



Stephan J. Waldheim (Autor)

Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip

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

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

<https://cuvillier.de/de/shop/publications/1233>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen, Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>

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