz“ betraut ist³⁰³.

gg) Schlussfolgerung

Insgesamt lässt sich daher schlussfolgern: genau dort, wo wirtschaftlich ähnliche Tätigkeiten einmal von der Niederlassungs-, ein anderes Mal von der Dienstleistungsfreiheit erfasst werden, verläuft die Grenze einer an der Warenverkehrsfreiheit orientierten Auslegung der Dienstleistungsvorschriften. Art. 50 Abs. 3 EG macht deutlich, dass die in Art. 50 Abs. 2 EG beispielhaft aufgeführten Tätigkeiten sowohl als grenzüberschreitende Dienstleistungen wie auch von einer Niederlassung aus wahrgenommen werden können („unbeschadet“). Die enge sachliche Verknüpfung der entsprechenden Freiheiten ist somit ursächlich für das hier behandelte Problem; mit Hilfe des einschlägigen Normkreises ist aber auch dessen Lösung zu entwickeln. Konvergenzmotivierte Ergebniskorrekturen, welche sich über den Wortlaut der Norm hinwegsetzen, sind auf Korrespondenzdienstleistungen zu beschränken, erzeugt man hier doch keine dogmatischen Friktionen mit Art. 49 EG³⁰⁴. Wenn solche nach den allgemeinen Grundfreiheitslehren im Hinblick auf den Schutz des inländischen Vermittlers, der sich regelmäßig aufgrund seiner inländischen Staatsangehörigkeit nicht wie sein ausländischer Auftraggeber auf Art. 43 EG statt auf Art. 49 EG wird berufen können, zwar eben-

Lösung zugeführt. In diesem Sinne auch *P. Biagosch*, aaO (Fn. 105), S. 79 ff; *F. J. Schöne*, aaO (Fn. 103), S. 50 ff; *H. P. Schwintowski*, NJW 1987, S. 521 (524) jeweils mit weiteren Nachweisen auch zu anderen Auffassungen.

³⁰³ *J. Tiedje/P. Troberg*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG, Rn. 45; Mitteilung der Kommission vom 16.02.2000 „freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen, ABl. EG 2000, Nr. C 43/5.

³⁰⁴ Kriterium der Gebietsansässigkeit, oben, b).

so drohen³⁰⁵, so verbietet es sich doch, sie als Argument für die gegenteilige Auffassung zu instrumentalisieren; dies jedenfalls solange, wie man an der Zulässigkeit der dem Gemeinschaftsrecht immanenten Inländerdiskriminierung festhält³⁰⁶.

hh) Weitere Abgrenzungen

(1) Korrespondenzdienstleistungen

Zu Recht wurde auch in dieser Arbeit die Problematik der Abgrenzung von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auf das Verhältnis von Dienstleistungserbringungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit fokussiert³⁰⁷. Bei Korrespondenzdienstleistungen gibt es kein Abgrenzungsproblem zu der Niederlassungsfreiheit, weil ein wesentliches Merkmal für die Anwendung derselben nicht erfüllt ist: der EG-Dienstleister ist nicht in einem anderen, sondern in seinem eigenen Mitgliedstaat ansässig. Von diesseits der Grenze, übermittelt er einzig seine Leistung jenseits der Grenze. Die Niederlassungsfreiheit schützt jedoch nur Aktivitäten in demjenigen Mitgliedstaat, in dem der Leistungserbringer ansässig ist³⁰⁸. Wenn dem so ist, erübrigt sich die Frage, ob und gegebenenfalls ab wann materiell der Tatbestand der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Leistungserbringer bewusst den Weg über Korrespondenzdienstleistungen wählt, um wesentliche Teile seiner Tä-

³⁰⁵ Vgl. *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf*, Art. 43 EG, Rn. 59, die dort fälschlicherweise auch bemerken, der Gerichtshof habe diese seine Rechtsprechung nie mehr aufgegriffen, was mit Blick auf EuGH, Slg. 1998, I-2553 („Lease Plan“) und EuGH, Slg. 1997, I-4383 („ARO Lease“) nicht zutrifft.

³⁰⁶ Zweifelnd *A. Graser*, *Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung?*, *EuR* 33 (1998), S. 571 ff.; vgl. ausführlich den fünften Teil dieser Arbeit.

³⁰⁷ Oben d), bb), Fn. 210 und dd); ebenso *C. Tietje*, in *Ehlers* (Hrsg.), *EuGR*, 2005, § 10, Rn. 26.

³⁰⁸ Dabei muss es sich nach zutreffender und h.M. zudem um einen anderen, also nicht den eigenen Mitgliedstaat handeln, vgl. EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 25 („Gebhard“); *D. Ehlers*, *Jura* 2001, S. 266 (267); *U. Everling*, *DB* 1990, S. 1853; *M. Schlag*, in *Schwarze*, Art. 43 EGV, Rn. 1; ausdrücklich a.A.: *K. Lackhoff*, aaO (Fn. 85), S. 55 ff., zusammenfassend S. 126.

tigkeit auf einen Mitgliedstaat auszurichten³⁰⁹. Bietet etwa ein österreichisches Finanzinstitut speziell für den deutschen Markt eine günstige Kapitalanlage an und wickelt es verbundene Dienstleistungen (sog. Finanzdienstleistungen³¹⁰) postalisch ab, so handelt es sich nicht schon deshalb um Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit, weil die Leistung für den deutschen Markt bestimmt ist. Dies gilt selbst dann, wenn es sich z.B. um eine Lebensversicherung mit einer Laufzeit von 27 Jahren handelt³¹¹. Fraglich ist bereits, ob Umfang und Schwerpunkt der Tätigkeit des Konzerns dauerhaft in Deutschland liegen. Nur in diesem Fall würde es anhand der obigen Kriterien materiell an einem grenzüberschreitenden Element fehlen³¹². Hinzu kommt, dass die Dienstleistungsfreiheit als „Restfreiheit“³¹³ unvollkommen wäre, würde ihr Anwendungsbereich auch dann unter einem materiellen Subsidiaritätsvorbehalt stehen, wenn der Bezugspunkt zum Gemeinschaftsrecht einzig im Ortswechsel der Leistung liegt³¹⁴. Ortsgebundene bzw. ortsverbundene Dienstleistungen kleinerer und mittlerer Unternehmen fielen einer Regelungslücke zum Opfer, würde das Gemeinschaftsrecht sie für dauerhafte Dienstleistungen auf die Gründung einer Niederlassung im Aufnahmestaat verweisen³¹⁵. Faktisch leben derartige Geschäftsmodelle eben deshalb, weil sie sich die Möglichkeiten moderner Kommunikations- und Transportmittel zu Nutze machen, ohne dabei eine Ortsveränderung durchlaufen zu müssen. Unterschiede im Vergleich zur persön-

³⁰⁹ So etwa der Fall in der Rechtssache „TV10“, aaO (Fn. 273).

³¹⁰ Dazu ausführlich *C. Ohler*, ZEuS 2002, S. 321 (332 f.).

³¹¹ Der Abschluss einer Kapitallebensversicherung unterfällt nach EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 20 (Kommission ./ Deutschland) der Dienstleistungs- nicht der Kapitalverkehrsfreiheit; auch in EuGH, Slg. 1998, I-1897, Rn. 22 („Safir“) wird festgestellt, dass Versicherungen Dienstleistungen sind, obwohl das Gebrauchmachen von der Dienstleistungsfreiheit auf der Gegenleistungsseite einen Kapitaltransfer nach sich zieht. Kritisch zum Ganzen: *J. C. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, Diss. 2000, S. 192 ff.

³¹² Vgl. *K. Lackhoff*, aaO (Fn. 85), S. 138, der seinen Ausgangspunkt indes in dem „TV 10“-Urteil des EuGH (oben Fn. 273) nimmt.

³¹³ Dazu oben, aa).

³¹⁴ Vgl. *M. Seidel*, aaO (Fn. 125), S. 74.

³¹⁵ *M. Seidel*, aaO (Fn. 125), S. 74.

lichen Leistungserbringung sind der Parallele von Korrespondenzdienstleistungen zur Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 ff. EG geschuldet. Letztere unterliegt bekanntlich keiner zeitlichen Beschränkung. Mithin folgt aus einer vertragssystematischen Auslegung, welche die Bedeutung des Art. 50 Abs. 3 EG auf den Fall des persönlichen Grenzübertritts reduziert³¹⁶, dass für Korrespondenzdienstleistungen – ebenso wie für die Einfuhr von Waren – eine fristlose Garantie gilt.

Dessen ungeachtet besteht für den Dienstleistungserbringer nicht zwingend ein weitergehender Handlungsspielraum. Obschon sich ein Umgehungstatbestand vornehmlich aus dem Grenzübertritt des Leistenden speist, indem erst die Präsenz am Leistungsort die Abgrenzungsproblematik auslöst³¹⁷, darf auch in den übrigen Konstellationen *vorsätzlichen* Umgehungen nicht Tür und Tor geöffnet sein. Reglementierungen im Zielstaat, die dem Schutz des Dienstleistungsnehmers oder der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Dienstleistungssystems (etwa einem pluralistischen und nichtkommerziellen Hörfunk- und Fernsehwesen³¹⁸) dienen, erkennt der EuGH an, sofern sie aus Gründen des „allgemeinen Interesses“ im Sinne seiner Rechtsprechung gerechtfertigt sind³¹⁹.

(2) Dienstleistungsempfangsfreiheit

Begibt sich der Empfänger einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat, so scheiden Parallelen zu der Niederlassungsfreiheit schon im Ansatz aus. Der Grund hierfür liegt erneut in den Zielsetzungen des Vertrages, welche für die Niederlassungsfreiheit die optimale Faktorallokation vorsehen³²⁰. Folglich steht hier der Mensch oder Unternehmensträger in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsfaktor im Vordergrund. Dazu bedarf es einer längerfristigen wirtschaftlichen Betätigung durch einen Selbstständigen.

³¹⁶ Oben ee), (2).

³¹⁷ D. Schnichels, aaO (Fn. 210), S. 34; P. C. Müller-Graff, FS-Lukes, 1989, S. 487.

³¹⁸ EuGH, Slg. 1994, I-4795 („TV10“).

³¹⁹ EuGH, Slg. 1994, I-4795, Rn. 21 („TV10“).

³²⁰ Oben 1, c), insb. Fn. 122.

Demgegenüber ist von der Dienstleistungsempfangsfreiheit potentiell jeder Unionsbürger begünstigt, ohne dass in seiner Person eine wirtschaftliche Zielsetzung erforderlich wäre³²¹. Erfasst wird der Mensch in seiner Eigenschaft als Abnehmer einer Leistung, d.h. als Konsument³²². Selbst wenn sich ein Konsument längerfristig in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um eine Dienstleistung zu empfangen (z.B. im Rahmen eines einmaligen Kuraufenthalts, eines Bildungsangebots, oder auch eines Arztbesuchs mit mehrmaligen Folgeuntersuchungen), wird er hierdurch niemals zu einem Wirtschaftsfaktor im Sinne des Vertrages³²³. Anders als bei der aktiven Erbringung von Leistungen, kommt der Regelungsbereich der Art. 43 ff. EG schon deshalb nicht in Betracht, weil es an einer selbständigen Erwerbstätigkeit mangelt³²⁴. Die früher beachtliche Folgeproblematik, die genaue Reichweite des gemäß Art. 50 Abs. 3 EG zur Dienstleistungsfreiheit begleitend hinzutretenden Aufenthaltsrechts festzulegen³²⁵, hat hingegen seit der Einführung des allgemeinen Aufenthaltsrechts für Unionsbürger in Art. 18 EG an Bedeutung eingebüßt³²⁶.

Auch für den Fall, dass ein in A niedergelassener Angehöriger des Mitgliedstaates B eine Dienstleistung *empfängt*, kann er sich nicht auf das Dienstleistungsrecht berufen, da es in seiner Person an drei konstitutiven Elementen der Dienstleistungsfreiheit fehlt³²⁷: er ist erstens aufgrund der Dauer, des Schwerpunkts oder der stofflichen Präsenz (Einrichtung) seiner Tätigkeit gebietsansässig (grenzüberschreitendes Element). Zweitens ist sein Aufenthalt durch einen Standort- und nicht einen Konsumortwechsel motiviert (finales Ele-

³²¹ W. Frenz, Hdb. Europarecht, Rn. 2489; S. Völker, aaO (Fn. 149), S. 182.

³²² P. Behrens, EuR 27 (1992), S. 145 (159 f.), spricht von „Verbraucherfreiheit“.

³²³ Anderes mag für die Anbieter von (Tourismus-) Dienstleistungen gelten, für die etwa der Kurtourist aus dem Ausland durchaus ein Wirtschaftsfaktor sein kann.

³²⁴ S. Völker, aaO (Fn. 149), S. 62.

³²⁵ Dazu S. Völker, aaO (Fn. 149), S. 156 ff.; M. Seidel, aaO (Fn. 125), S. 7: „Hinter der hier angesprochen Problematik verbirgt sich das wahrscheinlich heikelste Problem des Gemeinschaftsrechts“.

³²⁶ Im Einzelnen: H. G. Fischer, Die Unionsbürgerschaft, Europainstitut der Universität des Saarlandes: Vorträge, Reden und Berichte, Nr. 269, S. 2 und 12; S. Kadelbach, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 550 f.

³²⁷ Vgl. S. Völker, aaO (Fn. 149), S. 183.

ment). Und schließlich greift Art. 50 Abs. 1 EG (formelle Subsidiarität).

Ein wenig komplizierter gestaltet sich lediglich der umgekehrte Fall, dass sich der dem Mitgliedstaat B angehörige, jedoch in A niedergelassene *Erbringer* einer Leistung (X) auf die Dienstleistungsfreiheit beruft. Zunächst ist festzuhalten, dass nunmehr – aus Sicht des X – ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, wenn an einen Gebietsfremden geleistet wird. Seit dem Urteil *Luisi und Carbonne*³²⁸ lässt sich insoweit gleichermaßen von einem passiven Dienstleistungserbringer (X) und einem passiven Dienstleistungsempfänger sprechen. Für den gebietsansässigen Leistungserbringer ist aber gleichzeitig Art. 43 EG einschlägig. Infolgedessen müsste ein und dieselbe Leistung sowohl von der Niederlassungs- als auch von der Dienstleistungsfreiheit (passiv) gedeckt sein. Andernfalls gelangte man zu dem in der Tat unzumutbaren Ergebnis, einen Lebensvorgang auf zwei Grundfreiheiten aufspalten zu müssen³²⁹. Derartige Schlussfolgerungen verbietet indes die formelle Subsidiarität. Art. 50 Abs. 1 EG bedeutet insoweit: handelt es sich um eine Leistung eines EG-Ausländers, die von einer (sekundären) Niederlassung im Inland aus an einen Gebietsfremden erbracht wird, so ist dieser Vorgang einzig dem Niederlassungsrecht zuzuordnen, *soweit* der Schutz des Art. 43 EG reicht.

(3) Andere Grundfreiheiten

Die Probleme, die sich bei der Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit zu anderen Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, ergeben können, wurden im Verlauf der bisherigen Ausführungen bereits teilweise angeschnitten³³⁰. Der Fokus der Abgrenzung richtete sich aber aus gutem Grund auf die Niederlassungsfreiheit³³¹. Was die anderen Grundfreiheiten anbetrifft, müssen vorliegend einige kurze Hinweise genügen. So wird die Zuordnung eines Sachver-

³²⁸ EuGH, Slg. 1984, 377 ff.

³²⁹ K. Lackhoff, aaO (Fn. 85), S. 138.

³³⁰ S. insbesondere d), ee), (2) und ff).

³³¹ Vgl. W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 13 und oben d), dd).

halts zur Waren- bzw. Dienstleistungsfreiheit dort, wo ein Zerlegen des Produkts in seine Bestandteile nicht möglich erscheint³³², letztlich willkürlich anmuten³³³. Eine gemeinsame Prüfung bietet sich im Hinblick auf die enge systematische Verwandtschaft der beiden Freiheiten an. Ähnliches gilt mit Blick auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit der Art. 56 ff. EG³³⁴. Bedient sich hingegen ein Dienstleister bei der Abwicklung eines Auftrages in einem anderen Mitgliedstaat der von ihm in seinem Heimatstaat (legal) beschäftigten Arbeitnehmer, so kommen ausschließlich die Art. 49 ff. EG und nicht die Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 ff. EG) zum Zuge³³⁵. Letztere setzen nämlich ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis in einem ausländischen Arbeitsmarkt voraus.

3 Zusammenfassung

Der dem EG-Vertrag zugrunde liegende Dienstleistungsbegriff ist durch die dem Dienstleistungsrecht eigentümliche „Zwitterstellung“ geprägt³³⁶. Ziel einer jeden Begriffsdefinition und somit auch derjenigen der „Dienstleistung“ im Sinne der Art. 49 ff. EG sollte es sein, die praktische Anwendung des Rechts zu erleichtern, ohne die komplexen Probleme des betreffenden Regelungsbereichs auszublenden. Zusammenfassend soll daher nachfolgend der Versuch unternommen

³³² Im Fall „Sacchi“, EuGH, Slg. 1974, 409, Rn. 6 ff., hat der EuGH die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als solche Art. 49 EG zugeordnet, den Handel mit Materialien, Tonträgern, Filmen etc. aber anhand von Art. 28 EG geprüft; im Fall „Läärä“, EuGH, Slg. 1999, I-6067 ff., weist Generalanwalt *A. La Pergola*, ebd., I-6080, Rn. 19 darauf hin, dass ein Handelsgeschäft über Waren vorliege, welches zwar der Erbringung einer Dienstleistung diene und mit dieser verknüpft sei, aber dennoch von dieser begrifflich und wirtschaftlich getrennt werden könne (Verkauf von Glücksspielautomaten); dem schließt sich der Gerichtshof an, EuGH, Slg. 1999, I-6067, Rn. 24 („Läärä“).

³³³ *J. Snell*, aaO (Fn. 126) S. 24; i.d.S. EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 31 ff. („Canal Satélite Digital“).

³³⁴ EuGH, Slg. 1995, I-3955, Rn. 7 ff. („Svensson und Gustavsson“).

³³⁵ *P. Hanau*, in Hanau/Steinmeyer/Wank, Hdb. des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 15, IX.; *K Hailbronner/A. Nachbaur*, EuZW 1992, S. 105 (106 f.).

³³⁶ Vgl. *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 4.

werden, die Komplexität des Dienstleistungsbegriffs anhand von Gedankenschritten aufzulösen, an deren Ende nicht nur die Einschlägigkeit der Art. 49 ff. EG im Einzelfall feststeht, sondern auch den Spezifika einer jeden Dienstleistungskategorie Rechnung getragen worden ist.

Demnach lässt sich festhalten:

Jedenfalls liegt eine Dienstleistung vor, wenn sich eine selbständige, grenzüberschreitende und entgeltliche (kurz: unternehmerische) Leistung nicht oder jedenfalls nicht primär in einem körperlichen Gegenstand widerspiegelt, sondern vielmehr die unsichtbare Wertschöpfung des Wirtschaftsteilnehmers im Vordergrund steht.

Liegt das grenzüberschreitende Element jedoch nicht allein in einem Ortwechsel der Leistung, so darf sich der Dienstleister nicht in die Wirtschaft des Aufnahmestaates integrieren (materielle Subsidiarität, Art. 50 Abs. 3 EG). Ob dies der Fall ist, muss anhand einer wertenden Einzelfallbetrachtung unter zu Hilfenahme der Kriterien „Dauer“, „feste Einrichtung“ sowie „Umfang und Schwerpunkt der Tätigkeit“ entschieden werden.

Falls anhand dieser Aspekte eine „fiktive Niederlassung“ zu bejahen ist, stellt Art. 50 Abs. 1 EG klar, dass sich das konkrete Leistungsverhältnis zwischen Gebietsansässigen vollzieht. Art. 49 EG ist ob seines Wortlauts unanwendbar.

Kann jedoch nach alledem auf einer Seite des Leistungsverhältnisses eine Dienstleistung angenommen werden, so kann sich auch die andere Seite auf die Art. 49 ff. EG berufen. Es handelt sich insoweit um das notwendige „passive“ Gegenstück zu der „aktiven“ Freiheit des Dienstleisters.

II. Berechtigte

Auf die europäische Dienstleistungsfreiheit kann sich unmittelbar berufen, wer Staatsangehöriger eines der gegenwärtig 27 Mitgliedstaaten der EU ist. Wer Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist,

richtet sich nach nationalem Recht, in Deutschland Art. 116 GG. Jeder Deutsche ist damit zugleich Unionsbürger i.S.d. Art. 17 EG und insofern Begünstigter der Art. 49 ff. EG. Art. 55 i.V.m. 48 Abs. 1 EG zählen daneben ausdrücklich juristische Personen zu den Berechtigten. Hierunter fallen auch die OHG und die GbR, unabhängig von dem (nunmehr entschiedenen) spezifisch deutschen Streit um die Teilrechtsfähigkeit der GbR³³⁷. Maßgebend ist allein eine rechtlich vorkonstruierte Organisationsform³³⁸.

Im Unterschied zu Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit konstituiert sich der grenzüberschreitende Charakter eines Sachverhalts, der die Dienstleistungsfreiheit betrifft, allerdings vornehmlich aus der Gebietsansässigkeit, nicht der Staatsangehörigkeit der am Leistungsverhältnis Beteiligten³³⁹. Folglich sieht sich das überwiegende Schrifttum veranlasst, gleichermaßen die Ansässigkeit des potentiell Begünstigten innerhalb des Binnenmarktes einzufordern³⁴⁰. Zu praktisch relevanten Schutzbereichsverkürzungen führt diese Ansicht immer dann, wenn Unionsbürgerschaft und Unionsansässigkeit nicht kumulativ vorliegen (z.B. bei einem Italiener, der in der Schweiz wohnt, von dort aus jedoch die Dienste eines französischen und seinerseits in Frankreich ansässigen Arztes in Anspruch nehmen will). Daran stört sich eine Mindermeinung und weicht für den Fall ab, dass sich (wie im obigen Beispiel) der Leistungsempfänger auf die Art. 49 ff. EG beruft, sofern nur der Leistungserbringer in der Union ansässig ist³⁴¹. Als Argument dient im Wesentlichen der allei-

³³⁷ Seit dem Jahr 2001 wird allgemein auch der GbR Teilrechtsfähigkeit zuerkannt; vgl. BGH, ZIP 2001, S. 330; zuvor bereits *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 196 (203 ff.).

³³⁸ *A. Thiele*, aaO (Fn. 133), S. 621 (623).

³³⁹ Oben I., 2., b); In Art. 49 Abs. 2 EG wird das Kriterium der Ansässigkeit gar über jenes der Staatsangehörigkeit gestellt, indem dem Rat die Befugnis erteilt wird, zu beschließen, dass Art. 49 EG auch auf Dienstleister Anwendung findet, die dritten Staaten angehören, gleichwohl innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind.

³⁴⁰ *K. D. Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rn. 758; *T. Oppermann*, Europarecht, Rn. 1585; *E. Pache*, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 11, Rn. 15; *W. H. Roth*, in Dausers, HdbEGWiR, Bd. 1, E. I, Rn. 115.

³⁴¹ *S. Völker*, aaO (Fn. 69), S. 198; *K. Hailbronner* wird gemeinhin der h.M. zugeschlagen, betont jedoch, dass die Staatsangehörigkeit eines der Mitgliedstaaten „je-

ne auf die Gebietsansässigkeit des Leistungserbringers abzielende Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 EG. Verboten sind danach „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs [...] für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind“.

Der Streit ist für die vorliegende Arbeit nicht ergebnisrelevant. Den obigen Argumenten sei jedoch entgegengehalten, dass die Vertragsformulierung in Art. 49 Abs. 1 EG an Bedeutung verliert, wenn man bedenkt, dass die Dienstleistungsempfangsfreiheit ein Produkt von Lehre und Rechtsprechung ist. Den räumlich erforderlichen Bezug zur Dienstleistungsfreiheit auf Empfängerseite schon durch die Gemeinschaftszugehörigkeit als hinreichend vermittelt anzusehen, wäre nur dann möglich und geboten, wenn die Dienstleistungsfreiheit ein Grundrecht wäre, dessen Unionsangehörige kraft ihres Bürgerstatus teilhaftig würden³⁴². Das aber ist gegenwärtig nicht der Fall³⁴³.

III. Verpflichtete

1 Die Mitgliedstaaten

a) Die Bestimmungsstaaten

Den einzelstaatlich traditionell unterschiedlichen Auffassungen über die volkswirtschaftliche Funktion von Dienstleistungen (etwa der sog. freien Berufe und des Handwerks³⁴⁴) entsprechend, treffen liberale Wirtschaftsordnungen des Herkunftslandes eines Dienstleisters im Bestimmungsland der Dienstleistung möglicherweise auf protektionistische bzw. wertungsfrei, schlicht „regelnde“ und damit für den

denfalls für den Leistungserbringer“ Voraussetzung sei, was seine Offenheit nahe legt; vgl. *ders.*, in HK-EUV, Art. 60 EGV, Rn. 21.

³⁴² Zu Auswirkungen der Unionsbürgerschaft auf das Verständnis der Grundfreiheiten vgl. *S. Kadelbach*, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 550 f.

³⁴³ Zur insoweit h.M. oben, I., 2., d), dd) m.w.N in Fn. 232 und 235.

³⁴⁴ *C. Stumpf*, in Dausers, HdbEGWiR, Bd. 1, E. II., Rn. 27.

grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr hinderliche Rechtsakte. Solche „Beschränkungen“ im Sinne des Art. 49 Abs. 1 EG im Hinblick auf das Binnenmarktziel des Art. 14 EG möglichst umfassend zu suspendieren, ist Aufgabe des Dienstleistungsrechts, im Speziellen des Herkunftslandprinzips. Soweit Beschränkungen aus Akten der Legislative (formelle Gesetze), der Judikative (Gerichtsentscheidungen) oder der Exekutive (materielle Gesetze, Einzelfallentscheidung³⁴⁵) resultieren, ist unbestritten, dass jedenfalls der betreffende Bestimmungsstaat (etwa die Bundesrepublik Deutschland) als Unionsmitglied Verpflichtungsadressat des Art. 49 EG ist. Es ist dies die ureigenste Stossrichtung der Grundfreiheiten. Freilich liegt es aus europäischer Sicht in der Konsequenz eines vertikal gegliederten Staatsaufbaus, dass alle mitgliedstaatlichen Untergliederungen (z.B. Bund, Land³⁴⁶, Kreis, Gemeinde³⁴⁷, kommunaler Zweckverband; Zentralstaat, Gliedstaat, Departement, Provinz, Region) adressiert werden. Andernfalls drohte die unmittelbare Wirkung der Dienstleistungsfreiheit³⁴⁸ unterlaufen zu werden. Als Urheber einer mitgliedstaatlichen Maßnahme im Sinne des Art. 49 Abs. 1 EG kommt damit nicht nur die Regierung, das Parlament oder ein Gericht, sondern jede öffentliche, also zur Ausübung hoheitlicher Gewalt befugte Instanz in Betracht, gleich welcher Teilgewalt sie *funktional* oder *hierarchisch* angehört und unabhängig von der *Handlungsform*, derer

³⁴⁵ EuGH, Slg. 1999, I-2517, Rn. 27 („Ciola“).

³⁴⁶ Die Eigenstaatlichkeit der Länder findet auf EG-Ebene keine Berücksichtigung; vgl. *H. Klaus*, Die deutschen Bundesländer und die Europäischen Union, S. 9 f.

³⁴⁷ Die Gemeinden können z.B. im Rahmen der Ausschreibung eines öffentlichen Bauauftrags durch den Rat, vgl. EuGH, Slg. 1988, 4929, Rn. 12, 27 (Kommission ./Irland), angesprochen sein.

³⁴⁸ Speziell zu Art. 49 EG bereits EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 24, 27 („van Binsbergen“); bestätigend Slg. 1999, I-2517, Rn. 27 („Ciola“). Zur unmittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten, die von ihrer unmittelbaren Geltung zu unterscheiden ist, insgesamt *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 83 ff.; *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, S. 57 ff.

sie sich für die europarechtlich zu suspendierende Maßnahme bedient³⁴⁹.

In *organisatorischer* Hinsicht, lassen sich darüber hinaus Bundes- und Landesanstalten, sowie die als Körperschaften des öffentlichen Rechts gegründeten³⁵⁰ berufsständischen Organisationen wie die Handwerkskammern, die Industrie- und Handelskammern sowie die Kammern der freien Berufe als verselbstständigte Teilgewalten unterscheiden. Sie sind zum Teil mit Disziplinalgewalt ausgestattet³⁵¹ und bevollmächtigt, eigenständiges Standesrecht zu setzen³⁵². Kraft ihrer staatlich verliehenen Befugnisse (insbesondere im Rahmen der Berufsaufsicht³⁵³), sind sie durch die staatlich äquivalente, quasihoheitliche Regulierung der Berufsausübung gekennzeichnet. Die Mitgliedschaft ist zwingend vorgeschrieben³⁵⁴. Es liegt daher nahe, Träger der sog. „funktionalen Selbstverwaltung“³⁵⁵ gleichermaßen durch

³⁴⁹ In Betracht kommen sowohl öffentlich-rechtliche (z.B. Verwaltungsakt), als auch privatrechtliche Handlungsformen (z.B. Vertragsschluss bei der öffentlichen Auftragsvergabe).

³⁵⁰ Vgl. bspw. zur Organisationsform deutscher Rechtsanwaltskammern § 62 Abs. 1 BRAO.

³⁵¹ Vgl. EuGH, Slg. 1995, I-4165 („Gebhard“) – Disziplinarverfahren der Rechtsanwaltskammer Mailand gegen Herrn Gebhard.

³⁵² Vgl. z.B. die Berufsordnung der nordrhein-westfälischen Ärztekammern, die aufgrund der Ermächtigung in § 31 Abs. 2 HeilBerG NW von der Kammerversammlung zu erlassen ist; umfassend zur Selbstverwaltung der freien Berufe: *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 82 ff.

³⁵³ Z.B. § 6 Nr. 5 HeilBerG NW; § 73 Abs. 2 BRAO.

³⁵⁴ Vgl. §§ 2, 3 IHKG; bestätigend jüngst wieder BVerfG, DÖV 2005, S. 607.

³⁵⁵ Zum Begriff *W. Kluth*, aaO (Fn. 352), S. 12, der darunter einen „Substraktionsbegriff“ versteht, der alle nicht kommunalen Selbstverwaltungsträger auf gesetzlicher Grundlage umfasst.

Art. 49 EG zu verpflichten³⁵⁶. Gleiches gilt für Anstalten des öffentlichen Rechts³⁵⁷.

Einzig die Verpflichtung der sog. „öffentlichen Unternehmen“³⁵⁸ durch die Art. 49 ff. EG bedarf näherer Begründung. Auch hierbei handelt es sich um Rechtsträger der mittelbaren Staatsverwaltung³⁵⁹. Doch stellt sich die Frage nach dem Bindungsadressaten der Dienstleistungsfreiheit etwa im Rahmen der Privatisierung eines vormals staatlichen Betriebes in eine Aktiengesellschaft³⁶⁰, gleichviel, ob es sich nach deutscher Terminologie um sog. Eigengesellschaften oder um sog. Beteiligungsgesellschaften handelt. Obschon die Mitgliedstaaten in Form öffentlicher Unternehmen handeln mögen (und dür-

³⁵⁶ C. Stumpf, in Dausen, HdbEGWirtR, Bd. 1, E. II., Rn. 40; W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 49/50 EG, Rn. 44; EuGH, Slg. 2002, I-1577, Rn. 120 („Wouters“); die Entscheidung des EuGH ist von praktischen Überlegungen geprägt, die es verhindern sollen, dass der Abbau von Schranken staatlichen Ursprungs durch solche Hindernisse konterkariert wird, die von rechtlich autonomen Vereinigungen und Einrichtungen (hier: niederländische Rechtsanwaltskammer) ausgehen.

³⁵⁷ Zum deutschen Arbeitsvermittlungsmopol der Bundesanstalt für Arbeit: EuGH, Slg. 1991, I-1979 („Macrotron“) allerdings unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten dieser Dienstleistung.

³⁵⁸ Der EG-Vertrag verwendet den Terminus „öffentliches Unternehmen“ nur in Art. 86 Abs. 1 EG, d.h. in wettbewerbsrechtlichem, grundsätzlich unternehmensnicht staatengerichtetem Regelungszusammenhang. Es herrscht indes Einigkeit, dass der Norm exemplarische Bedeutung für den gesamten EG-Vertrag zukommt. Öffentliche Unternehmen sind gemeinhin diejenigen Einheiten, auf die (in Anlehnung an Art. 2 Abs. 1 der Transparenzrichtlinie der Kommission vom 25.06.1980, ABl.EG L 195/35) „die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“; ausführlich zum gemeinschaftsrechtlichen Begriff: N. V. Manthey, Bindung und Schutz öffentlicher Unternehmen durch die Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Diss. 2001, S. 36 ff.; im deutschem Recht wird dagegen nicht zwingend eine beherrschende Stellung verlangt, bzw. kann sich diese auch bei Minderheitsbeteiligungen faktisch ergeben; vgl. D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 9 f.; G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 23 ff.

³⁵⁹ Zu Sinn und Unsinn dieses Ausdrucks W. Rudolf, in Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 52, Rn. 7.

³⁶⁰ EuGH, Slg. 1990, I-3313 („Foster“), wobei es um die Ausgliederung einer „Public Limited Company“, kurz: plc ging. Die plc ist jedoch einer deutschen AG vergleichbar. Als deutsche Beispiele lassen sich die Nachfolgeunternehmen von Bundespost und Bundesbahn nennen.

fen³⁶¹), wollen sie dadurch nicht öffentliche Gewalt (vgl. Art. 45 EG) ausüben, d.h. weder Gebote noch Verbote verfügen noch lenken und steuern³⁶². Als Medium wirtschafts- und/oder sozialpolitischer Zielverwirklichung dienen ihnen vielmehr rechtlich selbstständige Organisationseinheiten, häufig im Gewand des Privatrechts. Deren Bindung an wesensmäßig staatenorientierte Vorschriften ist schon deshalb nicht bedenkenlos, weil ihr Wirkungsbereich mit demjenigen privater Konkurrenten ident ist. Der Staat dringt, um mit den Worten *W. Spannowskys*³⁶³ zu sprechen, in die gesellschaftliche Sphäre und damit einen „an sich als staatsfrei vorgestellten Raum“ vor. Erst recht trifft dies auf Private zu, die in staatlichem Auftrag, oder auf staatliche Veranlassung hin tätig werden³⁶⁴. Dennoch können auch Maßnahmen staatlich geförderter, beauftragter oder beherrschter Unternehmen geeignet sein, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken. Denkbar wäre z. B., dass öffentliche Energieversorgungsunternehmen zu Lasten der ausländischen Konkurrenz Demarkationsverträge abschließen, oder ihre (Strom-, bzw. Gas-) Netze für ausländische Mitbewerber sperren³⁶⁵.

Im Ergebnis sind sich EuGH und Schrifttum deshalb weitgehend einig, dass eine (unmittelbare!) Bindung öffentlicher Unternehmen an die Art. 49 ff. EG zu erfolgen hat. Doch während eine Mindermeinung³⁶⁶ zur dogmatischen Herleitung dieses Ergebnisses auf eine

³⁶¹ *G. Püttner*, aaO (Fn. 358), S. 76 ff.; kritisch *P. Unruh*, Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns, DÖV 1997, S. 653 ff.

³⁶² *M. Burgi*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 32 (1997), S. 261 (267).

³⁶³ *Ders.*, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand, ZGR 25 (1996), S. 400 (404).

³⁶⁴ Vgl. *G. F. Schuppert*, „Quangos“ als Trabanten des Verwaltungssystems“, DÖV 1981, S. 153 ff.

³⁶⁵ Dann käme sowohl Eingriffe in die Waren- als auch die Dienstleistungsfreiheit in Betracht, vgl. *M. Burgi*, EuR 32 (1997), S. 261 (282); zum Problem auch: *R. Steinberg/G. Britz*, Die Energiepolitik im Spannungsfeld nationaler und europäischer Regelungskompetenzen, DÖV 1993, S. 313 (317).

³⁶⁶ *P. C. Müller-Graff*, in Streinz, EUV/EGV, Art. 49 EGV, Rn. 61 unter Verweis auf seine frühere Arbeiten; vgl. *ders.*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), S. 403 (413 f.).

enge Verwandtschaft zu der Frage nach der staatlichen Zurechenbarkeit von Begünstigungen im Beihilfenaufsichtsrecht verweist³⁶⁷, rezipiert die überwiegende Auffassung das funktionale Staatsverständnis des EuGH³⁶⁸. In diesem Kontext könne dann die einschlägige Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, genauer zu den Voraussetzungen, unter denen auch nicht hoheitliche Einrichtungen zur unmittelbaren Anwendung von Richtlinienbestimmungen verpflichtet sind, fruchtbar gemacht werden³⁶⁹.

Der einen oder anderen Lösung Vorrang einzuräumen, bedarf es aus ergebnisorientierter Sicht nicht. Eine Stellungnahme wäre mithin entbehrlich, würde letzterer Ansicht nicht argumentative Unzulänglichkeit, ja sogar „quälende“ Untauglichkeit vorgeworfen³⁷⁰. Vor diesem Hintergrund erscheint die Suche nach einem abstrakt geeigneten Zurechnungskriterium aktuell. Sträubt man sich dabei, öffentliche Unternehmen zur *Substanz* des Staates zu zählen, verbleibt einzig die verobjektivierte Sicht des Betroffenen erheblich. Es wäre zu prüfen, ob aus dem Blickwinkel des durch die Art. 49 ff. EG Berechtigten der Bestimmungsstaat samt seiner öffentlichen Unternehmen als relevante Handlungseinheit repräsentiert wird. Das aber wird regelmä-

³⁶⁷ In der einschlägigen Rspr. des EuGH wird ebenfalls auf finanzielle, anteilsbedingte, oder politische Einflussnahmemöglichkeiten der öffentlichen Hand abgestellt, vgl. EuGH, Slg. 1982, 4005, Rn. 15 („Buy Irish“); Slg. 1985, 439, Rn. 14 („CNCA“).

³⁶⁸ *M. Holoubek*, in Schwarze, Art. 49 EGV, Rn. 39; *W. H. Roth*, Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1244); *N. V. Manthey*, aaO (Fn. 358), S. 69 ff.; *D. Ehlers*, in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2005, S. 15; *W. Weiß*, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 38 (2003), S. 165 (170; 178); aus der einschlägigen Rspr.: EuGH, Slg. 1974, 409, Rn. 14 („Sacchi“) und Slg. 1991, I-2925, Rn. 11 („ERT“); Slg. 1991, I-1979 („Macrotron“); Slg. 1995, I-4165 („Gebhard“).

³⁶⁹ Dazu EuGH, Slg. 1990, I-3313 („Foster“); hier insb. die Rn. 16, wo der EuGH darauf abstellt, ob die fragliche Einrichtung „mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über das hinausgehen, was für die Beziehung zwischen Privatpersonen gilt“; zusammenfassend *G. Winter*, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, S. 657 ff.

³⁷⁰ *M. Burgi*, EuR 32 (1997), S. 261 (283).

big zu bejahen sein. Abgesehen davon, dass sich bei öffentlichen Unternehmen häufig gar nicht feststellen lassen wird, ob die jeweilige Maßnahme in Umsetzung staatlicher Vorgaben erfolgt, oder Ausfluss einer autonomen unternehmerischen Entscheidung ist, entfaltet sich hier gegenüber Privaten stets staatliche Macht; wengleich „nur“ auf wirtschaftlichem, an sich der privaten Konkurrenz zugeordnetem Gebiet. Im Unterschied zu rein privater Wirtschaftstätigkeit verfolgen die öffentlichen Unternehmen nämlich zumindest auch politische respektive öffentliche Interessen³⁷¹. Beleg dafür ist nicht zuletzt die Tatsache, dass sie aktuell oder zumindest potentiell über Finanzmittel bzw. Garantien aus staatlichen Quellen verfügen.

Falls man demnach innerhalb der herrschenden Meinung eine argumentative Lücke ausmachen wollte, so würde sie jedenfalls durch Argumente aufgefüllt, wie sie auch dem deutschen Recht aus dem Kontext der Legitimation ins Privatrecht „fliehender“ Staatlichkeit bekannt sind.

b) Die Herkunftsstaaten

Das dritte Kapitel des EG-Vertrages („Dienstleistungen“) enthält keine dem Art. 29 EG („Verbot mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen für Waren“) entsprechende Bestimmung, die ausdrücklich auf Beschränkungen des Exports von Dienstleistungen durch personen- oder dienstleistungsbezogene Ausgangshindernisse abstellt. Adressaten der Art. 49 ff. EG sind jedoch „die Mitgliedstaaten“, mithin ebenso die Herkunftsstaaten der Dienstleistung³⁷². Dieser Befund ist eindeutig, jedenfalls solange geschriebenes Recht anwendbar ist, ein Unionsbürger also durch den Unionsstaat seiner Ansässigkeit an der *Erbringung* einer Dienstleistung „in einem anderen Mitgliedstaat“ (Art. 49 Abs. 1 EG) gehindert wird. Tatsächlich sind allerdings glei-

³⁷¹ D. Ehlers, Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Jura 1999, S. 212; N. V. Manthey, aaO (Fn. 358), S. 50, der insoweit von einem „Grenzbereich“ zwischen staatlichem und unternehmerischem Handeln spricht.

³⁷² EuGH, Slg. 1995, I-1141, Rn. 30 („Alpine Investments“); Slg. 1997, I-3395, Rn. 37 („Sodemare“); Slg. 1999, I-2517, Rn. 11 („Ciola“); Slg. 2001, I-1795, Rn. 37 („Gourmet International Products“); vgl. auch J. Fetsch, ZeuP 2005, S. 541 (548 ff.).

chermaßen Behinderungen zu beobachten, die demjenigen (Herkunfts-) Staat zugerechnet werden müssen, in dem der *Dienstleistungsempfänger* ansässig ist³⁷³. Auch die gesonderte Erfassung von Beschränkungen derartigen Ursprungs ist angezeigt: während nämlich regelmäßig eine Beschränkung des Abnehmers der Dienstleistung reflexartig ihren Produzenten trifft, ist das Austauschverhältnis in Konstellationen, in denen der Ausreisestaat einem möglichen Leistungsaustausch zuvorkommt, indem er den Grenzübertritt des Empfängers von vorne herein ausschließt, oder unattraktiv gestaltet, nicht einmal dem Grunde nach angelegt³⁷⁴.

2 Die Union

Als weitgehend geklärt darf heute ferner die Bindung der europäischen Gemeinschaftsgewalt an die Grundfreiheiten gelten. Zwar ist vor allem der Kommission gemäß ihrer Funktion als „Motor der Integration“ stets daran gelegen, einen Binnenmarkt für Dienstleistungen zu schaffen, nicht einen solchen zu verzögern, was insofern Anlass zu der Vermutung gäbe, dass ihre Adressierung durch die Grundfreiheiten von geringer praktischer Relevanz sein müsste. Auch will die aktuelle Richtlinie des Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt³⁷⁵ einmal mehr glauben machen, dass von den unter dem Unionsdach³⁷⁶ vereinten Gemeinschaften und ihren Organen grundsätzlich keine Beschränkungen des Dienstleistungsfreiverkehrs zu befürchten sind. Es bestätigt sich insofern

³⁷³ Etwa wenn der Empfänger nicht die erforderlichen Devisen für einen touristischen, geschäftlichen bzw. universitären Aufenthalt mitnehmen darf, vgl. EuGH, Slg. 1984, 377 („Luisi und Carbone“); genauso, wenn er die Kosten seiner Heilbehandlung im Ausland nicht ersetzt bekommt, vgl. EuGH, Slg. 1998, I-1931, („Kohll“), oder die Kostenerstattung von der vorherigen Genehmigung durch die Krankenkasse abhängig ist, dazu EuGH, Slg. 2003, I-4509, Rn. 44 („Müller-Fauré“).

³⁷⁴ Ähnlich *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 64.

³⁷⁵ RL 2006/123/EG vom 12.12.2006, aaO (Fn. 3).

³⁷⁶ Zur architektonischen Struktur der Europäischen Union („Drei-Säulen-Modell“) s. o., A., m.w.N. in Fn. 81.

die Feststellung, dass die Union „überwiegend als Garant der Grundfreiheiten wahrgenommen wird“³⁷⁷.

Diese Wahrnehmung ist jedoch in Teilen verfälscht. Dagegen streitet bereits die Integrationsgeschichte, in der die Union aufgrund ihres supranationalen Selbstverständnisses stets Gefahr gelaufen ist, diese ihre Garantenstellung in guter Absicht zu verletzen. So mancher Politikbereich (etwa der Gesundheitsschutz) geht zu Lasten eines anderen (etwa der Dienstleistungsfreiheit) und so manche Harmonisierung schießt über das Ziel hinaus. In diesem Sinne ist etwa das europäische Werbeverbot für Tabakerzeugnisse laut den Erwägungen der Richtlinie 98/43 EG vom 06.07.1998³⁷⁸ dazu bestimmt, Handelshemmnisse zu beseitigen; tatsächlich ist es aber durch den Schutz vor den gesundheitlichen Gefahren des Tabakkonsums motiviert. Umgekehrt, nimmt man die Erwägungsgründe des Richtlinienwerks für voll, führt ein praktisches Totalverbot zwar zu größtmöglicher Wettbewerbsgleichheit in der Union; dies aber deswegen, weil alle gleich *unfrei* sind. Mit *U. Di Fabio* lässt sich deshalb formulieren: unionale „Vereinheitlichungen können Freiheiten fördern, aber auch zerstören“³⁷⁹. Es ist insofern zuerst ein praktisches Bedürfnis, Maßnahmen der Union, genauer solche der Gemeinschaftsorgane (vgl. Art. 3 Abs. 1, 5 EU), gleichermaßen an den Grundfreiheiten zu messen, zumal im Zuge fortschreitender Vergemeinschaftung vormals mitgliedschaftlicher Politiken und Sachbereiche. Auf Grundlage der auf Integration getrimmten Ausrichtung der Gründungsverträge (vgl. Art. 1 Abs. 2, 1. Halbsatz EU: „neue Stufe“) gehört diese schließlich zum unionsimmanenten Perpetuierungsinteresse. Dies lässt sich trotz des vorläufig gescheiterten europäischen Ver-

³⁷⁷ T. Kingreen/R. Störmer, Die subjektiven öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 33 (1998), S. 263 (277).

³⁷⁸ ABl. EG 1998, Nr. L 213/9.

³⁷⁹ U. Di Fabio, AfP 1998, S. 564 (565); H. P. Schneider, Tollhaus Europa, NJW 1998, S. 576 (577) spricht davon, dass hier ein ganzer Dienstleistungssektor „totharmonisiert“ wurde; allgemein zur tatbestandlichen Zuordnung von Werbung (in Betracht kommen Art. 28 und 49 EG) s. D. Kugelmann, EuR 36 (2001), S. 363 (370 ff.), der sich auf S. 371 jedoch für eine einheitliche Prüfung von Regelungen der Werbung anhand von Art. 49 EG ausspricht.

fassungsprojekts nicht bestreiten. Wortlaut, Systematik, Teleologie und Bedeutungsrang der Grundfreiheiten im hierarchisch gegliederten Normaufbau des EG-Rechts stehen nun aber diesem praktischen Bedürfnis keineswegs entgegen. Sie unterstützen vielmehr die Rechtswissenschaft und -praxis, das notwendige theoretische Fundament zugrunde zu legen, auf dessen Basis die Bindung aller Gemeinschaftsgewalt an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages aufbaut³⁸⁰.

3 Privatpersonen

Eine Bindung Privater an die Grundfreiheiten (analog deutscher Verfassungsrechtsdogmatik auch „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ genannt³⁸¹), sollte demgegenüber nicht angenommen werden. Dies gilt trotz zahlreicher anders lautender Urteile des EuGH³⁸². Die Diskussion zählt allerdings zu den wohl umstrittensten im gesamten Gemeinschaftsrecht. Sie speist sich zudem größtenteils durch dienstleistungsunspezifische Argumente³⁸³. Für Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird daher zugrunde gelegt, dass die Frage der Privatrechtswirkung im Grundsatz für sämtliche Freiheiten gleich zu beantworten ist.

³⁸⁰ Der EuGH leitet in Urteilen zur Warenverkehrsfreiheit eine Bindung der Union aus der fundamentalen Bedeutung der Grundfreiheiten ab, vgl. EuGH, Slg. 1984, 1929, Rn. 18 („REWE“); Slg. 1994, I-3879, Rn. 11 („Meyhui“); das Schrifttum liefert noch weitere, teils differenziertere Argumente; vgl. z.B. R. O. Schwemer, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, Diss. 1995; T. Kingreen/R. Störmer, EuR 33 (1998), S. 263 (277 f); U. Di Fabio, AfP 1998, S. 564 (565 f.); H. D. Jarass, EuR 35 (2000), S. 705 (715); J. Caspar, EuZW 2000, S. 237 (240 ff.).

³⁸¹ Kritisch zur Übernahme der Drittwirkungsterminologie K. Preedy, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, Diss. 2005, S. 19 ff.

³⁸² Aus der Rspr. speziell zu Art. 49 EG: EuGH, Slg. 1974, 1405, Rn. 7 („Walrave“); Slg. 1976, 1333, Rn. 20 („Donà“); Slg. 1995, I-4921, Rn. 83, 84, 87 („Bosman“); Slg. 2000, I-2549, Rn. 47 („Deliège“); Slg. 2000, I-2681, Rn. 35 („Lehtonen“); zu Art. 28 EG: Slg. 1981, 181, Rn. 16 ff. (Dansk Supermarked“); und insb. zu Art. 39 EG: Slg. 2000, I-4139, Rn. 30 und 36 („Angonese“).

³⁸³ Vgl. D. Ehlers, in ders. (Hrsg.), EuGR, 2005, § 7, Rn. 45, der das Problem unter dem Titel „allgemeine Lehren“ behandelt.

Dabei bilden die zwei wesentlichen Grundpositionen den Ausgangspunkt: man kann die Grundfreiheiten entweder *unmittelbar* zwischen Privaten verpflichtend wirken lassen³⁸⁴, oder aber den Staat zwischen sich streitende Privatrechtssubjekte schalten und die Grundfreiheiten dadurch – ähnlich deutschen und europäischen Grundrechten³⁸⁵ – *mittelbar* durch einen Schutzanspruch gegen den Staat im Rahmen und mit Hilfe der nationalen Rechtsordnungen realisieren³⁸⁶. Spielarten dieser beiden Pole können weitestgehend schlüssig der einen oder anderen Position zugeschlagen werden. Die gilt sowohl für Stellungnahmen, welche für eine Drittwirkung schlechthin plädieren, ohne sich auf den Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung explizit festzulegen³⁸⁷, als auch für diejenigen, welche die unmittelbare Drittwirkung aus-

³⁸⁴ Diesen Weg gehen u.a. *T. O. Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, Diss. 2000, S. 94 ff. (119); *D. Schaefer*, Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse, Diss. 1987, S. 189 ff.; *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte im europäischen Gemeinschaftsrecht, Diss. 1979, S. 234 ff.; *H. Reichold*, Arbeitsrechtsstandards als „Aufenthaltsmodalitäten“, *ZeuP* 1998, S. 434 (449 f.).

³⁸⁵ Zur sog. „mittelbaren Drittwirkung“ deutscher Grundrechte s. *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Rn. 173 ff.; *W. Riefner*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* V, § 117, Rn. 54 ff.; zur Wirkung der nunmehr auch im Reformvertrag von Rom kodifizierten europäischen Grundrechte *D. Ehlers*, in ders. (Hrsg.), *EuGR*, 2005, § 14, Rn. 37.

³⁸⁶ So verfahren u.a. *R. Streinz/S. Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EuZW* 2000, S. 459 (465); *R. Streinz*, *Europarecht*, Rn. 838; *M. Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EWS* 1999, S. 327 (329 ff.); *C. W. Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in Bauer u.a. (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Festschrift für Reiner Schmidt, 2002, S. 29 (40 ff.); *U. Forsthoff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, *EWS* 2000, S. 389 (396); *S. Kadelbach/N. Petersen*, Haftung für Verletzung von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, *EuGRZ* 2002, S. 213 (217); *W. Kluth*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, *AöR* 122 (1997), S. 557 ff. (581); *A. Bleckmann*, *Europarecht*, Rn. 757 a.E.

³⁸⁷ So *E. Steindorff*, *EG-Vertrag und Privatrecht*, S. 295 ff; *ders.*, Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in *FS-Lerche*, 1993, S. 575 (581 ff.) und *K. Preedy*, *aaO* (Fn. 381), S. 70, die insgesamt aber offensichtlich eine unmittelbare Drittwirkung favorisieren.

schließlich bei Art. 12 EG ansiedeln, teilweise jedoch Ausnahmen für sog. „intermediäre Gewalten“ anerkennen³⁸⁸.

a) *Das Für und Wider einer Privatrechtswirkung der Dienstleistungsfreiheit vor der Alternative „Freiheit“ oder „Bindung“*

Wählt man nun ersteren Weg, entledigt man die Mitgliedstaaten ihrer ansonsten durch Art. 10 EG auferlegten Umsetzungsverpflichtung betreffend europäisches Recht. Verhaltenspflichten Privater ergeben sich stattdessen direkt aus der Dienstleistungsfreiheit selbst. Sie können im Wege von Unterlassungs- oder Beseitigungsklagen, oder mittels sekundärer Schadensersatzansprüche durchgesetzt werden³⁸⁹. Für dieses Ergebnis sprechen im Wesentlichen zwei Überlegungen: erstens verspricht die Bindung Privater mit Blick auf das Schutzbedürfnis der Dienstleistungserbringer, denen durch Wirtschafts- und Verbandsmacht zuweilen größere Nachteile drohen, als von Seiten des „vielfach zum Haustier gewordenen Leviathan“³⁹⁰, eine soziale Dimension in das Privatrecht der Mitgliedstaaten zu transportieren³⁹¹. Es handelt sich hierbei gewissermaßen um die Übertragung des aus der deutschen Drittwirkungsdiskussion um die Grundrechte bekannten „sozialen Arguments“ auf die Ebene der europäischen Grundfreiheiten³⁹². Zweitens streitet das Gebot der Effektivität des Gemeinschaftsrechts („*effet utile*“³⁹³) in der Teleologie der Marktöffnung eindeutig für eine Privatrechtswirkung.

³⁸⁸ H. W. Roth, in FS-Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 ff. (1245 f.); M. Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Diss. 1997, S. 254 ff.; P. C. Müller-Graff, in Streinz, EUV/EGV, Art. 49 EGV, Rn. 66 ff. stellen insoweit auf die Ausübung „privater Macht“ durch Kollektivorganisationen (z.B. Parteien, Gewerkschaften, Wirtschafts- und Sportverbände) ab.

³⁸⁹ Ausführlich T. O. Ganten, aaO (Fn. 384), S. 199 ff.

³⁹⁰ M. Burgi, EWS 1999, S. 327 (328).

³⁹¹ Vgl. nur H. Reichold, ZEuP 1998, S. 434 (449 ff.).

³⁹² Zur deutschen Diskussion F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, 1987, S. 517 f.

³⁹³ Der Gedanke des *effet utile*, den der EuGH zu Art. 10 EG entwickelt hat, spielt allgemein bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts eine hervorgehobene Rolle, vgl. M. Mosiek, Effet utile und Rechtsgemeinschaft, Diss. 2003; M. Nettesheim, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in Randelzhofer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 447 ff.; im Rahmen

Doch um welchen Preis? Rechtsgeschäfte, unerlaubte Handlungen oder sonstige privatautonome Verhaltensweisen würden einer europäischen Legitimationspflicht unterworfen, derer vorgeblich „irrationale“ Dienstleistungsnehmer schwerlich genügen könnten. Zum einen ist bereits fraglich wer bestimmt, was im Einzelfall „irrational“ sein soll. Zum anderen stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Legitimationspflicht Privater schlechthin. Nicht ohne Grund wundert sich *H. D. Jarass* „ob es etwa einem Unionsbürger unmöglich sein [soll], sich bei der Arztwahl auf inländische Ärzte zu beschränken, wenn es dafür keinen ausreichenden Sachgrund gibt“³⁹⁴? Hinzukommt, dass jeder Rechtfertigungsversuch (im Bsp. etwa ein Berufen auf die größere Sachkunde des gewählten Arztes im Hinblick auf den geschriebenen Schrankenvorbehalt der „öffentlichen Gesundheit“, Art. 55 i.V.m. 46 Abs. 1 EG) wenn nicht untauglich, so doch zumindest gekünstelt erscheint, ist doch dieses Kriterium systematisch und im Gleichklang mit den ebenfalls genannten Kriterien der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ offenkundig auf staatliche Maßnahmen zugeschnitten. Mehr noch: der grundrechtlich abgesicherten Privatautonomie ist es ein eherner Grundsatz, dass Private ihren privaten (wenn auch irrationalen) Interessen nachgehen dürfen, ohne öffentliche Interessen in irgendeiner Weise mit wahrnehmen zu müssen, ja dass sie grundsätzlich *überhaupt keiner* Legitimationspflicht oder –last unterliegen³⁹⁵. Wann dies im Einzelfall anders sein soll, hat der EG-Vertrag abschließend in Art. 81 ff. EG (europäisches Kartellrecht) sowie Art. 86 Abs. 2 EG (öffentliche und monopolartige Unternehmen) geregelt³⁹⁶.

der EG-Kompetenzordnung wird darauf im vierten Teil dieser Arbeit zurückzukommen sein.

³⁹⁴ *H. D. Jarass*, EuR 35 (2000), S. 705 (715); es gilt allerdings zu bedenken, dass viele Befürworter einer Privatrechtswirkung diese nur gegenüber bestimmten Privaten entfaltet sehen wollen; solchen nämlich, die „staatsähnlich“ sind, was bei einem privaten Patienten nicht der Fall wäre.

³⁹⁵ Vgl. *C. W. Canaris*, in FS-Schmidt, 2002, S. 44.

³⁹⁶ *H. W. Roth*, in FS-Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 ff. (1242 ff.); a.A. *M. Burgi*, EWS 1999, S. 327 (329).

Diesen normstrukturellen wie auch systematischen Einwänden wird gerecht, wer sich für den mühevolleren Wirkungspfad über die Mitgliedstaaten entscheidet. Tut man dies, so wird man zuerst eine dogmatische Grundlage für die Schutzgebotsfunktion der Dienstleistungsfreiheit zu benennen haben. Danach gilt es, sich mit dem Einwand der Ineffektivität auseinander zu setzen. Erstere Hürde nahm bezeichnenderweise der die Privatrechtswirkung favorisierende Gerichtshof im Jahre 1997, als er mit seinem Urteil zu den französischen Bauernprotesten der Schutzgebotsfunktion der Grundfreiheiten in Art. 10 EG und den Grundfreiheiten selbst eine dogmatische Grundlage verschaffte³⁹⁷. Nun ging es dem EuGH in diesem Fall zwar um die Begründung der mitgliedstaatlichen *Unterlassenshaftung* für Gewalttaten seiner Bürger. Einer Vorbildfunktion der ange-troffenen Dreieckskonstellation (Störer – haftender Mitgliedstaat – Berechtigter) könnte insofern entgegnet werden, dass sie versage, wenn das den Dienstleistungsfreiverkehr beschränkende Verhalten Privater sich in der Geltendmachung eines Rechts erschöpft, welches die mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen *ausdrücklich* gewähren bzw. eröffnen (bspw. Ausschließlichkeitsrechte³⁹⁸ oder zivilrechtlich wirksame Versicherungsbedingungen³⁹⁹). Doch greift dieser Einwand zu kurz, kommt es doch in den angesprochenen Konstellationen nur deshalb zu Konflikten, weil der von einem Mitgliedstaat seinen Bürgern gewährte Freiraum privatautonomes Handeln (die Privatrechtsordnung) nicht so weit reicht, wie es die Dienstleistungsfreiheit vorsieht. Hemmnisse für den innergemeinschaftlichen Leistungsaustausch sind insofern unmittelbar normkausal. Dann aber ist es die Norm an sich, nicht ihre Geltendmachung durch Privatrechtssubjekte, die an der Dienstleistungsfreiheit zu messen ist⁴⁰⁰. Es han-

³⁹⁷ EuGH, Slg. 1997, I-6959, Rn. 31 (Kommission ./ Frankreich); vgl. auch S. Kadelbach/N. Petersen, EuGRZ 2002, S. 213 ff. und zur daran anknüpfenden Entwicklung der Schutzpflichttheorie K. Preedy, aaO (Fn. 381), S. 31 ff.

³⁹⁸ EuGH, Slg. 1981, 181, („Dansk Supermarked“) für Art. 28 EG.

³⁹⁹ EuGH, Slg. 1984, 4277, („Haug-Adrion“) für Art. 12 und 49 EG.

⁴⁰⁰ So verfahren auch R. Streinz/S. Leible, EuZW 2000, S. 459 (465); C. W. Canaris, in FS-Schmidt, 2002, S. 54 ff. a.A. dagegen E. Steindorff, in FS-Lerche, 1993, S.

delt sich in den angesprochenen Konstellationen mithin gar nicht um Drittwirkungsprobleme im eigentlichen Sinne.

Dagegen ist die Normkausalität in „echten“ Drittwirkungsfällen unterbrochen, knüpft die private Beeinträchtigung gerade an das Fehlen einer staatlichen Norm an. Die vom Staat zugestandene Privatautonomie geht zu weit. Seiner Legislative kann insofern der Vorwurf gemacht werden, das die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Verhalten ermöglicht zu haben, während sich die Judikative dafür verantwortlich zeichnet, es nicht mittels gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des bestehenden Rechts⁴⁰¹, namentlich der Generalklauseln des Privatrechts, notfalls mittels Rechtsfortbildung⁴⁰² unterbunden zu haben. Ausflüchte sollte nicht einmal das Verbot des *Contra-legem*-Judizierens ermöglichen. Denn wenn das nationale Recht der durch die Dienstleistungsfreiheit gebotenen Lösung im Wege steht, wird es wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts nach der Regel *lex superior derogat legi inferiori* verdrängt, wodurch die Rechtsprechung Raum für eine europarechtskonforme Rechtsfortbildung erhält.

Bleibt der Einwand der Ineffektivität. Ihm kann eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden, obgleich umgekehrt der Gedanke des *effet utile* als pauschaler Auslegungstopos⁴⁰³ nicht weiter reichen kann als es übergeordneten Strukturen und Zielsetzungen des Gemeinschaftsrechts zulassen. Die Mediatisierung durch das Recht der Mitgliedstaaten bietet – dies vor Augen – entscheidende Vorzüge. Sie vermag das leidige Problem der Bindung Privater an die Schranken der Art. 55 i.V.m. 46 Abs. 1 EG, die wie dargelegt für den Dienstleistungsverkehr von Privatrechtssubjekten untereinander nicht

575 (582), der m.E. aber nicht überzeugend darzulegen vermag, warum die Geltendmachung „der Willkür des Rechtsinhabers zugerechnet werden“ sollte.

⁴⁰¹ Dazu jüngst N. Colneric, ZEuP 2005, S. 225 ff.; unklar R. Streinz/S. Leible, EuZW 2000, S. 459 (466), die zwar betonen, dass der Handlungsauftrag klar der nationalen Legislative obliegt, dabei aber die Ergänzungsfunktion der nationalen Judikative zu Unrecht übergehen.

⁴⁰² Dazu U. Ehricke, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, RabelsZ 59 (1995), S. 598 (604 ff., 631 ff.).

⁴⁰³ Zu seiner Verwendung durch den EuGH kritisch BVerfGE 89, 155 (210).

passen, von vorne herein gegenstandslos zu machen. Gleichzeitig eröffnet sie Spielraum für eine Abwägung mit widerstreitenden Freiheiten, in den Fällen *Bosman*, *Deliège* und *Lehtonen*⁴⁰⁴ etwa der als europäisches Grundrecht verbürgten Vereinigungsfreiheit⁴⁰⁵. Freilich sieht sich der EuGH nicht gehindert, den extensiven Geltungsanspruch seiner Drittwirkungsjudikatur dadurch abzumildern, dass er auch Privaten (in concreto Sportverbänden) zugesteht, sich auf die Art. 55 i.V.m. 46 Abs. 1 EG zu berufen⁴⁰⁶. Die dort genannten Rechtfertigungsgründe lassen wegen ihrer Staatsbezogenheit gegenläufige, spezifisch private Interessen jedoch „schutzlos“ zurück. Dieses Manko tritt offen zu Tage, wenn der Gerichtshof die Vereinigungsfreiheit zwar anerkennt, sich sodann aber beeilt, einen Vorrang für die Ausübung der dem Einzelnen durch den Vertrag verliehenen Rechte zu postulieren⁴⁰⁷. Warum der einen Erscheinungsform der Privatautonomie – der vertraglichen (Dienstleistungs-) Freiheit – *a limine* der Vorzug vor der anderen Form der Privatautonomie – der grundrechtlichen (Vereinigungs-) Freiheit – gebühren soll, bleibt rätselhaft. Zumal die bislang auf Grundlage der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich anerkannten Grundrechte durch den Verfassungs- bzw. Reformvertrag von Rom auf eine vertragliche Grundlage gestellt werden⁴⁰⁸. Ob die nachfolgende Judikatur des EuGH diesbezüglich erhellende Hinweise enthält, sei hier

⁴⁰⁴ Oben Fn. 382.

⁴⁰⁵ Vgl. etwa *L. Gramlich*, Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht?, DÖV 1996, S. 801 (810); *C. W. Canaris*, in FS-Schmidt, 2002, S. 45 f., 53; zur Auflösung einer „Prinzipienkollision“ im Gemeinschaftsrecht durch Abwägung („praktische Konkordanz“) allgemein *D. Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, Diss. 2001, S. 162 ff.

⁴⁰⁶ EuGH, Slg. 1995, I-4921, Rn. 86 („Bosman“); Slg. 2000, I-2549, Rn. 48 („Deliège“).

⁴⁰⁷ EuGH, Slg. 1995, I-4921, Rn. 79, 81 („Bosman“).

⁴⁰⁸ Der Grundrechtsteil des Verfassungsvertrages galt auch in der gescheiterten Version als relativ unstrittig; auf dem Brüsseler Gipfel vom 21./22.06.07 hat sich zuletzt einzig das Vereinigte Königreich erfolgreich geweigert, die Grundrechte der Verfassung im innerstaatlichen Bereich verbindlich anzuerkennen; zur Herleitung der Gemeinschaftsgrundrechte allgemein *D. Ehlers*, in ders. (Hrsg.), EuGR, 2005, § 14, Rn. 4 ff.

dahingestellt⁴⁰⁹. Fest steht jedenfalls, dass sie den schwelenden Konflikt zwischen drittwirkenden Grundfreiheiten und gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundrechten nicht etwa dogmatisch befriedet, sondern pragmatisch umgangen und mit dem Siegel ständiger Rechtsprechung versehen hat.

b) *Privatrechtswirkung als Kompetenzproblem*

Vor diesem Hintergrund ist es *M. Burgi* zu verdanken, dass sich das Argumentationsspektrum der Drittwirkungsdiskussion von den vordergründigen Alternativen „Freiheit“ oder „Bindung“ losgelöst hat, um nunmehr desgleichen kompetenzielle Aspekte zu erfassen⁴¹⁰. Dadurch tritt der vielleicht entscheidende Vorzug einer „nur“ mittelbaren Drittwirkung offen zu Tage: im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EG verbleibt es bei der grundsätzlichen Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten. Diese wird nur dort um eine punktuelle Handlungsverpflichtung ergänzt, wo die Beziehungen zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern am Maßstab der Art. 49 ff. EG zu weitreichend geregelt, bzw. fahrlässigerweise der Privatautonomie anvertraut sind. Im Ergebnis also nur dort, wo es andernfalls zu dienstleistungsrechtlich untragbaren Ergebnissen kommt⁴¹¹. Dagegen wäre im Szenario einer unmittelbaren Drittwirkung die Dienstleistungsfreiheit direkt Ursprung von privaten Verhaltenspflichten. Weil es folglich um die „Anwendung und Auslegung dieses Vertrages“ (Art. 220 Abs. 1 EG) ginge, träte der EuGH gemäß seines Aufgabenbereichs an die Stelle des nationalen Richters und die Dienstleistungsfreiheit an die Stelle des nationalen Privat-

⁴⁰⁹ In diesem Sinne anscheinend *R. Streinz*, Der Fall Bosman: Bilanz und neue Fragen, ZEuP 2005, S. 340 (345); vorsichtiger dagegen noch *ders.*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages für Sportler und Autonomie von Sportverbänden, JuS 2000, S. 1015 (1016 f.); vgl. auch *K. Preedy*, aaO (Fn. 381), S. 203 f. unter Verweis auf das Urteil „Ferlini“, EuGH, Slg. 2000, I-8081.

⁴¹⁰ *M. Burgi*, EWS 1999, S. 327 (330); ihm folgend *R. Streinz/S. Leible*, EuZW 2000, S. 459 (466).

⁴¹¹ Soll heißen den Mitgliedstaaten kommt ein Ermessensspielraum zu, den der EuGH nur daraufhin überprüft, ob die gewählte Maßnahme zur Herstellung der Dienstleistungsfreiheit *offensichtlich ungeeignet* ist; vgl. EuGH Slg. 1997, I-6959, Rn. 34 (Kommission ./ Frankreich).

und Ordnungsrechts. Der EuGH, nicht der jeweilige Mitgliedstaat, setzte mithin einen bedeutenden Teil der Rahmenbedingungen „im privatautonomen Spiel der Kräfte“⁴¹².

Nicht erst seit dem 29.10.2004, dem Tag der Unterzeichnung des Verfassungsvertrages (nunmehr: Reformvertrag) durch die Staats- und Regierungschefs in Rom, grassiert die Angst vor einem „Superstaat EU“⁴¹³. Erst kürzlich hat der deutsche Bundespräsident und Verfassungsrichter a.D. *R. Herzog* beklagt, dass der EuGH durch einige fragwürdige Urteile „die Kompetenzen der Mitgliedstaaten selbst in Kernbereichen nationaler Zuständigkeiten aushöhlt“⁴¹⁴. Wie immer man auch zu dieser teils heftigen Kritik stehen mag⁴¹⁵: Indirekte, verschleierte Kompetenzübertragungen anhand einer unmittelbaren Anbindung privater Verhaltenspflichten an die Dienstleistungsfreiheit widersprechen nicht nur dem Kompetenzgefüge des EG-Vertrages; sie tragen über dies kaum dazu bei, den genannten Integrationsvorbehalten im Interesse des „europäischen Traums“⁴¹⁶ zu begegnen.

c) Ausnahme für „intermediäre Gewalten“?

Die grundsätzliche Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung schließt es rechtssystematisch hingegen nicht *per se* aus, Ausnahmen zuzulassen⁴¹⁷. Für die Dienstleistungsfreiheit⁴¹⁸ wird jedenfalls für

⁴¹² *M. Burgi*, EWS 1999, S. 327 (330).

⁴¹³ *V. Klaus*, in *Die Welt* vom 04.06.2005; nach *E. Teufel*, ebd., hat die EU „zu viel an sich gerissen“; vgl. aktuell auch die Debatte um die Herausnahme aller staatsähnlicher Symbole aus dem Vertragsentwurf, wie z.B. „Hymne“, oder „Flagge“; Bundeskanzlerin *A. Merkel* spricht inzwischen auch nur noch von einem „Änderungsvertrag“.

⁴¹⁴ *R. Herzog*, in *F.A.Z.* vom 08.09.2008, S. 8 und dritter Teil, B., III., 2.

⁴¹⁵ Widerstand gegen die sich anschließende Forderung *R. Herzogs* einen eigenen Kompetenzgerichtshof zu installieren formiert sich v.a. von Seiten *T. Giegerichs*, *J. Froweins* und *C. Schalasts*, vgl. *F.A.Z.* vom 13.09.2008, S. 8.

⁴¹⁶ *T. Oppermann*, *Der Europäische Traum zur Jahrhundertwende*, JZ 1999, S. 317 ff.

⁴¹⁷ Vgl. in Deutschland etwa Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG (allerdings explizit!); vgl. zum Regel-Ausnahmeverhältnis unter dem Grundgesetz *K. Stern*, *Staatsrecht* III/1, S. 1570 ff.

bestimmte Fälle, nämlich dann, wenn die Beeinträchtigung zwar auf privatautonomem, jedoch nicht individuellen, sondern kollektiv ausgeübten Verhaltensweisen beruht, ein massives Ungleichgewicht zwischen Privaten diagnostiziert⁴¹⁹. Angesprochen sind – sicherlich bedingt durch die Fallpraxis – vor allem Maßnahmen von Sport- und Berufsverbänden, darüber hinaus aber alle Bereiche, die der gesellschaftlichen Selbstregulierung überlassen sind⁴²⁰. Selbst entschiedene Gegner einer unmittelbaren Drittwirkung schwenken in Anbetracht „privater Macht“, derer der Einzelne ebenso wenig entrinnen könne wie staatlicher, ein, um schließlich dem *effet utile* den Vorrang einzuräumen⁴²¹. Ihr Argument ist im Kern ein ambivalentes, entspringt es doch dem Gedanken, dass gesellschaftliche Einrichtungen in modernen Gesellschaften „zugleich Gegner und Verbündete des Individuums“⁴²² sind. Es passt mithin gut für die (mehrheitlichen) Urteile, in denen es Regelwerke von Sportverbänden waren, welche die (Dienstleistungs-) Freiheit beschränkten. Kollektiven Verbandsregelungen ist das Individuum in der Tat zumindest insoweit unausweichlich unterworfen, als sich keine Alternativen eröffnen. Doch dürfte das Ambivalenzargument seit dem *Angonese*-Urteil⁴²³ überholt sein, war doch dort der Verpflichtete (von Art. 39 EG) lediglich eine Sparkasse, keineswegs also eine „intermediäre Gewalt“. In der Terminologie von *R. Streinz*⁴²⁴ boten mithin nicht einmal faktische (ge-

⁴¹⁸ Der EuGH hat in der Rechtssache „Deliège“, EuGH, Slg. 2000, I-2549, Rn. 47, die zu Art. 39 EG entwickelten Grundsätze ausdrücklich auf den Bereich der Dienstleistungsfreiheit übertragen.

⁴¹⁹ *T. Möllers*, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, EuR 33 (1998), S. 20 (36).

⁴²⁰ Genannt seien etwa technische Überwachungsvereine (TÜV e.V.); die gesamte Bandbreite staatlich veranlasster gesellschaftlicher Selbstregulierung ist dargestellt bei *U. Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (242 ff.).

⁴²¹ *W. H. Roth*, in FS-Everling, Bd. II, 1995, S. 1231 (1246 f.); *M. Jaensch*, aaO (Fn. 388), S. 268 ff.; *J. Baquero Cruz*, Free movement and private autonomy, ELR 1999, S. 603 (618 ff.).

⁴²² *K. Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1590.

⁴²³ Oben Fn. 382.

⁴²⁴ *R. Streinz/S. Leible*, EuZW 2000, S. 459 (465).

schweige denn rechtliche) Gründe einen Anhaltspunkt dafür, zwangsläufig in die öffentlich-rechtlichen Kategorien der Über- bzw. Unterordnung (Subordination) zu verfallen.

Zurück bleibt die Einsicht, dass auch Privatrechtsbeziehungen, welche durch ein Ungleichgewicht beider Seiten gekennzeichnet sind, nur als Ausschnitt aus der allgemeinen Drittwirkungsproblematik begriffen werden können. Somit müssen für eine Entscheidung die Punkte a) und b) fruchtbar gemacht werden. Auf der Basis des dort Gesagten, wird man Ausnahmen für „intermediäre Gewalten“ schwerlich anerkennen können⁴²⁵. Sie würden die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung berühren, da sie kaum mehr von der vertraglichen Zustimmung der Mitgliedstaaten gedeckt sein dürften⁴²⁶.

IV. Gewährleistungsumfang

1 Fragestellung

Nachdem nunmehr unter III. geklärt werden konnte, *wer* die Dienstleistungsfreiheit zu beachten hat, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung, *wie weitreichend* die Verpflichtungen sind, denen die Adressaten unterworfen sind. Zweifelsohne normieren Art. 49 ff. EG ein *Gleichheitsrecht* mit dem Inhalt, ausländische Dienstleistungen und ihre Erbringer nicht gegenüber inländischen Dienstleistungen und deren Erbringern nachteilig zu behandeln. Dieses allen Grundfreiheiten innewohnende und wirtschaftsvölkerrechtlich traditionell verwandte „Prinzip der Inländergleichbehandlung“ ist rechtstheoretische Funktionsbedingung des Binnenmarktes schlechthin. Es ergibt

⁴²⁵ I. E. ebenso *D. Ehlers*, in ders. (Hrsg.), EuGR 2005, § 7, Rn. 46; *K. Preedy*, aaO (Fn. 381), S. 61; *W. Kluth*, in Calliess/Ruffert, Art. 49/50 EG, Rn. 48 ff.; *ders.*, AöR 122 (1997), S. 557 (566 ff.); *M. Burgi*, EWS 1999, S. 327 (330); kritisch zur Übertragung der zu Art. 39 EG gefundenen Ergebnisse *J. Tiedje/P. Troberg*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 49 EGV, Rn. 126; differenzierend zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten *U. Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (393 f.).

⁴²⁶ Zu den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung *T. Möllers*, EuR 33 (1998), S. 20 (30).

sich schon daraus, dass sämtliche Grundfreiheiten *leges speciales* gegenüber dem allgemeinen Diskriminierungsverbot in Art. 12 EG sind⁴²⁷. Das Prinzip der Inländergleichbehandlung findet darüber hinaus in Art. 50 Abs. 3 EG bereichsspezifischen Ausdruck⁴²⁸.

In der Praxis kann die strikte Inländergleichbehandlung den freien Dienstleistungsverkehr jedoch ebenso behindern. Häufig können EU-Ausländer die formellen Voraussetzungen für die Berufsausübung in anderen Mitgliedstaaten nicht erfüllen. So wird der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr durch Vorschriften, die die Ausübung bestimmter Berufe oder Gewerbe an einen inländischen Wohnsitz oder eine dauernde Niederlassung (Anwesenheit) knüpfen, häufig unmöglich gemacht⁴²⁹. Zumindest würde die Erfüllung des einschlägigen Normbestandes des Aufnahmestaates bei bloß vorübergehender Tätigkeit (Art. 50 Abs. 3 EG) vielfach eine unzumutbare Hürde bedeuten.

Fraglich ist demnach, ob die Dienstleistungs„freiheit“ auch ein *Freiheitsrecht* dergestalt verkörpert, dass die Anwendung nationaler Regelungen grundsätzlich unzulässig ist, unabhängig davon, welche Regelungen für vergleichbare inländische Sachverhalte gelten. Anders ausgedrückt: sollen Dienstleistungen uneingeschränkten Zugang zum Markt des Bestimmungslandes erhalten, wenn sie nur den Leistungsstandards bzw. gewerbe- und berufsrechtlichen Regelungen des Herkunftslandes entsprechen? Das wäre Inhalt des Herkunftslandprinzips. Art. 49 Abs. 1 EG, der von Beschränkungen schlechthin

⁴²⁷ Zutreffend *W. Frenz*, *GewArch* 2007, S. 10 (11), jedenfalls soweit als Eingriffsform eine Diskriminierung in Rede steht; den Aspekt der diskriminierungsfreien Beschränkung erfasst Art. 12 EG – im Gegensatz zu den Grundfreiheiten – eindeutig nicht, vgl. *S. Plötscher*, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Diss. 2003, S. 102 f.; *A. Mühl*, *Diskriminierung und Beschränkung*, Diss. 2004, S. 73 ff.; *M. Meyer*, *Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht*, Diss. 2002, S. 29 ff.; *W. Frenz*, *Hdb. Europarecht*, Rn. 107; auch *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 28 ff.

⁴²⁸ *T. Trautwein*, *Dienstleistungsfreiheit und Diskriminierungsverbot im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, *Jura* 1995, S. 191 (193). *F. J. Schöne*, aaO (Fn. 103), S. 82 f.; *M. Kort*, *JZ* 1996, S. 132 (134 f.).

⁴²⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1974, 1299 („van Binsbergen“); danach z.B. Slg. 2000, I-1221, Rn. 27 (Kommission ./ Belgien).

spricht, deutet auf ein solchermaßen „absolutes“ Recht hin. Natürlich, soviel sei vorweggenommen, muss dabei notwendigerweise mitgedacht werden, dass auch ein absolutes Recht in diesem Sinne nur insoweit absolut sein kann, als es nicht seinerseits unter dem Vorbehalt vorrangiger „zwingender Gründe des Allgemeininteresses“⁴³⁰ des reglementierenden Staates steht⁴³¹. Dennoch hätte die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit als absolutes Recht zur Folge, dass sie ihres „relativen“, d.h. von der Behandlung der inländischen Staatsangehörigen abhängigen, Gewährleistungsumfangs enthoben und ihr stattdessen ein eigener materieller Gehalt beigemessen würde. Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts⁴³² wären die Art. 49 ff. EG unmittelbarer Maßstab eines umfassenden, unionsweit einheitlichen Verbots der Behinderung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs⁴³³. In der Konsequenz würde *de facto* die Beweislast für grundfreiheitswidriges Verhalten von der Kommission (Art. 226 EG) bzw. dem betroffenen Unionsbürger auf die Mitgliedstaaten verlagert: praktisch jede staatliche Maßnahme auf dem Dienstleistungssektor könnte in irgendeiner Weise einen Eingriff in die Art. 49 ff. EG darstellen. Inwiefern ein (subjektives) Freiheitsrecht dieses Inhalts anzuerkennen ist, wird gemeinhin (staatenorientiert) unter der Fragestellung diskutiert, ob der Dienstleistungsfreiheit über ein (materielles⁴³⁴) Diskriminierungsverbot hinaus auch ein all-

⁴³⁰ Seit der Rechtssache „van Binsbergen“ (oben Fn. 429) st. Rspr., s. nachfolgend.

⁴³¹ T. Trautwein, Jura 1995, S. 191 (193); C. D. Classen, EWS 1995, S. 97 (98).

⁴³² Grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251, 1271 („Costa/ENEL“); i. E. übereinstimmend, allerdings mit anderer Begründung und in den Grenzen der „Solange-Rspr.“, BVerfGE 75, 223 (244); 85, 191 (204); 37, 271 (280 ff.); 89, 155 (174 f.); dazu K. Möller, JURA 2006, S. 91 ff.; nach ganz h.M. handelt es sich um einen *Anwendungs-* nicht einen *Geltungsvorrang*, vgl. R. Streinz, Europarecht, Rn. 201 ff.; H. D. Jarass/S. Beljin, NVwZ 2004, S. 1 ff.; zu den Ausnahmen (Nichtigkeit) D. Ehlers, in Erichsen (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn. 46.

⁴³³ C. Weber, Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 ff. EG-Vertrag – einheitliche Schranken für alle Formen der Dienstleistung?, EWS 1995, S. 292 (293); zur selben Problematik im Bereich der Niederlassungsfreiheit auch K. Lackhoff, aaO (Fn. 85), S. 212 f., der von einem „gleichmäßig geltenden gemeinschaftsrechtlichen Freiheitsraum“ spricht.

⁴³⁴ Zur Problematik des materiellen Diskriminierungsbegriffs gesondert 3, b).

gemeines Beschränkungsverbot zu entnehmen ist⁴³⁵. Bevor auf diese Diskussion näher eingegangen werden kann, bedarf es allerdings vorweg einiger grundlegender Ausführungen betreffend Inhalt, Ausgestaltung und Rechtfertigung der *jedenfalls* von Art. 49 EG erfassten Diskriminierungstatbestände.

2 Die Art. 49 ff. EG als „relatives“ Gleichheitsrecht – Diskriminierungsverbot

Jedenfalls verbotene Diskriminierungen können in zwei Formen auftreten. Eine *offene*, unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine rechtliche Regelung ausdrücklich an das Merkmal der ausländischen Herkunft der Dienstleistung, der zu ihrer Erbringung erforderlichen Qualifikation, oder der Person des Dienstleisters anknüpft⁴³⁶. Aufgrund der Erweiterung des Anwendungsbereichs auf passive Dienstleistungen und Korrespondenzdienstleistungen ist auch in diesen Bereichen vom Gebot der Inländergleichbehandlung auszugehen⁴³⁷. Offene Diskriminierungen sind beim heutigen Stand der Integration praktisch „ausgestorben“. Umso mehr zählen allerdings *versteckte*, mittelbare Diskriminierungen zur „guten“ Staatspraxis. Derartige Ausflüchte zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwar formal nicht zwischen In- und Ausländern unterscheiden, dass aber die verwandten, scheinbar neutralen Kriterien wie etwa der Wohnsitz, die Präsenz am Leistungsort, der Erwerb eines nationalen Diploms, die

⁴³⁵ Vgl. nur *K. Hailbronner/A. Nachbaur*, EuZW 1992, S. 105 (109); *ders.*, Art. 52 EWGV – Mehr als nur ein Diskriminierungsverbot?, EuZW 1991, S. 470 ff.; *T. Trautwein*, Jura 1995, S. 191 (193); *C. Weber*, EWS 1995, S. 292 (293); *U. Wetzel*, aaO Fn. 110), S. 67 ff.; *M. Kort*, JZ 1996, S. 132 (135); *W. H. Roth*, RabelsZ 54 (1990), S. 63 (93 ff.); *H. D. Jarass*, EuR 30 (1995), S. 202 (211 ff.); *ders.*, EuR 35 (2000), S. 705 (708 ff.); *V. Hatzopoulos*, Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services, CMLRev. 37 (2000), S. 43 (72 ff.); *M. Seidel*, aaO (Fn. 125), S. 74 ff.; *E. Pache*, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 11, Rn. 50; *M. Holoubek*, in Schwarze, Art. 49 EGV, Rn. 56; *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EG, Rn. 72.

⁴³⁶ Z.B. in EuGH, Slg. 1991, I-4193 (Kommission ./ Italien); Slg. 1992, I-6757; Slg. 1993, I-3777 („Hubbard“); Slg. 1994, I-923 (Kommission ./ Spanien).

⁴³⁷ *S. Völker*, aaO (Fn. 149), S. 129 ff.

Beherrschung der Sprache oder des nationalen Rechts typischerweise ausländische Dienstleistungserbringer nachteilig betreffen, weil Inländer diese Kriterien automatisch, „kraft ihrer Inländereigenschaft“ erfüllen⁴³⁸.

Zu bemerken ist, dass solche Diskriminierungen nach deutschem Gleichheitsverständnis durchaus sachlich legitimiert sein können, indem das deutsche Recht primär danach fragt, ob das gewählte Differenzierungskriterium zulässig ist und mithin auf die gleiche *rechtliche* Behandlung abstellt⁴³⁹. Der EuGH hat indes auch versteckt diskriminierende Regelungen unter den Begriff der Diskriminierung subsumiert⁴⁴⁰. Es ist nicht auszuschließen, dass der Grund dafür tatsächlich in dem ihm eigentümlichen „besondere Blick für die Realitäten“ zu suchen ist⁴⁴¹. Im Übrigen wird die Vorgehensweise des Gerichts aber auch von dogmatischer Seite her kaum zu beanstanden sein, vergegenwärtigt man sich die übergeordnete Rolle der teleologischen Auslegung im Gemeinschaftsrecht⁴⁴².

Der Vertrag eröffnet für Diskriminierungen nur sehr begrenzt Rechtsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten (vgl. die Art. 55, 46 EG). Unter Verweis auf den sog. „ordre-public-Vorbehalt“ kann der Adressat der Art. 49 ff. EG beiden Spielarten des gemeinschaftsrechtlichen Unrechts lediglich die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zwecks Rechtfertigung entgegenhalten⁴⁴³.

⁴³⁸ W. Frenz, GewArch 2007, S. 10 (12); J. Snell, aaO (Fn. 126), S. 27; E. Pache, in Ehlers (Hrsg.), EuGR, 2005, § 11, Rn. 45; ausführlich F. J. Schöne, aaO (Fn. 103), S. 88 ff.

⁴³⁹ P. Kirchhof, in Isensee/ders. (Hrsg.), HStR V, § 124, Rn. 90 f.

⁴⁴⁰ Erstmals EuGH, Slg. 1974, 153, Rn. 11 f („Deutsche Bundespost“) zum Unterscheidungsmerkmal des Wohnsitzes (eines Arbeitnehmers); ausdrücklich zu Art. 49 EG: EuGH, Slg. 1982, 223, Rn. 8 („Seco“) („zusätzliche Belastung“) und Slg. 1992, I-6757, Rn. 6 (Kommission ./ Belgien) („Sprache“); außerdem aus jüngerer Zeit EuGH, Slg. 1999, I-7447, Rn. 40 („Eurowings“); Slg. 1999, I-7641, Rn. 22 („Vestergaard“); und Slg. 2000, I-1255, Rn. 12 f. (Kommission ./ Italien).

⁴⁴¹ Diesen Schluss zieht einleuchtend C. D. Classen, EWS, S. 97 (97).

⁴⁴² Oben A.; interessanterweise hat BVerfGE 89, 276 (285 ff.) im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 GG jüngst Überlegungen angestellt, die sich der Interpretation des EuGH annähern.

⁴⁴³ Auch versteckte Diskriminierungen sind Diskriminierungen und können daher jedenfalls durch geschriebene Schrankevorbehalte gerechtfertigt sein. Fraglich und

3 Die Art. 49 ff. EG als „absolutes“ Freiheitsrecht - Beschränkungsverbot

a) Die Rechtsprechung des EuGH

Die Anerkennung versteckter Diskriminierungen durch den EuGH hat in der Literatur uneingeschränkte Zustimmung erfahren⁴⁴⁴. Als Grund lässt sich anführen, dass die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts nicht von der „Geschicklichkeit“, schon gar nicht vom „Erfindungsreichtum“ des nationalen Normgebers abhängen soll⁴⁴⁵. Eine Vielzahl mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften erfüllt jedoch keinen, zumindest keinen der oben genannten Diskriminierungstatbestände⁴⁴⁶. So enthält beispielsweise das deutsche Wirtschaftsaufsichtsrecht eine Vielzahl schlicht regulierender Berufsanforderungen, die in- und ausländische Dienstleistungserbringer bzw. deren Dienstleistungen unterschiedslos behandeln. Alleine die Existenz solch rechtlicher, aber auch diejenige faktischer Barrieren (z.B. zusätzliche Kosten⁴⁴⁷) ist jedoch, wie der EuGH formuliert,

„geeignet, die Tätigkeit des Dienstleistenden, (...) zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“⁴⁴⁸.

umstritten ist lediglich die Tendenz des EuGH, versteckte Diskriminierungen auch durch ungeschriebene Schranken des „zwingenden Allgemeininteresses“ zu rechtfertigen, vgl. zuletzt etwa EuGH, Slg. 2003, I-721, Rn. 21 ff. (Kommission ./ Italien); zur Problematik *J. Gundel*, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EG, Jura 2001, S. 79 (82 ff.) und *C. Nowak/J. Schnitzler*, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, EuZW 2000, 627 (631); dagegen EuGH, Slg. 1999, I-2517, Rn. 16 („Ciola“) allerdings „nur“ als Dreier-Kammer; zum Ganzen auch sogleich, 3.

⁴⁴⁴ Vgl. statt aller *W. Kluth*, in Calliess/Ruffert, Art. 49/50 EG, Rn. 37 m.w.N.

⁴⁴⁵ *F. J. Schöne*, aaO (Fn. 103), S. 86; *H. Matthies*, Artikel 30 EG-Vertrag nach Keck, in Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, 1995, S. 803 (806).

⁴⁴⁶ Nach Auffassung eines Teils der Literatur wohl aber einen materiellen Diskriminierungsbegriff, vgl. dazu unten, b).

⁴⁴⁷ Die Schaffung eines zusätzlichen Kostenelements hatte EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 34 („Kohll“) zum Gegenstand.

⁴⁴⁸ EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 33 („Corsten“).

Der EuGH sah sich demnach bereits in seiner ersten Entscheidung zur Dienstleistungsfreiheit aus dem Jahre 1974⁴⁴⁹ mit dem Problem konfrontiert, dass weder offen noch versteckt diskriminierende Hindernisse aus Gründen der Staatsangehörigkeit (sog. Beschränkungen⁴⁵⁰) auf Grundlage eines (eng verstandenen) Diskriminierungsverbotes primärrechtlichen Kontrollstandards standhalten würden. Mit Blick auf die Zielvorgabe des Vertrages, einen gemeinsamen Markt, bzw. einen echten Binnenmarkt für Dienstleistungen zu verwirklichen (jetzt Art. 3 Abs. 1 c), 14 Abs. 1 EG), der die wettbewerbstheoretische Lehre des komparativen Kostenvorteils umsetzt, schien dieses Ergebnis damals wie heute nicht hinnehmbar⁴⁵¹. Exemplarisch für die gefundene Lösung kann aus der jüngeren Rechtsprechungsgeschichte das Urteil *Säger*⁴⁵² herangezogen werden. Hier hat der Gerichtshof, in Anlehnung an seine berühmt gewordene *Dassonville*-Formel⁴⁵³ zum freien Warenverkehr, unmissverständlich klargestellt, dass die Art. 49 ff. EG

⁴⁴⁹ EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 („van Binsbergen“).

⁴⁵⁰ Ein Problem in der Diskussion ist die Vielfalt der verwandten Begriffe; in dieser Arbeit werden als „Beschränkung“ nur diejenigen Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr erfasst, die weder *offen*, noch *versteckt* ausländische Dienstleistungen bzw. deren Erbringer unterschiedlich behandeln.

⁴⁵¹ Vgl. Generalanwalt *J. P. Warner* in den Schlussanträgen zu den Rechtssachen „Debauve“, EuGH, Slg. 1980, 860, 870 ff.; *P. Behrens*, EuR 27 (1992), S. 145 (148 ff.); in neuerer Zeit wird darüber hinaus eine allgemeine Wirtschaftsfreiheit im Binnenmarkt proklamiert, die die Grundfreiheiten in den Rang allgemeiner Handlungsfreiheiten erheben soll, s. namentlich *T. Schubert*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages, Diss. 1999, S. 378 ff.

⁴⁵² EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12; vgl. danach ebenso Slg. 1994, I-3804, Rn. 14 („Vander Elst“); Slg. 1997, I-3899, Rn. 18 („Parodi“); Slg. 2000, I-7919, Rn. 33 („Corsten“); Slg. 2001, I-1271, Rn. 21 („Analir“); Slg. 2001, I-9445, Rn. 29 („De Coster“); Slg. 2003, I-2351, Rn. 18 (Kommission ./ Luxemburg).

⁴⁵³ In der Rechtssache „Dassonville“, EuGH, Slg. 1974, 837, Rn. 5, hat der Gerichtshof für die Warenverkehrsfreiheit festgestellt, dass „jede Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen ist“.

„nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten – verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“.

Für das Eingreifen der Dienstleistungsfreiheit kommt es damit seither nicht mehr notwendig auf einen horizontalen Vergleich zwischen inländischen und transnationalen Sachverhalten an, sondern es reicht die vertikale Betroffenheit eines EG-ausländischen Rechtssubjekts durch eine mitgliedstaatliche Maßnahme aus, unabhängig davon, ob auch andere Rechtssubjekte betroffen sind. Das ist Inhalt eines Freiheitsrechts⁴⁵⁴.

Gleichzeitig galt aber bereits seit 1974 der Grundsatz, dass nationale Regelungen, die sich „aus der Anwendung durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Berufsregelungen“ ergaben, gemeinschaftsresistent waren⁴⁵⁵. Damit wurde für die Dienstleistungsfreiheit eine (zunächst auf Berufsregelungen begrenzte) Regelungsstruktur geboren, die der Gerichtshof für die Warenverkehrsfreiheit erst fünf Jahre später durch sein viel beachtetes Urteil „*Cassis de Dijon*“⁴⁵⁶ aus dem normstrukturellen „Kreissaal“ hinaus in das Licht der europarechtlichen Öffentlichkeit führte. Diese Struktur erfasst zunächst unterschiedslos für In- wie Ausländer geltende Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit ebenso wie diskriminierende, eröffnet für erstere allerdings, quasi im Gegenzug, den zusätzlichen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des zwingenden allgemeinen mitgliedstaatlichen Nationalinteresses.

⁴⁵⁴ Zu den Facetten des Begriffs *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 194 ff.

⁴⁵⁵ In diesem Sinne EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 („van Binsbergen“); wiederholt in EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 15 („Säger“).

⁴⁵⁶ EuGH, Slg. 1979, 649 ff.

Auch der lediglich auf den Grundsatz der Inländergleichbehandlung hindeutende Wortlaut des Art. 50 Abs. 3 EG steht nach dieser „Geburt“ des Gerichtshofs einem weitergehenden Verständnis der Dienstleistungsfreiheit nicht entgegen. In der Entscheidung *Webb*⁴⁵⁷ stellte er hierzu ausdrücklich fest, diese Vorschrift impliziere nicht, dass

„jede (...) nationale Regelung, die normalerweise eine Dauertätigkeit von in diesem Staat ansässigen Unternehmen zum Gegenstand hat, in vollem Umfang auf zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könnte, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen ausgeübt werden“.

Der Gerichtshof hat folglich sein Auslegungsmonopol gemäß Art. 220 EG dazu genutzt, die Dienstleistungsfreiheit nicht alleine als spezifische Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes in Art. 12 EG zu begreifen, sondern ihre Liberalisierungswirkung darüber hinaus zu erstrecken. Er misst auch Maßnahmen am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit, die keinerlei Diskriminierung enthalten, Maßnahmen also, die nicht nur unterschiedslos gelten, sondern auch unterschiedslos wirken⁴⁵⁸. Es kommt nicht mehr auf den Vergleich mit inländischen Sachverhalten an, sondern allein auf die Tatsache, dass der Zugang zu einem anderen nationalen Markt erschwert wird. Diese Rechtsprechung kann heute als ständig und gefestigt angesehen werden⁴⁵⁹. Ihre Ratio erhellt sich vor dem Hintergrund, dass selbst die subjektivrechtliche Ausgestaltung eines traditionell völkerrechtlichen Gleichheitssatzes nicht die Hindernisse für den interstaat-

⁴⁵⁷ EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 16.

⁴⁵⁸ EuGH, Slg. 1995, I-4921, Rn. 99 („Bosman“); Slg. 2000, I-493, Rn. 15 ff. („Graf“); Slg. 2002, I-787, Rn. 16 ff. („Portugaia Construções“).

⁴⁵⁹ EuGH, Slg. 2001, I-1271, Rn. 21 („Analir“) und Slg. 2003, I-2351, Rn. 18 (Kommission ./ Luxemburg), beide mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen.

lichen Wirtschaftsverkehr beseitigt, die sich aus der bloßen Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsordnungen ergeben⁴⁶⁰.

Legitime Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs müssen demnach Ausdruck *zwingender Allgemeininteressen*⁴⁶¹ in einem Mitgliedstaat sein, wollen sie dem Binnenmarktinteresse der Gemeinschaft vorgehen. In der bisherigen Rechtsprechung findet sich eine Reihe von öffentlichen Schutzgütern, die als zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne obiger Rechtfertigungsformel zu Art. 49 EG gelten. Eine abschließende Aufzählung mitgliedstaatlicher Regelungsmöglichkeiten jenseits einer europarechtlichen Legitimitätskontrolle der verfolgten Ziele existiert jedoch nicht. Vielmehr behält sich der EuGH mittels Übertragung der *Cassis-Grundsätze*⁴⁶², in Folge derer eine erweiterte Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe⁴⁶³ oder die Bildung von Analogien ausscheidet⁴⁶⁴, zugleich aber zusätzliche, unbenannte Rechtfertigungsgründe für nicht diskriminierende Beschränkungen zugelassen werden, vor, gegebenenfalls weitere „zwingende Gründe“ anzuerkennen. Dies gilt jedenfalls, solange sich dahinter nicht rein wirtschaftliche Zielsetzungen verbergen und die betreffenden Bestimmungen *verhältnismäßig* erscheinen⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ Der EuGH hat sich freilich durch die Anerkennung eines Freiheitsrechts in eine missliche Lage manövriert, die ihm den Vorwurf einbringt, eine Instanz zu sein (oder besser sein zu wollen), die unberechtigterweise entscheidet welche Rechtsordnung „die beste“ ist, vgl. *R. Joliet*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Warenverkehr, GRUR Int. 1994, S. 1 (14); darauf wird im Verlaufe dieser Arbeit an verschiedenen Stellen zurückzukommen sein.

⁴⁶¹ In jüngster Zeit verwendet der EuGH den aus der französischen Rechtstradition gewonnenen Begriff der „Polizei- und Sicherheitsgesetze“ = „*lois de sûreté et de police*“, vgl. Art. 3 Code Civile; EuGH, Slg. 1999, I-8453, Rn. 35 („*Arblade u.a.*“).

⁴⁶² EuGH, Slg. 1979, 649 ff. („*Cassis de Dijon*“); dazu *H. J. Schütz*, *Cassis de Dijon* – EuGH-Urteil vom 20.2.1979, Jura 1998, S. 631 ff; zu ihrer Übertragung auf Art. 49 EG *W. Frenz*, GewArch 2007, S. 10 (14).

⁴⁶³ Für die Dienstleistungsfreiheit sind dies die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, vgl. Art. 55 i.V.m. 46 EG und oben, 2.

⁴⁶⁴ Etwa EuGH, Slg. 1991, I-1361, Rn. 9 (Kommission ./ Griechenland); Slg. 1982, 2187, Rn. 27 (Kommission ./ Italien).

⁴⁶⁵ Die Maßnahmen müssen also geeignet, erforderlich und angemessen sein; s. EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 41 („*Kohl*“); Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 („*Gebhard*“);

Bis dato sind vor diesem Hintergrund u.a. die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Schutz der Verbraucher⁴⁶⁶, die Einhaltung bestimmter Berufsregeln⁴⁶⁷, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege⁴⁶⁸, der Schutz des geistigen Eigentums⁴⁶⁹, der Schutz der Arbeitnehmer⁴⁷⁰, der Schutz kulturpolitischer Belange und der Schutz eines pluralistischen, nicht kommerziellen Rundfunk- und Fernsehens⁴⁷¹, die Kohärenz des Steuersystems und eine wirksame steuerrechtliche Kontrolle⁴⁷², die Anliegen der Sozialpolitik und der Betrugsbekämpfung⁴⁷³, das ordnungsgemäße Funktionieren der Kapitalmärkte⁴⁷⁴, und das finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherungssysteme⁴⁷⁵, als zwingende Allgemeininteressen anerkannt worden.

aus jüngere Zeit auch Slg. 2002, I-305, Rn. 23 (Kommission ./ Italien); einen Schwerpunkt der Prüfung bildet die Erforderlichkeit; hier setzt das Herkunftslandprinzip an, s. dritter Teil.

⁴⁶⁶ Z.B. EuGH, Slg. 1997, I-3843, Rn. 53 („De Agostini“) bzw. EuGH, Slg. 1997, I-3899, Rn. 20 („Parodi“).

⁴⁶⁷ EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 13 („van Binsbergen“); Slg. 1992, 3351, Rn. 37 („Ramrath“).

⁴⁶⁸ EuGH, Slg. 1996, I-6511, Rn. 31 („Reisebüro Broede“).

⁴⁶⁹ EuGH, Slg. 1980, 881, Rn. 15 („Coditel“).

⁴⁷⁰ EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 18 („Webb“); ähnlich Slg. 1982, 223, Rn. 10 („Seco“).

⁴⁷¹ EuGH, Slg. 1991, I-659, Rn. 17 (Kommission ./ Frankreich); Slg. 1993, I-487, Rn. 15 („Veronica“); zuletzt Slg. 2003, I-12489, Rn. 71 („RTL“).

⁴⁷² EuGH, Slg. 1992, I-249 („Bachmann“); Slg. 1995, I-3935, Rn. 16 („Svensson“).

⁴⁷³ EuGH, Slg. 1994, I-1039, Rn. 58, 61 („Schindler“); Slg. 2003, I-8621, Rn. 73 („Anomar“).

⁴⁷⁴ EuGH, Slg. 1995, I-1141, Rn. 42 („Alpine Investments“).

⁴⁷⁵ EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 41 („Kohll“).

b) *Der materielle Diskriminierungsbegriff*⁴⁷⁶

Nach der Lehre vom materiellen Diskriminierungsbegriff müssen die Grundfreiheiten dagegen generell als „Grundgleichheiten“ verstanden werden⁴⁷⁷. Die Erstreckung der Grundfreiheiten über offene bzw. versteckte Diskriminierungen hinaus auf andere Beeinträchtigungen mache aus einem Gleichheitsrecht kein Freiheitsrecht, da es weiterhin auf Ungleichbehandlungen ankomme. Lügen diese nicht bereits in einer (wenn auch versteckten) Unterscheidung zwischen In- und Ausländern begründet, so müsse als Vergleichsmaßstab die faktische Schlechterstellung grenzüberschreitender Wirtschaftsvorgänge im Vergleich zu reinen Inlandssachverhalten herangezogen werden (z.B. aufgrund von höheren Transaktionskosten). Dem Beschränkungsansatz des EuGH wird vorgeworfen, durch den weitgehenden Verzicht auf das Erfordernis einer Diskriminierung die Tatbestandskonturen der Grundfreiheiten zunehmend zu verwischen. Das Vorliegen einer Beeinträchtigung hänge nämlich seit *Cassis de Dijon* nicht mehr von bestimmten oder wenigstens bestimmbareren Kriterien ab, sondern von einer einzelfallabhängigen Allgemeinwohlprüfung die, weil nicht

⁴⁷⁶ Auch der EuGH spricht in einigen Entscheidungen von „materieller Diskriminierung“ bzw. „Diskriminierung im materiellen Sinne“, vgl. nur Slg. 1995, I-225, Rn. 49 („Schumacker“); während die einen hierin lediglich eine andere Bezeichnung für besondere Formen versteckter Diskriminierungen erblicken, sehen die anderen in dem Konzept der materiellen Diskriminierung den umfassenden Gegenentwurf zu einem grundsätzlich auf der Staatsangehörigkeit als Vergleichsmaßstab aufbauenden (formellen) Diskriminierungsverständnis; die nachfolgende Darstellung bezieht sich auf letzteres Verständnis.

⁴⁷⁷ Vertreter dieser Ansicht sind u.a. *G. Marenco*, Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, CDE 20 (1984), S. 291 ff.; *ders./K. Banks*, Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discrimination Unearthed, ELR 15 (1990), S. 224 ff.; *H. D. Jarass*, EuR 30 (1995), S. 202 (211 ff., 216); *ders.*, EuR 35 (2000), S. 705 (709 ff.); *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 121; *ders.*, Keine neue Frische in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten: der EuGH und das aufgebackene Brot, EWS 2006, S. 488 (489 f.); *ders./R. Störner*, EuR 33 (1998), S. 263 (287 f.); Generalanwalt *P.M. Maduro*, Schlussanträge vom 30.03.2006 zu EuGH, Slg. 2006, I-8135, Rn. 42 ff. („Vassilopoulos“); Generalanwalt *G. Reischl*, in den Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 1982, 1211, 1235 ff. („Blesgen“) und *J. Snell/M. Andenas*, Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services, in Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2004, S. 69 (84, 93).

normorientiert, zu kaum vorhersehbaren Ergebnissen führe und dadurch ein „Rationalitätsdefizit“ bei der Feststellung einer Beeinträchtigung verhülle⁴⁷⁸. Zudem könnten viele Entscheidungen, die von der h.M. oft als eindeutiges Plädoyer des EuGH für ein freiheitliches Verständnis der Grundfreiheiten angesehen würden, bei Zugrundelegung eines materiellen Diskriminierungsbegriffs durchaus als Gleichheitsfälle verstanden werden⁴⁷⁹. Die Grundlage dafür bildet ein recht weiter Gleichheitsbegriff. Er erfasst ebenso „materielle“ Diskriminierungen, d.h. Regelungen, die sich – beabsichtigt oder nicht – auf eingeführte Produkte im Ergebnis ungünstiger auswirken als auf inländische. So können beispielsweise Regelungen, die durch das Aufstellen bestimmter Anforderungen Importeure dazu zwingen, ausländische Produkte oder auch nur die Werbung für diese an das im Importland geltende Rechtsregime anzupassen, nach dieser Ansicht selbst dann Diskriminierung sein, wenn sie nicht speziell auf eine traditionelle inländische Produktionsweise zugeschnitten sind.

Der Lehre vom materiellen Diskriminierungsbegriff liegt erkennbar das Bestreben zu Grunde, über ein restriktives Verständnis der „Grundgleichheiten“ die Binnenmarktkomponente der „Marktgleichheit“ gegenüber der absoluten „Marktfreiheit“ abzusichern⁴⁸⁰. Ein solches Vorgehen korrespondiert mit der dezentralen, föderativen Kompetenz- und Entscheidungsstruktur der Europäischen Union, wie sie in den Art. 5 EG, 1 Abs. 2 EU, 6 Abs. 3 EU und der 12. Erwägung der Präambel zum EU-Vertrag festgeschrieben wurde⁴⁸¹. Sie zu

⁴⁷⁸ T. Kingreen/R. Störner, EuR 33 (1998), S. 263 (287 f.).

⁴⁷⁹ T. Kingreen, aaO (Fn. 133), S. 61.

⁴⁸⁰ Vgl. E. Grabitz, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in Stödter/Thieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 645 (646), *ders.*, Über die Verfassung des Binnenmarktes, in Baur u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, S. 1229 (1233 ff.); die Charakterisierung des Gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes anhand der Strukturelemente „Marktfreiheit“, Marktgleichheit“ und „System des unverfälschten Wettbewerbs“ geht auf H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, § 28, Rn. 12 zurück; aus neuerer Zeit dazu M. Hoffmann, aaO (Fn. 135), S. 41 ff. und A. Mühl, aaO (Fn. 427), S. 129 ff.

⁴⁸¹ Als grundlegendes Werk zum föderalen Charakter der Gemeinschaft gilt W. H. Roth, Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen

sichern, ist mit fortschreitender Integration⁴⁸² in der Tat eine der vorrangigsten Aufgaben des Gemeinschaftsrechts, der es zuwider zu laufen scheint, wenn angesichts der europäischen Dienstleistungsfreiheit gleichermaßen diskriminierungsfreie nationale Regelungen einer Legitimierung bedürfen und dies auf Basis des nationalen Allgemeinwohls, einer Abwägungsdeterminanten also, der zuweilen jeder gemeinschaftsrechtliche Bezug fehlt⁴⁸³. Kompetenzrechtlich vorteilhaft erscheint es demgegenüber, spezifisch danach zu Fragen, ob eine Benachteiligung kausal auf dem Grenzübertritt des Marktteilnehmers beruht⁴⁸⁴.

Andererseits ist zentrales Element jeder Abwägung anhand des Allgemeinwohls gerade die Verhältnismäßigkeitsüberprüfung der nationalen Norm, mittels derer sich der EuGH die Anwendung des Herkunftslandprinzips eröffnet, eines Prinzips also, das zu Recht als Kennzeichen des Binnenmarktes verstanden worden ist⁴⁸⁵. Das Herkunftslandprinzip gilt seinerseits nun keineswegs absolut in dem Sinne, dass Markthomogenität simuliert wird, wo in Wahrheit Neutralität der Teilmärkte herrscht. Es entspricht vielmehr der dynamischen Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 Abs. 2 EG, schafft dadurch Räume für örtliche und regionale Traditionen und wird gegenläufig durch das Bestimmungslandprinzip begrenzt. Wenn infolgedessen festgestellt werden kann, dass eine nationale Maßnahme *unverhältnismäßig* ist, weil dringende Gemeinwohlinteressen, die eine Beeinträchtigung eventuell rechtfertigen könnten, bereits im

Markt, 1977; vgl. aber aus der nachfolgenden Literatur auch *E. Steindorff*, Probleme des Art. 30 EWG-Vertrag, ZHR 148 (1984), S. 338 (344 ff.) *ders.*, Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 158 (1994), S. 149 (160), sowie *M. Zuleeg*, Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, NJW 2000, S. 2846 ff.; vgl. auch vierter Teil, D., V., 2., c), bb).

⁴⁸² Gewissermaßen gegenläufig, nachdem in den Anfangsjahren die Gemeinschaftskompetenzen durch den Gerichtshof zurecht weit ausgelegt wurden, um die damals noch schwache Gemeinschaft zu festigen, vgl. *W. Odersky*, Vertrauen in die Rechtsordnungen der EU, in Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, Bd. II, S. 1001 (1008 ff.).

⁴⁸³ *T. Kingreen/R. Störner*, EuR 33 (1998), S. 263 (288).

⁴⁸⁴ *T. Kingreen/R. Störner*, EuR 33 (1998), S. 263 (288).

⁴⁸⁵ *E. Steindorff*, ZHR 150 (1986), S. 687 (689); dritter Teil, A., II.

Herkunftsland berücksichtigt wurden, so bedeutet das im Ergebnis nichts anderes, als das spezifisch der Grenzübertritt belastet wurde. Ist das nicht der Fall, so bewegt sich die Maßnahme im Rahmen der Regelungsautonomie, die den Mitgliedstaaten unter der Geltung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts⁴⁸⁶ vor dem nationalen Recht zugestanden ist (Bestimmungslandprinzip). Diese Regelungsautonomie wird zudem durch die *Keck*-Rechtsprechung⁴⁸⁷ des Europäischen Gerichtshofes, auf die im Folgenden noch einzugehen sein wird, gestärkt⁴⁸⁸.

Dem Grunde nach nennt der materielle Diskriminierungsbegriff demnach keine unwiderlegbaren Vorteile sein eigen. Spätestens in den für Dienstleistungen typischen Fällen der „überflüssigen Doppelregulierung“⁴⁸⁹, den Fällen also, in denen ein ausländischer Dienstleister nur deshalb horizontal „schlechter“ als sein inländischer Mitbewerber steht, weil er im Bestimmungsland der Dienstleistung auf einen Regelungskomplex trifft, den sein Herkunftsland desgleichen zum Regulierungsgegenstand gemacht hat, erscheint er sogar nachteilig. Der vertikale Beschränkungsansatz des EuGH zeigt sich hier, wenn nicht überlegen, so zumindest „straight forward“⁴⁹⁰. *De jure* ließen sich zwar auch diese Fälle unter das Diskriminierungsverbot subsumieren, indem man annehmen könnte, dass eine Diskriminierung nicht nur dann vorliegt, wenn Gleiches ungleich, sondern auch dann, wenn Ungleiches gleich, nämlich nach gleichen Standards des Bestimmungslandes für in- wie ausländische Dienstleis-

⁴⁸⁶ Dazu oben, Fn. 257, m.w.N.

⁴⁸⁷ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 14 ff. („Keck und Mithouard“); s. dazu e), sowie ausführlich dritter Teil, B., III., 2., c).

⁴⁸⁸ Die eben getroffenen Aussagen enthalten in Teilbereichen einen Vorgriff auf den dritten Teil der Arbeit, in dem das Bestimmungslandprinzip ausführlich abgehandelt wird; aufgrund des fließenden Übergangs der beiden Sachbereiche (Tatbestand und Rechtfertigung), ist das unvermeidlich, i.Ü. aber auch nicht weiter schädlich.

⁴⁸⁹ Vgl. dritter Teil, B., III., 1., b).

⁴⁹⁰ *W.-H. Roth*, *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 1 (13).

tungen behandelt wird („Gebot der *Ungleichbehandlung*“⁴⁹¹). Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot unterscheiden sich allerdings strukturell insofern, als ersterem ein umfassender Gehalt zukommt, während letzteres an sich einseitig auf das pönalisierte Kriterium der Staatsangehörigkeit ausgerichtet ist⁴⁹². Darüber hinaus müssen die materiellen Auswirkungen einer Maßnahme (Diskriminierung) *de facto* stets auf ihren Urheber zurückführbar sein. Ansonsten besteht die Gefahr, allein auf dem Zufall beruhende unterschiedliche Zustände als Diskriminierung zu werten. Diesem Ergebnis ist der EuGH jedoch entschieden entgegengetreten⁴⁹³.

Offen bleibt zudem die Rechtmäßigkeit des Alternativverhaltens, sprich die Frage, wie differenziert eine nationale Regelung im Einzelfall zu sein hat, um dem Vorwurf der Diskriminierung ausländischer Dienstleistung zu entgehen. Ein weites Diskriminierungskonzept ist hier nur unter zusätzlichen Kriterien anzuwenden, denn der Maßstab für die Vergleichbarkeit existiert ja nicht aus sich selbst heraus, sondern aus einer weiteren Wertung, nämlich dem Ziel, das der Dienstleistungsfreiheit im Gesamtgefüge des Binnenmarktrechts zu entnehmen ist⁴⁹⁴. Wenn es – und das ist soweit unbestritten – auf den diskriminierenden Effekt einer Maßnahme ankommt, so wird auch die differenzierteste nationale Regelung einen solchen nach sich ziehen und seien es nur die Nachteile, die sich daraus ergeben, dass der ausländische Mitbewerber zwei Rechtsordnungen genügen muss. Das alleine reicht aber gerade nicht aus⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Vgl. K. Stern, Das Gebot zur Ungleichbehandlung, in Maurer (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig, 1990, S. 207 ff.

⁴⁹² A. Mühl, aaO (Fn. 427), S. 66 f.

⁴⁹³ EuGH, Slg. 1995, I-1621, Rn. 17 (Kommission ./ Griechenland).

⁴⁹⁴ S. Plötscher, aaO (Fn. 427), S. 152; A. Mühl, aaO (Fn. 427), S. 90.

⁴⁹⁵ Generalanwalt F. G. Jacobs, in den Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 1995, I-1141, 1153, Rn. 39 („Alpine Investments“), unter Verweis auf EuGH, Slg. 1994, I-3453, Rn. 40 („Peralta“) und Slg. 1979, 2345, Rn. 10 („Van Dam“); Auch T. Kingreen, aaO (Fn. 133), S. 122, erkennt die Notwendigkeit, einer weiteren Konkretisierung, da sich aufgrund der bestehenden unterschiedlichen Rechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt „fast immer zusätzliche Hemmnisse für die transnationale Vergleichsgruppe aufspüren“ lassen.

Im Ergebnis lässt sich demnach festhalten: in der Stringenz eines materiellen Diskriminierungsbegriffs liegen Charme und Krux dieses Ansatz gleichermaßen begründet. Auch wenn die Ergebnisse häufig denen des Beschränkungsansatzes gleichen – nicht zuletzt bei „überflüssigen Doppelregulierungen“ bleiben erhebliche Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung zurück. Es spricht somit vieles dafür, „das Kind beim Namen zu nennen“ und der Dienstleistungsfreiheit in der Tat freiheitlichen Gehalt beizumessen⁴⁹⁶. Zumal Wortlaut (Art. 49 Abs. 1 EG) und teleologischer Systembefund der Grundfreiheiten (vgl. Art. 3 lit. c, 14 EG) einem Freiheitsrecht nicht grundsätzlich entgegenstehen⁴⁹⁷.

c) Die Einheitslehre

Teilweise verschwimmen allerdings die Grenzen zwischen versteckten Diskriminierungen und sonstigen Beschränkungen⁴⁹⁸. Kontrovers wird u.a. der Fall *Säger*⁴⁹⁹ diskutiert. Es divergieren die Ansichten hinsichtlich der Frage, ob das hier auf dem Prüfstand stehende Ver-

⁴⁹⁶ i.E. ebenso *S. Plötscher*, aaO (Fn. 427), S. 149 ff. (152); *K. Hailbronner/A. Nachbaur*, EuZW 1992, S. 105 (109); *T. Trautwein*, JURA 1995, S. 191 (193); *M. Kort*, JZ 1996, S. 132 (135); *P. C. Müller-Graff*, in FS-Lukes, 1989, S. 471 (482 ff.); *ders.*, EuR Beiheft 1/2002, S. 7 (44 ff.); *W.-H. Roth*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 1 (13); *ders.*, *RabelsZ* 54 (1990), S. 63 (95 ff.); *F. J. Schöne*, aaO (Fn. 103), S. 109 ff.; *S. Völker*, aaO (Fn. 149), S. 139; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 2, Rn. 44 ff. (49); *E. Pache*, in Ehlers (Hrsg.), *EuGR*, 2005, § 11, Rn. 50; für alle Grundfreiheiten einheitlich s. ferner *R. Wernsmann*, *Steuerliche Diskriminierungen und ihre Rechtfertigung durch die Kohärenz des nationalen Rechts*, *EuR* 34 (1999), S. 754 (755); *M. Eberhartinger*, *EWS* 1997, S. 43 (44 f.; 48) und *A. Thiele*, *JA* 2005, S. 621 (624).

⁴⁹⁷ Man ist verleitet zu präzisieren, dass gerade Art. 49 Abs. 1 EG sogar ausdrücklich auf ein solches hinweist, wenn er von „Beschränkungen“ spricht, vgl. *W. Kluth*, in *Calliess/Ruffert*, Art. 49, 50 EGV, Rn. 38; dass dieser Wortlautbefund indessen nicht besonders aussagekräftig ist, belegt *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 30 ff., der darauf verweist, dass „Beschränkungen“ in dem in den Grundfreiheitsvorschriften gebrauchten Sinne durchaus auch in Diskriminierungen bestehen können, S. 32; vgl. zudem Art. 50 Abs. 3 EG der auf einen gleichheitsrechtlichen Gehalt hindeutet; dazu nachfolgend.

⁴⁹⁸ Nach *A. Epiney*, aaO (Fn. 133), S. 61 ff., ist es gar unmöglich versteckte Diskriminierungen und Beschränkungen auseinander zu halten.

⁴⁹⁹ EuGH, Slg 1991, I-4221.

bot, Dienstleistungen an Patentinhaber in Deutschland zu erbringen, ohne die nach § 1 Abs. 1 RBERG erforderliche behördliche Erlaubnis aufzuweisen, eine nicht diskriminierende Beschränkung darstellt, oder ob dieses Verbot nicht bereits unter eine versteckte Diskriminierung subsumierbar ist, weil es inländischen Patentanwälten typischerweise leichter fallen wird, die vom nationalen Recht geforderte spezielle Qualifikation vorzuweisen⁵⁰⁰. Nach traditionellem Verständnis hat diese Unterscheidung Auswirkungen auf die Auswahl der Rechtfertigungskategorie (geschrieben/ungeschrieben)⁵⁰¹. Für die jüngere *Einheitslehre* ist der Fall *Säger* (rückblickend) hingegen unproblematisch. Sie beruft sich auf neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH und argumentiert dahingehend, dass spätestens mit dem Urteil *Safir*⁵⁰² ein allgemeiner Begriff der Beschränkung eingeführt worden sei, der auch Diskriminierungen erfasse. Demzufolge stünden mittlerweile sämtliche Beschränkungen in diesem Sinne für eine Legitimierung durch unbenannte Rechtfertigungsgründe offen⁵⁰³.

Dem ist aber nur bedingt so. Das in der Rechtssache *Säger* evidente Problem der Abgrenzung ist ein solches des Tatbestandes. Es erscheint insofern nicht zwingend, auf einen einheitlichen Beschränkungstatbestand zu erkennen, bloß weil die *Rechtfertigungsmethodik* des EuGH – und das unzweifelhaft – terminologischen Schwankun-

⁵⁰⁰ Für eine Beschränkung: Generalanwalt *F. G. Jacobs*, in den Schlussanträgen zur Rechtssache *Säger*, EuGH, Slg 1991, I-4221, 4233; ihm folgend der EuGH ebd., Rn. 12 ff. und *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Art. 49/50 EGV*, Rn. 90; für eine versteckte Diskriminierung hingegen: *T. Trautwein*, *Jura* 1995, S. 191 (192); *C. Weber*, *EWS* 1995, S. 292 (294).

⁵⁰¹ Vgl. oben, 2.

⁵⁰² EuGH, Slg. 1998, I-1897, Rn. 24 ff.

⁵⁰³ *W. Weiß*, *Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit*, *EuZW* 1999, S. 493 (497): „Die Unterschiedliche Rechtfertigungssystematik (...) wird damit hinfällig“; *M. Novak*, *Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten oder Dienstleistungen – Einheitliche Rechtfertigungstatbestände im EG-Vertrag*, *DB* 1997, S. 2589 (2592); *W. H. Roth*, *Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses*, *wrp* 2000, S. 979 (982; 984); *ders.*, in *Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU-Law*, 2004, S. 1 (12); *W. Hakenberg*, in *Lenz*, *Art. 49/50 EGV*, Rn. 19.

gen unterlegen ist⁵⁰⁴. Das gilt selbst dann, wenn man zugesteht, dass die Frage, auf welchem Weg die betreffende Maßnahme gegebenenfalls einer Rechtfertigung zugeführt wird, praktisch ohne Einfluss auf das Ergebnis bleibt. Jedenfalls aus dogmatischer Sicht stellt sich das Problem der Vereinheitlichung des Beschränkungssystems und seiner Rechtfertigungsmöglichkeiten zu Recht, wenngleich keine der bisher vorgetragenen Lösungen über jeden Zweifel erhaben ist⁵⁰⁵. Nachdem allerdings vielfach einer Beschränkung zugleich eine (zumindest versteckte) Diskriminierung innewohnt wird (und umgekehrt), bietet es sich m.E. an, den ursprünglich durch den Gerichtshof gefundenen *Cassis*-Kompromiss mit zu tragen, jedenfalls solange die unbenannten Rechtfertigungsgründe zugleich auf versteckte Diskriminierungen bezogen werden⁵⁰⁶. Dieses Verfahren ist vor dem Hintergrund der benannten Abgrenzungsschwierigkeiten praxisfest. Es wird zudem durch das der offenen Diskriminierung in verstärktem Maße anhaftende Unwerturteil prognostiziert⁵⁰⁷. Im Vergleich zu

⁵⁰⁴ Zur uneinheitlichen Praxis des EuGH betreffend die Rechtfertigung versteckter Diskriminierungen vgl. *J. Gundel*, Jura 2001, S. 79 (81); *ders.* Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit?, EuR 34 (1999), S. 781 ff.

⁵⁰⁵ Für die einen ist das Vorgehen des EuGH „in sich widersprüchlich“, indem er einerseits geschriebene Schranken eng auslegt und ihre Analogiefähigkeit verneint, andererseits aber vergleichsweise großzügig ungeschriebene Schutzinteressen anerkennt; vgl. *M. Schweitzer/W. Hummer*, Europarecht, Rn. 1135; *W. H. Roth*, wrp 2000, S. 979 (984) und *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 52; *J. Gundel*, Jura 2001, S. 79 (82) merkt hingegen an, dass eine erweiterte Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe gleichermaßen den Spielraum für formale Diskriminierungen vergrößern würde.

⁵⁰⁶ Zuletzt EuGH, Slg. 1999, I-7641, Rn. 21 ff. („Vestergaard“); Slg. 2001, I-2099, Rn. 73 („PreussenElektra“); Slg. 2003, I-721, Rn. 21 ff. (Kommission ./ Italien); wie hier *M. Boger*, Die Anwendbarkeit der *Cassis*-Formel auf Ungleichbehandlungen im Rahmen der Grundfreiheiten, Diss. 2004, S. 197 ff.; *D. Ehlers*, in *ders.* (Hrsg.), EUGR, 2005, § 7, Rn. 90; *J. Gundel*, Jura 2001, S. 79 (82 f.); tendenziell weitergehend, wenngleich nicht ganz eindeutig, *P. C. Müller-Graff*, EuR Beiheft 1/2002, S. 7 (53 f.); für ein „traditionelles“ Verständnis dagegen z.B. *P. W. Heermann*, Art. 30 im Lichte der „Keck“ – Rechtsprechung, GRUR Int. 1999, S. 579 (589).

⁵⁰⁷ *T. Trautwein*, Jura 1995, S. 191 (193) hält nicht diskriminierende Maßnahmen für Gemeinschaftsrechtsverstöße „minderer Schwere“.

unterschiedslosen Beschränkungen bedarf diese Prognose keiner weiteren Tatsachenfeststellung. Offene Diskriminierungen sind in der Gemeinschaft prinzipiell verboten. Die wenigen Ausnahmen sind im Vertrag enumerativ abschließend benannt. Unterschiedslose Beschränkungen hingegen sind prinzipiell kein Gemeinschaftsunrecht, sondern bloßer Ausdruck einer föderalen Gemeinschaftsstruktur⁵⁰⁸.

Dazwischen liegen die versteckten Diskriminierungen. Hier streitet zumindest die Vermutung, dass offenen Diskriminierungen ein Gemeinschaftsrechtsverstoß von erhöhter Verwerflichkeit innewohnt, für eine modifizierte Übernahme des *Cassis*-Kompromisses. Freilich kann diese Vermutung widerlegt sein, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die versteckte Diskriminierung lediglich „Ausdruck der Geschicklichkeit des Normgebers“ ist⁵⁰⁹. In diesem Fall wirkt jedoch die sich anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung als Korrektiv.

d) Dienstleistungsspezifische Kritik

Was unterdessen dienstleistungsspezifische Argumente gegen einen absoluten Gehalt der Art. 49 ff. EG anbetrifft, so ist es hilfreich, sich für ein besseres Verständnis dieser Kritik zunächst die drei Kategorien der Dienstleistungsfreiheit ins Gedächtnis zu rufen⁵¹⁰. Im Kern geht es um die Frage, wie weitreichend man gewillt ist systematischen Argumenten, die auf eine Parallelität der Art. 49 ff. EG zu den Art. 28 ff. EG deuten, den Vorrang vor dem Vertragstext einzuräumen⁵¹¹. Letzterer rückt die Dienstleistungsfreiheit bekanntlich in die Nähe der Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EG. Darauf baut etwa ein Wortlautargument, welches versucht, die sich scheinbar widersprechenden Art. 49 Abs. 1 EG („absolutes“ Beschränkungsverbot) und Art. 50 Abs. 3 EG („relatives“ Diskriminierungsverbot, Gebot der

⁵⁰⁸ Vgl. oben, Fn. 481.

⁵⁰⁹ Ähnlich *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 51, 120 f., der die geschickte „Tarnung“ diskriminierender Vorschriften nicht durch die Eröffnung von zusätzlichen Rechtfertigungsgründen prämiert wissen will; zu dieser „Tarnung“ bereits oben, Fn. 445.

⁵¹⁰ Oben I., 2., b).

⁵¹¹ Die „Zwitterstellung“ des Dienstleistungsrechts war bereits Gegenstand früherer Erörterungen, vgl. oben, I., 2., d).

Inländergleichbehandlung) miteinander zu versöhnen. Demnach gilt das Gebot der Inländergleichbehandlung nur für Leistungen, die mit einem *persönlichen Aufenthalt* des Dienstleistens im Bestimmungsstaat einhergehen (Art. 50 Abs. 3 EG), während für Korrespondenzdienstleistungen der Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 EG maßgeblich sein soll⁵¹². In der Kategorie des Grenzübertritts durch den Leistenden, gleiche die Dienstleistungsfreiheit nämlich der Niederlassungsfreiheit. Anders aber im Falle von Korrespondenzdienstleistungen. Hier komme die Parallele zur Warenverkehrsfreiheit, welche seit *Dassonville* unbestritten ein umfassendes Beschränkungsverbot beinhalte, voll zum Tragen. Dieses Ergebnis werde ferner durch systematische Erwägungen bestätigt. So sei Kapitel 3 des Vertrages über Dienstleistungen nicht zufällig unvollständig ausgestaltet worden⁵¹³. Der Grund für die Anwendbarkeit des Niederlassungsrechts „auf das in diesem Kapitel geregelte Sachgebiet“ (Art. 55 EG) liege gerade in der engen Verwandtschaft der beiden Regelungsbereiche. Schließlich sei es aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den Mitgliedstaaten hier wie dort erlaubt, Sonderrecht für Ausländer zu schaffen (Art. 46 Abs. 1 EG bzw. Art. 55 i.V.m. 46 Abs. 1 EG)⁵¹⁴.

Dem ist insofern zuzustimmen, als die systematische Stellung des Dienstleistungskapitels kaum als Zufall abgetan werden kann⁵¹⁵. Dazu ist die inhaltliche Verwandtschaft der beiden Regelungsbereiche zu eng, wie nicht zuletzt Art. 50 Abs. 3 belegt („unbeschadet“). Andererseits gilt nach wie vor die oben getroffene Aussage, dass die Bestimmungen über Dienstleistungen deshalb missglückt erscheinen, weil die Vertragsväter ein Phänomen aufgriffen, dessen Bedeutung in den 1950er Jahren noch nicht deutlich war⁵¹⁶. Aus heutiger Sicht ähneln sich Dienstleistungen und Waren gleichermaßen wie grenzüberschreitende Dienstleistungen und solche, die über inländische Niederlassungen erbracht werden. Dieser schizophrene Befund ist

⁵¹² C. Weber, EWS 1995, S. 292 (294).

⁵¹³ So aber offenbar U. Wetzel, aaO (Fn. 110), S. 90.

⁵¹⁴ C. Weber, EWS 1995, S. 292 (295).

⁵¹⁵ W. Frenz, GewArch 2007, S. 10 (13).

⁵¹⁶ Dazu oben, Fn. 104.

richtungweisend für die bisherigen Ausführungen gewesen. Bei der Bestimmung des Gewährleistungsumfangs legt er eine differenzierte Betrachtung gleichfalls nahe. Doch greift die Zuordnung des Diskriminierungsverbotes zum Fall des persönlichen Grenzübertritts des Leistenden, und diejenige des Beschränkungsverbotes zum Fall der unpersönlichen Korrespondenz schon deshalb zu kurz, weil heute alle Grundfreiheiten, namentlich auch die Niederlassungsfreiheit, im Grundsatz über ein reines Diskriminierungsverbot hinausgehen.

Der EuGH ist von dieser Konzeption auch im sog. „Bake-off-Verfahren“ in seinem Urteil vom 14.09.2006⁵¹⁷ nicht abgerückt, obgleich man die vorhergehenden Ausführungen vom Generalanwalt *P. M. Maduro* als eine Reduzierung der Grundfreiheiten auf ein Diskriminierungsverbot interpretieren kann⁵¹⁸. Unterschiede können sich somit lediglich in Bezug auf die Reichweite des jeweiligen Beschränkungsverbotes ergeben⁵¹⁹. Hinzu kommt, dass entgegen dem Wortlaut des Art. 55 EG und übereinstimmend mit dem des Art. 50 Abs. 3 EG („vorübergehend“), sowie bei einer Ausrichtung der Dienstleistungsfreiheit an Sinn und Zweck des Vertrages, die durch diese Bestimmung herangezogenen Art. 45 bis 48 EG nur analog anzuwenden sind⁵²⁰. Völlig uneinsichtig wäre es nämlich, wenn angesichts der im Vergleich zur Niederlassungsfreiheit relativ kurzen Aufenthaltsdauer für den Dienstleistungserbringer, der sich persönlich in das Erbringungsland der Dienstleistung ergibt, dieselben Ausnahmen von der Freiheit gelten würden, wie für den niedergelassenen.

Schließlich vermögen auch die Aussagen des EuGH, in denen er die Ähnlichkeiten zwischen Waren und Dienstleistungen nur insoweit nachvollzogen hat, als es sich um nichtkörperliche Dienstleistungen *ohne* den Grenzübertritt von Personen handelt⁵²¹, die andere Auffassung nicht zu stützen⁵²². Das Gericht hatte damals nämlich

⁵¹⁷ EuGH, Slg. 2006, I-8135 ff. („Vassilopoulos“).

⁵¹⁸ *T. Kingreen*, EWS 2006, S. 488 (489 ff.).

⁵¹⁹ *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in Grabitz/Hilf, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 86 ff.

⁵²⁰ *A. Bleckmann*, EuR 22 (1987), S. 28 (42).

⁵²¹ EuGH, Gutachten 1/94 vom 15.11.1994, abgedruckt in EWS 1995, S. 31 ff.

⁵²² Anders aber *C. Weber*, EWS 1995, S. 292 (295).

darüber zu entscheiden, inwiefern eine Zuständigkeit der Gemeinschaft zum Abschluss der Abkommen zur Errichtung der WTO gegeben war. Seinen materiellen Aussagen zur Reichweite der Dienstleistungsfreiheit lassen sich demgegenüber keine Hinweise auf einen nach Kategorien gespaltenen Gewährleistungsumfang entnehmen. Vielmehr deutet alles auf ein einziges „absolutes“ Recht in den Grenzen von *Keck* und *Cassis* hin, um es einmal in Übertragung der Terminologie zu Art. 28 EG zu formulieren⁵²³.

e) *Die weitere Entwicklung: Keck und die Folgen – auf der Suche nach der eigentlichen „Werkidee“ der Grundfreiheiten*

Dass die Dienstleistungsfreiheit über die reine Inländergleichbehandlung (Bestimmungslandprinzip) hinausreicht, ist heute, trotz aller Feinheiten im Detail, unbestritten. Auch die Diskussion darüber, ob man den insofern überschießenden Fällen (im Sinne eines Gleichheitsrechts) bereits durch ein entsprechend weites, materielles Verständnis des Diskriminierungsverbotes begegnen kann, oder aber besser (im Sinne eines Freiheitsrechts) eine eigene Kategorie der nicht diskriminierenden Beschränkungen einführen sollte, hat an Bedeutung verloren⁵²⁴. Sie wird zunehmend abgelöst durch die integrationspolitisch motivierte Suche nach der eigentlichen „Werkidee“ der Grundfreiheiten⁵²⁵.

Diese Suche, die ihren Ausgangspunkt in dem Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Art. 28 EG genommen hat, ist im Grunde so alt wie das Gemeinschaftsrecht selbst⁵²⁶. Erst jüngst hat *P. C.*

⁵²³ Zu der Frage, ob die *Keck*-Rechtsprechung zum freien Warenverkehr auf Dienstleistungen übertragen werden kann, ausführlich dritter Teil, B., III., 5.

⁵²⁴ *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S.61; und *ders./R. Störner*, EuR 33 (1998), S. 263 (267): „Das Kriterium der Diskriminierung spielt für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten keine Rolle mehr (...).“

⁵²⁵ Eine Terminologie, die auf *T. Kingreen*, in von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 658 zurückgeht.

⁵²⁶ Ein umfassender Überblick von den Anfängen, in denen nicht einmal klar war, ob überhaupt unterschiedslose Maßnahmen erfasst waren (i.d.S. bereits die Richtlinie 70/50/EWG der Kommission vom 22.12.1969 über die Beseitigung von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, ABl. EG 1970, L 13/29) bis hin zum sog. „EG-weit-Test“, findet sich z.B. bei *S. O. Hödl*, Die

Müller-Graff daran anknüpfend „die Verdichtung des Binnenmarktrechts in den Frage- und Spannungsrahmen von Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung“ gestellt, wobei er unter „Sozialgestaltung“ jedwede regulative Gestaltung des Wirtschaftsprozesses versteht⁵²⁷. Je mehr jedoch die europäische Integration mit einer zunehmenden „Vergemeinschaftung“ von Sachbereichen bzw. ungeahnter Allgegenwärtigkeit der Grundfreiheiten auch in nationalen Regelungs-bereichen einherging, die das Gemeinschaftsrecht – wenn überhaupt – nur ganz peripher berührten, je mehr also das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EG und die öffentliche Debatte darüber in den Vordergrund rückten, desto lauter wurde der Ruf nach einem praktischen Kriterium, anhand dessen vor allem die zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts berufenen nationalen Gerichte das den Grundfreiheiten immanentes Spannungsverhältnis zwischen transnationaler Integration und nationalhoheitlicher Rechtsetzungskompetenz im Einzelfall aufzulösen im Stande waren⁵²⁸.

Der EuGH ist diesem Ruf im Jahre 1993 mit seiner berühmt (man möchte hinzufügen: berüchtigten) *Keck*-Rechtsprechung⁵²⁹ zum freien Warenverkehr gefolgt, nachdem sich die Wirtschaftsteilnehmer (freilich eingeladen durch die enorm weite *Dassonville*-Formel⁵³⁰) seiner Meinung nach „immer häufiger“ mit dem Ziel auf die Grundfreiheiten beriefen, die Beseitigung lästiger wirtschaftslenkender Gesetze zu erzwingen, die gerade keine spezifischen Freiheitsbezug

Beurteilung verkaufsbehindernder Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt, Diss. 1997, S. 52 ff., bzw. bei *S. Feiden*, Die Bedeutung der *Keck*-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten, Diss. 2003, S. 27 ff.

⁵²⁷ *P. C. Müller-Graff*, EuR Beilage 1/2002, S. 7 (19); ähnlich *J. Snell/M. Andenas*, in *Andenas/Roth* (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. (69) 82 ff.

⁵²⁸ Ohne sich dabei notwendigerweise festlegen zu müssen, ob im vorliegenden Fall nun z.B. über eine versteckte Diskriminierung, oder vielleicht doch besser über eine nicht diskriminierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu entscheiden ist.

⁵²⁹ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 14 ff. („*Keck und Mithouard*“).

⁵³⁰ Oben (Fn. 453).

aufwiesen⁵³¹. Seitdem gilt für allgemein im Inland geltende „Verkaufsmodalitäten“ (z.B. Ladenöffnungszeiten) hinsichtlich des Binnenmarktziels der Gemeinschaft eine Unschädlichkeitsvermutung. Nationale Verkaufsmodalitäten werden also bereits tatbestandlich als zulässige Gestaltungsmaßnahmen des heimischen Ordnungs- und Sozialrahmens abgeschichtet; im Hinblick auf den freien Warenverkehr bedürfen sie keiner weiteren Einlassung, es sei denn, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten werden im Ergebnis „rechtlich“ oder „tatsächlich“ benachteiligt⁵³². Als Grund führt der EuGH an, dass

„die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, (...) nicht geeignet (ist), den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut“⁵³³.

Das ist insofern interessant, als inzwischen für große Teile der Literatur und einige Generalanwälte zum EuGH gerade dieser Grund wesentlich bedeutsamer ist, als die formale Unterscheidung zwischen Vorschriften über Produkte und Verkaufsmodalitäten, die es zu begründen galt⁵³⁴. Dementsprechend setzt sich zunehmend die Auffassung durch, dass mit dem Begriff der Verkaufsmodalitäten nicht das eigentliche Abgrenzungskriterium mit Blick auf binnenmarktun- schädliche Maßnahmen benannt ist. Das Merkmal „Verkaufsmodalität“ sei lediglich Ausdruck der aus der Erfahrung geschöpften Vermutung des EuGH, dass bestimmte Regelungen keine negativen Auswirkungen auf die Verwirklichung der Warenverkehrsfreiheit haben. Es bedürfe daher stets der Rückversicherung durch materielle

⁵³¹ Rechtsmissbräuchlich war das Verhalten freilich nicht, machten die Marktteilnehmer doch nur von einem Recht Gebrauch, dass ihnen durch den EuGH im Übermaß zugestanden war.

⁵³² EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 („Keck und Mithouard“).

⁵³³ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 17 („Keck und Mithouard“).

⁵³⁴ Vgl. nur Generalanwalt *N. Fennelly*, in den Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 2000, I-493, 501, Rn. 19 („Graf“) und *H. W. Arndt*, Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufbeschränkungen, ZIP 1994, S. 188 (190): „Lösung aus der ratio des Art. 30 EGV“.

Kriterien⁵³⁵. In diesem Sinne wird das angesprochene Spannungsverhältnis zunehmend dadurch aufzulösen versucht, dass ein absoluter Gehalt der Grundfreiheiten nur dort anzuerkennen ist, wo spezifisch der *Marktzugang* versperrt wird, bzw. – als Tribut an das Herkunftslandprinzip – andernfalls ein Sachverhalt *zwei verschiedenen Rechtsordnungen* unterworfen wäre⁵³⁶.

Diese Idee ist nicht grundlegend neu, denn auch die bereits erwähnte Binnenmarktkomponente der Marktfreiheit zielt ja auf den Marktzutritt ab, freilich unter gleichen Voraussetzungen für alle Marktteilnehmer (Marktgleichheit). Insofern beruht die Suche nach der eigentlichen „Werkidee“ der Grundfreiheiten in jüngerer Zeit letztlich auf der Gretchenfrage von der Henne und dem Ei. Woran – so ließe sich fragen – soll man sich zuerst orientieren: an der „Henne“, der Art einer Handelsbeschränkung, aufgrund derer eine bestimmte Wirkung überhaupt erst angenommen bzw. verneint werden kann, oder aber am „Ei“, der Wirkung, die eine Handelsbeschrän-

⁵³⁵ Generalanwalt *N. Fenelly*, aaO (Fn. 534).

⁵³⁶ Zu einem frühen Zeitpunkt bereits für das Kriterium des Marktzugangs *E. J. Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, S. 49; *ders./H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, S. 45 f.; grundlegend ferner Generalanwalt *W. van Gerven*, in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Torfaen“, EuGH, Slg. 1989, 3851, 3872 ff.; *ders.* in den Schlussanträgen zur Rechtssache 't Heukske, EuGH, Slg. 1994, I-2199, 2214; Generalanwältin *Stix-Hackl* in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Doc Morris“, EuGH, Slg. 2003, I-14887, 14914; außerdem *P.C. Müller-Graff*, EuR Beilage 1/2002, S. 7 (36 ff.); *R. Streinz*, Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln, EuZW 2003, S. 37 (42); *U. Becker*, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 29 (1994), S. 162 (173); *M. Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 30 EGV, Diss. 1997, S. 50 ff.; *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 122 ff.; *ders.*, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 658; *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 159 f.; *S. Leible*, wrp 1997, S. 517 (521); *ders.*, in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 28; *W. Schroeder*, in Streinz, EUV/EGV, Art. 28, EGV, Rn. 41 ff.; zuletzt auch *J. Fetsch*, ZEuP 2005, S. 541 (541; 544; 549); mehr unter Betonung der Vermeidung von Doppelkontrollen: *C. D. Classen*, EWS 1995, S. 97 ff.; zusammenfassend S. 104; *A. Rosenboom*, Das Herkunftslandprinzip im europäischen Dienstleistungsrecht, Diss. 2003, S. 41; i.E. ähnlich, wenn auch hier wiederum unter besonderer Betonung der spezifischen Belastung des Grenzübertritts *S. Feiden*, aaO (Fn. 526), S. 46 ff. (56), speziell zur Dienstleistungsfreiheit S. 131.

kung auf den Marktzugang der ausländischen Konkurrenz hat und aufgrund derer im Rückblick regelmäßig ja doch bloß zu konstatieren bleibt, dass diese Wirkung vornehmlich bei Verkaufsmodalitäten eintritt?

Eine zufrieden stellende Antwort kann kein Konzept ohne gewisse Anleihen beim jeweils anderen geben. Der nachfolgende Teil dieser Arbeit verfolgt demzufolge ein integratives Konzept basierend auf dem Herkunftslandprinzip bzw. seinem Gegenspieler, dem Bestimmungslandprinzip. Während einerseits die *Keck*-Unterscheidung des EuGH anhand des Herkunftslandprinzips zu begründen sein wird, wird andererseits das Herkunftslandprinzip seine Stütze im Kriterium des Marktzutritts finden. Dementsprechend wird die These aufgestellt, dass die Suche nach der eigentlichen „Werkidee“ der Grundfreiheiten im Ergebnis auf die Suche nach der sachgerechten, d.h. durch das Bestimmungslandprinzip begrenzten, *Reichweite des Herkunftslandprinzips* hinausläuft. Damit ist zugleich angeklungen, dass das nachfolgende Kapitel zum Herkunftslandprinzip einen prinzipiellen Ansatzpunkt wählt, d.h., dass es sich vom Herkunftslandprinzip als *Prinzip* leiten lässt, dessen Inhalt – wie der jedes Prinzips – erst nach Abgleich mit gegenläufigen Prinzipien bestimmt werden kann⁵³⁷. Auf Stärken und Schwächen der *Keck*-Rechtsprechung soll vor diesem Hintergrund erst im nachfolgenden dritten Teil näher eingegangen werden. Das gilt desgleichen für die sich zwangsläufig anschließende Frage, ob die *Keck*-Rechtsprechung im hier insbesondere interessierenden Kontext des Dienstleistungssektors ebenfalls fruchtbar gemacht werden kann⁵³⁸. Der EuGH – soviel sei vorweggenommen – hat sich hierzu bisher nicht abschließend geäußert.

V. Zusammenfassung

Die Dienstleistungs„freiheit“ erschöpft sich nicht im gleichheitsrechtlichen Gebot der Inländergleichbehandlung. Sie ist darüber hin-

⁵³⁷ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 76.

⁵³⁸ Zu alledem ausführlich dritter Teil, B., III., 2., c) und 5.

aus Freiheit in dem Sinne, dass sie nicht notwendig eines horizontalen Vergleichsmaßstabes in Form einer – wie auch immer definierten, teils unscharfen – Vergleichsgruppe bedarf. Ihrer Liberalisierungsfunktion auf dem europäischen Dienstleistungssektor kann sie ebenso gut nachkommen, wenn Anknüpfungspunkt lediglich die vertikale Betroffenheit eines Rechtssubjekts aufgrund der Verschiedenheit der nationalen (Teil-) Rechtsordnungen im Binnenmarkt ist. Diese Feststellung steht in Einklang mit dem Ziel der Art. 49 ff. EG, die dem Binnenmarkt zugrunde liegende Lehre des komparativen Kostenvorteils bereichsspezifisch umzusetzen. Gleichzeitig ist sie Grund und Anknüpfungspunkt für das Herkunftslandprinzip im europäischen Dienstleistungsrecht.

Dritter Teil

Grundlagen des Herkunftslandprinzips im Primärrecht

A. Begriff

I. Ursprung, Begriffsentwicklung und Begriffsverständnis

1 Von den Anfängen der Integrationspolitik zum „losen Eurojargon“

Das Herkunftslandprinzip findet im EG-Vertrag an keiner Stelle explizite Erwähnung. Der Begriff wird im Allgemeinen aus Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit⁵³⁹ und später ebenso zur Dienstleistungsfreiheit⁵⁴⁰ destilliert⁵⁴¹. Dieses Verfahren wählt auch

⁵³⁹ Hier insb. EuGH, Slg. 1979, 649, Rn. 14 („Cassis de Dijon“).

⁵⁴⁰ Hier insb. EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 („van Binsbergen“); Slg. 1981, 3305 („Webb“).

⁵⁴¹ *M. Blasi*, Das Herkunftslandprinzip der Fernseh- und der E-Commerce-Richtlinie, Diss. 2003, S. 5 ff.; *A. Rosenboom*, Das Herkunftslandprinzip im europäischen Dienstleistungsrecht, Diss. 2003, S. 40 ff.; *W. Drasch*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, Diss. 1997, S. 25 ff.; *S. O. Hödl*, Die Beurteilung verkaufsbehindernder Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt, Diss. 1997, S. 52 ff.; *A. Grandpierre*, Herkunftsprinzip contra Marktortanknüpfung, Diss. 1999, S. 57 ff (75); *W. Kluth/F. Rieger*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, GewArch 2006, S. 1 (1); *U. Schliesky*, Von der Realisierung des Binnenmarktes, über die Verwaltungsreform zu einem gemeineuropäischen Verwaltungsrecht?, DVBl. 2005, S. 887 (888 f.); *D. Kugelmann*, Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages, Diss. 1991, S. 256; *E. Grabitz*, Über die Verfassung des Binnenmarktes, in Baur u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 1229 ff.; *E. Steindorff*, Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 150 (1986), S. 687 (689); *P. Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 27 (1992), S. 145 (156 ff.); *H. J. Schütz*, Cassis de Dijon, Jura 1998, S. 631 (636); *E. M. Kieninger*, Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages?, EWS 1998, S. 277 (278); *N. Reich*, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, RabelsZ 56 (1992), S. 444 (491 f.); *U. Becker*, in

die vorliegende Arbeit, sofern sie nach den gemeinschaftsrechtlichen Anknüpfungspunkten des Herkunftslandprinzips fragt (B.). Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Dienstleistungsfreiheit ist dabei naturgemäß von besonderem Interesse, doch sind Bezüge zur Rechtsprechung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit für ein konzeptionelles Verständnis des gesuchten Rechtsbegriffes unumgänglich. Das ergibt sich schon daraus, dass der EuGH in den wesentlichen Leitentscheidungen zur Freiheit des Warenverkehrs⁵⁴² ein grundlegend neues Konzept des Binnenmarktes entworfen hat, welches durch den Übergang vom Bestimmungs- zum Herkunftslandprinzip gekennzeichnet ist⁵⁴³. Im Übrigen legt auch die enge Verwandtschaft der beiden Freiheiten einen vergleichenden Ansatz nahe⁵⁴⁴.

Geht es derweil um den Ursprung der Begriffsbildung, so lassen sich erste Ansätze dieses mehr denn je⁵⁴⁵ zum „losen Eurojargon“⁵⁴⁶ zu verkommen drohenden Konzepts bereits der Zielsetzung des Gemeinsamen Marktes in der Montanunion entnehmen. Der Bericht der

Schwarze, Art. 28 EGV, Rn. 42 ff.; T. Eilmansberger, Binnenmarktprinzipien, S. 240; Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes 20.2.1979 in der Rechtssache 120/78 („Cassis de Dijon“), ABl.EG Nr. C 256 vom 3.10.1980.

⁵⁴² Es handelt sich dabei um die rechtsgeschichtlich bedeutsamen Entscheidungen in den Rechtssachen „Dassonville“, EuGH, Slg. 1974, 837, Rn. 5 und „Cassis de Dijon“ EuGH, Slg. 1979, 649, Rn. 14.

⁵⁴³ I. d. S. E. Steindorff, ZHR 150 (1986), S. 687 (689); darauf bezugnehmend, E. Grabitz in FS-Steindorff, 1990, S. 1229 (1230 ff.); vgl. auch P. M. Huber, Das Recht der Europäischen Integration, § 17, Rn. 34 ff.; zur Dienstleistungsfreiheit im Speziellen auch zweiter Teil, B., IV.; kritisch S. O. Hödl, aaO (Fn. 541), S. 52 ff.

⁵⁴⁴ Vgl. dazu zweiter Teil, B., I., 1., c) m.w.N in Fn. 126.

⁵⁴⁵ Vgl. nur die öffentliche Diskussion um den Entwurf der EG-Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004), 2/endg. und KOM (2006), 160/endg., aaO (Fn. 10), sowie um die nunmehr verabschiedete Richtlinie 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), sog. „Dienstleistungsrichtlinie“.

⁵⁴⁶ P. von Wilmsky, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 62 (1998), S. 1 (11 ff.), insb. Fn. 30.

französischen Delegation über den EGKS-Vertrag aus dem Jahre 1951 vermerkt diesbezüglich⁵⁴⁷:

„L'établissement du marché commun signifie que les acheteurs dans l'un quelconque des pays ainsi réunis peuvent s'approvisionner auprès d'un même vendeur dans des conditions identiques . (...) De la sorte chaque acheteur, dans quelque pays de la Communauté qu'il exerce son activité, peut s'approvisionner auprès des fournisseurs qui, compte tenu de la localisation tant du fournisseur que l'acheteur, lui assurent les conditions d'approvisionnement les plus économiques⁵⁴⁸“.

Bereits zu diesem frühen Zeitpunkt wurde mithin eine integrationspolitische Notwendigkeit für ein Ordnungsprinzip gesehen, welches grundsätzlich das Herkunftsrecht des Anbieters eines Wirtschaftsgutes für maßgeblich erklärt. Auf diese Weise erhoffte man sich die Öffnung der nationalen Märkte für ausländische Anbieter („Marktfreiheit“) und die Beseitigung solcher Regelungen und Maßnahmen, die den Zugang marktfremder Produkte zu den inländischen Märkten erschweren („Marktgleichheit“)⁵⁴⁹.

In neuerer Zeit wird der Herkunftsrechtsordnung des Anbieters gar prinzipieller Vorrang eingeräumt und daraus der Schluss gezogen, die Anbieter, nicht die Nachfrager, seien die eigentlichen Träger der wirtschaftlichen Integration Europas, sei es doch an ihnen, durch grenzüberschreitende Aktivitäten zur wirtschaftlichen Integration der

⁵⁴⁷ Rapport de la Délégation Française sur le Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et la Convention relative aux dispositions transitoires, Paris, Oktober 1951, S. 79.

⁵⁴⁸ Etwa: Wenn die Käufer jedes Landes bei einem und demselben Lieferanten zu gleichen Bedingungen sollen beziehen können, dann setzt dies voraus, dass das gekaufte Gut nicht nach unterschiedlichen Maßstäben der Bestimmungsländer, sondern einheitlich nach den Maßstäben des *Herkunftslandes* gestaltet ist.

⁵⁴⁹ Zu der Kennzeichnung des Gemeinsamen Marktes anhand der Strukturelemente „Marktfreiheit“, „Marktgleichheit“ und „System des unverfälschten Wettbewerbs“ (auf das es hier nicht ankommt), s. grundlegend *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, § 28, Rn. 12, sowie zweiter Teil, B., IV., 3., b) m.w.N. in Fn. 480.

nationalen Märkte beizutragen⁵⁵⁰. Ein solcher Schluss lässt sich jedoch in mehrfacher Hinsicht bestreiten⁵⁵¹. Zum einen lässt sich eine integrationsrechtliche Präferenz für einen Teil des Marktgeschehens nicht mehr durchhalten, seitdem auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit beide Seiten einer Transaktion Grundfreiheitschutz genießen⁵⁵². Zum anderen wird sich zeigen, dass das Herkunftslandprinzip *positiv* keinen Vorrang der einen vor der anderen Rechtsordnung im Sinne eines Kollisionsrechts bestimmt, sondern *negativ* liberalisierenden Inhalts ist, indem es die *ratio* mitgliedstaatlicher Produkt- und Ordnungsvorschriften abgleicht, um diese – im Fall ihrer Verdoppelung – als Handelsbarrieren abzubauen⁵⁵³. Schließlich vermag ein solcher Schluss nicht zuletzt vor dem wirtschaftstheoretischen Hintergrund teils angebots- teils aber auch nachfrageinduzierter (Dienstleistungs-) Märkte nicht zu überzeugen⁵⁵⁴.

Die Diskussion um die Maßgeblichkeit einer Rechtsordnung im „Verdoppelungsfall“, im Fall des Grenzübertritts eines Wirtschaftssubjekts in eine andere Rechtsordnung des gemeinsamen Verbundsystems also, verdeutlicht unterdessen, dass die Philosophie des gemeinsamen, später des Binnenmarktes⁵⁵⁵, den Gemeinschaftsorganen, vornehmlich der Kommission als „Motor der Integration“, seit je her gebot, ein einflussreiches pragmatisches Mittel zur wirtschaftlichen Integration der nationalen Teilmärkte vorzuweisen⁵⁵⁶. Ein solches wurde mit dem Weißbuch der Kommission über die Vollendung des Binnenmarktes aus dem Jahre 1985 entwickelt⁵⁵⁷.

⁵⁵⁰ J. Basedow, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *RabelsZ* 59 (1995), S. 1 (18).

⁵⁵¹ Ausführlich P. von Wilmsky, *RabelsZ* 62 (1998), S. 1 (18).

⁵⁵² Für Art. 49 ff. EG EuGH, Slg. 1984, 377, Rn. 16 („Luisi und Carbone“), vgl. außerdem zweiter Teil, B., I., 2., b).

⁵⁵³ Unten, E., II.

⁵⁵⁴ Vgl. zur ökonomischen Theorie K. Rittenbruch, *Makroökonomie*, S. 51 ff. (61).

⁵⁵⁵ Zum Verhältnis der beiden Integrationsstufen s. nachfolgend 2.

⁵⁵⁶ Mitteilung der Kommission vom 16.06.1999 an das Europäische Parlament und den Rat über die gegenseitige Anerkennung im Rahmen der Folgemaßnahmen zum Aktionsplan für den Binnenmarkt, KOM (1999), 299/endg., S. 4.

⁵⁵⁷ Weißbuch der Kommission vom 14.06.1985 über die Vollendung des Binnenmarktes, KOM (1985), 310/endg., S. 17 ff. (22).

2 Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt

Grundlage dieser Entwicklung war die berühmte *Cassis-de-Dijon* Rechtsprechung⁵⁵⁸ aus dem Jahre 1979. Die generelle Stoßrichtung der Integrationspolitik ging auf ihrer Basis nunmehr weg von der Rechtsangleichung und hin zum sog. *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*⁵⁵⁹. Ziel war und ist es nach wie vor, mehr Gewicht auf die Anerkennung ihrer Gleichwertigkeit als auf die Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften zu legen⁵⁶⁰. Dieser Paradigmenwechsel erhellt sich vor dem Hintergrund, dass mit dem angesprochenen Prinzip der freie Produktverkehr im Binnenmarkt effektiver, nämlich ohne systematische und schwerfällige Harmonisierung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften auf Gemeinschaftsebene, und vielmehr dezentralisiert auf Ebene der Mitgliedstaaten gewährleistet werden kann⁵⁶¹ (in vertikal gegliederten Systemen spricht man insofern vom Vorrang der niedrigeren vor der höheren Ebene, vgl. Art. 5 Abs. 2 EG). Nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung sollen EG-ausländische Waren und Leistungen auf ihrem Zielmarkt mit heimischen Waren und Leistungen unter gleichen Bedingungen kon-

⁵⁵⁸ EuGH, Slg. 1979, 649, Rn. 8 ff.

⁵⁵⁹ Sog. „neuer Ansatz“, s. Weißbuch, aaO (Fn. 557); seither auch erster Bericht der Kommission vom 13.07.1999 an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in den Waren- und Dienstleistungsmärkten, SEK (1999), 1106/endg., S. 1 ff., bzw. zweiter Zweijahresbericht der Kommission vom 23.07.2002 an den Rat, das Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Binnenmarkt, KOM (2002), 419/endg., S. 5 ff.; aus der Literatur z.B. *T. Bruha*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZaöRV 46 (1986), S. 1 (2, 6 ff.); *M. Seidel*, aaO (Fn. 125), S. 15 f.; *J. Sedemund*, „Cassis de Dijon“ und das neue Harmonisierungskonzept der Kommission, in Schwarze (Hrsg.), *Der Gemeinsame Markt*, 1987, S. 37 ff.; vgl. jüngst auch RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl.EG 2005, Nr. L 255/22 und in diesem Zshg. *M. Henssler*, *Der Richtlinienvorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen*, EuZW 2003, S. 229 ff.

⁵⁶⁰ KOM, 1985, 310/endg., S. 17; *M. Henssler*, EuZW 2003, S. 229 (229).

⁵⁶¹ *H. Matthies*, *Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG*, in Baur u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff*, 1990, S. 1287 (1289).

kurrieren können. Das bedeutet für den Zielstaat, dass er diese ohne vorherige Rechtsangleichung und vorbehaltlich „zwingender Erfordernisse“ i.S.d. *Cassis-*, bzw. *van Binsbergen*-Rechtsprechung auf seinem Heimatmarkt anerkennen muss⁵⁶², auch wenn sich ihre Bestandteile bzw. die zugrunde liegenden Qualifikationen und Kontrollen nicht vollumfänglich mit den heimischen decken⁵⁶³. Dadurch werden im Wesentlichen die ungleichen Wettbewerbsbedingungen für Anbieter aus anderen EU-Staaten, die sich vielfach den rechtlichen Anforderungen sowohl des Herkunfts- als auch des Zielstaates stellen müssen, beseitigt.

Insofern hat das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung neben der freiheitlichen auch eine gleichheitsrechtliche Dimension, die freilich Hoheitsbefugnisse des Aufnahmestaates unangetastet lässt. Wie der Name bereits impliziert, setzt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung einen – wenn auch konkludenten⁵⁶⁴ – Anerkennungsakt des Vermarktungsstaates voraus. Regelmäßig wird sich dieser bei Vorliegen eines Anerkennungstatbestandes zwar allein im pflichtgemäßen Anwendungsverzicht des nationalen Verwaltungsrechts manifestieren. Gerade deshalb lässt sich jedoch nur schwerlich auf die Rechtsfigur des „transnationalen Verwaltungsaktes“⁵⁶⁵, die insoweit zu gegenteiligen Ergebnissen gelangt, schließen. An ihr ist zwar richtig, dass eine Prüfungs- und Verwerfungspflicht der Zielstaatsbehörden am Maßstab der eigenen Rechtsordnungen auf die Nichtanerkennung der Zulassung aus Gemeinwohlgründen beschränkt ist

⁵⁶² Anerkannt wird genau genommen nicht das Produkt selbst, sondern die dieses zulassende Verwaltungsentscheidung des Herkunftsstaates; in welcher Form diese ergeht, hängt vom jeweiligen nationalen Recht ab; in Deutschland geschieht dies in Form eines Verwaltungsaktes.

⁵⁶³ KOM, aaO (Fn. 559); *W. Kluth/F. Rieger*, *GewArch* 2006, S. 1 (1); *C. Joerges*, Die Verwirklichung des Binnenmarktes und die Europäisierung des Produktsicherheitsrechts, in Baur u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff*, 1990, S. 1247 (1254).

⁵⁶⁴ *S. Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, S. 36; *W. Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Rn. 173; *H. Matthies*, in *FS-Steindorff*, 1990, S. 1287 (1294).

⁵⁶⁵ Vgl. *V. Neßler*, *Der transnationale Verwaltungsakt*, *NVwZ* 1995, S. 863 ff.; *M. Ruffert*, *Der transnationale Verwaltungsakt*, *Die Verwaltung*, 34 (2001), S. 453 ff.

(*Cassis-Doktrin*⁵⁶⁶). Der EG-ausländische Verwaltungsakt wirkt deshalb aber nicht aus sich heraus über die Grenzen hinweg⁵⁶⁷. Das Institut des transnationalen Verwaltungsaktes verkennt die aufgrund EG-Rechts bestehende normative Dreieckskonstellation in Anerkennungsfällen und verkürzt diese auf eine bilaterale Normenkollision. Das ist aber unzulässig, nachdem bei divergierenden Standards das Gemeinschaftsrecht selbst (wenn nicht durch Sekundärrecht, dann in Form der Grundfreiheiten) und nicht etwa die Zulassungsentscheidung des Herkunftsstaates die Lösung einer Normenkollision abverlangt, die sich an den Voraussetzungen der Anerkennungspflicht orientiert⁵⁶⁸.

Von derartigen rechtlichen „Feinheiten“ unbeeindruckt, sieht sich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung politisch in der Einheitlichen Europäische Akte vom 28.02.1986⁵⁶⁹ (EEA) fortgeführt. Die EEA hat sich durch das Weißbuch der Kommission inspirieren lassen und in ihrem Art. 13 die Einführung eines Art. 8a EWG (inzwischen Art. 14 Abs. 1 EG n.F.) vorgesehen, der die Staaten der Gemeinschaft seither auf die Vollendung eines *Binnenmarktes* als einen „Raum ohne Binnengrenzen“ verpflichtet. Die Frage, welche (zusätzlichen) normativen Vorgaben sich aus dem Rechtsbegriff des Binnenmarktes, insbesondere nach Abgleich mit demjenigen des Gemeinsamen Marktes, im Einzelnen entwickeln lassen, ist in der Literatur bis heute umstritten⁵⁷⁰. Sie resultiert nicht zuletzt aus der Tatsache, dass der Vertrag sich einer Definition des parallel existie-

⁵⁶⁶ Dazu oben, Fn. 456.

⁵⁶⁷ S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 36.

⁵⁶⁸ S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 35 ff.

⁵⁶⁹ ABl. EG 1987, Nr. L 169/1; dazu generell C.-D. Ehlermann, The internal market following the Single European Act, CMLRev. 24 (1987), S. 361 ff.

⁵⁷⁰ Ungeklärt ist v.a., ob der Begriff des Binnenmarktes *weiter* („Erweiterungstheorie“), *enger* („Einschränkungstheorie“), oder *gleichbedeutend* („Synonymitätstheorie“) mit dem des Gemeinsamen Marktes ist, was etwa für die kompetenzielle Abgrenzung zwischen Art. 94 und 95 EG von praktischer Bedeutung ist, vgl. im Überblick W. Kahl, in Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 14 EGV, Rn. 8 ff.; ausführlich S. O. Hödl, aaO (Fn. 541), S. 50 ff. und A. Mühl, aaO (Fn. 427), S. 122 ff.

renden (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. h), 94 EG) Begriffs des Gemeinsamen Marktes enthält und insofern mehrere Interpretationsansätze im Rahmen der Legaldefinition des Art. 14 Abs. 2 EG erlaubt (mit Ausnahme wohl eines synonymen, wie die Koexistenz der Begrifflichkeiten beweist⁵⁷¹). So existieren einige Urteile des EuGH, denen sich durchaus entnehmen lässt, dass er den Binnenmarkt als eine höhere Integrationsstufe im Vergleich zum Gemeinsamen Markt einschätzt, nachdem es bei der Errichtung des Gemeinsamen Marktes lediglich um „die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt“ gehe, dessen Bedingungen „denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes *möglichst nahe* kommen⁵⁷².“ Im Urteil „Titanoxid“⁵⁷³ hat der EuGH sogar ausdrücklich ein System unverfälschten Wettbewerbs zu den konstitutiven Elementen des Binnenmarktes gerechnet, obwohl die Umschreibung des Binnenmarktes in Art. 14 Abs. 2 EG lediglich die Grundfreiheiten anspricht, nicht jedoch die vom Vertrag ebenfalls umschlossenen Elemente eines Schutzsystems gegen Wettbewerbsverfälschungen und der Koordination mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitiken⁵⁷⁴. Vor diesem Hintergrund läge es auf den ersten Blick näher, im Binnenmarkt lediglich eine Teilmenge des Gemeinsamen Marktes zu sehen, der diese Bereiche unzweifelhaft umspannt⁵⁷⁵.

Man wird aus dem Wortlaut der Norm eine tatbestandliche Verengung des Integrationsziels im Binnenmarktkonzept jedoch nicht ableiten können. Denn Art. 14 Abs. 2 EG zielt in demselben gerade auf die Gewährleistung der Grundfreiheiten „gemäß“ den Bestim-

⁵⁷¹ A.A. A. Hatje, in Schwarze, Art. 14 EGV, Rn. 7 und G. Nicolaysen, Europarecht II, S. 32 ff. als Vertreter der Synonymitätstheorie.

⁵⁷² EuGH, Slg. 1982, 1409, Rn. 33 („Gaston Schul“); Slg. 1979, 3247, Rn. 8 („Zollagenten“); Slg. 1994, I-1829, Rn. 19 (Frankreich ./ Kommission) – Hervorhebung durch den Verfasser.

⁵⁷³ EuGH, Slg. 1991, I-2867, Rn. 14 (Kommission ./ Rat).

⁵⁷⁴ Ablehnend dieser Rspr. gegenüber deshalb A. Epiney, Gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutz und Verwirklichung des Binnenmarktes, JZ 1992, S. 564 (567).

⁵⁷⁵ R. Streinz, Europarecht, Rn. 914; C. Zacker, Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt – Zwei Begriffe desselben Inhalts?, RIW 1989, S. 489 (490).

mungen dieses Vertrages, also unter den Bedingungen aller sonstigen Vertragsvorschriften, auch derjenigen betreffend ein Systems des unverfälschten Wettbewerbs und die Koordinierung der sonstigen Politiken der Mitgliedstaaten⁵⁷⁶. Aus diesem Grunde definiert Art. 14 Abs. 2 EG den Binnenmarkt als einen „Raum *ohne* Binnengrenzen“ und spricht die vorerst gescheiterte Europäische Verfassung einheitlich nur von dem Begriff des Binnenmarktes. Das weite Binnenmarktverständnis des Gerichts wird demnach durchaus vom Vertragstext getragen, der in Art. 14 Abs. 2 EG darauf hindeutet, dass die bisherigen Ziele des Gemeinsamen Marktes „radikalisiert“ wurden, indem nunmehr der Abbau *aller* Binnengrenzen Programm wurde⁵⁷⁷. Ein Programm, das nicht zuletzt Antrieb der Regierungskonferenz zu Art. 8 a EWG a.F. gewesen sein dürfte, die sich ihrerseits auf das Weißbuch der Kommission über die Vollendung des Binnenmarktes berief und der wohl kaum zu unterstellen ist, dass sie in puncto ökonomischer Integration einen freiwilligen Rückschritt intendiert hätte⁵⁷⁸. Das aber wäre Folge der Einschränkungstheorie.

Folgt man dieser Sichtweise⁵⁷⁹, so bedürfen im Rahmen der hier besprochenen Begriffsbildung schließlich diejenigen Strömungen innerhalb der Literatur näheren Hinsehens, die den Binnenmarkt – im Einklang mit dem EuGH – als die höhere Integrationsstufe ansehen, um diese ihrerseits durch die konsequente Umsetzung des Herkunfts-

⁵⁷⁶ P. C. Müller-Graff, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 24 (1989), S. 107 (123 f.); *ders.*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, in Hatje (Hrsg.), Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe, EuR Beiheft 1/2002, S. 7 (17).

⁵⁷⁷ E. Grabitz/A. v. Bogdandy, Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt, JuS 1990, S. 170 (175); A. v. Bogdandy, in Grabitz/Hilf, Art. 14 EG, Rn. 7 ff.

⁵⁷⁸ I.E. ebenso N. Reich, Binnenmarkt als Rechtsbegriff, EuZW 1991, S. 203 (207 ff.); M. Dausen, Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, EuZW 1990, S. 8 (10); E. Grabitz/A. v. Bogdandy, JuS 1990, S. 170 (173 ff.); P. C. Müller-Graff, EuR 24 (1989), S. 107 (123 ff.); *ders.*, in Hatje (Hrsg.), EuR Beiheft 1/2002, S. 7 (17); W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 14 EGV, Rn. 11; E. Grabitz, in FS-Steindorff, 1990, S. 1229 (1231 f.); C.-D. Ehlermann, CMLRev. 24 (1987), S. 361 (370 f., 399).

⁵⁷⁹ A. Mühl, aaO (Fn. 427), S. 122 ff.; vgl. zur Verfassungsentwicklung nunmehr auch die Vertragsreform durch den EU-Gipfel am 21. und 22.06.2007 in Brüssel.

landprinzips zu kennzeichnen⁵⁸⁰. Dies legt die Schlussfolgerung nahe, der Gemeinsame Markt, als die dann niedrigere Integrationsstufe, sei lediglich dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung verpflichtet. Es schwingt mithin im integrationspolitischen Übergang vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt gleichsam ein rechtliches Rangverhältnis der beiden Prinzipien mit. Damit kommt es aus hiesiger Sicht auf die jeweilige Liberalisierungsintensität der beiden Prinzipien an. Fraglich ist, ob das Herkunftslandprinzip im Binnenmarkt strengere Maßstäbe an lokale Teilrechtsordnungen anlegt, als das im Gemeinsamen Markt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung tut (3).

Außer Frage steht derweil, dass mit der EEA jedenfalls das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf die Ebene der im Rat vertretenen Mitgliedstaaten transferiert wurde, wo es politisch – trotz mancher Bedenken⁵⁸¹ – als ein den Grundfreiheiten des EG-Vertrages inhärentes Prinzip anerkannt wurde. Ein Prinzip, welches den verfolgten Binnenmarkt gerade auszeichnet, jedenfalls solange dieser auf die Verwirklichung der Grundfreiheiten bezogen ist.

3 Vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zum Herkunftslandprinzip

Zum Zwecke der inhaltlichen Unterscheidung des Herkunftslandprinzips vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung lässt sich zunächst auf Thesen des Wissenschaftlichen Beirats bei dem Bundesministerium für Wirtschaft aus dem Jahre 1986 verweisen, die den Binnenmarkt – soweit es ihm um die Realisierung der Grundfreiheiten geht – zum Herkunftslandprinzip verdichten⁵⁸². Das Herkunftslandprinzip besagt, dass ein Mitgliedstaat den Verkauf eines in einem

⁵⁸⁰ J. Pipkorn/A. Bardenhewer-Rating/H. Taschner, in von der Groeben/Schwarze, Art. 14 EG, Rn. 30.

⁵⁸¹ Dazu U. Everling, Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, in Liber Amicorum Pierre Pescatore, 1987, S. 227 (238).

⁵⁸² Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, Stellungnahme vom 22.02.1986 zum Weißbuch der EG-Kommission über den Binnenmarkt, Bonn 1986; vgl. dazu C. Joerges, in FS-Steindorff, 1990, S. 1247 (1254 ff.).

anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellten und in den Verkehr gebrachten Produktes (Ware oder Dienstleistung⁵⁸³) grundsätzlich nicht verbieten kann, auch wenn dieses Produkt nach anderen technischen oder qualitativen Vorschriften als den für die inländischen Produkte geltenden Vorschriften hergestellt worden ist⁵⁸⁴. Grund dafür ist die Vermutung *funktionaler* Äquivalenz zugunsten qualitätsstiftender Standards in den Mitgliedstaaten⁵⁸⁵. In Folge dieser Vermutung kann ein Produkt (oder Wirtschaftssubjekt), das von einem Mitgliedstaat auf den Markt entlassen wird, so grundsätzlich auch allen anderen Märkten der Gemeinschaft zugemutet werden⁵⁸⁶. Hierin liegt die Kernidee eines Wirtschaftsraumes „ohne“ Binnengrenzen (Art. 14 Abs. 2 EG), nämlich Freiheit und Gleichheit für jeden Marktteilnehmer, der auf Basis und im Einklang mit seinem Herkunftsrecht agiert. Es ist mithin im Binnenmarkt dem Grunde nach nicht mehr möglich, auf der Beachtung detaillierter technischer, respektive Qualifikationsregeln als Voraussetzung für rechtmäßigen Marktzugang zu beharren. Das ist die Kernaussage des Herkunftslandprinzips.

Angesprochen sind mit der Vermutung funktionaler Äquivalenz der Standards aber gleichzeitig Gesichtspunkte der ökonomischen Effizienz in föderalen Systemen⁵⁸⁷. Das Herkunftslandprinzip beantwortet nämlich – wenigstens dem Grunde nach – auch die Frage, ob die Entscheidung darüber, welches Qualitätsniveau von Gütern und Dienstleistungen sich auf dem europäischen Markt durchsetzt, zentral von Seiten der Gemeinschaft gesteuert werden sollte (Rechtsangleichung), oder aber dezentral auf Ebene der Mitgliedstaaten, regu-

⁵⁸³ Zur Dienstleistungsfreiheit als „Produktverkehrsfreiheit“ zweiter Teil, B., I., 1, c).

⁵⁸⁴ Vgl. nur *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 168; m.w.N. auch oben Fn. 541.

⁵⁸⁵ *U. Haltern*, Europarecht, S. 630 mit Bsp.; ebenso *P. C. Müller-Graff*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 191 und *A. Ihms*, Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung, Diss. 2005, S. 72 f.

⁵⁸⁶ *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 63; von diesem Grundsatz gehen auch SEK (1999), 1106/endg., S. 1 f. und KOM (2002), 419/endg., S. 5 ff. aus, vgl. oben, Fn. 559.

⁵⁸⁷ Vgl. *C. Joerges*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1247 (1254 f.) und in Ansätzen oben, 2.

liert bzw. selektiert durch die Präferenzen der Konsumenten in den verschiedenen Teilmärkten⁵⁸⁸. Die Antwort fällt, ganz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips des Art. 5 Abs. 2 EG, zugunsten der letzteren Alternative aus, wobei das Herkunftslandprinzip bewusst die innergemeinschaftliche Konkurrenz der Standards fördert, weil es auf die Vorteile „regulativer Konkurrenz“ in dezentralisierten Systemen vertraut⁵⁸⁹. Die damit einhergehenden Vorbehalte gegenüber einer Europäisierung von Produktstandards besagen nun keineswegs, dass der Schutz von (Verbraucher-) Sicherheitsinteressen nicht länger als öffentliche Aufgabe zu gelten hätte. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben haben die Mitgliedstaaten sich aber auf marktkonforme, d.h. auf mildere Maßnahmen als z.B. ein Produktverbot zu beschränken⁵⁹⁰.

Bewusst offen gehalten sei an dieser Stelle noch die Frage, ob die durch das Herkunftslandprinzip entfachte Standardkonkurrenz – am Gemeinwohl gemessen – nicht ebenso gut zu suboptimalen Ergebnissen führen kann. Das wäre der Fall, wenn sich im Wettbewerb stets die niedrigsten Standards durchsetzten (Stichwort: „race to the bottom“⁵⁹¹), was zumindest unter der Annahme sich selbst anhand der Wahlentscheidungen seiner Teilnehmer „reinigender“ Märkte nicht unwahrscheinlich erscheint⁵⁹². Unabhängig von derartigen Be-

⁵⁸⁸ Vgl. *M. Streit*, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozess, in Im-menga u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S. 521 (523).

⁵⁸⁹ Diese richten sich nach amerikanischem Vorbild und können hier nicht im Einzelnen benannt werden; mit den Worten von Justice O'Connor (US Supreme Court) lässt sich aber zusammenfassen: „The federalist structure of joint sovereigns preserves to the people numerous advantages. It assures a decentralised government that will be more sensitive to the diverse needs of a heterogenous society; it increases opportunity for citizen involvement in democratic processes; it allows for more innovation and experimentation in government, and it makes government more responsive by putting the states in competition for a mobile citizenry. Perhaps the principal benefit of a federalist system is a check on the abuses of government power“; zitiert nach *J Snell/M. Andenas*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 69 (89).

⁵⁹⁰ Vgl. *C. Joerges*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1247 (1255).

⁵⁹¹ Dazu E., III.; der wissenschaftliche Beirat verneint das überwiegend, vgl. aaO (Fn. 582); differenzierend *C. Joerges*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1247 (1254 ff.).

⁵⁹² *C. Joerges*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1247 (1255 ff.).

denken kann derweil in Übereinstimmung mit dem Beirat festgehalten werden, dass die Konkurrenz der Standards in jedem Fall zumindest ausschließt, dass unter dem Deckmantel des Gesundheits-, Verbraucher-, oder Umweltschutzes nicht-tarifäre Handelshemmnisse aufrechterhalten werden, die allein partikularen Interessen dienen⁵⁹³.

Eine Europäisierung-, nicht eine Gleichschaltungsfunktion in diesem Sinne übernimmt auch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Inhaltlich unterscheiden sich die beiden Prinzipien mithin kaum⁵⁹⁴; lediglich ihre Perspektive ist eine andere. Indem das Prinzip der gegenseitigen Ankerkennung beim Empfangsstaat ansetzt, suggeriert es diesem, mittels eigenem Anerkennungsakt die Letztentscheidungsgewalt darüber innezuhaben, ob das Herkunftslandprinzip eingreift oder nicht. Das aber entspricht nicht der Realität, sofern das Herkunftslandprinzip dazu führt, dass der Empfangsstaat auf bereits bestehende (Kontroll-) Maßnahmen im Herkunftsland der Ware oder Leistung verwiesen wird. Die Anwendung seiner eigenen Regelung ist in diesem Moment an dieser Stelle schlicht europarechtswidrig, das Europarecht spielt seinen Anwendungsvorrang⁵⁹⁵ aus, eine wie auch immer geartete Form der Anerkennung hat sich anzuschließen⁵⁹⁶. Ein Rangverhältnis besteht mit anderen Worten weniger inhaltlich, als vielmehr hierarchisch, indem das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung Ausdruck des Herkunftslandprinzips ist, nicht aber umgekehrt das Herkunftslandprinzip Ausdruck des Prinzips der ge-

⁵⁹³ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, aaO (Fn. 582), S. 6 f.; anerkennend insoweit auch *C. Joerges*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1247 (1256).

⁵⁹⁴ *W. Kluth/F. Rieger*, GewArch 2006, S. 1 (2); *N. Reich*, RabelsZ 56 (1992), S. 444 (491); *E. Grabitz/A. v. Bogdandy*, JuS 1990, S. 170 (173); weitere Begriffe gleichen Inhalts: „Herkunftsprinzip“ (vgl. erstmals *E. Steindorff*, ZHR 150 (1986), S. 687 (689), ihm folgend *W. Schroeder*, in Streinz, EUV/EGV, Art. 28 EGV, Rn. 74); „Herkunftsstaatsprinzip“ (vgl. *M. Dausen*, EuZW 1990, S. 8 (10)); „Ursprungslandprinzip“ (vgl. *U. Schliesky*, DVBl. 2005, S. 887 (888)); letzterer Begriff wird zum Teil allerdings für ungenau gehalten, s. *M. Blasi*, aaO (Fn. 541), S. 7.

⁵⁹⁵ Grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251, 1271 („Costa/ENEL“), vgl. zweiter Teil, B., IV., 1, m.w.N. in Fn. 432.

⁵⁹⁶ Dazu oben, 2, Fn. 563, 564.

genseitigen Anerkennung⁵⁹⁷. Das Herkunftslandprinzip kann vor diesem Hintergrund mit Fug und Recht als *Kennzeichen* des Binnenmarktes verstanden werden⁵⁹⁸.

Im Übrigen lassen sich beide Prinzipien rechtshistorisch anhand ihrer Verwurzelung in der europäischen Integrationsgeschichte parallelisieren, wird eine klare Unterscheidung nur allzu häufig für überflüssig gehalten⁵⁹⁹, ohne dass nennenswerte Fehleinschätzungen die Folge wären. Inhaltlich steht jedes Mal die Öffnung der nationalen Teilmärkte für marktfremde Produkte, nicht jedoch die Gleichschaltung zweier Rechtsordnungen im „Verdoppelungsfall“ im Vordergrund⁶⁰⁰.

4 Ein neuer „neuer Ansatz“⁶⁰¹?

Da erscheinen neuere Strömungen innerhalb der Europäischen Kommission, die darauf hindeuten, dass das Herkunftslandprinzip anlässlich der ehrgeizigen Zielsetzungen von Lissabon⁶⁰² eine neue Prägung erhalten soll, umso bemerkenswerter. So hat die Kommission jüngst das Herkunftslandprinzip speziell im Umfeld der Dienstleistungsfreiheit zu greifen versucht⁶⁰³ und angesichts der Bedeutung des Dienstleistungssektors für Wachstum und Beschäftigung im europäischen Binnenmarkt⁶⁰⁴ versucht, letzteren von zusätzlichem

⁵⁹⁷ Ebenso U. Haltern, *Europarecht*, S. 630.

⁵⁹⁸ E. Steindorff, ZHR 150 (1986), S. 687 (689); E. Grabitz/A. v. Bogdandy, JuS 1990, S. 170 (173 ff.); E. Grabitz, in FS-Steindorff, 1990, S. 1229 (1231 f.); M. Dausen, EuZW 1990, S. 8 (10); vgl. neuerdings auch W. Kluth/F. Rieger, *GewArch* 2006, S. 1 (2).

⁵⁹⁹ Vgl. nur C. Joerges, in FS-Steindorff, 1990, S. 1247 (1254).

⁶⁰⁰ Vgl. zur „Verdoppelung“ der Rechtsordnungen im Falle des Grenzüberschritts oben, 1.

⁶⁰¹ Zum sog. neuen Ansatz im Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes oben, 2, m.w.N. in Fn. 559.

⁶⁰² Zur sog. Lissabon-Strategie, die Europa bis 2010 zum wettbewerbsfähigsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt machen soll, s. erster Teil, A., I.

⁶⁰³ Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine „Dienstleistungsrichtlinie“, aaO (Fn. 10); zumindest formell davon abgerückt nunmehr aber Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006, aaO (Fn. 3).

⁶⁰⁴ Zahlen oben, erster Teil, A., I.

„Souveränitätsballast“ der Mitgliedsstaaten zu befreien. Dazu hat sie das Herkunftslandprinzip flächendeckend angeordnet und inhaltlich derart akzentuiert, dass im Ergebnis zwar nicht Identität, wohl aber tatsächliche inhaltliche Gleichwertigkeit mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften im Sinne einer Mindestharmonisierung notwendig vorausgesetzt werden muss⁶⁰⁵. Folgende normative Überlegungen der Kommission bieten die Grundlage für diese Akzentverschiebung⁶⁰⁶:

- (1) *Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Vorschriften ihres Herkunftsmitgliedstaats unterfallen (...).*
- (2) *Der Herkunftsmitgliedstaat ist dafür verantwortlich den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, auch wenn er diese in einem anderen Mitgliedstaat erbringt.*
- (3) *Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Dienstleistungen, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden nicht (...) einschränken (...).*

Begreift man diese sekundärrechtlich-imperativen Anordnungen als Erkenntnisquelle, so lässt sich anhand ihrer dreier Grundaussagen bereits ein recht gutes Verständnis für die Konzeption des Herkunftslandprinzips im Primärrecht sowie, im Abgleich dazu, in der Neuentwicklung durch die Kommission gewinnen. So kann man festhalten, dass das Herkunftslandprinzip in weiten Teilen mit der durch die Rechtsprechung vorgenommenen und von der Literatur größtenteils zustimmend rezipierten Neujustierung der Grundfreiheiten hin zu auch „absoluten“ Freiheitsrechten einhergeht (Absatz 3)⁶⁰⁷. Davon ist im Speziellen die Dienstleistungsfreiheit betroffen⁶⁰⁸. Zu konstatieren ist darüber hinaus, dass es offensichtlich ganz wesentlich darauf

⁶⁰⁵ Ebenso *W. Kluth/F. Rieger*, *GewArch* 2006, S. 1 (2; 6).

⁶⁰⁶ Vgl. Kommission, aaO (Fn. 10).

⁶⁰⁷ *W. Frenz*, *Hdb. Europarecht*, Rn. 164; m.w.N. zweiter Teil, B., IV., 3.

⁶⁰⁸ Dazu dritter Teil, B., IV., 3, Fn. 455.

ankommen soll, ob die betreffende Dienstleistung in ihrem Herkunftsstaat rechtmäßig erbracht wird (Absatz 2).

Abweichend von der bisherigen Freiheitsdogmatik scheint allerdings die in Absatz 1 zugrunde gelegte Binnenmarktopitik der Kommission: das Herkunftslandprinzip ist hier nicht mehr *Folge* der Unangemessenheit derjenigen Regelung im Zielstaat, der ein Wirtschaftsteilnehmer inhaltsgleich bereits im Herkunftsstaat genügen muss, sondern ihre Unangemessenheit ist richtliniendeterminierter *Ausgangspunkt* im Binnenmarkt und das unabhängig davon, ob sie sich um den Marktzutritt, oder aber das Marktverhalten kümmert⁶⁰⁹. Das ist nicht nur eine Frage der Betrachtungsweise, sondern wirft grundlegende Fragen der Integrationsermächtigung der EU auf, denen vor allem im vierten Teil dieser Arbeit nachzugehen sein wird.

II. Optimierungsgebot als Kennzeichen des unvollkommenen Binnenmarktes

1 Unvollkommener Binnenmarkt⁶¹⁰

Derweil ist die Legitimation des Herkunftslandprinzips als ökonomisches Kennzeichen des Binnenmarktes im Sinne von Art. 14 EG evident: ein gemeinsamer Wirtschaftsraum verschiedener Nationalstaaten setzt voraus, dass politische Grenzen juristisch „wegdefiniert“ werden, damit ökonomisch ein „Raum ohne Binnengrenzen“ entsteht. Gemäß dem Herkunftslandprinzip dürfen demnach die Anbieter von Waren und Dienstleistungen beim grenzüberschreitenden Verkehr nicht unterschiedlichen bzw. zusätzlichen Anforderungen in allen Staaten unterworfen werden, in die hinein sie leisten oder in denen sie tätig werden wollen. Solche zusätzlichen Anforderungen sind im Binnenmarkt überflüssig, falls ihr thematischer Gehalt sich

⁶⁰⁹ Zu dieser durch das *Keck*-Urteil, EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 14 ff. („Keck und Mithouard“), eingeführten Unterscheidung bereits zweiter Teil, B., IV., 2., e), sowie ausführlich nachfolgend, B., III., 2., c).

⁶¹⁰ Vgl. zum unvollkommenen europäischen Binnenmarkt auch B., III., 2., c) und 6.

in einer Materie erschöpft, die bereits dem Gesetzgeber des Herkunftsstaates gleichermaßen regelungsbedürftig erschien⁶¹¹. Gleichzeitig entspricht das Herkunftslandprinzip einem Verständnis, demzufolge insbesondere auch die Dienstleistungsfreiheit gleichermaßen Rechte für die Empfänger von Dienstleistungen begründet, indem diese Zugang zu der Vielfalt europäischer Angebote erhalten⁶¹².

All das darf derweil nicht darüber hinwegtäuschen, dass Europa rechtlich mehr als nur ein Binnenmarkt ist. Das „Projekt Europa“ ist spätestens mit der am 01.11.1993 begründeten Europäischen Union über das Stadium einer reinen Freihandelszone und Zollunion hinausgewachsen und zur politischen Union gereift. Ein ökonomisches Junktim im obigen Sinne ist von daher verkürzt und nicht geeignet, den europäischen Binnenmarkt vollständig zu erklären. Denn selbst wenn man nur auf das Marktgeschehen abstellen wollte, ließen sich die damit verbundenen Lebensvorgänge und Ordnungsimplicationen nicht isolieren⁶¹³. Vielmehr kann und muss der europäische Binnenmarkt auf Grundlage eines komplexen Staatenverbundes⁶¹⁴, der als Einheit von der Vielfalt seiner Rechtsordnungen und -kulturen

⁶¹¹ E. Grabitz, in FS-Steindorff, 1990, S. 1229 (1232); P. Behrens, EuR 27 (1992), S. 145 (156); M. Hoffmann, aaO (Fn. 135), S. 56 spricht vom Verbot mehrfachbelastender Verkehrsfähigkeitsvorschriften wie im Bereich des freien Warenverkehrs das deutsche Reinheitsgebot für Bier.

⁶¹² KOM, aaO (Fn. 559); E. Steindorff, ZHR 150 (1986), S. 687 (689); W. Kluth/F. Rieger, GewArch 2006, S. 1 (2); kritisch N. Reich, EuZW 1991, S. 203 (206); S. O. Hödl, aaO (Fn. 541), S. 52 f.

⁶¹³ S. O. Hödl, aaO (Fn. 541), S. 55.

⁶¹⁴ Grundlegend BVerfGE 89, 155, 190 („Maastricht“); dazu P. Kirchhof, Das Maastricht Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in Hommelhoff/ders. (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 11 (15 ff.); ders., Der Verfassungsstaat und seine Mitgliedschaft in der Europäischen Union, in Classen u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Thomas Oppermann, 2001, S. 201 (203 f.); G. Nicolaysen, Der Unionsvertrag als Integrationsverfassung, ebd., S. 187 ff.; G. Hirsch, EG: Kein Staat aber eine Verfassung?, NJW 2000, S. 46 ff.; aus neuerer Zeit auch. R. Scholz, Deutschland – In guter Verfassung?, 2004, S. 3, 11ff. und 42 ff.; C. Schönberger, Die Europäische Union als Bund, AöR 129 (2004), S. 81 ff.; vgl. i.Ü. vierter Teil, D., I. und V., 2., c), bb).

lebt⁶¹⁵, in bestimmten Bereichen nationalstaatliche Souveränitätsvorbehalte akzeptieren, auch, wenn diese den Freihandel behindern. Das nationale Recht ist, um mit den Worten *W. Oderskys*⁶¹⁶ zu sprechen, „wesentlicher Teil der jeweiligen Landeskultur und damit für den Menschen Teil seines Heimatgefühls“.

2 Optimierungsgesetz

Dies vorweggeschickt, befindet sich das Herkunftslandprinzip scheinbar in der europarechtlichen Zwickmühle. Es darf einerseits die Uneinheitlichkeit des Sachrechts im europäischen Wirtschaftsraum nicht überspielen, indem es sich, verwandt als ideologisch verblendetes Integrationsvehikel, zum Kriterium für die Auswahl der maßgeblichen Rechtsordnung aufschwingt⁶¹⁷. Schon gar nicht darf es zur Geltung ausländischen Rechts im Inland und damit zu in sich verschiedenen Rechtsordnungen innerhalb eines Mitgliedstaates führen⁶¹⁸. Dagegen streitet die Neutralität der (Teil-) Rechtsordnungen im supranationalen Staatenverbundsystem. Andererseits darf es nicht seines liberalisierenden Effekts beraubt werden. Dagegen streitet die Idee des Binnenmarktes.

Das Herkunftslandprinzip muss sich also um einen Ausgleich zwischen dem Leitziel „Binnenmarkt“ (vgl. Art. 2 EU, sowie Art. 2, 3 lit. c) und 14 EG⁶¹⁹) und den rechtlichen Mitteln bzw. Grenzen, wie

⁶¹⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV: „Die Europäische Union achtet die Identität ihrer Mitgliedstaaten“ und Art. 151 Abs. 1 EGV: „Die Union leistet einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt“; vgl. auch Art. 5 EG (Subsidiarität).

⁶¹⁶ *Ders.*, Vertrauen in die Rechtsordnungen der EU, in Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, Bd. II, S. 1001 (1013).

⁶¹⁷ Das Herkunftslandprinzip ist kein Kollisionsprinzip im internationalprivatrechtlichen Sinne, näher dazu E., II.; so nunmehr auch RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3); zumindest missverständlich aber der ursprüngliche Entwurf der Kommission, dazu *O. Deinert*, EWS 2006, S. 445 ff.

⁶¹⁸ Was es freilich in seiner primärrechtlichen Ausgestaltung auch nicht tut, vgl. *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 169 und nachfolgend B.

⁶¹⁹ Obschon als Mittel zum Zweck ausgestaltet, ist auch Art. 3 EG eine Vertragszielbestimmung i.w.S., nachdem das Verhältnis zwischen Ziel und Mittel im EG-

sie der EG-Vertrag hergibt, bemühen. Das tut es im Gemeinschaftsrecht, indem es im Einklang mit der dynamischen Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 Abs. 2 EG steht⁶²⁰. Gerade weil die systematische sekundärrechtliche Reglementierung auf Gemeinschaftsebene (Positivintegration), zumal im Dienstleistungssektor, schwerfällig, ja nahezu unmöglich erscheint, sorgt das Herkunftslandprinzip für eine stärkere Beachtung der örtlichen, regionalen und nationalen Traditionen⁶²¹. Es trägt dazu bei, die Vielfalt der auf die Märkte drängenden Dienstleistungen zu wahren, indem die einmalige Konzeption eines Geschäftsmodells nach heimischen Standards und Traditionen im Regelfall ausreicht und verwirklicht so das jüngst in globalem Zusammenhang entwickelte „Glokalisierungsmodell“⁶²²: Marktöffnung und lokale Basis werden dergestalt verbunden, dass auch in einem entgrenzten Europa nationale und regionale Unterschiede bestehen bleiben. Oder mit den Worten des Philosophen *G. Hegels*⁶²³ gesprochen: Globalität emergiert im Zusammenhang mit Lokalität, Universelles und Partikulares bedingen sich gegenseitig.

Im per definitionem unvollkommenen europäischen Binnenmarkt ist das Herkunftslandprinzip ergo Prinzip im eigentlichen Sinne⁶²⁴. Im Terminus „Prinzip“ ist ein Ausgleich widerstreitender Interessen im Binnenmarkt bereits begrifflich angelegt. Prinzipien zeichnen sich

Vertrag relativ zu bestimmen ist, vgl. EuGH, Slg. 1973, 215, Rn. 23 f. (Europemballage) und *J. Ukrow*, in Calliess/Ruffert, Art. 3 EGV, Rn. 1.

⁶²⁰ Ebenso *W. Kluth/F. Rieger*, GewArch 2006, S. 1 (2).

⁶²¹ KOM, aaO (Fn. 559), S. 4; *A. Mattera*, Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales, RMUE 2 (1998), S. 5 ff.

⁶²² Vgl. im Einzelnen: *C. Böhret*, Glokalisierung: Anmerkungen zur Staatsfunktion in einer Übergangsgesellschaft, in Knödler/Stierle (Hrsg.), Globale und monetäre Ökonomie, Festschrift für Dieter Duwendag, 2003, S. 317 ff; sowie *ders./C. Brenski*, Der Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie: Intentionen, Entwicklungslinien, Ziel-system, in *ders./Grunow/Ziekow* (Hrsg.), Der Vorschlag zu einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Speyerer Forschungsberichte 241, S. 9 (10).

⁶²³ *G. Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, 1970.

⁶²⁴ Der Begriff des Prinzips wird hier in dem von *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 71 ff. gebrauchten Sinne als Optimierungsgebot herangezogen; zur Einordnung der Vertragsziele und der aus ihnen ableitbaren Rechtssätze (hier des Herkunftslandprinzips) bereits zweiter Teil, A.

gerade dadurch aus, dass der Grad ihrer Realisierung, der Bereich des rechtlich Möglichen, durch gegenläufiger Prinzipien, hier also durch das *Bestimmungslandprinzip* begrenzt wird⁶²⁵. Zwischen den Mitgliedstaaten sucht das Herkunftslandprinzip demnach die europaweite (in der Sprache *Hegels*: universelle) Vermarktungsfähigkeit von Produkten *bestmöglich*, d.h. soweit es die Neutralität der partikularen Rechtsordnungen erlaubt, zu erreichen. Der Binnenmarktzweck heiligt mit anderen Worten nicht die Integrationsmittel. Würde das Herkunftslandprinzip nicht durch das Bestimmungslandprinzip eingegrenzt, würden gewissermaßen die Mitgliedstaaten und ihr Recht unter dem Vorwand des Art. 14 Abs. 2 EG gegeneinander ausgespielt. Das Herkunftslandprinzip ist deshalb *Optimierungsgebot* des unvollkommenen Binnenmarktes.

III. Begriffsverständnis und Begriffsbildung in der Literatur

Die eigenständige Erörterung des Herkunftslandprinzips in der Literatur hat *E. Steindorff*⁶²⁶ initiiert. Er darf mit Fug und Recht als der Vater der hier besprochenen Begriffsbildung bezeichnet werden. Sein Verdienst besteht in diesem Zusammenhang darin, den Übergang vom Bestimmungs- zum Herkunftslandprinzip in der Rechtsprechung des EuGH⁶²⁷ dogmatisch mit dem Begriffspaar des Gemeinsamen Marktes und des Binnenmarktes verknüpft, und damit der Entwicklung der grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote zu auch Beschränkungsverboten einen „dritten Akt“ – das Herkunftslandprinzip – hinzugefügt zu haben.

An Hinweisen auf das Herkunftslandprinzip fehlt es seither nicht. Nicht selten wird das Prinzip unter Verweis auf die einschlägige

⁶²⁵ Theoretisch: *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 76; konkret für das Herkunftslandprinzip: *S. O. Hödl*, aaO (Fn. 541), S. 47 („Wechselspiel“), S. 55 ff.

⁶²⁶ *E. Steindorff*, ZHR 150 (1986), S. 687 (689).

⁶²⁷ Vgl. zweiter Teil, B., IV. und oben, Fn. 543, sowie *P. M. Huber*, Das Recht der Europäischen Integration, § 17, Rn. 34 ff.

Rechtsprechung des EuGH vorausgesetzt⁶²⁸. Ausführlichere Veröffentlichungen zum Thema stammen dagegen häufig aus der Feder international-privatrechtlicher Autoren⁶²⁹, denen es naturgemäß vorrangig um die Vereinbarkeit staatlicher Privatrechtssetzung mit dem Europarecht und nicht (wie hier), um einen Beitrag zu Inhalt und Reichweite, sowie um die Wirkung des Europarechts auf das öffentliche Recht geht. Wohl vor diesem Hintergrund ist zu erklären, warum in Verkennung des spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Hintergrunds der Grundfreiheiten und unter Rückgriff auf „bekannte“ international-privatrechtliche Grundsätze dem Herkunftslandprinzip gelegentlich sachnormverweisende Funktion zugeschrieben wird⁶³⁰. Wie *M. Hoffmann*⁶³¹ aber zutreffend erkennt, führt die rechtliche Verpflichtung auf den Binnenmarkt lediglich dazu, dass eine Verweisung auf die Sachnorm des Herkunftslandes *Folge* „der dem einzelnen Mitgliedstaat im Einzelfall entzogenen Befugnis, einen Sachverhalt eigener (aus der Sicht des zwischenstaatlichen Verkehrs mehrfacher) Regelung zu unterwerfen“ ist, nicht Ausgangspunkt.

Schließlich gibt es Stellungnahmen, die zwar in Anerkennung dieses Unterschieds operieren, deren eigentliches Anliegen jedoch in der Untersuchung von Partikularproblemen⁶³² oder aber in der dogmatischen Aufarbeitung der Grundfreiheiten anhand von – häufig dem deutschen Rechtsverständnis entliehenen – ähnlichen Strukturelementen im Sinne einer Konvergenz der Grundfreiheiten, nicht jedoch in der Bewältigung des Herkunftslandprinzips im Speziellen

⁶²⁸ Z.B. *E. M. Kieninger*, EWS 1998, S. 277 (278) unter Verweis auf EuGH, Slg. 1979, 649, Rn. 14 („Cassis de Dijon“); zur DLF ebenso *P. M. Wiesner/D. Wiedmann*, Die Dienstleistungsrichtlinie – Marktöffnung oder Abschottung?, ZIP 2005, S. 1210 (1212), unter Verweis auf u.a. EuGH, Slg. 1991, I-4221 („Säger“).

⁶²⁹ *W. Drasch*, aaO (Fn. 541), S. 25 ff.; *S. O. Hödl*, aaO (Fn. 541), S. 52 ff.; *A. Grandpierre*, aaO (Fn. 541), S. 57 ff.; *P. von Wilmsky*, *RabelsZ* 62 (1998), S. 1 (11 ff.); *J. Basedow*, *RabelsZ* 59 (1992), S. 1 (7, 12 ff.).

⁶³⁰ *W. Drasch*, aaO (Fn. 541), S. 238 ff.; zur sachnormverweisenden Gestalt von Kollisionsnormen generell *H. J. Sonnenberger*, in *MüKo BGB*, Bd. 10, Einleitung IPR, Rn. 436; zum Ganzen ferner E., II.

⁶³¹ *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 59.

⁶³² *M. Blasi*, aaO (Fn. 541), S. 45 ff. und 275 ff.

zu suchen ist⁶³³. Grund genug für die vorliegende Arbeit, einen neuen Ansatzpunkt zu wählen und das Herkunftslandprinzip nach den Vorgaben der *Alexyschen* Prinzipienlehre aufzuarbeiten⁶³⁴.

⁶³³ *H. D. Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 30 (1995), S. 202 (216 f.); *ders.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 35 (2000), S. 705 (722); *P. Behrens*, EuR 27 (1992), S. 145 (156 ff.); ausgehend von der Konvergenz der Grundfreiheiten auch *M. Eberhartinger*, EWS 1997, S. 43 ff. und *A. Thiele*, JA 2005, S. 621 ff.

⁶³⁴ Oben, Fn. 625; ähnlich jüngst auch *W. Kluth/F. Rieger*, GewArch 2006, S. 1 ff.

B. Gemeinschaftsrechtliche Anknüpfungspunkte

I. Vorüberlegungen

Ausgangspunkt aller Überlegungen betreffend die Verortung des Herkunftslandprinzips im Gemeinschaftsrecht ist die Unterscheidung zwischen diskriminierenden (zwischen einheimischen und EG-ausländischen Produkten unterscheidenden) und anderweitig (unterschiedslos) handelsbeschränkenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen⁶³⁵. Das gilt nicht nur für die Feststellung, dass sich in einem Diskriminierungsverbot das Prinzip der Inländergleichbehandlung und damit das *Bestimmungslandprinzip* verwirklicht sieht, während ein allgemein geltendes („absolutes“) Beschränkungsverbot das *Herkunftslandprinzip* zur Folge haben kann. Angesprochen ist in diesem Zusammenhang auch und zuvörderst die dieser Feststellung zugrunde liegende Frage, ab wann – in der Terminologie des Art. 28 EG – eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine explizite Einfuhrbeschränkung vorliegt⁶³⁶, bzw. ab wann – grundfreiheitsneutral ausgedrückt – eine dem Binnenmarktkonzept zuwiderlaufende Beschränkung der gemeinschaftsweiten Handelsströme anzunehmen ist. Damit geht es umgekehrt um die Frage, inwieweit den Mitgliedstaaten der EU Regelungsmöglichkeiten jenseits einer europarechtlichen Legitimationskontrolle ihrer Ziele verbleiben⁶³⁷. Vor diesem Hintergrund erklären sich die zahlreichen Versuche in Literatur und Rechtsprechung, handfeste Kriterien für die Annahme einer Maßnahme gleicher Wirkung zu etablieren⁶³⁸. Denn nur sofern eine solche bejaht wird, ist eine europarechtliche Legitimationskontrolle der verfolgten Ziele angezeigt und zulässig und greift insofern das Herkunftslandprinzip.

⁶³⁵ Dazu zweiter Teil, B., IV.

⁶³⁶ Das Vorliegen der letzteren ist unschwer festzustellen, sein Vorkommen heute unwahrscheinlich.

⁶³⁷ S. Feiden, aaO (Fn. 526), S. 9.

⁶³⁸ Dazu ausführlich III., 6.

II. „Absolute“ Freiheitsgewährleistung und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts

Die klassische Antwort der Rechtsprechung *Dassonville* und *Cassis* ist inzwischen hinlänglich bekannt: Maßnahmen gleicher Wirkung sind Handelsregelungen der Mitgliedstaaten, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell, zu behindern. Solche Regelungen sind aber dennoch zulässig, wenn sie entweder einem der Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EG unterfallen, oder in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung notwendig sind, um zwingenden nationalen Erfordernissen gerecht zu werden, die, im allgemeinen Interesse liegend, dem der Gemeinschaft am freien Warenverkehr vorgehen. Letztere Einschränkung gilt jedoch nur für Regelungen, die inländische und eingeführte Produkte unterschiedslos betreffen⁶³⁹.

Ein Bekenntnis zum Herkunftslandprinzip und damit eine Klärung der eingangs aufgeworfenen Frage nach dem Umfang mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume jenseits einer gemeinschaftsrechtlichen Legitimationskontrolle der verfolgten Ziele, enthält diese Antwort jedoch nicht ohne weiteres. Erst recht lässt sich streiten, ob das Herkunftslandprinzip unmittelbar in den Grundfreiheiten angelegt ist⁶⁴⁰. Keinesfalls gründet es sich im Vertragstext selbst, obwohl dieser ja neben Normen durchaus Prinzipien kennt⁶⁴¹. Vielmehr ist, will man das Herkunftslandprinzip als *Prinzip* isolieren, der Blick auf die *Folge* einer binnenmarktorientierten Auslegung der Grund-

⁶³⁹ Unklar noch das Urteil „*Dassonville*“, EuGH, Slg. 1974, 837; ausdrücklich klar gestellt in EuGH, Slg. 1979, 649, Rn. 14 („*Cassis de Dijon*“); vgl. *H. J. Schütz*, Jura 1998, S. 631 (633 ff.); *M. Blasi*, aaO (Fn. 541), S. 5; kritisch demgegenüber *W. H. Roth*, *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?*, in *Andenas/Roth* (Hrsg.), *Services an Free Movement in EU-Law*, 2004, S. 1 (12).

⁶⁴⁰ Näher dazu unten, E., I.

⁶⁴¹ Vgl. z.B. Art. 5 EG (Subsidiaritätsprinzip); diese Sichtweise hat der EuGH bestätigt; vgl. EuGH, Slg. 1997, I-2405, Rn. 64 (Bundesrepublik Deutschland ./ Parla- ment und Rat); das Gericht betont aber, dass das Herkunftslandprinzip sehr wohl sekundärrechtlich vorgesehen werden kann; s. auch *P. von Wilmsky*, *RabelsZ* 62 (1998), S. 1 (11).

freiheiten durch den EuGH und damit das Ergebnis, nicht den zugrunde liegenden Prüfungsmaßstab eines grenzüberschreitenden Sachverhalts zu richten. Diese Herangehensweise mag aus prüfungstechnischer Sicht befremden. Sie ist aber vor dem Hintergrund einer prinzipiellen Aufarbeitung der Thematik unumgänglich.

Das Herkunftslandprinzip resultiert demnach aus der Anerkennung „absoluter“ (Dienstleistungs-) Freiheit im Zusammenspiel mit dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, gleich, ob man die Absolutheit der Grundfreiheitsgewährleistung normstrukturell auf das Urteil *Dassonville*, oder aber auf das Urteil *Cassis de Dijon* zurückführen möchte⁶⁴². Für die Dienstleistungsfreiheit gilt jedenfalls seit den Urteilen *van Binsbergen*⁶⁴³ und *Säger*⁶⁴⁴ bereits jene Regelungsstruktur der Grundfreiheiten, deren Entwurf im Allgemeinen den eben genannten Urteilen zur Freiheit des Warenverkehrs zugesprochen wird. Diese Regelungsstruktur verbietet den Mitgliedstaaten nicht nur, Dienstleistungen, die aus anderen Mitgliedstaaten stammen⁶⁴⁵, abweichend von einheimischen Dienstleistungen zu behandeln (Diskriminierung). Fest steht seither desgleichen, dass Rechtsvorschriften, die gerade unterschiedslos inländische ebenso wie ausländische Dienstleistungen reglementieren und deren Wirkung ebenfalls diskriminierungsfrei ist, dennoch eine Beschränkung im Sinne des Art. 49 Abs. 1 EG darstellen können. Fühlt sich ein ausländischer Unionsbürger demnach in seinem subjektiven Recht⁶⁴⁶

⁶⁴² Vgl. einerseits: *P. C. Müller-Graff*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 30 EGV, Rn. 77; *T. Jestaedt/F. Kästle*, Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung des Art. 30 EGV: Das Keck-Urteil, EWS 1994, S. 26 (27); andererseits: *H. J. Schütz*, Jura 1998, S. 631 (634); *N. Reich*, Anmerkung zu Keck, ZIP 1993, S. 1815; wie hier *M. Blasi*, aaO (Fn. 541) S. 31.

⁶⁴³ EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12.

⁶⁴⁴ EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12 und 15.

⁶⁴⁵ Zu den Problemen, die sich bei der Bestimmung des Herkunftsstaates einer Dienstleistung stellen können, zweiter Teil, B., I., 2., d), ff).

⁶⁴⁶ Nach herrschendem Verständnis ist ein subjektives Recht immer dann begründet, wenn eine Rechtsnorm dem Einzelnen die Rechtsmacht einräumt, mithilfe der Rechtsordnung eigene Interessen zu verfolgen (sog. Schutznormtheorie), vgl. *H. U. Erichsen*, in ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 30; zu den europarechtlichen Besonderheiten *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 83 ff. sowie *ders.*,

aus Art. 49 Abs. 1 EG verletzt und macht er dieses geltend, verbleibt dem beklagten Mitgliedstaat in jedem Fall nur, sich gemeinschaftsrechtlich, d.h. unter Berufung auf geschriebene (Art. 55, 46 EG) oder ungeschriebene Schutzgüter des Allgemeininteresses zu rechtfertigen. Kann er der daraus faktisch resultierenden Beweislastumkehr⁶⁴⁷ nicht genügen, so verliert sein nationales Regelwerk zwar nicht seine inländische Gültigkeit, wohl aber ist es gemeinschaftsrechtlich unzulässig, selbiges auf den zu beurteilenden grenzüberschreitenden Sachverhalt anzuwenden⁶⁴⁸. EG-ausländische Dienstleistungen müssen folglich durch ihr Bestimmungsland prinzipiell, d.h. vorbehaltlich gesonderter Rechtfertigung, unabhängig davon akzeptiert werden, ob sie gemäß den nationalen Bestimmungen auch im Inland rechtmäßig wären. Dabei ergänzen (Dienstleistungs-) Freiheit und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts einander derart, dass die eine (die (Dienstleistungs-) Freiheit) nicht ohne den anderen (den Anwendungsvorrang) ausreichen würde, um den gewünschten Liberalisierungseffekt zu erzielen. Erst in der Addition liegt das Prinzip und erst im Prinzip der Legitimationsmaßstab mitgliedstaatlicher Maßnahmen.

1 Rechtskonformität der Ware als notwendige und hinreichende Bedingung „absoluter“ Warenverkehrsfreiheit

In Anbetracht dessen stellt sich zurecht die Frage, ob das Herkunftslandprinzip nur insoweit Geltung beansprucht, als wenigstens einer Rechtsordnung, nämlich der des Herkunftslandes, genüge getan ist, das betreffende Produkt (Ware oder Dienstleistung) dort also *rechtmäßigerweise* erbracht werden kann bzw. könnte. Um diese Frage zu beantworten, lohnt ein Blick auf die einschlägige Rechtsprechung im Bereich des freien Warenverkehrs. Dort hatte der Gerichtshof erst-

Subjektiv- öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten, DVBl. 1995, S. 408 ff.; grundlegend ferner EuGH, Slg. 1963, 1, 24 ff. („van Gend & Loos“).

⁶⁴⁷ Zweiter Teil, B., IV., 1; A. Thiele, JA 2005, S. 621 (624).

⁶⁴⁸ Sog. Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, zweiter Teil, B., IV., 1, m.w.N. in Fn. 432 und im Überblick R. Streinz, Europarecht, Rn. 201 ff.

mals im *Cassis*-Urteil Gelegenheit Stellung zu beziehen. Obschon seine Aussagen zunächst eindeutig erscheinen, bieten sie einigen Autoren dennoch genügend Interpretationsspielraum⁶⁴⁹. In Rn. 14 des betreffenden Urteils heißt es insoweit⁶⁵⁰:

„(...) Es gibt somit keinen stichhaltigen Grund dafür, zu verhindern, dass in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden.“

Der EuGH stellt hier also nicht nur auf die rechtskonforme Herstellung einer Ware, sondern darüber hinaus auch darauf ab, dass selbige rechtmäßigerweise in den Verkehr gebracht wurde. Letztere Anforderung wird man zugegebenermaßen weitgehend mühelos dadurch herunterspielen können, dass sie sich wohl „als Teil der Begründung des Urteils auf den gegebenen Sachverhalt [bezieht], in dem diese Voraussetzungen erfüllt waren“⁶⁵¹. Auf die tatsächliche Vermarktung einer Ware kann es in der Tat bereits deshalb nicht ankommen, weil ansonsten diejenigen in rechtmäßiger Art und Weise hergestellten Erzeugnisse nicht erfasst wären, die zurzeit noch gelagert werden. Zumindest potentiell müssen aber auch Lagerbestände zirkulationsfähig sein, solange sie nur vermarktungsfähig wären, auch wenn das Herkunftslandprinzip bei diesen noch nicht aktuell erscheint. Gleiches gilt für reine Exportwaren, denen trotz ihrer rechtmäßigen Herstellung die Verkehrsfähigkeit im Inland abgeht⁶⁵².

Schwieriger wird es dagegen zu begründen, warum die erste Anforderung obiger *Cassis*-Passage, in der die Konformität des vermarkteten Produkts mit seiner heimischen Rechtsordnung vorausgesetzt wird, lediglich den Besonderheiten des Sachverhalts geschuldet

⁶⁴⁹ Etwa *M. Blasi*, aaO (Fn. 541) S. 8 ff.; *P. von Wilmsky*, *RabelsZ* 62 (1998), S. 1 (14).

⁶⁵⁰ EuGH, Slg. 1979, 649; Rn. 14 („*Cassis de Dijon*“).

⁶⁵¹ *M. Blasi*, aaO (Fn. 541) S. 11; *Leible*, in *Grabitz/Hilf*, Art. 28 EGV, Rn. 23.

⁶⁵² *P. Oliver*, *Free Movement of Goods in the European Community*, 2003, para. 6.72 ff; *V. Hatzopoulos*, Anmerkung zu EuGH 1994, I-1039 („*Schindler*“), *CMLRev.* 32 (1995), S. 841 (847); *A. Grandpierre*, aaO (Fn. 541), S. 59.

sein soll. Gängige Begründungen dieser Ansicht bemühen von daher eine andere Argumentation. Danach soll der folgende binnenmarktlogische Dreischritt gelten: falls unrechtmäßig hergestellte Produkte *nicht* das Herkunftslandprinzip für sich beanspruchen dürften, würde die viel zu weite *Dassonville*-Formel nicht durch die *Cassis*-Grundsätze eingeschränkt und folglich rechtswidrigen Produkten weitergehende Freiräume eröffnet, als rechtmäßigen⁶⁵³.

Dieses Ergebnis müsste in der Tat befremden. Doch während die zugrunde liegende Logik unanfechtbar zu sein scheint, kann sie die ratio des Binnenmarktes keineswegs für sich beanspruchen. Denn sie lebt von der Prämisse, dass die Warenverkehrsfreiheit ohne *Cassis* weitgehend grenzenlos ist. Abgesehen davon, dass der EuGH im erwähnten Urteil zusätzliche ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt hat, die den sozialen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten über Art. 55 i.V.m 46 EG hinaus erweitern, greift diese Sichtweise indes zu kurz.

Cassis ist nicht nur Korrektiv für *Dassonville*, sondern beinhaltet im Kern vor allem den Ausbau eines dogmatischen Grundgerüsts, indem hier die Grundlagen des Herkunftslandprinzips geschaffen werden. Deshalb wird man der Bedeutung der Entscheidung nicht gerecht, wenn man diese ausschließlich als Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs von Art. 28 EG verstanden wissen will⁶⁵⁴. Notwendige Korrekturen der ausufernden *Dassonville*-Formel werden vielmehr gleichermaßen auf Tatbestandsebene durch das *Keck*-Urteil bzw. die durch dieses Urteil inspirierte Suche nach der eigentlichen „Werkidee“ der Grundfreiheiten⁶⁵⁵ erreicht, indem nur möglicherweise mittelbar hindernde Maßnahmen von der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen werden. Gründe für eine Missinterpretation des Binnenmarktrechts durch die obige Auffassung mö-

⁶⁵³ P. C. Müller-Graff, in von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 28, Rn. 235 f.; S. Leible, in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 23; M. Blasi, aaO (Fn. 541) S. 10; A. Grandpierre, aaO (Fn. 541), S. 58 f., der aber im Folgenden eine vermittelnde Lösung vorschlägt.

⁶⁵⁴ Ebenso U. Becker, in Schwarze, Art. 28 EGV, Rn. 44.

⁶⁵⁵ Dazu T. Kingreen, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 658; ansatzweise bereits oben, zweiter Teil, B., IV., 3., e).

gen darin liegen, dass das dort herangezogene Denkmuster vermuten lässt, *Cassis* sei Folge des Herkunftslandprinzips, während umgekehrtes zutrifft, und darin, dass zumeist die *Cassis*-Rechtsprechung etwas voreilig mit dem Herkunftslandprinzip gleichgesetzt wird⁶⁵⁶. Demgegenüber wird sich sogleich zeigen (III.), dass durch *Cassis* primär ein *Vertrauensprinzip* im Binnenmarkt etabliert wurde, dessen Ausfluss das Herkunftslandprinzip ist⁶⁵⁷. Dann aber ist es nur folgerichtig, die Konformität des fraglichen Produkts mit der Heimatrechtsordnung als konstitutiv zu betrachten⁶⁵⁸. Ohne eine solche positive Einordnung fehlt es gerade an einer das Produkt zulassenden Erstentscheidung des Herkunftsstaates, auf die der Zielstaat vertrauen kann und deren Anerkennung durch die übrigen Mitgliedstaaten erst ihr Vertrauen zum europäischen Prinzip reifen lässt. In einem geschlossenen, am Gemeinwohl orientierten Verbundsystem wie dem Europäischen Binnenmarkt, wollen die Produktverkehrsfreiheiten einem Unternehmen im Aufnahmestaat keine Rechte verschaffen, die es im Herkunftsland gar nicht hat. Ziel des Herkunftslandprinzips ist es mit anderen Worten, vorhandene Rechte exportfähig zu machen, nicht aber neue Rechte zu schaffen.

⁶⁵⁶ So etwa *M. Blasi*, aaO (Fn. 541), S. 7: „Der Gerichtshof entwickelte in diesem grundlegenden Urteil das Herkunftslandprinzip“; ebenso *H. J. Schütz*, Jura 1998, S. 631 (636); *E. M. Kieninger*, EWS 1998, S. 277 (278); auch *E. Steindorff*, ZHR 150 (1986), S. 687 (691), der indes an dem Erfordernis der rechtmäßigen Herstellung im Herkunftsstaat festhält.

⁶⁵⁷ i.E. ebenso *U. Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 33; *ders.*, DVBl. 2005, S. 887 (888).

⁶⁵⁸ Eingängig formulieren *J. Snell/M. Andenas*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services an Free Movement in EU Law*, 2004, S. 69 (114): „The idea is not that no rules apply but that one set of rules applies“; vehement auch *N. Reich*, *RabelsZ* 56 (1992), S. 444 (492 f.); ferner *W. H. Roth*, Rückzug des Europäischen Gerichtshofes vom Binnenmarktkonzept?, in *Marktwirtschaft und Wettbewerb*, 27. FIW-Symposium (1994), S. 21, 37 f.; *ders.*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1991, I-4221, („Säger“), *CMLRev.* 30 (1993), S. 145, 152 f.; *A. Rosenboom*, aaO (Fn. 541), S. 61; *S. Feiden*, aaO (Fn. 526), S. 51; *W. Drasch*, aaO (Fn. 541), S. 61; *J. Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), S. 1 (17).

2 Rechtskonformität der Dienstleistung als zwar notwendige, aber nicht ausnahmslos hinreichende Bedingung „absoluter“ Dienstleistungsfreiheit

Dieser grundlegende Gedanke lässt sich in Anerkennung der Tatsache, dass sich die Rechtmäßigkeit der Dienstleistung häufig aus der entsprechenden Qualifikation ihres Erbringers und nicht aus der Erfüllung von „Produktanforderungen“ ergeben wird, ohne weiteres auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen⁶⁵⁹. Vorbehaltlich sekundärrechtlicher Rechtsangleichung gilt: sind die Berufsaufnahmevoraussetzungen in einem Mitgliedstaat erfüllt, kann die Dienstleistung bzw. der Dienstleister regelmäßig schon aufgrund Primärrechts europaweit zirkulieren⁶⁶⁰. Vor diesem Hintergrund sind die Urteile des EuGH zu verstehen, in denen die Rechtmäßigkeit der erbrachten Dienstleistung in ihrem Heimatstaat zur Geltungsvoraussetzung des der Dienstleistungsfreiheit zugeschriebenen Beschränkungsverbot erklärt wird⁶⁶¹. Wie noch zu zeigen sein wird, verbietet das Herkunftslandprinzip auf dem Dienstleistungssektor den Mitgliedstaaten indes nicht zwingend, die Leistungserbringung an die örtlichen Gegebenheiten anzupassen, selbst wenn die Dienstleistung in ihrem Heimatstaat rechtmäßig ist. Auch die Rechtskonformität der Leistung vor Ort, d.h. im Bestimmungsland, kann im Unterschied zur Freiheit des Warenverkehrs und unbeschadet der *Keck*-Unterscheidung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten, als konstitutives Element materieller Dienstleistungsfreiheit hinzutreten. Dieser Befund ist den Eigentümlichkeiten der Dienstleistung, die sich insofern von Waren unterscheidet, geschuldet. Er lässt sich darauf zurückführen, dass die

⁶⁵⁹ i. E. ebenso *J. Snell*, aaO (Fn. 126), S. 18 ff.; zu den Fällen, in denen auch die Dienstleistungsfreiheit Produktverkehrsfreiheit ist, III., 1., b).

⁶⁶⁰ Das entspricht st. Rspr.; vgl. *U. Everling*, Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres Etat membres, CDE 19 (1984), S. 3 (13 f.); vgl. aber *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf*, Art. 47 EGV, Rn. 6.

⁶⁶¹ EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12 („Säger“); dazu *W. H. Roth*, CMLRev. 30 (1993), S. 145 ff.; außerdem EuGH, Slg. 1994, I-3804, Rn. 14 („Vander Elst“); Slg. 1997, I-3899, Rn. 18 („Parodi“).

Art und Weise der Leistungserbringung vor Ort und ihre Auswirkungen auf die Ortsansässigen nicht schon im Herkunftsstaat durch eine die Dienstleistung zulassende Erstentscheidung abgesichert werden kann⁶⁶².

III. Verhältnismäßigkeit

1 Gegenseitiges Vertrauen im Binnenmarkt bis zur Schwelle partikulärer Regelungsnotwendigkeit

a) Grundlagen aus dem Bereich des freien Warenverkehrs

Bis hierher lässt sich also festhalten, dass die Gewährleistung „absoluter“ Dienstleistungsfreiheit unter der Geltung des Anwendungsvorrangs des Europarechts das Bestimmungsland einer Dienstleistung dazu nötig, seinen Regulierungsanspruch ein Stück weit zurückzunehmen und auf inländische Leistungen zu begrenzen. Faktisch⁶⁶³ stellen grenzüberschreitende Sachverhalte unter der Geltung des Herkunftslandprinzips neben die eigene eine fremde Rechtsordnung, werden ausländische Wertungen über die Dienstleistungsfreiheit ins Inland importiert. Dies impliziert nicht nur die rechtliche Frage, auf welcher Prüfungsebene sich der zum Import führende Wertungsabgleich vollzieht, sondern erfordert darüber hinaus in tatsächlicher Hinsicht fundiertes Vertrauen der Mitgliedstaaten in die gemeinschaftsweit gültigen Rechtsordnungen⁶⁶⁴. Der EuGH hat dies recht früh erkannt und mit der viel zitierten *Cassis*-Rechtsprechung nicht etwa unmittelbar das Herkunftslandprinzip eingeführt⁶⁶⁵, sondern zunächst die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten über ihre Wirt-

⁶⁶² Näheres nachfolgend, C.; zur angesprochenen *Keck*-Problematik auch III., 2., c); 5.

⁶⁶³ Nicht rechtlich, weil ja das Herkunftslandprinzip nur die Aufhebung einer Beschränkung verlangt (negativer Liberalisierungsansatz).

⁶⁶⁴ Vgl. *W. Odersky*, in FS-Everling, Bd. II, 1995, S. 1001 ff; *T. Bruha*, ZaöRV 46 (1986), S. 1 (11) unter Verweis auf den vom Europäischen Rat 1984 eingesetzten sog. „Adonino-Ausschuss“.

⁶⁶⁵ In diese Richtung aber die Nachweise in Fn. 656.

schafts- und Sozialgestaltung ausdrücklich anerkannt und (wenn auch nur vordergründig) gestärkt. Er formuliert insoweit⁶⁶⁶:

„In Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Regelung (...) ist es Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung (...) betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden (...)“.

Bis auf den letzten Halbsatz („...soweit...“) scheint sich hier – ganz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 Abs. 2 EG – ein Plädoyer für einen Vorrang der mitgliedstaatlichen vor der Gemeinschaftsebene zu entfalten. Für die Verortung des Herkunftslandprinzips, das – *in dubio pro communitate* – gerade den Binnenmarkt zu verwirklichen sucht, bleibt kaum Raum. Der letzte Halbsatz allerdings führt zu weiteren (teils gegenläufigen) Konsequenzen, die denotwendig auf dem folgenden Umkehrschluss beruhen: wenn Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus nationalpartikularen Unterschieden ergeben, grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich „zwingender Erfordernisse“ hinzunehmen sind, dann sind selbige umgekehrt nur solange binnenmarktkonform, als das die Wirtschafts- und Sozialgestaltung der Mitgliedstaaten („zwingende Erfordernisse“) unausweichlich erfordert⁶⁶⁷. Das Gericht unterzieht Binnenmarkthemmnisse für den freien Warenverkehr mithin einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung* indem es danach fragt, ob die betreffenden Bestimmungen *notwendig* sind, um „zwingenden Erfordernissen“ gerecht zu werden. Letzteres ist solange nicht der Fall, wie EG-ausländische Standards ausreichen, um auch inländische Gemeinwohlinteressen zu schützen. Es kommt mit anderen Worten regelmä-

⁶⁶⁶ EuGH, Slg. 1979, 649, Rn. 8 („Cassis de Dijon“).

⁶⁶⁷ Unter Sozialgestaltung soll in Anlehnung an *P. C. Müller-Graff* jede regulative Gestaltung des Wirtschaftsprozesses verstanden werden; vgl. *ders.* in EuR Beiheft 1/2002, S. 7 (19).

ßig die Idee zum Tragen, dass dringende Gemeinwohlinteressen, die eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs eventuell rechtfertigen könnten, bereits im Herkunftsland der Ware Berücksichtigung gefunden haben.

Diese Idee ist Ausdruck eines *Vertrauensprinzips* im Binnenmarkt⁶⁶⁸. Das Herkunftslandprinzip ist als die notwendige Folge dieses Vertrauens zu begreifen. Das liegt daran, dass das Herkunftslandprinzip nach obiger *Cassis*-Rechtsprechung den Binnenmarkt nur solange kennzeichnet, wie die Schwelle der partikularen Regulationsnotwendigkeit nicht überschritten ist. Ob dies der Fall ist, ist durch den beklagten Staat vor den nationalen Gerichten bzw. dem EuGH darzutun. Findet sein Vorbringen Gehör, so ist Vertrauen gut, Kontrolle jedoch besser.

b) *Die Rechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr*

Die Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit bestätigt diese Sichtweise. Auch hier nimmt der EuGH eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, an deren Ende verneinendenfalls das Herkunftslandprinzip steht. Die (Un-) Verhältnismäßigkeit einer Vorschrift entscheidet sich im Gegensatz zum Grundsatz des freien Warenverkehrs, der ja zumeist auf die inhaltliche Gleichwertigkeit zweier Produktvorschriften abstellt⁶⁶⁹, allerdings häufiger anhand von die Person oder das Unternehmen betreffenden Maßnahmen wie z.B. zusätzlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren, Qualifikationen, Niederlassungs- bzw. Anwesenheitspflichten, oder auch sozialrechtlichen Anforderungen. Typisch für Dienstleistungen sind mithin Vorschriften, die über eine Regulierung des *Dienstleisters* die Qualität bzw. die Verkehrsfähigkeit der *Dienstleistung* zu erreichen suchen. So stand etwa im *Cassis*-Fall nur in Frage, ob ein ausländisches Produkt („Cassis de Dijon“), das weniger als die vom deutschen Branntweinmonopolgesetz geforderten 25 % Alkohol aufwies,

⁶⁶⁸ Ebenso U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 33; ders., DVBl. 2005, S. 887 (888); T. Bruha, ZaöRV 46 (1986), S. 1 (11); a.A. M. Blasi, aaO (Fn. 541), S. 6 ff.

⁶⁶⁹ Oben A., I., 3.

in Deutschland verkauft werden durfte, nicht hingegen, ob der Produzent des „Cassis de Dijon“ in Frankreich über eine gültige Gewerbeerlaubnis verfügte. Danach würde das Herkunftslandprinzip indes im personengebundenen Dienstleistungsrecht sehr wohl fragen. Insofern wird im Dienstleistungsrecht zuweilen vom „Verbot überflüssiger Doppelbeschränkung“⁶⁷⁰ oder auch vom „Äquivalenzprinzip“⁶⁷¹ gesprochen⁶⁷². Inhaltlich ist damit freilich nichts anderes als das Herkunftslandprinzip gemeint, denn die Äquivalenz einer EG-ausländischen und einer deutschen Genehmigung bedeutet für Deutschland, dass diese anzuerkennen ist, dass also eine zusätzliche Genehmigung gemäß dem Herkunftslandprinzip unverhältnismäßig wäre⁶⁷³.

Daneben gibt es auch im Dienstleistungsrecht, vornehmlich im Bereich von Korrespondenzdienstleistungen, Urteile des EuGH, die sich mit nationalen Vorschriften befassen, die einer gemeinschaftsweiten Vermarktung des „Produkts“ Dienstleistung entgegenstehen, indem sie unmittelbar die Gestaltung der Dienstleistung (etwa die Zulässigkeit bestimmter Formen der Werbung⁶⁷⁴, oder die Gestalt und den Zeitpunkt der Werbesendung⁶⁷⁵) selbst regulieren. Solche Vorschriften sind „produktbezogen“ nicht nur im Sinne einer Abgrenzung gegenüber den auf die Person des Leistenden bezogenen Regelungen, sondern auch im (auf Dienstleistungen übertragenen) Sinne der *Keck*-Unterscheidung zwischen Produktregelungen und Verkaufsmodalitäten. Inwieweit letztere Unterscheidung aber für

⁶⁷⁰ A. Rosenboom, aaO (Fn. 541), S. 41; W. Drasch, aaO (Fn. 541), S. 171, der diesen Ausdruck aber auch im Rahmen des freien Warenverkehrs gebraucht, *ders.*, aaO (Fn. 541), S. 69.

⁶⁷¹ G. Schrickler, Zur Werbepolitik der EG – Liberalisierung und Restriktion im Widerstreit, GRUR Int. 1992, S. 347 (354); D. Edward, Establishment and Services: An Analysis of the Insurance Cases, ELR 12 (1987), S. 231 (246) („principle of equivalence“).

⁶⁷² Zum Ganzen schon U. Everling, CDE 19 (1984), S. 3 (13 f.).

⁶⁷³ Vgl. E. Steindorff, Anerkennung im EG-Recht, in Pfister (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz, 1991, S. 568 ff.

⁶⁷⁴ EuGH, Slg. 1997, I-3843, Rn. 48 ff. („De Agostini“).

⁶⁷⁵ EuGH, Slg. 1991, I-4007, Rn. 17 ff. („Gouda“); Slg. 1991, I-4069, Rn. 38 ff. („Mediawet“).

Dienstleistungen überhaupt sinnvoll erscheint, ist bei weitem nicht abschließend geklärt⁶⁷⁶. Fraglich und umstritten ist zum einen, ob nicht aus der engeren Verbindung von Leistung und Vertrieb, besonders in den Fällen, in denen die Leistung überhaupt erst in dem Moment entsteht, wo sie dem Empfänger erbracht wird und also nicht im klassischen Sinne in einem Staat „produziert“ und im nächsten „verkauft“ wird, eine abweichende Betrachtung angezeigt ist. Zum anderen ist unklar, ob das Herkunftslandprinzip auf die in einem Staat geltenden Verkaufsmodalitäten für Waren bzw. Dienstleistungen (gesetzt den Fall, die *Keck*-Unterscheidung erscheint hier sinnvoll) Anwendung findet. Auf diese Problematik wird im Rahmen der Darstellung der *Keck*-Rechtsprechung und ihrer möglichen Übertragung auf die Dienstleistungsfreiheit noch einzugehen sein⁶⁷⁷.

Für die Zwecke der Veranschaulichung des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten als Anknüpfungspunkt für das Herkunftslandprinzip bietet es sich unterdessen an, sich die für den Dienstleistungssektor typischen personen- bzw. unternehmensbezogenen Regulierungsfälle der „überflüssigen Doppelbeschränkung“ zu veranschaulichen. Zum einen, weil es insoweit noch keines Blickes auf die *Keck*-Rechtsprechung bedarf und zum anderen, weil dadurch die dem Dienstleistungssektor eigentümlichen und klassischerweise verwandten Regulierungsansätze herausgearbeitet werden können.

aa) van Wesemael⁶⁷⁸

Bereits in der Rechtssache *van Wesemael* aus dem Jahre 1979 fragte der EuGH nach der Regelungsnotwendigkeit einer Vorschrift, die sich mit der Verkehrsfähigkeit einer Dienstleistung im Zielstaat befasste. Er hatte sich mit dem in Belgien bestehenden Erfordernis ei-

⁶⁷⁶ Insbesondere hat sich der EuGH noch nicht abschließend dazu geäußert; besonders sein Urteil in der Rechtssache „Alpine Investments“, EuGH, Slg. 1995, I-1141, lässt verschiedene Interpretationsmöglichkeiten offen, vgl. dazu *V. Hatzopoulos*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1995, I-1141 ff. („Alpine Investments“), CMLRev. 32 (1995), S. 1427 und nachfolgend 5.

⁶⁷⁷ S. nachfolgend 2., c). zur *Keck*-Rechtsprechung und 5. zu ihrer Übertragbarkeit; s. hier insbesondere unter dem Stichwort „umgekehrtes Herkunftslandprinzip“.

⁶⁷⁸ EuGH, Slg. 1979, 35, Rn. 39.

ner staatlichen Genehmigung für den Betrieb eines gewerblichen Stellenvermittlungsbüros und der damit einhergehenden Auflage für ausländische Stellenvermittlungsbüros, ohne Einschaltung eines in Belgien genehmigten Büros in Belgien nicht tätig werden zu dürfen, auseinanderzusetzen. Nach Ansicht des Gerichtshofes war die objektive Notwendigkeit einer Genehmigungspflicht einer Tätigkeit dann nicht gegeben, wenn ein Leistungserbringer in seinem Herkunftsstaat eine Genehmigung besaß, die unter vergleichbaren Bedingungen erteilt wurde, sofern eine angemessene Beaufsichtigung im Herkunftsstaat sichergestellt war.

bb) Webb⁶⁷⁹

Es blieb jedoch dem Urteil aus dem Jahre 1981 in der Rechtssache *Webb* vorbehalten, den Zusammenhang zwischen der Verhältnismäßigkeit einer die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Vorschrift und dem Herkunftslandprinzip aufzuzeigen. Das Gericht hatte über eine niederländische Vorschrift zu entscheiden, die es bei Strafe untersagte, einem anderen ohne Genehmigung Arbeitnehmer zu überlassen. Es konstatierte unter Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache *van Wesemael*, dass

„der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden [darf], die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind (...) und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist“⁶⁸⁰.

In einem ersten Schritt formuliert diese Rechtsprechung damit genau jene Idee, die im Rahmen der *Cassis*-Rechtsprechung noch mit Hilfe eines Umkehrschluss hergeleitet werden musste: Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft sind nur solange binnenmarktkonform, wie es das Allgemeininteresse, mithin jener Bereich der den

⁶⁷⁹ EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 17.

⁶⁸⁰ EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 17 („Webb“).

Mitgliedstaaten kraft ihrer vom Staatsvolk abgeleiteten Staatlichkeit zufallenden Sozialgestaltung, unausweichlich erfordert⁶⁸¹. In einem zweiten Schritt aber („...und zwar nur insoweit...“), schlägt das Gericht den Bogen zum Herkunftslandprinzip: jenes grundsätzlich anerkennenswerte Allgemeininteresse, seien es nun Verbraucher, Umwelt- oder Arbeitnehmerschutzvorschriften⁶⁸², wird in der Gemeinschaft im Regelfall schon in dem Staat berücksichtigt worden sein, in dem der Leistungserbringer ansässig ist. Auch dort – so die Annahme – werden sich anerkennenswerte Wertungen finden, die sich im Regelfall, d.h. bis zur Schwelle der eigenen, in der supranationalen Optik des EG-Rechts partikularen Regelungsnotwendigkeit, kraft des Binnenmarktkonzepts gemeinschaftsweit übertragen lassen.

Im Fall *Webb* hat das Gericht die von den Regierungen der Niederlande und der Bundesrepublik Deutschland angeführten dringende Gemeinwohlinteressen an „gedeihlichen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt“⁶⁸³, insbesondere das Interesse am Schutz der betroffenen Arbeitnehmer, welches für sich genommen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durchaus rechtfertigen könnte⁶⁸⁴, dann nicht mehr als zwingend angesehen,

*„(...) wenn die Anforderungen von denen die Erteilung einer Genehmigung abhängt, zu einer bloßen Wiederholung der Nachweise und Sicherheiten führen würde, die im Staat der Niederlassung verlangt werden“*⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ Damit ist gleichzeitig der Versuch unternommen, eine theoretische Definition des Allgemeininteresses zu liefern; ähnlich geht auch Generalanwalt *F. Mancini* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache „*Bond van Adverteerders*“, EuGH, Slg. 1988, 2085, 2121 vor; im Übrigen sollte mit *P. Biagosch*, aaO (Fn. 105), S. 95 f., die Beurteilung dessen, was jeweils Bestandteil des nationalen öffentlichen Interesses ist, dem konkreten Fall überlassen bleiben.

⁶⁸² Diese Aufzählung ist selbstverständlich nicht abschließend und steht einer Erweiterung durch den EuGH offen gegenüber; zu den bisher durch die Rspr. anerkannten Schutzgütern von allgemeinem Interesse s. zweiter Teil, B., IV., 3., a).

⁶⁸³ EuGH, Slg. 1981, 3305, 3310 ff. („*Webb*“).

⁶⁸⁴ EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 18 f. („*Webb*“).

⁶⁸⁵ EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 20 („*Webb*“).

cc) Kommission ./ Deutschland⁶⁸⁶

Darauf, dass eine bloße Wiederholung von Maßnahmen im Zielstaat unverhältnismäßig ist, verweist das Gericht sodann im deutschen Versicherungsurteil. Zu beurteilen waren Vorschriften des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), welche Versicherungsunternehmen der Gemeinschaft, die in der Bundesrepublik Deutschland Versicherungen auf dem Gebiet der Direktversicherung erbringen wollten, dem Erfordernis ihrer Niederlassung und ihrer Zulassung in der Bundesrepublik unterwarfen. Zwar räumt der EuGH ein, dass die Versicherungsaufsicht in allen Mitgliedsstaaten im Rahmen eines Zulassungsverfahrens stattfindet. Unter diesen Umständen sei die Notwendigkeit einer inländischen Zulassung für EG-ausländische Unternehmen aus Gründen des Schutzes der Verbraucher in ihrer Eigenschaft als Versicherungsnehmer und Versicherte nicht von der Hand zu weisen⁶⁸⁷.

„Es ist jedoch hervorzuheben, dass die Zulassung jedem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen, das die in den Rechtsvorschriften des Bestimmungsstaates geforderten Voraussetzungen erfüllt, auf Verlangen erteilt werden muss, dass dieses Voraussetzungen keine Wiederholung der bereits im Niederlassungsstaat erfüllten gleichwertigen gesetzlichen Voraussetzungen darstellen dürfen und dass die Aufsichtsbehörde des Bestimmungsstaates die bereits im Niederlassungsstaat vorgenommenen Kontrollen und Überprüfungen berücksichtigen muss“⁶⁸⁸.

Grund dafür ist auch hier das Herkunftslandprinzip, wonach der Schutz der Versicherungsnehmer und Versicherten bereits durch ein Zulassungsverfahren im Herkunftsland des Versicherungsgebers berücksichtigt werden kann⁶⁸⁹. Demgegenüber

⁶⁸⁶ EuGH, Slg. 1986, 3755 ff.

⁶⁸⁷ EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 46 (Kommission ./ Deutschland).

⁶⁸⁸ EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 47 (Kommission ./ Deutschland).

⁶⁸⁹ Zu den Schwierigkeiten das Herkunftsland der Leistung zu bestimmen s. zweiter Teil, B., I., 2., d), ff).

„...ist nicht erwiesen, dass die oben anerkannten Überlegungen, die sich auf den Schutz des Versicherungsnehmers und Versicherten beziehen, die Niederlassung des Versicherers im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaates unerlässlich machen“⁶⁹⁰.

Insoweit greift die ständige Rechtsprechung, wonach Erwägungen rein administrativer Art (Überwachung der Tätigkeit an Ort und Stelle) es nicht rechtfertigen können, dass ein Mitgliedstaat von den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts abweicht⁶⁹¹.

dd) Gebhard⁶⁹²

Der Fall *Gebhard*, in dem es um ein standesrechtliches Disziplinarverfahren vor der Rechtsanwaltskammer Mailand ging, hatte dagegen weniger administrative Erwägungen zum Gegenstand, als vielmehr die Voraussetzungen, unter denen die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat möglich waren. In Umsetzung der Richtlinie 77/249/EWG⁶⁹³ zur Erleichterung der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, hatte die Italienische Republik ein Gesetz erlassen, das Rechtsanwälten, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen waren und Dienstleistungen auf italienischem Hoheitsgebiet erbrachten, verbot, auf diesem Gebiet eine Kanzlei oder einen Haupt- oder Nebensitz einzurichten⁶⁹⁴. In Anlehnung an eine Unterscheidung, wie sie in besagter Richtlinie getroffen ist, könnten, so der EuGH, bestimmte durch das Allgemeininteresse gerechtfertigte Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Aufnahme- bzw. Bestim-

⁶⁹⁰ EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 56 (Kommission ./ Deutschland).

⁶⁹¹ EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 54 (Kommission ./ Deutschland) m.w.N.; s. aus neuerer Zeit Slg. 1999, I-8453, Rn. 37 („Arblade“).

⁶⁹² EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 35 ff.

⁶⁹³ ABl.EG, L 78/17.

⁶⁹⁴ Aus der Einrichtung eines Haupt- oder Nebensitzes wurde nämlich endgültig auf das Vorliegen einer Niederlassung i.S.d. Art. 52 EG geschlossen, während Herr Gebhard sich ja auf die Dienstleistungsfreiheit, bzw. RL 77/249/EWG zur Regelung der Dienstleistungen der Rechtsanwälte berief; vgl. dazu Generalanwalt P. Léger, in seinen Schlussanträgen, EuGH, Slg. 1995, I-4165, I-4178, Rn. 57 ff.

mungsstaates vorsehen, dass die Ausübung einer spezifischen Tätigkeit den Inhabern eines Diploms, den Angehörigen eines bestimmten Berufsstandes oder den Personen, die einer bestimmten Ordnung und Kontrolle unterliegen, vorbehalten ist. Sie könnten auch die Voraussetzungen für die Verwendung von Berufsbezeichnungen wie die des „avvocato“ vorschreiben⁶⁹⁵. Demnach ist der Aufnahmestaat grundsätzlich zuständig für Berufsregelungen betreffend die Organisation, Qualifikation, Standespflichten, Kontrolle und Haftung. Der EuGH führt jedoch ferner aus, dieser (der Aufnahmestaat) dürfe bei der Anwendung seiner Vorschriften nicht die Kenntnisse und Qualifikationen außer Acht lassen, die der Betroffene Bürger in einem anderen Mitgliedstaat, regelmäßig dem seiner Herkunft, erworben habe. Der Aufnahmestaat müsse die Gleichwertigkeit der Diplome berücksichtigen und gegebenenfalls eine vergleichende Prüfung der in seinen nationalen Vorschriften geforderten Kenntnisse und Qualifikationen und derjenigen des Herkunftsstaates vornehmen⁶⁹⁶.

ee) Ramrath⁶⁹⁷

In eine ähnliche Richtung zielt das Urteil *Ramrath*. Die im Allgemeininteresse stehenden Berufsregelungen, die zum Zwecke der Kontrolle der Ehrenhaftigkeit und Unabhängigkeit von Wirtschaftsprüfern deren ständige Anwesenheit verlangen, sind dann nicht mehr sachlich geboten, wenn die Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen von einem Wirtschaftsprüfer durchgeführt wird, der als solcher zwar in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen und zugelassen ist, der aber vorübergehend im Dienst einer natürlichen oder juristischen Person steht, die von den Behörden des Mitgliedstaates, in dem die Pflichtprüfung durchgeführt wird, zur Ausübung des Wirtschaftsprüferberufs zugelassen ist⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 35 („Gebhard“).

⁶⁹⁶ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 38 („Gebhard“).

⁶⁹⁷ EuGH, Slg. 1992, I-3351, Rn. 29 ff.

⁶⁹⁸ EuGH, Slg. 1992, I-3351, Rn. 36 („Ramrath“).

ff) *Rush Portuguesa*⁶⁹⁹

Der Fall *Rush Portuguesa* markiert dagegen den Anfang einer Reihe von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes zur Entsendung von Arbeitnehmern. Zu beachten ist, dass in derart gelagerten Fällen weniger die Vorschriften des EG-Vertrages über die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 43 ff. EG) von Interesse sind, als vielmehr diejenigen über den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. EG)⁷⁰⁰. Denn wenn ein in einem Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen erbringt und hierfür eigene Arbeitnehmer einsetzt, so wirkt sich die Anwendung der arbeitsrechtlichen Vorschriften des Aufnahmestaates, sofern diese die Entsendung in irgendeiner Weise erschweren, reflexartig als Hemmnis für den Dienstleistungserbringer aus⁷⁰¹.

Grundsätzlich löst der Gerichtshof auch die Fälle der Arbeitnehmerentsendung nach dem obigen *Webb*-Muster, obwohl dieses in der Rechtssache *Rush Portuguesa* zugegebenermaßen etwas verschwommen erscheint. Das liegt daran, dass der Gerichtshof damals vornehmlich die Beitrittsakte Portugals, aus dem das klagende Unternehmen stammte, zu analysieren hatte. Er stellt allerdings abschließend fest,

„...dass ein in Portugal ansässiges Unternehmen, dass in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen in der Bauwirtschaft erbringt, dort mit seinem eigenen Personal (...) antreten kann. In einem solchen Fall dürfen die Behörden des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Arbeiten auszuführen sind, dem Leistungserbringer keine Bedingungen bezüglich (...) der Einholung einer Arbeitserlaubnis für das portugiesische Personal auferlegen. Durch die Auferlegung solcher Bedingungen wird nämlich der Leistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat gegenüber seinen im Aufnahmeland ansässigen Konkurrenten, die sich ihres eige-

⁶⁹⁹ EuGH, Slg. 1990, I-1417, Rn. 12 ff.

⁷⁰⁰ P. Hanau, in Hanau/Steinmeyer/Wank, Hdb. des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 15, IX.; zweiter Teil, B., I., 2., d), hh), (3).

⁷⁰¹ P. Hanau, in Hanau/Steinmeyer/Wank, Hdb. des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 15, IX., Rn. 422 ff.

*nen Personal ungehindert bedienen können, diskriminiert und seine Fähigkeit, die Leistungen zu erbringen, beeinträchtigt*⁷⁰².

Regelungen, die den Zugang fremder Arbeitskräfte zur Beschäftigung im Hoheitsgebiet des eigenen Staates regeln, dürfen demnach nicht zu einer *Verdoppelung* der Belastungen und Formalitäten führen, die im Herkunftsland schon abgewickelt wurden und deren Verwaltungs- und Kostenaufwand bereits getragen wurde.

gg) Vander Elst⁷⁰³

Das galt auch für die Rechtssache *Vander Elst*, die im Wesentlichen dieselben Regelungen wie der Fall *Rush Portuguesa*, diesmal allerdings nach französischer Machart betraf. Im Vordergrund stand hier aber die Frage, ob die sich aus dem freien Zugang ausländischer Arbeitskräfte ergebenden Verwerfungen auf dem heimischen Arbeitsmarkt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Allgemeininteresses rechtfertigen konnten⁷⁰⁴. Das ist laut dem EuGH nicht der Fall, solange die entsandten Arbeitskräfte nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunftsland zurückkehren, solange mit anderen Worten überhaupt die Dienstleistungsfreiheit einschlägig ist. In diesem Fall nämlich tritt das Unternehmen, das zur Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat eigene Mitarbeiter einsetzt, auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmelandes in keiner Weise in Erscheinung⁷⁰⁵. Deshalb macht es auch keinen Unterschied, ob die entsandten Arbeitnehmer Angehörige eines Mitgliedstaates der EU, oder aber Drittstaatsangehörige sind, solange nur ihr Arbeitgeber in der EU niedergelassen ist⁷⁰⁶. Für Zwecke der Gewerbeaufsicht vor

⁷⁰² EuGH, Slg. 1990, I-1417, Rn. 12 und 19 („Rush Portuguesa“).

⁷⁰³ EuGH, Slg. 1994, I-3803, Rn. 16 ff.

⁷⁰⁴ So die Stellungnahmen der französischen und der deutschen Regierungen; dazu: Schlussanträge des Generalanwalts *G. Tesauero*, in der Rechtssache „Vander Elst“, EuGH, Slg. 1994, I-3803, 3814.

⁷⁰⁵ *G. Tesauero*, aaO (Fn. 704), I-3803, 3815.

⁷⁰⁶ *G. Tesauero*, aaO (Fn. 704), I-3812.

Ort genügen in jedem Fall die entsprechenden Papiere aus dem Herkunftsland des Arbeitgebers⁷⁰⁷.

hh) *Seco*⁷⁰⁸

Im Fall *Seco* führte die in Frankreich niedergelassene Aktiengesellschaft *Seco* verschiedene Arbeiten im Großherzogtum Luxemburg durch. Nachdem das Unternehmen den Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung bereits in seinem Herkunftsstaat abgeführt hatte, verlangten die luxemburgischen Behörden auf Grundlage des „Code des assurances sociales“ die Entrichtung des Arbeitgeberanteils auch in Luxemburg⁷⁰⁹. Der EuGH verweist auf sein Urteil in der Rechtssache *Webb* und stellt ohne Umschweife fest, dass eine nationale Regelung der hier in Rede stehenden Art wirtschaftlich gesehen zu einer zusätzlichen (doppelten) Belastung für die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen führe, die letztere stärker belaste als die im Inland ansässigen Unternehmen. Der soziale Schutz der Arbeitnehmer, der eine derartige Doppelbelastung eventuell zu rechtfertigen vermag, sei überdies bereits durch die Entrichtung des Arbeitgeberanteils im Herkunftsstaat hinreichend berücksichtigt, solange eine weitere Sozialabgabe nicht mit einem zusätzlichen Vorteil für die Arbeitnehmer korrespondiere⁷¹⁰.

ii) *Guiot*⁷¹¹ und *Arblade*⁷¹²

In Gestalt des klassischen Verbots überflüssiger Doppelbeschränkung taucht das Herkunftslandprinzip auch in den Fällen *Guiot* und *Arblade* auf. Hier ging es um die Frage, ob Arbeitgeberabgaben für

⁷⁰⁷ EuGH, Slg. 1994, I-3803, Rn. 20 f. („Vander Elst“).

⁷⁰⁸ EuGH, Slg. 1982, 223, Rn. 8 ff.

⁷⁰⁹ Während nach dem genannten luxemburgischen Sozialversicherungsgesetz Arbeitnehmer, die sich nur vorübergehend im Großherzogtum aufhielten, von der Entrichtung ihres Anteils befreit waren, sollte für Arbeitgeber kein Anreiz geschaffen werden, sich ausländischer Arbeitskräfte zu bedienen, um die von ihnen zu tragenden Soziallasten zu verringern, vgl. EuGH, Slg. 1982, 223, Rn. 4 („Seco“).

⁷¹⁰ EuGH, Slg. 1982, 223, Rn. 10 („Seco“).

⁷¹¹ EuGH, Slg. 1996, I-1905, Rn. 16 ff.

⁷¹² EuGH, Slg. 1999, I-8453, Rn. 48 ff.

ein luxemburgisches bzw. belgisches Arbeitnehmerschutzprogramm (Schlechtwetter- und Treuemarkensysteme) vor dem Hintergrund des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer auf dem Bausektor mit Art. 49 ff. EG vereinbar sind. Der EuGH verneint das, solange die Arbeitnehmer des betroffenen Arbeitgebers, die vorübergehend im Aufnahmemitgliedstaat Arbeiten ausführen, aufgrund der entsprechenden sozialen Verpflichtungen, denen der Arbeitgeber bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterliegt, den gleichen oder einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen.

jj) Kommission ./ Italien⁷¹³

Eine ganz andere Rechtsfrage stellte sich dagegen in der Rechtssache *Kommission ./ Italien*, die insoweit als Muster für die hier interessierende, hinter den sog. Fremdenführerfällen⁷¹⁴ stehende Problematik dienen soll. Der EuGH war aufgerufen zu entscheiden, ob das Vertrauen in die Verkehrsfähigkeit einer Dienstleistung in einem Mitgliedstaat soweit reichen kann, dass es eine dort *fehlende* Vorschrift ersetzt und zwar selbst dann, wenn im Tätigkeitsstaat genau jene Verkehrsfähigkeit geregelt wird. Konkret ging es um eine italienische Vorschrift, die für die Erbringung von Dienstleistungen von Reiseführern, die eine Reisegruppe aus einem anderen Mitgliedstaat begleiten⁷¹⁵, zum Zwecke der Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes den Besitz einer Erlaubnis forderte, deren Erwerb das Bestehen einer Qualifikationsprüfung voraussetzte.

Der EuGH wiederholt zunächst gebetsmühlenartig die *Webb*-Formel, wonach eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nur insoweit gerechtfertigt sein kann, als dem vorgebrachten Allgemeininteresse (hier: Verbraucher- und Kulturschutz) nicht bereits durch Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist.

⁷¹³ EuGH, Slg. 1991, I-709, Rn. 18 ff.

⁷¹⁴ S. außerdem EuGH, Slg. 1991, I-659, Rn. 14 ff. (Kommission ./ Frankreich) und Slg. 1991, I-727, Rn. 18 ff. (Kommission ./ Griechenland).

⁷¹⁵ Auch diese Konstellation fällt als sog. auslandsbedingte Dienstleistung unter Art. 49 EG; s. zweiter Teil, B., I., 2., b).

Die sich anschließende Subsumption stellt allerdings keineswegs auf (nicht) bestehende Qualifikationsvorschriften in den Mitgliedstaaten, sondern vielmehr auf den angeblich qualitätsstiftenden Konkurrenzdruck unter Reisebüros und somit quasi auf die Selbstreinigungskraft des Marktes ab⁷¹⁶. Vor dem Hintergrund des bisher Gesagten mutet dieses Vorgehen befremdlich an, auch wenn die Überlegung, dass der Konkurrenzdruck unter den Reisebüros zu einer Auslese unter den Fremdenführern und zu einer Kontrolle der Qualität ihrer Dienstleistungen führen wird, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht unstimmig ist. Eine verallgemeinerungsfähige Aussage darüber, welche Lösung das Herkunftslandprinzip für diejenigen Fälle bereithält, in denen im Herkunftsstaat keine einschlägigen Regelungen bestehen, enthält sie nicht.

Keinesfalls kann die europarechtliche Lösung in Fällen fehlender Spezialregelung durch den Herkunftsstaat darin liegen, schlicht die inländische Regelung auf ihre sachliche Berechtigung hin zu überprüfen⁷¹⁷. Für eine losgelöste Erforderlichkeitsprüfung auf europäischer Ebene, die sich nicht um eine Versöhnung des inländischen Zwecks mit ausländischen Mitteln bemüht, sondern den inländischen Zweck allein auf seine sachliche Berechtigung hin überprüft, liefern die Grundfreiheiten keine ausreichende Grundlage. Derweil bedarf es dieser auch nicht zur Lösung des Problems⁷¹⁸. Vielmehr lassen sich die strittigen Fälle nach den allgemeinen Grundsätzen auflösen. Für die Zwecke des Herkunftslandprinzips genügt eine wie auch immer formulierte positive Erstentscheidung des Herkunftsstaates auf die der Zielstaat vertrauen kann⁷¹⁹. Wenn sich diese nicht schon aus mehr oder weniger spezifischen Verkehrsfähigkeitsregelungen ergibt, so richtet sie sich nach den allgemeinen Grundsätzen des jeweiligen Verfassungsrechts und dies bedeutet wohl meist, dass, soweit kein Verbot besteht, die Verkehrsfähigkeit gegeben ist⁷²⁰. Diesen

⁷¹⁶ Vgl. EuGH, Slg. 1991, I-709, Rn. 23 (Kommission ./ Italien).

⁷¹⁷ *H. D. Jarass*, EuR 30 (1995), S. 202 (217).

⁷¹⁸ Anders anscheinend *H. D. Jarass*, EuR 30 (1995), S. 202 (217).

⁷¹⁹ Oben, 1 a) und b).

⁷²⁰ *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 62 f.

Zusammenhang verkennen jene, die das Problem fehlender Spezialregelung im Herkunftsland instrumentalisieren wollen für die These, dass das Herkunftslandprinzip keiner positiven rechtlichen Einordnung durch den Herkunftsstaat bedarf⁷²¹.

kk) Säger⁷²²

Die Rechtssache *Säger*, in der es u.a. um die Vereinbarkeit der in Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG aufgestellten Erlaubnispflicht für die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten mit den Art. 49 ff. EG ging, scheint nun aber nicht in den eben besprochenen Kontext zu passen. Das Oberlandesgericht München hatte dem Gerichtshof folgende Frage vorgelegt:

„Ist es mit Artikel 59 EWG-Vertrag [Art. 49 EG n.F., Anm. d. Verf.] vereinbar, dass eine Gesellschaft nach englischem Recht mit Sitz in Großbritannien einer Erlaubnis nach den Vorschriften des deutschen Rechtsberatungsgesetzes bedarf (...)“.

Die Vorlagefrage konzentriert sich also erkennbar auf die Rechtmäßigkeit des im Rechtsberatungsgesetz aufgestellten Erfordernisses einer Erlaubnis. In Anerkennung des Herkunftslandprinzips hätte die Antwort an das OLG München demnach lauten müssen, dass die Rechtmäßigkeit der deutschen Erlaubnispflicht dann nicht mehr zu bejahen ist, wenn der mit dem RBerG verfolgte Zweck, nämlich einmal, die Rechtssuchenden vor Schäden zu bewahren, die ihnen dadurch entstehen können, dass sie Rechtsrat durch unqualifizierte Personen erhalten und zum Zweiten, den Anwaltsstand gegen den unlauteren Wettbewerb solcher unqualifizierter Personen zu schützen⁷²³, bereits durch Kontrollen im Herkunftsland Großbritannien hinreichend verfolgt wird („Verbot der überflüssigen Doppelkontrol-

⁷²¹ S. oben, II., 1. m.w.N., sowie *H. D. Jarass*, EuR 30 (1995), S. 202 (217) unter Berufung auf *P. C. Müller-Graff*, in von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 28, Rn. 235 f.; *S. Leible*, in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 23.

⁷²² EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 15.

⁷²³ *J. Chemnitz/F. Johnigk*, Rechtsberatungsgesetz, Rn. 16 ff.

le“). Wie Generalanwalt *F. G. Jacobs* in seinen Schlussanträgen aber zutreffend feststellt,

*„(...) geht es in dem vorliegenden Fall nur scheinbar um die Erlaubnispflicht, da für Tätigkeiten, wie sie Dennemeyer [der Beklagte, Anm. d. Verf.] ausübt, nach dem Rechtsberatungsgesetz niemandem eine Erlaubnis erteilt werden kann“*⁷²⁴.

Insofern ist die Konstellation in der Rechtssache *Säger* eher mit den eben besprochenen Fremdenführerfällen zu vergleichen, wenn es darum geht, ob ein Unternehmen, das in einem Mitgliedstaat ansässig ist, daran gehindert werden kann, seine Dienste an Kunden zu erbringen, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, weil Rechtsvorschriften des letztgenannten Staates solche Tätigkeiten Angehörigen eines bestimmten Berufsstandes vorbehalten⁷²⁵. Im Vordergrund steht auch hier die Frage, wie das Herkunftslandprinzip es mit denjenigen Fällen hält, in denen im Herkunftsstaat eine vergleichbare Regelung nicht existiert.

Der Gerichtshof fährt in seinem Urteil gezwungenermaßen zweigleisig. Einerseits betont er, dass dem Allgemeininteresse nicht schon durch Vorschriften Rechnung getragen sein darf, denen der Leistungserbringer in seinem Herkunftsland unterliegt (*Webb-Formel*). Da es dem deutschen RBerG vergleichbare Vorschriften in Großbritannien aber nicht gibt, nimmt er eine scheinbar „losgelöste“ Verhältnismäßigkeitsprüfung der deutschen Vorschriften vor, die letztlich daran scheitert, dass der Erbringer der streitigen Dienstleistung seine Dienste (die Überwachung von Patenten) an Kunden vom Fach, also an qualifizierte Patentfachleute erbringt und daran, dass das Risiko des Patentverlusts angesichts der „Fürsorge“ des Patentamtes äußerst gering erscheint⁷²⁶. Darin ist keine ermächtigungslose Überprüfung des RBerG auf seine sachliche Berechtigung hin zu sehen. Erkennbar ist vielmehr die Überbrückung des für einen Erfor-

⁷²⁴ Schlussanträge zur Rechtssache „*Säger*“, EuGH, Slg. 1991, I-4221, I-4230 f.

⁷²⁵ Vgl. *F. G. Jacobs*, aaO (Fn. 724), I-4231.

⁷²⁶ EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 18 f. („*Säger*“).

derlichkeitsabgleich fehlenden spezifischen Bindeglieds im Verkehrsfähigkeitsrecht des Herkunftsstaates⁷²⁷ anhand von bekannten Beschränkungskriterien. Zur Verdeutlichung: das Herkunftslandprinzip ist kein frei im Raum schwebendes Credo, erst Recht kein „loser Eurojargon“⁷²⁸, sondern ein stets bei der Frage, ob eine *Beschränkung* der Dienstleistungsfreiheit vorliegt, oder nicht, zu verortendes Prinzip. Deshalb hat der Gerichtshof die Erlaubnispflicht nach Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG im konkreten Fall zu Recht für unvereinbar mit Art. 59 EG a.F. (Art. 49 EG n.F.) gehalten.

II) Reisebüro Broede⁷²⁹

Schließlich hatte auch die Entscheidung *Reisebüro Broede* das deutsche RBERG zum Gegenstand. Fraglich war diesmal, ob es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, dass Inkassounternehmen in Deutschland in den für die Einziehung der Forderungen ihrer Kunden erforderlichen Verfahren vor deutschen Gerichten nicht postulationsfähig seien⁷³⁰. Außerdem unterschied sich *Broede* von *Säger*, indem Dienstleistungen wie die diesmal fragliche eines französischen Inkassounternehmens – anders als in der Rechtssache *Säger* – häufig an „gewöhnliche Laien“⁷³¹ erbracht werden. Darauf ist wohl zurückzuführen, dass der Gerichtshof diesmal dem Vorbringen der deutschen Regierung gefolgt ist, indem er festgestellt hat, dass die Beurteilung der Notwendigkeit, die geschäftsmäßige gerichtliche

⁷²⁷ Die Vorgaben der jeweiligen Verfassung bringen eine generelle Wertentscheidung zum Ausdruck, sie lassen sich aber nur schwer mit einer konkreten Norm vergleichen.

⁷²⁸ P. von Wilmsky, *RabelsZ* 62 (1998), S. 1 (11 ff.).

⁷²⁹ EuGH, Slg. 1996, I-6511, Rn. 25 ff.

⁷³⁰ Das bereits im Fall *Säger* auftauchende RBERG enthält zwei für Inkassounternehmen relevante Beschränkungen: erstens, das für die außergerichtliche Forderungseinziehung geltende Erfordernis einer durch die zuständige Behörde erteilten Erlaubnis, zweitens das Verbot der gerichtlichen Schuldeneintreibung ohne Einschaltung eines in Deutschland zugelassenen (nicht notwendig deutschen!) Anwalts, um das es vorliegend geht; vgl. Generalanwalt N. Fennelly, in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 1996, I-6511, I-6524, Rn. 18 („Reisebüro Broede“).

⁷³¹ Generalanwalt N. Fennelly, aaO (Fn. 730) unter Hinweis auf die Schlussanträge des Herrn *Jacobs* in der Rechtssache *Säger*, aaO (Fn. 724).

Einziehung von Forderungen Rechtsanwälten vorzubehalten, beim gegenwärtigen Stand der Integration in die Zuständigkeit der (Ziel-) Mitgliedstaaten falle⁷³². Bescheinigungen über die Redlichkeit und Solvenz des Dienstleistungserbringers aus dessen Herkunftsstaat⁷³³, seien vor diesem Hintergrund zwar weniger einschneidende, indes nicht gleichermaßen wirksame Mittel, so dass Deutschland zum Schutze seines Allgemeininteresses an einer funktionierenden Rechtspflege in diesem Fall nicht auf Maßnahmen des Herkunftsstaates Frankreich verwiesen werden könne⁷³⁴. Das Herkunftslandprinzip findet in *Reisebüro Broede* mithin keine Anwendung.

mm) Corsten⁷³⁵ und Schnitzer⁷³⁶

Im Urteil *Corsten*, welches durch das Urteil *Schnitzer* bestätigt wird, und welches sich mit der Vereinbarkeit einer Eintragungspflicht in ein öffentliches Register (deutsche Handwerksrolle) mit dem Recht auf freien Dienstleistungsverkehr beschäftigt, ist demgegenüber zwischen der schlichten Etablierung und dem Verfahren, das zur Eintragung in ein öffentliches Register führt, zu differenzieren. Zunächst ergibt sich für Generalanwalt G. Cosmas⁷³⁷ die Erforderlichkeit einer öffentlichen Registrierung *jedes* Unternehmens, das auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates tätig wird, einerseits „unzweifelhaft“ aufgrund der Schutzbedürftigkeit der Dienstleistungsempfänger, welcher dadurch Rechnung getragen werden soll, dass diese Informationen über das leistende Unternehmen erhalten können (Publizitätsfunktion des öffentlichen Registers⁷³⁸). Darüber hinaus sei die Eintragung zwingende Voraussetzung für die sachdienliche Anwendung „anderer“, also im Wesentlichen berufs- bzw. ordnungsrechtlicher Vorschriften des Aufnahmestaates. Während letzteres Argument insbesondere vor

⁷³² EuGH, Slg. 1996, I-6511, Rn. 41 („Reisebüro Broede“).

⁷³³ Vgl. die Argumentation der Gläubigerin (Reisebüro Broede) und der Kommission bei N. Fennelly, aaO (Fn. 730), Rn. 21 ff.

⁷³⁴ EuGH, Slg. 1996, I-6511, Rn. 33 ff. („Reisebüro Broede“).

⁷³⁵ EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 33. ff.

⁷³⁶ EuGH, Slg. 2003, I-14871, Rn. 34 ff.

⁷³⁷ Vgl. die Schlussanträge zu EuGH, Slg. 2000, I-7919, 7937, Rn. 48 („Corsten“).

⁷³⁸ Vgl. dazu G. Honig, Handwerksordnung, § 6, Rn. 1.

dem Hintergrund des im Ausgangsverfahren einschlägigen Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit⁷³⁹ schlüssig erscheint, ist doch das Publizitätsargument im digitalen Zeitalter weniger stechend, zumal die Dienstleistungsfreiheit anerkanntermaßen nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf, die für die Niederlassung im Hoheitsgebiet gelten⁷⁴⁰. Das Publizitätsargument lässt sich nur mit dem Hinweis aufrechterhalten, dass nicht in allen Mitgliedstaaten die Pflicht zur Eintragung in ein öffentliches Register besteht und dass dieses, falls eine solche Pflicht besteht, selten elektronisch geführt wird⁷⁴¹. Abnehmer und Verbraucher können also nicht in jedem Fall auf das Register des Herkunftslandes verwiesen werden, was insofern den Ruf nach einem europäischen Unternehmensregister lauter werden lässt⁷⁴². Im Ergebnis ist die schlichte Etablierung eines eintragungspflichtigen öffentlichen Registers, d.h. eines der Dienstleistungsfreiheit vorgeschalteten *konstitutiven* Formerfordernisses, indes jedenfalls aus Kontrollgründen *nicht* dem Herkunftslandprinzip unterworfen. Dieser Bereich gehört zur europarechtlich legitimen Wirtschaftsaufsicht in den Mitgliedstaaten, jedenfalls solange er diskriminierungsfrei ausgestaltet ist.

Anders dagegen das Verfahren, das zu der für die formelle Legalität der Tätigkeit konstitutiven Eintragung in ein entsprechendes Register führt. Aus § 9 HandwO i.V.m. der EWG/EWR-

⁷³⁹ Zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung, BGBl. 2004, 1842.

⁷⁴⁰ EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 43 („Corsten“).

⁷⁴¹ Das Bundeskabinett hat deshalb am 14.12.2005 reagiert und den Entwurf eines Gesetzes über elektronische Handels- und Genossenschaftsregister, sowie das Unternehmensregister (EHUG) verabschiedet. Seit dem 01.01.2007 können im Internet wesentliche publikationspflichtige Daten eines Unternehmens abgerufen werden. Mit dem Gesetzesvorhaben wurden die Richtlinie 2003/58/EG zur Änderung der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, Teile der EU-Transparenzrichtlinie 2004/109/EG sowie Beschlüsse zur Regierungskonferenz Corporate Governance umgesetzt, vgl. EuZW 2006, S. 68.

⁷⁴² T. Holzborn/A. Israel, Internationale Handelsregisterpraxis, NJW 2003, S. 3014 ff.

HandwVO⁷⁴³ ergab sich für einen EG-ausländischen Handwerker, der in Deutschland selbständig tätig werden wollte, ein zweistufiges Verfahren zur Befreiung von der für Inländer bestehenden materiellen Bedingung, einen „Meisterbrief“ vorweisen zu können. Der EuGH hat die Erteilung einer Erlaubnis, die von einer zweiten Verfahrensphase abhängig ist und nicht automatisch auf dem Verwaltungsweg aufgrund der Angaben erfolgt, die in der ersten Phase der Erteilung der Ausnahmegewilligung eingeholt wurden, für unzulässig gehalten. In zutreffender Konkretisierung des Herkunftslandprinzips geht für ihn

„eine nationale Regelung wie die des Ausgangsverfahrens, selbst wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Dienstleistenden gilt und zur Erreichung von Zielen geeignet erscheint, die alle darauf gerichtet sind, die Qualität der erbrachten Dienstleistungen zu erhalten, über das hinaus, was zu Erreichung solcher Ziele erforderlich ist“⁷⁴⁴.

Das ergibt sich insbesondere aufgrund der Tatsache, dass

„die Prüfung, die der Erteilung der Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle vorausgeht, nur einen im Wesentlichen formellen Charakter haben [kann], weil sie sich darauf beschränken muss, festzustellen, ob die Voraussetzungen des Art. 3 der Richtlinie 64/427 vorliegen. Aus deren Art. 4 ergibt sich, dass die Stellen des Aufnahmelandes bei dieser Prüfung sowohl hinsichtlich der Art als auch der Dauer der Berufstätigkeiten, die der Betroffene tatsächlich ausgeübt hat, grundsätzlich an die Feststellungen sind, die in der von seinem Herkunftsland ausgestellten Bestätigung enthalten sind“⁷⁴⁵.

⁷⁴³ EWG/EWR-Handwerksverordnung vom 04.08.1966, BGBl. I, 469, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 25.03.1998, BGBl. I, 596, zur Umsetzung der Richtlinie 64/427/EWG über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23-40 (Industrie und Handwerk), ABl. EG 1964, Nr. 117/1863.

⁷⁴⁴ EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 40 („Corsten“).

⁷⁴⁵ EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 41 („Corsten“).

nn) Canal Satélite Digital ⁷⁴⁶

Trotzdem es sich im Fall *Canal Satélite Digital* – soweit die Dienstleistungsfreiheit betroffen war⁷⁴⁷ – um Beschränkungen von Fernsehdiensten mit Zugangsbeschränkung („Pay TV“), bzw. um diejenigen betreffend die Dekodierung verschlüsselter Fernsehprogramme, mithin um „moderne“, weniger handgreifliche Dienstleistungen handelte, war der gemeinschaftsrechtliche Anknüpfungspunkt des Falles doch im Wesentlichen derselbe wie in den eben besprochenen Fällen *Corsten* und *Schnitzer*. Aufgrund eines königlichen Dekretes führten die spanischen Behörden ein Register für die Anbieter von Fernsehdiensten mit Zugangsbeschränkung ein, das diese nicht nur zu ihrer Eintragung, sondern auch zur Eintragung der von ihnen vermarkteten oder angebotenen Dekoder verpflichtete. Zuwiderhandlungen wurden sanktioniert. Nun wurde von spanischer Seite zwar bestritten – und hierin läge ein beachtlicher Unterschied zur obigen Einordnung der deutschen Handwerksrolle – dass die Registrierungsvorschriften konstitutive Rechtswirkung mit Blick auf die Rechtmäßigkeit der Dienstleistung entfalteten⁷⁴⁸. Der EuGH hat sich indessen zu Recht (Art. 220 EG) nicht auf eine eigenständige Auslegung des nationalen Rechts eingelassen, sondern ist vielmehr von der Auslegung ausgegangen, die dem vorlegenden Gericht am kohärentesten erschien⁷⁴⁹. Danach konnten die Registrierungsvorschriften in Übereinstimmung mit denen in *Corsten* nicht als lediglich deklarativ bezeichnet werden. Nachdem zudem die Eintragung in dieses Register nicht *automatisch* aufgrund einer entsprechen Erklärung des Dienstleisters dahingehend erfolgte, dass er die technischen Spezifikationen, die seine Telekommunikationsdienstleistung betrafen, einhalte, rekurrierte der EuGH auf das Herkunftslandprinzip. Er stellte fest, dass die Information und der Schutz der Verbraucher wohl berechtigte Gründe des

⁷⁴⁶ EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 31 ff.

⁷⁴⁷ Der EuGH, wie auch die Generalanwältin, prüfen aufgrund der Schwierigkeiten im Bereich der Telekommunikation zwischen Art. 28 und 49 EG zu unterscheiden, beide Grundfreiheiten parallel, vgl. EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 31 ff. („Canal Satélite Digital“), sowie Generalanwältin *C. Stix-Hackl*, ebd., I-620, Rn. 34 ff. (41).

⁷⁴⁸ Dazu Generalanwältin *C. Stix-Hackl*, aaO (Fn. 747), I-622, Rn. 42 ff.

⁷⁴⁹ EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 24 („Canal Satélite Digital“).

Allgemeininteresses darstellten, die grundsätzlich geeignet seien, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dürften indessen keine Maßnahmen vorgenommen werden, die bereits im Rahmen anderer Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt worden seien⁷⁵⁰ (z.B. die wiederholte Prüfung der verwendeten technischen Einrichtungen (Dekoder) durch die spanischen Behörden). Der EuGH formuliert schulmäßig:

„Zum einen ist es nach gefestigter Rechtsprechung erforderlich, dass ein Erzeugnis, das in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, (...) grundsätzlich in jedem anderen Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht werden kann, ohne zusätzlichen Kontrollen unterworfen zu werden.

Zum anderen ist es grundsätzlich nicht mit dem freien Dienstleistungsverkehr vereinbar, wenn einem Dienstleistenden zum Schutz allgemeiner Interessen Beschränkungen auferlegt werden, soweit diese Interessen bereits durch Vorschriften geschützt werden, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist“⁷⁵¹.

Mit Blick auf das Interesse Spaniens an einer Sicherstellung des Wettbewerbs auf einem Markt, auf dem die Gefahr einer marktbeherrschenden Stellung sehr hoch sei und auf dem die Verbraucher deshalb des staatlichen Schutzes bedürften, verweist der EuGH einleuchtend auf ein milderes Mittel, namentlich auf das der *nachträglichen* Kontrolle der zunächst einzutragenden Dienstleister⁷⁵².

c) *Zwischenergebnis*

Regelungsstruktur und Handhabung des Herkunftslandprinzips im Bereich der Warenverkehrsfreiheit, für die es durch das Urteil *Cassis de Dijon* entwickelt wurde, respektive Dienstleistungsfreiheit, sind in der Auslegung, die sie durch die Rechtsprechung des EuGH erfahren

⁷⁵⁰ EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 34 und 36 („Canal Satélite Digital“).

⁷⁵¹ EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 37 und 38 („Canal Satélite Digital“).

⁷⁵² EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 39 („Canal Satélite Digital“).

haben, identisch. Das Herkunftslandprinzip kommt als besondere Ausformung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit immer dann zum Tragen, wenn dringende Gemeinwohlinteressen des Aufnahme- bzw. Zielstaates, die eine Beeinträchtigung des freien Waren- respektive Dienstleistungsverkehrs eventuell rechtfertigen könnten, bereits im Herkunftsland der Ware bzw. Dienstleistung Berücksichtigung gefunden haben. Solange dies zu bejahen ist, wird dem Herkunftslandprinzip ein Vertrauensprinzip innerhalb der Gemeinschaft vorgeschaltet, das unter den Mitgliedstaaten eine Art Kooperationspflicht betreffend die Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktziels auslöst⁷⁵³.

d) Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue

Lediglich eine Begründung für ein dem Herkunftslandprinzip zugrunde gelegtes Vertrauensprinzip ist der EuGH bis heute schuldig geblieben. Doch wird man diese wohl ohne größere Schwierigkeiten mit Hilfe eines Verweises auf Aufgabe und Tätigkeit der Gemeinschaft (Art. 2, 3 Abs. 1, lit. c) EG), auf das Binnenmarktziel des Art. 14 EG, zu dessen Förderung sich jeder Mitgliedstaat durch seinen Beitritt zur Union verpflichtet (Art. 10 EG), sowie auf die Grundfreiheiten selbst nachreichen können⁷⁵⁴. Der EuGH selbst spricht in anderem Zusammenhang von der durch Art. 10 EG begründeten Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit im Hinblick auf die „Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag ergeben“⁷⁵⁵.“ Dazu gehört vorliegend auch und vor allem das Binnenmarktziel des Art. 14 EG, soweit dieses sich auf die Verwirklichung der Grundfreiheiten bezieht. Viel-

⁷⁵³ N. Reich, *RabelsZ* 56 (1992), S. 444 (492).

⁷⁵⁴ N. Reich, *RabelsZ* 56 (1992), S. 444 (492); ähnlich W.-H. Roth, *Einlagesicherung im Binnenmarkt*, *ZBB* 9/10 (1997/98), S. 373 (378).

⁷⁵⁵ EuGH, *Slg.* 1983, 225, Rn. 37 ff. (Luxemburg ./. *Parlament*); *Slg.* 1988, 4821, Rn. 34 (Frankreich ./. *Parlament*); *Slg.* 1990, I-2879, Rn. 33 (Kommission ./. *Deutschland*); *Slg.* 1995, I-673, Rn. 17 (Kommission ./. *Italien*); *Slg.* 1998, I-4695, Rn. 31 („ICI“); oftmals geht es hier um eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten im Verhältnis zur Kommission; der EuGH spricht aber zumeist eine Verpflichtung der Staaten untereinander mit an, vgl. P. Gussone, *Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und seine Grenzen*, *Diss.* 2006, S. 65 ff.

leicht terminologisch, weil die Europäische Union kein Bundesstaat im *status nascendi* ist⁷⁵⁶, keinesfalls aber inhaltlich ist es von daher falsch, in Anlehnung an den Begriff der „Bundestreue“⁷⁵⁷ im deutschen Verfassungsrecht, in Art. 10 EG einen spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der „Gemeinschaftstreue“ zu erblicken⁷⁵⁸, der – mit Art. 10 EG als *pars pro toto* Regelung⁷⁵⁹ – durch die Rechtsprechung des EuGH zum Herkunftslandprinzip seine (notwendige) Konkretisierung gefunden hat. Auf dieser Grundlage kann im Folgenden der Frage nachgegangen werden, welche inhaltlichen Anforderungen das Herkunftslandprinzip an die Verhältnismäßigkeitsüberprüfung einer nationalen Norm stellt.

2 Struktur und inhaltliche Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Gesamtgefüge des Binnenmarktrechts

Es wurde bereits mehrfach betont, dass das Herkunftslandprinzip Teil einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung mitgliedstaatlicher Handelshemmnisse, klassischerweise unter Einbeziehung ausländischer Wertungen und Kontrollen, ist. Gelegentlich wird daran allerdings aus dogmatischer Sicht Anstoß genommen, indem vorgebracht wird, dass „die Verweisung auf bereits existierende Maßnahmen eines anderen Hoheitsträgers, d.h. das Gebot an einen Mitgliedstaat, auf den Erlass entsprechender Maßnahmen allein aufgrund der Existenz paralleler Regelungen in einem anderen Staat zu verzichten, nicht unbedingt zum klassischen Verständnis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gehört“⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ Mit diesem Argument verneinend z.B. *L.-E. Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, S. 295; vgl. auch oben A., II., 1, m.w.N. in Fn. 614.

⁷⁵⁷ Grundlegend *H. Bauer*, Die Bundestreue, 1992.

⁷⁵⁸ *P. Gussone*, aaO (Fn. 755), S. 66 f.; Generalanwalt *M. Darmon*, in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache „Moormann“, EuGH, Slg. 1988, 4689, Rn. 22; ebenso *A. Bleckmann*, Art. 5 EWG-Vertrag und die Gemeinschaftstreue, DVBl. 1976, S. 483 (486 ff.); *ders.*, Europarecht, Rn. 697 ff.; *R. Geiger*, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rn. 5.

⁷⁵⁹ *A. Bleckmann*, Europarecht, Rn. 685, 697 ff. (705).

⁷⁶⁰ *W. Drasch*, aaO (Fn. 541), S. 70 und 171 f.

a) *Gemeinschaftsrechtlicher und deutscher Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

Um diesem Vorwurf Rechnung tragen zu können, bedarf es zunächst der Beantwortung der Frage, ob der gemeinschaftsrechtliche und der aus dem deutschen Recht bekannte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit deckungsgleich sind. Die Frage zu stellen heißt indes sie zu verneinen. Zwar orientiert sich auch der Europäische Gerichtshof an der aus dem deutschen Recht bekannten Zweck-Mittel-Relation, nach der Zweck und Mittel nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen dürfen⁷⁶¹. Während indessen die innerstaatliche Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Abwägung zwischen dem nationalen Zweck und dem dadurch beeinträchtigten, mittels *nationaler* Rechtsvorschriften geschützten Interesse des betroffenen Bürgers anstrebt, bringt der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Zweck der innerstaatlichen Maßnahme und den vom Interesse der Gemeinschaft umfassten Schutz vor Beeinträchtigungen *gemeinschaftsrechtlich* gewährleisteter Rechtspositionen zum Ausgleich⁷⁶². Es unterscheidet sich mithin der zugrunde zu legende Abwägungsmaßstab. Auf europäischer Ebene muss sich der angestrebte nationale Zweck, wenn man so will, an einem höheren, supranationalen Schutzgut messen lassen.

b) *Die Rolle des Herkunftslandprinzips in der supranationalen Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Wenn dem aber so ist, wird die Rolle des Herkunftslandprinzips als Ausformung eines spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verständlicher: die Verhältnismäßigkeit einer nationalen Maßnahme bedeutet danach nicht nur, dass keine mil-

⁷⁶¹ G. Ress, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in Kutscher u.a. (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, S. 37 ff.; zur Herleitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gemeinschaftsrecht allgemein vgl. ders., S. 38 (Ausfluss des dem Gemeinschaftsrechts immanenten Rechtsstaatsprinzips bzw. Völkergewohnheitsrecht) und ausführlich J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 690 ff.

⁷⁶² J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 840; ebenso D. Kugelmann, aaO (Fn. 541), S. 246.

deren „eigenen“ Mittel vorstellbar sind, um den erwünschten Effekt zu erzielen. Sie schließt ebenso aus, dass in einem anderen Staat der Gemeinschaft, dem Herkunftsstaat der Leistung, ein milderes, aber gleich effektives Mittel eingesetzt wird. Denn unterliegt der Leistungserbringer bereits in seinem Herkunftsland ähnlichen Anforderungen, ist damit ein milderes Mittel für die Gemeinschaft offenbar⁷⁶³. Folglich ist dieses vom Zielstaat anzuerkennen.

c) *Einschränkung durch die Keck-Rechtsprechung*⁷⁶⁴

An dieser Stelle ist jedoch die Entscheidung in der Rechtssache *Keck* und *Mithouard* zu beachten. Gegenstand der Entscheidung war ein allgemeines französisches Verbot, das – im Grunde völlig losgelöst von jeglichem Binnenmarktbezug⁷⁶⁵ – unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten den Verkauf von Waren unter Einstandspreis In- und Ausländern gleichermaßen untersagte. Im Hinblick auf seine „sich sicherlich nicht (...) durch eine leicht verständliche systematische Interpretation“⁷⁶⁶ auszeichnende Rechtsprechung betreffend nationale Gesetze zur Regelung von allgemeinen Verkaufsbedingungen (Nachtbackverbot⁷⁶⁷, Sonntagsverkaufsverbot⁷⁶⁸, Verbot des Verkaufs von Sexartikeln in nicht konzessionierten Geschäften⁷⁶⁹, Apothekenmonopol⁷⁷⁰, Verbot der Werbung mit Preisgegenüberstellung⁷⁷¹ etc.⁷⁷²) befand es der Gerichtshof für an der Zeit, „seine

⁷⁶³ D. Kugelman, aaO (Fn. 541), S. 256; a.A. W. Drasch, aaO (Fn. 541), S. 70.

⁷⁶⁴ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 („Keck und Mithouard“).

⁷⁶⁵ Vgl. O. Remien, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, JZ 1994, S. 349 (351).

⁷⁶⁶ Generalanwalt G. Tesauero, in seinen Schlussanträgen zu der nur wenige Tage nach „Keck“ ergangenen Entscheidung in der Rechtssache „Hünermund u.a.“, EuGH, Slg. 1993, I-6787, 6804.

⁷⁶⁷ EuGH, Slg. 1981, 1993, Rn. 20 („Oebel“).

⁷⁶⁸ EuGH, Slg. 1989, I-3851, Rn. 12 ff. („Torfean“); Slg. 1991, I-997, Rn. 8 ff. („Conforama u.a.“); Slg. 1991, I-1027, Rn. („Marchandise“); Slg. 1992, I-6635, Rn. („City of Stoke-on-Trent“).

⁷⁶⁹ EuGH, Slg. 1990, I-3059, Rn. 9 ff. („Quietlynn“).

⁷⁷⁰ EuGH, Slg. 1991, I-1487, Rn. 44 ff. („Delattre“).

⁷⁷¹ EuGH, Slg. 1993, I-2361 Rn. 10 ff. („Yves Rocher“).

⁷⁷² Ausführlich Generalanwalt G. Tesauero, aaO (Fn. 766).

Rechtsprechung auf diesem Gebiet klarzustellen“⁷⁷³. Zwar ist ihm das aufgrund der ziemlich kryptischen Einleitung „entgegen der bisherigen Rechtsprechung“ nur teilweise gelungen; unklar bleibt nämlich, welche bisherige Judikatur denn hier konkret gemeint ist⁷⁷⁴. Entscheidend ist jedoch, dass der Gerichtshof mit dem Urteil *Keck* eine Typenunterscheidung einführt⁷⁷⁵. Demnach sind diejenigen Bestimmungen, welche die Ware selbst „etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Etikettierung, und ihrer Verpackung“ bestimmten Anforderungen unterwerfen, von denjenigen zu unterscheiden, welche „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ verbieten. Für letztere soll grundsätzlich eine Unschädlichkeitsvermutung im Binnenmarkt gelten⁷⁷⁶,

„(...) sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“⁷⁷⁷.

⁷⁷³ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 („Keck und Mithouard“).

⁷⁷⁴ Vgl. H. Matthies, Art. 30 EG-Vertrag nach Keck, in Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, 1995, S. 803 (803); mit A. Adrian, Juristische Methodenlehre und die „Keck-Entscheidung“ des EuGH, EWS 1998, S. 288 (291), lässt sich jedenfalls festhalten, dass nunmehr „entgegen der bisherigen Rechtsprechung“ Verkaufsmodalitäten nicht generell i.S.d. *Dassonville*-Formel geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Warenverkehr zu beeinträchtigen.

⁷⁷⁵ Genau genommen nimmt der EuGH nur den Ansatz von E. L. White, In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty, CMLRev. 26 (1989), S. 235 (246) auf; White hatte damals den Begriff der „market circumstances“ geprägt; vgl. ders., als Vertreter der Kommission in EuGH, Slg. 1989, 3851, 3861 ff. („Torfaen“); ähnlich auch K. Mortelmans, Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances, CMLRev. 28 (1991), S. 115 (130), der das Konzept Whites um ein sog. „territoriales Element“ ergänzt; zum Ganzen S. O. Hödl, aaO (Fn. 541), S. 34 ff. (39).

⁷⁷⁶ Die Beweislast für den Beweis des Gegenteils liegt beim benachteiligten Unternehmen, EuGH, Slg. 1997, I-3843, Rn. 44 („De Agostini“).

⁷⁷⁷ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 („Keck und Mithouard“).

Wie sich aus der Sentenz ergibt, nimmt der EuGH unterschiedslos anwendbare *Verkaufsmodalitäten* nur noch insoweit in den Anwendungsbereich von Art. 28 EG auf, als eine Absatzprüfung ergibt, dass diese trotz ihrer tatbestandlichen Indifferenz im Ergebnis ausländische Waren benachteiligen⁷⁷⁸. Es ist insoweit nur folgerichtig, in diesem Fall von einem (zusätzlichen) Diskriminierungsverbot zu sprechen⁷⁷⁹.

Bis heute gibt es allerdings keine allgemeingültige Definition der „Verkaufsmodalitäten“. Der Gerichtshof zählt dazu jedenfalls solche Vorschriften, die die „zeitlichen und räumlichen Voraussetzungen“⁷⁸⁰, bzw. „die Umstände“⁷⁸¹ betreffen, unter denen die Ware verkauft werden kann, mithin solche Bestimmungen, die festlegen wer wann wo was verkaufen darf und wie der Verkauf vonstatten zu gehen hat⁷⁸². Vorschriften über Verkaufsmodalitäten betreffen demzufolge die Absatzförderung und den Absatz der Waren, nicht die Ware selbst. Sie regeln in allgemeiner Weise die Wirtschaftstätigkeit der Unternehmen, gleich ob diese im In- oder Ausland ansässig sind.

⁷⁷⁸ Deshalb i.E. verneint z. B. vom OLG München, wrp 1996, S. 42 (43 ff.), für den Fall des sog. Multi-Level-Marketing, einer Vertriebsform, die im Hinblick auf § 1 UWG überprüft wurde; krit. dazu *E.-M. Kieninger*, EWS 1998, S. 277 ff.

⁷⁷⁹ *U. Becker*, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 29 (1994), S. 162 (172); *P. C. Müller-Graff*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 240; *P. Oliver*, Free Movement of Goods in the European Community, 2003, para. 6.56; *A. Meyer*, Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werberecht, GRUR Int. 1996, S. 697 (700); *H. J. Schütz*, Jura 1998, S. 631 (640); *H.-J. Freund*, Keck und die Folgen, JA 1997, S. 716 (718); a.A. *R. Streinz*, Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln, EuzW 2003, S. 37 (40), der in der zitierten Passage eine „Rücknahme“ begründet sehen will, was aber m.E. am Ergebnis solange nichts ändert, wie klar bleibt, dass Art. 28 EG nicht etwa auf eine enge, nur offene und versteckte Diskriminierungen erfassendes Verbot reduziert wird; unklar deshalb *T. Schilling*, Rechtsfragen zu Art. 30 EGV, EuR 29 (1994), S. 50 (58).

⁷⁸⁰ EuGH, Slg. 1994, I-2199, Rn. 14 („t Heukske“ – Öffnungszeiten von Tankstellen).

⁷⁸¹ EuGH, Slg. 1994, I-2355 („Punto Casa“ – Sonntagsverkaufsverbot); Slg. 1996, I-2975 („Semeraro Casa Uno“ – Sonntagsverkaufsverbot).

⁷⁸² *A. Meyer*, GRUR Int. 1996, 697 (700); *S. Leible*, wrp 1997, S. 517 (520); *R. Sack*, Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, wrp 1998, S. 103 (104 ff.).

Solche Regelungen werden in der Literatur gemeinhin als *vertriebsbezogene* Maßnahmen bezeichnet, in Abgrenzung zu den auf die Substanz bzw. Aufmachung des Produkts selbst bezogenen *produktbezogenen* Maßnahmen⁷⁸³.

Doch warum nimmt der EuGH eine Typenunterscheidung vor, die zuweilen als „rigider Formalismus“⁷⁸⁴ bzw. „Sargnagel“⁷⁸⁵ einer systematischen und kohärenten Argumentationslinie verspottet wird und welche Auswirkung hat die Einteilung nationaler Maßnahmen in Kategorien auf das Herkunftslandprinzip?

Die Überlegung, die hinter der *Keck*-Rechtsprechung steht, ist eine solche der Verhältnismäßigkeit. Bei unterschiedslos auf EG Inwie Ausländer anwendbaren bzw. wirksamen Verkaufsmodalitäten kann – so die Überlegung – eine Verhältnismäßigkeitsprüfung niemals ergeben, dass das „Wer“, „Wann“, „Wo“, „Was“ oder „Wie“ des Verkaufs bereits im Herkunftsland der Ware Berücksichtigung gefunden hat. Anders ausgedrückt können die Mittel, mit denen ein legitimes Ziel des nationalen Ordnungs- und Sozialrahmens verfolgt wird, nicht bereits deshalb über das Erforderliche hinausreichen, weil dieses Ziel im Herkunftsstaat nicht, oder anders verfolgt wird. Es gilt das *Bestimmungslandprinzip*, solange eine faktisch diskriminierende Wirkung mit Blick auf den Marktzugang ausländischer Konkurrenz nicht im Einzelfall nachgewiesen werden kann⁷⁸⁶. In dem Moment, wo eine Ware den Zugang zum Markt des Einfuhrstaates erlangt hat, spricht nichts dagegen, sie den in diesem Staat geltenden Vermarktungsvorschriften zu unterwerfen. Sie steht insofern auf der gleichen

⁷⁸³ Vgl. nur *U. Becker*, in Schwarze, Art. 28 EGV, Rn. 48; *A. Epiney*, in Calliess/Rufert, Art. 28 EGV, Rn. 27; *H. J. Schütz*, Jura 1998, S. 631 (639).

⁷⁸⁴ *S. Weatherill*, After *Keck*: Some Thoughts On How To Clarify The Clarification, CMLRev. 33 (1996), S. 885 (886; 887).

⁷⁸⁵ *L. Gormley*, Reasoning Renounced?, The Remarkable Judgement in *Keck & Mithouard*, EBLR 5 (1994), S. 63 ff.; *ders.*, Two Years After *Keck*, Fordham Int'l L.J. 19 (1996), S. 866 ff.

⁷⁸⁶ Ähnlich *W.-H. Roth*, in Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2004, S. 14 f.; *H. J. Schütz*, Jura 1998, S. 631 (639 f), *P. O. Mülberr*, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, ZHR 159 (1995), S. 2 (23 f.); *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 66 f.

Stufe wie die einheimischen Waren⁷⁸⁷. Würde das anders sein, würden nicht nur die eingeführten Produkte einen Wettbewerbsvorteil vor den einheimischen Produkten erlangen und umgekehrt letztere dadurch diskriminiert⁷⁸⁸, die Anwendung des Herkunftslandprinzips auf unterschiedslose Verkaufsmodalitäten würde auch zu praktisch unmöglichen Konsequenzen führen. So kann etwa eine belgische Bierdose nicht das belgische Ladenschlussgesetz „mitbringen“, um in Deutschland bis 21 Uhr, oder auch an Sonntagen verkauft werden zu können⁷⁸⁹. Sollen deutsche Geschäfte nach 20 Uhr etwa mit dem Hinweis offen bleiben, dass nunmehr lediglich EG-ausländische Produkte gekauft werden können (milderes Mittel)? Ist hingegen der Marktzugang konkret erschwert („Rückausnahme“⁷⁹⁰), trotzdem es sich bei der vorliegenden Regelung von ihrer *Art* her um eine unterschiedslos anwendbare Verkaufsmodalität handelt, so ist diese Vorschrift nicht mehr eine solche, welche den „Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berührt“⁷⁹¹. Ihre *Wirkung* ist diskriminierend, weshalb das (zusätzliche) Diskriminierungsverbot in Art. 28 EG eingreift.

Anders bei Produktmodalitäten: bestehen im Einfuhrstaat von den Bestimmungen des Herkunftsstaates abweichende produktbezogene Vorschriften, so muss die Ware, um dort rechtmäßig in Verkehr ge-

⁷⁸⁷ R. Joliet, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, GRUR Int. 1994, S. 979 (984).

⁷⁸⁸ Man spricht bezeichnenderweise von „umgekehrter“ Diskriminierung oder auch Inländerdiskriminierung; ob eine solche durch das Gemeinschaftsrecht untersagt ist, ist nicht unumstritten, vgl. A. Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995; m.E. kann man das Urteil *Keck* jedenfalls in dem Sinne verstehen, dass es die Fälle möglicher Inländerdiskriminierung minimieren möchte; vgl. zum Ganzen auch den fünften Teil dieser Arbeit.

⁷⁸⁹ U. Schliesky, DVBl. 2005, S. 887 (889); vgl. auch J. Snell/M. Andenas, in Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2004, S. 69 (93); beachte aber, dass seit der Föderalismusreform die Ladenöffnungszeiten Ländersache sind; NRW hat deshalb am 16.11.2006 eine 6x24 Regelung getroffen, vgl. § 4 LÖG NW.

⁷⁹⁰ Vgl. R. Streinz, EuzW 2003, S. 37 (40) und oben, Fn. 779 m.w.N.

⁷⁹¹ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 („Keck und Mithouard“).

bracht werden zu können, angepasst werden, sei es, dass sie in anderer Zusammensetzung produziert, umverpackt, oder anders bezeichnet wird⁷⁹². Der Vertrieb eingeführter Erzeugnisse wird folglich im Verhältnis zu dem inländischer Erzeugnisse erschwert oder verteuert, was sich für die heimischen Waren entsprechend günstig auswirkt. Rechtsunterschiede im Bereich produktbezogener Regelungen führen somit zwangsläufig zu einer Benachteiligung eingeführter Erzeugnisse oder, um es in der in der Sprache von *Keck* auszudrücken: Produktmodalitäten wohnt stets eine zumindest faktische Diskriminierung inne. Das *Herkunftslandprinzip* kann mithin zur Anwendung gelangen. Das eben gebrauchte Bierbeispiel verdeutlicht diesen Zusammenhang anschaulich. Es wäre unverhältnismäßig, wenn besagte belgische Bierdose in Form und Inhalt so, wie sie in Belgien im Regal steht, nicht auch in Deutschland absetzbar wäre. Belgisches Bier ist nicht etwa gesundheitsgefährdend, zumindest nicht mehr als das deutsche⁷⁹³.

Allerdings bedingt diese *Keck*-Logik einige systematische Überlegungen. Nachdem unterschiedslos anwendbare, in ihrer Wirkung indes diskriminierende Verkaufsmodalitäten gemäß *Keck* wieder in den Tatbestand des Art. 28 EG aufzunehmen sind, müssten diese sich konsequenterweise – genau wie Produktmodalitäten – dem *Cassis*-Verhältnismäßigkeitstest stellen, welcher wiederum „unter dem Strich“ zum Herkunftslandprinzip führen könnte. Andererseits handelt es sich ja um eine – wenn auch nur faktische – Diskriminierung, was wiederum dafür sprechen würde, lediglich kodifizierte Ausnahmen zuzulassen (Art. 30 EG)⁷⁹⁴. Da sich die Diskriminierung in diesem Fall allerdings lediglich aufgrund faktischer Auswirkungen auf den Marktzugang ergibt, ohne dass dies die Intention des Gesetzge-

⁷⁹² Bsp. aus der Rspr. finden sich z.B. in EuGH, Slg. 1987, 1227, Rn. 27 ff. (Kommission ./ Deutschland – „Reinheitsgebot für Bier“); EuGH, Slg. 1981, 3019, Rn. 24 ff. (Kommission ./ Italien – Bezeichnung „aceto“ Weinessig vorbehalten).

⁷⁹³ Vgl. aber die recht verzweifelte gegenteilige Argumentation der deutschen Regierung im eben zitierten „Bierurteil“, oben Fn. 792.

⁷⁹⁴ In diesem Sinne EuGH, Slg. 1994, I-5243, Rn. 13 ff. („Ortscheit“).

bers gewesen wäre, spricht viel dafür, ebenso die ungeschriebenen Gründe des Allgemeininteresses zuzulassen⁷⁹⁵.

Die *Keck*-Rechtsprechung bringt das Herkunftslandprinzip nach alledem nicht „ins Wanken“⁷⁹⁶. Untertrieben wäre es indessen, von einer „behutsamen Wende“⁷⁹⁷ zu sprechen. Soweit eine Bewertung aus Sicht der hier besprochenen Thematik angebracht ist, scheint mir das Herkunftslandprinzip mit Blick auf gleichermaßen unterschiedslos geltende wie unterschiedslos wirkende (kumulative Voraussetzung) Verkaufsmodalitäten in einem Mitgliedstaat eine sachgerechte Einschränkung durch das gegenläufige Bestimmungslandprinzip erfahren zu haben.

3 Prüfungsebene

Bleibt zu klären, ob dann, wenn die Maßnahme vor *Cassis* „gerechtfertigt“ werden kann, das Herkunftslandprinzip also *nicht* gilt, dies wörtlich zu verstehen ist (die Maßnahme erfüllt den Tatbestand, ist aber nicht gemeinschaftsrechtswidrig), oder ob nicht vielmehr anzunehmen ist, dass der Tatbestand an sich entfällt. Beides wird mit guten Argumenten in der Literatur vertreten⁷⁹⁸. Die Terminologie des EuGH ist derweil verwirrend. In der Rechtssache „Irish Souvenirs“⁷⁹⁹ zum Beispiel, stellt der EuGH zunächst fest, dass, wenn die hier relevanten Belange des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs bereits im Herkunftsland Berücksichtigung gefunden haben sollen, man dieses Vorbringen im Rahmen des Art. 28

⁷⁹⁵ In diesem Sinne EuGH, Slg. 1997, I-3843, Rn. 44 f. („De Agostini“), allerdings ohne Begründung; wie hier *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 55 und wohl auch *R. Joliet*, GRUR Int. 1994, S. 979 (983).

⁷⁹⁶ So *E.-M. Kieninger*, EWS 1998, S. 277 (277).

⁷⁹⁷ *W. Möschel*, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, S. 429 (430); *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 57.

⁷⁹⁸ Pro Rechtfertigung z.B. *H. D. Jarass*, EuR 30 (1995), S. 202 (223 ff.); *T. Schilling*, EuR 29 (1994), S. 50 (53); *U. Becker*, EuR 29 (1994), S. 162 (166); *ders.*, Voraussetzungen und Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, NJW 1996, S. 179 (180); pro Tatbestandsreduzierung z.B. *H. Matthies*, in Grabitz/Hilf, Art. 30 EGV, Rn. 20 f.; *M. Dausies*, in HdbEGWiR, Bd. 1, C.I., Rn. 108.

⁷⁹⁹ EuGH, Slg. 1981, 1625, Rn. 8 ff.

EG (Art. 30 EG a.F.), also im Rahmen des Tatbestandes, beurteilen müsse. Einen Absatz weiter heißt es dann aber wörtlich, dass eine Regelung, die unterschiedslos gilt, durch zwingende Erfordernisse „gerechtfertigt“ werden könne. Wie nicht anders zu erwarten, gibt es daraufhin Kommentatoren, die sich entweder auf den ersten⁸⁰⁰, oder aber den zweiten Passus stützen⁸⁰¹, um die jeweils vertretene These zu belegen. Die Rechtsprechung ist demnach keine wirkliche Hilfe⁸⁰², zumal der EuGH im Hinblick auf ein rein akademisches Problem, das in der Praxis keinerlei Auswirkung hat, auch nicht gezwungen ist, eindeutig Stellung zu beziehen⁸⁰³.

Aus Sicht des Herkunftslandprinzips kann es unterdessen m.E. nur eine überzeugende Antwort geben: in dem Moment, da man feststellt, dass eine Maßnahme gleicher Wirkung als Tatbestandsvoraussetzung des Art. 28 EG vorliegt, bzw. nicht vorliegt, und mithin das Herkunftslandprinzip gilt, oder eben auch nicht, hat man zwangsläufig bereits Verhältnismäßigkeitserwägungen angestellt. Das mag einem aus Sicht deutscher Prüfungssystematik wie ein „integriertes Volapük“⁸⁰⁴ vorkommen, weil man annehmen könnte, unmittelbar aus dem Sachverhalt ohne Subsumtion trotzdem die Rechtsfolge bestimmen zu wollen⁸⁰⁵, ist aber europarechtlich nicht anders denkbar. Denn wenn das Herkunftslandprinzip eingreift, hat eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zuvor ergeben, dass eine inländische Maßnahme nicht erforderlich ist, weil den durch sie geschützten Interessen bereits hinreichend durch ausländische Maßnahmen Rechnung getragen worden ist. Der dadurch verwirklichte Tatbestand des Art. 28 EG kann dann aber keiner weiteren „Rechtfertigung“ mit sich anschließender Verhältnismäßigkeitsprüfung zugeführt werden. Ansonsten würde man inhaltlich ein und dieselbe Prüfung perpetuieren.

⁸⁰⁰ S. O. Hödl, aaO (Fn. 541), S. 90.

⁸⁰¹ H. J. Schütz, Jura 1998, S. 631 (636), der in Fn. 35 sogar von st. Rspr. spricht.

⁸⁰² Dazu bereits oben, Fn. 504, unter Verweis auf J. Gundel, Jura 2001, S. 79 (81).

⁸⁰³ R. Joliet, GRUR Int. 1994, S. 979 (980).

⁸⁰⁴ Ein Phantasiewort ohne inhaltliche Bedeutung, welches R. Joliet, GRUR Int. 1994, S. 979 (981) unter Verweis auf einen „berühmten Staatsmann“ verwendet.

⁸⁰⁵ T. Schilling, EuR 29 (1994), S. 50 (53); U. Becker, EuR 29 (1994), S. 162 (166); auch S. O. Hödl, aaO (Fn. 541), S. 91.

Tatbestand und Rechtfertigung verschmelzen deshalb zu einer integrierten Prüfungseinheit, deren Schwerpunkt, das Herkunftslandprinzip, man auch als negatives Tatbestandsmerkmal umschreiben könnte. Danach gilt: greift das Herkunftslandprinzip *nicht* ein, so ist das Mittel des Einfuhrstaates verhältnismäßig (erforderlich); ist das Mittel verhältnismäßig, liegt *keine* Maßnahme gleicher Wirkung vor.

4 Schema

Es ergibt sich folgendes Schema:

Verkaufsmodalitäten		Produktmodalitäten
unterschiedslos anwendbar <i>und</i> unterschiedslos wirksam	unterschiedslos anwendbar <i>aber</i> unterschiedlich wirksam	<i>jedenfalls</i> unterschiedlich wirksam
→ TB (-) → <i>Bestimmungslandprinzip</i>	→ TB je nach Ausgang der integrierten Verhältnismäßigkeitsprüfung (+), → dann <i>Herkunftslandprinzip</i> , bzw. (-), → dann <i>Bestimmungslandprinzip</i>	→ TB je nach Ausgang der integrierten Verhältnismäßigkeitsprüfung (+), → dann <i>Herkunftslandprinzip</i> , bzw. (-) → dann <i>Bestimmungslandprinzip</i>

5 Übertragung der *Keck*-Einschränkung auf die Dienstleistungsfreiheit

Bei der Frage, ob die *Keck*-Grundsätze auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen werden können, ist vieles unklar. So stellt sich zum einen die Frage, ob die – ohnehin kritisch beäugte⁸⁰⁶ – Typenunter-

⁸⁰⁶ Dazu näher sogleich 6, sowie oben, Fn. 784, 785.

scheidung in *Keck* im Bereich der Dienstleistungsfreiheit fortgeführt werden kann. Ein Ansatz wäre hier, etwa nach *Leistungserbringungsmodalitäten*, (also „Marktgepflogenheiten“ wie z.B. Arbeits- und Öffnungszeiten, allgemeines Bauplanungsrecht) und *Leistungsmodalitäten*, (unterschieden nochmals in solche betreffend die Person, z.B. Qualifikationen, Zulassungserfordernisse, Anwesenheitspflichten etc. und solche betreffend die Leistung an sich, z.B. wirtschaftsaufsichtsrechtliche, verbraucherrechtliche oder sonstige Vorschriften des zwingenden Privatrechts) zu differenzieren⁸⁰⁷. Erstere wären vergleichbar mit allgemeinen Verkaufsmodalitäten, während letztere produktbezogene Vorschriften betreffen würden. Umstritten ist auch, ob der EuGH die Dienstleistungsfreiheit in ihrem Gewährleistungsumfang analog zur *Keck*-Rechtsprechung verkürzt hat, ob also im Bereich von Umfeldregelungen der Leistungserbringung nur ein (zusätzliches) Diskriminierungsverbot gilt, mit der Folge, dass entweder Bestimmungs- oder Herkunftslandprinzip zur Anwendung gelangen bzw. ob, falls die Rechtsprechung einen solchen Schluss nicht zulässt, eine solcher Transfer dennoch sinnvoll erscheint. Dafür spräche jedenfalls die enge Verwandtschaft der beiden „Produktfreiheiten“⁸⁰⁸. Schließlich gilt es aus Sicht der vorliegenden Untersuchung insbesondere zu klären, ob es ein „umgekehrtes Herkunftslandprinzip“ in dem Sinne geben kann, dass Beschränkungen, die von dem Mitgliedstaat, in dem der Dienstleistungserbringer ansässig ist, auferlegt werden, nur dann mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, wenn das mit ihnen verfolgte öffentliche Interesse (Allgemeininteresse) nicht ausreichend durch die Vorschriften des Zielstaates der Leistung, dem Staat des Leistungsempfängers also, geschützt werden kann.

⁸⁰⁷ S. Feiden, aaO (Fn. 526), S. 133 ff.; P. Troberg, in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 59 EG, Rn. 34 f.; abweichend von der Voraufgabe allerdings J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 49 EG, Rn. 104.

⁸⁰⁸ Vgl. C. D. Classen, Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EuR 39 (2004), S. 416 ff.

a) *Alpine Investments*⁸⁰⁹

Das Urteil in der Rechtssache *Alpine Investments* ist das einzige, in dem der EuGH zumindest in Teilen zu den aufgeworfenen Fragen Stellung bezogen hat⁸¹⁰. Gegenstand des Verfahrens war ein ministerielles Dekret, das Unternehmen, die in den Niederlanden ansässig waren, das sog. „cold calling“ untersagte, eine Marketingform, bei der potentiellen Kunden ohne deren vorherige schriftliche Zustimmung diverse Finanzdienstleistungen telefonisch angeboten werden. Die *Alpine Investments BV*, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, war eine nach niederländischem Recht gegründete Gesellschaft, die sich auf Warenermingeschäfte spezialisiert hatte. Zu ihren Kunden zählten Kapitalanleger nicht nur in den Niederlanden, sondern ebenso in Belgien, Frankreich und dem Vereinigten Königreich. Damit war ein grenzüberschreitendes Element eindeutig gegeben⁸¹¹. Fraglich und umstritten war indes, ob es sich um eine vom Tatbestand des Art. 49 EG erfasste Beschränkung handelte und wenn ja, ob diese eventuell gerechtfertigt werden konnte. Was die erste Frage anbetraf, machten die Regierungen der Niederlande sowie des Vereinigten Königreichs, das dem Streit beigetreten war, geltend, in Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung handle es sich bei dem Verbot des „cold calling“ um eine allgemein anwendbare und nicht diskriminierende Verkaufsmodalität, die einen Wettbewerbsvorteil für niederländische Unternehmen weder bezwecke noch bewirke⁸¹². Klägerin, General-

⁸⁰⁹ EuGH, Slg. 1995, I-1141, Rn. 24 ff.

⁸¹⁰ In anderen Urteilen hat sich der EuGH nicht zu der Frage geäußert, obwohl eine Stellungnahme durchaus nahe lag; dies gilt etwa für die Rechtssache „De Agostini“, EuGH, Slg. 1997, I-3843, und in noch größerem Maße für die Rechtssache „ARD“, EuGH, Slg. 1999, I-7599, in denen jeweils für die gleichzeitig eröffnete Warenverkehrsfreiheit die *Keck*-Ausnahme einschlägig war; in der Rechtssache „Canal Satélite Digital“, EuGH, Slg. 2002, I-607, Rn. 30, in der der EuGH die beiden Freiheiten gemeinsam prüft, lehnt er das Vorliegen der *Keck*-Ausnahme bereits für die Warenverkehrsfreiheit ab.

⁸¹¹ Das anders lautende Vorbringen der niederländischen Regierung haben Generalanwalt *F. G. Jacobs*, genauso wie der Gerichtshof überzeugend widerlegt, vgl. EuGH, Slg. 1995, I-1141, Rn. 24 („*Alpine Investments*“) bzw. die Schlussanträge des Generalanwalts ebd., S. 1150 f.

⁸¹² Vgl. *F. G. Jacobs*, aaO (Fn. 811), S. 1152 ff., insb. Rn. 59.

anwalt und Kommission vertraten dagegen die Ansicht, es handle sich sehr wohl um eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit⁸¹³.

Letzterer Auffassung ist der EuGH gefolgt. Er stimme zwar zu, dass das streitige Verbot allgemeinen und nicht diskriminierenden Charakter habe, jedoch nehme

„ein solches Verbot den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und der Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden in anderen Mitgliedstaaten. Es kann deshalb eine Beschränkung des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs darstellen⁸¹⁴.

Eine Einschränkung des Beschränkungsverbots entsprechend dem obigen *Keck*-Schema hält der EuGH demnach von ihrem Zweck her nicht für notwendig, da im zu entscheidenden Fall jedenfalls der Marktzugang behindert werde. Diese Begründung ist nicht frei von Widersprüchen, sind doch Vorschriften, die den Marktzugang behindern, nach *Keck* gerade nicht solche, welche den Absatz in und ausländischer Produkte tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Auf den ersten Blick erscheint es von daher unglücklich, zuzugestehen, dass das Verbot des „cold calling“ selbst in seiner Wirkung diskriminierungsfrei ist. Genau das ist es nämlich nach *Keck* nicht, wenn es den Marktzugang (wie angenommen) behindert.

Erklären lässt sich diese Ungereimtheit derweil, wenn man hinzufügt, dass sich die unterschiedliche Wirkung einer Vorschrift im Sinne von *Keck* nicht denkbare notwendig auf das Kriterium des Marktzugangs beziehen muss, sondern vielmehr anzunehmen ist, dass es auch Fälle gibt, in denen eine Vorschrift in *Art und Wirkung* diskriminierungsfrei ist, dabei aber dennoch den Marktzugang behindert⁸¹⁵. Um einen solchen Fall handelt es sich in der Rechtssache *Al-*

⁸¹³ Vgl. *F. G. Jacobs*, aaO (Fn. 811), S. 1153, 1158 f., insb. Rn. 62.

⁸¹⁴ EuGH, Slg. 1995, I-1141, Rn. 28 („Alpine Investments“).

⁸¹⁵ Vgl. *W. H. Roth*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 14; *T. Eilmansberger*, *Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarktes*, JBl. 1999, S. 434 (437).

pine Investments, welche vor diesem Hintergrund als Relativierung der *Keck*-Rechtsprechung verstanden worden ist⁸¹⁶. Zwar erscheint mir die eben getroffene Feststellung mehr als Präzisierung denn als Relativierung von *Keck*. Darauf kommt es indes für die Ausgangsfrage nicht entscheidend an. Denn der Entscheidung in der Rechtssache *Alpine Investments* liegt ein Sachverhalt zugrunde, der das Urteil insgesamt in völlig anderem Licht erscheinen lässt und der insofern eher Anlass zu der Vermutung gibt, dass *Keck* in vorliegendem Fall wenig relevant war⁸¹⁷. Da es sich um eine Beschränkung der Exporttätigkeit handelte, hätte sich wenn überhaupt eine analoge Anwendung der zu Art. 29 EG entwickelten Grundsätze angeboten⁸¹⁸. Deshalb ist es auch müßig darüber zu diskutieren, ob, hätten sich die Parteien nicht auf eine Parallele zu *Keck* berufen, der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung im Bereich des Art 28 EG „vergessen“ hätte⁸¹⁹. Wie Generalanwalt *F. G. Jacobs*⁸²⁰ in seinen Schlussanträgen zutreffend erkennt, war der Gerichtshof in der Rechtssache *Keck* mit Vorschriften des Einfuhrstaates (Zielstaates) befasst, die die Modalitäten für den Verkauf von Waren im Gebiet dieses Staates betrafen. In *Alpine Investments* verlangt dagegen der Ausfuhrstaat (Herkunftsstaat) der Dienstleistung die Einhaltung seiner eigenen Marketingvorschriften nicht nur für die Erbringung von Dienstleistungen auf seinem Gebiet, sondern auch auf dem Gebiet anderer Mitgliedstaaten⁸²¹. Es stehe einem Mitgliedstaat zwar frei, so der Generalanwalt weiter, das Marketing von Dienstleistungen, die von in diesem Staat ansässigen Personen erbracht werden, zu regeln. Eine unbegrenzte Freiheit dahingehend, dass er das Marketing solcher Dienstleistungen

⁸¹⁶ *V. Hatzopoulos*, CMLRev. 32 (1995), S. 1427 (1437): „limiting the scope of *Keck*“.

⁸¹⁷ Eine solche Interpretation erkennt auch *V. Hatzopoulos*, CMLRev. 32 (1995), S. 1427 (1436) als möglich an: „distinguishing *Keck*“

⁸¹⁸ *C. D. Classen*, EuR 39 (2004), S. 416 (421).

⁸¹⁹ *V. Hatzopoulos*, CMLRev. 32 (1995), S. 1427 (1439).

⁸²⁰ AaO (Fn. 811), Rn. 59 f.

⁸²¹ Diesen an sich ja ungewöhnlichen, weil sich in der Außenwirtschaftsbilanz des betreffenden Staates negativ niederschlagenden Vorgang, bezeichnet *V. Hatzopoulos*, CMLRev. 32 (1995), S. 1427 (1440) nicht ganz zu Unrecht als „economic masochism“.

im Gebiet anderer Staaten desgleichen regeln könne, existiere jedoch nicht. Diese Argumentation hat sich der Gerichtshof zu Eigen gemacht und geurteilt, ein Verbot, wie das hier streitige, beeinflusse unmittelbar den Zugang zu den Dienstleistungsmärkten anderer Mitgliedstaaten und bedürfe mithin einer Rechtfertigung⁸²².

Dieses Ergebnis ist nicht unbestritten, hält es doch vor allem einem Vergleich zu der auf spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme (Diskriminierungen) restriktierten Rechtsprechung zu Art. 29 EG nicht stand⁸²³. Vor diesem Hintergrund lässt sich trefflich darüber spekulieren, ob dann, wenn die beiden Fälle tatsächlich parallel verlaufen wären, der Gerichtshof einer Übertragung der *Keck*-Grundsätze zugestimmt hätte, das Verbot des „cold calling“ also nicht von Art. 49 EG erfasst gewesen wäre⁸²⁴. In der vorliegenden Situation zumindest, scheint der Tatbestand nur deswegen eröffnet zu sein, weil die Maßnahme durch den Herkunftsstaat erlassen wurde. Das muss nicht zwangsläufig überzeugen. Wie auch immer man aber zu diesem Ergebnis steht, die umgekehrte Annahme, der EuGH habe sich in *Alpine Investments* ein für alle Mal einer Übertragung von *Keck* auf den Dienstleistungssektor verschlossen, erscheint mir jedenfalls verfehlt⁸²⁵. Vielmehr lässt sich der *Keck*-Gedanke anhand

⁸²² EuGH, Slg. 1995, I-1141, Rn. 38 („Alpine Investments“).

⁸²³ *C. D. Classen*, EuR 39 (2004), S. 416 (421); *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf*, Art. 49/50 EGV, Rn. 68 ff.; zu bemerken ist allerdings, dass die von diesen Autoren herangezogene Rechtsprechung des EuGH zu Art. 29 EG selbst auf Kritik gestoßene ist; Art. 29 EG könnte demnach auch so verstanden werden, dass er nicht nur die auf den Export bezogenen, sondern zugleich die unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen verbietet, die verhindern, dass im Inland ansässige Unternehmen Güter für ausländische Märkte herstellen, vgl. *W.-H. Roth*, Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb der Hersteller?, ZHR 159 (1995), S. 78 (88 ff.); in diesem Fall wäre Art. 29 auf vorliegende Konstellation anwendbar.

⁸²⁴ Vgl. *J. L. Da Cruz Vilaça*, On the Application of *Keck* in the Field of Free Provision of Services, in *Andenas/Roth* (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 25 (28).

⁸²⁵ So aber *R. Greaves*, Advertising Restrictions on the Free Movement of Goods and Services, ELR 23 (1998), S. 305 (313 ff.); auch *M. Kort*, JZ 1996, S. 132 (136 ff.), der bereits an der Typenübertragbarkeit auf Dienstleistungen zweifelt; wie hier: *J. L. Da Cruz Vilaça*, in *Andenas/Roth* (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 25 (28); *S. Feiden*, aaO (Fn. 526), S. 146; *A. Grandpierre*, aaO (Fn.

der Rechtssache *Alpine Investments* in durchaus kohärenter Weise fortentwickeln.

Ausgangspunkt ist das Herkunftslandprinzip, das sich im Dienstleistungssektor auch im Verbot der überflüssigen Doppelbeschränkung verwirklicht sieht⁸²⁶. *Keck* lag die Überlegung zugrunde, dass bestimmte Verkaufmodalitäten des *Bestimmungslandes* aus dem Tatbestand des Art. 28 EG auszunehmen sind, weil eine (integrierte) Verhältnismäßigkeitsprüfung bei diesen nicht ergeben kann, dass das „Wer“, „Wann“, „Wo“, „Was“ oder „Wie“ des Verkaufs bereits im Herkunftsland der Ware Berücksichtigung gefunden hat⁸²⁷. Der *importierende* Staat kann mithin im Bereich unterschiedsloser Verkaufmodalitäten seiner Rechtsordnung zur Anwendung verhelfen, ohne dadurch eine überflüssige Doppelbeschränkung zu verursachen. Verlässt ein Unternehmen seinen Rechtsraum und tritt es in den eines anderen Staates ein, so steht es nach dem oben Gesagten auf der gleichen Stufe wie die inländische Konkurrenz. Die Anwendung des Herkunftslandprinzips wird dementsprechend auf Produktmodalitäten des importierenden Staates begrenzt, denen nach *Keck* stets eine zumindest faktische Diskriminierung innewohnt, indem das Produkt seine Konzeption im Herkunftsstaat erfährt.

Alpine Investments liegt nun dieselbe Überlegung mit umgekehrten Vorzeichen zugrunde. Die Wirkung, die auf Seiten des importierenden Staates der Regelung einer Produktmodalität zukommt, tritt auf Seiten des *exportierenden* Staates durch die Regelung einer Verkaufmodalität ein. Unterschiedslose Verkaufmodalitäten des *Herkunftslandes* fallen deshalb in den Tatbestand des Art. 49 EG hinein, nicht etwa weil eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stets ergibt, dass die Wirtschafts- und Sozialbelange des Herkunftsstaates bereits im Bestimmungsstaat Berücksichtigung gefunden haben; in dem Maße,

541), S. 68 ff.; *T. Kingreen*, aaO (Fn. 133), S. 61 f.; *U. Becker*, NJW 1996, S. 179 (180); *T. Eilmansberger*, JBl 1999, S. 434 (440 f.); *S. Krebber*, Die Vereinbarkeit von Entsenderichtlinie und Arbeitnehmer-Entsendegesetz mit der Dienstleistungsfreiheit und Freizügigkeit des EGV, in *Jb. junger ZivilRWiss.* 1997, S. 129 (143); *M. Holoubek*, in *Schwarze*, Art. 49 EGV, Rn. 60 ff.

⁸²⁶ Vgl. oben, Fn. 670.

⁸²⁷ Vgl. oben, Fn. 786.

wie diese Belange des importierenden Bestimmungsstaates nicht durch Vorschriften des exportierenden Herkunftsstaates berücksichtigt werden konnten, können umgekehrt genauso wenig diejenigen des exportierenden Herkunftsstaates durch Vorschriften des importierenden Bestimmungsstaates verwirklicht werden. Ein „umgekehrtes Herkunftslandprinzip“ funktioniert nicht⁸²⁸.

Versucht aber der *exportierende* Herkunftsstaat seine Verkaufsmodalitäten gleichermaßen durchzusetzen, wie dies der importierende Zielstaat tun darf, so wird dadurch erst jene überflüssige Doppelbeschränkung hervorgerufen, die zu vermeiden das Herkunftslandprinzip eigentlich berufen ist. Denn im importierenden Zielstaat erhebt mit Recht eine weitere Rechtsordnung ihren Geltungsanspruch. Es gilt für Verkaufsmodalitäten bereits das *Bestimmungslandprinzip*. Würde der *Keck*-Gedanke sowohl für die vom exportierenden (Herkunfts-) Staat als auch für die vom importierenden (Bestimmungs-) Staat erlassenen Verkaufsmodalitäten gelten, dann würde daraus folgen, dass beide Vorschriftenkomplexe aus dem Tatbestand des Art. 49 EG herausfielen, sofern sie nicht diskriminierend sind. Eine Person, die Dienstleistungen exportiert, müsste dann beide befolgen, selbst wenn sie nicht objektiv gerechtfertigt wären⁸²⁹. Dieses Ergebnis zu verhindern, ist Aufgabe der integrierten Verhältnismäßigkeitsprüfung, die nach hier vertretener Ansicht durch die allgemeine Prinzipienlehre induziert ist. Schiebt man diese einmal beiseite, so lässt sich vielleicht einfacher formulieren, dass die Dienstleistungsfreiheit immer dann als Beschränkungsverbot gilt, wenn die fragliche Regelung – als eine solche des Zielstaates gedacht – nach der *Keck*-Rechtsprechung nur am Diskriminierungsverbot zu messen wäre⁸³⁰.

Das Zusammenspiel der Prinzipien setzt sich unterdessen reibungslos fort, wenn man sich nun den Produktmodalitäten zuwendet (um die es in *Alpine Investments* freilich nicht ging). Während Produktmodalitäten des importierenden Staates (Bestimmungsstaat) noch stets vom Tatbestand erfasst wurden (Herkunftslandprinzip),

⁸²⁸ I.E. ebenso *A. Rosenboom*, aaO (Fn. 541), S. 62 f.

⁸²⁹ Generalanwalt *F. G. Jacobs*, aaO (Fn. 811), S. 1159 (Rn. 61).

⁸³⁰ *A. Randelzhofer, U. Forsthoff*, in *Grabitz/Hilf*, Art. 49/50 EGV, Rn. 93.

fallen Produktmodalitäten des exportierenden Staates (Herkunftsland) aus dem Tatbestand heraus. Es gilt die oben getroffene Aussage, dass ein Produkt so, wie es im Herkunftsland konzipiert wurde grundsätzlich auch allen anderen Mitgliedstaaten der Union zugemutet werden kann⁸³¹.

Zusammenfassend lässt sich demnach feststellen, dass der Europäische Gerichtshof, um eine überflüssige Doppelbelastung zu vermeiden, unausgesprochen die Regelungszuständigkeiten unter den Mitgliedstaaten aufgeteilt hat. Zuständig für die Regelung von Produktmodalitäten ist grundsätzlich der Herkunftsstaat (Herkunftslandprinzip), während der Zielstaat die Bedingungen, unter denen dieses Produkt verkauft werden darf, festlegen kann (Bestimmungslandprinzip). Ausnahmen zu dieser „horizontalen Gewaltenteilung“ im unvollkommenen Binnenmarkt sind freilich denkbar, sofern nicht-wirtschaftliche, zwingende Belange des nationalen Ordnungs- und Sozialrahmens andernfalls vereitelt würden.

⁸³¹ Oben, Fn. 586 m.w.N.

b) Schema

Damit ergibt sich das folgende Schema:

	Leistungserbringungsmodalitäten		Leistungsmodalitäten
des <i>im-</i> <i>por-</i> <i>tier-</i> <i>en-</i> den Staa- tes	unterschieds- los anwendbar <i>und</i> unter- schiedslos wirksam	unterschiedslos anwendbar <i>aber</i> unterschiedlich wirksam	<i>jedenfalls</i> unterschiedlich wirk- sam
	→ TB (-) → <i>Bestim-</i> <i>lungs-</i> <i>landprinzip</i>	→ TB je nach Ausgang der integ- rierten Verhält- nismäßigkeitsprü- fung (+), → dann <i>Herkunftsland-</i> <i>prinzip</i> , bzw. (-), → dann <i>Be-</i> <i>stimmungsland-</i> <i>prinzip</i>	→ TB je nach Ausgang der integ- rierten Verhältnismäßigkeitsprü- fung (+), → dann <i>Herkunftsland-</i> <i>prinzip</i> , bzw. (-) → dann <i>Bestim-</i> <i>mungslandprinzip</i>
des <i>ex-</i> <i>por-</i> <i>tier-</i> <i>en-</i> den Staa- tes	→ TB (+) → <i>kein „umgekehrtes Herkunfts-</i> <i>landprinzip“</i> → <i>Bestimmungslandprinzip</i>		→ TB (-) → <i>Herkunftslandprinzip</i>

6 Kritik an Keck selbst

Insbesondere im Hinblick auf die *Keck*-Folgerechtsprechung, in der der Gerichtshof das von ihm selbst entworfene Schema nicht immer

durchgehalten hat⁸³², steht die eben vorgetragene Systematik jedoch unter (teils heftigem) Beschuss⁸³³. Unter Verweis auf die strikte Typenunterscheidung in *Keck* wird insbesondere vorgetragen, man stehe heute vor dem Dilemma, dass es zwar solche Vertriebsvorschriften gebe, die „bestimmt“⁸³⁴ aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG ausschieden (z.B. Sonntagsverkaufsverbote bzw. Ladenöffnungszeiten) und solche, die mit Sicherheit in den Anwendungsbereich hineinfielen (Verkaufsmodalitäten, mit Auswirkung auf die Produktgestaltung: „untrennbare Einheit“⁸³⁵). Im Grenzbereich der sonstigen Verkaufsmodalitäten, d.h. der Vielzahl mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften, welche unbestreitbar Binnenmarktbezug aufweisen, deshalb aber noch keine Einheit mit dem Produkt zu bilden⁸³⁶, und somit nicht als „quasi produktbezogen“ angesehen werden können, bestehe aber trotz, oder gerade wegen *Keck* gravierende Verunsicherung bei der praktischen Anwendung des Art. 28 EG⁸³⁷. Ziel aller Überlegungen müsse es von daher sein, ausgehend von dem

⁸³² Ein ausführlicher Rechtsprechungsüberblick findet sich bei *S. Feiden*, aaO (Fn. 526), S. 17 ff.

⁸³³ Besonders energisch haben sich dabei *L. Gormley* und *S. Weatherill*, oben, Fn. 784 und 785, hervorgetan.

⁸³⁴ Vgl. EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16. („Keck“); der EuGH spricht hier ausdrücklich von „bestimmten“ Verkaufsmodalitäten, vgl. *P. C. Müller-Graff*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 28, Rn. 252 ff.; zweifelnd hinsichtlich einer inhaltlichen Differenzierung zwischen „bestimmten“ und „sonstigen“ Verkaufsmodalitäten dagegen *H. Weyer*, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, Diss. 1997, S. 406.

⁸³⁵ Dazu EuGH, Slg. 1994, I-319 („Clinique“) und Slg. 1995, I-1923 („Mars“), in denen werberechtliche, und damit eigentlich *vertriebsbezogene* Vorschriften, aufgrund der „untrennbaren Einheit“ von Aufmachung des Produkts und seiner Bewerbung als *produktbezogene* Regelungen qualifiziert und damit richtigerweise dem Regime des Art. 28 EG unterworfen wurden; zum Ganzen *E. M. Kieninger*, EWS 1998, S. 277 (280 ff); *P. W. Heermann*, Artikel 30 EGV im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung“, GRUR Int. 1999, S. 579 (581 ff.).

⁸³⁶ Am Bsp. des sog. Euro-Marketing *S. Leible*, wrp 1997, S. 517 (521).

⁸³⁷ Vgl. etwa, *S. Leible*, wrp 1997, S. 517 ff., *P. W. Heermann*, GRUR Int. 1999, S. 579 ff; *R. Streinz*, EuzW 2003, S. 37 ff.; *R. Sack*, wrp 1998, S. 103 (104 ff.); *T. Schilling*, EuR 29 (1994), S. 50 (60); *E. Steindorff*, ZHR 158 (1994), S. 149 (152); *P. O. Mülbart*, ZHR 159 (1995), S. 2 (17); auch *T. Jestaedt/F. Kästle*, EWS 1994, S. 26 (27).

Kriterium des Marktzugangs, die formale „Rückausnahme“ in *Keck*, wonach Verkaufsmodalitäten dann wieder in den Tatbestand des Art. 28 EG aufzunehmen sind (und ergo einer Legitimation bedürfen), wenn sie den Absatz inländischer und ausländischer Produkte in „rechtlich wie tatsächlich“ *ungleicher* Weise berühren, durch materielle Kriterien zu ersetzen bzw. aufzufüllen⁸³⁸.

Das gelingt mit unterschiedlichem Erfolg. So können beispielsweise Vertreter eines weiten Diskriminierungsbegriffs⁸³⁹ die Sperrwirkung einer Rechtsvorschrift im Hinblick auf den Marktzugang häufig nur an ihrem diskriminierenden *Kosteneffekt* für die ausländische Konkurrenz festmachen⁸⁴⁰. Die Vertreter eines Beschränkungsansatzes dagegen wollen teils eine „*de minimis Regel*“⁸⁴¹, teils auch ein – nicht minder unscharfes – *Spürbarkeitserfordernis*⁸⁴², einführen, wie es aus dem Europäischen Wettbewerbsrecht bekannt ist (vgl. Art. 81 ff. EG).

Letztere Kriterien können in hiesigem Zusammenhang bereits begriffslogisch respektive normtheoretisch nicht überzeugen: liegt eine Beschränkung nach der *Dassonville*-Formel schon bei mittelbarer Behinderung des Marktzugangs vor, so ist es begrifflich schlechterdings unmöglich, sie im konkreten Fall mit dem Argument der „nur wenig einschneidenden Bedeutung“, oder „nur unwesentlichen“ Beschränkung zu verneinen („*de minimis Regel*“)⁸⁴³. Der Übertra-

⁸³⁸ E. Steindorff, ZHR 158 (1994), S. 149 (161 f.).

⁸³⁹ Zweiter Teil, B., IV., 3, b), Fn. 476.

⁸⁴⁰ T. Ackermann, Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“, RIW 1994, S. 189 (193); P. W. Heermann, GRUR Int. 1999, S. 579 (584 f.); S. Leible, wrp 1997, S. 517 (521); E.-M. Kieninger, EWS 1998, S. 277 (284).

⁸⁴¹ V.a. Generalanwalt F. G. Jacobs, in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Leclerc-Siplec“, EuGH, Slg. 1995, I-179, 194 ff.; im folgend Generalanwalt M. B. Elmer, in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Banchemo“, EuGH, Slg. 1995, I-4663, 4677.

⁸⁴² V.a. R. Sack, wrp 1998, S. 103 (116 f.) unter Verweis auf die Bewährung dieses Erfordernisses im Rahmen von Art. 85 EG; vgl. auch T. Jestaedt/F. Kästle, EWS 1994, S. 26 (28).

⁸⁴³ Wenngleich sich auch der EuGH dieser unglücklichen Formulierung bereits bedient hat, vgl. EuGH, Slg. 1998, I-3949, Rn. 31 („Corsica Ferries“); das Urteil zählt indes zur der Gruppe der „inkonsistenten“ *Keck*-Folgerechtsprechung, vgl. S. Feiden, aaO (Fn. 526), S. 25; a.A. R. Sack, wrp 1998, S. 103 (116).

gung des Spürbarkeitserfordernisses steht zudem entgegen, dass sich Art. 28 EG und Art. 81 EG an unterschiedliche Adressaten wenden und dass bei der Anwendung von Art. 81 EG die Spürbarkeit anhand anderer Kriterien festzustellen wäre⁸⁴⁴. Im Rahmen des Wettbewerbskonzepts des Art. 81 EG ist die Spürbarkeit ein technisches Element, das durch den Gerichtshof und die Kommission gelegentlich qualitativ gesehen, zumeist jedoch anhand quantitativer Kriterien (Marktanteil) beurteilt wird⁸⁴⁵.

Demgegenüber ist die hiesige Problematik im Kern vor allem qualitativer Natur, verlangt sie doch nach einer stichhaltigen Begründung, warum gewisse, nicht mehr „spürbare“ Handelsbeschränkungen, deren restriktive Wirkung „zu ungewiss und zu mittelbar“ erscheint, deshalb keine Handelsbeschränkung im Sinne von *Dassonville* mehr sein sollen. Eine solche vermag das Spürbarkeitskriterium indes nicht zu liefern. Ganz im Gegenteil hat etwa *T. Schilling*⁸⁴⁶ nachgewiesen, dass das Spürbarkeitskriterium sich nicht ohne dogmatische Friktionen übertragen lässt. Es stellt vielmehr einen „Fremdkörper“ im Vorrangverhältnis des Europarechts vor dem nationalen Recht und damit der Legitimationsbasis jedweder Stigmatisierung einer nationalen Regelung als „Handelsbeschränkung“ im Sinne der Grundfreiheiten dar. Denn das Vorrangverhältnis fragt nur danach, ob eine nationale Maßnahme mit den Grundfreiheiten kollidiert, nicht aber danach, ob diese Kollision nur mittelbar oder entfernt ist.

Damit verbleibt das (Anpassungs-) Kostenargument, dem allerdings gleichermaßen vorgeworfen wird, an der Problematik vorbeizugehen⁸⁴⁷. Am schwersten wiegt hier wohl der Einwand *R. Joliet*, das Problem könne nicht primär darin bestehen zu wissen, ob die

⁸⁴⁴ *S. O. Hödl*, aaO (Fn. 541), S. 41 f., 154 f.; *R. Joliet*, GRUR Int. 1994, S. 979 (985); a.A. *R. Sack*, wrp 1998, S. 103 (116).

⁸⁴⁵ *T. Eilmansberger*, in Streinz, EUV/EGV, Art. 81 EGV, Rn. 71 ff.; *K. W. Lange*, Europäisches und deutsches Kartellrecht, 2006, S. 38 f.

⁸⁴⁶ *T. Schilling*, EuR 29 (1994), S. 50 (60 f.).

⁸⁴⁷ *E. Steindorff*, ZHR 158 (1994), S. 149 (166); *R. Joliet*, GRUR Int. 1994, S. 979 (985); *R. Sack*, wrp 1998, S. 103 (106 f.); *P. O. Mülbart*, ZHR 159 (1995), S. 2 (27); *O. Remien*, JZ 1994, S. 349 (352).

Exportaktivität zusätzliche Kosten hervorrufe, sondern zu bestimmen, ob die im Einfuhrstaat geltenden Vertriebsvorschriften einen Wettbewerbsvorteil für die nationale Industrie begründen⁸⁴⁸. Letzteres ist – und darin liegt ein Gewinn an Rechtssicherheit – bei „klassischen“ Verkaufsmodalitäten nicht der Fall. Man könnte zwar argumentieren, eine faktisch unterschiedliche Berührung der ausländischen Wettbewerber im Sinne von *Keck* liege jeder Verkaufsmodalität zugrunde, weil sich „gewisse Positionsvorteile“ der inländischen Akteure stets bereits aus der Vertrautheit mit ihrer Rechtsordnung ergäben⁸⁴⁹. Doch lässt die etwas schwammige Formulierung „gewisser Positionsvorteile“ bereits erkennen, dass dieses Argument einer *petitio principii* gleicht: würde jedweder Positionsvorteil inländischer Akteure bereits eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen, würde der nationale Ordnungs- und Sozialrahmen in einer Weise penetriert, dass von einer Union der souveränen Staaten (Art. 6 Abs. 3 EU) nicht mehr ohne Ironie gesprochen werden könnte. Die hier in Rede stehenden Positionsvorteile können daher wenn, dann nur positivrechtlich über den Weg der sekundärrechtlichen Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Sachrechts gemäß Art. 47, 55 und 95 Abs. 1 EG ausgeglichen werden.

Somit bleibt festzuhalten, dass es der Literatur bisher nicht gelungen ist, einen der *Keck*-Unterscheidung tatsächlich überlegenen Lösungsansatz zu präsentieren. Wenngleich die einzelnen materiellen Kriterien sicherlich Anhaltspunkte bei der Prüfung des Marktzutrittsrechts der Binnenmarktteure liefern; zurück bleibt stets das dem supranationalen Staatenverbund inhärente Spannungsfeld zwischen europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, das Spannungsfeld also zwischen gegensätzlichen *Interessen* im Binnenmarkt.

Hieran hat zuletzt *P. M. Maduro*⁸⁵⁰ angeknüpft, der davon ausgeht, dass es Normen gibt, die „cross-national interests“ schützen und solche, die allein „national interests“ repräsentieren, wobei erste-

⁸⁴⁸ *R. Joliet*, GRUR Int. 1994, S. 979 (985).

⁸⁴⁹ So *T. Schilling*, EuR 29 (1994), S. 50 (59).

⁸⁵⁰ *P. M. Maduro*, We, The Court, 1998, S. 173 f.

re unschädlich seien, während letztere eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen sollen. Dieser Ansatz ist interessant, löst er sich doch als erster von dem Versuch, die „formale“ Rückausnahme in *Keck* durch ein materielles Kriterium zu ersetzen. Stattdessen wird nach der binnenmarktweiten Übertragbarkeit eines hinter der Norm stehenden Schutzgedankens gefragt; eine Überlegung, von der sich auch das Herkunftslandprinzip leiten lässt. Dennoch kann *Maduro* im Ergebnis ebensowenig gefolgt werden. Fraglich ist nämlich bereits sein Ausgangspunkt bei etwaigen „repräsentativen“, im Kern also fundamental-demokratischen Fehlfunktionen im Binnenmarkt, der unterstellt, dass einzelstaatliche Normen, die „cross-national interests“ schützen, von vorne herein nicht im Verdacht stehen, die Interessen EG-ausländischer Wettbewerber unzureichend zu repräsentieren⁸⁵¹. Eine solche Unterstellung lässt sich indes nicht zweifelsfrei belegen⁸⁵². Darüber hinaus erinnert der Ansatz *Maduros* an den Versuch *W. Wellinghausens*, nach dem Vorbild des Art. I § 8 US-Verfassung, eine „interstate commerce clause“ in das Gemeinschaftsrecht zu überführen⁸⁵³. Der US-Supreme Court prüft dabei, ob eine Maßnahme aufgrund einer ökonomischen Abwägung zwischen den Interessen der Einzelstaaten und dem Gemeinschaftsinteresse verhältnismäßig ist. Gegen diese zur US-Verfassung gezogene Parallele muss aber der Einwand erhoben werden, dass sie die eigentliche Bedeutung der commerce clause, die abschließende Regelung der generellen Zuständigkeiten zwischen Bund und Gliedstaaten, nicht hinreichend berücksichtigt⁸⁵⁴. Eine abschließende Zuständigkeitsregelung führt nämlich dazu, dass in weitem Umfang rein innerstaatliche Regelungen dem Begriff „interstate commerce“ zugeordnet werden, für den die Gliedstaaten keine Gesetzgebungszuständigkeiten besitzen. Der EG-Vertrag, als Verfassung eines „losen Staatenverbun-

⁸⁵¹ P. M. *Maduro*, We, The Court, 1998, S. 166 ff. (174).

⁸⁵² Vgl. W. H. *Roth*, in Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law 2004, S. 1 (9); Snell/M. *Andenas*, ebd., S. 69 (106 f.).

⁸⁵³ W. *Wellinghausen*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1974, 837 ff. („Dassonville“), EuR 10 (1975), S. 319 (325 f.).

⁸⁵⁴ S. O. *Hödl*, aaO (Fn. 541), S. 32.

des“⁸⁵⁵ ist jedoch fundamental anders geartet. Erstens würde durch Einbeziehung rein innerstaatlicher Sachverhalte das Element der Grenzüberschreitung negiert und dem EuGH die Funktion einer Superrevisionsinstanz zur Behebung nationaler „Unzulänglichkeiten“ zugesprochen. Zweitens und vor allem würde die Übernahme eines Konzepts, welches von der Bundesstaatsperspektive ausgeht, besonders im Hinblick auf die selten so aktuelle Kompetenz- und Subsidiaritätsdebatte in der Europäischen Union⁸⁵⁶ wenn schon nicht juristisch, so zumindest politisch zum Scheitern verurteilt sein.

Die Entscheidung in der Rechtsache *Keck* ist nach alledem durchaus kritikwürdig. Der Wert einer auch und vor allem für die zur Rechtsanwendung berufenen nationalen Gerichte einfach zu handhabenden Typenkorrektur ist aber vor dem tieferen Grund der Entscheidung zu sehen: was im Fall *Keck* anstand, war eine normstrukturell nachvollziehbare Relativierung des sämtliche unterschiedslos geltenden Maßnahmen erfassenden, und insofern „absoluten“ Art. 28 EG, nicht nur, weil dann, wenn im Ergebnis alles und jedes unter den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung zu subsumieren wäre, dieser Begriff letztendlich jeglichen heuristischen Sinnes beraubt wäre⁸⁵⁷. Eine Korrektur war vor allem deshalb angezeigt, weil der Gerichtshof sich zunehmend dem Vorwurf ausgesetzt sah, mittels einer gemeinschaftsrechtlichen Legitimationskontrolle nationaler Ziele anhand des Prinzips der Verhältnismäßigkeit die politische Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten in Bereichen einzuengen, die, wenn überhaupt, nur ganz peripher die Gemeinschaft berühren⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Grundlegend BVerfGE 89, 155, 190 („Maastricht“).

⁸⁵⁶ M. Nettesheim, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 39 (2004), S. 511 ff.; F. Mayer, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), S. 1 ff.; I. Pernice, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, S. 866 ff.; W. Moersch, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, Diss. 2001; V. Götz/J. Martinez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002; A. Estella, The Principle of Subsidiarity and its Critique, 2002; J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Föderation, RuP 37/38 (2001/02), S. 8 (12 ff.).

⁸⁵⁷ H. J. Schütz, Jura 1998, S. 631 (638).

⁸⁵⁸ O. Due, Dassonville Revisited or No Cause for Alarm, in Campbell (Hrsg.), Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law (1996), S. 27;

Bezeichnenderweise fragt *R. Joliet*, damals selbst Richter in Luxemburg⁸⁵⁹: „können wir, die wir dreizehn sind, behaupten, über mehr Weisheit und Intelligenz als alle Regierungen und nationalen Parlamente der Gemeinschaft zu verfügen?“ Die Frage ist rethorisch zu verstehen. Deshalb muss *Keck* als Bekenntnis zum Paradigma eines wahrhaft unvollkommenen Binnenmarktes verstanden werden, der insgesamt eher föderalen Systemen bei beschränktem Wettbewerb der Rechtsordnungen, als einem radikal verstandenen Herkunftslandprinzip mit vollständiger Konkurrenz entspricht⁸⁶⁰. Im wahrhaft unvollkommenen Binnenmarkt aber, ist die Anwendung des Herkunftslandprinzips auf nicht produktbezogene Regelungen ein Widerspruch, weil dies auf einen vollkommenen und damit nicht den EG-Binnenmarkt abzielt⁸⁶¹.

Das Urteil *Keck* beinhaltet von daher nicht mehr aber auch nicht weniger, als einen „clear rule-like test“⁸⁶² zur einzelfallgerechten Justierung des Verhältnisses zwischen zentralen Gemeinschaftsangelegenheiten und dezentralisierten Entscheidungsprozessen auf Ebene der Mitgliedstaaten⁸⁶³, zwischen Gemeinschaftskompetenz⁸⁶⁴ und mitgliedstaatlicher Regelungsautonomie (Subsidiaritätsprinzip, Art. 5 Abs. 2 EG), zwischen transnationaler Integration und nationalhoheitlicher Souveränität, kurz: zur Besinnung auf die eigentliche „Werk-

Snell/M. Andenas, in *Andenas/Roth* (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 69 (96 ff.); vgl. auch *W. H. Roth*, ebd., S. 1 (7 f.); *E. Steindorff*, ZHR 158 (1994), S. 149 (158).

⁸⁵⁹ *R. Joliet*, GRUR Int. 1994, S. 979 (984).

⁸⁶⁰ Vgl. *N. Reich*, *Europäisches Verbraucherschutzrecht*, S. 44.

⁸⁶¹ *P. O. Mülbart*, ZHR 159 (1995), S. 2 (23); a.A. *E. Steindorff*, ZHR 158 (1994), S. 149 (160 ff.), meines Erachtens zu Unrecht.

⁸⁶² *P. Oliver*, *Free Movement of Goods in the European Community*, 2003, para. 6.68.

⁸⁶³ Insoweit noch übereinstimmend *P. M. Maduro*, *We, The Court*, 1998, S. 169.

⁸⁶⁴ Auch und vor allem betreffend die Reichweite der Legitimation, die der Vertrag dem „Zentralorgan“ EuGH in Bezug auf die Überprüfung nationaler, also dezentraler Maßnahmen zugesteht; vgl. *J. Snell/M. Andenas*, in *Andenas/Roth* (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 69 (97); *A. Adrian*, EWS 1998, S. 288 (289 f.).

idee“ der Grundfreiheiten⁸⁶⁵. Diese wiederum – und damit schließt sich nach hiesigem Verständnis der Kreis – ist nun aber weitgehend synonym mit der Frage nach der sachgerechten Reichweite des Herkunftslandprinzips⁸⁶⁶. Dessen Geltungsbereich ist nach *Keck* durch das Bestimmungslandprinzip begrenzt, wo in- und ausländische Produkte auf der gleichen Stufe stehen, d.h. im Regelfall nach Gewährung des Marktzugangs.

7 Kritik an der Übertragung der *Keck*-Einschränkung auf die Dienstleistungsfreiheit

Wie bereits angedeutet, wird schließlich heftig diskutiert, ob nicht jedenfalls im Bereich von Dienstleistungen eine andere, weniger formale Betrachtung angezeigt wäre. Im Mittelpunkt der Überlegungen steht hier die oben eingeführte Unterscheidung von sog. Leistungsmodalitäten und sog. Leistungserbringungsmodalitäten⁸⁶⁷. Nicht überzeugen kann der schlichte Hinweis, es fehle bereits im Tatbestand des Art. 49 EG an dem Problem, „Maßnahmen gleicher Wirkung“ zu definieren, weshalb schon allein deshalb keine Notwendigkeit bestehe, die Formel von Verkaufsmodalitäten schematisch zu übertragen⁸⁶⁸. Eine derart formal-juristische Interpretation vernachlässigt m.E. den tieferen Sinn einer einschränkenden Auslegung, wie sie durch das Urteil *Keck* vorgenommen wurde.

Gewichtiger wiegt da schon der Einwand, eine Maßnahme, die – bezogen auf den Warenverkehr – als Verkaufsmodalität im Sinne der *Keck*-Formel anzusehen sei, müsse nicht zwangsläufig ebenso für den freien Dienstleistungsverkehr gedeutet werden. So betreffe etwa ein Verbot der irreführenden und auf Kinder gerichteten Fernsehwerbung in Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit eine Verkaufsmo-

⁸⁶⁵ In Anlehnung an *T. Kingreen*, in von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 658; vgl. außerdem *W. H. Roth*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 1 (7 f.); *J. Snell/M. Andenas*, ebd., S. 69 (82 ff.) und *J. Snell*, aaO (Fn. 126), S. 70 ff.

⁸⁶⁶ Vgl. zweiter Teil, B., IV., 3, e).

⁸⁶⁷ Oben, 5, Fn. 807.

⁸⁶⁸ *J. Tiedje/P. Troberg*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 49 EG, Rn. 104.

dalität. Für den Produzenten der Werbesendung, aber auch für den Sender, der die Werbung ausstrahlt, betreffe die Vorschrift dagegen unmittelbar den *Inhalt* der zu erbringenden Leistung⁸⁶⁹. Dieses Vorbringen ist vollkommen berechtigt. Aus Sicht des Herkunftslandprinzips bestätigt sich indes nur das Gesagte, indem die *inhaltliche* Konzeption eines Produkts (ob nun Ware oder Dienstleistung) sich grundsätzlich nach den Rechtsvorschriften des Herkunftsstaates bemisst, während seine Verbreitung grundsätzlich dem Bestimmungslandprinzip unterlegen ist⁸⁷⁰. Sofern dieser Befund es erfordert, die Einschränkung des Beschränkungsverbot der Waren- respektive Dienstleistungsfreiheit unterschiedlich auszugestalten, kann daraus ein weiteres Argument für die These gewonnen werden, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme und mit ihr die Frage nach dem Herkunftslandprinzip, in den Tatbestand zu integrieren ist. Die engere Verbindung von Produkt und Vertrieb der Dienstleistung macht es dagegen nicht vollkommen unmöglich, nach Vorschriften, welche den Inhalt der Dienstleistung regulieren (dazu gehören dann wohl auch die personenbezogenen Anforderungen, nachdem die Qualität der Leistung häufig über Anforderungen an die Person sichergestellt wird⁸⁷¹), und solchen, welche ihre Ausübung betreffen, zu unterscheiden⁸⁷².

⁸⁶⁹ Unter Anführung dieses Beispiels aus EuGH, Slg. 1997, I-3843 („De Agostini“) *J. L. Da Cruz Vilaça*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 25 (36 ff.); *S. Kort*, JZ 1996, S. 132 (136); *A. Randelzhofer*, *U. Forsthoff*, in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 EGV, Rn. 96.

⁸⁷⁰ Ähnlich *C. D. Classen*, EuR 39 (2004), S. 416 (420).

⁸⁷¹ Vgl. oben, 1., b); *J. Snell*, aaO (Fn. 126), S. 18; diesen Weg anerkennend auch *S. Feiden*, aaO (Fn. 526), S. 132.

⁸⁷² Überlegung zur Abgrenzung produkt- und vertriebsbezogener Dienstleistungsregelungen finden sich z.B. bei *P. O. Mülbart*, ZHR 159 (1995), S. 2 (29 ff.); *W. Schroeder*, Kein Glücksspiel ohne Grenzen, EuGRZ 1994, S. 373 (377, Fn. 46).

C. Mitgliedstaatliches Ermessen

I. Begründung

Das Herkunftslandprinzip ist nach bisher Gesagtem zwingende Rechtsfolge, sofern eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass dem jeweils hinter der beschränkenden Norm stehenden Schutzgedanken bereits im Herkunftsland der Dienstleistung Rechnung getragen wurde. Die Wirtschafts- bzw. Sozialgestaltung des Bestimmungslandes der Dienstleistung ist in diesem Fall an dieser Stelle europarechtswidrig, die des Herkunftslandes dagegen europakonform, wenn nicht gar auf lange Sicht europäische Norm: setzen sich bestimmte Wertungen (z.B. in Fragen des Verbraucher-, Umwelt- oder Anlegerschutzes) von Verfahren zu Verfahren vor dem EuGH immer wieder durch, so lässt sich kaum bestreiten, dass die Sogwirkung dieser Negativintegration⁸⁷³ zu einer Nivellierung historisch gewachsener Wertungsunterschiede (z.B. in der Höhe der Mindestkapitalausstattung von Gesellschaften zum Zwecke des Anlegerschutzes) innerhalb der EU beiträgt.

Andererseits gilt nach wie vor die oben getroffene Aussage, dass das Herkunftslandprinzip im Einklang mit der dynamischen Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 Abs. 2 EG steht, indem es für eine stärkere Beachtung der örtlichen, regionalen und nationalen Traditionen sorgt, während gleichzeitig die Vielfalt der auf die Märkte strömenden Dienstleistungen gewahrt bleibt⁸⁷⁴. Vor diesem Hintergrund ließe sich entsprechend der europäischen Devise „in Vielfalt geeint“⁸⁷⁵ schließen, dass auch europäische Dienstleistungen, so vielfältig die einzelnen Ausgestaltungen auch sein mögen, ihren gemein-

⁸⁷³ Zum Begriff *E. Steindorff*, ZHR 150, S. 687 (693); *S. O. Hödl*, aaO (Fn. 541), S. 55 und 69, sowie vierter Teil, C.

⁸⁷⁴ *Oben, A.*, II., 2., m.w.N. in Fn. 620.

⁸⁷⁵ Art. IV-1 des vierten Teils des Verfassungsvertragsentwurfs vom 18.07.2003 bestimmt: „Die Devise der Union lautet: In Vielfalt geeint“; fraglich ist allerdings, ob dieser Teil des Verfassungsvertragsentwurfs in den nunmehr angestrebten „Änderungsvertrag“ hinübergerettet werden kann; vgl. dazu die Verfassungsreform durch den Brüsseler Gipfel vom 21. und 22.06.2007.

samen Nenner im Herkunftslandprinzip finden. Im Übrigen ließe sich von einem mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung des jeweiligen nationalen Schutzniveaus sprechen.

Der EuGH hat sich freilich nie zu solchen Überlegungen hinreißen lassen. In der Rechtssache *Schindler*⁸⁷⁶, in welcher ein unterschiedslos anwendbares (totales) Verbot von Lotterien in Großbritannien zu beurteilen war, hat das Gericht pragmatisch entschieden. Es hat die „sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten“ in den Mitgliedstaaten hervorgehoben, aufgrund derer ein Totalverbot zum Schutze der Spieler vor sich selbst und vor betrügerischen Handlungen Dritter vor der Dienstleistungsfreiheit bestehen könne und sich damit gegen die Negativintegration anhand des Herkunftslandprinzips ausgesprochen. Der Bewahrung der (rechts-) kulturellen Vielfalt innerhalb der EU, sowie dem Schutz vor schädlichen persönlichen und sozialen Folgen des „Spieltriebs“ innerhalb der Mitgliedstaaten, mag das durchaus zuträglich sein. Der Rechtswissenschaft stellt sich seither aber die Frage, ob diese Rechtsprechung den Mitgliedstaaten ein Ermessen bei der Auswahl der möglichen Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs einräumen wollte⁸⁷⁷, bzw., nachdem der EuGH ja ausdrücklich von Ermessen spricht⁸⁷⁸, wie weit ein solches reichen sollte⁸⁷⁹.

Schon die Einräumung mitgliedstaatlichen Ermessens wäre in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zunächst würde ein Auswahlermessen nach Art der *Schindler*-Rechtsprechung bedeuten, dass in sensiblen Bereichen (hier z.B. dem Lotteriewesen) ein totales Verbot der Dienstleistung (hier der Werbung für eine Lotterie aus einem andern Mitgliedstaat) vor Art. 49 EG selbst dann Bestand haben könnte, wenn mildere, ebenso geeignete Mittel denkbar wären (etwa eine strikte Konzessionierung). Noch erstaunlicher wäre aber die

⁸⁷⁶ EuGH, Slg. 1994, I-1039, Rn. 59 ff.

⁸⁷⁷ A. Rosenboom, aaO (Fn. 541), S. 45 ff.

⁸⁷⁸ Vgl. EuGH, Slg. 1994, I-1039, Rn. 61 („Schindler“); man wird dem EuGH insofern entgegen A. Rosenboom (aaO Fn. 541) terminologische Korrektheit zugestehen können.

⁸⁷⁹ I.d.S. auch Generalanwalt A. La Pergola, in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 1999, I-6067, 6099 f., Rn. 38 („Läärä“).

dann nur folgerichtige Schlussfolgerung, dass das Herkunftslandprinzip in diesem Fall in der gesamten Abwägung überhaupt nicht zur Anwendung gelangte. Denn in der Rechtssache *Schindler* spielt die Rechtmäßigkeit der beworbenen Lotterie in ihrem Herkunftsland Deutschland gar keine Rolle, obwohl sich Generalanwalt *C. Gulmann* zuvor ausführlich mit den in Deutschland für solche Lotterien geltenden Rechtsvorschriften und deren Überwachung auseinandergesetzt hatte und zu dem Ergebnis gelangt war, dass diese ausreichende Sicherheit gegen Missbräuche der fraglichen Dienstleistung böten⁸⁸⁰. Lässt sich daraus ableiten, dass Dienstleistungen sich insofern von Waren unterscheiden, als hier die Begleitumstände der Leistungserbringung die Rechtskonformität der Leistung vor Ort als ein ganz wesentliches, teils gar konstituierendes Element erscheinen lassen und diese mithin bei der Frage der Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips Berücksichtigung verlangen („andere Länder andere Sitten“)?

Zur Verdeutlichung ein Beispiel: wird eine (lebensmittel-) technisch einwandfreie Ware im Herkunftsland unter noch so umweltschädlichen Umständen hergestellt, so hat dies für das Bestimmungsland keinerlei Auswirkungen auf die Frage, ob es dem Verkauf der Ware an heimische Konsumenten zustimmt. Entscheidungsrelevant ist einzig, ob und inwieweit das betroffene Wirtschaftsgut mit dem inländischen bzw. europäischen (Lebensmittel-) Recht vereinbar ist. Weist die Ware an sich keine gesundheitsschädigenden Inhaltsstoffe auf, so ist sie gemäß dem Herkunftslandprinzip zuzulassen. Selbst etwaig negative Externalitäten (z.B. Umweltverschmutzung), die sich im Verlauf der Produktion unmittelbar auf das Bestimmungsland auswirken, vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern, lassen sie doch das Exportgut unberührt⁸⁸¹. Das Herkunftslandprinzip beansprucht demnach uneingeschränkte Geltung.

⁸⁸⁰ Generalanwalt *C. Gulmann*, in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache „Schindler“, EuGH, Slg. 1994, I-1039, 1068, Rn. 92 ff.; „interessant“ findet dies auch Generalanwalt *N. Fennelly*, in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 1999, I-7289, 7300, Rn. 28 („Zenatti“).

⁸⁸¹ Unter negativen Externalitäten versteht die Wirtschaftstheorie Einwirkungen einer Wirtschaftseinheit auf eine andere Wirtschaftseinheit, die – wie bei der Um-

Anders dagegen bei Dienstleistungen, die vor Ort erbracht werden. Form und Inhalt der Dienstleistung werden hier im Wesentlichen durch geltende Rechtsnormen bestimmt. Die Be- bzw. Missachtung des einschlägigen Normbestandes im Bestimmungsland wirkt sich deshalb unmittelbar auf den Leistungsempfänger aus. Der „Begleitumstand“ etwa, dass gespieltes Töten in einem „Laserdrome“ geeignet ist, die Achtung eines Höchstwertes der deutschen Verfassung – die Menschenwürde – zu diskreditieren, ist für den Bestimmungsstaat keineswegs irrelevant⁸⁸². Berührt werden Grundverbürgungen der subjektiven Menschenrechte ebenso wie objektive Wertentscheidungen eines jeden Staates. Selbst Korrespondenzdienstleistungen, ansonsten durchaus mit Waren zu vergleichen, sind im Regelfall enger mit dem Wissen bzw. den Fertigkeiten ihres Erbringers verknüpft, als dies bei Waren zu beobachten ist. Ein Phänomen, an das nicht zuletzt die zahlreichen Berufsregelungen der freien Berufe anknüpfen, indem etwa die Qualifikation eines Arztes, nicht aber die Regeln der ärztlichen Kunst (Produktinhalt) vorgeschrieben werden.

II. Reichweite

Wenn es vor diesem Hintergrund mitgliedstaatliche Ermessensspielräume bei der Ausgestaltung des einschlägigen Normbestandes geben muss, so verlangt doch die Rechtssicherheit nach einer klaren Regel. Die Schlussanträge von *F. G. Jacobs*⁸⁸³ in der Rechtssache *Alpine Investments*, in der es um das niederländische Verbot des sog. „cold calling“ ging⁸⁸⁴, deuten eine solche vorsichtig an. Nach Auffassung des Generalanwalts ergibt sich die Unverhältnismäßigkeit von Maßnahmen in nicht harmonisierten Rechtsbereichen nicht al-

weltverschmutzung – physikalisch direkt und nicht über Marktprozesse erfolgen; liegen negative Externalitäten vor, so führt dies zu einer Fehlallokation der Ressourcen im Marktsystem und damit zum Versagen der wettbewerblichen Selbststeuerung im Markt.

⁸⁸² EuGH, Slg. 2004, I-9609, Rn. 34 ff. („Omega“).

⁸⁸³ EuGH, Slg. 1995, I-1141, 1165, Rn. 90 („Alpine Investments“).

⁸⁸⁴ Ausführliche oben, B., III., 5., a).

lein aus der Tatsache, dass andere Mitgliedstaaten weniger strenge Vorschriften anwenden. Vielmehr ist für ihn klar,

„dass jeder Mitgliedstaat in Ermangelung von Harmonisierungsregelungen ein gewisses Ermessen bei der Festlegung des Niveaus des Anlegerschutzes in seinem Gebiet hat. Wäre dem nicht so, müssten die Mitgliedstaaten (...) ihre Rechtsvorschriften an die des Mitgliedstaates, der die am wenigsten belastenden Anforderungen aufgestellt hat, angleichen. Dies dürfte das Vertrauen der Anleger untergraben statt fördern“.

Die eigentliche Vorgabe, welche der EuGH in der Rechtssache *Schindler* durch die Anerkennung mitgliedstaatlichen Ermessens zuungunsten des Herkunftslandprinzips im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs umzusetzen versucht hat, lautet demnach wie folgt: selbst wenn zwei Mitgliedstaaten identische, vom Allgemeininteresse gedeckte Schutzzwecke verfolgen, einer der beiden sich aber für deren Durchsetzung milderer Mittel bedient, obwohl diese weniger Erfolg versprechen, darf hieraus keine Bindungswirkung für den anderen Staat resultieren⁸⁸⁵. Dies liegt weniger an eventuell mangelnder Ernsthaftigkeit des ersten Staates in der Verfolgung des konkreten Schutzzwecks⁸⁸⁶, sondern schlicht an der föderalen Grundstruktur der Gemeinschaft⁸⁸⁷, die einer europaweiten Gleichschaltung von Schutzinteressen entgegensteht.

Mitgliedstaatliches Ermessen existiert demnach. Es ist allerdings begrenzt auf die Definition des im Inland geltenden Schutzniveaus. Sollte sich herausstellen, dass genau dieses Schutzniveau in gleichem Maße durch mildere Mittel des Herkunftslandes erreicht werden kann, beansprucht das Herkunftslandprinzip volle Geltung. Die Frage nach der Erforderlichkeit darf sich also nicht bloß für die Existenz anderer Regelungen interessieren, sondern muss stets sehr genau un-

⁸⁸⁵ Ähnlich nunmehr EuGH, Slg. 1999, I-6067, Rn. 36 („Läärä“); Slg. 1999, I-7289, Rn. 34 („Zenatti“); Slg. 2003, I-8621, Rn. 80 („Anomar“) und Slg. 2004, I-9609, Rn. 38 („Omega“).

⁸⁸⁶ I. d. S. aber *A. Rosenboom*, aaO (Fn. 541), S. 48.

⁸⁸⁷ Oben, Fn. 481, sowie vierter Teil, D., I.; IV., 2, c), bb) m.w.N.

tersuchen, ob die Durchsetzung der identischen Schutzzwecke durch die unterschiedlichen Regelungen gleichermaßen gewährleistet ist⁸⁸⁸. Dabei kann die Identität der Schutzzwecke mit Mitteln des zwingenden Zivilrechts ebenso gewährleistet sein, wie mit solchen des Verwaltungs- oder Strafrechts⁸⁸⁹. Jedenfalls insoweit genießen die Mitgliedstaaten uneingeschränkten Ermessensspielraum. Ein weitergehender Spielraum, wie er dem Urteil *Schindler* entnommen werden könnte, verkennt hingegen den Inhalt des Herkunftslandprinzips. Darauf hat Generalanwalt C. Gulmann mit Recht hingewiesen⁸⁹⁰.

III. Justizibialität

1 Das Urteil *Läärä*⁸⁹¹

Das Urteil in der Rechtssache *Läärä*, dem zwar ein ähnlicher Sachverhalt wie *Schindler* zugrunde lag, das aber in der Sache einige entscheidende Unterschiede aufweist, bestätigt dennoch die Entscheidung *Schindler*. Während letztere ein totales Verbot der Dienstleistung zum Gegenstand hatte, ging es in ersterem um ein finnisches Dienstleistungsmonopol. Nach dem zu beurteilenden finnischen Gesetz war zur Begrenzung möglicher Gewinne aus der Ausnutzung der natürlichen Spielleidenschaft die entgeltliche Zurverfügungstellung von Geldspielautomaten an die Allgemeinheit ausschließlich einer speziell zu diesem Zweck gegründeten öffentlich-rechtlichen Einrichtung vorbehalten. Daraus ergibt sich, dass es sich bei der finnischen Regelung um ein *selektives*, also um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelte, das – entgegen dem englischen Totalverbot – die fragliche Dienstleistung unter Einhaltung strenger Organisations- und Ausübungsmodalitäten gerade zuließ, wenn auch nur für einen Wirtschaftsteilnehmer, nämlich den finnischen Monopolisten. Damit

⁸⁸⁸ A. Rosenboom, aaO (Fn. 541), S. 48.

⁸⁸⁹ E. Steindorff, in FS-Lorenz, 1991, S. 570.

⁸⁹⁰ C. Gulmann, aaO (Fn. 880).

⁸⁹¹ EuGH, Slg. 1999, I-6067, Rn. 13 ff.

lag nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Monopolunternehmen jedenfalls eine unterschiedslose Beschränkung vor⁸⁹².

Mehrere Regierungen, darunter etwa die spanische, sahen sich vor dem Hintergrund des selektiven Verbots jedoch in der Lage, in ihren Stellungnahmen das Herkunftslandprinzip für vollkommen irrelevant zu erklären, um stattdessen im Wege eines erst-recht-Schlusses die *Schindler*-Rechtsprechung zu übertragen. Auf die Frage, ob im Rahmen der Rechtfertigung das Verbot der Aufstellung von Spielautomaten in Finnland nur dann als notwendig angesehen werden könne, wenn in der Rechtsordnung des Herkunftsstaates des Dienstleistungserbringers nicht bereits angemessene und gleichwertige Kontrollen vorgesehen seien⁸⁹³, brauche vorliegend nicht eingegangen zu werden. Denn wenn, in analoger Anwendung des Falls *Schindler*, sogar ein absolutes Verbot auf dem Gebiet von Glücksspielen als mit dem Vertrag vereinbar anzusehen sei, dann müsse dies erst Recht für eine Regelung gelten, die unter bestimmten Voraussetzungen einem Wirtschaftsteilnehmer sogar erlaube die betreffenden Dienstleistungen zu erbringen⁸⁹⁴.

Inwiefern sich der EuGH von solchen Überlegungen hat leiten lassen, bleibt Spekulation. Jedenfalls hat er – wie gesagt – im Ergebnis nicht auf das Herkunftslandprinzip abgestellt, sondern vielmehr

⁸⁹² Zu der Frage, ob es sich bei dem Dienstleistungsmonopol, das jedenfalls keine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG anbietet, eventuell bereits um eine nach Art. 86 Abs. 1 EG und 49 Abs. 1 EG verbotene Diskriminierung handelt, weil das Ausschließlichkeitsrecht gerade einem inländischen Wirtschaftsteilnehmer gewährt wird, vgl. Generalanwalt *A. La Pergola*, in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache „Läärä“, EuGH, Slg. 1999, I-6067, 6088, Rn. 28, mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH in Fn. 52.

⁸⁹³ Vgl. das Vorbringen der britischen Regierung bei Generalanwalt *A. La Pergola*, aaO (Fn. 892), Rn. 36, die in ihren Erklärungen hervorgehoben hat, dass im Vereinigten Königreich (aus welchem der Automatenlieferant des Beklagten des Ausgangsverfahrens, Herr Läärä, stammt) der Verkauf, die Lieferung und die Aufstellung von Geldspielautomaten bereits Gegenstand unmittelbarer Kontrollen sind, die gewährleisten sollen, dass die betreffenden Spielgeräte nicht manipuliert werden und nicht zu kriminellen Zwecken benutzt werden können.

⁸⁹⁴ Vgl. eine Zusammenfassung der zahlreichen mitgliedstaatlichen Stellungnahmen in Rn. 12 des Urteils „Läärä“, EuGH, Slg. 1999, I-6067; ausführlich ferner Generalanwalt *A. La Pergola*, aaO (Fn. 892), Rn. 35 ff.

ein Ermessen der Mitgliedstaaten bestätigt, welches zum einen die Freiheit umfasse, wie weit ein Mitgliedstaat in seinem Gebiet den Schutz bei Lotterien und anderen Glücksspielen ausdehnen wolle. Zum anderen obliege auch die Beurteilung, ob es im Rahmen des angestrebten Ziels notwendig sei, derartige Tätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten, oder sie nur einzuschränken und dazu mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen den Mitgliedstaaten⁸⁹⁵. Das Gericht schlussfolgert daher:

„Somit kann allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben. Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betreffenden Staates verfolgten Ziele und das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen“⁸⁹⁶.

Vor allem letztere Aussagen vermögen kaum zu überzeugen, reflektieren sie doch die Unvollständigkeit der Begründungserwägungen im Urteil *Schindler*. Vervollständigt man diese nach obigem Muster, so hätte das Urteil *Läärä* m.E. anders ausfallen müssen. Insoweit noch in Übereinstimmung mit dem EuGH umfasst das mitgliedstaatliche Ermessen die Definition des im Inland geltenden Schutzniveaus⁸⁹⁷. Ein Mitgliedstaat darf also bestimmen, wie weit er auf seinem Gebiet den Schutz bei Lotterien und anderen Glücksspielen ausdehnen will. Die dazu erlassenen Maßnahmen müssen zwar konkret den am Allgemeininteresse ausgerichteten Zielen (Sozialpolitik, Betrugsbekämpfung) entsprechen (Geeignetheit). Die Bedeutung der finnischen Erwägungen, die darauf abzielen, nicht zu Spielen anzuregen, die, im Übermaß betrieben, sozialschädliche Folgen haben können, würden deshalb erheblich gemindert, sollten die tatsächli-

⁸⁹⁵ EuGH, Slg. 1999, I-6067, Rn. 35 („Läärä“).

⁸⁹⁶ EuGH, Slg. 1999, I-6067, Rn. 36 („Läärä“), insoweit in Übereinstimmung mit den oben wiedergegebenen Überlegungen von Generalanwalt *F. G. Jacobs*, aaO (Fn. 883).

⁸⁹⁷ Vgl. oben 1; jüngst zudem EuGH, EuzW 2004, S. 497, 498, Rn. 33 („Bacardi“) und EuGH, EuzW 2004, S. 499, 500, Rn. 24 (Kommission ./ Frankreich).

chen Feststellung des nationalen Gerichts ergeben, dass das Monopol durch aggressive Werbung und laxe Kontrollen in Wahrheit das „Spielfieber“ stimuliert⁸⁹⁸. Ist diese Hürde jedoch erst (mehr oder weniger überzeugend⁸⁹⁹) genommen, steht es dem jeweiligen Staat frei, ob er ein vollkommenes Verbot der Dienstleistung aussprechen, oder aber „nur“ ein Dienstleistungsmonopol errichten, oder andere Maßnahmen ergreifen will.

Die Natur der ergriffenen Maßnahme – und hier bleibt der EuGH leider bei seiner *Schindler*-Rechtsprechung stehen – hat aber zwangsläufig Auswirkungen auf die Beurteilung ihrer Notwendigkeit. Nach Maßgabe des Herkunftslandprinzips darf die Notwendigkeit der Maßnahme gerade nicht zusätzlich zur Maßnahme selbst in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt sein. Wie Generalanwalt *A. La Pergola*⁹⁰⁰ zutreffend anmerkt, gilt etwa für ein in sich schlüssiges Verbot, in einem bestimmten Mitgliedstaat niedergelassenen Empfängern eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen, welches selektive Ausnahmen auch nicht zugunsten eines Wirtschaftsteilnehmers, der Staatsbürger dieses Staates, oder dort ansässig ist, zulässt, eine Art Vermutung der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die angeführten Gründe der Sozialordnung. Der Verdacht des Protektionismus entsteht erst gar nicht. Vielmehr betrachten die nationalen Behörden die betreffende Dienstleistung schlechthin als unerwünscht und verbieten sie deshalb ganz generell („andere Länder, andere Sitten“).

Anders verhält es sich dagegen, wenn ein Verbot relativ in dem Sinne ist, dass es Ausnahmen unter Einhaltung strenger Organisations- und Ausübungsmodalitäten zulässt, aber ausschließlich für einen inländischen Wirtschaftsteilnehmer. Ein Mitgliedstaat gibt dadurch zu erkennen, dass er selbst die angeführten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses als „relativ“ empfindet und dass er in

⁸⁹⁸ So das Vorbringen des Berufungsklägers im Ausgangsverfahren, vgl. Generalanwalt *A. La Pergola*, aaO (Fn. 892), Rn. 35.

⁸⁹⁹ Etwa mit dem Hinweis auf den „guten Zweck“ dem die Einnahmen zufließen sollen (soziale und karitative Einrichtungen), was aber nach EuGH, Slg. 1994, I-1039, Rn. 60 („*Schindler*“) zumindest nicht allein als sachliche Rechtfertigung herangezogen werden kann.

⁹⁰⁰ EuGH, Slg. 1999, I-6067, 6099, Rn. 38.

Bezug auf ihre Verwirklichung gewissermaßen flexibel ist. Wenn dem aber so ist, ist die Jurisdiktionsgewalt des EuGH nicht nur was das Ziel angeht, sondern auch und gerade in Bezug auf die Notwendigkeit der zur Erreichung desselben erlassenen Maßnahme eröffnet. Ihm obliegt es zu überprüfen, ob das betreffende Allgemeininteresse nicht ebenso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden kann, die den freien Dienstleistungsverkehr weniger beschneiden als eine – in Bezug auf die ausländische Konkurrenz – absolute Marktzugangssperre. Keinesfalls dürfen nach Maßgabe des Herkunftslandprinzips die Kontrollen und Überwachungsmaßnahmen, die zur Überwachung der verfolgten Ziele erforderlich sind, zu einer überflüssigen Doppelbelastung mit Blick auf die eventuell bereits im Herkunftsland vorgesehenen Kontrollen führen. Abgesehen davon, hätte im Fall *Läärä*, wie die belgischen Behörden ausgeführt haben, auch ein System von Glücksspielbetreiberlizenzen als milderes Mittel den Zweck erfüllt, sofern die Lizenzen nicht ausschließlich und auch für private Unternehmen zugänglich ausgestaltet worden wären⁹⁰¹.

2 Das Urteil *Zenatti*⁹⁰²

Das Urteil in der Rechtssache *Zenatti* sieht sich im Wesentlichen den gleichen Vorwürfen ausgesetzt. Auch hier wurden zwei italienischen Organisationen ausschließliche Rechte, diesmal in Bezug auf die Veranstaltung von (Pferde-) Wetten eingeräumt, was sich für einen italienischen Staatsbürger, Herrn Zenatti, der über das Internet italienische Wetten auf ausländische Sportereignisse an einen englischen Buchmacher weiterleitete und dafür eine Provision erhielt, als Beschränkung seiner Dienstleistungsfreiheit auswirkte⁹⁰³. Ganz abgesehen davon, dass es einer durchaus gängigen Unterscheidung ent-

⁹⁰¹ Dazu Generalanwalt *A. La Pergola*, aaO (Fn. 892), Rn. 40.

⁹⁰² EuGH, Slg. 1999, I-7289, Rn. 32 ff.

⁹⁰³ Im Hinblick auf die, im Übrigen auch schon in „Läärä“ diskutierte Frage, ob die jeweilige Tätigkeit unter dem Aspekt der Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit nicht besser der Niederlassungsfreiheit zugeordnet werden müsste, verweise ich auf meine Ausführungen im zweiten Teil, B., I., 2., d); vgl. i.Ü. auch Generalanwalt *N. Fennelly*, aaO (Fn. 880), I-7297, Rn. 21 ff.

spricht⁹⁰⁴, zwischen Lotterien bzw. Glücksspielen einerseits und Wetten über Sportereignisse andererseits, dahingehend zu unterscheiden, dass letztere eine gewisse Sachkenntnis verlangen, was folglich zu der Annahme führen könnte, dass ein Ermessen nach Art der *Schindler*-Rechtsprechung zu dem Fall *Zenatti* von vorne herein nicht passt, hat der EuGH auch hier das Herkunftslandprinzip missachtet. Grundsätzlich steht zwar einem Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten auch oder vielleicht gerade aufgrund des zuweilen kriminellen Milieus⁹⁰⁵ im Bereich von Wettdienstleistungen dann nichts entgegen, wenn man davon ausgeht, dass es die persönlichen, moralischen und wirtschaftlichen Folgen jeder Art von „Glücksspiel“ sind, mit denen Italien seine einschlägige Regelung rechtfertigt und die den Gerichtshof im Urteil *Schindler* zur Anerkennung derartiger Argumente veranlasst haben⁹⁰⁶. Wie Generalanwalt *N. Fennelly*⁹⁰⁷ jedoch in völliger Übereinstimmung mit der bis hierher vorgetragenen Linie festhält, darf

„das Schweigen des Gerichtshofes zu diesem Punkt [also zum Herkunftslandprinzip, Anm. d. Verf.] im Urteil Schindler nicht dazu führen, dass der Consiglio di Stato im vorliegenden Fall von einem Vergleich der Regelungssysteme, um die Notwendigkeit der italienischen Beschränkung zu überprüfen, absehen könnte“.

Genau das tut aber der Gerichtshof, indem er in Rn. 33 ff. fast wörtlich seine *Schindler*- bzw. *Läärä*-Rechtsprechung wiederholt,

⁹⁰⁴ Vgl. Generalanwalt *C. Gulmann*, in der Rechtssache „Schindler“, EuGH, I-1039, 1062, Rn. 69; Generalanwalt *S. Alber*, in der Rechtssache „Gambelli“, EuGH, I-13031, 13055, Rn. 67 und 71.

⁹⁰⁵ An dieser Stelle sei nur auf den deutschen „Wettskandal“ aus dem Jahre 2005 um den Fußball Bundesliga Schiedsrichter *R. Hoyzer* hingewiesen.

⁹⁰⁶ In diesem Sinne EuGH, Slg. 1999, I-7289, Rn. 18 („Zenatti“); vgl. auch *N. Fennelly*, aaO (Fn. 880), I-7298, Rn. 23, sowie das Vorbringen der portugiesischen Regierung im nachfolgenden Fall „Gambelli“, EuGH, Slg. 2003, I-13031, nachzulesen in den Schlussanträgen des Generalanwalts *S. Alber*, ebd., I-13049, Rn. 48; vgl. mit Anm. *R. Schimmel*, Der Schutz des Spielers vor sich selbst, NJW 2006, S. 958 ff.

⁹⁰⁷ EuGH, Slg. 1999, I-7289, 7300, Rn. 28.

ohne dabei auf die unstreitig vorhandenen, sowie als streng bewerteten und weithin anerkannten Kontrollen von Wettdienstleistungen im Vereinigten Königreich abzustellen.

3 Das Urteil *Gambelli*⁹⁰⁸

Es ist zu betonen, dass es in erster Linie Sache des im Ausgangsverfahren mit der streitigen Rechtssache befassten nationalen Gerichts ist, über die begrenzte Erlaubtheit des Tuns zu entscheiden, die bezweckt, „die Spiellust und den Betrieb der Spiele in kontrollierte Bahnen zu lenken, die Risiken eines solchen Betriebs im Hinblick auf Betrug und andere Straftaten auszuschalten und die sich daraus ergebenden Gewinne gemeinnützigen Zwecken zuzuführen“⁹⁰⁹. Dennoch hält der Gerichtshof eine solche Begrenzung nur für zulässig, wenn sie *wirklich* dem Ziel dient, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern und wenn die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine erfreuliche Nebenwirkung ist⁹¹⁰. Der Gerichtshof unterzieht die verfolgten Ziele und die dazu eingesetzten Mittel im Rahmen seiner Hilfestellung für das nationale Gericht also durchaus einer näheren Prüfung. Das ist deshalb von Bedeutung, weil sich das vorerst letzte Urteil zum mitgliedstaatlichen Ermessen, das Urteil *Gambelli*, ausführlich mit der Frage beschäftigt, inwiefern der italienische Staat die noch im Urteil *Zenatti* gebilligten Ziele der Sozialordnung, die sich auf den Schutz der Spieler vor sich selbst und vor Dritten bezogen, dadurch, dass er erhebliche Anreize zur Teilnahme an Lotterien, Glücksspielen und Wetten gesetzt hat, selbst konterkariert hat⁹¹¹. Er bejaht das und kommt zu dem Ergebnis, dass Staaten,

⁹⁰⁸ EuGH, Slg. 2003, I-13031, Rn. 69.

⁹⁰⁹ EuGH, Slg. 1999, I- 7289, Rn. 35 („Zenatti“).

⁹¹⁰ EuGH, Slg. 1999, I- 7289, Rn. 36 („Zenatti“).

⁹¹¹ Eine Überlegung, die jüngst auch das BVerfG in seinem Sportwettenurteil unter ausdrücklicher Bezugnahme auf EuGH, Slg. 2003, I-13031 („Gambelli“) angestellt hat, vgl. BVerfG, GewArch 2006, S. 199 ff.; *A. Vallone/A. Dubberke*, Karlsruhe locuta – causa non finita, GewArch 2006, S. 240 ff.; *M. Kment*, Ein Monopol gerät unter Druck – Das Sportwettenurteil des BVerfG, NVwZ 2006, S. 617 ff.

„die dazu ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen, oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, sich nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheit zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen (können), um Maßnahmen, wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende zu rechtfertigen“⁹¹².

Im weiteren Verlauf beachtet der EuGH ferner das Herkunftslandprinzip wieder, so dass man versucht ist, das Urteil *Gambelli* als Beweis einer langsam reifenden Einsicht des Gerichts zu werten, wenngleich diese sicherlich durch die tatsächlichen Umstände (namentlich die unbedingte Strafbewehrtheit der Dienstleistungserbringung in Italien) provoziert wurde.

IV. Fazit

Nach alledem lässt sich festhalten: eine nationale Regelung, die eine grenzüberschreitende Dienstleistung ausnahmslos verbietet, bzw. die bestimmten Einrichtungen besondere oder ausschließliche Rechte verleiht, und dadurch EG-ausländische Dienstleistungen beschränkt, ist mit den Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr nicht unvereinbar, sofern sie Teil einer in sich schlüssigen (kohärenten) und verhältnismäßigen nationalen Politik ist, einer Politik also, die geeignet und erforderlich ist, die schädlichen individuellen und/oder sozialen Folgen einer Dienstleistung zu begrenzen⁹¹³. Letztere Eingrenzung zielt auf das Herkunftslandprinzip ab, welches danach fragt, ob die Durchsetzung der identischen Schutzzwecke durch unterschiedliche Regelungen gleichermaßen gewährleistet werden kann. Damit ist zugleich auf die Anwendungsvoraussetzungen des Herkunftslandprinzips (D.) übergeleitet.

⁹¹² EuGH, Slg. 2003, I-13031, Rn. 69 („*Gambelli*“).

⁹¹³ Nach deutscher Systematik müsste die Politik ferner verhältnismäßig i.e.S., d.h. angemessen sein; der Schwerpunkt der Prüfung liegt indes auch für den EuGH auf der Erforderlichkeit, in deren Rahmen das Herkunftslandprinzip zu berücksichtigen ist.

D. Anwendungsvoraussetzungen

Nachdem das Herkunftslandprinzip einen Erforderlichkeitsvergleich zwischen den zur Realisierung unterschiedlicher, bzw. unterschiedlich ausgeprägter Schutzinteressen erlassenen Maßnahmen der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber anstellt, müssen die verwandten Mittel der Mitgliedstaaten *vergleichbar* sein. Inländischen Schutzinteressen kann überhaupt nur dann bereits durch ausländische Regelungen hinreichend Rechnung getragen worden sein, wenn in beiden Staaten rechtlich wie tatsächlich vergleichbare Regelungen zur Anwendung gelangen.

I. Normen

Explizit zur Vergleichbarkeit von Normen im Dienstleistungssektor hat sich der Gerichtshof vornehmlich in Urteilen geäußert, die die Entsendung von Arbeitnehmern auf dem Bausektor zum Gegenstand hatten⁹¹⁴. Aufgrund der „besonderen Bedingungen“ dieses Sektors räumt das Gericht zunächst umstandslos ein, dass das Allgemeininteresse am sozialen Schutz der Arbeitnehmer im Bausektor ein zwingender Grund sein kann, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken. Dies gelte allerdings nur, sofern die betroffenen Arbeitnehmer aufgrund der Verpflichtungen, denen ihr Arbeitgeber im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterworfen ist, nicht einen gleichen oder zumindest vergleichbaren Schutz genießen⁹¹⁵. Abzustellen sei insoweit

⁹¹⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1905, Rn. 17 ff. („Guiot“); Slg. 1999, I-8453, Rn. 48 ff; 53 („Arblade“); vgl. aber auch EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 29 (Kommission ./ Deutschland); hier stellt das Gericht im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung darauf ab, ob das Allgemeininteresse Deutschlands durch gleichwertige, aber mildere Normen des Herkunftsstaates gewahrt bleibt.

⁹¹⁵ EuGH, Slg. 1996, I-1905, Rn. 17 („Guiot“); Slg. 1999, I-8453, Rn. 51 („Arblade“).

auf den Zweck der zu vergleichenden Regelungen⁹¹⁶. Die Vergleichbarkeit zweier Normen ist mithin nicht schon deshalb zu bejahen, weil ihre Regelungsgegenstände (etwa die in beiden Staaten bestehende Pflicht des Arbeitgebers, Beiträge für Schlechtwetter und Treuemarkensysteme abzuführen) identisch sind. Die Vorschriften des Niederlassungsstaates müssen vielmehr über den identischen Regelungsgegenstand hinaus auch materiell gleichwertige Garantien für die Wahrung des inländischen Allgemeininteresses bieten. Ansonsten ist eine inländische Norm, die den freien Dienstleistungsverkehr beschränkt, objektiv gerechtfertigt⁹¹⁷. Das Herkunftslandprinzip gelangt in diesem Fall nicht zur Anwendung. Im Bausektor etwa kann trotz identischer Regelungsgegenstände betreffend den Arbeitnehmerschutz materiell die Vergleichbarkeit zweier Normen dann nicht gegeben sein, wenn sich die Prozentsätze der Arbeitgeberbeiträge bzw. die zugrunde liegenden Zahlungsmodalitäten wesentlich unterscheiden⁹¹⁸. Letztlich ist die Effektivität der Durchsetzung von Schutznormen des Herkunftslandes ausschlaggebend⁹¹⁹.

II. Fakten

Neben einem Vergleich von Norminhalten können mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte zuweilen ebenso gezwungen sein, EG-ausländische Fakten mit dem im Inland geltenden Recht abzugleichen. Man denke an eine lediglich faktisch gute Ausbildung im Herkunftsland als Voraussetzung dafür, dass der Ausgebildete im Be-

⁹¹⁶ EuGH, Slg. 1996, I-1905, Rn. 19 („Guiot“); Slg. 1999, I-8453, Rn. 49 („Arblade“); Hervorhebung durch den Verfasser.

⁹¹⁷ Generalanwalt *V. van Themaat*, in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Seco“, EuGH, Slg. 1982, 223, 242; *A. Rosenboom*, aaO (Fn. 541), S. 64; *H. Matthies*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1287 (1293).

⁹¹⁸ EuGH, Slg. 1996, I-1905, Rn. 20 („Guiot“); in diesem Fall hat der EuGH die Vergleichbarkeit einer luxemburgischen mit einer belgischen Regelung allerdings angenommen.

⁹¹⁹ *E. Steindorff*, in FS-Lorenz, 1991, S. 570.

stimmungsland zur Berufstätigkeit zuzulassen ist⁹²⁰. Angesichts ihrer Manipulations- und Änderungsmöglichkeiten stellt sich diesbezüglich allerdings die Frage, inwieweit Fakten im Herkunftsstaat genügen können, um einer zusätzlichen Regelung im Bestimmungsland die Erforderlichkeit abzusprechen. In der Rechtssache *van de Bijl*⁹²¹ hatte der Gerichtshof über die Bedenken eines niederländischen Gerichts zu befinden, dass sich in Ansehung des einschlägigen Sekundärrechts der EG⁹²² gegebenenfalls dazu genötigt sah, eine britische Bescheinigung über die vierjährige Malertätigkeit des Klägers anzuerkennen, obwohl diese Bescheinigung nachweislich inhaltlich unrichtig war. Dem Gericht konnte geholfen werden, indem der EuGH entschied, dass jedem Mitgliedstaat unter der Geltung des Herkunftslandprinzips ein auf den Einzelfall bezogenes Prüfungsrecht dahingehend verbleibt, ob die anzuerkennenden Fakten des Herkunftslandes fehlerfrei beurkundet sind. Das Schutzanliegen des Bestimmungsstaates muss folglich *tatsächlich* gewahrt sein, wobei diese Feststellung den Behörden und Gerichten des *Bestimmungs-* nicht denen des Herkunftslandes obliegt. Eine Schlechterstellung der zuständigen Stellen des Bestimmungsstaates gegenüber denen des Herkunftslandes ist nicht beabsichtigt⁹²³.

Dem steht auch das binnenmarktinterne Vertrauen, welches dem Herkunftslandprinzip zugrunde liegt, nicht entgegen. Die Idee, dass gewisse Fakten zuweilen eine differenzierte Behandlung von EG-Ausländern erfordern, gründet sich nicht auf „blindem“ Vertrauen, sondern auf einer durch entsprechenden Anerkennungsakt bestätigten Verlässlichkeit der Gemeinschaftsmitglieder. Zu Recht weist aller-

⁹²⁰ So etwa im Rahmen der Prüfung der Anerkennungsvoraussetzungen einer im Ausland erworbenen Berufserfahrung, wie sie die Richtlinie 64/427/EWG des Rates über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23 bis 40 (Industrie und Handwerk), ABl.EG vom 23.07.1964, Nr. 117/1863, vorschreibt; vgl. seit dem 20.10.2005 aber RL 2005/36/EG („Berufsanerkennungsrichtlinie“), ABl.EU L 255/22; dazu *M. Henssler*, EuZW 2005, S. 229 ff.; *W. Kluth/F. Rieger*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie, EuZW 2005, S. 486 ff.

⁹²¹ EuGH, Slg. 1989, 3039 ff.

⁹²² S.o. Fn. 920.

⁹²³ *A. Rosenboom*, aaO (Fn. 541), S. 65.

dings *E. Steindorff* darauf hin, dass es bei der Anerkennung von Fakten durch Verwaltungsakt immer nur um die Tatbestandswirkung derselben gehen kann, nicht aber um ihre rechtliche Anerkennung⁹²⁴.

III. Bedeutung von Gemeinschaftsmaßnahmen und Prüfungsdichte

Nicht nur für die speziell im Dienstleistungssektor wichtigen Berufsqualifikationen hat die Europäische Kommission durch vergleichende Übersichten eine wesentliche Hilfestellung für die zur Beurteilung des Sachverhalts berufenen nationalen Stellen geleistet⁹²⁵. Die sich aus solchen Übersichten ergebende Feststellung der Gleichwertigkeit einzelner Berufsqualifikationen muss im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten sowie ihrer praktischen Wirksamkeit zunächst verbindlich sein⁹²⁶. Nichtsdestotrotz steht einer Überprüfung durch den EuGH für den Fall, dass der Bestimmungsstaat sich außer Stande sieht, ausländische Normen bzw. Fakten anzuerkennen, nichts entgegen. Schließlich geht der Übersicht regelmäßig eine rechtsverbindliche Entscheidung voraus⁹²⁷, die ihrerseits Gegenstand einer Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 EG bzw. eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 234 EG sein kann. Flankierende sekundärrechtliche Angleichungs- und Anerkennungs-

⁹²⁴ *E. Steindorff*, in FS-Lorenz, 1991, S. 568.

⁹²⁵ Vgl. zu Berufsqualifikationen die entsprechende Übersicht in der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 15.10.1990, KOM (1990), 473 endg.

⁹²⁶ Wenn *E. Steindorff*, in FS-Lorenz, 1991, S. 570 dennoch „Unsicherheiten“ ausmacht, so sollten diese jedenfalls heute überwunden sein, nachdem die Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen Gegenstand der Berufsanerkennungsrichtlinie aus dem Jahre 2005 sind, vgl. oben (Fn. 920).

⁹²⁷ Im Falle der oben (Fn. 925) genannten Übersicht s. Entscheidung des Rates vom 16.07.1985 über die Entsprechungen der beruflichen Befähigungsnachweise zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, ABL.EG 1985, Nr. L 199/56.

maßnahmen, wie sie in der Literatur gefordert werden⁹²⁸, sind deshalb sicher zweckdienlich und zum heutigen Zeitpunkt bereits teilweise unternommen⁹²⁹. Die gegenwärtige Situation der nationalen Entscheidungsstellen ist jedoch auch in den übrigen Fällen nicht derart verfahren, dass es „rechtsvergleichender Studien“ bedürfte, um über die Gleichwertigkeit von Normen und Fakten zu befinden⁹³⁰. Zum einen verfügen die zuständigen Stellen bereits heute über einen nicht zu unterschätzenden Erfahrungsschatz, der bei Behörden auf der wiederholten Behandlung gleich gelagerter Fälle, bei Gerichten darüber hinaus auf der Privatautonomie und der daraus folgenden Wahlfreiheit des Rechts aufbaut⁹³¹. Zum anderen verlangt der EuGH nicht die Verifizierung vollkommener Übereinstimmung zweier Regelungen, sondern lediglich die Feststellung, dass die EG-ausländischen Regelungen „*insgesamt ausreichen*“, um zwingende Allgemeininteressen im Inland zu schützen⁹³². Diese abgespeckte Prüfungsdichte sollte die nationalen Stellen in einer zusammenwachsenden Staatenunion nicht überfordern. Sie überzeugt zudem vor dem Hintergrund der Effektivität des Gemeinschaftsrechts.

Eine andere Frage ist hingegen, ob dann, wenn die Gemeinschaft tatsächlich sekundärrechtlich harmonisierend tätig geworden ist, die Gemeinschaftsmaßnahmen die Vergleichbarkeit zweier rechtlicher Vorgaben präjudizieren. Im deutschen Versicherungsurteil beschäftigt sich der EuGH ausführlich mit dieser Frage⁹³³. Er kommt aber schlussendlich zu dem Ergebnis, dass trotz zweier Koordinierungsrichtlinien auf dem Gebiet der Versicherungsdienstleistungen immer noch erhebliche Unterschiede zwischen den einschlägigen nationalen Vorschriften verbleiben, welche den Erlass eigener Rechtsvorschriften durch das Bestimmungsland rechtfertigen können. Von der blo-

⁹²⁸ A. Rosenboom, aaO (Fn. 541), S. 71 und 79 ff.; zuvor bereits E. Steindorff, in FS-Lorenz, 1991, S. 571 ff.

⁹²⁹ Vgl. jüngst RL 2005/36/EG, aaO (Fn. 920); dazu M. Henssler, EuZW 2003, S. 229 ff.; W. Kluth/F. Rieger, EuZW 2005, S. 486 ff.

⁹³⁰ So aber A. Rosenboom, aaO (Fn. 541), S. 70.

⁹³¹ Ebenso H. Kafsack, Ausgepfiffen, in F.A.Z. vom 23.03.2005, S. 13.

⁹³² EuGH, Slg. 1999, I-8453, Rn. 64 („Arblade“).

⁹³³ EuGH, Slg. 1986, 3755, Rn. 34 ff. („Kommission ./ Deutschland“).

ßen Existenz gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen kann daher nicht automatisch auf die Gleichwertigkeit der europa-weiten Normen auf diesem Gebiet geschlossen werden. Vielmehr ist auch hier in jedem Einzelfall von der nationalen Stelle zu prüfen, ob dem Zweck der die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Norm nicht schon durch die Vorschriften des Herkunftslandes insgesamt ausreichend gedient ist⁹³⁴.

⁹³⁴ Ebenso *D. Edward*, Establishment and Services: An Analysis of the Insurance Cases, ELR 12 (1987), S. 231 (246).

E. Inhalt und Wirkung

I. Freiheitsprinzip, negatives Kompetenzprinzip, Unterscheidung von den Grundfreiheiten

Rechtstechnisch ist das Herkunftslandprinzip nach bisher Gesagtem ein Mittel der Integrationspolitik, indem es an staatliche, bzw. quasi-staatliche Binnenmarkthemmnisse anknüpft. Es ist rechtstechnisches Mittel zum wirtschaftspolitischen Zweck, indem es die zentrale Bedingung der dem Binnenmarktkonzept zugrunde liegenden, gemeinwohlorientierten und wohlfahrtstheoretischen Lehre des – wettbewerbsvermittelten – komparativen Kostenvorteils und das daraus folgende Erfordernis des – wettbewerbsermöglichenden – grenzüberschreitenden Freiverkehrs von Produktionsfaktoren und Produkten bereichsspezifisch erfüllt⁹³⁵.

Materiell lässt sich das Herkunftslandprinzip dagegen als *Freiheitsprinzip* erfassen. Nach der zu den Grundrechten entwickelten bürgerlich-rechtsstaatlichen Freiheitstheorie ist als Freiheit jede negative Kompetenznorm zu verstehen, die staatlichen Ingerenzen gegenübertritt und dadurch Räume individueller Beliebigkeit sichert⁹³⁶. Zwar ist das Herkunftslandprinzip Prinzip und gerade nicht Norm⁹³⁷. Auch unterscheidet sich die Dienstleistungsfreiheit nach herrschendem und auch hier vertretenen Verständnis (noch) von einem „echten“ Grundrecht⁹³⁸. Diese Einschätzung ist mit fortschreitender Integration aber durchaus entwicklungs offen⁹³⁹. In der Zwischenzeit lässt

⁹³⁵ Vgl. zur Lehre vom komparativen Kostenvorteil die Zielsetzungen der Dienstleistungsfreiheit, zweiter Teil, A., m.w.N.

⁹³⁶ Eine grundlegende Kategorisierung hat *E. W. Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff. vorgenommen; vgl. aktuell auch das Freiheitsverständnis von *P. Kirchhof*, in Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 21.

⁹³⁷ Zu dieser Unterscheidung *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 76 ff.

⁹³⁸ Dazu zweiter Teil, B., I., 2, d), dd), Fn. 235.

⁹³⁹ Vgl. *H. Dreier*, in ders. (Hrsg.), GG, Vorbemerkungen vor Art. 1, Rn. 49; *D. Ehlers*, in ders. (Hrsg.), EuGR, 2005, § 14, Rn. 13, der anschaulich anmerkt, dass die inhaltlich bedeutungslose, wenngleich durch den gegenwärtig unvollkommenen

sich der bürgerlich-rechtsstaatliche Freiheitsgedanke bereits insofern fruchtbar machen, als das Herkunftslandprinzip den innerhalb des Binnenmarktes tätigen Akteuren grundsätzlich⁹⁴⁰ wirtschaftliche Freiräume entgegen staatlicher Regulierung eröffnet. Es ist insofern negatives Kompetenzprinzip dort, wo die korrespondierende negative Kompetenznorm, die Dienstleistungsfreiheit, benötigt wird, um einmal nach heimischen Standards konzipierte Dienstleistungen im gesamten Binnenmarkt absetzen zu können.

Ob das Herkunftslandprinzip deshalb allerdings, wenn schon nicht normativ, so zumindest materiell mit den Grundfreiheiten gleichgesetzt werden kann, erscheint zumindest fraglich⁹⁴¹. Gemeinsam ist beiden Gewährleistungen zwar ihr Freiheitsgehalt. Ein wesentlicher Unterschied liegt jedoch darin begründet, dass Existenz und Einschlägigkeit einer bestimmten Grundfreiheit *conditio sine qua non* des Herkunftslandprinzips sind, während umgekehrt die Grundfreiheiten nicht zwangsläufig das Herkunftslandprinzip voraussetzen. Einerseits bietet etwa die Dienstleistungsfreiheit keine Handhabe gegen die Anwendung der Rechtsvorschriften des Bestimmungslandes, wenn diese liberaler sind als jene des Herkunftslandes⁹⁴². Hier fehlt es an einer relevanten Beeinträchtigung. Andererseits müssen sämtlichen Grundfreiheiten *de lege lata* nicht notwendigerweise Beschränkungs-, wohl aber Diskriminierungsverbote zugeschrieben werden⁹⁴³. Wortlaut und Systembefund folgen damit dem im Wirtschaftsvölkerrecht traditionell vorherrschenden Regelungsprinzip⁹⁴⁴. Eine Parallele lässt sich deshalb nur insoweit ziehen, als grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote das Prinzip der Inlän-

Binnenmarkt bedingte, Trennung von Grundfreiheiten und Grundrechten zukünftig gleichsam als „Eierschale der EU-Evolution“ abgelegt werden könnte.

⁹⁴⁰ D.h. vorbehaltlich seiner Einschlägigkeit bzw. bestimmter vorrangiger Interessen des Aufnahmestaates.

⁹⁴¹ I. d. S. allerdings S. Feiden, aaO (Fn. 526), S. 49 f., und hier v.a. Fn. 212.; C. D. Classen, EWS 1995, S. 97 (89); H. J. Schütz, Jura 1998, S. 631 (636).

⁹⁴² J. Basedow, EuZW 2004, S. 423 (424).

⁹⁴³ Die Grundfreiheiten sind sämtlich als *leges speciales* des allg. Diskriminierungsverbotes in Art. 12 EG angelegt; für die Dienstleistungsfreiheit gibt Art. 50 Abs. 3 EG zudem explizit das Bestimmungslandprinzip vor.

⁹⁴⁴ P. Behrens, EuR 27 (1992), S. 145 (148).

dergleichbehandlung und mithin – ganz im Gegenteil – das *Bestimmungslandprinzip* verwirklichen.

II. Kein Kollisionsprinzip

Davon einmal abgesehen, wäre das Herkunftslandprinzip von grundlegend anderer Qualität, wenn man ihm über seinen negativen, d.h. liberalisierenden, Inhalt hinaus desgleichen positiven, kollisionsrechtlichen Inhalt beizumessen bereit wäre⁹⁴⁵. Überlegungen in diese Richtung lohnen indes von vorne herein nur, sofern es Normen des zwingenden *Privatrechts* sind, die als Handelsbeschränkung qualifiziert werden⁹⁴⁶. Im Hinblick auf die Mehrzahl der beschränkenden Normen des öffentlichen Rechts erübrigt sich das Problem hingegen⁹⁴⁷. Hier bedeutet die Anerkennung fremder Rechtserscheinungen auf heimischem Territorium nicht mehr als die Erstreckung von ursprünglich territorial begrenzten Wirkungen (etwa eines Diploms), die im Ausland eingetreten sind, auf das Inland⁹⁴⁸. Inländische Behörden und Gerichte wenden kein ausländisches Recht an. Das kann im Privatrecht unter Umständen anders sein, nämlich dann, wenn die Anerkennung ausländischen Rechts dessen Anwendung verlangt⁹⁴⁹. In diesem Zusammenhang wird zuweilen die Frage aufgeworfen, „ob nicht das Kriterium für die Auswahl der maßgeblichen Rechtsordnung gerade durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gleichwertiger Lösungen determiniert ist, ob also das (...) Binnen-

⁹⁴⁵ Dazu *O. Deinert*, EWS 2006, S. 445 (448 ff.).

⁹⁴⁶ *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 59; *J. Fetsch*, Freiberufliche Gebührenordnungen und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, ZEuP 2005, S. 541 ff.

⁹⁴⁷ Grund für die Dominanz öffentlich-rechtlicher Bestimmungen in der Rechtsprechung des EuGH ist die Teleologie der Grundfreiheiten: diese sollen nach dem Willen der Vertragsväter und ihrer systematischen Stellung im Vertragsgefüge in erster Linie wirtschaftsverwaltungsrechtliche Eingriffe der Mitgliedstaaten erfassen, denen zuvörderst marktabschottende und protektionistische Wirkungen zukommen.

⁹⁴⁸ *J. Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), S. 1 (5).

⁹⁴⁹ Zum Verhältnis von Anerkennung und Anwendung s. *U. Drobnig*, Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung, in Ficker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer, 1978, S. 687 (697).

marktprogramm versteckte Kollisionsnormen enthält, die wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts das IPR der Mitgliedstaaten verdrängen⁹⁵⁰.

Dafür spräche, dass die Mitgliedstaaten aufgrund der Dienstleistungsfreiheit zur Anerkennung von Normen und Fakten des Herkunftslandes einer Dienstleistung verpflichtet sein können⁹⁵¹. Folglich könnten auch mitgliedstaatliche Kollisionsrechte des IPR gehalten sein, für Dienstleistungen und deren Vermarktung auf das Recht des Herkunftsstaates derselben zu verweisen⁹⁵². Das wiederum hätte aber in grenzüberschreitenden Sachverhalten eine grundsätzliche Kompetenzzuweisung an den Herkunftsstaat zur Folge, für die sich weder im Primärrecht selbst, noch in der Rechtsprechung des EuGH Anhaltspunkte finden⁹⁵³. Für Dienstleistungen bestimmt Art. 49 EG lediglich, dass Beschränkungen des Freihandels mit Dienstleistungen verboten sind. Der EuGH hat daraufhin die Dienstleistungsfreiheit zu einem Beschränkungsverbot ausgebaut⁹⁵⁴. In der Folge dieser Rechtsprechung *kann* die Dienstleistungsfreiheit dazu führen, dass sich faktisch die Standards des Herkunftslandes durchsetzen (Herkunftslandprinzip). Das ist jedoch nur eine von mehreren möglichen Wirkungen, die das Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit gegenüber belastenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen entfalten kann⁹⁵⁵. Genauso gut ist denkbar, dass die Unanwendbarkeit einer Regelung des Zielstaates erklärt wird, ohne dass die entsprechende Regelung des Herkunftsstaates (falls es eine solche gibt!) zur Anwendung gelangt. Man denke nur an den Fall, dass die vom Beklagten vorgebrachten Schutzinteressen vor dem EuGH schlichtweg un-

⁹⁵⁰ J. Basedow, *RabelsZ* 59 (1995), S. 1 (5); in diese Richtung auch O. Deinert, *EWS* 2006, 445 (448), anknüpfend an Art. 17 DLR-E.

⁹⁵¹ E. Steindorff, in FS-Lorenz, 1991, S. 568 ff.; A. Rosenboom, aaO (Fn. 541), S. 48 und oben, D.

⁹⁵² I.d.S. auch der ursprüngliche Kommissionsvorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie, KOM (2004), 2/endg.; dazu (ablehnend) O. Deinert, *EWS* 2006, 445 ff.

⁹⁵³ Im Kontext des Herkunftslandprinzips kraft sekundärrechtlicher Anordnung wird sich die Frage stellen, ob sekundärrechtlich Abweichendes bestimmt werden darf; vgl. dazu den vierten Teil dieser Arbeit.

⁹⁵⁴ Zweiter Teil, B., IV.

⁹⁵⁵ Mit Bsp. P. von Wilmsky, *RabelsZ* 62 (1998), S. 1 (12 ff.).

beachtet bleiben, ein Erforderlichkeitsabgleich mit den Regelungen des Herkunftsstaates also unterbleibt.

In Anlehnung an den Kollisionsrechtler *D. Martiny*⁹⁵⁶ lässt sich mithin durchaus feststellen, dass das Herkunftslandprinzip eine Neuordnung von Gesetzgebungszuständigkeiten und Rangkollisionen bewirkt, indem es im einzelnen regelt, wie weit die Subordination des nationalen Rechts unter das Gemeinschaftsrecht reicht. Ein solches Verständnis korrespondiert mit der oben getroffenen Feststellung, dass das Herkunftslandprinzip negatives Kompetenzprinzip ist. Auch der Kollisionsrechtler kann sich indes nur schwerlich über den qualitativen Unterschied hinwegsetzen, dass das IPR unter der Prämisse der prinzipiellen Gleichrangigkeit zweier Rechtssysteme arbeitet, während das Europarecht im Rang über dem nationalen Recht, ja sogar über dem nationalen Verfassungsrecht steht⁹⁵⁷, was die Anerkennung kollisionsrechtlichen Inhalts bereits normhierarchisch unpassend erscheinen lässt⁹⁵⁸.

III. „Race to the bottom“

Eine grundlegende Aussage über das anzuwendende Recht wird demnach nicht getroffen. Impliziert wird lediglich die Pflicht der Mitgliedstaaten, fremde Rechtserscheinungen auf ihrem Territorium hinzunehmen, solange die Erforderlichkeitsschwelle des eigenen, in

⁹⁵⁶ *D. Martiny*, Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1991, S. 211 (213).

⁹⁵⁷ Grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251, 1271 („Costa/ENEL“); i. E. übereinstimmend allerdings mit anderer Begründung BVerfGE 75, 223 (244); 85, 191 (204); das BVerfG setzt dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts allerdings Grenzen, die sich aus den deutschen Grundrechten ergeben, vgl. zweiter Teil, B., IV., 1., m.w.N. in Fn. 432.

⁹⁵⁸ BVerfGE 73, 339, 340 („Solange II“); *G. Nicolaysen*, Europarecht I, S. 89 ff. (94); *J. F. Baur*, Der Europäische Binnenmarkt – normative Grundlagen, JA 1992, S. 65 (69); anders *J. Basedow*, RabelsZ 59 (1995), S. 1 (13), der die Brücke zum gleichrangigen nationalen Recht und damit zum IPR gerade mithilfe des Herkunftslandprinzips zu schlagen versucht.

der Optik des EG-Rechts partikularen, Rechtsregimes nicht überschritten wird. Gegenüber dem Bestimmungslandprinzip, wonach Dienstleistungen zwar rechtlich diskriminierungsfrei, ökonomisch jedoch zuweilen unfrei gestellt sind, weil die wirtschaftliche Durchdringung der europäischen Märkte unterschiedliche Vermarktungskonzepte erfordert und somit höhere Kosten verursacht, kann das Herkunftslandprinzip von sich behaupten, die Größenvorteile von Produktion und Vermarktung („economies of scale“) voll auszuschöpfen. In den dadurch stimulierten Wettbewerb treten nicht nur die Wirtschaftssubjekte (Dienstleistungserbringer), sondern auch und vor allem die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen untereinander⁹⁵⁹. Erstere sind angehalten, europaweit um Abnehmer zu konkurrieren, indem sie idealtypischerweise bessere Qualität zu niedrigeren Preisen anbieten. Bei letzteren handelt es hingegen um einen Wettbewerb der „besseren“ Rahmenbedingungen. Der Ökonom *H. Siebert*⁹⁶⁰ hat diesen Zusammenhang wie folgt beschrieben:

„Firms will migrate (...) to the most favorable location (...). The arbitrage of consumers and firms will show which national regulatory system is best in the eyes of the consumer or producer: national regulation has to pass a litmus test of private agents voting with their purses and their feet.“

⁹⁵⁹ Vgl. aus der umfangreichen Literatur zum Wettbewerb der Rechtsordnungen z.B. *M. Streit*, in FS-Mestmäcker, 1996, S. 521 ff.; *N. Reich*, Competition Between Legal Orders, CMLRev. 29 (1992), S. 861 ff.; *H. Siebert*, The harmonization issue in Europe: Prior agreement or a competitive process?, in ders. (Hrsg.), The Completion of the Internal Market, 1990, S. 53 ff.; *L. Gerken* (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung (1995); *ders.*, Der Wettbewerb der Staaten (1999); *C. Koenig/J.-D. Braun/R. Capito*, Europäischer Systemwettbewerb durch Wahl der Rechtsregeln in einem Binnenmarkt für mitgliedstaatliche Regulierungen, EWS 1999, S. 401 ff.; *U. Everling*, Europäische Integration und Wettbewerb der Rechtsordnungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in Hopt (Hrsg.), Europäische Integration als Herausforderung des Rechts: Mehr Marktrecht – weniger Einzelgesetze?, 1991, S. 41 ff.; aus konkretem Anlass ferner *J. Basedow*, EuZW 2004, S. 423 (423); *D. Kugelmann*, EuZW 2005, S. 327 (327); *T. Lambrich*, EWS 2005, S. 251 ff.

⁹⁶⁰ *H. Siebert*, in ders. (Hrsg.), The Completion of the Internal Market, 1990, S. 53 (56, 68).

In der ökonomischen Analyse des Rechts wird der Staat somit immer mehr aus der Rolle des Monopolisten von Regeln und in die Rolle des Mit-Wettbewerbers gedrängt. Es ist seinen Bürgern – insbesondere unter der Geltung des Herkunftslandprinzips – möglich, aus ökonomischem Nutzenkalkül in alternative Rechts- und Verwaltungssysteme auszuweichen. Dies setzt im Idealfall positive Wettbewerbs- und Struktureffekte in Gang⁹⁶¹. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen, insbesondere derjenige innerhalb ein und desselben, am größtmöglichen Gemeinwohl verpflichteten Verbundsystems (Art. 2 EU und Art. 2 EG), birgt allerdings desgleichen Risiken. Staatlichkeit und staatliche Steuerungsstrukturen drohen „immer stärker in den Sog der grenzüberschreitenden, wenn nicht überhaupt grenznegierenden Nachfrage nach möglichst optimalen Standortbedingungen“ zu geraten, wie unlängst *R. Scholz* zutreffend erkannt hat⁹⁶². Offenkundig werden diese Risiken zuerst auf Verbraucherseite, nämlich dann, wenn der Verbraucher – wie so häufig⁹⁶³ – die Qualität einer Dienstleistung nicht ohne weiteres selbst beurteilen kann, seine marktselektierende und dadurch marktregulierende Wahlentscheidung also verfälscht ist⁹⁶⁴. Ein Herkunftslandprinzip als Instrument ungezügelter Arbitrage im unvollkommenen Binnenmarkt vernachlässigt demnach wirtschafts- und sozialpolitische Wertentscheidungen auf Ebene der Mitgliedstaaten, die, auch wenn sie ökonomisch

⁹⁶¹ Vgl. *O. Schmidt*, Problemanalysen aus ökonomischer Sicht, in Böhrer/Grunow/Ziekow (Hrsg.), Der Vorschlag zu einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Speyerer Forschungsberichte 241, S. 21 (25 ff.).

⁹⁶² *R. Scholz*, aaO (Fn. 614), S. 10; vgl. in diesem Zusammenhang auch *G. Nicolaysen*, Der Nationalstaat klassischer Prägung hat sich überlebt, in Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, 1995, S. 945 ff.; *O. Schmidt*, in Böhrer/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 21 (27 ff.).

⁹⁶³ Als Bsp. seien nur professionelle Dienstleistungen wie die eines Rechtsanwaltes bzw. eines Arztes genannt; so kann etwa ein Patient beim Zahnarzt in der Regel nicht selber beurteilen, ob eine Plombe notwendig ist, bzw., wenn ja, ob sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst eingefügt wurde; nicht einmal die Qualität des verwendeten Materials lässt sich ohne weiteres überprüfen.

⁹⁶⁴ Die Wirtschaftswissenschaften sprechen insofern von „asymmetrischer Informationsverteilung“, welche sicherlich auch im Bereich von Waren auftaucht, im Bereich der „unsichtbaren“ Dienstleistungen hingegen von vorne herein angelegt scheint.

unattraktiv erscheinen mögen, zuweilen höher zu bewerten sind, als der Dienstleistungsfreiverkehr⁹⁶⁵. Nicht von ungefähr wird befürchtet, im Wettbewerb um die „besseren“ Rahmenbedingungen könnte ein Mitgliedstaat dazu verleitet sein, sein Regulierungsniveau abzusinken, um sich einen regulativen Wettbewerbsvorteil gegenüber den unionsinternen Konkurrenz zu verschaffen, was daraufhin andere Staaten unter Zugzwang setzten könnte, es ihm gleich zu tun, bzw. ihrerseits noch weiter zu gehen. Konsequenz zu Ende gedacht, würde sich das Regulierungsniveau der Union demnach spiralförmig nach unten bewegen, bis es sich schlussendlich auf einem – am Gemeinwohl gemessen – suboptimalen Niveau einpendeln würde⁹⁶⁶. Zumal in der öffentlichen Diskussion – und dort nicht selten getrieben von wahltaktischem Populismus – wird die Furcht vor einem solchen „*race to the bottom*“ zumeist auf das Herkunftslandprinzip zurückgeführt⁹⁶⁷.

In der wissenschaftlichen Diskussion ist unterdessen bei weitem nicht abschließend geklärt, ob der Wettbewerb der Rechtsordnungen unter der Geltung des Herkunftslandprinzips tatsächlich zu einer negativen Konkurrenz, ja sogar zum „Sozialdumping“ führen muss⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ Dazu bereits oben, A., II., 1.

⁹⁶⁶ S. Weatherill/P. Beaumont, EC-Law, S. 600 f.; K. H. Fezer, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, JZ 1994, S. 317 (326); aus Sicht des Arbeitsrechtlers fragt P. Hanau, Lohnunterbietung („Sozialdumping“) durch Europarecht, in Due u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, 1995, S. 415 f., ob es in der geltenden Wirtschaftsverfassung nicht nur den Wettbewerb der besseren Leistungen, sondern auch den der schlechteren Arbeitsbedingungen gibt; aus aktuellem Anlass ferner J. M. Schlichting/W. Spelten, EuZW 2005, S. 238 (239) und Europäisches Parlament, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Arbeitsdokument Nr. DT/530932, S. 3.

⁹⁶⁷ Vgl. exemplarisch A. Hagelüken/C. Bolesch, Ringen um Dienstleistungen, in S.Z. vom 01.10.2005, S. 7; differenzierter hingegen H. Kafsack, Ausgepiffen, F.A.Z. vom 23.03.2005, S. 13.

⁹⁶⁸ Beispielhaft seien nur die Stellungnahmen von G. Prosi bzw. C. Meier-Schatz genannt; ersterer kommt zu dem Ergebnis: „the notion that institutional competition will lead to zero regulation (...) is nonsense“, ders., in Siebert, (Hrsg.), The Completion of the Internal Market, 1990, S. 77, während letzterer anmerkt: „the only thing which is fairly well established is the fact that regulatory competition probably leads to a race to the bottom“; ders., in Buxbaum u.a. (Hrsg.), European Business Law, Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization, 1991, S. 125.

Grundsätzlich wird man dem Konsumenten ausreichende Urteilskraft unterstellen müssen, die ihn veranlassen wird, auch qualitativ hochwertige, wenngleich teurere Produkte zu kaufen, solange das Preis/Leistungsverhältnis stimmt und wir es nicht mit einem Fall asymmetrischer Informationsverteilung zu tun haben⁹⁶⁹. Darüber hinaus verkürzt die Theorie vom „race to the bottom“ die Auswahl staatlicher Entscheidungsparameter in recht einseitiger Weise. So gibt es bis heute keinen stichhaltigen Beweis dafür, dass im Wettbewerb der Rechtsordnungen nur bestehen kann, wer die jeweils niedrigeren Standards setzt. Ein unternehmerisches Umfeld wird nicht notwendigerweise „besser“, je mehr die örtliche Regulierung abnimmt⁹⁷⁰. Ganz im Gegenteil ließe sich argumentieren, dass etwa im Bereich des Umweltschutzes letztendlich obsiegt, wer sich frühzeitig auf ein hohes Niveau einlässt, indem dadurch Anreize für neue „saubere“ Technologien geschaffen werden⁹⁷¹. Gerade für Exportnationen wie die deutsche, kann es einen Wettbewerbsvorteil für die heimische Industrie bedeuten, wenn diese bereits über Jahre hinweg einen sich international erst langsam durchsetzenden Standard entwickelt und pflegt. Zudem scheint bei weitem nicht sicher, ob die Nachteile für das staatliche Gemeinwesen, wie sie sich z.B. aus einem besonders niedrigen Verbraucherschutzniveau, bzw. einem hohen Maß an Umweltverschmutzung und dadurch bedingt teilweise geringerer Arbeitnehmerproduktivität ergeben, stets durch die Vorteile ausgeglichen werden, die man sich von der Deregulierung erhofft (zumeist eine Steigerung der Investitionsrate).

⁹⁶⁹ Dazu oben, Fn. 963 und 964.

⁹⁷⁰ Dass ein solcher Zusammenhang nicht besteht, hat unlängst auch der zuständige Binnenmarktkommissar *C. McCreevy* in einer Anhörung vor dem Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments zu den Auswirkungen der Globalisierung auf den europäischen Binnenmarkt betont; danach zählen zu den sog. Standortfaktoren genauso eine gute Infra- und Telekommunikationsstruktur, ein hohes Ausbildungsniveau und ein hohes Maß an Rechtssicherheit, vgl. *ders.*, in Public Hearing: „The effects of globalisation on the internal market“, IMCO_OJ (2004) 1007.1, 06.10.2005, www.europarl.europa.eu/committees/imco.

⁹⁷¹ *J. Snell/M. Andenas*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2004, S. 69 ff. (89).

Aus Sicht der sog. „Spieltheorie“⁹⁷² scheint die Situation eines Staates im Wettbewerb der Rechtsordnungen derjenigen eines Oligopolisten zu ähneln: ebenso wie in einem Oligopol Anreize zur Preissenkung fehlen, weil die dadurch erhoffte Umsatzsteigerung eines Akteurs postwendend durch Preissenkungen der anderen Akteure zunichte gemacht würde, sieht sich auch ein Staat mit der Tatsache konfrontiert, dass seine Deregulierung alsbald unterboten sein könnte. Die jeweils konkurrierenden Einheiten verharren deshalb idealtypisch im sog. *Nash*-Gleichgewicht, wonach kein einzelner „Spieler“ für sich einen Vorteil erzielen kann, indem er allein seine Strategie ändert⁹⁷³. In der Folge werden die aus der Deregulierung erhofften Vorteile sehr genau gegen die zu erwartenden Nachteile, insbesondere diejenigen für „altbewährte“ Standortfaktoren, abgewogen. Ganz zu schweigen von dem (in der für private Akteure entwickelten Spieltheorie fehlenden) staatstheoretischen Element der demokratischen Kontrolle, welches eine Regierung stets dem Risiko ihrer Abwahl aussetzt, wenn sie in nur all zu offensichtlicher Art und Weise an den Bedürfnissen der Bevölkerung „vorbei dereguliert“. Freilich kann es mit Blick auf den Einzelnen Verbraucher⁹⁷⁴ gleichwohl zu Unsicherheiten kommen. Deren Realisierung hängt allerdings von der tatsächlichen judikativen wie politischen Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips als „Katalysator“ des Systemwettbewerbs ab, nicht von seiner bloßen Existenz. Zu Recht gelangen deshalb einige Autoren zu der Ansicht, dass der Wettbewerb der Rechtsordnungen *als solcher* weder besonders schädlich, noch in hohem Maße effizient ist⁹⁷⁵.

⁹⁷² Zurückgehend auf *J. von Neumann*, Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten, 1973; vgl. auch *N. G. Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 380 ff.

⁹⁷³ Das Nash-Gleichgewicht, oder Nash-Equilibrium, das auf *J. F. Nash Jr.* zurückgeht, ist zentraler Begriff der Spieltheorie; einem breiten Publikum wurde die Theorie *Nashs* durch den Film „A Beautiful Mind“ bekannt; zum Nash-Gleichgewicht s. *N. G. von Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 376 f. mit Beispielen.

⁹⁷⁴ Vgl. das obige Zahnarztbeispiel in Fn. 963 und *O. Schmidt*, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 21 (28).

⁹⁷⁵ *N. Reich*, CMLRev. 29 (1992), S. 861 (868); *J. Snell/M. Andenas*, in Andenas/Roth (Hrsg.) Services and Free Movement in EU Law, 2004, S. 69 (92).

Was nun aber die eben angesprochene Ausgestaltung des Herkunftslandsprinzips als Liberalisierungsinstrument innerhalb des europäischen Verbundsystems, in dem unzweifelhaft ein erhebliches Regulierungsgefälle vorherrscht, angeht, so ist dieses gerade kein neoliberales Instrument ungezügelter Arbitrage seitens der Marktteilnehmer. Der unvollkommene europäische Binnenmarkt lässt sich rechtlich keineswegs auf eine supranationale, steuerungspolitisch „entstaatlichte“ Marktwirtschaft reduzieren. Bereits an anderer Stelle wurde betont, dass die Union längst über das Stadium einer Freihandelszone und Zollunion hinausgewachsen ist⁹⁷⁶. In hiesigem Kontext tritt nun dem Herkunftslandprinzip das Bestimmungslandprinzip als „checking factor“ entgegen. Seine balancierende Wirkung entfaltet sich, sofern es sich bei der im Wettbewerb befindlichen Norm entweder um eine schon im Ansatz nicht von der Dienstleistungsfreiheit erfasste handelt⁹⁷⁷, oder aber das Herkunftslandprinzip nicht eingreift, weil sich die fragliche Regulierung im Bestimmungsland als ein gerechtfertigtes, weil verhältnismäßiges Mehr an Regulierung des Dienstleistungsfreiverkehrs herausstellt⁹⁷⁸.

Hinzu kommt auf politischem Parkett das Tätigwerden der Gemeinschaft, die durch eine umfangreiche Gesetzgebung diejenigen Voraussetzungen zu schaffen hat, die den freien Dienstleistungsverkehr überhaupt erst ermöglichen. Dabei greift sie – insbesondere bei Dienstleistungen – gelegentlich auf das Herkunftslandprinzip zurück⁹⁷⁹. Dieses folgt dann nicht aus einer Auslegung des Primärrechts, sondern aus einer spezifischen Rechtsetzungsmaßnahme des Sekundärrechts, welche ihrerseits nicht gegen die allgemeinen Vor-

⁹⁷⁶ Oben, A., II., 1.

⁹⁷⁷ Oben, B., III., 2., c) und speziell zur Dienstleistungsfreiheit auch 5.

⁹⁷⁸ Oben, B., III. 2., a) und b).

⁹⁷⁹ Vgl. aus jüngerer Zeit die Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität („Fernsehrichtlinie“), ABl.EG Nr. L 298/23 und die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („E-Commerce-Richtlinie“), ABl.EG Nr. L 178/1.

gaben des Primärrechts, wie sie etwa in Art. 95 EG zu finden sind, verstoßen darf. Sofern eine Richtlinie der EG sich demnach auf die Generalrechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EG stützt, trägt die Gemeinschaft Verantwortung für ein hohes Schutzniveau in den dort genannten Bereichen „Gesundheit“, „Sicherheit“, „Umweltschutz“ und „Verbraucherschutz“ (Art. 95 Abs. 3 EG). Aber auch dann, wenn sich die Verantwortung der Gemeinschaft nicht unmittelbar aus dem Primärrecht ergibt, weil sich eine spezifische Maßnahme im Dienstleistungssektor etwa auf die Art. 55 i.V.m. 47 Abs. 2 EG gründet, die weder ein hohes Schutzniveau festschreiben, noch eine generelle Schutzklausel vorsehen, kann, ja muss die Gemeinschaft sogar, diese in die einschlägigen Richtlinien aufnehmen⁹⁸⁰. Darauf wird gesondert im vierten Teil dieser Arbeit zurückzukommen sein⁹⁸¹.

Das Herkunftslandprinzip im europäischen Dienstleistungsrecht ist folglich gerade aus gemeinwohlorientierten Gründen vielfach einschränkbar. Ein „race to bottom“ ist im spezifisch primärrechtlichen Kontext demnach unwahrscheinlich. Die diese Feststellung tragenden Erwägungen können dahin zusammengefasst werden, dass der vom Gemeinschaftsrecht erwartete und beförderte Leistungswettbewerb nicht durch Unterschiede im gemeinwohlorientierten Schutzstandard befördert werden soll, sondern gerade umgekehrt Unterschiede im gemeinwohlorientierten Schutzstandard als Bestimmungsgröße des Wettbewerbs ausgeschlossen werden sollen. Das Europarecht ist daher so zu verstehen, dass es im Rahmen der Grundfreiheiten keine Prämien auf die Absenkung von Schutzstandards vergibt, sondern gerade umgekehrt ein sozialpolitisches „race

⁹⁸⁰ Zum Ganzen ebenso *N. Reich*, Europäisches Verbraucherschutzrecht, S. 42 ff.; ebenso *U. Everling*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1155 ff., der auf die Gefahr der Inländerdiskriminierung hinweist, sollte die Liberalisierung des Dienstleistungssektors einzig und allein einem primärrechtlichen Herkunftslandprinzip vorbehalten sein; vgl. auch *H. Kafsack*, Ausgepiffen, in F.A.Z. vom 23.03.2005, S. 13.

⁹⁸¹ Fraglich ist nämlich, ob die sekundärrechtliche und flächendeckende, d.h. nicht sektorspezifische Verankerung des Herkunftslandprinzips vor diesem Hintergrund gemeinschaftsrechtlich zulässig ist.

to the bottom“ in Richtung des niedrigsten Schutzstandards zu unterbinden trachtet⁹⁸².

Einstweilen bleibt zugegebenermaßen fraglich, ob durch ein System von „checks und balances“, sowie durch das Tätigwerden der Gemeinschaft, dem weltweit zu beobachtenden Phänomen Herr zu werden ist, dass sich die Schere zwischen den sich rasant weiter internationalisierenden Produktionsfaktoren „Kapital“, „Wissen“, „Information“ einerseits und dem – trotz aller Automation – nach wie vor an den Menschen und die nationale Inlandsgesellschaft gebundenen Produktionsfaktor „Arbeit“ andererseits immer weiter öffnet⁹⁸³. Eine Patentlösung gibt es wohl nicht. Nur allzu durchsichtig sind unterdessen Versuche, die darauf abzielen, Fehlentwicklungen der nationalen Arbeits- und Sozialverfassungen dem Herkunftslandprinzip „in die Schuhe zu schieben“, jedenfalls soweit es um dessen primärrechtliche Verankerung geht.

⁹⁸² *E. Eichenhofer*, Deutscher Bundestag, Ausschussdrucks. 16(9)327: Schriftliche Stellungnahmen der Sachverständigen zur Öffentlichen Anhörung: „EU-Dienstleistungsrichtlinie“ am 16.10.2006, S. 6.

⁹⁸³ Hierzu *R. Scholz*, aaO (Fn. 614), S. 11.

F. Zusammenfassung

Das Herkunftslandprinzip ist *Prinzip* rechtstechnischen Sinne⁹⁸⁴. Als solches werden Anwendungsbereich, Inhalt, Wirkung, sowie die darauf beruhenden Implikationen erst nach Abgleich mit dem gegenläufigen Bestimmungslandprinzip, wie es für Dienstleistungen explizit in Art. 50 Abs. 3 EG normiert ist, sichtbar. Grundlage für einen prinzipiellen Vorsprung der Rechtsordnung, aus der der Dienstleister stammt, bildet die Dienstleistungsfreiheit selbst sowie die aus Art. 10 EG sich ergebende Kooperationspflicht der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verwirklichung eines per definitionem unvollkommenen Binnenmarktes für Dienstleistungen. Von dieser Pflicht sind die Mitgliedstaaten lediglich dort entbunden, wo die Erforderlichkeitsschwelle des eigenen, aus Sicht der Union partikularen, Rechtsregimes überschritten ist, bzw. dort, wo ein auf die Festsetzung des im Inland geltenden Schutzniveaus begrenztes Ermessen zu bejahen ist⁹⁸⁵. Auch ein mitgliedstaatliches Ermessen schränkt das Herkunftslandprinzip indessen ein, sofern sich herausstellt, dass ein und dasselbe Schutzniveau durch mildere Maßnahmen des Herkunftsstaates verwirklicht werden kann. Nach Maßgabe des Herkunftslandprinzips darf die Notwendigkeit der Maßnahme gerade nicht zusätzlich zur Maßnahme selbst in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt sein. Mit Nachdruck ist zu wiederholen, dass der EuGH seine Jurisdiktionsgewalt im Sinne des Herkunftslandprinzips nicht auf die Überprüfung der Ziellegitimität beschränken sollte, sondern darüber hinaus auch und gerade auf die Notwendigkeit der zur Erreichung dieses Ziels erlassenen Maßnahme erstrecken sollte. Vorsichtige Tendenzen in diese Richtung gibt die neuere Judikatur denn auch zu erkennen⁹⁸⁶.

⁹⁸⁴ Vgl. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 76 ff.

⁹⁸⁵ Das ist aufgrund der einschlägigen Fallkonstellationen bisher nur im Bereich des besonders sensiblen Glücksspielsektors im weiteren Sinne der Fall gewesen; der EuGH hat hier jedoch auf die „sittlichen, religiösen und kulturellen Besonderheiten“ in den Mitgliedstaaten hingewiesen, vgl. oben, C.; dieser Gedanke ließe sich grundsätzlich auch auf andere Bereiche übertragen.

⁹⁸⁶ Oben, C., und hier insb. das Urteil EuGH, Slg. 2003, I-13031 („Gambelli“), C., IV.

Vierter Teil

Möglichkeiten und Grenzen der Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs durch das Sekundärrecht

A. Die Dienstleistungsfreiheit der Dienstleistungsrichtlinie

Die sog. Dienstleistungsrichtlinie (DLR) des Europäischen Parlamentes und des Rates ist mit Wirkung vom 28.12.2006 in Kraft getreten⁹⁸⁷. Sie ist nun von den Mitgliedstaaten innerhalb von drei Jahren, d.h. bis Ende 2009 umzusetzen. Ausgenommen scheint lediglich das Herkunftslandprinzip, benennt doch der nunmehr gültige Art. 16 DLR nicht mehr selbiges, sondern vielmehr – in Anlehnung an Art. 49 EG – die „Dienstleistungsfreiheit“⁹⁸⁸. Damit ist nicht mehr das Prinzip, die Folge einer binnenmarktorientierten Auslegung der Dienstleistungsfreiheit angesprochen, sondern die diese Folge antizipierende Grundfreiheit selbst. In enger sprachlicher Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH, wird diese durch im Wesentlichen drei Grundsätze, nämlich erstens – auf Seiten der Berechtigten – das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr, zweitens – auf Seiten der Verpflichteten – die Verpflichtung, dieses Recht zu gewährleisten und drittens – wiederum auf Seiten der Verpflichteten – die Bindung aller innerstaatlichen Anforderungen betreffend Dienstleistungen an u.a. die Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sowie an die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit, konkretisiert.

Bereits an anderer Stelle wurde angedeutet, dass diese formale Änderung inhaltlich keine nennenswerten Rechtsfolgenunterschiede nach sich ziehen kann⁹⁸⁹. Denn mit dem Herkunftslandprinzip kommt gerade die Idee zum Tragen, dass dringende Gemeinwohlin-

⁹⁸⁷ ABl. EG vom 27.12.2006, Nr. L 376/36, 68.

⁹⁸⁸ Vgl. Art. 16 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

⁹⁸⁹ Erster Teil, A., II.

teressen im Bestimmungsstaat der Leistung, die eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs abstrakt zu rechtfertigen geeignet sind, regelmäßig, d.h. solange sie sich nicht als *erforderlich* erweisen, bereits im Herkunftsland Berücksichtigung gefunden haben⁹⁹⁰. Von dieser Idee lassen sich offensichtlich auch die Urheber der Dienstleistungsrichtlinie leiten, wenn sie in Begründungserwägung Nr. 61⁹⁹¹ festhalten, dass

„die Bestimmung über das Verbot der doppelten Anwendung gleichwertiger Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigungen (...) die Mitgliedstaaten nicht daran hindern (sollte), ihre eigenen (...) Voraussetzungen anzuwenden. Diese Bestimmung sollte nur verlangen, dass die zuständigen Behörden bei der Prüfung der Frage, ob der Antragsteller diese Voraussetzungen erfüllt, den gleichwertigen Voraussetzungen Rechnung tragen, die der Antragsteller bereits in einem anderen Mitgliedstaat erfüllt hat. Diese Bestimmung sollte nicht die Anwendung der Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigungen vorschreiben, die in der Genehmigungsregelung eines anderen Mitgliedstaats vorgesehen sind“.

Analog zur judiziellen Ausgestaltung der Art. 49 ff. EG, erfährt also auch die Dienstleistungsfreiheit der Dienstleistungsrichtlinie ihre Prägung durch das ihr zugrunde liegende Herkunftslandprinzip, soweit

„(...) Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit den Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, nicht daran hindern, (...) seine besonderen Anforderungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit oder Schutzes der Umwelt anzuwenden“⁹⁹².

⁹⁹⁰ Ausführlich dritter Teil, B., III.

⁹⁹¹ Ebd., aaO (Fn. 3).

⁹⁹² RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 78.

Letztere Einschränkung spielt auf das Bestimmungslandprinzip an und bringt damit zum Ausdruck, was für das Primärrecht bereits nachgewiesen werden konnte⁹⁹³: Das Herkunftslandprinzip ist Folge, nicht Ausgangspunkt, der dem einzelnen Mitgliedstaat im Einzelfall entzogenen Befugnis, einen Sachverhalt, der der Dienstleistungsfreiheit unterfällt, eigener (aus der Sicht des zwischenstaatlichen Verkehrs mehrfacher) Regelung zu unterwerfen⁹⁹⁴. Dies entspricht nach hier vertretener Auffassung gerade der eigentliche „Werkidee“ des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr.

Von der universellen Geltung dieser Idee rückt auch die nunmehr gültige Richtlinienfassung nicht ab („Rahmenrichtlinie“)⁹⁹⁵. Das gilt sowohl, was ihren im Grundsatz, d.h. vorbehaltlich diverser Bereichsausnahmen, flächendeckenden Anwendungsbereich anbelangt, als auch hinsichtlich der mangelnden Unterscheidung zwischen Regelungen, die den Marktzugang betreffen und solchen, die lediglich das Marktverhalten nach einem solchen Zugang normieren. Diese Differenzierung war bisher Kennzeichen des unvollkommenen Binnenmarktes⁹⁹⁶. Fraglich wird deshalb im Folgenden sein, wo die primärrechtlichen Grenzen der Rechtsangleichung verlaufen, die der EG-Vertrag der sekundärrechtlichen Etablierung des Herkunftslandprinzips setzt.

⁹⁹³ Dritter Teil, A. und B.

⁹⁹⁴ Dritter Teil, B., III.; *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 59.

⁹⁹⁵ Vgl. RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 7.

⁹⁹⁶ Dazu dritter Teil, A., II. und B., III., 6. jeweils m.w.N.

B. Funktion der Rechtsangleichung im unvollkommenen Binnenmarkt

Gemäß Art. 3 lit. h) EG umfasst das Tätigkeitsprogramm der Gemeinschaft im Sinne des Art. 2 EG „die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das ordnungsgemäße Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist“⁹⁹⁷. Damit werden jene Funktionsstörungen angesprochen, die sich in der zu einem Wirtschaftsraum ohne Binnengrenzen zusammenwachsenden Gemeinschaft ergeben können, weil das Wirtschaftsleben durch unterschiedliche, national-territorial beschränkt geltende (Teil-) Rechtsordnungen geregelt wird⁹⁹⁸. Die Beseitigung derart binnenmarktspezifischer Funktionsstörungen stellt der Rechtsangleichung in der Union zunächst zwei Aufgaben, die sich aus dem Wesen des Binnenmarktes ableiten: erstens die Ermöglichung und Erleichterung der Ausübung der Grundfreiheiten (Art. 3 Abs. 1 lit. a) und c) EG), zweitens die Beseitigung und Verhinderung derjenigen Wettbewerbsverfälschungen und Produktionsverlagerungen, die durch Rechtsunterschiede in der Union hervorgerufen werden (Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG)⁹⁹⁹. Dort schließlich, wo die Rechtsangleichung gemäß dem Tätigkeitsprogramm des Vertrages nicht unbedingt „erforderlich“ erscheint¹⁰⁰⁰, kann gelegentlich drittens eine integrations-

⁹⁹⁷ Entsprechend der auch hier vertretenen „Erweiterungstheorie“, die im Binnenmarkt ein Mehr zum Gemeinsamen Markt erblickt (vgl. dritter Teil, A., I., 2.), müsste in Art. 3 Abs. 1 lit. h) EG eigentlich von „Binnenmarkt“ die Rede sein, vgl. *M. Zuleeg*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 3 EG, Rn. 9.

⁹⁹⁸ *M. Haag*, in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 10, Rn. 2 und oben m.w.N. in Fn. 58.

⁹⁹⁹ *C. Hillgruber*, Die Verwirklichung des Binnenmarktes durch Rechtsangleichung, in Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, 2004, S. 597 (598); *M. Seidel*, aaO (Fn. 125), S. 18; *W. H. Roth*, EuR 21 (1986), S. 340 (354 f.); *P. C. Müller-Graff*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 24 (1989), S. 107 (121 ff.).

¹⁰⁰⁰ Nur soweit es der Freiverkehr unter den Bedingungen des EG-Vertrages erfordert, soweit mit anderen Worten gemeinschaftsspezifische Funktionsstörungen zu bejahen sind, ist die Rechtsangleichung durch die EG-Organen vom Vertrag gedeckt;

politische Aufgabe hinzutreten, nämlich die Schaffung solider Rechtsstrukturen mit dem Ziel der institutionellen Verfestigung der Union¹⁰⁰¹.

Der politische Spielraum, über den die Gemeinschaftsorgane somit im Rahmen der Rechtsangleichung verfügen, darf indes nicht über die Restriktionen hinwegtäuschen, denen sie bei ihrer Aufgabenerfüllung unterliegen und die letztlich Ausdruck und Sicherung der durch Art. 23 Abs. 1 GG i.V.m. dem „Rechtsanwendungsbefehl“ des deutschen Zustimmungsgesetzes zu den (Gründungs-) Verträgen limitierten Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaft sind¹⁰⁰². Während andere internationale Organisationen in aller Regel über einen breiten Gestaltungsspielraum verfügen, um den Bereich einer nützlichen Rechtsvereinheitlichung abzustecken¹⁰⁰³, ist die Rechtsangleichung in der EU gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. h), 14 EG auf ein einziges Ziel, namentlich die Realisierung des Binnenmarktes eingeschworen¹⁰⁰⁴. Zu diesem Zwecke beziehen sich die Binnenmarkt-Harmonisierungskompetenzen der EG nicht auf bestimmte, sachgegenständlich umrissene Materien, sondern auf abstrakte Funktionsbeschreibungen, wie das Funktionieren des Binnenmarktes (Art.

bei der Beurteilung gemeinschaftsspezifischer Funktionsstörungen kommt den Organen allerdings ein weiter (durchaus politischer) Identifizierungsspielraum zu, vgl. *P. C. Müller-Graff*, EuR 24 (1989), S. 107 (128).

¹⁰⁰¹ Zu dieser viel weiterreichenden wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktion der Rechtsangleichung, s. *U. Everling*, in Capotorti u.a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 227 (243); *M. Haag*, in Bieber/Epiney/Haag, *Die Europäische Union*, § 10, Rn. 2.

¹⁰⁰² Grundlegend BVerfGE 89, 155 ff. („Maastricht“); dazu *P. Kirchhof*, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in Hommelhoff/ders. (Hrsg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, S. 11 ff.; *I. Winkelmann* (Hrsg.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, 1994; *V. Götz*, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 1990, S. 1081 ff.

¹⁰⁰³ Als Bsp. seien die Haager Konferenz für internationales Privatrecht, der Ausschuss der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) und der Europarat genannt; vgl. *G. Kegel*, *Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung*, in *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, S. 9 (26 ff.).

¹⁰⁰⁴ *C. Vedder*, *Das System der Kompetenzen in der EU*, in Götz/Martinez Soria (Hrsg.), *Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten*, 2002, S. 9 (13 ff.); *P. C. Müller-Graff*, EuR 24 (1989), S. 107 (117).

95 Abs. 1 EG) oder die Erleichterung der Ausübung der Grundfreiheiten (für Art 49 EG z.B. Art. 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EG)¹⁰⁰⁵. Die Ausrichtung der Zuständigkeitsausweisung im EG-Vertrag ist also von dessen Ziel her definiert; sie weist den Vertragszielen final und funktional das Mittel der Rechtsangleichung zu¹⁰⁰⁶. Rechtsangleichung hat in der Europäischen Union mithin instrumentellen Charakter. Sie ist weder Vertragsziel in sich, noch geht es um die Verwirklichung einer allgemeinen Rechtsidee¹⁰⁰⁷. Je nach dessen Verwirklichungsgrad, liegt ihre Funktion zum Teil in der asymptotischen Annäherung an den Binnenmarkt, zum Teil in der stetigen Fortsetzung und Funktionssicherung des Binnenmarktes, zum Teil darüber hinaus in der Homogenisierung der sozio-ökonomischen Bedingungen, unter denen sich das Marktgeschehen vollzieht¹⁰⁰⁸.

Zwar gilt der Binnenmarkt seit dem 31.12.1992 normativ als verwirklicht (Art. 14 Abs. 1 EG)¹⁰⁰⁹. Tatsächlich sind allerdings gerade im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs erhebliche Funktions- und Effizienzdefizite zu beobachten¹⁰¹⁰. Mit *A. Hatje*¹⁰¹¹ lässt sich demnach fordern, dass der Binnenmarkt als „Gradmesser der europä-

¹⁰⁰⁵ *I. Härtel*, Hdb. Europäische Rechtsetzung, § 4, Rn. 17, ausgehend von dem durch *C. Trübe*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, Diss. 2002, entwickelten System.

¹⁰⁰⁶ *M. Möstl*, Grenzen der Rechtsangleichung im Europäischen Binnenmarkt, *EuR* 37 (2002), S. 318 (324 ff.); *H. D. Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, *AöR* 121 (1996), S. 173 (178 ff.); *ders.*, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, *EuGRZ* 21 (1994), S. 209; *C. Hillgruber*, in *GS-Blomeyer*, 2004, S. 597 (599).

¹⁰⁰⁷ Grundlegend *W. Hallstein*, Angleichung des Privat und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *RabelsZ* 28 (1964), S. 211 (214); ebenso *W. H. Roth*, *EuR* 21 (1986), S. 340 (354); *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, § 39.

¹⁰⁰⁸ Ausführlich, z.T. krit., *P. C. Müller-Graff*, *EuR* 24 (1989), S. 107 (130 ff.).

¹⁰⁰⁹ Beachte die Erklärung der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zu Art. 8a EWG a.F. (Art. 14 EG n.F.), die ausdrücklich bestimmt, dass die Festsetzung des Termins „keine automatische rechtliche Wirkung mit sich“, vgl. *ABl. EG* 1987, Nr. L 169/24.

¹⁰¹⁰ Dazu ausführlich bereits erster Teil, B., m.w.N.

¹⁰¹¹ *Ders.*, (Hrsg.), Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe“, *EuR Beiheft* 1 (2002), S. 3.

schen Integration“ angesichts der Dynamik seines Gegenstandes laufend angepasst werden muss. Wenn vor diesem Hintergrund die „gemeinschaftsrechtliche Rechtssetzungsmaschinerie auf Hochtouren läuft“¹⁰¹², liegt das häufiger als gemeinhin angenommen *nicht* an einer regelungswütigen „Eurokratie“, sondern zuvörderst an „Europas neuem Flirt mit dem Nationalismus“¹⁰¹³. Ausdruck dessen ist nicht zuletzt und entgegen anders lautender medienwirksamer Forderungen von Seiten der Politik eine ständig steigende Normenflut in den Mitgliedstaaten¹⁰¹⁴. Ihr Abbau wird zwar häufig schon im ureigensten nationalökonomischen wie nationalparlamentarisch-demokratischen Interesse liegen¹⁰¹⁵; Rechtsangleichung auf europäischer Ebene maßt sich jedoch kein Urteil über die Sinnfälligkeit nationaler Regulierung an. *Rechtsangleichung* im eigentlichen Sinne strebt nach (Binnenmarkt-) Freiheit durch (Binnenmarkt-) Gleichheit, ist also für sich nicht gleichbedeutend mit Deregulierung, sondern eher mit Regulierung¹⁰¹⁶. Erst dort, wo nationale Regulierung gemeinschaftsspezifische Funktionsstörungen verursacht, verlangt die europäische Rechtsangleichung Gleichheit *und* Freiheit, sprich Liberalisierung. Aber auch Liberalisierung im Sinne von Deregulierung verlangt nach Regulierung dessen, was dereguliert werden soll. Liberalisierung im europäischen Kontext bedeutet deshalb Deregulierung auf Ebene der Mitgliedstaaten bei gleichzeitiger (Re-) Regulierung auf Gemeinschaftsebene.

¹⁰¹² C. Hillgruber, in GS-Blomeyer, 2004, S. 597 (597); vgl. auch R. Streinz, Europarecht, Rn. 946 ff.

¹⁰¹³ Vgl. F.A.S. vom 05.03.2006, S. 35; F.A.Z. vom 05.04.2006, S. 12 und S.Z. vom 23.03.2006, S. 17.

¹⁰¹⁴ Insoweit bestätigt sich eine Beobachtung, die U. Everling, in Liber Amicorum Pierre Pescatore, 1987, S. 227 (243) vor knapp 20 Jahren anstellte, mit unverminderter Gültigkeit; immerhin hat die neue Bundesregierung in Gestalt von Wirtschaftsminister M. Glos sich des Bürokratieabbaus in Deutschland angenommen, vgl. www.bmwi.de.

¹⁰¹⁵ R. Scholz, aaO (Fn. 614), S. 108 ff; ganz in diesem Sinne auch die Überlegungen der neuen Bundesregierung unter A. Merkel, einen unabhängigen nationalen Normenkontrollrat beim Kanzleramt einzurichten, der jedes Gesetzesvorhaben u.a. auf seine Notwendigkeit und seine Folgekosten hin untersucht.

¹⁰¹⁶ Zum Zusammenwirken von Gleichheit und Freiheit im demokratisch verfassten Gemeinwesen, P. Kirchhof, in Isensee/ders. (Hrsg.), HStR V, § 124, Rn. 158 ff.

C. Instrumente der Rechtsangleichung

Der EG-Vertrag kennt nun zwei Instrumente, mittels derer auf die Verwirklichung binnenmarktähnlicher Verhältnisse im Dienstleistungssektor hingewirkt werden soll. Es sind dies (*negativ*) das in Art. 49, 50 EG zum Ausdruck kommende Verbot, den Dienstleistungsfreiverkehr über die im Allgemeininteresse liegenden zwingenden Erfordernisse („*Cassis-Doktrin*“) hinaus zu beschränken¹⁰¹⁷, sowie (*positiv*) die Angleichung der verschiedenen Teilrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten.

Unter Rechtsangleichung, die ihrerseits wiederum von der hier nicht interessierenden Rechtvereinheitlichung mittels EG-Verordnung zu unterscheiden ist¹⁰¹⁸, wird dabei nicht nur die *tatsächliche* Harmonisierung bzw. Koordinierung des materiellen Rechts der Mitgliedstaaten auf Gemeinschaftsebene verstanden¹⁰¹⁹, sondern auch die *fiktive* Gleichsetzung der Standards in den Mitgliedstaaten zwecks Marktöffnung und auf Basis der Vermutung ihrer funktionalen Äquivalenz (Anerkennungsrichtlinien)¹⁰²⁰. Ersteres Instrumentarium setzt(e) auf die sukzessive *zentrale* Verknüpfung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen über die europäischen Rechtsetzungsorgane, während letzteres *dezentral* von der integrierenden Kraft des

¹⁰¹⁷ Die „*Cassis-Doktrin*“ zu Art. 28 EG ist durch den EuGH in den Urteilen „*van Binsbergen*“ und „*Säger*“ auf die Art. 49 ff. EG übertragen worden, vgl. zweiter Teil, B., IV.

¹⁰¹⁸ Durch Verordnung kann einheitliches, unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht geschaffen werden, das für ihren Anwendungsbereich entgegenstehendes nationales Recht verdrängt (Art. 249 Abs. 2 EG); vgl. *A. Ihns*, Entwicklung und Grundlagen der Europäischen Rechtsangleichung, Diss. 2005, S. 16 f.; *I. Härtel*, Hdb. Europäische Rechtssetzung, § 9, Rn. 14.

¹⁰¹⁹ Der in Art. 47 EG gebrauchte Begriff der „*Koordinierung*“ ist identisch mit den allgemeinen Begriffen der „*Harmonisierung*“ bzw. „*Angleichung*“ wie sie z.B. in Art. 3 Abs. 1 lit. h) und Art. 94 f. EG gebraucht werden, vgl. *M. Schlag*, Verwaltungsbefugnisse, S. 118 f.; *A. Ihns*, aaO (Fn. 1018), S. 15 und *I. Seidel-Hohenveldern*, Rechtsakte der Organe der EWG als Mittel Angleichung, in *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, S. 170.

¹⁰²⁰ Vgl. *U. Everling*, in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 227 (230); ferner zur Parallelproblematik im Primärrecht: dritter Teil, A., I., 3.

ökonomischen wie politischen Systemwettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten ausgeht¹⁰²¹. Jenseits des bereits angesprochenen wissenschaftlichen Diskurses über Nutzen und Wirkung des Systemwettbewerbs¹⁰²² als (wenn man so will gleichfalls negatives) Integrationsmittel, steht die Erkenntnis, dass die Grenzen dieses Konzepts jedenfalls in den Bereichen liegen, wo eine Mindestharmonisierung auf Gemeinschaftsebene gleiche Wettbewerbsbedingungen sichern muss, indem sie die Gleichwertigkeit der Schutzstandards, beispielsweise im Gesundheits-, Produktsicherheits-, Verbraucher-, und Umweltschutz festschreibt¹⁰²³.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten den letztgenannten Instrumentarien der positiven, zentralen bzw. dezentralen Rechtsangleichung. Angesprochen sind somit die kompetenziellen Möglichkeiten und primärrechtlichen Grenzen eines Gemeinschaftsgesetzgebers, dessen Liberalisierungsherausforderung mit fortschreitender Integration nicht etwa in der ersatzlosen Streichung von Binnenmarkthemmnissen liegt, sondern vielmehr in der gestalterischen Aufgabenwahrnehmung und – damit eng verbunden – in der strategischen Regelungsverantwortung. Zwar ermächtigen die Binnenmarkt-Harmonisierungskompetenzen den Gemeinschaftsgesetzgeber regelmäßig nicht, Regelungen zu erlassen, die als Gesetze unmittelbar wirken und an die Stelle der nationalen Vorschriften treten, von denen Störungen für den Binnenmarkt ausgehen¹⁰²⁴. Verlangt (positive) Deregulierung auf Ebene der Mitgliedstaaten aber die ersatzweise

¹⁰²¹ M. Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, Diss. 2001, S. 157.

¹⁰²² Dritter Teil, E., III. („race to the bottom“).

¹⁰²³ M. Wagner, aaO (Fn. 1021), S. 170 ff.; W. Kluth/F. Rieger, GewArch 2006, S. 1 (2).

¹⁰²⁴ Diese Wirkung haben nur EG-Verordnungen (vgl. Art. 249 Abs. 2 EG), die aber sowohl im Rahmen des Art. 94 EG als auch im Rahmen von Art. 55, 47 EG nicht zur Verfügung stehen; Art. 95 EG spricht zwar allgemein von „Maßnahmen“, nicht von Richtlinien; auch hier wird man allerdings, um einen Systembruch zu vermeiden, von der Richtlinie als dem primären Rechtsangleichungsinstrument auszugehen haben, vgl. U. Everling, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in Baur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 1155 (1166).

(Re-) Regulierung auf Gemeinschaftsebene¹⁰²⁵, so sind die Gemeinschaftsorgane einem Mandat verpflichtet, vormals mitgliedstaatlich im nicht-wirtschaftlichen Interesse geregelte Sachbereiche (z.B. Gesundheits-, Verbraucher-, Umweltschutz), von denen Störungen für den Binnenmarkt ausgehen, anstelle und unter Verdrängung des nationalen Gesetzgebers neu zu ordnen und neu zu gestalten und sei es nur im Wege der Mindestharmonisierung¹⁰²⁶. Das wiederum führt dazu, dass die Verantwortung für das durch solche Normen wahrgenommene öffentliche Wohl in Teilbereichen von den nationalen Gesetzgebern auf die Gemeinschaft übergeht¹⁰²⁷. Beleg dafür ist nicht zuletzt Art. 95 Abs. 3 EG¹⁰²⁸, der die Gemeinschaft ausdrücklich auf ein hohes Schutzniveau in eben jenen vormals von den Mitgliedstaaten verfolgten substantiellen Regelungsanliegen nichtwirtschaftlicher Art verpflichtet und der damit einen allgemeinen, auch jenseits dieser Norm gültigen Grundsatz der Harmonisierung im Binnenmarkt zum Ausdruck bringt¹⁰²⁹. Dieser Grundsatz fügt sich nahtlos in einen an-

¹⁰²⁵ Oben, B.

¹⁰²⁶ Dazu *M. Wagner*, aaO (Fn. 1021), S. 170 ff.

¹⁰²⁷ *M. Möstl*, EuR 37 (2002), S. 318 (319, 324 f.); *P. C. Müller-Graff*, EuR 24 (1989), S. 107 (134); *A. Ihns*, aaO (Fn. 1018), S. 176 f.; *M. Seidel*, Präventive Rechtsangleichung, EuR 41 (2006), S. 26 (41); vgl. auch *U. Everling*, in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 227 (233) und *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, § 39, Rn. 16 unter dem Aspekt der Art. 72 Abs. 2 GG ähnlichen „Sperrwirkung“, die die Regelung einer Materie auf Gemeinschaftsebene gegenüber dem nationalen Gesetzgeber entfaltet; außerdem *P. Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Strukturen in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1996), S. 34 ff., der auf S. 48 f. anmerkt: „Die außerordentliche Tragweite der den Gemeinschaften gestellten Aufgaben und ihre eigene Entscheidungsgewalt und nicht nur technisch-subsumierende Tätigkeiten implizierenden Befugnisse zwingen zu der Beurteilung, dass ihnen nicht nur technokratischer Sachverstand, sondern politische Gestaltung aufgegeben ist, dass ihnen nicht nur Verwaltungsfunktionen, sondern in beschränktem Maße auch Regierungsfunktionen, „un pouvoir gouvernemental“ zukommen“.

¹⁰²⁸ Art. 95 Abs. 3 EG konkretisiert zum einen Art. 2 EG, zum anderen Art. 6, Art. 152 Abs. 1 und Art. 153 Abs. 2 EG, vgl. *W. Kahl*, in *Calliess/Ruffert*, Art. 95 EGV, Rn. 14.

¹⁰²⁹ *J. Pipkorn/A. Bardenhewer-Rating/H. Taschner*, in von der Groeben/Schwarze, Art. 95 EG, Rn. 70; Generalanwalt *N. Fennelly*, spricht in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 2000, I-8419, 8450, Rn. 65 (Deutschland ./ Parlament und Rat) von

deren, dass nämlich die Grundfreiheiten und der Binnenmarkt kein Selbstzweck sind und insofern nicht zu Lasten der Erfüllung anerkannter Staatsaufgaben gehen dürfen¹⁰³⁰.

I. Sektorspezifische Rechtsangleichungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit

Als unproblematisch erweisen sich vor diesem Hintergrund sektorspezifische Rechtsangleichungsmaßnahmen, wenn und soweit die Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen EG-Kompetenznorm erfüllt sind¹⁰³¹. Mit ihnen kann den Spezifika der jeweiligen Dienstleistungsbranche Rechnung getragen werden. Die Gemeinschaft ist, wenn sie sich der gemeinschaftsrechtlichen Neuordnung eines spezifischen Regelungsgegenstandes (wie etwa den Kreditinstituten¹⁰³², den Wertpapierdienstleistungen¹⁰³³, dem elektronischen Geschäftsverkehr¹⁰³⁴ [e-Commerce], der Fernsehätigkeit¹⁰³⁵, den Ärzten¹⁰³⁶,

einer Selbstverständlichkeit, nachdem die Gemeinschaft nicht in einem „politischen Vakuum“ agiere.

¹⁰³⁰ *M. Möstl*, EuR 37 (2002), S. 318 (325); *A. Hatje*, in Schwarze, Art. 14 EGV, Rn. 11.

¹⁰³¹ Zur deren Kategorisierung *I. Härtel*, Hdb. Europäische Rechtsetzung, § 4, Rn. 7 ff.

¹⁰³² RL 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.03.2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG 2000, Nr. L 126/1.

¹⁰³³ RL 93/22/EWG des Rates vom 10.05.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG 1993, Nr. L 141/27, zuletzt geändert durch RL 2002/87/EG, ABl. EG 2003, Nr. L 35/1.

¹⁰³⁴ RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte des der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, ABl. EG 2000, Nr. L 178/1, dazu *A. Tettenborn/G. Bender/N. Lübbers/J. Karenfort*, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BB 2001, Beilage 10/2001.

¹⁰³⁵ RL 89/552/EWG des Rates vom 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehätigkeit, ABl. EG 1989, Nr. L 298/23, zuletzt geändert durch RL 97/36/EG vom 30.06.1997, ABl. EG 1997, Nr. L 202/60; dazu *D. Kugelmann*, aaO (Fn. 541).

Architekten¹⁰³⁷, Wirtschaftsprüfern¹⁰³⁸ oder Rechtsanwälten¹⁰³⁹) annimmt¹⁰⁴⁰, bereits von dessen Inhalt her zur differenzierten, häufig auch detaillierten Ausgestaltung der Materie gezwungen. Zwar droht mit einer erschöpfenden Regelung auf Gemeinschaftsebene der Aspekt der mit der kooperativen bzw. zweistufigen Richtlinien-Rechtssetzung bezweckten Schonung der mitgliedstaatlichen Rechtsstrukturen in dem Maße unterwandert zu werden, wie neben dem vorgegebenen Ziel (Art. 249 Abs. 3 EG) mehr und mehr die Mittel zur Zielerreichung definiert werden¹⁰⁴¹. Der zulässige sachliche Inhalt der Richtlinie ergibt sich jedoch allein aus ihrer jeweiligen Ermächtigungsgrundlage, weshalb es dem EG-Vertrag nicht zu wiederläuft, wenn das zu erreichende Angleichungsergebnis sachlich zuweilen bis in alle Einzelheiten durch die Gemeinschaftsorgane festgesetzt wird¹⁰⁴².

¹⁰³⁶ RL 93/16/EWG des Rates vom 05.04.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit der Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, ABl.EG 1993, Nr. L 165/1.

¹⁰³⁷ RL 85/384/EWG des Rates vom 10.06.1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur, ABl.EG 1985, Nr. L 223/15.

¹⁰³⁸ RL 84/253/EWG des Rates vom 10.04.1984 über die Zulassung der mit der Pflichtprüfung der Rechnungsunterlagen beauftragten Personen, ABl.EG 1984, Nr. L 126/20.

¹⁰³⁹ RL 77/249/EWG des Rates vom 22.03.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl.EG 1978, Nr. L 78/17, dazu *H. Brangsch*, Grenzüberschreitende Dienstleistungen der Anwälte in der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1981, S. 1177 ff.; die später erlassene RL 98/5/EG des Rates vom 16.12.1998, ABl.EG 1998, Nr. L 77/36, betrifft die ständige Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat und damit nicht die Erbringung von Dienstleistungen i.S.v. Art. 49 ff. EG.

¹⁰⁴⁰ Vgl. zu den zuletzt genannten sog. „freien Berufen“ (mit Ausnahme der Rechtsanwälte) die Änderung durch RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.06.2005 über die gegenseitige Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl.EU L 255/22; dazu *M. Henssler*, EuZW 2003, S. 229 ff.; *W. Kluth/F. Rieger*, EuZW 2005, S. 486 ff.

¹⁰⁴¹ Dazu *V. Götz*, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, NJW 1992, S. 1849 (1850); *I. Härtel*, Hdb. Europäische Rechtsetzung, § 9, Rn. 20.

¹⁰⁴² Für die ganz h.M. statt aller *B. Biervert*, in Schwarze, Art. 249 EGV, Rn. 26.

Die für den Dienstleistungssektor maßgeblichen Ermächtigungsinhalte zur sektorspezifischen Rechtsangleichung finden sich in Art. 55 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 und 2 EG, sowie in Art. 52 EG. Daneben kann die Gemeinschaft natürlich auch im Bereich von Dienstleistungen auf die allgemeinen, nur funktional begrenzten Rechtsangleichungskompetenzen der Art. 94, 95 EG zurückgreifen.

II. Allgemeine Rechtsangleichungsmaßnahmen zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit

Selbiges gilt für allgemeine Rechtsangleichungsmaßnahmen. Sie unterscheiden sich von sektorspezifischen Maßnahmen lediglich dadurch, dass mittels einer horizontalen Angleichung allgemeine Kriterien für eine größere Personen-, oder Leistungsgruppe aufgestellt werden. Solche allgemeinen Rechtsangleichungsmaßnahmen bezwecken also keine vertikal umfassende Angleichung der spezifischen Vermarktungsvorschriften auf dem jeweiligen Dienstleistungssektor (Rechtangleichung „in die Tiefe“). Ihre Aufgabe besteht vielmehr darin, eine mehreren Sektoren horizontal übergeordnete Vergleichsgruppe zu definieren, deren Merkmale auf die unterschiedlichsten Dienstleistungen zutreffen (Rechtsangleichung „in die Breite“)¹⁰⁴³. Als Beispiel seien nur die allgemeine Regelung über die Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen¹⁰⁴⁴ bzw. jüngst die allgemeine Regelung über die Anerkennung von Berufsqualifikationen für reglementierte Berufe¹⁰⁴⁵ genannt.

¹⁰⁴³ Vgl. am Bsp. des Lebensmittelrechts *A. Ihms*, aaO (Fn. 1018), S. 72.

¹⁰⁴⁴ ABl. EG 1989, Nr. L19/16, dazu *M.-P. Henninger*, Richtlinie des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, *GewArch* 1989, S. 259 ff.

¹⁰⁴⁵ ABl. EG 2005, Nr. L 255/22, dazu *W. Kluth/F. Rieger*, *EuZW* 2005, S. 486 ff.

III. Flächendeckende Rechtsangleichungsmaßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes – ein neuer „neuer Ansatz“¹⁰⁴⁶

Im Unterschied zu dieser allgemeinen Regelungstechnik verwendet die sog. Dienstleistungsrichtlinie einen sektoren-, bzw. tätigkeitsfeldübergreifenden Ansatz, der sich selbst zwar ebenso als „horizontal“ versteht¹⁰⁴⁷, der aber neben der horizontalen und der vertikalen eine dritte Dimension, nämlich die der Fläche einführt: erfasst ist das gesamte Tätigkeitsspektrum dessen, was nach der Rechtsprechung des EuGH als „Dienstleistung“ gekennzeichnet ist, *ohne* dass allgemeine Kriterien oder Mindestanforderungen für eine Personen- oder Leistungsgruppe aufgestellt werden¹⁰⁴⁸. Da die (teleologisch herleitbare) Einführung des Herkunftslandprinzips, als das materielle Kernstück der Richtlinie, somit nicht den Schlusspunkt der Harmonisierungstätigkeit bildet, sondern vielmehr an deren Anfang steht, wird das notwendige gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten¹⁰⁴⁹ gleichsam im Sinne eines Vertrauensvorschlusses vorweggeschickt, bevor die Voraussetzungen für eine solches Vertrauen in Gestalt von Koordinierungsmaßnahmen geschaffen wurden. Hierin liegt der wesentliche Unterschied zu dem auf dem Konzept der Mindestharmonisierung basierenden Vorgehen bei allgemeinen Anerkennungsrichtlinien bzw. bei denjenigen sektoralen Richtlinien, die bereits heute auf das Herkunftslandprinzip setzen¹⁰⁵⁰. Den Gefahren, die sich daraus – insbesondere unter Verbraucherschutzaspekten – ergeben, will die Richtlinie vorrangig durch verstärkte Verwaltungszusammenarbeit und Verhaltenskodizes nach Maßgabe verwaltungskooperativer Grundsätze, nachrangig durch gezielte Harmonisierungsmaßnahmen dort, wo diese „sachlich nötig“ und/oder „politisch

¹⁰⁴⁶ Vgl. oben, dritter Teil, A., I., 4.

¹⁰⁴⁷ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 7.

¹⁰⁴⁸ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägungen 17 ff.

¹⁰⁴⁹ Dazu dritter Teil, B., III., 1.

¹⁰⁵⁰ Vgl. oben, Fn. 1032 bis 1039 in unterschiedlicher Ausprägung.

möglich“ erscheinen, begegnen¹⁰⁵¹. Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 5 Abs. 3 EG soll damit eine Struktur gestufter Verhältnismäßigkeit angeregt werden¹⁰⁵².

Diese Terminologie ist aus zweierlei Gründen irreführend: zum einen, weil die Idee der gestuften Verhältnismäßigkeit impliziert, dass es sich dabei um eine Frage des „Ob“ des gemeinschaftlichen Tätigwerdens handelt und dieses zu bejahen ist, sofern ein solches Tätigwerden sachlich nötig bzw. politisch möglich erscheint, während Art. 5 Abs. 3 EG als dritter Teil der „europarechtlichen Schrankentrias“¹⁰⁵³ in Wahrheit nicht das „Ob“ bestimmt, sondern das „Wie“ und demnach Art, Umfang und Intensität einer von den Gemeinschaftskompetenzen grundsätzlich gedeckten Maßnahme¹⁰⁵⁴. Zum anderen, weil die Frage nach dem „Ob“ des Tätigwerdens in der Kompetenzstruktur des Gemeinschaftsrechts nicht zuerst auf die Verbandskompetenz der Gemeinschaft abzielt, sondern auf das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 2 EG und damit eine Kompetenzausübungsschranke¹⁰⁵⁵. Kompetenzausübungsschranken setzen nun aber ihrerseits voraus, dass die Verbandskompetenz nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EG) grundsätzlich gegeben ist¹⁰⁵⁶ und beantworten demnach nicht die Frage, inwiefern das Herkunftslandprinzip im Sinne eines Vertrauensvorschlusses überhaupt vorweggeschickt werden darf, bevor eine Struktur gestufter

¹⁰⁵¹ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 7; zum insoweit unveränderten Kommissionsvorschlag bereits *A. Windoffer*, Die Verwirklichung des Dienstleistungsfreiheit – bisherige Rechtslage und Konzeption des Richtlinien-vorschlags, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), Der Vorschlag zu einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Speyerer Forschungsberichte 241, S. 37 (110 f.).

¹⁰⁵² Vgl. RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 116; näher *A. Windoffer*, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 111.

¹⁰⁵³ *D. Merten*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993, S. 78; *C. Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 1999, S. 68 f.

¹⁰⁵⁴ *R. Streinz*, in ders., EUV/EGV, Art. 5 EGV, Rn. 45.

¹⁰⁵⁵ *C. Calliess*, aaO (Fn. 1053), S. 68; *ders.*, in ders./Ruffert, Art. 5 EGV, Rn. 35 ff.

¹⁰⁵⁶ *A. von Bogdandy/J. Bast*, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 28 (2001), S. 441 (451); *R. v. Borries*, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 29 (1994), S. 263 (269).

Verhältnismäßigkeit angeregt werden kann. Dieses Manko soll nachfolgend behoben werden (D.). Dabei wird Art. 5 EG ganzheitlich im Sinne einer umfassenden *Kompetenzausübungs- und Kompetenzabgrenzungsschranke* verstanden die dann auch die Frage nach der Verbandskompetenz zu beantworten im Stande ist¹⁰⁵⁷.

Zuvor erscheint es allerdings zweckmäßig Inhalt, Wirkung und Tragweite dieses neuen „neuen Ansatzes“ im Recht der 27 Mitgliedstaaten deutlich zu machen. Als Beispiel dient das deutsche Recht. Dabei ist eine abschließende Aufzählung all derjenigen Normen, welche unter dem Einfluss einer Richtlinie des genannten Inhalts (zumindest¹⁰⁵⁸) im Hinblick auf Dienstleistungen aus dem europäischen Ausland zu suspendieren bzw. modifizieren wären, nicht möglich, liegt doch in der Universalität seines Anwendungsbereichs gerade der Charme des genannten Liberalisierungsansatzes. Ausweislich Art. 16 DLR wären allerdings – vorbehaltlich der noch zu prüfenden Bereichsausnahmen¹⁰⁵⁹ – alle Bestimmungen über die „freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten“ betroffen. Dieses Begriffspaar lässt sich mit dem der Berufszulassung und der Berufsausübung im Rahmen des Grundrechts aus Art. 12 GG vergleichen¹⁰⁶⁰. Dort dient die Unterscheidung lediglich als Chiffre für die unterschiedlichsten Blickwinkel innerhalb eines einheitlichen

¹⁰⁵⁷ Ebenso C. Calliess, aaO (Fn. 1053), S. 68; I. Härtel, Hdb. Europäische Rechtsetzung, § 4, Rn. 45 ff.; G. Lienbacher, in Schwarze, Art. 5 EGV, Rn. 1; R. Streinz, in ders., EUV/EGV, Art. 5 EGV, Rn. 1; vgl. auch M. Nettesheim, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 39 (2004), S. 511 (511).

¹⁰⁵⁸ Inwiefern die unterschiedliche Behandlung der Inländer den Druck auf den nationalen Normgeber erhöht, auch den Freiraum „seiner“ Staatsbürger liberaler zu gestalten, sei dahingestellt; die angesprochene Problematik der sog. „Inländerdiskriminierung“ wird im fünften Teil dieser Arbeit gesondert behandelt; dass aber der Druck des Europarechts durchaus auch rein inländische Sachverhalte betrifft, zeigt das Beispiel der Reform des deutschen Handwerksrecht, vgl. R. Stober, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 105.

¹⁰⁵⁹ Dazu unten, D., V., 2., c), ff).

¹⁰⁶⁰ W. Frenz, Selbstständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, GewArch 2007, S. 10 (11); allgemein P. Tettinger, in Sachs, GG, Art. 12, Rn. 55 ff.

Berufsgrundrechts¹⁰⁶¹. Vor diesem Hintergrund verstand sich auch der ursprüngliche Wortlaut der Richtlinie, wonach „alle Bestimmungen über Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistung, die insbesondere das Verhalten der Dienstleistungserbringer, die Qualität, oder den Inhalt der Dienstleistung, die Werbung, die Verträge und die Verantwortlichkeit der Dienstleistungserbringer regeln“, betroffen waren¹⁰⁶². Nach deutscher Klassifizierung waren damit nicht nur das gesamte Wirtschaftsverwaltungsrecht, sondern darüber hinaus u.a. das Strafrecht, das Bauplanungs- und Bauordnungsrecht, das Berufsrecht der sog. freien Berufe, das Vertrags-, Haftungs-, und Gewährleistungsrecht, sowie ferner das Arbeits-, Sozial-, und Gesundheitsrecht und schließlich das Umweltrecht angesprochen.

Von dieser Omnipotenz ist die nunmehrige Fassung freilich weit entfernt. Ausgenommen worden sind vor allem der umstrittene Bereich des Arbeitsrechts einschließlich des Entsenderechts, das Strafrecht, Normen über die soziale Sicherheit, die Gesundheits- und Sozialdienstleistungen, sowie die Bauplanung und Bauordnung¹⁰⁶³. Die Dienstleistungsrichtlinie ist damit wesentlich entschärft. Dennoch erscheint es lohnenswert, sich die Auswirkungen des Herkunftslandprinzips im nationalen Recht einmal unbefangen von politischen, teils willfährig anmutenden Grabenkämpfen um die Aufnahme der einen oder anderen weiteren Bereichsausnahme zu vergegenwärtigen. Dies erklärt sich weniger vor dem Hintergrund, dass der nunmehr gültige Ausnahmekatalog in Teilen das Ergebnis eines politischen Basars ist. Ziel der nachfolgenden „Rundschau“ ist es vielmehr, wichtige Bereichsausnahmen – so sie denn existieren – rechtlich zu be- und teleologisch zu ergründen. Hinzu tritt die Erkenntnis, dass das Herkunftslandprinzip mit dem nun gefundenen Kompromiss keineswegs ein für alle mal vom Tisch ist. Als „Steckenpferd“ der

¹⁰⁶¹ BVerfGE 7, 377 (401 f.); 33, 303 (329 f.); vgl. auch unten, fünfter Teil, C., I.; vgl. aber *F. Hufen*, Berufsfreiheit-Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 ff.

¹⁰⁶² Art. 16 DLR-E, KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10).

¹⁰⁶³ Vgl. Art. 1 und 2, sowie Begründungserwägungen 9 und 14 zu RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3); im Überblick auch BMWi, Monatsbericht 2/2007, S. 35.

EU-Kommission für den Binnenmarkt erscheint es vielmehr stets aktuell¹⁰⁶⁴.

Angesichts der enormen Breite des potentiell vom Herkunftslandprinzip erfassten Sachrechts, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen allerdings auf die Nennung einiger weniger Normen. Durch einen stellvertretenden Abriss betroffener nationaler Regulationsanliegen, soll der Versuch unternommen werden, der enormen Variationsbreite eines Herkunftslandprinzips im Dienstleistungssektor der EU ein Gesicht zu geben.

1 Grundsätzlich betroffene Regulationsanliegen der Mitgliedstaaten

a) *Das Wirtschaftsverwaltungsrecht*

Ein flächendeckendes Herkunftslandprinzip überwindet zunächst den gesamten (bundesrechtlichen) Normbestand der präventiven Wirtschaftsaufsicht, d.h. all diejenigen Normen, welche durch ein *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* die Zuverlässigkeit, die Sachkunde, oder die für die Gewerbeausführung erforderliche Mittelausstattung sicherstellen wollen¹⁰⁶⁵. Überdies wären *Anzeigepflichten*, welche deutsche Behörden auf einen Sachverhalt repressiven Einschreitens aufmerksam machen können, betroffen¹⁰⁶⁶. Beispielhaft seien aus dem Bereich des Gewerberechts im weiteren Sinne die einschlägigen Personal- bzw. Sachkonzessionen (z.B. §§ 30 – 34c GewO, § 2 GastG) einerseits, sowie § 38 GewO andererseits genannt, der bestimmte Dienstleistungen in Deutschland für besonders überwachungsbedürftig hält. Gesonderte Erwähnung verdient zudem der sog. große Befähigungsnachweis (§§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 HandwO – „Meisterbrief“) als regelmäßige Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks in Deutschland. Er ist Bedingung für die Eintragung in

¹⁰⁶⁴ O. Deinert, EWS 2006, S. 445 (446 ff.) und erster Teil, A., II.

¹⁰⁶⁵ Allgemein hierzu H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 51 ff.

¹⁰⁶⁶ Zu Zielen, Wirkungsfeldern und Werkzeugen der Wirtschaftsverwaltung, s. P. Badura/P. M. Huber, in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3, Rn. 76 ff.; zu den Techniken gewerberechtl. Kontrolle, *dies.*, Kap. 3, Rn. 142 ff.

die Handwerksrolle, welche ihrerseits die Zwangsmitgliedschaft in der Handwerkskammer begründet¹⁰⁶⁷.

Der deutsche Gesetzgeber hat einem Verstoß gegen Art. 49 EG frühzeitig dadurch vorzubeugen versucht, dass er die Betätigung von Handwerkern aus anderen EG-Mitgliedstaaten nach Maßgabe des § 9 HandwO i.V.m. der EWG/EWR HandwVO¹⁰⁶⁸ vom Erfordernis einer Meisterprüfung befreite. Da die Erteilung einer Ausnahmegewilligung i.S.d. § 9 HandwO jedoch nicht von der für die formelle Legalität der Tätigkeit konstitutiven Eintragung in die Handwerksrolle suspendierte, verblieb ein Liberalisierungsdefizit, welches der EuGH durch seine Rechtsprechung in den Rechtssachen *Corsten* und *Schnitzer* beseitigt hat¹⁰⁶⁹.

Die schlichte Etablierung eines Eintragungserfordernisses bleibt von dieser Rechtsprechung indes unberührt¹⁰⁷⁰. Insofern könnte ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip neben dem materiellen Erfordernis einen Meisterbrief vorweisen zu können, auch das konstitutive Formerfordernis der Eintragung in ein öffentliches Register schlechthin überwinden.

Das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht kennt darüber hinaus zahlreiche weitere Erlaubnisvorbehalte in den verschiedensten Spezialgesetzen. Im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand ist jede dieser Normen relevant, sofern sie die Erbringung einer Dienstleistung reguliert. In diesem Sinne ließen sich Sachverhalte denken, in denen etwa § 2 Abs. 2 WaffnG, § 1 Abs. 1 AÜG, § 2 Abs. 1 und 2

¹⁰⁶⁷ Ausführlich *D. Ehlers*, in Achterberg/Püttner/Würtenberger, (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. I, § 2, Rn. 92 ff. (Berechtigung) und 176 (Zwangsmitgliedschaft), sowie dritter Teil, B., III., 1., b), mm) („Corsten“ und „Schnitzer“).

¹⁰⁶⁸ EWG/EWR-Handwerksverordnung vom 04.08.1966, BGBl. I, 469, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.03.1998, BGBl. I, 596 zur Umsetzung der Richtlinie 64/427/EWG über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23-40 (Industrie und Handwerk), ABl. EG 1964, Nr. 117/1863.

¹⁰⁶⁹ Dritter Teil, B., III., 1., b), mm); *W. Meyer*, Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 3. Oktober 2000 auf das deutsche Handwerksrecht, *GewArch* 2001, S. 265 ff.; *W. Diefenbach*, Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, *GewArch* 2006, S. 217 ff.

¹⁰⁷⁰ Dritter Teil, B., III., 1., b), mm).

Personenbeförderungsgesetz oder auch § 5 VAG – um nur einige zu nennen – hierzulande regulierend eingreifen, während der betroffene Dienstleister aus dem europäischen Ausland „zu Hause“ keinen oder anderen Restriktionen unterworfen ist. Teilweise hat der deutsche Gesetzgeber (sektorale Richtlinien der EG Folge leistend) hier bereits Ausnahmetatbestände für Dienstleister aus dem EG-Ausland geschaffen (vgl. z.B. §§ 112 ff. VAG). Wie noch zu zeigen sein wird, geht ein undifferenziertes Herkunftslandprinzip über die sektorale Marktöffnung indes weit hinaus.

b) Das Bauplanungs- und Bauordnungsrecht

Nationalstaatliche Vorschriften, welche die Errichtung, Unterhaltung und Nutzung baulicher Anlagen reglementieren, fallen in Deutschland unter das Bauplanungs- bzw. Bauordnungsrecht (Baupolizeirecht), das wiederum der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder zufällt¹⁰⁷¹. In der Terminologie des Herkunftslandprinzips handelt es sich bei diesen Regelungsanliegen um solche, die den *Inhalt* der Dienstleistung regeln¹⁰⁷². Angesprochen werden das BauGB und die einzelnen Landesbauordnungen, im Besonderen Regelungen von städtebaulicher Relevanz (§§ 29 ff. BauGB) und der Gefahrenabwehr (z.B. für NRW §§ 3, 14 ff., 20 ff., 29 ff., 36 ff. und 42 ff. BauO NRW), bzw. solche betreffend die Baugestaltung (z.B. für NRW §§ 12 und 13 BauO NRW). Daneben treten alle bauordnungsrechtlichen Normierungen im Rang unterhalb des Gesetzes, sofern sie auf Basis einer Ermächtigung in den Landesbauordnungen (z.B. für NRW §§ 85, 86 BauO NRW) ergangen sind. Es handelt sich dabei zum einen um Exekutivverordnungen, die im Wesentlichen dazu dienen, das materielle Recht zügig an den aktuellen Stand der Bau- oder Feuerschutztechnik anzupassen, und zum anderen um Gemein-

¹⁰⁷¹ *W.-R. Schenke*, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), *Besonders Verwaltungsrecht*, Bd. I, § 9, Rn. 11, 19; zur sog. Länderblindheit des Europarechts *H. Klaus*, *Die deutschen Bundesländer in der Europäischen Union*, S. 9 f.

¹⁰⁷² Vgl. Art. 16 DLR-E, aaO (Fn. 10).

desatzungen, die im Interesse der „positiven Gestaltungspflege“ des örtlichen Stadtbildes erlassen werden¹⁰⁷³.

Solch örtlichem Recht, aber auch den technischen Anforderungen einer Ministerverordnung und letztlich dem Bundes- und Landesrecht selbst, könnte z.B. von Seiten eines Bauherren bzw. seines Bauunternehmers als Berechtigtem entgegengehalten werden, dass es auf den vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung finde, da das betreffende (z.B. ästhetische) Anliegen im Herkunftsland des Dienstleistenden gar nicht oder anders berücksichtigt werde. Vor diesem Hintergrund ist die neunte Begründungserwägung zur Dienstleistungsrichtlinie zu verstehen, wenn sie Vorschriften bezüglich der Stadtentwicklung oder Bodennutzung, der Stadtplanung und der Raumordnung, sowie allgemein Baunormen von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt¹⁰⁷⁴.

c) *Das Berufsrecht der sog. „freien Berufe“*

Das Berufsrecht der sog. freien Berufe¹⁰⁷⁵ (z.B. Ärzte, Rechtsanwälte usw.) sieht sich dem Herkunftslandprinzip insbesondere im Hinblick auf diejenigen Regelungen ausgesetzt, welche die *Qualität* der Dienstleistung bzw. Berufsqualifizierung sicherstellen wollen. Zu nennen wären vornehmlich § 3 Abs. 1 BundesärzteO (Approbation als Arzt), sowie §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BundesrechtsanwaltsO und Art. 1 § 1 Abs. 1 RberatungsG (berufsmäßige Parteienvertretung, Zulassung zum Beruf des Rechtsanwalts, behördliche Erlaubnis). Ähnliche Regelungen enthalten § 1 Abs. 2 ApothekenG für Apotheker, oder auch § 1 Abs. 1 HeilpraktikerG für den Beruf des Heilpraktikers¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 14, Rn. 26; W.-R. Schenke, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, § 9, Rn. 21 f.

¹⁰⁷⁴ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 9.

¹⁰⁷⁵ Zu den „freien Berufen“ im Regelungssystem des EGV s. J. Scherer, Europäisches Niederlassungsrecht für Freiberufler, WiVerw 1987, S. 159 ff.

¹⁰⁷⁶ Zum Berufsrecht der freien Berufe existieren bereits heute zahlreiche Annerkennungs- und Koordinierungsrichtlinien; so z.B.: RL 89/48/EWG vom 21.12.1988, ABl.EG 1989, Nr. L 19/16 (allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome), RL 77/249/EWG vom 22.03.1977, ABl.EG 1978, Nr. L 78/17 („Anwaltsdienstleistungsrichtlinie“), sowie RL 75/363/EWG vom 16.06.1975, ABl.EG 1975,

Zwar legte bereits das Herkunftslandprinzip in der Fassung der *Prodi-*, bzw. *Barroso*-Kommission Wert auf größtmögliche Kohärenz mit anderen Politikbereichen der Gemeinschaft¹⁰⁷⁷. Bestehende Gemeinschaftsrechtsakte, welche die Qualität *einer bestimmten* Dienstleistung regeln, gelangen somit kumulativ zur Anwendung und genießen im Konfliktfalle Vorrang¹⁰⁷⁸. Das gilt vor allem für die am 16.02.2005 erlassene Berufsanerkennungsrichtlinie¹⁰⁷⁹.

Für die Qualität der freien Berufe droht indes dort „Gefahr“, wo einzelne Dienstleistungen zwar bestehenden sektoralen oder allgemeinen Richtlinien zugeordnet werden können, ihre Erbringung indes nicht in allen Mitgliedstaaten ausschließlich einem, namentlich dem von der Richtlinie erfassten Beruf vorbehalten ist. Beispielweise gelten (trotz der neuen Berufsanerkennungsrichtlinie¹⁰⁸⁰) die Richtlinien 77/249/EWG¹⁰⁸¹ und 98/5/EG¹⁰⁸² für den Rechtsanwaltsberuf, wie er in den Richtlinien definiert ist. Das Herkunftslandprinzip würde es derweil ermöglichen, dass Dienstleister, die in einem anderen Mitgliedstaat nicht dem reglementierten Beruf der Rechtsanwälte angehören, denen aber nach den Bestimmungen ihres Heimatstaates *dort* möglicherweise Rechtsberatung oder Rechtsvertretung erlaubt ist, nunmehr in Deutschland Tätigkeiten ausüben, welche hierzulan-

Nr. L 167/14 (Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Tätigkeit des Arztes); einen guten Überblick geben *W. Kluth*, in *Calliess/Ruffert*, Art. 52 EGV, Rn. 33 ff., sowie *J. Scherer*, *WiVerw* 1987, S. 159 ff.

¹⁰⁷⁷ KOM (2004), 2/endg., S. 16; vgl. nunmehr Art. 3 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

¹⁰⁷⁸ Art. 3 Abs. 1 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

¹⁰⁷⁹ AaO (Fn. 1040); Art. 3 Abs. 1 lit. d) RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

¹⁰⁸⁰ Maßgebend für RL 2005/36/EG (Fn. 1040) ist der Begriff des „reglementierten Berufs“, der systemwidrig und entgegen der richtigen Auffassung des Europäischen Parlaments für Rechtsanwälte nicht bejaht wurde; auch Notare wurden ausgenommen, da ihre Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, Art. 39 Abs. 4, 45 EG; vgl. dazu Erwägungsgrund 36 der Richtlinie und *W. Kluth/F. Rieger*, *EuZW* 2005, S. 486 ff.

¹⁰⁸¹ AaO (Fn. 1039).

¹⁰⁸² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl.EG Nr. L1 77/36.

de die Berufsbefugnis als Rechtsanwalt voraussetzen¹⁰⁸³. Dies hat nunmehr auch der Gemeinschaftsgesetzgeber erkannt und nationale Bestimmungen über die Dienstleistungstätigkeit in Fällen, wo z.B. die „Rechtsberatung nur von Juristen durchgeführt werden darf“¹⁰⁸⁴, von der Richtlinie ausgenommen.

d) *Das Vertrags-, Haftungs- und Gewährleistungsrecht*

Um die Auswirkungen eines undifferenziert flächendeckenden Herkunftslandprinzips im Bereich des Vertrags-, Haftungs-, und Gewährleistungsrechts zu verdeutlichen, genügt ein einfaches Beispiel: angenommen, ein britischer Architekt möchte in Helsinki (Finnland) eine Oper bauen. Er engagiert hierzu einen deutschen Ingenieur und einen polnischen Bauleiter. Welches Recht hat der finnische Richter anzuwenden, wenn beim Bau irgendein Problem auftaucht, das in Helsinki vor Gericht gestellt werden muss, das anzuwendende Recht jedoch nicht vereinbart wurde?

Die Antwort ist gleichermaßen einfach wie kompliziert. Einfach ist zunächst der folgende Befund: der finnische Richter hat neben dem finnischen auch das britische, das deutsche und das polnische Recht zu beachten. Das ist Folge des Herkunftslandprinzips. Kompliziert gestaltet sich dagegen die Umsetzung dieser Forderung: wurde das Opernhaus nicht vertragsgemäß (z.B. nicht rechtzeitig) fertig gestellt, gilt zunächst das vertraglich Vereinbarte. Die Grenzen der Privatautonomie werden durch das Vertragsrecht desjenigen Landes gesteckt, aus dem der Vertragspartner der Stadt Helsinki stammt. Hier kommt es wiederum auf die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen an. Zu fragen ist, ob Architekt, Ingenieur und Bauleiter als

¹⁰⁸³ Ebenso *M. Kleine-Cosack*, Rechtsberatungsgesetz, 2004, S. 35, der aber auch innerhalb Deutschlands eine „Erosion des Monopols“ beobachtet; dazu passt der aktuelle Plan der Bundesregierung, das RBerG zu lockern, vgl. S.Z., vom 24.08.2006, S. 21; zum Thema des Weiteren und mit europäischen Bezügen *A. Metzler*, Anhörung im Europäischen Parlament am 11.11.2004 zum Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Niederschrift im Internet, www.freie-berufe.de/Stellungnahmen; *H. Brangsch*, NJW 1981, S. 1177 (1177 f.) aus Anlass der Anwaltsdienstleistungsrichtlinie (oben Fn. 1039).

¹⁰⁸⁴ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 88.

selbstständige Unternehmer, oder als Subunternehmer eines Generaldienstleisters auftreten. Bei gesetzlichen Haftungs- und Gewährleistungsfragen bedarf es zwar keines Blickes in die individuelle Vertragsgestaltung; auch hier gilt es aber zu ermitteln, wer im konkreten Fall *Schuldner* der betreffenden Pflicht ist. Daraus lässt sich ableiten, welches Recht einschlägig ist. Soweit der *Gläubiger* seinen Gerichtsstand in Deutschland hat, werden hierzulande u.a. das Recht der (vertraglichen) Schuldverhältnisse (§§ 241 ff., 311 ff. BGB), das allgemeine Verjährungsrecht (§§ 194 ff. BGB) das Gewährleistungsrecht mitsamt den hier geltenden Verjährungsregelungen (§§ 434 ff. BGB) und das Recht der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) von abweichenden Regelungen (z.B. aus Finnland, England, Polen usw.) überlagert. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das (deutsche) Gewährleistungsrecht bereits heute maßgeblich auf europäische Vorgaben zurückgeht¹⁰⁸⁵. In diesem Bereich sind folglich keine wesentlichen Rechtsunsicherheiten zu erwarten; zumindest nicht solche, die sich auf das Herkunftslandprinzip zurückführen lassen¹⁰⁸⁶. Darüber hinaus lässt das Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsrichtlinie das internationale Privatrecht, insbesondere dasjenige, welche sich auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse bezieht („Rom I“ und „Rom II“) unberührt¹⁰⁸⁷.

e) Das Arbeits-, Sozial- und Gesundheitsrecht

Dem Arbeits-, Sozial- und Gesundheitsrecht kam in der über zweijährigen Diskussionsphase eine Sonderrolle zu. Grund hierfür war die bereits erwähnte (und bei richtigen Verständnis des Herkunfts-

¹⁰⁸⁵ Zu nennen ist aus jüngster Vergangenheit insbesondere die sog. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vom 25.05.1999, ABl. EG 1999, Nr. L 171/12; ihre Umsetzung in Deutschland erfolgte durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001, BGBl. 2001 I, 3138 ff.; weitere europäische „Anlässe“ für eine Modernisierung des deutschen Schuldrechts bei *J. Schmidt-Räntsch*, Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, S. 1639 ff.; vgl. auch *M. Ludwigs*, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa, EuR 41 (2006), S. 370 ff.

¹⁰⁸⁶ Anders aber *U. Reim*, NJW 2005, S. 1553 (1555) zu KOM (2004) 2/ endg., aaO (Fn. 10).

¹⁰⁸⁷ Art. 3 Abs. 2 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

landprinzips jedenfalls primärrechtlich unbegründete¹⁰⁸⁸) Angst vor einem sozialpolitischen „race to the bottom“, welche sich hier besonders anschaulich bedienen ließ. Dieser Bereich wurde mithin ausgenommen¹⁰⁸⁹. Fraglich ist derweil, ob es dessen mit Blick auf konkurrierendes Europarecht bedurfte und – bejahendenfalls – wo ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip zum viel zitierten „Sozialdumping“ angesetzt hätte.

Das Herkunftslandprinzip öffnet prinzipiell und in Abhängigkeit von seiner konkreten Ausgestaltung, deutsche *Schutznormen*, d.h. all diejenigen Vorschriften, welche in der Gestalt zwingenden Privatrechts (vgl. z.B. das allgemeine KündigungsschutzG) oder als öffentliches Recht (z.B. ArbeitszeitG) das deutsche Sozialmodell mitgestalten. Das sich auftuende Einfallstor für ausländisches Recht ermöglicht den Import ausländischer Sozialmodelle über den Marktzutritt solcher Unternehmen, deren Herkunftsländer über ein liberaleres Arbeits- und Sozialrecht verfügen. Gerne genannt wird die sog. Niedriglohnkonkurrenz aus den „neuen“ Mitgliedstaaten¹⁰⁹⁰. Darüber hinaus müsste indes gleichermaßen an Beispiele aus dem Europa der „alten“ 15 gedacht werden¹⁰⁹¹. Überdies läge es für *deutsche* Dienstleistungsunternehmen nur allzu nahe, eine ausländische Holding (etwa in Riga) nur zu dem einen Zweck zu gründen, sich der deutschen Entlohnungs-, Arbeitsrechts-, und Sozialbedingungen zu entledi-

¹⁰⁸⁸ Vgl. oben, dritter Teil, E., III.

¹⁰⁸⁹ Art. 1 Abs. 6 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3); Begründungserwägung 14, ebd.

¹⁰⁹⁰ Z.B. *R. von Steinau-Steinbrück*, Begünstigt die Dienstleistungsfreiheit Dumpingpreise?, in F.A.Z. vom 16.03.2005, S. 25; die Angst hiervoor scheint indes eingedämmt, nachdem im Zuge der EU-Osterweiterung großzügige Übergangsregelungen vereinbart wurden, vgl. erster Teil, A., I.

¹⁰⁹¹ Vgl. *W. Däubler*, Der Richtlinienvorschlag zur Entsendung von Arbeitnehmern, EuZW 1993, S. 370 (371 ff.); dabei ist das deutsche Arbeitsrecht im europäischen Vergleich entgegen der landläufigen Meinung selbst recht liberal; so kennt es (noch), anders als etwa das lettische oder das britische Recht, grundsätzlich keine Mindestlöhne; dazu *F. Rieger*, EuZW 2005, S. 430 (431); vgl. i.d.Zshg. aber die aktuelle Forderung von Gewerkschaften und SPD, einen allgemeinen Mindestlohn einzuführen; mit Datum vom 18.06.2007 hat sich die große Koalition stattdessen allerdings auf die Ausweitung des Entsendegesetzes auf ein dutzend weitere Branchen geeinigt.

gen¹⁰⁹². Allgemein gesprochen, wäre das Herkunftslandprinzip demnach immer dann von Interesse, wenn es sich für das betreffende Unternehmen lohnt, die Arbeitskosten des Sitzstaates mit der Infrastruktur des Gaststaates zu kombinieren¹⁰⁹³.

Dabei dürfen jedoch konkurrierende europäische wie auch nationale Regelungsansätze der Gegenwart und der Zukunft¹⁰⁹⁴ nicht außer Acht gelassen werden. Das Herkunftslandprinzip kann vor diesem Hintergrund nicht *per se* als Synonym für „Sozialdumping“ missbraucht werden¹⁰⁹⁵. Die Europäische Kommission jedenfalls hat sich auf europäischer Ebene zum Koheränzgebote bekannt und die Dienstleistungsrichtlinie gar konkurrierenden Gemeinschaftsrechtsakten, die „spezifische Aspekte der Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit (...) regeln“, den Vorrang einräumt¹⁰⁹⁶. Damit gelten auch in Zeiten fortschreitender Deregulierung bestehende Regelwerke fort, die entgegen dem Zeitgeist gerade den Arbeitnehmerschutz stärken¹⁰⁹⁷. Zuzugeben ist allerdings, dass jedenfalls das in Vorwegnahme der Richtlinie 96/71/EG („Entsenderichtlinie“¹⁰⁹⁸) ergangene AEntsendeG¹⁰⁹⁹, welches die Verbindlichkeit

¹⁰⁹² Vgl. S. Skarpelis-Sperk, Auswirkungen für die Mitgliedstaaten, in „EU Dienstleistungsrichtlinie: Bestimmt der Markt die Zukunft unserer Gesellschaft?“, Perspektivenkongress, Berlin am 10.12.2004, vollständiges Referat unter www.perspektivenkongress.de; U. Reim, NJW 2005, S. 1553 (1555).

¹⁰⁹³ Zur Zusammensetzung der Arbeitskosten (Lohn und Lohnnebenkosten) im europäischen Vergleich s. K. Rittenbruch, Makroökonomie, S. 125 ff.; unter Betonung des arbeitsintensiven Dienstleistungssektors auch M. C. Burda/C. Wyplosz, Makroökonomie, Eine europäische Perspektive, S. 348 ff.

¹⁰⁹⁴ Das Herkunftslandprinzip steht einer weiteren Harmonisierung der europäischen Arbeitsrechtsordnungen nicht entgegen; siehe T. Lambrich, EWS 2005, S. 251 (257).

¹⁰⁹⁵ So aber z.B. S. Skarpelis-Sperk, aaO (Fn. 1092), S. 9 und 10.

¹⁰⁹⁶ KOM (2004), 2/eng., S. 16 und Art. 3 Abs. 1 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

¹⁰⁹⁷ Vgl. W. Däubler, Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, EuZW 1997, S. 613 (613).

¹⁰⁹⁸ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG 1997, Nr. L 18/1.

¹⁰⁹⁹ Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) vom 26.02.1996, BGBl. 1996, I, 227.

deutscher Tariflöhne im Baugewerbe auf ausländische Bauunternehmungen erstreckt, laut seinem § 1 nur für Bauleistungen i.S.d. § 75 Abs. 1 Nr. 2 des AförderungsG¹¹⁰⁰ gilt¹¹⁰¹.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Höchstarbeits-, und Mindestruhezeiten (§§ 3 ff. ArbeitszeitG), Bedingungen für die Arbeitnehmerüberlassung (§§ 1 ff. AÜG), Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz (z.B. §§ 3 ff. ArbSchG), sowie Schutzmaßnahmen zugunsten Schwangerer (z.B. § 2 MuSchG) und Jugendlicher (z.B. §§ 8 ff. JArbSchG) zum Bestand des *öffentlichen* deutschen (Schutz-) Rechts zählen. Nach bislang herrschendem Rechtsverständnis folgen öffentliche Schutznormen dem sog. „Territorialitätsprinzip“, wonach entgegen Art. 30 Abs. 2 EGBGB auf ausländische Arbeitsverhältnisse *inländisches* und gerade nicht ausländisches Recht anzuwenden ist¹¹⁰². Das ändert sich, wenn man nunmehr in Kategorien des Herkunftslandprinzips denkt: die Behandlung ausländischer Arbeitsverhältnisse – und mit ihnen das in Deutschland geltende (öffentlich-rechtliche) Schutzniveau – würde nicht mehr dem Territorialitätsprinzip, sondern der Beliebigkeit des Normgebers eines der gegenwärtig 27 Mitgliedstaaten folgen. Grundsätzlich ist daran nichts auszusetzen, muss man sich in einer zusammenwachsenden Staatengemeinschaft doch daran gewöhnen, den der eigenen Rechtsordnung entgegengebrachten Vertrauensvorsprung zu minimieren. Der gegenwärtige Stand der Integration birgt indes erhebliches Konfliktpotential. So kann bisher von einem einheitlichen „sozialen Sockel“ der Gemeinschaft nicht ausgegangen werden¹¹⁰³. Die

¹¹⁰⁰ Arbeitsförderungsgesetz vom 25.06.1969, BGBl. 1969, I, 582.

¹¹⁰¹ Ob damit die Entsenderichtlinie hinreichend umgesetzt wurde sei hier dahingestellt; ablehnend z.B. *W. Däubler*, EuZW 1997, S. 613 (616); weiterführend *T. Lambrich*, EWS 2005, S. 251 (257); gegenwärtig wird aufgrund von einschlägigen Medienberichten (vgl. z.B. „Die Crux der Dienstleistungsfreiheit“, in F.R. vom 07.01.2005) darüber nachgedacht, dass Entsendegesetz auch auf andere Branchen auszudehnen (vgl. *G. Deter*, Berliner Bericht, in AuR 2005, S. 310), bzw. einen allgemeinen Mindestlohn einzuführen (oben, Fn. 1091); die „Entsenderichtlinie“ jedenfalls, steht dem nicht entgegen.

¹¹⁰² *D. Martiny*, in MünchKomm zum BGB, Bd. 10, Art. 30 EGBGB, Rn. 65 und 72 f.; auch *A. Heldrich*, in Palandt, BGB, Art. 30 EGBGB, Rn. 6.

¹¹⁰³ *W. Däubler*, EuZW 1993, S. 370 (372); *T. Lambrich*, EWS 2005, S. 251 (252).

Herausnahme dieser Bereiche durch Art. 1 Abs. 6 DLR ist von daher nachvollziehbar.

Aus sozialpolitischer, vielleicht aus gesamtwirtschaftlicher Sicht, weniger dagegen aus Anlass des Herkunftslandprinzips, stellt sich zuletzt die Frage, in welchem Staat Beiträge an die Sozialversicherung abzuführen wären. Nach den gegenwärtigen EU-Vorgaben über die sozialen Sicherungssysteme ist eine Entsendung von Arbeitnehmern grundsätzlich für maximal ein Jahr möglich¹¹⁰⁴. Währenddessen kann etwa ein polnisches Unternehmen seinen Arbeitern in Deutschland polnische Löhne zahlen und Beiträge an die polnische Sozialversicherung abführen. Soweit nicht Spezialregelungen einen tariflichen Mindestlohn festschreiben¹¹⁰⁵, ist diese Regelung unabhängig von der Implementierung des Herkunftslandprinzips, ja weist sie geradezu in dieselbe Richtung.

f) Das Umweltrecht

Im Vordergrund des Umweltrechts¹¹⁰⁶ stehen schlussendlich die Instrumente der *ordnungsrechtlichen Kontrolle*¹¹⁰⁷. Das Herkunftslandprinzip ist vom Grundsatz her fähig, die Ausgestaltung des verfassungsrechtlich verankerten Umweltschutzziel (Art. 20a GG) in Deutschland zu konterkarieren. Dies deshalb, weil sich trotz einer Vielzahl europäischer Vorgaben auf diesem Gebiet die innereuropäischen Umweltstandards nicht gleichen¹¹⁰⁸. Was die deutsche Umweltaufsicht anbetrifft, droht ein Absinken des Umweltschutzniveaus

¹¹⁰⁴ Verordnung 1408/71/EG, über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern vom 21.03.1972, ABLEG Nr. L 74/1; siehe hierzu ausführlich *H.-D. Steinmeyer*, in Hanau/ders./Wank, Hdb. des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 21 und Art. 3 Abs. 1 lit. b) RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

¹¹⁰⁵ Z.B. das AEntsendeG, aaO (Fn. 1099).

¹¹⁰⁶ Rechtsquellen des Umweltrechts finden sich im Privatrecht, im Strafrecht, im Öffentlichen Recht sowie auf internationaler Ebene gleichermaßen; im Überblick: *W. Erbguth/S. Schlacke*, Umweltrecht, § 2, Rn. 15 ff. sowie §§ 7 und 8.

¹¹⁰⁷ Dazu mit weiteren allgemeinen Nachweisen schon oben, a).

¹¹⁰⁸ Das bestehende Sekundärrecht im Bereich des Umweltschutzes fassen *W. Erbguth/S. Schlacke*, Umweltrecht, § 7, Rn. 23 ff. zusammen.

jedenfalls insoweit, als die betreffende Dienstleistung unter einem umweltspezifischen, *personenbezogenen* Erlaubnisvorbehalt steht (z.B. §§ 49, 50 KrW-/AbfG¹¹⁰⁹)¹¹¹⁰.

Im Bereich des *vorhabenbezogenen* Umweltrechts lassen sich demgegenüber zwar grenzüberschreitende Dienstleistungen denken, denen möglicherweise Umweltschutzvorschriften entgegenstehen. Sobald das besondere Umweltrecht jedoch anlagebedingte Umweltgefährdungen behandelt (z.B. AtomG, BImSchG) wäre die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG *lex specialis* zu Art. 49 EG¹¹¹¹. Für den Fall der Dienstleistungserbringung über eine Niederlassung im Bestimmungsstaat sind daher in der Dienstleistungsrichtlinie unter der Überschrift „Verwaltungsvereinfachung“ (Kapitel II) zahlreiche Anforderungen, insbesondere an die einschlägigen Genehmigungsverfahren zu beachten, die man allerdings ebenfalls unter den Stichwort „Herkunftslandprinzip“ zusammenfassen kann¹¹¹².

Ähnliches gilt für die im Gefahrstoffrecht¹¹¹³ kodifizierten Verbote und Beschränkungen. Da es sich insoweit um *produktbezogene* Kodifikationen handelt¹¹¹⁴, geht regelmäßig die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) der Dienstleistungsfreiheit vor. Stellvertretend genannt seien an dieser Stelle das Bauproduktegesetz¹¹¹⁵, das Medizinproduktegesetz¹¹¹⁶ und das Produktsicherheitsgesetz¹¹¹⁷. Auf Grundlage des Chemikaliengesetzes (ChemG)¹¹¹⁸ sind ferner ergangen die Gefahrstoffverordnung,

¹¹⁰⁹ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (KrW-/AbfG) vom 27.09.1994, BGBl. I, 2705.

¹¹¹⁰ Allgemein *W. Hoppe/M. Beckmann/P. Kauch*, Umweltrecht, § 8, Rn. 29 ff.

¹¹¹¹ Die Niederlassungsfreiheit ist die sachlich nähere Grundfreiheit und geht der Dienstleistungsfreiheit deshalb vor; vgl. Art. 50 Abs. 1 EG („soweit“) sowie ausführlich im zweiten Teil, B., I., 2., d).

¹¹¹² Dazu *A. Windoffer*, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (125 ff.).

¹¹¹³ Allgemein *W. Hoppe/M. Beckmann/P. Kauch*, Umweltrecht, § 8, Rn. 29 ff.

¹¹¹⁴ *M. Kloepfer*, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, § 6, Rn. 126.

¹¹¹⁵ I. d. F. d. Bek. v. 28.04. 1998, BGBl. I, 812.

¹¹¹⁶ Vom 02.08.1994, BGBl. I, 1963.

¹¹¹⁷ Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung (ProdSG) vom 22.04.1997, BGBl. I, 934.

¹¹¹⁸ Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz), i.d.F.d. Bek. v. 25.07.1994, BGBl. I, 1703, zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.05.1998, BGBl. I, 950.

sowie die Chemikalien-Verbotsverordnung¹¹¹⁹. Anderes könnte sich nur insoweit ergeben, als beispielsweise ein „Stoff“ im Sinne des ChemG bei Ausführung der Dienstleistung „eingeführt“, „in Verkehr gebracht“ oder „verwendet“ wird (§§ 3 Nr. 1 und 8 – 10 ChemG).

Darüber hinaus ist das Umweltrecht im wahrsten Sinne des Wortes „von Natur aus“ mannigfaltig. Konfliktpotenzial bergen im öffentlichen Recht u.a. das Naturschutzrecht (§§ 4, 18 ff. BNatSchG), das Tierschutzrecht (§§ 1 ff. TierSchG) und das Gewässerschutzrecht (vgl. § 1a Abs. 2 WHG), wohingegen TA-Luft¹¹²⁰ und TA-Lärm¹¹²¹ der (unzureichenden¹¹²²) Umsetzung europäischer Umweltstandards dienen. Das deutsche *Umweltprivatrecht* schützt den Einzelnen darüber hinaus vor unzulässigen Fremdbelastungen (vgl. etwa § 906 BGB sowie § 823 Abs. 1 und 2 BGB¹¹²³). Überdies existieren private Umweltstandards¹¹²⁴. Schlussendlich fasst der 28. Abschnitt des deutschen StGB (§§ 324 ff.) unter dem Titel „*Straftaten gegen die Umwelt*“ diejenigen umweltschädlichen Verhaltensweisen zusammen, die hierzulande (nicht notwendigerweise europaweit) strafbewährt sind. Letztere dürften aber inzwischen unter die nachträglich eingeführte Bereichsausnahme des Strafrechts subsumierbar sein¹¹²⁵.

¹¹¹⁹ Mit weiteren Bsp. *W. Hoppe/M. Beckmann/P. Kauch*, Umweltrecht, § 33, Rn. 1, 3 ff.

¹¹²⁰ Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft, vom 27.02.1986, GMBL., 95, 202.

¹¹²¹ Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm, vom 26.08.1998, GMBL., 418.

¹¹²² Der EuGH erkennt sog. normenkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften für das BImSchG keine Bindungskraft außerhalb des verwaltungsinternen Bereichs und damit keine Rechtsnormqualität zu mit der Folge, dass er die Umsetzung EG-rechtlicher Vorgaben für mangelhaft hält, vgl. NVwZ 1991, 866 ff. und NVwZ 1991, 868 f.

¹¹²³ Als umweltrelevante Gesundheitsbeeinträchtigung sind z.B. Schlafstörungen infolge übermäßiger Lärmbelastigungen oder Krankheiten als Folge von Luftverunreinigungen anerkannt; zum Ganzen *W. Hoppe/M. Beckmann/P. Kauch*, Umweltrecht, § 12, Rn. 7 ff.

¹¹²⁴ Neben den staatlichen Umweltstandards werden von Verwaltung und Rechtsprechung auch technische Regeln privatrechtlicher Normenverbände herangezogen. Normenverbände sind u.a. das Deutsche Institut für Normung (DIN) oder der Verein Deutscher Ingenieure (VDI).

¹¹²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 5 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

g) *Die Daseinsvorsorge*

Die bisher genannten Materien stehen stellvertretend für das Gros der von der Implementierung des Herkunftslandprinzips betroffenen Regulationsanliegen souveräner Staaten. Jedenfalls auf ebene des Rates herrschte in der zurückliegenden Diskussion um die Dienstleistungsrichtlinie derweil ein anderes, weil sensibleres Regulationsanliegen vor. Vor allem Deutschland und Frankreich haben mit Erfolg darauf gedrängt, staatliche Dienstleistungsanbieter, bzw. solche der Daseinsvorsorge (Bildung, Kultur, Soziales etc.) von der Richtlinie auszunehmen¹¹²⁶. Das Spannungsverhältnis solcher Dienstleistungen von „*allgemeinem Interesse*“ zu den Grundfreiheiten und dem europäischen Wettbewerbsrecht wird seit einigen Jahren kontrovers diskutiert¹¹²⁷. Die Kommission hat im Jahre 2004 das weitere Vorgehen skizziert und betont, diesbezüglich zunächst einen *sektoralen* Ansatz verfolgen zu wollen¹¹²⁸. In den ursprünglichen Erwägungsgründen zum Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie hat sie zudem unterstrichen, dass Dienstleistungen von allgemeinem Interesse „als solche nicht Gegenstand des vorliegenden Richtlinienvorschlags“ sein sollen¹¹²⁹. Art. 2 Abs. 2 lit. a) DLR ist dem gefolgt. Erfasst werden damit – im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH¹¹³⁰ – vielmehr nur Dienstleistungen von allgemeinem *wirtschaftlichen* Interesse. Und unter diesen wiederum sind die gegenüber dem freien Wettbewerb sensiblen Bereiche der Postdienste, sowie die Dienste der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung ausgenommen (Art. 17 DLR). Damit scheint den Besonderheiten staatlicher Dienstleistungsangebote Rechnung getragen. Der-

¹¹²⁶ Handelsblatt, vom 23.03.2005; F.A.Z. vom 24.03.2005, S. 1.; vgl. nunmehr Art. 2 Abs. 2 lit. a), f), j) RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), sowie Begründungserwägungen 8, 17, 27, ebd.

¹¹²⁷ Vgl. zuletzt R. Hrbek/M. Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002.

¹¹²⁸ Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 12.05.2004, KOM (2004), 374/endg., S. 20.

¹¹²⁹ KOM (2004), 2/endg., S. 17, aaO (Fn. 10).

¹¹³⁰ Ausführlich dazu zweiter Teil, B., I., 2., c) und RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 34..

weil ist das Wirtschaftlichkeitskriterium ein durchaus dehnbare. Nicht ausgeschlossen erscheint, dass auch solche Dienstleistungen von der liberalisierenden Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie und damit des Herkunftslandprinzips erfasst werden, die zwar ohne Gewinnerzielungsabsicht, aber dennoch gegen eine wirtschaftliche Leistung erbracht werden. Das gilt in besonderem Maße für Dienstleistungen im Bereich der Daseinsvorsorge¹¹³¹.

2 Maßgeblichkeit der vertikalen Kompetenzordnung der Europäischen Union

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die eingangs aufgeworfene Frage nach den primärrechtlichen Grenzen der flächendeckenden Liberalisierung des Dienstleistungssektors beantwortet werden. Auszugehen ist dabei von der „vertikalen Kompetenzordnung“ der Europäischen Union¹¹³², der Frage also nach der kompetenzgemäßen Trennlinie zwischen den Belangen legitimer Zentralität und notwendiger Dezentralität innerhalb der supranationalen Föderation¹¹³³

¹¹³¹ Vgl. u.a. die Stellungnahme des Deutschen Kulturrats zur DLR vom 16.12.2004; im Internet unter www.kulturrat.de.

¹¹³² Zum Begriff *A. von Bogdandy/J. Bast*, EuGRZ 28 (2001).

¹¹³³ Vgl. *I. Pernice*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, S. 866 ff.; die Kompetenzordnung der EU gilt seit je her als verworren; so sah der durch den Rat von Laeken am 15.12.2001 eingesetzte „Konvent zur Zukunft Europas“, der mit der Vorlage eines Verfassungsentwurfs für Europa seine Arbeit beendet hat, seine zentrale Aufgabe in der besseren, klareren und transparenteren Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten; dazu *V. Götz*, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, in *ders./Martinez Soria* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 2002, S. 83 ff.; krit. *M. Herdegen*, „Föderative Grundsätze“ in der Europäischen Union, in *Cremer u.a.* (Hrsg.) *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 1193 (1202 ff.).

D. Rechtsangleichung im föderativen Kompetenzwiderstreit – die Liberalisierungsermächtigung der Europäischen Union

I. Kompetenzverteilung, Kompetenzabgrenzung und Eindimensionalität der Zuständigkeitsordnung in der Union

Die Europäische Union ist ungeachtet aller nuancierenden Begrifflichkeiten der klassischen Staats- bzw. Völkerrechtslehre¹¹³⁴ jedenfalls eine „Föderation von Staaten“¹¹³⁵. Aus der marktfinalen und durch den *Maastrichter* Zustimmungsvorbehalt der Mitgliedstaaten restriktierten Ausrichtung ihrer vertraglichen Zuständigkeitsausweisung für die Rechtsangleichung ergibt sich deshalb ein fein austarierendes System von allgemeinen und speziellen, ausschließlichen und konkurrierenden, lückenfüllenden und inhärenten EG-Kompetenznormen¹¹³⁶, deren Reichweitendefinition sich stets im föderationsursächlichen¹¹³⁷ Spannungsfeld zwischen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Ansprüchen auf Regelungskompetenz bewegt¹¹³⁸.

¹¹³⁴ Neuerdings v.a. C. Schönberger, AöR 129 (2004), S. 81 ff.; s. auch P. Häberle, Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, DVBl. 2000, S. 840 (841 ff.); C. Busse, Die völkerrechtliche Einordnung der EU, 1999 und A. von Bogdandy, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union, in Brenner u.a. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 1033 ff.

¹¹³⁵ H. Schneider, Alternativen der Verfassungsfinalität: Föderation, Konföderation – oder was sonst?, integration 2000, S. 171 ff.; J. Fischer, RuP 37/38 (2001/02), S. 8 (12 ff.); A. von Bogdandy, Die EU als supranationale Föderation, integration 1999, S. 95 ff.; M. Nettesheim, Die konsoziative Föderation von EU und Mitgliedstaaten, in Hess (Hrsg.), Wandel der Rechtsordnung, 2003, S. 1 ff.

¹¹³⁶ Ausführlich I. Härtel, Hdb. Europäische Rechtsetzung, § 4, Rn. 7 ff.; C. Trübe, aaO (Fn. 1005); dies., Das System der EU-Kompetenzen vor und nach dem Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages, ZaöRV 64 (2004), S. 391 ff.

¹¹³⁷ M. Nettesheim, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 418 ff.

¹¹³⁸ I. Boeck, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, Diss. 2000; V. Götz/J. Martinez Soria, aaO (Fn. 1133); M. Nettesheim, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 421; I. Härtel, Hdb. Europäische Rechtsetzung, § 4, Rn. 3 ff.; A. von Bogdandy/J. Bast, EuGRZ 28 (2001), S. 441 (445 ff.); H.-P. Kraußner, Das Prin-

Es liegt in der Natur von supranationalen Zuständigkeiten, die eingeräumt werden, um abstrakte Funktionsbeschreibungen wie den Binnenmarkt oder die Grundfreiheiten zu realisieren, dass ihre Ausübung querschnittsartig Regelungsgegenstände berührt, die im übrigen in die sachlich bestimmte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen¹¹³⁹. Ein rechtes Verständnis von der unionalen Rechtsangleichungskompetenz verlangt deshalb die Berücksichtigung ihrer Rückwirkung auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen. Vor allem das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EG kann dabei im Sinne einer Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten, etwa nach dem Vorbild des Art. 30, 70 GG wirken¹¹⁴⁰.

Dieser Befund darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass der EG-Vertrag keine „echten“ Kompetenzbestimmungen zugunsten der niedrigeren, der mitgliedstaatlichen Ebene enthält¹¹⁴¹. Mutatis mutandis gilt dies auch für den EU-Vertrag im Bereich der zweiten und dritten Säule. Dagegen spricht bereits der historisch-teleologische Hintergrund der Gründungsverträge, deren Väter jedwedes Handeln der zu schaffenden inter- und supranationalen Organisation der evolutionären Errungenschaft *positiver* Legalität und daraus folgend dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (besser: vom Vorbehalt der vertraglichen Ermächtigung¹¹⁴²) unterwerfen, nicht jedoch dem nationalen (Verfassungs-) Recht entlagerte *negative* Kompetenzbestimmungen schaffen wollten. Kennzeichen der Union ist seit je her

zip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht, Diss. 1991, S. 21 ff.; T. Bruha, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZaöRV 46 (1986), S. 1 (26 ff.); N. Fennelly, aaO (Fn. 1029), I-8450, Rn. 64 ff.; C. Trüe, ZaöRV 64 (2004), S. 391 (397); I. Pernice, JZ 2000, S. 866 ff.; P. C. Müller-Graff, EuR 24 (1989), S. 107 (118).

¹¹³⁹ N. Fennelly, aaO (Fn. 1029), I-8450, Rn. 64; C. Trüe, ZaöRV 64 (2004), S. 391 (397).

¹¹⁴⁰ F. Mayer, Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), S. 1 (6); A. von Bogdandy/J. Bast, EuGRZ 28 (2001), S. 441 (447).

¹¹⁴¹ V. Götz, in ders./Martinez Soria (Hrsg.), 2002, S. 83 (86); I. Härtel, Hdb. Europäische Rechtsetzung, § 4, Rn. 3; M. Nettesheim, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 415 (432).

¹¹⁴² J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 238.

ihre Unterscheidung vom Bundesstaat¹¹⁴³. Anders als die typische Verfassung eines Bundesstaates ist die EU-Kompetenzordnung deshalb eindimensional ausgestaltet und schweigt infolgedessen über die Kompetenzen der Mitgliedstaaten. Überdies sind dem Gemeinschaftsrecht Bereichsausnahmen, die bestimmte Sachbereiche vor einer Beeinflussung durch kompetenzmäßig erlassene Rechtsakte zuverlässig abschotten, seit je her fremd¹¹⁴⁴. Stellt der Vertrag dennoch z.B. in den Art. 149 Abs. 1, 150 Abs. 1 und 152 Abs. 5 EG bestimmte Sachbereiche ausdrücklich in die Verantwortung der Mitgliedstaaten, so handelt es sich hierbei um negative Tatbestandsmerkmale innerhalb einer positiven unionalen Ermächtigungsnorm, nicht um negative Kompetenzbestimmungen zugunsten der Mitgliedstaaten¹¹⁴⁵. An dieser Grundbefindlichkeit der Unionsrechtsordnung würde sich im Übrigen auch dann nichts ändern, wenn man davon ausginge, dass europäisches und nationales Verfassungsrecht ein zu einer Einheit verbundenes System bildeten¹¹⁴⁶. Denn auch die sog. Einheitsthese vermag nicht aus sich heraus eine einheitliche zweidimensionale Zuständigkeitsordnung zu schaffen, ohne sich gleichzei-

¹¹⁴³ BVerfGE 89, 155 („Maastricht“); *P. Kirchhof*, in Hommelhoff/ders. (Hrsg.), aaO (Fn. 1002), S. 11 (12); *ders.*, Der Verfassungsstaat und seine Mitgliedschaft in der Europäischen Union, in Classen u.a. (Hrsg.), *Liber amicorum Thomas Oppermann*, 2001, S. 201 ff.; *G. Nicolaysen*, Der Unionsvertrag als Integrationsverfassung, ebd., S. 187 (188); eine Prüfung der völkerrechtlichen Staatsmerkmale findet sich bei *H. J. Blanke*, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem Europäischen Bundesstaat, DÖV 1993, S. 412 (414 f.); *T. Oppermann*, Europarecht, § 12, Rn. 15 ff.; auch die Veränderungen durch den Vertrag von Amsterdam rechtfertigen kein anderes Ergebnis, vgl. *M. Hilf/E. Pache*, Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, S. 705 (712); das schließt es hingegen nicht aus, in Anerkennung einer „neuen Variante“ der völker- und staatsrechtlichen Staatenverbindungen auf das Organisationsmodell des „supranationalen Föderalismus“ zu erkennen, vgl. *O. Rojahn*, in von Münch/Kunig, GG, Art. 23, Rn. 9; *L. Siedentop*, Demokratie in Europa, S. 7 und unten, V., 2., c), bb).

¹¹⁴⁴ EuGH, Slg. 1974, 773, Rn. 6 („Casagrande“); Slg. 1987, 3203 (Deutschland u.a. ./, Kommission); Slg. 1999, I-7403, Rn. 15 („Sirdar“); Slg. 2000, I-69, Rn. 15 („Kreil“).

¹¹⁴⁵ *A. von Bogdandy/J. Bast*, EuGRZ 28 (2001), S. 441 (446).

¹¹⁴⁶ So *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (153).

tig über die Eindimensionalität der Unionsrechtsordnung hinwegzusetzen¹¹⁴⁷.

II. Der EuGH als Kompetenzgericht

Berufen zur Auflösung des ursprünglich föderativen Kompetenzwiderstreits innerhalb der Union ist gemäß Art. 220 EG der EuGH¹¹⁴⁸. Ihm obliegt die letztinstanzliche Entscheidung darüber, ob eine Maßnahme der Union auf die Kompetenznormen des Primärrechts gestützt werden kann. Den Gerichten der Mitgliedstaaten bleibt nur das Mittel des Art. 234 EG, wenn sie zu der Auffassung gelangen, dass ein Rechtsakt unter kompetenziellen Mängeln leidet. Das gilt auch unter der „Maastricht“-Einschränkung des BVerfG, wonach sich Rechtsakte der EU im Rahmen dessen halten müssen, was von den Mitgliedstaaten an Kompetenzen übertragen worden ist¹¹⁴⁹. Prüfungsmaßstab ist insofern das Integrationsprogramm des nationalen Zustimmungsgesetzes als umfassend demokratisch legitimierter „Konstitutionsakt“¹¹⁵⁰, nicht das Primärrecht¹¹⁵¹. Dessen Wahrung obliegt gemäß Art. 220 Abs. 1 EG allein dem EuGH und daraus resultiert in einem völkerrechtlich durchaus zwiespältigen Gebilde¹¹⁵² nicht nur formelle Prüfungs-, sondern materielle Gestaltungsverant-

¹¹⁴⁷ V. Götz, in ders./Martinez Soria (Hrsg.), 2002, S. 83 (87).

¹¹⁴⁸ M. Simm, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt, Diss. 1998, S. 26 ff.

¹¹⁴⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155, Leitsatz 6 („Maastricht“); dazu V. Götz, JZ 1990, S. 1081 (1083 f.).

¹¹⁵⁰ Zur „doppelten“ demokratischen Legitimation der Europäischen Union aus jüngerer Zeit S. Magiera, Die Arbeit des Europäischen Verfassungskonvents und des Parlamentarismus, DÖV 2003, S. 578 (582); F. Brosius-Gersdorf, Die doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union, EuR 34 (1999), S. 133 ff.; krit. L. Siedentop, Demokratie in Europa, S. 7 ff.

¹¹⁵¹ M. Nettesheim, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 426; dabei ist diese „Übertragung“ von Hoheitsrechten, wie es Art. 23 Abs. 1 S. 2 formuliert, freilich nicht „dinglich“ zu verstehen, vgl. I. Pernice, in Dreier, GG, Art. 23, Rn. 82 ff.

¹¹⁵² Vgl. dazu das oben in Fn. 1134 und 1135 wiedergegebene Meinungsbild.

wortung, lassen sich doch „mit keiner anderen rechtlichen Kategorie Gestalt und Wirken der EU besser erfassen als mit jener der EU-Kompetenz“ und drücken sich doch in den Kompetenzen der EU „ihr Sein und ihr Auftrag, ihr Antrieb und ihre Finalität aus“¹¹⁵³. Aus diesem Grunde muss, so hat es der EuGH mehrfach betont¹¹⁵⁴,

„im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft die Wahl der Rechtsgrundlage sich auf objektive gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen“, wobei „zu diesen Umständen insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsaktes“ zählen.

III. Maßgebliche Strukturelemente zur Einordnung des Herkunftslandprinzips in das vertikale EG-Kompetenzraster

Die Loslösung des Herkunftslandprinzips von seiner primärrechtlichen Verankerung erscheint vor diesem Hintergrund unproblematisch, soweit sein Inhalt sektorspezifische Begrenzung erfährt, wie das in den oben aufgeführten Richtlinien über die Ausübung der Fernsehaktivität, den e-Commerce, oder die Wertpapierdienstleistungen der Fall ist¹¹⁵⁵. Fraglich und bisher einzigartig ist demgegenüber der „neue Ansatz“¹¹⁵⁶ der EU-Kommission und letztlich auch der Dienstleistungsrichtlinie selbst¹¹⁵⁷, der darauf abzielt, das Herkunftslandprinzip flächendeckend und ohne vorherige (Mindest-) Harmonisierung anzuordnen¹¹⁵⁸. Die sekundärrechtliche Zuweisung von Regelungs-, und Kontrollbefugnissen an den Herkunftsstaat

¹¹⁵³ M. Nettesheim, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 415.

¹¹⁵⁴ EuGH, Slg. 1992, I-4193, Rn. 13 (Europäisches Parlament ./ Rat) m.w.N. zu seiner Judikatur.

¹¹⁵⁵ Oben, Fn. 1033-1035.

¹¹⁵⁶ Besser: der neue „neue Ansatz“, vgl. m.w.N. dritter Teil, A., I., 4.

¹¹⁵⁷ Dazu oben, A.

¹¹⁵⁸ Vgl. oben, C., III.

gleich welcher grenzüberschreitenden Dienstleistung¹¹⁵⁹, jedenfalls soweit es sich um Beschränkungen jenseits der *Cassis*-Grundsätze handelt, trifft geradezu ins Mark einzelstaatlicher Ansprüche auf Regelungskompetenz und treibt ihren Widerstreit mit denselben Ansprüchen der Gemeinschaft auf die Spitze. Die EG-kompetenzrechtliche Zulässigkeit der Einführung eines flächendeckenden Herkunftslandprinzips im Dienstleistungssektor kraft Sekundärrechts bedarf daher besonderer Aufmerksamkeit. Als Denk- und Lösungsmuster für die im Folgenden vorzunehmende interessengerechte Auflösung des beschriebenen Spannungsverhältnisses muss die EG-Kompetenz- und Organisationsstruktur als „der Königsweg zu einem adäquaten Verständnis der europäischen Integration“¹¹⁶⁰ dienen. Deren Eckpfeiler sind die föderale Ordnung, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EG¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁹ Vgl. den im dritten Teil, A., I., 4. wiedergegebenen Wortlaut des Vorschlags der Kommission über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

¹¹⁶⁰ *M. Nettesheim*, in von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 415.

¹¹⁶¹ Vgl. *H.-W. Rengeling*, Die Kompetenzen der Europäischen Union, in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes*, Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 1135 (1142 ff.); *M. Herdegen*, in FS-Steinberger, 2002, S. 1193 (1200 f.); *H.-P. Krauß*, aaO (Fn. 152); *W. Moersch*, *Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips*, Diss. 1999; *S. Albin*, *Das Subsidiaritätsprinzip in der EU*, NVwZ 2006, S. 629 ff.; *C. Trübe*, *ZaöRV*, 64 (2004), S. 391 (396 ff.); *T. Oppermann*, *Europarecht*, § 6, Rn. 62 ff. und oben, C., III.

IV. **Verbandszuständigkeit¹¹⁶² der Gemeinschaft: die Tatbestandsvoraussetzungen der Binnenmarktkompetenzen**

1 Art. 47 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 55 EG

Die naheliegendste Ermächtigungsgrundlage für die Einführung eines flächendeckenden Herkunftslandprinzips kraft Sekundärrechts im Dienstleistungssektor ist zunächst Art. 47 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 55 EG. „Um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern“, erlässt der Rat gemäß Art. 47 Abs. 1 EG, den Art. 55 EG für anwendbar erklärt, „Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise.“ Die Einführung des Herkunftslandprinzips im gesamten Dienstleistungssektor könnte in diesem Sinne als „allgemeine Regelung über die Anerkennung von Dienstleistungen, die die Verkehrsfähigkeit in ihrem Herkunftsstaat besitzen“ verstanden werden, zumal das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung sich materiell nur unwesentlich vom Herkunftslandprinzip unterscheidet¹¹⁶³. Würde man einer „allgemeinen Dienstleistungsanerkennungsrichtlinie“ noch die auf Dienstleistungen übertragenen Schutzgüter der *Cassis*-Doktrin hinzufügen (wie das im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie ja durchaus geschehen ist¹¹⁶⁴), wäre damit im Wesentlichen die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 49 ff. EG in Richtlinienform gegossen. Das hätte ein Mehr an Rechtssicherheit zur Folge, indem Dienstleistungserbringer sich gegenüber einer Beschränkung ihrer grenzüberschreitenden Dienstleistungstätigkeit unmittelbar auf eine dann dem Primärrecht vorgehende Richtlinie berufen könnten¹¹⁶⁵, während den Zielstaatbehörden die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz hinsichtlich der Anerkennungsvoraussetzungen erhalten bliebe, freilich beschränkt auf die Nichtanerkennung der Zulassung aus

¹¹⁶² Zu den Schwierigkeiten, die daraus resultieren, dass sich die Verbandskompetenz der Union in der Regel nur über die Organkompetenz erschließt („Der Rat erlässt...“) *A. von Bogdandy/J. Bast*, EuGRZ 28 (2001), S. 441 (444).

¹¹⁶³ Dritter Teil, A., I., 3.

¹¹⁶⁴ Vgl. Art. 16 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3) und oben, A.

¹¹⁶⁵ *W.-H. Roth*, EuR 21 (1986), S. 340 (360).

Gemeinwohlgründen (*Cassis-Doktrin*). Auch eine Verpflichtung zur Änderung ihrer Ausbildungsvorschriften ergäbe sich für die Mitgliedstaaten erst aus dem Sekundärrecht¹¹⁶⁶. Darüber hinaus erstreckt die h.M. Art. 47 Abs. 1 EG zur Verwirklichung des Herkunftslandprinzips sachgegenständlich und mit Blick auf Dienstleistungsunternehmen ohnehin über die ausdrücklich genannten Befähigungsnachweise hinaus auf Bescheinigungen der mitgliedstaatlichen Gewerbe- und Wirtschaftsaufsicht¹¹⁶⁷, so dass gegen Art. 47 Abs. 1 EG auch nicht sein an sich personenbezogener, Dienstleistungsprodukte mithin nicht vollumfänglich deckender Tatbestandsbezug spricht.

2 Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG

Die am 28.12.2006 in Kraft getretene Dienstleistungsrichtlinie¹¹⁶⁸, stützt sich dennoch auf Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG, der von „Koordinierung“ spricht¹¹⁶⁹. Das kann ansatzweise dadurch erklärt werden, dass es durchaus der Tradition europäischer Rechtsangleichungsbemühungen entspricht, Koordinierung und Anerkennung miteinander zu verbinden, nachdem beide Vorgänge ineinander greifen und die Übergänge zwischen beiden Integrationsmitteln häufig fließend sind¹¹⁷⁰. Aus solchen Verbindungen resultiert häufig das Konzept der Mindestharmonisierung, was die Dienstleistungsrichtlinie dadurch anerkennt, dass sie von einem „dynamischen Konzept“ ausgeht, welches fortlaufender Entwicklung bedarf¹¹⁷¹. Zu diesem Zwecke stellt sie das Herkunftslandprinzip allerdings an den Anfang, nicht das Ende der Entwicklung¹¹⁷². Das dem Herkunftslandprinzip nachfolgende Element der gegenseitigen Anerkennung wird dabei –

¹¹⁶⁶ EuGH, Slg. 1986, I-1885, Rn. 11 („Bertini“).

¹¹⁶⁷ P. C. Müller-Graff, in Streinz, EUV/EGV, Art. 47 EGV, Rn. 10; M. Schlag, in Schwarze, Art. 47 EGV, Rn. 7 ff.

¹¹⁶⁸ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

¹¹⁶⁹ ABl.EG vom 27.12.2006, Nr. L 376/36.

¹¹⁷⁰ Vgl. M. Schlag, in Schwarze, Art. 47 EGV, Rn. 10.

¹¹⁷¹ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung 7; Einzelheiten bei A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (95).

¹¹⁷² Oben, A. und C., III.

zumindest was die Auswahl der Ermächtigungsgrundlage anbetrifft – gänzlich umgangen. Ein Vorgang, der vordergründig nur belegt, wie schwer sich der Gemeinschaftsgesetzgeber tut, Koordinierung und Anerkennung voneinander abzugrenzen¹¹⁷³, hintergründig jedoch an die Grenzen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung als Kompetenzausübungs- und Kompetenzabgrenzungsschranke heranreicht. Denn es gilt nach wie vor die Maxime des EuGH, dass sich „die Wahl der Rechtsgrundlage auf objektiv gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen“ muss¹¹⁷⁴.

Zwar hat sich der EuGH bei der Auslegung der Kompetenzen der Gemeinschaft trotz der von ihm selbst aufgestellten strengen Maßstäbe an ihre gerichtliche Nachprüfbarkeit seit je her erstaunlich großzügig gezeigt und sich überhaupt erst einmal einem Gesetzesvorhaben des Rates ernstlich widersetzt¹¹⁷⁵. Es ist daher fraglich, ob er dem nunmehr politisch gefundenen Kompromiss rechtliche Grenzen setzen wird, zumal seine Jurisdiktionsgewalt unter der aufschiebenden Bedingung des Art. 230 EG steht. Nichts desto trotz sind Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Gemeinschaftshandelns angebracht. So wird im Folgenden zu untersuchen sein, ob die am 28.12.2006 in Kraft getretene EU-Dienstleistungsrichtlinie vielleicht nicht *ohne*¹¹⁷⁶, dafür aber auf die *falsche* Ermächtigungsgrundlage gestützt wurde. Um nämlich von Art. 47 Abs. 2 EG gedeckt zu sein, müsste sich die flächendeckende Liberalisierung des EU-Dienstleistungssektors als „Koordinierung“ darstellen.

¹¹⁷³ M. Schlag, in Schwarze, Art. 47 EGV, Rn. 10.

¹¹⁷⁴ Oben, II., m.w.N. in Fn. 1154.

¹¹⁷⁵ EuGH, Slg. 2000, I-8419, Rn. 76 ff. (Deutschland ./ Parlament und Rat); auch im jüngsten Verfahren betr. die sog. „zweite Tabakwerbe-Richtlinie“, ABl.EG 2003, Nr. L 152/16, Rs. C 380/03 vom 12.12.2006, ist der EuGH dem Vorbringen der deutschen Regierung nicht gefolgt, dass Art. 95 EG keine ausreichende Rechtsgrundlage biete.

¹¹⁷⁶ Vgl. W. Kluth/F. Rieger, GewArch 2006, S. 1 (1).

a) *Gegenstand der Koordinierung nach Art. 47 Abs. 2 EG*

Gegenstand der Koordinierung auf Grundlage des Art. 47 Abs. 2 EG sind die „Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten“. Inhaltlich wird das gesamte Berufsrechts der Mitgliedstaaten umschrieben, wie Zulassungsschranken und die besonderen Anforderungen, die an einen bestimmten Berufsstand zu richten sind¹¹⁷⁷. Unter dem Begriff der Koordinierung, dem im Rahmen von Art. 47 Abs. 2 EG zentrale Bedeutung zukommt, dessen abstrakte Definition derweil unergiebig, wenngleich ebenso ohne praktischen Nutzen bleibt¹¹⁷⁸, kann man für vorliegende Zwecke jedenfalls eine gemeinschaftsrechtliche Technik verstehen, mittels derer eine Anpassung ausländischer und inländischer Sachverhalte im Hinblick auf ihre Wirkungsdimension und im Interesse der Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs bewirkt werden soll (Kompatibilisierung)¹¹⁷⁹. Im Gegensatz zur Vereinheitlichung mittels EG-Verordnung bleiben bei der Koordinierung grundsätzlich die Eigenheiten des mitgliedstaatlichen Rechts bestehen¹¹⁸⁰.

Letzteres scheint für die Etablierung des Herkunftslandprinzips *a priori* zuzutreffen, steht dieses doch anerkanntermaßen im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EG¹¹⁸¹. In Wahrheit bleiben die zitierten Eigenheiten der Mitgliedstaaten (Plural!) jedoch nur in einem Staat, dem der Herkunft, bestehen. Bereits sachgegenständlich problematisch erscheint vor dem Hintergrund obiger „Definition“ deshalb eine Anpassung ausländischer und inländischer Sachverhalte im Hinblick auf ihre Wirkungsdimension anhand des Herkunftslandprinzips. Zwar erleichtert das Herkunftslandprinzip zweifelsohne den transnationalen Dienstleistungsverkehr. Die nationalen Berufszulassungs- und Berufsausübungsregelungen werden durch ein Herkunftslandprinzip, das sekundärrechtlicher Ausgangspunkt, nicht primär-

¹¹⁷⁷ A. Ihns, aaO (Fn. 1018), S. 147; M. Schlag, Verwaltungsbefugnisse, S. 124 f.; ders., in Schwarze, Art. 47 EGV, Rn. 23.

¹¹⁷⁸ M. Schlag, in Schwarze, Art. 47 EGV, Rn. 19.

¹¹⁷⁹ P. C. Müller-Graff, in Streinz, EUV/EGV, Art. 47 EGV, Rn. 13.

¹¹⁸⁰ A. Scheuer, in Lenz, EUV/EGV, Art. 47 EGV, Rn. 2.

¹¹⁸¹ Dritter Teil, A., II., 2.

rechtliche Folge der dem einzelnen Mitgliedstaat im Einzelfall entzogenen Befugnis, einen Sachverhalt eigener (aus der Sicht des zwischenstaatlichen Verkehrs mehrfacher) Regelung zu unterwerfen ist, aber gerade nicht angenähert, sondern in ihrer Unterschiedlichkeit dem freien Spiel der (Markt-) Kräfte überlassen¹¹⁸². Die rechtliche Beurteilung der Maßnahme erfolgt damit – wenn man so will – unter umgekehrten Vorzeichen im Vergleich zum bisherigen „Musterfall“ des EuGH zur Reichweite der Binnenmarktkompetenzen, dem sog. Tabakwerbeurteil¹¹⁸³. Dort ging es um die Frage, ob ein höheres Gesundheitsschutzniveau einen niedrigeren Binnenmarktgehalt zur Folge hätte (mit der Folge, dass das Binnenmarktziel nicht gefördert würde, wie das die Binnenmarktkompetenzen verlangen)¹¹⁸⁴. Die hier offenbare Problematik verlangt hingegen die Beantwortung der Frage, ob ein höheres Binnenmarktniveau (Herkunftslandprinzip), nicht umgekehrt zu einem niedrigeren Schutzniveau für vormals einzelstaatlich im öffentlichen Interesse verfolgte Schutzgüter nicht wirtschaftlicher Art führt, weil in einer Union der Nationalstaaten viele Schutzvorschriften noch nicht bzw. niemals (mindest-) harmonisiert sind. Wenn dem so wäre, könnte möglicherweise die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft überdehnt sein, indem Inhalt und Wirkung dieses Liberalisierungsansatzes unvereinbar mit der Organisationsstruktur der Europäischen Union sind. Dabei geht es kompetenzrechtlich nicht um ein materiell eventuell erfolgreiches „race to the bottom“, sondern um die Frage, ob die Koordinierungstätigkeit der Gemeinschaft eine Begrenzung „nach oben hin“ kennt.

¹¹⁸² Dies gilt freilich vorbehaltlich der ausdrücklich genannten Bereichsausnahmen; dazu oben, C., III., 1., a)-g); zum sich aufdrängenden Folgeproblem des sog. „race to the bottom“ dritter Teil, E., III.

¹¹⁸³ EuGH, Slg. 2000, I-8419, Rn. 76 ff. (Deutschland ./ Parlament und Rat); dazu M. Selmayr/H.-G. Kamann/S. Ahlers, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Union, EWS 2003, S. 49 ff.

¹¹⁸⁴ Vgl. N. Fennelly, aaO (Fn. 1029), I-8451, 8452, Rn. 66.

b) *Gedanke der funktionalen Koordinierung*

Zunächst steht ein regelungstechnisches „*laissez fair*“ der Gemeinschaft im Sinne des Herkunftslandprinzips (Verzicht auf zentrale und Vertrauen in dezentrale Steuerungsmechanismen) im Einklang mit der konsequenten Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips im engeren Sinne (Art. 5 Abs. 2 EG)¹¹⁸⁵. Die Bewahrung mitgliedstaatlicher Eigenheiten auf Unionsebene und ihre Öffnung für den Wettbewerb auf Ebene der Mitgliedstaaten stärkt föderale Strukturen in der Gemeinschaft und trägt – so scheint es – dem Gedanken der funktionalen Koordinierung Rechnung. Danach vermag allein die abstrakte Gefahr einer Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit, die von nahezu jeder nationalen Norm ausgehen kann, ein koordinierendes Tätigwerden der Gemeinschaft nicht zu rechtfertigen¹¹⁸⁶. Reicht etwa ein ausländischer Architekt für einen inländischen Bauherrn Pläne ein, so können diese nach dem Gedanken der funktionalen Koordinierung nicht nur dann abgewiesen werden, wenn der Architekt nicht über die in der entsprechenden sektorspezifischen Anerkennungsrichtlinie normierten Qualifikationen verfügt¹¹⁸⁷, sondern eben auch dann, wenn die Pläne etwa inländischem (d.h. in Deutschland länderspezifischem) Bau-, Feuerpolizei-, oder Nachbarrecht widersprechen, selbst wenn die gleichen Entwürfe im Herkunftsland des Architekten dortigen Vorgaben Genüge tun¹¹⁸⁸. Die genannten Rechtsmaterien stehen in keinem funktionalen Bezug zu der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit des durch die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen betroffenen Architekten, was einer Koordinierung dieser Bereiche entgegensteht.

Die Idee der mit dem Gedanken der funktionalen Koordinierung verbundenen und unter Subsidiaritätsgesichtspunkten durchaus begrüßenswerten Stärkung föderaler Strukturen in einem supranationalen *Staatenverbund* wird aber in ihrer extremsten Form – dem flä-

¹¹⁸⁵ Dritter Teil, A., II., 2.; C. Calliess, in ders./Ruffert, Art. 5 EGV, Rn. 3.

¹¹⁸⁶ J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 47 EG, Rn. 54 ff.

¹¹⁸⁷ Vgl. Richtlinie 85/384/EWG des Rates vom 10.06.1985, ABl. EG Nr. L 223/15.

¹¹⁸⁸ Bsp. nach J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 47 EG, Rn. 55.

chendeckenden Herkunftslandprinzip – geradezu ad absurdum geführt. Ein derart weitgehender Föderalismus weist den Weg in Richtung eines Europäischen *Bundesstaates* und widerspricht deshalb unter der Maßgabe des Art. 47 Abs. 2 EG („Koordinierung“) dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EG)¹¹⁸⁹. Koordinierung im Sinne des Art. 47 Abs. 2 EG meint eben Angleichung der Rechtsordnungen, nicht Zementierung ihrer Unterschiedlichkeiten unter dem Primat der gegenseitigen Anerkennung ihrer Ordnungsimplicationen (Art. 47 Abs. 1 EG) und sei es auch noch so sehr zum Wohle des Subsidiaritätsprinzips¹¹⁹⁰. Denn das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EG wirkt ja im Sinne einer Plausibilitäts- und Bedürfniskontrolle einer Regelung auf der höheren, der Gemeinschaftsebene, erst dann und insoweit, als nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EG) überhaupt eine nicht ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft zu bejahen ist¹¹⁹¹. Wenn somit aus der Reihenfolge der Absätze 1 und 2 des Art. 5 EG gleichermaßen ihre inhaltliche Rangfolge resultiert, wird man eine Liberalisierungskompetenz der Gemeinschaft aus Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG vorliegend nur schwerlich annehmen können¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ Selbst in einem „echten“ Bundesstaat wie der Bundesrepublik kann etwa ein Berliner Architekt nicht geltend machen, dass ein in Bayern auszuführendes Bauvorhaben der Berliner BauO entspricht, wengleich das Beispiel insofern hinkt, als sich in Deutschland die BauOen doch sehr ähneln.

¹¹⁹⁰ Ausdrücklich *M. Selmayr/H.-G. Kamann/S. Ahlers*, EWS 2003, S. 49 (52 f.).

¹¹⁹¹ *R. v. Borries*, EuR 29 (1994), S. 263 (269); *M. Kenntner*, Das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrages, NJW 1998, S. 2871 (2872 ff.); *I. E. Schwartz*, Subsidiarität und EG-Kompetenzen, AfP 1993, S. 409 (411); *C. Ritzer/M. Ruttloff*, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips, EuR 41 (2006), S. 116 (118 ff.); vgl. ferner *H.-W. Rengeling*, in FS-Badura, 2004, S. 1135 (1144).

¹¹⁹² I.E. ebenso Stellungnahme des deutschen Bundesrates vom 02.04.2004, BR-Drucks 128/4; mit Bedenken auch *U. Schliesky*, Die Bedeutung der geplanten EU-Dienstleistungsrichtlinie für die Kammern, in Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 33 (36); a.A. *T. Lambrich*, EWS 2005, S. 251 (259), der das Argument für „zu formal“ befindet und stattdessen darauf verweist, dass die Koordinierung durch Schaffung von Kollisionsregeln erfolgen kann; er verweist zu diesem Zwecke auf *R. Birk*, in Richardi/Wlotzke (Hrsg.), Münchner HdbArbR, § 18, Rn. 25, der seinerseits allerdings bereits begrifflich die Koordinierung von der Har-

c) *Komplementärverhältnis von Koordinierung und gegenseitiger Anerkennung*

Besteht überdies der materiell-rechtliche Liberalisierungsinhalt des Herkunftslandprinzips viel eher in der gegenseitigen Anerkennung europäischer Dienstleistungen als in der Koordinierung der Berufszulassungs- und Berufsausübungsregelungen in den verschiedenen Teilmärkten der Gemeinschaft¹¹⁹³, so wirft dies die Frage nach dem Verhältnis von Koordinierung (Art. 47 Abs. 2 EG) und gegenseitiger Anerkennung (Art. 47 Abs. 1 EG) auf. Das Herkunftslandprinzip schafft nicht die Voraussetzungen für eine gegenseitige Anerkennung, sondern zementiert nach dem oben Gesagten nationale Unterschiedlichkeiten, die es in die unionsinterne Konkurrenz um die Gunst der Nachfrage und damit in den Wettbewerb der Systeme entlässt. Dieser muss keineswegs zwangsläufig in ein „race to the bottom“ münden¹¹⁹⁴; Gesichtspunkte der ökonomischen Effizienz in föderalen Systemen sprechen im Gegenteil für das Herkunftslandprinzip¹¹⁹⁵. Der Anpassungsdruck auf die nationalen Rechtsordnungen ist aber – das wird man nicht verhehlen können – unter der Geltung eines sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips, das nicht wie sein primärrechtliches Vorbild Teil bzw. Folge einer abwägenden, korrigierenden Verhältnismäßigkeitsprüfung mit sich anschließendem, freilich begrenztem, Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten ist, ungleich höher¹¹⁹⁶. Insofern fragt sich, ob nicht *zuerst* die Koor-

monisierung dadurch unterscheiden will, dass erstere den Erlass einheitlicher Kollisionsnormen meine, während letztere im Sinne der Rechtsangleichung zu verstehen sei; eine solche Unterscheidung ist aber nach zutreffender und auch hier vertretener Auffassung nicht angezeigt (oben, Fn. 1019); darüber hinaus wurde dargelegt, dass das Herkunftslandprinzip im ursprünglichen Sinne gerade kein Kollisionsprinzip ist (dritter Teil, E., II.).

¹¹⁹³ Nach den Erfahrungen mit der schwerfälligen und langwierigen sektorspezifischen Rechtsangleichung verspricht das Herkunftslandprinzip ein finaler Befreiungsschlag gegenüber nationalstaatlichen „Egoismen“ zu sein, vgl. erster Teil B., II. und dritter Teil, A., I., 2.

¹¹⁹⁴ Dritter Teil, E., III und *M. Wagner*, aaO (Fn. 1021), S. 157 ff.

¹¹⁹⁵ Dritter Teil, A., I., 3.

¹¹⁹⁶ I.E. ebenso *F. Rieger*, Dienstleistungen im Binnenmarkt, in Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 232 (242).

dinierung auf europäischer Ebene die (Mindest-) Voraussetzungen dessen zu schaffen hat, was später von den Mitgliedstaaten anerkannt werden soll.

aa) Eine Ansicht: Koordinierung niemals Selbstzweck

Eine durchaus gängige Ansicht bejaht das¹¹⁹⁷. Für sie ist die Koordinierung niemals Selbstzweck, sondern stets Mittel zum Zweck der gegenseitigen Anerkennung. Eine Koordinierung ohne Anerkennung, die also nicht auf das in Absatz 1 benannte Ziel der Erleichterung der Berufszulassungs- und Berufsausübungsregelungen bezogen ist, sei dagegen nicht nur zwecklos, sondern überschreite zudem die zulässigen Grenzen einer Koordinierung nach Absatz 2. Zur Unterstützung dieser These wird angeführt, dass auch nach weit reichender Koordinierung immer ein (obligatorischer) Akt der Anerkennung des Aufnahmestaates erforderlich bleibe¹¹⁹⁸.

bb) Andere Ansicht: Koordinierung nicht auf Maßnahmen beschränkt, die auf Anerkennung zielen

Auf eine derartige Tatbestandsverschränkung der Absätze 1 und 2 verzichtet dagegen eine andere Auffassung¹¹⁹⁹. Art. 47 Abs. 2 EG müsse vor seinem rechtspolitischen, d.h. in diesem Fall integrationspolitischen, Hintergrund gesehen werden. Er enthalte demzufolge eine weitere, selbstständige Ermächtigungsgrundlage, die es den Gemeinschaftsorganen zuvörderst erlaube, in den Fällen, in denen angesichts mangelnder Gleichwertigkeit der mitgliedstaatlichen Qualifikationsvorschriften ihre gegenseitige Anerkennung politisch undurchsetzbar erscheint, zunächst die insoweit bestehenden Unterschiede abzubauen. Darüber hinaus gehörten aber auch solche Vorschriften zum koordinierbaren Bereich, die, unabhängig vom Erfordernis von Qualifikationsnachweisen erlassen, dennoch die Aufnah-

¹¹⁹⁷ M. Schlag, Verwaltungsbefugnisse, S. 120 f.; ders., in Schwarze, Art. 47 EGV, Rn. 20; J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 47 EG, Rn. 3 ff.

¹¹⁹⁸ Dazu dritter Teil, A., I., 2. m.w.N.

¹¹⁹⁹ P. C. Müller-Graff, in Streinz, EUV/EGV, Art. 47 EGV, Rn. 12; A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 47 EGV, Rn. 3.

me und Ausübung selbständiger Tätigkeiten behindern und sich folglich als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auswirken könnten.

cc) *Stellungnahme*

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass ein wie auch immer gearteter Anerkennungsakt des Zielstaates der Dienstleistung solange unabdingbarer Ausdruck des kompliziert ineinander verwobenen Regelungsgeflechts zwischen Gemeinschafts- und mitgliedstaatlichem Recht ist, wie kein supranationales Gewerbe- und Aufsichtsrecht in der Union besteht¹²⁰⁰. Diese Tatsache stellt sich jedoch unabhängig von der binnenmarktfunktionalen Zielsetzung der Harmonisierungskompetenzen dar, die auf den Abbau jedweder binnenmarktspezifischen Beschränkung des Dienstleistungsfreiverkehrs abzielen. Damit gibt die integrationspolitische Sichtweise der zweiten Auffassung bereits die relevanten Lösungsparameter an die Hand, die sich an der Tragweite der Dienstleistungsfreiheit orientieren: wer Art. 49 ff. EG ausschließlich als Ausdruck der Inländergleichbehandlung und damit als Diskriminierungsverbot versteht, macht die Realisierung des Dienstleistungsfreiverkehrs weitgehend von der vorherigen Koordinierung aller mitgliedstaatlichen Regelungen, die funktional die Dienstleistung betreffen, abhängig; wer dagegen – wie die inzwischen ganz herrschende Meinung¹²⁰¹ – die Art. 49 ff. über ein Diskriminierungsverbot hinaus dahingehend versteht, dass die Mitgliedstaaten den grenzüberschreitenden Verkehr nur zur Wahrung derjenigen öffentlichen Schutzgüter beschränken dürfen, die im Allgemeininteresse liegend dem der Gemeinschaft am funktionierenden Binnenmarkt vorgehen und dies auch nur in einem dazu erforderlichen Ausmaß (Herkunftslandprinzip), der muss den integrationspolitischen Bedarf der Rechtsangleichung dieser Entwicklung anpassen. Rechtsangleichung hat dann die Funktion, gerade all diejenigen Normen, die im Allgemeininteresse liegend sich gegenüber

¹²⁰⁰ Dritter Teil, A., I., 2.

¹²⁰¹ Vgl. zweiter Teil, B., IV. m.w.N.

dem Beschränkungsverbot des Art. 49 Abs. 1 EG durchzusetzen vermögen, zu beseitigen¹²⁰².

d) Zwischenergebnis

Die mittels Etablierung des Herkunftslandprinzips kraft Sekundärrechts im gesamten Dienstleistungssektor bezweckte „Koordinierung“ hat ihren Namen nicht verdient. Zwar gehören nach vorzugwürdiger Auffassung auch diejenigen mitgliedstaatlichen Vorschriften zum koordinierbaren Bereich, die unabhängig vom Erfordernis von Qualifikationsnachweisen berufsaufnahme- bzw. berufsausübungsrelevant sind. Die Etablierung des Herkunftslandprinzips stellt sich indes schon anfänglich nicht als Koordinierung im Sinne einer Angleichung der nationalen dienstleistungsrelevanten Vorschriften dar. Mag auch der Schluss recht „formal“ erscheinen¹²⁰³: die Gemeinschaft hat infolgedessen keine Liberalisierungskompetenz aus Art. 47 Abs. 2 EG. Insbesondere vor dem Hintergrund der sinn- und wesensstiftenden Funktion der EU-Kompetenzordnung¹²⁰⁴ erscheint es unangebracht, mit dem Hinweis auf bloße Formalien über die begrenzte Einzelermächtigung in Art. 47 Abs. 2 EG großzügig hinwegzusehen. Ohne die *richtige* Kompetenzgrundlage fehlen einem Rechtsakt vielmehr im Gegenteil die vertragliche und damit auch die vollständige demokratische Legitimation¹²⁰⁵. Eine vorweggenommene (Mindest-) Harmonisierung der dienstleistungsrelevanten Vorschriften wäre damit zwar im Rahmen des Art. 47 Abs. 1 EG wünschenswert, um die genannte Debatte politisch zu entschärfen und die Akzeptanz des Herkunftslandprinzips zu fördern; immerhin ist die Anerkennung nach Abs. 1 jedoch rechtlich nicht zwangsläufig von der vorherigen Koordinierung nach Abs. 2 abhängig und kann sie dies schon allein aufgrund praktischer Bedürfnisse nicht vollum-

¹²⁰² Zum Ganzen *W.-H. Roth*, EuR 21 (1986), S. 340 (355 f.); *U. Everling*, in FS-Steindorff, 1990, S. 1155 (1157); *C. Hillgruber*, in GS-Blomeyer, 2004, S. 597 (600); vgl. auch *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in Grabitz/Hilf, Art. 47 EGV, Rn. 4.

¹²⁰³ *T. Lambrich*, EWS 2005, S. 251 (259).

¹²⁰⁴ Vgl. oben, II. und III.

¹²⁰⁵ *C. Trübe*, ZaöRV 64 (2004), S. 391 (396).

fänglich sein¹²⁰⁶. Daraus ergibt sich ein weiteres Argument für die hier vertretene Auffassung, dass das Herkunftslandprinzip tatbestandlich besser unter die Anforderungen des Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 55 EG zu subsumieren ist.

3 Art. 52 Abs. 1 EG

An Stelle des von den EG-Organen herangezogenen Art. 47 Abs. 2 EG käme derweil als weitere mögliche Ermächtigungsgrundlage der Europäischen Union Art. 52 Abs. 1 EG in Frage¹²⁰⁷.

a) *Anwendbarkeit*

aa) „Vertragsdenkmal“?

Die aktuelle Bedeutung des Art. 52 Abs. 1 EG wird im allgemeinen sehr gering eingestuft¹²⁰⁸. Die Vorgängervorschrift des Art. 63 Abs. 2 EG wurde mit dem Ende der Übergangszeit für die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit am 01.01.1970 gar für obsolet gehalten¹²⁰⁹. Diesen Eindruck bestätigt die Praxis der Gemeinschaftsgesetzgebung, die sich fast ausschließlich auf Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG stützt¹²¹⁰. Der Zweck, dem Art. 63 Abs. 2 EG a.F. diene, nämlich die Aufhebung aller Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, ist aber, wie sich im Rückblick zeigt, aktueller denn je und dies selbst unter Geltung eines unmittelbar anwendbaren Beschränkungsverbotes. Art. 52 Abs. 1 EG verleiht der Gemeinschaft die Kompetenz zur „Liberalisierung“. Liberalisierung in diesem Sinne bedeutet allgemein die Erleichterung grenzüberschreitender Dienstleistungen, bezeichnet also einen Stand der Ver-

¹²⁰⁶ Vgl. zweiter Teil, A und B.

¹²⁰⁷ Ebenso *P. M. Huber* in einer für den Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments am 10.11.2004 abgegebenen Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10).

¹²⁰⁸ *J. Tiedje/P. Troberg*, in von der Groeben/Schwarze, Vorbemerkungen zu Art. 49 bis 55 EG, Rn. 5, sowie Art. 52 EG, Rn. 2 ff.; ebenso *A. Ihms*, aaO (Fn. 1018), S. 143.

¹²⁰⁹ *K. Hailbronner*, in HK-EUV, Art. 63 EGV, Rn. 2 f.

¹²¹⁰ *A. Randelzhofer/U. Forsthoff*, in Grabitz/Hilf, Art. 52 EGV, Rn. 4.

wirklichung der Dienstleistungsfreiheit, der über das Niveau hinausgeht, welches bereits durch die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit besteht¹²¹¹. Dieses Ziel kann nur durch den zusätzlichen Abbau derjenigen Vorschriften erreicht werden, die angesichts der *Cassis*-Doktrin gemeinschaftsresistent sind. Damit stellt Art. 52 Abs. 1 EG ausweislich seines Wortlauts und seiner Zielrichtung die eigentliche Liberalisierungsermächtigung der Gemeinschaft auf dem Dienstleistungssektor dar.

bb) Verhältnis zu Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG

Zur Liberalisierung in diesem Sinne, also zum Abbau derjenigen Vorschriften, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind, ermächtigt derweil Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG desgleichen¹²¹². Die Frage nach dem Verhältnis der beiden Ermächtigungen stellt sich demnach und zu ihrer Beantwortung ist es wenig hilfreich, einzig auf die Gemeinschaftspraxis zu verweisen¹²¹³. Die Beweggründe dieser Praxis, nämlich die politische und institutionell-organisatorische Einbindung des Europäischen Parlaments in den Rechtsetzungsprozess im Wege des demokratischeren Mitentscheidungsverfahrens gemäß Art. 251 EG, welches im Rahmen von Art. 47 EG, nicht jedoch im Rahmen von Art. 52 EG vorgesehen ist, sind da schon aussagekräftiger. Sie machen es in der Tat so gut wie unmöglich, auf die rechtspolitisch überholte prozedurale Vorgabe des Art. 52 Abs. 1 EG zurückzugreifen, der lediglich die demokratieschwächere Anhörung des Europäischen Parlaments vorsieht¹²¹⁴.

Nun soll hier nicht der Ort sein zu bestimmen, ob es nicht sinnvoller, ja vielleicht sogar geboten wäre, der institutionellen und demokratischen Verfestigung der Europäischen Union dadurch Rechnung zu tragen, dass man (freiwillig) dem Europäischen Parlament auch im Rahmen des Art. 52 Abs. 1 EG ein Mitentscheidungsrecht einräumt, bzw. eine Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 1 EU auf

¹²¹¹ A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 52 EGV, Rn. 2.

¹²¹² S. o., 2.

¹²¹³ So aber die oben (Fn. 1210) wiedergegebene Auffassung.

¹²¹⁴ J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 52 EG, Rn. 5.

den Weg bringt, um dadurch eine eindeutige Liberalisierungsermächtigung zu revitalisieren, als dass man versucht, eindeutig koordinierungsfreie Liberalisierungsmaßnahmen auf Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG zu stützen. Jedenfalls aus systematischen Erwägungen heraus spricht aus hiesiger Sicht aber einiges dafür, *nach* einem solchen Schritt auf der einen Seite die Art. 47, 55 EG für Maßnahmen heranzuziehen, die dem Komplementärverhältnis von Anerkennung und Koordinierung entsprechen, um auf der anderen Seite Art. 52 EG bei unabhängigen Liberalisierungsmaßnahmen wie dem Herkunftslandprinzip zu bemühen.

b) Einzelregelungsgebot, Art. 52 Abs. 1 EG

Dem stünde, folgt man einer Auffassung in der Literatur¹²¹⁵, selbst das Einzelregelungsgebot des Art. 52 Abs. 1 EG nicht entgegen, wonach der Rat auf die Liberalisierung einer „bestimmten“ Dienstleistung beschränkt ist, flächendeckende Liberalisierungsmaßnahmen mithin grundsätzlich nicht verabschieden darf. Aus dem Einzelregelungsgebot ein echtes *Verbot* abzuleiten, mit der Konsequenz, dass für jede Dienstleistung gesondert eine Richtlinie erlassen werden müsste, sei regelungstechnisch nicht nur überaus unökonomisch, sondern entspreche darüber hinaus auch nicht der Rechtspraxis. Dazu ist zwar durchaus kritisch zu bemerken, dass Art. 52 Abs. 1 EG ausweislich seines Wortlauts gar keine „Sollvorschrift“ und damit kein Ge- sondern viel eher ein Verbot ist. Dies legt eine strikte Restriktion des Rates auf die Liberalisierung „bestimmter“ Dienstleistungen durchaus nahe. Allerdings beruft sich auch die andere, restriktivere Auffassung, nicht auf diese Wortlautexegese¹²¹⁶. Darüber hinaus bezieht sich die erwähnte Rechtspraxis, mithilfe der Vorgängervorschrift des Art. 63 Abs. 2 EG a.F. nicht nur bestimmte Dienstleistungen zu liberalisieren, soweit ersichtlich nur auf die Regelung des Vor- bzw. Umfelds der Leistungserbringung, wie z.B. im Fall der

¹²¹⁵ A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 52 EGV, Rn. 2.; a.A. W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 52 EGV, Rn. 4; P. C. Müller-Graff, in Streinz, EUV/EGV, Art. 52 EGV, Rn. 3.

¹²¹⁶ Vgl. nur W. Kluth, in Calliess/Ruffert, Art. 52 EGV, Rn. 4.

Richtlinie 73/148/EWG die Regelung der Einreise- und Aufenthaltbestimmungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit¹²¹⁷. Die hier in Rede stehende Liberalisierung trifft dagegen auch die Dienstleistung selbst bzw. die Person ihrer Erbringung, was dafür spricht, den Gemeinschaftsgesetzgeber wortlautgetreu zu verpflichten, sich mit den jeweiligen Eigenheiten einer Dienstleistung auseinanderzusetzen, um gegebenenfalls sektoral differenzierte Richtlinien erlassen zu können¹²¹⁸. Die Diskussion braucht an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft zu werden, nachdem aktuell Art. 52 Abs. 1 EG aus demokratischen Verfahrensgründen als alternative Ermächtigungsgrundlage ausscheidet.

4 Art. 95 Abs. 1 EG

Bleibt als letzte „echte“ binnenmarktfunktionale Ermächtigung Art. 95 Abs. 1 EG. Art. 95 Abs. 1 EG, der als Generalrechtsangleichungskompetenz zur Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EG herangezogen werden kann, ist nicht wie die spezifischen Querschnittskompetenzen der Art. 47, 52 EG durch Bezugnahme auf einen bestimmten Sachbereich (Dienstleistungen) beschränkt. Sein Anwendungsbereich wird allein durch das bereichsübergreifende funktionelle Kriterium der Bezogenheit auf das Binnenmarktziel bestimmt, das sich querschnittsartig auf sämtliche zur Verwirklichung des Binnenmarktes sowie zur Schaffung und Erhaltung seiner Funktionsbedingungen geeignete Maßnahmen erstreckt¹²¹⁹. Art. 95 Abs. 1 EG ist demnach ebenfalls weiter gefasst als die auf dem Dienstleistungssektor aus dem bundesrepublikanischen Kompetenzgefüge vertraute Ermächtigung des Art. 74 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft). Aus diesen Gründen enthält sein Abs. 1 Satz 1 eine Subsidiaritäts-

¹²¹⁷ Richtlinie des Rates vom 23.05.1973, ABl.EG 1973, Nr. L 172/14.

¹²¹⁸ *W. Kluth*, in Calliess/Ruffert, Art. 52 EGV, Rn. 4.

¹²¹⁹ *C. Hillgruber*, in GS-Blomeyer, 2004, S. 597 (599 ff.); *I. Härtel*, Hdb. Europäische Rechtssetzung, § 4, Rn. 10; *W. Kahl*, in Callies/Ruffert, Art. 95 EGV, Rn. 4 ff.; *H. D. Jarass*, AöR 121 (1996), S. 173 (178 f.).

klausel, die ihn gegenüber spezielleren EG-Kompetenzen zurücktreten lässt. Zwar ließe sich neben Art. 47 Abs. 1 EG als speziellere Norm Art. 52 Abs. 1 EG heranziehen, wenn man es mit einem Teil der Literatur mit dem Einzelregelungsgebot nicht so genau nähme¹²²⁰. Vor dem Hintergrund des bereits angesprochenen Demokratiedefizits der Norm und in Anbetracht der Tatsache, dass gerade die Demokratisierung des Entscheidungsprozesses zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund der Einführung des Art. 95 EG im Rahmen der EEA zählte¹²²¹, gilt aber weiterhin die oben getroffene Aussage, dass die Anwendung des Art. 52 EG unter dem Vorbehalt der Mitentscheidung des Europäischen Parlaments steht¹²²². Doch selbst wenn man in Anbetracht dessen zwischenzeitlich auf Art. 95 Abs. 1 EG zurückgreifen wollte, so müssten dort tatbestandlich „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ vorliegen, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. Damit greifen letztlich dieselben Einwände, die bereits im Rahmen des Begriffs der Koordinierung gemäß Art. 47 Abs. 2 EG entscheidungserheblich waren¹²²³. Im Ergebnis scheidet daher auch Art. 95 EG als alleinige Ermächtigungsgrundlage aus. Denkbar wäre lediglich eine Kombination mit anderen Liberalisierungskompetenzen der Union, namentlich Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 55 EG („Mehrfachabstützung“¹²²⁴).

¹²²⁰ A. Randelzhofer/U. Forsthoff, in Grabitz/Hilf, Art. 52 EGV, Rn. 2 und oben, Fn.1215.

¹²²¹ Generalanwalt A. Saggio, in den Schlussanträgen zu EuGH, Slg. 1998, I-6005, 6014, Rn. 19 („Burststein“); M. Selmayr/H.-G. Kamann/S. Ahlers, EWS 2003, S. 49 (49).

¹²²² Vgl. oben, 3., a), bb).

¹²²³ Vgl. dort, 2., a) und b); zur synonymen Verwendung der Begriffe „Angleichung“ (Art. 95 EG) und „Koordinierung“ (Art. 47 Abs. 2 EG) ferner Fn. 1019 m.w.N.

¹²²⁴ Dazu C. Trüie, ZaöRV 64 (2004), S. 391 (392).

5 Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Auffassung ist die sekundärrechtliche Etablierung des Herkunftslandprinzips zwar mit zahlreichen Bedenken behaftet, i.E. aber positiv zu beantworten. Die Gemeinschaft verfügt daher dem Grunde nach über die Kompetenz zur flächendeckenden Liberalisierung mit Hilfe des Herkunftslandprinzips. Allerdings sollte sie sich dabei auf Art. 47 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 55 EG stützen, die sachnäher die gegenseitige Anerkennung auch der nationalen Bescheinigung der Gewerbe- und Wirtschaftsaufsicht regeln und somit aus „objektiv gerichtlich nachprüfbaren Umständen“ heraus, nämlich „dem Inhalt des Rechtsaktes“ zur Verfügung stehen¹²²⁵. Unter bestimmten Voraussetzungen käme auch Art. 52 Abs. 1 EG in Frage. Art. 47 Abs. 2 EG i.V.m. Art. 55 EG, der von „Koordinierung“ spricht, sowie Art. 95 EG, der die „Angleichung“ vorsieht, decken hingegen nicht das Herkunftslandprinzip.

Zu anderen Ergebnissen und damit auch zu denjenigen der europäischen Rechtsetzungsorgane, ließe sich somit – wenn überhaupt – nur unter Hinzuziehung völkerrechtlich anerkannter Auslegungsmethoden gelangen, denen daher im Folgenden nachgegangen werden soll.

6 Art. 308 EG

Auf Art. 308 EG, der heute anerkanntermaßen lückenfüllend *neue* Befugnisse schafft und damit nicht im Sinne einer kodifizierten Auslegungsmethode für bestehende Befugnisse Eingang in den Vertragstext gefunden hat¹²²⁶, braucht dabei nicht näher eingegangen zu werden. Er knüpft an die Situation an, dass gar keine Ermächtigungsgrundlage, also auch nicht die Art. 47, 52 EG in irgendeiner Ausle-

¹²²⁵ Vgl. die Anforderungen, die der EuGH an die Wahl der Rechtsgrundlage gestellt hat, oben, II., m.w.N. in Fn. 1154.

¹²²⁶ Seit *G. Nicolaysen*, Zur Theorie von den implied powers in der EG, EuR 1 (1966), S. 129 (136) h.M.; vgl. aus neuerer Zeit z.B. *M. Bungenberg*, Art. 235 nach Maastricht, Diss. 1999, S. 128 ff.; a. A. noch *H. J. Rabe*, Das Verwaltungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1963, S. 156.

gungsvariante (z.B. nach der Theorie von den „*implied powers*“¹²²⁷) einschlägig ist und taugt demzufolge für den Versuch einer teleologischen Auslegung geschriebener Kompetenzen zwecks Erhalt der Rechtsgrundlage, auf die sich die Gemeinschaft stützt, nicht¹²²⁸. Zwar versteht die wohl h.M. als systematisches und damit ebenso erfasstes Minus zu dem kodifizierten Fall fehlender Befugnisse auch die Situation, dass mit Blick auf die Ziele der Gemeinschaft nur *unzureichende* Befugnisse eröffnet werden¹²²⁹. Dem wird man indes – wenn überhaupt¹²³⁰ – nur insoweit zustimmen können, als sich die jeweils diagnostizierte Unzulänglichkeit einer Ermächtigung auf die Rechtssetzungsform (z.B. Verordnung statt Richtlinie¹²³¹) bezieht¹²³², nicht aber – wie hier – auf materielle Tatbestandrestriktionen (Herkunftslandprinzip statt Koordinierung). Denn ein von der h.M. andernfalls befürchteter systematischer Bruch, der zugegebenermaßen bestehen würde, wenn der Gemeinschaft im Falle fehlender Einzelermächtigungen über Art. 308 EG mehr Kompetenzen zustünden als im Falle unzureichender, täte sich erst Recht auf, wenn über Art. 308 Maßnahmen zulässig wären, die inhaltlich im Rahmen spezifischer Ermächtigungen dem Einzelermächtigungsprinzip des Art. 5 Abs. 1 EG widersprechen. Sähe man dies anders, würde einer aus parlamen-

¹²²⁷ Dazu nachfolgend 7.

¹²²⁸ Vgl. den Wortlaut: „...und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen...“; näher *R. Streinz*, in *Streinz, EUV/EGV, Art. 308, Rn. 28*.

¹²²⁹ *I. E. Schwartz*, Art. 235 EG-Vertrag nach „Maastricht“, in *Immenga u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S. 467 (476 ff.)*; *T. Beyer*, Die Ermächtigung der Europäischen Union, *Der Staat* 35 (1996), S. 189 (201 f.); *E. Grabitz*, in *Grabitz/Hilf, Art. 235 EWGV, Rn. 48 (Altauflg.)*; *A. Bleckmann*, *Europarecht, Rn. 795*.

¹²³⁰ Der h.M. insgesamt skeptisch gegenüber stehend *M. Rossi*, in *Calliess/Ruffert, Art. 308 EGV, Rn. 47.*; *R. Streinz*, in *Streinz, EUV/EGV, Art. 308, Rn. 29*; a.A. auch *R. Böhm*, *Kompetenzauslegung und Kompetenzlücken im Gemeinschaftsrecht, Diss. 1985, S. 113*.

¹²³¹ Auf die Rechtssetzungsform bezieht sich auch die seit EuGH, *Slg. 1973, 897, Rn. 3 ff.* (Hauptzollamt Bremerhaven/Massey-Ferguson) st. Rspr.; vgl. z.B. EuGH, *Slg. 1996, I-1689, Rn. 13* (Parlament ./ Rat); *Slg. 1996, I-5755, Rn. 48* (Vereinigtes Königreich ./ Rat).

¹²³² So auch *J. Bitterlich*, in *Lenz, EUV/EGV, Art. 308, Rn. 14*.

tarisch-demokratischen Gründen¹²³³ verbotenen Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft Tür und Tor geöffnet. Eine solche darf und will Art. 308 EG aber gerade nicht begründen¹²³⁴. Darüber hinaus wäre eine so weit reichende Liberalisierung wie die anhand des Herkunftslandprinzips auf der Grundlage des Art. 308 EG auch auf europäischer Ebene demokratischen und verfahrenstechnischen Einwänden ausgesetzt, nämlich denselben wie Art. 52 Abs. 1 EG (Anhörung statt Mitentscheidung des Europäischen Parlaments)¹²³⁵.

7 „Implied powers“ und „effet utile“

Als völkerrechtlich anerkannte Auslegungsmethode böte sich bei dieser Sachlage somit nur die mit dem bundesstaatlichen Prinzip ungeschriebener Zuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs verwandte Theorie von den inhärenten Gemeinschaftszuständigkeiten („*implied powers*“) an¹²³⁶, wonach

*„die Vorschriften eines völkerrechtlichen Vertrages oder eines Gesetzes zugleich diejenigen Vorschriften beinhalten, bei deren Fehlen sie sinnlos wären oder nicht in vernünftiger und zweckmäßiger Weise zur Anwendung gelangen könnten“*¹²³⁷.

¹²³³ Einbindung der nationalen Parlamente nur im Rahmen von Art. 48 EU, vgl. *P. Kirchhof*, in Hommelhoff/ders. (Hrsg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, S. 11 (15 ff.); Zur Abgrenzung des Art. 308 EG von der Vertragsänderung nach Art. 48 EU *U. Häde/A. Puttler*, *Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung*, *EuZW* 1997, S. 13 (15 f.).

¹²³⁴ Vgl. statt aller nur *M. Bungenberg*, aaO (Fn. 1226), S. 119 ff.; *ders.*, *Dynamische Integration*, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, *EuR* 35 (2000), S. 879 (891); *P. Kirchhof*, in Hommelhoff/ders. (Hrsg.), aaO (Fn. 1002), S. 11 (22).

¹²³⁵ Vgl. oben, 3., a), bb) und *J. Bitterlich*, in Lenz, *EUV/EGV*, Art. 308, Rn. 8.

¹²³⁶ Grundlegend bis heute *G. Nicolaysen*, *EuR* 1 (1966), S. 129 ff.; vgl. außerdem *M. Bungenberg*, aaO (Fn. 1226), S. 127 ff.; *T. Oppermann*, *Europarecht*, § 6, Rn. 69 ff.; *C. Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EG, Rn. 13 ff.

¹²³⁷ *EuGH*, *Slg.* 1956, 297, 312 („*Fédéchar*“); kritisch *BVerfGE* 89, 192, 210.

Die Lehre von den „implied powers“ wird durch Art. 308 nicht obsolet oder kanalisiert. Sie knüpft vielmehr im Gegensatz dazu an ausdrückliche Kompetenzen, nicht an vertragliche Zielbestimmungen an und wirkt deshalb „unterhalb“ des Art. 308 EG, erst Recht „unterhalb“ des Art. 48 EU.

a) *Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 EG*

Obwohl die Entscheidung über die zweckmäßige Ergänzung einer Gemeinschaftsregelung trotz etwaiger Kompetenzgrenzen im Sinne des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EG) nach obigem Zweckmäßigkeitskriterium subjektiven Wertungen zugänglich ist und deshalb naturgemäß nicht mit letzter Sicherheit erfolgen kann, finden sich doch die entscheidungserheblichen Parameter in eben jenem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, sowie in der mit dem Zweckmäßigkeitskriterium verwandten Auslegungsmaxime des „*effet utile*“ des Gemeinschaftsrechts¹²³⁸. Auch die über den Umweg des Sachzusammenhangs mit einer ausdrücklichen Verbandskompetenz der Gemeinschaft begründeten impliziten Ermächtigungen, sind teleologisch derart auszulegen, dass sie dem Ziel voller Sinnentfaltung der Vorschrift Rechnung tragen, ohne dabei ihrerseits gegen Art. 5 Abs. 1 EG zu verstoßen¹²³⁹. Voraussetzung dieser These ist natürlich, dass man nicht schon die Lehre von den „implied powers“ an sich für unvereinbar mit Art. 5 Abs. 1 EG erklärt, wie das im „*Maastricht-Urteil*“ des BVerfG anklingt¹²⁴⁰. So könnte man die Auffassung vertreten, dass Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 EG gerade darin liegen, die Gemeinschaft allein auf die ihr ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse zu restriktieren. Hiergegen spricht jedoch, dass dem Gedanken inhärenter Zuständigkeiten denknotwendig die Annahme zugrunde liegt, dass die „implied powers“ Bestandteil der „zugewiesenen Befugnisse“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EG sind¹²⁴¹. Darüber hinaus hat das Subsidiaritätsprotokoll zum Vertrag von

¹²³⁸ Dazu T. Oppermann, *Europarecht*, § 6, Rn. 70, sowie zweiter Teil, B., III., 3, a).

¹²³⁹ H. D. Jarass, *AöR* 121 (1996), S. 173 (176 f.).

¹²⁴⁰ BVerfGE 89, 192, 210 („*Maastricht*“).

¹²⁴¹ G. Nicolaysen, *EuR* 1 (1966), S. 129 (136 f.).

Maastricht unmissverständlich klargestellt, dass die Befugnisse der EG in der Auslegung, die sie durch den EuGH erfahren, nicht in Frage gestellt werden¹²⁴². Diese Klarstellung deckt sich mit der allgemeineren Erkenntnis, dass Auslegungsmethoden nicht von Art. 5 Abs. 1 EG erfasst sein können, werden hier doch bestehende Kompetenzen lediglich im Sinne ihrer „nützlichen Wirksamkeit“ interpretiert. Allerdings wird man diese Logik vor Missbrauch schützen müssen, sofern ein unzulässiger Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis gezogen, bzw. die Lehre von den „implied powers“ im Ergebnis zu einer „Kompetenz-Kompetenz“ der Gemeinschaftsorgane führen würde¹²⁴³.

b) *Anwendung auf den Einzelfall*

Wenn vor diesem Hintergrund die Untergrenze inhärenter Gemeinschaftskompetenzen, die Mindestanforderung zu ihrer Bejahung also, in der Zweckmäßigkeit einer Gemeinschaftsregelung mit Blick auf das jeweilige Ziel der expliziten Ermächtigung liegt („*effet utile*“), während die Obergrenze der Auslegung an der typisch (bundes-)staatlichen, demokratisch umfassend legitimierten und mithin gemeinschaftsfremden Befugnis zur eigenen Kompetenzbegründung (Art. 5 Abs. 1 EG) festgemacht ist, so ergibt sich dazwischen ein gewisser Beurteilungsspielraum. Zweckmäßig wäre die sekundärrechtliche Verankerung des Herkunftslandprinzips unter dem Aspekt der Dynamisierung und Effektivierung des Binnenmarktes für Dienstleistungen ohne jeden Zweifel, wie insbesondere die Kommission ausführlich nachgewiesen hat¹²⁴⁴. Nicht nur dem einzelnen selbständig Tätigen dient die Verabschiedung einer „Dienstleistungsrichtlinie“ als erhebliche Erleichterung bei der Durchsetzung seiner subjektiven europäischen Rechte; auch der Gemeinschaft insgesamt ist damit rechtlich wie ökonomisch geholfen, ist es doch gemäß Art.

¹²⁴² C. Calliess, in Calliess/Ruffert, Art. 5 EGV, Rn. 15.

¹²⁴³ Vgl. H. D. Jarass, AöR 121 (1996), S. 173 (175 ff.); BVerfGE 89, 155, 192.

¹²⁴⁴ Vgl. die Begründungserwägungen zum Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10), S. 7 ff., sowie KOM (2002), 441/endg., vom 30.07.2002: Der Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen.

3 Abs. 1 lit. a) und c) EG Aufgabe der Rechtsangleichung, Hemmnisse für die Ausübung der Grundfreiheiten möglichst umfassend abzubauen, um dem Vertragsziel des Binnenmarktes zu entsprechen¹²⁴⁵ und verspricht doch die Erreichung dieses Ziel wirtschaftlich Prosperität und neue Arbeitsplätze¹²⁴⁶. An dieser Stelle sei nochmals darauf verwiesen, dass sich die insoweit umgekehrten Probleme des grundlegenden Tabakurteils hier gerade nicht stellen¹²⁴⁷. Das gilt auch und gerade, wenn das Herkunftslandprinzip unter dem *Cassis*-Vorbehalt der „zwingenden Erfordernisse“ steht, sowie unter Beachtung liberalisierungsuntauglicher, weil wettbewerbsfeindlicher Dienstleistungen wie denjenigen im allgemeinen bzw. im hoheitlichen Interesse (staatliche Gesundheitsdienstleistungen, Leistungen der Daseinsvorsorge, Leistungen der Notare etc.). Derartige Vorbehalte sind notwendiger Ausdruck gestalterischer Verantwortung der Gemeinschaftsorgane¹²⁴⁸.

Ob aber eine Auslegung des Art. 47 Abs. 2 EG dahingehend, dass er neben den ausdrücklich genannten Koordinierungsmaßnahmen auch die (materielle) Etablierung des Herkunftslandprinzips im Dienstleistungssektor erfasst, nicht im Ergebnis über die durch Art. 5 Abs. 1 EG gezogenen Grenzen hinausschießt, muss zumindest diejenigen beschäftigen, die neben dem genannten Artikel vor allem das Einzelregelungsgebot des Art. 52 Abs. 1 EG beim Wort nehmen¹²⁴⁹. Tut man dies, so bedarf es wohl keiner weiteren Beweisführung, dass Art. 47 Abs. 2 EG eine in sich sinnfällige Vorschrift ist, der auch ohne Erfassung des Herkunftslandprinzips ein gleichermaßen bedeutender wie zweckmäßiger Anwendungsbereich im Rahmen der

¹²⁴⁵ Oben, B.

¹²⁴⁶ Vgl. die OECD-Studie „Economic Survey of the Euro Area 2005: Integrating Services Markets“, unter www.oecd.org/eco/surveys/eu und SEK (2004), 21: „Extended impact assesment of proposal for a directive on services in the internal market“; vgl. außerdem die dänische Studie „Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services“, im Internet unter www.copenhagen-economics/publications.com.

¹²⁴⁷ Dazu bereits oben, 2, a) m.w.N. in Fn. 1183.

¹²⁴⁸ Vgl. oben, C.

¹²⁴⁹ Dazu oben, 3, b).

Marktöffnung zukommt. Von der Notwendigkeit ihrer zweckmäßigen Ergänzung um die Befugnis zur Einführung des Herkunftslandprinzips, gleichsam im Interesse ihrer praktischen Sinnfälligkeit, kann von daher nicht die Rede sein.

8 Ergebnis

Auch unter Hinzuziehung völkerrechtlich anerkannter Auslegungsmethoden bleibt es somit bei dem gefundenen Ergebnis, dass sich die Gemeinschaftsorgane auf die falsche Ermächtigungsgrundlage gestützt haben. Als Gemeinschaftskompetenz käme lediglich Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 55 EG in Betracht. Nachdem diese Ermächtigung allerdings ausreicht, braucht nicht auf eventuelle politische Konsequenzen mangelnder Ermächtigung eingegangen werden¹²⁵⁰. Eine Verpflichtung der Bundesregierung, im Rat gegen die Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie zu votieren, hat niemals bestanden.

IV. Reichweite der Binnenmarktkompetenzen im Gesamtgefüge des Binnenmarktrechts: zur inhaltlichen Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips

1 Das bisherige Liberalisierungskonzept im Sekundärrecht – Kongruenz mit dem Primärrecht

Anhand einer Analyse spezieller Liberalisierungskonzepte in ausgewählten Einzelbereichen aus Handwerk und Gewerbe¹²⁵¹ (z.B. RL

¹²⁵⁰ Vgl. anlässlich der „Entsende-Richtlinie“ B. Steck, Geplante Entsende-Richtlinie nach Maastricht ohne Rechtsgrundlage?, EuZW 1994, S. 140 ff.

¹²⁵¹ Ausführliche Übersichten bei G. Klinge, Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbstständigen Handwerkers im Europäischen Binnenmarkt, WiVerw 1992, S. 1 ff.; A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (82 ff.).

64/427/EWG¹²⁵²; RL 96/71/EG¹²⁵³; RL 2000/12/EG¹²⁵⁴; RL 93/22/EWG¹²⁵⁵; 2000/31/EG¹²⁵⁶), sowie aus dem Bereich der sog. freien Berufe¹²⁵⁷ (z.B. für Ärzte RL 93/16/EWG¹²⁵⁸ und RL 75/362/EWG¹²⁵⁹; für Architekten RL 85/384/EWG¹²⁶⁰; für Rechtsanwälte RL 77/249/EWG¹²⁶¹) lassen sich grundlegende Aussagen über das im Dienstleistungssektor bisher vorherrschende Regelungskonzept zu treffen. Danach war grundsätzlich zwischen Regelungen, die den *Marktzugang* ausländischer Dienstleister betreffen (z.B. Anforderungen an die Qualifikation, die finanzielle Leistungsfähigkeit oder – im Bereich der reglementierten Berufe – die Befreiung von Genehmigungs-, Eintragungs- oder Mitgliedschaftspflichten) und solchen, die das *Marktverhalten* nach einem solchen Zugang regeln (für Rechtsanwälte also z.B. die Tätigkeiten, die mit der Vertretung oder Verteidigung des Mandanten zusammenhängen, sowie das Standesrecht, für Ärzte das berufliche und administrative Disziplinarrecht, für Gewerbetreibende z.B. die in der Praxis sehr bedeutenden untergesetzlichen Regelwerke wie die DIN-Normen, das private

¹²⁵² Richtlinie des Rates vom 07.07.1964 über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23 bis 40 (Industrie und Handwerk), ABl.EG 1964, Nr. 117, geändert durch RL 69/77/EWG, ABl.EG 1969, Nr. L 59/8.

¹²⁵³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl.EG 1997, Nr. L 18/1.

¹²⁵⁴ Oben, C., I., Fn. 1032.

¹²⁵⁵ Oben, C., I., Fn. 1033.

¹²⁵⁶ Oben, C., I., Fn. 1034.

¹²⁵⁷ U. Everling, Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 24 (1989), S. 338 ff.; J. Scherer, Europäisches Niederlassungsrecht für Freiberufler, WiVerw 1987, S. 159 ff.; A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (82 ff.).

¹²⁵⁸ Oben, C., I., Fn. 1036.

¹²⁵⁹ Richtlinie des Rates vom 16.06.1975 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Arztes und für die Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl.EG 1975, Nr. L 167/1, geändert durch RL 82/76/EWG, ABl.EG 1982, Nr. L 43/21.

¹²⁶⁰ Oben, C., I., Fn. 1037.

¹²⁶¹ Oben, C., I., Fn. 1039.

Haftungsrecht und die öffentliche Wirtschaftsaufsicht), zu unterscheiden. Sah man sich die oben genannten Richtlinien näher an, so konnte der folgenden Unterscheidung Leitbildcharakter für die bisherige Liberalisierung des EU-Dienstleistungssektors zugeschrieben werden: während der Marktzugang für ausländische Dienstleistungen bereits nach bisheriger Rechtslage weit reichend dem Herkunftslandprinzip überantwortet war, galt für das Marktverhalten das Recht des Aufnahmelandes, mit anderen Worten das Bestimmungslandprinzip¹²⁶². Ausnahmen galten lediglich für die sektorspezifischen Richtlinien über Wertpapierdienstleistungen, sowie im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs und der Fernsehätigkeit¹²⁶³.

Dieser Differenzierung ist nunmehr ausdrücklich auch die Berufsanerkenntnisrichtlinie vom 06.06.2005¹²⁶⁴ gefolgt, die sämtliche bisher erlassenen sektoralen Richtlinien ersetzt und implementiert, soweit es sich bei dem Regelungsgegenstand um einen „reglementierten Beruf“ handelt¹²⁶⁵. Dort heißt es im insoweit maßgeblichen Art. 4 Abs. 1:

„Die Anerkennung der Berufsqualifikationen durch den Aufnahmemitgliedstaat ermöglicht der begünstigten Person in diesem Mitgliedstaat denselben Beruf wie den, für den sie in ihrem Herkunftsmitgliedstaat qualifiziert ist, aufzunehmen und unter denselben Voraussetzungen wie Inländer auszuüben“.

Die damit sekundärrechtlich getroffene Unterscheidung zwischen Marktzugang und Marktverhalten entspricht dem Primärrecht, das in Art. 50 Abs. 3 EG seinen Ausgangspunkt im Bestimmungslandprinzip nimmt. Danach

¹²⁶² Ebenso *W. Kluth*, Die Bedeutung der EU-Dienstleistungsrichtlinie für die Kammern und ihre Aufgaben, in ders. (Hrsg.), Jahrbuch des Kammerrechts 2003, 2004, S. 94 (110).

¹²⁶³ *A. Windoffer*, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (88 f.).

¹²⁶⁴ RL 2005/36/EG, ABl.EU L 255/22; dazu *W. Kluth/F. Rieger*, EuZW 2005, S. 486 ff.

¹²⁶⁵ Kritisch dazu oben, Fn. 1080.

„(...) kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“.

Um allerdings Art. 50 Abs. 3 EG mit dem Beschränkungsverbot des Art. 49 Abs. 1 EG zu vereinbaren, ist der Grundsatz der Inländergleichbehandlung, was den Marktzugang betrifft, zugunsten des Herkunftslandprinzips vielfältig aufgeweicht worden. Dies vor allem durch die inzwischen erlassenen sektoralen Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung der Berufsqualifikationen, bzw. die zitierte allgemeine Berufsanerkenntnisrichtlinie, soweit diese letztere implementiert¹²⁶⁶.

2 Das Liberalisierungskonzept der Dienstleistungsrichtlinie - Inkongruenz mit dem Primärrecht?

Demgegenüber unterscheidet die am 28.12.2006 in Kraft getretene Dienstleistungsrichtlinie bei der Etablierung des Herkunftslandprinzips nicht zwischen denjenigen inländischen Regelungen, welche den Marktzugang versperren und denjenigen, welche lediglich das Marktverhalten *nach* einem solchen Marktzugang ausgestalten. Verwandt wird vielmehr – analog deutscher Verfassungsrechtsdogmatik zu Art. 12 GG¹²⁶⁷ – das abstrakte Begriffspaar der „Aufnahme“ und „Ausübung“ einer Dienstleistungstätigkeit¹²⁶⁸. In Deutschland ist man sich aber inzwischen weitgehend einig, dass sich trotz theoretischer Beibehaltung der abstrakten Stufenzuordnung mitunter Verschiebungen zwischen den einzelnen Ingerenzen in die Berufsfreiheit

¹²⁶⁶ *W. Kluth*, in ders. (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammerrechts* 2003, 2004, S. 94 (110).

¹²⁶⁷ Statt aller *P. Tettinger*, in *Sachs*, GG, Art. 12, Rn. 55 f. m.w.N.

¹²⁶⁸ Art. 14 Abs. 1, 15 Abs. 1, 16 Abs. 1 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), sowie Begründungserwägung 46, ebd.; zum insoweit unveränderten Kommissionsvorschlag auch *W. Kluth/F. Rieger*, *GewArch* 2006, S. 1 (5).

und den dazugehörigen Abwägungsmaßstäben ergeben können¹²⁶⁹. Hier wie dort sind (Dienstleistungs-) Ausübungsregelungen denkbar, die in ihrer Wirkungsweise Eingriffen in die Berufswahl „nahe kommen“¹²⁷⁰ und damit im Ergebnis den Marktzugang betreffen. Das Begriffspaar der Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit bedarf mithin auch im Europarecht stets der ergebnismotivierten Rückversicherung durch das qualitative Kriterium des Marktzugangs und dieses wiederum entspricht nach hier vertretener Auffassung dem Herkunftslandprinzip mit seiner immanenten Verhältnismäßigkeitsprüfung¹²⁷¹.

Ein Verhältnismäßigkeitstest i.e.S. findet sich nunmehr auch in Art. 16 Abs. 1 lit. c) DLR¹²⁷². Den Gefahren, die durch die mangelnde Unterscheidung zwischen Marktzugang und Marktverhalten den inländischen Dienstleistungsempfängern (etwa durch den Import niedrigerer technischer Standards) drohen, versucht man aber primär durch allgemeine und spezielle Ausnahmen zum Herkunftslandprinzip Herr zu werden¹²⁷³. Gleichzeitig werden alle übrigen Dienstleistungsausübungsregelungen auf ihre Verhältnismäßigkeit hin überprüft. Das wirft nicht nur die Frage nach der Konzeptkompatibilität dieses „neuen Ansatzes“ mit dem bisherigen Sekundärrecht¹²⁷⁴, sondern zuvörderst die Frage nach der Vereinbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie mit dem Primärrecht, genauer mit dem Bestimmungslandprinzip in Art. 50 Abs. 3 EG auf. Denn im Bestimmungslandprinzip lag bisher die Rechtfertigung dafür, dass marktverhaltensregulierende Normen gegenüber dem Europarecht *a limine* immun waren¹²⁷⁵. Eine Ausnahme wurde nur dann gemacht, wenn nach der

¹²⁶⁹ P. Tettinger, in Sachs, GG, Art. 12, Rn. 123 ff.; O. Depenheuer, Freiheit des Berufs und Grundfreiheiten der Arbeit, in Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 241 (260 ff.) jeweils m.w.N.

¹²⁷⁰ BVerfGE 11, 30 (44 f.); 86, 28 (38); st. Rspr.

¹²⁷¹ Dritter Teil, B. III.

¹²⁷² Anders noch Art. 16 KOM (2004), 2 /endg., aaO (Fn. 10).

¹²⁷³ Vgl. Art. 2 und 17 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), sowie Begründungserwägungen 8 ff., ebd.

¹²⁷⁴ Vgl. dazu nunmehr Art. 3 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3); anders noch KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10).

¹²⁷⁵ Dritter Teil, B., III., 2, c).

Keck-Unterscheidung im Ergebnis ausländische Produkte schlechter standen als inländische, mithin deren Marktzugangsrecht betroffen war. Erst nach dieser Feststellung stand eine Überprüfung dieser Normen auf ihre Verhältnismäßigkeit i.S.d. *Cassis*-Doktrin wieder zur Debatte¹²⁷⁶. Fraglich ist also, ob die Dienstleistungsrichtlinie in diesem Punkt gegen Primärrecht verstößt.

a) *Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten*

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass neben den Mitgliedstaaten, als den originären Verpflichtungsadressaten, auch der Gemeinschaftsgesetzgeber die Grundfreiheiten zu wahren und zu achten hat¹²⁷⁷. Das ergibt sich schon aus der rechtsstaatlichen Maxime der Bindung aller staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz (vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EU), in Unionskategorien also der Bindung aller supranationalen (quasistaatlichen) Gewalt an die Verträge und hier insbesondere an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Elemente objektiver Ordnung¹²⁷⁸.

b) *Kollision von primärem und sekundärem Recht*

Kein Sekundärrechtsakt darf demnach gegen höherrangiges Primärrecht verstoßen. Zum höherrangigen Recht in diesem Sinne gehört Art. 50 Abs. 3 EG, der als Begleitrecht ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für den Dienstleistungserbringer gewährleistet, dieses aber zwecks Minimierung von Inländerdiskriminierungen dadurch bedingt, dass die rechtlichen Voraussetzungen der Dienstleistungsausübung, welche der Aufnahmestaat für seine Angehörigen vorschreibt, gleichermaßen für den ausländischen Dienstleistungserbrin-

¹²⁷⁶ Dritter Teil, B., III., 2, c) a.E.

¹²⁷⁷ Zweiter Teil, B., III., 2, m.w.N. in Fn. 380; ferner EuGH, Slg. 1984, 1229, Rn. 18 („Rewe“); Slg. 1994, I-3879, Rn. 11 („Meyhui“); R. O. Schwemer, aaO (Fn. 380); T. Kingreen/R. Störmer, EuR 33 (1998), S. 263 (277); D. Ehlers, in ders. (Hrsg.), EuGR, 2005, § 7, Rn. 44.

¹²⁷⁸ D. Ehlers, in ders. (Hrsg.), EuGR, 2005, § 7, Rn. 35; weitere Elemente: die europäischen Grundrechte, vgl. T. Kingreen/R. Störmer, EuR 33 (1998), S. 263 (263, 271 ff.).

ger gelten. Damit statuiert Art. 50 Abs. 3 EG das Gebot der Inländergleichbehandlung oder *Bestimmungslandprinzip*, wonach das Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht dazu genutzt werden darf, Unionsbürger gegenüber den eigenen Staatsangehörigen zu diskriminieren¹²⁷⁹. Aus der Rechtsetzungsperspektive der Union, für die ja alle Unionsbürger „Inländer“ sind, folgt daraus ein Gebot, die Bürger des Bestimmungslandes gegenüber denen des Herkunftslandes der Dienstleistung nicht willkürlich zu diskriminieren, bzw. solchen Diskriminierungen durch das der Umsetzungsverpflichtung in Art. 10 EG Folge leistende inländische Recht nicht willkürlich Vorschub zu leisten¹²⁸⁰. In der Konsequenz dieses Grundsatzes folgten bislang Dienstleistungen wie etwa die eines Handwerkers, eines Arztes, eines Rechtsanwaltes oder Architekten, hinsichtlich ihrer *fachlichen* Voraussetzungen (Qualifikation, Marktzugang) dem Recht des Herkunftsstaates; bei der Berufsausübung (Marktverhalten) in einem anderen Mitgliedstaat ist bislang allerdings regelmäßig dessen Privatrecht (z.B. Haftung), dessen Wirtschaftsverwaltungsrecht (d.h. neben der anzuerkennenden fachlichen Qualifikation vor allem die Kontrolle der *sachlichen* und *persönlichen* Zulassungsvoraussetzungen¹²⁸¹), dessen Arbeits-, und Sozialrecht und schließlich dessen Umweltrecht, um nur ein paar Regelungsgegenstände herauszugreifen¹²⁸², maßgeblich gewesen. Als Begründung hierfür lässt sich anführen, dass die auf gegenseitigem Vertrauen basierende Annerkennung der Berufsqualifikationen und sonstigen Zulassungsvoraussetzungen tragendes Element eines Binnenmarktes ist, der seinerseits insofern unvollkommen ist, als er sich vertragsgemäß aus 27 souveränen Mit-

¹²⁷⁹ EuGH, Slg. 1996, I-6511, Rn. 25 (Reisebüro Broede) – st.Rspr.

¹²⁸⁰ Dies gilt, gleichviel welche Rolle man den nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung eines Sekundärrechtsaktes der Gemeinschaft zubilligt, vgl. einerseits *A. Epiney*, aaO (Fn. 133), S. 428 f.; andererseits *D. Ehlers*, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. I, § 2, Rn. 98.

¹²⁸¹ Vgl. zu den materiellen Maßstäben erlaubnispflichtiger Gewerbe im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht *P. Badura/P. M. Huber*, in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 3, Rn. 148 ff.; aus aktuellem Anlass ferner *U. Schliesky*, in Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005*, S. 33 (37).

¹²⁸² Ausführlich oben, C., III., 1.

gliedstaaten und somit 27 partikularen Wirtschaftspolitiken inklusive der dazugehörigen Rahmenbedingungen konstituiert¹²⁸³.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob ein grundsätzlich (d.h. vorbehaltlich etwaiger Bereichsausnahmen) auch für die Modalitäten der Dienstleistungsausübung geltendes Herkunftslandprinzip mit Art. 50 Abs. 3 EG zu vereinbaren ist. Denn ein Herkunftslandprinzip dieser Machart reicht über die Realisierung des Beschränkungsverbot in Art. 49 Abs. 1 EG und insofern über ein bloßes Marktzugangsrecht¹²⁸⁴ weit hinaus. Wir haben es mit einem Normenkollisionsproblem zu tun, dessen Lösung allgemeinen Grundsätzen folgend auf eine Rangfrage hinausläuft: darf sekundäres Gemeinschaftsrecht das Herkunftslandprinzip von seiner primärrechtlichen Verankerung lösen, wenn dadurch das primärrechtliche Bestimmungslandprinzip unterwandert wird?

c) *Lösungsparameter*

Zur Beantwortung dieser Frage ist es hilfreich, sich an folgenden Lösungsparametern zu orientieren, die auf praktischen, vor allem aber strukturellen Erwägungen der Normenkollision im Gesamtgefüge des Binnenmarktrechts aufbauen.

aa) Der Grundsatz der Normenhierarchie

Auch das EG-Recht wird, wie das deutsche Recht, durch das Prinzip der Normabstufung innerhalb einer hierarchisch gegliederten Normenpyramide geordnet¹²⁸⁵. Die Grundsätze der Normenhierarchie ergeben sich im Gemeinschaftsrecht aus der Bindung des Handelns der Organe an die Verträge (Art. 7 EG, Art. 5 EU), sowie aus den

¹²⁸³ Dritter Teil, A., II., 1.

¹²⁸⁴ Vgl. dritter Teil, B., III., 2, c); das Herkunftslandprinzip nur für Marktzugangsregelungen statuierend auch *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 165, 179; *M. Hoffmann*, aaO (Fn. 135), S. 66 ff.; *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht, Rn. 698 und die ganz h.M.; a.A. hingegen *E. Steindorff*, ZHR 158 (1994), S. 149 (163).

¹²⁸⁵ *R. Bieber*, Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen, S. 226 ff. für das nationale und 254 ff. für das Europäische Gemeinschaftsrecht; *A. von Bogdandy/J. Bast*, EuGRZ 28 (2001), S. 441 (442).

Bestimmungen über die Vertragsänderung (Art. 48 EU) und über die gerichtliche Kontrolle (Art. 230, 232, 234 EG)¹²⁸⁶. Zur Beantwortung vorliegender Rangfrage genügt es jedoch nicht (zumindest nicht allein), schlicht auf Art. 50 Abs. 3 EG als die dem Sekundärrecht vorgehende Primärrechtsnorm zu verweisen. Zunächst betrifft Art. 50 Abs. 3 EG ausweislich seines Wortlauts nur den Fall des persönlichen Grenzübertritts, was seiner Ausweitung zum allgemeinen Ordnungsprinzip für Dienstleistungen entgegengehalten werden könnte. Darüber hinaus steht Art. 50 Abs. 3 EG, wie nicht zuletzt die bisherigen Liberalisierungskonzepte zeigen, generell in einem Spannungsverhältnis zu Art. 49 Abs. 1 EG, der als Beschränkungsverbot im Sinne eines Marktzutrittsrechts und damit im Sinne des Herkunftslandprinzips verstanden werden muss¹²⁸⁷. Art. 50 Abs. 3 EG gebietet demnach zwar die Gleichbehandlung von In- und Ausländern; daraus folgt aber nicht, dass jede innerstaatliche Norm auf Ausländer gleichermaßen angewendet werden muss bzw. darf¹²⁸⁸.

bb) Das Organisationsmodell des „supranationalen Föderalismus“...¹²⁸⁹

Die Entscheidung über die Vereinbarkeit eines auch für die Modalitäten der Dienstleistungsausübung geltenden sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips mit Art. 50 Abs. 3 EG bedarf daher weiterer Anhaltspunkte. Zweckdienlich erscheint zunächst ein Blick auf föderative Strukturelemente, wie sie sich auf Unionsebene in den Art. 1 Abs. 2 und 6 Abs. 3 EU, sowie in der 12. Erwägung der Präambel

¹²⁸⁶ R. Bieber, Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen, S. 240 ff.; M. Haag, in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 6, Rn. 50.

¹²⁸⁷ Vgl. oben, Fn. 1284 m.w.N.

¹²⁸⁸ Diesem Muster folgend, sieht die Berufsanerkennungsrichtlinie (oben, Fn. 1264) in ihrem Art. 5 Ausnahmen zum Bestimmungslandprinzip, etwa hinsichtlich der Zulassung, Eintragung oder Pflichtmitgliedschaft in einer Berufsorganisation vor, vgl. W. Kluth/F. Rieger, EuZW 2005, S. 486 (489 f.).

¹²⁸⁹ Grundlegend A. von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, S. 61 ff.; zustimmend P. de Nanclares, The Federal Elements of the EU, ZEuS 2001, S. 595 (623 ff.); G. Ress, Die EU und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den EG, JuS 1992, S. 985 (991); M. Zuleeg, Die föderativen Grundsätze der EU, NJW 2000, S. 2846 ff.

zum EU-Vertrag, auf Gemeinschaftsebene zudem in Art. 5 EG finden¹²⁹⁰. Hieraus lässt sich der institutionelle Rahmen einer an der Rechtsprechung des EuGH orientierten Auflösung des Normenkollisionsproblems entwickeln.

Die EU ist – mehr noch als die unter ihrem Dach befindliche EG¹²⁹¹ – gerade keine Bundesstaat im herkömmlichen völkerrechtlichen Sinne. Diese Sicht der Dinge wurde bereits mehrfach betont¹²⁹²; sie erfährt ihre Bestätigung vor allem durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das in Art. 5 Abs. 1 EG der Union die dem Völkerrechtsstaat originär zu eigene Kompetenz-Kompetenz versagt¹²⁹³, sowie durch das Fehlen eines eigenen europäischen Staatsvolkes (vgl. Art. 1 Abs. 2 EU), welches als „*pouvoir constituant*“ zu fungieren im Stande wäre¹²⁹⁴. Die EG, als der organisationsrechtlich verdichtete Kompetenzträger innerhalb der Klammerkonstruktion der Union, verfügt allerdings in den ihr übertragenen Bereichen über originäre öffentliche Gemeinschaftsgewalt¹²⁹⁵. Ferner lässt sich von der in den Gründungsverträgen angelegten Integrationsdynamik (vgl. Art. 1 Abs. 2, 1. Halbsatz EU: „neue Stufe“) und dem somit ständig

¹²⁹⁰ Vgl. dazu bereits in Ansätzen III. (Fn. 1161) und zweiter Teil, B., IV., 3, b).

¹²⁹¹ Zur architektonischen Struktur der Europäischen Union („Drei-Säulen-Modell“) s. K. Ambos/P. Rackow, Jura 2006, S. 505; A. von Bogdandy/C.-D. Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam, Teil 3, EuR Beiheft 2/1998; U. Everling, Von den Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union, in Classen u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Thomas Oppermann, 2001, S. 163 (175 ff.), sowie zweiter Teil, A., m.w. N. in Fn. 81.

¹²⁹² Zuletzt oben, I., m.w.N. in Fn. 1134 und 1135.

¹²⁹³ H.-P. Kraußner, aaO (Fn. 1138), S. 21 ff.; in diesem Zusammenhang ist es legitim auf Art. 5 EG zu verweisen, nachdem der EUV, als das Dach der Union, über keine eigenen Kompetenzzuweisungen an die Union verfügt; diese Sicht erfährt Bestätigung durch Art. 2 Abs. 2 EU, der auf Art. 5 EG verweist, den 12. Erwägungsgrund der Präambel und Art. 1 Abs. 2 EU, wonach „Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden“, sowie Art. 5 EU, der von einem einheitlichen institutionellen Rahmen der Union ausgeht, vgl. M. Zuleeg, in von Bogdandy/Ehlermann (Hrsg.), EuR Beiheft 2/1998, S. 151 (151 ff.); C. Calliess, in ders./Ruffert, Art. 2 EUV, Rn. 17 f.

¹²⁹⁴ H. J. Blanke, DÖV 1993, S. 412 (414 f.); T. Oppermann, Europarecht, § 12, Rn. 17.

¹²⁹⁵ C. Stumpf, in Schwarze, Art. 1 EUV, Rn. 8; C. Calliess, in ders./Ruffert, Art. 1 EUV, Rn. 19.

im Flusse befindlichen Vergemeinschaftungsprozeß der Union auf Qualitätsverschiebungen in Richtung auf eine neue, bisher unbekannte Organisationsform zwischen Staatenbund und Bundesstaat schließen, die man durchaus als „supranationalen Föderalismus“ verstehen kann. Anlehnungen an das Modell des „Europäischen Bundesstaates“ seien von daher erlaubt¹²⁹⁶.

Europäischer Föderalismus heißt dem gemäß zunächst Dezentralisierung „staatlicher“ Macht und „staatlicher“ Entscheidungsprozesse – eine Forderung, die durch das Herkunftslandprinzip in geradezu idealtypischerweise eingelöst wird. Solche Dezentralität gewährleistet mehr innereuropäischen Wettbewerb und damit in der Regel auch mehr gesamtstaatliche Effektivität¹²⁹⁷. Dezentralität kraft des Herkunftslandprinzips eröffnet die Chance für mehr Vielfalt und Wettbewerb, gewährleistet zwischen den Mitgliedstaaten die Bewahrung von Unterschiedlichkeiten (in der Sprache des Art. 6 Abs. 3 EU „Identitäten“) und führt damit innerhalb einer Union, die dem Subsidiaritätsprinzip verpflichtet ist (Art. 5 Abs. 2 EG) letztlich zu mehr Freiheit¹²⁹⁸. Föderative Dezentralität konstituiert schließlich – und das ist angesichts einiger Mängel betreffend die horizontale Gewaltenteilung zwischen den Gemeinschaftsorganen¹²⁹⁹ besonders hervorzuheben – ein System vertikaler Gewaltenteilung, das neben das klassische System horizontaler Gewaltenteilung tritt und damit vor allem die rechtsstaatlichen Garantien mittels mehr Beschränkung und Kontrolle supranationaler Macht verstärkt.

Andererseits muss jedwede Form von föderativer Dezentralisierung, also auch die der supranationalen Föderation, in einem ausgewogenen Verhältnis zu den Belangen legitimer Zentralität und ihrer

¹²⁹⁶ Ebenso die in Fn. 1289 genannten Autoren, sowie *C. Calliess*, in ders./Ruffert, Art. 1 EUV, Rn. 19; *L. Siedentop*, Demokratie in Europa, S. 7, 19 ff.; krit. zum „Verhaftetsein“ in Kategorien des klassischen Staats- bzw. Völkerrechts, wenn gleich i.E. ähnlich *C. Schönberger*, AöR 129 (2004), S. 81 ff.

¹²⁹⁷ *J. Snell/M. Andenas*, in Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2004, S. 69 (89), sowie dritter Teil, A., I., 3 m.w.N. in Fn. 587 und 589.

¹²⁹⁸ So schon dritter Teil, A., II., 2.; vgl. auch *L. Siedentop*, Demokratie in Europa, S. 44.

¹²⁹⁹ Dazu *G. Ress*, JuS 1992, S. 985 (988 ff.).

Gewähr möglichst einheitlicher Lebensverhältnisse, ihrer Gewähr von Rechts- und Wirtschaftseinheit und ihrer Gewähr für ein Mindestmaß an Gleichheit aller Unionsbürger im Gesamtgefüge stehen. Dabei wird „Gleichheit“ im föderativen Organisationsmodell der EU – und das ist der Unterschied zum „echten“ Bundestaatsmodell – durch die Abwesenheit jeglicher Diskriminierung in den Mitgliedstaaten, also ebenfalls *dezentral* und nicht zentral verwirklicht, sieht man einmal von sekundärrechtlichen Vereinheitlichungen ab. Damit steht und fällt die Idee des „supranationalen Föderalismus“ mit der Balance zwischen unionaler Dezentralisierung und mitgliedschaftlicher Zentralisierung, zwischen Freiheit auf Unionsebene und Gleichheit auf Ebene der Mitgliedstaaten, zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, kurz: zwischen Herkunfts- und Bestimmungslandprinzip. Berufen zur Ausbalancierung dieser gegensätzlichen Belange ist der Europäische Gerichtshof, der die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages“ sichert (Art. 220 Abs. 1 EG)¹³⁰⁰.

cc) ... und die dazugehörige Rechtsprechung des EuGH
 In der Entscheidung „*Keck und Mithouard*“¹³⁰¹ zum freien Warenverkehr, deren ratio nach hier vertretener Auffassung auf Dienstleistungen übertragbar ist¹³⁰², hat der EuGH erkannt, dass die unbedingte Geltung des Herkunftslandprinzips im supranationalen Föderalismus zu wettbewerbsverzerrenden und damit aus Sicht des Binnenmarktes zu kontraproduktiven Ergebnissen führen würde¹³⁰³. Er hat deshalb das Herkunftslandprinzip in sachgerechter Weise dahingehend eingeschränkt, dass es nur für „Produkt- bzw. Leistungsmodalitäten“, nicht aber für „Verkaufs- bzw. Leistungserbringungsmodalitäten“ gilt¹³⁰⁴. Als „Leistungsmodalitäten“ können sämtliche inländische Marktzugangsregelungen, auch wenn sie unterschiedslos für in- wie

¹³⁰⁰ Vgl. *M. Simm*, aaO (Fn. 1148).

¹³⁰¹ EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16; vgl. dritter Teil, B., III., 2, c).

¹³⁰² Dritter Teil, B., III., 5; ebenso *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 2559; *U. Schliesky*, DVBl. 2005, S. 887 (889).

¹³⁰³ *U. Schliesky*, DVBl. 2005, S. 887 (889).

¹³⁰⁴ Dritter Teil, B., III., 2, c) und 5.

ausländische Dienstleistungserbringer gelten, einschließlich der sachlichen Qualifikationsanforderungen, die nicht von der Berufsqualifikationsrichtlinie erfasst werden¹³⁰⁵, angesehen werden¹³⁰⁶. Um jedoch während der Erbringung der Dienstleistung (vgl. Art. 50 Abs. 3 EG, Art. 4 Abs. 1 RL 2005/36/EG, Berufsankennungsrichtlinie) die Unterschiedlichkeit des anzuwendenden Rechts in Abhängigkeit von der Herkunft des Dienstleistungserbringers zu vermeiden und um somit jedenfalls im Bereich des Marktverhaltensrechts einem gewissen „Chaos“ der Rechtssysteme vorzubeugen, darf die Art und Weise der Dienstleistungserbringung von den inländischen Wirtschaftsüberwachungsbehörden nicht unterschiedlich danach beurteilt werden, „ob der Dienstleistungserbringer zufällig seinen Sitz in Portugal, Estland, Irland oder Deutschland hat“¹³⁰⁷. Alles andere würde neben einer Kollision des sekundären (DLR) mit dem primären Gemeinschaftsrecht (Art. 50 Abs. 3 EG) auch zu praktisch absurden Ergebnissen führen (vgl. das obige Öffnungszeitenbeispiel¹³⁰⁸).

In der Rechtssache „Schutzverband gegen Weinvertriebs-GmbH“¹³⁰⁹ hat der EuGH zu Art. 28 EG sogar entschieden, dass ein ausländischer Anbieter *Anspruch* darauf hat, nach den Vorschriften des *Bestimmungslandes* tätig werden zu können. Man wird diese Judikatur angesichts des Art. 50 Abs. 3 EG erst Recht auf Dienstleistungen übertragen können¹³¹⁰. Auch hier gebietet die Wettbewerbsgleichheit im Binnenmarkt, dass in- und ausländische Dienstleister zumindest im Bestimmungsland zu gleichen Bedingungen konkurrieren können. Daher würde etwa ein zwingendes Herkunftslandprinzip

¹³⁰⁵ Also insbesondere die der Rechtsanwälte und Notare, die weiterhin der Anwaltsdienstleistungsrichtlinie gehorchen, vgl. oben, Fn. 1039.

¹³⁰⁶ Dritter Teil, B., III., 7; ebenso *U. Schliesky*, DVBl. 2005, S. 887 (889).

¹³⁰⁷ *U. Schliesky*, DVBl. 2005, S. 887 (889); vgl. auch *ders.*, in Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 33 (47) und Stellungnahme des Bundesrates zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates und des Europäischen Parlaments über Dienstleistungen im Binnenmarkt, BR-Drs. 128/04, Rn. 43; polemisch und wenig fundiert, wengleich in der Sache ähnlich auch *T. Fritz*, aaO (Fn. 2), S. 16.

¹³⁰⁸ Dritter Teil, B., III., 2, c), insb. Fn. 789.

¹³⁰⁹ EuGH, Slg. 1983, 1217, Rn. 7 ff.

¹³¹⁰ Ebenso *J. Fetsch*, ZEuP 2005, S. 541 (547).

für freiberufliche Gebührenordnungen¹³¹¹ erstens Sinn und Zweck der Grundfreiheiten verfehlen, sie also einschränken, und zweitens an den praktischen Bedürfnissen derjenigen, welche die Dienstleistung erbringen, vorbeigehen. Die völlig einsichtige Entscheidung des LG-Hamburg¹³¹² etwa, die es einem in Griechenland zugelassenen Rechtsanwalt, der in Deutschland nach § 3 RADG (jetzt § 25 Eu-RAG) vorübergehend rechtsberatend tätig wird, erlaubt, nach BRAGO- (jetzt RVG-) Sätzen abzurechnen, weil diese für ihn günstiger sind, wäre hinfällig.

Nun handelt es sich im hier genannten Gebührenbeispiel um privatrechtliche bzw. privatrechtsgestaltende Normen, deren Anwendung nach Maßgabe des Herkunftslandprinzips umgangen werden könnte, indem man Art. 50 Abs. 3 EG – in seiner Wirkung ähnlich dem aus dem deutschen Arbeitsrecht vertrauten Günstigkeitsvergleich, vgl. § 4 Abs. 3 TVG – als *Günstigkeitsprinzip* verstehen würde¹³¹³. Zur Erinnerung: Art. 50 Abs. 3 EG gebietet nicht, dass jede innerstaatliche Norm auf Ausländer gleichermaßen angewendet werden muss. Es würde dann dem subjektiven Dafürhalten des grenzüberschreitend tätigen Dienstleisters obliegen, welche Gebührenordnung für ihn günstiger ist und damit zu gelten hat. Im Privatrecht gilt ohnehin die Privatautonomie und mit ihr die Rechtswahlfreiheit, so dass die Unterschiedlichkeit des anzuwendenden Rechts und somit etwaige Rechtsunsicherheiten hier nicht wesentlich über das bereits bestehende Maß hinaus vergrößert zu werden drohen.

Für das Wirtschaftsverwaltungsrecht in den Mitgliedstaaten, das dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist und dessen ordnungsrechtlicher Ursprung die hoheitliche Wirtschaftsüberwachung fern jeder Privatautonomie gebietet¹³¹⁴, ist ein Günstigkeitsprinzip im oben genannten Sinne dagegen undenkbar. Das sei beispielhaft anhand der Prüfung der *subjektiven Zuverlässigkeit*, die insoweit eine zentrale

¹³¹¹ Zum Ganzen *J. Fetsch*, ZEuP 2005, S. 541 ff.

¹³¹² LG-Hamburg, NJW-RR 2000, 510 (511); dazu *J. Fetsch*, ZEuP 2005, S. 541 (548).

¹³¹³ Dazu *U. Preis*, Arbeitsrecht, § 98, II., 1., S. 118 ff.

¹³¹⁴ Vgl. *P. Badura/P. M. Huber*, in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3, Rn. 79 f.

Rolle innerhalb der Kontrolle des Wirtschaftsverkehrs und der teilnehmenden Wirtschaftssubjekte durch deutsche Behörden einnimmt¹³¹⁵, dargelegt. Ausgangspunkt ist dabei die bereits im Primärrecht angelegte Abschichtung von Verantwortungsbereichen im transnationalen Dienstleistungsverkehr¹³¹⁶. Es wird sich zeigen, dass die Trennung von Marktzugang und Marktverhalten auch unter Kontrollgesichtspunkten Bestätigung erfährt.

dd) Herkunftslandprinzip und Herkunftslandkontrolle

Mit dem Herkunftslandprinzip geht jedenfalls die *präventive* Kontrollverantwortung für Dienstleistungserbringer auf den Herkunftsstaat über¹³¹⁷. Das ergibt sich schon aus primärrechtlichen Überlegungen, wonach die Rechtmäßigkeit eines Produkts in seinem Herkunftsstaat Bedingung des Herkunftslandprinzips ist und insofern für dessen Vermarktung im Bestimmungsstaat zwingend vorausgesetzt wird¹³¹⁸. Mit der präventiven Kontrollverantwortung korrespondiert die Überlegung in der Rechtssache *Keck*, dass kontrollierte Produkt- bzw. Leistungsmodalitäten im gesamten Binnenmarkt verkehrsfähig sind¹³¹⁹. Anders bei Verkaufs- bzw. Leistungserbringungsmodalitäten: ihrem Export steht das Bestimmungslandprinzip entgegen, das diesbezüglich die Kontrollverantwortung nach erfolgtem Marktzutritt regelt. Unter Kontrollgesichtspunkten stellt sich mithin die Frage, ob wirtschaftsverwaltungsrechtliche Anforderungen an die persönliche Zuverlässigkeit im Bestimmungsland im Lichte der Rechtsprechung des EuGH als Leistungs- oder Leistungserbringungsmodalitäten zu verstehen sind. Einmal läge bereits nach Primärrecht die Kontrollverantwortung beim exportierenden Herkunftsstaat, ein anderes Mal hingegen beim importierenden Bestimmungsstaat. Einmal würde

¹³¹⁵ P. Badura/P. M. Huber, in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 3, Rn. 150; jüngst auch M. Eifert, „Zuverlässigkeit“ als persönliche Tätigkeitsvoraussetzung im Besonderen Verwaltungsrecht, *JuS* 2004, S. 565 ff.

¹³¹⁶ Vgl. dritter Teil, B., III., 5, a) a.E.

¹³¹⁷ U. Schliesky, in Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2004, 2005, S. 33 (45 ff.).

¹³¹⁸ Dritter Teil, B., II., 1 und 2; W, Kluth/F. Rieger, *GewArch* 2006, S. 1 (2).

¹³¹⁹ Dritter Teil, B., III., 2, c) und 5.

infolgedessen das Sekundärrecht mit Art. 50 Abs. 3 EG konfliktieren, ein anderes Mal hingegen nicht.

Was die vom *präventiven* Verbot mit Erlaubnisvorbehalt befreiende Erstkontrolle und damit -Zulassung im Herkunftsstaat betrifft, so könnte man angesichts der engen Verbindung von Person und Leistung bei der Herstellung des Produkts „Dienstleistung“¹³²⁰ daran denken, eine Leistungsmodalität anzunehmen, *sofern* überhaupt mit dem deutschen Recht vergleichbare (Zuverlässigkeits-) Regelungen bestehen. Eine *repressive* Kontrolle der Zuverlässigkeit des Dienstleistungserbringers und damit letztlich seines Produktes durch deutsche Behörden, also z.B. ein Widerruf der Gewerbeerlaubnis aufgrund Unzuverlässigkeit nach § 49 VwVfG bzw. nach den spezialgesetzlichen Normen (z.B. § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG) wäre dann zwar immer noch möglich (insofern können sich während der Ausübung der Tätigkeit im Aufnahmestaat Veränderungen einstellen)¹³²¹. Die demnach geprüfte (Un-) Zuverlässigkeit von Dienstleistenden aus einem anderen Mitgliedstaat würde indes für deutsche Behörden als Zulassungsvoraussetzung ausscheiden, wenn sie im Herkunftsstaat der Dienstleistung nicht, oder nicht so (und sei es nur aufgrund unterschiedlicher Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der (Un-) Zuverlässigkeit¹³²²) abverlangt würde¹³²³. Das muss befremden, nachdem Vorschriften, die ihre Rechtsfolgen an persönliche, nicht an fachliche Qualitäten des Dienstleistungserbringers knüpfen, zwar reflexartig auf die Qualität der Leistung durchschlagen; ihr Hauptanliegen ist hingegen in der Kontrolle der Art und Weise, des „Wie“ der Dienstleistungserbringung und damit in der

¹³²⁰ Vgl. zweiter Teil B., I., 2, d), ff), sowie dritter Teil, B., II., 2 und C., I.; außerdem *J. Snell*, aaO (Fn. 126), S. 18 ff.

¹³²¹ Die europarechtliche Unbedenklichkeit subjektiver Berufszulassungsvoraussetzungen bescheinigt abstrakt ebenso *D. Ehlers*, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht im Europäischen Binnenmarkt, NVwZ 1990, S. 810 (814) mit Hinweis auf die „Drei-Stufen-Theorie“ des BVerfG zu Art. 12 GG.

¹³²² Zur Bedeutung der Rechtsprechung für den unbestimmten, wenngleich gerichtlich voll überprüfaren Rechtsbegriff der „Zuverlässigkeit“ *M. Eifert*, Jus 2004, S. 565 (566).

¹³²³ *U. Schliesky*, in Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 33 (47).

Kontrolle der Leistungserbringungsmodalitäten des nationalen Ordnungsrahmens, nicht in der Kontrolle der Qualität der Dienstleistung zu sehen¹³²⁴. Letztere folgt deshalb dem Herkunftslandprinzip, erstere hingegen dem Bestimmungslandprinzip. Das Erfordernis der Zuverlässigkeit ist zwar jeweils auf ein bestimmtes Gewerbe bezogen, umfasst aber das gesamte Verhalten im gewerblichen Verkehr, so dass beispielsweise ein Bauunternehmer nicht nur bei Versagen auf bautechnischem Gebiet unzuverlässig ist, sondern auch dann, wenn sein Betriebsführung einen „Mangel an wirtschaftlichem und sozialem Verantwortungsbewusstsein“ offenbart¹³²⁵. Selbst wenn man angesichts dessen in der Zuverlässigkeit eine exportfähige Leistungsmodalität sehen wollte, so würde diese gemäß dem Primärrecht bloß den Marktzugang gewährleisten, müsste sich folgerichtig immer noch an die Leistungserbringungsmodalitäten im Bestimmungsland (ergo: die Kontrolle der Zuverlässigkeit durch deutsche Behörden) halten. Denn diese stellen keine Beschränkung im Sinne des Herkunftslandprinzips dar.

Ganz zu schweigen von den rein praktischen Unzulänglichkeiten, die eine Zuweisung der Kontrollverantwortung für das Marktverhalten an den Herkunftsstaat – etwa nach dem Vorbild des Art. 16 Abs. 2 DLR-E¹³²⁶ – mit sich bringen würde. Der Herkunftsstaat einer Dienstleistung hätte weder ein Interesse einen sich in seiner Außenhandelsbilanz positiv niederschlagenden Exportsachverhalt mit der gebotenen Sorgfalt zu kontrollieren, noch verfügte er über die dazu erforderlichen Mittel. In der Praxis wäre demnach europäische Amtshilfe von Nöten, mit all den Folgeproblemen, die sich der deutschen Verwaltung etwa in Bezug auf die Auswahl der Rechtsordnung, der die beteiligten Behörden unterliegen, stellen¹³²⁷. Nach der

¹³²⁴ Als Anknüpfungspunkte der (Un-) Zuverlässigkeit gelten etwa der Umgang mit besonderen Gefahrenquellen (z.B. im Umweltrecht), die Einbindung in Aufgaben der Gemeinwohlsicherung (z.B. Abfuhr des Arbeitgeberanteils an der Sozialversicherung) und allgemein die Bewahrung der Institutionen der Wettbewerbsordnung; zum Ganzen *M. Eifert*, Jus 2004, S. 565 (566 ff.).

¹³²⁵ BVerwG, DÖV 1958, S. 584.

¹³²⁶ Vgl. KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10).

¹³²⁷ Umfassend *U. Schliesky*, DVBl. 2005, S. 887 (893 f.).

hierzulande herrschenden Meinung¹³²⁸ jedenfalls, ist im Rahmen „grenzüberschreitender Amtshilfe“ dasjenige Recht maßgeblich, das für die um Amtshilfe *ersuchte* Behörde gilt. Im europäischen Kontext¹³²⁹ einer um Amtshilfe bittenden ausländischen Behörde, müsste das die deutsche Behörde sein, so dass §§ 4 ff. VwVfG zur Anwendung gelangen. Diese Auffassung wäre unter der Geltung des Herkunftslandprinzips nicht mehr zu halten¹³³⁰. Hinzu kommt ein verwaltungsorganisatorisches Phänomen, dass nämlich für die Mehrzahl der Dienstleistungsbranchen keine spezifischen Aufsichtsbehörden bestehen, wie das z.B. für die oligopolistisch strukturierten Märkte der Kreditinstitute und Versicherungen der Fall ist, bei denen die Markteintrittskosten hoch und die Risiken für die Schutzanliegen staatlicher Wirtschaftskontrolle offen liegen. In diesen Fällen ist das Herkunftslandprinzip in Gestalt der Sitzlandkontrolle daher bereits etabliert¹³³¹. In den übrigen Fällen würde die Aufsicht bestenfalls durch fachspezifische Behörden für einzelne Querschnittsmaterien erfolgen, weshalb sich bereits verwaltungsorganisatorisch bezweifeln lässt, ob eine effektive Herkunftslandkontrolle realistisch ist¹³³².

Wenn vor diesem Hintergrund in Art. 28 DLR dennoch von innereuropäischer Amtshilfe bei der Kontrolle der Dienstleistungserbringer und ihrer Dienstleistungen die Rede ist¹³³³, so kann dies nur auf Leistungsmodalitäten bezogen verstanden werden, deren Kontrolle, wie gesagt, bereits kraft Primärrechts dem Herkunftsland obliegt.

¹³²⁸ B. Stüer, Amtshilfeersuchen zwischen Sozialleistungsträgern und allgemeinen Verwaltungsträgern, DÖV 1985, S. 720 ff.; BVerwG, DVBl. 1996, S. 1199 (1200).

¹³²⁹ Der insoweit bereits belegte Begriff der „grenzüberschreitenden Amtshilfe“ bezeichnet keine transnationalen Sachverhalte im europarechtlichen Sinne, sondern die innerstaatliche Amtshilfe über vertikale oder horizontale Verwaltungsgrenzen hinweg, vgl. BVerwG, DVBl. 1986, 1199 ff.

¹³³⁰ Vgl. U. Schliesky, DVBl. 2005, S. 887 (893 f.)

¹³³¹ A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (92; 110).

¹³³² P. Mankowski, Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, IPrax 2004, S. 385 (388).

¹³³³ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

ee) Systemkonformität und Handhabbarkeit des Binnenmarktrechts

Für diese Sicht der Dinge sprechen desgleichen Überlegungen der Systemkonformität und Handhabbarkeit des Binnenmarktrechts. Deutsche Behörden hätten andernfalls an deutsche Dienstleister einen, an ausländische Dienstleister dagegen einen anderen (z.B. Zuverlässigkeits-) Maßstab anzulegen. Zwar existieren unterschiedliche Maßstäbe und damit eine durch das Gemeinschaftsrecht nicht verbotene Diskriminierung der Inländer („umgekehrte Diskriminierung“ oder „*discrimination à rebours*“) in der deutschen Wirtschaftsverwaltung bereits gegenwärtig in vielfältiger Weise. Wenn z.B. ein deutscher Handwerker den §§ 1, 7 HandwO genügen muss (großer Befähigungsnachweis), während für seinen lettischen Kollegen der Nachweis einer ununterbrochenen Berufsausübung für eine gewisse Dauer im Herkunftsstaat ausreicht (§ 9 HandwO i.V.m. EWG-/EWR-HandwVO), so liegt darin eine Diskriminierung des deutschen Handwerkers. Diese bemisst sich aber nach überwiegender und zutreffender Auffassung nicht am Europarecht selbst, sondern vielmehr am jeweiligen nationalen (Verfassungs-) Recht, in Deutschland also Art. 3 und 12 GG¹³³⁴. Sie steht daher – wie jedes Differenzierungskriterium hierzulande – einer sachlichen Legitimation bzw. einer gleichheitsrechtlichen Abwägung gegenüber offen. Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung deutscher Handwerker durch die EWG-/EWR-HandwVO wird deshalb regelmäßig darin begründet liegen, dass das Ziel des Meistererfordernisses, nämlich die Qualität der Dienstleistung abzusichern, auch durch ein anderes, ausländisches und milderer Mittel sichergestellt werden kann, welches seinerseits auf europäische Mindeststandards zurückzuführen ist (z.B. Berufserfahrung statt Meisterprüfung)¹³³⁵. Demgegenüber benennt ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip *per se* kein konkret milderes und dabei gleichermaßen wirksames ausländisches Substitut für inländische Zwecke, sondern verweist stattdessen – gleichsam unreflektiert – auf die Herkunftsrechtsordnung des Leistungserbrin-

¹³³⁴ Dazu ausführlich fünfter Teil.

¹³³⁵ Zum Konzept der Mindestharmonisierung *M. Wagner*, aaO (Fn. 1121).

gers. Das ist angesichts der geltenden Primär- und Sekundärrechtslage, die das Herkunftslandprinzip auf den Marktzugang beschränkt, vor allem problematisch im Bereich des Marktverhaltens¹³³⁶. Persönliche Anforderungen etwa, wie die Zuverlässigkeit eines Dienstleistenden im Inland, können dort nur bestehen, oder eben auch nicht. Sollte das aufgrund des Herkunftslandprinzips i.V.m. z.B. dem lettischen Recht nur deshalb der Fall sein, weil in Lettland keine den deutschen Vorschriften vergleichbaren Regelungen vorgesehen sind¹³³⁷, so wird sich der Lette nicht auf seine „Zuverlässigkeit“ in Deutschland berufen können. Gleiches gilt für sachliche (z.B. bauordnungsrechtliche, hygienische) Zulassungsvoraussetzungen, die sich in Deutschland etwa an die Betriebsstätte richten, von der aus Dienstleistungen erbracht werden, sowie für die Beteiligung der örtlichen Gewerbe und Ordnungsämter¹³³⁸. Und zwar unbeschadet der Möglichkeit, die insoweit vorgesehenen Verwaltungsverfahren für EG-ausländische Dienstleistungserbringer im Falle ihre Niederlassung im Inland bei einem „einheitlichen Ansprechpartner“ nach Maßgabe des Art. 6 DLR zu bündeln¹³³⁹.

¹³³⁶ Und dies trotz der über 30 Ausnahmen zum Herkunftslandprinzip, die die DLR kennt; diese ändern nichts daran, dass die deutsche Wirtschaftsüberwachung ohne eine Trennung von Marktzugang und Marktverhalten vor einem „Paradigmenwechsel“ steht, vgl. *U. Schliesky*, in Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2004, 2005, S. 33 (46).

¹³³⁷ Zu den Anforderungen an die Vergleichbarkeit s. dritter Teil, D.

¹³³⁸ Selbst bei der Anmeldung eines erlaubnisfreien Gewerbes sind hierzulande u.a. das Finanzamt, die Berufsgenossenschaft, das Statistisches Landesamt, die örtlichen Handwerks-, sowie Industrie- und Handelskammern, die Bauaufsichtsbehörde und die örtliche Ordnungsbehörde einzuschalten.

¹³³⁹ Aus der Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung folgt, dass eine Bündelung für *Inländer* nicht notwendig zu erfolgen hat, wengleich sich der aus der „Bevorzugung“ ausländischer Anbieter ergebende Druck auf das inländische Recht verstärken wird, insbesondere vor dem Hintergrund der ohnehin zu beobachtenden Deregulierungsdebatte, vgl. *J. Vahle*, *Das Gaststättenrecht nach dem Deregulierungsgesetz*, DVP 2006, S. 133 ff.

Exkurs: einheitlicher Ansprechpartner, Art. 6 DLR

Die Probleme, die sich um die Einrichtung eines einheitlichen Ansprechpartners für EG-ausländische Dienstleistungserbringer ranken, stehen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Herkunftslandprinzip. Da sich das hiesige Kapitel allerdings mit dem Einfluss des Herkunftslandprinzips auf Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren in Deutschland beschäftigt, erscheinen ein paar klärende Worte zu Art. 6 DLR angebracht. Im Ausgangspunkt ist der EU ein unmittelbarer Zugriff auf das Verwaltungsorganisationsrecht der Mitgliedstaaten verwehrt¹³⁴⁰. Ein bundesweit einheitlicher Ansprechpartner für die Abwicklung aller dienstleistungsrelevanter Verwaltungsverfahren (Genehmigungen etc.) verbietet sich demnach schon vor dem Hintergrund der in Deutschland länderspezifischen, d.h. dezentral organisierten Wirtschaftsverwaltung¹³⁴¹. Die bundesrepublikanische Dezentralität achtend, wenngleich in seiner Wirkungsdimension einem „Generalangriff auf Organisation und Verfahren der deutschen Wirtschaftsverwaltung“¹³⁴² gleichkommend, scheidet ferner die Anerkennung sog. „Konzentrationswirkung“ der Genehmigungen eines einheitlichen Ansprechpartners, wie sie in Deutschland nur ausnahmsweise, etwa im Rahmen des § 75 Abs. 1 VwVfG vorkommt¹³⁴³, aus. Damit wird man dem Erfordernis eines einheitlichen Ansprechpartners, das der praktischen Transmission des Herkunftslandprinzips in nationale Rechts- und Verwaltungsstrukturen dient, in Deutschland am ehesten durch ein Bündelung verschiedener Verfahren bei jeweils einer Stelle gerecht werden, wie das im allgemeinen Verwaltungsverfahren seit der Einführung des § 71 d VwVfG (Sternverfahren) bereits bekannt ist. Kennzeichen des Stern-

¹³⁴⁰ BVerwGE 99, 315, 319 f; *W. Kahl*, Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht, *Die Verwaltung* 29 (1996), S. 341 (346); i.d.S. auch Art. 6 Abs. 2 DLR.

¹³⁴¹ *U. Schliesky*, in Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2004, 2005, S. 33 (41).

¹³⁴² *U. Schliesky*, in Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2004, 2005, S. 33 (41); *ders.*, DVBl. 2005, S. 887 f.

¹³⁴³ Einzelheiten bei *H. J. Bonk/W. Neumann*, in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75, Rn. 10 ff.

verfahrens ist dabei die rechtliche Eigenständigkeit der gebündelten Einzelverfahren¹³⁴⁴. Aus Sicht des Betroffenen stellen sich die verschiedenen Verfahren jedoch einheitlich dar, wie das vom EG-Recht verlangt wird.

Zu erinnern ist insofern an Sinn und Zweck nationalstaatlicher Wirtschaftspolitik und die Überwachung ihrer Ordnungsimplicationen, namentlich die öffentliche Sicherheit und Ordnung und den Schutz der Verbraucher. Letzterer ist im Rahmen von Dienstleistungen viel enger an das Marktverhalten ihres Erbringers geknüpft, als das etwa beim Verkauf von Waren der Fall ist¹³⁴⁵. Hinzu tritt der Vorwurf, dass sich das Gemeinschaftsrecht andernfalls Materien annimmt, die es – wenn überhaupt – nur ganz peripher berühren¹³⁴⁶. Wie aggressiv z.B. Unternehmen um ihre Kunden werben dürfen, ist eine eminent (wettbewerbs- und verbraucher-) politische Entscheidung über das „Wie“ der Leistung, die jeder Mitgliedstaat nach *Keck* für sich treffen und kontrollieren können muss.

Das Herkunftslandprinzip darf somit bei der Dienstleistungsfreiheit erst recht nicht anders konzipiert werden, als bei der Warenverkehrsfreiheit, für die es der EuGH „erfunden“ hat und für die er es durch das Bestimmungslandprinzip hinsichtlich des „Wie“, „Wo“ und „Wann“ des Absatzes begrenzt hat¹³⁴⁷. Im Gegenteil: die Dienstleistung entsteht häufig erst vor Ort und in Gegenwart ihres Empfängers, so dass Gefahren für das Allgemeininteresse hier noch unmittelbarer drohen. Dies gilt umso mehr für die warenähnlichen Korrespondenzdienstleistungen, obwohl bei diesen einzig die Leistung eine innereuropäische Grenze übertritt.

¹³⁴⁴ *W. Clausen*, in Knack, VwVfG, Art. 71 d, Rn. 6; *F. Kopp/U. Ramsauer*, VwVfG, Art. 71 d, Rn. 5.

¹³⁴⁵ Oben, Fn. 662 und 882.

¹³⁴⁶ Dritter Teil, B., III., 6.

¹³⁴⁷ Ebenso *U. Schliesky*, DVBl. 2005, S. 887 (889).

ff) Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip

Wie bereits erwähnt, versuchen die europäischen Rechtsetzungsorgane ihrer Regelungsverantwortung für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sowie für individuelle Interessen, wie den Schutz der Verbraucher, durch eine Vielzahl allgemeiner und spezieller Ausnahmen zum Herkunftslandprinzip gerecht zu werden¹³⁴⁸. Begründet wird dies damit, dass für einige Tätigkeiten oder in bestimmten Bereichen zu große Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen bestehen, bzw. ein zu geringes Maß gemeinschaftlicher Angleichung vorherrscht, was die Anwendung des Herkunftslandprinzips verbietet¹³⁴⁹. Hinzu tritt der grundsätzliche Respekt des Gemeinschaftsgesetzgebers vor den gegenüber dem freien (mitgliedstaatlichen) Wettbewerb sensiblen Diensten der Daseinsvorsorge¹³⁵⁰. Entsprechende Regelungen hierzu finden sich z.B. in Art. 2, 17 und 18 DLR und unter diesen wiederum dürfte der Art. 18 DLR, der der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit dient, von größter praktischer Relevanz sein. Gleichzeitig prophezeit die generalklauselartige Formulierung der Norm im Sinne eines Auffangtatbestandes jedoch bereits jetzt erhebliche praktische Auslegungsschwierigkeiten. Im Einzelnen sollen Maßnahmen, die sich auf die Sicherheit der Dienstleistungen beziehen, abweichend von Art. 16 DLR zulässig sein, sofern (i) die nationalen Rechtsvorschriften, aufgrund derer die Maßnahme getroffen wird, nicht Gegenstand einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene waren, (ii) die Maßnahmen für den Leistungsempfänger einen größeren Schutz als die Maßnahmen bewirken, die der Niederlassungsmitgliedstaat aufgrund seiner nationalen Vorschriften ergreifen würde, (iii) der Niederlassungsmitgliedstaat keine oder unzureichende Amtshilfemaßnahmen (vgl. Art. 28, 35 Abs. 2 DLR) ergriffen hat und (iv) die Maßnahmen verhältnismäßig sind.

¹³⁴⁸ Oben, Fn. 1273.

¹³⁴⁹ So explizit KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10), Begründungserwägung Nr. 7 j); inhaltlich übereinstimmend insoweit RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägungen 7 und 83 ff.; vgl. auch Art. 18 Abs. 2 a), ebd.

¹³⁵⁰ Oben, C., III., 1, g).

Inhaltlich erinnert Art. 18 DLR somit an Art. 17 Nr. 17 DLR-E, wonach diejenigen Anforderungen des Bestimmungsstaates von der Geltung des Herkunftslandprinzips ausgenommen waren, die unmittelbar mit den besonderen Merkmalen des Ortes der Dienstleistungserbringung verknüpft waren *und* deren Beachtung unerlässlich war zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung. Zweck ist hier wie dort Schutz der Dienstleistungsempfänger in nicht harmonisierten Bereichen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass Dienstleistungen – im Gegensatz zu anderen Produkten – häufig erst in deren Beisein im Bestimmungsland entstehen. Damit drückt sich in Art. 18 DLR die Verantwortung der Union für ein hohes Verbraucherschutzniveau (vgl. Art. 95 Abs. 3 EG) und die Achtung mitgliedstaatlichen Ermessens mit Blick auf eben jenes Niveau aus.

Die Verwendung des Wortes „und“ in Art. 17 Nr. 17 DLR-E sprach jedoch dafür, dass diese Ausnahme nur für Regelungen galt, die den Schutz der genannten Rechtsgüter bezweckten, gleichzeitig aber mit den besonderen Merkmalen des Ortes der Dienstleistungserbringung verknüpft waren¹³⁵¹. Nimmt man diese Einschränkung auch im Rahmen des neuen Art. 18 DLR mit dem Hinweis darauf vor, dass die Voraussetzung der Nicht-Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene (oben (i)) umgekehrt impliziert, dass es auch hier um „besondere Merkmale“ des Ortes der Dienstleistungserbringung geht, so würden personenbezogene Aspekte, wie die oben genannte Prüfung der subjektiven Zuverlässigkeit durch deutsche Behörden, weiterhin dem Herkunftslandprinzip folgen (keine besondere Ortsverknüpfung). Sachliche Zulassungsvoraussetzungen, die sich etwa an die Beschaffenheit der Betriebsstätte richten, von der aus Dienstleistungen erbracht werden, würden hingegen aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie herausfallen, da sie unmittelbar mit dem Ort des Leistungsaustausches verknüpft sind¹³⁵². In der Konsequenz dieses Verständnisses würden folglich die negativen Folgen des Herkunftslandprinzips für die Kontrollverantwortung des Bestimmungslandes, sowie für die Systemkonformität des Binnen-

¹³⁵¹ A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (175).

¹³⁵² Ebenso A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (175).

marktrechts (vgl. dd) und ee)) etwas abgemildert. Hinsichtlich der persönlichen Zulassungsvoraussetzungen bliebe es jedoch bei der oben beschriebenen Sachlage.

Hinzu tritt ein teleologisches Argument, nach dem ein derart enges Verständnis der genannten Bereichsausnahme (doppelte Einschränkung) weder den Motiven, noch dem Telos der Richtlinie insgesamt entspricht¹³⁵³. Danach sollen sich die Ausnahmen generell auf das absolut notwendige Maß (Verhältnismäßigkeit) beschränken, um den gewünschten Liberalisierungseffekt nicht zu vereiteln. Denkbar wäre folglich auch eine Auslegung, nach der die Bezugnahme auf den Ort des Leistungsaustausches lediglich beispielhaften Charakter hat, nicht jedoch dazu bestimmt ist, nach persönlichen und sachlichen Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden¹³⁵⁴. Ebenso könnte die Voraussetzung der Nicht-Harmonisierung (oben (i)) lediglich gemeinschaftsrechtliche *conditio* sein und mithin einen Rückschluss auf eine etwaig „besondere“ Ortsverknüpfung der Dienstleistung nicht zwingend zulassen.

Im Ergebnis bleibt somit in Bezug auf die gesamte Bandbreite mitgliedschaftlicher „Beschränkungen“ des freien Dienstleistungsverkehrs unklar, ob sie als spezifische Anforderungen im Hinblick auf die „besonderen Merkmale des Ortes der Dienstleistungserbringung“ gelten können oder nicht. Die Lösung des Kollisionsproblems kann daher anhand einer einzelfallorientierten Abwägung nicht abschließend beantwortet werden.

gg) Primärrechtskonforme Auslegung

Damit ist die Aufmerksamkeit abschließend auf die allgemeinen Grundsätze des Europarechts gelenkt. Vor dem Hintergrund des Gesagten zwingt die flächendeckende Etablierung des Herkunftslandprinzips auch für Dienstleistungsausübungsregelungen (Art. 16 Abs. 1 DLR) nicht zu dem Schluss, dass diese Art und Weise der Liberalisierung insgesamt an primärrechtliche Grenzen des Binnenmark-

¹³⁵³ A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (175).

¹³⁵⁴ A. Windoffer, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (176).

rechts stößt. Vielmehr sollte man sich auf die primärrechtskonforme Auslegung des sekundären Gemeinschaftsrechts besinnen.

Der Gerichtshof verlangt die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts¹³⁵⁵. Er folgt damit dem Vorbild der verfassungskonformen Auslegung in Deutschland¹³⁵⁶. Ein Gesetz ist hier nicht verfassungswidrig, wenn eine Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem Grundgesetz steht¹³⁵⁷. In diesem Fall setzt sich das höherrangige Recht durch, *ohne* das es zu einer Kollision kommt. Diese Grundsätze lassen sich auf Gemeinschaftsebene übertragen: eine Richtlinienbestimmung als im Rang unterhalb des EG-Vertrages stehendes „Gesetz“ der Gemeinschaft ist nicht vertragswidrig, wenn eine Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem höherangigen Recht steht. Letzteres statuiert in Art. 50 Abs. 3 EG das Bestimmungslandprinzip. Dieses steht nun der sekundärrechtlichen Etablierung des Herkunftslandprinzips nicht etwa grundsätzlich entgegen. Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip stehen sich auch im Primärrecht nicht unversöhnlich gegenüber. Eine Kollision lässt sich vielmehr dadurch vermeiden, dass man beide – dem Primärrecht in der Auslegung, die es durch *Keck* erfahren hat, Folge leistend – in ein wechselseitiges Ergänzungsverhältnis zueinander stellt, indem ersteres für den Marktzutritt der ausländischen Konkurrenz sorgt, während letzteres im Interesse eines unverfälschten Wettbewerbs gleiche Absatzbedingungen für In- und Ausländer nach einem solchen Zutritt einfordert. Tut man dies, so wird auch die wirtschaftsverwaltungsrechtliche Kontrolle dem Bestimmungslandes aufgetragen¹³⁵⁸.

¹³⁵⁵ EuGH, Slg. 1988, 4635, Rn. 39 („Beentjes“); Slg. 2000, I-929, Rn. 62 („Deutsche Post“) – st.Rspr.; vgl. *H. D. Jarass/S. Beljin*, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, JZ 2003, S. 768 (774 ff.) m.w.N. auch zur richtlinienkonformen Auslegung.

¹³⁵⁶ *M. Zuleeg*, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1993), S. 154 (165).

¹³⁵⁷ *R. Zippelius*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. II, 1976, S. 108 (110 f.).

¹³⁵⁸ Vgl. abstrakt *W. Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 175 ff.

Um dieses Ergänzungsverhältnis im Einzelfall zu wahren bedarf es mit Blick auf die Reichweite des Herkunftslandprinzips der Dienstleistungsrichtlinie der Frage nach der Liberalisierungsintention derselben im Gesamtgefüge des Binnenmarktrechts. Das Binnenmarktrecht ist – jedenfalls seiner ursprünglichen Idee nach und gleich ob im Primärrecht oder im Sekundärrecht – auf die Beseitigung von zwischenstaatlichen Handelshemmnissen, den gemeinschaftsspezifischen Funktionsstörungen eingeschworen¹³⁵⁹. Zwar ist damit die Liberalisierungskompetenz der Gemeinschaft nach nahezu einhelliger Auffassung nicht auf die komplementäre Regelung von Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug begrenzt, ja verfügt die Gemeinschaft im Gegenteil über Liberalisierungsbefugnisse auch im Innenrechtskreis souveräner Mitgliedstaaten¹³⁶⁰. Die von der Dienstleistungsrichtlinie vorgenommene Kategorisierung von Ingerenzen in die Dienstleistungsfreiheit nach Aufnahme- und Ausübungsregelungen, nicht nach Marktzugangs- und Marktverhaltensregelungen, ist daher dem kompetenziellen Grunde nach nicht zu beanstanden. Dieser scheinbare Widerspruch erhellt sich vor der Überlegung, dass es in der Tat widersinnig wäre, eine gemeinschaftsrechtliche Parallelrechtsordnung nur zur Regelung von Fällen mit Gemeinschaftsbezug zu schaffen, die im übrigen für inländische Unternehmen ohne europäische Ausrichtung („*vocation européenne*“¹³⁶¹) belanglos bliebe. Dies würde zu vermehrten Fällen von Inländerdiskriminierungen führen.

Gerade vor dem Hintergrund dieser Begründung zur Ablehnung der Theorie von der *vocation européenne* bedarf es indes der Rückbesinnung auf die Funktion der Rechtsangleichung im unvollkommenen Binnenmarkt: ihre Aufgabe besteht darin, das durch die Grundfreiheiten in der Auslegung, die sie durch den EuGH erfahren

¹³⁵⁹ Oben, B.

¹³⁶⁰ Zur Ablehnung der Theorie von der sog. „*vocation européenne*“, vgl. J. Tiedje/P. Troberg, in von der Groeben/Schwarze, Art. 47 EG, Rn. 49 ff.; R. Streinz, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, 1996, S. 80 f.; W.-H. Roth, in Dausen (Hrsg.), HdbEGWirtR, Bd. I, E. I., Rn. 146; J. Bröhmer, in Calliess/Ruffert, Art. 47 EGV, Rn. 9.

¹³⁶¹ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 1360.

haben, vorgegebene Rechts- und Organisationskonstrukt des *unvollkommenen* Binnenmarktes durchzusetzen bzw. zu effektivieren¹³⁶². Eine Maßnahme, die über diesen grundfreiheitlichen und binnenmarktrechtlichen Rahmen hinausschießt, ist insofern dort primärrechtskonform einzuschränken, wo Intention und Funktion der Rechtsangleichung konterkariert werden, wo mit anderen Worten aus der „strukturellen Tiefenwirkung des Europäisierungsprozesses“¹³⁶³ im Wirtschaftsverwaltungsrecht eine unsystematische, weil nicht mindestharmonisierte, Breitenwirkung entsteht. Dies gilt, gleich, ob die Gemeinschaft das Herkunftslandprinzip ausdrücklich anordnet, oder ob dieses lediglich materiell zum Ausdruck kommt¹³⁶⁴. So ist es bei einem sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzip, dass seinen Geltungsanspruch nicht auf den Marktzugang EG-ausländischer Dienstleistungen beschränkt, gerade nicht die Parallelexistenz desselben im Sinne einer *vocation européenne*, die vermehrt systemwidrige (Art. 50 Abs. 3 EG) Fälle von Inländerdiskriminierungen provoziert, sondern sein Alleinvertretungsanspruch auch dem Bestimmungslandprinzip gegenüber. In hiesigem Kontext bedeutet dies, dass eine der Gemeinschaft durch das Bestimmungslandprinzip des Art. 50 Abs. 3 EG verbotene, gleichermaßen wettbewerbstheoretisch wie wettbewerbsrechtlich (Art. 3 lit. g) EG) unerwünschte Diskriminierung der Marktinländer dort vorliegt, wo eine Liberalisierungsmaßnahme sich auf nationale Bestimmungen auswirkt, die aus objektiv nachvollziehbaren Gründen das Marktverhalten (die Dienstleistungsausübung) regulieren, dabei gleichermaßen für In- und Ausländer gelten und demnach nicht geeignet sind, den Marktzugang für Produkte aus anderen Mitgliedstaaten über das für inländische Produkte gleichermaßen und im Allgemeininteresse bestehende Maß hinaus zu beschränken¹³⁶⁵. Anders ausgedrückt: wo die Gemeinschaft ein supranationales Gewerbe- und Aufsichtsrecht, ja einen supranati-

¹³⁶² Oben, C.; *W.-H. Roth*, in Dauses (Hrsg.), *HdbEGWirtR*, Bd. I, E., I., Rn. 140.

¹³⁶³ *F. Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 31 (1998), Beiheft 2, S. 135 (136 ff.).

¹³⁶⁴ Vgl. oben, A.

¹³⁶⁵ In Anlehnung an EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 („Keck und Mithouard“).

onalen Wirtschafts- und Sozialrahmen dadurch zu schaffen versucht, dass *keine* supranationalen, sondern 27 nationale Regelungen bestehen.

Eine Überprüfung dieser Bestimmungen auf ihre Verhältnismäßigkeit (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. c) DLR) kommt erst dann wieder in Betracht, wenn ihre diskriminierende Wirkung anhand qualitativer Kriterien (Kosten, Wettbewerbsvorteile etc.) im Einzelfall festgestellt werden kann. In diesem Fall ist der „Tatbestand“ des Herkunftslandprinzips wieder eröffnet¹³⁶⁶, was freilich nach richtigem Verständnis einer darauf folgenden Rechtfertigung anhand der *Cassis*-Kriterien nicht entgegensteht¹³⁶⁷.

d) *Die Trennung von Marktzugang und Marktverhalten aus Sicht der Volkswirtschaftslehre*

Soweit nach alledem die strikte Trennung zwischen dem Marktzugangsrecht und demjenigen, welches das Verhalten nach dem Markteintritt in das Bestimmungsland reguliert, durch das Binnenmarktrecht präjudiziert wird, erfährt diese Sichtweise ihre Bestätigung auch durch volkswirtschaftliche Kostendimensionen. So werden die Rechtsinformations- und Rechtsanpassungskosten, deren Beseitigung aus binnenökonomischer Sicht die eigentliche ratio der Dienstleistungsrichtlinie darstellt¹³⁶⁸, durch das Herkunftslandprinzip (zumal wenn es anders als im Primärrecht ausgestaltet ist) nicht getilgt, sondern bloß von einer Marktseite (den Anbietern) auf die andere Marktseite (die Verbraucher) verlagert. Die volkswirtschaftliche Kostendimension der Verbraucher sollte man aber nicht durch ein rechnerisches Nullsummenspiel ausblenden, indem man nur auf die

¹³⁶⁶ Vgl. U. Becker, EuR 29 (1994), S. 162 (172), bzw. R. Streinz, EuzW 2003, S. 37 (40), der von einer „Rückausnahme“ spricht; zum Ganzen auch dritter Teil, B., III., 2, c), m.w.N. in Fn. 779.

¹³⁶⁷ Wie hier EuGH, Slg. 1997, I-3843, Rn. 44 f. („De Agostini“), allerdings ohne Begründung; T. Kingreen, aaO (Fn. 133), S. 55; vgl. auch dritter Teil, B., III., 2, c).

¹³⁶⁸ Begründungserwägungen zu KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10), S. 7 ff. und RL 2006/123/EG aaO (Fn. 3), Nr. 1 ff.

Anbieterseite und auf die Reduktion von deren Kosten blickt¹³⁶⁹. Aus makroökonomischer Sicht können daraus Verluste entstehen¹³⁷⁰, deren Realisierung rechtlich – wenn überhaupt – wohl einzig durch eine umfassende Standardisierung zum Zwecke der Herstellung von Markttransparenz verhindert werden könnte¹³⁷¹. Ein Ansatz, der diese herkulische Aufgabe privater Initiative anvertraut¹³⁷², muss sich jedoch die Frage gefallen lassen, warum das, was auf europäischer Ebene offensichtlich fehlgeschlagen ist, nämlich die Durchsetzung europaweiter Dienstleistungsstandards, auf privater Ebene in den Mitgliedstaaten (evtl. unter Mitwirkung der Berufskammern) gelingen soll. Die Bewahrung der Unterschiedlichkeiten innerhalb der Union unter dem Primat ihrer grundsätzlichen gegenseitigen Anerkennung wahr nach den mäßigen Erfahrungen mit der Rechtsangleichung im Gegenteil gerade die ratio des Herkunftslandprinzips¹³⁷³. Der alleinige Hinweis auf den von *F.A. von Hayek*¹³⁷⁴ propagierten „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ erscheint mir jedenfalls angesichts der unzähligen und sich ständig fortentwickelnden Erscheinungsformen von Dienstleistungen nicht ausreichend, um der Verbraucherschutzproblematik bzw. allgemein, dem ordnungsrechtlichen Hintergrund des Wirtschaftsverwaltungsrechts dauerhaft gerecht zu werden.

¹³⁶⁹ *P. Mankowski*, IPrax 2004, S. 385 (387); ähnlich *A. Windoffer*, in Böhrer/Grunow/Ziekow (Hrsg.), S. 37 (116).

¹³⁷⁰ *P. Mankowski*, IPrax 2004, S. 385 (386 ff.).

¹³⁷¹ Vgl. z.B. den Vorschlag des ZDH, die Genehmigungsvordrucke für Dienstleistungen europaweit zu harmonisieren – eine „herkulische“ Aufgabe, wie *U. Schliesky*, in Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 33 (47) anmerkt; dazu nunmehr auch Art. 26 RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), der auf Zertifizierung und Bewertung der verschiedenen Dienstleistungen durch die jeweiligen Berufsverbände setzt.

¹³⁷² *F. Rieger*, in Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 232 (245).

¹³⁷³ Dritter Teil, A., I., 2 und II., 2; vgl. auch erster Teil, B.

¹³⁷⁴ Vgl. zuletzt *ders.*, in Recht, Gesetz und Freiheit, 2003, S. 371 ff.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten: Während das Herkunftslandprinzip bereits nach gegenwärtiger Sekundär- und Primärrechtlage in weiten Teilen des Marktzugangsrechts für Dienstleister gilt, stößt seine sekundärrechtlich-flächendeckende Etablierung im Bereich des Marktverhaltensrechts auf erhebliche primärrechtliche Bedenken, namentlich das Bestimmungslandprinzip in Art. 50 Abs. 3 EG. Außerhalb des Privatrechts lassen sich diese Bedenken auch nicht durch ein Verständnis des Art. 50 Abs. 3 EG als „Günstigkeitsprinzip“ ausräumen¹³⁷⁵. Die Lösung etwaiger Unsicherheiten in Bezug auf die Reichweite eines konkreten Liberalisierungsaktes der Gemeinschaft (das „Wie“ des Herkunftslandprinzips) liegt insofern in der primärrechtskonformen Auslegung desselben.

¹³⁷⁵ Oben, c), cc); generell skeptisch in diesem Bereich *J. Basedow*, *EuZW* 2004, S. 423 ff.; *P. Mankowski*, *IPrax* 2004, S. 385 (390 ff.).

Fünfter Teil

Herkunftslandprinzip und Inländerdiskriminierung

A. Allgemeines

Ein linearer Ursache-Wirkung Zusammenhang zwischen dem Phänomen der Inländerdiskriminierung durch Gemeinschaftsrecht und dem Herkunftslandprinzip besteht nicht. Das liegt in der Natur der Sache, handelt es sich doch um ein auf die Rechtsprechung des EuGH¹³⁷⁶ zurückzuführendes, teilweise auf europäischer Ebene kodifiziertes¹³⁷⁷ *Prinzip*. Als solches bedarf das Herkunftslandprinzip stets der Transformation *durch* (z.B. Verwaltungsentscheidung) oder *in* (z.B. Richtlinienumsetzung) kodifiziertes mitgliedstaatliche Recht. Die Überprüfung des Prinzips als solches am Maßstab der Gleichheit scheitert zwangsläufig an der fehlenden Mediatisierung der relevanten Ungleichbehandlung durch positives Recht und somit am Vergleichsmaßstab selbst¹³⁷⁸.

Setzt sich das Herkunftslandprinzip allerdings kraft des Anwendungsvorrangs des Europarechts¹³⁷⁹ vor dem nationalen Recht oder im Wege der (freiwilligen) Anpassung des nationalen Rechts an die europäischen Vorgaben im innerstaatlichen Recht fort, so impliziert bereits seine Namensgebung eine rechtliche Unterscheidung zwischen Dienstleistungserbringern und Dienstleistungen aus dem EG-

¹³⁷⁶ Dazu dritter Teil, B., III.

¹³⁷⁷ Vgl. vierter Teil, C., I. und III.

¹³⁷⁸ Allgemein P. Kirchhof, in Isensee/ders. (Hrsg.), HStR V, § 124, Rn. 10 ff. und 32 ff.

¹³⁷⁹ Grundlegend EuGH, Slg. 1964, 1251, 1271 („Costa/ENEL“); i. E. übereinstimmend allerdings mit anderer Begründung und in den Grenzen der „Solange-Rspr.“, BVerfGE 75, 223 (244); 85, 191 (204); 37, 271 (280 ff.); 89, 155 (174 f.); dazu K. Möller, JURA 2006, S. 91 ff.; nach ganz h.M. handelt es sich um einen *Anwendungs-* nicht einen *Geltungsvorrang*, vgl. R. Streinz, Europarecht, Rn. 201 ff.; H. D. Jarass/S. Beljin, NVwZ 2004, S. 1 ff.; zu den Ausnahmen (Nichtigkeit) D. Ehlers, in Erichsen (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn. 46.

Ausland (dem Herkunftsstaat) und solchen aus dem Inland (dem Bestimmungsstaat), auch wenn zu seiner Umsetzung im Einzelfall diverse nationale Regelungen von Nöten sein können. Die Diskriminierung liegt dann in der Wirkung, die diese nationalen Normen gegenüber Inländern entfalten. Diesen Zusammenhang vor Augen, ist es legitim, im Folgenden von der Inländerdiskriminierung durch Gemeinschaftsrecht zu sprechen. Herkunftslandprinzip und Inländerdiskriminierung stehen in zumindest mittelbarem Zusammenhang. Diesen gilt es im Folgenden durch grundlegende Ausführungen zu Ursache, Einordnung (B.) und Handhabung der Inländerdiskriminierung (C.) darzutun. Daran anschließend wird ein Ausblick in die Zukunft gewagt und danach gefragt, inwiefern sich unter der Geltung eines sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips nach Maßgabe der Dienstleistungsrichtlinie an den zuvor gefundenen Ergebnissen etwas ändert (D.). Die Arbeit wird abgeschlossen durch die verfassungsrechtlichen Konsequenzen, die in einem solchen Fall zu beachten wären (E. und F.).

B. Das Phänomen der Inländerdiskriminierung durch und seine Zulässigkeit im Gemeinschaftsrecht

Das Phänomen der Inländerdiskriminierung durch Europarecht ist bereits vielfach zum Gegenstand einschlägiger Literatur gemacht worden¹³⁸⁰. Auch im Rahmen dieser Arbeit wurde das Problem bereits mehrfach gestreift¹³⁸¹. Von daher darf im Folgenden ein kurzer Abriss des Problems zusammen mit der Rekapitulation des Standes der Wissenschaft genügen.

Die Anwendung einer gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheit bzw. einer unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmung kann in Verbindung mit dem nationalen Recht dazu führen, dass Inländer oder auch heimische Produkte rechtlich schlechter gestellt werden als ihre EG-ausländische Konkurrenz. Zu dieser Inländerdiskriminierung oder auch „umgekehrten Diskriminierung“ (*discrimination à re-*

¹³⁸⁰ Vgl. z.B. A. Epiney, aaO (Fn. 133); C. Hammerl, Inländerdiskriminierung, Diss. 1996; S. Wesser, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, Diss., 1995; S. Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Diss. 2003, S. 74 ff.; J. Gundel, Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht, DVBl. 2007, S. 269 ff.; T. Schilling, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, S. 8 ff.; U. Fastenrath, Inländerdiskriminierung, JZ 1987, S. 170 ff.; F. Rieger, Ist die Inländerdiskriminierung noch mit dem Grundgesetz vereinbar?, DÖV 2006, S. 685 ff.; M. Gerhardt, Zu neueren Entwicklungen der sog. Inländerdiskriminierung im Gewerberecht, GewArch 2000, S. 372 ff.; R. Streinz, Das Problem „umgekehrter Diskriminierungen“ im Bereich des Lebensmittelrechts, ZLR, 1990, S. 487 ff.; H. Weyer, Freier Warenverkehr, rein innerstaatliche Sachverhalte und umgekehrte Diskriminierung, EuR 33 (1998), S. 435 ff.; U. Kischel, Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der EU, EuGRZ 1997, S. 1 (8); A. Bleckmann, Die umgekehrte Diskriminierung im EWG-Vertrag, RIW 31 (1985), S. 917 ff.; G. Nicolaysen, Inländerdiskriminierung im Warenverkehr, EuR 26 (1991), S. 95 ff.; M. Rossi, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 35 (2000), S. 197 (211); H. Weis, Inländerdiskriminierung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, NJW 1983, 2721 ff.; V. Heydt, Der Funktionswandel der EG-Grundfreiheiten infolge der Verwirklichung des Binnenmarktes, EuZW 1993, S. 105 ff.; T. Kingreen, aaO (Fn. 133), S. 147 ff.; M. Holoubek, „Inländerdiskriminierung“ im Wirtschaftsrecht, in Aicher u.a. (Hrsg.), Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 2000; A. Graser, Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung?, EuR 33 (1998), S. 570 ff.

¹³⁸¹ Zuletzt vierter Teil, D., V., 2., c), ee).

bours), wie sie ohne Unterschied in der Sache gelegentlich mit Blick auf Rechtsobjekte genannt wird¹³⁸², kommt es immer dann, wenn zwecks Öffnung inländischer (Dienstleistungs-) Märkte für die EG-ausländische Konkurrenz der Anwendungsvorrang¹³⁸³ des Gemeinschaftsrechts vor den entsprechenden inländischen Regelungen zum Zuge kommt. So entstehen Probleme hinsichtlich der (Un-) Gleichbehandlung, wenn der transnationale Dienstleistungsverkehr entweder unmittelbar auf Grund des EG-Vertrages oder durch Sekundärrecht liberalisiert worden, das Recht der Mitgliedstaaten für die betreffenden Bereiche aber noch nicht angeglichen ist¹³⁸⁴. Letzteres trifft vor allem auf das Herkunftslandprinzip zu, welches *per definitionem* als Gegenentwurf zur schwerfälligen Angleichung des mitgliedstaatlichen Rechts angelegt ist¹³⁸⁵. Bei derartigen Fallgestaltungen stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit, sich die benachteiligten inländischen Rechtssubjekte ebenfalls auf Gemeinschaftsrecht berufen können, obwohl es bei ihnen doch an einer Grundvoraussetzung der Einschlägigkeit des Gemeinschaftsrechts, namentlich einem *grenzüberschreitenden Sachverhalt* fehlt. Ihre Ungleichbehandlung resultiert ausschließlich aus der Anwendung von Normen innerhalb eines Mitgliedstaates. Das Problem der Inländerdiskriminierung beruht demnach letztlich auf dem Zusammentreffen zweier gegensätzlicher Prinzipien des Gemeinschaftsrechts, auf deren Gewichtung jedwede Lösung rückführbar ist und unter denen dem einen den Vorrang einzuräumen zwangsläufig beinhaltet, dem anderen Unrecht zu tun: einerseits ist der EG-Vertrag auf rein innerstaatliche Sachverhalte *a priori* nicht anwendbar, andererseits verbietet er grundsätzlich (Art. 12 EG) Diskriminierungen zwischen verschiedenen Staatsangehörigen innerhalb der Union¹³⁸⁶.

¹³⁸² A. Epiney, aaO (Fn. 133); *dies.*, in Calliess/Ruffert, Art. 12 EGV, Rn. 24.

¹³⁸³ Dazu oben, Fn. 1379.

¹³⁸⁴ U. Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (171); vierter Teil, D., V., 2, c), ff).

¹³⁸⁵ Dazu dritter Teil, A., I., 2.

¹³⁸⁶ Aus diesem Grund wird die Diskussion seit der Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht gelegentlich in neuem Licht gesehen, vgl. K.-D. Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rn. 687; dagegen aber überzeugend A. Thiele, JA 2005, S. 621 (622 f.).

Geht man nun mit der herrschenden Meinung¹³⁸⁷ und dem EuGH¹³⁸⁸ davon aus, dass die unterschiedliche Behandlung von In- und Ausländern dem Europarecht, genauer seiner Liberalisierungsin-tention in grenzüberschreitenden Sachverhalten, wohl zuwider, wenngleich inhärent ist und dass folglich die sich daraus ergebenden Rechtsprobleme allein solche des nationalen Verfassungsrechts, in Deutschland namentlich des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sind (sog. nationaler Ansatz, unten, C.), so liegt das Problem der Inländerdis-kriminierung bereits im Ansatz außerhalb des Blickwinkels des Ge-meinschaftsrechts. Die Inländerdiskriminierung widerspricht dann zwar „in gewisser Weise dem Binnenmarktgedanken, nicht jedoch dem Binnenmarktrecht“¹³⁸⁹. Ihr ist von dieser Seite her folglich auch nicht beizukommen. Maßgebend sind vielmehr die subjektiven (Grundrechts-) Verbürgungen der mitgliedstaatlichen Verfassungen.

¹³⁸⁷ Vgl. dazu das Meinungsbild der in Fn. 1380 genannten Autoren; für die h.M. außerdem *R. Streinz*, in ders., EUV/EGV, Art. 12 EGV, Rn. 58 ff.; *A. Haratsch/C. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht, Rn. 633, 698; *D. Ehlers*, in ders. (Hrsg.), EuGR, 2005, § 7, Rn. 20 und *T. Kingreen*, ebd., § 13, Rn. 9.

¹³⁸⁸ EuGH, Slg. 1992, I-341, Rn. 9 ff. (Steen I); 1994, I-2715, Rn. 10 f. („Steen II“); Slg. 1995, I-301, Rn. 9 ff. („Aubertin“) m.w.N. zur st.Rspr.

¹³⁸⁹ *R. Streinz*, in ders., EUV/EGV, Art. 12 EGV, Rn. 61.

C. Der sog. nationale Ansatz: *status quo* der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Inländerdiskriminierungen am Beispiel des Handwerks

I. Berufsfreiheit

1 Die Gewährleistung der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst sowohl die Freiheit der Berufswahl (Berufszulassung) als auch diejenige der Berufsausübung als konnexe Elemente eines einheitlichen Freiheitsrechts¹³⁹⁰. Die Berufsaufnahme, die zugleich den Beginn der Berufsausübung markiert, ist bloß sichtbare Manifestation der Berufswahl, welche durch die fortlaufende Berufsausübung kontinuierlich bestätigt wird. Je nach zeitlichem Anknüpfungspunkt und Regelungsintensität können unter den Eingriffen demnach nur Facetten eines einzigen geschützten Normbereichs unterschieden werden¹³⁹¹. Mit der sog. „Drei-Stufen-Theorie“ des BVerfG¹³⁹² lassen sich diese Facetten in ein freilich nicht allzu starr zu handhabendes Gedankenmodell einpassen¹³⁹³, wonach die Einteilung von Ingerenzen in die Berufsfreiheit der Differenzierung des klassischen Gewerberechts entlehnt werden kann. Danach darf der Wirtschaftsgesetzgeber entgegen dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sowohl die Berufszulassung, als auch die Berufsausübung regeln; gleichzeitig hat sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer berufsrelevanten Regelung jedoch mit steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung an entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelangen auszurichten. Die

¹³⁹⁰ BVerfGE 7, 377, 401 f.; 33, 303, 329 f.; 92, 140, 151; 95, 193, 214; M. Gubelt, in von Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 37 ff.; B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, Rn. 808.

¹³⁹¹ G. Manssen, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 2.

¹³⁹² BVerfGE 7, 377, 399 ff. („Apothekenurteil“).

¹³⁹³ Zu Kritik und Fortentwicklung der klassischen Stufenlehre s. O. Depenheuer, Freiheit des Berufs und Grundfreiheiten der Arbeit, in Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 241 (260 ff.); P. Tettinger, in Sachs, GG, Art. 12, Rn. 123 ff.

Berufswahl soll ein Akt der Selbstbestimmung, des freien Willensentschlusses sein; sie muss von Eingriffen möglichst unberührt bleiben. Durch die *Berufsausübung* greift der Einzelne dagegen unmittelbar in das soziale Leben ein, so dass ihm im Interesse der anderen und der Gesamtheit eher Beschränkungen auferlegt werden können¹³⁹⁴. Berufswahlbeschränkungen von subjektiver Art¹³⁹⁵, wie das Regelerfordernis des großen Befähigungsnachweises im Handwerk (§§ 1, 7 HandwO), sind dementsprechend im allgemeinen allein zum Schutze *wichtiger* Gemeinschaftsgüter zulässig¹³⁹⁶. Regelungen der Berufsausübung (Eintragungserfordernis, Anzeige-, Gebühren-, und Beitragspflichten, Zwangsmitgliedschaft in den Handwerkskammern) betreffen demgegenüber Gewerbetreibende, die bereits im Besitz des Qualifikationsnachweises sind und nunmehr ihre selbständige (handwerkliche) Tätigkeit aufnehmen wollen. Solche zeitlich nachgelagerten, weniger intensiven Eingriffe werden deshalb bereits durch *vernünftige* Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert¹³⁹⁷.

2 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung

Unter den Berufszulassungsvoraussetzungen im Inland führen regelmäßig die subjektiven, diejenigen also, auf deren Erfüllung der Einzelne Einfluss hat¹³⁹⁸, zu Fällen von Inländerdiskriminierungen. Für EG-ausländische Unternehmer ergibt sich ihr Beschränkungscharakter vor den Grundfreiheiten aus der Unzumutbarkeit ihrer Erfül-

¹³⁹⁴ O. Depenheuer, in FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 241 (260).

¹³⁹⁵ Objektive Berufswahlbeschränkungen wie z.B. Bedürfnisprüfungen oder zahlenmäßige Obergrenzen für bestimmte Gewerbe (z.B. Güterfernverkehr) sind an den Nachweis schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gebunden, vgl. P. Tettinger, in Sachs, GG, Art. 12, Rn. 106; sie spielen in hiesigem Zusammenhang aber keine Rolle und bleiben daher außen vor.

¹³⁹⁶ BVerfGE 7, 377, 399 ff. („Apothekenurteil“).

¹³⁹⁷ BVerfGE 7, 377, 399 ff. („Apothekenurteil“).

¹³⁹⁸ Vgl. zu der dem „Apothekenurteil“ (oben, Fn. 1397) entnommenen Einteilung von Ingerenzen in die Berufsfreiheit G. Manssen, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 138 ff.; ebenso mit gemeinschaftsrechtlichem Hintergrund D. Ehlers, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht im Europäischen Binnenmarkt, NVwZ 1990, S. 810 (814 f.).

lung mit Blick auf die nur vorübergehende Dienstleistungserbringung, Art. 50 Abs. 3 EG. Ist den EG-Zulassungsvoraussetzungen im Herkunftsstaat genüge getan, so ist die Berufsausübung gemäß dem Herkunftslandprinzip grundsätzlich im gesamten Binnenmarkt gewährleistet. Dessen ungeachtet müssen inländische¹³⁹⁹ Gewerbetreibende – und hierin liegt eine Diskriminierung – gleichwohl den Anforderungen etwa der HandwO und hier allen voran dem großen Befähigungsnachweis, §§ 1 und 7 HandwO genügen¹⁴⁰⁰.

a) *Die tradierte Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG*

Daran vermag nach tradierter Ansicht des BVerfG¹⁴⁰¹, der sich bereits früh das BVerwG¹⁴⁰², einige Ländergerichte¹⁴⁰³, sowie im Ergebnis nunmehr ebenso der jüngste Kammerbeschluss des BVerfG vom 05.12.2005¹⁴⁰⁴, angeschlossen haben, auch das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG nichts zu ändern. Schutzwürdig vor Art. 12 Abs. 1 GG können nämlich nicht nur allgemein anerkannte, sondern auch solche Gemeinschaftsgüter sein, die sich erst aus den besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen

¹³⁹⁹ Der Inländerbegriff muss im Rahmen der Inländerdiskriminierung, wie im Rahmen der Art. 49 ff. EG überhaupt, von der Staatsangehörigkeit gelöst werden, sind doch auch im Inland ansässige Ausländer potentiell gegenüber ihren im Ausland ansässigen Konkurrenten benachteiligt, vgl. zum Ganzen *R. Streinz*, in ders., EGV/EUV, Art. 12 EGV, Rn. 58.

¹⁴⁰⁰ Vgl. aber die durch die Reform der HandwO eingetretenen Erleichterungen, insbesondere die sog. „Altgesellenregelung“ des § 7b HandwO; dazu *G. Honig*, Handwerksordnung, § 7b, Rn. 1 ff; ferner unten, b).

¹⁴⁰¹ BVerfGE 13, 97, 107; 19, 330, 337; 69, 209, 218; ebenso Kammerbeschluss vom 31.03.2000, GewArch 2000, S. 240 mit Besprechung *H. Mirbach*, Anfang vom Ende des Meisterzwangs?, NVwZ 2001, S. 161 ff.; zustimmend auch *G. Roellecke*, Die Aufgaben des Handwerks im Wandel der Gesellschaft, GewArch 1992, S. 321 ff.; *M. Gubelt*, in von Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 63.

¹⁴⁰² BVerwGE 13, 317 – st.Rspr.

¹⁴⁰³ Z.B. VGH Mannheim, GewArch 1993, S. 252; GewArch 1994, S. 68; VBl.BW 1998, S. 315 ff.; VG Stuttgart, GewArch 1992, S. 425 ff.

¹⁴⁰⁴ BVerfG, 1 BvR 1730/02 = GewArch 2006, S. 71; krit. zur Begründung, wenn gleich i.E. übereinstimmend, *F. Rieger*, DÖV 2006, S. 685 ff.; zur Kritik auch nachfolgend, b).

Zielen des Gesetzgebers ergeben¹⁴⁰⁵. Das Bestehen einer „Meisterprüfung“ als regelmäßige subjektive Berufszulassungsvoraussetzung für eine selbstständige handwerkliche Tätigkeit in Deutschland verfolgt demnach das wirtschaftspolitisch „wichtige“ Ziel, den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des deutschen Handwerks als „volkswirtschaftlich unentbehrlichen Zweig der gewerblichen Wirtschaft“ zu erhalten, sowie den Nachwuchs für eben jenen Zweig zu sichern. Damit wird in den Augen des BVerfG (den Gewaltenteilungsgrundsatz im Hinterkopf) ein gesetzgeberisches Ziel benannt, dessen Anerkennung weder „offensichtlich fehlsam“, noch „mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar“ ist. Vielmehr ist die Sicherung des Leistungsstandes und des Nachwuchses des Handwerks seither als ein die Regelungen der §§ 1, 7 HandwO rechtfertigendes, wichtiges Gemeinschaftsgut anzusehen. Dies gilt speziell auch mit Blick auf das Übermaßverbot, dem genüge getan ist, indem die HandwO eine flexible Handhabe der einschlägigen Regelungen vorsieht (vgl. vor allem die Ausnahmeregelungen der §§ 8 und 9), deren offener Gebrauch seitens der Verwaltungspraxis durch die Gerichte eingefordert wird¹⁴⁰⁶.

b) Der Einfluss der Binnenmarktentwicklung in der Literatur und in der neuesten Rechtsprechung des BVerfG

Bereits die gegenwärtige Rechts- und Tatsachenlage auf dem Gebiet des selbstständigen Handwerks nährt indes – zumal in den Augen des BVerfG – immer mehr Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der deutschen Regelungen zum großen Befähigungsnachweis¹⁴⁰⁷. Diese beruhen vornehmlich auf der Begutachtung der tatsächlichen Entwicklung des Binnenmarktes und der damit einhergehenden Zunahme der absoluten Zahl der Privilegierungen von EG-ausländischen Handwerkern über die Ausnahmeregelungen des § 9 HandwO i.V.m. der

¹⁴⁰⁵ VGH Mannheim, VBl.BW 1998, S. 315 (316).

¹⁴⁰⁶ D. Ehlers, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. I, § 2, Rn. 94; BVerfG, 1 BvR 1730/02 = GewArch 2006, S. 71.

¹⁴⁰⁷ Vgl. BVerfG, 1 BvR 1730/02 = GewArch 2006, S. 71; mit Anm. F. Rieger, DÖV 2006, S. 685 (687 ff.).

EWG-/EWR-HandwVO¹⁴⁰⁸. In dem Maße, wie die Einschätzung des BVerfG im Jahre 1961 noch zutreffend gewesen sein mag, so die nunmehr dem Grunde nach durch das Gericht anerkannte Argumentation der Literatur, zwingt die gegenwärtige Situation zu einer anderen Einschätzung vor allem der *Geeignetheit* und der *Erforderlichkeit* der §§ 1, 7 HandwO. Was die Geeignetheit des Meisterbriefs als subjektive Zulassungsvoraussetzung zum selbstständigen Handwerk angeht, wird die Auffassung vertreten, dass die zunehmende Tätigkeit von Handwerkern aus anderen EG-Mitgliedstaaten auf dem deutschen Markt – sei es im Wege regelmäßiger grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung, sei es im Rahmen von Zweigniederlassungen – dazu führe, dass dem Gesetzgeber und den Handwerkskammern zunehmend die Kontrolle über den tatsächlichen Leistungsstand in Deutschland entgleite¹⁴⁰⁹. Verstärkt werde diese Entwicklung zusätzlich, indem jeder Deutsche die Möglichkeit habe, durch längere Auslandstätigkeit die Regelungen der §§ 1, 7 HandwO zu umgehen¹⁴¹⁰. Diese Entwicklung bleibe nicht ohne Folgen für die Erforderlichkeit einer subjektiven Berufswahlbeschränkung¹⁴¹¹. Denn die Beibehaltung des Meisterbriefs könne nunmehr nur die Leistungsfähigkeit der von Inländern geführten Betriebe sicherstellen, während von EG-Ausländern errichtete Betriebe keiner Leistungskontrolle unterlägen. Um vor diesem Hintergrund die Leis-

¹⁴⁰⁸ Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle vom 04.08.1966, BGBl. I, 469, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.03.1998, BGBl. I, 596, die für Unionsbürger die Befreiung vom Meisterzwang vorsieht, wenn diese im Ausland einen selbstständigen handwerklichen Tätigkeit während einer bestimmten Zeitdauer (zwischen drei und sechs Jahren) nachweisen können.

¹⁴⁰⁹ D. König, Das Problem der Inländerdiskriminierung, AöR 118 (1993), S. 591 (610); G. Früh, Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht, GewArch 2001, S. 58 (60).

¹⁴¹⁰ U. Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (177); A. Meier, in Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11, Rn. 52.

¹⁴¹¹ P. Jeder, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, Diss. 1992, S. 106; U. Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (177); A. Meier, in Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), § 10, Rn. 47 ff.; D. König, AöR 118 (1993), S. 591 (610); G. Früh, GewArch 2001, S. 58 (58 ff.).

tungsfähigkeit aller in Deutschland ansässigen Betriebe aufrechtzuerhalten, seien demnach regelmäßige Leistungskontrollen heute besser geeignet, den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck zu erreichen¹⁴¹²; damit existiere aber gleichzeitig ein Mittel, das die Berufsfreiheit weniger stark einschränke, was wiederum die Verfassungswidrigkeit der Regelungen zum großen Befähigungsnachweis impliziere.

Der jüngste Kammerbeschluss des BVerfG vom 31.05.2005 betont auf der Grundlage dieser Argumentation erneut die herausragende Bedeutung der Ausnahmeregelung des § 8 HandwO. Nur mit Hilfe eines „Kunstgriffs“, unter Hinzuziehung des neuen § 7b HandwO (Erleichterung der Eintragung in die Handwerksrolle insbesondere für sog. „Altgesellen“) ist es ihm möglich, im Ergebnis an seiner altbewährten Rechtsprechung festzuhalten¹⁴¹³.

c) *Stellungnahme*

Trotz ihrer gewichtigen Argumente ist den oben genannten Autoren (noch) nicht Folge zu leisten. In der Tat: im Bereich der Dienstleistungsfreiheit, der bloß vorübergehenden Handwerkstätigkeit in grenznahen Regionen wie z.B. dem Saarland, aber auch den ostdeutschen Bundesländern, haben Handwerksbetriebe z.B. aus Frankreich oder Polen zunehmend ernst zu nehmende Vorteile gegenüber ihren deutschen Kollegen. Art. 12 Abs. 1 GG schützt indes nicht vor marktwirtschaftlichem, allenfalls vor ruinösem Wettbewerb¹⁴¹⁴. In ihm kommt die Entscheidung für eine „offene Wirtschaftsverfassung“ zum Ausdruck, die dem nationalen Gesetzgeber insbesondere im Bereich der Wirtschaftslenkung¹⁴¹⁵ einen breiten Spielraum eröff-

¹⁴¹² In eine ähnliche Richtung zielt die Stellungnahme des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2002/2003, S. 223, a.A. hingegen der ZDH; vgl. zum Ganzen *R. Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 48, IV., 1.

¹⁴¹³ BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 28 f. = *GewArch* 2006, S. 71; krit. *F. Rieger*, *DÖV* 2006, S. 685 (689).

¹⁴¹⁴ BVerfGE 34, 252, 256; 55, 261, 269; 93, 362, 370; *G. Manssen*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 70; *P. Tettinger*, in Sachs, GG, Art. 12, Rn. 9.

¹⁴¹⁵ Vgl. *P. Badura/P. M. Huber*, in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3, Rn. 85 ff.

net, „jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet“¹⁴¹⁶. Die in § 1 EWG-/EWR-HandwVO genannten Voraussetzungen für die Eintragung von EG-Ausländern in die Handwerksrolle zeigen nun, dass die Gemeinschaftsinteressen, die das Handwerksrecht verfolgt, keineswegs aufgegeben wurden. Es wurde keine völlige Freizügigkeit des Dienstleistungsverkehrs im Bereich der handwerklichen Tätigkeiten eröffnet, vielmehr die Handwerkstätigkeit von Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten im Inland in subjektiver Hinsicht von sachlichen Voraussetzungen abhängig gemacht, welche denjenigen für Inländer ähneln¹⁴¹⁷ und welche demzufolge ebenfalls auf die Erhaltung eines leistungsfähigen Handwerksstandes abzielen. Nicht zuletzt deshalb gilt: solange das vom Gesetzgeber auf dem „Reißbrett“ konzipierte Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Realität nicht ins Gegenteil verkehrt ist, solange mit anderen Worten nicht ein verfassungswidriger „Regelungstorso“ zur Erreichung des ursprünglichen gesetzgeberischen Anliegens zurück bleibt, wird weder das Regelungsziel der HandwO, noch die zur Umsetzung dieses Ziels grundsätzlich geforderte Meisterprüfung in Frage gestellt.

Die tatsächliche Entwicklung des Binnenmarktes im Bereich des selbstständigen Handwerks, die man zutreffender Weise wohl nur an der absoluten Zahl der diskriminierten Inländer wird ablesen können¹⁴¹⁸, ist demnach ein tatsächlicher Faktor, der rechtlich sehr wohl der Würdigung bedarf; diese wird jedoch besser im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, der Angemessenheit oder „Zeitgemäßheit“ einer Regelung also zu bewerkstelligen sein¹⁴¹⁹. Denn wenn auf der einen Seite aufgrund der Liberalisierung des

¹⁴¹⁶ BVerfGE 4, 7, 17 ff.; 50, 290, 336 ff.; *M. Gubelt*, in von Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 3 f.; vgl. zum Ganzen auch *R. Breuer*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, § 147, Rn. 19 f. (z.T. krit.).

¹⁴¹⁷ *W. Leisner*, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, S. 445 (451).

¹⁴¹⁸ Insoweit besteht Übereinstimmung mit *G. Früh*, GewArch 2001, S. 58 (60); a.A. anscheinend der österreichische VerfGH in seinem Urteil vom 09.12.1999, vgl. GewArch 2000, S. 113 (115), hier allerdings nur zur Frage der Ungleichbehandlung durch Europarecht.

¹⁴¹⁹ I.E. ebenso *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (355).

Dienstleistungssektors das nationale Ziel nicht mehr uneingeschränkt erreicht werden kann, verliert es an Gewicht im Rahmen der Abwägung, während gleichzeitig auf der anderen Seite die Belastung der inländischen Handwerker mit der steigenden Anzahl ihrer Diskriminierung zunimmt¹⁴²⁰. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung von In- und Ausländern ist damit weniger eine Frage der Erforderlichkeit des Meisterzwangs, als vielmehr eine Frage der Zeit. Fraglich ist, ab wann es unangemessen (unzeitgemäß) erscheint, den Leistungsstand einer sich zunehmend europäisierenden und internationalisierenden Wirtschaft mit Mitteln des nationalen Wirtschaftsrechts sichern zu wollen¹⁴²¹. Wir haben bereits an anderer Stelle gesehen¹⁴²²: Staatlichkeit und staatliche Steuerfähigkeit geraten immer stärker in den Sog grenzüberschreitender Nachfrage. Davor ist auch das Handwerksrecht nicht gefeit. Gegenwärtig ist indes noch nicht zu verzeichnen, dass die tatsächliche Entwicklung der Zahl der Handwerker aus anderen Mitgliedstaaten, die ohne Meisterprüfung im Inland arbeiten, derart hoch ist, dass sie fehlende Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Meisterzwangs zur Erreichung eines legitimen, am gesamtwirtschaftlichen Interesse ausgerichteten Ziels des nationalen Wirtschaftsgesetzgebers implizieren würde¹⁴²³. Laut Statistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie liegt die Zahl der Ausnahmewilligungen, die 2005 über § 9 HandwO erteilt wurden, bei (nur) 287. Der Zentralverband des deutschen Handwerks spricht

¹⁴²⁰ Vgl. BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 20 ff. = GewArch 2006, S. 71.

¹⁴²¹ Ähnlich Bundeskanzlerin *A. Merkel*, in ihrer Grundsatzrede zur Eröffnung der Hannover Messe am 24.04.2006; vgl. ferner *F. Kopp*, Die Zukunft des Handwerksrechts und seiner Organisation, WiVerw 1994, S. 1 ff.; *R. Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 105 ff.

¹⁴²² Dritter Teil, E., III., m.w.N. in Fn. 962.

¹⁴²³ wie hier VGH Mannheim, DVBl. 1998, S. 539 f.; *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (355); *W. Frotscher*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 302 f.; *D. Ehlers*, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2, Rn. 96 f.

ferner von insgesamt lediglich 461 Betrieben mit Inhabern aus den neuen Mitgliedstaaten¹⁴²⁴.

3 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung

Die Anforderungen an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen durch Berufsausübungsregelungen sind, wie bereits erläutert, demgegenüber insgesamt eher niedrig¹⁴²⁵. Für die im öffentlichen Wirtschaftsrecht zahlreich anzutreffenden Verfahrenspflichten (z.B. Anzeigepflichten gemäß § 14 Abs. 1 GewO, § 16 Abs. 2 HandwO) sprechen bereits vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls, die der Kontrolle des Wirtschaftsverkehrs dienen, ohne dabei die im Inland ansässigen Handwerker übermäßig schwer zu belasten (vom zeitlichen Aufwand einmal abgesehen)¹⁴²⁶. Gleiches gilt für die mit der Eintragung in die Handwerksrolle verknüpfte Zwangsmitgliedschaft in den örtlichen Handwerkskammern (oder außerhalb des Handwerks in den übrigen Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft wie z.B. den Industrie- und Handelskammern), sofern man diesbezüglich überhaupt den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG für eröffnet erklärt¹⁴²⁷.

Anders stellt sich die Situation dagegen für EG-ausländische Dienstleistungserbringer auf dem Gebiet des selbstständigen Handwerks dar. Die (zulässige) Inländerdiskriminierung resultiert im Bereich von Verfahrenspflichten aus dem Anwendungsvorrang des Art. 49 EG, der nach der Rechtsprechung des EuGH

¹⁴²⁴ Jahresbilanz vom 31.12.2005, www.zdh.de/daten-und-fakten/laender/betriebsbestand-im-handwerk-nach-laendern-2005.html.

¹⁴²⁵ Oben I., 1. und *G. Manssen*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 155 ff.

¹⁴²⁶ *G. Manssen*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 155 ff.

¹⁴²⁷ Nahe liegender sind insofern die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, sowie die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG; vgl. dazu BVerwGE 107, 169, 172 ff. (Pflichtmitgliedschaft in der IHK), BVerwGE 108, 169, 171 ff. (Pflichtmitgliedschaft in der HwK), sowie *D. Merten*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, § 144, Rn. 58 ff. und *H.-U. Erichsen*, ebd., § 152, Rn. 68 ff.

„einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, die die Verrichtung handwerklicher Tätigkeiten in dessen Hoheitsgebiet durch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistende von einem Verfahren abhängig machen, das geeignet ist, die Ausübung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr zu verzögern oder zu erschweren, nachdem die Voraussetzungen für die Aufnahme der betreffenden Tätigkeit bereits geprüft worden sind und festgestellt worden ist, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind“¹⁴²⁸.

II. Allgemeiner Gleichheitssatz

1 Struktur und normativer Gehalt des Art. 3 Abs. 1 GG im Gesamtgefüge des Grundgesetzes

Damit verbleibt zur Beurteilung der Inländerdiskriminierung nach dem nationalen Lösungsansatz der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes¹⁴²⁹. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, bzw. wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln (Willkürformel)¹⁴³⁰, besser noch, er ist „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“ (sog. neue Formel¹⁴³¹). Ist also – so müsste man in Anwen-

¹⁴²⁸ EuGH, Slg. 2000, I-7919 („Corsten“) – Leitsatz; dazu *W. Meyer*, Überlegungen des EuGH-Urteils vom 3. Oktober 2000 auf das deutsche Handwerksrecht, *GewArch* 2001, S. 265 ff.; *W. Diefenbach*, Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, *GewArch* 2006, S. 217 ff. und dritter Teil, B., III., 1, b), mm).

¹⁴²⁹ Da das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG („Heimat“) eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht erfasst, kommt lediglich der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht, vgl. *H. Weis*, *NJW* 1983, S. 2721 (2725); *C. Starck*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn. 395 f.

¹⁴³⁰ BVerfGE 4, 144, 155; 27, 364, 371 f.; 78, 104, 121.

¹⁴³¹ Neue Formel des ersten Senats, vgl. BVerfGE 55, 72, 88; aus der Literatur z.B. *J. Kokott*, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des

dung der neuen Formel fragen – die inländische Ansässigkeit eines Dienstleistungsunternehmens ein Unterscheidungskriterium von hinreichender Gewichtigkeit?

Teilweise wird dies mit folgender Begründung in Zweifel gezogen¹⁴³²: Regelungen, die zu Inländerdiskriminierungen führen, knüpfen regelmäßig an die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder den Ort der Herstellung im Inland an. Diese Kriterien sind zwar sachliche Gesichtspunkte, die vor einer reinen Willkürkontrolle Bestand haben können¹⁴³³. Die strengeren Maßstäbe der neuen Formel, wonach sich der ursprünglich auf Freiheitsrechte zugeschnittenen Verhältnismäßigkeitsprüfung eines Eingriffs Gleichheitsrechte nicht minder, wenngleich modifiziert stellen müssen¹⁴³⁴, legt das BVerfG aber an, wenn andere Verfassungsgüter, namentlich die Berufsfreiheit des Dienstleistungserbringers, gleichermaßen berührt werden¹⁴³⁵. Dies ist hier der Fall (s.o.). Aus dem Umstand, dass Deutsche und Nicht-Unionsbürger grundsätzlich (vgl. aber die §§ 7b und 8 HandwO) den berufsrelevanten wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Anforderung des inländischen Rechts, vornehmlich der Meisterprüfung, unterliegen, während für EG-Ausländer Ausnahmen vorgesehen sind (§ 9 HandwO), wird demnach gefolgert, dass die zuerst genannten Personen in einer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Weise diskriminiert werden.

Bundesverfassungsgerichts, in Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 127 (129 ff.); K. Hesse, Der Gleichheitssatz, AöR 109 (1984), S. 174 ff.; S. Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, S. 541 ff.; M. Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sog. neue Formel, JuS 1997, S.124 ff.

¹⁴³² T. Schilling, JZ 1994, S. 8 (12 ff.); G. Nicolaysen, EuR 26 (1991), S. 95 (115 ff.); A. Meier, in Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), § 11, Rn. 53 ff.

¹⁴³³ Vgl. M. Gubelt, in von Münch/Kunig, GG, Art. 3, Rn. 5 („jedoch...“).

¹⁴³⁴ M. Gubelt, in von Münch/Kunig, GG, Art. 3, Rn. 14; L. Osterloh, in Sachs, GG, Art. 3, Rn. 14 ff.; T. Schilling, JZ 1994, S. 8 (13); kritisch ggü. Anleihen bei den Freiheitsrechten aber C. Starck, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn. 11 f.

¹⁴³⁵ BVerfGE 88, 87, 96; 93, 99, 111; 97, 271, 290; K. Hesse, AöR 109 (1984), S. 174 (191 f.).

2 Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG

Bevor auf diese Argumente eingegangen werden kann, sind aus dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG zwei Problemkreise strikt zu trennen. Niemand bezweifelt eine bestehende Ungleichbehandlung zwischen zwei Vergleichsgruppen. Fraglich und von der oben wiedergegebenen Auffassung in Zweifel gezogen, ist (zum einen) bloß ihre Rechtfertigung. Damit die Ungleichbehandlung zuvor (und zum anderen) aber am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG gemessen werden kann, muss dieser überhaupt das Problem der Inländerdiskriminierung betreffen.

a) *Systemimmanente Disparitäten – limitierte Bindungswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG*

Zweifel an der Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG erheben sich insofern, als die Ungleichbehandlung von Inländern und EG-Ausländern im Kern auf die Diskrepanz zwischen „liberalen“ gemeinschaftsrechtlichen und „strengeren“ nationalen Bestimmungen hinausläuft, die sich daraus ergebenden Disparitäten mithin auf zwei verschiedene Hoheitsträger zurückzuführen und damit im Ergebnis vergleichbar mit denjenigen in klassisch föderativen Systemen wie der Bundesrepublik Deutschland sind¹⁴³⁶. Auch hier führt das Nebeneinander von verfassungsmäßig garantierten Hoheitsträgern zu einer „Vielfalt in Rechtsetzung und Rechtsanwendung“ und damit zu verschiedentlicher Behandlung der Bürger, „je nachdem, der Gewalt welches Hoheitsträgers sie unterworfen sind“¹⁴³⁷ (Bund, Land, Kommune, Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft [Kammern]). Derartige Disparitäten sind für das BVerfG jedoch system-

¹⁴³⁶ Grundlegend U. Fastenrath, JZ 1987, S. 170 ff. (175); ebenso D. König, AöR 118 (1993), S. 591 (599 f.); T. Giegerich, Europarecht und deutsches Recht, JuS 1997, S. 426 (429); H.-J. Papier, Die überörtliche Anwaltssozietät aus der Sicht des Verfassungs- und Gemeinschaftsrechts, JZ 1990, S. 253 (260); G. Dürig, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3, Rn. 247; R. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 48, VI., 2.; D. Ehlers, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2, Rn. 98.

¹⁴³⁷ U. Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (172); H.-J. Papier, JZ 1990, S. 253 (260).

immanent. Es geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 3 Abs. 1 GG Bindungswirkungen nur für den jeweiligen Hoheitsträger innerhalb seines Herrschaftsbereichs, also für den Bund nur in Bundes-, für ein Land nur in Landesangelegenheiten entfaltet, nicht aber Einfluss auf die verfassungsmäßige Verteilung von Staatsgewalt im föderativen Staatsaufbau und die damit einhergehenden Disparitäten nehmen möchte¹⁴³⁸. Wo nun Art. 3 Abs. 1 GG im Bundesstaat Deutschland nicht gilt, so ließe sich trefflich argumentieren, kann er erst Recht nicht im organisatorisch loseren Staatenverbund der Europäischen Union Anwendung finden. Ansonsten würde man ihm im Verhältnis zur EU eine Integrations-, bzw. (im wahrsten Sinne des Wortes) eine Gleichschaltungsfunktion zuerkennen, die ihm nicht einmal im föderalen Staatsaufbau der Bundesrepublik Deutschland zukommt¹⁴³⁹.

b) Gemeinschaftsrechtliche Besonderheiten – Maastricht und die Folgen der Vollzugstheorie

Wäre eine derartige Annahme auch noch so verfehlt, die ihr zugrunde liegenden Denkmuster sind nicht unangreifbar. Schon der Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG hinkt insofern, als durch das Gemeinschaftsrecht eine der beiden Vergleichsgruppen – die EG-Ausländer – der autonomen Regelungsgewalt des nationalen Gesetzgebers – was ihre Rechtstellung im Binnenmarkt angeht – entzogen ist (Anwendungsvorrang), während durch die bundesrepublikanische Kompetenzverteilung einem Land innerhalb seines Kompetenzbereichs nicht etwa die Rechtstellung der (Landes-) Ausländer vorgegeben ist, so dass es nur noch über eine Gleichstellung der (Landes-) Inländer zu befinden hätte¹⁴⁴⁰. Einwenden ließe sich außerdem, dass es gerade die Gemeinschaftskonzeption des BVerfG,

¹⁴³⁸ BVerfGE 10, 354, 371; 16, 6, 24; 17, 319, 331; 21, 54, 68; 42, 20, 27; 52, 42, 57; 79, 127, 158; ebenso BVerwGE 5, 1, 9; 70, 127, 132; 96, 293, 301.

¹⁴³⁹ *H.-J. Papier*, JZ 1990, S. 253 (260); *U. Fastenrath*, JZ 1987, S. 170 (172); unentschieden derweil *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (356).

¹⁴⁴⁰ *H. Weis*, NJW 1983, S. 2721 (2725) unter Verweis auf BVerfGE 51, 43, 48; ähnlich *G. Nicolaysen*, EuR 26 (1991), S. 95 (116 ff.); *T. Schilling*, JZ 1994, S. 8 (11); *H.-D. Jarass*, in ders./Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 70.

insbesondere im *Maastricht-Urteil*¹⁴⁴¹, ist, welche Geltung und Anwendung von Europarecht in Deutschland von dem „Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes“ i.V.m Art. 23 Abs. 1 GG abhängig macht. Insofern können Disparitäten im Verhältnis zum EG-Recht streng genommen gar nicht existieren¹⁴⁴². Liegt nämlich nach der sog. *Vollzugstheorie*¹⁴⁴³ der Geltungsgrund des Gemeinschaftsrechts im innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl, so ist nur ein einziger – der deutsche – Hoheitsträger sowohl für die Geltung nationalen, als auch für die Geltung europäischen Rechts in Deutschland verantwortlich¹⁴⁴⁴. Dies wiederum hat zur Folge, dass der nationale Gesetzgeber und die nationalen Behörden auch bei der Umsetzung einer EG-Richtlinie oder in Reaktion auf ein Urteil des EuGH trotz ihrer völkerrechtsverbindlichen Einbindung in die EU in eigener Kapazität handeln. Ergo sind Erlass und Anwendung einer die Inländer diskriminierenden Norm *unmittelbar* nur auf sie rückführbar, während die Beziehung der Gemeinschaftsorgane zu den betroffenen Inländern *mittelbarer* Natur ist¹⁴⁴⁵. Richtig ist zwar, dass eine richtlinieninduzierte gesetzgeberische Tätigkeit lediglich gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 10 EG) in die nationale Rechtsordnung zu transferieren sucht¹⁴⁴⁶; der Umstand allerdings, dass mit einer gesetzlichen Regelung gemeinschaftsrechtliches Richtlinienrecht umgesetzt wer-

¹⁴⁴¹ BVerfGE 89, 155 ff.

¹⁴⁴² J. Kokott, in FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 127 (128).

¹⁴⁴³ Begründet durch BVerfGE 31, 145, 173 ff.; 73, 339, 375; 75, 223, 244 f.; 85, 191, 204, in Abgrenzung zum sog. europarechtlichen Ansatz des EuGH, Slg. 1963, 1, 24 ff. (van Gend & Loos); Slg. 1964, 1251, 1269 (Costa/ENEL); zum Ganzen H. Gersdorf, Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, DVBl. 1994, S. 674 (677); K. Hailbronner, Aufgabe von Souveränitätsrechten als EU-Mitglied – Deutsche Erfahrungen, in Geis u.a. (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, 2001, S. 97 (102 ff.), jeweils m.w.N.

¹⁴⁴⁴ J. Kokott, in FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 127 (128).

¹⁴⁴⁵ H. Weis, NJW 1983, S. 2721 (2725); U. Kleier, Freier Warenverkehr und Diskriminierung inländischer Erzeugnisse, RIW 1988, S. 623 (629); G. Nicolaysen, EuR 26 (1991), S. 95 (118); A. Meier, in Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), § 11, Rn. 54; i.E. auch C. Starck, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn. 233; differenzierend hingegen S. Wesser, aaO (Fn. 1380), S. 171 ff.

¹⁴⁴⁶ Mit diesem Argument D. König, AöR 118 (1993), S. 591 (599).

den soll, bildet zumindest für den österreichischen Verfassungsgerichtshof (ÖVerfGH) für sich allein „keinesfalls einen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für eine durch die Art der Umsetzung bewirkte Differenzierung“¹⁴⁴⁷.

Nun zeitigt die Rechtsprechung des obersten österreichischen Gerichts unmittelbar keine Auswirkung in Deutschland. Anstoßfunktion für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Inländerungleichbehandlungen kommt ihr aber umso mehr zu, als sie eine österreichische Regelung für gleichheitswidrig hält, die – wie in Deutschland § 1 Abs. 1 Nr. 1 EWG-/EWR-HandwVO¹⁴⁴⁸ – eine Ausnahme vom regulären Erwerb eines Befähigungsnachweises für den Fall vorsieht, dass eine bestimmte Tätigkeit in einem „anderen“ Mitgliedstaat nachgewiesen werden kann. Die konsequente Streichung des Wörtchens „andere“ durch den ÖVerfGH schärft folglich den Blick für die auch hier alles entscheidende Frage, ob sachliche Erwägungen es rechtfertigen können, Inländer, die auf einem dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Weg die Befähigung im *eigenen* Land erworben haben, auf den regulären Weg des Erwerbs des Befähigungsnachweises (Meisterbrief) zu verweisen¹⁴⁴⁹. Dabei ist zunächst irrelevant, dass der Erfüllbarkeit der EG-Zulassungsvoraussetzungen (u.a. drei oder mehr Jahre als Selbstständiger oder als Betriebsleiter oder in leitender Stellung mit technischen Aufgaben und der Verantwortung für mindestens eine Abteilung) in der Praxis vielfach das deutsche Gewerberecht entgegensteht, das eine selbstständige handwerkliche Tätigkeit gerade von der Eintragung in die Handwerksrolle und damit von dem Besitz eines Befähigungsnachweises

¹⁴⁴⁷ ÖVerfGH in seinem Urteil vom 09.12.1999, GewArch 2000, S. 113 (115).

¹⁴⁴⁸ Abgedruckt bei G. Honig, Handwerksordnung, Anh. 3.

¹⁴⁴⁹ M. Gerhardt, GewArch 2000, S. 372 (375); D. Czybulka, Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, GewArch 1994, S. 89 (93); beachte: § 1 Abs. 1 EWG-/EWR-HandwVO spricht von „Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“, so dass sich Inländer, die eine entsprechende Befähigung im *Ausland* erworben haben, bereits nach geltender Rechtslage auf Gemeinschaftsrecht berufen können, EuGH, Slg. 1979, 399, Rn. 17 („Knoors“); BVerwG, GewArch 1991, S. 386 (387); BayVG, GewArch 2001, S. 422; BayVG, GewArch 2002, S. 431; zur Rechtslage bis 1984 D. Czybulka, in Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn. 59.

abhängig macht (vgl. für Selbstständige §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 bis 3 HandwO, für Betriebsleiter und Stellvertreter §§ 7 Abs. 4 und 5 HandwO und § 45 GewO)¹⁴⁵⁰. Denn zu klären gilt es gerade die Frage, ob der regelmäßig mit einer Meisterprüfung abzuschließende Ausbildungsgang in Deutschland im Hinblick auf die davon befreite ausländische Konkurrenz mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren ist. Der antizipierte Verweis auf Normen, die den großen Befähigungsnachweis voraussetzen, muss sich demzufolge den Vorwurf gefallen lassen, den zweiten vor dem ersten Schritt zu tun bzw. von zirkulärer Natur zu sein: die sachliche Berechtigung des verwandten Differenzierungskriteriums (Ansässigkeit) würde kurzerhand deshalb bejaht, weil seiner Verneinung Gewerberecht entgegenstünde, das seinerseits wiederum auf demselben Kriterium beruht.

3 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung

a) *Anstöße aus Österreich*

Führt man sich in diesem Kontext die oben wiedergegebene Rechtfertigung des bestehenden Meisterprüfungssystems vor Art. 12 Abs. 1 GG (Sicherung der Qualität des Handwerks) nochmals vor Augen, lässt sich die bewirkte Differenzierung kaum sachlich erklären. Das BVerfG¹⁴⁵¹ hat sodann die Frage offen gelassen, das BVerwG¹⁴⁵² und Teile der Literatur¹⁴⁵³ zur Rechtfertigung andere Argumente, wie z.B. die Tatsache, dass ausländischen Bewerbern eine zur Meisterprüfung führende Ausbildung und ein entsprechender Berufsweg nicht zur Verfügung stünden, bemüht. In Übereinstimmung mit dem ÖVerfGH¹⁴⁵⁴ ließe sich hingegen durchaus schlüssig argumentieren, dass eine den Gemeinschaftsvorgaben „entsprechende Ausbildung

¹⁴⁵⁰ Mit diesem Argument *W. Diefenbach*, GewArch, S. 353 (358 f.).

¹⁴⁵¹ Kammerbeschluss vom 31.03.2000, GewArch 2000, S. 240, mit Besprechung *H. Mirbach*, NVwZ 2001, S. 161 ff.; ebenso Kammerbeschluss vom 05.12.2005, GewArch 2006, S. 71, mit Besprechung *F. Rieger*, DÖV 2006, S. 685 ff.

¹⁴⁵² Beschluss vom 22.01.1970, GewArch 1970, S. 129.

¹⁴⁵³ *H.-D. Jarass*, in ders./Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 70; *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (357).

¹⁴⁵⁴ Urteil vom 09.12.1999, GewArch 2000, S. 113 (115).

und Tätigkeit im jeweiligen Gewerbe im Inland mit Blick auf die für die Erbringung eines Befähigungsnachweises erforderlichen Elemente der kaufmännisch-rechtlichen Anforderungen eher besser als schlechter geeignet ist, das angestrebte Niveau und die erforderliche Qualifikation zu erreichen, ermöglicht sie doch leichter den Erwerb spezifischer Kenntnisse der (österreichischen) Rechtslage und der spezifisch (österreichischen) Marktgegebenheiten.“ In Übertragung dieser Rechtsprechung läge es nahe, auch deutschen Handwerken ohne „grenzüberschreitendes Element“ die Berufung auf Gemeinschaftsrecht, sprich die EWG-/EWR-HandwVO zu ermöglichen, wenn auch über den Umweg des Art. 3 Abs. 1 GG.

b) Zur Verfassungsrechtslage in Deutschland

Ein solcher Schluss wäre jedoch in zweifacher Hinsicht verfehlt. Zum einen ist es des Gleichheitssatzes Aufgabe weniger zu bestimmen, in welchem Ausmaß ein gesetzgeberisches Mittel geeignet ist, ein am Gemeinwohl gemessenes Ziel zu erreichen, als vielmehr zu werten, inwiefern die Verschiedenheit zweier Sachverhalte einen hinreichenden Differenzierungsgrund liefert¹⁴⁵⁵. Der allgemeine Gleichheitssatz ist – als isolierter Satz gelesen – „semantisch leer“¹⁴⁵⁶, sein konkreter normativer Gehalt bestimmt sich erst durch den jeweiligen Kontext. Gleichheit fordert demnach den Vergleich zweier Sachverhalte in ihrer Ähnlichkeit und Verschiedenheit, um die rechtliche Behandlung dieser Sachverhalte am gemeinsamen Rechtfertigungsgrund der Rechtsfolge zu messen¹⁴⁵⁷. Dagegen kennzeichnet die Abwägung zwischen Ziel und Mittel einer Maßnahme am Maßstab der Verhältnismäßigkeit klassischerweise das Übermaßverbot, eine „Schranken-Schranke“ also zur Begrenzung staatlicher Ingerenzen in die Freiheitsrechte. Soweit das Übermaßverbot über den Gedanken „verhältnismäßiger Gleichheit“¹⁴⁵⁸ überhaupt in den

¹⁴⁵⁵ C. Starck, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn. 10-12.; L. Osterloh, in Sachs, GG, Art. 3, Rn. 8-37; K. Hesse, AöR 109 (1984), S. 174 (193).

¹⁴⁵⁶ A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 77 ff.

¹⁴⁵⁷ P. Kirchhof, in Isensee/ders. (Hrsg.), HStR V, § 124, Rn. 163.

¹⁴⁵⁸ P. Kirchhof, in Isensee/ders. (Hrsg.), HStR V, § 124, Rn. 161 ff.

Gleichheitssatz hineinspielt¹⁴⁵⁹, wird die Berechtigung des Gesetzgeber, am Befähigungsnachweis im Anschluss an einen geregelten Ausbildungsgang als Grundsatz und Regelfall des Erwerbs und des Nachweises der nötigen Kenntnisse und Fertigkeiten festzuhalten, nicht in Frage gestellt¹⁴⁶⁰. Verhältnismäßige Gleichheit gebietet nicht, die Wirklichkeit „möglichst individuell, das heißt in kleinen und kleinsten Gattungen“¹⁴⁶¹ zu erfassen; vielmehr lässt sie unter einer Mehrheit vergleichbarer Tatbestände Typisierungen zu, solange nur jene Sachverhaltselemente „eingefangen“ werden, die in der für die Rechtsfolgenanordnung maßgeblichen Kombination auch wirklich regelhaft auftreten. Ob dies der Fall ist, zeigt sich, wenn die eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen¹⁴⁶². Gegenwärtig lässt sich dies – wie gesagt – bejahen, so dass die Rücksichtnahme auf die besondere Situation der (bisher) im Ausland ansässigen EG-Handwerker den deutschen Gesetzgeber nicht dazu zwingt, undifferenziert allen Handwerkern, also auch den inländischen ohne grenzüberschreitendes Element, die selbständige Handwerksausübung unter den Voraussetzungen des Europarechts zu gestatten. Dafür spricht ferner, dass, sähe man in dem Kriterium der Grenzüberschreitung eine sachverhalts-, nicht eine personenbezogene Differenzierung, wofür einiges spricht (bezeichnender Weise wird ja regelmäßig von einem grenzüberschreitenden *Sachverhalt* gesprochen), ohnehin nur ein Willkürmaßstab anzulegen wäre, was den Schluss nahe legte, bereits in der Einwirkung des Gemeinschaftsrechts einen hinreichenden Grund für die Differenzierung zu sehen¹⁴⁶³.

c) *Europarechtliche Aspekte*

Zum anderen unterschiede sich ein gemeinschaftsrechtlicher „Umweg“ über Art. 3 Abs. 1 GG nur noch in seiner Einkleidung von der

¹⁴⁵⁹ Dazu *L. Osterloh*, in Sachs, GG, Art. 3, Rn. 15 ff.

¹⁴⁶⁰ I.E. ebenso *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (358); *M. Gerhardt*, GewArch 2000, S. 372 (375); a.A. *G. Früh*, GewArch 2001, S. 58 (60).

¹⁴⁶¹ *C. Starck*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn. 23.

¹⁴⁶² *C. Starck*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 23.

¹⁴⁶³ *J. Kokott*, in FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, S. 127 (129; 135).

rein europäischen Lösung, der ihrerseits wiederum das Europarecht selbst im Wege sieht¹⁴⁶⁴. Der EuGH hat entschieden, dass Richtlinie 64/427/EWG¹⁴⁶⁵, auf die die Ausnahme des § 9 HwO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 EWG-/EWR-HandwVO zurückzuführen ist, insofern weit auszulegen ist, als alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die sich objektiv in einer von der Richtlinie vorgesehenen Situation befinden (die also ein grenzüberschreitendes Element aufweisen), in den Genuss der darin genannten Liberalisierungsmaßnahmen gelangen sollen, ohne dass aufgrund ihres Aufenthaltsortes oder ihrer Staatsangehörigkeit ein Unterschied in der Behandlung gemacht werden darf¹⁴⁶⁶. Zwar scheint die nur logische Schlussfolgerung, dass sich demnach auch deutsche Staatsangehörige, die im Ausland die erforderliche Qualifikation erlangt haben, auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 EWG-/EWR-HandwVO berufen können¹⁴⁶⁷, ebenso richtig, wie irrelevant was die Beurteilung ausschließlich *inländischer* Sachverhalte angeht. Sie bezieht sich nämlich auf ein Vergleichspaar, das für die geltend gemachte Inländerdiskriminierung gerade nicht zutrifft¹⁴⁶⁸. Umgekehrt nimmt man jedoch, wenn man diese Erwägung anstrengt, unausgesprochen Bezug auf die Grundfreiheiten des EG-Vertrages: das Vorliegen einer objektiv von der Richtlinie gedeckten Situation führt zur Dienstleistungsfreiheit unabhängig von der Staatsangehörigkeit, wohingegen ohne grenzüberschreitendes Element die Frage nach der Staatsangehörigkeit sich gar nicht erst stellt, weil die Dienstleistungsfreiheit nicht einschlägig ist. Auf die Grundfreiheiten kann sich ergo nur berufen, wer von ihnen Gebrauch macht¹⁴⁶⁹. Dies können selbstverständlich auch Inländer, die im Ausland die EG-Zulassungsvoraussetzungen erfüllen. Wer allerdings im Herkunftsstaat, besser im Staat der Ansässigkeit, verbleibt, unterliegt der Regelung, die der nationale Gesetzgeber vorsieht (Meisterbrief).

¹⁴⁶⁴ Oben, B.; M. Gerhardt, GewArch 2000, S. 372 (375).

¹⁴⁶⁵ AaO (Fn. 1252).

¹⁴⁶⁶ EuGH, Slg. 1979, 399, Rn. 17 ff. („Knoors“).

¹⁴⁶⁷ Vgl. oben Fn. 1449 m.w.N.

¹⁴⁶⁸ M. Gerhardt, GewArch 2000, S. 372 (376).

¹⁴⁶⁹ Ähnlich M. Gerhardt, GewArch 2000, S. 372 (376).

d) *Ergebnis*

Damit ist die Eingangsfrage auch unter dem Blickwinkel des Europarechts positiv zu beantworten¹⁴⁷⁰: die Ansässigkeit eines Dienstleistungsunternehmens im Inland ist in der Tat ein Unterscheidungskriterium von hinreichender Gewichtigkeit. Die Benachteiligung gegenüber der ausländischen Konkurrenz rechtfertigt sich bereits daraus, dass sich das betroffene Rechtssubjekt nicht dem Schutz des Gemeinschaftsrechts unterstellt, weil es keinen grenzüberschreitenden Tatbestand erfüllt. Ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, „kleine und kleinste Einheiten“ zu schaffen, so genügt er dem Gleichheitssatz bereits dadurch, dass er für EG-Ausländer das nationale Recht im erforderlichen Umfang öffnet¹⁴⁷¹. Die Frage, ob Art. 3 Abs. 1 EG überhaupt anwendbar ist¹⁴⁷², kann demnach dahingestellt bleiben; denn selbst wenn das entgegen der wohl herrschenden Meinung der Fall ist, ist die bewirkte Differenzierung im Ergebnis gerechtfertigt¹⁴⁷³.

4 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung

Ähnliches gilt mit Blick auf Verfahrensregelungen der Dienstleistungsausübung. Art. 49 EG steht nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Corsten*¹⁴⁷⁴ einem zweistufigen Verfahren zur Eintragung eines EG-ausländischen Dienstleistungserbringers in ein öffentliches Register entgegen, wenn die Eintragung nicht automatisch aufgrund der Angaben erfolgt, die in der ersten Phase der Erteilung der Ausnahmegewilligung eingeholt wurden. Daraus ergibt sich bei der Berufsausübung eine unterschiedliche Behandlung von Handwerkern aus anderen EG-Mitgliedstaaten, die in Deutschland

¹⁴⁷⁰ Dazu oben, II., 1.

¹⁴⁷¹ I.E. auch *M. Gerhardt*, *GewArch* 2000, S. 372 (376).

¹⁴⁷² Oben, II., 2.

¹⁴⁷³ So auch *H.-D. Jarass*, in *ders./Pieroth*, GG, Art. 3, Rn. 70; *M. Gubelt*, in *von Münch/Kunig*, GG, Art. 3, Rn. 4a; *J. Kokott*, in *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. II, S. 127 (128 f.).

¹⁴⁷⁴ EuGH, Slg. 2000, I-7919, Rn. 33. ff.; vgl. ausführlich dritter Teil, B., III., 1, b), mm).

von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen, und inländischen Handwerkern, die keinen grenzüberschreitenden Tatbestand erfüllen. Ein hinreichender Grund für diese Differenzierung findet sich derweil im Auslandsbezug der ersteren Vergleichsgruppe, der nicht mehr gegeben ist, wenn der betreffende Dienstleister (auch) in Deutschland (etwa über eine Zweigniederlassung) niedergelassen ist¹⁴⁷⁵. Denn es ist gerade der zeitlich, gegenwärtig auch quantitativ begrenzte Umfang¹⁴⁷⁶, der für Tätigkeiten im Dienstleistungsverkehr charakteristisch ist und der die Typisierung des Gesetzgebers anhand des Merkmals der inländischen Ansässigkeit rechtfertigt. Inländische Gewerbetreibende, die in ähnlich „punktueller“ Weise ihr Gewerbe betreiben wie die europäische Konkurrenz, die von Art. 49 EG Gebrauch macht, sind demgegenüber atypische Ausnahmen, die als nicht regelungsbedürftige „kleinste Einheit“ keiner eigenen Ausnahme bedürfen¹⁴⁷⁷. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Rechtsprechung des BVerfG zum Lokalisationsgebot¹⁴⁷⁸ für im Inland niedergelassene Rechtsanwälte auch in hiesigem Zusammenhang fruchtbar machen¹⁴⁷⁹. Danach übt der inländische Anwalt eine Dauertätigkeit aus, für die gerade die verfahrensbezogenen und prozessökonomischen Erwägungen gelten, die den Grundsatz der Lokalisierung rechtfertigen, während erwartet wird, dass der Anwalt aus einem anderen Mitgliedstaat vor den deutschen Gerichten nur zeitlich begrenzt tätig wird. Übertragen auf die hier in Rede stehenden verfahrensmäßigen Regelungen des Gewerberechts im weiteren Sinne, geht es somit um die wirksame Kontrolle gerade der auf Dauer angelegten Gewerbe- bzw. Handwerksausübung anhand des Kriteriums der inländischen Ansässigkeit.

¹⁴⁷⁵ *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (359).

¹⁴⁷⁶ Vgl. die Zahlen oben, Fn. 1424.

¹⁴⁷⁷ *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (359); vgl. auch *C. Starck*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn. 23.

¹⁴⁷⁸ BVerfG, NJW 1990, S. 1033.

¹⁴⁷⁹ Vgl. *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (359).

III. Zusammenfassung

Insgesamt gibt es mithin gegenwärtig keinen verfassungsrechtlichen Anlass, das deutsche Handwerks- und Gewerbeamt für inländische Handwerker ohne grenzüberschreitendes Element zu ändern. Die hierfür ausschlaggebenden Argumente finden sich vornehmlich in der Wahrung des vom Gesetzgeber konzipierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses, der Unanwendbarkeit des bzw. Rechtfertigung vor Art. 3 Abs. 1 GG und – nicht zuletzt mit Blick auf Regelungen der Berufsausübung – dem notwendigen Auslandsbezug (grenzüberschreitendes Element), der nicht mehr gegeben ist, sofern der betreffende Dienstleister im Inland niedergelassen ist (und sei es über eine Zweigniederlassung). Das muss aber nicht heißen, dass die Inländerdiskriminierung – zumal in hohem Maße abhängig von rechtstatsächlichen Umständen wie der Entwicklung des Binnenmarktes – dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit ein für alle Mal entkommen ist. Vielmehr lässt sich mit Blick auf die jüngst erlassene Dienstleistungsrichtlinie¹⁴⁸⁰ des Europäischen Parlaments und des Rates fragen, ob die verfassungsrechtliche Lage unter der Geltung des nunmehr verschiedentlich sekundärrechtlich im Handwerks-, bzw., soweit übereinstimmend, im Dienstleistungssektor implementierten Herkunftslandprinzips eventuell einer Neubewertung bedarf.

¹⁴⁸⁰ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

D. Neubewertung der Verfassungsrechtslage aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie?

Das Herkunftslandprinzip ist in seiner Grundausstattung, d.h. ohne ergänzende europäische Mindestanforderungen, geeignet, die bisherigen Erwägungen auf den Kopf zu stellen. Grund zu dieser Annahme bietet weniger eine Gegenüberstellung der dargestellten Rechtsprechungsaussagen des BVerfG mit denjenigen des EuGH¹⁴⁸¹, in denen zum Ausdruck kommt, dass das Ziel der Verhinderung von negativen Auswirkungen auf einen Wirtschaftszweig (das Handwerk) kein objektives (europäisches) Allgemeininteresse darstellt. Diesbezüglich lässt sich darauf verweisen, dass dem Handwerksurteil des BVerfG keineswegs Motive des Konkurrenz- oder Mittelstandschutzes (welche im übrigen nach deutschem Verfassungsrecht ebenso wenig verfolgungswürdig erscheinen¹⁴⁸²) zugrunde liegen, sondern vielmehr solche der Leistungsfähigkeit des Handwerks als Ganzes, für eine Volkswirtschaft als Ganzes, deren „unentbehrlicher Zweig“ das Handwerk ist¹⁴⁸³. Solche Motive anerkennt auch das Europarecht¹⁴⁸⁴.

Problematisch ist vielmehr, dass, stülpt man dem Wirtschaftsverwaltungsrecht der Mitgliedstaaten undifferenziert und ohne ergänzende Mindestanforderungen das Herkunftslandprinzip über, wonach jeder EU-Bürger das Recht seines Heimatstaates im Falle des Grenzübertritts „mitnehmen“ kann, daraus ein Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen und infolgedessen eine ungeahnte Vielzahl neuer Inländerdiskriminierungen entsteht. Darüber hinaus darf bezweifelt werden, ob der von Art. 12 Abs. 1 GG gebilligte, ja sogar gewünschte, Konkurrenzkampf der Wirtschaftsteilnehmer unter der Geltung eines flächendeckenden Herkunftslandprinzips noch „fair“ in dem Sinne wäre, dass die Kontrahenten sich unter der Prämisse

¹⁴⁸¹ Vgl. *G. Früh*, Verstoßt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?, *GewArch* 1998, S. 402 (405).

¹⁴⁸² *G. Manssen*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 247.

¹⁴⁸³ BVerfGE 13, 97 (107 f.); *F. Rieger*, DÖV 2006, S. 685 (687).

¹⁴⁸⁴ *W. Leisner*, *GewArch* 1998, S. 445 (448).

der Waffengleichheit gegenüberreten. Deshalb implementiert die kürzlich in Kraft getretene Berufsamerkennungsrichtlinie¹⁴⁸⁵ sämtliche bisher erlassenen sektoralen Berufsrichtlinien mitsamt ihren Mindestanforderungen und deshalb schließt die am 28.12.2006 in Kraft getretene Dienstleistungsrichtlinie¹⁴⁸⁶ die Anwendung der Bestimmungen anderer Gemeinschaftsrechtsakte auf die von ihnen erfassten Dienstleistungen nicht aus (Art. 3 DLR). Im Bedarfsfall adaptieren sich also die jeweiligen Anforderung, um den „*acquis communautaire*“ des Gemeinschaftsrechts gegenüber der Omnipotenz des Herkunftslandprinzips abzusichern.

Täuschen lassen sollte man sich von diesen unverzichtbaren Einschränkungen derweil nicht. Trotz aller Bedingungen enthält das Herkunftslandprinzip noch immer genügend Zündstoff für die verfassungsrechtliche Diskussion. Dabei wird es im Folgenden darauf ankommen aufzuzeigen, wo die neuralgischen Punkte des nationalen Lösungsansatzes liegen, über deren „Einbruchstellen“ das Herkunftslandprinzip Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Beurteilung der Inländerdiskriminierung in Deutschland haben kann. Dies gilt nicht zuletzt für den Fall, dass sich die Prognosen der Kommission betreffend die Verwirklichung eines integrierten Binnenmarktes für Dienstleistungen bestätigen¹⁴⁸⁷.

I. Berufsfreiheit

1 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung

a) *Geeignetheit und Ziellegitimität*

Das Gebot der Geeignetheit verlangt den Einsatz solcher Mittel, mit deren „Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁵ AaO (Fn. 1264); *W. Kluth/F. Rieger*, EuZW 2005, S. 486 ff.

¹⁴⁸⁶ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3).

¹⁴⁸⁷ Dazu KOM (2002), 441/endg.; KOM (2004), 2/endg., aaO (Fn. 10).

¹⁴⁸⁸ BVerfGE 96, 10, 23; 30, 292, 316; 33, 171, 187; 67, 157, 173; *M. Sachs*, in ders., GG, Art. 20, Rn. 150; weiterführend *P. Lerche*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, § 122, Rn. 16 ff.

Liegt das wirtschaftspolitisch legitime Ziel des deutschen Gesetzgebers im Erhalt des hohen Leistungsstandes des deutschen Handwerks, so ist der große Befähigungsnachweis nach Maßgabe der §§ 1, 7 HandwO – gemessen an der absoluten Zahl der Inländerdiskriminierungen durch Europarecht – ein aktuell durchaus geeignetes Mittel zur Zielerreichung¹⁴⁸⁹.

Anderen (Herkunfts-) Ländern ist eine vergleichbare Marktzutrittsschranke dagegen weitgehend unbekannt¹⁴⁹⁰ und auch der europäische Gesetzgeber setzt andere Schwerpunkte. Zwar ist auch er grundsätzlich einem hohen Schutzniveau innerhalb der Union verpflichtet¹⁴⁹¹, ein Ziel, das reflexartig durch einen hohen Leistungsstand des Handwerks gefördert wird. Auf welchem Wege dieses sichergestellt wird, ist indes offen. Die auf Integration getrimmte Ausrichtung der Union in den Verträgen verlagert den Schwerpunkt der Rechtsetzung auf europäischer Ebene in Richtung Liberalisierung. Mit dem schrittweisen Erreichen des Liberalisierungsziels eines wahren (integrierten) Binnenmarktes für Dienstleistungen unter Rückgriff auf das Herkunftslandprinzip geht (so zumindest die auf zahlreichen Studien basierende Annahme der Kommission¹⁴⁹²), ein signifikanter Zuwachs an grenzüberschreitenden Dienstleistungen einher. Im Handwerk würde dieser zwar vornehmlich über die Berufsanerkennungsrichtlinie, nicht über die Dienstleistungsrichtlinie abgewickelt; auch sie implementiert allerdings – wenngleich in abgeschwächter Form – das Herkunftslandprinzip¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ Vgl. oben, C., I., 2.

¹⁴⁹⁰ Neben Deutschland kennt nur noch Luxemburg eine vergleichbare Regelung, vgl. *W. Leisner*, *GewArch* 1998, S. 445 (445); *F. Kopp*, *WiVerw* 1994, S. 1 (1).

¹⁴⁹¹ Vgl. dritter Teil, E., III.

¹⁴⁹² Erster Teil, A., I., mit vielen Angaben zu internationalen Studien.

¹⁴⁹³ Oben, vierter Teil, D., V., 1., Fn. 1264; was dagegen die Gefahr der Durchbrechung eines geschlossenen Richtlinien-systems samt seinen Mindestanforderungen durch die Dienstleistungsrichtlinie anbetrifft (vierter Teil C., III., 1., c)), hat der europäische Gesetzgeber auf vielfältige Kritik hin reagiert, vgl. Begründungserwägung Nr. 88, aaO (Fn. 3), sowie zur Kritik am ursprünglichen Entwurf *A. Metzler*, Anhörung im Europäischen Parlament vom 11.11.2004, www.freiberufe.de/stellungnahmen und *R. Wolff*, schriftliche Stellungnahme des österreichischen Rechtsanwaltskammertages vom 23.6.2004, S. 2.

Sollten sich die Annahmen der Kommission demnach bestätigen, kann das ursprünglich hinter dem großen Befähigungsnachweis stehende Ziel des deutschen Gesetzgebers nur noch insoweit erreicht werden, als sich der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr in der Praxis weiterhin auf Grenzregionen beschränkt und es nicht zu einer breit angelegten „Durchmischung“ des Handwerksstandes in Deutschland kommt¹⁴⁹⁴. Dafür spricht zumindest die traditionell lokale Verwurzelung des Handwerks. Schon die Handwerksreform von 2003¹⁴⁹⁵, in der zahlreiche Berufe von Anlage A zur HandwO (zulassungspflichtig) nach Anlage B (zulassungsfrei) verschoben wurden, sowie die aktuellen Deregulierungsbestrebungen im Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie¹⁴⁹⁶ verdeutlichen indes den notwendigen Wandel des Handwerks im innereuropäischen wie auch globalen Wettbewerb: zum einen kommt es in vielen Bereichen zu einem Verdrängungswettbewerb zugunsten der Industrie und des Handels. Die wirtschaftliche Arbeitsteilung nimmt zu und das personalintensive Handwerk ist aufgrund hoher Personalkosten (zu) teuer. In der Folge nimmt die Technisierung des Handwerks zu, was die Unterschiede zwischen industrieller und handwerklicher Produktionsweise zunehmend verschwimmen lässt¹⁴⁹⁷. Ein Ausweg wird in der Kooperation mit der Industrie (Zulieferung, Serviceleistungen) gesucht. Teilweise lagern auch Industriebetriebe handwerkliche Aufgabe aus, die nicht unmittelbar mit dem Produktionsprozess zusammenhängen (Instandhaltung, Montage, Entsorgung etc.). Darüber hinaus werden bereits heute Produktionsstandorte aufgrund der Binnenmarktöffnung in andere EU-Staaten verlagert, was die zuliefernden Handwerksbetriebe häufig dazu zwingt, an die neuen Standorte

¹⁴⁹⁴ Vgl. diesbezüglich die Erwägungen des jüngsten Kammerbeschlusses, BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 20 ff. und *F. Rieger*, DÖV 2006, S. 685 (687).

¹⁴⁹⁵ Dazu *R. Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 111; *G. Beaucamp*, Meister adé – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl. 2004, S. 1458 ff.

¹⁴⁹⁶ Z.B. Entwurf eines ersten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft, gebilligt durch das Bundeskabinett am 25.04.2006, www.bmwi.de.; vgl. zum Thema auch: „Versuch einer Entfesselung“, Focus 18/2006, S. 20 ff.

¹⁴⁹⁷ *F. Kopp*, WiVerw 1994, S. 1 (2 ff. und 9).

zu folgen¹⁴⁹⁸. All das verdeutlicht, dass die internationale „Durchmischung“ der Wirtschaft im Zuge fortschreitender Integration nicht vor dem Handwerk halt machen wird.

Schließlich steht die Ziellegitimität des supranational (ein-) gebundenen deutschen Gesetzgebers insgesamt auf dem Prüfstand. Zur Erinnerung: schutzwürdig vor Art. 12 Abs. 1 GG sind nicht nur allgemein anerkannte, sondern auch solche Gemeinschaftsgüter, die sich erst aus den besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Zielen des Gesetzgebers ergeben. Zweifel an der Anerkennungswürdigkeit des Ziels „Leistungsstand der deutschen Wirtschaft“¹⁴⁹⁹ ergeben sich nun aber insofern, als auf europäischer Ebene der Ministerrat im Zuge der Beratungen zur Dienstleistungsrichtlinie und unter Mitwirkung deutscher Bundeswirtschaftsminister (*W. Clement* wurde in der Zwischenzeit durch *M. Glos* ersetzt), die wirtschaftliche Freiheit der Unionsbürger offenbar höher angesiedelt hat, als die Sicherung des unionsweit höchstmöglichen handwerklichen Leistungsstandes¹⁵⁰⁰. Angesichts des fortgeschrittenen Integrationsniveaus der Union stellt sich insofern die Frage, ob der nationale Gesetzgeber weiterhin gegenteilige Wertungen treffen darf, ohne die Glaubwürdigkeit seiner Wirtschaftspolitik zu untergraben¹⁵⁰¹.

In der Literatur erfreut sich dieses grundlegende Problem, das in der organisatorischen Natur des europäisch-supranationalen Staatenverbundes wurzelt, seit längerem einer kontroversen Diskussion. Dagegen lässt sich vorbringen, dass im Rahmen des Sekundärrechts die Mitgliedstaaten durch die Zustimmung ihrer Vertreter im Rat zur Verabschiedung des jeweiligen Rechtsaktes beigetragen und damit

¹⁴⁹⁸ Zum Ganzen *R. Stober*, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 105 f.

¹⁴⁹⁹ Das deutsche Handwerk ist unbeschadet der schwierigen gesamtwirtschaftlichen Situation und rückläufiger Zahlen sowohl nach der Beschäftigungszahl als auch nach der Wertschöpfungsquote nach wie vor der zweitstärkste Wirtschaftszweig nach der Industrie; s. zu Zahlen Handwerkszählung des Statistischen Bundesamtes, *Bundesanzeiger* vom 03.07.1996; BT-Drs. 15/1206; *D. Czybulka*, *Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990 – 1994*, *NVwZ* 1995, S. 538 ff.

¹⁵⁰⁰ Vgl. S.Z. vom 10.01.2005, S. 21.

¹⁵⁰¹ Eine Politik, die sich ohnehin zu wandeln scheint, vgl. oben, Fn. 1495.

politische Mitverantwortung übernommen haben¹⁵⁰². Dafür spricht indes, dass die Gemeinschaft als selbständiges Völkerrechtssubjekt eigenständiger Hoheitsträger ist, gesteuert nicht durch zusammengesetzte Staatenorgane, sondern durch eigenständige Gemeinschaftsorgane¹⁵⁰³. Von daher wird man die Frage im Ergebnis unter Verweis auf die Funktionsverschiedenheit der deutschen Regierungsvertreter im Ministerrat einerseits und in der Bundesregierung andererseits positiv beantworten können.

b) Erforderlichkeit

Kommt es nun aber zu der europapolitisch erwünschten breiten Gemengelage aus meisterlich geprüften Handwerkern und solchen, die über das europäische Recht Zugang zum deutschen Markt erhalten, steht ferner die Erforderlichkeit des großen Befähigungsnachweises (zum wiederholten Male) auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts. Nach dem Gebot der Erforderlichkeit darf keine Maßnahme über das zur Verfolgung ihres Zwecks notwendige Maß hinausgehen. Das Gebot ist verletzt, wenn das Ziel der staatlichen Maßnahme durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, welches das betroffene Grundrecht nicht oder deutlich weniger fühlbar einschränkt, d.h. den Einzelnen oder die Allgemeinheit weniger belastet¹⁵⁰⁴. In diesem Zusammenhang gewinnen die oben noch verneinten Argumente derjenigen neues Gewicht, welche in der regelmäßigen (nachträglichen) Leistungskontrolle, ein milderes und dabei sogar besser geeignetes Mittel (jedenfalls was die Kontrolle durch inländische Behörden anbelangt¹⁵⁰⁵) erkennen, den Leistungsstand des deutschen Handwerks zu kontrollieren¹⁵⁰⁶. Zwar wird die grund-

¹⁵⁰² H. Weis, NJW 1983, S. 2721 (2725).

¹⁵⁰³ U. Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (175).

¹⁵⁰⁴ BVerfGE 53, 135, 145; 67, 157, 177; 68, 193, 219; 92, 262, 273; M. Sachs, in ders., GG, Art. 20, Rn. 152.; weiterführend P. Lerche, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, § 122, Rn. 16 ff.

¹⁵⁰⁵ Dass eine Kontrolle durch ausländische Behörden unrealistisch ist, wurde bereits im vierten Teil, D., V., 2, c), dd) dargelegt.

¹⁵⁰⁶ Vgl. oben, Fn. 1412; anerkennend nunmehr auch BVerfG, 1 BvR 1730/02 = GewArch 2006, S. 71, vgl. F. Rieger, DÖV 2006, S. 685 ff.

sätzliche Entscheidungsfreiheit des deutschen Gesetzgebers für eine Marktzugangskontrolle nach Art des Meisterbriefes auch weiterhin keineswegs in Frage gestellt. Wenn aber – in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Meinung¹⁵⁰⁷ – die absolute Zahl der daraus resultierenden Inländerdiskriminierungen keineswegs irrelevant für ihre verfassungsrechtliche Beurteilung ist, dann führt die Forcierung und schrittweise Verwirklichung eines integrierten Binnenmarktes für Dienstleistungen mithilfe des Herkunftslandprinzips dazu, dass die Leistungsfähigkeit aller in Deutschland ansässigen Betriebe nicht mehr in ihrer jetzigen Form und nicht mehr so, wie das ursprünglich in der Entscheidung des Gesetzgeber gedacht war, sichergestellt werden kann¹⁵⁰⁸. Nationale Berufszulassungsschranken wie der Meisterbrief sind – auch wenn ihre Motive noch so verfolgenswert erscheinen – in einer sich europäisierenden Wirtschaft, die dem Binnenmarktziel und damit der Marktöffnung für die europäische Konkurrenz verpflichtet ist (Art. 14 EG), in ihrer Wirkungsdimension von vorne herein beschränkt. Sie können lediglich die Leistungsfähigkeit der von Inländern geführten, im Inland ansässigen Betriebe sicherstellen, während Betriebe, die von EG-Ausländern geführt werden, keiner präventiven Leistungskontrolle unterliegen und zwar selbst dann nicht, wenn sie eine Zweigniederlassung in Deutschland unterhalten. Alternativ böte sich demzufolge eine nachträgliche Kontrolle aller Marktteilnehmer als milderes, mindestens gleich effektives Mittel an. Je mehr also die europäischen Bemühungen um das Ziel „integrierter Dienstleistungsmarkt“ Früchte tragen, desto mehr gerät der diesem Ziel gegenläufige Meisterzwang nicht nur unter Wettbewerbs-, sondern auch unter Verfassungsdruck¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁷ *W. Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (358); *G. Früh*, GewArch 2001, S. 58 (60); a.A. der ÖVerfGH in seinem Urteil vom 09.12.1999, GewArch 2000, S. 113 (115).

¹⁵⁰⁸ Vgl. BVerfG, 1 BvR 1730/02 = GewArch 2006, S. 71.

¹⁵⁰⁹ BVerfG, 1 BvR 1730/02 = GewArch 2006, S. 71.

c) *Angemessenheit*

Damit ist auf den Aspekt der Angemessenheit oder „Zeitgemäßheit“ des Meisterprüfungszwangs angespielt. Denn wenn auf der einen Seite aufgrund der Liberalisierung des Dienstleistungssektors das nationale Ziel nicht mehr uneingeschränkt erreicht werden kann, verliert es an Gewicht im Rahmen der Abwägung, während gleichzeitig auf der anderen Seite die Belastung der inländischen Handwerker mit der steigenden Anzahl ihrer Diskriminierung zunimmt. Der Wettbewerbsdruck, dem sie durch EG-rechtlich bevorteilte Konkurrenten ausgesetzt sind, müsste folglich – um verfassungsrechtlich „schrittzuhalten“ – ebenso sinken. Auf einem deregulierten europäischen Dienstleistungsmarkt wächst indes ganz im Gegenteil die tatsächliche Belastung der inländischen Betriebe proportional zur Steigerungsrate der Importdienstleistungen nach Deutschland¹⁵¹⁰. Den großen Befähigungsnachweis angesichts dessen weiterhin als Regelung des „Mittelstandsschutzes“ zu qualifizieren, dürfte demnach zumindest in der Sache unzutreffend sein¹⁵¹¹. Rechtlich jedenfalls verfehlt wäre es aber, den betroffenen Inländern die Chancen und Wettbewerbsvorteile entgegenzuhalten, die ein „Meistersiegel“ für die europaweite Vermarktung ihrer Dienstleistung ohne Zweifel mit sich bringen würde und die die steigende Belastung quasi auszugleichen im Stande wären¹⁵¹². Denn die in diesem Zusammenhang relevante Belastung beruht ja gerade darauf, dass der Marktzugang eines Teils der Marktteilnehmer (inländisch ansässige Handwerker) im Vergleich zum anderen Teil (ausländisch ansässige Handwerker) unangemessen erschwert wird, diese Chancen also uneröffnet bleiben.

¹⁵¹⁰ Genaue Zahlen für das Handwerk stehen zum jetzigen Zeitpunkt nicht zur Verfügung; die Dienstleistungsbilanz der Bundesrepublik Deutschland weist indes traditionell ein negatives Saldo aus; im Jahre 2004 belief sich das Defizit auf 32 Mrd. Euro, vgl. www.bundesbank.de.

¹⁵¹¹ Wengleich auch diese Ansicht i.E. zur Verfassungswidrigkeit der genannten Regelungen kommt, vgl. *G. Manssen*, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Rn. 247.

¹⁵¹² Vgl. *O. Kentzler*, in *Stuttgarter Zeitung* vom 17.03.2006, www.zdh.de/presse/interviews.

2 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung

a) *Geeignetheit*

Das Herkunftslandprinzip hat für die Beurteilung von Regelungen der Berufsausübung (insbesondere Verfahrenspflichten) nur insofern Bedeutung, als es den Grundsatz vom „Verbot überflüssiger Doppelbelastung“ aufstellt¹⁵¹³. In der Konsequenz dieses Grundsatzes geht die Liberalisierung des Dienstleistungssektors gemäß § 16 Abs. 2 DLR mit der Befreiung grenzüberschreitender Dienstleistungen von einer Vielzahl von Verfahrenspflichten im Bestimmungsland einher. Rein inländische Sachverhalte, die den Schutz des Europarechts nicht genießen, können deswegen aber trotzdem den Berufsausübungsregelungen des Inlandes unterstellt werden, sprechen doch bereits vernünftige Gründe des Gemeinwohls, namentlich der Zweck einer wirksamen gewerberechtlichen Kontrolle, für derartige Regelungen.

b) *Erforderlichkeit*

Eine Befreiung auch der inländischen Anbieter von den Regelungen der Berufsausübung wäre demgegenüber zwar weniger einschneidend, indes nicht in gleichem Maße geeignet, das Ziel zu erreichen.

c) *Angemessenheit*

Es stellt sich aber – parallel zur Problematik der Berufszulassung – auch hier die Frage, ob sich die verfassungsrechtliche Beurteilung von Berufsausübungsregelungen nicht in dem Maße umkehrt, wie gerade wegen der Privilegierung der EG-Handwerker ernste Wettbewerbsprobleme für inländische Handwerker entstehen¹⁵¹⁴. Grundsätzlich gelten damit die unter 1. gemachten Ausführungen. Allerdings ist die Situation insofern differenziert, als es sich gerade um Ausübungs-, nicht um Zugangsregelungen handelt, die im internationalen Vergleich wohl als Standortfaktoren gelten können, die aber den einzelnen Akteur im Regelfall, d.h. solange sich die Ausübungs-

¹⁵¹³ Dritter Teil, B., III., 1, b); EuGH, Slg. 2000, I-7919 („Corsten“).

¹⁵¹⁴ *Diefenbach*, GewArch 2001, S. 353 (356).

regel nicht wie eine Zugangsregelung auswirkt¹⁵¹⁵, nicht übermäßig im Vergleich zur Konkurrenz beeinträchtigen. Umgekehrt können solche Regelungen dem Inländer gar einen Vorteil aufgrund seiner Kenntnis der spezifischen Marktgegebenheiten einbringen. Von einem gewissen Zeit- und Kostenaufwand einmal abgesehen, bietet sogar die mit der Eintragung in die Handwerksrolle verknüpfte Zwangsgliedschaft in den Handwerkskammern Vorteile. Diese reichen von Informations-, über Fort- und Weiterbildungs- bis hin zu Fördermaßnahmen.

II. Allgemeiner Gleichheitssatz

Ist der Gleichheitssatz auf das Problem der Inländerdiskriminierung von vorne herein nicht anwendbar¹⁵¹⁶, ergeben sich auch unter der Geltung des Herkunftslandprinzips keine Veränderungen bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Differenzierungserwägungen des deutschen Gesetzgebers. Steigt man indes in die Prüfung des Gleichheitssatzes ein, wofür nach hier vertretener Auffassung einiges spricht¹⁵¹⁷, lässt sich wiederum unterscheiden:

1 Regelungen der Berufszulassung und Inländerdiskriminierung

Das Differenzierungskriterium der inländischen Ansässigkeit ist nach dem oben Gesagten ein taugliches, solange die damit einhergehende Typisierung von Sachverhaltselementen in der für die Rechtsfolgenanordnung maßgeblichen Kombination auch tatsächlich dem Regelfall entspricht und die damit einhergehenden Ungerechtigkeiten überschaubar bleiben¹⁵¹⁸. Zwar können vor diesem Hintergrund die oben zu Art. 12 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit der Dynamisie-

¹⁵¹⁵ Dazu *M. Gubelt*, in von Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 45, sowie vierter Teil, D., V., 2, m.w.N. in Fn. 1270.

¹⁵¹⁶ Vgl. oben, C., II., 2, a).

¹⁵¹⁷ Vgl. oben, C., II., 2, b).

¹⁵¹⁸ Oben C., II., 3, b).

rung des Binnenmarktes und der damit einhergehenden Nivellierung des bisherigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses gemachten Ausführungen grundsätzlich auf die Rechtfertigung von Berufszulassungsregelungen vor Art. 3 Abs. 1 GG übertragen werden. Zu beachten ist allerdings, dass es neben der wirtschaftlichen Belastung des Einzelnen durch die europäische Konkurrenz, wie sie für Art. 12 Abs. 1 GG maßgeblich war, hier vor allem darauf ankommt, ob die in dem Meisterprüfungserfordernis zum Ausdruck kommende Annahme einer Regel-Kombination des Inhalts „inländische Ansässigkeit – dauerhafte Leistungserbringung – Meisterprüfungserfordernis“ auch weiterhin den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Unter der Geltung des Herkunftslandprinzips im gesamten Dienstleistungssektor und der damit korrespondierenden Zunahme des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs, wird dies nur realistisch sein, wenn man die dauerhafte Leistungserbringung eines bisher im Ausland ansässigen Dienstleisters über eine Zweigniederlassung im Inland einmal ausklammert. Dass nämlich die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung ohne Zweigniederlassung im Inland schon *per definitionem* (Art. 50 Abs. 3 EG) nicht von dauerhafter Natur ist, wurde bereits im zweiten Teil dieser Arbeit dargelegt. Dagegen widerlegt jede neue Zweigniederlassung, über die Dienstleistungen im Inland erbracht werden, Schritt für Schritt die Grundannahme von der Korrelation der Sachverhaltselemente „inländische Ansässigkeit – dauerhafte Leistungserbringung – Meisterprüfungserfordernis“.

2 Regelungen der Berufsausübung und Inländerdiskriminierung

Legt man schließlich für die Beurteilung von Berufsausübungsregelungen vor Art. 3 Abs. 1 GG den Maßstab des BVerfG-Urteils zum Lokalisierungsgebot für Rechtsanwälte an¹⁵¹⁹, so ergeben sich aus der Zunahme der absoluten Zahl der EG-Ausländer, die von den entsprechenden Regelungen befreit sind, keine Unterschiede im Vergleich zur bisherigen Rechtslage, lag doch dort das entscheidende Argument in der *zeitlich*, nicht unbedingt quantitativ begrenzten Tä-

¹⁵¹⁹ Oben, C., II., 4, Fn. 1478, 1479.

tigkeit von EG-ausländischen Dienstleistungserbringern in Deutschland¹⁵²⁰. Während allerdings im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG noch konstatiert werden konnte, dass die Befreiung ausländischer Dienstleistungserbringer von jeglicher Anzeigepflicht im Inland verfassungskonform wäre, ist die differenzierte Gewährung von berufsausübungsrechtlichen Vorteilen mit dem Gleichheitssatz nur vereinbar, sofern diese Vorteile allein solchen Handwerkern zugute kommen, die im Ausland, nicht (auch) in Deutschland niedergelassen sind und die gemäß Art. 50 Abs. 3 EG lediglich vom Ausland aus Dienstleistungen über die Grenze hinweg erbringen¹⁵²¹. Denn „sich niederlassen“ (und sei es über eine Zweigniederlassung) heißt sich in eine fremde Volkswirtschaft integrieren, was wiederum die Anwendung des inländischen Rechts nach sich zieht¹⁵²².

III. Fazit

Das Ziel der Erhaltung eines hohen handwerklichen Leistungsstandes in Deutschland gerät immer mehr in einen Zielkonflikt mit dem europäischen Recht. Betroffen ist vor allem der große Befähigungsnachweis in §§ 1, 7 HandwO als subjektive Zulassungsschranke. Gegenwärtig lassen sich die Konsequenzen dieses Zielkonflikts verfassungsrechtlich auffangen. Ob die Einbindung des Herkunftslandprinzips in den „*acquis communautaire*“ des Gemeinschaftsrechts allerdings ausreicht, um auch in Zukunft die dem europäischen Recht entgegengesetzten Wertungen nationaler Wirtschaftspolitik aufrechtzuerhalten, lässt sich nicht nur aufgrund der tatsächlichen Entwicklung des Binnenmarktes bezweifeln. Auch die Anerkennungswürdigkeit wichtiger, rein nationaler Gemeinschaftsinteressen an einem hohen Leistungsstand der Handwerks überhaupt bzw. die Erforderlichkeit und Angemessenheit des zur Verfolgung dieses Ziels eingesetzten Mittels stehen immer mehr in Frage. Beleg dafür ist nicht

¹⁵²⁰ Vgl. aber *H.-D. Jarass*, in *ders./Pieroth*, GG, Art. 3, Rn. 70.

¹⁵²¹ Vgl. *W. Diefenbach*, *GewArch* 2001, S. 353 (359).

¹⁵²² Vgl. zweiter Teil, B., I., 2, d), cc), Fn. 222.

zuletzt die etwas gekünstelt anmutende Argumentation des jüngsten Kammerbeschlusses des BVerfG vom 05.12.2005¹⁵²³. Es genügt angesichts der fortgeschrittenen und stets fortschreitenden europäischen Integration nicht mehr, die Verhältnismäßigkeitsprüfung nur an nationalen Gesichtspunkten und Interessen auszurichten, ohne die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts mit einzubeziehen. Berücksichtigt man die veränderten Verhältnisse, so wird deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber den mit der Regelung ursprünglich verfolgten Zweck jedenfalls in Zukunft nicht mehr verfolgen können, zumindest nicht mehr in dem Umfang, wie das ursprünglich gedacht war. Zu dieser Einschätzung zwingt die Erkenntnis, dass die Instrumente nationaler Wirtschaftspolitik auf einen Teil der Marktteilnehmer (die Angehörigen der anderen EG-Mitgliedstaaten), bzw. einen Teil von deren Produkten nicht anwendbar sind, die dahinter stehenden Ziele mithin an Gewicht im Rahmen der Abwägung einbüßen.

¹⁵²³ BVerfG, 1 BvR 1730/02 = GewArch 2006, S. 71; *F. Rieger*, DÖV 2006, S. 685 ff.

E. Folgen der Verfassungswidrigkeit berufsregelnder Vorschriften

Geht man folglich jedenfalls für die nahe Zukunft von der Verfassungswidrigkeit der genannten Vorschriften aus, so stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen an den Verfassungsverstoß geknüpft sind. Im Rahmen eines abstrakten oder konkreten Normenkontrollverfahrens (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG oder Art. 100 Abs. 1 GG) bzw. einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) erklärt das BVerfG eine verfassungswidrige Norm im Normalfall gemäß §§ 78, 82 Abs. 1 oder § 95 Abs. 3 BVerfGG für nichtig¹⁵²⁴. Diese Rechtsfolge erscheint allerdings in dem hier erörterten Fall der Inländerdiskriminierung durch §§ 1, 7 HandwO unangemessen. Denn ursprünglich, will sagen bezogen auf den nationalen Bereich im Zeitpunkt des Normerlasses, standen die einschlägigen Berufsregelungen mit dem Grundgesetz im Einklang¹⁵²⁵. Die besagten Vorschriften sind erst durch eine Veränderung der tatsächlichen Binnenmarktumstände in die Verfassungswidrigkeit „hineingewachsen“¹⁵²⁶. Der Gesetzgeber kann in Zukunft wegen der im Zuge der europäischen Integration veränderten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere wegen der Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie, den angestrebten Zweck nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr vollumfänglich erreichen. Diese Dynamik in der Entwicklung des Binnenmarktes war aber bei Erlass der Vorschriften zum großen Befähigungsnachweis nicht ernsthaft vorhersehbar. Insofern ist die Ausgangslage vergleichbar mit derjenigen, in welcher der Gesetzgeber aufgrund einer Prognose¹⁵²⁷ (z.B. über die zukünftige technische, wirtschaftliche oder soziale Entwicklung) eine Regelung erlässt, die tatsächliche Entwicklung im nachhinein aber völlig anders als prognostiziert ver-

¹⁵²⁴ E. Benda/E. Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1251.

¹⁵²⁵ Oben, C.

¹⁵²⁶ Vgl. E. Benda/E. Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1271.

¹⁵²⁷ Dazu R. Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl. 1982, 1123 ff.

läuft. Auch in diesen Fällen verfehlt das einschlägige Gesetz nachträglich seinen Steuerungszweck, weil sich die maßgebenden Umstände geändert haben.

Das BVerfG hatte bereits mehrfach Gelegenheit, zu dem Problem der gesetzgeberischen Fehlprognose Stellung zu beziehen¹⁵²⁸. Es hat, wenn die Fehleinschätzung zukünftiger Entwicklungen nicht schon beim Zustandekommen des betreffenden Gesetzes erkennbar war, die Rechtsfolge der Nichtigkeit abgeschwächt und dem Gesetzgeber stattdessen die Verpflichtung zu Anpassung oder Nachbesserung des Gesetzes auferlegt¹⁵²⁹. In der Literatur wird dieses Vorgehen vornehmlich unter Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG) und die Überlegung gestützt, dass die Nichtigserklärung in derart gelagerten Fällen einen verfassungsrechtlich noch bedenklicheren Zustand schüfe, als die temporäre Beibehaltung einer verfassungswidrigen Vorschrift¹⁵³⁰.

Diese Grundsätze lassen sich auf die hier erörterte Konstellation der Inländerdiskriminierung übertragen. Die in nachträglichen Veränderungen der gesamteuropäischen Umstände begründete Unverhältnismäßigkeit hat demnach zur Folge, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, solche Regelungen zu überprüfen, sie den veränderten Umständen anzupassen und dabei die Ungleichbehandlung der Inländer aufzuheben.

¹⁵²⁸ Exemplarisch sei hier nur auf die sog. Kalkar-Entscheidung, BVerfGE 49, 89, 130, verwiesen; vgl. i.Ü. R. Stettner, DVBl. 1982, 1123 (1126 f.).

¹⁵²⁹ Vgl. E. Benda/E. Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1276.

¹⁵³⁰ Dazu im einzelnen R. Stettner, DVBl. 1982, 1123 (1126 f.).

F. Befreiung des deutschen Gesetzgebers von der Bindung an die Grundrechte nach Maßgabe der *Solange 2*-Rechtsprechung?

Fraglich ist dann aber abschließend, ob eine nationale Vorschrift, die wie Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 EWG in Umsetzung einer europäischen Richtlinie ergeht, überhaupt verfassungswidrig sein kann. Seit dem „Solange 2 – Beschluss“¹⁵³¹ prüft das BVerfG sekundäres Gemeinschaftsrecht in der Regel nicht mehr am Maßstab der deutschen Grundrechte. Es spielt solange die Rolle eines „Edelreservisten ohne ernsthafte Aussicht auf Spieleintritt“¹⁵³², als nicht dargelegt werden kann, „dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH (...) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken“ ist¹⁵³³. Die „Solange – Rechtsprechung“ erging allerdings in Bezug auf unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsverordnungen. Zwischen die hier relevanten *Richtlinienaktivitäten* der Europäischen Union und eine mögliche Beeinträchtigung der Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG durch die (faktischen¹⁵³⁴) Auswirkungen des Herkunftslandprinzips tritt demgegenüber notwendigerweise ein Akt deutscher Staatsgewalt. Anders als bei Verordnungen (Art. 249 Abs. 2 EG) kann bei Richtlinien (Art. 249 Abs. 3 EG) eine Beeinträchtigung von Grundrechten erst durch das deutsche Umsetzungsgesetz erfolgen. Sowohl bei der Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie, als auch im Zuge der Transformation der

¹⁵³¹ BVerfGE 73, 339, 387; dazu *H. Gersdorf*, DVBl. 1994, S. 674 ff.

¹⁵³² *U. Steiner*, Richterliche Grundrechtsverantwortung in Europa, in Geis u.a. (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, S. 1005 (1013, Fn. 43).

¹⁵³³ BVerfG, NJW 2000, S. 3124 („Bananenmarktbeschluss“); dazu *M. Nettesheim*, Der Bananenmarktbeschluss des BVerfG, Jura 2001, S. 668 ff.

¹⁵³⁴ Es ist davon auszugehen, dass die mit der Öffnung der Dienstleistungsmärkte verbundene Zunahme der Inländerdiskriminierungen nicht primäres Ziel des deutschen Gesetzgebers sein wird; allerdings hätten entsprechende Umsetzungsgesetze in diesem Fall immer noch „objektiv berufsregelnde Tendenz“, was für einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ausreicht, vgl. dazu *P. Tettinger*, in Sachs, GG, Art. 12, Rn. 73.

Dienstleistungsrichtlinie bis Ende 2009 stellt sich demnach die Frage, inwiefern ein verfassungsrechtlicher Schutz gegen die entsprechenden nationalen Gesetze in Betracht kommt.

Grundsätzlich handelt es sich bei der Richtlinien transformation in deutsches Recht um einen Akt deutscher Staatsgewalt, der daher der Bindung an das Grundgesetz unterliegt (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG). Allerdings ergehen die fraglichen Gesetze in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung, namentlich der Ausführung einer Richtlinie der Gemeinschaft (Art. 249 Abs. 3, 10 Abs. 1 EG), was tendenziell für den engen Maßstab der „Solange 2 – Rechtsprechung“ spricht. Die herrschende Meinung wählt daher einen Mittelweg. Nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁵³⁵ und der überwiegenden Ansicht im Schrifttum¹⁵³⁶ ist die Verfassungsbindung des deutschen Gesetzgebers für den Fall der Richtlinien transformation auf den Gestaltungsspielraum, den die europäischen Vorgaben den Mitgliedstaaten belassen, beschränkt. Nur soweit die Richtlinie „determiniert“ ist, d.h. den Inhalt der Umsetzungsmaßnahmen fest vorschreibt, ist der Gesetzgeber hiernach von der Bindung an die Grundrechte des Grundgesetzes in den Grenzen von „Solange 2“ befreit. Nachdem es sich bei den genannten Rechtsakten der EU um sog. Rahmenrichtlinien handelt, wird man davon vorliegend allerdings nicht ausgehen können. Zwar schreibt insbesondere die Dienstleistungsrichtlinie den Inhalt der Umsetzungsmaßnahmen in den Mitgliedstaaten teilweise detailliert vor (etwa was „unzulässige“ bzw. „zu prüfende Anforderungen“ an die Dienstleistungstätigkeit, oder die Einrichtung eines „einheitlichen Ansprechpartners“ für EG-ausländische Dienstleistungserbringer angeht, vgl. Art. 6, 14, 15, 16 DLR). Auch in diesen Fällen verbleibt den Mitgliedstaaten indes genügend Spielraum, die europäischen Vorgaben in die nationale Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsorganisationsstruktur einzu-

¹⁵³⁵ BVerfG, NJW 2001, S. 1267, mit Anm. *H. Kube*, Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrecht und Vorlagepflicht des BVerfG nach Art. 234 Abs. 3 EG, JuS 2001, S. 858 ff.

¹⁵³⁶ *R. Streinz*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, § 182, Rn. 33; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 56, 83 f.; *U. Everling*, Brauchen wir „Solange III“, EuR 25 (1990), S. 195, 212.

passen¹⁵³⁷. Damit sind die oben unter D. genannten Verfassungsverfahren auch dem Grunde nach zulässig.

¹⁵³⁷ Vgl. vierter Teil, D., V., 2, c), ee), („Exkurs“).

Sechster Teil

Zusammenfassung der Arbeit in 10 Thesen

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist – soweit es nicht um Darstellung und Interpretation teils bekannter Aussagen zum sachlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit, ihrer Berechtigten und Verpflichteten, sowie ihres Gewährleistungsumfangs geht – ein integratives Konzept¹⁵³⁸. Das Herkunftslandprinzip ist danach nicht nur geeignet, strittige Fragen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit zu klären, sondern in dem Herkunftslandprinzip liegt bei richtigem Verständnis oftmals sogar die ratio so mancher gängiger Erklärungsansätze verborgen. Das liegt daran, dass das Herkunftslandprinzip im wahrsten Sinne des Wortes als *Prinzip* des unvollkommenen europäischen Binnenmarktes verstanden werden muss. Sein Inhalt und seine Wirkung auf das Recht der Mitgliedstaaten entfalten und erklären sich daher erst im Abgleich mit dem gegenläufigen Bestimmungslandprinzip und unter Berücksichtigung der EG-Kompetenz- und Organisationsstruktur. Die nachfolgende Zusammenfassung der Arbeit hat zum Ziel, anhand von 10 Thesen grundlegende Denk- und Lösungsstrukturen zu den dringlichsten Fragen der Dienstleistungsfreiheit in Europa auf der Grundlage der vorangegangenen Ausführungen zu entwickeln.

A. Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot im Sinne des Herkunftslandprinzips

Die Dienstleistungsfreiheit ist in der Rechtsprechung des EuGH zum „absoluten“ Beschränkungsverbot gereift. „Absolute“ Rechte im Sinne der Grundfreiheiten beinhalten jedoch stets den Vorbehalt zwingender Allgemeininteressen des reglementierenden Staates

¹⁵³⁸ Vgl. zweiter Teil, B., IV., 2, e).

(„*Cassis*-Doktrin“). Daran knüpft das Herkunftslandprinzip an, wenn es danach fragt, ob und gegebenenfalls inwieweit einer mitgliedstaatliche Regelung zum Schutze eines wichtigen Allgemeinguts deshalb die Erforderlichkeit abzusprechen ist, weil im Binnenmarkt regelmäßig die Idee zum Tragen kommt, dass öffentliche Schutzgüter bereits im Herkunftsland der Leistung Berücksichtigung gefunden haben.

B. Herkunftslandprinzip minus Bestimmungslandprinzip als eigentliche „Werkidee“ der Grundfreiheiten

Das *Keck*-Urteil des EuGH darf als Bekenntnis zum Paradigma eines wahrhaft unvollkommenen Binnenmarktes verstanden werden, der insgesamt eher föderalen Systemen bei beschränktem Wettbewerb der Rechtsordnungen als einem radikal verstandenen Herkunftslandprinzip mit voller Konkurrenz entspricht. Die eigentliche „Werkidee“ der Grundfreiheiten (und somit auch der Dienstleistungsfreiheit), liegt nun in der umfassenden Geltung des Herkunftslandprinzips dort, wo dies wirtschaftlich sinnvoll erscheint (Marktzugang) bei gleichzeitiger Restriktion durch das Bestimmungslandprinzip dort, wo dieses EG-organisationsrechtlich notwendig ist (Marktverhalten).

C. Herkunftslandprinzip als „Prinzip“ im eigentlichen Sinne

Diese Auffassung korrespondiert mit einem Verständnis des Herkunftslandprinzips als „Prinzip“ im eigentlichen Sinne, d.h. als Optimierungsgebot des unvollkommenen Binnenmarktes. Im Terminus „Prinzip“ ist ein Ausgleich widerstreitender Interessen im Binnenmarkt bereits begrifflich angelegt. Prinzipien zeichnen sich gerade dadurch aus, dass der Grad ihrer Realisierung, der Bereich des rechtlich Möglichen, durch gegenläufige Prinzipien, hier also durch das *Bestimmungslandprinzip* begrenzt wird.

D. Kooperationspflicht (Art. 10 EG) und Auswahlermessen im Hinblick auf die Verwirklichung eines Binnenmarktes für Dienstleistungen – Jurisdiktionsgewalt des EuGH

Das Herkunftslandprinzip konkretisiert den aus Art. 10 EG sich ergebenden spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gemeinschaftstreue und fordert die Mitgliedstaaten auf, im Hinblick auf die Verwirklichung eines *per definitionem* unvollkommenen Binnenmarktes für Dienstleistungen zu kooperieren, wenn das Prinzip zum tragen kommt.

Das schließt es hingegen nicht aus, den Mitgliedstaaten unter der Geltung des Herkunftslandprinzips ein auf die Festsetzung des im Inland geltenden Schutzniveaus begrenztes Ermessen einzuräumen. Allerdings darf die Notwendigkeit einer Maßnahme nach Maßgabe des Herkunftslandprinzips gerade nicht zusätzlich zur Maßnahme selbst in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt sein. Die Jurisdiktionsgewalt des EuGH erstreckt sich demnach auch auf die Notwendigkeit der zur Erreichung des vom nationalen Gesetzgeber verfolgten Ziels erlassenen Maßnahme. Das ist gerade Inhalt des Herkunftslandprinzips.

E. Funktionale Äquivalenz, ökonomische Effizienz, Subsidiaritätsprinzip und „race to the bottom“

Voraussetzung einer aus dem Herkunftslandprinzip abgeleiteten Kooperationspflicht zwischen den Mitgliedstaaten ist die Vermutung funktionaler Äquivalenz der Standards in den Mitgliedstaaten. Das Herkunftslandprinzip beantwortet demnach auch die Frage, ob die Entscheidung darüber, welches Qualitätsniveau von Gütern und Dienstleistungen sich auf dem europäischen Markt durchsetzt, zentral von Seiten der Gemeinschaft (Rechtsangleichung), oder aber dezentral auf Ebene der Mitgliedstaaten gesteuert werden sollte, prinzipiell zu Gunsten der letzteren Alternative. Gesichtspunkten der öko-

nomischen Effizienz in föderalen Systemen wird rechtlich durch die konsequente Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 Abs. 2 EG Rechnung getragen, wonach die einmalige Konzeption einer Dienstleistung nach länderspezifischen, regionalen oder gar örtlichen Traditionen für ihre europaweite Vermarktung ausreicht. Ein „race to the bottom“ ist in der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips dagegen nicht dem Grunde nach angelegt. Die diese Feststellung tragenden Erwägungen können dahin zusammengefasst werden, dass der vom Gemeinschaftsrecht erwartete und beförderte Dienstleistungswettbewerb nicht durch Unterschiede im gemeinwohlorientierten Schutzstandard befördert werden soll, sondern gerade umgekehrt Unterschiede im gemeinwohlorientierten Schutzstandard als Bestimmungsgröße des Wettbewerbs ausgeschlossen werden sollen.

F. Die Dienstleistungsrichtlinie: Ein neuer „neuer Ansatz“

Die sog. EU-Dienstleistungsrichtlinie verfolgt nun einen völlig neuen Liberalisierungsansatz. Ihr materielles Kernstück, das Herkunftslandprinzip, ist erstmals Ausgangspunkt, nicht Folge der dem jeweiligen Mitgliedstaat im Einzelfall entzogenen Befugnis einen Sachverhalt eigener (aus Sicht des zwischenstaatlichen Verkehrs mehrfacher) Regelung zu unterwerfen. Das ist insofern bedenklich, als bisher weder allgemeine Kriterien bezüglich der sektoral erfassten Dienstleistungen benannt wurden (flächendeckender Ansatz), noch ein Mindestmaß an Harmonisierung der betroffenen Rechtsvorschriften gewährleistet werden kann und zwar gerade aufgrund der flächendeckenden Wirkung der Richtlinie. Das notwendige gegenseitige Vertrauen in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnung wird dadurch im Sinne eines Vertrauensvorschlusses vorweggeschickt. Das aber ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Integration juristisch nicht gerechtfertigt. Damit drängt sich die Frage nach der Zulässigkeit des Gemeinschaftshandelns, bzw. nach der primärrechtskonformen Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie auf.

G. Art. 5 EG als ganzheitliche Kompetenzausübungs- und Kompetenzabgrenzungsschranke der Liberalisierungsermächtigung der Europäischen Union

Unter der Prämisse des Art. 5 Abs. 1 EG widerspricht die flächendeckende Liberalisierung des EU-Dienstleistungssektors auf Grundlage der Art. 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EG dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Subsidiaritätsgesichtspunkte (Art. 5 Abs. 2 EG) im Verhältnis der Gemeinschaft zu ihren Mitgliedstaaten sprechen zwar für das Herkunftslandprinzip und damit für den Vorrang der niedrigeren, mitgliedstaatlichen Ebene vor der höheren, gemeinschaftlichen Ebene. Als Kompetenzausübungsschranke wirkt das Subsidiaritätsprinzip jedoch erst dann und insoweit, als nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine nicht ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft zu bejahen ist. Art. 47 Abs. 2 EG, der von „Koordinierung“ spricht, enthält eine solche nicht. Während Koordinierung jedenfalls eine gemeinschaftsrechtliche Technik beinhaltet, mittels derer eine Anpassung ausländischer und inländischer Sachverhalte im Hinblick auf ihre Wirkungsdimension *zentral* erfolgt, vertraut das Herkunftslandprinzip auf die integrierende, *dezentrale* Kraft des ökonomischen wie politischen Systemwettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten.

Der Gemeinschaft ist die flächendeckende Etablierung des Herkunftslandprinzips vor diesem Hintergrund indes nicht prinzipiell untersagt. Sie sollte sich hierzu besser auf Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 55 EG stützen, die sachnäher die gegenseitige Anerkennung auch der nationalen Bescheinigung der Gewerbe- und Wirtschaftsaufsicht regeln und somit aus „objektiv gerichtlich nachprüfbaren Umständen“ heraus, nämlich „dem Inhalt des Rechtsaktes“ zur Verfügung stehen. Tut sie dies, so ist allerdings das Bestimmungslandprinzip zu beachten, das im Dienstleistungsrecht bereichsspezifischen Ausdruck in Art. 50 Abs. 3 EG gefunden hat. Eine Richtlinie, die sich über den primärrechtlichen Organisationsrahmen der Europäischen Union, wie er sich aus den Art. 1 Abs. 2 und 6 Abs. 3 EU, der 12. Erwägung der Präambel zum EU-Vertrag, sowie aus Art. 5 EG ergibt („Organisati-

onsmodell des supranationalen Föderalismus“), hinwegsetzt, verstößt im Einklang mit der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH, die auf Dienstleistungen übertragbar ist, gegen das Bestimmungslandprinzip.

H. Primärrechtskonforme Auslegung des sekundären Rechts: Trennung zwischen Marktzugang und Marktverhalten nach Herkunfts- und Bestimmungslandprinzip

Ein Ausweg zur „Rettung“ der Dienstleistungsrichtlinie besteht allerdings in der primärrechtskonformen Auslegung des sekundären Rechts. Im Organisationsmodell des supranationalen Föderalismus ist die Trennung zwischen Maßnahmen, die den Marktzugang der ausländischen Konkurrenz betreffen (Herkunftslandprinzip) und solchen, die das Marktverhalten nach einem solchen Zugang reglementieren (Bestimmungslandprinzip) gleichermaßen wettbewerbsrechtlich (Art. 3 lit. g) EG), wie wettbewerbstheoretisch unerlässlich. Diese Sicht der Dinge erfährt Bestätigung durch die *Keck*-Rechtsprechung des EuGH, ungeachtet aller Streitigkeiten im Detail. Nachdem vorsichtige Hinweise in Richtung einer deutlicheren Abgrenzung in diesem Sinne zwischenzeitlich erkennbar waren¹⁵³⁹, verwendet die nunmehr gültige Richtlinienfassung indessen das aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannte Begriffspaar der „Ausübung“ und „Aufnahme“ einer Dienstleistungstätigkeit. Hier wie dort bedarf es der ergebnismotivierten Rückversicherung durch qualitative Kriterien, im EG-Binnenmarkt mithin durch das Kriterium des Marktzugangs der EG-ausländischen Konkurrenz. Dies hat zur Folge, dass die von der Dienstleistungsrichtlinie gleichfalls erfassten Marktverhaltensregelungen *a priori* gegenüber der Richtlinie immun sind und ergo der in Art. 16 Abs. 1 lit. c) DLR normierten Verhältnismäßigkeit nur für den Fall genügen müssen, dass im Ergebnis eine (faktische) Diskriminierung der ausländischen Konkurrenz zu ver-

¹⁵³⁹ Vgl. F.A.Z. vom 14.09.2006, „Ringens um EU-Servicerichtlinie“.

zeichnen ist. Erst nach dieser Feststellung steht eine Überprüfung nationaler Ausübungsregelungen auf ihre Verhältnismäßigkeit i.S.d. *Cassis*-Doktrin wieder zur Debatte.

I. Zulässigkeit aktueller, mittelbar auf das Herkunftslandprinzip rückführbarer Inländerdiskriminierungen im deutschen Handwerksrecht am Maßstab der Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG

Ein linearer Ursache-Wirkung Zusammenhang zwischen dem Phänomen der Inländerdiskriminierung durch Gemeinschaftsrecht und dem Herkunftslandprinzip besteht nicht. Setzt sich das Herkunftslandprinzip allerdings kraft des Anwendungsvorrangs des Europarechts vor dem nationalen Recht oder im Wege der (freiwilligen) Anpassung des nationalen Rechts an die europäischen Vorgaben im innerstaatlichen Recht fort und resultiert daraus in Verbindung mit den liberaleren Regelungen des Gemeinschaftsrechts eine Diskriminierung der Marktinländer, so ist diese nach dem sog. nationalen Lösungsansatz nur am Maßstab des Grundgesetzes, regelmäßig Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Gegenwärtig resultiert daraus keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, das deutsche Handwerksrecht für inländische Handwerker ohne grenzüberschreitendes Element zu ändern. Die hierfür ausschlaggebenden Argumente finden sich vornehmlich in der Wahrung des vom Gesetzgeber konzipierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses, der Unanwendbarkeit des bzw. Rechtfertigung vor Art. 3 Abs. 1 GG und – nicht zuletzt mit Blick auf Regelungen der Berufsausübung – dem notwendigen Auslandsbezug (grenzüberschreitendes Element) einer jeden objektiv vom Gemeinschaftsrecht erfassten Situation. Ein „Umweg“ des sog. gemeinschaftsrechtlichen Ansatzes über Art. 3 Abs. 1 GG verbietet sich von daher.

J. Neubewertung der Verfassungsrechtslage in naher Zukunft – die Folgen der Dienstleistungsrichtlinie

Diese Einschätzung kann sich aber in naher Zukunft ändern, sofern es – wofür einiges spricht – auf Grundlage des Herkunftslandprinzips zu einer breit angelegten Durchmischung des deutschen Handwerksstandes mit Handwerkern aus dem EG-Ausland kommt. Nach hier vertretener Auffassung genügt es dann nicht mehr, die Verhältnismäßigkeitsprüfung nur an nationalen Gesichtspunkten und Interessen auszurichten, ohne die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts mit einzubeziehen. Mit fortschreitender Binnenmarktentwicklung sind vielmehr Ziellegitimität, Eignung, Erforderlichkeit und allen voran Angemessenheit oder „Zeitgemäßheit“ des großen Befähigungsnachweises in Deutschland verfassungsrechtlich mehr und mehr anzuzweifeln. Mit der am 28.12.2006 in Kraft getretenen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (sog. Dienstleistungsrichtlinie) hat der europäische Gesetzgeber einen Meilenstein in der angesprochenen Entwicklung hin zu einem integrierten Binnenmarktes für Dienstleistungen gesetzt. Nachdem sich das BVerfG bereits in seinem jüngsten Kammerbeschluss vom 05.12.2005 nur anhand eine „Kunstgriffs“ im Stande sah, seine bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung aufrecht zu erhalten, bedarf es keiner seherischen Fähigkeiten, um festzustellen, dass die faktischen Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf einen integrierten Binnenmarkt für Dienstleistungen das Gericht in arge Bedrängnis bringen werden. Es ist zu erwarten, dass das leidige Problem der Inländerdiskriminierung demnächst als „Eierschale der EU-Evolution“ abgelegt werden wird. Die Rolle des „Geburtshelfers“ spielen insofern die deutschen Grundrechte in der letztverbindlichen Auslegung des BVerfG. Verfassungsprozessual stehen hierfür einerseits abstrakte und konkrete Normenkontrollverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bzw. Art. 100 Abs. 1 GG), andererseits die Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zur Verfügung.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten, Recht der internationalen Wirtschaft, 1994, S. 189 ff.
- Adrian, Axel*, Juristische Methodenlehre und die „Keck-Entscheidung“ des EuGH, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1998, S. 288 ff.
- Ahlfeld, Martin*, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 30 EGV, Anwendungsbereiche – einzelstaatliche Regelungsspielräume – Quellen, 1. Auflage Baden-Baden 1997, zugleich Dissertation Göttingen 1996
- Albin, Silke*, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 629 ff.
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, 3. Auflage Frankfurt 1996, zugleich Habilitation Göttingen 1984
- Ambos, Kai/Rackow, Peter*, Institutionelle Ordnung der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft, Juristische Ausbildung 2006, S. 505 ff.
- Arndt, Hans-Wolfgang*, Europarecht, 8., neu bearbeitete Auflage Heidelberg 2006
- Ders.*, Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufbeschränkungen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, S. 188 ff.
- Badura, Peter*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Strukturen in den internationalen Gemeinschaften, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 23 (1996), 34 ff.
- Ders./Huber, Peter M.*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2005, S. 277 ff. (zit.: P. Badura/P. M. Huber, in Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3, Rn.)
- Baquero Cruz, Julio*, Free movement and private autonomy,

- European Law Review 1999, S. 603 ff.
- Basedow, Jürgen*, Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 423 ff.
- Ders.*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 59 (1995), S. 1 ff.
- Bauer, Hartmut*, Die Bundestreue, zugleich ein Beitrag zum Bundesstaatsrecht und zur Rechtsverhältnislehre, Tübingen 1992, zugleich Habilitation Augsburg 1991
- Baur, Jürgen F.*, Der Europäische Binnenmarkt – normative Grundlagen, *Juristische Arbeitsblätter* 1992, S. 65 ff.
- Beaucamp, Guy*, Meister adé – Zur Novelle der Handwerksordnung, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2004, S. 1458 ff.
- Becker, Ulrich*, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, *Europarecht* 29 (1994), S. 162 ff.
- Ders.*, Voraussetzungen und Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, S. 179 ff.
- Behrens, Peter*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, *Europarecht* 27 (1992), S. 145 ff.
- Benda, Ernst/Klein, Eckart*, Verfassungsprozessrecht, Ein Lehr- und Handbuch, 2., völlig neu bearbeitete Auflage Heidelberg 2001
- Bermann, George A./Goebel, Roger J./Davey, William J./Fox, Eleanor M.*, Cases and Materials on European Union Law, 2. Auflage St. Paul 2002
- Bernhardt, Rudolf*, Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in *Grewe/Rupp/Schneider* (Hrsg.), Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher, 1. Auflage, Baden-Baden 1981, S. 17 ff.
- Berr, Claude J./Groutel, Hubert*, Droit européen des assurances, Liberté de prestation de services et coassurance, *Revue trimestrielle de droit européen* 23 (1987), S. 83 ff.

- Beyer, Thomas C. W.*, Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften, *Der Staat* 35 (1996), S. 189 ff.
- Biagosch, Patrick*, Europäische Dienstleistungsfreiheit und deutsches Versicherungsvertragsrecht, Der Stand nach der Umsetzung der zweiten Koordinierungsrichtlinie Schaden, Karlsruhe 1991, zugleich Dissertation Köln 1991
- Bieber, Roland*, Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen, ein Beitrag zur Theorie der inner- und interorganschaftlichen Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, im Staatsrecht und Völkerrecht, 1. Auflage Baden-Baden 1992, zugleich Habilitation Saarbrücken 1991
- Ders./Epiney, Astrid/Haag, Marcel*, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 6., völlig neu bearbeitete Auflage des vormals von Beutler/Pipkorn/Streil begründeten Werkes, Baden-Baden 2005 (zit.: Verfasser, in Bieber/Epiney/Haag, §, Rn.)
- Birk, Rolf*, Internationales und europäisches Arbeitsrecht, in Richardi//Wlotzke (Hrsg.), Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, 2. Auflage München 2000 (zit.: R. Birk, in Richardi/Wlotzke (Hrsg.), Münchner HdbArbR, §, Rn.)
- Blanke, Herman Josef*, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem Europäischen Bundesstaat, Die Öffentliche Verwaltung 1993, S. 412 ff.
- Blasi, Martina*, Das Herkunftslandprinzip der Fernseh- und der E-Commerce-Richtlinie unter Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips auf der Ebene der Primärrechts, Köln u.a. 2004, zugleich Dissertation München 2004
- Bleckmann, Albert*, Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage Köln 1997
- Ders.*, Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in Bieber/ders./Capotorti u.a. (Hrsg.), Das Europa der zweiten Generation, Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, Band II, Straßburg 1981, S. 665 ff.
- Ders.*, Zu den Auslegungsmethoden der Europäischen Gerichtshofs,

- Neue Juristische Wochenschrift 1982, 1177 ff.
- Ders.*, Die Personenverkehrsfreiheit im Recht der EG, Deutsches Verwaltungsblatt 1986, S. 69 ff.
- Ders.*, Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Europarecht 14 (1979), S. 239 ff.
- Ders.*, Die Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag, Europarecht 22 (1987), S. 28 ff.
- Ders.*, Zur Dogmatik des Niederlassungsrechts im EWG-Vertrag, Wirtschaft und Verwaltung 1987, S. 119 ff.
- Ders.*, Die umgekehrte Diskriminierung im EWG-Vertrag, Recht der internationalen Wirtschaft 31 (1985), S. 917 ff.
- Ders.*, Art. 5 EWG-Vertrag und die Gemeinschaftstreue, Deutsches Verwaltungsblatt 1976, S. 483 ff.
- Blumenwitz, Dieter*, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 621 ff.
- Boeck, Ilka*, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, zur Notwendigkeit und zu den Vorteilen bzw. Nachteilen der Aufstellung eines Kompetenzkataloges in den Gemeinschaftsverträgen, 1. Auflage, Baden-Baden 2000, zugleich Dissertation Freiburg (Breisgau) 1999
- Bogdandy, Armin von*, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, 1. Auflage, Baden-Baden 1999
- Ders.*, Die EU als supranationale Föderation, Integration 1999, S. 95 ff.
- Ders.*, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union, in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 1033 ff.
- Ders./Bast, Jürgen*, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2001, S. 441

ff.

Ders./Ehlermann, Claus-Dieter, Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam, *Europarecht Beiheft* 2/1998, Baden-Baden 1998

Boger, Michael, Die Anwendbarkeit der Cassis-Formel auf Ungleichbehandlungen im Rahmen der Grundfreiheiten, eine Untersuchung auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung, Berlin 2004, zugleich Dissertation Passau 2004

Borchardt, Klaus-Dieter, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage Heidelberg 2006

Borries, Reimer von, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, *Europarecht* 29 (1994), S. 263 ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, *Neue Juristische Wochenschrift* 1974, S. 1529 ff.

Böhm, Reinhard, Kompetenzauslegung und Kompetenzlücken im Gemeinschaftsrecht, ein Beitrag zur Klärung und Abgrenzung von *effet utile*, *implied powers*, *resulting powers* und Lückenklauseln, Frankfurt u.a. 1985

Böhret, Carl, Globalisierung: Anmerkungen zur Staatsfunktion in einer Übergangsgesellschaft, in Knödler/Stierle (Hrsg.), *Globale und monetäre Ökonomie*, Festschrift für Dieter Duwendag, Heidelberg u.a. 2003, S. 317 ff.

Ders./Brenski, Carsten, Der Entwurf für eine Dienstleistungsrichtlinie: Intentionen, Entwicklungslinien, Zielsystem, in *Ders./Grunow/Ziekow* (Hrsg.), *Der Vorschlag zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt*, Regelungsgehalt, Problemfelder, Akteurspositionen, *Speyerer Forschungsberichte* 241, S. 9 ff.

Brangsch, Heinz, Grenzüberschreitende Dienstleistungen der Anwälte in der Europäischen Gemeinschaft, *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, 1177 ff.

Breuer, Rüdiger, Freiheit des Berufs, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*,

- Band VI, 2. Auflage, Heidelberg 2001, S. 877 ff. (zit.: R. Breuer, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, § 147, Rn.)
- Brisch, Klaus M.*, EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, Computer und Recht 1999, S. 235 ff.
- Brosius-Gersdorf, Frauke*, Die doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union, Europarecht 34 (1999), S. 133 ff.
- Bruha, Thomas*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 46 (1986), S. 1 ff.
- Buchner, Benedikt*, Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 2005, S. 1004 ff.
- Bungenberg, Marc*, Art. 235 EGV nach Maastricht, die Auswirkungen der Einheitlichen Europäischen Akte und des Vertrages über die Europäische Union auf die Handlungsbefugnis des Art. 235 EGV (Art. 308 EGV n.F.), 1. Auflage, Baden-Baden 1999, zugleich Dissertation Hannover 1999
- Ders.*, Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, Europarecht 35 (2000), S. 879 ff.
- Burda, Michael C./Wyplosz, Charles*, Makroökonomie, Eine europäische Perspektive, 2., völlig überarbeitete Auflage München 2003
- Burgi, Martin*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, Europarecht 32 (1997), S. 261 ff.
- Ders.*, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1999, S. 327 ff.
- Busse, Christian*, Die völkerrechtliche Einordnung der Europäischen Union, Köln u.a. 1999, zugleich Dissertation Münster 1998
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2., ergänzte Auflage Wien u.a. 1991
- Calliess, Christian*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2., aktualisierte und überarbeitete Auflage, Baden-Baden 1999, 1. Auflage zugleich Dissertation Saarbrücken 1995

- Ders./Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Neuwied u.a. 2002 (zit.: Verfasser, in Calliess/Ruffert, Art., Rn.)
- Campbell, David*, Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law, Gosport 1996
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, Umwelt, Wirtschaft und Recht, Wissenschaftliches Symposium aus Anlass des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 29 ff.
- Caspar, Johannes*, Das europäische Tabakwerbeverbot und das Gemeinschaftsrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 237 ff.
- Chemnitz, Jürgen/Johnigk, Frank*, Rechtsberatungsgesetz Kommentar, 11., neu bearbeitete Auflage, Münster 2003
- Classen, Claus Dieter*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1995, S. 97 ff.
- Ders.*, Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, Europarecht 39 (2004), S. 416 ff.
- Colneric, Ninon*, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2005, S. 225 ff.
- Constantinesco, Léontin-Jean*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1. Auflage Baden-Baden 1977
- Curtin, Deirdre*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1991, I-4685 („Grogan“), Common Market Law Review 29 (1992), S. 585 ff.
- Czybulka, Detlef*, Gewerbenebenrecht: Handwerksrecht und Gaststättenrecht, in Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Berlin u.a. 1995, S. 111 ff. (zit.: D. Czybulka, in Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn.)
- Ders.*, Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Gewerbearchiv 1994, S. 89

ff.

Ders., Die Entwicklung des Handwerksrechts 1990 – 1994, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1995, S. 538 ff.

Da Cruz Vilaça, José Luis, On the Application of Keck in the Field of Free Provision of Services, in Andenas/Roth (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2. Auflage, Oxford u.a. 2004, S. 25 ff.

Dauses, Manfred A. (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Band I, Loseblatt München, Stand: März 2006 (zit.: Verfasser, in Dauses, HdbEGWiR, Bd. I, Kapitel, Rn.)

Däubler, Wolfgang, Der Richtlinienvorschlag zur Entsendung von Arbeitnehmern, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 370 ff.

Ders., Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 613 ff.

Deinert, Olaf, Das Herkunftslandprinzip und seine Bedeutung für das Internationale Deliktsrecht, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2006, S. 445 ff.

Deppenheuer, Otto, Freiheit des Berufs und Grundfreiheiten der Arbeit, in Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, zweiter Band, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 241 ff.

Deter, Gerhard, Berliner Bericht, Arbeit und Recht 2005, S. 310

Di Fabio, Udo, Werbeverbote, Bewährungsprobe für europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, Archiv für Presserecht 1998, S. 564 ff.

Ders., Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 56 (1997), S. 235 ff.

Diefenbach, Wilhelm, Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, Gewerbearchiv 2006, S. 217 ff.

Ders., Zu Fragen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht vor dem Hintergrund der Entscheidungen des österreichischen

- Verfassungsgerichtshofs vom 09.12.1999 und des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000, Gewerbearchiv 2001, S. 353 ff.
- Dolzer, Rudolf*, Die Niederlassungsfreiheit der freien Berufe im europäischen Recht, in ders./Hahndorf/Johansson u.a., Niederlassungsfreiheit von freien Berufen in Europa, International Commission of Jurists/Deutsche Sektion, Podiumsdiskussion auf der Arbeitstagung vom 6. – 8. Juni 1985 in Regensburg, Heidelberg 1986, S. 3 ff.
- Drasch, Wolfgang*, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut, 1. Auflage, Baden-Baden 1997, zugleich Dissertation Augsburg 1996
- Dreier, Horst (Hrsg.)*, Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-19, 2. Auflage Tübingen 2004 (zit.: Verfasser, in Dreier, GG, Art., Rn.)
- Drobnig, Ulrich*, Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung, in Ficker/König/Kreuzer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 687 ff.
- Eberhartinger, Michael*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1997, 43 ff.
- Edward, David*, Establishment and Services: An Analysis of the Insurance Cases, European Law Review 12 (1987), S. 231 ff.
- Ehlermann, Claus-Dieter*, The internal market following the Single European Act, Common Market Law Review 24 (1987), S. 361 ff.
- Ehlers, Dirk*, Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften, Allgemeine Lehren, in ders. (Hrsg.), Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, 2., vollständig überarbeitete Auflage Berlin 2005, S. 177 ff. (zit.: D. Ehlers, in ders. (Hrsg.), EuGR 2005, § 7, Rn.)
- Ders.*, Die Grundrechte der Europäischen Union, Allgemeine Lehren, in ders. (Hrsg.), Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, 2., vollständig überarbeitete Auflage Berlin 2005, S. 383 ff. (zit.: D. Ehlers, in ders. (Hrsg.), EuGR 2005, § 14, Rn.)
- Ders.*, Gewerbe-, Handwerks-, und Gaststättenrecht, in Achterberg/

- Püttner/Würtenberger(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, Wirtschafts-, Umwelt-, Bau-, Kultusrecht, 2., neu bearbeitete Auflage Heidelberg 2000, S. 96 ff. (zit.: D. Ehlers, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, § 2, Rn.)
- Ders.*, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben, in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, München 2005, S. 11 ff. (zit.: D. Ehlers, in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2005, S.)
- Ders.*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in Erichsen/ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2002, S. 1 ff. (zit.: D. Ehlers, in Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn.)
- Ders.*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, Köln u.a. 1999
- Ders.*, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, zugleich Habilitation Erlangen-Nürnberg 1981
- Ders.*, Die Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Juristische Ausbildung 2001, S. 266 ff.
- Ders.*, Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Juristische Ausbildung 1999, S. 212 ff.
- Ders.*, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht im Europäischen Binnenmarkt, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1990, S. 810 ff.
- Ders./Lackhoff, Klaus*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1995, I-4165 („Gebhard“), Juristenzeitung 1996, S. 467 ff.
- Ehricke, Ulrich*, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 59 (1995), S. 598 ff.
- Eifert, Martin*, „Zuverlässigkeit“ als persönliche Tätigkeitsvoraussetzung im Besonderen Verwaltungsrecht, Juristische Schulung 2004, S. 565 ff.
- Eilmansberger, Thomas*, Binnenmarktprinzipien und flankierende

- Politiken, in Breuss/Fink/Griller (Hrsg.), Vom Schuman-Plan zum Vertrag von Amsterdam – Entstehung und Zukunft der EU, Wien 2000 (zit.: T. Eilmansberger, Binnenmarktprinzipien, S.)
- Ders.*, Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarktes, Juristische Blätter 1999, S. 434 ff.
- Epiney, Astrid*, Umgekehrte Diskriminierungen. Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Köln u.a. 1995, zugleich Habilitation Mainz 1994 (zit.: A. Epiney, umgekehrte Diskriminierungen, S.)
- Dies.*, Gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutz und Verwirklichung des Binnenmarktes, Juristenzeitung 1992, S. 564 ff.
- Dies.*, in Bieber/dies./Haag (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 6., völlig neu bearbeitete Auflage des vormals von Beutler/Pipkorn/Streil begründeten Werkes, Baden-Baden 2005 (zit.: A. Epiney, in Bieber/dies./Haag (Hrsg.), Die Europäische Union, §, Rn.)
- Erbguth, Wilfried/Schlacke, Sabine*, Umweltrecht, 1. Auflage Baden-Baden 2005
- Erichsen, Hans-Uwe*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 2. Auflage, Heidelberg 2001, S. 1185 ff. (zit.: H.-U. Erichsen, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, § 152, Rn.)
- Ders.*, Das Verwaltungshandeln, in ders./Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2002, S. 229 ff. (zit.: H.-U. Erichsen, in ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn.)
- Estella de Noriega, Antonio*, The EU principle of subsidiarity and its critique, Oxford 2002
- Everling, Ulrich*, Von den Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union. Durch Konvergenz zur Kohärenz, in Classen/Dittmann/Fechner/Gassner/Kilian (Hrsg.), „In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...“, Liber amicorum Thomas Oppermann, Berlin 2001, S. 163 ff.

- Ders.*, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, Berlin u.a. 1963
- Ders.*, Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot, in Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 607 ff.
- Ders.*, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 – dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, in Mestmäcker/Möller/Schwarz (Hrsg.), Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, 1. Auflage, Baden-Baden 1987, S. 111 ff.
- Ders.*, Rechtsanwendungs- und Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofs der EG, in Kruse (Hrsg.), Zölle, Verbrauchersteuern, europäisches Marktordnungsrecht, Köln u.a. 1988, S. 51 ff.
- Ders.*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, Deutsches Verwaltungsblatt 1993, S. 963 ff.
- Ders.*, Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Der Betrieb 1990, S. 1853 ff.
- Ders.*, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich für das Recht der rechtsberatenden Berufe?, Gutachten C für den 58. Deutschen Juristentag, München 1990
- Ders.*, Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, Europarecht 24 (1989), S. 338 ff.
- Ders.*, Brauchen wir „Solange III“, Europarecht 25 (1990), S. 195 ff.
- Ders.*, Sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres Etat membres, Cahier de droit européen 19 (1984), S. 3 ff.
- Ders.*, Europäische Integration und Wettbewerb der Rechtsordnungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in Hopt (Hrsg.), Europäische Integration als Herausforderung des Rechts: Mehr Marktrecht – weniger Einzelgesetze?, Essen 1991, S. 41 ff.
- Ders.*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des

- europäischen Binnenmarktes, in Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a. 1990, S. 1155 ff.
- Ders.*, Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft – Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes, in Capotorti/Ehlermann/Frowein u.a. (Hrsg.), *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, 1. Auflage, Baden-Baden 1987, S. 227 ff.
- Fastenrath, Ulrich*, Inländerdiskriminierung, *Juristenzeitung* 1987, S. 170 ff.
- Ders./Müller-Gerbes, Maike*, *Europarecht*, 2. Auflage Stuttgart u.a. 2004
- Feiden, Sonja*, Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten, ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, Berlin 2003, zugleich Dissertation Bonn 2001
- Fetsch, Johannes*, Freiberufliche Gebührenordnungen und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, *Zeitschrift für Europäischen Privatrecht* 2005, S. 541 ff.
- Fezer, Karl-Heinz*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, *Juristenzeitung* 1994, S. 317 ff.
- Fischer, Josef*, Vom Staatenverbund zur Föderation, *Recht und Politik* 37/38 (2001/02), S. 8 ff.
- Fischer, Hans Georg*, Die Unionsbürgerschaft, Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, den 29. April 1992, Saarbrücken 1992
- Forsthoff, Ulrich*, Drittwirkung des Grundfreiheiten, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2000, S. 389 ff.
- Frenz, Walter*, *Handbuch Europarecht, Band I: Europäische Grundfreiheiten*, Berlin u.a. 2004
- Ders.*, Selbstständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, *Gewerbearchiv* 2007, S. 10 ff.
- Ders.*, Subjektiv-öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1995, S. 408 ff.
- Ders.*, Grundfreiheiten und Grundrechte, *Europarecht* 37 (2002), S.

603 ff.

Freund, Heinz-Joachim, Keck und die Folgen, Juristische Arbeitsblätter 1997, S. 716 ff.

Fritz, Thomas, Auf dem Weg zur Sonderwirtschaftszone – Die Dienstleistungsrichtlinie der EU, Blue 21 Arbeitspapier, Berliner Landesarbeitsgemeinschaft Umwelt und Entwicklung e.V., Berlin 2004

Frotscher, Werner, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 4., neu bearbeitete Auflage München 2004

Früh, Gudrun, Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht, Gewerbearchiv 2001, S. 58 ff.

Dies., Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?, Gewerbearchiv 1998, S. 402 ff.

Ganten, Ted Oliver, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, Berlin 2000, zugleich Dissertation Augsburg 1999

Gebauer, Jochen, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, Berlin 2004, zugleich Dissertation Bielefeld 2002/03

Geiger, Rudolf, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage München 2004

Gerhardt, Michael, Zu neueren Entwicklungen der sog. Inländerdiskriminierung im Gewerberecht, Gewerbearchiv 2000, S. 372 ff.

Gerken, Lüder (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, Europäische Ordnungspolitik im Zeichen der Subsidiarität, Berlin u.a. 1995

Ders., Der Wettbewerb der Staaten, Tübingen 1999

Gersdorf, Hubertus, Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, Deutsches Verwaltungsblatt 1994, S. 674 ff.

Giegerich, Thomas, Europarecht und deutsches Recht – Wechsel-

- wirkungen in der Fallbearbeitung, Juristische Schulung 1997, S. 426 ff.
- Goldmann, Berthold*, Europäisches Handelsrecht, Karlsruhe 1973
- Gormley, Laurence W.*, Reasoning Renounced?, The Remarkable Judgement in Keck & Mithouard, European Business Law Review 5 (1994), S. 63 ff.
- Ders.*, Two years after Keck, Fordham International Law Journal 19 (1996), S. 866.
- Gornig, Gilbert*, Probleme der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte in den Europäischen Gemeinschaften, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 1120 ff.
- Götz, Volkmar*, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, Neue Juristische Wochenschrift 1992, 1849 ff.
- Ders.*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Juristenzeitung 1990, S. 1081 ff.
- Ders.*, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, in *ders./Martinez Soria, José* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 1. Auflage, Baden-Baden 2002, S. 83 ff.
- Ders./Martinez Soria, José* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 1. Auflage, Baden-Baden 2002
- Grabitz, Eberhard*, Über die Verfassung des Binnenmarktes, in *Baur/Hopt/Mailänder* (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a. 1990, S. 1229 ff.
- Ders.*, Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in *Stödter/Thieme* (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa, Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 645 ff.
- Ders./Hilf, Meinhard* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band I, Loseblatt München, Stand: März 2006 (zit.: Verfasser, in *Grabitz/Hilf*, Art., Rn.)

- Ders./Bogdandy, Armin von*, Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt, Juristische Schulung 1990, S. 170 ff.
- Gramlich, Ludwig*, Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht?, Die Öffentliche Verwaltung 1996, S. 801 ff.
- Grandpierre, Andreas*, Herkunftsprinzip contra Marktortanknüpfung, Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Kollisionsregeln im Wettbewerbsrecht, Frankfurt u.a. 1999, zugleich Dissertation Bonn 1998
- Graser, Alexander*, Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung?, Europarecht 33 (1998), S. 571 ff.
- Greaves, Rosa*, Advertising Restrictions on the Free Movement of Goods and Services, European Law Review 23 (1998), S. 305 ff.
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band I, 6. Auflage Baden-Baden 2003/04 (zit.: Verfasser, in von der Groeben/Schwarze, Art., Rn.)
- Ders./Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.)*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band I, 5. Auflage Baden-Baden 1997 (zit.: Verfasser in von der Groeben/ Thiesing/Ehlermann, Art., Rn.)
- Gundel, Jörg*, Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht: Neue Ansätze in der deutschen Rechtsprechung, Deutsches Verwaltungsblatt 2007, S. 269 ff.
- Ders.*, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, Juristische Ausbildung 2001, S. 79 ff.
- Ders.*, Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit?, Europarecht 34 (1999), S. 781 ff.
- Gussone, Peter*, Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und seine Grenzen, Berlin 2006, zugleich Dissertation Köln 2004
- Haag, Marcel*, in Bieber/Epiney/Haag (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 6. Auflage, völlig neu bearbeitete Auflage des vormals von Beutler/Pipkorn/Streil begründeten Werkes, Baden-Baden 2005 (zit.: M. Haag, in Bieber/Epiney/Haag (Hrsg.), Die Europäische Union, §, Rn.)

- Hailbronner, Kay*, Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV, EGV), Loseblatt Köln u.a., Stand: 1999 (zit.: K. Hailbronner, HK-EUV, Art., Rn.)
- Ders.*, Art. 52 EWGV – Mehr als nur ein Diskriminierungsverbot?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, S. 470 ff.
- Ders.*, Aufgabe von Souveränitätsrechten als EU-Mitglied – Deutsche Erfahrungen, in Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 97 ff.
- Ders./Nachbaur, Andreas*, Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1992, S. 105 ff.
- Hallstein, Walter*, Angleichung des Privat und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 28 (1964), S. 211 ff.
- Haltern, Ulrich*, Europarecht und das Politische, Tübingen 2005, zugleich Habilitation Berlin 2003
- Hammerl, Christoph*, Inländerdiskriminierung, Berlin 1997, zugleich Dissertation Bayreuth 1996
- Hanau, Peter*, Freizügigkeit der Arbeitnehmer, in ders./Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002, S. 391 ff. (zit.: P. Hanau, in Ders./Steinmeyer/Wank (Hrsg.), Hdb. des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 15, Rn.)
- Ders.*, Lohnunterbietung („Sozialdumping“) durch Europarecht, in Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band I, 1. Auflage, Baden-Baden 1995, S. 415 ff.
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias*, Europarecht, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 2006
- Hatje, Armin (Hrsg.)*, Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe, Europarecht Beiheft 1/2002, Baden-Baden 2002
- Ders./Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.)*, Das Binnenmarktziel in der Europäischen Verfassung, Europarecht Beiheft 3/2004, Baden-Baden 2004
- Hatzopoulos, Vassilis*, Recent developments of the case law of the

- ECJ in the field of services, *Common Market Law Review* 37 (2000), S. 43 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1994, I-1039 („Schindler“), *Common Market Law Review* 32 (1995), S. 841 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1995, I-1141 ff. („Alpine Investments“), *Common Market Law Review* 32 (1995), S. 1427 ff.
- Hayek, Friedrich August*, *Recht, Gesetz und Freiheit, Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie*, Tübingen 2003
- Häberle, Peter*, Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000, S. 840 ff.
- Häde, Ulrich/Puttler, Adelheid*, Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, S. 13 ff.
- Härtel, Ines*, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, Berlin 2006, teilweise zugleich Habilitation Göttingen 2005
- Heermann, Peter W.*, Art. 30 im Lichte der „Keck“ – Rechtsprechung, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* 1999, S. 579 ff.
- Hegel, Georg Wilhelm F.*, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Heidelberg 1817, Frankfurt 1970
- Henninger, Michael-Peter*, Richtlinie des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, *Gewerbe-archiv* 1989, S. 259 ff.
- Henssler, Martin*, Der Richtlinienvorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, S. 229 ff.
- Herdegen, Matthias*, „Föderative Grundsätze“ in der Europäischen Union, in Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin u.a. 2002, S. 1193 ff.
- Hesse, Konrad*, Der Gleichheitssatz, *Archiv des öffentlichen Rechts* 109 (1984), S. 174 ff.

- Heydt, Volker*, Der Funktionswandel der EG-Grundfreiheiten infolge der Verwirklichung des Binnenmarktes, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 105 ff.
- Hilf, Meinhard/Pache, Eberhard*, Der Vertrag von Amsterdam, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 705 ff.
- Hillgruber, Christoph*, Die Verwirklichung des Binnenmarktes durch Rechtsangleichung, in Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin 2004, S. 597 ff.
- Hirsch, Günter*, EG: Kein Staat aber eine Verfassung?, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 46 ff.
- Hobe, Stephan*, Europarecht, 2. Auflage Köln 2004
- Hoffmann, Michael*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als koordinierungsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, Baden-Baden 2000, zugleich Dissertation Trier 1999
- Holoubek, Michael*, „Inländerdiskriminierung“ im Wirtschaftsrecht, in Aicher/Holoubek/Korinek (Hrsg.), Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, Zentrale Probleme der Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf das österreichische Wirtschaftsrecht, Wien 2000
- Holzborn, Timo/Israel, Alexander*, Internationale Handelsregisterpraxis, Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 3014 ff.
- Honig, Gerhart*, Handwerksordnung, 3. Auflage München 2004
- Hoppe, Werner/Beckmann, Martin/Kauch, Petra*, Umweltrecht, 2., vollständig überarbeitete Auflage München 2000
- Ders./Bönker, Christian/Grotefels, Susan*, Öffentliches Baurecht, Bauplanungsrecht mit seinen Bezügen zum Raumordnungsrecht, Bauordnungsrecht, 3. Auflage München 2004
- Hödl, Sascha Oliver*, Die Beurteilung von verkaufsbehindernden Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt, neue Interpretationsansätze zu Art. 30 EGV auf der Grundlage der Keck-Entscheidung, Baden-Baden 1997, zugleich Dissertation Graz 1996
- Hrbek, Rudolf/Nettesheim, Martin (Hrsg.)*, Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 1. Auflage, Baden-Baden

2001

Huber, Peter M., Das Recht der europäischen Integration, 2. Auflage
München 2002

Ders., Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001), S. 194 ff.

Ders., Stellungnahme vom 10.11.2004 für den Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Hübner, Ulrich, Die Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft und ihre Grenzen, Juristenzeitung 1987, S. 330 ff.

Hufen, Friedhelm, Berufsfreiheit-Erinnerung an ein Grundrecht, Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 2913 ff.

Huster, Stefan, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, Juristenzeitung 1994, S. 541 ff.

Ihns, Astrid, Entwicklung und Grundlagen der Europäischen Rechtsangleichung, Frankfurt u.a. 2005, zugleich Dissertation Potsdam 2005

Ipsen, Hans Peter, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972

Ders., Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, Europarecht 13 (1978), S. 199 ff.

Jaensch, Michael, Die unmittelbare Drittwirkung des Grundfreiheiten, Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV, 1. Auflage, Bonn 1997, zugleich Dissertation Bonn 1996

Jarass, Hans D., Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, Europarecht 30 (1995), 202 ff.

Ders., Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, Europarecht 35 (2000), S. 705 ff.

Ders., Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, Archiv des Öffentlichen Rechts 121 (1996), S. 173 ff.

Ders., EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, Europäische Grundrechte

- Zeitschrift 21 (1994), S. 209 ff.
- Ders.*, Grundstrukturen der Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, in Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 443 ff.
- Ders./Sasa Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, S. 1 ff.
- Ders./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage München 2006
- Jeder, Petra*, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand. Zur Vereinbarkeit der Berufszulassungsvorschriften des deutschen Handwerksrechts mit dem Niederlassungsrecht des EWGV und des GG, Pfaffenweiler 1992, zugleich Dissertation Marburg 1991 (zit.: P. Jeder, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, S.)
- Jestaedt, Thomas/Kästle, Florian*, Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung des Art. 30 EGV: Das Keck-Urteil, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1994, S. 26 ff.
- Joerges, Christian*, Die Verwirklichung des Binnenmarktes und die Europäisierung des Produktsicherheitsrechts, in Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a. 1990, S. 1247 ff.
- Joliet, René*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Warenverkehr, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 1994, S. 1 ff.
- Ders.*, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 1994, S. 979 ff.
- Jungbluth, Armin*, Das Niederlassungsrecht der Rundfunkveranstalter in der Europäischen Gemeinschaft, 1. Auflage, Baden-Baden 1992, zugleich Dissertation Regensburg 1991
- Kadelbach, Stefan*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Tübingen 1999, zugleich Habilitation Frankfurt 1996

- Ders.*, Unionsbürgerschaft, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin u.a. 2003, S. 539 ff. (zit.: S. Kadelbach, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S.)
- Ders./Petersen, Niels*, Haftung für Verletzung von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2002, S. 213 ff.
- Kahl, Wolfgang*, Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht, von der Konfrontation zur Kooperation, Die Verwaltung 29 (1996), S. 341 ff.
- Kegel, Gerhard*, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Institut für das Recht der Europäischen Gemeinschaften der Universität Köln (Hrsg.), Internationaler Kongress 18.-20. März 1969 in Köln, Köln u.a. 1971, S. 9 ff.
- Kenntner, Markus*, Das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrages, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 2871 ff.
- Kewenig, Wilhelm A.*, Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung, Juristenzeitung 1990, S. 20 ff.
- Kieninger, Eva Maria*, Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages?, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1998, S. 277 ff.
- Kilian, Wolfgang*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage München 2003
- Kingreen, Thorsten*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999, zugleich Dissertation Münster 1999
- Ders.*, Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, in Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Berlin 2005, S. 374 ff. (zit.: T. Kingreen, in Ehlers (Hrsg.), EuGR 2005, § 13, Rn.)
- Ders.*, Grundfreiheiten, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge,

- Berlin u.a. 2003, S. 631 ff. (zit.: T. Kingreen, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S.)
- Ders.*, Keine neue Frische in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten: der EuGH und das aufgebackene Brot, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2006, S. 488 ff.
- Ders./Störmer, Rolf*, Die subjektiven öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, Europarecht 33 (1998), S. 263 ff.
- Kirchhof, Ferdinand*, Private Rechtssetzung, Speyer 1987, zugleich Habilitation Speyer 1985
- Kirchhof, Paul*, Der allgemeine Gleichheitssatz, in Isensee/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 2. Auflage, Heidelberg 2000, S. 837 ff. (zit.: P. Kirchhof, in Isensee/ders. (Hrsg.), HStR V, § 124, Rn.)
- Ders.*, Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration, in Isensee/ders. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 1. Auflage, Heidelberg 1992, S. 855 ff. (zit.: P. Kirchhof, in Isensee/ders. (Hrsg.), HStR VII, § 183, Rn.)
- Ders.*, Grundrechtsinhalte und Grundrechtsvoraussetzungen, in Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg, 2004, S. 807 ff. (zit.: P. Kirchhof, in Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 21)
- Ders.*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in Hommelhoff/ders. (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, Heidelberg 1994, S. 11 ff.
- Ders.*, Der Verfassungsstaat und seine Mitgliedschaft in der Europäischen Union, in Classen/Dittmann/Fechner/Gassner/Kilian (Hrsg.), „In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...“, Liber amicorum Thomas Oppermann, Berlin 2001, S. 201 ff.
- Kischel, Uwe*, Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der EU, Europäische Grundrecht Zeitschrift 1997, S. 1 ff.
- Klaus, Henning*, Die deutschen Bundesländer und die Europäische Union, die Mitwirkung der Länder am EU-Integrationsprozess

- seit dem Vertrag von Maastricht, Vierow bei Greifswald 1996
- Kleier, Ulrich F.*, Freier Warenverkehr und Diskriminierung inländischer Erzeugnisse, Recht der internationalen Wirtschaft 1988, S. 623 ff.
- Klein, Eckart*, Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 50 (1991), S. 56 ff.
- Kleine-Cosack, Michael*, Rechtsberatungsgesetz Kommentar, Heidelberg 2004
- Klinge, Gabriele*, Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbstständigen Handwerkers im Europäischen Binnenmarkt, Wirtschaft und Verwaltung 1992, S. 1 ff.
- Kloepfer, Michael*, Umweltrecht, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, Wirtschafts-, Umwelt-, Bau-, Kultusrecht, 2., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2000, S. 338 ff. (zit.: M. Kloepfer, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, § 6, Rn.)
- Kluth, Winfried*, Funktionale Selbstverwaltung, verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997, zugleich Habilitation Köln 1996
- Ders.*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Archiv des Öffentlichen Rechts 122 (1997), S. 557 ff.
- Ders.*, Die Bedeutung der EU-Dienstleistungsrichtlinie für die Kammern und ihre Aufgaben, Jahrbuch des Kammerrechts 2003/04, S. 94 ff.
- Ders.*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Handwerks- und Gewerbeordnung, in Leible (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen und Risiken für Deutschland, Bayreuther Studien zum Wirtschafts- und Medienrecht, Band I, Jena 2008, S. 131 ff.
- Ders./Rieger, Frank*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, Gewerbearchiv 2006, S. 1 ff.
- Ders./Rieger, Frank*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie,

- Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, 486 ff.
- Kment, Martin*, Ein Monopol gerät unter Druck – Das Sportwetturteil des BVerfG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 617 ff.
- Knack, Hans-Joachim (Hrsg.)*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8., neu bearbeitete Auflage Köln u.a. 2004 (zit.: Verfasser, in Knack, VwVfG, Art., Rn.)
- Knobbe-Keuk, Brigitte*, Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot?, Der Betrieb 1990, S. 2573 ff.
- Koenig, Christian/Braun, Jan-David/Capito, Ralf*, Europäischer Systemwettbewerb durch Wahl der Rechtsregeln in einem Binnenmarkt für mitgliedstaatliche Regulierungen, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1999, S. 401 ff.
- Kokott, Juliane*, Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, zweiter Band, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrecht, Tübingen 2001, S. 127 ff.
- Kopp, Ferdinand O.*, Die Zukunft des Handwerksrechts und seiner Organisation, Wirtschaft und Verwaltung 1994, S. 1 ff.
- Ders./Ramsauer, Ulrich*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9., vollständig überarbeitete Auflage München 2005
- Kort, Michael*, Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen Recht, Juristenzeitung 1996, S. 132 ff.
- König, Doris*, Das Problem der Inländerdiskriminierung – Abschied von Reinheitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung, Archiv des öffentlichen Rechts 118 (1993), S. 591 ff.
- Kraußner, Hans-Peter*, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, Berlin 1991, zugleich Dissertation Erlangen-Nürnberg 1991
- Krebber, Sebastian*, Die Vereinbarkeit von Entsenderichtlinie und Arbeitnehmer-Entsendegesetz mit der Dienstleistungsfreiheit und Freizügigkeit des EGV, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, S. 129 ff.
- Kube, Hanno*, Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrecht

- und Vorlagepflicht des BVerwG nach Art. 234 Abs. 3 EG, Juristische Schulung 2001, S. 858 ff.
- Kugelman, Dieter*, Der Rundfunk und die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages, Berlin 1991, zugleich Dissertation Mainz 1991
- Ders.*, Die Dienstleistungsrichtlinie der EG zwischen Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 327 ff.
- Ders.*, Werbung als Dienstleistung, Europarecht 36 (2001), S. 363 ff.
- Lackhoff, Klaus*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, Berlin 2000, zugleich Dissertation Münster 1998
- Lambrich, Thomas*, Harmonisierung oder Konkurrenz der europäischen Arbeitsrechtsordnungen, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2005, S. 251 ff.
- Lambsdorff, Alexander Graf von*, Die Dienstleistungsrichtlinie in den Beratungen des Europäischen Parlaments, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 577 ff.
- Lange, Knut Werner*, Europäisches und deutsches Kartellrecht, Frankfurt am Main 2006
- Leible, Stefan*, Kfz-Parallelimporte und das deutsche Irreführungsverbot, Wettbewerb in Recht und Praxis 1997, S. 517 ff.
- Leisner, Walter*, Handwerksrecht und Europarecht, Gewerbearchiv 1998, S. 445 ff.
- Lenz, Carl Otto (Hrsg.)*, EU- und EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Auflage Köln 2003 (zit.: Verfasser, in Lenz, EUV/EGV, Art., Rn.)
- Lerche, Peter*, Grundrechtsschranken, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 2. Auflage, Heidelberg 2000, S. 775 ff. (zit.: P. Lerche, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, § 122, Rn.)
- Ludwigs, Markus*, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa, zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständig-

- keit für eine Europäisierung des Privatrecht, *Europarecht* 41 (2006), S. 370 ff.
- Magiera, Siegfried*, Die Arbeit des Europäischen Verfassungskonvents und des Parlamentarismus, *Die Öffentliche Verwaltung* 2003, S. 578 ff.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Art. 1-19, 5., vollständig neu bearbeitete Auflage München 2005 (zit.: Verfasser, in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art., Rn.)
- Mankiw, Nicholas Gregory*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 3., überarbeitete Auflage Stuttgart 2004
- Mankowski, Peter*, Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2004, S. 385 ff.
- Manthey, Nikolaus Vincent*, Bindung und Schutz öffentlicher Unternehmen durch die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, Frankfurt u.a. 2001, zugleich Dissertation Münster 2001
- Marenco, Giuliano*, Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, *Cahiers de droit européen* 20 (1984), S. 291 ff.
- Ders./Banks, Karen*, Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discrimination Unearthed, *European Law Review* 15 (1990), S. 224 ff.
- Martiny, Dieter*, Gemeinschaftsrecht, ordre public, zwingende Bestimmungen und Exklusivnormen, in von Bar (Hrsg), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tagung des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April in Osnabrück, Köln u.a. 1991, S. 211 ff.
- Mattera, Alfonso*, Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales, *Revue du Marché Unique Européen* 2 (1998), S. 5 ff.

- Matthies, Heinrich*, Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Art. 100 b EWG-Vertrag), in Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a. 1990, S. 1287 ff.
- Ders.*, Art. 30 EG-Vertrag nach Keck, in Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band I, 1. Auflage, Baden-Baden 1995, S. 803 ff.
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16., überarbeitete und ergänzte Auflage München 2006
- Mayer, Franz C.*, Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 61 (2001), S. 1 ff.
- McCreevy, Charlie*, „The effects of globalisation on the internal market“, European Parliament, Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Open Hearing, IMCO_OJ (2004) 1007.1 vom 06.10.2005
- McDonald, Kevin M.*, Der Begriff der Dienstleistung im europäischen Binnenmarkt und WTO-System (GATS), Frankfurt 2001, zugleich Dissertation Saarbrücken 2000
- Meffert, Heribert/Bruhn, Manfred*, Dienstleistungsmarketing, Grundlagen, Konzepte, Methoden, 5., überarbeitete und erweiterte Auflage Wiesbaden 2006
- Meier-Schatz, Christian*, American Legal Harmonization from a European Perspective, in Buxbaum/Hertig/Hirsch/Hopt (Hrsg.), European Business Law, Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization, Berlin u.a. 1991, S. 125 ff.
- Merten, Detlef*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Auflage, Berlin 1994, S. 78 ff.
- Ders.*, Vereinsfreiheit, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 2. Auflage, Heidelberg 2001, S. 775 ff. (zit.: D. Merten, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, § 144, Rn.)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1. Auflage München 1974
- Ders./Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2., völlig

- erneuerte Auflage München 2004
- Metzler, Arno*, Niederschrift der Anhörung vor dem Europäischen Parlament am 11.11.2004 zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Brüssel 2004
- Meyer, Michael*, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, Frankfurt 2002, zugleich Dissertation München 2001
- Meyer, Werner*, Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 3. Oktober 2000 auf das deutsche Handwerksrecht, Gewerbearchiv 2001, S. 265 ff.
- Meyer, Andreas*, Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werberecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 1996, S. 697 ff.
- Meyer, Alexander*, Handwerksrecht, in Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2., neu bearbeitete Auflage Berlin u.a. 2004, S. 345 ff. (zit.: A. Meyer, in Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 11, Rn.)
- Micklitz, Hans W.*, Fernabsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, S. 133 ff.
- Mirbach, Horst*, Anfang vom Ende des Meisterzwangs?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, S. 161 ff.
- Moersch, Wolfram*, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, eine rechtsdogmatisch und rechtspolitische Studie, Berlin 2001, zugleich Dissertation Speyer 1999
- Mortelmans, Kamiel*, Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances: Time to consider a new definition?, Common Market Law Review 28 (1991), S. 115 ff.
- Mosiek, Marcus*, Effet utile und Rechtsgemeinschaft – zugleich ein Beitrag zur Kompetenzordnung der Europäischen Gemeinschaft, Münster 2003, zugleich Dissertation Köln 2003
- Möller, Kai*, Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz gegen Gemeinschaftsrecht, Juristische Ausbildung 2006, S. 91 ff.

- Möllers, Thomas M. J.*, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, *Europarecht* 33 (1998), S. 20 ff.
- Möstl, Markus*, Grenzen der Rechtsangleichung im Europäischen Binnenmarkt, *Europarecht* 37 (2002), S. 318 ff.
- Mühl, Axel*, Diskriminierung und Beschränkung, Grundsätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Berlin 2004, zugleich Dissertation Bayreuth 2003
- Mülbert, Peter O.*, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 159 (1995), S. 2 ff.
- Ders./Schmolke, Klaus U.*, Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften* 100 (2001), S. 233 ff.
- Müller, Johannes C. W.*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, Bedeutung, Inhalt und Umfang, Weiterentwicklung, Auswirkung auf Völkerrecht und nationales Recht, Berlin 2000, zugleich Dissertation Erlangen-Nürnberg 1998
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 152 (1988), S. 203 ff.
- Ders.*, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, in Leßmann/Großfeld/Vollmer (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag*, Köln u.a. 1989, S. 473 ff.
- Ders.*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, in Hatje (Hrsg.), *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*, *Europarecht Beiheft* 1/2002, S. 7 ff.
- Ders.*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, *Europarecht* 24 (1989), S. 107 ff.
- Ders.*, Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, *Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin u.a. 2002, S. 1281 ff.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.)*, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, Art. 1-19, 5. Auflage, München 2004 (zit.: Verfasser, in

- von Münch/Kunig, GG, Art., Rn.)
- Nanclares, José Martin y Pérez de*, The Federal Elements of the EU, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2001, S. 595 ff.
- Neßler, Volker*, Der transnationale Verwaltungsakt, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1995, S. 863 ff.
- Nettesheim, Martin*, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, Europarecht 39 (2004), S. 511 ff.
- Ders.*, Kompetenzen, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin u.a. 2003, S. 415 ff. (zit.: M. Nettesheim, in von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S.)
- Ders.*, Der Bananenmarktbeschluss des BVerfG, Juristische Ausbildung 2001, S. 668 ff.
- Ders.*, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 447 ff.
- Ders.*, Die konsoziative Föderation von EU und Mitgliedstaaten, in Hess (Hrsg.), Wandel der Rechtsordnung, Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im WS 2001/2002, Tübingen 2003, S. 1 ff.
- Neumann, John*, Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten, „Theory of games and economic behavior“, 3., unveränderte Auflage des 1944 erschienenen Erstwerkes, Würzburg 1973
- Nicolaysen, Gert*, Europarecht II, Baden-Baden 1991
- Ders.*, Der Unionsvertrag als Integrationsverfassung, in Classen/Dittmann/Fechner/Gassner/Kilian (Hrsg.), „In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...“, Liber amicorum Thomas Oppermann, Berlin 2001, S. 187 ff.
- Ders.*, Zur Theorie von den implied powers in der EG, Europarecht 1 (1966), S. 129 ff.
- Ders.*, Inländerdiskriminierung im Warenverkehr, Europarecht 26 (1991), S. 95 ff.
- Ders.*, Der Nationalstaat klassischer Prägung hat sich überlebt, in Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band II, 1. Auflage, Baden-Baden 1995, S. 945 ff.

- Notthoff, Martin*, Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Recht der internationalen Wirtschaft 1995, S. 541 ff.
- Nowak, Carsten/Schnitzler, Jörg*, Erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeiten für mitgliedstaatliche Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 627 ff.
- Novak, Meinhard*, Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten oder Dienstleistungen – Einheitliche Rechtfertigungstatbestände im EG-Vertrag, Der Betrieb 1997, S. 2589 ff.
- Odersky, Walter*, Vertrauen in die Rechtsordnungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, in Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band II, 1. Auflage, Baden-Baden 1995, S. 1001 ff.
- Ohler, Christoph*, Der Status von Finanzdienstleistungen, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2002, S. 321 ff.
- Oliver, Peter*, Free Movement of Goods in the European Community, 4. Auflage London 2003
- Oppermann, Thomas*, Europarecht (mit EU-Osterweiterung und Verfassungsentwurf), 3., vollständig neu bearbeitete Auflage München 2005
- Ders.*, Der europäische Traum zur Jahrhundertwende – Tübinger Abschiedsvorlesung 1999, Juristenzeitung 1999, S. 317 ff.
- Ders.*, Zur Eigenart der EU, in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, Heidelberg 1994, S. 87 ff.
- Pache, Eckhard*, Dienstleistungsfreiheit, in Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Berlin 2005, S. 315 ff. (zit.: E. Pache in Ehlers (Hrsg.), EuGR 2005, § 11, Rn.)
- Palandt, Otto (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch, 65., neu bearbeitete Auflage München 2006 (zit.: Verfasser, in Palandt, BGB, Art., Rn.)
- Papier, Hans-Jürgen*, Die überörtliche Anwaltssozietät aus der Sicht des Verfassungs- und Gemeinschaftsrechts, Juristenzeitung 1990, S. 253 ff.

- Pernice, Ingolf*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, 1. Auflage, Baden-Baden 1979, zugleich Dissertation Augsburg 1978
- Ders.*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, Juristenzeitung 2000, S. 866 ff.
- Ders.*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001), S. 148 ff.
- Peters, Anne*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Kiel 2001, zugleich Habilitation Kiel 2001
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte, 21., neu bearbeitete Auflage Heidelberg 2005
- Plötscher, Stefan*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Berlin 2003, zugleich Dissertation Bayreuth 2001/02
- Podlech, Adalbert*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971, zugleich Habilitation Heidelberg 1969
- Preedy, Kara*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, zur so genannten Drittwirkung im Europarecht, Berlin 2005, zugleich Dissertation Gießen 2003
- Preis, Ulrich*, Arbeitsrecht, 2. Auflage Köln 2003
- Püttner, Günter*, Die öffentlichen Unternehmen, Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Auflage Stuttgart 1985
- Rabe, Hans-Jürgen*, Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Hamburg 1963
- Rauer, Nils*, Zwischen Binnenmarkt und Wahrung nationaler Identität, das Verbot nicht-tarifärer Handelshemmnisse in der EU, Wiesbaden 2003, zugleich Dissertation Gießen 2003
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10,

- Internationales Privatrecht, 3. Auflage München 1998 (zit.: Verfasser, in MünchKomm BGB, Bd. 10, Art., Rn.)
- Reich, Norbert*, Europäisches Verbraucherschutzrecht, 4. Auflage Baden-Baden 2003
- Ders.*, Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs als Grundfreiheit, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 153 (1989), S. 571 ff.
- Ders.*, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 56 (1992), S. 444 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu Keck, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, S. 1815 ff.
- Ders.*, Competition Between Legal Orders, Common Market Law Review 29 (1992), S. 861 ff.
- Reichold, Hermann*, Arbeitsrechtsstandards als „Aufenthaltsmodalitäten“, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1998, S. 434 ff.
- Reim, Uwe*, Diagnose: Wirtschaftsschwäche! – Therapie: Deregulierung?, Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 1553 ff.
- Remien, Oliver*, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Juristenzeitung 1994, S. 349 ff.
- Rengeling, Hans-Werner*, Die Kompetenzen der Europäischen Union: Inhalt, Grenzen und Neuordnung der Rechtsetzungsbefugnisse, in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 1135 ff.
- Ress, Georg*, Die EU und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den EG, Juristische Schulung 1992, S. 985 ff.
- Ders.*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in Kutscher u.a. (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Europäische Gemeinschaft, Europäische Menschenrechtskonvention, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich ; Vorträge und Diskussionsbeiträge auf der Deutsch-Französischen Juristenkonferenz am 26./27. November 1982 in Strassburg, Heidelberg 1985, S. 37 ff.

- Rieger, Frank*, Tagungsbericht zur EU-Dienstleistungsrichtlinie, Bericht über eine gemeinsame Veranstaltung der IHK Halle-Dessau, des Deutschen Industrie- und Handelskammertags und des Instituts für Kammerrecht e.V. am 31.05.2005, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 430 ff.
- Ders.*, Dienstleistungen im Binnenmarkt, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004/05, S. 232 ff.
- Ders.*, Ist die Inländerdiskriminierung noch mit dem Grundgesetz vereinbar?, Besprechung des Kammerbeschlusses zur Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs, Die Öffentliche Verwaltung, 2006, S. 685 ff.
- Rittenbruch, Klaus*, Makroökonomie, 11., neu bearbeitete und erweiterte Auflage München u.a. 2000
- Ritzer, Christoph/Ruttloff, Marc*, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips, Europarecht 41 (2006), S. 116 ff.
- Roellecke, Gerd*, Die Aufgaben des Handwerks im Wandel der Gesellschaft, Gewerbearchiv 1992, S. 321 ff.
- Rohe, Mathias*, Binnenmarkt oder Interessenverband?, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 61 (1997), S. 1 ff.
- Rosenboom, Alexander*, Das Herkunftslandprinzip im europäischen Dienstleistungsrecht, Bremen 2003, zugleich Dissertation Bremen 2003
- Rossi, Matthias*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, Europarecht 35 (2000), S. 197 ff.
- Roth, Wulf-Henning*, Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt, europäische Probleme und amerikanische Erfahrungen, München 1977
- Ders.*, Die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG, Europarecht 21 (1986), S. 340 ff.; Europarecht 22 (1987), S. 7 ff.
- Ders.*, Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 54 (1990), S. 63 ff.
- Ders.*, Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die „zwingenden Erfordernisse“ des All-

- gemeininteresses, Wettbewerb in Recht und Praxis 2000, S. 979 ff.
- Ders.*, The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck relevant?, in Andenas/ders. (Hrsg.), Services and Free Movement in EU Law, 2. Auflage, Oxford u.a. 2004, S. 1 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1991, I-4221 („Säger“), Common Market Law Review 30 (1993), S. 145 ff.
- Ders.*, Einlagesicherung im Binnenmarkt, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 9/10 (1997/98), S. 373 ff.
- Ders.*, Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb der Hersteller?, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 159 (1995), S. 78 ff.
- Ders.*, Rückzug des Europäischen Gerichtshofes vom Binnenmarktkonzept?, 27. FIW-Symposium 1994, Köln u.a. 1994, S. 21 ff.
- Ders.*, Freier Dienstleistungsverkehr und Verbraucherschutz, Online Ausgabe der Zeitschrift Verbraucher und Recht (vur-online), Beitrag 5/2007
- Ruffert, Matthias*, Der transnationale Verwaltungsakt, Die Verwaltung 34 (2001), S. 453 ff.
- Rupp, Hans Heinrich*, Maastricht – eine neue Verfassung?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1993, S. 211 ff.
- Rüfner, Wolfgang*, Grundrechtsadressaten, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 2. Auflage, Heidelberg 2000, S. 525 ff. (zit.: W. Rüfner, in Isensee/Kirchhof, HStR V, § 117, Rn.)
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage München 2003 (zit.: Verfasser, in Sachs, GG, Art., Rn.)
- Ders.*, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sog. neue Formel, Juristische Schulung 1997, S. 124 ff.
- Sack, Rolf*, Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, Wettbewerb in Recht und Praxis 1998, S. 103 ff.
- Ders.*, Zur Vereinbarkeit des RabattG mit Art. 30 EG-Vertrag,

- Wettbewerb in Recht und Praxis 1994, S. 181 ff.
- Schaefer, Detlef*, Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, Probleme der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts, gezeigt am Beispiel des Art. 30 EWGV, Frankfurt 1987, zugleich Dissertation Hamburg 1986
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Bauordnungsrecht, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, Wirtschafts-, Umwelt-, Bau-, Kultusrecht, 2., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2000, S. 748 ff. (zit.: W.-R. Schenke, in Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, § 9, Rn.)
- Scherer, Joachim*, Europäisches Niederlassungsrecht für Freiberufler, Wirtschaft und Verwaltung 1987, S. 159 ff.
- Schilling, Theodor*, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, Juristenzeitung 1994, S. 8 ff.
- Ders.*, Rechtsfragen zu Art. 30 EGV, Europarecht 29 (1994), S. 50 ff.
- Schimmel, Roland*, Der Schutz des Spielers vor sich selbst, Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 958 ff.
- Schindler, Dierk*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre, Berlin 2001, zugleich Dissertation Augsburg 2000
- Schlag, Martin*, Grenzüberschreitende Verwaltungsbefugnisse im EG-Binnenmarkt, eine Untersuchung zur Zulässigkeit und zu den rechtlichen Grenzen einer mitgliedstaatsübergreifenden Verwaltungstätigkeit anhand des Bankenaufsichtsrechts,, 1. Auflage, Baden-Baden 1998, zugleich Dissertation Freiburg (Breisgau) 1997 (zit.: M. Schlag, Verwaltungsbefugnisse, S.)
- Schlichting, Jan Muck/Spelten, Wolfram*, Die Dienstleistungsrichtlinie, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 238 ff.
- Schliesky, Utz*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, deutsche und europäische Grundlagen, 2., neu bearbeitete Auflage Heidelberg 2003

- Ders.*, Von der Realisierung des Binnenmarktes über die Verwaltungsreform zu einem gemeineuropäischen Verwaltungsrecht?, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 887 ff.
- Ders.*, Die Bedeutung der geplanten EU-Dienstleistungsrichtlinie für die Kammern, Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004/05, S. 33 ff.
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4., neu bearbeitete Auflage Köln u.a. 2002
- Schmidt, Reimer*, Das DLF-Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 4.12.1986, Versicherungsrecht 38 (1987), S. 1 ff.
- Schmidt, Oliver*, Problemanalysen aus ökonomischer Sicht, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), Der Vorschlag zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Regelungsgehalt, Problemfelder, Akteurspositionen, Speyerer Forschungsberichte 241, S. 21 ff.
- Schmidt-Räntsch, Jürgen*, Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 1639 ff.
- Schneider, Hans-Peter*, Tollhaus Europa, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 576 ff.
- Schneider, Heinrich*, Alternativen der Verfassungsfinalität: Föderation, Konföderation – oder was sonst?, Integration 2000, S. 171 ff.
- Schnichels, Dominik*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit dargestellt am Beispiel des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts ,1. Auflage, Baden-Baden 1995, zugleich Dissertation München 1993
- Schoch, Friedrich*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 31 (1998), Beiheft 2, S. 135 ff.
- Scholz, Rupert*, Deutschland – in guter Verfassung?, Heidelberg 2004
- Schönberger, Christoph*, Die Europäische Union als Bund, Archiv des Öffentlichen Rechts 129 (2004), S. 81 ff.
- Schöne, Franz-Josef*, Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche

- Wirtschaftsaufsicht, Köln u.a. 1989, zugleich Dissertation
Münster 1989
- Schricker, Gerhard*, Zur Werbepolitik der EG – Liberalisierung
und Restriktion im Widerstreit, Gewerblicher Rechtsschutz und
Urheberrecht Internationaler Teil 1992, S. 347 ff.
- Schroeder, Werner*, Kein Glücksspiel ohne Grenzen, Europäische
Grundrechte Zeitschrift 1994, S. 373 ff.
- Schubert, Thure*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die
allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages, München 1999,
zugleich Dissertation München 1997
- Schuppert, Gunnar Folcke*, „Quangos“ als Trabanten des
Verwaltungssystems“, Die Öffentliche Verwaltung 1981, S. 153
ff.
- Schütz, Hans-Joachim*, Cassis de Dijon – EuGH-Urteil vom
20.2.1979, Juristische Ausbildung 1998, S. 631 ff.
- Schwartz, Ivo E.*, Subsidiarität und EG-Kompetenzen, Archiv für
Presserecht 1993, S. 409 ff.
- Ders.*, Artikel 235 EG-Vertrag nach „Maastricht“, in Immenga/
Möschel/Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mest-
mäcker zum siebzigsten Geburtstag, 1. Auflage, Baden-Baden
1996, S. 467 ff.
- Schwarz, Günter Christian*, Europäisches Gesellschaftsrecht, ein
Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 1. Auflage Baden-Baden
2000
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*, EU-Kommentar, 1. Auflage Baden-Baden
2000 (zit.: Verfasser, in Schwarze, Art., Rn.)
- Ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung
im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2., erweiterte
Auflage Baden-Baden 2005
- Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar*, Europarecht, das Recht der
Europäischen Union; das Recht der Europäischen Gemein-
schaften (EGKS, EG, EAG); mit Schwerpunkt EG, 6., neu
bearbeitete und erweiterte Auflage Neuwied u.a. 2003
- Schwemer, Rolf-Oliver*, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers
an die Grundfreiheiten, Frankfurt 1995, zugleich Dissertation

Göttingen 1994

Schwintowski, Hans Peter, Europäisierung der Versicherungsmärkte im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 521 ff.

Sedemund, Joachim, „Cassis de Dijon“ und das neue Harmonisierungskonzept der Kommission, in Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt: Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, Beiträge zu einem wirtschaftsrechtlichen Symposium des Instituts für Integrationsforschung der Stiftung Europa Kolleg Hamburg am 3./4. Juli 1986, 1. Auflage, Baden-Baden 1987, S. 37 ff. (zit.: J. Sedemund, „Cassis de Dijon“ und das neue Harmonisierungskonzept der Kommission in Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt, 1987, S.)

Seidel, Martin, Rechtsangleichung und Rechtsgestaltung in der Europäischen Gemeinschaft, 1. Auflage, Baden-Baden 1990

Ders., Präventive Rechtsangleichung, Europarecht 41 (2006), S. 26 ff.

Ders., Die Dienstleistungsfreiheit in der neuesten Rechtsentwicklung, in Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt: Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, Beiträge zu einem wirtschaftsrechtlichen Symposium des Instituts für Integrationsforschung der Stiftung Europa Kolleg Hamburg am 3./4. Juli 1986, 1. Auflage, Baden-Baden 1987, S. 113 ff. (zit.: M. Seidel, Die Dienstleistungsfreiheit in der neuesten Rechtsentwicklung, in Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt, 1987, S.)

Seidel-Hohenveldern, Ignaz, Rechtsakte der Organe der EWG als Mittel der Angleichung, in Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Institut für das Recht der Europäischen Gemeinschaften der Universität Köln (Hrsg.), Internationaler Kongress 18.-20. März 1969 in Köln, Köln u.a. 1971

Selmayr, Martin/Kamann, Hans-Georg/Ahlers, Sabine, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Union, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2003, S. 49 ff.

Siebert, Horst, The harmonization issue in Europe: Prior agreement

- or a competitive process?, in ders. (Hrsg.), *The Completion of the Internal Market*, Tübingen 1990, S. 53 ff.
- Simm, Marion*, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt, Kontinuität und Neubestimmung in der Rechtsprechung vor und nach "Maastricht"*, 1. Auflage, Baden-Baden 1998, zugleich Dissertation Freiburg (Breisgau) 1997
- Skarpelis-Sperk, Sigrid*, *EU Dienstleistungsrichtlinie: Bestimmt der Markt die Zukunft unserer Gesellschaft?*, Referat für den Perspektivenkongress, Berlin am 10.12.2004
- Snell, Jukka*, *Goods and Services in EC Law, a study of the relationship between the freedoms*, Oxford 2002
- Ders./Andenas, Mads*, *Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services*, in Andenas/Roth (Hrsg.), *Services and Free Movement in EU Law*, 2., Auflage, Oxford u.a. 2004, S. 69 ff.
- Spannowsky, Willy*, *Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 25 (1996), S. 400 ff.
- Steck, Brigitte*, *Geplante Entsende-Richtlinie nach Maastricht ohne Rechtsgrundlage?*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994, S. 140 ff.
- Steinberg, Rudolf/Britz, Gabriele*, *Die Energiepolitik im Spannungsfeld nationaler und europäischer Regelungskompetenzen*, *Die öffentliche Verwaltung* 1993, S. 313 ff.
- Steindorff, Ernst*, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 1. Auflage, Baden-Baden 1996
- Ders.*, *Dienstleistungsfreiheit im EG-Recht, Recht der internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst*, 1983, S. 831 ff.
- Ders.*, *Probleme des Art. 30 EWG-Vertrag*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 148 (1984), S. 338 ff.
- Ders.*, *Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 150 (1986), S. 687 ff.
- Ders.*, *Unvollkommener Binnenmarkt*, *Zeitschrift für das gesamte*

- Handelsrecht 158 (1994), S. 149 ff.
- Ders.*, Anerkennung im EG-Recht, in Pfister/Will (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1991, S. 561 ff.
- Steiner, Udo*, Richterliche Grundrechtsverantwortung in Europa, in Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 1005 ff.
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich*, Das Koordinierungssystem der Verordnung 1408/71, in Hanau/ders./Wank (Hrsg.), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002, S. 923 ff. (zit.: H. D. Steinmeyer, in Hanau/ders./Wank (Hrsg.), Hdb. des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 21)
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz-Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 6., neu bearbeitete Auflage München 2001 (zit.: Verfasser, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Art., Rn.)
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 1. Halbband, München 1988
- Ders.*, Das Gebot der Ungleichbehandlung, in Maurer (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 207 ff.
- Stettner, Rupert*, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, Deutsches Verwaltungsblatt 1982, S. 1123 ff.
- Stober, Rolf*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13., völlig neu bearbeitete Auflage Stuttgart 2004
- Streinz, Rudolf*, Europarecht, 7., völlig neu bearbeitete Auflage Heidelberg 2005
- Ders.* (Hrsg.), EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003 (zit.: Verfasser, in Streinz, EUV/EGV, Art., Rn.)
- Ders.*, Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 1. Auflage, Heidelberg 1992, S. 817 ff. (zit.: R. Streinz, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, § 182, Rn.)

- Ders.*, Der Fall Bosman: Bilanz und neue Fragen, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2005, S. 340 ff.
- Ders.*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages für Sportler und Autonomie von Sportverbänden, Juristische Schulung 2000, S. 1015 ff.
- Ders.*, Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003, S. 37 ff.
- Ders.*, Das Problem „umgekehrter Diskriminierungen“ im Bereich des Lebensmittelrechts, Zeitschrift für Lebensmittelrecht 1990, S. 487 ff.
- Ders.*, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, Vorträge und Berichte des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht 68 (1996), S. 80 ff.
- Ders./Leible, Stefan*, Die unmittelbare Drittwirkung des Grundfreiheiten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 459 ff.
- Streit, Manfred*, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozess, in Immenga/Möschel/Reuter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, 1. Auflage, Baden-Baden 1996, S. 521 ff.
- Stüer, Bernhard*, Amtshilfeersuchen zwischen Sozialleistungsträgern und allgemeinen Verwaltungsträgern, Die Öffentliche Verwaltung 1985, S. 720 ff.
- Szczekalla, Peter*, Die so genannten europäischen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin 2002, zugleich Dissertation Osnabrück 2000
- Tettenborn, Alexander/Bender, Gunnar/Lübben, Natalie/Karenfort, Jörg*, Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, Betriebsberater 2001, Beilage 10/2001
- Thiele, Alexander*, Die Grundfreiheiten in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, Juristische Arbeitsblätter 2005, S. 621 ff.
- Tietje, Christian*, Niederlassungsfreiheit, in Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Berlin 2005, S. 284 ff. (zit.: C. Tietje, in Ehlers (Hrsg.), EuGR 2005, § 10, Rn.)

- Trautwein, Thomas*, Dienstleistungsfreiheit und Diskriminierungsverbot im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Juristische Ausbildung 1995, S. 191 ff.
- Trüe, Christiane*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, 1. Auflage, Baden-Baden 2002, zugleich Dissertation Göttingen 2002
- Dies.*, Das System der EU-Kompetenzen vor und nach dem Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), S. 391 ff.
- Unruh, Peter*, Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns, Die Öffentliche Verwaltung 1997, S. 653 ff.
- Vahle, Jürgen*, Das Gaststättenrecht nach dem Deregulierungsgesetz, Deutsche Verwaltungspraxis 2006, S. 133 ff.
- Vallone, Angelo/Dubberke, Andreas*, Karlsruhe locuta – causa non finita, Anmerkungen zum Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts, Gewerbearchiv 2006, S. 240 ff.
- Vedder, Christoph*, Das System der Kompetenzen in der EU unter dem Blickwinkel einer Reform, in Götz/Martinez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 1. Auflage, Baden-Baden 2002, S. 9 ff.
- Völker, Stefan*, Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1990, zugleich Dissertation Tübingen 1989
- Wagner, Matthias*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, Berlin 2001, zugleich Dissertation Bayreuth 1999
- Weatherill, Stephen*, After Keck: Some Thoughts On How To Clarify The Clarification, Common Market Law Review 33 (1996), S. 885 ff.
- Ders./Beaumont, Paul*, EC Law, 2. Auflage London 1995
- Weber, Claus*, Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 ff. EG-Vertrag – einheitliche Schranken für alle Formen der Dienstleistung?, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1995, S. 292 ff.
- Wellinghausen, Walter*, Anmerkung zu EuGH, Slg. 1974, 837 ff. („Dassonville“), Europarecht 10 (1975), S. 319 ff.

- Wernsmann, Rainer*, Steuerliche Diskriminierungen und ihre Rechtfertigung durch die Kohärenz des nationalen Rechts, *Europarecht* 34 (1999), S. 754 ff.
- Weis, Hubert*, Inländerdiskriminierung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 2721 ff.
- Weiß, Wolfgang*, Öffentliche Unternehmen und EGV, *Europarecht* 38 (2003), S. 165 ff.
- Ders.*, Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1999, S. 493 ff.
- Wesser, Sabine*, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, Bonn 1995, zugleich Dissertation Köln 1995
- Wetzel, Uwe*, Die Dienstleistungsfreiheit nach den Artikeln 59-66 des EWG-Vertrages, ein Beitrag zu Inhalt und Wirkungen des Primärrechts, Münster 1992, zugleich Dissertation Münster 1992
- Weyer, Hartmut*, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, eine Analyse des Anwendungsbereiches der Art. 30-36 EG-Vertrag auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH, Berlin u.a. 1997, zugleich Dissertation Köln 1996
- White, Eric L.*, In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty, *Common Market Law Review* 26 (1989), S. 235 ff.
- Wiesner, Peter M./Wiedmann, Daniel*, Die Dienstleistungsrichtlinie - Marktöffnung oder Abschottung?, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, S. 1210 ff.
- Wilmowsky, Peter von*, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 62 (1998), S. 1 ff.
- Windoffer, Alexander*, Die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) – bisherige Rechtslage und Konzeption des Richtlinienvorschlags, in Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), *Der Vorschlag zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Regelungsgehalt, Problemfelder, Akteurspositionen*, *Speyerer Forschungsberichte* 241, S. 37 ff.

- Winkelmann, Ingo*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, Dokumentation des Verfahrens mit Einführung, Berlin 1994
- Winter, Gerd*, Direktwirkung von EG-Richtlinien, Deutsches Verwaltungsblatt 1991, S. 657 ff.
- Wyatt, Derrick/Dashwood, Alan*, European Union Law, 4. Auflage London 2000
- Zacker, Christian*, Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt – Zwei Begriffe desselben Inhalts?, Recht der internationalen Wirtschaft 1989, S. 489 ff.
- Zippelius, Reinhold*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, erster Band, Tübingen 1976, S. 108 ff.
- Zuleeg, Manfred*, Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 2846 ff.
- Ders.*, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 53 (1993), S. 154 ff.
- Ders.*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Union – Eine Analyse der Klammerbestimmungen des Vertrages von Amsterdam, in von Bogdandy/Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung und Kohärenz des Primärrecht nach Amsterdam, Europarecht Beiheft 2/1998, Baden-Baden 1998, S. 151 ff.

