

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 30. Mai 2005 zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung	2
B. Themenkatalog und Liste der eingeladenen Sachverständigen	3
C. Schriftliche Stellungnahmen eingeladenen Verbände und Einzelsachverständiger	4
Deutscher Gewerkschaftsbund DGB	4
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. BDI	14
Bundesverband der Freien Berufe BFB	21
Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V. ASU	26
Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di	31
Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt IG BAU.....	37
Zentralverband des Deutschen Handwerks ZDH	42
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V. DIHK.....	61
Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V. BGA.....	66
Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. BZA	69
Hauptverband der Deutschen Bauindustrie	71
Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung DIW	74
Dr. jur. habil Utz Schliesky, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel	78
Prof. Dr. Volker Rieble, Universität Mannheim	86

Deutscher Bundestag
15. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit
(9. Ausschuss)

27. Mai 2005
Sekretariat des Ausschusses: ☎32487
Sitzungssaal: ☎35791
Fax: 56440

Mitteilung

Tagesordnung

93. Sitzung des
Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit
am Montag, dem 30. Mai 2005, 12.00 - 16.00 Uhr
11011 Berlin, Plenarbereich Reichstagsgebäude (PRTG), Sitzungssaal 3 S 001

Vorsitz: Abg. Dr. Rainer Wend

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

**Vermerk des Generalsekretariats des Rates für
die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und
Wachstum"**

**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen
Parlaments und des Rates über Dienstleistungen
im Binnenmarkt**

(EU-Drucksache 5161/05)

Hierzu Ausschussdrucksachen/BT-Drucksachen: 15(9)1853, 15(9)1828

Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit (federführend)
Rechtsausschuss
Finanzausschuss
*Ausschuss für Verbraucherschutz, Ernährung und
Landwirtschaft*
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung
Ausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
*Ausschuss für Bildung, Forschung und
Technikfolgenabschätzung*
*Ausschuss für wirtschaftliche Zusammenarbeit und
Entwicklung*
Ausschuss für Tourismus
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union
Ausschuss für Kultur und Medien

Dr. Rainer Wend

Vorsitzender

Anlage

Themenkatalog

- I. Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft** (Arbeitsmarkt, einzelne Branchen, Handwerk und Freie Berufe, Behandlung einheimischer Unternehmer, Versorgungssicherheit und Ausnahmebereiche)
- II. Arbeitsrecht** (Entsendung, Leiharbeit, Tarife, Mindestlohn, Betriebsverfassung) **und wirtschaftsrechtliche Fragen** (Haftung, Gewährleistung)
- III. Öffentliche Kontrolle** (Unternehmensrecht, Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten, Abgrenzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) **und Verwaltungsvereinfachung** („unzulässige“ und „zu prüfende Anforderungen“ und „one-stop-shop“)

Teilnehmer

Verbände und Institutionen

- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)
- Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI)
- EU-Kommission
- Attac Deutschland
- Bundesverband der Freien Berufe
- ASU Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e. V.
- Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di
- IG Bauen-Agrar-Umwelt
- Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK) e. V.
- Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels
- Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA) e. V.

Einzelverständige

- Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel
- Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung e. V. (DIW)
- Prof. Dr. Wolfgang Däubler
- Dr. jur. habil Utz Schliesky, Deutscher Landkreistag, Dezernat II
- Prof. Dr. Volker Rieble, Universität Mannheim

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1940

24. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Deutscher Gewerkschaftsbund DGB

Vorbemerkung und Zusammenfassung

Der Deutsche Gewerkschaftsbund setzt sich seit Januar 2004 gemeinsam mit den betroffenen Gewerkschaften mit den Implikationen und Auswirkungen der EU-Richtlinie „Dienstleistungen im Binnenmarkt“ (DL-RL) auseinander. In diesem Kontext wurde zu Kernfragen einer möglichen negativen Wirkung auf Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen das beiliegende „Konfliktfelder-Papier“ ausgearbeitet. Es behandelt einen Großteil der in der Anhörung geplanten Themen, mit Ausnahme der allgemeinen Frage der Beschäftigungseffekte.

Im folgenden wird auf die Hauptaussagen entsprechend der thematischen Gliederung der Anhörung hingewiesen (**siehe Kapitelangaben, die DGB Forderungen sind jeweils deutlich markiert**), ergänzt durch Bemerkungen zur Abschätzung der Beschäftigungswirkung.

Kernpunkte der Position des DGB sind:

- Ablehnung eines Politikansatzes, der die Ziele einer gemeinsamen Strategie in Europa für den sozialen Fortschritt zu Gunsten einer reinen Marktregulation durch die Einführung eines nicht an Konditionen gebundenen Herkunftslandprinzips ersetzt
- Beim Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie sind auf einzelne Marktsegmente bezogene sektorale Regulierungsansätze dem übergreifenden, horizontalen Ansatz des Richtlinienentwurfs vorzuziehen.
- Herausnahme der Dienste von allgemeinem und allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aus der Dienstleistungsrichtlinie und Regelung in einer eigenständigen Rahmenrichtlinie
- Durch klare Formulierungen und Abgrenzungen müssen mögliche negative Wirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Beschäftigten in Bezug auf sozial-, arbeits-, gewerkschafts- und betriebsverfassungsrechtliche Bedingungen ausgeschlossen werden und in diesem Bereich die Bestimmungen des Arbeitsortes („Erbringungsort“) gelten

I. Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft

Die sozioökonomische Folgenabschätzung, die dem Entwurf der Kommission Anfang 2004 vorausging, war wenig mehr als eine zweckoptimistische Behauptung, soweit es die Arbeitsplatzeffekte betraf.

Die später realisierte „Kopenhagener-Studie“ (2005) kommt zu dem pauschalen Ergebnis von zusätzlichen 600 000 Arbeitsplätzen für die EU-15, d.h. eine Steigerung von insgesamt 0,5 % brutto. Dabei wird ausschließlich die Wirkung einer angebotsseitigen Verbesserung zugrunde gelegt: Preissenkung und Produktivitätssteigerung von Dienstleistungen. Am deutlichsten fallen die Preissenkungen bei den derzeit regulierten Berufen aus. Es fehlen Analysen zur Nachfrageentwicklung, Qualität von Dienstleistungen, Verdrängungswettbewerb und der Verlagerung oder des Abbaus von Arbeitsplätzen. Es fehlen branchenspezifische Analysen.

Diese Lücke in der Abschätzung der konkreten Beschäftigungswirkung ist bis heute nicht geschlossen worden. Dabei sind folgende Aspekte wichtig:

- Die Wirkungen, die von der EU-Dienstleistungsrichtlinie ausgehen, sind nicht auf den klassischen Dienstleistungssektor beschränkt, denn jede Fremdvergabe von Aufträgen im Rahmen der Tätigkeit eines Unternehmens, ist im EU-Sinne eine Dienstleistung. Somit muss man auch Verlagerungseffekte produktionsbezogener „Dienste“ betrachten.
- Branchen- und länderspezifische Voraussetzungen müssen konkreter in die Betrachtung einfließen und der Verlust von Arbeitsplätzen gegengerechnet werden. Die strukturellen Veränderungen und Wechselwirkungen müssen mit geprüft werden. Erst dann ergibt sich eine seriöse Folgenabschätzung, auf die man politisch reagieren kann.

Grundsätzlich fordert der DGB eine andere und eigenständige Rahmenregelung für die Dienste von allgemeinem und allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAI/

DAWI), die sich an qualitativen Kriterien und einer größtmöglichen Subsidiarität orientiert. Entsprechend sollen diese Dienste nicht von der DL-RL erfasst werden (siehe Kapitel 3).

Darüber hinaus stellt der DGB den Nutzen einer so breit angelegten horizontalen Richtlinie in Frage und empfiehlt ein sektorspezifisches Vorgehen. In jedem Fall ist eine genaue Abgrenzung zu anderen geregelten Bereichen erforderlich (siehe Kapitel 2).

II. Arbeitsrecht und wirtschaftsrechtliche Fragen

Die problematische Wirkung, die von der DL-RL auf sozial-, arbeits- und gewerkschaftsrechtliche (oder betriebsverfassungsrechtliche) Bedingungen ausgeht liegt in erster Linie in der unzureichenden Abgrenzung zu den entsprechenden Regelungen, einer Unkenntnis (oder beabsichtigten Ignoranz) gegenüber den unterschiedlichen nationalen Traditionen – der Praxis – in den Mitgliedstaaten und der Einschränkung von Kontrollen, die einseitig als Hindernis interpretiert werden. Entsprechend ist eine Abhilfe dieser Mißstände durch klare Formulierungen und Ausnahmen in der DL-RL durchaus möglich.

Der DGB identifiziert problematische Wirkungen für die Bereiche Entsendung, Leiharbeit, individuelles und kollektives Arbeitsrecht, Scheinselbständigkeit, Arbeitsschutz und die Rechte von Drittstaatsangehörigen (siehe Kapitel 4 – 10).

III. Öffentliche Kontrolle

Im Rahmen des Themenbereichs „öffentliche Kontrolle“ möchte der DGB insbesondere auf die problematische – weil zu allgemein verfasste – Definition einer „Niederlassung“ hinweisen. Das Fehlen klarer Kriterien, was im Sinne dieser DL-RL eine Niederlassung ausmacht, öffnet nicht nur dem Missbrauch Tür und Tor. Zusammen mit dem Evaluierungsverfahren eröffnet sich die EU-Kommission eine diffuse Eingriffsmöglichkeit in nationale Vorschriften, für die es keine EU-Zuständigkeit gibt. Jede Wiedereinsetzung einer alten Regelung würde diese zugleich automatisch dem Evaluierungsverfahren unterwerfen (siehe Kapitel 11 – 12).

EU-Richtlinie „Dienstleistungen im Binnenmarkt“

Konfliktfelder aus Sicht des DGB

1. Die weitreichende Einführung eines „Herkunftslandprinzips (HP)“ widerspricht den Zielen einer europäischen Integration

Kommissionsvorschlag:

Das Herzstück des Richtlinienentwurfs (DL-RL) ist die Einführung eines grundsätzlich und bereichsübergreifend geltenden HP für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen (Artikel 16). Trotz einer Reihe von Ausnahmen sollen zukünftig die Regeln des Staates gelten, in dem ein Dienstleistungsunternehmen niedergelassen ist („eine feste Einrichtung für unbestimmte Zeit“). Darüber hinaus werden nationale Anforderungen und Kontrollbefugnisse des Staates, in dem die Dienstleistung ausgeübt wird, eingeschränkt mit dem Argument, Behinderungen abzubauen.

Bewertung:

Die Konsequenzen eines solchen Politikansatzes sind weitreichend und weder mit der bisherigen Binnenmarktstrategie noch mit den Bestimmungen des EU-Vertrages (EUV) oder der EU-Verfassung vereinbar. Sie wider-

sprechen den Zielen der EU, ein hohes Maß an innerem Zusammenhalt (Kohäsion), an sozialem Fortschritt und hohen Standards bei Umwelt- und Verbraucherschutz gemeinsam zu erreichen. Die Politik gibt ihre Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne einer zielgerichteten Harmonisierung auf und lässt Marktmechanismen entscheiden.

Die Einführung eines HP, wie die DL-RL es vorschlägt, ist neu und weder in der bisherigen Binnenmarktstrategie in dieser Form noch in einem annähernd vergleichbaren Geltungsbereich angewandt worden. Zur Verwirklichung des Binnenmarktes gibt es drei mögliche Wege: die Sachrechtsvereinheitlichung (Harmonisierung), die Bestimmung von Kollisionsnormen, d. h. welches nationale Rechte im Zweifelsfall zur Geltung kommt und die wechselseitige Anerkennung der Rechtsetzung im Herkunftsland (HP). Letzteres ist bisher nur bei der e-commerce-Richtlinie 200/31/EG sowie der Fernseh-Richtlinie (RL 89/552/EWG, zuletzt geändert durch RL 97/36/EG) angewandt worden¹, aber auch hier nicht bedingungslos. Es ist bemerkenswert, dass der EuGH zum Anwendungsbereich der Fernseh-Richtlinie entschieden hat, das HP setze das Vorhandensein bereits koordinierter nationaler Regelungen voraus.

Die Proklamation eines HP in der vorliegenden Reichweite ist in den Bestimmungen des EG-Vertrages (Primärrecht) nicht wiederzufinden. Es kann damit weder gleichrangig noch höher gestellt werden als die zentralen Ziele der EU, wie sie im Verfassungsentwurf auch nochmals bekräftigt werden. Die Realisierung der vier Grundfreiheiten des Binnenmarktes setzen – auch nach Interpretation des EuGH – die Marktintegration durch die Setzung von gemeinsamen Normen voraus und dies muss laut EG-Vertrag auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfüllen. In letzter Konsequenz kann Artikel 16 der DL-RL sogar gegen Artikel 49 EG, Dienstleistungsfreiheit, verstoßen, wenn nicht sicher gestellt ist (oder sicher gestellt werden kann), dass eine nach dem HP geltende spezifische nationale Rechtsnorm tatsächlich europarechtskonform ist.

Mit der zusätzlichen weitreichenden Einschränkung nationaler Kontrollen, Regelungen und Zulassungsbedingungen am Ort der Erbringung schränkt man staatliches (föderales, kommunales) Handeln stark ein und provoziert einen Konflikt mit dem Prinzip der Subsidiarität bzw. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Zum einem ist das Herkunftslandsprinzip zur Integration des Binnenmarktes nicht erforderlich; zum anderen kommt ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip durch einen Verzicht auf Kontrollmöglichkeiten in Betracht. Der Änderungsvorschlag der luxemburgischen Präsidentschaft (Erwägungsgrund 38), wonach die Behörden des Empfängerstaates die Kontrollen ausführen, die Verantwortung für die Einhaltung der zu kontrollierenden Bestimmungen aber nach wie vor beim Herkunftsstaat liegt, ist keine Lösung.

DGB Forderungen

Der DGB lehnt einen Politikansatz ab, der die Ziele einer gemeinsamen Strategie in Europa für den sozialen

¹ Dabei handelt es sich zudem um sogenannte „Korrespondenz-Dienstleistungen“, die nicht an einen Ortswechsel von Dienstleistungsanbietern und ihren Beschäftigten oder den Nutzern geknüpft sind und deshalb in wesentlich geringerem Umfang Probleme bei der Harmonisierung der Voraussetzungen aufwerfen.

Fortschritt zu Gunsten einer Marktregulation ersetzt, wie es die Einführung eines nicht an Konditionen gebundenen Herkunftslandprinzips nahe legt. Das HP wie auch das „Prinzip der wechselseitigen Anerkennung von Rechtsnormen“ ist nur in spezifischen Einzelfällen, die den Marktzugang betreffen, und nach vorheriger Prüfung der Mindestvoraussetzungen bzw. einer entsprechenden Harmonisierung ein gangbarer Weg. Dabei müssen die Sozialpartner systematisch einbezogen werden.

- Artikel 16 der DL-RL muss gestrichen werden. Weitere Ausnahmen für einzelne Dienstleistungssektoren zur Befriedung der Front der Gegner der DL-RL ist keine Lösung.

Stattdessen müssen

- Rechte und Pflichten für Dienstleistungserbringer klagestellt werden;
- die Einhaltung von Standards für Sozialbedingungen und Beschäftigung, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz vorrangig den Bestimmungen am Erbringungsort unterliegen und
- die Mitgliedstaaten, in denen eine Dienstleistung erbracht wird, ihre Kontrollmöglichkeiten in vollem Umfang behalten, ergänzt durch eine bessere Kooperation mit dem Niederlassungsstaat.

2. Der breite Anwendungsbereich der DL-RL kann den spezifischen Erfordernissen einzelner Dienstleistungen nicht gerecht werden

Kommissionsvorschlag:

Die DL-RL hat sich zum Ziel gesetzt, alle bisher noch nicht von EU-Regelungen erfassten Dienstleistungen mit einem Streich einer gemeinsamen Rahmen-Richtlinie zu unterwerfen. Dabei kommt erschwerend hinzu, dass es in der EU und in den EU-Mitgliedstaaten keine einheitliche Definition von „Dienstleistungen“ und damit des Dienstleistungssektors gibt. Damit gilt die „Negativ-Bestimmung“ im EG-Vertrag, wonach alles unter die Dienstleistungsfreiheit fällt, was nicht mit den anderen drei Freiheiten (Waren, Kapital, Personen) abgedeckt wird.

Die DL-RL erhebt darüber hinaus den Anspruch einer „kumulativen Geltung“, das heißt, trotz Ausnahme von Bereichen, die in anderen Richtlinien geregelt wurden, sollen die Bestimmungen in der DL-RL zusätzlich und ergänzend wirken und damit in allen Lücken bestehender Dienstleistungsregelungen gelten.

Bewertung:

Grundsätzlich kann man von drei verschiedenen Fällen von Dienstleistungen sprechen, die jeweils spezifische Fragen und Problemlösungen aufwerfen: a) den Korrespondenzdienstleistungen (z.B. Rundfunk, elektronischer Datenverkehr, Banküberweisungen); b) der Ortsveränderung des Dienstleistungserbringers und c) der Ortsveränderung des Dienstleistungsempfängers. Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl sektorspezifischer Besonderheiten, denen bisher auch spezifisch Rechnung getragen wurde, etwa bei Verkehrsdienstleistungen, Postdiensten usw. Die DL-RL ignoriert die Unterschiede zwischen einzelnen Dienstleistungen und orientiert sich auch nicht an den allgemeinen Bestimmungen der bestehenden Sektorregelungen. Ihr weitreichender Geltungsanspruch ist also selbst schon Flickwerk.

Schwerer wiegt, dass sie den Besonderheiten einzelner Dienstleistungen keinen Raum lässt und damit gleich behandelt, was nicht zu vergleichen ist. In der Konsequenz werden die Vielzahl von Ausnahmen und Querverweisen, die dennoch nötig sind, ein undurchschaubares Regelungswirrwarr erzeugen. Schließlich greift die DL-RL über ihre kumulative Geltung in Bereiche ein, die sie nicht explizit benennt und die u.U. mit Absicht nicht in EU-Zuständigkeit geregelt worden waren.

DGB Forderung

Das unspezifische Zusammenwerfen der verschiedensten Dienstleistungen setzt allgemeinen Regelungsprinzipien enge Grenzen. Andernfalls wird man am Ende weder den spezifischen Anforderungen an Dienstleistungen noch einer echten Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit gerecht. Ein allgemeiner Rechtsrahmen muss sich an qualitativen Zielen orientieren. Anders als in der vorliegenden DL-RL muss dies, nach Ansicht des DGB, vor allem ein hohes Maß an sozialer Sicherheit und eine hohe Qualität der Dienstleistungen sein. Jenseits einer solchen sinnvollen qualitativen Rahmensetzung verlangt die Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit ein eindeutig sektorspezifisches Vorgehen.

Erforderlich ist auch eine genaue Abgrenzung zu schon von der EU geregelten Bereichen des Dienstleistungssektors und eine zusätzlich kumulativen Geltung der DL-RL muss ausgeschlossen sein, damit der Anwendungsbereich eindeutig definiert ist.

3. Dienste von allgemeinem und allgemeinem wirtschaftlichen Interesse brauchen eine eigenständige Rahmenregelung und müssen vom Anwendungsbereich der DL-RL ausgenommen werden

Kommissionsvorschlag:

Die DL-RL nimmt diejenigen Leistungen aus ihren Anwendungsbereich aus, die der Staat ohne eine wirtschaftliche Gegenleistung in Erfüllung seiner sozialen, kulturellen, bildungspolitischen und hoheitlichen Verpflichtung ausübt. Sie erfasst aber all diejenigen Dienste, die im öffentlichen (allgemeinen) Interesse erbracht werden, für die ein Staat aber eine wirtschaftliche Gegenleistung („Entgelt“) fordert. Eine Abgrenzung zwischen Diensten von allgemeinem Interesse (DAI) und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) wurde bisher im EU-Recht – trotz einer jahrzehntelangen Diskussion in jedem neuen Grün- oder Weißbuch zur Daseinsvorsorge der EU - niemals klar und eindeutig definiert.

Bewertung

Das Prinzip der „Entgeltlichkeit“ ist keine sinnvolle Abgrenzung des Anwendungsbereichs der DL-RL, es ist weder präzise noch angemessen. Der EuGH hält die Frage, wer die Kosten trägt, für nicht relevant, um eine Dienstleistung dem freien Binnenmarkt zuzuordnen. So wird das staatliche Schul- und Hochschulsystem unabhängig von der Frage einer Gebührenerhebung oder der Existenz von privaten Schulträgern nicht der Dienstleistungsfreiheit unterworfen. Hingegen gelten bestimmte Leistungen der Gesundheitsversorgung als dem Wettbewerb unterliegende Dienste, ganz gleich, ob die Patienten Gebühren zahlen, in Vorleistung gehen oder diese als Sachleistung bekommen, das heißt ohne Entgelterhebung erhalten. Das „Entgelt-Kriterium“ ist also ein weitrei-

chender Zugriff auf öffentliche gemeinnützige Dienste von allgemeinem Interesse.

Bisher ist eine eigenständige Rahmenrichtlinie für eine qualitative Regelung zum Schutz der DAI und DAWI vor einem deregulierenden Zugriff des Binnenmarktes blockiert worden. Die neuen Grundlagen in der EU-Verfassung bestätigen und verstärken diese Zielsetzung. Dies wird in der DL-RL nicht berücksichtigt. Vielmehr entsteht ein Widerspruch zur Politik der Kommission zu den Diensten von allgemeinem Interesse, denn während sie in ihrem jüngsten Weißbuch vom 12.05.2004 die Definition von DAI ausschließlich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten legt, ist ihre Vorgehensweise bei der DL-RL und die Einbeziehung aller Dienste nach dem Prinzip der „Entgeltlichkeit“ ein klarer Verstoß gegen diesen Grundsatz. Anstatt endlich die Gelegenheit zu ergreifen, eine Balance in der EU-Politik zwischen der Zielsetzung hochwertiger Dienste im öffentlichen Interesse und der Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit allgemein zu erreichen, wird erneut einseitig im Sinne der Förderung rein privatwirtschaftlicher Dienstleistungen gehandelt.

DGB Forderungen

Der Anwendungsbereich der DL-RL (Artikel 2) muss dahingehend geändert werden, dass sie nicht gilt für die Dienste von allgemeinem und allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAI/DAWI), wie sie durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang dem EU-Vertrag bzw. der EU-Verfassung geregelt sind.

Parallel dazu muss eine Rahmenregelung zu den besonderen Bedingungen von DAI/DAWI entwickelt werden, die Qualität, Erreichbarkeit, Chancengleichheit, Zugang für alle, Umwelt- und Verbraucherschutz u.ä. auf hohem Niveau gewährleistet. Eine Unterscheidung zwischen DAI und DAWI ist, falls erforderlich, in diesem Rahmen und in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu entwickeln. Die in Artikel 31 der DL-RL vorgeschlagenen freiwilligen Qualitätsstandards für Dienstleister sind in diesem Zusammenhang völlig unzureichend.

Trotz anders lautender Absicht greift die DL-RL in der vorliegenden Form explizit in bestimmte sensible Bereiche der Dienste von allgemeinem Interesse (DAI) ein. Dies muss geändert werden:

So sind **Gesundheitsdienste** insoweit von der DL-RL erfasst und werden dem HP unterworfen, wie sie von privaten Anbietern erbracht werden. Soziale Dienste und Gesundheitsdienste sind ein sensibler Bereich, der bestimmte Rahmenregelungen (Qualität, Mengensteuerung) braucht, die nur national entsprechend der jeweiligen gewachsenen Tradition der Mitgliedstaaten geregelt werden können. Außerdem überschreitet die Kommission damit die in Art. 152 Abs. 5 EG-Vertrag festgelegte Kompetenzverteilung; wonach vorrangig die Mitgliedstaaten zuständig sind. Darüber hinaus befasst sich die DL-RL mit der Erstattung von Leistungen, dabei bleibt die Vorabgenehmigung für stationäre Behandlung im Ausland beim inländischen Krankenversicherer. Inhaltlich ist die Regelung zur Erstattung von ambulanten Leistungen nicht problematisch, gehört aber in die Verordnung 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Wanderarbeitnehmer.

Dies würde auch einer Klarstellung im Sinne der Kompetenzabgrenzung dienen.

Ähnlich wie im Gesundheitsbereich ergeben sich auch Auswirkungen im Bereich **Bildung**. Die DL-RL erfasst privatwirtschaftlich erbrachte (Weiter-)Bildungsdienstleistungen, sobald ein Entgelt dafür verlangt wird. Gemäß Artikel 140-150 EG beschränken sich die Kompetenzen der Gemeinschaft im Bereich Bildung auf unterstützende Maßnahmen und Empfehlungen. Der Eingriff in die Bildungshoheit der Mitgliedstaaten und der von der DL-RL ausgelöste Wettbewerbsdruck auf Bildungsanbieter ist nicht akzeptabel. Über die DL-RL eröffnet sich die Kommission Zugriffsmöglichkeiten, auch in der internationalen Handelspolitik über Marktöffnung mitzubestimmen.

Soweit die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen in der Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie geregelt ist, wird sie nicht von der DL-RL erfasst. Sie greift aber in die **näheren Umstände der Anerkennung von Berufsqualifikationen** ein, so zum Beispiel bei der Kontrolle oder der Berufshaftpflichtversicherung und in den Ausführungen zur „Vereinfachung im Verwaltungsbereich“. Nach Art. 5 Ziffer 2 DL-RL gibt es keine Anerkennungspflicht des Empfängerstaats für im Herkunftsstaat ausgestellte Dokumente bzgl. der Berufsqualifikation. Diese sich überschneidenden Regelungskompetenzen müssen geklärt werden.

Die DL-RL nimmt keine Rücksicht auf die Besonderheiten von **Dienstleistungen im audiovisuellen Bereich** im Sinne des Erhalt der kulturellen Vielfalt, öffentlich-rechtlicher Auftrag u.ä. Nur bestimmte, in EU-Richtlinien geregelte Bereiche², nicht der gesamte Sektor werden ausgenommen. Insofern greift sie in die Handlungsmöglichkeiten insbesondere bei der Gestaltung des Hörfunks sowie in die Weiterverbreitungspflicht der Kabelnetzbetreiber („must carry“) ein. Insbesondere konterkariert die Kommission sogenannte „safeguarding-clauses“, durch die man bestimmte Bereiche dem Zugriff von EU-Regelungen entzieht und den Mitgliedstaaten individuelle Ausgestaltungsmöglichkeiten sichert. Diese Aspekte werden durch den übergreifenden („kumulativem“) Geltungscharakter der DL-RL automatisch zur EU-Zuständigkeit. Nicht nur die öffentlich-rechtlichen Medien, sondern auch die öffentliche kulturelle Förderung, beispielsweise von Theatern (mit gemeinnützigem Anspruch), geraten in die Defensive. Der Zugriff über die DL-RL auf die Wahrung und Förderung der kulturellen Vielfalt (Artikel 151 EG) ist nicht akzeptabel.³

4. Arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen im Rahmen der Arbeitnehmer-Entsendung

Kommissionsvorschlag:

Die „Angelegenheiten, die unter die Entsenderichtlinie fallen,“ sollen vom HP unberührt bleiben (Artikel 17 DL-RL). Für alle entsandten Beschäftigten gelten damit weiterhin die zwingenden Mindestvorschriften nach Art. 3

² siehe Artikel 2 der DL-RL

³ Die luxemburgische Präsidentschaft hat unter Art. 5: „Vereinfachung der Verfahren“ einen neuen Erwägungsgrund 24a eingefügt und nennt jetzt ausdrücklich die Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes sowie die Ziele der Kultur- und Sozialpolitik als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses. Zusätzlich muss aber auch die Abgrenzung des ausgenommenen Sektors und/oder die Aufhebung der kumulativen Wirkung der DL-RL klargestellt werden.

(1) der EU-Entsenderichtlinie, entweder soweit sie in Rechts- und Verwaltungsvorschriften niedergelegt sind oder für die im Anhang aufgeführten Tätigkeiten (Bauhaupt- und –Baunebengewerbe) soweit sie durch die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge geregelt sind. Es steht den Mitgliedstaaten frei, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, geregelt in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, auf entsandte ArbeitnehmerInnen in weiteren Dienstleistungssektoren auszudehnen.

Bewertung:

Es wird nicht klar definiert, wie die Begriffe „Angelegenheiten“⁴ und „unberührt bleiben“ genau auszulegen sind. Darüber hinaus werden die Regelungen zur Arbeitnehmer-Entsendung – soweit sie bisher Eingang in die Richtlinie 96/71/EG gefunden haben - lediglich vom HP, nicht von der DL-RL insgesamt ausgenommen. Es existiert keine klare Abgrenzung zu den umfassenden sozial- und arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Entsendung.

Obwohl die Angelegenheiten der Entsende-RL als Ausnahme aufgeführt werden, greift die DLRL in Artikel 24 in die nationalen Möglichkeiten zur Kontrolle und Überwachung ein, die im deutschen Arbeitnehmerentsendegesetz näher geregelt sind. Nicht mehr zulässig sind danach Genehmigungserfordernisse im Land der Erbringung von Dienstleistungen, die Abgabe von Erklärungen, insbesondere die Meldepflicht vor Beginn der Bauleistung, die Bestellung eines niedergelassenen Vertreters im Empfängerstaat sowie die Pflicht zur Bereithaltung und Aufbewahrung von Arbeits- und Sozialversicherungsunterlagen am Ort des Einsatzes. Artikel 24 der DL-RL muss deshalb ersatzlos gestrichen werden.

Die praktische Einhaltung der Bestimmungen zur Arbeitnehmer-Entsendung ist EU-weit sehr unterschiedlich und im allgemeinen Fazit zugleich äußerst lückenhaft.⁵ Es besteht Handlungsbedarf, den Anwendungsrahmen der jetzigen EU-Entsendebestimmungen im Sinne eines umfassenden Schutzes am Arbeitsort voll umzusetzen, und darauf zu achten, dass die Anwendung erleichtert und ein wirksamer Schutz vor Umgehung und Missbrauch gewährleistet wird.

Dazu gehört insbesondere in diesem Kontext folgendes:

Die Entsendebestimmungen gehen grundsätzlich von einem „begrenzten Zeitraum“ für eine Entsendung aus. Die Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit entsprechend der vorliegenden DL-RL wird neue Möglichkeiten für grenzüberschreitende Dienstleistungen auch über längere Zeiträume hinweg ermöglichen. Eine „längerfristige“ oder gar „dauerhafte“ Entsendung ist bisher nicht vorgesehen und bedacht worden. Dies gilt insbesondere für den ungeklärten Fall, dass keine Niederlassung erfolgt oder aber die Arbeitserbringung eines ausländischen Beschäftigten im organisatorischen Rahmen einer Niederlassung erfolgt. Eine solche „dauerhafte“ Entsendung kann neue Konfliktlinien, insbesondere hinsichtlich der Geltung kollektiven Arbeitsrechts sowie des Zugangs zur betrieblichen Interessenvertretung am

⁴ Die luxemburgische Präsidentschaft hat dies ergänzt durch den Zusatz: „Die Dauer und die Bedingungen von der Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zur Erbringung von Dienstleistungen, ...“

⁵ Dies bestätigt der jüngste Sachstandsbericht der EU-Kommission KOM (2003) 458 endg. In 9 von 15 Mitgliedstaaten wurde von der Möglichkeit der Ausdehnung des Geltungsbereichs tarifvertraglicher Regelungen auf alle Dienstleistungssektoren Gebrauch gemacht.

betrieblichen Interessenvertretung am Arbeitsort entstehen lassen, sowie Fragen der Abgrenzung zum Niederlassungsbegriff (siehe auch Ziffer 7.2.) aufwerfen und muss deshalb geklärt werden.

Eine vollständige Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit macht auch eine weitere Regelungslücke deutlich: Die Entsendebestimmungen, insbesondere soweit sie im deutschen Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) festgelegt sind, etablieren nicht für alle Dienstleistungen das gleiche Schutzniveau für entsandte ArbeitnehmerInnen. Für alle Dienstleistungsbranchen gelten zwingend lediglich die gesetzlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, soweit die nationale Umsetzung dies vorsieht:

- a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten,
- b) bezahltem Mindestjahresurlaub,
- c) Mindestlohnsätzen,
- d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften,
- e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz,
- f) Schutzmaßnahmen bzgl. Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen
- g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen und anderen Nichtdiskriminierungsbestimmungen

Lediglich für das Bauhaupt- und –Baunebengewerbe gilt auch die Erstreckung von für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen als zwingende Voraussetzung. Für alle anderen in Deutschland erbrachten Dienstleistungen kommen Arbeitsbedingungen, die üblicherweise in Tarifverträgen geregelt sind, wie etwa Mindestentgelt, Höchstarbeitszeit, Urlaub, Urlaubsentgelt, nicht zur Anwendung.

DGB Forderungen

Die Regelung sozial- und arbeitsrechtlicher Fragen ist nicht auf der Rechtsgrundlage des Binnenmarktes zu treffen, sondern hat ihre eigene Rechtsgrundlage im EG-Vertrag. Es reicht nicht aus, die Entsende-RL lediglich vom HP auszunehmen. Um Rechtsklarheit herzustellen, müssen ausdrücklich in der Zielsetzung (Artikel 1) und dem Anwendungsbereich (Artikel 2) der DL-RL jegliche für Arbeitnehmer negative Wirkungen auf sozial- und arbeitsrechtliche Regelungen im Rahmen von grenzüberschreitenden Dienstleistungen, insbesondere der Entsendung, ausgeschlossen werden.

Die Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit macht auf Lücken der Bestimmungen zur sozial- und arbeitsrechtlichen Absicherung der Beschäftigten im Rahmen grenzüberschreitender Entsendung aufmerksam, die schnellst möglich zu beheben sind. In erster Linie müssen die in der EU- Entsende-Richtlinie vorgesehenen Bestimmungen vollständig umgesetzt und ihre Wirksamkeit sowie Kontrolle und Überwachung deutlich verstärkt werden. Unter der Voraussetzung, dass es keinesfalls zu einer Absenkung der Standards kommt, sollten zudem die Schutzbestimmungen der Entsende-RL, unter Wahrung der Subsidiarität, verbessert werden.

Die deutschen Gewerkschaften fordern darüber hinaus die Ausdehnung des Arbeitnehmerentsendegesetz

(AEntG) ⁶ auf alle Branchen und damit auch Dienstleistungsbereiche und damit die Option der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von tarifvertraglichen Mindestvereinbarungen der Entgeltsätze auf alle Dienstleistungen, eine Option, die von den Tarifparteien nach Bedarf ausgefüllt werden kann.

5. Leiharbeit/Arbeitnehmerüberlassung

Kommissionsvorschlag:

Insofern die grenzüberschreitende Leiharbeit in der Entsende-RL geregelt ist, ist sie zwar auch über die Ausnahme vom HP vom Anwendungsbereich der DL-RL ausgenommen. Alles was jedoch nicht in der Entsende-RL geregelt ist, ist gleichermaßen vom HP und allen anderen Bestimmungen der Richtlinie betroffen. Dies gilt in erster Linie auch für die Beschränkung der Kontrolle und Überwachung durch Artikel 24 der DL-RL.

Die in der DL-RL in den Artikeln 9-13 enthaltenen strengen Bestimmungen über die Voraussetzung für die Erteilung von Genehmigungen können unter Umständen den nationalen Regelungen zuwiderlaufen.

Bewertung

Werden grenzüberschreitende Dienstleistungen in Verbindung mit Leiharbeit erbracht, erhöht sich potentiell die Gefährdung des sozialen Schutzes der Beschäftigten, wenn sich die Strategie der DL-RL ungehindert durchsetzt.

Grundsätzlich erfasst die EU-Entsende-RL auch die grenzüberschreitende Leiharbeit. Damit gelten für die Beschäftigungsbedingungen die zwingenden Mindestvorschriften der Entsende-RL, die in nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften niedergelegt sind. In Verbindung mit der dort vorgeschriebenen Anordnung der Regeln des Empfängerstaates zur Arbeitnehmerüberlassung finden die im deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) geregelten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nur dann Anwendung, wenn man die Ausnahme vom HP in Art. 17 Abs. 5 des Entwurfs als weit ansieht. Dies lässt aber der Vorschlag der Kommission offen, während der Vorschlag der luxemburgischen Präsidentschaft dies deutlich enger fasst. Zwar gilt in beiden Fällen das Gleichbehandlungsgebot mit der Stammebelegschaft im Einsatzbetrieb. Eine der Sanktio-

⁶ Auszug aus dem Beschluss des DGB-Bundesvorstandes vom 03.05.2005 zur Ausweitung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes: Der Bundesvorstand begrüßt, dass das Arbeitnehmer-Entsendegesetz auf alle Wirtschaftsbereiche ausgeweitet werden soll, und unterstützt das Gesetzgebungsverfahren. Das seit 1996 bestehende Arbeitnehmer-Entsendegesetz gilt für die Bauwirtschaft, baunahe Bereiche und die Seeschifffahrt. Für die weitere Beratung legt der Bundesvorstand folgende Eckpunkte fest:

- Die Regelungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes sind auf alle Wirtschaftsbereiche zu erstrecken. Dann kann auf Antrag einer Tarifvertragspartei das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Mindestentgeltsätze auf der Basis der jeweiligen tariflichen Entgeltsätze auf nichttarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber des fachlichen und räumlichen Tarifbereiches erstrecken.
- Ausländische Arbeitgeber und ihre ins Inland entsandten Arbeitnehmer sind ebenfalls in die Wirkungen dieser Rechtsverordnung einzubeziehen.
- Es muss der national und regional jeweils repräsentativste Tarifvertrag der repräsentativsten Tarifvertragsparteien zur Anwendung kommen.
- Den Nichttarifgebundenen sowie der anderen Tarifvertragspartei ist der Antrag auf Erlass einer Rechtsverordnung in geeigneter Form bekannt zu machen und die Möglichkeit einer Stellungnahme hierzu einzuräumen.
- Effektive Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten sind vorzusehen.

nen des AÜG bei der Schlechterstellung des Leiharbeitnehmers im Vergleich zum Stammarbeitnehmer besteht darin, dass die Erlaubnis entzogen wird. Dies ist dann für den Leiharbeitnehmer eine Möglichkeit bei seiner Klage auf gleiche Entgelt- und Arbeitsbedingungen sich zu stützen. Da keine Erlaubniserteilung durch die nationale Behörde vorgesehen ist, entfällt diese Möglichkeit für den Leiharbeitnehmer sich auch auf die Prüfung der Behörde zu beziehen. Seine Durchsetzungschancen werden deutlich geringer.

Diese allgemeinen Regelungen über die EU-Entsende-RL und das AÜG erfassen jedoch nicht die konzerninterne Leiharbeit und die (auch grenzüberschreitende) Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft. Ein Einsatz durch Dienst- und Werkverträge ist nicht vorgesehen und entsprechend auch nicht im AÜG geregelt. Hierfür existieren bisher auch keine EU-weiten Regelungen. Ein entsprechender RL-Vorschlag wird seit längerer Zeit im Rat blockiert.

Durch die Einschränkungen der Meldepflichten, Erlaubniserteilung sowie Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten im Aufnahmestaat in Artikel 24 der DL-RL ist auch die Leiharbeit betroffen. Die Feststellung und Ahndung illegaler Praktiken wird deutlich erschwert.

Die Tätigkeit von Leiharbeitsagenturen auf dem deutschen Arbeitsmarkt bedarf generell der Erlaubniserteilung durch die Bundesagentur für Arbeit. Die strengen Auflagen der DL-RL für die Anerkennung nationaler Genehmigungen für Dienstleistungsunternehmen (Artikel 9-13) können sich nachteilig auf die Erlaubniserteilung auswirken.

DGB Forderungen

Die Arbeitsbedingungen und der Schutz der Beschäftigten im Rahmen grenzüberschreitender Leiharbeit ist bisher nicht vollständig im Sinne des Gleichbehandlungsgebots geregelt. Ein entsprechender EU-Richtlinienvorschlag wird seit langer Zeit im Rat blockiert. Das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) sieht Bereichsausnahmen bei der konzerninternen Leiharbeit und den Fällen der (grenzüberschreitenden) Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft vor. Diese Regelungslücken müssen behoben werden.

Es liegt im gewerkschaftlichen Interesse, dass arbeitsmarktbezogenen Dienstleistungen, wie die der Leiharbeitsagenturen, besonderen Melde-, Erlaubnis- und Kontrollvorschriften unterliegen müssen. Die Überwachung der rechtmäßigen Praxis dieser Unternehmen muss ohne Einschränkung vom Staat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, gewährleistet sein. Insofern ist auch hier Artikel 24 inakzeptabel. Aufgrund der Sensibilität und sozialen Brisanz sollte die Tätigkeit von Leiharbeitsagenturen generell aus dem Anwendungsbereich der DL-RL ausgenommen werden.

6. Negativer Einfluss auf kollektives Arbeitsrecht

Kommissionsvorschlag:

Wie in Kapitel 4 deutlich gemacht, greift die DL-RL in ihrer jetzigen Form in arbeitsrechtliche Belange ein, da die Ausnahme der Entsende-RL vom HP allein nicht ausreicht, um negative Wirkungen auszuschließen.

Bewertung:

Die Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit über die DL-RL in ihrer heutigen Form erhöht den Deregulie-

rungsdruck auf die Beschäftigungsbedingungen, wenn entsandte ArbeitnehmerInnen vermehrt und/oder über längere Zeit zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen am gleichen Arbeitsort eingesetzt werden. Anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung, sind die Beschäftigten, die im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages grenzüberschreitend tätig sind, i.d.R. nicht in den Betrieb eingegliedert, in dem sie tätig sind. Daher gelten für sie auch nicht die Rechte nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz.

Die Wirkung auf Auslagerung von industrienahen Dienstleistungen und die Konsequenzen für die gewerkschaftliche Interessenvertretung an deutschen Standorten ist noch wenig beachtet worden. Die Möglichkeit der „Ausflagung“ einzelner Dienstleistungen in einem Unternehmen, d.h. der Verlagerung des für die Dienstleistung zuständigen Firmensitzes unter Aufrechterhaltung der Dienstleistungstätigkeit vor Ort, würde gleichermaßen die Tarifvertragszuständigkeit „verlagern“.

In den skandinavischen Ländern existieren tarifvertragliche Zuständigkeiten für den Betrieb von nicht ansässigen Dienstleistungsunternehmen, d.h., die dortigen Gewerkschaften schließen mit ausländischen Dienstleistungsanbietern, die Arbeitnehmer entsenden, einen Tarifvertrag ab. Diese stünden zukünftig auf dem Prüfstand – eine grundsätzliche Verletzung der Tarifautonomie. Ähnliche Einflüsse einer möglichen Einschränkung der Koalitionsfreiheit in Deutschland müssten überprüft werden. Der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, auch nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer zu organisieren, wird durch das HP der Boden entzogen.

DGB Forderung

Die Entsende-RL enthält keine Bestimmungen zur grundsätzlichen Geltung des kollektiven Arbeitsrechts. Die bisherigen Bedingungen, die mit einer Entsendung von Arbeitskräften üblicherweise einhergehen, stellen ein massives Ungleichgewicht der Kräfte zu Ungunsten der schwächeren Partei dar. Der DGB fordert, dass die kollektiven Arbeitnehmerrechte des **Staats, in dem die Dienstleistung erbracht wird**, in Bezug auf die gewerkschaftliche und betriebliche Interessenvertretung für die dort tätig werdenden Beschäftigten eines anderweitig niedergelassenen Dienstleistungserbringers Anwendung finden. Deshalb muss die DL-RL ausdrücklich jeden negativen präjudizierenden Einfluss ausschließen.

7. Negativer Einfluss auf individuelles Arbeitsrecht

Kommissionsvorschlag:

Wie in Kapitel 4 deutlich gemacht, greift die DL-RL in ihrer jetzigen Form in arbeitsrechtliche Belange ein, da die Ausnahme der Entsende-RL vom HP bei weitem zur Abgrenzung nicht ausreicht. Darüber hinaus gibt es Konflikte mit den Bestimmungen des Internationalen Privatrechts.

Bewertung:

Das Internationale Privatrecht (IPR), niedergelegt im Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I, Artikel 6 (2)), regelt für entsandte ArbeitnehmerInnen, dass ihr Arbeitsvertrag dem Recht des Landes folgen sollte, in dem üblicherweise die Beschäftigung stattfindet. Nur wenn dieser Ort der überwiegenden Beschäftigung nicht

eindeutig zu bestimmen ist, folgt man dem Recht des Herkunftslandes des Unternehmens. Die Anwendung des HP in der DL-RL steht dazu im Widerspruch. Der Text der luxemburgischen Präsidentschaft stellt zwar klar⁷, dass die gemäß Artikel 17 ausgenommenen Bereiche dem IPR unterliegen, dies gilt jedoch nur für die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen entsandter Arbeitnehmer laut Entsende-RL, jedoch nicht für das Arbeitsrecht oder die Leiharbeit insgesamt.

Bei vorübergehenden Entsendungen treffen daher das Arbeitsvertragsstatut, das zumeist gleichzeitig das objektive Vertragsstatut im Sinne des Art. 30 Abs. 2 EGBGB ist, und die zwingend geltenden Regelungen des nationalen Rechts aufeinander. Wie zu verfahren ist, wenn zwei Geltung gebietende Rechtsordnungen aufeinander stoßen, regelt das kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip

Bei der Prüfung der Frage, ob der Anwendung des Günstigkeitsprinzips die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit entgegensteht, kann **einerseits** die bisherige Rechtsprechung des EuGH hinzugezogen werden, die bei der Feststellung des erlaubten Schutzstandards nicht vom Minimal- sondern Mindestprinzip ausgeht. Entsprechend der Entsende-RL ist den Mitgliedstaaten freigestellt, vom gemeinschaftsrechtlichen Maßstab zugunsten der ArbeitnehmerInnen abzuweichen. Bei der Abwägung dessen, was für den Dienstleistungserbringer verhältnismäßig ist, ist damit bereits aus der einschlägigen Regelung des Gemeinschaftsrechts heraus eine Gewichtung zugunsten der entsandten Arbeitnehmer vorgenommen worden.

DGB Forderung:

Die DL-RL schafft Unsicherheiten, ob das bisher wirksame kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip (entsprechend IPR) unbeschadet bleibt. Grundsätzlich kann eine EU-Richtlinie durchaus mit der Etablierung des HP die Prinzipien des IPR ablösen und damit im Einzelfall eine Verschlechterung bewirken, wenn etwa für einen Arbeitsvertrag grundsätzlich das Herkunftsland des Arbeitgebers gilt und nicht mehr entweder der Haupteinsatzort oder das Günstigkeitsprinzip zur Entscheidung herangezogen wird. Die Wahrung des Günstigkeitsprinzips muss in der DL-RL explizit klargestellt werden.

8. Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerstatus und Selbständigkeit

Kommissionsvorschlag:

Die DL-RL unterwirft die Feststellung des Tatbestands der Scheinselbständigkeit dem HP.

Bewertung:

Wenn die Grenze zwischen Arbeitnehmerstatus und Scheinselbständigkeit durch das HP nicht oder nur unzureichend Staat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, erfasst und kontrolliert werden kann, erhöht sich der Anreiz, Beschränkungen in der Arbeitnehmerfreizügigkeit mit Hilfe der Dienstleistungsfreiheit zu unterlaufen. Es gibt auf EU-Ebene keine Definition von „Arbeitnehmer“ in Abgrenzung zur Selbständigkeit und nationale Bestimmungen würden hinfällig.

⁷ Erwägungsgrund 40a

Hier bleibt selbst nach der Änderung durch die luxemburgische Präsidentschaft die DL-RL unklar. Artikel 16 (3f) verbietet nationale Regelungen, die die selbständige Ausführung von Dienstleistungen beschränken. Hier gab es schon bislang in der Sozialversicherung das Problem der Anerkennungspflicht bezüglich im Herkunftsstaat erstellter Bescheinigungen (E 101). Der neue Erwägungsgrund 41c gestattet jedoch dem Staat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, selbständig nach seinen Regelungen festzulegen, wann jemand selbständig und wann jemand abhängig beschäftigt ist. Hinsichtlich der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 EG wird geprüft, ob jemand Weisungen unterworfen ist, damit wird die persönliche Abhängigkeit und nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit betont.

DGB-Forderung

Die Unterscheidung zwischen abhängig Beschäftigten und Selbständigen sowie die Kontrolle dieses Tatbestandes muss ausdrücklich den Mitgliedstaaten obliegen, in denen die Dienstleistung erbracht wird. Nur so kann jeglichem Missbrauch wirksam begegnet werden.

9. Einhaltung der Arbeitsbedingungen vor Ort, insbesondere Sicherheit- und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz

Kommissionsvorschlag:

Regelungen zu Sicherheits- und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz sind vom Anwendungsbereich der DL-RL lediglich insoweit ausgenommen, als sie nicht dem HP unterworfen sind soweit sie bisher durch EU-Richtlinien geregelt wurden. Über einzelne Unterziffern in Artikel 16 greift sie darüber hinaus explizit in bestimmte nationale Normsetzungen ein.

Bewertung:

Arbeitsschutz ist in der EU zwar in sehr vielen Bereichen für die Mitgliedstaaten als Mindeststandard oder durch Verordnung einheitlich geregelt, insofern gibt es gemeinsame Richtlinien und Standards, die auch erhalten bleiben. Auch die Entsende-RL schreibt vor, dass Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz nach den Regelungen des Arbeitsortes zu erfolgen haben. Viele Bereiche, insbesondere das sog. untergesetzliche Regelwerk wie z.B. technische Regeln, Unfallverhütungsvorschriften etc., bei denen rechtlich unklar ist, ob es sich um Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Sinne des Gesetzes handelt (Satzungsrecht bzw. Empfehlungen) sind dann aber in der Praxis nicht erfasst; sie werden traditionell nach wie vor ausschließlich national geregelt. Der Schutzcharakter dieser Bestimmungen wären auf entsandte Arbeitnehmer nicht anzuwenden. Diese Bestimmungen stehen nun also zur Disposition, wenn das Dienstleistungsunternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat mit seinen Beschäftigten im Inland tätig wird. Insofern werden unterschiedliche Schutzniveaus die Folge sein. Daneben sind z. B. die Regelungen für den technischen Arbeitsschutz ebenfalls betroffen. Ein Beispiel ist die Normung für Baugerüste. Zusätzlich entsteht dadurch eine Unübersichtlichkeit in der Kontrolle vor Ort, da man die einzelstaatlichen Bestimmungen des Herkunftslandes/der Herkunftsländer kennen muss, ganz abgesehen von der Frage, wer die Kontrolle ausübt.

Die Wirkung und Arbeit der Unfallversicherungsträger steht zur Disposition, da ihr Geltungsbereich über das HP bei ausländischen Dienstleistungsunternehmen eingeschränkt ist. Es entsteht einerseits ein Wettbewerbsdruck (Inländerdiskriminierung), andererseits gibt es offene Fragen im Zusammenhang mit dem konkreten Vorgehen bei Arbeitsunfällen. Sind damit zugleich Haftungsfragen verbunden, so wird man in der Praxis eher die Verantwortung auf das Herkunftsland verlagern. Lediglich die außervertragliche (z.B. deliktische) Haftung ist in der DL-RL vom HP ausgenommen.

Dienstleistungen, die mit der Prävention oder Inspektion und Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen betraut sind, fallen unter die DL-RL und damit zukünftig verstärkt unter den von ihr ausgelösten Wettbewerbsdruck.

Die Verantwortung in Bezug auf die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen geht teilweise auf die Herkunftsländer über. Wenn Kontrollen vor Ort für diese Überprüfung notwendig sind, gibt es offene Fragen, inwieweit nichtansässige Prüfinstanzen oder mit der Prüfung beauftragte Unternehmen unmittelbar tätig werden oder nationalen Prüfbeauftragten Weisungen erteilen können oder müssen.

DGB Forderung

Alle Fragen von Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz müssen grundsätzlich nach den Bestimmungen am Arbeitsort in Deutschland erfolgen. Auch hier muss die Kontrollzuständigkeit in vollem Umfang gewährleistet sein.

10. Rechte von Drittstaatsangehörigen – wirksame Kontrollen gegen Illegalität von Personen und kriminelles Handeln am Arbeitsort

Kommissionsvorschlag:

Die DL-RL sieht vor, dass die Tätigkeit von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Dienstleistungserbringung nicht von Aufenthaltsgenehmigungen und dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis am Erbringungsort abhängig gemacht werden darf.

In Artikel 25 unterbindet die DL-RL die Mitführungspflicht von Dokumenten zu Aufenthalt und Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen und schränkt Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten am Arbeitsplatz stark ein.

Bewertung:

In Folge der Einschränkung nationaler Kontrollmöglichkeiten am Ort der Erbringung von Dienstleistungen entstehen verschiedene Probleme:

- Die DL-RL führt ein überbürokratisiertes, schwerfälliges Verfahren in Gefahrenfällen und bei der Ahndung illegaler Praktiken ein.
- Die DL-RL untersagt die unmittelbare Überprüfung von Arbeitserlaubnis und Aufenthaltserlaubnis bei entsandten Drittstaatsangehörigen. Gleichzeitig fehlt eine EU-weite Regelung einheitlicher Ausweisepapire sowie einer allgemeinen Verpflichtung, diese mitzuführen. Damit erleichtert die DL-RL illegale Praktiken und verschärft zugleich die erforderlichen Maß-

nahmen gegenüber den betroffenen Menschen, bis die Identität oder andere Dokumente im Herkunftsland geklärt sind.⁸

- Es besteht eine Ungleichbehandlung in der Gruppe der Drittstaatsangehörigen, die sich legal in der EU aufhalten. Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nur für diejenigen gegeben, die sich länger als 5 Jahre hier aufhalten. Für alle anderen gilt: Die Dienstleistungsfreiheit würde den Unternehmen die Mobilität bieten, die sie als Arbeitnehmer nicht besitzen. Dies ist nicht der angemessene Weg. Ihre Gleichstellung muss in erster Linie im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit sichergestellt werden.

DGB Forderung

Artikel 25 muss gestrichen und die damit beschriebenen Probleme aufgehoben werden. Illegale oder gefährdende Praktiken von Dienstleistungsunternehmen erfordern ein unverzügliches Eingreifen vor Ort. Die Kontrolle der nötigen Dokumente von Drittstaatsangehörigen muss möglich sein, ohne unnötige Verzögerung über Anfragen im Entsendestaat und die Rechte von Drittstaatsangehörigen in der EU müssen in erster Linie im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit hergestellt werden und nicht über die Dienstleistungsfreiheit.

11. Missbrauch der Niederlassungsfreiheit (Briefkastenfirmen)

Kommissionsvorschlag:

Die DL-RL schreibt vor, dass zukünftig nicht mehr nach Haupt- und Nebensitz unterschieden werden muss. Die Definition einer Niederlassung ist nicht an die „überwiegende Tätigkeit“ gebunden. In der Neufassung der luxemburgischen Präsidentschaft vom Januar 2005 wird zusätzlich klargestellt, dass eine „Niederlassung“ die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit voraussetzt⁹. Als „zuständige Niederlassung“ soll diejenige gelten, die für die betreffende Dienstleistung maßgeblich ist.¹⁰

Bewertung:

Art. 14 DL-RL geht in seiner derzeitigen Fassung weit über die bisherige Interpretation der Niederlassungsfreiheit und ihrer zulässigen Beschränkungen durch den EuGH hinaus. Die Definition einer „Niederlassung“ und die Abgrenzung zur der vorübergehenden Tätigkeit eines Dienstleistungsunternehmens, das am Erbringungsort eine „dauerhafte Infrastruktur betreibt“ lässt sich weit auslegen und weicht in der Interpretation auch

⁸ Die luxemburgische Präsidentschaft hat Artikel 25 dahingehend geändert, dass Visums- und Meldepflichten nun vom HP ausgenommen werden. Desgleichen sollen Drittstaatsangehörige vor der Entsendung im Herkunftsland einer ordnungsgemäßen Beschäftigung nachgehen müssen. Diese Änderungen müssen aber erst noch in die DL-RL aufgenommen werden.

⁹ Im Entwurf der luxemburgischen Präsidentschaft enthält Erwägungsgrund 18a jetzt einen klarstellenden Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach eine „Niederlassung“ die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit voraussetzt. Allerdings wird dies dadurch eingeschränkt, dass der Zeitraum, für den die Niederlassung errichtet wird, auch befristet sein kann. Die Haupt-Niederlassung soll diejenige sein, die für die betreffende Dienstleistung maßgeblich ist.

¹⁰ neuer Erwägungsgrund 37 zu Art. 16 DL-RL

stark von der Urteilsprechung des EuGH ab. Problematisch sind das Verbot des Erfordernisses einer Hauptniederlassung (Art. 14 Abs. 3 DL-RL) und die Gestattung der Mehrfachregistrierung (Art. 14 Abs. 2 DL-RL). Auch das Verbot in Art. 16 Ziffer 3 f) DL-RL im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbständiger Tätigkeit, spielt hier hinein. Während die Fernseh-Richtlinie 89/552/EWG in ihrem Art. 2 Abs. 3 einen dezidierten Kriterienkatalog enthält, was eine Niederlassung im Sinne der Richtlinie ausmacht, sucht man in der DL-RL vergeblich nach einer solchen Konkretisierung. In der Konsequenz kann dies die Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten untergraben, gegen die missbräuchliche Ausnutzung der Dienstleistungsfreiheit vorzugehen, indem sich Unternehmen darüber nationalen Regelungen zum Niederlassungsrecht entziehen.

DGB-Forderung

Die Definition einer „Niederlassung“ muss eindeutig und „im Sinne der DL-RL“ anhand von nachvollziehbaren Kriterien erfolgen. Nur so können Beliebigkeit, Willkür oder unzulässige Eingriffe in nationales Recht vermieden werden. Die vorliegende Definition ist viel zu weitreichend und eröffnet damit für die EU-Kommission die Möglichkeit, über die DL-RL hinaus die Niederlassungsbestimmungen der Mitgliedstaaten zu kontrollieren.

Da die Erlaubniserteilung weitgehend auf die Herkunftsländer übertragen wird, entstehen Probleme, insofern nationales Ordnungsrecht ausgehebelt wird, ohne dass ein Pendant auf EU-Ebene existiert. Dieser Missstand ließe sich nur über eine EU-weite Regelung und Erfassung von Dienstleistungsunternehmen (EU-Unternehmensregister) beheben.

12. Alleingang der EU-Kommission im Rahmen der „Evaluierung“ der nationalen Zulassungsvoraussetzungen für Niederlassung von DL-Erbringer (Artikel 15)

Kommissionsvorschlag:

In der DL-RL sieht die Kommission für die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit ein Evaluierungsverfahren für gegenwärtige und zukünftige Regelungen der Mitgliedstaaten vor, die zu überprüfen und unter Umständen zukünftig nicht mehr zulässig sind. Die Mitgliedstaaten müssen besondere Zulassungsregeln evaluieren. Diskriminierungsfreiheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit müssen nachgewiesen und innerhalb von 6 Monaten allen anderen 24 MS zugeleitet werden. Diese Evaluierung betrifft auch gemeinwohl-orientierte Auflagen der Mitgliedstaaten. Die Kommission, wenn sie es für erforderlich hält, Vertragsverletzungsverfahren einleiten und den EuGH anrufen, um den betreffenden Mitgliedstaat zu einer Änderung oder Aufhebung einer Maßnahme zu zwingen.

Bewertung:

Das Evaluierungsverfahren nach Artikel 15 der DL-RL stellt in mehrfacher Hinsicht einen problematischen Eingriff in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten dar.

Das Verbot, Erfordernisse hinsichtlich der Rechtsform aufzustellen, ist in Deutschland mit der grundgesetzlich vorgeschriebenen kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) nicht vereinbar.

Das Verbot einer Beschränkung mengenmäßiger Zulassungsgrenzen betraf Zulassungsgrenzen für Arztpraxen oder Apotheken, was die Gefahr einer Überversorgung in Ballungsgebieten sowie einer Unterversorgung in großflächigeren Gegenden mit sich brächte.

Das Verbot der Anforderung von Mindest- und Höchstpreisen stellt Honorarordnungen zwischen Ärzten und Sozialversicherungen ebenso in Frage wie Honorarordnungen bei Rechtsanwälten, Ingenieuren oder Architekten.

Problematisch am Evaluierungsverfahren ist insbesondere die Möglichkeit in Art. 15 Ziffer 6 DL-RL, den Mitgliedstaaten den Erlass neuer Regelungen zu untersagen. So unterliegen dem Prüfungsrecht z.B. Regelungen, nach denen die Erbringung von Dienstleistungen bestimmten Personen vorbehalten ist, ohne dass dies allein an die Qualifikation anknüpft.

Die weitreichende Überprüfung der Genehmigungsregeln für die Zulassung zu bestimmten Berufen und/oder Gewerbebereichen negiert die Begründung für bestimmte Berufsausübungsregelungen, konkret der Handwerksordnung nach deutschem Recht, die bereits zur Übereinstimmung mit dem europäischen Recht und auf dem Grundgesetz geprüft und novelliert wurde. Speziell für 41 überwiegend klein- und mittelbetriebliche Handwerke („zulassungspflichtige Handwerke“) gelten Vorbehaltsregelungen zur Ausübung, wenn man von einer „Gefahr für Leib und Leben Dritter“ und einer „volkswirtschaftliche Bedeutung der Ausbildung auch über das eigene Gewerbe hinaus“ ausgeht (Arbeiten an Gasleitungen, Elektroarbeiten)

DGB-Forderung

Über das Verfahren der Evaluierung nationalstaatlicher Erfordernisse zur Regelung der Niederlassung überschreitet die Kommission ihre Kompetenz und etabliert eine diffuse Eingriffsmöglichkeit in nationale Vorschriften, für die es keine EU-Zuständigkeit gibt. Jede neue und selbst eine Wiedereinsetzung einer alten Regelung würde automatisch von der Kommission in Frage gestellt werden können. Nur eine präzise Definition der Niederlassungsfreiheit im spezifischen Kontext der DL-RL (siehe Kapitel 11) kann für ein Evaluierungsverfahren die Grundlage sein. So lange dies nicht gegeben ist, kann auch kein Evaluierungsverfahren legitimiert werden.

Die Einhaltung technischer Normen, Umweltvorschriften und grundlegender Bauvorschriften des Arbeitslandes erfordern entsprechende Kenntnisse auf Anbieterseite. Die Zulassungen für Unternehmen an den Nachweis solcher Kenntnisse zu knüpfen ist wichtig und im öffentlichen Interesse, diese Zulassungsvoraussetzungen dürfen nicht einfach als überflüssig hingestellt werden. Haftungsrechtliche Mindestvoraussetzungen (Mindestkapitalstock) oder gesellschaftsrechtliche/berufrechtliche Anforderungen an die Gewerbetreibenden dürfen nicht per se entfallen. Sicherheitsstandards, insbesondere für klein- und mittelbetriebliche Unterneh-

men, Verbraucher- und Umweltschutz sowie überdurchschnittliche Ausbildungsleistungen für die Gesamtwirtschaft müssen gewährleistet bleiben.¹¹

¹¹ Auch die Änderungen der luxemburgischen Präsidentschaft, die Erwägungsgründe 33 und 33a weisen auf die besondere Bedeutung der öffentlichen Gesundheit und der Sozialpolitik hin, die besondere Anforderungen seitens der Mitgliedstaaten ermöglichen und neben Genehmigungserfordernissen sind hier Vorgaben hinsichtlich der Rechtsform des Dienstleistungserbringers ausdrücklich benannt, reichen nicht aus.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1938

23. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. BDI

A. Allgemeines

Der BDI hält es für einen richtigen Schritt, die im EG-Vertrag garantierte Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit mit der geplanten Richtlinie zu intensivieren und diesen Prozess seitens der EU zu unterstützen. Im Dienstleistungsbereich liegt ein großes Wachstumspotential, das es zu fördern gilt, um die wirtschaftliche Dynamik in Europa zu steigern.

Gewachsene Überregulierung und bürokratische Strukturen zu verringern, liegt im Interesse der Wirtschaft und der EU-Bürger. Diese Maßnahmen würden die große Zahl kleiner und mittlerer Unternehmen ermutigen, mehr als bisher grenzüberschreitend tätig zu werden und ihre Geschäfte zu erweitern.

Zu viele neue Vorschriften und Institutionen sollten jedoch nicht geschaffen werden, damit der Weg zu dem gesteckten Ziel nicht von vornherein in Frage gestellt wird. Ferner sollten die Mitgliedstaaten die Chance nutzen, im eigenen Bereich Verbote, hohe Anforderungen, Verwaltungshürden und überholte Schutzvorschriften abzubauen. Dies würde auch der inländischen Wirtschaft zugute kommen.

Bei der geplanten elektronischen Verfahrensweise sollten ebenfalls die Anforderungen nicht auf ein Höchstmaß geschraubt werden, damit der Entwicklungsprozess auf diesem Gebiet in Gang kommt. Von übermäßigen Formvorschriften und Dokumentennachweisen sollte Abschied genommen werden. Das Problem der Vielsprachigkeit könnte mit der örtlichen Sprache und einer gängigen Sprache – wie es eben die englische Sprache ist – verkleinert werden.

Das Herkunftslandprinzip unterstützt durch Günstigkeitsregeln in umstrittenen Fällen ist für ein vereinfachtes Verwaltungsverfahren in den Mitgliedstaaten nützlich. Im Zivilrecht müssen die Rechtswahl und das Internationale Privatrecht Vorrang haben. Die Unternehmen sind in

der EU mit dem bisher geltenden Internationalen Privatrecht zu angemessenen Lösungen etwaiger Rechtsprobleme gekommen. Die Möglichkeit, auf die eigene Rechtsordnung zurückgreifen zu können und sich auch rechtlich den örtlichen Gegebenheiten in anderen Mitgliedstaaten anzupassen, sollte erhalten bleiben.

Da die Rechtsharmonisierung durch das Subsidiaritätsprinzip begrenzt wird, ist auf diesem Gebiet weniger Aktivität zweckmäßig. Die zahllosen Einzelregelungen für die verschiedenen Sektoren, die auch von diesem Richtlinienvorschlag berücksichtigt werden, sind kaum noch zu überblicken und anzuwenden. Auch aus diesem Grunde sollten angekündigte Durchführungsbestimmungen in Grenzen gehalten werden und die Regelungsdichte im materiellen Rechtsbereich nicht noch verstärkt werden.

Wir begrüßen außerdem, dass Qualitätssiegel, Verhaltenskodizes und außergerichtliche Streitschlichtung betont werden, warnen aber auch hier davor, mit zusätzlichen Regelungen ihre Wirkung zuzuschütten. Ob die in dem Richtlinienvorschlag angekündigten Zusatzregelungen für Glücksspiele oder Geldtransporte sein müssen, sollte nochmals geprüft werden.

Es müsste darüber hinaus gelingen, die geplante Richtlinie selbst erheblich zu verschlanken und klarer zu formulieren, soweit Übersetzungsschwierigkeiten zu Unklarheiten geführt haben. Dies gilt besonders für die aufgestellten Informationspflichten und den zivilrechtlichen Teil des Richtlinienvorschlags. Auch die Kontrollmechanismen könnten gestrafft werden.

B. Anmerkungen zu einzelnen Artikeln**Zu Artikel 3 Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht**

Die Orientierung an der kraft EU-Vertrag bestehenden Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit begrüßen wir. Das angestrebte Ziel kann jedoch nur erreicht werden, wenn eine Reihe von Vorschriften geändert oder gestrichen wird, damit die Richtlinie in das Recht der Mit-

gliedstaaten übernommen werden kann und die Anwendung ihrer Vorschriften in der Praxis möglich wird.

Zu Artikel 5 Vereinfachung der Verfahren

Die Aufforderung an die Mitgliedstaaten, nationale Verfahren und Formalitäten zu vereinfachen und die jeweiligen Dokumente zum Nachweis der Erfüllung bestimmter Anforderungen für die fachgerechte Ausübung der Dienstleistungstätigkeit anzuerkennen, halten wir für richtig und notwendig. Darüber hinaus regen wir an, die Sprachschwierigkeiten bei der Anerkennung der Dokumente dadurch zu überbrücken, dass insbesondere bei Dienstleistungen in mehreren Mitgliedstaaten nur die Sprache des Herkunftslands und zum Beispiel die englische Sprache anzuwenden sind, damit nicht mit mehr als zwei Sprachen insgesamt gearbeitet werden muss.

Zu Artikel 6, 8 Einheitliche Ansprechpartner und elektronische Verfahrensabwicklung

Auch diese Vorschriften sind zur Verwaltungsvereinfachung entscheidend und nützlich. Wir gehen jedoch davon aus, dass die Kontaktstelle in den Mitgliedstaaten nicht nur zentral an einem Ort agieren muss, sondern dass wegen der Nähe zum Ausführungsort der Dienstleistung auch „Filialen“ die jeweilige Verwaltungstätigkeit ausüben können. Dies muss mindestens solange gelten, wie die nach Artikel 8 ab dem 31. Dezember 2008 vorgeschriebene elektronische Abwicklung nicht sichergestellt ist.

Bei der elektronischen Abwicklung stellt sich jedoch die Frage, wie der Nachweis durch die Vorlage von Dokumenten im Original oder als Ausfertigung möglich sein soll.

Abgesehen hiervon halten wir es für erforderlich, dass sich die nach Artikel 8 vorgesehenen Durchführungsbestimmungen der Kommission in überschaubarem Rahmen halten und nicht zu detailliert werden.

Zu Artikel 7, 41 Recht auf Information; Gegenseitige Auswertung

Wir begrüßen, dass kurz und übersichtlich in den Mitgliedstaaten festgelegt werden soll, welche Anforderungen zur Niederlassung und zur Ausübung der Dienstleistung gelten sollen und dass auch auf die Verbände und Organisationen hingewiesen werden soll, die die Unternehmen beraten und unterstützen. Damit wird nach unserer Einschätzung ein wesentlicher Beitrag zur erleichterten Ausübung der Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat geleistet. Behörden, Unternehmen und Dienstleistungsempfänger werden von diesen Maßnahmen, die auch die Verfahren beschleunigen werden, profitieren. Außerdem halten wir es für sinnvoll, dass nach Art. 41 die Erfahrungen mit den neuen Regeln und die sich ändernde Verwaltungspraxis von der Kommission ausgewertet und das Ergebnis bekannt gemacht werden soll. Hierdurch wird die Möglichkeit geschaffen, die Verwaltungspraxis weiter zu straffen und die Entbürokratisierung voranzubringen.

Zu Artikel 9 und 21 Genehmigungserfordernisse und Diskriminierungsverbot

Es muss eindeutig klargestellt werden, dass das Verbot von Diskriminierungen in der Richtlinie in Bezug auf das Verfahren so zu verstehen ist, dass die Ausübung der Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat nicht verhindert wird, weil der Dienstleister nicht aus demselben

Mitgliedstaat kommt. Als nicht handhabbar sind dagegen Formulierungen zum „Diskriminierungsverbot“, wenn es um die Gestaltung der Dienstleistung und ihre Abwicklung, insbesondere in vertraglicher Hinsicht geht. In diesem Zusammenhang muss erstens Vertragsfreiheit gelten und zweitens eine flexible Durchführung möglich sein. Nicht jede Vorausplanung oder Leistung kann in allen Mitgliedstaaten oder auch nur in zweien (zum Beispiel Dänemark oder Griechenland) absolut identisch sein. Größere Abweichungen sind auf Grund unterschiedlicher Bedingungen in verschiedenen Regionen normal und müssen oft auch unter Einbeziehung höherer Kosten berücksichtigt werden. Gleichheit darf unter keinen Umständen staatlich erzwungen werden. Eine gesetzliche Regelung ist auch nicht erforderlich, denn der Wettbewerbsdruck wird als Regulativ seine Wirkung entfalten. Dies zeigen internationale Erfahrungen weltweit, aber auch in den Mitgliedstaaten. Die in Artikel 21 vorgesehene Ausnahme zu Zugangsbedingungen ist nur ein Teilaspekt und reicht in keiner Weise aus, die Vorschrift akzeptabel zu machen.

Daher muss in Artikel 9 zum staatlichen Verfahren eine Klarstellung vorgenommen werden und Artikel 21 gestrichen werden.

Außerdem regen wir an, zumindest in den Erwägungsgründen zu verdeutlichen, welche Genehmigungserfordernisse in Art. 9 Abs. 3 gemeint sind.

Zu Artikel 10, 11 Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung; Geltungsdauer der Genehmigung

Auch Artikel 10 trägt nach unserer Meinung zur Erleichterung der Aufnahme einer Tätigkeit im Dienstleistungsbereich in einem anderen Mitgliedstaat bei. Es sollte darüber hinaus klargestellt werden, dass die Gewerbe- und Berufsausübung grundsätzlich frei ist und nur bestimmte Bereiche wie zum Beispiel die Qualifikation festgelegten Anforderungen unterliegen. Besonders begrüßenswert ist, dass doppelte Prüfungen und Kontrollen entfallen sollen.

Entsprechendes gilt für das in Artikel 11 enthaltene grundsätzliche Verbot der befristeten Genehmigung. Die im Übrigen festgelegten Ausnahmen halten wir bei Vorliegen gravierender Gründe für berechtigt.

Zu Artikel 12 Wahl zwischen mehreren Antragstellern

Sowohl im Interesse des Wettbewerbs als auch unter dem Gesichtspunkt der Bereitstellung gut funktionierender Dienstleistungssysteme halten wir es für richtig und notwendig, dass Begrenzungen von Genehmigungen nicht die Regel sein sollen, sondern nur unter sichtbaren Voraussetzungen einzelne Begrenzungen festgelegt werden können. In diesem Zusammenhang sollte besonders darauf geachtet werden, dass ein neutrales und transparentes Verfahren zur Auswahl der Antragsteller durchgeführt wird und dass die Eröffnung des Auswahlverfahrens deutlich bekannt gemacht wird.

Zu Artikel 13 Genehmigungsverfahren

Auch wenn es aus unserer Sicht selbstverständlich ist, dass Anträge auf Genehmigung objektiv und unparteiisch behandelt werden müssen, ist es erfreulich, dass dies in Artikel 13 noch einmal deutlich hervorgehoben wird. Auch die übrigen Grundsätze dieser Vorschrift unterstützen wir. Erschwerungen oder Verzögerungen der Verfahren durch intransparente Maßnahmen oder unangemessene

ne Kosten müssen auf jeden Fall vermieden werden. Die zügige Durchführung der Verfahren und die zügige Abwicklung der Formalitäten sind Grundvoraussetzung für eine Verbesserung der Verwaltungspraxis. Für einen besonders beschleunigenden positiven Aspekt halten wir die in Nr. 5 c ausdrücklich hervorgehobene Angabe, dass Genehmigungen als erteilt gelten, wenn der Antrag nicht in einer angemessenen Frist beantwortet worden ist.

Zu Artikel 16, 17, 18, 19 Herkunftslandprinzip und Ausnahmen

Das so genannte Herkunftslandprinzip bildet an sich eine gute Grundlage für die Orientierung bei der Frage, welche öffentlich-rechtlichen Regeln für den Dienstleistungsanbieter gelten sollen, wenn er in einem anderen Mitgliedstaat tätig wird. Im öffentlichen Recht wird damit Klarheit geschaffen und erneute Überprüfungs- oder gar Zulassungsverfahren können erleichtert oder ausgeschlossen werden. So gesehen entfaltet dieser Grundsatz eine gute Wirkung. Er müsste allerdings durch das Günstigkeitsprinzip ergänzt werden, damit der Dienstleistungserbringer bei bestimmten öffentlich-rechtlichen Verfahren nicht ungerechtfertigte Nachteile aus seinem Herkunftsland oder eventuell auch dem Zielland seiner Tätigkeit in Kauf nehmen muss. Artikel 19 halten wir insoweit nicht für ausreichend. Das Günstigkeitsprinzip müsste im öffentlich-rechtlichen Bereich generell gelten.

Es ist ein erheblicher Nachteil der vorgesehenen Regelung, dass ihre Anwendung von einer kaum zu überblickenden Zahl von Ausnahmen eingeschränkt wird. Diese haben zwar auch aus unserer Sicht zum Teil ihre zwingende Berechtigung, zeigen überwiegend jedoch die europäische Regelungsintensität, die häufig auf Grund von Einzelprojekten zustande gekommen ist und die Einheit rechtlicher Vorschriften vernachlässigt hat. Es wäre gut, wenn Anstrengungen unternommen würden, das hohe Maß an Sonderregelungen wie sie vor allem durch Artikel 2 (Ausnahmen: Finanzdienstleistungen; elektronische Kommunikation; Verkehr), Artikel 17 mit 23 Ausnahmen unter anderem zu den Bereichen Post, Elektrizität, Gas, Wasser, Datenschutz, einzelne Berufsgruppen, Krankenhausversorgung, Verbraucher etc.) und durch Artikel 18, 40 (Neuregelungen für Geldtransporte, Gewinnspiele, gerichtliche Beitreibung von Forderungen etc), um nur einen Teil zu nennen, einzuschränken oder wenigstens anzugleichen. Denn es ist teilweise nicht erkennbar, wie die rechtlichen Übergänge zu diesen Teilbereichen gefunden werden sollen. Außerdem belastet die Vielzahl der unterschiedlichen Vorschriften die Unternehmen erheblich.

Eine ausgewogene Festlegung des Herkunftslandprinzips ist also in erster Linie im öffentlich-rechtlichen Verwaltungsbereich zweckmäßig und nützlich. Seine Grenzen werden deutlich, wenn man es undifferenziert auf weltweite Sachverhalte überträgt und ohne Rücksicht auf lokale Gegebenheiten und Rechtsordnungen in jeder Hinsicht anwenden würde.

Im zivilrechtlichen Bereich, also insbesondere bei Verträgen, hat sich das geltende Internationale Privatrecht bewährt. In dem Richtlinienvorschlag muss der Möglichkeit der Rechtswahl vorrangige Bedeutung eingeräumt werden. In der Ausnahme des Artikels 17 Nr. 20 wird die Rechtswahlfreiheit garantiert. Dies begrüßen wir ausdrücklich. Denn diese Garantie ist von entscheidender Wichtigkeit, die auf keinen Fall aufgegeben werden darf,

sondern erheblich mehr unterstrichen werden muss. Sie ist im Vertragsrecht der erstrangige Grundsatz, der dem Herkunftslandprinzip vorgeht. Eine entsprechende Klarstellung sollte in den Text aufgenommen werden.

Im Übrigen befürchten wir, dass es sowohl bei der Umsetzung als auch bei der späteren Rechtsanwendung schwierig sein wird, den zahlreichen Sonderregelungen Rechnung zu tragen. Ein Beispiel dafür ist Artikel 17 Nr. 23, der die außervertragliche Haftung des Dienstleistungserbringers bei einem Personenunfall anlässlich der Ausübung seiner Tätigkeit vom Herkunftslandprinzip ausnimmt, wenn der Unfall in einem anderen Mitgliedstaat stattfindet. Noch würde das Internationale Privatrecht des anderen Mitgliedstaates entscheiden, welches Recht Anwendung findet. Wird die EU-Verordnung zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II) verabschiedet, werden deren Regelungen eingreifen. Diese sind sehr differenziert und können zur Anwendung des Rechts eines Drittstaates führen, wenn zum Beispiel Spätfolgen eintreten und der Betroffene sich in einen Drittstaat begibt. Wie das Herkunftslandprinzip in derartigen Fällen wirkt, ist undeutlich.

Im vertraglichen Bereich gelten in der EU weitgehend die überwiegend übernommenen Regelungen aus dem Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Damit haben die Unternehmen ihre Auslandsgeschäfte gut gestalten können. Es ist zwar beabsichtigt, auch dieses in eine EU-Verordnung umzuwandeln (Rom I). Daher wäre es zu begrüßen und auch notwendig, dass nicht weitere Neuregelungen zu erneuten Komplizierungen führen. Es müsste zum Beispiel auch im Verbraucherbereich akzeptiert werden, dass ein Verbraucher, der sich in verschiedenen Mitgliedstaaten und im weiteren Ausland bewegen kann, bei Geschäften im Ausland fremde Rechtsordnungen respektieren kann und muss. Dies gilt umso mehr im Verhältnis zu kleinen und mittleren Unternehmen, die erhebliche Anstrengungen unternehmen müssen, um mit ihren Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten Kunden zu finden.

Zu Artikel 20 ff. Rechte der Dienstleistungsempfänger

Die in Abschnitt 2 enthaltenen Regelungen sind, soweit sie zivilrechtliche Fragen betreffen, entbehrlich und teilweise auch unklar. Auf jeden Fall zu streichen ist Artikel 21, der zum einen missverstanden werden und zum anderen zu gänzlich ungewollten und unpraktischen Folgen führen kann (siehe unsere Ausführungen zu Artikel 9 und Artikel 21, Seite 5).

Zu Artikel 24 f. Entsendung von Arbeitnehmern

Durch die Regelungen in Art. 24 und 25 werden die Kontrollbefugnisse des Mitgliedstaates, in den Arbeitnehmer entsandt werden (Entsendemitgliedstaat), in unerträglichem Maße beschnitten und damit die Bestimmungen der Entsende-Richtlinie sowie des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes unterlaufen. In Entsendefällen müssen dem Entsendemitgliedstaat die Befugnisse, die für eine effektive Kontrolle der Einhaltung der Entsende-Richtlinie erforderlich sind, vollständig eingeräumt werden. Eine durchgreifende Kontrolle ist anderenfalls nicht gewährleistet, denn eine solche kann durch den Herkunftsmitgliedstaat nicht wirksam erfolgen. Dieser hat von den tatsächlichen Verhältnissen im Entsendemitgliedstaat keine Kenntnis und darüber hinaus besteht sei-

nerseits regelmäßig kein Verfolgungsinteresse. Um die Kontrolle von Entsendefällen sicherzustellen, bedarf es deshalb eines Vorrangs der Regelungen der Entsende-Richtlinie.

Zu Artikel 26 ff. Qualität der Dienstleistungen

Auch dieses Kapitel gehört nicht zum eigentlichen Regelungsbereich der Richtlinie und sollte entfallen. Die Qualität der Dienstleistungen ergibt sich aus Angebot und Nachfrage und nicht aus staatlichen Vorschriften. Darüber hinaus sind die meisten Artikel dieses Kapitels unglücklich übersetzt, verwirrend und für die Praxis nicht förderlich.

Zu Artikel 26 Informationen über die Dienstleistungserbringer und deren Dienstleistungen

Die Vorschrift sollte gestrichen werden, denn sie ist durchweg praxisfern. Industrielle Dienstleistungen werden nach bedarfsgerechter Vorbereitung mit der anderen Vertragspartei durchgeführt. Sicher kommt es auch vor, dass eilige Aufträge vergeben werden und nicht alle Details besprochen worden sind. Dennoch weiß die eine Partei von der anderen, mit wem sie es zu tun hat und unter welchen Bedingungen die Dienstleistungen durchgeführt werden. Man triebe den Bürokratismus in der Wirtschaft auf die Spitze, wenn man detaillierte Angaben hierüber kraft Gesetzes verlangte. Dies gilt umso mehr, als die Identifikation juristischer Personen und Firmen ohnehin in bestehenden Gesetzen geregelt ist. Darüber muss nicht hinausgegangen werden. Im Verbraucherbereich gilt dasselbe. Für diese Geschäfte sind bereits so viele Vorschriften erlassen worden, dass es für die Anbieterseite schwer ist, sie zu überblicken. Dem sollte nicht noch eine weitere umfangreiche gesetzliche Regelung hinzugefügt werden. Soweit in einigen wenigen Fällen „fliegende Händler oder Dienstleister“ unzulängliche Leistungen anbieten und sich der Verantwortung entziehen wollen, wird man sie mit diesen Vorschriften auch nicht dazu bringen, korrekte Angaben zu machen. Artikel 26 ist also in jeder Beziehung überflüssig.

Zu Artikel 27 Berufshaftpflichtversicherungen und Sicherheiten

Auch dieser Artikel ist zu weitgehend und sollte entfallen. Er schreibt vor, dass die Unternehmen, deren Dienstleistungen ein besonderes Gesundheits-, Sicherheits- oder finanzielles Risiko für den Dienstleistungsempfänger darstellen, eine angemessene Berufshaftpflichtversicherung abschließen müssen oder dass vergleichbare Entschädigungsregelungen den Dienstleistungsempfänger absichern. Der Dienstleistungsempfänger muss genau informiert werden.

Zum einen sind die verwendeten Begriffe wie „Sicherheitsrisiko“ oder „finanzielles Risiko“ interpretationsfähig. Zum anderen gibt es eine Versicherungspraxis, nach der bestimmte Risiken versicherbar, andere jedoch nur mit Zusatzkosten, teilweise mit unverhältnismäßigen Zusatzkosten oder gar nicht versicherbar sind. In Deutschland werden regelmäßig Betriebshaftpflichtversicherungen abgeschlossen. Auch Produkthaftungsversicherungen sind die Regel. Hierbei werden Risiken aus Personen- und Sachschäden sowie solchen Vermögensschäden in ausreichender Weise abgedeckt, die nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB), beschrieben sind. Für so genannte reine Vermögensschäden, die also nicht auf einem versicherten

Personen- oder Sachschaden beruhen, gibt es keine gleichartige Deckung. Wenn sich aus der Formulierung von Artikel 27 ergeben sollte, dass auch reine Vermögensschäden erfasst werden sollen, würden die Unternehmen in Zukunft eine erhebliche Erweiterung ihres Betriebshaftpflichtversicherungsschutzes benötigen. Ob dies rein praktisch erreichbar und auch bezahlbar ist, bezweifeln wir.

Ferner ist auch der Begriff des „Sicherheitsrisikos“ unklar. Möglicherweise fallen hierunter fehlerhafte Beratungen wie etwa durch Architekten. Diese Personengruppen können sich teilweise durch spezielle Versicherungsbedingungen absichern.

Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass Industrieunternehmen im Zusammenhang mit ihrer Lieferung beratend tätig werden. Beratungsleistungen ergeben sich ebenfalls aus mitgelieferten Gebrauchsanweisungen. Derartige, die Lieferung begleitende Beratungstätigkeiten können von Betriebshaftpflichtversicherungen erfasst sein, nicht jedoch selbstständige Beratungsverträge. Dieses gesamte Feld kann nicht mit der einfachen Anweisung an die Mitgliedstaaten, eine Betriebshaftpflichtversicherung festzulegen, erfasst werden. Die Anweisung stößt in der Realität sowohl an praktische als auch an finanzielle Grenzen.

Zu Artikel 28 Nachvertragliche Garantie und Gewährleistung

Diese Bestimmung zur Auskunft über Inhalt und Tragweite von Garantien und gesetzlichen Gewährleistungsrechten ist entbehrlich und sollte gestrichen werden. Selbst die Richtlinie zum Fernabsatz enthält nicht derartige Anforderungen.

Würde man die Regelung wörtlich nehmen, müssten die Dienstleistungserbringer ausführliche Informationsunterlagen vorhalten, in denen etwaige Garantie- oder Gewährleistungsvorschriften erläutert sind. Diese könnte dann der Dienstleistungsempfänger abrufen. Darin läge jedoch eine unzumutbare Belastung für den Dienstleistungserbringer. Die Regelung entspricht auch nicht der Praxis, denn über bestimmte Garantien, die außerhalb der gesetzlichen Vorschriften liegen, werden Vereinbarungen getroffen oder nicht. Die gesetzlichen Gewährleistungspflichten sind etwas anderes. Jedoch können auch hierzu vertragliche Vereinbarungen geschlossen werden. Wenn sie nicht getroffen werden, greift ergänzend die gesetzliche Regelung zur Gewährleistung ein. Verwirrend sind auch die Formulierungen zu einem „räumlichen Geltungsbereich“ von Garantie- oder Gewährleistungsvorschriften. Was mit „nachvertraglichen“ Garantien und Gewährleistungen gemeint ist, ist ebenfalls unklar, zumal der Text des Artikels wohl die Garantien und Gewährleistungen erfassen möchte, die bei Vertragsschluss gelten.

Zu Artikel 32 Beilegung von Streitigkeiten

Soweit der Zweck verfolgt wird, Streitigkeiten ohne gerichtliche Auseinandersetzung auszuräumen, wird dies von uns begrüßt. Die im Einzelnen vorgeschriebenen Maßnahmen sollten sich darauf beschränken, die außergerichtliche Streitlösung, die auch ohne Vorschrift möglich ist, nicht schlicht auszuschließen. Alles andere widerspricht dem Sinn der außergerichtlichen Streitbeilegung, die ohnehin weitgehend vom guten Willen der Beteiligten abhängig ist. Aus diesem Grunde ist auch Absatz 3 des Artikels unpraktikabel, der noch einmal fest-

schreibt, dass der Dienstleistungserbringer zutreffende Informationspflichten zu erfüllen hat. Die sich ebenfalls aus Artikel 3 ergebende Umkehr der Beweislast ist zu streichen. Denn man muss davon ausgehen, dass der Dienstleister sich korrekt verhält. Es ist Aufgabe des Vertragspartners nachzuweisen, dass die Leistung des Anbieters nicht in der vertraglich vorgesehenen Form erbracht worden ist. Über den Umweg der Informationspflichten eine Beweislastumkehr zu erreichen, die beispielhaft für andere Verfahren sein kann, halten wir in hohem Maße für unfair.

Zu Artikel 33 Informationen über die Zuverlässigkeit der Dienstleistungserbringer

In Artikel 33 Absatz 2 soll festgelegt werden, dass auch nicht rechtskräftige Entscheidungen über Vorstrafen oder andere Sanktionen im grenzüberschreitenden Verkehr bei entsprechender Anfrage übermittelt werden müssen. Dies halten wir nicht für richtig. Damit wird nicht nur die Unschuldsvermutung ausgeschlossen, sondern es wird auch ermöglicht, dass der betroffene Dienstleistungserbringer von Amts wegen geschädigt wird, obwohl zu einem späteren Zeitpunkt rechtskräftig seine Unschuld bestätigt werden kann.

Zu Artikel 39 Gemeinschaftskodizes

Es ist nützlich, dass auch auf Gemeinschaftsebene Verhaltenskodizes zu einem reibungslosen Dienstleistungsgeschäft beitragen sollen. Hierbei müssen jedoch die betroffenen Interessengruppen beteiligt und gehört werden, damit auch in diesem Zusammenhang Praxisnähe gewahrt bleibt und ein angemessener Ausgleich der

Interessen stattfindet. Anderenfalls ist mit einer breiten Akzeptanz derartiger Verhaltenskodizes nicht zu rechnen.

Zu Artikel 44 Änderung der Richtlinie 1998/27/EG (Unterlassungsklagen)

Die Aufnahme der geplanten Richtlinie in den Anhang der Unterlassungsklagenrichtlinie sollte unterbleiben. Die ständige Ausweitung des Katalogs führt zu steigenden Kosten und der Belastung der Gerichte, ohne dass ein besonderer Nutzen für die Verbraucher selbst entsteht.

Dr. Scheel
Hintzen

Binnenmarkt vollenden, Marktchancen nutzen, Wachstums- und Beschäftigungspotenziale realisieren

Drei Empfehlungen der deutschen Wirtschaft zur Dienstleistungsrichtlinie

Anfang 2004 hat die Europäische Kommission einen „Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt“ vorgelegt. Die vielstimmigen, oftmals (innen)politisch motivierten Debatten haben zu zahlreichen Missverständnissen über Reichweite und Folgen der Richtlinie geführt.

Der BDI tritt dafür ein, den Richtlinienentwurf nüchtern zu analysieren und fair zu bewerten. Zweifelsohne besteht textlicher Präzisierungsbedarf. Festzuhalten bleibt aber grundsätzlich:

- Die Dienstleistungsfreiheit ist eine der im EG-Vertrag verankerten Grundfreiheiten. Diese sollten

bereits seit 1992 voll verwirklicht sein. Die umfangreiche Rechtsprechung des EUGH verweist auf noch bestehende Defizite und konkretisiert den dringenden Handlungsbedarf zur Marktöffnung.

- Ein echter europäischer Binnenmarkt für Dienstleistungen kann zu mehr wirtschaftlicher Dynamik, zu mehr Beschäftigung sowie zu einem breiteren Dienstleistungsangebot bei attraktiven Preisen beitragen.

Die Dienstleistungsrichtlinie sollte daher nach allen erforderlichen Klarstellungen zügig verabschiedet und zeitnah umgesetzt werden, um den Binnenmarkt im Interesse von Unternehmen und Verbrauchern zu vollenden.

Ernst zu nehmende Studien gehen davon aus, dass durch die Öffnung der europäischen Märkte für Dienstleistungen rund 600.000 Arbeitsplätze europaweit geschaffen werden könnten. Davon 100.000 allein in Deutschland. Mittel- bis langfristig könnten der Handel von Dienstleistungen und grenzüberschreitende Investitionen um etwa 30 Prozent zunehmen. Aufgrund der durch Handel und Investitionen vertieften Marktintegration ist nicht nur mit mehr Beschäftigung, sondern auch mit höherer Wertschöpfung und in der Folge mit weiterem Wachstum in diesem Wirtschaftszweig zu rechnen.

Gegenwärtig tragen beim „Exportweltmeister Deutschland“ die Dienstleistungen nur zwölf Prozent zum Export und knapp 70 Prozent zur Wertschöpfung bei. Die Öffnung der Märkte kann insbesondere für industrienahe Dienstleister einen Beitrag dazu leisten, die Exportchancen der zumeist hoch qualifizierten deutschen Anbieter im europäischen Ausland zu fördern. Es liegt jetzt an den Regierungen und den europäischen Institutionen, die Vollendung des europäischen Binnenmarkts im Interesse von Unternehmen und Verbrauchern voranzutreiben.

Die Empfehlungen der deutschen Wirtschaft lauten:

1. Herkunftslandprinzip umsetzen und Anwendung klarstellen

Zahlreiche kaum nachvollziehbare Regelungen erschweren die Geschäftstätigkeit von Dienstleistern im europäischen Ausland. Viele Sachverhalte werden mehrfach geprüft und sind umfangreich zu dokumentieren. Bescheinigungen sind zu übersetzen und zu beglaubigen. Der grenzüberschreitende Austausch von Dienstleistungen wird massiv behindert.

Die Anwendung des **Herkunftslandprinzips** wird die Marktöffnung vorantreiben. Es soll gelten, wenn Dienstleistungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat erbracht werden, ohne dass dazu eine Niederlassung gegründet wird. Es bestimmt, dass Dienstleister lediglich die Anforderungen des Landes zu erfüllen haben, in dem sie ihren Sitz haben. Auf diese Weise werden Doppelprüfungen vermieden, deren Kosten letztlich von den Verbrauchern zu tragen sind. Das Herkunftslandprinzip führt nicht dazu, dass die Rechtsordnung des Landes nicht beachtet werden muss, in dem die Dienstleistung angeboten wird.

Alternativen zur umfassenden Anwendung des Herkunftslandprinzips wären:

- **Harmonisierung.** Diese müsste jede einzelne Dienstleistung europaweit umfassend regeln. Eine kaum vorstellbare Regelungsflut wäre die Folge;

- **„Positivlisten“.** Die Anwendungsfelder des Herkunftslandprinzips abschließend festzulegen wäre in der Praxis außerordentlich unflexibel zu handhaben, stünde unter ständigem Aktualisierungsbedarf je nach spezifischer Marktentwicklung und würde gerade für besonders innovative Unternehmen keine nachhaltige Rechtssicherheit schaffen.

Beide Alternativen würden die Wachstums- und Beschäftigungseffekte einer Marktöffnung schwächen. Die Anwendung des Herkunftslandprinzips ist der einzig gangbare Weg, um den Binnenmarkt für Dienstleistungen in absehbarer Zeit zu verwirklichen, dessen wirtschaftliche Potenziale voll zu nutzen und um weitgehende Planungssicherheit für Unternehmen zu schaffen.

Die in der politischen Debatte von den Gegnern der Marktöffnung vorgetragenen Warnungen vor einer Nivellierung nach unten oder vor der Verwässerung hochwertiger Sozial-, Umwelt- und Verbraucherschutzstandards sind unbegründet. Die Entwicklung auf dem Binnenmarkt für Waren zeigt, dass sich - entgegen manchen Befürchtungen - in der EU im weltweiten Vergleich hohe Standards im Wettbewerb durchgesetzt haben. Zur Frage, wie sich das Herkunftslandprinzip auf Unternehmen und Verbraucher in Europa auswirkt, gibt es viele Missverständnisse und unzutreffende Vorhersagen.

Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die klaren Grenzen für die Anwendung des Herkunftslandprinzips bleibt festzuhalten:

- **Marktöffnung fördert die wirtschaftliche Dynamik**

In Europa und weltweit konkurrieren Unternehmen auf Märkten mit unterschiedlichen Arbeitskosten und Sozialsystemen. Die Erfahrung zeigt, dass Abschottung kein Rezept ist, um unternehmerische Wettbewerbsfähigkeit zu stärken und Arbeitsplätze zu erhalten. Geringere Lohnkosten in anderen Ländern sind nicht mit Lohndumping gleichzusetzen, sondern repräsentieren die Kostenvorteile dieser Länder im internationalen Standortwettbewerb. Unternehmen und Beschäftigte müssen daher alles daran setzen, durch hohe Produktivität, Qualität und Innovation im Wettbewerb bestehen zu können.

Im Übrigen regelt die Entsenderichtlinie, dass Arbeitnehmer, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, unter anderem hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsschutz bestimmten, auf nationaler Ebene festgelegten Mindestbestimmungen des Gastlandes unterliegen. Die Einführung flächendeckender Mindestlöhne, sei es gesetzlich oder durch die stärkere Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, löst die deutschen Standortprobleme nicht und ist abzulehnen.

- **Marktöffnung bringt hohe Qualität des Angebots zu attraktiven Preisen**

Die seitens der EU vorangetriebene Vollendung des Binnenmarkts und der Marktliberalisierung in Europa ist für Unternehmen und Verbraucher von großer Bedeutung. Von der Öffnung der netzgebundenen Märkte konnten insbesondere die Verbraucher durch ein breiteres Angebot, durch höhere Qualität und durch attraktive Preise profitieren. Diese Erfolge sind auf den Dienstleistungssektor insgesamt zu übertragen.

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse („Daseinsvorsorge“) werden formal durch die Richtlinie nicht berührt. Für die Wirtschaft bleibt vordringlich, Wettbewerbsverfälschungen unter dem Deckmantel der „Daseinsvorsorge“ zu verhindern. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sollten, wo immer möglich, durch im Wettbewerb stehende private Unternehmen erbracht werden.

- **Vergleichbares Qualifikationsniveau schafft Sicherheit für Verbraucher**

Die gegenwärtig debattierte Richtlinie für Berufsqualifikationen bietet weiteren Schutz für Unternehmen und Verbraucher. Diese regelt die gegenseitige Anerkennung von Ausbildung, Studium und anderen Qualifikationen in der EU. Sie stellt sicher, dass eine im Ausland erworbene Berufsqualifikation im Inland nur dann eine Berufsausübung ermöglicht, wenn sie ein vergleichbares Niveau erreicht. Sollte das nicht der Fall sein, kann das Gastland Eignungsprüfungen oder Anpassungslehrgänge vorschreiben. Es sollte sichergestellt werden, dass beide Richtlinien voll kompatibel sind.

- **Standards für Umwelt und Gesundheitsschutz bleiben erhalten**

Im Bereich Umwelt und Gesundheitsschutz gelten generell die Standards des Ortes, an dem die Dienstleistung erbracht wird. Die Richtlinie nimmt alle Regelungen, die mit besonderen Merkmalen des Ortes der Dienstleistungserbringung verknüpft sind, aus dem Geltungsbereich des Herkunftslandprinzips aus. Das gilt für Bauleistungen ebenso wie für die Landwirtschaft.

- **Verbraucher bleiben durch EU-Vertragsrecht geschützt**

Niemand wird einen Dienstleister nach ausländischem Recht verklagen müssen, wenn er einen Vertrag geschlossen hat, der nicht ohnehin unter die europäischen Bestimmungen für **Verbraucherverträge** fällt. Hier findet das Herkunftslandprinzip keine Anwendung. Im Geschäftsverkehr gilt das bewährte internationale Privatrecht weiter. Die Freiheit der Rechtswahl sollte in der Dienstleistungsrichtlinie stärker verankert werden.

- **Qualität wird gefördert**

Für die Qualitätssicherung der Dienstleistungen sind im Interesse der Verbraucher zahlreiche Instrumente vorgesehen. Zu nennen sind vor allem freiwillige Kodizes und Standards sowie eine stärkere Rolle der Ständesorganisationen.

- **Überwachung und Kontrollen werden effektiver**

Dienstleister unterliegen unverändert der Kontrolle der zuständigen Behörden des Landes, in dem sie ihre Dienstleistung erbringen. Diese können vor Ort alle zwingend notwendigen Maßnahmen zur Einhaltung aller national gültigen Vorschriften treffen, zum Beispiel zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit. Durch eine vertiefte Zusammenarbeit und grenzüberschreitende Abstimmung der Verwaltungen wird die Überwachung besser und effektiver funktionieren.

2. Niederlassungsfreiheit verwirklichen und Bürokratiebelastung abbauen

Unternehmen müssen dann, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat eine **Niederlassung** errichten wollen, hohe bürokratische Hürden überwinden. Kosten- und zeitaufwändige Anträge, Bescheinigungen, Übersetzungen und Genehmigungen gehören zum Alltag der Wirtschaft im Binnenmarkt. Hier ist dringend Abhilfe zu schaffen.

Die Richtlinie sieht eine Vielzahl von Instrumenten vor, um Genehmigungsverfahren zu vereinfachen, bürokratischen Aufwand abzubauen und die Diskriminierung ausländischer Wettbewerber zu verhindern:

- **Diskriminierende und übermäßig beschränkende Anforderungen** wie Befristungen, Staatsangehörigkeitserfordernisse und quantitative Beschränkungen für Niederlassungen werden **verbotten**. Genehmigungen sind auf der Basis objektiv gerechtfertigter Anforderungen zu erteilen;
- **Anforderungen und Genehmigungsverfahren**, die sich für die Niederlassungsfreiheit als problematisch erweisen, sind zu **überprüfen**. Dies gilt etwa für die Forderung nach bestimmten Berufsqualifikationen von Führungskräften, für Verbote mehrfacher Niederlassungen, für Mindestbeschäftigtenzahlen sowie für die Vorgabe von Mindest- oder Höchstpreisen;
- Die Mitgliedstaaten sollen „**einheitliche Ansprechpartner**“ zur Verfahrensabwicklung einrichten und Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, Formalitäten elektronisch abzuwickeln. Beides kann die Errichtungen von Niederlassungen wesentlich vereinfachen;
- Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, ihre Regulierungssysteme einem Vergleich („**benchmarking**“) zu unterziehen. Dies trägt dazu bei, Transparenz herzustellen und von den Besten zu lernen.

3. Zusätzlichen bürokratischen Belastungen im Interesse der Verbraucher vorbeugen

Der freie grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr wird eine größere Angebotsvielfalt schaffen. Die Bedeutung gehaltvoller und zielgerichteter Verbraucherinformationen wird wachsen.

Der Richtlinienentwurf überdehnt aber die Informationspflichten für Dienstleistungserbringer. Deutsche Anbieter unterliegen bereits heute einem hochkomplexen Gewährleistungsrecht. Für sie wäre es aufwändig und teuer, wenn sie gezwungen würden, alle Details des im Sitzland geltenden Rechts vollständig zu erläutern. Zur Ausgestaltung der Verbraucherinformationen wäre mehr Vertrauen in die Kräfte des Marktes und die Mündigkeit des Bürgers zu wünschen. Denn die Kosten für ungebundene Pflichtinformationen trägt am Ende der Verbraucher.

Die Richtlinie sollte daher:

- neben den bereits in der EU geltenden Verbraucherschutzvorschriften keine unnötig umfangreichen und komplizierten **Vorgaben für die Bereitstellung von Informationen** machen;
- Abstand von der **Berufshaftpflicht** nehmen, die nach den Erfahrungen aus anderen Rechtsbereichen nur teuer und bürokratisch zu verwalten ist. Versicherungspflichten sind nur über den freien Markt angemessen zu gestalten.

Als **Fazit** bleibt festzuhalten:

Die Vollendung des europäischen Binnenmarkts für Dienstleistungen kann zu mehr wirtschaftlicher Dynamik, zu mehr Arbeitsplätzen sowie zu einem breiteren Dienstleistungsangebot bei attraktiven Preisen beitragen. Die Anwendung des Herkunftslandprinzips ist der einzig gangbare Weg, um dieses Ziel in absehbarer Zeit zu erreichen.

Alle Unternehmen müssen ein Interesse daran haben, dass bei Niederlassungen im europäischen Ausland die Genehmigungsverfahren vereinfacht, bürokratischer Aufwand abgebaut und ungerechtfertigte Diskriminierungen verhindert werden.

Im Interesse der Unternehmen und Verbraucher sollte die Dienstleistungsrichtlinie nach allen erforderlichen Klarstellungen zügig verabschiedet und zeitnah umgesetzt werden.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1925

19. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Bundesverband der Freien Berufe BFB

Eckpunktepapier Dienstleistungsrichtlinie**Dienstleistungsrahmenrichtlinie: Problemaufriss in den Freien Berufen****1. Grundsätzliches:**

Die Freien Berufe begrüßen ganz grundsätzlich die Bemühungen der Kommission, die tatsächliche Verwirklichung des Binnenmarkts auch für Dienstleistungen voranzutreiben. Besonders positiv erscheint der Vorschlag der Europäischen Kommission, bewährte Strukturen der freiberuflichen Selbstverwaltung ausdrücklich in diesen Prozess einzubeziehen.

Es gibt einige Regelungen des Richtlinienentwurfes, die uns vor dem Hintergrund einer praxisorientierten Weiterentwicklung des Binnenmarktes und der ihm zugrunde liegenden Strukturen der Gesundheitsversorgung, der Verwaltung usw. im heilkundlichen, steuer- und wirtschaftsberatenden, technisch-naturwissenschaftlichen sowie künstlerisch-übersetzenden Bereich noch problematisch erscheinen. Vor dem Hintergrund der Erklärung der Regierungsvertreter in dieser Woche, den Richtlinienentwurf überarbeiten zu wollen, möchten wir daher ganz grundsätzliche Punkte, die aus freiberuflicher Sicht wesentlich sind, in diesem Eckpunktepapier ansprechen. Diese sind unabhängig von derzeitigen Änderungsdiskussionen im Rat, Europäischen Parlament und in der Europäischen Kommission zu sehen.

Für den anwaltlichen Bereich verweisen wir ausdrücklich auf die gesonderten Stellungnahmen der Vertreter der Rechtsanwaltschaft.

Die kritischen Punkte im Einzelnen:

2. Herkunftslandprinzip:

Vor dem Hintergrund der nach wie vor bestehenden 25 unterschiedlichen Rechts-, Sozial- und Gesundheitssysteme in der EU halten wir die unmittelbare, flächendeckende Geltung dieses Prinzips bei den Freien Berufen für verfrüht. Harmonisierung und Geltung des Herkunfts-

landprinzips sollten zumindest gleichwertige Instrumente zur Verwirklichung des Binnenmarkts darstellen. Die Freien Berufe sehen grundsätzlich den Vorzug bei der Harmonisierung, da sich dieser Ansatz beispielsweise bei der gegenseitigen Berufsanerkennung durch zahlreiche sektorale Richtlinien bereits bewährt hat.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Warenverkehrsfreiheit hat anerkannt, dass Handelshemmnisse, die sich aus den Unterschieden zwischen den autonomen Regelungen der Mitgliedstaaten ergeben, hinzunehmen sind, wenn diese notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen bspw. des Verbraucherschutzes, des Umweltschutzes oder der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerecht zu werden (vgl. EuGHE 1979, Rs. 129/78, S. 649, Rz. 6 ff. - Cassis de Dijon). Vergleichbares lässt sich für die gesetzlichen Berufsregelungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit sagen.

Zudem stellt sich die Frage, inwieweit eine wirkungsvolle Berufsaufsicht über die Berufsausübung auch unter Beachtung der Mechanismen in Art. 36 und 37 praktisch gewährleistet werden kann. Es erscheint derzeit schwer vorstellbar, wie entweder die Aufnahmestaatbehörde in Unkenntnis des Rechtes der Herkunftslandes, oder die Herkunftsstaatbehörde, die keine Handlungsmöglichkeit im Aufnahmestaat hat, praktisch eine Berufsaufsicht im Sinne der Verbraucher durchführen soll. Mitteilungspflichten an und Disziplinarbefugnisse des Aufnahmestaates wären ergänzend notwendig, um Mindestqualitätsansprüchen in Europa zu genügen.

Nach alledem sehen wir mit Sorge, dass die unmittelbare Geltung des Herkunftslandprinzips zu erheblichen Friktionen bei der Überwachung und Durchsetzung von Qualitätssicherungssystemen, sowie ethischen und sozialen Standards führen kann. Rechtliche und soziale Unsicherheit wären die Folge.

Daher schlagen wir vor, dort Ausnahmen bzw. Präzisierungen für die Geltung des Herkunftslandprinzips vorzusehen, wo Friktionen durch die Geltung dieses Prinzips

nicht vermieden werden. Hierzu haben wir in der Anlage zahlreiche konkrete Kollisionsbeispiele mit den (Berufs-)Rechtsnormen der Freien Berufe in Deutschland aufgeführt.

Schließlich sollte im Richtlinienentwurf selbst klargestellt werden, dass Tätigkeiten, die in Ausübung öffentlicher Gewalt nach Art. 45 EGV erfolgen, nicht von der Richtlinie erfasst werden.

3. Definitionen und Kollisionsregelungen:

Mit der Richtlinie sollen alle – freiberufliche und gewerbliche – Dienstleister erfasst werden. Unseres Erachtens sollte innerhalb der Richtlinie eine Differenzierung zwischen Gebäudereinigern, Handelsvertretern etc. und Architekten, Ingenieuren etc. erfolgen. Zwischen einfachen Dienstleistungen auf der einen sowie besonders sensiblen Dienstleistungen auf der anderen Seite sollte anhand von Definitionen präziser differenziert werden. Zu nennen sind hier die öffentliche Daseins-, Gesundheits- und Sozialvorsorge sowie die Freien Berufe. Anhand einer genauen Definition, beispielsweise des Freien Berufs und seiner Charakteristika, könnte präziser herausgearbeitet werden, für welche Tätigkeiten bspw. das Herkunftslandprinzip Anwendung finden sollte und wo dies gegebenenfalls gar nicht oder allenfalls nach einer Übergangszeit möglich ist. Auf europäischer Ebene besteht bislang zwar keine gesetzliche Definition: Der Europäische Gerichtshof hat jedoch in einem Urteil aus dem Jahre 2001 bereits verwertbare Kriterien aufgestellt. Der bundesdeutsche Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes eine gesetzliche Definition vorgesehen.

„Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“

Zudem sind Kollisionsregelungen mit innerstaatlichen Sozial-, Steuer- und Strafvorschriften notwendig. Die ethischen, sozialen und rechtlichen Standards sind in den 25 Mitgliedstaaten noch nicht so weit angeglichen, als dass Friktionen, wie sie bereits im Zusammenhang mit der Geltung des Herkunftslandprinzips unter 2. erläutert worden sind, vermieden werden könnten.

4. „One-Stop-Shops“:

Im Hinblick auf die One-Stop-Shops ist festzuhalten, dass die Berufskammern der Freien Berufe sich dieser Aufgabe bereits stellen und Weiterungen grundsätzlich positiv gegenüber stehen. Sollten im Rahmen der Richtlinienumsetzung weitere Kompetenzen und Zuständigkeiten bei den Kammern angesiedelt werden, wäre bei der innerstaatlichen Umsetzung die Kostentragung zu klären. Die Berufskammern finanzieren sich durch die Beiträge der Berufsangehörigen selbst, so dass Mehrbelastungen bei Tätigkeiten für Freiberufler ohne Zugehörigkeit und Beitragszahlung durch diese oder die Allgemeinheit aufgefangen werden müssten.

Geklärt werden muss auch, welche Haftungsrisiken für Auskünfte und Tätigkeiten der zentralen Anlaufstellen gelten sollen (Bspw. bei der Übertragung von Rentenversicherungsansprüchen).

Schließlich ist zu klären, wie die Einpassung einer zentralen Anlaufstelle in die vielschichtige Verwaltungs-

struktur eines föderalen Staates mit seinen dezentralen Kompetenzen, z. B. im Wirtschaftsverwaltungsrecht, erfolgen kann. Wesentliche Teile des Sozialversicherungsrechts wären zu überarbeiten.

4. Rechtfertigungsdruck der Mitgliedstaaten:

Nach Art.15 Abs. 4 des Richtlinienentwurfs obliegt es zukünftig den Mitgliedstaaten, zu begründen, warum sie bestehende innerstaatliche Regelungen i.S.d. Art. 15 Abs. 2 und 3 als diskriminierungsfrei, erforderlich und verhältnismäßig ansehen und damit beibehalten wollen. Dies betrifft insbesondere die gesetzlichen Honorar- und Gebührenordnungen der Freien Berufe, die nach Art. 15 Abs. 2 lit. g) einer entsprechenden mitgliedstaatlichen Prüfung und Rechtfertigung unterliegen. Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens obliegt es jedoch regelmäßig der Europäischen Kommission – und nicht den Mitgliedstaaten –, einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im jeweiligen Einzelfall ausdrücklich festzustellen.

Die gesetzlichen Gebührenordnungen in Deutschland definieren Leistungsergebnisse so genau, dass Qualitätsanspruch, Arbeitsaufwand und Transparenz für die Auftraggeber als Verbraucher ausreichend gesichert sind und ein Qualitäts- und kein reiner Preiswettbewerb für den Verbraucher stattfindet.

5. Schlussbemerkung:

Der Binnenmarkt wird nach hiesiger Überzeugung nur dann zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt gemacht werden können, wenn gleichzeitig auch die Bemühungen verstärkt werden, Qualitäts-, Sozial- und Umweltstandards einem hohen gemeinsamen Niveau zuzuführen, so dass die wirklichen Schranken – Sprache, Kultur, Steuern – leichter überwunden werden können. Im übrigen ist Friktionen mit innerstaatlichen Regelungen mit Ausnahmen oder präziseren Regelungen zum Herkunftslandprinzip zu begegnen (siehe Punkt 2.)

Insgesamt erscheint uns der Vorschlag der Dienstleistungsrichtlinie daher noch nicht ganz ausgereift: Eine Verbesserung des Binnenmarktes ist wünschenswert: Verbessert wird die Vereinfachung des grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Niederlassungsverkehrs nur, wenn Liberalisierung auf der einen und Qualitätssicherung sowie Rechtssicherheit auf der anderen Seite Hand in Hand gehen!

Stand: 02.05.2005

Dienstleistungsrichtlinienentwurf (KOM(2004)2 endg.)

Herkunftslandprinzip:

Kollisionsbeispiele mit innerstaatlichem Recht aus den Freien Berufen im Gesundheits- sowie wirtschafts- und steuerberatenden Bereich in Deutschland

(Aufzählung nicht abschließend)

Heilkundlicher Bereich:

- Ärzte/Zahnärzte:

1. Das Herkunftslandprinzip würde zwischen der im Ausland erbrachten Dienstleistung und der zuständigen **Aufsichtsstelle** für die Berufsausübung eine (gefährliche) räumliche Distanz schaffen. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob eine Aufsichtsbehörde in einem Land in der Lage sein würde, Dienstleistungen

in einem anderen Land wirklich zu überwachen. Dies hätte negative Folgen für Patientenbeschwerden über ärztliches Fehlverhalten und würde nationale (Berufsausübungs-)Regelungen in ganz Europa untergraben. Zudem würde eine solche Regelung zu einer Zersplitterung der Berufsstände führen, da die Berufsangehörigen unterschiedlichen Verhaltenskodizes unterlägen – diese sind nämlich nicht harmonisiert. Eine derart unübersichtliche Situation würde dem Patienteninteresse zuwiderlaufen.

2. Die Berufsausübung des in der Bundesrepublik im Rahmen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung tätig werdenden Arztes beruht auf einer Zulassung als Vertragsarzt (statusbegründender Verwaltungsakt). Sie ist in den rechtlichen Rahmen des Sozialgesetzbuches V eingebunden und untergesetzlich durch die Normenverträge der Spitzenverbände der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen ausgestaltet. Diese Regelungen konkretisieren bestimmte Pflichten und Rechte der Vertragsärzte im Interesse der gleichmäßigen und bedarfsgerechten Versorgung der Versicherten aufgrund des in Deutschland geltenden Sachleistungsprinzips. Die **Einbindung in die Berufsausübungsregelungen** für vertragsärztliche Tätigkeiten **des Ziellandes** – in diesem Falle Deutschland - wird für unabdingbar gehalten, um die flächendeckende Gesundheitsversorgung auf einem einheitlichen Niveau zu sichern.

- Psychologen:

1. **Dienstleistung Verkehrspsychologische Beratung zur Wiedererlangung der Fahrerlaubnis:** kann in Deutschland nur durch einen entsprechend ausgebildeten Fachpsychologen durchgeführt werden, der über ausreichende Fachkenntnisse und diagnostischen Kenntnisse verfügt. Ein Leitfaden definiert die Anforderungen, die von den amtlich anerkannten Verkehrspsychologischen Beratern bei der Organisation und Durchführung ihrer Tätigkeit zu beachten sind. Diese Anforderungen gelten in Deutschland unabhängig von der Größe und Art der Einrichtung, in welcher Verkehrspsychologische Beratungen nach § 4 Abs. 9 StVG in Verbindung mit § 71 FeV durchgeführt werden. Da diese Dienstleistung im Unterschied zur Psychotherapie keine längerfristigen Prozesse erfordert, ist sie ohne weiteres in dem ohne Niederlassungserfordernis erlaubten Zeitraum leistbar. Es ist daher leicht vorstellbar, dass sich eine Dienstleistungsfirma gründet, die ungebunden an die deutschen Standards und ohne Qualitätssicherungsverpflichtung billigere Beratungsleistungen bei z.B. durch Alkohol auffällig gewordenen Kraftfahrern mit alle 12 Wochen wechselnden Beratern erbringt. Die deutschen Bemühungen um Qualität würden dabei ad absurdum geführt. Die öffentliche Sicherheit im Straßenverkehr ist damit berührt.

2. **Begutachtung nach dem Waffengesetz (WaffG) für die Eignung des Besitzes schwerer Schusswaffen:** die Begutachtung erfolgt nach dem Waffengesetz (§ 6 Waffengesetz und Ausführungsverordnung AWaffG) durch entsprechend qualifizierte Psychotherapeuten, Ärzte, Psychiater oder Fachpsychologen (Klinischer Psychologe, Rechts- und Verkehrspsychologe).

Analog zu den medizinisch-psychologischen Untersuchungen (MPU) und verkehrspsychologischen Be-

ratungen bei der Wiedererlangung der Fahrerlaubnis würde auch bei dieser sensiblen Dienstleistung die vom Gesetzgeber durch Eingrenzung auf bestimmte Personenkreise gewählte Voraussetzung der besonderen fachlichen Qualifikation zur psychologischen Begutachtung entfallen. Auch die gesetzlich formulierten Standards der Beurteilungsprozedur würden entfallen und ersetzt durch schwächere Regelungen bzw. im häufigeren Fall durch Regelungsfreiheit. Die gerade geänderten Regelungen im Waffenrecht dient dem Schutz der Bevölkerung. Erfolgt eine fehlerhafte Beurteilung der Eignung zum Waffenbesitz, so wären Dienstleister, die sich nur im Herkunftsland registrieren lassen müssen, sehr schwer zu belangen.

3. **Klinisch psychologische Tätigkeiten im Justizvollzug, z.B. Begutachtung zur Gewährung von Ausgängen etc.**

Mit der beginnenden Privatisierung von Haftanstalten werden auch europäische Firmen in Deutschland als Arbeitgeber und Inhaber von Haftanstalten tätig (z.B. hat in Hessen eine englische Firma einen Vertrag abgeschlossen). Die psychologische Begutachtung zur Gewährung von Ausgang bzw. Urlaub muss nach deutschem Recht durch Psychologen (Diplom-Psychologen, die zudem besonders eingearbeitet werden) erfolgen. Hier ist z.B. denkbar, dass für den Arbeitgeber günstigere Bachelor-Psychologen diese Dienstleistung im Auftrag erbringen und dafür kurzzeitig ins Land reisen. Die Qualität der Begutachtung würde mangels vertiefter Qualifikation und ohne die zurzeit im Kontext der Einbindung in den Regelbetrieb der Anstalt bestehende längere Kenntnis des konkreten Falles durch den Gutachter stattfinden.

- Tierärzte:

Art. 16 Nr. 2 des Richtlinienvorschlags sieht vor, dass der Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat einer Kontrolle unterliegen. Dies betrifft den „koordinierten Bereich“, definiert in Art. 4 Nr. 9 und Art. 16 Nr. 1 Unterabs. 2 des Richtlinienvorschlags. Gegenstand der Kontrolle wären somit nicht nur die Vorschriften der Berufsordnung, also das von den Tierärztekammern gesetzte Recht, sondern z. B. auch das Arzneimittelrecht, Betäubungsmittelrecht, Tierschutzrecht, Tierseuchenrecht. Es bedarf keiner weiteren Begründung festzustellen, dass eine Ausübung der diesbezüglichen Kontrolle durch den Herkunftsmitgliedstaat nicht möglich ist. Dies scheidet schon daran, dass die Rechtsvorschriften des Herkunftsmitgliedstaates keine Anwendung finden und den zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaates die Rechtsvorschriften am Ort der Dienstleistungserbringung nicht geläufig sein dürften. Die für eine Verfolgung von Rechtsverstößen notwendige intensive Kommunikation der in mehreren Staaten beteiligten Behörden halten wir für nicht darstellbar, im Aufwand für völlig unangemessen und durch die Sprachbarrieren zusätzlich erschwert. Ein besonderes Hindernis für eine solche Regelung sehen wir in der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland, wenn Landesbehörden Dienstleistungserbringer im EG-Ausland kontrollieren müssten.

- Apotheker:

siehe Anlage

Steuer- und wirtschaftsberatender Bereich**- Steuerberater**

Das Herkunftslandprinzip kollidiert mit innerstaatlichen Rechtsvorschriften, insbesondere Vorschriften des Steuer- und Strafrechts. So gelten in Deutschland beispielsweise für Steuerberater strafbewehrte Verschwiegenheitspflichten und Zeugnisverweigerungsrechte gegenüber Ermittlungsbehörden, wohingegen in anderen Mitgliedstaaten eine erweiterte Verpflichtung zur Auskunftserteilung oder Anzeige für diese Berufsangehörigen besteht. Kann der deutsche Steuerberater, der in den Niederlanden eine Aussage gegenüber den Steuerbehörden unter Hinweis auf die deutschen Verschwiegenheitspflichten verweigert, nach niederländischem Recht belangt werden? Bislang wird hier davon ausgegangen, dass das Herkunftslandprinzip in einem solchen Fall keine Vorrangigkeit vor dem nationalen (Steuer- und Straf-) Recht genießen wird, so dass das Herkunftslandprinzip in diesem Fall nicht zur Lösung der Rechtskollision beitragen können.

- Wirtschaftsprüfer

Die gleiche Problematik stellt sich für einen dem deutschen Berufsrecht unterstehenden Wirtschaftsprüfer, wenn er in den Niederlanden tätig wird.

Grenzüberschreitende Dienstleistungen von Apothekern und mögliche Auswirkungen der EG-Dienstleistungsrichtlinie (DL-RL)

Vorbemerkung: Diese Aufstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellt insbesondere keine abschließende Darstellung der wesentlichen Probleme der DL-RL dar, sondern ist lediglich ein kurzer Aufriß möglicher praktischer Fragestellungen insbesondere im Hinblick auf das Herkunftslandprinzip.

1. Versandhandel mit Arzneimitteln

- **Situation:** der Apotheker befindet sich im Herkunftsland, die Verbraucher im Bestimmungsland (Korrespondenzdienstleistung)
- **Arzneimittelrechtlich** darf der Apotheker lediglich solche Arzneimittel liefern, die im **Bestimmungsland** zugelassen sind (Art. 6 der Richtlinie 2001/83/EG)
- Nach dem **Herkunftslandprinzip** der DL-RL müßte sich der Apotheker lediglich an den Bestimmungen seines Heimatlandes ausrichten¹² (*Anm.:* Dies ist im Vergleich zur heutigen Rechtslage im Arzneimittelrecht (Bestimmungslandprinzip) genau entgegengesetzt.):
 - Was ist in den Fällen, in denen der Versandhandel nach wie vor national verboten ist (für verschreibungspflichtige Arzneimittel laut EuGH möglich)? In diesen Fällen dürfte z.B. nicht nach Deutschland versendet werden, obwohl hier ein Versand möglich ist (für EU-Apotheken einschlägig: § 73 AMG)? Umgekehrt dürften deutsche Apotheker in diese Länder liefern, obgleich dort Verbote bestehen?

¹² Dies gilt unter der Voraussetzung, daß der Versandhandel mit Arzneimitteln als „Dienstleistung“ eingestuft wird (vgl. Erwägungsgrund 14, der den „Handel“ nennt).

- Probleme für **deutsche Apotheker:** Es ist nicht sicher erkennbar, welche Normen genau gelten sollen, da eine Zuordnung dieser Normen entweder zum Arzneimittelrecht (dann Bestimmungsland) oder zum sonstigen (Berufs)Recht (dann Herkunftsland) erfolgen muß. Diese Zuordnung ist aber teilweise äußerst schwierig – angefangen bei Vorschriften zum Apothekenbetrieb (z.B. Dokumentation, Auswahl von Arzneimitteln, Umfang der Beratung) über Werbung (Heilmittelwerbegesetz, Berufsordnungen), Preise (Arzneimittelpreisverordnung) etc. Rechtssicherheit würde eine eindeutige, einheitliche Festlegung für alle relevanten Normen bieten (also: generelle Ausnahme vom Herkunftslandprinzip). Verstöße sind zumal häufig strafbewehrt, was die Problematik noch verschärft.

- Probleme für **EU-Apotheker:** Kollision zwischen Heimat- und deutschem Recht, d.h. Warenverkehrsfreiheit kann teilweise nicht ausgenutzt werden. Auch hier stellt sich – bei Erlaubnis zum Versand – die Frage nach der Abgrenzung zwischen Arzneimittel- und sonstigem Recht.

- Probleme für **Verbraucher:** Der Verbraucher verläßt sich bei der Bestellung im Versandhandel auf die Gewährleistung eines Mindestqualitätsstandards, wie er z.B. durch die deutschen Regelungen zum Versandhandel (§§ 43, 73 AMG, 11a ApoG) gesetzt wird. Andere europäische Staaten, die den Versandhandel gestatten, haben aber keine vergleichbaren Regelungen (Beispiel: Niederlande, in denen keine speziellen Vorschriften bestehen und in denen nur das allgemeine Arzneimittel- und Apothekenrecht greift). Bei Geltung des Herkunftslandprinzips müßte sich der Verbraucher erst über die ausländische Rechtslage vergewissern. In Staaten mit Versandhandelsverboten ist er noch dazu überhaupt nicht daran gewöhnt, auf problematische Aspekte zu achten. Angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit in diesem speziellen Marktbereich empfiehlt sich also eine Ausrichtung am Recht des Staates, in dem der Verbraucher ansässig ist.

2. Zeitweise Tätigkeit im Ausland

- **Situation:** Apotheker begibt sich für gewisse Zeit – z.B. im Rahmen einer Urlaubsvertretung eines selbständigen Apothekenleiters – ins Ausland.
- Hinsichtlich der **Berufsqualifikation** greift dann die BQ-RL, d.h. es erfolgt eine automatische Anerkennung, aber (nach der Fassung der politischen Einigung des Rates) der Apotheker muß sich bei der Berufsorganisation des Bestimmungslandes registrieren lassen (*Anm.:* dies ist im deutschen Rechtssystem unabdingbar für die Anwendung berufsspezifischen Rechts der Selbstverwaltung, z.B. der Berufsordnungen Freier Berufe) und unterliegt den dortigen disziplinarischen Bestimmungen.
- Hinsichtlich der **Dienstleistung** würde das Herkunftslandprinzip gelten.
 - Insoweit besteht auch hier Zweifel für den **Apotheker** an den jeweils anwendbaren Rechtsvorschriften: Was genau sind „disziplinarische Bestimmungen“? Fällt darunter z.B. die gesamte Berufsordnung eines Landes, oder nur die eigentlichen Be-

stimmungen hinsichtlich gravierender Berufsvergehen? Wie ist es z.B. mit dem Werberecht oder Preisvorschriften und Berufsrecht, das darauf Bezug nimmt?

- Auch der Verbraucher, der in einer Apotheke seines Landes eine Ausrichtung an den ihm bekannten Vorschriften erwartet, würde irreführt, wenn viele dieser Vorschriften gar nicht beachtet werden müßten.

3. Behördliche Überwachung

- Nach den Vorstellungen der EU-Kommission sollen die Behörden des Herkunftslandes für die Überwachung des grenzüberschreitend tätigen Apothekers zuständig sein.
 - Aus eigener Kenntnis können Behörden aber nicht tätig werden, da ihre hoheitlichen Befugnisse an der Grenze enden. Eine „Verfolgung“ des Dienstleisters ins Ausland ist daher nicht möglich.
 - Die Behörden sind daher auf Informationen angewiesen, die sie von ausländischen Behörden oder Verbrauchern erhalten. Hier stellt sich schon das Problem, daß für ein effektives Verfahren schnell ersichtlich sein muß, welche Heimatbehörde für einen Dienstleister zuständig ist. Wenn aber ein Dienstleister die entsprechende Informationspflicht nicht befolgt, stehen zumindest Verbraucher vor fast unlösbaren Problemen.
 - Weiterhin ist das Sprachenproblem zu berücksichtigen: Wie soll eine deutsche Behörde Informationen z.B. in griechischer oder litauischer Sprache verwerten? Ein zeitnahes Einschreiten wird so fast unmöglich.
- Alles in allem erscheint daher angesichts der hohen Schutzgüter im Gesundheitswesen auch hier eine generelle Ausnahme vom Herkunftslandprinzip geboten.

4. „Schwarze/Graue Liste“

- Gerade im Gesundheitsbereich bestehen viele Reglementierungen, die potentiell von den Listen betroffen sind (z.B.: Preisvorschriften, Niederlassungsbeschränkungen, Rechtsformbeschränkungen, Präsenzpfllichten etc.). Solche Regelungen sind – zumindest im deutschen Recht vor dem Hintergrund des Art. 12 GG – bereits heute nur dann zulässig, wenn sie erforderlich und verhältnismäßig sind. Im Gesundheitswesen muß eine Prüfung anhand des Ge-

meinwohlinteresses des Schutzes von Gesundheit und Leben der Verbraucher/Patienten erfolgen. Dieses Schutzgut hat den höchsten Rang, was entsprechend weitreichende Beschränkungen ermöglicht.

- Aufgrund dieser besonderen Situation und der bereits bestehenden nationalen Kontrolle würde eine erneute, umfassende Überprüfung anhand der Vorgaben der DL-RL keinen wesentlichen Zusatznutzen bieten, aber einen ungeheuren Verwaltungsaufwand darstellen. Solche Überprüfungen mögen in anderen, weniger schutzbedürftigen Wirtschaftsbereichen angemessen erscheinen, nicht aber im Gesundheitswesen.

Fazit:

Das Kernproblem der Dienstleistungsrichtlinie ist die mangelnde Berücksichtigung gesundheitsspezifischer Gesichtspunkte. Im Gesundheitswesen gibt es viele Reglementierungen, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes einen **präventiven Ansatz** verfolgen. Mag es auch in anderen Rechtsbereichen akzeptabel sein, durch Kompensationsnormen einen repressiven Schutz vorzusehen, drohen im Gesundheitsbereich bei solche einem Ansatz gravierende Gefahren für die Gesundheit von Verbrauchern/Patienten. Spätere Schadensersatzansprüche vermögen einmal eingetretene Schäden nicht wiedergutzumachen. Gerade präventive Regelungssysteme sind aber von der Dienstleistungsrichtlinie sehr stark betroffen (Rechtfertigungserfordernis durch „Schwarze/Graue Liste“, Herkunftslandprinzip). Daher erscheint aus prinzipiellen Gründen eine Herausnahme dieses Sektors aus der Richtlinie angezeigt.

Bei einer Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie wird das Hauptproblem in der **mangelnden Rechtssicherheit** für Verbraucher und Berufstätige bestehen. In Kernbereichen des Gesundheitsschutzes wird immer eine Ausrichtung am Bestimmungslandprinzip erforderlich bleiben (z.B. Arzneimittelrecht – Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel, Disziplinarrecht – Berufsqualifikationsrichtlinie). Dann aber stellt sich die Frage der **Abgrenzung** zwischen solchen Normen, die in diesen Kernbereich fallen, und Normen, die unter das Herkunftslandprinzip fallen. Hier werden viele Differenzen zwischen einzelnen Mitgliedstaaten entstehen, die erst durch die Rechtsprechung geklärt werden können. Bis dahin drohen Unsicherheiten, die sich zu Lasten der Verbraucher und Berufstätigen auswirken werden. Durch eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip ließe sich dies vermeiden.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1926

19. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V. ASU

Themenkreis I:**Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft**

Die Initiative der Europäischen Kommission, sich des Abbaus bestehender Schranken für vorübergehend grenzüberschreitende Dienstleistungen im Binnenmarkt anzunehmen, wird von der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e. V. (ASU) mit Nachdruck begrüßt und unterstützt.

Im Besonderen begrüßt die ASU die Betonung des Herkunftslandprinzips in dieser Richtlinie nach dem Grundsatz des „Cassis de Dijon“-Urteils. Ein anderer Ansatz hätte in einer theoretisch auch möglichen durch Politik und Bürokratie vorweggenommenen „Harmonisierung“ gelegen. Solche „Harmonisierungen“ bergen die Gefahr von „Nivellierungen“ oder „Kartellierungen“, die dem Subsidiaritätsprinzip deutlich widersprechen. Grundsätzlich gilt: Jede zwangsweise Harmonisierung mit heutigem Wissen schreibt den Stand von gestern fest und passt nicht für morgen in einer für sich verändernden Welt, was unvermeidlich zu chronischen Konflikten führt.

Das Herkunftslandprinzip dagegen ermöglicht eine Integration durch Spezialisierung nach komparativen Vorteilen und lässt einen friedlichen Interessenausgleich auf den Märkten zu. Es öffnet alle nationalen Teilmärkte für Innovationen aus anderen Teilen der Gemeinschaft. Ferner liegt im Herkunftslandsprinzip der Vorteil, dass das Gewicht der Fehler kleinerer Einheiten, der Regelungen der Mitgliedsstaaten, die mit anderen konkurrieren, geringer ist, als wenn eine später als „falsch“ erkannte zentrale Problemlösung oktroyiert worden ist. Die ständige Weiterentwicklung der Normen und Regeln, ihre Anpassung an die Praxis, wird eben am besten durch nationalen Standortwettbewerb erreicht. Eine Innovation kann sich so am ehesten ungehindert ausbreiten (zum Beispiel durch Nachahmung). Der Wettbewerb dieser Regulierungen miteinander in Form eines „Entdeckungsverfah-

rens“ sibt das beste System heraus: dies ist das marktwirtschaftliche Verfahren einer (nie abgeschlossenen) „Harmonisierung“, das zudem auch sonst anfallende Bürokratiekosten erspart.

Der Vorteil der Senkung der Tauschkosten durch Zwangsharmonisierung ist nur vordergründig. Zwangsharmonisierung führt zu suboptimalen Regelungssystemen, zu einer schleichenden Zentralisierung von Regelungsgewalt und schließlich zu einer Fixierung eines gegebenen Normenstandards auf dem Stand bzw. Niveau des gerade verfügbaren Wissens. Diese Wirkungen haben zum Ergebnis, dass in der Praxis jede Vorwegharmonisierung alle Beteiligte wesentlich teurer zu stehen kommt. Oft kommen im Rahmen von „Harmonisierungen“ die europäischen noch zu den nationalen Regelungen hinzu, so dass das Recht insgesamt schwerfälliger wird.

Es wird durch die Marktöffnung und den vorgesehenen Wettbewerb im Dienstleistungssektor nicht zwangsläufig zu „Nivellierungen nach unten“ kommen. Allerdings werden einige nationale Dienstleistungsangebote unter Konkurrenzdruck kommen, wenn die Wahlmöglichkeiten größer werden und sich eine höhere Dienstleistungsqualität durchsetzen beginnt. Soweit bestimmte Standards gewünscht werden, werden sie von den Kunden am Markt nachgefragt werden. Von „Dumping“ kann dabei freilich nicht die Rede sein, soweit ein Dienstleistungsangebot nicht künstlich subventioniert wird, sondern den jeweiligen Knappheitspreis abbildet. Im Übrigen stimmt der Markt über wünschenswerte Standards ab.

Neben der Einführung des wichtigen Herkunftslandprinzips begrüßt die ASU unter dem Gesichtspunkt einer auf Wachstum und mehr Beschäftigung zielenden Politik (Lissabon-Agenda) im Besonderen den Abbau bürokratischer Hemmnisse, die Vereinfachung der Genehmigungsverfahren und die Beseitigung von Marktzutrittsbarrieren, die den Freiraum schaffen, den kleine und mittlere Unternehmen für neuere unternehmerische Initiativen und Strategien benötigen.

Unabhängige Experten schätzen, dass EU-weit durch die Öffnung der Dienstleistungsmärkte die Wertschöpfung im Dienstleistungsbereich um über 30 Milliarden anwachsen dürfte und 600.000 neue Arbeitsplätze entstehen werden. In Deutschland könnten es etwa 100.000 sein. Für die deutsche Dienstleistungswirtschaft käme eine liberale Dienstleistungsrichtlinie einer enormen Exportfördermaßnahme gleich und würden einen positiven Beschäftigungsimpuls setzen.

Herkunftslandprinzip und Ausnahmen

Kern der Richtlinie ist die Ausweitung des Herkunftslandprinzips vom Güter- auch auf den Dienstleistungssektor. Die ASU hält es nur für konsequent, dass auch im Bereich der Dienstleistungen endlich der Dienstleistungserbringer den Rechtsvorschriften des Landes unterliegen soll, in welchem er niedergelassen ist. Im Warenverkehr hat sich diese Praxis zum Nutzen von Verbrauchern und Unternehmen bereits jahrzehntelang bewährt. Diese Regelung wird nicht nur Hindernisse für das Angebot und den Handel von Dienstleistungen beseitigen und den Wettbewerb gerade im Interesse der Nachfrager und Verbraucher fördern, sondern auch eine bestehende Leistungsvielfalt und breite Angebotspalette bei Dienstleistungen erhalten.

Die Richtlinie sieht in den Artikeln 17 bis 19 einen überaus umfassenden Katalog von (vorübergehenden) Ausnahmen vor, die nach Ansicht der Kommission erforderlich seien, um in einigen Bereichen u. a. einem unterschiedlich starken Schutz des Allgemeininteresses Rechnung zu tragen.

So gibt es z.B. Ausnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, im Hinblick auf den Verbraucherschutz der Arbeitnehmererschutz (Ausnahmeregelung für die Arbeitnehmerentsenderichtlinie), bei denen der Dienstleistungserbringer den im Land der Dienstleistungserbringung geltenden Vorschriften unterworfen ist. Ferner erstreckt sich die Richtlinie explizit nicht auf sog. „nichtmarktbestimmte Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“. Selbst für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, namentlich den Postdiensten sowie der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung werden Ausnahmen nach Artikel 17 vorgesehen.

In dieser Vielzahl von Ausnahmen liegt aus Sicht der ASU ein schwerer Nachteil, denn alle diese Sonderregelungen machen nicht allein die Rechtslage unübersichtlich, sondern werfen zudem auch eine Fülle von Abgrenzungsfragen zwischen den Bereichen unter der Geltung des Herkunftslandsprinzips und solchen mit Ausnahmeregelungen auf.

Die ASU hält es - als ein Minimum - für geboten, den Ausnahmekatalog in regelmäßigen Zeitabständen zu überprüfen und die Diskussion voranzutreiben sowie auch die so genannten „nicht marktbestimmten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ in den Binnenmarktprozess einzubeziehen.

Zielführend wäre ein Zurücknehmen der im Entwurf befindlichen und der darüber noch hinausgehend vorgeschlagenen Ausnahmereiche. Zum Teil haben Ausnahmereiche freilich eine gewisse Berechtigung, wie etwa Art. 17 Nr. 6 (Datenschutz) oder auch Nr. 14 (notarpflichtige Rechtsakte). Es soll auch zugestanden sein, dass im engeren öffentlich-rechtlichen Verwaltungsbereich noch Grenzen für eine Durchdringung mit dem

Herkunftslandsprinzip zu akzeptieren sind. Jedoch ist nicht einzusehen, dass der Geltung des Herkunftslandprinzips über eine Fülle von Ausnahmen eine Vielzahl weiterer Sachverhalte entzogen werden soll.

Gemäß der Unterrichtung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) vom 12. April 2004 (Ausschussdrucksache 15(9)1853) hält die Bundesregierung noch weitere Ausnahmen vom Abwendungsbereich des Herkunftslandprinzips für erforderlich:

- Einsichtig ist, dass Dienstleistungen mit Waffen und Explosionsstoffen, Atom- und Strahlenschutz u. ä. m. vom Herkunftslandprinzip ausgenommen werden sollen. Hierfür liegen gute Gründe auf der Hand. Die Mitgliedstaaten (nicht die EU) tragen Verantwortung für die physische Sicherheit ihrer Bürger.
- Anders liegen die Dinge bei der Forderung nach Ausnahmereichen für Glückspiel-, Lotterie und Wettwesen. Der Bundesregierung scheint die bisherige Regelung in Art. 18 (Vorübergehende Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip) noch nicht auszureichen. An dieser Stelle geht es offensichtlich insbesondere den Bundesländern, ersichtlich nur um den Erhalt der den Ländern Einnahmen verschaffenden Lotteriemonopole. Dies ist nichts anderes als ein Monopolschutz unter dem Deckmantel, Bürger vor den Gefahren ihres Spieltriebes beschützen zu müssen.
- Die Forderung der Bundesregierung nach einer Ausnahme von der Geltung des Herkunftslandprinzips für Hörfunk und Fernsehen und das von der Bundesregierung deklarierte Verbot von Auswirkungen auf nationale Fördersysteme im Kulturbereich (insbesondere Filmförderungen) ist aus Sicht der ASU nicht tragfähig. Es ist nicht zu verstehen, warum große Bereiche der Medien- und Kulturwirtschaft, zentrale, wenn nicht klassische Dienstleistungsbranchen, von der angestrebten Vollendung des Binnenmarktes für Dienstleistungen ausgespart bleiben sollen.
- Ähnliches gilt auch für den Bereich Gesundheitswesen. Welche Märkte sind potentiell dienstleistungsentensiver als gerade der Markt für Leistungen für die menschliche Gesundheit und Pflege? Es ist durchsichtig und falsch, dass die Bundesregierung hier versucht, den ganzen Bereich Gesundheit und Soziales weiter unter staatlich verwalteter Kuratel zu halten und diesen Zustand durch die Einfügung weiterer Ausnahmereiche zementieren zu wollen.

Einzuräumen bleibt hier lediglich, dass Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip für so genannte „bioethisch sensible Bereiche“ in der Tat möglich bleiben sollten, weil ethische Fragen dieser Art in der Tat nicht zentral in Brüssel entschieden werden sollten, sondern weiter Sache der Einzelstaaten mit ihren regional gewachsenen Rechtsordnungen und Moralvorstellungen bleiben sollten.

Es bestehen keine Bedenken dagegen, dass sich die Bundesregierung bestehende Kontrollmöglichkeiten, etwa in Bezug auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – bewahren will. Aber dem stünden auch weder die Dienstleistungsrichtlinie noch das Herkunftslandprinzip entgegen.

Falls der weit gefasste Ausnahmekatalog der Bundesregierung sich auf europäischer Ebene durchsetzen ließe, wäre es möglicherweise sogar besser, gar keine EU-Dienstleistungsrichtlinie zu haben, statt einer, die derma-

ßen durchlöchert ist und durch deren zahlreiche Ausnahmehereiche zusätzlich Bürokratie und Unübersichtlichkeit verursacht wird. Angesichts von 5 bis 7 Millionen Arbeitslosen in Deutschland ist es mehr als fahrlässig, die Dienstleistungsrichtlinie zu blockieren oder zu verwässern.

Themenkreis II

Arbeitsrecht (Entsendung, Leiharbeit, Tarife, Mindestlohn, Betriebsverfassung)

Es ist richtig, dass Insbesondere das Herkunftslandprinzip direkte und mittelbare Folgen für die Entwicklung der 25 mitgliedstaatlichen Arbeitsmärkte und der jeweiligen nationalen Arbeitsrechtsordnungen haben wird. Jedoch werden diese Wirkungen andere sein, als in der gegenwärtig populistisch geführten öffentlichen Debatte.

Die in diesem Zusammenhang oftmals geäußerte Befürchtung, das Herkunftslandprinzip initiere ein „race to the bottom“ – also eine Orientierung an dem geringstmöglichen Niveau - und fördere den Niedergang einer hohen Dienstleistungskultur, „Sozialdumping,“ sowie insbesondere die Aushöhlung von Arbeitnehmerschutzrechten (oder gefährde auch den Umweltschutz), zeugt von einem tiefen Misstrauen gegenüber anderen Mitgliedsstaaten. Nur bei gegenseitigem Vertrauen in die Systeme und Kontrollmechanismen der anderen Staaten wird es gelingen, die Chancen eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes effektiv zu nutzen. Allzu leichtfertig übersehen die Kritiker gerade aus den Reihen der Gewerkschaften dabei, dass die Schaffung des europäischen Binnenmarktes im letzten Jahrzehnt zur Schaffung von über 2,5 Millionen neuer Arbeitsplätze beigetragen hat und das größte Wachstumsprogramm in der Geschichte der Europäischen Union war.

Ohne Zweifel wird ein Ergebnis der Dienstleistungsrichtlinie sein, dass der internationale Wettbewerb auf den Dienstleistungsmärkten zunehmen wird. Für Deutschland hat dies vermutlich zur Folge, dass insbesondere Dienstleistungen mit eher geringer Wertschöpfung zunehmend durch billigere, ausländische Dienstleister im Rahmen von Werkverträgen oder ähnlichen Vertragskonstrukten übernommen werden. Würde man hierfür eine Analogie zu den Gütermärkten bilden, so entspräche eine solche Entwicklung Produktionsaufträgen ins Ausland.

Je nachdem, wie intensiv Branchen durch den wachsenden Konkurrenzdruck betroffen sein werden und dieser Wettbewerb in der Bevölkerung aufgenommen wird, dürfte es in Zukunft verstärkt zu Bestrebungen kommen, den eigenen Besitzstand insbesondere im kollektiven und individuellen Arbeitsrecht in Form von Entsendegesetzen oder Mindestlöhnen zu verteidigen bzw. vor Konkurrenz zu schützen. Dem eintretenden Konkurrenzdruck werden sich die betroffenen Dienstleistungsbranchen allerdings nicht entziehen können, da sie nicht dauerhaft gegen Millionen individueller Entscheidungen der Konsumenten werden handeln können.

Die Bundesregierung hat vor diesem Hintergrund das deutsche Entsendegesetz bereits als Blaupause für andere „schützenswerte“ Branchen herangezogen, um „die deutsche Wirtschaft“ so vor einem vermeintlichen „Sozialdumping“ oder einem anderen beliebigen „Dumpingszenario“ schützen zu können. Auch die Debatte über gesetzliche Mindestlöhne hat an Fahrt gewonnen.

Solche Maßnahmen gehen jedoch am Kern des Problems vorbei. Arbeitsplätze und Sozialstandards werden durch solchen Aktionismus nicht gerettet, sondern im Gegenteil sogar gefährdet. Entsendegesetze oder Mindestlöhne entbinden den Gesetzgeber nicht von der Pflicht, durch Reformen auf dem Gebiet der sozialen Sicherung (Ablösung vom Arbeitsverhältnis), des Steuersystems und dem kollektiven und individuellen Arbeitsrecht (Deregulierung) sowie dem Bildungswesen solche Verhältnisse herzustellen, die es den deutschen Unternehmen und ihren Mitarbeitern erlauben, sich auf sich ständig wandelnde Wettbewerbssituationen einzustellen. Nur so werden Arbeitsplätze gesichert und geschaffen.

Die Dienstleistungsrichtlinie wird zunächst zwar keinen unmittelbaren Einfluss de jure auf die Höhe der Tarife oder die Betriebsverfassung ausüben. Mit zunehmendem Wettbewerbsdruck wird die Ausgestaltung dieser Besitzstände jedoch de facto auf den Prüfstein internationaler Marktängigkeit kommen. So wird sich die Tendenz zu betrieblichen Bündnissen für Arbeit jenseits der Tarifparteien sicherlich verstärken.

Abgesehen davon, dass die Nachfrager von Dienstleistungen und damit letztlich auch der private Endverbraucher als potentiell von der Dienstleistungsrichtlinie Begünstigter, nämlich als Konsument günstigerer Waren und Dienstleistungen, in der laufenden Diskussion ohnehin so gut wie keine Beachtung findet, ist auf dem politischen Markt für Meinungen und Wählerstimmen schwer vermittelbar, dass Mindestlöhne und Entsendegesetze einem Zoll auf Arbeit gleichkommen oder eine moderne Form des Protektionismus darstellen. Jedoch erhöhen solche Maßnahmen die Verbraucherpreise, und es wird es nicht gelingen, längerfristig gegen die Marktsignale zu produzieren. Dies gilt zumindest für die Fälle, in denen Konsumenten oder Investoren keine Präferenz zugunsten nationaler Produktion erkennen lassen.

Mindestlöhne und Entsendegesetze schaffen keinen einzigen Arbeitsplatz. Wo sich höhere Preise beim Nachfrager nicht durchsetzen lassen, werden bei fehlendem Lohnspielraum nach unten oder fehlenden anderen Kompensationsmöglichkeiten die Betriebe abwandern müssen. Die Folge wird weiter steigende Arbeitslosigkeit insbesondere bei Jugendlichen und Geringqualifizierten sein.

Dagegen weist die Dienstleistungsrichtlinie mit ihrem generellen Ansatz einer Liberalisierung der Dienstleistungsmärkte und ihrer konkreten Entscheidung für das Herkunftslandprinzip in die richtige Richtung, sucht die Politik nach immerhin mittelfristig wirksamen Wegen aus der Massenarbeitslosigkeit in einzelnen Mitgliedstaaten, zu denen auch Deutschland gehört. Die Dienstleistungsrichtlinie kann nicht zuletzt auch zu einer Entwicklung in Richtung auf „legalisierte“ Märkte für bestimmte, bisher gar nicht - oder aber übersteuert - angebotene Dienstleistungen führen, sprich: zu einem Abbau von Schwarz-Dienstleistung.

Wirtschaftsrechtliche Fragen (Haftung, Gewährleistung)

Die Qualität der Dienstleistungen ergibt sich aus Angebot und Nachfrage und nicht aus staatlichen Vorschriften. Dennoch beinhaltet die EU-Richtlinie eine Vielzahl von Vorschriften und Regelungen, die auf die Sicherstellung einer hohen Dienstleistungsqualität abzielen. Diese sind jedoch daraufhin zu überprüfen, ob sie der Intention

- Öffnung der Märkte, weniger bürokratische Regulierungen – entgegenstehen. Im Einzelnen sieht die ASU folgenden Änderungsbedarf.

- Artikel 26 – Informationen über Dienstleistungserbringer und deren Dienstleister
- Artikel 26 und seine Vorgabe, dass in allen von den Dienstleistungserbringern den Dienstleistungsempfängern zur Verfügung gestellten Unterlagen ausführliche Informationen über die angebotene Dienstleistung enthalten sind, ist überzogen und daher zu streichen. Es ist praxisfern, wenn in jedem Informationsschreiben jeweils die gesamten Generalklauseln und die allgemeinen Geschäftsbedingungen mitgeteilt werden müssten - es sei denn, dass es handelt sich um ein konkretes Vertragsangebot.

- Artikel 27 – Berufshaftpflichtversicherung und Sicherheiten

Auch die Regelungen zur Berufshaftpflichtversicherung (Artikel 27) ist aus ihre Praxistauglichkeit hin zu überprüfen. In ihrer jetzigen Form ist sie zu vage: Was ist unter einem „besonderen Gesundheits- und Sicherheitsrisiko“ oder einem „besonderen finanziellen Risiko für den Dienstleistungsempfänger“ zu verstehen? Auch wenn die Intention des Verbraucherschutzes ersichtlich ist, birgt eine solche Regelung erneut die Gefahr von Überregulierungen.

- Artikel 28 - Nachvertragliche Garantien und Gewährleistung

Artikel 32 - Streitbeilegung

Eine ähnliche Überprüfung sollten u.a. auch die Artikel 28 „Nachvertragliche Garantie und Gewährleistung“, Artikel 32 „Beilegung von Streitigkeiten“ erfahren.

- Artikel 32 - Maßnahmenpaket zur Qualitätssicherung

Die ASU weißt nachdrücklich, dass der Erbringer einer Dienstleistung bereits aus eigenem wirtschaftlichen Interesse alles daran setzen wird, einen hohen Qualitätsmaßstab zu setzen. Nur so wird er im Wettbewerb bestehen und Kunden von seinem Angebot überzeugen können. Dienstleister und ihre berufsverbandlichen Zusammenschlüsse können ebenso ein Interesse haben, bestimmte Standards zu setzen und so für ihre Produkte zu werben. Staatlicherseits intonierte oder verordnete Standardisierungsbemühungen zur Entwicklung gemeinschaftlicher europäischer Dienstleistungsstandards sind nicht erforderlich. Im Gegenteil, sie können mit Blick auf die Leistungsvielfalt und das Aufgreifen neuer Entwicklungen eher hinderlich sein.

Insgesamt ist die ASU der Auffassung, dass bei allen Maßnahmen zur Qualitätssicherung mehr Vertrauen in das Funktionieren des Marktes gelegt werden sollte. Bestandteil des Marktprozess sind bereits heute freiwillige Initiativen, die eine Angleichung von Schutzniveaus der Märkte über bestehende freiwillige Qualitätssiegel, Best Practices oder Verhaltenskodizes ermöglichen. Die Entwicklung von Qualitätssiegeln oder Verhaltenskodizes aus dem Wettbewerb unterschiedlicher Anbieter heraus führt zu Marktinformationen über Anbieter, die geeignet sind, den Verbraucher aufzuklären. Zertifizierungen, Normen und/oder Gütesiegel, die für viele Dienstleistungs-

branchen bestehen, könnten durch nicht regulative Vereinbarungen auch auf europäischer Ebene erreicht werden.

Die ASU begrüßt die von der Kommission in einem „Konvergenzprogramm“ vorgeschlagene Entwicklung von Gemeinschaftskodizes, wie sie Artikel 39 der Richtlinie vorsieht. Bei der Ausarbeitung ist es jedoch wichtig, dass die betroffenen Interessensgruppen gehört werden und sich an der Entwicklung beteiligen können. Dadurch entsteht eine breite Akzeptanz. Diese trägt auch dazu bei, dass die Landesorganisationen und Berufsverbände, -kammern und -organisationen die Anwendung auf nationaler Ebene forcieren werden.

Themenkreis III

Öffentliche Kontrolle und Verwaltungsvereinfachung

Insbesondere im Bereich der Niederlassungsfreiheit sieht der Richtlinienentwurf eine Reihe von Maßnahmen zur Verwaltungsvereinfachung vor, die von der ASU im Grundsatz und nachdrücklich begrüßt werden. Die von der EU-Kommission vorgeschlagenen Regelungen werden insgesamt nicht nur dazu beitragen, den Dienstleistungsverkehr innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern, sondern können ebenfalls einen wichtigen Beitrag dazu leisten, dass jeweils innerstaatlich der Abbau von Bürokratie und organisatorischem Aufwand vorangetrieben wird. Im Einzelnen:

- Artikel 5 – Vereinfachung der Verfahren

Die ASU begrüßt das Vorhaben, Verwaltungsverfahren und Formalitäten im Bereich der Niederlassungsfreiheit grundlegend zu vereinfachen, stellen sie doch bisher gerade für vergleichsweise kleine Unternehmen eine faktische Markteintrittsbarriere dar. Die in Artikel 5 vorgesehene Regelung zur Anerkennung aller Dokumente, die Mitgliedstaaten ausstellen, dürfte einen deutlichen Beitrag zur Absenkung der Bürokratiekosten für die Unternehmen darstellen. Insbesondere begrüßt die ASU, dass nicht mehr generell auf der Vorlage von beglaubigten Dokumenten bestanden werden soll.

Die Mitgliedsländer sollten sich zusätzlich darauf verständigen, Dokumente neben einer Ausfertigung in der Muttersprache auch in Englisch als der weitest verbreiteten Amtssprache zur Verfügung zu stellen. So würde in der Praxis die Feststellung der Gleichwertigkeit der Dokumente erleichtert, indem sprachlichen Schwierigkeiten im Vorfeld ausgeräumt würden. Zudem könnte trotz aller – weitgehend negativen - Erfahrungen (Abstimmungsprozesse, Zeit) die Entwicklung von Musterdokumenten hilfreich sein, wenn sich die Mitgliedsstaaten auf einen gemeinsamen Standard hierüber verständigten.

Nicht einleuchtend ist die Einschränkung aus Satz 3, dass die Anerkennung von Berufsqualifikationen aus der Vereinfachungsregelung ausgenommen werden sollte. Sollte aus den Dokumenten eindeutig hervorgehen, dass die betreffende Anforderung erfüllt ist, so steht aus Sicht der ASU einer Anerkennung nichts im Weg.

- Artikel 6 – Einheitliche Ansprechpartner

Die europaweite Schaffung einheitlicher Ansprechpartner ("one stop agency"), die spätestens ab dem

1.1.2009 als Kontaktstellen für alle Verfahren, Formalitäten und Erlaubnisse im Zusammenhang mit der Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit dienen, wird ebenfalls zu einer deutlichen Erhöhung der Transparenz führen, die Unternehmen von Such- und Bürokratiekosten entlasten und so den Austausch von Dienstleistungen erleichtern.

Damit wird die Voraussetzung dafür geschaffen, dass sich die Unternehmer nicht bereits in unterschiedlichen Zuständigkeiten verlieren. Zugleich besteht aufgrund zunehmender Transparenz über die europaweiten Verwaltungsprozeduren die Chance einer europaweiten Verwaltungs- und Bürokratierreform, die formale Abläufe möglichst effizient und straff ordnet. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang auch die in Artikel 8 vorgesehene Schaffung einer elektronischen Verfahrensabwicklung.

Positiv beurteilt die ASU, dass die "one stop agencies" nicht unbedingt bei Verwaltungsbehörden angesiedelt sein müssen. Wir bevorzugen eine Ansiedlung dieser Agenturen eindeutig in Unternehmensnähe, also bei privaten Einrichtungen, Berufsorganisationen oder den Kammern.

- Artikel 7 – Recht auf Information

Positiv beurteilt die ASU ferner das Recht auf Information nach Artikel 7. Allerdings wäre eine Konkretisierung des Artikels 7, Absatz 6 wünschenswert. Es sollten nicht allein Maßnahmen ergriffen werden, die die Bereitschaft der einheitlichen Ansprechpartner „fördern“, die Informationen „auch in anderen Gemeinschaftssprachen bereitzustellen“. Auch hier wäre eine Verpflichtung auf die Informationsbereitstellung in Englisch zweckdienlich, zumal Englisch sich im internationalen Kommunikationsverkehr durchgesetzt hat.

- Artikel 9 – Genehmigungsregeln

Alle Genehmigungserfordernisse sollten darauf überprüft werden, ob eine nachträgliche Kontrolle nicht ebenso wirksam sein und somit das verhältnismäßigere Mittel darstellen kann. Nur als ultima ratio darf ein Erfordernis aufgestellt bzw. nach sorgfältiger Überprüfung in den einzelnen Mitgliedstaaten aufrecht erhalten werden. Alle Prozesse müssen sorgfältig evaluiert und überflüssige Erfordernisse folglich abgeschafft werden.

Die Genehmigungsregelung aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses (Art. 9 Abs. 1 Ziffer b)) ist allerdings anfällig für Protektionismus durch die Hintertür. Wie die seit geraumer Zeit geführte Diskussion um die wettbewerbliche Sonderstellung der sog. "öffentlichen Daseinsvorsorge" zeigt, werden hier voraussichtlich Wettbewerbshindernisse unter dem Deckmantel des Allgemeininteresses zu begründen versucht werden. So definiert der Europäische Gerichtshof beispielsweise "Ziele der öffentlichen Gesundheit" als Ziel des Allgemeininteresses. Gleiches gelte im Übrigen für die Sozialpolitik. Problematisch ist Letzteres, da noch nicht einmal eine allgemein akzeptierte Definition dessen existiert, was konkret und welche Maßnahmen unter „Sozialpolitik“ zu verstehen sind. Die Ansichten hierüber unterscheiden sich immens allein schon dadurch, ob eine "Sozialpolitik" wohlfahrtsstaatlich oder eher subsidiär

ausgerichtet sein sollte. Art. 9 Abs. 1 Ziffer b) sollte entsprechen konkretisiert werden.

- Artikel 10 – Voraussetzung für die Erteilung von Genehmigungen

Damit die Genehmigungen tatsächlich willkürfrei und nicht missbräuchlich gehandhabt werden, sollte auch in Art. 10, Abs. 2, Ziffer b) konkretisiert werden, was als "Erfordernis des Allgemeininteresses" anzusehen ist.

- Artikel 11 – Geltungsdauer der Genehmigung

Auch hier sollten die "Erfordernisse des Allgemeininteresses" oder ihre Kriterien klar definiert und mit einer Begründung versehen sein.

- Artikel 12 – Wahl zwischen mehreren Antragstellern

Die ASU unterstützt nachdrücklich die vorgesehene vollständige Neutralität und Transparenz bei der Genehmigungsvergabe (siehe auch Artikel 13).

- Artikel 13 – Genehmigungsverfahren

In Art. 13 Abs. 4, Satz 2 sind die Voraussetzungen für ein "zwingendes Erfordernis eines Allgemeininteresses" zu benennen, bei deren Vorliegen andere Regelungen als die Fristenregelung in Abs. 3 und die Genehmigungsfiktion in Abs. 4, Satz 1 gelten sollen.

- Artikel 14 – Unzulässige Anforderungen

Die ASU begrüßt es, eine Liste unzulässiger Anforderungen aufzunehmen. So können hinderliche Einzelregelungen der Mitgliedstaaten beseitigt werden. Nicht zuletzt könnte auf diese Weise auch Bürokratieabbau erreicht werden.

- Artikel 15 – Zu prüfende Anforderungen

Grundsätzlich begrüßt die ASU auch diese Liste der zu prüfenden Anforderungen. Jedoch sollte wie oben bereits mehrfach erwähnt auch in diesem Fall die Kriterien benannt und die Entscheidungen begründet werden, weshalb ein "zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses" eine bestimmte Anforderung bei der Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit begründet.

IV. Abschlussbemerkung

Europa braucht ein Weniger an Zwang und Regulierung, das gilt auf der Ebene der Mitgliedstaaten ebenso wie auch für den europäischen Gesetzgeber. Die vorgeschlagene Dienstleistungsrichtlinie weist den richtigen Weg. Wir brauchen allerdings, wenn wir europaweit den Markt für Dienstleistungen liberalisieren und damit gewissermaßen erst wirklich schaffen, keine Schutzregeln, Beipackzettel und Definitionen von so genannten „Gefahrenbereichen“.

Aus diesem Grunde lehnt die ASU auch die Bestrebungen der Bundesregierung ab, die Dienstleistungsrichtlinie „aufzuweichen“ und den bereits umfassenden Ausnahmekatalog weiter zu vergrößern. Die Beseitigung überkommener, bislang verdeckter Protektionismen wird innergemeinschaftlichen Wettbewerb um die am Besten markttauglichen Rahmenbedingungen auslösen. Das wird dabei helfen, den Standort Europa insgesamt zu verbessern und einen großen Heimatmarkt auch für alle Anbieter von Dienstleistungen zu schaffen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1939

23. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di

Mit dieser Richtlinie möchte die EU-Kommission eine Verbesserung des EU-Binnenmarktes erreichen und damit die in der Lissabonstrategie formulierten Ziele umsetzen, Europa zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftssystem der Welt zu machen. Ausgangspunkt dieses ersten wichtigen Teilprojektes ihrer Binnenmarktstrategie ist dabei auch, dass im Dienstleistungssektor ein erhebliches Beschäftigungspotential liegt, das aufgrund der nach Analyse der Kommission noch vielfach vorhandenen Hindernisse nicht genügend entfaltet ist. Dieses Wachstums- und Innovationspotential möchte die Kommission auf tun, indem sie den Binnenmarkt für Dienstleistungen vollendet und Hindernisse abbaut.

Diese Ziele als solche sind zu unterstützen. Auch ist der Abbau bürokratischer Hindernisse sicherlich sinnvoll.

Mit der Dienstleistungsrichtlinie wird aber deutlich, dass die Kommission als wesentliches Prinzip zur Vollendung des Binnenmarktes im Dienstleistungsbereich nach wie vor den Wettbewerb sieht.

Dies widerspricht zum einen der Lissabonstrategie aber auch dem Verfassungsentwurf, der die Umgestaltung der reinen EU-Marktwirtschaft zur sozialen Marktwirtschaft vorsieht.

Außerdem hat die EU-Kommission als Hüterin der Verträge nicht nur den wirtschaftsorientierten Ziele aus Artikel 2 des EG-Vertrags Rechnung zu tragen, sondern sie muss auch - die in diesem Zusammenhang zumindest gleichrangigen - sozialen Ziele erfüllen, also bei der Durchführung der Gemeinschaftspolitiken neben dem bereits in Anspruch genommenen Ziel eines hohen Beschäftigungsniveaus vor allem

- ein hohes Maßes an sozialem Schutz,
- die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität,
- den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt,

- die Gleichstellung von Männern und Frauen sowie auch
- ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität zu fördern.

Dienstleistungen werden grundsätzlich von Personen, häufig auch abhängig Beschäftigten erbracht. Dementsprechend müssen auch die Bedingungen, unter denen sie arbeiten, den besonderen sozialpolitischen Zielen aus Artikel 136 des EG-Vertrags entsprechen.

ver.di fordert, dass die EU-Kommission ihre einseitige Ausrichtung am Wettbewerb in der Dienstleistungsrichtlinie korrigiert und der Qualität der Arbeitsverhältnisse, dem größeren sozialen Zusammenhalt sowie dem Prinzip der Nachhaltigkeit entsprechend der Lissabonner Strategie umfassend Rechnung trägt. Umsetzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ja, Verbesserung des Dienstleistungsmarktes europaweit ja, Abbau bürokratischer Hindernisse ja, alles jedoch nur, sofern dies auch den in Artikel 2 und 136 des EG-Vertrags genannten sozialen Zielen entspricht und dementsprechend eine Verbesserung der Qualität der Dienstleistungen und der Versorgung von Verbrauchern erzeugt, Lebens- und Arbeitsbedingungen verbessert, die Arbeitslosigkeit verringert und die soziale Kohärenz in der EU stärkt.

1. Vorgehensweise

Mit dieser Richtlinie möchte die EU-Kommission den gesamten Dienstleistungsmarkt in der EU regeln, egal, ob es sich z. B. um konkrete oder virtuelle Dienstleistungen handelt. Die damit intendierte umfassende Reichweite meint die Kommission erreichen zu können, indem sie von den spezifischen Charakteristika und Inhalten von Dienstleistungen absieht und versucht, sie nur an ihren Markteigenschaften festzumachen (z. B. Kriterium der Entgeltlichkeit). Damit gerät sie von vornherein in Probleme (Ausnahmeregelungen einerseits versus konkretistische Regelungen (Totentransporte!) andererseits).

Sie sucht alles dem Prinzip der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu subsumieren und unterwirft eine unabsehbare Menge von Regelungstatbeständen diesem Prinzip (von Entsendung, über Verbraucherschutz, zu Berufsankennung, zu Gesundheit und internationalem Privatrecht, usw.) – alles Tatbestände, die für einen qualitativ befriedigenden Dienstleistungsmarkt zwar auch wichtig sind, aber nicht nur für ihn. Sie stellen einen Wert/Sinn in sich selbst dar, wie z. B. Arbeits- und Entlohnungsbedingungen, die keineswegs allein der Erfüllung grenzüberschreitender Dienstleistungen dienen und durch diese Richtlinie geregelt werden dürfen.

Einbezogen werden in unübersehbarer Anzahl oft schon jahrzehntelang geregelte Materien (wie z. B. Zweigniederlassungsrichtlinie, die Entsenderichtlinie, E-Commerce-Richtlinie, Urheberrecht, Fernsehrichtlinie), wie solche, die gerade novelliert werden (Berufsankennungsrichtlinie, internationales Schuldrecht, Verordnung über soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer). Dies führt zu erheblichen Widersprüchen der grundlegenden Prinzipien (Marktort – Arbeitsort – Herkunftsland) und zu unfassbaren Interdependenzen. Der beabsichtigte "große Wurf" zeigt sich eher als kaum zu übertünchender Mangel an Koordination der verschiedensten laufenden Verfahren und Projekte durch die Kommission, wie auch einer sinnvollen inhaltlichen Koordination der einzelnen Materien.

Diese Probleme der Vorgehensweise schlagen sich auch in der sprachlichen Gestaltung der Richtlinie nieder – sie ist in hohem Maße unklar und mehrdeutig (Beispiel: Artikel 23, der die Erstattung von Gesundheitsdienstleistungen betrifft: die Formulierung schafft die Möglichkeit, eine Differenz zwischen Kosten und Erstattungsregeln kostentreibend für Sozialversicherungen in Anspruch nehmen zu können).

Die überdimensionierte Vorgehensweise der Kommission führt zu Rechtsunklarheit, weil mannigfache Interpretationsmöglichkeiten geschaffen werden und damit zu mehr Hindernissen für den Dienstleistungsmarkt!

Die Kommission muss diese Richtlinie grundsätzlich überarbeiten und klare Sachverhalte umreißen, die mit anderen Politikbereichen und Regelungsbeständen kohärent sind (Beispiel: das Kriterium der Entgeltlichkeit für Dienstleistungen ist weder klar noch ausreichend, s. unten). Mehr Klarheit wird dabei auch erreicht werden, wenn die sozialen Folgen und die soziale Kohärenz schon bei der Definition von Kernprinzipien miteinbezogen werden (was insbesondere für Arbeitsbedingungen und das Herkunftslandsprinzip gilt).

Der vorliegende Text ist zum Beispiel unklar, was die generelle Gültigkeit für den Verkehr, Gesundheitsdienstleistungen, die Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, insbesondere auch der Ver- und Entsorgung, dazu die Ausnahmen vom Herkunftslandsprinzip beispielsweise bei der Wasserentsorgung und der Abfallwirtschaft betrifft.

Ein Evaluierungsprozess ist grundsätzlich zu begrüßen. Eine umfassende Kosten-Nutzen-Bewertung der sozialen Auswirkungen des Richtlinienentwurfes muß aber im ersten Schritt vor seiner Einführung ge-

macht werden. Auch ist nicht zu akzeptieren, dass in solche Prozesse zwar die Wirtschaft nicht jedoch die Gewerkschaften als Vertreter der Millionen Arbeitenden in der EU einbezogen werden.

2. Die soziale Dimension

Die sozialen Bedingungen der Menschen, die in Europa leben und arbeiten, sind nicht weniger wichtig als das Funktionieren des Marktes.

Deshalb dürfen die Konditionen, unter denen die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen erfolgen soll, nicht dazu führen, dass eine soziale Unterbietungskonkurrenz quer durch die EU ermöglicht wird.

2.1 Die Entsenderichtlinie von 1996 schreibt eindeutig fest, dem Arbeitsortsprinzip folgend, dass die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen des Ortes gelten, wo die Dienstleistung erbracht wird. Dieses muss als Günstigkeitsprinzip umfassende Gültigkeit be- bzw. erhalten. Deshalb:

- darf die Richtlinie keinen Ansatz bieten (wie mit Art. 24 und 25), das Arbeitsortsprinzip der Entsenderichtlinie durch das Herkunftslandsprinzip zu durchlöchern
- muss der Geltungsbereich der Entsenderichtlinie zumindest deckungsgleich mit dem Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie sein. Dies impliziert, da die Entsenderichtlinie zwingend nur für den Bausektor gilt und für andere Dienstleistungsbereiche lediglich eine Kannvorschrift beinhaltet, eine entsprechende Novellierung der Entsenderichtlinie.
- Da in Deutschland die Entsenderichtlinie nur im "absoluten Muss", also für den Bausektor umgesetzt wurde, muss das deutsche Entsendegesetz novelliert werden, vor allem mit der Zielrichtung, die Tarifkonditionen des Arbeitsortes für alle Dienstleistungsbereiche festzuschreiben als Mindestlohnsätze oder als Lohnsätze, die in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen, oder, wo es diese nicht gibt, in von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien vereinbarten Lohnsätzen (Definition Entsenderichtlinie) geregelt sind.

2.2 Wie soziale Konditionen geregelt und eingehalten werden, hängt auch stark davon ab, ob ihre Einhaltung tatsächlich kontrolliert werden kann.

Hier ist sicherlich vieles im Argen und es ist zu begrüßen, wenn die Kommission die Kontrollmöglichkeiten bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung verbessern will. Dass sie dabei dem Land, in dem ein Dienstleister niedergelassen ist (Herkunftsland), mehr und klarere Verpflichtungen auferlegt, ist gut. Dies darf aber nicht einhergehen mit der Verminderung von Kontrollmöglichkeiten des Landes, in dem die Dienstleistung erbracht wird (Art. 24 und 25). Vielmehr ist eine wirksame Kontrolle nur möglich, wenn sowohl das Herkunfts- wie das Entsendeland über durchgreifende Instrumente verfügen und indem sie sich bei der Kontrolle besser vernetzen.

2.3 Für die Qualität von Dienstleistungen ist es wesentlich, welche beruflichen Qualifikationen ein Dienstleistungsanbieter aufweist.

Mit dem vorliegenden Entwurf einer Richtlinie zur Anerkennung beruflicher Qualifikationen wird eine EU-weite Harmonisierung angestrebt.

Die Dienstleistungsrichtlinie muss damit kohärent sein. Eine gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen beinhaltet Regelungsbereiche, die weit mehr umfassen als die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen kann jedoch nur aufgrund gleichwertiger oder vergleichbarer Inhalte und Abschlüsse erfolgen. Deshalb muss dieses Vorhaben seinen eigenen Stellenwert behalten und es muss sichergestellt sein, dass die Dienstleistungsrichtlinie keinen Vorrang hat.

2.4 Leiharbeit:

Leiharbeit ist zum einen von der Entsenderichtlinie umfasst. Deshalb unterstreicht auch diese Thematik das unter 2.1 Angeführte.

Es ist jedoch schon lange klar, dass die Entsenderichtlinie Leiharbeit nicht im nötigen Maße regelt, weshalb eine eigenständige europaweite Regelung der Leiharbeit in Angriff genommen wurde.

Dieser Richtlinienentwurf liegt auf Eis – er muss verabschiedet werden. Es kann nicht angehen, dass, subsumiert unter die Dienstleistungsrichtlinie mit ihrer einseitigen Ausrichtung auf Markt und Wettbewerb, Arbeitsformen "nebenbei" und damit unter falschen Prämissen und parallel geregelt werden (s. 1. Vorgehensweise) und damit die nötigen europaweit harmonisierten Standards für Leiharbeit vermieden werden.

3. Qualität von Dienstleistungen und Verbraucherschutz

Die Ausdehnung des Dienstleistungsmarktes setzt zwingend voraus, dass qualitativ hochwertige Dienstleistungen angeboten werden und die Verbraucherinnen und Verbraucher in der Lage sind, solche verlangen und kontrollieren zu können.

Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Kommission mit Kapitel IV die Qualität der Dienstleistungen im Binnenmarkt anheben will. Transparenz, was Preise und Leistungsbestandteile betrifft, die Möglichkeit, ihr Recht durchsetzen zu können, Garantien, Gewährleistung und Haftung sind für das Vertrauen von Verbrauchern in angebotene Dienstleistungen essentiell. Deshalb ist die Einführung einer Berufshaftpflicht für alle Dienstleister in der EU ebenso begrüßenswert, wie die Ausnahme von Verbraucherverträgen vom Herkunftslandprinzip. Die umfangreichen Informationspflichten seitens der Dienstleistungserbringer bzw. ihrer Staaten zugunsten der Dienstleistungsempfänger schaffen einheitliche Rahmenbedingungen, die sich auf die Qualität von Dienstleistungen auswirken, und sind sehr zu begrüßen. Da sie als Pflicht für alle Mitgliedstaaten vorgeschrieben werden, erhöhen sie das Vertrauen in die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen.

Derartige Regelungen sind wichtig und dienen als Absicherung eines Mindest-Qualitätsniveaus in der

EU. Dennoch bleibt es mittelfristig der richtige Weg, eine europaweite Harmonisierung von Qualitätsstandards auf hohem Niveau voranzubringen; die erwähnten europäischen Maßnahmen zur Qualitätssicherung, wie Zertifizierung, Normung, Gütesiegel usw., müssen vertieft und erweitert, ihre Verbindlichkeit verbessert werden.

Da Menschen in einem durchlässigeren Europa auch in einem anderen als ihrem Heimatland krank werden können, ist eine eindeutige Regelung, wie Behandlungskosten für Gesundheitsdienstleistungen gehandhabt werden müssen, wichtig. Wenn dieser Aspekt von Gesundheitsdienstleistungen überhaupt in dieser Richtlinie geregelt werden soll, was angezweifelt werden kann, da dies eine konkretistische Herausnahme aus dem Sektor Gesundheitsdienstleistungen ist bzw. das Unterwerfen dieses Punktes unter die Richtlinie zu der Aufnahme von Gesundheitsdienstleistungen generell in den Geltungsbereich führt, was zu gravierenden Fehlinterpretationen verleiten kann. Es wäre sinnvoller, diesen Aspekt im Zusammenhang mit der Regelung über die Anwendung der Sozialversicherungssysteme, also der Verordnung 1408/71, abzuhandeln bzw. diese entsprechend zu erweitern, da dort der systematische Kontext gegeben ist, sie wird im Übrigen gerade geändert. Sollte es jedoch bei diesem Punkt in der Dienstleistungsrichtlinie bleiben (Art. 23), ist unbedingt der Grundsatz der Ausnahme vom Herkunftslandprinzip aufrecht zu erhalten. Zu ändern ist jedoch die Definition des Erstattungsbeitrages: Für Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat werden die Kosten bis maximal zu der Höhe erstattet, den die Sozialversicherung für ähnliche Behandlungen vorsieht, die auf ihrem Hoheitsgebiet durchgeführt werden (Art. 23,4). Insbesondere muss dann auch beim Geltungsbereich eine klare Formulierung gewählt werden, dass nur die Erstattung von Gesundheitsdienstleistungen in der Dienstleistungsrichtlinie geregelt wird (s. u.).

4. Reichweite

In ihren Entwurf will die Kommission im Prinzip sämtliche Dienstleistungen einbeziehen, das heißt ohne ihren Charakter, ohne ihre Spezifika usw. zu berücksichtigen.

Dabei kommt es bei der Definition des Geltungsbereiches (Art. 2) zu zumindest missverständlichen Formulierungen.

Deshalb sind in Art. 2 klar auszunehmen:

- Verkehrsdienstleistungen, da diese als gemeinsamer Politikbereich eigenen Regeln unterliegen, die schon im EGV primärrechtlich behandelt sind.
- Gesundheitsdienstleistungen.

Die Erstattung der Kosten von grenzüberschreitend erbrachten Gesundheitsdienstleistungen soll in der neu gefassten VO 1408/71 erfolgen.

In Bezug auf die Gesundheitsdienstleistungen wird deutlich, dass die in Art. 4,1 vorgenommene Definition von "Dienstleistung" gemäß dem Kriterium der Entgeltlichkeit problematisch ist, da darunter sehr Unterschiedliches subsumiert wird: Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob eine

Dienstleistung ausgeschrieben wird und sich die Entgeltlichkeit letztlich dadurch regelt oder sie, wie z.B. die Gesundheitsversorgung, für die gesamte Bevölkerung zwingend nötig ist und deshalb nicht einen Preis gemäß Angebot und Nachfrage hat, sondern eine Erstattung (!) erfährt. In diesem Fall folgen sowohl die Definition der Dienstleistung wie ihre Remuneration eigenen Regeln, Systemen und Mechanismen, die ihrerseits von spezifischen Organisationen der beteiligten Seiten definiert werden, also Patienten, Ärzten, Kassen/Staat. Dass dieses so geschieht, ist ein „zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses“ und der Staat garantiert dies überall in Europa „in Erfüllung seiner sozialpolitischen Verantwortung“.

Diese Kriterien führt die Kommission im Richtlinienentwurf als Charakteristika von Diensten im allgemeinen Interesse an; Dienstleistungen, die solche Charakteristika aufweisen, sollen nicht der Richtlinie unterliegen.

Die Kommission schwimmt an dieser Stelle in Widersprüchen.

- Leistungen der Wasserver- und Abwasserentsorgung sowie der Abfallentsorgung (Ver- und Entsorgung) unterliegen als Leistungen der Daseinsvorsorge spezifischen gesundheitlichen und ökologischen Kriterien. Diese Qualitätskriterien bestimmen den Charakter dieser Dienstleistungen wesentlich. Die Dienstleistungen der Ver- und Entsorgung sind deshalb nur schwer im Rahmen einer allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie (gemeinsam mit Glücksspielzentren oder Autovermietung, Fitnesscentern oder Maklern) angemessen zu beschreiben.
- Die angeführte Mindestqualitätsregeln (insbesondere Kapitel IV, Art. 31, Transparenz der Preise und Leistungen, Berufshaftpflicht etc.) sind zwar auch hier gültig (und natürlich bereits nach geltender Rechtslage unbestritten von jedem Dienstleister zu erfüllen, dazu bedarf es nicht dieser Richtlinie), jedoch bei Weitem nicht ausreichend, um die umfangreichen gesundheits- und umweltpolitischen Qualitätsanforderungen an die Dienstleistungen der Ver- und Entsorgung als Dienstleistungen der Daseinsvorsorge zu regeln (z. B. Einhaltung der ökologischen Gewässerqualität, Trinkwasserschutz, Behandlung von Abfällen mit dem Ziel einer schadstofffreien Entsorgung).

Der Richtlinienentwurf wirkt in bezug auf die Dienstleistungen der Ver- und Entsorgung grotesk inadäquat. Um die erforderlichen Qualitäten in diesen Bereichen zu sichern, bedarf es eines jeweils branchenspezifischen eigenständigen Qualitäts-Regelwerks, das zu großen Teilen bereits existiert. Die Kommission sollte sich darauf konzentrieren, diese spezifischen Regelwerke dahingehend zu verbessern, dass sie der Anforderung „Angleichung auf hohem Niveau“ entsprechen, anstatt durch die künstliche Subsumption dieser Dienstleistungen der Daseinsvorsorge unter weitgehend selbstverständliche Minimalanforderungen zusätzliche Rechtsunsicherheit zu

schaffen, die dadurch entstehen kann, dass diese Minimalanforderungen nicht mit den bereits existierenden höherwertigen Qualitätsanforderungen für diese Bereiche abgeglichen sind. Darüber hinaus müssen Beschäftigungs- und Sozialbedingungen in diesen Bereichen grundsätzlich dem Arbeitsortprinzip unterliegen. Aus diesen Gründen sollten die Dienstleistungen der Ver- und Entsorgung vollständig aus der Richtlinie ausgenommen werden.

- Audiovisuelle und kulturelle Dienstleistungen da sie zum Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gehören bzw. bereits geregelt sind.

Explizit ausgeschlossen vom Richtlinienentwurf wird aber nur der Rundfunk mit Verweis auf die Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ (89/552/EWG). Die Einbeziehung audiovisueller und kultureller Dienstleistungen sowie der Filmförderung verbietet sich aber allein schon aus Artikel 151 des EG-Vertrages zur Wahrung und Förderung der kulturellen Vielfalt.

Indem der Kommissionsvorschlag in Artikel 2 audiovisuelle und kulturelle Dienstleistungen nicht komplett ausschließt, unterläuft er die EU-Position im Zusammenhang mit den GATS-Verhandlungen, bei denen diese explizit nicht in den Angebots- bzw. Forderungskatalog einbezogen waren. ver.di fordert deshalb, sämtliche audiovisuellen und kulturellen Dienstleistungen aus dem Geltungsbereich des Richtlinienvorschlags herauszunehmen. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Maßnahmen zur Filmförderung verwiesen, die gemäß der filmwirtschaftlichen Mitteilung der Kommission vom 16. März 2004 (KOM(2004)171 endg.) geregelt sind und damit auch nicht unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen dürfen.

- Es muss klar gestellt sein, dass die Leistungen der Daseinsvorsorge nicht im Vorgriff auf andere Vorhaben (Verfassung mit der Vorgabe Rahmenrichtlinie zu Diensten im allgemeinen Interesse, Weißbuch zur Daseinsvorsorge) in der Dienstleistungsrichtlinie „nebenbei“ und parallel gestaltet werden (vgl. 1. Vorgehensweise!). Deshalb ist beim Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie klarzustellen, dass die Leistungen der Daseinsvorsorge an anderer Stelle geregelt werden.

ver.di schließt sich der Forderung des Europäischen Parlaments an die Kommission an, einen gesetzlichen Rahmen für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vorzuschlagen.

5. Niederlassungsfreiheit

Hier sucht die Kommission nationale Genehmigungsverfahren einzuschränken, wobei deutlich wird, dass sie Auswirkungen auf soziale Kohärenz und Nachhaltigkeit mangelhaft berücksichtigt hat.

5.1 Sitzregelungen (Art. 14,3)

Die Formulierung ist unklar, dazu gibt es schon seit langem bestehende Parallelregelungen (z.B. Zweigniederlassungsrichtlinie). Es muss nach wie vor klar

sein, dass sich ein Unternehmen auch tatsächlich in einem Mitgliedstaat der EU niederlassen muss und von dort aus grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringt, also dass einer der beiden Fälle gegeben sein muss und nicht eine Verwischung Scheinniederlassungen fördert.

- 5.2 Große Bedenken entstehen bei 14,7: Gemäß dieser Formulierung soll es einem Mitgliedstaat untersagt sein, eine Niederlassung auf seinem Territorium davon abhängig zu machen, eine finanzielle Sicherheit zu stellen. Dies würde die Umwelthaftung betreffen, z.B. Auflagen zu Rückstellungen bei Kernkraftwerken.

Auch in diesem Punkt gilt wieder die grundsätzliche Kritik an der Vorgehensweise der Kommission: Zum Aspekt Umwelthaftung sind derzeit an anderer Stelle Regelungsvorhaben anhängig.

- 5.3 Berufsqualifikationen:

Es muss sichergestellt sein, dass es hier keinen Widerspruch zum Richtlinienentwurf über die Anerkennung von Berufsqualifikationen gibt, also dass das Beharren eines Mitgliedstaates, dass seine Regelung beruflicher Anforderungen keine unzulässige Anforderung im Sinne Art. 14 darstellt, nicht ausgehebelt werden kann. Die in den Amsterdamer Verträgen festgelegte nationale Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für den Bildungsbereich muss berücksichtigt werden.

- 5.4 In Art. 15 formuliert die Kommission Anforderungen für die Niederlassung, die die Mitgliedstaaten überprüfen und ggfs. ändern müssten, so wenn sie Verbote für Verkäufe unter Einstandspreis vorsehen: Dies widerspricht dem deutschen kartellrechtlichen Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis, welches insbesondere kleine und mittlere Betriebe vor der Marktmacht großer Unternehmen schützt und sich damit auch auf den Erhalt von Arbeitsplätzen auswirkt.

- 5.5 Aus Erwägungsgrund 34 ergibt sich, dass die Kommission auch Anforderungen wie die Weiterverbreitungspflicht (must carry) für Kabelnetzbetreiber als unzulässige Anforderung geprüft haben möchte. Durch diese Pflicht werden jedoch in Deutschland staatliche Rundfunk- und Fernsehprogramme geschützt, zudem sind „must carry“-Vorschriften in der Universaldienstrichtlinie geregelt und damit nach Art. 2,2 vom Anwendungsbereich ausgenommen.

6. Herkunftslandprinzip und Ausnahmen

Die Kommission sucht zwar in diesem Richtlinienentwurf das Herkunftslandprinzip als wesentliches Regelungsmoment für die Durchsetzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit festzuschreiben, widerspricht sich jedoch methodisch mit ihrem weiten Ausnahmekatalog selbst: Wesentliche Ausnahmen sind die Berufshaftpflicht, die Berufsausbildung, Verbraucherverträge, Gerichtsstand, Vollstreckung, Gewährleistung, Sozialbedingungen, Sozialversicherungssysteme, Kostenerstattung Gesundheitsdienstleistungen, zwingende Informationen über Qualitäten der Dienstleistung. Sie kann also ihr Grundprinzip selbst nicht durchhalten.

Zudem erzeugt sie Widersprüche zu anderen Prinzipien, wie z.B. zu dem Markortsprinzip, welches im Rom-I-Übereinkommen die vorvertraglichen und vertraglichen und Schuldverhältnisse regelt, (z.B. Haftung und Gewährleistung). Sie greift dabei auch in laufende Verfahren ein (das Rom-Übereinkommen wird derzeit überarbeitet und die Rom-II-Verordnung zum außervertraglichen Schuldrecht befindet sich im Gesetzgebungsverfahren).

Außerdem stellen andere Prinzipien, wie z.B. das Arbeitsortsprinzip, nicht einen Ausnahmetatbestand, sondern ein zentrales Prinzip für die soziale Kohärenz in der EU dar.

Dies alles verweist darauf, dass die komplexe Materie der Dienstleistungen gar nicht über den einen Leisten Herkunftslandprinzip gebogen werden kann.

7. Schlussfolgerungen

Es ergeben sich neben den im einzelnen bereits genannten Forderungen zusammenfassend insbesondere folgende Schlussfolgerungen:

Die jetzige Form des Richtlinienentwurfs würde zu Sozialdumping und Deregulierung führen, einhergehend mit äußerst negativen Reaktionen der europäischen Bürgerinnen und Bürger auf den Integrationsprozess.

Es besteht kein Bedarf an einer Beschleunigung des Verfahrens zur Vollendung des Binnenmarktes für Dienstleistungen. Die Integration des Dienstleistungssektors erfordert Zeit und Überlegung, um die positiven Auswirkungen auf Beschäftigung und Soziales zu garantieren.

ver.di wird die Fortschritte dieses Vorschlags auch weiterhin eng verfolgen und mit folgenden Forderungen und Überlegungen an die Bundesregierung sowie die europäischen Institutionen herantreten:

- Der Richtlinienentwurf trägt den Vorgaben von Art. 2 EGV nicht Rechnung: Soziale Ziele müssen zumindest gleichrangig erfüllt werden. Erst recht nicht wird er dem Verfassungsentwurf des Konvents gerecht, der eine soziale Marktwirtschaft vorsieht.
- Der Richtlinienentwurf stellt nicht sicher, dass alle Dimensionen der Lissabonner Strategie umgesetzt, und insbesondere Qualität von Beschäftigung und Lebenslanges Lernen erreicht werden können.
- Nationale Gesetzgebung und/oder Tarifverträge über Löhne, Arbeitsbedingungen sowie Sicherheit und Gesundheitsschutz müssen für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten, die im Hoheitsgebiet des jeweiligen Landes tätig sind. Lücken müssen beseitigt werden.
- Das Herkunftslandprinzip sollte auf der Basis harmonisierter, sektoraler Bedingungen angewandt werden, wie z.B. von den europäischen Sozialpartnern im privaten Wach- und Sicherheitsgewerbe gefordert, oder auf grundlegenden Harmonisierungen, wie sie z.B. mit dem Richtlinienentwurf zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise vorliegen.

- Der Richtlinienentwurf über Dienstleistungen im Binnenmarkt muss im Hinblick auf die Arbeitsbeziehungen genau geprüft werden. ver.di wendet sich gegen alle Initiativen oder Auslegungen des Herkunftslandprinzips, das die nationalen, auf Tarifverträgen beruhenden Gepflogenheiten auf dem Arbeitsmarkt direkt oder indirekt unterwandern und gleichzeitig zu einem dramatischen Anstieg der Gefahr des Sozialdumpings führen würde.
- Beschäftigung- und Arbeitsbedingungen müssen in allen der Richtlinie unterliegenden Bereichen ausnahmslos dem Arbeitsortprinzip unterliegen. Zeitgleich zur Verabschiedung der Richtlinie muss deshalb die Entsenderichtlinie entsprechend geändert werden. Ohne ein derartiges Junktim kann und darf es keine Dienstleistungsrichtlinie geben.
- Die in Artikel 16,3 genannten Bedingungen tragen zur Förderung des sozialen Zusammenhalts, der Beschäftigung, und der Achtung der kulturellen Identität bei und dürfen nicht von vorneherein verboten werden.
- Die Kontrolle muss der Verantwortung des Landes unterliegen, in dem die Dienstleistung erbracht wird, und die Bedingungen dieser Kontrolle dürfen nicht von der Richtlinie über Dienstleistungen betroffen werden.
- Die Leiharbeitsagenturen dürfen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, und die

Entscheidungsträger der EU müssen dem noch offenen Rechtstext den Vorrang geben.

- Alle Verkehrsdienstleistungen, Dienstleistungen der Gesundheitsversorgung, alle sozialen Dienste und die Übernahme der Kosten, alle audiovisuellen und kulturellen Dienste sowie Dienste der Versorgung und Entsorgung müssen vollständig vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden.
- Zumindest sollte das Rechtssetzungsverfahren für diese Richtlinie solange nicht weiter verfolgt werden, solange nicht eine Rahmenrichtlinie zu Diensten von allgemeinem Interesse erarbeitet ist.

Da diese Anforderungen eine vollkommene Überarbeitung erforderlich machen würden, erscheint es konsequent, dass die Kommission ihren bisherigen Vorschlag zurücknimmt. Erst nach einer ausführlichen Konsultation der europäischen Sozialpartner, die ihrerseits ihre Mitgliedsorganisationen einbeziehen können, sollte sie ggf. dann einen - den genannten Anforderungen entsprechenden - neuen Richtlinienvorschlag vorlegen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1930

23. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt IG BAU

Inhalt:

- I. Arbeitsrecht und wirtschaftsrechtliche Fragen**
- II. Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft**
- III. Öffentliche Kontrolle und Verwaltungsvereinfachung**
- IV. Zusammenfassung**
 - I. Arbeitsrecht und wirtschaftsrechtliche Fragen**
 - a) Entsendung, Mindestlohn**

Der Richtlinienvorschlag zu Art. 24 f. würde behördliche Kontrollen im tatsächlichen Arbeitsland zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung – z.B. Mindestlohnverstöße - durch Entsendefirmen praktisch unmöglich machen. Das von der Bundesregierung entscheidend verbesserte „Arbeitnehmerentsendegesetz“ würde nach der Richtlinie teilweise europarechtswidrig. Der gerade erst neu eingerichteten „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ würden die Hände gebunden. Die tatsächlichen Kontrollmöglichkeiten zur Einhaltung der Entsenderichtlinie und der örtlichen Regelungen würden überwiegend dem Land übertragen, in dem die Firma offiziell ihren Sitz hat. Ausgerechnet das Registrierungsland soll künftig überwachen, ob eine Entsendefirma die Mindestbestimmungen des anderen Landes einhält, wohin sie ihre Arbeitnehmer entsendet.

Die jetzigen Kontrollrechte und –möglichkeiten des Arbeitslandes zur Einhaltung der Entsendebestimmungen würden die Richtlinie in der Praxis drastisch beschneiden. Von Entsendefirmen könnten die deutschen Kontrollbehörden nicht mehr die Anmeldung ihrer Tätigkeitsaufnahme verlangen. Wie soll eine Behörde in einem Flächenstaat wie Deutschland eine Firma kontrollieren, wenn sie überhaupt nichts von der hiesigen Tätigkeit der Firma weiß? Die Kommission argumentiert hier, man wisse ja anhand von Baugenehmigungen, wo überall gebaut würde. Eine prophylaktische ständige flächendeck-

kende Kontrolle der mehreren hunderttausend parallelen Baustellen, um dort per Zufall Entsendefirmen zu finden, ist aber auch von der leistungsfähigsten Kontrollbehörde nicht zu leisten.

Erst recht gilt eine faktische Unmöglichkeit der Kontrolle für solche und quantitativ sehr gewichtigen Dienstleistungen wie z.B. die Gebäudereinigung oder die industriellen Dienstleistungen, die – von aussen nicht sichtbar – genehmigungsfrei auf den Betriebsgeländen hiesiger Firmen und Institutionen oder anderen Räumlichkeiten von Kunden erbracht werden. Die Durchführung einer Entsendekontrolle durch die hiesigen Behörden würde in solchen Branchen der Suche nach der Stecknadel im Heuhafen gleichen.

Auch die Benennung eines Verantwortlichen im Arbeitsland für Zustellungen usw. soll das Arbeitsland nicht mehr verlangen dürfen. Dem Arbeitsland verboten wird ferner die Verpflichtung von Entsendeunternehmen zur sofortigen Vorlage der Arbeitspapiere der entsandten Beschäftigten bei Kontrollen.

Die wirksame Durchsetzung inländischer Regeln zum Arbeitsschutz und zu technischen Ausrüstungen gegenüber hier tätigen Auslandsfirmen fallen der Richtlinie ebenso zum Opfer wie die Einbeziehung dieser Firmen in die hiesigen Berufsgenossenschaften und Sozialversicherungen, selbst wenn sie ständig hier tätig sind und die Entsendung nur zum Schein erfolgt.

Denn ohne eine Anmeldung der Entsendefirma vor oder spätestens bei der Tätigkeitsaufnahme und einen effektiv greifbaren Verantwortlichen vor Ort sind nicht einmal erfolgreiche Anfragen im Sitzland praktisch möglich geschweige denn können Auflagen erteilt werden, Verstöße sanktioniert werden usw.

Praktisch soll nur noch das Herkunftsland X effektiv überwachen dürfen, ob die nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer von Firmen aus X den deutschen Mindestlohn erhalten. Damit würde der „Bock zum Gärtner“ ge-

macht, denn X dürfte keinerlei ökonomisches Interesse daran haben, seinen Exportbauern die Beachtung der höheren deutschen Standards mit der Folge geringerer Marktchancen in Deutschland aufzuzwingen. Doch selbst wenn X im Interesse der deutschen Wirtschaft selbstlos dazu bereit wäre, hätten die Kontrolleure aus X mangels Hoheitsrechten in Deutschland keine Möglichkeit, hier kontrollierend tätig zu werden. Kein Bauherr, kein Gebäudebesitzer muss sie auf die Baustelle bzw. in sein Objekt hineinlassen. Die Umsetzung der Entsenderrichtlinie, die die Kommission vorgeblich verstärken will, würde damit zu einer Farce.

Ebenso würde der Kommissionsentwurf zur Dienstleistungsrichtlinie ab Ende 2008 praktisch verbieten, von Auslandsfirmen noch Erklärungen zur Einhaltung des Arbeitnehmerentsendegesetzes und der damit verbundenen Mindestlöhne zu fordern.

Das Ratspapier enthält hier, bei der Frage der Benennung von Vertretern der Firma und bei der Frage der vorzulegenden Dokumente zwar erste Änderungen in die richtige Richtung, die sich bei näherer Betrachtung aber als noch nicht ausreichend erweisen (z.B. könnte eine Firma einen Beschäftigten zwar als ihren Vertreter benennen, aber ohne ihn mit entsprechenden Vollmachten auszustatten, so dass jede persönliche Sanktionierung ins Leere liefe). Eine Anmeldepflicht – ohne die das gesamte Kontrollsystem ins Leere läuft – sieht aber selbst das Ratspapier nicht vor.

Ebenfalls nicht geheilt wurde durch das Ratspapier der eklatante Denk- oder Formulierungsfehler des Kommissionsentwurfes in Art. 24 Abs. 2 Buchstabe f), der lediglich eine Pflicht des Entsendeunternehmens zur Angabe der für die entsandten Arbeitnehmer **geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen** vorsieht, **nicht aber** eine Angabe der **tatsächlich gewährten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen**. Statt nun effektive Abrechnungen und Zahlungsnachweise vorlegen zu müssen, könnte der Entsendearbeitgeber den deutschen Behörden schlicht mitteilen, dass für die entsandten Beschäftigten das Arbeitnehmerentsendegesetz und der entsprechende Mindestlohn der Branche **gilt**, was selbst dann keine Falschangabe ist, wenn **tatsächlich** völlig andere, niedrigere Bedingungen gewährt werden.

In **Artikel 25**, der in der Kommissionsfassung das Entstehen einer entsendeförmigen Exportindustrie für Drittstaatsarbeitskräfte ohne legalen Aufenthalt erleichtern würde, bringt das Ratspapier einige Verbesserungen, die aber noch viel zu kurz greifen.

Der von uns bereits mehrfach aufgezeigte Lösungsweg, um einerseits durchaus vorhandene Schikanen gegenüber legalen entsandten Drittstaatsangehörigen zu beseitigen und andererseits eine Unkontrollierbarkeit im Bereich entsandter Drittstaatsangehöriger zu vermeiden, bestünde darin, dem Arbeitsland noch zu erlauben, sich durch Vorlage der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisse des Herkunftslandes der Firma bei Kontrollen von der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes des entsandten Drittstaatsangehörigen zu überzeugen. Diesen – einfacheren, einen legalen Drittstaatsbeschäftigten am wenigsten belastenden und zugleich effektiveren - Lösungsweg beschreitet auch das Ratspapier nicht.

Das Ratspapier lässt im Gegenteil Art. 25, Abs. 1 unverändert, der eben dies untersagt. Stattdessen soll es nach Abs. 2 des Ratspapiers in bestimmten Fällen lediglich

weiterhin ermöglicht werden, bestimmten Drittstaatlern Visums- oder Aufenthaltstitelerwerb sowie Meldepflichten im Arbeitsland vorzuschreiben.

Die Klarstellung im Ratspapier in Abs. 3 – wonach das Herkunftsland der Firma dafür sorgen soll, dass nur solche Drittstaatler entsandt werden, die im Herkunftsland bereits **vor der Entsendung ordnungsgemäß beschäftigt** wurden - ist zwar etwas besser als die Kommissionsfassung, enthält aber nach wie vor den grundlegenden Denkfehler, dass das Herkunftsland tatsächlich daran interessiert sein könnte, den Export der eigenen, im Untergrund lebenden Bevölkerungsteile aus Drittstaaten in andere Ökonomien zu verhindern. Bei realistischer Betrachtung ist das genaue Gegenteil wahrscheinlich. Absatz 3 nimmt auch in der Fassung der Ratsdrucksache den Behörden des Arbeitslandes effektiv jede Sanktionsmöglichkeit gegen den Arbeitgeber bzw. dessen illegal Beschäftigte, indem jede Sanktionierung von etwaigen Verstößen in diesem Bereich zur (exklusiven) Aufgabe des Herkunftslandes erklärt wird.

Im geänderten Erwägungsgrund 60 geht auch die Ratsdrucksache nach wie vor davon aus, dass dem Arbeitsland verboten werden soll, Präventivkontrollen durchzuführen oder Anforderungen wie die einer Vorbeschäftigung im Herkunftsmitgliedstaat der Firma oder eines unbefristeten Arbeitsvertrages aufzustellen. Damit aber werden Kontrollen im Arbeitsland erschwert. Gleichzeitig wird dadurch die Anwerbung von Arbeitskräften ausschließlich zum Zweck der Entsendung – was dem zugrunde liegenden Gedanken der Dienstleistungsfreiheit, dem Modell der Entsenderrichtlinie und der Verordnung 1408/71 entspricht – durch die Hintertür legalisiert. Es ist in der Folge damit zu rechnen, dass bestimmte Mitgliedstaaten den bei ihnen registrierten Firmen großzügig die legale Einstellung von neu eingereisten Drittstaatsbeschäftigten zum ausschließlichen Zweck des sofortigen Exports als Entsendebeschäftigten erlauben werden. Obwohl eine solche Politik klar gegen das Schengen-Abkommen und die gemeinsame Einwanderungspolitik verstoßen würde, wären durch Artikel 25 Abs. 3 dem Arbeitsland hier die Hände gebunden.

Implizit enthält Erwägung 60 in der geänderten Ratsfassung im Übrigen die rational kaum fassbare Vorstellung, Entsendebeschäftigte würden nicht auf dem Arbeitsmarkt des Erbringungslandes aktiv. Selbstverständlich ersetzen im wirklichen Leben alle Entsendebeschäftigten Arbeitsmarktinländer des Arbeitslandes, sei es nun direkt, offensichtlich und dauerhaft wie im Fall einer konzerninternen Entsendung oder indirekt und zeitweise in Form von Übernahme von Teilen des vorhandenen Marktvolumens durch entsendende Auslandsfirmen anstelle von Inlandsfirmen. Man muss schon sehr weit weg vom realen Arbeitsmarktgeschehen sein, um derartigen Theorien fröhnen zu können.

b) Leiharbeit

Grenzüberschreitende Leiharbeit fällt nach wie vor unter den Geltungsbereich der Richtlinie und das Herkunftslandprinzip. Die geplante Leiharbeitsrichtlinie, die einige Verbesserungen mit sich gebracht hätte, wird nach wie vor durch Deutschland, Großbritannien und weitere Länder im Rat blockiert. Es muss hier grundsätzlich, zumindest aber für das Genehmigungsverfahren, das Gleichbehandlungsgebot sowie für das Leiharbeitsverbot im Baugewerbe, das Arbeitsortsprinzip durchge-

setzt werden, da sonst eine faktische Unwirksamkeit der Mindestlöhne nach dem Entsendegesetz und soziales Dumping in bisher nicht gekanntem Ausmaß droht.

c) Tarifrecht, allgemeines Arbeitsrecht, Betriebsverfassung

Das Herkunftslandprinzip in der Kommissionsfassung würde es Auslandsfirmen in Branchen ohne allgemein verbindliche Mindestlöhne erlauben, auf dem hiesigen Markt mit vielen tausend Beschäftigten dauerhaft mit Niedrigstlöhnen zu operieren, ohne dass die hiesigen Gewerkschaften wirksame Schritte zur Durchsetzung von Tarifverträgen unternehmen könnten. In Branchen mit allgemein verbindlichen Entsendemindestlöhnen würden zwar diese gelten, weitergehende tarifliche Rechte könnten aber nicht mit Kollektivmaßnahmen durchgesetzt werden.

Jeder Streikaufruf wäre illegal und Mitglieder hiesiger Gewerkschaften in solchen Firmen könnten straflos sanktioniert werden, da das kollektive Arbeitsrecht des Herkunftslandes gelten würde und die hiesigen Gewerkschaften in der Regel weder die Anforderungen der Herkunftsländer erfüllen noch das fremde Gewerkschafts-, Tarifverhandlungs- und Arbeitskämpfrecht einhalten (könnten).

Von den Gewerkschaften des Herkunftslandes kann aber in der Praxis nicht erwartet werden, dass sie sich um Beschäftigte kümmern, die überwiegend hier tätig sind und eigentlich überhaupt keinen Bezug zum Herkunftsland besitzen, außer dass sie bei einer formal im Herkunftsland registrierten Firma angestellt sind. Jedenfalls ist nicht zu erwarten, dass etwaige Tarifverträge dieser Gewerkschaften den hiesigen Verhältnissen gerecht würden.

Die Richtlinie brächte daher schwerwiegende Eingriffe in die Tarifautonomie und die gewerkschaftliche Betätigung mit sich.

Dies verstößt klar gegen unser Grundgesetz.

Der eingefügte Erwägungsgrund 59b in der Ratsdrucksache stellt nun zwar fest, dass die Richtlinie „die Kollektivmaßnahmen...unberührt“ lässt und nicht der „Aushandlung und dem Abschluss von Kollektivverträgen“ „nicht...vorgreift“, eine wirkliche Lösung des Problems ist dies jedoch nicht. Die Anerkennung der kollektiven Arbeitnehmerrechte des Arbeitslandes muss in den Richtlinien text selbst aufgenommen werden und zwar als ausdrückliche Ausnahme vom Geltungsbereich.

Trotz Verbesserungen gegenüber dem Kommissionsentwurf bleiben auch die neuen Regelungen in den Erwägungsgründen 41b und 41c im Ratsdokument unbefriedigend. Weder erfolgt eine Klarstellung, dass im Erbringungsland für dortige Tätigkeiten eingestellte Arbeitnehmer grundsätzlich unter das individuelle und kollektive Arbeitsrecht des Erbringungslandes einschließlich der Betriebsverfassung fallen, noch wird der Anspruch des ersten Satzes in Erwägungsgrund 41c in den darauf folgenden Sätzen durchgehalten. Die Entsenderichtlinie 96/71 EG legt klar fest, dass allein das Arbeitsland zu bestimmen hat, wer Arbeitnehmer ist. Dies sollte nicht durch einen Definitionsversuch in Erwägung 41c (ab dem zweiten Satz) unter verkürzter Wiedergabe einer EuGH-Entscheidung ersetzt werden. So gut gemeint dieser Vorschlag sein mag, enthält er neue Unwägbarkeiten.

Für den Bereich der **Mitbestimmung** gilt: Unternehmen ausländischen Rechts, die hier tausende Menschen ohne formelle Gründung einer Niederlassung beschäftigen könnten, wären der Unternehmensmitbestimmung entzogen. Auch hier droht Umflagung mitbestimmter Unternehmen.

Im Hinblick auf die **Betriebsverfassung** könnte zwar der Versuch unternommen werden, für hiesige Beschäftigte eines nur im Ausland niedergelassenen Unternehmens einen Betriebsrat zu bilden. Da aber das hiesige kollektive Arbeitsrecht auf diesem Gebiet keine explizite „Angelegenheit der Entsenderichtlinie“ ist und nicht einmal in den Erwägungsgründen 41b und 41 c eine Erwähnung betrieblicher Interessenvertretungen erfolgt, könnte ein im Ausland registriertes Unternehmen versuchen, sich auf das Herkunftslandprinzip zu berufen und die Nichtigkeit einer dennoch nach den hiesigen Vorschriften durchgeführten BR-Wahl feststellen zu lassen. Mit äußerst negativen Folgen für die Betroffenen: die Betriebsratslosigkeit führt z.B. zu fehlender Sozialplanpflicht, fehlenden Mitbestimmungsrechten usw.

Es ist damit zu rechnen, dass Firmen durch formale Sitzverlagerung versuchen werden, ihre Betriebsräte loszuwerden bzw. die Wahl von Betriebsräten zu verhindern.

Das gesamte kollektive Arbeitsrecht muss daher aus dem Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden.

II. Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft

In den nach internationalem Sprachgebrauch unter den Begriff „Dienstleistung“ fallenden Branchen im Zuständigkeitsbereich der IG BAU (das sind der Bau und das Bauhandwerk, die Gebäudereinigung, die industriellen Dienstleistungen, der Garten- und Landschaftsbau, Architektur und Ingenieurwesen, Wohnungswirtschaft sowie die Land- und Forstwirtschaft) rechnen wir überall **mit negativen bis sehr negativen Auswirkungen der geplanten Richtlinie auf die reguläre Beschäftigung in den deutschen Firmen der jeweiligen Sektoren. Das Herkunftslandprinzip wird deutsche Firmen sowohl auf den Inlandsmärkten als auch auf den meisten Exportmärkten innerhalb der EU gegenüber den meisten Wettbewerbern systematisch benachteiligen.**

Insbesondere in den Handwerksbranchen dürfte die durch Inländerdiskriminierung drastisch verschlechterte Wettbewerbssituation unmittelbar wie mittelbar (z.B. über verschlechtertes Rating – Stichwort Basel II – inländisch registrierter Betriebe bei der Kreditbeschaffung) zur Vernichtung vieler Inlandsbetriebe und damit verbunden zu sechs- bis siebenstelligen Arbeitsplatzverlusten bei der heimischen Beschäftigung führen. Die in der Folge zwangsläufig wachsende prekäre Beschäftigung in den betroffenen Branchen wird über Schwächung der Inlandsnachfrage endgültig jede Chancen auf eine mittelfristige nachhaltige Konjunkturerholung zunichte machen.

Die von den Richtlinienbefürwortern ins Feld geführten angeblich verbesserten Chancen deutscher Firmen auf den Märkten anderer Mitgliedsländer entpuppen sich bei näherer Betrachtung für die meisten Dienstleistungsbranchen als blanke Illusion.

Zwar wird theoretisch der Zugang deutscher Firmen zu den Auslandsmärkten erleichtert, Deutschland gehört aber innerhalb der EU in vielen Branchen zu den Hochstandardländern. Bisher konnten deutsche Firmen auf den Auslandsmärkten weitgehend zu den dortigen Standards arbeiten, während ausländische Wettbewerber weitgehend die hiesigen Standards einhalten mussten.

Das Herkunftslandprinzip würde gesetzestreue deutsche Betriebe künftig dazu zwingen, auf den Auslandsmärkten mit niedrigeren Standards unter den hohen deutschen Standards zu arbeiten, während gleichzeitig auf dem deutschen Inlandsmarkt die ausländischen Konkurrenzbetriebe völlig legal mit den teilweise erheblich niedrigeren Standards ihres tatsächlichen oder vorgeblichen Herkunftslandes arbeiten dürften.

Inländische Unternehmen müssten z.B. weiterhin die Vorschriften der Handwerksordnung, die Regulierungen der Freien Berufe usw. (Meisterzwang, Gewerksgrenzen, Kammerzwang, HOAI usw.) beachten, während viele Auslandsfirmen ihre Dienste gewerkeübergreifend und unter völlig freier Preisbildung anbieten dürften.

Spezialisierte Berater werden den in diesem Wettbewerb systematisch benachteiligten Inlandsbetrieben Wege aufzeigen, wie man durch die Verlagerung des Unternehmenssitzes in ein Niedrigstandardland die Wettbewerbssituation verbessern könnte.

Es ist daher zunächst mit einer „Ausflagungswelle“ deutscher Betriebe in Niedrigstandardländer unter gleichzeitigem Verbleib auf den hiesigen Märkten zu rechnen.

Es liegt dann nahe, sich bei der Verlagerung des Unternehmenssitzes gleichzeitig von den Inlandsbeschäftigten zu trennen und am neuen Sitz billigere Entsendekräfte anzuwerben und mit diesen die bisherige Marktpräsenz in Deutschland aufrechtzuerhalten oder aber den bisherigen Beschäftigten ein Arbeitsverhältnis zu den verschlechterten Bedingungen des neuen „Herkunftslandes“ anzubieten. Die Folgewirkungen dieser Verlagerungswelle und der wachsenden Konkurrenz ausländischer Betriebe auf die hiesige Nachfrage, die Finanzierung des Sozialsystems und die Staatsfinanzen sind nicht einmal ansatzweise quantifizierbar, dürften aber ihrerseits ebenfalls negative Auswirkungen auf die hiesige Beschäftigungssituation haben.

In der Folge ist absehbar, dass die verbleibenden Inlandsfirmen in dieser Situation auf den drastischen Abbau der höheren deutschen Standards drängen werden, mögen diese nun sinnvoll sein oder auch nicht. Die Richtlinie zielt daher im Kern auf ein Rennen zum Boden. Der jeweils niedrigste Standard innerhalb der EU wird sich daher allmählich überall durchsetzen.

Doch selbst wenn hiesige Firmen im Einzelfall von einem erleichterten Zugang zu Auslandsmärkten profitieren würden, würde sich dies zwar positiv auf deren Umsätze auswirken, sich aber kaum in vermehrter Beschäftigung hiesiger Arbeitskräfte niederschlagen. Warum auch soll ein Unternehmen seine Arbeitskräfte aus einer - relativ gesehen - Hochlohnökonomie mitnehmen, wenn es vor Ort preislich günstigere Arbeitskräfte mit Sprach- und Ortskenntnissen rekrutieren könnte? Die bisherigen Erfahrungen mit auf den Auslandsmärkten erfolgreichen deutschen Firmen zeigen: nur im Bereich ausgesprochener Spezialisten und Führungskräfte, die von ihrer Firma zur Dienstleistungserbringung unbedingt benötigt wer-

den, ist mit Beschäftigung hiesiger Arbeitskräfte auf den Auslandsmärkten zu rechnen. Da der Kunde auf den Auslandsmärkten aber in der Regel mit dem einheimischen Standard kalkuliert, dürfte er kaum bereit sein, für die Beachtung des deutschen Standards einen wesentlich höheren Preis zu entrichten. Gerade die einfach qualifizierten hiesigen Arbeitskräfte werden daher den Folgewirkungen der Richtlinie zum Opfer fallen.

Das von der Kommission in den Vordergrund gestellte Problem der gesetzlichen Marktzugangshindernisse in anderen EU-Ländern ist nicht das Hauptproblem, woran der Export deutscher Dienstleistungen krankt: Klein- und Mittelbetriebe scheitern bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen bisher wesentlich häufiger an Sprachbarrieren, Unkenntnis lokaler Markt- und Vergabemechanismen und der Kundenerwartungen usw. als an rechtlichen Barrieren. Daran aber wird die Richtlinie nichts ändern.

Die von der Kommission in Auftrag gegebenen Studien blenden systematisch die wahrscheinliche Verdrängung von Betrieben, die weiterhin dem Inlandsrecht unterliegen, durch solche Betriebe, die unter ausländischem Recht hier ihre Dienste anbieten werden, aus.

Die zunächst vorgelegte niederländische Studie betrachtete völlig einseitig die Zunahme des innergemeinschaftlichen Exportes von Dienstleistungen, ohne die andere Seite der Medaille, die Auswirkungen bei den Inlandsbetrieben der importierenden Länder, zu betrachten. Die prognostizierte vorsichtiger positive Arbeitsplatzbilanz in der später vorgelegten Kopenhagen-Studie (600.000 zusätzliche Arbeitsplätze in der EU, etwa 90.000 davon in Deutschland) ist ebenfalls – zumindest was Deutschland betrifft - nichts als wissenschaftlich verbrämte neoliberaler Ideologie. Die Studie sagt gleichzeitig überall in der EU niedrigere Verbraucherpreise bei realem Arbeitsplatz-, Produktivitäts- und Wirtschaftswachstum und steigenden Reallöhnen voraus, also mit anderen Worten ein perpetuum mobile bzw. die Quadratur des Kreises.

In der Studie sind überhaupt nur vier Branchen und darunter überproportional Branchen des Beratungssektors betrachtet worden; die dort durchaus zu erwartenden kurzfristigen Beschäftigungsgewinne – Verlagerungsberatung, vermehrte Prozesse durch das entstehende rechtliche Chaos – werden anscheinend schematisch auf die in der Studie stark unterrepräsentierten, aber quantitativ viel bedeutsameren einfacheren Dienstleistungen hochgerechnet. Die Kopenhagen-Studie folgt überdies einem nur absurd zu nennenden Ansatz, wonach der Abbau gleich welcher Regulierungen der Wirtschaft mechanisch und automatisch zu Wirtschafts- und Wohlstandswachstum führt. Wäre dieses Rechenmodell auch nur ansatzweise richtig, müssten z.B. Russland, Somalia, der Kosovo, Moldawien und viele Entwicklungsländer heute blühende Länder sein.

Doch selbst diese aus unserer Sicht unseriöse Auftragsstudie prognostiziert eine negative Arbeitsplatzbilanz am Bau in Deutschland bei einer vollständigen Liberalisierung.

Die negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen durch den vermehrten Auftritt von Briefkastenfirmen-ähnlichen Pseudo-Auslandsfirmen mit lediglich geringer wirtschaftlicher Tätigkeit im Sitzland können wir hier aus Platzgründen nicht näher beleuchten, sie dürften aber erheblich sein. Weder im „Herkunftsland“ noch im tatsächli-

chen Arbeitsland lässt sich heute schon bei solchen Konstruktionen in allen Fällen wirksamer Steuervollzug, ordnungsgemäße Sozialbeitragszahlung oder Sanktionierung von sonstigen Rechtsverstößen wie Insolvenzdelikten etc. sicherstellen; unter der Geltung des Herkunftslandsprinzip würde dies völlig unmöglich.

III. Öffentliche Kontrolle und Verwaltungsvereinfachung

Die Richtlinie betrachtet das Leben ausschließlich durch die Brille des grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringers.

Von Verwaltungsvereinfachung kann auf der Behördenseite im Erbringungsland keineswegs die Rede sein. Vielmehr wird künftig jede wirksame Kontrolle und evt. Sanktion gegenüber tatsächlichen oder selbst scheinbaren Auslandsfirmen enorm erschwert und mit enormen bürokratischen Prozeduren mit „Herkunftsland“ und teilweise zusätzlich noch der Kommission verbunden. Dadurch werden teilweise extreme Mehrkosten verursacht werden, die in Zeiten knapper öffentlicher Kassen prohibitiv wirken werden, oder aber, wenn die Kosten durch Steuern auf inländische Rechtsobjekte überwältigt werden, diesen weitere Wettbewerbsnachteile verschaffen.

Operativ tätiges Kontrollpersonal wird in der Realität durch erheblich mehr Schreibtischarbeit belastet werden, sodass weniger Außenkontrollen als bisher die logische Folge sein werden. Systematischer Rechtsbruch als Wettbewerbsinstrument und vermehrte Schwarzarbeit auch von Inlandsbetrieben werden durch abnehmende Kontrolldichte ermuntert werden.

Doch auch in Fällen, in denen Deutschland das Herkunftsland ist, wo es also um die Überwachung von deutschen Firmen im Ausland geht, wird dies zu wesentlich mehr Verwaltungsaufwand als bisher führen.

Das Ratsdokument bringt hier im Einzelfall zwar einige leichte Verbesserungen gegenüber dem Kommissionsentwurf, diese sind jedoch noch nicht ausreichend. Die Konstruktion der Artikel 16, 17, 19 iVm 37 sowie 36 wird in der Praxis zu gravierenden Hemmnissen bei der Verfolgung selbst klarer Rechtsverstöße bis hin zu einem faktischen Verfolgungsstillstand führen.

Ebenso muss die Definition der „Niederlassung“ in Artikel 4 dringend geändert werden. Der Wortlaut würde es auch unter Hinzuziehung des vom Rat eingefügten Erwägungsgrundes 18a Firmen erlauben, einen pro-forma Hauptsitz einzurichten, an dem sie lediglich irgendeinen kleinen Teil ihrer Verwaltung

errichten, um unter das Herkunftslandprinzip zu fallen, während sie gleichzeitig tatsächlich ohne formelle Niederlassung fast ausschließlich in einem anderen Land mit einem Vielfachen an Beschäftigten arbeiten. Hier ist selbst die Rechtsprechung des EuGH präziser, die derartige Umgehungsstrukturen als unwirksam erklärt hat (so z.B. im Falle eines deutschen Bauunternehmers, der sich der deutschen Sozialversicherung dadurch entziehen wollte, dass er seinen Sitz und seine Buchhaltung in die Niederlande verlegte, die Bauarbeiter aber weiterhin fast ausschließlich in Deutschland einsetzte). Der letzte Satz in Erwägung 18a brächte lediglich in solchen Fällen Klarheit, in denen ein Unternehmer so dumm wäre, in mehreren Ländern formal Niederlassungen einzurichten; dies aber trifft auf die Gruppe der Böswilligen in der Regel nicht zu.

IV. Zusammenfassung

Das Ratsdokument 5161/05 bringt zwar kleine Verbesserungen, löst aber große Teile der mit dem Kommissionsentwurf verbundenen Probleme nicht.

Das generelle Herkunftslandprinzip und die Verlagerung wesentlicher Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten auf das Herkunftsland gehen nicht nur an der Realität vorbei, sondern werden praktisch zur Unkontrollierbarkeit grenzüberschreitend tätiger Firmen führen.

Die Dienstleistungsrichtlinie begünstigt Firmen, die ihren Sitz formal in Niedrigstandardländern haben, einseitig gegenüber Firmen aus Hochstandardländern, und dies auf allen Märkten. Sie begünstigt über Erschwernisse für die Verfolgungsbehörden unseriös operierende Anbieter und soziales Dumping.

Sie löst ein Rennen zum Boden aus.

Die Arbeitsplatzbilanz für Deutschland dürfte in den meisten Branchen sehr negativ ausfallen. In Deutschland würden die hiesigen Betriebe unter schweren Wettbewerbsverzerrungen durch Niedrigstandardfirmen leiden, während deutsche Firmen auf den Auslandsmärkten die höheren deutschen Standards einhalten müssten. Die Richtlinie wird daher zu einer Ausflaggungswelle und zum Abbau hiesiger Standards führen.

Die Richtlinie bedeutet einen massiven Eingriff in die Arbeitnehmerrechte.

Die Richtlinie ist daher auch in der Form des Ratsdokumentes für uns nicht akzeptabel.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1929

19. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Zentralverband des Deutschen Handwerks ZDH

I. Vorbemerkung zum Regelungsgegenstand

Die Zielsetzung der Europäischen Kommission, bestehende Binnenmarkthemmnisse bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung zu beseitigen, ist zu begrüßen. Der Binnenmarkt basiert auf dem Grundgedanken, dass alle Wirtschaftsteilnehmer innerhalb der EU hinsichtlich ihrer unternehmerischen Betätigung trotz bestehender mitgliedstaatlicher Grenzen nicht allein auf ihren nationalen Markt beschränkt sein sollen, sondern ihnen ein einheitlicher Wirtschaftsraum zur Verfügung steht, *in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital* gewährleistet ist (Art. 14 Abs. 2 EG). Hierdurch soll das Ideal eines freien Leistungswettbewerbs verwirklicht werden. Dies setzt allerdings gleiche Ausgangsvoraussetzungen voraus. Jedoch divergieren die Standortbestimmungen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in wettbewerbsrelevanten Bereichen teilweise erheblich. Als Folge hiervon sind diejenigen Unternehmen im grenzüberschreitenden Wettbewerb benachteiligt, deren Heimatrecht unternehmerischen Betätigungen vergleichsweise mehr Belastungen auferlegt.

Die bestehenden Divergenzen in unternehmerisch relevanten Bereichen wie die Belastungen mit Steuern und Abgaben sowie bei Lohn- und Lohnnebenkosten bilden in den einzelnen Mitgliedstaaten einen Standortfaktor und damit möglicherweise auch einen Standortnachteil. Um im innergemeinschaftlichen Wettbewerb Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sind immanent gleiche Ausgangsvoraussetzungen erforderlich, welche durch die im EG-Vertrag normierten Rechtsangleichungskompetenzen auf Gemeinschaftsebene erzielt werden sollen. Allerdings ist festzustellen, dass eine Harmonisierung bisher allein in punktuellen Bereichen stattgefunden hat.

Insofern ist zu konstatieren, dass Unternehmen in Deutschland sowohl hinsichtlich der allgemeinen bürokratischen Belastungen als auch hinsichtlich der Belastungen mit Steuern und Abgaben deutliche Standort-

nachteile gegenüber anderen Mitgliedstaaten aufweisen. Zudem ist der Faktor Arbeit in Deutschland wesentlich teurer als in vielen anderen Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund kommt der Frage eine zentrale Bedeutung zu, wie auf Gemeinschaftsebene für mehr Gleichheit bei den Standortbedingungen gesorgt werden kann. All diese für kleine und mittelständische Unternehmen, die an ihren nationalen Wirtschaftsstandort gebunden sind und nicht wie Großkonzerne inländische Belastungen weitgehend meiden können, zentralen Themen werden bei dem Kommissionsansatz zur Verwirklichung des Binnenmarktes außer Acht gelassen, weshalb der Ansatz für sich genommen die tatsächliche Schaffung eines Binnenmarktes nicht erreichen kann.

Die Europäische Kommission geht indes im Gegenteil von dem Ansatz aus, die bestehenden Divergenzen in wettbewerbsrelevanten Bereichen weitgehend unangetastet zu lassen und die politischen Bemühungen stattdessen auf die Beseitigung mehr oder weniger relevanter nationaler Maßnahmen zu konzentrieren, die nicht allein den Marktzugang erfassen, sondern auch Modalitäten der Ausübung gemeinschaftsrechtlicher Gewährleistungen für Selbständige. Durch diese einseitige konzeptionelle Politikausrichtung wird einem Wettbewerb der Standorte Vorschub geleistet, dies in Einzelfällen durchaus zu Lasten an sich leistungsfähiger Wirtschaftsstrukturen in Mitgliedstaaten, die aufgrund negativer Standortfaktoren wettbewerbsmindernden Rahmenbedingungen ausgesetzt sind. Insofern besteht weiterhin ein dringender Handlungsbedarf.

Nach Art. 2 Nr. 1 des Richtlinienentwurfs (RLE) ist der Anwendungsbereich auf Dienstleistungen beschränkt, die durch in einem Mitgliedstaat niedergelassene Dienstlei-

* Der Begriff der nationalen Maßnahme wird vorliegend umfänglich in dem Sinne verstanden, dass es sich hierbei sowohl um diskriminierende als auch nichtdiskriminierende nationale Regelungen, Verwaltungspraktiken o.ä. handeln kann, sofern eine Eignung im Einzelfall gegeben ist, die Verwirklichung einer Grundfreiheit unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

stungserbringer angeboten werden. Dem steht die Regelung des Art. 25 RLE entgegen, wonach auch die Entsendung von Drittstaatenangehörigen erfasst werden soll. Der Regelungsgegenstand muss sich auf den gemeinschaftsrechtlichen Bereich beschränken, der für die Verwirklichung des Binnenmarktziels maßgeblich ist, und folglich die Drittstaatenproblematik ausklammern.

Zu bemängeln ist die falsche Terminologieverwendung im Richtlinienentwurf. So wird beim grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr zwischen zwei Situationen differenziert (*Seite 7 f.; Kapitel II und III des RLE*), (1) wenn sich ein Dienstleistungserbringer aus einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen möchte und (2) wenn ein Dienstleistungserbringer von seinem Herkunftsmitgliedstaat aus Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringen möchte. Der erste Fall, der hier im Richtlinienentwurf unter den Begriff des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs subsumiert wird, ist gemeinschaftsrechtlich ein klassischer Fall der Ausübung des Rechts auf Niederlassungsfreiheit (*Art. 43 ff. EG*).

Das Gemeinschaftsrecht kennt zwei Personenverkehrsfreiheiten für Selbständige, die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit. Bei der Dienstleistungsfreiheit soll der Betriebsschwerpunkt nicht in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, sondern im Herkunftsland beibehalten werden (*Art. 49 EG*). Hier steht somit die gelegentliche Leistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat im Vordergrund, ohne dass dort eine Infrastruktur errichtet werden soll, die begrifflich als Niederlassung anzusehen wäre. Soll der unternehmerische Schwerpunkt im Herkunftsland verbleiben, aber dauerhaft eine wirtschaftliche Betätigung in einem anderen Mitgliedstaat durch Errichtung einer Infrastruktur erfolgen, so wird dies gemeinschaftsrechtlich durch die sog. sekundäre Niederlassungsfreiheit abgesichert. Danach sind Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat verboten (*Art. 43 Abs. 1 S. 2 EG*). Wird indes der Unternehmensschwerpunkt in einen anderen Mitgliedstaat verlagert, so wird dieser Vorgang von der sog. primären Niederlassungsfreiheit erfasst (*Art. 43 Abs. 1 S. 1 EG*).

Warum nicht an den Begrifflichkeiten festgehalten wird, die im EG-Vertrag seit jeher eine eindeutige Verwendung finden, ist unverständlich, zumal die Mitgliedstaaten in Art. 3 RLE verpflichtet werden, die Richtlinienregelungen in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit umzusetzen. Richtigerweise müsste daher der Titel der Richtlinie dahingehend ergänzt werden, dass es sich um eine Richtlinie [...] über Dienstleistungen und Niederlassungsvorgänge im Binnenmarkt handelt. Auch der Richtlinienentwurf selbst müsste im Hinblick auf die Übereinstimmung mit den primärrechtlichen Begriffen überarbeitet werden.

Allerdings ist im Hinblick auf den weiten Geltungsbereich auch die Frage erlaubt, ob sich die Europäische Kommission nicht zunächst tatsächlich auf den Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung konzentrieren sollte, was der Titel der Richtlinie suggeriert, da dieser Regelungsbereich bereits eine hohe Komplexität aufweist. Gesammelte Erfahrungen könnten dann ggf. in eine Richtlinie über Niederlassungsvorgänge ein-

fließen. Hierdurch ließe sich auch vermeiden, dass bestehende Unterschiede, die aus dem jeweiligen Gewährleistungsgehalt der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit resultieren, verwischt werden, was im vorliegenden Richtlinienentwurf teilweise geschieht.

II. Der Regelungsansatz

Die Europäische Kommission verfolgt mit ihrem Richtlinienentwurf einen kombinierten Ansatz aus indirekter Harmonisierung über die Verwendung des Herkunftslandprinzips und aus direkter Harmonisierung durch Rechtsangleichungsmaßnahmen, sofern dies unbedingt erforderlich erscheint. Daneben wird auf die Förderung europäischer Verhaltenskodizes bzw. Berufsregeln als alternative Regulierungsansätze abgestellt.

Der kombinierte Ansatz der Europäischen Kommission ist vom Grundsatz her zu befürworten, da er dem Subsidiaritätsgrundsatz Rechnung trägt und gleichzeitig erlaubt, die Integrationstiefe zu verbessern, um somit das Binnenmarktziel zu verwirklichen. Allerdings ist bei der Anwendung des Herkunftslandprinzips Vorsicht geboten.

1. Einführung des Herkunftslandprinzips und flankierende Maßnahmen

Wie bereits dem einleitenden Teil des Richtlinienentwurfs (*Seite 5*) zu entnehmen ist und später näher konkretisiert wird, ist ein wesentlicher Pfeiler des Regelungsvorhabens das Abstellen auf das Herkunftslandprinzip. Nach dem Herkunftslandprinzip soll ein Dienstleistungserbringer nur den Rechtsvorschriften des Landes unterliegen, in dem er niedergelassen ist. Indes dürfen Mitgliedstaaten die Erbringung von Dienstleistungen durch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Dienstleistungserbringer nicht beschränken (*vgl. Def.: Seite 11*). Dadurch soll der Dienstleistungserbringer die Möglichkeit erhalten, in einem oder in mehreren anderen Mitgliedstaaten Dienstleistungen zu erbringen, ohne deren Regelungen unterworfen zu sein.

Das Herkunftslandprinzip ist aus vier zentralen Gründen nur bedingt geeignet, eine Verwirklichung des Binnenmarktes herbeizuführen.

1. Zum einen klingt es zwar verlockend, wenn ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich nur an sein Heimatrecht gebunden ist. Wer soll aber im Staat der Leistungserbringung kontrollieren, ob dies auch tatsächlich der Fall ist? In der Praxis gestaltet sich die grenzüberschreitende Behördenzusammenarbeit äußerst schwierig, dies insbesondere aufgrund bestehender Sprachbarrieren und unterschiedlicher Verwaltungsstrukturen. Eine Verbesserung der grenzüberschreitenden Behördenzusammenarbeit lässt sich nicht per Rechtsakt verordnen, sondern ist ein langfristiger Strukturanpassungsprozess.
2. Zum anderen basiert der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens eben nur auf einer Fiktion der Gleichwertigkeit unterschiedlicher nationaler Regelungsansätze, die tatsächlich bestehende Regelungsgefälle gerade nicht beseitigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass einzelne Regelungen des nationalen Rechts stets integrale Bestandteile umfassenderer Regelungsansätze bilden. Der nationale Ordnungsrahmen in den Mitgliedstaaten dient regelmäßig der Verwirklichung von Gemeinwohlinteressen, die der nationale Gesetzgeber für regelungsbedürftig erachtet hat. Entsprechende Regelungen können dem Schutz der Verbrau-

cher dienen, auf einen Interessenausgleich zwischen Bürgern abzielen, die Interessen von Mitbewerbern im Auge haben, oder übergeordnete Gemeinwohlbelange erfassen.

3. Zudem werden durch den Mechanismus des Herkunftslandprinzips präventiv wirkende Regelungsansätze ausgehebelt. So hat beispielsweise ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zwar zunächst eine stark freiheitsbeschränkende Wirkung, kann aber gesetzgebungstechnisch durchaus sinnvoll und zweckmäßig sein, um einen präventiven Schutz zu bewirken. Ein Ansatz, der zunächst keine freiheitsbeschränkenden Verbotsregelungen beinhaltet, dafür aber einen starken Sanktionsmechanismus im Falle einer Verletzung von Rechtsgütern Dritter beinhaltet, wirkt indes repressiv. Zweifelsohne sind präventiv wirkende Regelungen vom Grundsatz her der modernere Ansatz, wenn es um den Schutz wichtiger Güter geht. Das Abstellen auf das Herkunftslandprinzip kann aber gerade dazu führen, dass Dienstleistungsanbieter entsprechenden Regelungen nicht unterliegen, obwohl im Staat der Leistungserbringung Präventivschutz gewährende Regelungen bestehen. Insbesondere im Hinblick auf den Verbraucherschutz, der als gemeinschaftsrechtliche Querschnittsaufgabe auf einem hohen Schutzniveau abgesichert werden soll, erscheint dies problematisch.
4. Nicht zuletzt verschärft die Verwendung des Herkunftslandprinzips die Problematik der sog. Inländerdiskriminierung, die daraus resultiert, dass in denjenigen Mitgliedstaaten, die über ein stärker durchnormiertes Recht verfügen und aus einer bestimmten Rechtstradition sowie sozio-ökonomischen Gründen heraus bestimmte Bereiche restriktiver regeln als andere Mitgliedstaaten, inländische Bürger strengere Regelungen unterworfen sind, als sie für EU-Bürger aus anderen Mitgliedstaaten gelten. Regelungen auf Gemeinschaftsebene, die in Mitgliedstaaten der Gemeinschaft das Problem der Inländerdiskriminierung forcieren, dürfen nach Auffassung des deutschen Handwerks nur dann erlassen werden, wenn hierfür ein nachgewiesenes tatsächliches Bedürfnis von einigem Gewicht besteht.

Nicht akzeptiert werden kann indes, wenn über die Fiktion der Gleichwertigkeit unterschiedliche Regelungsansätze in den Mitgliedstaaten zunehmend nivelliert werden, weil die hieraus resultierende Inländerdiskriminierungsproblematik dazu führt, dass in manchen Mitgliedstaaten bestehende regelungsintensivere Ansätze nicht mehr aufrecht erhalten werden können.

2. Begriffsdefinitionen

Die Definition des Begriffs Dienstleistungserbringer in Art. 4 Abs. 2 RLE ist fehlerhaft gefasst, da hier allein *jede natürliche Person mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates und jede juristische Person, die eine Dienstleistung anbietet oder erbringt*, erfasst wird. Bei den Gesellschaften werden die Gesellschaften bürgerlichen Rechts sowie die (teilrechtsfähigen) Personengesellschaften daher begrifflich nicht erfasst. Unverständlich ist, warum insofern nicht auf die Definition in Art. 48 EG zurückgegriffen wurde, die über die Verweisungsbestimmung des Art. 55 EG nicht nur für die Niederlassungsfreiheit, sondern auch für die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit gültig ist. Nach Art. 48 Abs. 2

EG gelten als Gesellschaften *die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen*. Aus Klarstellungsgründen sollte zudem die in Art. 48 Abs. 1 EG enthaltene Regelung übernommen werden, wonach für die Anwendung dieser Richtlinie *die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleichgestellt werden, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind*.

Auch die Definition des Begriffs *Dienstleistungsempfänger* in Art. 4 Abs. 3 RLE müsste dahingehend ergänzt werden, dass ebenfalls Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Personengesellschaften erfasst werden.

3. Kapitel II – Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer

Der Regelungsansatz in Kapitel II des Richtlinienentwurfs zur Verwirklichung des Binnenmarktes im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen ist teilweise zu weitreichend und daher nicht geboten, wie sich aus folgenden Überlegungen ergibt, die auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) basieren. So hat der EuGH in einer systembildenden Rechtsprechung die Reichweite der Grundfreiheiten – und somit auch der Personenverkehrsfreiheiten für Selbständige – konkretisiert, die ja gerade der Absicherung des Binnenmarktzieles dienen (*vgl. Art. 3 c) EG*), aber auch hierin ihre Grenze finden, genauso wie der Bereich der direkten Harmonisierung eine Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene (*vgl. Art. 3 h) EG*).

Im Gemeinschaftsrecht erfassen die Grundfreiheiten den Zugang zu (das *Ob* der Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung) und die Modalitäten der Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung in den einzelnen Mitgliedstaaten (das *Wie* der Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung). Dabei unterliegen Zugangsbeschränkungen nach der Rechtsprechung des EuGH einer Überprüfung am Maßstab des Beschränkungsverbots, so dass auch nationale Maßnahmen erfasst werden, die weder direkt noch indirekt diskriminierend wirken. Entsprechende nationale Maßnahmen sind im Ergebnis nur dann zulässig, wenn gemeinschaftsrechtlich anerkannte überwiegende Allgemeinwohlinteressen als Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Die Modalitäten der Ausübung einer Grundfreiheit und damit die Frage des *Wie* unterliegt indes allein einer Kontrolle durch das Gemeinschaftsrecht am Maßstab des Diskriminierungsverbots, so dass nationales Recht, das eine direkte oder indirekte diskriminierende Wirkung entfaltet – also entweder direkt oder indirekt an die Staatsangehörigkeit eines EU-Ausländers anknüpft – dann gemeinschaftsrechtlich unzulässig ist, wenn bei direkten Diskriminierungen keine im primären Gemeinschaftsrecht benannten Rechtfertigungsgründe bzw. bei indirekten Diskriminierungen keine überwiegenden Allgemeinwohlinteressen als unbenannte Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Diese von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze zur Reichweite der Grundfreiheiten sollten auch im Zusammenhang mit dem vorliegenden Richtlinienentwurf Berücksichtigung finden, besteht doch eine

Rechtsetzungskompetenz zur Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften nur insoweit, als dies für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist (Art. 3 h) EG). Insofern beschränken die Grundsätze der enumerativen Einzelermächtigung mit der begrenzten Aufgabenzuweisung an die Gemeinschaftsebene durch den EG-Vertrag, der Verhältnismäßigkeits- und der Subsidiaritätsgrundsatz die Handlungsbefugnis der Gemeinschaftsebene. Dieser Kompetenzabgrenzung zwischen supranationalem Gemeinschaftsrecht und nationalen Zuständigkeiten gilt es auch im Zusammenhang mit dem vorliegenden Richtlinienentwurf konsequent Rechnung zu tragen.

Hieraus lässt sich im Einzelnen für Kapitel II des Richtlinienentwurfs folgern:

Im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen verstoßen nationale Maßnahmen, die nicht unmittelbar den Marktzugang betreffen, sondern die Modalitäten der Ausübung des Niederlassungsrechts, allein dann gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, wenn sie direkt oder indirekt diskriminierend wirken. Dies ist bei gewöhnlichen Verwaltungsabläufen wie Genehmigungsverfahren nicht der Fall, wenn diese sowohl für Inländer als auch für EU-Ausländer gelten. Selbst wenn eine Differenzierung zwischen Inländern und EU-Ausländern vorhanden ist, so steht dies der Verwirklichung des Binnenmarktziels im Ergebnis nicht entgegen, wenn die nationale Maßnahme aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht gerechtfertigt ist. Sofern es sich um direkte Diskriminierungen handelt, kommen nur sog. benannte Rechtfertigungsgründe – die im EG-Vertrag selbst aufgeführt sind – in Betracht. Bei indirekten Diskriminierungen kann eine Rechtfertigung im Einzelfall auf Grundlage anerkannter überwiegender Allgemeinwohlinteressen erfolgen.

a. Abschnitt 1 – Verwaltungsvereinfachung (Art. 5 bis 8 RLE)

- Artikel 5 – Vereinfachung der Verfahren

Nach Art. 5 Abs. 2 RLE sollen im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen Zeugnisse, Bescheinigungen oder sonstige Dokumente zum Nachweis der Erfüllung einer Anforderung durch alle Dokumente eines anderen Mitgliedstaates erbracht werden können, die eine gleichwertige Funktion haben oder aus denen hervorgeht, dass die betreffende Anforderung erfüllt ist. Zudem soll ein Mitgliedstaat nicht verlangen dürfen, dass Dokumente eines anderen Mitgliedstaates im Original, in beglaubigter Form oder in beglaubigter Übersetzung vorgelegt werden müssen, sofern dies nicht in Gemeinschaftsrechtsakten oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses objektiv erforderlich ist.

Im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen ist zunächst zu berücksichtigen, dass bestehende nationale Erfordernisse regelmäßig nur einmalig erfüllt werden müssen. Wieso es hier für den Antragsteller unzumutbar sein soll, Dokumente im Original oder in beglaubigter und übersetzter Form vorzulegen, ist unverständlich, zumal die Pflicht zur Vorlage von Originalen regelmäßig nicht Selbstzweck ist, sondern der Überprüfbarkeit der Authentizität dient. Zudem haben beglaubigte Übersetzungen die Funktion, dass entscheidungsrelevante Unterlagen in der jeweiligen Amtssprache vorliegen und hierdurch ein effizientes – weil zeitsparendes – Verwaltungshandeln erst möglich wird, was ja gerade im ureigensten Interesse des niederlassungswilligen Antragstel-

lers ist. In der Praxis kann eine Anerkennung aller Dokumente aus anderen Mitgliedstaaten, die eine gleichwertige Funktion haben, oder aus denen hervorgeht, dass die betreffende Anforderung erfüllt ist, zudem nur dann erfolgen, wenn relevante Informationen vorliegen, die eine entsprechende Beurteilung ermöglichen. Eine Beibringungspflicht des Antragstellers ist hier grundsätzlich erforderlich.

Zutreffend wird an anderer Stelle darauf verwiesen, der Aufbau einer gegenseitigen Unterstützung sei unverzichtbar für die Entwicklung eines wechselseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten (Seite 11 f.). Der Gedanke darf allerdings nicht überstrapaziert werden, da eine grenzüberschreitende Behördenzusammenarbeit häufig an Sprachbarrieren und der fehlenden Vertrautheit mit fremdem Rechts- und Systemdenken anderer mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen scheitert.

- Artikel 6 – Einheitliche Ansprechpartner

Gemäß Art. 6 RLE sollen die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen dafür Sorge tragen, dass Niederlassungswilligen Kontaktstellen als einheitliche Ansprechpartner zur Verfügung stehen, bei denen alle Verfahren und Formalitäten abgewickelt werden können, die für die Aufnahme ihrer unternehmerischen Betätigung erforderlich sind. Dies soll sich auch auf Bereiche erstrecken, die eine Beantragung der Eintragung in Register, Berufsrollen, Datenbanken oder bei Berufsorganisationen betreffen.

Zentrale Zuständigkeiten sind nicht allein im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Niederlassungsvorgängen grundsätzlich zu begrüßen, sondern generell im Zusammenhang mit Existenzgründungen. Der Vorschlag, für grenzüberschreitende Niederlassungsvorgänge einheitliche Ansprechpartner in den Mitgliedstaaten zu benennen, könnte ein wichtiger Impulsgeber sein, damit die nationalen Gesetzgeber auch für rein interne Sachverhalte entsprechende Stellen benennen. Dies wäre ein wichtiger Beitrag zur Entbürokratisierung und Verwaltungsvereinfachung. In Deutschland könnte die berufsständische Selbstverwaltung z.B. mit den Kammern diese Funktion wahrnehmen, da sie am besten mit den jeweiligen Wirtschaftssektoren vertraut ist und bereits derzeit wesentliche Unterstützungsbeiträge im Zusammenhang mit Existenzgründungen leistet.

- Artikel 7 und 8 – Recht auf Information & Elektronische Verfahrensabwicklung

Durch die in Art. 7 RLE enthaltene Regelung soll Niederlassungswilligen ein umfangreiches Recht auf Informationen gewährt werden. Zudem sollen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 8 RLE Sorge dafür tragen, dass spätestens ab dem 1. Januar 2009 alle Verfahren und Formalitäten, welche die Aufnahme oder die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit betreffen, problemlos auf elektronischem Wege zur Verfügung gestellt werden.

Beide Zielsetzungen sind grundsätzlich zu begrüßen und haben im Übrigen nicht nur für Niederlassungswillige aus anderen Mitgliedstaaten eine große Bedeutung, sondern auch für Unternehmensgründer in Deutschland. Im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung besteht bereits die DeutschlandOnline-Initiative, bei der Bund, Länder und Kommunen vereinbart haben, eine integrierte eGovernment-Landschaft in Deutschland zu schaffen. Auf Bundesebene ist man mit BundOnline 2005 schon

der Zielsetzung recht nahe gekommen, bis zum Jahr 2005 alle internetfähigen Dienstleistungen online anzubieten. Auch die Kammern der Selbstverwaltung als Körperschaften des öffentlichen Rechts haben sich der Thematik angenommen. Um die rechtlichen Voraussetzungen für ein rechtsgültiges Handeln via Internet zu schaffen, wurde in Deutschland bereits 1997 das Signaturgesetz erlassen und später an die zwischenzeitlich auf Gemeinschaftsebene verabschiedeten Vorgaben angepasst.

Festzustellen ist daher, dass in Deutschland schon vielfältige Initiativen im Bereich E-Government existieren. Die Regelungen der Art. 7 und 8 RLE können zusammen mit Initiativen auf Gemeinschaftsebene wie eEurope 2005 und dem IDA-Programm bewirken, dass auch in anderen Mitgliedstaaten der EU in einem überschaubaren Zeitraum entsprechende Strukturen zur Erbringung von E-Government-Dienstleistungen aufgebaut und optimiert werden.

b. Abschnitt 2 – Genehmigungen (Artikel 9 bis 13)

Wie eingangs zu Kapitel II allgemein ausgeführt wurde, können Genehmigungserfordernisse nur dann einer Kontrolle am Maßstab des allgemeinen Beschränkungsverbots unterliegen, wenn es sich um nationale Maßnahmen handelt, die im Zusammenhang mit dem Marktzugang stehen. In diesen Fällen hat der EuGH in seiner Rechtsprechung die in Art. 9 Nr. 1 RLE genannten Kriterien aufgestellt, die letztendlich eine Überprüfung des nationalen Rechtsrahmens am Maßstab der Grundfreiheiten unter Effizienzgesichtspunkten ermöglichen.

Nicht erforderlich zur Verwirklichung des Binnenmarktes ist indes eine Überprüfung nationaler Maßnahmen unter Zugrundelegung des allgemeinen Beschränkungsverbots, sofern es sich um Bereiche handelt, die nicht den Marktzugang betreffen, sondern vielmehr Modalitäten der Ausübung einer gemeinschaftsrechtlichen Gewährleistung. In seiner Rechtsprechung zu den Personenverkehrsfreiheiten legt der EuGH insofern das Diskriminierungsverbot zu Grunde, so dass nationale Maßnahmen, die Modalitäten der Ausübung der Grundfreiheiten betreffen, allein dann einer Rechtfertigung bedürfen, wenn sie direkt oder indirekt zwischen In- und Ausländern differenzieren.

Der vorliegende Richtlinienentwurf muss sich an dieser in der Rechtsprechung des EuGH begründeten Differenzierung zwischen Marktzugangsregelungen und Modalitäten der Gewährung der Grundfreiheiten orientieren und darf nur solche nationalen Maßnahmen einer Überprüfung am Maßstab des allgemeinen Beschränkungsverbots unterwerfen, die den Marktzugang betreffen. Da in der Richtlinie diese Differenzierung fehlt, handelt es sich um einen überschießenden Regelungsansatz, der über das zur Erreichung des Binnenmarktziels erforderliche Maß hinausgeht. Dies ist sowohl im Hinblick auf den Grundsatz der enumerativen Einzelermächtigung wie auch den Subsidiaritäts- und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz problematisch.

So wird etwa in Art. 10 Abs. 3 RLE mit Genehmigungen bei Niederlassungsvorgängen ein Verbot einer doppelten Anwendung von gleichwertigen oder aufgrund ihrer Zielsetzung im Wesentlichen vergleichbaren Anforderungen und Kontrollen normiert. Der EuGH hat die Thematik, inwieweit Doppelbelastungen tatsächlich aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen erforderlich sind und daher nicht zu unnötigen Beschränkungen der jeweiligen

Leistungserbringer führen (vgl. hierzu eingehend: *Schwarze, EU-Kommentar, 1. Auflage 2000, Art. 49, Rn. 77 ff.*), allein im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung thematisiert, nicht aber bei der Niederlassungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann im Übrigen insbesondere allein aus dem Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht gefolgert werden, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind (*EuGH, Urt. v. 10. Mai 1995, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141, Rn. 51*).

c. Abschnitt 3 – Unzulässige oder zu prüfende Anforderungen (Artikel 14 und 15)

- Artikel 14 – Liste unzulässiger Anforderungen

Grundsätzlich zu begrüßen ist das Bestreben der Europäischen Kommission, in Art. 14 unzulässige Anforderungen aufzulisten, die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – insbesondere wegen ihrer diskriminierenden Wirkung – gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Niederlassungsfreiheit verstoßen. Denn die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfasst naturgemäß stets nur Einzelfälle. Häufig ist zu konstatieren, dass eine nationale Maßnahme, die gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben verstößt, nur in diesem Mitgliedstaat eine Änderung erfährt, entsprechende nationale Maßnahmen in anderen Mitgliedstaaten dennoch weiter beibehalten werden. Eine direkte Harmonisierung ist hier der richtige Ansatz, um die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechtsrahmens sicherzustellen.

Nach Art. 14 Abs. 1 b) RLE wird eine Residenzpflicht verboten. Klargestellt werden müsste, dass Präsenzpflichten bei selbständigen unternehmerischen Betätigungen aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen wie dem Verbraucherschutz zulässig sind, auch wenn hieraus mittelbar eine Residenzpflicht insofern resultiert, dass aufgrund der jeweiligen Verkehrsanbindung oder Entfernung die Präsenzpflicht nur durch einen Wohnort im Mitgliedstaat der Niederlassung erfüllt werden kann.

Gemäß Art. 14 Abs. 2 RLE soll unter anderem die Registrierung bei Standesorganisationen in mehreren Mitgliedstaaten unzulässig sein. So dürften etwa Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften von Unternehmen aus dem EU-Ausland nicht mehr Pflichtmitglieder in einer berufsständischen Selbstverwaltungsorganisation sein. Die Unzulässigkeit von Doppelmitgliedschaften hat der EuGH ebenfalls nur im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit judiziert. Bei der Ausübung der primären oder sekundären Niederlassungsfreiheit gelten die Grundsätze indes nicht, weshalb diese Regelung strikt abzulehnen ist. Vielmehr gilt in diesem Zusammenhang der Grundsatz der Inländergleichbehandlung, so dass auch EU-Ausländer, die von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen, Pflichtmitglieder in einer Kammerorganisation sein müssen, wenn dies der nationale Gesetzgeber vorsieht. Dies betrifft auch die Zahlung von Pflichtbeiträgen, die der Finanzierung der durch die berufsständische Selbstverwaltung wahrgenommenen Aufgaben dienen.

Die in Art. 14 Abs. 3 RLE enthaltene Regelung ist überflüssig, da sie inhaltlich nichts anderes wiedergibt, als bereits in Art. 43 EG enthalten ist.

- Artikel 15 – Liste zu prüfender Anforderungen

Auch im Zusammenhang mit der in Art. 15 enthaltenen Liste zu prüfender Anforderungen ist die Sinnhaftigkeit der Regelung an sich nicht in Frage zu stellen, ihr konkreter Inhalt an mancher Stelle jedoch bedenklich. So gehört etwa der in Art. 15 Abs. 2 h) RLE genannte Regelungsgegenstand von Verboten und Verpflichtungen im Hinblick auf Verkäufe unter Einstandspreis und Sonderverkäufe allein in den Bereich des Wettbewerbsrechts und sollte in diesem Zusammenhang aufgegriffen werden.

4. Kapitel III – Freier Dienstleistungsverkehr

a. Abschnitt 1 – Herkunftslandprinzip und Ausnahmen (Artikel 16 – 19)

Wie Abschnitt I des dritten Kapitels des Richtlinienentwurfs zu entnehmen ist, soll im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung grundsätzlich vom Herkunftslandprinzip ausgegangen werden, sofern nicht in der Richtlinie selbst oder im sonstigen Gemeinschaftsrecht abweichende Regelungen bestehen, wie etwa bei der Anerkennung von Berufsqualifikationen oder bei den Regelungen zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige.

Bereits unter II. 1 wurde ausgeführt, dass das Herkunftslandprinzip nur bedingt als Regelungsansatz geeignet ist und allein in den Bereichen Anwendung finden sollte, in denen eine hinreichende Mindestharmonisierung besteht. Ist dies nicht der Fall, sollte auf das Herkunftslandprinzip lediglich dann zurückgegriffen werden, wenn hierfür ein nachgewiesenes tatsächliches Bedürfnis von einigem Gewicht besteht. Nur so kann das unnötige Entstehen der Problematik der Inländerdiskriminierung vermieden werden.

Die Europäische Kommission folgt in ihrem Richtlinienentwurf dem umgekehrten Ansatz, indem sie das Herkunftslandprinzip als allgemeinen Grundsatz fest schreibt. Zur effektiven Absicherung der in Art. 49 ff. EG verankerten Dienstleistungsfreiheit ist ein solches Vorgehen nicht zweckmäßig. Insoweit kann erneut auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten verwiesen werden, wo eine Differenzierung zwischen Marktzugangsregelungen und Modalitäten der Ausübung der Gewährleistung vorgenommen wird. Allein hinsichtlich der Marktzugangsregelungen findet gemeinschaftsrechtlich das allgemeine Beschränkungsverbot Anwendung, so dass nationale Maßnahmen, die das Recht auf grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung behindern oder weniger attraktiv machen, nur dann gerechtfertigt sind, wenn überwiegende Allgemeinwohlinteressen vorliegen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme im Einzelfall) beachtet wurde.

Methodisch wäre es daher erforderlich, auch bei den Regelungen zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in Kapitel III des Richtlinienentwurfs zwischen Marktzugangsregelungen und Modalitäten der Ausübung der Gewährleistung zu differenzieren. Bei den Marktzugangsregelungen darf allein dann auf das Herkunftslandprinzip und damit den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zurückgegriffen werden, wenn überwiegende Allgemeinwohlbelange dem nicht entgegenstehen. Sofern es sich lediglich um nationale Maßnahmen handelt, welche die Modalitäten der Leistungserbringung be-

treffen, besteht kein Erfordernis, über den Grundsatz der Inländergleichbehandlung hinauszugehen.

Im Einzelnen lässt sich zu den Regelungen in Kapitel 3 des Richtlinienentwurfs zum freien Dienstleistungsverkehr folgendes anmerken:

- Artikel 16 – Herkunftslandprinzip

Das Herkunftslandprinzip soll ebenfalls nach dem Richtlinienentwurf über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (*KOM (2002) 119 endg.*) – der bei dem Entwurf der vorliegenden Dienstleistungsrichtlinie explizit vom Anwendungsbereich ausgeklammert ist (*vgl. Art. 17 Ziff. 8 RLE*) – bei der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Anwendung finden. Allerdings ist dieses Konzept sowohl im Rat als auch im Europaparlament (EP) in der von der Kommission beabsichtigten Form auf berechnete Ablehnung gestoßen. So votierte das EP auf seiner Sitzung vom 11. Februar 2004 bei der ersten Lesung des Richtlinienentwurfs zur Anerkennung von Berufsqualifikationen dafür, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sollten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit sowie zum Schutz des Allgemeininteresses möglich sein. Letzteres umfasst u.a. den Schutz des Dienstleistungsempfängers, der Arbeitnehmer, den Verbraucherschutz, die Wahrung des guten Rufes des nationalen Finanzsektors, Betrugsprävention sowie Gläubigerschutz (und ist damit weitergehend, als die Ausnahmeregelung in Art. 17 Nr. 16, 17 RLE). Des Weiteren soll nach den Vorstellungen des EP eine Beurteilung durch die zuständige Behörde des Aufnahmestaates zulässig sein, ob eine Erbringung von Dienstleistungen mit vorübergehendem Charakter vorliegt. Der Dienstleistungserbringer muss die zuständigen Stellen im Herkunfts- und Aufnahmemitgliedstaat bezüglich der grenzüberschreitenden Leistungserbringung vorab informieren. Zuständige Stelle kann dabei eine nationale Behörde, eine Berufsorganisation, ein Berufs- oder Wirtschaftsverband sein. Damit wird der Kommissionsansatz, bei der Anerkennung von Berufsqualifikationen auf das Herkunftslandprinzip zu vertrauen, in zentralen Bereichen durchbrochen.

Vor diesem Hintergrund sprechen auch beim vorliegenden Entwurf einer Richtlinie über Dienstleistungen [und Niederlassungsvorgänge] im Binnenmarkt gewichtige Gründe gegen das Abstellen auf das Herkunftslandprinzip in den Bereichen, die in Art. 16 Abs. 1 RLE genannt werden (Aufnahme und Ausübung der Dienstleistung, das Verhalten der Dienstleistungserbringer, die Qualität oder den Inhalt der Dienstleistung, die Werbung, die Verträge und die Haftung der Dienstleistungserbringer). Das Herkunftslandprinzip sollte im sekundären Gemeinschaftsrecht insgesamt restriktiv gehandhabt werden. Dies gebietet nicht allein die einheitliche Ausgestaltung der gemeinschaftlichen Rechtsordnung, sondern auch die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

Die eingangs angesprochene Inländerdiskriminierungsproblematik wird besonders deutlich an der Regelung in Art. 16 Abs. 3 Buchst. e) RLE. Danach sollen Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten nicht der Pflicht unterliegen dürfen, die im Hoheitsgebiet für die Erbringung einer Dienstleistung geltenden Anforderungen zu erfüllen. Hierdurch wird regelungsarmen Regelungsansätzen Vorschub geleistet, ohne dass im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktes ein tatsächliches Bedürfnis besteht. Sachgerecht und deshalb im Er-

gebnis zwingend wäre stattdessen, bei marktzugangsbeschränkenden nationalen Maßnahmen von ihrer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit auszugehen, so nicht überwiegende Allgemeinwohlinteressen vorliegen, die als Rechtfertigungsgründe greifen. Bei nationalen Maßnahmen, die indes lediglich die Modalitäten der Ausübung einer Gewährleistung betreffen, ist es ausreichend, allein direkt oder indirekt diskriminierende nationale Maßnahmen einer Kontrolle am Maßstab des Gemeinschaftsrechts auszusetzen. Eines Rückgriffs auf das Herkunftslandprinzip bedarf es insofern nicht.

Nicht klar ist, warum u.a. Verträge, die Haftung der Dienstleistungserbringer und Werbung nach dem Herkunftslandprinzip geregelt werden sollen, so dass Dienstleistungserbringer insofern jeweils allein ihrem Heimatrecht unterworfen sind. So ist die Frage des anwendbaren Vertragsrechts kollisionsrechtlich bereits durch das EG-Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (*BGBI. 1986 II, S. 809*) geregelt. Durch die im Übereinkommen enthaltenen kollisionsrechtlichen Grundsätze, die in Deutschland in den Art. 27 f. EGBGB verankert wurden, werden europaweit einheitliche Verweisungsergebnisse erzielt, die hinreichende Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gewährleisten. Auch Haftungsfragen werden bereits derzeit sachgerecht gelöst, so dass es einer eigenständigen Regelung im Rahmen des Entwurfs einer Dienstleistungsrichtlinie nicht bedarf. Zudem hat die Europäische Kommission im Juli 2003 einen Verordnungsentwurf über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vorgelegt, wonach im Grundsatz das Recht des Schadenseintrittsortes maßgeblich sein soll (*KOM (2003) 427 endg.*) und mithin nicht das Herkunftslandprinzip. Der Bereich der Werbung ist dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen und dort zu regeln. Insofern ist auf den Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken (*KOM (2003) 356 endg.*) sowie die bereits geltenden Richtlinien irreführende und vergleichende Werbung (*84/450/EWG und 97/55/EG*) zu verweisen, die sich mit der Thematik befassen.

- Artikel 17 bis 19 – Fallgruppen der Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip

Viele der in Art. 17 RLE genannten Bereiche, in denen das Herkunftslandprinzip keine Anwendung finden soll, sind im Gemeinschaftsrecht spezialgesetzlich geregelt. Insofern kommt der Aufzählung allein eine klarstellende Bedeutung zu. Ergänzend werden in Art. 18 RLE Bereiche genannt, in denen vorübergehende Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip zulässig sein sollen.

Darüber hinaus sollen Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Einzelfall nur dann zulässig sein, wenn sie die Sicherheit der Dienstleistungen, die Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitswesen oder den Schutz der öffentlichen Ordnung bezwecken, Art. 19 Abs. 1 RLE. Voraussetzung hierfür soll allerdings neben der Einhaltung des Verfahrens der gegenseitigen Unterstützung nach Art. 37 RLE sein, dass es sich (1.) um nicht gemeinschaftsrechtlich harmonisierte Bereiche handelt, (2.) die Maßnahmen für den Dienstleistungserbringer einen größeren Schutz als diejenigen bewirken, die der Herkunftsmitgliedstaat aufgrund seiner innerstaatlichen Vorschriften ergreifen würde, (3.) die gegenseitige Unterstützung nach Art. 37 RLE nicht greift und (4.) die Maßnahme verhältnismäßig ist.

Zunächst müsste hier nicht der Schutz des Dienstleistungserbringers, sondern des Dienstleistungsempfängers genannt werden. Klargestellt werden müsste zudem, dass es sich hierbei nicht allein um Verbraucher handelt, sondern auch um gewerbliche Vertragspartner. Dieser Aspekt wird nicht allein im vorliegenden Richtlinienentwurf, sondern auch im Zusammenhang mit bestehenden Regelungsansätzen auf Gemeinschaftsebene zur Harmonisierung der nationalen Wettbewerbsrechte vernachlässigt.

Zudem wird im Richtlinienentwurf zu wenig beachtet, dass das Herkunftslandprinzip – auch im Subunternehmerbereich – zu erheblichen Problemen führen kann. Erbringt ein Dienstleistungsanbieter unter Beachtung seines im Herkunftsland geltenden Rechtsrahmens grenzüberschreitend Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, so würde für ihn kein Risiko bestehen, dass die erbrachte Leistung den im Staat der Leistungserbringung bestehenden nationalen Regelungen nicht entspricht. Zudem soll der Herkunftsmitgliedstaat dafür verantwortlich sein, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, auch wenn er sie in einem anderen Mitgliedstaat erbringt (Art. 16 Abs. 2 RLE). Dass dies nicht funktionieren kann und niemals funktionieren wird, liegt auf der Hand. Wie hat man sich etwa die Kontrolle der zuständigen portugiesischen Behörden in Deutschland vorzustellen, welche die Leistungserbringung eines portugiesischen Baubetriebs in Deutschland überwachen soll?

Schließlich steht die unumschränkte Anwendung des Herkunftslandprinzips in Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der Kontrollbefugnisse im Staat der Leistungserbringung gerade im Hinblick auf den Missbrauchsgedanken anerkennt. So ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannt, dass eine Berufung auf die Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung unter bestimmten Voraussetzungen missbräuchlich ist, dies insbesondere dann, wenn die Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat allein zu dem Zweck erfolgt, sich strengeren inländischen Bestimmungen – etwa für den Bereich des Zugangs zu bestimmten reglementierten Berufen – zu entziehen.

Nach den Ausführungen des Gerichtshofs in *van Binsbergen* kann einem Mitgliedstaat nicht das Recht zum Erlass von Vorschriften abgesprochen werden, die verhindern sollen, dass ein Dienstleistungserbringer, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf das Gebiet dieses Staates ausgerichtet ist, sich die durch Art. 49 EG garantierte Dienstleistungsfreiheit zunutze macht, um sich den Berufsregelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er im Gebiet dieses Staates ansässig wäre (*EuGH, Urt. v. 3.12.1974, Rs. 33/74 (van Binsbergen)*, *Slg. 1974, S. 1299*; vgl. auch: *EuGH, Urt. v. 7.2.1979, Rs. 115/78 (Knoors)*, *Slg. 1979, S. 399, Rn. 25*; *EuGH, Urt. v. 4.12.1986, Rs. 205/84 (Kommission ./ Deutschland)*, *Slg. 1986, S. 3755, Rn. 22*; *EuGH, Urt. v. 27.9.1989, Rs. 130/88 (van de Bijl)*, *Slg. 1989, S. 3057, Rn. 26*; *EuGH, Urt. v. 16.12.1992, Rs. 211/91 (Kommission ./ Belgien)*, *Slg. 1992, S. I-6757, Rn. 12*; *EuGH, Urt. v. 3.2.1993, Rs. 148/91 (Veronica)*, *Slg. 1993, S. I-487, Rn. 12*; *EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. 23/93 (TV 10)*, *Slg. 1994, S. I-4795, Rn. 20*). Denn es sei denkbar, dass in einem solchen Fall nicht das Kapitel über Dienstleistungen, sondern das über die Niederlassungsfreiheit anwendbar sei (*EuGH, Urt. v. 3.12.1974, Rs. 33/74 (van*

Binsbergen), *Slg.* 1974, S. 1299, Rn. 13; vgl. auch: *EuGH, Urt. v. 26.11.1975, Rs. 39/75 (Coenen)*, *Slg.* 1975, S. 1547, Rn. 9; *EuGH, Urt. v. 4.12.1986, Rs. 205/84 (Kommission ./ Deutschland)*, *Slg.* 1986, S. 3755, Rn. 22.). Für den Fall, dass inländische Vorschriften die Leistungserbringung im Inland Ansässiger von der Einhaltung bestimmter Berufsregelungen abhängig machen, die Ausdruck mitgliedstaatlicher Allgemeininteressen sind, wie Bestimmungen über Organisation, Befähigung, Berufspflichten, Kontrolle, Verantwortlichkeit und Haftung, können sie daher grundsätzlich auch dann beachtlich sein, wenn sich ein Marktteilnehmer aus dem EU-Ausland formal zutreffend auf die Dienstleistungsfreiheit beruft.

b. Abschnitt 2 – Rechte der Dienstleistungsempfänger (Artikel 20 – 23)

Der Grundsatz, dass die primärrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit in Art. 49 ff. EG nicht allein den klassischen Fall der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durch den jeweiligen Anbieter von Dienstleistungen erfassen, sondern umgekehrt auch das grenzüberschreitende Aufsuchen des Dienstleistungserbringers durch den (späteren) Empfänger der Dienstleistung, ist in der Rechtsprechung des EuGH bereits lange geklärt. Mit Blick auf den Gewährleistungsgehalt der Dienstleistungsfreiheit sollte auch hier eine deutlichere Differenzierung zwischen Marktzugangsregelungen und Modalitäten der Ausübung der Gewährleistung vorgenommen werden, wobei die Schranken der Gewährleistung zu berücksichtigen sind. Zwar erfasst Art. 20 RLE unzulässige Beschränkungen und Art. 21 RLE enthält ein Diskriminierungsverbot. Der Anwendungsbereich der Bestimmungen wäre aber klarer, wenn sich Art. 20 RLE entnehmen ließe, dass der über die Diskriminierung hinausgehende Begriff der Beschränkung nur im Zusammenhang mit dem Marktzugang von Relevanz ist, ansonsten als Überprüfungsmaßstab auf das in Art. 21 RLE enthaltene Diskriminierungsverbot abzustellen ist.

Zudem fehlt eine hinreichende Regelung zur Rechtfertigung von Beschränkungen, wie sie etwa im ersten Abschnitt des dritten Kapitels in Art. 19 RLE für das in Art. 16 RLE verankerte Herkunftslandprinzip vorgesehen ist. Weder das *Ob* noch das *Wie* der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit wird in der Rechtsprechung des EuGH grenzenlos gewährleistet, sondern kann im Falle direkter Diskriminierungen durch benannte Rechtfertigungsgründe und ansonsten zudem durch anerkannte überwiegende Allgemeinwohlinteressen durch die Mitgliedstaaten eingeschränkt werden.

Zwar sollen nach Art. 20 RLE grenzüberschreitende Dienstleistungen beschränkende nationale Maßnahmen gemäß der in der Regelung enumerativ aufgezählten Rechtfertigungsgründe zulässig sein. Allerdings ist der Begriff der Beschränkung weitergehend als derjenige der Diskriminierung, der in Art. 21 RLE verwendet wird, und erfasst grundsätzlich auch alle unterschiedslos wirkenden nationalen Maßnahmen, bei denen weder direkt noch indirekt an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Die in Art. 20 RLE aufgeführten Rechtfertigungsgründe, die an die in Art. 46 Abs. 1 EG genannten Rechtfertigungsgründe angelehnt sind, welche gem. Art. 55 EG auch für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit gelten, stellen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als benannte Rechtfertigungsgründe nur dann

einen abschließenden Katalog dar, sofern es sich um direkt diskriminierende – d.h. an die Staatsangehörigkeit anknüpfende – nationale Maßnahmen handelt. Ansonsten ist anerkannt, dass auch unbenannte Rechtfertigungsgründe die Dienstleistungsfreiheit beschränkende nationale Maßnahmen rechtfertigen können.

Warum die Europäische Kommission von dieser Rechtsprechung abweichen und auch bei nicht diskriminierenden, aber beschränkend wirkenden nationalen Maßnahmen nur im EG-Vertrag benannte Rechtfertigungsgründe anerkennen will, ist nicht verständlich. Denn regelmäßig ist die Eingriffsintensität in die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit bei Vorliegen nicht diskriminierender Beschränkungen weniger intensiv, jedenfalls aber weniger final, was auch die Anerkennung nicht im EG-Vertrag benannter Rechtfertigungsgründe richtig erscheinen lässt. Die in Art. 20 RLE vorgesehene Regelung geht daher deutlich über dasjenige hinaus, was zur Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlich wäre. Insofern ist daran zu erinnern, dass sowohl die direkte Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene durch Rechtsetzung als auch die indirekte Harmonisierung durch die integrationsfördernde Wirkung der Grundfreiheiten in ihrer durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs konturierten Form der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen (*vgl. Art. 3 c) und h) EG*). Daher sollte eine Konkordanz zwischen direkter und indirekter Harmonisierung gewahrt werden.

Schließlich erscheint die Regelung des Art. 22 RLE, wonach die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden sollen, Dienstleistungsempfänger in ihrem Wohnsitzland mit einer Vielzahl von Informationen – so insbesondere über den Verbraucherschutz – zu versorgen, nicht praxisgerecht. Zunächst einmal hat bereits eine nicht unerhebliche Angleichung der nationalen Rechtsordnungen in der EU stattgefunden, die zumindest auch auf den Verbraucherschutz abzielt, so dass insofern hinreichende Mindeststandards vorliegen. Zudem ist die in Art. 22 Abs. 3 RLE vorgesehene Kooperation der nationalen Behörden zwecks Informationsverschaffung in der Praxis wohl nicht durchführbar und dürfte bereits an bestehenden Sprachbarrieren scheitern. Es wäre daher vielmehr Aufgabe der Europäischen Kommission, relevante Informationen zentral – etwa über ein Internet-Portal – den Bürgern zur Verfügung zu stellen, anstatt hiermit dezentral 25 Mitgliedstaaten zu belasten.

c. Abschnitt 3 – Entsendung von Arbeitnehmern (Artikel 24 und 25)

Obwohl in Art. 17 RLE die Arbeitnehmerentsenderichtlinie (*96/71/EG*) vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips ausgenommen wird, widmet sich ein eigener Abschnitt des Richtlinienentwurfs der Entsendung von Arbeitnehmern und zielt dabei auf teilweise substantielle Änderungen des bestehenden Status quo. Dies ist in keiner Weise akzeptabel.

- Artikel 24 – Besondere Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmern

Die Entsenderichtlinie (*96/71/EG*) stellt einen fairen grenzüberschreitenden Wettbewerb auf dem deutschen Baumarkt sicher, indem aus EU-Mitgliedstaaten entsandte Arbeitnehmer den im Inland geltenden zwingenden sozialen Arbeitsbedingungen unterworfen sind. Unabdingbare Voraussetzung für den Erfolg dieser Regelung ist eine effektive Kontrolle von Dienstleistungserbringern

durch nationale Behörden sowie die Verhängung und der - auch grenzüberschreitende - effektive Vollzug von Bußgeldern im Falle eines Verstoßes gegen die in der Entsenderichtlinie vorgesehenen Mindeststandards.

Die Regelungsstruktur der Entsenderichtlinie droht durch die im Richtlinienentwurf vorgesehene Überbetonung des Herkunftslandprinzips und die geplanten Änderungen der Entsenderichtlinie ausgehöhlt zu werden. Die prinzipielle Unvereinbarkeit des Herkunftslandprinzips – wonach Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Heimatstaates unterfallen – mit der Entsenderichtlinie, die gerade auf einer Ausnahme zu diesem Prinzip basiert, wird in dem Richtlinienentwurf zwar zunächst formal berücksichtigt, da gemäß Art. 17 Abs. 5 RLE das Herkunftslandprinzip nicht auf die Entsenderichtlinie anzuwenden ist. Durch die in Art. 24 vorgesehenen Änderungen der Entsenderichtlinie werden jedoch die Kontrollkompetenzen und effektiven Kontrollmöglichkeiten des Aufnahmestaates derart eingeschränkt, dass eine wirksame Kontrolle ausländischer Dienstleistungserbringer kaum noch möglich sein wird. Unverzichtbare Voraussetzung für eine effektive Kontrolle ausländischer Dienstleistungserbringer nach dem deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist u.a. deren Pflicht, vor Beginn jeder Bauleistung diese anzumelden und die für die staatlichen Kontrollen im Aufnahmestaats notwendigen Unterlagen in deutscher Sprache vorzuhalten. Beide Erfordernisse wären nach Art. 24 RLE nicht mehr zulässig.

Die Erhebung von Daten über Entsendungen und die Kontrolle der Entsendefälle müssen aber in einer Hand liegen – und zwar derjenigen des Aufnahmestaates –, um eine wirksame Kontrolle der Entsenderichtlinie gewährleisten zu können. Dies gilt gerade für den Bereich der Bauwirtschaft, wo Arbeitsleistungen regelmäßig nicht am Betriebsort, sondern auf ständig wechselnden Baustellen erbracht werden. Eine effektive Kontrolle durch den Herkunftsstaat ist nicht denkbar, da dieser weder Kenntnis von den tatsächlichen Verhältnissen im Aufnahmestaat noch in der Regel ein eigenes Verfolgungsinteresse hat. Die in Art. 24 Abs. 1 Unterabsatz 2 und Abs. 2 RLE vorgesehenen Regelungen müssen daher ersatzlos entfallen.

Zudem sollte der Datenaustausch zwischen den Behörden des Heimatstaates des ausländischen Dienstleistungserbringers und den Behörden des Aufnahmestaates verbessert werden, um eine möglichst reibungslose Kontrolle auf Grundlage der Entsenderichtlinie zu gewährleisten. Deshalb sind die in Art. 34 bis Art. 38 RLE vorgesehenen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Unterstützung zwecks einer wirksamen Zusammenarbeit bei der Kontrolle von Dienstleistungserbringern ausdrücklich zu begrüßen. Allerdings ist mit Blick auf diese Bestimmungen – insbesondere in Art. 36 RLE – zu kritisieren, dass wiederum in zu starkem Maße auf ein vermeintliches Kontrollinteresse und entsprechende Aktivitäten des Herkunftsmitgliedstaates abgestellt wird.

- Artikel 25 – Entsendung von Drittstaatsangehörigen

Die in Art. 25 RLE vorgesehene Möglichkeit einer Entsendung von Drittstaatsangehörigen ohne entsprechende Aufenthaltsgenehmigung und Arbeitserlaubnis ist abzulehnen. Der Verzicht auf diese beiden Basiserfordernisse würde eine wirksame Kontrolle von Arbeitsmigration er-

heblich erschweren. Der grenzüberschreitenden Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung würde Tür und Tor geöffnet und damit die besorgniserregende Beschäftigungskrise in der Europäischen Union noch verschärft.

5. Kapitel IV – Qualität der Dienstleistungen

- Artikel 26 und 28 – Informationen über die Dienstleistungserbringer und deren Dienstleistungen & Nachvertragliche Garantie und Gewährleistung

In geltenden und geplanten sekundären Gemeinschaftsrechtsakten werden bereits an verschiedenen Stellen Informationspflichten für die Wirtschaft normiert (vgl. etwa: *Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG)*, *E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG)*, *VO-Entwurf zur Verkaufsförderung (KOM (2002) 585 endg.)*, *Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken (KOM (2003) 356 endg.)*). Teilweise bestehen hierbei inhaltliche Überschneidungen. Zweckmäßig und wünschenswert im Sinne einer *schlanken Gesetzgebung* auf Gemeinschaftsebene wäre es, Informationspflichten der Wirtschaft in einem Sekundärrechtsakt zu bündeln, anstatt – wie vorliegend – einer unübersichtlichen Regelungsvielfalt weiter Vorschub zu leisten.

Zudem sind manche der bereitzustellenden Informationen – abgesehen von der bestehenden Sprachproblematik – für Dienstleistungsempfänger nur von begrenztem Nutzen und die Verpflichtung zu ihrer Bereitstellung durch den jeweiligen Dienstleistungserbringer eine unverhältnismäßige Belastung. Welchen konkreten Nutzen hat beispielsweise ein Dienstleistungsempfänger in Deutschland von der Zugänglichmachung berufsrechtlicher Regelungen eines Dienstleistungsanbieters aus Frankreich, insbesondere wenn er über keine französischen Sprachkenntnisse verfügt, sondern mit dem Dienstleistungserbringer auf deutsch kommuniziert?

Auch die in Art. 28 RLE vorgesehenen Informationspflichten für Dienstleistungserbringer über nachvertragliche Garantien und Gewährleistungen würden gerade für kleine und mittlere Unternehmen zu unverhältnismäßigen Belastungen führen und wären für den jeweiligen Dienstleistungsempfänger nur von begrenztem Nutzen. So ergeben sich die Gewährleistungsregelungen in Ermangelung abweichender vertraglicher Vereinbarungen – die, sofern sie in AGB's verankert sind, bereits nach Art. 26 Abs. 1 f) RLE mitgeteilt werden müssen – aus dem bei internationalen Sachverhalten jeweils für anwendbar erklärten Sachrecht. Es kann aber nicht Aufgabe eines Unternehmers sein, Verbraucher oder andere Unternehmer als mögliche Vertragspartner über das anwendbare Sachrecht zu informieren. Zudem taucht hier das Problem auf, dass die Privatrechte der Mitgliedstaaten teilweise in unterschiedlichen Rechtstraditionen verhaftet sind, die (unbestimmte) Rechtsbegriffe verwenden, denen in der Heimatrechtsordnung des Dienstleistungsempfängers kein entsprechender Bedeutungsgehalt zukommt.

Hinsichtlich bestehender Garantien ist darauf zu verweisen, dass in vielen Fällen der Dienstleistungserbringer keine eigenen Garantien gibt, aber Herstellergarantien für bestimmte Produkte bestehen, die Gegenstand der Dienstleistungserbringung sein können. Die Information, dass der Dienstleistungserbringer selbst keine Garantien gibt, könnte in solchen Fällen gar zu dem irrigen Eindruck seitens des Dienstleistungsempfängers führen, es

bestünden keine Garantien. Völlig unzumutbar für den Dienstleistungserbringer wäre es andererseits, über bestehende Garantien der Hersteller verwendeter Produkte zu informieren.

Die genannten Regelungen müssen daher ersatzlos entfallen, zumal auf Gemeinschaftsebene derzeit eine Angleichung relevanter Teile des Zivilrechts und damit die Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens in diesem Bereich avisiert wird.

- Artikel 27 – Berufshaftpflichtversicherungen und Sicherheiten

Nach Art. 27 Abs. 1 RLE sollen Dienstleistungserbringer, deren Dienstleistungen ein besonderes Gesundheits- oder Sicherheitsrisiko oder ein besonderes finanzielles Risiko für den Dienstleistungsempfänger darstellen, durch eine der Art und dem Umfang des Risikos angemessene Berufshaftpflichtversicherung oder durch eine gleichwertige oder aufgrund ihrer Zweckbestimmung im Wesentlichen vergleichbare Entschädigungsregelung oder Sicherheit Deckungsvorsorge betreiben. Dieser Regelungsansatz stößt aus zweierlei Gründen auf Bedenken.

Einerseits werden unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich nicht klar konturieren. Sollen etwa die Tätigkeiten eines Klempners dem Geltungsbereich der Regelung unterfallen, weil eine fehlerhafte Ausführung von Klempnerarbeiten theoretisch zu beträchtlichen Schäden an Gebäuden führen kann?

Andererseits ist es schlichtweg nicht zeitgemäß, Verbraucherschutz im weitesten Sinne durch ein nachgelagertes Haftungsinstrumentarium sicherzustellen, anstatt ein deutlicheres Gewicht auf den präventiven Bereich zu setzen. Der beste Schutz gegen Schlechtleistung ist die nachgewiesene Qualifikation der Dienstleistungserbringer, wie sie in Deutschland im Bereich der gewerblichen Wirtschaft durch die duale Ausbildung sowie im Handwerksbereich durch den Meisterbrief sichergestellt wird. Nicht zuletzt erscheint die aus der Einführung von Berufshaftpflichtversicherungen oder ähnlichen Instrumentarien resultierende Kostenbelastung gerade für KMU – und hier insbesondere junge Existenzgründer – nicht hinreichend berücksichtigt zu sein, da der Richtlinienentwurf diesbezüglich keine Ausführungen enthält. Die aus der Pflichtversicherung resultierenden Mehrkosten müssten auf die Preise umgelegt werden und würden im Ergebnis zu einer Mehrbelastung der Verbraucher führen.

- Artikel 30 – Multidisziplinäre Tätigkeiten

Nach dieser Regelung sollen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die Dienstleistungserbringer keinen Anforderungen unterworfen werden, die sie verpflichten, ausschließlich eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, oder welche die gemeinschaftliche oder partnerschaftliche Ausübung unterschiedlicher Tätigkeiten beschränken. Zudem sollen Dienstleistungserbringer auf Anfrage Dienstleistungsempfänger über ihre multidisziplinären Tätigkeiten und Partnerschaften informieren sowie über Maßnahmen, die sie ergriffen haben, um Interessenkonflikte zu vermeiden. Diese Informationen müssen in allen ausführlichen Informationsunterlagen der Dienstleistungserbringer über ihre Tätigkeit enthalten sein.

Hier erscheint bereits ein Regelungserfordernis fraglich. Beschränkungen *multidisziplinärer Tätigkeiten* erfolgen

regelmäßig auf Grundlage des Ermessens der jeweils zuständigen nationalen Gesetzgebungsorgane. Entsprechende Regelungen sind nicht als Binnenmarktschranken zu werten, die durch eine Dienstleistungsrichtlinie besiegt werden müssten. Daher steht insoweit der Subsidiaritätsgrundsatz der Regelung des Art. 30 RLE entgegen. Zudem resultieren aus dem Unvermögen der Leistungserbringung auf vertragsrechtlicher Ebene regelmäßig Schadensersatzansprüche, so dass der Dienstleistungsempfänger insoweit hinsichtlich seines schützenswerten Interesses abgesichert ist.

- Artikel 31 – Maßnahmen der Qualitätssicherung

Der beste Beitrag zu einer nachhaltigen Qualitätssicherung bei der Erbringung von Dienstleistungen ist der Nachweis von Kenntnissen und Fertigkeiten, wie sie im Bereich der reglementierten Berufe zu finden ist. Seitens der Europäischen Kommission wäre ein klares Bekenntnis zu dieser Form der *personenbezogenen Zertifizierung* wünschenswert. Der von der Kommission in Art. 31 RLE verfolgte Ansatz der Zertifizierung oder Bewertung durch unabhängige Einrichtungen oder die Schaffung von sog. Qualitätscharten sind demgegenüber häufig nur unzureichende Alternativen, da sie insbesondere Kenntnisse der Dienstleistungsempfänger über die genaue Ausgestaltung des jeweiligen Qualitätssicherungsmechanismus verlangen. Bei einem Vergleich von Anbietern aus verschiedenen Mitgliedstaaten wird es einem Dienstleistungsempfänger im Vorfeld der Auftragserteilung in der Praxis wohl kaum möglich sein, unterschiedliche nationale Qualitätssicherungssysteme zu evaluieren, denen Anbieter aus verschiedenen Mitgliedstaaten angehören. Indes gibt die personengebundene Qualifikation, wie sie im Handwerksbereich in Deutschland durch den Meisterbrief zum Ausdruck kommt, Dienstleistungsempfängern ein Höchstmaß an Sicherheit hinsichtlich der Qualität der zu erwartenden Leistungserbringung.

- Artikel 32 – Streitbeilegung

Bereits gem. Art. 26 Abs. 1 a) RLE soll der jeweilige Dienstleistungserbringer durch die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, Angaben zur schnellen Kontaktaufnahme zu machen. Art. 32 Abs. 1 RLE, der entsprechende Angaben unter dem Titel *Streitbeilegung* vorsieht, erscheint insofern überflüssig. Unklar ist zudem, welche Maßnahmen die Mitgliedstaaten nach Art. 32 Abs. 2 RLE konkret ergreifen sollen, damit die Dienstleistungserbringer Beschwerden unverzüglich beantworten und sich umgehend um geeignete Lösungen bemühen. Und wie steht es mit der Antwortpflicht bei querulatorischen Beschwerden?

Nach Art. 32 Abs. 3 RLE sollen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, *damit die Dienstleistungserbringer verpflichtet werden nachzuweisen, dass sie die in dieser Richtlinie vorgesehenen Informationspflichten erfüllen und ihre Informationen zutreffend sind*. Wie dies im Zusammenhang mit der werblichen Darstellung von Unternehmen nach außen geschehen soll, ist völlig offen. Eine Nachweispflicht wäre im Zweifel so zu verstehen, dass vorab eine Überprüfung stattfindet. Offensichtlich wird hier völlig aus den Augen verloren, dass gerade der Mittelstand in Deutschland und Europa bereits einer erheblichen Überregulierung ausgesetzt ist. Anstatt diese zu reduzieren, soll hier eine weitere Beschwer stattfinden.

6. Kapitel V – Kontrolle

Die im fünften Kapitel des Richtlinienentwurfs aufgeführten Kontrollinstrumentarien basieren auf einer Kontrolle wirtschaftlicher Aktivitäten allein durch staatliche Stellen im Rahmen grenzüberschreitender Kooperation und die Erstreckung von Kontrollfunktionen über nationale Grenzen hinweg, die in der vorgesehenen Form aus nachfolgend näher dargelegten Gründen nicht funktionieren kann. Anscheinend unzureichend berücksichtigt worden ist die Fragestellung, inwieweit nicht durch Mitbewerber und Verbraucherschutzverbände bereits eine effiziente Kontrollfunktion ausgeübt werden kann. Eine entsprechende Kontrolle besteht in Deutschland durch das UWG.

- Artikel 34 – Wirksamkeit der Kontrolle

Nach Art. 34 Abs. 1 RLE sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Befugnisse zur Überwachung und Kontrolle des Dienstleistungserbringers auch in dem Fall ausgeübt werden, dass die Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird. Dieser Ansatz ist in der Praxis nicht realisierbar. Denn die Kontrollzuständigkeit der nationalen Behörden endet an den jeweiligen Staatsgrenzen, so dass die Ausübung hoheitlicher Kontrollbefugnisse in anderen Mitgliedstaaten bereits aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist, ganz abgesehen vom Fehlen der personellen Voraussetzungen für entsprechende Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten. Eine Erfüllung der Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten durch eine enge Behördenzusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 36 RLE) dürfte bereits an bestehenden Sprachbarrieren scheitern. Zudem wäre es unrealistisch zu glauben, die nationalen Behörden eines Mitgliedstaats könnten nicht nur die Einhaltung des nationalen Rechtsrahmens in ihrem Zuständigkeitsbereich sicherstellen, sondern auch die Beachtung fremden Rechts gewährleisten, das einzuhalten grenzüberschreitende Dienstleistungserbringer in ihrem Hoheitsgebiet eigentlich verpflichtet wären.

Auch ist nicht klar, wie die Verpflichtung in Art. 34 Abs. 2, wonach die Dienstleistungserbringer verpflichtet werden sollen, ihren zuständigen Stellen alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die für die Kontrolle ihrer Tätigkeiten erforderlich sind, in der Praxis umgesetzt werden soll. Im Zweifel wäre ein umfangreiches Meldesystem erforderlich, was zu unnötigen Bürokratielasten gerade für den Mittelstand führen würde.

- Artikel 35 – Gegenseitige Unterstützung

Wie bereits in den Anmerkungen zu Art. 34 RLE angesprochen, ist die grenzüberschreitende Zusammenarbeit nationaler Behörden häufig schon aufgrund bestehender Sprachbarrieren nur in Einzelfällen möglich. Eine Überwachung, ob ein grenzüberschreitend tätiger Dienstleistungserbringer, der aufgrund der Anwendung des in Art. 16 RLE vorgesehenen Herkunftslandprinzips nur seinem Heimatrecht unterworfen ist, sich an den für ihn geltenden Heimatrechtsrahmen hält, ist in der Praxis durch die Behörden im Staat der Leistungserbringung nicht möglich.

Bevor im Rahmen der in Art. 35 Abs. 1 RLE vorgesehenen gegenseitigen Unterstützung eine nationale Behörde eine andere Behörde im Wohnsitzstaat des Dienstlei-

stungserbringers um Unterstützung bittet, muss zumindest ein konkreter Anhaltspunkt im Sinne eines Anfangsverdachts vorliegen, dass gegen die Einhaltung einschlägiger Bestimmungen verstoßen wird. Dies setzt wiederum voraus, dass bei der jeweiligen Kontroll- und Überwachungsbehörde zumindest Grundkenntnisse derjenigen relevanten Bestimmungen der nationalen Rechtsordnung des Mitgliedstaats vorhanden sind, der ein grenzüberschreitend tätiger Dienstleistungserbringer bei der Leistungserbringung unterworfen ist. Theoretisch würde dies bedeuten, dass bei Behörden nicht nur das selbstverständliche Wissen um das eigene Recht, sondern auch über derzeit 24 weitere nationale mitgliedstaatliche Rechtsordnungen – zumindest rudimentär – vorhanden sein muss. Entsprechendes ist nicht zu leisten.

Das vorgeschlagene System wäre zudem extrem schwerfällig. So sollen nach Art. 35 Abs. 3 Satz 2 die Mitgliedstaaten den Herkunftsmitgliedstaat eines Dienstleistungserbringers unverzüglich unterrichten, wenn der Dienstleistungserbringer durch ein rechtswidriges Verhalten in einem Mitgliedstaat einen schweren Schaden verursachen könnte. Zunächst stellt sich die Frage, nach welchem Recht die *Rechtswidrigkeit* des fraglichen Verhaltens überhaupt beurteilt werden soll, nach dem gemäß Herkunftslandprinzip geltenden Heimatrecht des Dienstleistungserbringers oder nach dem am Ort der Leistungserbringung geltenden Recht? Ersteres hätte zur Folge, dass zunächst einmal der Sachverhalt unter Heranziehung für die zuständige Stelle fremden Rechts zu beurteilen wäre, was zu erheblichen Zeitverzögerungen und damit einer inakzeptablen Situation im Hinblick auf die drohende Realisierung des schweren Schadens führen würde. Dieses komplizierte und zeitraubende Verfahren resultiert daraus, dass der jeweilige Dienstleistungserbringer allein dem Recht des Herkunftsstaates unterworfen sein soll. Unklar ist in diesem Zusammenhang auch, ob zumindest Mitbewerber oder sonstige Berechtigte mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts gegen nach am Ort der Leistungserbringung (Marktort) geltendes Wettbewerbsrecht verstoßende Verhaltensweisen vorgehen können. Im Zweifel dürfte dies nicht möglich sein (vgl. die Anwendung des Herkunftslandprinzips in der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG). Diese geschilderte Problematik ließe sich vermeiden, wenn im Zusammenhang mit Modalitäten der Leistungserbringung auf den Grundsatz der Inländergleichbehandlung abgestellt würde, wie dies auch in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten geschieht.

- Artikel 36 – Gegenseitige Unterstützung im Fall eines Ortswechsels des Dienstleisters

Gemäß Art. 36 Abs. 2 RLE nehmen die zuständigen Stellen im Staat der Leistungserbringung auf Ersuchen des Herkunftsmitgliedstaates vor Ort die Überprüfungen, Untersuchungen und Ermittlungen vor, die notwendig sind, um die Wirksamkeit der Kontrolle des Herkunftsmitgliedstaats sicherzustellen. Unklar ist hier, auf welcher Tatsachengrundlage die zuständigen Stellen im Herkunftsmitgliedstaat ihr Unterstützungersuchen an die jeweiligen Stellen im Staat der Leistungserbringung richten sollen, da sie zunächst einmal von relevanten Sachverhalten Kenntnis erlangen müssten, bevor Kontroll- oder Überprüfungsmaßnahmen eingeleitet werden, sofern es sich nicht um reine Routinemaßnahmen handelt.

- Artikel 37 – Gegenseitige Unterstützung bei Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Einzelfall

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind nationale Maßnahmen, welche die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit beschränken, aus anerkannten überwiegenden Allgemeinwohlinteressen gerechtfertigt. Selbst diskriminierende nationale Maßnahmen gegenüber Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten können gem. Art. 55 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 EG gerechtfertigt sein, sofern sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Bei diesen Rechtfertigungsgründen geht es um Gemeinwohlbelange von herausragender Bedeutung. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist nicht einzusehen, warum zunächst ein kompliziertes *Verfahren der gegenseitigen Unterstützung bei Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip* durchlaufen werden muss, wie es Art. 37 RLE vorsieht.

So soll der Staat, in dem die fragliche Dienstleistung erbracht wird, den Herkunftsmitgliedstaat zunächst unter Nennung des relevanten Sachverhalts auffordern, Maßnahmen zu ergreifen. Letzterer soll den Sachverhalt unverzüglich prüfen und über die sodann zu treffende Entscheidung informieren. Will der Staat, in dem die fragliche Dienstleistung erbracht wird, welche nach seiner Auffassung eines der zentralen Rechtsgüter der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit verletzt, dennoch eigene Maßnahmen ergreifen, soll zuvor die Europäische Kommission unterrichtet werden. Maßnahmen können im Einzelfall sodann frühestens fünfzehn Arbeitstage nach der Mitteilung an die Kommission getroffen werden, Art. 37 Abs. 4 RLE. Von diesem Verfahren soll nur in dringenden Fällen unter unverzüglicher Mitteilung an die Kommission abgewichen werden können, Art. 37 Abs. 6 RLE.

Aufgrund dieses komplizierten Verfahrens wird ein schnelles Handeln praktisch immer vereitelt, dies selbst zum Schutz hoher Rechtsgüter. Das Verfahren bedeutet zudem einen Rückfall in Zeiten der bilateralen Lösungssuche, anstatt gemeinschaftsweit einen einheitlichen und verbindlichen Rechtsrahmen mit Mindeststandards vorzugeben, soweit dies zur Verwirklichung des Binnenmarktes als Raum ohne Binnengrenzen erforderlich ist. Bei derzeit 25 Mitgliedstaaten und im Hinblick auf die Bestrebungen in den Mitgliedstaaten, die Leistungsfähigkeit ihrer Verwaltungen zu optimieren und die hoheitliche Tätigkeit auf das erforderliche Maß zurückzuführen, um eine bestehende Überbürokratisierung abzubauen, ist dies kontraproduktiv und nicht sachgerecht.

Zudem lassen die Regelungen der Art. 19 und 37 RLE praktisch keinen Raum mehr für generalpräventive nationale Maßnahmen. Vielmehr sollen Einzelfallentscheidungen getroffen werden. Dies stellt keinen zeitgemäßen Ansatz zur Gefahrenabwehr dar.

III. Zusammenfassendes Ergebnis

Der Richtlinienentwurf enthält zwar einige sinnvolle Aspekte. Konzeptionell wie in den meisten Artikeln weist er jedoch gravierende Mängel auf und kann daher keinen Bestand haben. Im Einzelnen:

1. Der Geltungsbereich der Richtlinie darf nicht über das hinausgehen, was zur Verwirklichung des Binnenmarktes als *Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital* erforderlich ist. Dies gilt in

zweifacher Hinsicht. Einerseits sollte sich der Richtlinienentwurf an der vom Europäischen Gerichtshof zu den Grundfreiheiten entwickelten Systematik orientieren, wonach Modalitäten der Ausübung einer Gewährleistung durch nationale Maßnahmen im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktziels allein einer Kontrolle am Maßstab des Diskriminierungsverbots unterliegen, das weiterreichende Beschränkungsverbot indes nur den Bereich des Marktzugangs erfasst.

Die Berücksichtigung des in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Gewährleistungsgehalts der Grundfreiheiten wäre andererseits unvollständig ohne die Berücksichtigung der in diesem Zusammenhang bestehenden Rechtfertigungssystematik. Denn nicht jede nationale Maßnahme, die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt, ist im Ergebnis unzulässig. Es ist nicht sachgerecht, wenn im Richtlinienentwurf bei jeglicher Form beschränkender nationaler Maßnahmen nur solche Rechtfertigungsgründe anerkannt werden, die im EG-Vertrag sogar direkte Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit rechtfertigen können. Denn in der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten, die nicht direkt diskriminierend wirken, aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen gerechtfertigt werden können. In diesem Bereich der *unbenannten Rechtfertigungsgründe* bestehen weit mehr Möglichkeiten, Eingriffe in den Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten zur rechtfertigen als bei den benannten Rechtfertigungsgründen.

2. Der sachliche Geltungsbereich des Richtlinienentwurfs müsste genauer konturiert werden und darf sich insbesondere nicht auf den Bereich erstrecken, der von der Entsende-Richtlinie geregelt wird.
3. Das Herkunftslandprinzip ist der richtige Regelungsansatz, wenn für den inhereuropäischen Standortwettbewerb relevante Bereiche zuvor im Rahmen einer Mindestharmonisierung angeglichen wurden. Ohne weitgehende Schaffung eines *level-playing field* wird durch das Herkunftslandprinzip indes einem Wettbewerb der Standorte Vorschub geleistet. Dies ist abzulehnen.
4. Die Statuierung von Informationspflichten, die Dienstleistungserbringern auferlegt werden, darf nicht dazu führen, dass umfängliche Werbung für den Mittelstand unmöglich gemacht wird. Dies wäre aber der Fall, wenn die im Richtlinienentwurf vorgesehenen Informationspflichten – vergleichbar einem Beipackzettel für Arzneimittel – bei Werbebroschüren zu beachten wären. Nicht allein ist der konkrete Nutzen für den Verbraucher fraglich. Bedenklicher sind die Kostenbelastungen für den Mittelstand.

Aufgrund der genannten grundlegenden konzeptionellen Mängel ist der Richtlinienentwurf in der vorliegenden Form abzulehnen.

Berlin, im Juni 2004

Dr. Stefan Stork, LL.M. (Leuven), Mag.rer.publ.

Änderungsvorschläge zum Entwurf einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt in der Fassung des Rats-Arbeitsdokuments Nr. 5161/05 vom 10. Januar 2005

– vorläufige Fassung –

Der nachfolgende Änderungskatalog bezieht sich auf den Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt in der Fassung des Ratsarbeitsdokuments 5161/05 vom 10. Januar 2005 der Luxemburgischen Ratspräsidentschaft. In so gekennzeichneten Fällen wird auf die – abweichende – ursprüngliche Fassung des Richtlinienentwurfes vom 25. Februar 2004 (*DOK KOM (2004) 2 endg./2*) verwiesen. Gegenständlich erfasst werden die ersten drei Kapitel des Richtlinienentwurfs.

Kapitel I – Allgemeine Bestimmungen

• Artikel 1 - Gegenstand

1. Dem Titel folgend sollte sich der Gegenstand der Richtlinie allein auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung beziehen, nicht indes auch auf die Niederlassungsfreiheit (vgl. Kapitel 2 des RLE).

Begründung: Im EG-Vertrag sind beide Grundfreiheiten aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielsetzung und des bestehenden Stufenverhältnisses – die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit sind gegenüber denen der Niederlassungsfreiheit subsidiär (*Art. 50 EG*) – in unterschiedlichen Kapiteln geregelt. Die Bereiche weisen jeweils für sich genommen bereits eine äußerst hohe Komplexität auf, welche die Behandlung in gesonderten Rechtsakten rechtfertigen.

2. Soll neben der Dienstleistungs- auch die Niederlassungsfreiheit erfasst werden, müssten folgende Anpassungen vorgenommen werden:

- a. In der Formulierung von Art. 1 RLE – sowie im Titel – muss der primärrechtlichen Terminologie des EG-Vertrags gefolgt werden. Daher müsste der Titel wie folgt lauten¹³:

Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen und Niederlassungsvorgänge im Binnenmarkt.

Art. 1 Abs. 1 RLE müsste wie folgt abgefasst werden:

Diese Richtlinie legt allgemeine Bestimmungen fest, die die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr erleichtern sollen.

- b. Art. 1 Abs. 2 und 3 RLE gehören systematisch zu Art. 2 Abs. 2 RLE, der eine Beschränkung des Anwendungsbereichs enthält.
- c. Im dritten Erwägungsgrund zu Art. 1 RLE wird nicht auf das Problem der fehlenden gleichen Ausgangsvoraussetzungen von Selbständigen in den Mitgliedstaaten der EU verwiesen. Zumindest vergleichbare Ausgangsvoraussetzungen sind immanente Voraussetzung für einen fairen Leistungswettbewerb. Der Richtlinienentwurf geht indes im Gegenteil von dem Ansatz aus, die bestehenden Divergenzen in wettbe-

werbsrelevanten Bereichen weitgehend unangetastet zu lassen und die politischen Bemühungen auf die Beseitigung rechtlicher Schranken zu richten. Dies allein ist unzureichend für eine tatsächliche Verwirklichung des Binnenmarktes. Daher sollte in die Begründungserwägung eine Verpflichtung aufgenommen werden, zukünftig die Thematik gleicher Ausgangsvoraussetzungen für selbständige Unternehmer in Europa verstärkt aufzugreifen. Mithin wäre folgende Ergänzung des Erwägungsgrunds erforderlich:

Daneben ist die Schaffung vergleichbarer Ausgangsvoraussetzungen für eine unternehmerische Betätigung in den Mitgliedstaaten der EU von vorrangiger Bedeutung. Diesem Ziel muss sich die Gemeinschaft im Rahmen konkreter Maßnahmen annehmen, da die vorliegende Richtlinie diesen Aspekt ausklammert.

- d. Der vierte Erwägungsgrund erweckt in Satz 2 und 3 den unzutreffenden Eindruck, bei der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit würde es sich bisher nicht um effektive Gewährleistungen handeln. Dies ist aber bereits seit Ablauf des Übergangszeitraums (31.12.1969) der Fall. Daher sollten die beiden Sätze gestrichen werden.
- e. Der fünfte Erwägungsgrund verweist zu Recht darauf, die Einhaltung der EG-vertraglichen Regelungen zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit seien nicht ausreichend zur Beseitigung von Binnenmarktschranken, da insbesondere nach der Osterweiterung der EU die Handhabung der primärrechtlichen Gewährleistungen von Fall zu Fall im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren gegen die betreffenden Mitgliedstaaten sowohl für die nationalen als auch für die gemeinschaftlichen Organe äußerst kompliziert wäre. Das umfassende Abstellen auf das Herkunftslandprinzip beseitigt diese Problematik aber nicht, da hierdurch nicht deutlich wird, welche nationalen Maßnahmen tatsächlich geändert werden müssen. Damit wird die Richtlinie insoweit ihrem eigenen Anspruch nicht gerecht.

Richtig wäre der Ansatz, nach dem Vorbild amerikanischer *Restatements of the Law* die systembildende Rechtsprechung des EuGH zu den Personenverkehrsfreiheiten für Selbständige zusammenzufassen und um konkrete Bereiche zu ergänzen, in denen von unzulässigen Beschränkungen auszugehen ist, die aber noch nicht Gegenstand eines Verfahrens vor dem EuGH waren. Dies würde eine Erarbeitung von (nicht abschließenden) Positiv- und Negativlisten bedeuten, die für die Mitgliedstaaten eine wertvolle Hilfestellung bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben wären.

Erforderlich wäre es, entsprechend der Methodik in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit das Herkunftslandprinzip allein in den Bereichen anzuwenden, die den Marktzugang betreffen. Der Bereich der Modalitäten der Ausübung einer Gewährleistung (*Marktverhalten*) sollte indes – wie in der Rechtsprechung des EuGH üblich – dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung unterliegen. Der EuGH wendet in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit das Herkunftslandprinzip allein hinsichtlich des Marktzugangs an (vgl. *Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung*; Rs. 120/78, Slg. 1979, 649),

¹³ Textergänzungen werden nachfolgend jeweils durch Fettdruck hervorgehoben.

nicht aber bezüglich der Modalitäten der Ausübung der Gewährleistung (ständige Rechtsprechung seit *Keck & Mithouard*; Verb. Rs. 267 & 268/91, Slg. 1993, I-6097).

Die Differenzierung zwischen den Bereichen des Marktzugangs einerseits und Modalitäten der Ausübung der Gewährleistung andererseits ist bereits in der neuen Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen angelegt. Hier regeln die ersten Titel die im Zusammenhang mit dem Marktzugang bei grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Niederlassungsvorgängen relevante Frage der Anerkennung von Berufsqualifikationen, um sodann im Titel IV auf die *Modalitäten der Berufsausübung* einzugehen.

f. Erwägungsgrund 6a sollte um folgenden Passus ergänzt werden:

Diese Richtlinie erfasst zudem nicht rein interne Sachverhalte, bei denen es sich um solche handelt, denen jeglicher Bezug zu irgendeinem der Tatbestände fehlt, die das Gemeinschaftsrecht regelt, deren Merkmale also sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen.

Begründung: Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, dass sie nicht auf rein interne Sachverhalte anwendbar sind. Dies muss auch für eine Richtlinie gelten, die der Verwirklichung der Grundfreiheiten für Selbständige dient.

• Artikel 2 - Anwendungsbereich

1. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist in Art. 2 Abs. 1 RLE denkbar weit gefasst und betrifft nicht nur die Dienstleistungsfreiheit im Sinne der Art. 49 ff. EG, sondern auch den Bereich der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EG). Aufgrund der komplexen Materie wäre es auch für die vorliegende Dienstleistungsrichtlinie geboten, den Anwendungsbereich auf die Beseitigung noch bestehender unzulässiger Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 49 ff. EG zu beschränken, nicht aber darüber hinaus auf den Bereich der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 ff. EG zu erstrecken. Art. 2 Abs. 1 RLE müsste daher wie folgt lauten:

Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen innerhalb der Gemeinschaft, die von einem Dienstleistungserbringer, der Angehöriger eines Mitgliedstaates ist, gegenüber einem Dienstleistungsempfänger erbringt, der sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet.

Die Formulierung ist an diejenige in Art. 49 Abs. 1 EG angelehnt und stellt u.a. klar, dass allein grenzüberschreitende innergemeinschaftliche Sachverhalte erfasst werden, die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für rein interne Sachverhalte indes unangetastet bleibt. Dies ist Ausdruck der begrenzten Aufgabenzuweisung an die Gemeinschaftsebene sowie der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.

2. Unabhängig davon müsste die Auflistung in Art. 2 Abs. 2 RLE um folgende Bereiche ergänzt werden, um den Anwendungsbereich der Richtlinie stärker zu konturieren:

(2) Die Richtlinie findet keine Anwendung auf folgende Bereiche:

(...)

e) die Entsendung von Arbeitnehmern im Geltungsbereich der Arbeitnehmerentsenderichtlinie (96/71/EG),

f) die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Bereich der reglementierten Berufe,

g) das Internationale Privatrecht.

Die einschränkende Präzisierung des Anwendungsbereichs ist erforderlich, da insoweit bereits abschließende spezielle Regelungen bestehen bzw. avisiert sind.

• Artikel 3 – Verhältnis zum geltenden Gemeinschaftsrecht

Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die Dienstleistungsfreiheit im Sinne der Art. 49 ff. EG (vgl. Ausführungen zu Art. 2) müsste in Art. 3 RLE sprachlich nachvollzogen werden. Zudem sollte klar herausgestellt werden, dass die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie keine Anwendung mehr finden können, sofern abschließende speziellere Regelungen im sekundären Gemeinschaftsrecht bestehen (so beispielsweise im Bereich der Werbung). Art. 3 RLE sollte daher wie folgt formuliert werden:

Die Mitgliedstaaten setzen die Bestimmungen dieser Richtlinie in Übereinstimmung mit den Vorschriften des EG-Vertrags zum freien Dienstleistungsverkehr um.

Andere Gemeinschaftsrechtsakte, insbesondere jene, die spezifische Dienstleistungstätigkeiten regeln, sind uneingeschränkt anwendbar und werden durch diese Richtlinie ergänzt, sofern es sich nicht um abschließende Regelungen handelt.

• Artikel 4 – Begriffsbestimmungen

Die Definitionen in Art. 4 Nr. 2 und 3 RLE (Def. der Begriffe *Dienstleistungserbringer* und *-empfänger*) müssten um Gesellschaften bürgerlichen Rechts sowie die (teilrechtsfähigen) Personengesellschaften ergänzt werden, um den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zu präzisieren. Unverständlich ist, warum insofern nicht auf die Definition in Art. 48 EG zurückgegriffen wurde, die über die Verweisungsbestimmung des Art. 55 EG nicht nur für die Niederlassungsfreiheit, sondern auch für die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit gültig ist. Nach Art. 48 Abs. 2 EG gelten als Gesellschaften *die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen*. Aus Klarstellungsgründen sollte zudem die in Art. 48 Abs. 1 EG enthaltene Regelung übernommen werden, wonach für die Anwendung dieser Richtlinie *die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleichgestellt* werden, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

Daher müssten Art. 4 Nr. 2 und 3 RLE wie folgt gefasst werden:

2. *Dienstleistungserbringer jede natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, und jede Gesellschaft im Sinne von Art. 48 EG, die eine Dienstleistung anbietet oder erbringt;*
3. *Dienstleistungsempfänger jede in einem Mitgliedstaat niedergelassene natürliche Person oder Gesellschaft im Sinne von Art. 48 EG, die eine Dienstleistung in Anspruch nimmt oder in Anspruch nehmen möchte;*

Entsprechend müsste Erwägungsgrund 18 angepasst werden.

Kapitel II – Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer

Die Niederlassungsfreiheit ist im EG-Vertrag in einem eigenen Kapitel geregelt (*Art. 43 ff. EG*). Sie beinhaltet mit dem Verbot von Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine eigenständige Zielsetzung. Dabei sind die Regelungen der Niederlassungsfreiheit gegenüber denen der Dienstleistungsfreiheit in Art. 49 ff. EG vorrangig. Auch bestehen bei Niederlassungsvorgängen in der Regel andere Binnenmarktschranken, als dies bei einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung der Fall ist. Beispielsweise ist die Einhaltung von Verfahrensregelungen, die bei Niederlassungsvorgängen nur einmalig im Zusammenhang mit der Errichtung einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat anfallen, weit weniger belastend und damit eher verhältnismäßig als verfahrensmäßige Belastungen, die bei jeder grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung erneut anfallen.

Die andere Zielgerichtetheit der Niederlassungsfreiheit und die Subsidiarität der Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit gegenüber dem Kapitel der Niederlassungsfreiheit legen es nahe, beide Bereiche in getrennten Rahmenrichtlinien zu behandeln, einer Richtlinie über Dienstleistungsvorgänge und einer weiteren Richtlinie über Niederlassungsvorgänge im Binnenmarkt. Daher wäre es sinnvoll, das derzeit zweite Kapitel des Richtlinienentwurfs aus der Richtlinie herauszulösen und als Ausgangspunkt für eine eigenständige Regelung über Niederlassungsvorgänge zu nehmen.

Sollen Aspekte beider Grundfreiheiten weiterhin im vorliegenden Richtlinienentwurf geregelt werden, so ist im Hinblick auf die Bestimmungen in Kapitel II des Entwurfs folgendes anzumerken:

- **Artikel 5 – Vereinfachung der Verfahren**

Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ist zu streichen, da die Vorlage von relevanten Dokumenten im Original, in beglaubigter Abschrift oder in beglaubigter Übersetzung im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen regelmäßig nur einmal erfolgt und nicht als unverhältnismäßig anzusehen ist. Zudem dienen sie regelmäßig der Wahrnehmung von Gemeinwohlbelangen.

Zu begrüßen ist, dass in Art. 5 Abs. 3 RLE nunmehr der Regelungsbereich der neuen Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen von den Verfahrensregelungen des Art. 5 RLE ausgenommen wird. Konsequenter und richtiger wäre es allerdings, die Anerkennung von Berufsqualifikationen durch eine entsprechende Ergänzung der Auflistung in Art. 2 Abs. 2 RLE generell vom Anwendungsbereich auszunehmen.

Artikel 6 – Einheitliche Ansprechpartner & Artikel 8 – Elektronische Verfahrensabwicklung

Die Regelung in Art. 6 RLE ist grundsätzlich zu begrüßen und trägt den Bedürfnissen des unternehmerischen Mittelstands Rechnung. Wichtig ist die erfolgte Klarstellung in Art. 6 Abs. 2 RLE, dass die Benennung der einheitlichen Ansprechpartner nicht die Aufteilung der Aufgaben oder Zuständigkeiten zwischen den zuständigen Stellen in den nationalen Systemen berührt.

Allerdings ist die Zeitvorgabe einer Umsetzung bis zum 31. Dezember 2008 zu ehrgeizig gewählt und muss großzügiger bemessen werden. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass für die Wahrnehmung der Funktion als einheitliche Ansprechpartner leistungsfähige E-Government-Strukturen erforderlich sind, die innerhalb eines zu eng bemessenen Zeitrahmens, wie ihn der Richtlinienentwurf derzeit enthält, nicht flächendeckend bereitgestellt werden können. Dies betrifft insbesondere auch die in Art. 8 Abs. 3 RLE genannte Interoperabilität und die Nutzung der elektronischen Verfahren zwischen den Mitgliedstaaten.

Artikel 9 – Recht auf Information

Die Anforderungen an Genehmigungsregelungen in Art. 9 RLE sind zu unspezifisch und sollten daher in Form einer *beredten Generalklausel* dergestalt dargestellt werden, dass die in Abs. 1 genannten allgemeinen Grundsätze durch eine nicht abschließende Liste von typischen Genehmigungsregelungen ergänzt wird, die als aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zulässig zu erachten sind.

Wird eine entsprechende Klarstellung nicht durch eine Positivliste vorgenommen, so kann gegen jede Genehmigungsregelung zunächst einmal pauschal vorgetragen werden, sie erfülle nicht die in Art. 9 Abs. 1 RLE genannten Kriterien und sei daher nicht richtlinienkonform und folglich nicht anwendbar. Diese Frage wäre schlussendlich jeweils durch den EuGH zu klären. Im Ergebnis hätte man hierdurch erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten, was wiederum den Erfordernissen der Rechtsklarheit und -sicherheit abträglich wäre. Die in Art. 9 Abs. 2 vorgesehene Notifizierungsregelung gegenüber der Kommission ist für sich genommen nicht ausreichend.

Artikel 10 – Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung & Artikel 11 – Geltungsdauer der Genehmigung

Nach Art. 10 Abs. 2 d) RLE müssen Genehmigungsregelungen u.a. präzise und eindeutig sein. Häufig sind Genehmigungsregelungen als abstrakt-generelle Normen ausgestaltet, um die Gesetzgebung schlank zu halten und der zuständigen Behörde die notwendige Flexibilität für Einzelfallentscheidungen zu geben. Zudem enthalten Genehmigungsregelungen regelmäßig Bestimmungen über Beschränkungen und Auflagen, die als *Kann*-Bestimmungen ein pflichtgemäßes Behördenermessen ermöglichen. Es müsste klargestellt werden, dass diese Regelungstechnik nicht gegen Art. 10 Abs. 2 d) RLE verstößt. Zudem sollte bei Art. 11 Abs. 1 c) RLE exemplarisch aufgezeigt werden, in welchen Fällen eine Genehmigungsbefristung objektiv durch zwingende Allgemeinwohlbelange gerechtfertigt ist, um eine Umsetzung der Richtlinienvorgaben in den Mitgliedstaaten zu vereinfachen.

Artikel 14 – Unzulässige Anforderungen

Artikel 14 enthält eine Liste unzulässiger Anforderungen, ohne dass eine Durchbrechung dieses Grundsatzes aus

überwiegenden Allgemeinwohlinteressen zulässig wäre. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist aber anerkannt, dass selbst direkt diskriminierend wirkende nationale Maßnahmen aus im EG-Vertrag genannten überwiegenden Allgemeinwohlbelangen (vgl. Art. 46 i.V.m. 55 EG > Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit) gerechtfertigt sein können. Bei nationalen Maßnahmen, die allein indirekt diskriminierend wirken, sind auch nicht im EG-Vertrag genannte Rechtfertigungsgründe beachtlich. Hieran hat sich auch Art. 14 RLE zu orientieren, zumal gem. Art. 2 RLE die EuGH-Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie heranzuziehen ist.

- Bei Art. 14 Abs. 1 b) RLE müsste klargestellt werden, dass Präsenzplichten bei selbständigen unternehmerischen Betätigungen aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen wie etwa dem Verbraucherschutz zulässig sind, auch wenn hieraus mittelbar eine Residenzpflicht insofern resultiert, als aufgrund der jeweiligen Verkehrsanbindung oder Entfernung die Präsenzpflicht nur durch einen Wohnort im Mitgliedstaat der Niederlassung erfüllt werden kann.
- Die Formulierung in Art. 14 Nr. 2 RLE kann entgegen der Zielsetzung der Kommission aufgrund der unglücklichen Sprachfassung dahingehend interpretiert werden, dass die Mitgliedstaaten die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit auf ihrem Hoheitsgebiet nicht von der Anforderung der Eintragung in Register oder der Registrierung bei Standesorganisationen in mehreren Mitgliedstaaten abhängig machen dürfen, obwohl der umgekehrte Fall erfasst werden soll, dass die Mitgliedstaaten Mitgliedschaften in Standesorganisationen in mehreren Mitgliedstaaten nicht verbieten dürfen. Insofern sollte eine genauere Sprachfassung erfolgen.

Die Mitgliedstaaten dürfen die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit auf ihrem Hoheitsgebiet nicht von Anforderungen folgender Art abhängig machen:

(...)

*2) einem Verbot der Errichtung von Niederlassungen in mehreren Mitgliedstaaten oder der Eintragung in Register oder **einem Verbot** der Eintragung in Register oder der Registrierung bei Standesorganisationen in mehreren Mitgliedstaaten.*

- **Bei Art. 14 Abs. 8 RLE müsste klargestellt werden, dass die Regelung nicht den Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen erfasst, sofern er nicht bereits durch eine entsprechende Ergänzung von Art. 2 RLE generell vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wird.**
- **Die in Art. 14 Abs. 3 RLE enthaltene Regelung ist überflüssig, da sie inhaltlich nichts anderes wiedergibt, als bereits in Art. 43 EG enthalten ist, und sollte daher gestrichen werden.**
- **Artikel 15 – Zu prüfende Anforderungen**

In Art. 15 Nr. 2 lit. c) RLE wird u.a. *der Besitz besonderer Berufsqualifikationen für die Anteilseigner oder das Führungspersonal bestimmter Unternehmen* als zu prüfende Anforderung aufgeführt. Sofern es sich hierbei um den Bereich der Anerkennung von

Berufsqualifikationen handelt, sind die diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen vorrangig beachtlich, so dass es insoweit der Nennung in Art. 15 Nr. 2 lit. c) RLE nicht bedarf. Die Passage sollte daher gestrichen werden.

Art. 15 Nr. 2 lit. g) und h) RLE betreffen Regelungsbereiche des Wettbewerbsrechts und sollten nicht in einer Dienstleistungsrichtlinie erfasst werden. Richtig wäre daher die Streichung dieser Regelungen.

Kapitel III – Freier Dienstleistungsverkehr

• Artikel 16 – Herkunftslandprinzip

In Art. 16 Abs. 1 Unterabsatz 2 RLE wird der Geltungsbereich des Herkunftslandprinzips denkbar weit dahingehend gefasst, dass ihm nationale *Bestimmungen betreffend die Aufnahme und die Ausübung der Dienstleistung, die insbesondere das Verhalten der Dienstleistungserbringer, die Qualität oder den Inhalt der Dienstleistung, die Werbung, die Verträge und die Haftung der Dienstleistungserbringer regeln*, erfasst werden. Dies ist nicht konform mit der Systematik, die der Europäische Gerichtshof in seiner Judikatur zu den Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts entwickelt hat. Dabei ist zwischen zwei Ebenen zu differenzieren, dem zur Absicherung der Verwirklichung des Binnenmarktziels erforderlichen Gewährleistungsgehalt gemeinschaftsrechtlicher Gewährleistungen einerseits (Geltungsbereich) sowie zulässiger Einschränkungen entsprechender Gewährleistungen aufgrund überwiegender Allgemeinwohlinteressen andererseits (Rechtfertigungsebene). So hat der EuGH unlängst klargestellt, dass beschränkende nationale Maßnahmen allein im Bereich des Marktzugangs stets einer Kontrolle am Maßstab des Gemeinschaftsrechts unterliegen, nicht aber, so es sich um Modalitäten der Ausübung einer Gewährleistung handelt. In letzterem Fall unterliegen allein diskriminierende nationale Maßnahmen einer Kontrolle am Maßstab des Gemeinschaftsrechts. Auf der Rechtfertigungsebene ist zu beachten, dass beschränkende nationale Maßnahmen dann zulässig sind, wenn sie aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen erfolgen.

Es darf nicht sein, dass diese grundlegende Systematik zu den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts ignoriert wird, um dem Herkunftslandprinzip zu einer umfassenden Geltung zu verhelfen. Daher sollte die Formulierung von Art. 16 Abs. 1 Unterabsatz 2 RLE wie folgt lauten, um die Tragweite des Herkunftslandprinzips auf das erforderliche und rechtlich tragbare Maß zu beschränken und den Regelungsgegenstand der Richtlinie stärker zu konturieren:

Unter Unterabsatz 1 fallen die nationalen Bestimmungen betreffend die Aufnahme der Dienstleistung ("Ob" der Leistungserbringung). Nicht dem Herkunftslandprinzip unterliegen die Modalitäten der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ("Wie" der Leistungserbringung), für die das Diskriminierungsverbot beachtlich ist. Als Bestimmungen betreffend die Aufnahme der Dienstleistung gelten potentiell marktsegmentierende nationale Maßnahmen, wenn sie tatsächliche Auswirkungen auf Marktbeiträge haben, die einem Ausschluss vom Markt gleichkommen. Nicht-diskriminierende nationale Maßnahmen, die allein die Modalitäten der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit betreffen und damit marktregulierend wirken, unterliegen nicht dem Geltungsbereich der Richtlinie.

nie; dies gilt insbesondere für nationale Maßnahmen der allgemeinen Aufsicht über das Handelsgewerbe.

Anmerkungen:

In Satz 1 des Formulierungsvorschlags wird der Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips auf den Bereich des Marktzugangs beschränkt, wie dies in der Rechtsprechung des EuGH der Fall ist, der das Herkunftslandprinzip bei der Warenverkehrsfreiheit auf diesen Teilaspekt des Gewährleistungsgehalts der Grundfreiheit beschränkt hat. Satz 2 unterwirft den Bereich der Ausübung der Modalitäten der Gewährleistung allein einer gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle am Maßstab des Diskriminierungsverbots, so dass für die Anwendung des Herkunftslandprinzips kein Raum bleibt. In den Sätzen 3 und 4 wird diese Differenzierung näher erläutert und dabei auf die Begrifflichkeiten der marktsegmentierenden und der marktregulierenden nationalen Maßnahmen abgestellt. Satz 5 des Formulierungsvorschlags ist an die Entscheidungsgründe eines EuGH-Urteils angelehnt (*EuGH, Urt. v. 29.6.1995, Rs. 391/92 (Kommission ./ Griechenland), Slg. 1995, S. I-1621, Rn. 17*) und enthält eine beispielhafte Nennung marktregulierender nationaler Maßnahmen, die nicht dem Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips unterliegen, so dass sich Dienstleister an den im Land der Leistungserbringung bestehenden Rechtsrahmen halten müssen und auch die nationale Behördenzuständigkeit unverändert bleibt.

Gründe für Alternativregelung:

1. Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene ist durch die Grundsätze der begrenzten Einzelzuständigkeit, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass nationale Maßnahmen dann nicht vom Schutzgehalt des Gemeinschaftsrechts erfasst werden, wenn sie nicht darauf ausgerichtet sind, das Binnenmarktziel als *einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist (Art. 14 Abs. 2 EG)*, zu beeinträchtigen. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn sie weder einen direkt noch einen indirekt diskriminierenden Charakter haben und undifferenziert das *Wie* der Ausübung der Gewährleistung betreffen. Handelt es sich indes um nationale Maßnahmen, die das *Ob* der Ausübung einer Gewährleistung tangieren und damit das Binnenmarktziel, zu dessen Absicherung die Grundfreiheiten dienen, so findet als Überprüfungsmaßstab grundsätzlich das Beschränkungsverbot Anwendung, aus dem das Herkunftslandprinzip resultiert.

Die Differenzierung zwischen den Bereichen des Marktzugangs und den Modalitäten der Ausübung der Grundfreiheiten findet sich in der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit seit der Grundsatzentscheidung *Keck & Mithouard (Verb. Rs. 267 & 268/91, Slg. 1993, I-6097)*. Durch sie wird ausgeschlossen, dass jedwede nationale Regelung am Überprüfungsrahmen des Gemeinschaftsrechts zu messen ist, auch wenn nur ein entfernter Bezug zum Binnenmarkt hergestellt werden kann, Hier ist eine Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften wegen eines zu schwach ausgeprägten Bezugs zu gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzungen nicht möglich, da ansonsten durch Gemeinschaftsrecht in unzu-

lässiger Weise in autonome Bereiche der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eingegriffen würde.

Hierdurch wird den Prinzipien der begrenzten Einzelzuständigkeiten, der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität Rechnung getragen. So sind der Gemeinschaftszuständigkeit bei der Rechtsetzung durch das Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeiten Grenzen gezogen. Durch das Subsidiaritätsprinzip soll eine schleichende Kompetenzerosion zu Lasten der Mitgliedstaaten vermieden werden. In die gleiche Richtung zielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der überschießende Regelungen unterbinden soll.

2. In der derzeitigen Fassung von Art. 16 Abs. 1 Unterabsatz 2 RLE werden u.a. die Bereiche Werbung, Verträge und Haftung der Dienstleistungserbringer genannt, die alle dem Herkunftslandprinzip unterfallen sollen. Dies ist abzulehnen, da die genannten Bereiche bereits Gegenstand anderer Regelungen sind (Rom I & II; Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken (*KOM (2003) 356 endg.*) sowie die bereits geltenden Richtlinien irreführende und vergleichende Werbung (*84/450/EWG und 97/55/EG*)). So soll beispielsweise nach dem VO-Entwurf über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (*KOM (2003) 427 endg.*) der Schandeneintrittsort maßgebliches Anknüpfungskriterium für das anwendbare Recht sein, nicht das Herkunftslandprinzip. Alternative Anknüpfungen im Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie sind nicht zielführend und bringen im Ergebnis keine Vereinfachungen. Daher sollten die genannten Sonderanknüpfungen gestrichen werden, was nicht zuletzt im Sinne der SLIM-Initiative für eine schlanke Gesetzgebung in Europa ist.

Zwar enthält Erwägungsgrund 38 zu Art. 16 RLE nunmehr die Klarstellung, der Grundsatz der Behördenzuständigkeit im Herkunftsmitgliedstaat bedeute nicht, diese müssten im Staat der Leistungserbringung selbst Überprüfungen und Kontrollen durchführen. Entsprechende Maßnahmen würden von den Behörden des Bestimmungsmitgliedstaates gemäß den Verpflichtungen der gegenseitigen Amtshilfe und den durch die Dienstleistungsrichtlinie errichteten Partnerschaften zwischen den einzelstaatlichen Behörden durchgeführt. Dies wird in der Praxis aber nicht zu einer leistungsfähigen Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch die mitgliedstaatlichen Behörden im Anwendungsbereich der Richtlinie führen. Zentrale Probleme sind hier nach wie vor:

- fehlende Kommunikationsfähigkeit aufgrund bestehender Sprachbarrieren;
- unterschiedliche Verwaltungs- und Zuständigkeitsstrukturen in den Mitgliedstaaten;
- verschiedenartiges Verwaltungsverfahrensrecht und materielles Recht (z.B. hinsichtlich etwaig bestehender Eingriffsbefugnisse);
- fehlende Kenntnis der Behörden des Staates der Leistungserbringung vom maßgeblichen Recht, dem Leistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten nach dem Herkunftslandprinzip unterliegen, da insoweit Kenntnisse von derzeit 25 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vorhanden sein müssten.

- **Artikel 17 – Allgemeine Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip**

- **Nr. 5 – Entsendung von Arbeitnehmern & Nr. 11 Entsendung von Drittstaatsangehörigen**

Da die der Richtlinie 96/71/EG unterfallende Entsendung von Arbeitnehmern durch eine entsprechende Ergänzung der Auflistung in Art. 2 Abs. 2 RLE generell vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen werden sollte, kommt der Nennung in Art. 17 Nr. 5 RLE allein für den Fall Bedeutung zu, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie in den allgemeinen Bestimmungen des Kapitels I nicht schärfer konturiert wird. Die im Ratsdokument nunmehr verwendete Formulierung, wonach das Herkunftslandprinzip

bezüglich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Arbeitnehmer, die für die Erbringung einer Dienstleistungen eingesetzt werden, die Angelegenheiten, die unter die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen fallen,

keine Anwendung findet, ist aber nur dann ausreichend, wenn die diesen Passus teilweise konterkarierenden Regelungen in Art. 24 RLE ersatzlos gestrichen werden.

Auch die Entsendung von Drittstaatsangehörigen sollte generell vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden. Ansonsten müsste jedenfalls die Regelung in Art. 25 RLE entfallen, da ansonsten eine Entsendung von Drittstaatsangehörigen ohne die Basiserfordernisse Aufenthaltsgenehmigung und Arbeitserlaubnis möglich wäre und Arbeitsmigration nicht mehr kontrolliert werden könnte.

- **Nr. 8 – Anerkennung von Berufsqualifikationen**

Sofern die Anerkennungsrichtlinie nicht generell vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips ausgenommen werden soll, was durch eine Ergänzung von Art. 2 Abs. 2 RLE im Ergebnis der zweckmäßigste Weg wäre, ist die im Ratsdokument vom 10. Januar 2005 in Art. 17 Nr. 8 RLE vorgeschlagene Formulierung zu begrüßen, wonach Titel II der Anerkennungsrichtlinie, der die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Dienstleistungsvorgängen regelt, nicht der Anwendung des Herkunftslandprinzips unterliegt.

- **Nrn. 16 & 17 – Rechtfertigungstatbestände für eine Durchbrechung der Anwendung des Herkunftslandprinzips**

In Art. 17 Nrn. 16 und 17 RLE sind Durchbrechungen der Anwendung des Herkunftslandprinzips normiert, wobei als Rechtfertigungsgründe lediglich Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit in Betracht kommen, so man von der Nennung des Umweltschutzes absieht. Bei diesen Rechtfertigungsgründen handelt es sich im primären Gemeinschaftsrecht um solche, die selbst diskriminierende nationale Maßnahmen zu rechtfertigen in Betracht kommen (vgl. Art. 46 EG). Bei nicht direkt diskriminierenden beschränkenden nationalen Maßnahmen ist in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass auch überwiegende Allgemeinwohlinteressen, die nicht im EG-Vertrag genannt sind, beschränkende nationale Maßnahmen rechtfertigen können. Für diese existiert kein abschließender Katalog.

Vielmehr ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, überwiegende Allgemeinwohlinteressen zu definieren, die al-

lerdings einer Kontrolle durch den EuGH unterliegen und nur dann als zulässiger Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung anerkannt werden, wenn sie der Wahrnehmung legitimer Gemeinwohlbelange dienen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sind (Überprüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit). So hat der EuGH in seiner Rechtsprechung etwa die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Schutz der Verbraucher als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt, die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können (vgl.: *EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verb. Rs. 34-36/95 (De Agostini), Slg. 1997, I-3899, Rn. 29*).

Dieser grundlegenden Systematik auf der Rechtfertigungsebene bei Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch nationale Maßnahmen muss auch vorliegend im Zusammenhang mit einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt gefolgt werden. Denn sie ist von zentraler Bedeutung für die Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaftsebene und den nationalen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten und schlussendlich Ausfluss der Grundsätze der Subsidiarität, der begrenzten Einzelermächtigung und der Verhältnismäßigkeit.

- **Artikel 19 RLE – Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Einzelfall**

Wie zu Art. 17 Nr. 16 & 17 RLE ausgeführt, steht den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH bei nationalen Maßnahmen, die keine direkten Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen, eine Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen offen, die dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen. Diesen Vorgaben muss Art. 19 Abs. 1 RLE angepasst werden, der bisher lediglich die Bereiche *Gesundheitsschutz* und *Schutz von Minderjährigen* enthält.

Zudem ist der Verweis in Art. 19 Abs. 2 RLE auf das in Art. 37 RLE vorgesehene Verfahren der gegenseitigen Unterstützung nicht sachgerecht. Es würde bilaterale Verhandlungen bei multilateralen Sachverhalten mit Bezug zu potentiell 24 anderen Mitgliedstaaten erforderlich machen und steht damit insbesondere der Zielsetzung der SLIM-Initiative zur Straffung der Verwaltungsstrukturen diametral entgegen.

Sachgerecht wäre stattdessen ein Notifizierungsverfahren gegenüber der Europäischen Kommission dergestalt, dass die Mitgliedstaaten die Kommission über potentiell beschränkende nationale Maßnahmen unterrichten müssen. Die Kommission hat durch die Kenntnisnahme des konkreten Sachverhalts sodann eine Überprüfungsmöglichkeit hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtskonformität der jeweiligen nationalen Maßnahme.

- **Artikel 24 – Besondere Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmern**

Die Entsendung von Arbeitnehmern ist im Geltungsbereich der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG bereits einer Regelung zugeführt worden, die als abschließend zu betrachten ist. Änderungen sollten hier – soweit im Einzelfall ein nachgewiesenes tatsächliches Bedürfnis besteht – durch eine entsprechende Anpassung der Richtlinie 96/71/EG im Rahmen eines gesonderten Rechtsakts erfolgen. Richtig wäre daher, die bereits in der RL 96/71/EG erfasste Arbeitnehmerentsendung vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie durch eine entsprechende Ergänzung von Art. 2. Abs. 2 RLE auszu-

nehmen (vgl. S. 3 f.) oder zumindest durch eine Formulierungsanpassung in Art. 17 Nr. 5 RLE klarzustellen, dass das Herkunftslandprinzip generell keine Anwendung auf den Bereich der Arbeitnehmerentsendung findet, wie er von der RL 96/71/EG geregelt wird (vgl. S. 11). In beiden Fällen bedürfte es keiner weiteren Regelungen, wie sie in Art. 24 RLE enthalten sind.

Allein für den Fall, dass die vorgenannten Änderungen nicht erfolgen, ist Folgendes anzumerken:

Zu begrüßen ist, dass im Rats-Arbeitsdokument vom 10. Januar 2005 in Art. 24 RLE die Kontrollzuständigkeit der Behörden, in dem die jeweilige Dienstleistung erbracht wird, fortbestehen soll, so wie dies bereits derzeit in der Entsenderichtlinie vorgesehen und eine seit Jahren bewährte Praxis ist. Die im Kommissionsentwurf enthaltene Regelung der Kontrollzuständigkeit durch die Behörden des Herkunftsmitgliedstaats ist verfehlt.

Problematisch sind nach wie vor die in Art. 24 Abs. 1 a-d RLE vorgesehenen Regelungen, die es dem Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, untersagen, bestimmte administrative Anforderungen an den ausländischen Dienstleistungserbringer zu stellen. Im Gegensatz zu den Ausführungen in Erwägungsgrund 58 sind die dort untersagten Verwaltungsverfahren weder unverhältnismäßig, noch leistet deren Untersagung einen wirksamen Beitrag zur Klarstellung der Rollen- und Aufgabenverteilung zwischen Herkunftsmitgliedstaat und dem Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht wird.

Unverständlich bleibt auch, warum es für einen ausländischen Dienstleistungserbringer unzumutbar sein soll, die in Art. 24 Abs. 2 a-f RLE vorgesehenen Unterlagen an Ort und Stelle bereitzuhalten. Stattdessen soll eine nachträgliche Übersendung ausreichend sein, die gemäß Erwägungsgrund Nr. 59a *per Eilpost, Fernschreiben oder E-Mail* erfolgen kann. Aber wie verhält sich der Fall, wenn diese nachträgliche Übersendung mutwillig verzögert wird und/oder nur teilweise erfolgt? Ab welchem Grad der Pflichtverletzung dürfen die Vollzugsbehörden des Mitgliedsstaats der Dienstleistungserbringung ein Bußgeld verhängen?

In dem Bemühen, vermeintlich ungerechtfertigte administrative Belastungen zu minimieren, schafft der Richtlinienentwurf oftmals eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die letztlich weder dem Dienstleistungserbringer noch den Mitgliedstaaten nützt. Bei den genannten Punkten sollte daher am Status quo des Entsenderechts festgehalten werden.

- **Artikel 25 – Entsendung von Drittstaatsangehörigen**

Bei den in Art. 25 RLE vorgesehenen Regelungen über die Entsendung von Drittstaatsangehörigen besteht weder die Erforderlichkeit neuer europäischer Regelungen,

noch ist deren Mehrwert gegenüber der bisherigen Rechtspraxis zu erkennen. Daher sind Aufweichungen der bestehenden europäischen und nationalen Regelungen einschließlich der durch die Rechtsprechung festgelegten Grundsätze abzulehnen.

Auch die überarbeiteten Regelungen sind weiterhin geeignet, der missbräuchlichen Entsendung von Drittstaatsangehörigen Tür und Tor zu öffnen. So könnte sich z.B. die in Art. 25 Abs. 3 RLE vorgesehene – als Einschränkung der Entsendung von Drittstaatsangehörigen gedachte – Regelung, wonach diese nur dann entsendet werden dürfen, wenn sie sich *rechtmäßig in dem Herkunftsmitgliedstaat aufhalten und dort vor der Entsendung einer ordnungsgemäßen Beschäftigung nachgehen*, mangels hinreichender Bestimmtheit als ein Einfallstor für eine missbräuchliche Handhabung der Entsendung von Drittstaatsangehörigen entpuppen. Soll etwa eine Beschäftigungsdauer von wenigen Tagen ausreichen?

Es ist unverständlich, warum an dieser Stelle nicht auf die vom Europäischen Gerichtshof im *Vander Elst*-Urteil (Urt. v. 9.8.1994, Rs. C-43/93, Slg. 1994, I.-3803) entwickelten Grundsätze Bezug genommen wird, wonach eine Entsendung von Drittstaatsangehörigen nur dann zulässig ist, wenn sie zum Stammpersonal des entsendenden Unternehmens gehören, also mindestens 12 Monate bereits in diesem Unternehmen beschäftigt sind.

Auch ist die in Erwägungsgrund 60 zum Ausdruck kommende Auffassung der Europäischen Kommission über die arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen der Entsendung von Drittstaatsangehörigen zu hinterfragen. So ist die Aussage, wonach entsandte Drittstaatsangehörige *nicht danach streben, Zugang zum Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats zu erlangen, in dem sie ihre Dienstleistung erbringen*, zwar isoliert betrachtet richtig; sie blendet aber völlig die zu befürchtenden Kolateralschäden aus, die auf dem Arbeitsmarkt des aufnehmenden Mitgliedstaats durch einen massiven Einsatz entsandter Drittstaatsangehöriger entstehen können. So würde z.B. in den Bereichen, die in Deutschland nicht durch das Arbeitnehmerentsendegesetz geschützt sind – wie beispielsweise die Gebäudereinigung – der wirtschaftlich lukrative Einsatz von Drittstaatsangehörigen über in einem Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen zu einer massiven Verdrängung der vergleichsweise teureren deutschen Arbeitnehmer führen. Solche Regelungen, die zu einem Lohn- und Sozialdumping führen, sind strikt abzulehnen.

Berlin, im April 2005

Dr. Stefan Stork, LL.M. (Leuven), Mag.rer.publ.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1924

18. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Deutscher Industrie- und Handelskammertag DIHK

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) ist die Spitzenorganisation der 81 Industrie- und Handelskammern. Alle deutschen Unternehmen im Inland - ausgenommen Handwerksbetriebe, freie Berufe und landwirtschaftliche Betriebe - sind per Gesetz Mitglied einer Industrie- und Handelskammer. Folglich spricht der DIHK für über drei Millionen Unternehmer. Mitglied in der Kammerorganisation sind Unternehmen aller Größen und Branchen: der internationale Konzern ebenso wie der mittelständische Inhaber-Unternehmer. Er ist nicht die Vertretung einer bestimmten Gruppe von Unternehmern, sondern Repräsentant der gesamten gewerblichen Wirtschaft in Deutschland.

Forderungen des DIHK**I. Grundsätzliches**

Die vorgelegte Initiative der Europäischen Kommission, sich des Abbaus bestehender Schranken für grenzüberschreitende Dienstleistungen im Binnenmarkt anzunehmen, entspricht einer langjährigen Forderung des DIHK. Denn gerade im Hinblick auf das in Lissabon formulierte Ziel des Europäischen Rates, die EU bis zum Jahre 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen, besteht dringender Handlungsbedarf.

Obwohl der Bereich Dienstleistungen in vielen Mitgliedsländern bis zu 70 % des Bruttoinlandproduktes ausmacht und ein Motor der wirtschaftlichen Entwicklung ist, ist die Vollendung des einheitlichen Binnenmarktes diesbezüglich noch nicht erreicht. Von übertriebener Regulierung und Bürokratie sind kleinere und mittlere Unternehmen ganz besonders hart betroffen. Sie verfügen oftmals nicht über die Mittel und das Know-how, um den Wust an Verwaltungsvorschriften in anderen EU-Mitgliedstaaten durchsetzen zu können. So halten wesentliche Hemmnisse sowohl im Bereich der Dienstleistungsfreiheit als auch im Bereich der Niederlassungsfreiheit gerade kleinere und mittlere Unternehmen davon

ab, sich der Chancen eines europaweiten Marktes zu stellen und grenzüberschreitend tätig zu werden.

Aufgrund der Tatsache, dass die Skepsis in der öffentlichen Diskussion über diesen Entwurf groß ist und teilweise auslegungsbedürftige bzw. ungenaue Begriffe zu vielen Spekulationen führen, ist es dringend geboten, die Richtlinie definitorisch wesentlich genauer zu fassen und eine klare und unmissverständliche Ausgestaltung der Formulierungen zu wählen. Dies kann die Akzeptanz des Entwurfes gewiss fördern.

1. Verwaltungsvereinfachung

Sehr zu begrüßen ist der Ansatz, Verwaltungsverfahren im Bereich der Niederlassungsfreiheit grundlegend zu vereinfachen. Hierzu kann eine Überprüfung aller rechtlichen Anforderungen auf ihre Verhältnismäßigkeit und eine dementsprechende interessengerechte „Entschlackung“ wesentlich beitragen. Verbote bestimmter rechtlicher Anforderungen, die eine unzumutbare Hürde darstellen und sich vereinzelt in den Mitgliedstaaten wieder finden, sind ebenfalls ein prozessförderliches Mittel.

Im Sinne des Abbaus von Verwaltungshürden ist es beispielsweise nicht mehr angezeigt, die Vorlage von Beglaubigungen der Übersetzungen der notwendigen Dokumente zu verlangen. Alle Genehmigungserfordernisse müssen im Hinblick darauf überprüft werden, ob eine nachträgliche Kontrolle nicht ebenso wirksam sein und somit das verhältnismäßigere Mittel darstellen kann. Grundsätzlich ist eine funktionierende Kontrolle gegenüber präventiven Einschränkungen vorzuziehen. Nur als ultima ratio darf ein Erfordernis aufgestellt bzw. nach sorgfältiger Überprüfung in den einzelnen Mitgliedstaaten aufrechterhalten werden. Alle Prozesse müssen sorgfältig evaluiert und überflüssige Erfordernisse abgeschafft werden.

All dies motiviert den Unternehmer, seine Dienstleistungen auch grenzüberschreitend zu erbringen und fördert

andererseits den innerstaatlichen Abbau von Bürokratie und organisatorischem Aufwand.

2. Herkunftslandprinzip für freien Dienstleistungsverkehr

Der DIHK unterstützt die durch Anwendung des Herkunftslandsprinzips angestrebte Beseitigung der Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr. Danach unterliegt der Dienstleistungserbringer bei vorübergehender Dienstleistungserbringung alleine den Rechtsvorschriften des Landes, in welchem er niedergelassen ist.

Die in der politischen Diskussion hieran angeknüpfte Kritik am Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie ist undifferenziert und im Kern verfehlt. So wird der Dienstleistungsrichtlinie vorgeworfen, sie führe zu einer Überschwemmung Deutschlands mit vor allem osteuropäischen Unternehmern, die mit niedrigeren Löhnen als hierzulande die Existenz deutscher Betriebe gefährden. Unsere Unternehmen seien dann nicht mehr wettbewerbsfähig, und es drohe ein weiterer Beschäftigungsabbau.

Doch diese Richtlinie erfindet die Dienstleistungsfreiheit nicht neu; sie entspricht vielmehr bereits geltendem Recht. So ist es eine der Grundfreiheiten des europäischen Vertrages, dass Dienstleister sich vorübergehend in andere Staaten begeben, dort ihre Leistung zu ihren Bedingungen erbringen, um dann wieder nach Hause zu fahren. Diese Dienstleistungsfreiheit ist ein Herzstück der EU.

Die Dienstleistungsrichtlinie soll nun lediglich sicherstellen, dass Unternehmen tatsächlich ohne Probleme und rechtliche Hürden und ohne bisher schon unzulässige, aber in der Praxis trotzdem häufig vorkommende Zulassungsverfahren grenzüberschreitend tätig werden können. Auch für deutsche Unternehmen liegt darin eine Chance. Deutsche Unternehmen sollen künftig also bei einer geplanten Dienstleistungserbringung im Ausland nicht daran scheitern, dass sie nicht rechtzeitig eine Vielzahl an von den ausländischen Behörden unzulässigerweise geforderten Dokumenten und Belegen liefern können.

Zudem haben aktuelle Probleme am Arbeitsmarkt ihre Ursache weder in der Dienstleistungsrichtlinie noch in fehlenden Vorschriften. Vielfach fehlt es mitunter schlicht an der Überwachung bestehender Gesetze. In den viel diskutierten Fleischer- und Fliesenlegerfällen geht es zum Beispiel teilweise um illegale Arbeitnehmerüberlassung, teilweise um Scheinselbständigkeit. Dies bedeutet, dass in diesem Falle polnische Arbeitnehmer, welche eigentlich mangels Selbständigkeit nicht das Privileg der Dienstleistungsfreiheit genießen, durch Gründung einer „Briefkastenfirma“ in Polen illegal an diesen Privilegien teilhaben, obwohl sie klassischerweise Angestellte des deutschen Unternehmens sind. Das sind Probleme, die – wenngleich das natürlich schwierig ist – ggf. durch bessere Kontrolle gelöst werden müssten, aber nicht durch eine Verhinderung des Herkunftslandprinzips beseitigt werden können. Auch Überlegungen zur besseren internationalen Zusammenarbeit der Zollbehörden im Kampf gegen Schwarzarbeit sind vor dem Hintergrund der Gesetzeslage folgerichtig.

Auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist im EG-Vertrag verankert. 1997 wurde zur verträglichen Umsetzung der Freiheit, europaweit Arbeitnehmer zu entsenden, die Arbeitnehmerentsenderichtlinie geschaffen. Danach obliegt es den einzelnen Staaten, für ausländische Arbeitnehmer

Mindestbedingungen, wie beispielsweise einen Mindestlohn, festzulegen. Deutschland hat diese Richtlinie alleine für die Baubranche und bauähnlichen Branchen umgesetzt. Schon bisher wird indes beklagt, dass inländische Branchen durch europäische Niedriglohnkonkurrenz unter Druck geraten – zuletzt und auch hier ganz intensiv im Bereich der Schlachter. Bei einer genaueren Betrachtung hat die öffentliche Kritik unterschiedliche Gründe: Zum einen wird hier ein generelles Unbehagen angesichts eines intensivierten Wettbewerbs in bestimmten Wirtschaftsbereichen sichtbar. Zum anderen wird in manchen Fällen in der Tat gegen bestehende Gesetze verstoßen. Auch in diesem Zusammenhang geht es teilweise um illegale Arbeitnehmerüberlassung, teilweise um Scheinselbständigkeit. Eines jedenfalls steht fest: Durch die Abkehr vom Herkunftslandprinzip werden keinerlei Veränderungen hinsichtlich dieser Probleme erreicht. Kontrollen bestehender Rechtsgrundlagen müssen effizient und effektiv durchgeführt werden.

Die in diesem Zusammenhang oftmals geäußerte Befürchtung, das Herkunftslandprinzip führe zu einem europaweiten Absinken von Qualitätsstandards („race to the bottom“) und fördere damit den Niedergang einer hohen Dienstleistungskultur, zeugt zudem von einem tiefen Misstrauen gegenüber anderen Mitgliedstaaten. Nur bei gegenseitigem Vertrauen in die Systeme und Kontrollmechanismen der anderen Staaten wird es gelingen, die Chancen eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes effektiv zu nutzen.

Das Herkunftslandprinzip erhält eine bestehende Leistungsvielfalt und breite Angebotspalette bei Dienstleistungen. Die Richtlinie wird durch die Einführung des Herkunftslandprinzips im Dienstleistungsbereich einen dynamischen Prozess der schrittweisen Integration einleiten.

Verhältnismäßigkeit

Die Richtlinie ist gerade durch die Anwendung des Herkunftslandprinzips geeignet, die Vollendung des Binnenmarktes zu unterstützen. Die Notwendigkeit einer solchen Richtlinie ergibt sich schlicht daraus, dass momentan rechtliche Hindernisse einem einheitlichen Binnenmarkt entgegenstehen. Zur Erläuterung folgende Beispiele:

- ➔ Einzureichende Unterlagen bei Behörden im Dienstleistungsempfängerland (z. B. Führungszeugnisse der Mitarbeiter etc.)
- ➔ Genehmigungserfordernisse – teilweise fordern die Behörden, dass die ausländischen Dienstleistungserbringer Genehmigungen aus dem Dienstleistungsempfängerland haben, z. B. Bewachungsgewerbe in Deutschland
- ➔ Übersetzungen von Zulassungen aus dem Dienstleistungs-Entsendeland

Es bedarf also einer hoheitlichen Regelung, um diese Hindernisse zu beseitigen.

Die Verhältnismäßigkeit dieses Entwurfes ist gegeben, denn die Kommission verwendet dank der Anwendung des Herkunftslandprinzips den geringst möglichen Eingriff in die nationale Souveränität.

Das Subsidiaritätsprinzip, welches besagt, dass die Gemeinschaft nur dann eingreifen darf, wenn die einzelnen Mitgliedstaaten keine eigene Möglichkeit der Zielerrei-

chung haben, ist gewahrt. Zum jetzigen Zeitpunkt halten die Mitgliedstaaten jeweils bedeutende rechtliche Hürden als Marktzutrittsbarrieren aufrecht, vermutlich gerade, um eine gegenseitige, dem Vertrag zuwiderlaufende Marktabschottung zu betreiben. Den Bürgern der EU ist die Wahrnehmung ihres rechtlich garantierten Anspruchs auf Dienstleistungsfreiheit nicht möglich. Es gibt keine nennenswerte Verwaltungskooperation.

Case-law unterstützt das Herkunftslandprinzip

Die EuGH-Rechtsprechung hat bereits in vielen Urteilen das Herkunftslandprinzip als Basis eingefordert (z. B. C - 76/90 Säger v. Dennemeyer, jüngst betreffend Sicherheitsbranche C - 189/03 Commission v. Netherlands, C - 171/02 Commission v. Portugal, C - 355/98 Commission v. Belgium). Danach sind alleine dann Ausnahmen möglich, wenn es das öffentliche Interesse verlangt und diese Aspekte vom Herkunftsland nicht berücksichtigt wurden. Grundsätzlich muss ein Mitgliedstaat in die Fähigkeiten des anderen Mitgliedstaates vertrauen.

Weitere Richtlinien, in denen das Herkunftslandprinzip als Durchsetzungsinstrument genutzt wird

- 89/552/EC, Television without Frontiers
- 95/46/EC, Datensicherheit
- 99/93/EC, Elektronische Signatur
- 2000/31/EC, E-commerce
- Im Bereich der Waren gilt dieses Prinzip ebenfalls.

Breites Fundament

Damit es keine unübersichtliche Zahl von Rechtsprechungen gibt, die nicht mehr zu überblicken ist, muss das vom EuGH immer wieder geforderte Grundprinzip der Dienst- und Niederlassungsfreiheit auf eine Richtlinie gestützt werden. Ansonsten gibt es immer nur anlass- und beschwerdebezogene Entscheidungen.

Verhältnis zu bestehendem Recht

Hinsichtlich der schuldrechtlichen Verträge müssen die Vorschriften von Rom I und sonstiges gemeinschaftliches Recht gelten. Die Dienstleistungsrichtlinie ist grundsätzlich nicht geeignet, in das Internationale Privatrecht (IPR) einzugreifen. Außerdem schwindet die Rechtssicherheit, wenn der gleiche Regelungssachverhalt sich in verschiedenen Richtlinien wieder findet. Im Falle des außervertraglichen Schuldrechts (Schadenersatz bei unerlaubten Handlungen etc.) darf kein Konflikt mit dem Entwurf der Verordnung 2003/0168 (Rom II) entstehen.

3. Harmonisierung bestimmter Rechtsvorschriften nur als ultima ratio

Das Herkunftslandprinzip stellt nach Auffassung des DIHK den geringst möglichen Eingriff in die nationale Souveränität dar. Die von den Gegnern des Herkunftslandprinzips favorisierte Harmonisierung bedeutet hingegen wesentlich einschneidendere Eingriffe. Der Abstimmungsprozess ist langwieriger, würde sich über Jahrzehnte hinziehen und wäre mit Kompromissen behaftet. Das Herkunftslandprinzip unterstützt den ökonomischen Mechanismus, dass sich das attraktivste Angebot am Markt durchsetzt. Die Richtlinie schafft einen rechtlichen Rahmen für den ohnehin stattfindenden europäischen Dienstleistungsaustausch. Harmonisierung läuft dem selbst gesetzten Ziel, Bürokratie abzubauen, zuwider. Dadurch wird möglicherweise die breite Leistungsvielfalt

und hohe Innovationskraft der Dienstleistungswirtschaft behindert.

Hier sollte unseres Erachtens mehr Vertrauen in das Funktionieren des Marktes gelegt werden. Der DIHK ist überzeugt, dass der mündige Verbraucher von der Vielfalt der Dienstleistungsanbieter und deren Wettbewerb profitieren wird. Der Kunde erhält die Auswahlmöglichkeit und kann zwischen Preis, Qualität und Risiko entscheiden. Schlechte Qualität wird sich langfristig nicht durchsetzen. Darüber hinaus sollten Initiativen gefördert werden, die eine Angleichung von Schutzniveaus der Märkte über bestehende freiwillige Qualitätssiegel, Best Practices oder Verhaltenskodizes ermöglichen. Die Entwicklung von Qualitätssiegeln oder Verhaltenskodizes aus dem Wettbewerb unterschiedlicher Anbieter heraus führt zu Marktinformationen über Anbieter, die geeignet sind, den Verbraucher aufzuklären. Zertifizierungen, Normen und/oder Gütesiegel, die für viele Dienstleistungsbranchen bestehen, könnten durch nicht regulative Vereinbarungen auch auf europäischer Ebene erreicht werden. In diesem Zusammenhang muss auch für die Abwägung zwischen verbraucherschützenden und unternehmerbezogenen Interessen eine ausgewogene und verhältnismäßige Lösung gefunden werden.

Mit einer effizienten Zusammenarbeit der Kontrollbehörden in den verschiedenen Mitgliedstaaten und mit gegenseitigem Vertrauen in die Systeme der anderen Staaten wird es jedoch gelingen, die Chancen eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes effektiv zu nutzen.

Der DIHK lehnt Initiativen ab, die darauf abzielen, zunächst Bereiche für Gefahrenbereiche zu erklären, für die dann Schutzmechanismen einzuführen sind. Diese dienen de facto zumeist lediglich der Einschränkung des Wettbewerbs, nicht jedoch der Erreichung der Lissabonziele.

Im Interesse des guten Gelingens und der Förderung der Akzeptanz ist es angezeigt, sich zwecks sorgfältiger Ausarbeitung des Entwurfes einen durchaus weiten Zeitraum zu stecken. Es ist nicht sinnvoll, angesichts eines extrem ehrgeizigen Zeitplans eine möglicherweise fehlerhafte Version zu gestalten.

4. Selbstkontrolle der Wirtschaft stärken

Positiv in diesem Rahmen ist die Forderung nach der Ausarbeitung gemeinschaftsweiter Verhaltenskodizes durch die betroffenen Interessengruppen auf bestimmte Fragen, wie z. B. im Bereich der Werbung in reglementierten Berufen.

Am Beispiel des deutschen Werberates lässt sich das Erfolgspotential solcher Maßnahmen erkennen. Er entscheidet als ein Organ der Selbstkontrolle der Wirtschaft auf Grundlage von Gesetz, von werberechtlichen Vorschriften, von Verhaltensregeln des Rates zu bestimmten Sozialbereichen und von aktuell herrschender Auffassung über Sitte, Anstand und Moral über Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Werbung. Dieses Instrument der Selbstkontrolle funktioniert in Deutschland reibungslos. Bis zu 2000 Fälle werden jährlich entschieden. Das Modell ist unserer Ansicht nach beliebig auf weitere Entscheidungsbereiche übertragbar.

II. Im Einzelnen

1. Anwendungsbereich – Art. 2

Der Anwendungsbereich der Richtlinie muss nach Auffassung des DIHK klarer definiert werden. Ungenau ist

momentan die Abgrenzung zu den Bereichen, für die schon eigene sektorale Richtlinien bestehen oder geplant sind (z. B. Daseinsvorsorge, Berufsqualifikation, Arbeitnehmerentsendung). Hier muss die Richtlinie deutlicher werden, um Missverständnisse, aber auch spätere rechtliche Abgrenzungsprobleme zu verhindern.

2. Vereinfachung von Verfahren – Art. 5

Besonders unterstützenswert ist die Regelung zur Anerkennung aller Dokumente, welche die Mitgliedstaaten ausstellen. Allerdings wird sich ein erhöhter Verwaltungsaufwand dadurch ergeben, dass diese nur in der Sprache des Herkunftslandes vorzulegen sind. Für das aufnehmende Land ergeben sich dadurch schon sprachlich Schwierigkeiten, die Gleichwertigkeit der Dokumente zu erkennen.

Wir erachten es als hilfreich, wenn die Kommission Musterdokumente erstellen könnte, die mit einem Standard unabhängig von der Sprache überall anerkannt werden können. Beispielhaft können hierfür der europäische Führerschein oder der europäische Reisepass genommen werden.

Grundsätzlich ist jedoch darauf zu achten, dass hinsichtlich der Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens anstelle der Aufhebung bürokratischer Hürden keine neuen entstehen. Besonders Art. 7, Art. 10 Ziff. 6, Art. 11 Ziff. 3, Art. 16 Ziff. 2, Art. 22, Art. 26, Art. 28, Art. 31 ff. bergen bei Konkretisierung die Gefahr einer wachsenden Bürokratie.

3. Einheitlicher Ansprechpartner – Art. 6

Ein wichtiger und grundsätzlicher Schritt in Richtung Verwaltungsvereinfachung wird mittels Art. 6 geschaffen.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass spätestens ab dem 31.12.2008 Kontaktstellen („einheitliche Ansprechpartner“) zur Verfügung stehen, die für alle Verfahren, Formalitäten und Erlaubnisse, die im Zusammenhang mit der Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit stehen, als alleinige Ansprechpartner für die Dienstleistungstätigen zuständig sind. Nur dadurch kann erreicht werden, dass der Dienstleister sich nicht in unterschiedlichen Zuständigkeiten verliert, dass formale Abläufe möglichst effizient und straff geführt sowie Ressourcen bestmöglich genutzt werden können. Hierfür ist auch die in Art. 8 genannte Schaffung einer elektronischen Verfahrensabwicklung sehr wichtig.

Es muss allerdings bei der Umsetzung darauf geachtet werden, dass hier nicht lediglich eine bürokratische „Zwischenebene“ eingeschaltet wird.

Die Kammerorganisation bietet den Dialog darüber an, welche Institution sich als einheitlicher Ansprechpartner anbieten könnte.

4. Unzulässige Anforderungen – Art. 14

Grundsätzlich begrüßt der DIHK die Aufnahme einer Liste mit unzulässigen Anforderungen. Restriktive Einzelregelungen in den jeweiligen Ländergesetzen können dadurch ausgehebelt werden und damit auch die Dienstleistungsfreiheit nicht mehr blockieren. Allerdings sollte darauf geachtet werden, dass andere Richtlinien ebenfalls den Kriterien dieser Liste entsprechen müssen (z. B. Versicherungsvermittlerrichtlinie). Zudem sollten die Bereiche der grenzüberschreitenden vorübergehenden Dienst-

leistungserbringung und der Niederlassung nicht vermischt werden. Art. 14 spricht von der Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit, obwohl es sich systematisch um Niederlassungsfragen handelt.

5. Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip – Art. 17 ff.

Die in Art. 17 genannten Ausnahmen sind nach Auffassung des DIHK zum Teil missverständlich, da sie sich auf Bereiche beziehen, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie von vornherein nicht erfasst sind. So sieht beispielsweise Art. 17 Ziff. 8 eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip bei der Berufsqualifikation vor, Ziff. 11 regelt Ausnahmen im Fall der Entsendung von Arbeitnehmern. Die Dienstleistungsrichtlinie regelt diese Fälle nicht, muss also auch keine Ausnahmen vorsehen. Die für Art. 2 vom DIHK geforderte Klarstellung des Anwendungsbereichs würde sich auch auf Art. 17 auswirken und könnte Missverständnissen vorbeugen. Grundsätzlich ist daneben zu beachten, dass die Richtlinie nicht ausgehöhlt werden darf. Ein zu umfassender Ausnahmenkatalog würde dem horizontalen Ansatz der Richtlinie zuwiderlaufen und ist insofern genau zu prüfen.

6. Entsendung von Arbeitnehmern – Art. 24 f.

Nach Auffassung des DIHK sollten die in Art. 24 und 25 getroffenen Regelungen zur Entsendung von Arbeitnehmern gestrichen werden. Die beiden Vorschriften greifen in die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ein und führen zu Abgrenzungsschwierigkeiten, vgl. Anmerkungen zu Art. 2 und 17. Es besteht hier kein Regelungsbedarf durch die Dienstleistungsrichtlinie.

7. Qualität der Dienstleistungen – Art. 26 ff.

Dieser Abschnitt gehört eigentlich nicht zum Regelungsbereich der Richtlinie. Denn die Qualität der Dienstleistungen ergibt sich aus Angebot und Nachfrage und nicht aus staatlichen Vorschriften. Darüber hinaus sind die meisten Artikel dieses Abschnitts verwirrend dargestellt und nicht praxistgerecht in ihrer Ausgestaltung.

8. Informationen – Art. 26

Die Vorgabe, dass in allen von den Dienstleistungserbringern den Dienstleistungsempfängern zur Verfügung gestellten Unterlagen ausführliche Informationen über die angebotene Dienstleistung enthalten sein sollen, darf nicht in überzogenem Umfang festgelegt werden. So erscheint es nicht interessengerecht, dass in jedem Informationsschreiben jeweils die gesamten Generalklauseln und die allgemeinen Geschäftsbedingungen mitgeteilt werden sollen, es sei denn, dass es sich tatsächlich um einen konkreten Vertragsabschluss handelt. Hier ist auf die Verhältnismäßigkeit zu achten.

9. Berufshaftpflichtversicherung – Art. 27

Art. 27 Abs. 1 ist zu präzisieren.

Hierzu schlagen wir vor:

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass die Dienstleistungserbringer, deren Dienstleistungen ein besonderes Gesundheits- und Sicherheitsrisiko oder ein besonderes finanzielles Risiko für Dienstleistungsempfänger darstellen, in den gesetzlich bestimmten Fällen...“.

Die Angabe, dass für all diejenigen Dienstleistungen, die „ein besonderes Gesundheits- oder Sicherheitsrisiko oder ein besonderes finanzielles Risiko für den Dienstlei-

stungsempfänger“ darstellen, eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen werden muss, ist nach Ansicht des DIHK zu vage. Vielmehr sollte auf den genauen Gefährdungsgrad eingegangen werden, welcher eine Absicherung erforderlich macht. Daneben sollte auch die Art der Gefährdung klarer erläutert werden, die für Dienstleistungsunternehmen den Abschluss einer Berufshaftpflicht erforderlich macht.

10. Nachvertragliche Garantie und Gewährleistung – Art. 28

Diese Bestimmung zur Auskunft über Inhalt und Tragweite von Garantien und gesetzlichen Gewährleistungsrechten ist entbehrlich. So enthält nicht einmal die Richtlinie zum Fernabsatz derart erschwerte Anforderungen.

11. Maßnahmen zur Qualitätssicherung – Art. 31

Die hier geforderten Standardisierungsbemühungen bzw. die Entwicklung gemeinschaftlicher europäischer Dienstleistungsstandards wirken der eigentlichen Begründung für die Einführung dieser Richtlinie, nämlich der Erreichung des Lissabonziels durch die Schaffung des wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraumes bis zum Jahr 2010, teilweise möglicherweise entgegen. Für die angestrebte höhere Leistungsvielfalt und stärkere Innovationskraft können solche Standardisierungen im Sinne der Erzeugung der Serienreife eher hinderlich sein, wie beispielsweise in der Werbebranche, so wichtig sie auf der anderen Seite gerade in der Kommunikationsindustrie bzw. dem Informations- und Kommunikationsbereich auch sein können. Hier ist jeweils im Vorfeld branchenspezifisch zu erüellen, ob eine Standardisierung sinnvoll und wünschenswert ist oder nicht zuletzt durch Behinderung der Innovationskraft einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit entgegenwirkt.

12. Beilegung von Streitigkeiten – Art. 32

Abzulehnen ist nach Auffassung des DIHK die Verpflichtung der Dienstleister nachzuweisen, dass sie die in der Richtlinie vorgesehenen Informationspflichten erfüllen und ihre Informationen zutreffend sind. Abs. 3 ist daher zu streichen. Er stellt eine Umkehr der Beweislast dar. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich der Dienstleister gesetzes- bzw. richtlinien-treu verhält. Ein Verstoß gegen Rechtsgrundlagen muss ihm nachgewiesen werden.

13. Information über die Zuverlässigkeit der Dienstleistungserbringer – Art. 33

Angaben über Vorstrafen und sonstige Sanktionen, Verwaltungs- oder Disziplinarmaßnahmen sind immer erst dann an andere Mitgliedstaaten weiterzuleiten, wenn die-

se rechtskräftig sind. Ist dies nicht der Fall und werden Informationen dennoch weitergegeben, so kann dies in hohem Maße geschäftsschädigend wirken, ohne dass der betroffene Dienstleister unter Umständen irgendetwas dafür kann.

Wir schlagen vor, den zweiten Absatz um folgenden zweiten Satz zu verschärfen:

„Ist dies nicht der Fall und werden Informationen dennoch weitergeleitet, so ist von einer in hohem Maße geschäftsschädigenden Wirkung auszugehen, ohne dass ein Verschulden des Unternehmers vorliegt.“ Der bisherige zweite Satz von Absatz zwei würde dadurch zum dritten Satz.

14. Kontrolle – Art. 34 ff.

Das hier dargestellte Kontrollkonzept erscheint noch unzureichend.

Die Maßnahmen zur effektiven Verwaltungszusammenarbeit müssen schnellstmöglich EU-weit implementiert werden. Die Umsetzung dieses Vorhabens muss regelmäßig evaluiert werden. Grenzüberschreitende Informationsnetzwerke über Dienstleistungserbringer bzw. über auftretende Probleme mit diesen müssen noch aufgebaut werden. Zu problematisieren ist, inwiefern die Kontrolle vom Herkunftsland aus effektiv im Aufnahmestaat gewährleistet werden kann. Bereits bestehende behördliche Kooperationen sind im Bereich Landwirtschaft und Verbraucherschutz vorhanden. Hier bestehende Schwierigkeiten gilt es zu evaluieren und auszuräumen. Hohe Effizienz ist gefordert. Grundsätzlich muss es so sein, dass der aufnehmende Staat die Aufsicht und Kontrolle der Handlungsdurchführung innehat. Es ist unrealistisch davon auszugehen, dass das Herkunftsland, welches unter Umständen keine Kenntnis davon hat, in welchen Ländern sein Unternehmer tätig wird, diese in dem Aufnahmeland kontrolliert.

Ein effektiver europaweiter Schutz ist wichtig für das Vertrauen des Marktes. Die Richtlinie muss sicherstellen, dass entsprechende Zusammenarbeiten aufgebaut werden.

15. Gemeinschaftskodizes – Art. 39

Die Schaffung von Verhaltenskodizes ist – wie bereits aufgeführt – zu befürworten. Bei der Ausarbeitung ist es jedoch wichtig, dass die betroffenen Interessengruppen gehört werden und sich an der Entwicklung beteiligen können. Dadurch entsteht eine breite Akzeptanz. Diese trägt auch dazu bei, dass die Standesorganisationen und Berufsverbände, -kammern und -organisationen die Anwendung auf nationaler Ebene forcieren werden.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1942

25. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V. BGA

Themen:

I. Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft (Arbeitsmarkt, einzelne Branchen, Handwerk und Freie Berufe, Behandlung einheimischer Unternehmer, Versorgungssicherheit und Ausnahmebereiche)

Als Vertreter der deutschen Exportwirtschaft setzt sich der BGA für eine konsequente Freihandelspolitik ein. Wir sind von der Leistungsfähigkeit einer offenen, auf freien Handel gründenden Weltwirtschaft ebenso überzeugt, wie von den daraus für alle Beteiligten resultierenden Wohlstandsgewinnen.

Unsere Zustimmung zu den Bestrebungen der Europäischen Kommission, Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern und für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen, wird daher nicht überraschen.

Die Dienstleistungsrichtlinie enthält ein, wenn auch aus unserer Sicht nicht weit genug gehendes Bekenntnis zum europäischen Binnenmarkt.

Bedauerlicherweise werden weder die Bereiche der ehemaligen Staatsmonopole, noch die traditionellen Berufsstände auf protektionistische Regeln untersucht. Auch werden keine neuen Dienstleistungsbereiche dem Wettbewerb geöffnet.

Wir hätten uns diesbezüglich einen stärkeren Impuls gegen die nationalen Protektionismen der Mitgliedstaaten, gegen eine Politik der Mitgliedstaaten nationale Champions zu fördern und staatliche Monopole beizubehalten gewünscht. Einem derartigen Korrekturfaktor messen wir hohe Bedeutung zu, da die indirekte Belastung, die sich aus der politisch motivierten Förderung einzelner Industrien für Unternehmen aus anderen Bereichen ergibt, deren Erfolgchancen auf den Weltmärkten mindert. Fallen diese indirekten Belastungen (wie Preisanpassungen in den Input-, Output- und Währungsmärkten) weg, entstehen neue Möglichkeiten – sowohl für den europäischen

Binnen- als auch für den weltweiten Freihandel. Die allseitigen Vorteile des Tausches können mit den daraus für alle Beteiligten resultierenden Wohlstandsgewinnen umfassender genutzt werden.

Insbesondere die Außenhandelsnation Deutschland wird von dem in der Richtlinie enthaltenen Liberalisierungspotential profitieren und Wachstumsimpulse empfangen können. Die im deutschen Außenhandel tätigen Unternehmen haben ein großes Interesse am Export von produktbegleitenden Dienstleistungen, beispielsweise beim After Sales Service, der Schulung an Maschinen und Anlagen und deren Wartung. Eine Liberalisierung in diesen Bereichen eröffnet uns vielfältige neue Chancen. Wenn beispielsweise ein deutsches Kundendienstteam zukünftig zur Wartung einer Anlage nach Ungarn reisen kann, ohne umständliche Genehmigungsverfahren zu durchlaufen, ist dies eine Liberalisierung, die sich positiv auf das Exportgeschäft auswirkt.

Auch auf globaler Ebene wird zurzeit im Rahmen des GATS über eine Öffnung der Dienstleistungsmärkte verhandelt. Die Verhandlungen werden dort sektorspezifisch in den einzelnen Branchen und ohne gesetzliche Vorgaben geführt. Es steht also jedem Mitglied frei, über den Umfang der Öffnung seiner Märkte zu entscheiden. Möchte beispielsweise die EU für europäische Handelsunternehmen von Indien die Öffnung des Vertriebssektors erreichen, könnte sie im Gegenzug eine Öffnung für Software-Dienstleister anbieten.

Es ist deshalb dringend erforderlich, dass die EU ihre Dienstleistungsunternehmen auf den globalen Wettbewerb vorbereitet, indem sie sie dem Wettbewerb im Binnenmarkt aussetzt.

Bedauerlicherweise steht jedoch die Furcht vor offenen Märkten und mangelndes Vertrauen in die Stärke der eigenen Wirtschaft im Vordergrund, wenn derzeit über die Dienstleistungsrichtlinie der EU diskutiert wird. Und dass, obwohl der Katzenjammer der reglementierten Berufe, der Gewerkschaften, Sozialverbände und Globali-

sierungsgegner die Angst vor Entwicklungen pflegt, die schon längst vollzogen sind, oder die von denen sie aufgrund umfangreicher Ausnahmeregeln gar nicht betroffen sind.

Leider wird nur allzu oft übersehen: Überall wo wir den Mut zur Marktöffnung hatten, waren wir erfolgreich. Die Erfolgsgeschichte, die wir bei der Liberalisierung des Warenverkehrs erlebt haben, können wir bei den Dienstleistungen wiederholen.

Wir müssen diese Entwicklung von Europa aus vorantreiben, um nicht selbst zu Getriebenen zu werden. Wir brauchen die Dienstleistungsrichtlinie zur Vorbereitung auf die sich ebenfalls öffnenden globalen Märkte.

Die Richtlinie wird weiterhin zu einer Stärkung des Binnenmarkts führen und seine Attraktivität für außereuropäische Investoren erhöhen. Für sie ist es lukrativer, sich innerhalb der EU niederzulassen, wenn sich ihnen dadurch nicht nur der jeweilige Mitgliedstaat, sondern der gesamte Binnenmarkt erschließt.

II. Arbeitsrecht (Entsendung, Leiharbeit, Tarife, Mindestlohn, Betriebsverfassung) und wirtschaftsrechtliche Fragen (Haftung, Gewährleistung)

Der Ansatz, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Bundesrepublik ein Mindestmaß an Einkommen zu sichern, ist sozialethisch begrüßenswert. Jedoch erkennt er, dass sich gering qualifizierte Arbeit in einem Verdrängungswettbewerb nicht nur mit ausländischen Arbeitnehmern, sondern auch mit dem technologischen Fortschritt befindet. Gerade im Handel lässt sich diese Entwicklung verstärkt beobachten. Zwar sind die Bedenken einiger Branchen gegen die Hinzuziehung ausländischer Arbeitskräfte unter den Standards der Entsendeländer nachvollziehbar, Grundlage einer Allgemeinverbindlicherklärung kann jedoch nur die Freiwilligkeit der Tarifvertragsparteien sein. Die Allgemeinverbindlicherklärung auch in anderen Branchen zu erleichtern und damit durch die Hintertür Mindestlöhne einzuführen, widerspricht nicht nur dem Demokratieprinzip, sondern unterläuft auch die Tarifautonomie und ist kontraproduktiv. Gerade den bereits angesprochenen zahlreichen gering qualifizierten Arbeitskräften im Handel würde man mit einer solchen Initiative einen Bärendienst erweisen. Berücksichtigt man den Organisationsgrad der Arbeitnehmer im Handel, so zeigt sich, dass die angestrebte Initiative in die falsche Richtung läuft. Im gesamten Handel sind gerade einmal 20 Prozent der Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert. Dieser Trend spiegelt sich mittlerweile leider auch auf Seiten der Arbeitgeber wider. Die Tarifverträge bilden zudem längst keine Mindestbedingungen mehr ab, wozu sie ursprünglich einmal bestimmt waren; vielmehr stellen die tarifvertraglichen Bedingungen mittlerweile Höchststandards dar. Insbesondere im Handel bedarf es zur Stärkung von Beschäftigungschancen gering Qualifizierter bzw. Langzeitarbeitsloser der Schaffung von Einstiegsgehältern und nicht eines Mindestlohns.

III. Öffentliche Kontrolle (Unternehmensrecht, Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten, Abgrenzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) und Verwaltungsvereinfachung (unzulässige und zu prüfende Anforderungen und one stop shop)

Das Herkunftslandprinzip bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen und das Konzept des ein-

heitlichen Ansprechpartners für die Niederlassung ausländischer Unternehmer bilden die Herzstücke der Richtlinie, sie müssen erhalten bleiben. Das Herkunftslandprinzip setzt die Standortbedingungen zueinander in Wettbewerb und wird damit ebenso wie der einheitliche Ansprechpartner zum Bürokratieabbau anhalten.

Werden daher ganze Wirtschaftsbereiche und insbesondere verkrustete Strukturen wie die Daseinsvorsorge vom Herkunftslandprinzip ausgenommen, kann das Herkunftslandprinzip seine liberalisierende und wettbewerbsfördernde Wirkung nicht entfalten. Derartige, auf alte Besitzstände Rücksicht nehmende Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip sollte es, um die Ziele der Lissabon Strategie nicht zu gefährdend, nicht geben.

Ohne Zweifel ist das Herkunftslandprinzip aber noch nicht vollends praktikabel ausgestaltet. Insbesondere für den Bereich des Privatrechts ist es ungeeignet. Das Internationale Privatrecht (IPR / Verträge von Rom) bietet hier eine bessere Lösung, deren Systematik nicht durch die Richtlinie zerstört werden sollte. Für den Bereich des Lauterkeitsrechts erscheint die pauschale Anwendung des Herkunftslandprinzips ebenfalls hoch problematisch. Für die im Sinne der Lissabon Strategie dringend erhofften Wachstumsimpulse sind diese Bereiche aber nur von untergeordneter Bedeutung. Das Herkunftslandprinzip kann hier relativ folgenlos eingeschränkt werden.

Der Gesetzgeber schuldet den Unternehmen, die von der Dienstleistungsrichtlinie Gebrauch machen wollen vielmehr Rechtssicherheit. Sie dürfen nicht aufgrund der Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit in Misskredit gebracht werden. Die Dienstleistungsrichtlinie gewährt keinen rechtsfreien Raum, die Einhaltung ihrer Regelungen muss durch angemessene Kontrollen sichergestellt werden.

„Für Hungerlohn filetieren Polen das Russenfleisch“ „Dumpinglöhne und ein hoher Bakteriengehalt: Die EU-Dienstleistungsrichtlinie hat in Schlachthöfen zu haarsträubenden Verhältnissen geführt“ titelte die FAZ am 17. Mai 2005.

Hier wurde die zum Teil herrschende Rechtsunsicherheit zu demagogischen Zwecken missbraucht. Arbeitskräfte ohne Arbeitserlaubnis haben mit der geplanten Dienstleistungsrichtlinie ebenso wenig zu tun, wie der Bakteriengehalt, der sich auch bei der Schlachtung durch einen ausländischen Dienstleister nach deutschen Hygienestandards richten würde.

Das Diffamierungspotential ergibt sich vielmehr aus der bereits heute bestehenden Rechtsunsicherheit über die Zulässigkeit des Einsatzes von ausländischen Arbeitnehmern. Von dem Unternehmer wird zumindest moralisch gefordert, dass er die Rechtmäßigkeit der ausländischen Papiere, insbesondere des Sozialversicherungsnachweises überprüft, um nicht dem Vorwurf der massenhaften illegalen Beschäftigung ausgesetzt zu werden. Die ausstellenden Behörden in den Entsendeländern haben dagegen häufig kein sonderliches Ermittlungsinteresse, da sie es den Arbeitnehmern selbst überlassen, ihr Glück im Ausland zu suchen.

Insofern bildet der Bericht der FAZ ein Beispiel für das Diffamierungspotenzial schwer kontrollierbarer Vorschriften. Die Dienstleistungsrichtlinie sieht vor, dass die gewerberechtlichen Vorschriften, die dem Herkunftslandprinzip unterfallen von den Behörden des Herkunfts-

lands kontrolliert werden. Auch wenn dies nicht für den hochsensiblen Bereich der technischen Standards gilt, sehen wir hier insbesondere nach den oben geschilderten Erfahrungen Verbesserungsbedarf in der Richtlinie, z. B. indem die Kontrollen auch durch die Behörden vor Ort erfolgen kann.

Berlin, den 24. Mai 2005

RA Andreas Kammholz
Abteilungsleiter Recht und Wettbewerb

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1928

19. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. BZA

I. Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft

Der BZA begrüßt die Ziele des Richtlinienvorschlages, die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern zu erleichtern und Hindernisse zu beseitigen, die den freien Dienstleistungsverkehr beeinträchtigen. Jedoch können wir der vorliegenden Entwurfsfassung insbesondere in Form der Artikel 16 und 24 aus folgenden Gründen nicht zustimmen:

Für die Dienstleistungsbranche Zeitarbeit hätte eine Verabschiedung der Richtlinie in der derzeitigen Entwurfsfassung eine erhebliche Gefährdung des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers und eine Wettbewerbsverzerrung auf dem deutschen Markt zur Folge. Das Herkunftslandprinzip könnte dazu führen, dass ausländische Anbieter durch fehlende gesetzliche Qualitäts- und Entlohnungsstandards heimische Unternehmen preislich unterbieten und vom Markt drängen könnten. Für die Zeitarbeit erscheint es grundsätzlich sinnvoll, die Niederlassungsfreiheit im Sinne des Richtlinienentwurfs zu vereinfachen. Allerdings sollte dies auch mit der Aufhebung bestehender Restriktionen in der Zeitarbeit in Deutschland einhergehen, um Chancengleichheit und fairen Wettbewerb zu fördern. Diesbezüglich stimmen wir der Äußerung des BMWA zu, wonach die Bedingungen für die Zulassung von Arbeitnehmerüberlassung vom Herkunftslandprinzip ausgenommen werden müssen, solange keine Harmonisierung der Genehmigungsverfahren EU-weit stattfindet. Gleichwohl sollte die Zeitarbeit nicht generell vom Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen werden.

II. Arbeitsrecht und wirtschaftliche Fragen

Die Zeitarbeit ist gem. § 1 AÜG unter Erlaubnisvorbehalt gestellt. Jedes Zeitarbeitsunternehmen, das Arbeitnehmer an einen Kunden in Deutschland überlässt, unabhängig ob es seinen Sitz im Inland oder Ausland hat, bedarf somit der Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit. Erteilung und Erhalt der Genehmigung sind an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. So kann eine Erlaubniser-

teilung versagt bzw. eine erteilte Erlaubnis entzogen werden, wenn beispielsweise dem Zeitarbeitnehmer weder Equal Treatment (Beschäftigung zu Bedingungen des Kundenbetriebs) gewährt wird, noch dem Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag der Zeitarbeit zugrunde liegt (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG). Dies gilt bislang auch für ausländische Zeitarbeitsunternehmen, die Arbeitnehmer nach Deutschland überlassen. Die Anwendung des Herkunftslandsprinzips in der Zeitarbeit hätte zur Folge, dass von ausländischen Dienstleistungserbringern, die an einen deutschen Kunden Arbeitnehmer überlassen, keine Genehmigung verlangt werden könnte. Die Übertragung der Kontrollbefugnisse auf das Herkunftsland würde dazu führen, dass Zeitarbeitsunternehmen, die in Deutschland mit Erlaubnis tätig sind, gegenüber im Ausland ansässigen Zeitarbeitsunternehmen, die Arbeitnehmer nach Deutschland überlassen, benachteiligt werden, weil für das ausländische Zeitarbeitsunternehmen keine Pflicht mehr bestünde zur Beantragung einer Genehmigung und zur Beachtung des AÜG als gewerberechtliche und mittelbar arbeitsrechtliche Vorschrift. Es müsste hiernach damit gerechnet werden, dass Zeitarbeitsunternehmen aus Staaten, die ohne eine heimische Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland überlassen können, nicht der Kontroll- und Sanktionsbefugnis der deutschen Erlaubnisbehörde unterliegen und somit die Gefahr besteht, dass der vor kurzem in Deutschland eingeführte Equal-Treatment Grundsatz aufgrund fehlender Sanktionsmöglichkeiten unterlaufen würde. Damit kämen weder die Arbeitsbedingungen des Kundenbetriebes, noch die tariflichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Zeitarbeit wie vom Gesetzgeber vorgesehen, lückenlos zur Anwendung. Der hohe Arbeitnehmerschutzstandard und die Qualität der Dienstleistung Zeitarbeit in Deutschland wären gefährdet mit der Folge sinkender Beschäftigungszahlen in der deutschen Zeitarbeit.

III. Öffentliche Kontrolle und Verwaltungsvereinfachung

Die für die Entsendung von Arbeitnehmern in Art. 24 des Richtlinienentwurfs vorgesehene Kontrollbefugnis des

Mitgliedstaates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, wird durch Art. 24 Abs. 1 Satz 2 eingeschränkt. Danach darf der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, vom ausländischen Dienstleister keine Genehmigung verlangen. Diese Einschränkung steht im Widerspruch zu den Bestimmungen der EU-Entsenderichtlinie (96/71/EG v. 16.12.1996) und dem deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetz (§§ 2, 3 AEntG), wonach die Befugnis, Angaben über Personalien, die Dauer der Entsendung u.a. zu verlangen, bei den Behörden des Mitgliedstaates liegt, in den der Arbeitnehmer entsandt wird. Die Anwendung des Art. 24 würde dazu führen, dass den Entsendemitgliedstaaten die nach dem nationalen Arbeitnehmer-Entsendegesetz zugesprochenen Kontrollbefugnisse entzogen würden. Dies hielten wir nicht für richtig, da dem Entsendemitgliedstaat keinerlei Informationsmöglichkeiten über die jeweils im Land tätigen ausländischen Arbeitnehmer vorlägen. Auch hinsichtlich der Effizienz und Praktikabilität erscheint eine Kontrolle des Herkunftsmitgliedstaates nicht sinnvoll. Das angegebene Ziel, eine Doppelregulierung zu vermeiden, führt bei der Anwendung des Herkunftslandprinzips dazu, dass fak-

tisch keine Regulierung mehr existiert, da für die Behörden im Herkunftsland im Interesse der nationalen Beschäftigungspolitik wenig Anreiz besteht, die Einhaltung von Entsendebedingungen zu überwachen.

IV. Fazit

Insgesamt betrachtet halten wir bei einer Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der vorliegenden Fassung die Qualität der Dienstleistung Zeitarbeit und der Schutz der Arbeitnehmer, gerade nach der jüngsten Gesetzesänderung des AÜG und dem Abschluss von Branchentarifverträgen, für gefährdet. Die unterschiedlichen Bedingungen, die an inländische und ausländische Zeitarbeitsunternehmen gestellt würden, wären aufgrund einer drohenden Wettbewerbsverzerrung nicht akzeptabel. Daher erscheint es bei unverändert fortbestehender Rechtslage notwendig, die Zeitarbeit grundsätzlich sowohl hinsichtlich ihrer gewerberechtlichen als auch arbeitsrechtlichen nationalen Vorschriften vom Herkunftslandprinzip auszunehmen.

19.05.05 / III

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1947

26. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie

Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft

Insgesamt ist die EU-Dienstleistungsrichtlinie zu begrüßen. Die EU-Kommission verfolgt zu Recht das Ziel, den Dienstleistungssektor zu stärken und auszubauen.

Es spricht vieles dafür, dass in einem barrierefreieren Dienstleistungsmarkt innerhalb der Europäischen Union Wohlstandsgewinne und stärkere wirtschaftliche Dynamik entstehen. Dabei sind die Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie z.B. ein Zuwachs oder ein Abbau von Arbeitsplätzen in Deutschland und speziell in der Bauwirtschaft aber ebenso zu betrachten. Eine reine „Saldobetrachtung“ hilft nicht, wenn in der deutschen Bauwirtschaft negative Beschäftigungseffekte durch die EU-Dienstleistungsrichtlinie erzielt würden.

Vor diesem Hintergrund hält der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie eine detaillierte, sektor-spezifische Folgenabschätzung des Entwurfs der EU-Dienstleistungsrichtlinie für unverzichtbar, um eine verantwortliche Beschlussfassung zu ermöglichen.

II. Arbeitsrecht**1. Entsendung**

In Art. 16 des Entwurfs wird das Herkunftslandprinzip festgeschrieben, zu dem Art. 17 Ausnahmen zulässt. So sieht Art. 17 Nr. 5 die Nichtanwendung des Herkunftslandprinzips auf Angelegenheiten, die unter die Richtlinie 96/71/EG fallen, vor. Dieser Ausnahmetatbestand hat an sich zur Folge, dass im Fall der Entsendung das Recht des Aufnahmestaates und nicht das des Herkunftsstaates zur Anwendung gelangt. Ferner wird in Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 1 des Entwurfs die Befugnis des Aufnahmestaates anerkannt, die Anwendung dieses Rechts zu kontrollieren.

Allerdings wird diese Schlussfolgerung in Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 des Entwurfs insofern wieder eingeschränkt, als dass der Aufnahmestaats im Fall der Entsendung dem

Dienstleistungserbringer bzw. dessen entsandten Arbeitern bestimmte Verpflichtungen nicht auferlegen darf (z.B. eine Verpflichtung zur Eintragung bei den im Aufnahmestaat zuständigen Stellen).

a) Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 des Entwurfs

Nach Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 des Entwurfs wird es dem Aufnahmestaat gänzlich untersagt, den Dienstleistungserbringer bzw. durch diesen entsandte Arbeitnehmer den genannten Verpflichtungen zu unterwerfen.

aa) Meldepflicht im Vorfeld einer Entsendung (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. b))

Das deutsche Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 26. Februar 1996 in der Fassung vom 23. Juli 2004, durch das die Entsende-Richtlinie in das deutsche Rechtssystem umgesetzt wurde, sieht in § 3 Abs. 1 vor, dass von einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, der einen oder mehrere Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt, vor Beginn jeder Bauleistung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung vorzulegen ist, welche die für die Prüfung der Arbeitsbedingungen nach der Entsende-Richtlinie wesentlichen Angaben enthält. Zu diesen Angaben gehören z.B. der Name und das Geburtsdatum der beschäftigten Arbeitnehmer sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung. Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. b) des Entwurfs verbietet es dem Aufnahmestaat – nach einer am 31. Dezember 2008 endenden Übergangsfrist - eine solche Meldung von den ausländischen Dienstleistungserbringern zu verlangen.

Durch die Meldung nach § 3 Abs. 1 Arbeitnehmer-Entsendegesetz wird die Zollverwaltung, die als Kontrollorgan hinsichtlich der Einhaltung der zwingenden Mindestarbeitsbedingungen fungiert, über die bevorstehende Entsendung in Kenntnis gesetzt. Da u.a. der Beginn des Einsatzes und der Ort der Beschäftigung abgefragt werden, weiß die Zollverwaltung, wann sich die entsandten Arbeitnehmer auf welcher Baustelle aufhal-

ten, so dass sie ggf. eine Überprüfung der Arbeitnehmer vor Ort vornehmen kann. Entfiele diese Meldung im Vorfeld einer Entsendung, so würde sich der Kenntnis der Zollverwaltung entziehen,

- dass überhaupt eine Entsendung stattfindet,
- wann dieses der Fall sein wird und
- wo die entsandten Arbeitnehmer eingesetzt werden.

Die Unkenntnis auf Seiten der Kontrollorgane führte dazu, dass Baustellenkontrollen nicht durchgeführt werden könnten. In der Bauwirtschaft unterliegen die Baustellen als Produktionsstätten im Gegensatz zu anderen Branchen einem ständigen Wechsel. Hätte die Zollverwaltung schon keine Kenntnis darüber, dass an einem bestimmten Ort überhaupt eine Baustelle unterhalten wird, so wäre diese konkrete Baustelle faktisch der Kontrolle entzogen. Um die Informationen auf Seiten der Zollverwaltung und damit eine effektive Kontrolltätigkeit sicherzustellen, ist eine Meldung vor Beginn der Bauleistung bei Entsendungen demnach unerlässlich. Der Wegfall spezifischer Meldepflichten hätte insbesondere auch für das Sozialkassensystem der deutschen Bauwirtschaft erhebliche negative Auswirkungen. Dieses System bewirkt u.a. die Sicherung der Urlaubsansprüche nicht nur von inländischen, sondern auch von ausländischen Bauarbeitern. Die Mittel für die Durchführung des Urlaubskassenverfahrens werden durch entsprechende Beiträge der Bauarbeitgeber aufgebracht. Diese Beiträge sind ebenfalls von den ausländischen Unternehmen zu zahlen. Um die Beiträge geltend machen zu können, bedarf es einer Erfassung der arbeitgeber- und arbeitnehmerbezogenen Daten. Entfiele die Verpflichtung zur Datenmeldung, könnten die entsprechenden Arbeitgeberbeiträge nicht erhoben werden, und der soziale Schutz der betroffenen Arbeitnehmer wäre nicht mehr gewährleistet.

Auch das Ratsdokument vom 10. Januar 2005 (EU-Drucksache 5161/05) dieses Jahres, das einen modifizierten Entwurfstext enthält, räumt diese Bedenken hinsichtlich der Meldepflicht nicht aus. Systematische Meldungen im Vorfeld einer Entsendung bleiben auch danach verboten (vgl. Erwägungsgrund 59). Gerade diese sind aber erforderlich, um die Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen gewährleisten zu können.

bb) Benennung eines verantwortlich Handelnden im Aufnahmestaat (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. c))

Ein ausländisches Unternehmen, das Arbeitnehmer in die Bundesrepublik Deutschland entsenden möchte, muss nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 Arbeitnehmer-Entsendegesetz im Zusammenhang mit der Meldung vor Beginn der Bauleistung Angaben zu einem in Deutschland verantwortlich Handelnden und einem Zustellungsbevollmächtigten machen. Die Benennung eines solchen Vertreters des Unternehmens in der Bundesrepublik Deutschland soll z.B. sicherstellen, dass zustellungsbedürftige Schriftstücke auch innerhalb des Bundesgebiets ordnungsgemäß zugestellt werden können, da eine grenzüberschreitende Zustellung nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung erfolgt. Die Vertreterstellung kann jegliche kompetente Person auf der Baustelle (z. B. Vorarbeiter) einnehmen, es muss sich bei dieser folglich nicht um den Inhaber persönlich handeln. Die deutschen Vorschriften verlangen lediglich einen Vertreter und damit keine Niederlassung des ausländischen Unternehmens in der Bundesrepublik.

Das Ratsdokument vom 10. Januar 2005 (EU-Drucksache 5161/05) trägt dieser Unterscheidung bereits Rechnung. Es wird klargestellt, dass lediglich die Auferlegung der Pflicht, im Aufnahmestaat über einen niedergelassenen Vertreter zu verfügen, untersagt ist. Die Verpflichtung, einen entsandten Arbeitnehmer für die Dauer der Dienstleistungserbringung als Vertreter des Dienstleisters zu benennen, wird danach nicht von dem Verbot erfasst (Erwägungsgrund 59a).

cc) Vorhalten von Unterlagen im Aufnahmestaat (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. d))

Jeder Arbeitgeber mit Sitz im Ausland ist gemäß § 2 Abs. 3 Arbeitnehmer-Entsendegesetz dazu verpflichtet, die für die Überprüfung der zwingenden Mindestarbeitsbedingungen erforderlichen Unterlagen in deutscher Sprache auf der deutschen Baustelle vorzuhalten und diese auf Verlangen der Kontrollbehörde vorzulegen. Im Falle einer Kontrolle durch die Zollverwaltung werden diese Unterlagen durch die Prüfer eingesehen. So lässt sich der durch die entsendende Firma tatsächlich gezahlte Stundenlohn lediglich durch Vorlage des Arbeitsvertrages, der Lohnabrechnungsunterlagen und der Stundenzettel ermitteln. Eine Anforderung der Unterlagen vom ausländischen Sitz des Unternehmens brächte eine erhebliche Zeitverzögerung mit sich. Darüber hinaus wären die Prüfer mit sprachlichen Problemen konfrontiert, da die Unterlagen in der jeweiligen Landessprache übermittelt würden. Die Prüfer müssten demnach sämtliche Sprachen der Europäischen Union beherrschen, was nicht nur aus Kostengründen nicht realisierbar wäre.

Das Ratsdokument vom 10. Januar 2005 (EU-Drucksache 5161/05) sieht nunmehr zwar vor, dass das Verbot lediglich Unterlagen betreffen soll, die aufgrund ihrer Art und ihres Zwecks normalerweise am Ort der Niederlassung geführt werden. Stundenzettel wären danach beispielsweise nicht erfasst (Erwägungsgrund 59a). Diese Präzisierung geht allerdings nicht weit genug. Im Rahmen einer Überprüfung des Stundenlohnes müssen – wie bereits ausgeführt – z.B. auch Unterlagen eingesehen werden, die typischerweise im Herkunftsstaat aufbewahrt werden. Außerdem werden das Sprachproblem sowie das Problem zeitlicher Verzögerungen nicht gelöst.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die in Art. 24 Abs. 1 des Entwurfs vorgesehene Einschränkung des Aufnahmestaates einem fairen Wettbewerb und dem Schutz von Arbeitnehmerrechten gänzlich zuwider laufen.

b) Art. 24 Abs. 2 des Entwurfs

Die genannten Verpflichtungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz sind für die Durchführung einer effektiven Kontrolltätigkeit in Entsendefällen unerlässlich. Ohne die Informationen, welche die zuständigen Stellen infolge der Verpflichtungen erlangen, ist eine wirksame Kontrolle unmöglich, da sie keine Kenntnis über aktuelle Entsendefälle haben, die sie einer Kontrolle unterziehen könnten. Einer Informationsbeschaffung durch den Aufnahmestaat kann auch eine in Art. 24 Abs. 2 des Entwurfs vorgesehene Information durch den Herkunftsstaat nicht gleichgestellt werden, da dieser von sich aus lediglich dann tätig wird, wenn er über konkrete Hinweise auf mögliche Verstöße des Dienstleistungserbringers gegen die aus der Entsende-Richtlinie resultierenden Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen verfügt. Denn dabei bleibt offen, wie der Herkunftsstaat von solchen Verstöße-

ßen in einem anderen Staat, nämlich dem Aufnahmestaat, überhaupt Kenntnis erlangen soll.

Die Erbringung von Bauleistungen weist die Besonderheit auf, dass sie ausnahmslos an einen bestimmten Ort gebunden ist. Die Leistung wird stets dort erbracht, wo das geplante Objekt entstehen soll; eine Erbringung der Leistung aus der Ferne ist nicht möglich. Diese Besonderheit des Bausektors erfordert, dass eine zielführende Kontrolltätigkeit von dem Mitgliedstaat ausgeht, in dem die Bauleistung ausgeführt wird. Die Kontrolle muss bei der Realisation der Bautätigkeit, und damit im Fall der Entsendung in dem Aufnahmestaat, ansetzen.

Die Pflichten nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz eröffnen die Möglichkeit der Überprüfung, ob die in der Entsende-Richtlinie aufgeführten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden. Dieses geschieht vorrangig zum Schutz der Arbeitnehmer. Die Folgen eines Wegfalls dieser Verpflichtungen lassen erkennen, dass die Erhebung von Daten über Entsendungen und die Kontrolle der Entsendefälle in einer Hand liegen müssen, um eine effektive Kontrolle gewährleisten zu können. Diese Problematik wurde auch von der Berichterstatterin im federführenden Ausschuss des Europäischen Parlaments erkannt, weshalb in dem von ihr vorgelegten Bericht die Kontrollkompetenz dem Aufnahmestaat ohne Einschränkungen zugewiesen wird.

c) Art. 25 des Entwurfs

Auch die in Art. 25 des Entwurfs getroffenen Regelungen zur Entsendung von Drittstaatsangehörigen bereiten dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie große Sorge. In diesem Bereich muss es ebenfalls in der Verantwortung des Aufnahmestaates liegen, zu beurteilen, ob er die Entsendung von Drittstaatsangehörigen bestimmten formellen Anforderungen unterwirft. Im Kampf gegen illegale Beschäftigung muss es dem Aufnahmestaat deshalb möglich sein, im Hinblick auf die entsandten Arbeitnehmer einen Aufenthaltstitel und eine Ar-

beitserlaubnis zu verlangen. Deshalb fordert der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, dem Aufnahmestaat im Fall der Entsendung von Drittstaatsangehörigen den genannten Regelungsspielraum zu belassen. Das Ratsdokument vom 10. Januar 2005 (EU-Drucksache 5161/05) sieht zwar die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vor, einen Aufenthaltstitel zu verlangen. Dieses gilt allerdings nicht für eine Arbeitserlaubnis (Erwägungsgrund 60), weshalb die Regelung nicht ausreichend ist.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Regelungen zur Entsendung aus dem Entwurf herausgenommen werden müssen. **Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie fordert daher die Streichung von Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 und Abs. 2 sowie Art. 25.**

2. Mindestlohn

Der bereits dargestellte Wegfall der Pflichten in Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 des Entwurfs eröffnete erhebliche Umgehungsmöglichkeiten, und es bestünde die Gefahr der gesetzeswidrigen Unterschreitung der Mindestlöhne als eine Erscheinungsform der illegalen Beschäftigung.

III. Öffentliche Kontrolle und Verwaltungsvereinfachung

1. Öffentliche Kontrolle

Zur öffentlichen Kontrolle wurden bereits im Zusammenhang mit der Entsendeproblematik Ausführungen gemacht (s. II. 1.).

2. Verwaltungsvereinfachung

Der Ansatz der Schaffung einheitlicher Ansprechpartner (sog. „one-stop-shops“) ist als ein Element der Verwaltungsvereinfachung grundsätzlich zu begrüßen.

Berlin, 25.05.2005

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1941

24. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung DIW

I. Wachstum und Beschäftigung, Dienstleistungssektor und Gesamtwirtschaft**1. Bisherige Studien zu gesamtwirtschaftlichen Wirkungen**

Die bisher vorgelegten Studien zu den voraussichtlichen ökonomischen Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie konzentrierten sich vorwiegend auf die Gesamtwirtschaft. Zu nennen sind hier insbesondere die Studie des niederländischen CPB sowie die entsprechenden Ausarbeitungen von Copenhagen Economics und Forfás (Irland). Auch wenn man an Detailergebnissen dieser ökonometrischen Studien Abstriche vornehmen muss, da die zugrunde liegenden Annahmen teilweise spekulativ sind, so haben diese Arbeiten doch überzeugende Argumente dafür geliefert, dass eine europaweite Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht nur für die Europäische Gemeinschaft, sondern auch für die meisten einzelnen Mitgliedsländer insgesamt von Vorteil ist. Im Falle Deutschlands erscheint das Ergebnis der Studie von Copenhagen Economics plausibel, wonach der hierdurch direkt und indirekt ausgelöste Beschäftigungseffekt bei rund 100.000 zusätzlichen Arbeitskräften liegen dürfte. Es lassen sich aus der Studie von Copenhagen Economics jedoch keine Schlüsse ziehen, wer diese Arbeitsplätze einnimmt (bisher Arbeitslose, Pendler, Zuwandernde). Auch ist über den Zeitraum, in dem dieser Effekt wohl eintreten wird, in dieser Arbeit nichts gesagt.

2. A priori Erwartungen zu positiven Folgen der Richtlinie

Über die wohlfahrtsschaffenden Wirkungen des Zollabbaus für den internationalen Warenverkehr besteht in den Wirtschaftswissenschaften wie auch in weiten Teilen der Politik ein allgemeiner Konsens. Der Abbau von handelshemmenden Barrieren beim Dienstleistungshandel hat prinzipiell den gleichen Effekt. Durch Spezialisierung und Arbeitsteilung gemäß der komparativen Vorteile und anschließendem Tausch lassen sich Handelsgewinne realisieren, die die Wohlfahrt bei den Handelspartnern stei-

gern. Wie auch beim Warenhandel profitieren zuallererst die Konsumenten von dem erhöhten Handelsvolumen; auf Seiten der Dienstleistungserbringer sind hingegen stärkere Differenzierungen der Wirkungen zu erwarten. Gewinner und Verlierer gehören fast notwendig zum Prozess der Spezialisierung. Insgesamt überwiegen für die Volkswirtschaft aber die Vorteile die Nachteile, die aus der Internationalisierung erwachsen.

3. Informations- und Anpassungsprobleme

Auch wenn für die geplante EU-Dienstleistungsrichtlinie gilt, dass die ausgelösten Strukturanpassungsprozesse allen Bürgern Nutzen in Form differenzierterer und zum Teil preisgünstigerer Dienstleistungen stiften, so stellt sich doch die Frage, ob nicht berücksichtigt werden muss, dass sie in bestimmten Positionen auch Nachteile erfahren können:

1. Als Konsumenten, wenn im internationalen Dienstleistungshandel Qualitätsprobleme auftreten, und
2. als Arbeitnehmer, wenn der schnelle Wechsel von einer im Inland schrumpfenden Dienstleistungsbranche in eine prosperierende Branche nicht möglich ist.

Zum ersten Problem ist zu sagen, dass nicht "schlechte" Qualitäten an sich das Problem sind, solange die Konsumenten gut informiert sind und Qualitäts- und Preisvorteile gegeneinander abwägen können. Der Staat kann auch nach Umsetzung der Richtlinie zur Überwindung von Informationsasymmetrien beitragen. Es ist allerdings darauf zu achten, dass es weder zu einem "Laschheitswettbewerb" zwischen den Nationalstaaten kommt, noch dass Qualitätsregulierung auf der Anbieterseite zu "Inländerdiskriminierung" führt.

Etwas schwieriger ist die Frage, ob der Prozess der Umsetzung für die Arbeitnehmer zumindest in einer Übergangszeit sozial abgedeckt werden kann und wo Nachbesserungen an dem Richtlinientwurf erforderlich erscheinen. Im Gespräch sind bislang vor allem Mindestlöhne und eine Ausweitung der Entsenderichtlinie auf

andere Branchen als das Bauhaupt- und Ausbaugewerbe, auf die sich solche Maßnahmen zur Zeit im Wesentlichen noch beschränken.

In bezug auf langfristige Wirkungen halten wir Mindestlöhne für eine kontraproduktive Maßnahme. Aus volkswirtschaftlicher Sicht lässt sich das zentrale Argument gegen Mindestlöhne folgendermaßen zusammenfassen: Nach Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie dürften die relativen Preise für Arbeit auf denjenigen Teilmärkten sinken, auf denen das Angebot durch Immigration oder Intensivierung des Dienstleistungshandels steigt. Dabei handelt es sich insbesondere um arbeitsintensive Teilmärkte. Das wiederum dürfte sich an anderer Stelle der Volkswirtschaft in zusätzlicher Produktion niederschlagen - infolge einer höheren Entlohnung von Kapital und zusätzlicher realer Kaufkraft. Wenn z.B. die Polen bereit sind, billig für Deutsche zu arbeiten, haben die deutschen Kunden den Vorteil. Handwerksleistungen, der Service in Gaststätten und viele andere Güter und Dienstleistungen werden billiger. Das Realeinkommen der Deutschen steigt, und viele Arbeiten, die sonst unterblieben oder illegal erstellt worden wären, können realisiert werden. Die Wirtschaft wächst. Natürlich haben die einheimischen Arbeitskräfte, die direkt mit den Polen konkurrieren, einen Nachteil, weil ihre Löhne unter Druck kommen. Doch ist das kein volkswirtschaftlicher Nachteil, weil ihm ein bis auf den letzten Cent identischer Vorteil der Kunden und Arbeitgeber der einheimischen Arbeitskräfte gegenüber steht. Mindestlöhne würden zwar den deutschen Handwerkern helfen, doch die Vorteile abblocken, die Deutschland im Ganzen durch die billigen polnischen Arbeitnehmer hätte.

Dieses Argument gilt im Grundsatz auch gegen Entsendegesetze, die - sofern in der Branche eine bestimmte Tarifbindung der Betriebe herrscht - als Wesenselement einen Mindestlohn haben. Abgesehen von dem genannten zentralen ökonomischen Argument spricht gegen solche Markeingriffe auch die Erfahrung, dass derartige Regeln in der Praxis häufig unterlaufen werden, weil man die Stundenlöhne der entsandten Arbeitskräfte nicht wirklich kontrollieren kann. Die Tariflöhne werden zwar formell eingehalten, doch arbeitet man länger als offiziell angegeben. Im Endeffekt verknappen Mindestlöhne das Angebot osteuropäischer Arbeitskräfte in Deutschland nur ein wenig und ermöglichen es ihnen, sich zum Schaden ihrer deutschen Arbeitgeber und Kunden in Deutschland besser zu verkaufen, als es andernfalls möglich gewesen wäre.

Viele Politiker und Branchenvertreter nennen die Lohnkonkurrenz der Osteuropäer Dumping. Das ist eine Begriffsverwirrung. Dumping ist eine zeitweilige Preissenkung unter die eigenen Kosten, nicht unter die Kosten der Wettbewerber. Erst wenn z. B. die Polen bei uns billiger arbeiten würden, als sie es in Polen tun, läge nach volkswirtschaftlicher Definition Dumping vor. Lohnwettbewerb ist ein Lebenselixier der Marktwirtschaft und kein Dumping. Generell - über alle Branchen betrachtet - ist die starke ökonomische Stellung Deutschlands im internationalen Wettbewerb auch der Tatsache zu verdanken, dass nationaler Strukturwandel hingenommen und die Ausnutzung von Spezialisierungsvorteilen möglich wurde. Regional und sektoral gab es dabei stets auch Verlierer, die von den gesamtwirtschaftlichen Gewinnen nicht unmittelbar profitieren konnten. Dies ist, wie gesagt, auch in Folge der Dienstleistungsrichtlinie zu erwarten.

Das Ziel der Politik in Deutschland muss es daher sein, die Spezialisierung der Dienstleistungen auf hochwertige (hochpreisige) Marktsegmente zu fördern. Ähnlich wie in der Industrie sind dann Lohnunterschiede nicht Ausdruck von Dumping, sondern von unterschiedlicher Qualität der Leistung. Der notwendige Strukturwandel der deutschen Dienstleistungen setzt allerdings teils umfassende Anpassungsmaßnahmen wie die Umschulung der Mitarbeiter oder die Neuausrichtung der Absatzgebiete und des Leistungsangebots voraus. Um diesen Anpassungsprozess zu ermöglichen, kann es in Einzelfällen und von vornherein zeitlich befristet sinnvoll sein, den Wettbewerbsdruck durch geeignete Maßnahmen zu verringern. Hierzu zählt beispielsweise auch die befristete Übertragung des Entsendegesetzes auf bestimmte Bereiche. Es dürfte längerfristig dennoch nicht zu verhindern sein, dass es auch zu einer dauerhaften Zunahme der Lohnspreizung kommen wird.

4. Chancen und Risiken ausgewählter Branchen

Zu einem erheblichen Teil ergeben sich Beschäftigungszuwächse mehr indirekt, indem dank eines dynamischen und wettbewerbsintensiveren Dienstleistungssektors das gesamtwirtschaftliche Wachstum in der EU insgesamt positiv beeinflusst wird, was sich wiederum wachstumsverstärkend auf die einzelnen Mitgliedsländer, so auch auf Deutschland, auswirken wird. In Deutschland dürfte nicht zuletzt das Verarbeitende Gewerbe davon profitieren, dass nochmals das Angebot von Dienstleistungen verbreitert und häufig auch preisgünstiger wird. Hinzu kommt auch die leichtere Erbringung von produktbegleitenden Dienstleistungen (z.B. Montage, Wartung, Schulung, Finanzierung) im europäischen Ausland.

Aber auch der Dienstleistungssektor im engeren Sinn (d. h. ohne die produktbegleitenden Dienstleistungen des Industriesektors) wird zumindest im Durchschnitt von der stärkeren Wachstumsdynamik in Europa positive Impulse erhalten. Zu erwarten ist dies vor allem für Unternehmen in humankapitalintensiven Branchen mit handelbaren Leistungen wie z.B. F&E Beratung, Dienstleister auf dem Gebiet technisch-physikalischer und chemischer Analysen, aber auch Architektur und Werbung. Hier eröffnet der in der Regel hohe deutsche Qualitätsstandard Chancen zu einer Marktausweitung. Auf der anderen Seite sind in Dienstleistungsbranchen, die durch interregionale Handelbarkeit ihrer Leistungen und einem relativ geringen Anteil an hochausgebildeten Spezialkräften gekennzeichnet sind, die Risiken durch verstärkten preisgünstigen Dienstleistungsimport relativ groß. Beispiele sind Baugewerbe, Gebäudereinigung, Kfz-Handel und Personenvermittlung

In Dienstleistungssparten mit lokalem Bezug - diese umfassen rund die Hälfte aller Beschäftigten - ist der Einfluss der EU-Dienstleistungsrichtlinie relativ gering, soweit es sich um humankapitalintensive Leistungen handelt, wie etwa Rechts- und Steuerberatung. In den im Vergleich dazu weniger humankapitalintensiven Branchen mit weitgehend lokalem Bezug wie Bauhandwerk, Einzelhandel und Gastgewerbe ist hingegen mit verstärktem Eindringen europäischer Dienstleistungsanbieter zu rechnen, die sich in Deutschland niederlassen werden.

Diese branchenmäßig unterschiedlichen Auswirkungen der EU Dienstleistungsrichtlinie hängen wie angesprochen stark davon ab, wie wissensbasiert und damit humankapitalintensiv die einzelnen Branchen sind. Hieran

wird deutlich, dass sich die beruflichen Chancen für weniger qualifizierte deutsche Arbeitnehmer tendenziell infolge der verstärkten EU-Konkurrenz, vor allem aus den östlichen Anrainerstaaten, verschlechtern werden. Dies schließt nicht aus, dass sich aus dem verstärkten Wettbewerb mit westeuropäischen Ländern neue Spezialisierungsmuster auch im humankapitalintensiven Bereich ergeben.

In Bereichen, die einen regional eng begrenzten Aktionsradius von Dienstleistungsunternehmen aufweisen, werden die angesprochenen Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie besonders ausgeprägt in Grenzregionen sein. Hinzuweisen ist hierbei allerdings auf die schon heute bestehenden Lohnunterschiede innerhalb Deutschlands und teilweise auch der Anrainerstaaten. So bestehen erhebliche Lohnrückstände der neuen Bundesländer insgesamt, wie in die peripheren Regionen in West- und Ostdeutschland. Der Lohnabstand in den deutsch-polnischen und deutsch-tschechischen Grenzregionen ist somit spürbar geringer als bezogen auf die nationalen Lohndurchschnitte.

5. Bewertungsgrundlagen

Das grundlegende Problem der Wirkungsabschätzung bei gravierenden institutionellen Änderungen wie der Dienstleistungsrichtlinie besteht darin, dass es keine Beobachtungen von vergleichbaren Erfahrungen gibt. Die oben in Abschnitt 1 erwähnten Studien reagieren darauf im Prinzip wie folgt: Sie suchen nach Methoden, die es erlauben, die bestehenden Hemmnisse für Dienstleistungshandel in Kostennachteile umzurechnen. Die Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie entspricht dann der Kostensenkung im Rahmen eines rechenbaren allgemeinen Gleichgewichtsmodells. Die branchendifferenzierten Aussagen stützen sich ebenfalls auf indirekte, aber doch ganz anders geartete Evidenz:

1. Daten über die Entwicklung von Dienstleistungsproduktion und -beschäftigung sowie, daraus sich ergebend, Produktivität in Deutschland und der EU.
2. Daten über den deutschen Außenhandel mit Dienstleistungen, soweit dieser von der amtlichen Statistik erfassbar war bzw. erfasst wurde.
3. Daten über die regionale Verteilung der einzelnen Dienstleistungsbranchen in Deutschland, zum Zwecke der Einschätzung der interregionalen Handelbarkeit.

Die mit den drei empirischen Herangehensweisen gewonnenen Erkenntnisse müssen zusammen interpretiert werden, um ein hinreichend zuverlässiges Bild von der deutschen Dienstleistungswirtschaft im internationalen Wettbewerb zu gewinnen. So mag es zunächst beunruhigend erscheinen, dass Bauwirtschaft und haushaltsbezogene Dienste in Deutschland seit 1995 kaum noch Produktivitätszuwächse aufweisen, während in den westlichen und östlichen Nachbarstaaten die Stundenproduktivitäten stark gestiegen sind. Auch in der Beschäftigung, der Produktion und den erzielten Preisen ist Deutschland im europäischen Vergleich stark zurückgefallen. Aber hier handelt es sich um Dienstleistungen mit eher geringer Handelbarkeit, und die Ursache für die beschriebene Entwicklung ist wohl weniger ein Rückgang der Wettbewerbsfähigkeit, als vielmehr die starke Abhängigkeit dieser Dienstleistungen von der nationalen Kaufkraftentwicklung, für die die Parallelitäten zwischen gesamtwirtschaftlichem Wachstum und der Dynamik haushalts-

bezogener Dienstleistungen sprechen. Daher sagt die Produktivitätsentwicklung hier allein noch nichts über die Stellung der einzelnen Dienstleister, die etwa im Ausland anbieten und im Wettbewerb mit den dortigen Unternehmen stehen.

Die bereits heute schon stärker in den internationalen Handel eingebundenen unternehmensbezogenen Dienste sind in Deutschland zwischen 1995 und 2002 bei Produktion und Arbeitsvolumen deutlich schneller gewachsen als in den westlichen und östlichen Nachbarstaaten. Der Quotient dieser beiden Größen, die Produktivität, ist aber nicht gestiegen. Hinter den moderaten Preissteigerungen stehen Kostensenkungen, die auf Basis der vorliegenden Daten nicht genauer identifiziert werden können, wahrscheinlich aber eine positive Entwicklung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher unternehmensbezogener Dienstleistungen signalisieren. Für alle Dienstleistungen gilt: Wenn und soweit es Probleme im internationalen Wettbewerb gibt, legen die Produktions- und Kostendaten nahe, dass die Ursachen eher im Bereich der Qualität als im Vergleich der Kosten mit den Nachbarländern zu suchen wären.

Im Vergleich zu diesen Daten erlaubt die gezielte Auswertung der deutschen Außenhandelsstatistik eine etwas feinere sektorale Differenzierung. Danach gibt es Anzeichen dafür, dass die international wettbewerbsstarken deutschen Industrieunternehmen auch auf den Märkten für technologisch anspruchsvolle Dienstleistungen erfolgreich sind. Die tatsächliche internationale Wettbewerbsstärke von Dienstleistungen in Deutschland kann aufgrund der mangelnden Erfassung von produktbegleitenden Dienstleistungen aber nur unzureichend beurteilt werden. Es spricht einiges für die Vermutung, dass die deutsche Wirtschaft in diesem Bereich über eine eher gute Handelsperformance verfügt.

Generell sind es die wissensintensiven, anspruchsvollen Dienstleistungen wie EDV und F&E, in denen die stärksten positiven Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie erwartet werden können. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn es sich um solche Dienstleistungen handelt, die nach ihrer Natur schwer über größere Entfernungen handelbar sind; ein Beispiel sind typische Dienstleistungen der Steuer- und Rechtsberatung. Die Analyse der räumlichen Verteilung in Deutschland zeigt auch, dass einige etwas einfachere, weniger humankapitalintensive Dienstleistungen wie im Einzelhandelsbereich de facto kaum berührt sein dürften, einige andere Branchen sind insbesondere im grenznahen Bereich betroffen, wobei es außer Risiken der ausländischen Konkurrenz immer auch neue Chancen der Spezialisierung und des Marktzutritts im Ausland gibt.

6. Abschließende Bemerkungen

Was die Nachbesserungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie anbelangt, so kann es Argumente dafür geben, bestimmte Branchen vorübergehend vom Herkunftslandprinzip auszunehmen. Ein Beispiel könnte der Gesundheitssektor mit seinen spezifischen Informationsproblemen sein. Generell sollte das Herkunftslandprinzip analog zum Warenaustausch jedoch das Leitmotiv für die Öffnung der europäischen Dienstleistungsmärkte bleiben und langfristig für alle Branchen gelten. Um die Akzeptanz dieses Prinzips zu erhöhen, müssten jedoch die Kontrollmöglichkeiten der nationalen Stellen verbessert werden.

Die derzeitige Diskussion in den Medien zur EU-Dienstleistungsrichtlinie kreist zu einseitig um angebliche Kostennachteile gegenüber der europäischen Konkurrenz und vernachlässigt die Chancen, die sich für deutsche Dienstleistungsanbieter, insbesondere aus humankapitalintensiven Branchen, nach Implementierung der EU-Dienstleistungsrichtlinie im Euro-Raum ergeben. Die Statistik spricht dafür, dass in vielen Dienstlei-

stungsbranchen weniger Kostensenkungen als vielmehr Qualitätsverbesserungen die Wettbewerbsposition entscheidend verbessern könnten. Hilfreich wäre es daher, wenn die notwendigen Anpassungsleistungen der Dienstleistungsproduzenten in Deutschland durch geeignete wirtschaftspolitische Maßnahmen unterstützt würden.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1946

26. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Dr. jur. habil Utz Schliesky, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

I. Zusammenfassung

1. Der Schwerpunkt des Entwurfs der EU-Dienstleistungsrichtlinie liegt in einer grundlegenden Verwaltungsreform, die in erheblichem Maße in die Organisationsgewalt der Mitgliedstaaten eingreift. Es ist fraglich, ob die Europäische Union dafür überhaupt die erforderlichen Rechtsetzungskompetenzen besitzt.
2. Primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht gewährleisten bereits heute in weitem Umfange die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit mit entsprechenden subjektiven Rechten für die Wirtschaftsbürger, so dass insoweit weitere – insbesondere horizontal wirkende – Maßnahmen zur Realisierung des Binnenmarktziels nicht *erforderlich* i.S.d. Art. 5 Abs. 3 EGV wären.
3. Die eigentlichen Hindernisse für Dienstleistungen – auch in Verbindung mit gewerblichen Niederlassungen – sind heute in der Tat die vielfältigen unterschiedlichen und z.T. diskriminierenden Anforderungen an die Aufnahme und/oder Ausübung von Dienstleistungen. Insoweit ist der Ansatz der EU-Kommission zur Verwaltungsvereinfachung durch ein gemeineuropäisches Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrenrecht folgerichtig; er wird aber erhebliche Auswirkungen in bislang unbekannter Dimension auf das nationale Verwaltungsrecht haben.
4. Dieses richtige Ziel rechtfertigt aber nicht das im Entwurf vorgesehene Herkunftslandprinzip, das dem europäischen Gemeinschaftsrecht in dieser Form fremd ist. Bei der von der EU-Kommission vorgeschlagenen Fassung des Herkunftslandprinzips würden die gleichen Dienstleistungen im Gastland bis zu 25 verschiedenen Rechtsregimen unterliegen; dies würde nicht zu der erstrebten Verwaltungsvereinfachung, sondern zu einem massiven Bürokratieaufbau führen.
5. Das Herkunftslandprinzip i.V.m. Art. 34 ff. Richtlinienentwurf (gegenseitige Amtshilfe) führt zu dem absurden Ergebnis, dass grundsätzlich die Behörden des Herkunftslandes die Wirtschaftsüberwachung in den jeweiligen Gastländern vornehmen müssen. Eine derartige Kontrolle ist nicht durchführbar und führt im Hinblick auf die Wirtschaftsüberwachung zu Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit. Die vorgesehenen Regelungen über die „europäische Amtshilfe“ bieten insoweit keine Lösung.
6. Die Lösung liegt in der Modifizierung des Herkunftslandprinzips nach dem Vorbild der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Warenverkehrsfreiheit. Die Geltung des Herkunftslandprinzips ist strikt auf die Berufszulassung und den Marktzutritt zu beschränken. Für Anforderungen an die Art und Weise der Berufsausübung müssen auch weiterhin die jeweiligen Mitgliedstaaten als Gastland zuständig sein, um gleiche wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen gewährleisten zu können. Überdies entspricht nur diese Differenzierung der EuGH-Rechtsprechung und sorgt für eine gleiche Funktionsweise der Grundfreiheiten des Binnenmarkts.
7. Die Ausgestaltung des einheitlichen Ansprechpartners (Art. 6 Richtlinienentwurf) ist eine nationale Angelegenheit. Hier kann erheblicher zusätzlicher bürokratischer Aufwand geschaffen werden, wenn neue Organisationseinheiten geschaffen werden oder bislang unzuständige Rechtsträger mit Aufgaben der Wirtschaftsüberwachung betraut werden.
8. Da die Kommunen für einen Großteil wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Genehmigungsverfahren und die Wirtschaftsüberwachung zuständig sind, sind allein die Kommunen der „natürliche“ einheitliche Ansprechpartner. Durch Änderungen im Verwaltungsverfahrenrecht kann relativ einfach nach dem Vorbild des sog. Sternverfahrens eine investorenfreundliche und zügige Durchführung von Genehmigungsverfahren sichergestellt werden.

9. Die von Art. 8 Richtlinienentwurf vorgeschriebene elektronische Verfahrensabwicklung stellt für die deutsche Verwaltung eine erhebliche Herausforderung dar. Neben Schwierigkeiten mit dem von der EU-Kommission vorgesehenen Zeitrahmen sind es sowohl tatsächliche als auch rechtliche Schwierigkeiten, die derzeit eine elektronische Verfahrensabwicklung behindern. Mit den erforderlichen rechtlichen Änderungen kann der Bundesgesetzgeber aber ein wichtiges Signal für Wirtschaft und Verwaltung aussenden, stärker als bislang die elektronische Verfahrensabwicklung zu praktizieren.
10. Die EU-Dienstleistungsrichtlinie bietet bei der dargestellten entsprechenden Modifizierung und einer durchdachten Umsetzung die Chance zu einem nachhaltigen Modernisierungsschub der deutschen Verwaltung und zu einem nachhaltigen Bürokratieabbau, der vor allem auch deutschen Dienstleistungserbringern zugute kommt.

II. Realisierung des Binnenmarkts als Ziel

Ziel des Richtlinienvorschlages ist die Realisierung des Binnenmarkts. Die EU-Kommission will rechtliche Hindernisse für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit und für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beseitigen. Politischer Hintergrund des Richtlinienentwurfs ist die sog. Lissabon-Strategie, die vom Europäischen Rat im März 2000 in Gang gesetzt worden ist. Dahinter verbirgt sich ein Wirtschaftsreformprogramm, mit dem die Europäische Union bis 2010 zum wettbewerbsfähigsten Wirtschaftsraum der Welt gemacht werden soll. Das Binnenmarktziel¹⁴ folgt nach geltendem Recht aus Art. 3 Abs. 1 lit. c) EGV und richtet einen Auftrag zur Beseitigung von Hindernissen für die Verwirklichung der Grundfreiheiten an die europäischen Organe¹⁵.

III. Europäische Verwaltungsreform als Weg

Als Weg zur Realisierung des Binnenmarktes auch im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit¹⁶ beschreitet die Kommission den Weg einer gemeinschaftsrechtlich erzwungenen Verwaltungsreform in den Mitgliedstaaten. Während in der Bundesrepublik Deutschland seit Jahren ohne größere Fortschritte über Bürokratieabbau und Deregulierung gestritten wird¹⁷, will die Kommission die Komplexität mitgliedstaatlicher Verwaltungsverfahren, die vor Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu durchlaufen sind, für Dienstleistungserbringer reduzieren. Art. 5 Abs. 1 DLR-E formuliert lapidar einen einfachen, aber geradezu revolutionären Grundsatz: „Die Mitgliedstaaten vereinfachen die für die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit geltenden Verfahren und Formalitäten.“ Bei dieser Allgemeinheit verbleibt es im Richtlinienentwurf allerdings nicht; vielmehr wird die Verwaltungsre-

form mit detaillierten Vorgaben konkret ins Werk gesetzt. Die angesprochene Vereinfachung soll insbesondere durch die Benennung einheitlicher Ansprechpartner für sämtliche Genehmigungsverfahren (Art. 6), die Möglichkeit zur elektronischen Verfahrensabwicklung (Art. 8) und die Vereinfachung der Verfahren zur Genehmigung betreffend die Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten (Art. 9 bis 13) erfolgen. Ein Herzstück der Reform ist das in Art. 16 Abs. 1 DLR-E angeordnete Herkunftslandprinzip, und Art. 34 ff. DLR-E treffen Bestimmungen über die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Behörden.

IV. Herzstück der Reform: Einführung des Herkunftslandprinzips

Das Herkunftslandprinzip ist mittlerweile auch in der Bundesrepublik Deutschland in die politischen Schlagzeilen gerückt: Rückhaltlose Befürworter streiten mit vehementen Gegnern, die einen Abbau von Arbeits-, Sozial- oder Umweltstandards befürchten. Das Herkunftslandprinzip ist in einen systematischen Zusammenhang zu Art. 14 und 15 DLR-E zu stellen, die künftig noch zulässige und von den Mitgliedstaaten zu überprüfende Anforderungen an die Aufnahme von Dienstleistungstätigkeiten vorsehen. Die drei Vorschriften sollen insgesamt generell und systematisch den Binnenmarkt im Bereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sicherstellen. Nach Art. 16 Abs. 1 DLR-E haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind. Unter „koordiniertem Bereich“ ist dabei die Gesamtheit der für die Aufnahme von Dienstleistungstätigkeiten oder ihrer Ausübung geltenden Anforderungen zu verstehen¹⁸. Das Herkunftsland- bzw. Ursprungslandprinzip ist nun ein bekanntes Instrument zur Realisierung des Binnenmarktes, das im Bereich der Warenverkehrsfreiheit vom EuGH eingeführt worden ist¹⁹. Mit der sog. „Cassis“-Rechtsprechung hat der EuGH ein „Vertrauensprinzip“ zwischen den Mitgliedstaaten in dem Sinne eingeführt, dass in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in Verkehr gebrachte Erzeugnisse grundsätzlich auch in den anderen Mitgliedstaaten zugelassen sind und zugelassen sein müssen²⁰. Dem liegt die Idee zugrunde, dass die dringenden Gemeinwohlinteressen, die eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen können, bereits in dem Herkunftsland berücksichtigt werden können; diese Folge der „Cassis“-Rechtsprechung wird daher auch als Herkunfts- bzw. Ursprungslandprinzip bezeichnet²¹. Maßgebend ist damit, ob die Ware im Herkunftsland rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurde. Diesen ursprünglich sehr weiten Ansatz will die EU-Kommission nun auf die

¹⁴ Zur Qualifizierung von Herrschaftszwecken und -zielen im europäischen Verfassungsverbund *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 623 ff., 661 ff.

¹⁵ *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 14 EG Rn. 8; *Lenz*, in: ders./Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 14 EGV Rn. 3; *Mager*, EuR 2004, Beiheft 3, S. 41 (42).

¹⁶ Zu den Schutzbereichen dieser beiden Grundfreiheiten näher *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2004, Rn. 1848 ff.; *Tietje*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2002, § 10; *Pache*, ebd., § 11; *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 38 ff.

¹⁷ Zu den Ansätzen für Verwaltungsreformen *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 917 ff.

¹⁸ Art. 4 Nr. 9 DLR-E.

¹⁹ Dazu näher *Epiney*, in: Ehlers (Fn. 3), § 8 Rn. 27 ff.; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, Rn. 375 ff.

²⁰ Grundlegend EuGH, Slg. 1979, 649 (662): „In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung [einer Ware] ... ist es Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung [dieser Ware] 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, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“

²¹ Näher *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 33.

Dienstleistungsfreiheit übertragen²². Trotz der über 30 Bereichsausnahmen (Art. 17 ff. DLR-E) wären die Auswirkungen auf das System der deutschen Wirtschaftsüberwachung gravierend, da die komplette Art und Weise der Dienstleistungserbringung zukünftig grundsätzlich dem Recht des Herkunftslandes folgen würde. Der Dienstleistungserbringer würde sowohl das Marktzutritts- als auch das Marktverhaltensrecht aus seinem Herkunftsland in das Gastland mitnehmen. Das Ergebnis wäre (zunächst) keinerlei Harmonisierung des im Binnenmarkt geltenden Rechts, sondern im Gegenteil das Nebeneinander von bis zu 25 Rechtsordnungen auf dem jeweiligen nationalen Markt für die gleiche Dienstleistung²³. Damit werden zugleich erhebliche verfahrensrechtliche Folgeprobleme für eine effektive Wirtschaftsüberwachung in den Mitgliedstaaten ausgelöst²⁴, denn Art. 16 Abs. 2 DLR-E schreibt zudem als Grundsatz fest, dass der Herkunftsstaat für die Kontrolle des Dienstleistungserbringers und die von ihm erbrachten Dienstleistungen verantwortlich ist, auch wenn der Dienstleistungserbringer seine Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringt.

An diesen nur ansatzweise absehbaren Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung, die vom klassischen Wirtschaftsverwaltungsrecht über das Umweltrecht bis hin zum Sozial- und Gesundheitsrecht reichen, setzen die politischen Ängste vor einem „Standardabbau“ an. Zieht man überzogene Lobbyinteressen ab, so bleibt an diesem Punkt dennoch berechtigte Kritik übrig: Die Kommission schießt bei der vorgeschlagenen Fassung des Herkunftslandprinzips weit über das Ziel einer Verwaltungsvereinfachung²⁵ hinaus und überträgt ein im Gemeinschaftsrecht überhaupt nicht vorhandenes Herkunftslandprinzip auf die Dienstleistungsfreiheit. Das Herkunftslandprinzip darf bei der Dienstleistungsfreiheit nicht anders konzipiert werden als bei der Warenverkehrsfreiheit, bei der es vom EuGH „erfunden“ worden ist, um Systembrüche gegenüber den anderen Grundfreiheiten und eine fehlende rechtliche Handhabbarkeit des Binnenmarktrechts zu vermeiden. Der EuGH hat nämlich selbst schnell erkannt, dass eine schrankenlose Geltung des Herkunftslandprinzips zu wettbewerbsverzerrenden und damit aus Sicht des Binnenmarktes zu kontraproduktiven Ergebnissen führen würde. Diese Weite hat der EuGH in der sog. „Keck“-Entscheidung²⁶ korrigiert und den Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips erheblich eingeschränkt. Seitdem differenziert der EuGH in ständiger Rechtsprechung zwischen Produktanforderungen und Vertriebsanforderungen im Hinblick auf die Ware. Produktanforderungen stellen grundsätzlich Maßnahmen gleicher Wirkung dar und fallen somit in den sachlichen Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV); sie sind sowohl bei unterschiedlicher als auch bei unterschiedsloser Behandlung der Produkte grundsätzlich verboten. Vertriebsan-

forderungen an die Ware im Sinne von Verkaufsmodalitäten, die gleichermaßen für alle Produkte gelten, sind nach Auffassung des EuGH aber grundsätzlich nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 28 EGV zu behindern²⁷. Maßgebend ist insoweit, dass alle Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos betroffen sind und ausländische Waren weder rechtlich noch tatsächlich diskriminiert werden.

Erst diese Differenzierung führt zu sachgerechten Ergebnissen für die Realisierung des Binnenmarkts: Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit darf z.B. eine belgische Bierdose mitsamt ihres Inhalts nicht nach den (strengeren) Anforderungen des deutschen Reinheitsgebotes beurteilt werden und muss daher „gleichberechtigt“ auch im deutschen Regal stehen dürfen. Bei dieser Produktanforderung sind differenzierende nationale Regelungen somit ausgeschlossen; es gilt das Herkunftslandprinzip. Bei den Vertriebsanforderungen hingegen würde es zu fragwürdigen Ergebnissen führen, wenn die belgische Bierdose das belgische Ladenschlussgesetz „mitbrächte“ und im Ladenregal zu anderen Zeiten zugänglich sein müsste als die deutsche Bierdose. Genau dies würde aber eine unbeschränkte Geltung des Herkunftslandprinzips erfordern. Der EuGH hat daher zutreffend Vertriebsanforderungen, die unterschiedslos für inländische und ausländische Warenanbieter gelten, für zulässig erklärt²⁸. Überträgt man dieses System des Herkunftslandprinzips auf die Dienstleistungsfreiheit, so ergeben sich auch hier dem Herkunftslandprinzip unterliegende Marktzulassungsregelungen²⁹ und Marktverhaltensanforderungen (in einem weiten Sinne). Als „Produktanforderung“ können hier die Marktzugangsregelungen für Dienstleistungserbringer einschließlich der Qualifikationsanforderungen, die nicht von der Berufsqualifikationsrichtlinie erfasst werden, gelten. Zu abstrusen Ergebnissen führt es aber, wenn die *Art und Weise* der Dienstleistungserbringung von den Wirtschaftsüberwachungsbehörden unterschiedlich danach beurteilt werden muss, ob der Dienstleistungserbringer zufällig seinen Sitz in Portugal, Estland, Irland oder Deutschland hat. Dem Pizzabäcker oder Fliesenleger muss der Marktzutritt zweifelsohne in gleicher Weise wie bei Inländern möglich sein. Dann müssen für die Art und Weise der Dienstleistungserbringung aber auch die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen gelten³⁰. Hier dürfte der vermittelnde Lösungsweg zur „Retung“ der Dienstleistungsrichtlinie liegen, in dem das Herkunftslandprinzip nur für Marktzugangsregelungen statuiert wird³¹. Die hier vorgeschlagene Differenzierung folgt im Übrigen auch primärrechtlich aus Art. 50 Abs. 3 EGV, der dieses Gastland- bzw. Aufnahmestaatsprinzip positiviert. Als Begleitfreiheit für die ohnehin subsidiäre Dienstleistungsfreiheit gewährleistet Art. 50 Abs. 3 EGV

²² Nach der Systematik des DLR-E gilt das Herkunftslandprinzip nur für den freien Dienstleistungsverkehr, nicht für die Niederlassungsfreiheit. Bei Niederlassungen verbleibt es grundsätzlich bei den Anforderungen des Gastlandes. Allerdings ist die Systematik des Kommissionsentwurfs noch dringend verbesserungsbedürftig, da etwa die bereits angeführten Art. 14, 15 DLR-E, die zulässige Anforderungen an Genehmigungsvoraussetzungen definieren, trotz der systematischen Stellung im Kapitel über die Niederlassungsfreiheit ausweislich des Wortlauts gerade auch für die Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten gelten.

²³ Zu der gleichen Schlussfolgerung gelangt Frenz (Fn. 3), Rn. 169.

²⁴ Zu der verfahrensrechtlichen Seite noch näher sub V.3.

²⁵ So ausdrücklich die Überschrift von Kapitel II, Abschnitt 1; der Sache nach Art. 5 ff. DLR-E.

²⁶ EuGH, Slg. 1993, I-6097 ff., insbes. Rn. 16.

²⁷ Eingehend zu dieser Rechtsprechung *Epiney*, in: Ehlers (Fn. 3), § 8 Rn. 32 ff.; Frenz (Fn. 3), Rn. 756 ff.

²⁸ Für das Beispiel von Ladenschlussregelungen EuGH, Slg. 1994, I-2227 Rn. 13 ff.

²⁹ Zu dem Verständnis des grundfreiheitlichen Beschränkungsverbot als Marktzugangsregelung näher Frenz (Fn. 3), Rn. 151 ff., 164.

³⁰ Der EuGH, GRUR Int. 2005, 39 (41 Rn. 33), hat diese Geltung des Gastlandprinzips im Bereich der Dienstleistungsfreiheit jüngst bestätigt, indem er hinsichtlich einer französischen Fernsehwerbungsregelung betont hat, „dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu entscheiden, auf welchem Niveau sie den Gesundheitsschutz sicherstellen wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll“.

³¹ Abstrakt ebenso Frenz (Fn. 3), Rn. 179; Hoffmann, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, 2000, S. 66 ff.; Differenzierung ablehnend hingegen Steindorff, ZHR 158 (1994), 149 (163).

ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für den Dienstleistungserbringer in dem Staat, in dem die Leistung erbracht wird³². Art. 50 Abs. 3 EGV betont dabei aber die Geltung der Voraussetzungen, welche der *Gaststaat* für seine eigenen Angehörigen vorschreibt. Damit statuiert Art. 50 Abs. 3 EGV ein Gebot der Inländergleichbehandlung, wonach das Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht dazu genutzt werden darf, Unionsbürger gegenüber den eigenen Staatsangehörigen zu diskriminieren³³. Ein auch für die Modalitäten der Dienstleistungsausübung geltendes Herkunftslandprinzip wäre mit Art. 50 Abs. 3 EGV nicht zu vereinbaren. Und schließlich wäre ein Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen für die gleiche Dienstleistung auch unter wettbewerbstheoretischen und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten³⁴ höchst bedenklich, da ein fairer Wettbewerb nur bei gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen möglich ist. Dies ist nicht ohne Grund ein zentraler Gedanke des deutschen Marktverhaltensrechts, der nun in § 4 Nr. 11 UWG positiviert und im Übrigen gerade europäischen Vorgaben angepasst worden ist.

V. Auswirkungen auf das deutsche Verwaltungsrecht

Die folgenden drei Referenzregelungen sollen zeigen, welche Auswirkungen die Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Verwaltungsrecht haben wird.

1. Verwaltungsorganisationsrecht: Schaffung eines einheitlichen Ansprechpartners

Eine zentrale Bestimmung für die beabsichtigte Verwaltungsvereinfachung ist Art. 6 DLR-E, der die Mitgliedstaaten zur Schaffung sog. einheitlicher Ansprechpartner bis zum 31.12.2008 verpflichtet, bei denen als Kontaktstellen alle für die Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit erforderlichen Verfahren abgewickelt werden können. Nun ist der Europäischen Union ein unmittelbarer Zugriff auf das Verwaltungsorganisationsrecht der Mitgliedstaaten an sich verwehrt³⁵, jedoch ist eine den Anforderungen der Grundfreiheiten nicht entsprechende Form der nationalen Verwaltungsorganisation gemeinschaftsrechtswidrig³⁶. Diese allgemeine Aussage, die letztlich die Bedeutung des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts für das Verwaltungsorganisationsrecht hervorhebt und hier bezogen auf die Grundfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit konkretisiert, wird nun von der EU-Kommission konsequent realisiert. Der Dienstleistungserbringer soll alle im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit notwendigen Formalitäten und Verfahren, vor allem diejenigen für Genehmigungen, bei ein- und derselben Stelle erledigen können. Entscheidend ist somit die Einheitlichkeit aus Sicht des ausländischen Antragstellers, also eine Einheitlichkeit im Sinne der Wirkungsdimension. Für die Wahrung des eigenen Systems örtlicher Zuständigkeiten betreffend die eigentliche Sachentscheidung bleibt der Bundesrepublik insoweit noch ein hinreichender Spielraum. Die örtliche Zuständigkeit wird aber dadurch überspielt, dass bei ei-

nem Wechsel des Ortes der Dienstleistungserbringung keine neuerlichen Genehmigungs- oder Zulassungsverfahren bei der dann örtlich zuständigen Behörde durchgeführt werden müssen. Art. 10 Abs. 4 DLR-E verlangt vielmehr, dass die Genehmigung dem Dienstleistungserbringer die Aufnahme oder Ausübung der Dienstleistungstätigkeit grundsätzlich auf dem gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates erlauben muss³⁷. Die Verlagerung von Kompetenzen ist nicht zwingend, um den Anforderungen des Richtlinienentwurfs gerecht zu werden. In jedem Fall muss aber einer nationalen Stelle die Koordinierungsrolle zugewiesen werden, und zwar bundesweit einheitlich an dieselbe Organisationseinheit, um die Einheitlichkeit des Ansprechpartners im Außenauftreten zu wahren.

Ansätze im nationalen Verwaltungsverfahrensrecht für eine solche Struktur sind vorhanden: Zum einen findet bei der sog. Konzentrationswirkung³⁸ eine Zuständigkeitsverlagerung auf eine Behörde statt, deren Genehmigung alle Fachgenehmigungen der anderen Behörden ersetzt. Ein typisches Beispiel für diese Verfahrenskonzentration ist der Planfeststellungsbeschluss gem. § 75 Abs. 1 VwVfG³⁹. Zum anderen existiert das durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz⁴⁰ in das allgemeine Verwaltungsverfahren eingeführte Sternverfahren gem. § 71 d VwVfG, das auch in das bayerische Verwaltungsverfahrensrecht übernommen worden ist. Hier erfolgt eine zeitgleiche Beteiligung von anderen Behörden⁴¹, deren Stellungnahmen von der sternförmig bündelnden Genehmigungsbehörde in das wirtschaftsrelevante Genehmigungsverfahren einzubeziehen sind. Möglicherweise führt Art. 6 DLR-E so zu einem intensiveren Gebrauch dieses Sternverfahrens - den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen genügt § 71 d VwVfG allerdings noch nicht: Zum einen gilt § 71 d VwVfG gem. § 71 a VwVfG nur für Genehmigungsverfahren, die der Durchführung von Vorhaben im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung des Antragstellers dienen. Unter wirtschaftlichen Unternehmungen werden gemeinhin gewerbliche Betriebe einschließlich der Urproduktion, nicht aber Verfahren der Berufszulassung verstanden⁴². Damit deckt sich der Anwendungsbereich jedoch nicht vollständig mit dem der Dienstleistungsrichtlinie, die gerade auch reglementierte Berufe und damit einer besonderen Zulassung bedürftige Tätigkeiten erfasst⁴³,

³² Zum Inhalt dieses Rechts EuGH, Slg. 1991, I-273 ff.; Slg. 2002, I-6279 ff.

³³ *Pache*, in: Ehlers (Fn. 3), § 11 Rn. 44.

³⁴ S. den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb in Art. 4 Abs. 1 EGV. Dazu *Schliesky* (Fn. 8), S. 22 f.

³⁵ EuGH, Slg. 1982, 1791; Rn. 12. st. Rspr.

³⁶ EuGH, Slg. 1990, 3239 (3257 ff.); *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 3 Rn. 56; zu aus den Grundfreiheiten resultierenden Kooperationspflichten für nationale Verwaltungsbehörden ausführlich *Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, S. 23 ff.

³⁷ Bei bestimmten Personalkonzessionen oder erst recht bei Sachkonzessionen ist eine bundesweite Geltung durchaus unüblich. Dass es sich dabei nicht um eine akademische Fragestellung handelt, zeigt auch das seit einiger Zeit diskutierte Problem der gewerblichen Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten, die auf früheren DDR-Genehmigungen beruhen, s. näher hierzu *Horn*, NJW 2004, 2047 ff. m.d.N.

³⁸ Dazu ausführlich *U. Becker*, VerwArch. 87 (1996), 581 ff.; *Odendahl*, VerwArch. 94 (2003), 222 ff.

³⁹ Näher dazu *Dürr*, in: Knack (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2003, § 75 Rn. 10 ff., auch zum Streit, ob es sich um eine formelle oder materielle Konzentrationswirkung handelt.

⁴⁰ Vom 12.09.1996, BGBl. I S. 1354; dazu ausführlich *Schmitz/Olbertz*, NVwZ 1999, 126 ff.; *Ziekow*, DVBl. 1998, 1101 ff.

⁴¹ Zur missglückten Verwendung des Begriffs „Träger öffentlicher Belange“ anstatt der sachlich gemeinten Behörden s. *Clausen*, in: Knack (Fn. 26), § 71 d Rn. 3.

⁴² *Clausen*, in: Knack (Fn. 26), § 71 a Rn. 4; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 19 Rn. 7 d.; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Band 2, 6. Aufl. 2000, § 60 Rn. 122. - Diese Einschränkung resultiert aus den Darlegungen der Amtlichen Begründung, BT-Drs. 13/3995, S. 8.

⁴³ Zumal die Reichweite des Sternverfahrens umstritten ist, s. etwa *Bonk*, NVwZ 1997, 320 (326), einerseits und *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 29), § 60 Rn. 124, andererseits.

auch wenn Fragen der Berufsqualifikation in einer gesonderten Richtlinie geregelt werden sollen⁴⁴. Zum anderen genügt das Sternverfahren schon deshalb nicht den Anforderungen des Art. 6 DLR-E, weil es hier nur um ein Genehmigungsverfahren geht, in dem die Genehmigungsbehörde zwingend von anderen Behörden einzuholende Stellungnahmen sternförmig bündelt und gleichzeitig einholt. Es geht also tatsächlich nur um eine verfahrensmäßige Beschleunigung, um eine Parallelität der Ablaufprozesse anstatt einer vielfach anzutreffenden nacheinander ablaufenden Verfahrensphase. Der einheitliche Ansprechpartner verlangt hingegen etwas anderes: Mehrere verschiedene Genehmigungsverfahren sollen organisatorisch über eine einzige Stelle gebündelt abgewickelt werden. Es handelt sich also um die Bündelung „verschiedener“ Genehmigungsverfahren durch eine Stelle, die § 71 d VwVfG derzeit nicht hergibt. Hier zeigt sich der grundlegende Unterschied zwischen dem nationalen und dem gemeinschaftsrechtlichen Beschleunigungsgedanken: Im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht ist eine verfahrensrechtliche Beschleunigung beheimatet, wie die durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz eingeführten §§ 10, 71 a ff. VwVfG und ihre landesrechtlichen Entsprechungen belegen⁴⁵. Es handelt sich auch nicht um besondere Verfahrensarten, sondern um Konkretisierungen des allgemeinen Zügigkeitsgebotes in § 10 Satz 2 VwVfG für bestimmte Genehmigungsverfahren⁴⁶. Ist der Grundgedanke des deutschen Verfahrensrechts insoweit zwar brauchbar, so wird in Art. 6 DLR-E die dem Verfahrensermessens zuzurechnende, durch § 71 d Abs. 1 VwVfG allerdings eingeschränkte Entscheidung, ob das Verfahren gebündelt durchgeführt wird, nun zu dem organisationsrechtlichen Normalfall für eine Vielzahl von Genehmigungsverfahren. Die Beschleunigung erfolgt also gerade durch gemeinschaftsrechtliches Verwaltungsorganisationsrecht, das aus Sicht des Antragstellers künftig nur noch eine für ihn relevante Anlaufstelle aufzuweisen hat, und damit für das gesamte Tätigkeitsspektrum der nationalen Verwaltung im Hinblick auf einen komplexen Lebenssachverhalt und nicht - wie in Deutschland - innerhalb eines einzigen Genehmigungsverfahrens. Insoweit lässt sich von einer neuen Ordnungsidee im Sinne einer verwaltungsrechtlichen Systembildung sprechen⁴⁷. Diese neue Ordnungsidee lautet Einheit bzw. Einheitlichkeit der Verwaltung aus der Bürgerperspektive und bedeutet insoweit einen Paradigmenwechsel. Der souveränitätstheoretisch bedingte Topos der Einheit der Verwaltung wird in der deutschen Rechtsordnung bislang vom Machtursprung her gedacht, was auch deutlich an dem sog. Hierarchieprinzip der Verwaltung als dem typischen Bauprinzip für die öffentliche Verwaltung abzulesen ist⁴⁸. Das Hierarchieprinzip in Verbindung mit fachlicher Dekonzentration und örtlicher De-

zentralisation führt jedoch zu einer Behörden- und Verfahrensvielfalt aus Sicht des Antragstellers. Dem hierarchischen Verwaltungsaufbau des Mitgliedstaates Deutschland wird nun ein ergebnisorientiertes Zuständigkeitsdenken entgegengesetzt und ein komplexes Netzwerk gleichgeordneter „zuständiger Stellen“, „Kontaktstellen“ und „einheitlicher Ansprechpartner“ übergestülpt.

2. Verwaltungsverfahrensrecht: Pflicht zur elektronischen Verfahrensabwicklung

Eine Neuorganisation der Verwaltungsverfahren wird den mitgliedstaatlichen Behörden ohnehin in den gesamten von der Dienstleistungsrichtlinie erfassten Bereichen abverlangt, weil Art. 8 Abs. 1 DLR-E den Mitgliedstaaten auferlegt, dass spätestens am 31. Dezember 2008 alle Verfahren und Formalitäten für die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit problemlos im Fernweg und elektronisch bei den betreffenden einheitlichen Ansprechpartnern oder bei der zuständigen Stelle abgewickelt werden können. In Art. 8 Abs. 3 DLR-E sieht die EU-Kommission eine eigene Rechtssetzungs-kompetenz für sich selbst vor, um Durchführungsbestimmungen zu dieser elektronischen Verfahrensabwicklung zu erlassen, die auf die Erleichterung der Interoperabilität und der Nutzung der elektronischen Verfahren zwischen den Mitgliedstaaten abzielen. Damit wird eine weitere Quelle eines gemeineuropäischen Verwaltungsverfahrensrechts vorgesehen, die zu einer bei elektronischen Verwaltungsverfahren auch innerstaatlich zu beobachtenden Zentralisierung führen kann. In jedem Fall bedeutet Art. 8 DLR-E einen weiteren rechtlichen Hebel zur Realisierung elektronischer Verwaltungsverfahren bzw. des sog. eGovernment neben den zahlreichen verwaltungswissenschaftlichen und insbesondere auch politischen Anstößen⁴⁹. Den Anforderungen des Art. 8 DLR-E genügen die durch das „Dritte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften“⁵⁰ vorgenommenen Änderungen zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in das Verwaltungsverfahrensrecht nicht. Dieses betrifft vor allem das Medium und die Form des Verwaltungsverfahrens, indem neben herkömmlichen Dokumenten in Papierform nun auch elektronische Dokumente zugelassen werden. Konsequenzen für Verwaltungsabläufe und -prozesse, also für das Verwaltungsverfahren, werden durch das Änderungsgesetz allerdings nicht gezogen. Für die elektronische Verfahrensabwicklung ist allenfalls vor dem Hintergrund des bereits erörterten Sternverfahrens noch von Bedeutung, dass § 71 c Abs. 1 Satz 2 VwVfG nunmehr zumindest schon die elektronische Auskunftserteilung erlaubt⁵¹ - allerdings nur durch die Genehmigungsbehörde, die nicht zwangsläufig der einheitliche Ansprechpartner ist, und zudem nur unter Einschränkungen dergestalt, dass es von der Bedeutung oder der Schwierigkeit der Sache her angemessen erscheinen muss. Beide Restriktionen sind mit Art. 8 DLR-E nicht zu vereinbaren.

⁴⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen vom 7.3.2002, KOM (2002) 119 endg.; dazu Mann, EuZW 2004, 615 ff.

⁴⁵ S. Maurer (Fn. 29), § 19 Rn. 7 d ff.

⁴⁶ Wolff/Bachof/Stober (Fn. 29); § 60 Rn. 120; Ziekow, DVBl. 1998, 1101 (1106).

⁴⁷ Dazu allgemein Schmidt-Aßmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1/1 ff.; für das Organisationsrecht 5/13 ff., 21 ff.

⁴⁸ BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66); Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 129 ff.; Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 399 ff.; Schliesky (Fn. 8), S. 276 ff.; zur Konstitutionsfunktion des Organisationsrechts Schmidt-Aßmann (Fn. 34), 5/1; s. dort jeweils auch zur Kritik an der Fixierung auf das Hierarchieprinzip als einzig möglichem und zulässigem Bauprinzip.

⁴⁹ Dazu ausführlich Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), Künftige Funktionen und Aufgaben der Kreisen im sozialen Bundesstaat, 2004, S. 163 (165 ff.).

⁵⁰ Vom 21.08.2002, BGBl. I S. 3322; dazu näher Meyer, in: Knack (Fn. 26), § 3 a Erl. 1 ff.; Roßnagel, NJW 2003, 469 f.; Schlattmann, LKV 2002, 489 ff.; Schliesky, NVwZ 2003, 1322 (1323 ff.); Schmitz, in: Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 677 ff.; Schmitz/Schlattmann, NVwZ 2002, 1281 (1283).

⁵¹ S. Clausen, in: Knack (Fn. 26), vor § 71 a - 71 e Rn. 1, § 71 c Rn. 8.

Mit der rechtlichen Pflicht zur elektronischen Verfahrensabwicklung entsteht ein von außen nicht mehr überschaubares Netzwerk, das Probleme der Verantwortungszurechnung auslöst⁵², wodurch die Legitimationswirkung der Zuständigkeitsordnung und des Verwaltungsverfahrens in Frage gestellt werden⁵³. Das Augenmerk sei hier auf die Ermöglichung eines „Verwaltungsnetzwerkes“⁵⁴ bzw. elektronischen Verwaltungsverbundes gerichtet, für dessen Zusammenwirken Regeln im nationalen Recht weitestgehend fehlen. Das liegt an dem - aus kompetentiellen Gründen: zwangsläufig - inlandszentrierten Verwaltungsverfahren⁵⁵, das nun für transnationale Kommunikations- und Entscheidungsprozesse geöffnet werden muss. Der einheitliche Ansprechpartner erweist sich dabei als zentraler Knotenpunkt eines im Aufbau befindlichen administrativen Kommunikationsnetzwerkes in der EU⁵⁶. Durch die Pflicht zur elektronischen Verfahrensabwicklung entsteht jedenfalls ein faktischer Zwang zur Verbundverwaltung⁵⁷, der insoweit zu der Herausbildung eines europäischen Verwaltungsrechts beiträgt, als z.B. in Art. 35 Abs. 2 DLR-E die Zusammenarbeit nationaler Behörden mit der Kommission vorgesehen ist. Auf diese Weise wird der europäische Verwaltungsverbund immer stärker zu einem Organisationsverbund⁵⁸. Diese Trans- und Supranationalisierung sowie der von dem DLR-E vorgesehene auswirkungsorientierte Ansatz führen zu einer Umgestaltung des Verwaltungsverfahrens gem. § 9 ff. VwVfG; zumindest das „Standardverfahren“ der Verwaltungsverfahrensgesetze büßt seine prägende Wirkung ein⁵⁹. Es ist daran zu erinnern, dass ein Verwaltungsverfahren ein planvoll gegliederter Vorgang der Informationsgewinnung und -verarbeitung ist, der in Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung abläuft⁶⁰ und in der Regel diese Informationen zu (verbindlichen) Entscheidungen verarbeitet⁶¹. § 9 VwVfG regelt den Normalfall des auf eine nach außen wirkende Entscheidung gerichteten Verwaltungsverfahrens⁶². Grundsätzlich wird damit ein Verwaltungsverfahren für eine Entscheidung, meist in Form des Verwaltungsaktes, durchgeführt. Bei den über den einheitlichen Ansprechpartner elektronisch abgewickelten Genehmigungsverfahren werden jedoch mehrere verschiedene Verwaltungsverfahren zu einem behördlichen Vorgang vermischt, was dem verwaltungswissenschaftlichen Leitbild

des „One-Stop-Government“ entspricht⁶³. Auf die damit verbundenen Gefahren für die Zuständigkeitsordnung ist bereits hingewiesen worden. Zugleich wird aber das bislang gesetzlich nicht maßgebliche Verwaltungsrechtverhältnis plötzlich zum entscheidenden rechtlichen Bezugspunkt, was sich etwa auch an den nunmehr gesetzlich geregelten Nebenpflichten des § 3 a Abs. 3 VwVfG zeigt⁶⁴. Die Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis ist ein dogmatisches Konzept, das allerdings weder begrifflicher noch normativer Anknüpfungspunkt des Verwaltungsverfahrensrechts ist⁶⁵. Das Verwaltungsverfahren, das bislang häufig durch ein einziges subjektiv-öffentliches Recht des Bürgers gekennzeichnet und dadurch auch rechtlich präzise handhabbar war, wird bei der elektronischen Verfahrensabwicklung zu einem „Verfahrensrechtsverhältnis“ umgestaltet, das mehrere zugrunde liegende Rechte und auch mehrere Behörden in sich vereinigt. An dieser Stelle sind jedoch die Grenzen des geltenden deutschen Verfahrensrechts erreicht. Verfahren können zwar aufgrund des Verfahrensermessens der Behörde miteinander verbunden oder auch wieder voneinander getrennt werden, müssen aber - schon allein wegen der *Verfahrensrechte* des Bürgers - rechtlich selbständig bleiben⁶⁶. Und schließlich sind auch die Konsequenzen für Fehlerfolgen zu bedenken: Verfahrensfehler beziehen sich nach geltendem Recht regelmäßig nur auf das eine Verwaltungsverfahren und daher nur auf den einen, verfahrensbeendenden Verwaltungsakt. Wenn Verfahrensgrenzen verwischt werden, werden die Auswirkungen auf den Verwaltungsakt oder die Verwaltungsakte nur noch schwer und für den Bürger oftmals gar nicht nachvollziehbar. Letztlich müsste also eine Neuorientierung der Fehlerfolgenregelungen erfolgen⁶⁷. Das Allgemeine Verwaltungsrecht ist auf die von Art. 8 DLR-E vorgesehene Pflicht zur elektronischen Verfahrensabwicklung demnach nicht vorbereitet⁶⁸.

3. Verwaltungsverfahrenrecht: „Gegenseitige Unterstützung“ als europäische Amtshilfe

Gerade die elektronische Verfahrensabwicklung und mit ihr die Übermittlung von personenbezogenen Daten über Staatsgrenzen hinweg wirft weitere rechtliche Probleme auf. Bei einem im Grundsatz weiterbestehenden nationalen Wirtschaftsverwaltungsrecht und entsprechenden mitgliedstaatlichen Vollzugskompetenzen bedarf die Wirksamkeit der Wirtschaftsüberwachung eines Zusammenwirkens der zuständigen Behörden aus allen Mitgliedstaaten. Diesem Bedürfnis nach „europäischer Amtshilfe“ tragen die Art. 34 ff. DLR-E Rechnung, indem sie eine Pflicht zur „gegenseitigen Unterstützung“ normieren. Diese gegenseitige Unterstützung ist die ver-

⁵² Zum zivilrechtlichen Parallelproblem der Netzwerkhafung ausführlich Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, S. 212 ff.

⁵³ Schliesky, NVwZ 2003, 1322 (1327 f.); s. auch Schmidt-Aßmann (Fn. 34), 5/33 ff., 7/39 ff.

⁵⁴ Bei diesem Begriff handelt es sich um einen deskriptiven Begriff, dem per se noch kein normativer Gehalt zuerkannt werden kann.

⁵⁵ Schmidt-Aßmann (Fn. 34), 6/139.

⁵⁶ Zur Strukturierung von Kommunikationsbeziehungen in der EU durch Kontakt- und Zentralstellen Sydow (Fn. 30), S. 113 ff.; s. auch Eifert, ZG 2001, 115 (123).

⁵⁷ Schliesky, NVwZ 2003, 1322 (1327).

⁵⁸ Schmidt-Aßmann (Fn. 34), 5/20.

⁵⁹ Schmidt-Aßmann (Fn. 34), 6/151 (ff.).

⁶⁰ Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 193 ff.; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, S. 58 ff.; Schmidt-Aßmann (Fn. 34), 6/47; Schoch, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (23 ff.).

⁶¹ Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 405 (420); Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 9 Rn. 90 ff.

⁶² Britz, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 213 (247), betont die traditionelle Regelung von Außenbeziehungen, nicht aber der inneren Arbeitsabläufe der Verwaltung.

⁶³ Dazu Deutscher Bundestag (Hrsg.), Enquete-Kommission „Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft: Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“, 1998, S. 187; Britz (Fn. 49), S. 213 (236 f.); Eifert, ZG 2001, 115 (119).

⁶⁴ Dazu BT-Drs. 14/9000, S. 6 f., 31 f.; allgemein zu den Nebenpflichten im Verwaltungsrechtsverhältnis Peters, Die Verwaltung 35 (2002), 177 ff.

⁶⁵ Zur Rechtsverhältnislehre grundlegend Achterberg, in: Gedächtnisschrift für Küchenhoff, S. 13 ff.; zur Kritik an der Rechtsverhältnislehre Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 104 ff.

⁶⁶ Zutreffend Clausen, in: Knack (Fn. 26), § 9 Rn. 23.

⁶⁷ S. ansatzweise aber Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 49), S. 349 (398 f.).

⁶⁸ Auch die in Ansätzen vorhandenen landesrechtlichen Regelungen, so etwa das bayerische Gesetz über den Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik in der Öffentlichen Verwaltung (IuK-Gesetz - IuKG vom 24. Dezember 2001, BayGVBl. 2001, S. 975), genügen den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen noch nicht.

fahrensrechtliche Folge der Einführung des Herkunftslandprinzips, das zu den tragenden, aber auch zu den umstrittensten Grundpfeilern des Richtlinienentwurfs zählt. Nach Art. 16 Abs. 1 DLR-E haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind. Nach dem Vorbild des Ursprungslandprinzips bei der Warenverkehrsfreiheit soll der Dienstleistungserbringer - wie gezeigt - nur den Rechtsvorschriften *des Landes* unterliegen, in dem er niedergelassen ist. Mit diesem Grundsatz soll die *Kontrollverantwortung* korrespondieren: Nach Art. 34 Abs. 1 DLR-E stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass sie die Überwachung und Kontrolle des Dienstleistungserbringers auch dann ausüben, wenn die Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird. Die Gewährleistung wirksamer Kontrollen erfordert zwangsläufig eine enge Verwaltungszusammenarbeit, sodass die EU-Kommission sich auch zur Regelung des Informationsaustausches und der Amtshilfe genötigt sieht⁶⁹.

Im deutschen Recht versteht man unter Amtshilfe den ergänzenden Beistand, den eine Behörde auf Ersuchen einer anderen Behörde leistet, um dieser die Durchführung ihrer öffentlichen Aufgaben zu ermöglichen oder wesentlich zu erleichtern⁷⁰. Die §§ 4 ff. VwVfG füllen insoweit den von Art. 35 Abs. 1 GG gesetzten Rahmen aus⁷¹. Vor diesem Hintergrund erweist sich Art. 36 DLR-E nun als neuer Fall der „grenzüberschreitenden Amtshilfe“. Bislang bezeichnete dieser Begriff innerstaatliche Amtshilfehandlungen über vertikale oder horizontale Verwaltungsgrenzen hinweg⁷². Nunmehr geht es um transnationale Amtshilfe. Damit stellt sich die in derartigen Konstellationen trotz § 7 Abs. 1 VwVfG umstrittene Frage, welches Recht für die ersuchende und für die ersuchte Behörde anzuwenden ist, neu. Lassen Sie mich die auftretenden Schwierigkeiten an einem einfachen Beispiel verdeutlichen: Ein portugiesischer Fliesenleger begibt sich zur Durchführung mehrerer Aufträge nach München. Über eine nach Art. 35 Abs. 2 DLR-E einzurichtende Kontaktstelle bittet die für die Wirtschaftsüberwachung zuständige portugiesische Behörde die zuständigen bayerischen Behörden um verschiedene Informationen über die Dienstleistungserbringung des portugiesischen Handwerkers. Nach Art. 34 Abs. 1 DLR-E trifft die Kontrollverantwortung das Herkunftsland des Portugiesen. Um die Wirksamkeit der Kontrolle zu ermöglichen, besteht eine Mitwirkungsverpflichtung der deutschen Behörden nach Art. 36 Abs. 1 DLR-E bezüglich der in Deutschland erbrachten Dienstleistungen. Für die Amtshilfe ist - wie im deutschen Recht - ein Ersuchen nach Art. 36 Abs. 2 DLR-E erforderlich, das jedoch nicht unbedingt den Anforderungen des § 6 VwVfG hinsichtlich der instantiellen Zuständigkeit der ersuchten Behörde zu entsprechen hat. Für die Durchführung der Amtshilfe stellt sich dann die Frage, welches Amtshilferecht für die ersuchte bayerische Behörde gilt. Nach der im deutschen Verwaltungsverfahrenrecht herrschenden Meinung ist das Amtshilferecht maßgebend, das für die

ersuchte Behörde gilt⁷³, sodass an sich §§ 4 ff. VwVfG zur Anwendung kämen. Im vorliegenden Fall werden diese Vorschriften aber durch Art. 36 Abs. 2 DLR-E überspielt, indem die Pflicht zur Amtshilfe und die Modalitäten der Amtshilfe nun gemeinschaftsrechtlich geregelt werden. Materieller Untersuchungsmaßstab ist auf der Grundlage des Herkunftslandprinzips das Recht der ersuchenden Behörde, und nach Art. 36 Abs. 2 DLR-E haben die zuständigen Stellen des Gastlandes, in diesem Falle also die bayerischen Behörden, die Überprüfungen, Untersuchungen und Ermittlungen auf Ersuchen des Herkunftslandes vorzunehmen, die zur Sicherstellung der Wirksamkeit der Kontrolle des *Herkunftslandes* notwendig sind. Hinsichtlich der behördlichen Zuständigkeiten gilt allerdings wieder das Recht der ersuchten Behörde. Für die Durchführung der Amtshilfe macht Art. 36 Abs. 2 DLR-E bestimmte Vorgaben: Überprüfungen, Untersuchungen und Ermittlungen vor Ort können die bayerischen Behörden nur vornehmen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Bei dieser Amtshilfe zu einem „transnationalen Verwaltungsakt“⁷⁴ einer ausländischen Behörde stellen sich erhebliche Folgeprobleme aus Sicht des nationalen Verwaltungsrechts, wenn man etwa an die datenschutzrechtlichen Anforderungen denkt, die aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgen.

Darüber hinaus stellt sich in dem Beispielsfall das Problem des Rechtsschutzes: Die im Rahmen des Amtshilfeverfahrens⁷⁵ vorgenommene Amtshandlung der ersuchten Behörde gegenüber der ersuchenden Behörde wird im nationalen Recht als Verfahrenshandlung i.S.d. § 44 a VwGO angesehen, gegen die also isolierter Rechtsschutz nicht möglich ist⁷⁶, sodass die Amtshilfehandlung nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden könnte. Damit wäre der portugiesische Handwerker auf die Anfechtung einer verfahrensbeendenden Entscheidung der portugiesischen Behörde verwiesen, um die Rechtswidrigkeit der Amtshilfehandlung überprüfen zu lassen; selbst wenn dies möglich wäre, so würde dem portugiesischen Gericht wiederum die Befugnis fehlen, gegenüber der bayerischen Behörde verbindlich die Rechtswidrigkeit der Amtshilfehandlung festzustellen. Nach überwiegender deutscher Auffassung wäre in der Bundesrepublik Deutschland wegen § 44 a Satz 1 VwGO kein Rechtsschutz für den portugiesischen Handwerker möglich⁷⁷, wodurch zumindest ein Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG ausgelöst wäre. Insoweit ist eine restriktive Interpretation des § 44 a VwGO geboten⁷⁸. Schon diese Aspekte zeigen, dass auch das Amtshilferecht in den nationalen Verwaltungsverfahrensgesetzen unter Modifizierungsdruck gerät. Galt bislang, dass die kompetenzmäßigen und die sachlich-rechtlichen Grenzen für das Tätigwerden der ersuchenden und der ersuchten Behörde bei der

⁶⁹ S. DLR-E (Fn. 7), S. 11.

⁷⁰ Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, 1998, Art. 35 Rn. 11 m.w.N.; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. 1995, § 11 Rn. 7 ff. s.; auch § 5 VwVfG.

⁷¹ Bauer (Fn. 64), Art. 35 Rn. 15.

⁷² Dazu BVerwG, DVBl. 1986, 1199 f.; Stürer, DÖV 1985, 720 ff.; Ule/Laubinger (Fn. 57), § 11 Rn. 5.

⁷³ BVerwG, DVBl. 1996, 1199 (1200); Clausen, in: Knack (Fn. 26), vor § 4 Rn. 21 m.w.N.; Ule/Laubinger (Fn. 57), § 11 Rn. 5 a.E.

⁷⁴ Zu diesem Institut näher Neßler, NVwZ 1995, 863 ff.; Ruffert, Die Verwaltung 34 (2001), 453 ff.; Sydow, S. 141 ff. - Zu Recht ist betont worden, dass der transnationale Verwaltungsakt gerade ein Problem des nationalen Verwaltungsverfahrenrechts und weniger des Gemeinschaftsrechts ist, s. J. Becker, DVBl. 2001, 855 (860 f.).

⁷⁵ Zu diesem Begriff eingehend Ule/Laubinger (Fn. 57), § 11 Rn. 2, 31 ff.

⁷⁶ BayVG, BayVBl. 1988, 341; Badura, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 37 Rn. 40; Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 5 Rn. 41.

⁷⁷ S. Stelkens, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 44 a Rn. 16 f., auch zu Ausnahmen.

⁷⁸ Dazu ausführlich Ibler, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2000 ff., Art. 19 IV Rn. 302 ff.

Amtshilfe nicht verändert werden⁷⁹, so gilt nun ein gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für das transnationale Verwaltungsverfahren. Die Regelung der europäischen Amtshilfe ist im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kontrolle nur folgerichtig, wenn man das Herkunftslandprinzip einführen will - was allerdings Gegenstand lebhafter Kontroversen ist⁸⁰. Gerade das Recht der Amtshilfe weist insoweit aber einen bedeutsamen Nebeneffekt auf: Die Amtshilfe hat historisch gesehen ihren Ursprung im Grundsatz der Einheit der Verwaltung; das Recht der Amtshilfe dient dem Zweck einer Zusammenführung verschiedener Behörden zu einer gesamtstaatlichen Informations- und Handlungseinheit⁸¹. Bedenkt man, dass erst Art. 35 Abs. 1 GG den föderal bedingten Zweifelsfragen bei der Amtshilfe ein Ende setzen und die letztlich souveränitätstheoretisch geforderte Einheitlichkeit der Verwaltung sicherstellen wollte⁸², so wird der Trend zu einem gemeineuropäischen Verwaltungsrecht gerade an der Schaffung eines Verwaltungsverbundes durch ein einheitliches europäisches Recht der „gegenseitigen Unterstützung“ deutlich. Auch hier bestätigt sich die bereits zuvor herausgearbeitete Entwicklung zu der europäischen Verbundstruktur, die mit der DLR eine positive Normierung erfährt und damit deutlich mehr als die Summe der für die beteiligten Verwaltungsebenen einschlägigen Rechtsordnungen darstellt⁸³. Diese Regelungen der Verwaltungszusammenarbeit werden in Art. III-285 EU-Verf. künftig auch ihre verfassungsrechtliche Grundlage finden. Art. III-285 Abs. 2 Satz 4 sieht nämlich auch eine Rechtsetzungskompetenz für erforderliche Maßnahmen zur Verbesserung der Fähigkeit der Verwaltungen zur Durchführung des Unionsrechts vor.

VI. Fazit: Dienstleistungsrichtlinie als gemeineuropäisches Verwaltungsrecht?

Die skizzierten Beispielsregelungen, mit denen die EU-Kommission die verwaltungsrechtlichen Hindernisse in den Mitgliedstaaten für den freien Dienstleistungsverkehr beseitigen will, haben - so denke ich - die weitreichenden Auswirkungen des DLR-E auf das System des deutschen Verwaltungsrechts verdeutlicht. Die an sich bestehende Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht⁸⁴ weicht zunehmend einem Informations-, Handlungs- und Kontrollverbund auf der Grundlage europaweit einheitlicher Verfahrensregelungen⁸⁵. Diese gelten nicht nur für den Eigenvollzug der Gemeinschaftsbehörden, sondern gerade auch für den Vollzug des Besonderen Verwaltungsrechts durch mitgliedstaatliche Behörden. Nach sektorspezifischen Verfahrensregelungen⁸⁶ wird die Dienstleistungsrichtlinie

nun etwas Neuartiges bewirken: Aus der „strukturellen Tiefenwirkung des Europäisierungsprozesses“⁸⁷ wird im Verwaltungsrecht eine systematische Breitenwirkung, die zur Normierung allgemeiner, sozusagen „vor die Klammer“ gezogener Regelungen und Institute führt. Primärrechtlicher Hebel für die Entwicklung dieses gemeineuropäischen Verwaltungsrechts sind vor allem die Grundfreiheiten des Binnenmarkts, indem sie die Basis für das Anerkennungsprinzip sowie die damit verbundene transnationale Wirkung mitgliedstaatlicher Verwaltungsentscheidungen bilden⁸⁸ und nun von der Kommission zum Herkunftslandprinzip weiterentwickelt werden. Aufgrund des umfassenden Ansatzes der Dienstleistungsrichtlinie zeichnen sich nun deutlich die Grundzüge eines gemeineuropäischen Verwaltungsrechts ab⁸⁹, das durch weitere Institute und Regelungen wie z.B. Informationszugangs- und Informationsverwertungsrechte⁹⁰ ergänzt wird. Mit jeder Einwirkung auf das nationale allgemeine Verwaltungsrecht entstehen dort zwangsläufig Systembrüche⁹¹, die letztlich zusätzlichen gemeinschaftsrechtlichen Regelungsbedarf erzeugen: Erinnert sei nur an die Fehlerfolgenregelungen oder an die Detailprobleme des Verwaltungskooperationsrechts⁹². In nicht allzu ferner Zukunft dürfte daher mit Recht der Ruf nach einer Kodifizierung der allgemeinen Grundsätze des gemeineuropäischen Verwaltungsrechts ertönen, schon um nicht durch ein unüberschaubares Dickicht gemeinschaftsrechtlicher verfahrensrechtlicher Regelungen des Binnenmarkts zu behindern. Im Europäischen Mehrebenensystem stellt sich das Systemisierungs- und Kodifizierungsproblem neu. Die Dienstleistungsrichtlinie sollte diesbezüglich nicht so sehr als Bedrohung bewährter Institute des Deutschen Verwaltungsrechts, sondern als Chance zur notwendigen Verwaltungsreform und stärkeren dogmatischen Durchdringung des gemeineuropäischen Verwaltungsrechts begriffen werden⁹³.

Privatdozent Dr. iur. habil. Utz Schliesky

⁷⁹ Badura, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 30), § 37 Rn. 38.

⁸⁰ S. etwa *Süddeutsche Zeitung* vom 10.1.2005, S. 21.

⁸¹ Clausen, in: Knack (Fn. 26), vor § 4 Rn. 2 m.w.N.

⁸² Zur Entstehungsgeschichte *Meyer-Teschendorf*, DÖV 1988, 901 ff.; s. auch *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, 1998, Art. 35 Rn. 4.

⁸³ Abstrakt ebenso *Schmidt-Abmann* (Fn. 34), 1/67.

⁸⁴ Diese betont noch *Danwitz*, DVBl. 1998, 421 ff.

⁸⁵ *Schmidt-Abmann* (Fn. 34), 1/61, 63.

⁸⁶ Vorbilder für den einheitlichen Ansprechpartner und die europäische Amtshilfe finden sich insbesondere in der Verordnung (EG) Nr. 2073/2004 des Rates vom 16. November 2004 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet der Verbrauchsteuern (ABl. EG 2004 Nr. L 359/1) und in der Verordnung (EG) und in der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“; ABl. EG 2004 Nr. L 364/1).

⁸⁷ *Schoch*, Die Verwaltung 1998, Beiheft 2, dem folgend *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 823.

⁸⁸ *Michaels*, Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 215 ff.; *Schmidt-Abmann* (Fn. 34), 7/35, 50; s. auch *Ruffert*, Die Verwaltung 34 (2001), 453 (458 ff.); zur Ableitung der Kooperationspflicht von Verwaltungsbehörden aus den Grundfreiheiten ausführlich *Sydow*, S. 30 ff.

⁸⁹ Verwendung des Begriffs auch bei *P. M. Huber*, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat - Kirche - Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1165 (1176); in der Sache ebenso *Schmidt-Abmann* (Fn. 34), 7/17; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl. 1999, § 21 Rn. 12.

⁹⁰ Z.B. Richtlinie 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, vom 17.11.2003, ABl. EG Nr. L 345/90 vom 31.12.2003.

⁹¹ Zutreffend spricht *P. M. Huber* (Fn. 76), S. 1165 (1175) davon, dass sich durch die Europäisierung „das nationale Gesetz vom entscheidenden Bezugspunkt für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, von einem Demokratie und Rechtsstaat sichernden und optimierenden Steuerungsinstrument für das Verwaltungshandeln, mehr und mehr zu einem Zufallsgenerator gewandelt hat, der die Systemkompatibilität der geregelten Gegenstände kaum noch gewährleisten kann.“

⁹² S. auch *Schmidt-Abmann* (Fn. 34), 7/49.

⁹³ In diesem Sinne auch *Classen*, NJW 1995, 2457 (2464); *P. M. Huber* (Fn. 76), S. 1165 (1176).

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Wirtschaft und Arbeit
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 15(9)1948

26. Mai 2005

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 30. Mai 2005 in Berlin zum

Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt - EU-Drucksache 5161/05 -**

Prof. Dr. Volker Rieble, Universität Mannheim

Stellungnahme zum Entwurf einer EG-Dienstleistungsrichtlinie (aus arbeitsrechtlicher Sicht)**I. Spannung zwischen Wettbewerb und Arbeitnehmerschutz**

Die Dienstleistungsfreiheit als Markt- und Wettbewerbsfreiheit nach Art. 49 EGV ist auch in Deutschland zwingendes Recht. Sie soll durch eine Dienstleistungsrichtlinie effektiert werden. Deren zentraler Aspekt zur Förderung des Wettbewerbs im Europäischen Wirtschaftsraum ist das Herkunftslandprinzip.

Nichts mit der Dienstleistungsfreiheit zu tun hat die Niederlassungsfreiheit. Wenn ein britisches Unternehmen eine Niederlassung in Deutschland begründet, greift für die dort beschäftigten Arbeitnehmer nicht die Dienstleistungsrichtlinie – auch wenn das Unternehmen Dienstleistungen erbringt. Deswegen gilt auch kein Herkunftslandprinzip, sondern es greift das Recht des deutschen Staates, mit sogenannten Eingriffsnormen (Art. 34 EGBGB) auch bei ausländischer Rechtswahl diese Arbeitsverhältnisse zu ordnen. Die Behauptungen mancher Gewerkschaften in dieser Hinsicht sind abseitig.

Weil die Dienstleistungsfreiheit das Recht des EU-Unternehmers umfaßt, eigenes Personal mitzubringen, führt das Herkunftslandprinzip dazu, daß die Arbeitsbedingungen aus dem Herkunftsland importiert werden. Dies führt zu einer nachhaltigen Verschärfung des Wettbewerbs auf der Arbeitskostenseite – weil Deutschland, vor allem sein Westen – besonders teure Arbeitsbedingungen aufweist. Der Dienstleistungswettbewerb bedroht also den „sozialen Besitzstand“ der deutschen Arbeitnehmer: Entweder müssen sie ihre Arbeitsbedingungen absenken um im Wettbewerb mithalten oder sie werden vom Markt verdrängt, weil ihre Arbeitgeber mit hohen Arbeitskosten nicht wettbewerbsfähig sind. Das aber ist kein Spezifikum des Marktes für Dienstleistungen. Für Produktionsbetriebe sind die Arbeitskosten nicht weniger ein preisbildender Wettbewerbsfaktor. Nur

führt der Wettbewerb dort zur Abwanderung aus Deutschland. Der Unterschied liegt also darin, daß die EU-Dienstleistungsunternehmen sich innerhalb Deutschlands betätigen und damit dem Zugriff des deutschen Gesetzgebers unterliegen. Der Standortverlagerung ins Ausland kann das deutsche Recht nicht begegnen. Innerhalb der EU ist die Standortverlagerung zudem von der Niederlassungsfreiheit geschützt, die auch die Freiheit zum Wegzug umfaßt.

Diese Spannung zwischen Wettbewerb und Arbeitnehmerschutz ist schließlich kein Sonderproblem der grenzüberschreitenden unternehmerischen Betätigung. Wettbewerbsvorteile durch „billigere“ Arbeitsbedingungen treten ebenso innerdeutsch auf. Das betrifft

- die tariffreien Arbeitgeber, die nach deutschem Tarifrecht (außer im Ausnahmefall der Allgemeinverbindlicherklärung) nicht an Tarifverträge gebunden sind und deswegen vor allem mit geringeren Entgelten und längeren Arbeitszeiten bei gleichem Entgelt Wettbewerbsvorteile erzielen können;
- das Tarifgefälle zwischen unterschiedlichen Tarifgebieten derselben Branche innerhalb Deutschlands – schon innerhalb Westdeutschlands, erst recht aber im Verhältnis zum Osten;
- das Tarifgefälle für Hilfs- und Nebentätigkeiten der Primärbranche zu einschlägigen branchenfremden Tarifverträgen (etwa: Logistik und Spedition nach Metall- und Chemietarifen im Verhältnis zum Tarifvertrag des Transportgewerbes);
- die Leiharbeit.

Solcher Wettbewerb ist grundsätzlich erlaubt, weil es keinen Rechtssatz gibt, daß Arbeitsbedingungen vor Unterbietungswettbewerb zu schützen sind. Weder gibt es einen Rechtsgrundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit (am gleichen Ort)“ (dabei handelt es sich um eine tarifpolitische Forderung, die die DGB-Gewerkschaften selbst nicht durchhalten können – Leiharbeit, gleiche Tä-

tigkeiten in verschiedenen Tarifwerken). Ein Einheitslohn für dieselbe Tätigkeit am selben Ort könnte nur vom Staat verordnet werden und wäre das Ende der Tarifautonomie.

Das Regelwerk der EG trägt dem Arbeitnehmerschutz mit der Entsenderichtlinie Rechnung. Sie schreibt in ihrer derzeitigen Form eine generelle Erstreckung inländischer Arbeitsbedingungen auf entsandte EU-Ausländer nur im durch den Anhang der Richtlinie definierten Bereich der Bauwirtschaft vor, weil nur dort neben den staatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften auch die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge erfaßt sind. Ansonsten bleibt es bei der Geltungserstreckung nur der hoheitlich durch den Staat vorgegebenen Arbeitsbedingungen – also bei den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften iSv § 7 AEntG (Höchstarbeitszeit nach dem ArbZG, Mindesturlaub nach dem BUrlG, Arbeitsschutz, Mutterschutz). Doch darf jeder Mitgliedsstaat nach Art. 3 Abs. 10 2. Spiegelstrich der Entsenderichtlinie auch die Tarif-erstattung in anderen Branchen als der Baubranche vornehmen.

Allgemeine staatliche Mindestentgelte sind zwar ohne weiteres europarechtskonform und werden auch in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AEntG genannt, doch gibt es in Deutschland (anders als in anderen EU-Staaten) keinen staatlich festgesetzten Mindestlohn für Arbeitnehmer, weil das einschlägige Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen restriktiv formuliert ist und der politische Wille bislang mit Rücksicht auf die Tarifparteien keine staatliche Einmischung in die Lohnfestsetzung deckt. Praktisch gibt es staatliche Mindestentgelte nur im Bereich der Heimarbeit, nach den Sondervorschriften des HAG.

II. Schutzpflicht des Staates

Wettbewerbsdruck kann zur Ausbeutung von Arbeitnehmern führen. Hiergegen muß der Staat grundsätzlich vorgehen: Ihn trifft zugunsten der (deutschen) Arbeitnehmer eine Schutzpflicht aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, die sich gerade auch auf extrem belastende Arbeitsbedingungen bezieht. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet seinerseits den Staat zur Gewährleistung eines Existenzminimums (Sozialhilfe). Nun wird gelegentlich eine Zusammenfassung beider Schutzgedanken dahin vertreten, daß der Staat Mindestentgelte durchsetzen könne und müsse, die den Arbeitnehmern ein Existenzminimum gewährleisten. Das ist aus zwei Gründen falsch gedacht: Die Schutzpflicht des Art. 12 Abs. 1 GG ist arbeitsvertragsbezogen und soll vor der konkreten Ausbeutung des einzelnen Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber bewahren. Damit aber steht diese Schutzpflicht unter Markt- und Wettbewerbsvorbehalt: Der Arbeitgeber kann nicht verpflichtet werden, als Beschäftigungsgesellschaft im Staatsauftrag unrentable Arbeitsplätze aufrechtzuerhalten. Der Arbeitgeber kann auch nicht verpflichtet werden, Versorgungslöhne zu zahlen, weil Gerechtigkeitsmaßstab im Arbeitsverhältnis nicht der einseitige Einkommensbedarf des Arbeitnehmers ist, sondern die Austauschgerechtigkeit, die den (Produktivitäts-)Wert der Arbeit einbezieht. Den Arbeitgeber trifft keine sozialstaatliche Versorgungspflicht; er ist nicht Unterhaltsschuldner des Arbeitnehmers. Eine strikt einseitig absolute Grenze gibt es nur beim Gesundheitsschutz: eine gesundheitliche Ausbeutung des Arbeitnehmers kann durch Markt- und Wettbewerbsaspekte nicht gerechtfertigt werden.

Die Schutzpflicht des Staates aus dem Sozialstaatsprinzip steht ihrerseits nicht unter Marktvorbehalt. Denn der Staat kann und muß durch Steuern ggf. das erforderliche Umverteilungsaufkommen bereitstellen – und seine Staatsaufgabe mit Hilfe aller Steuerbürger – und nicht nur der Arbeitgeber – finanzieren. Eine staatsfinanzierter Mindestunterhalt (Sozialhilfe) wirkt faktisch wie ein Mindestlohn.

Nicht unter Schutzpflicht stehen die deutschen Gewerkschaften. Die Koalitionsfreiheit ist Programm für kollektive Selbsthilfe und gegen die Staatshilfe. Wenn sich Gewerkschaften mit ihren Tarifforderungen am Markt aufgrund des internationalen Wettbewerbs nicht durchsetzen können, haben sie keinen Anspruch darauf, daß ihnen der Staat durch Intervention zum Erfolg verhilft. Kennzeichnend für den Koalitionsbegriff ist gerade die Unabhängigkeit vom helfenden Staat. Zudem insinuiert diese Idee, daß tarifliche Arbeitsbedingungen überhaupt nicht „zu teuer“ sein können. Das Gegenteil ist richtig.

III. Protektionismus als Ausweg?

1. Eingriff in den Wettbewerb

Dem Wettbewerb läßt sich nur begegnen, indem der Staat interveniert. Dabei ist der Weg, den Zugang zum deutschen Markt zu begrenzen, nur für Unternehmen aus Drittstaaten gangbar (wie das mit den Aufenthaltstiteln im Rahmen der Ausländerbeschäftigung geschieht) – weil die Dienstleistungsfreiheit innerhalb der EG eine zwingende Vorgabe bedeutet. Deswegen kann auch der Begriff der Dienstleistung nicht einschränkend geregelt werden, etwa dadurch daß Dienstleistungen in Produktionsbetrieben ausgenommen werden.

Der Weg, den die deutsche Rechtsordnung seit längerem geht, ist die Erstreckung deutscher Mindestarbeitsbedingungen auf die unterbietende Konkurrenz (oft mit „Schmutzkonkurrenz“ oder „Lohn- bzw. Sozialdumping“ bezeichnet). Innerhalb der deutschen Tarifgebiete kann hierzu die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG genutzt werden. Daneben stehen Tariftreuerklärung und Lohngleichheit der Leiharbeit.

Die Allgemeinverbindlicherklärung versagt aber sowohl bei innerdeutschem Tarifgefälle, weil die Arbeitnehmerentsendung von einem Tarifgebiet zum anderen nicht erfaßt wird (es sei denn, es ist eine nach der BAG-Rechtsprechung zulässige bundesweit geltende Arbeitsortklausel zwischen den Tarifparteien vereinbart, die ihrerseits allgemeinverbindlich ist). Vor allem aber schützt die Allgemeinverbindlicherklärung des TVG nicht vor aus dem Ausland entsandten Arbeitnehmern, weil das internationale Privatrecht (EGBGB) bei Arbeitnehmerentsendung weithin zur Geltung des Heimatrechts führt und damit deutsche Tarifverträge insgesamt – also auch wenn sie für allgemeinverbindlich erklärt sind, ausblendet. Weil das EGBGB insoweit auf verbindlichem europäischen Recht (EVÜ) fußt, ist eine internationalprivatrechtliche Zuwendung zum Arbeitsortprinzip nur möglich, indem das EVÜ geändert wird. Auch dann bliebe aber das Problem, ob die Dienstleistungsfreiheit solches gestattet.

Wegen dieser IPR-Schwäche des TVG hat der Gesetzgeber das AEntG mit seiner besonderen auch gegenüber Ausländern wirkenden Allgemeinverbindlichkeit, insbesondere durch Rechtsverordnung geschaffen – begrenzt bislang auf die Bauwirtschaft und die Hafenschlepper. Das AEntG hat die Bauwirtschaft auch nicht ansatzweise vor dem Niedergang bewahrt.

2. Ordnungspolitische Bedenken

Bedenken hiergegen gründen vor allem auf die Einseitigkeit jedes Protektionismus, der stets nur die eigenen Arbeitnehmer schützt. Deutsche Unternehmen können im Ausland ohne weiteres Dienstleistungen erbringen und dabei ihre spezifischen Wettbewerbsvorteile eines Hochlohnlandes ausspielen: spezifisches Know-How, Humankapital der Mitarbeiter, technische Qualifizierung, Mindestlöhne wirken faktisch wie eine Abschottung des Inlandsmarktes – es soll sich gerade nicht mehr lohnen, aus dem Ausland hier Dienstleistungen anzubieten. Damit wird den Arbeitnehmern aus der EU ihr einziger Wettbewerbsvorteil genommen: der geringe Preis ihrer Arbeit, der in die Preiskalkulation der Dienstleistungsunternehmen eingeht. Insofern gibt es auch keinen Anhaltspunkt, solchen Unterbietungswettbewerb als „unfair“ zu qualifizieren, wie das mit dem Wort „Lohndumping“ geschieht. Daß Arbeitnehmer aus EU-Staaten vor allem deswegen billiger anbieten können, weil die heimatischen Lebenskosten für sie günstiger sind, begründet keinen Vorwurf des Verkaufs unter Gestehungskosten (Dumping). Vielmehr ist dies Ausdruck eines „natürlichen“ Wettbewerbsvorteils, der in einem einheitlichen Binnenmarkt langsam durch Preis Anpassung schwindet. Die Absurdität des Dumpingvorwurfes wird deutlich, wenn man die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in Deutschland betrachtet. Hier ist noch niemand auf die Idee verfallen, Arbeitnehmern aus dem Osten oder dem ländlichen Raum, gegenüber denen aus teuren Ballungsräumen einen Dumpingvorwurf zu machen.

Der Dienstleistungsmarkt wird so zur Einbahnstraße: Die deutschen Arbeitnehmer nutzen ihre spezifischen Wettbewerbsvorteile und hindern die EU-Ausländer eben hieran. Mit dem Ideal eines gleichberechtigten Binnenmarktes, in dem jedes Unternehmen seine Wettbewerbsvorteile zur Geltung bringen kann, ist das schwerlich vereinbar. Zudem trifft es gerade die ehemaligen Ostblockstaaten, die unter der Teilung Europas besonders gelitten haben und einen enormen wirtschaftlichen Aufholbedarf haben. Ihnen steht keine Unterstützung durch einen Wiedervereinigungspartner zur Seite; sie müssen aus eigener Kraft bestehen. Ihnen ihre Marktchancen durch Staatsintervention zu beschneiden, kann man als unfairen Wettbewerb werten. Wie sich dies auf die Akzeptanz der europäischen Wettbewerbsordnung in den benachteiligten Staaten auswirkt, kann man nicht abschätzen. Allerdings wird auf der anderen Seite in Deutschland so die Lohnangleichung nach unten verhindert, was wiederum Wettbewerbschancen der deutschen Unternehmen schmälert.

IV. Folgenabschätzung

1. Gefahr für die Tarifautonomie

Jeder Protektionismus greift in Freiheitsrechte ein: Ihm geht es gerade um die Beschneidung der Marktfreiheiten, also der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit. Nun mag man dies angesichts der Schutzpflicht für gerechtfertigt halten. Mindestlöhne greifen aber auch in die Tarifautonomie ein:

- Einmal müssen Mindestlöhne ihrerseits tariffest sein, so daß es – anders als beim normalen Tarifvertrag – nicht mehr möglich ist, den geltenden Mindestlohntarif durch einen Sanierungstarifvertrag im Fall der Unternehmenskrise zu unterschreiten. Die Tarifparteien

begeben sich also eines Teils ihrer Tarifmacht und Tarifverantwortung.

- Schwerer wiegt der institutionelle Schaden für das Tarifsysteem: Die spezielle tarifliche Gegenmachtbildung basiert darauf, daß die Tarifparteien die gegenläufigen Interessen ihrer Mitglieder zum Ausgleich bringen und dadurch die Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder zum gerechten Ausgleich bringen. Ein Mindestlohnsystem dagegen zielt auf das übereinstimmende Interesse beider Tarifparteien an der Marktabschottung zu Lasten Dritter – der ausländischen Konkurrenten. Das ist in der Bauwirtschaft deutlich geworden und zeigt sich nun auch am Gebäudereinigungshandwerk. Dadurch daß diese Tarifentgelte für alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch in Deutschland gelten, wird die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft in der Tarifpartei entwertet. Kein Arbeitnehmer und kein Arbeitgeber kann dem Tarifvertrag – jedenfalls in Ansehung des Mindestlohns – die Legitimation durch Austritt entziehen. Das schwächt die Legitimationsidee der Koalitionsfreiheit. Und wird den Organisationsgrad nicht stärken, sondern schwächen, weil die Arbeitnehmer auch ohne Gewerkschaftsmemberschaft in den Genuß des Mindestschutzes gelangen. Umgekehrt haben die nachteilig betroffenen Ausländer (unternehmen wie Arbeitnehmer) keine Möglichkeit, ihre Interessen an der Regelung ihrer Arbeitsbedingungen geltend zu machen. Tarifregelung mutiert von der kollektiven Selbstbestimmung zur legitimationslosen staatsgestützten Fremdbestimmung.
- Schließlich geraten die Tarifparteien so in die Gefahr der Staatsabhängigkeit. Denn der Staat trägt die Verantwortung für die Geltungserstreckung der Mindestlöhne auf die Außenseiter. Wenn sich jemals in der zuständigen Arbeitsbehörde die Erkenntnis durchsetzt, daß zu hohe Mindestlöhne beschäftigungsfeindlich wirken können, kann der Staat die spezifische Allgemeinverbindlicherklärung davon abhängig machen, daß die Tarifparteien die eine hinreichend niedrige Mindestlohnregelung treffen. Denkbar ist es auch, daß Anhänger der Gemeinwohlbindung des Tarifvertrages die Allgemeinverbindlicherklärung von anderweitigen tariflichen Rücksichtnahmen auf wirtschaftspolitische Vorstellungen des Staates abhängig machen, um die „schädliche Gesamtwirkung“ einzugrenzen. Ich hielte dies aus Systemgedanken heraus für fatal, würde aber einer jeden Regierung dazu raten.

2. Vollzugsdefizite

Staatsprotektionismus durch Wettbewerbsbeschränkung zielt darauf, zwei Vertragsparteien, die übereinstimmend „wettbewerbsgünstige“ Arbeitsbedingungen wollen, dies im Drittinteresse der zu schützenden Konkurrenz zu verbieten. Dementsprechend suchen die Vertragsparteien nach Umgehungsmöglichkeiten, wie sie aus der Bauwirtschaft hinreichend bekannt sind. Insbesondere die entgeltlose Mehrarbeit, die letztlich zu einem den Mindestlohn deutlich unterschreitenden Stundensatz führt, wird umfassend genutzt. Aber auch Kompensationszahlungen im Heimatland (Antrittsgelder) kommen vor. Will der Staat dies unterbinden, muß er einen massiven Kontrollaufwand betreiben. Es ist aber nicht möglich, neben jeden Dienstleistungsarbeitnehmer einen Zollbeamten als Aufpasser zu stellen. So führt die Staatsintervention zum

massiven Gesetzesbruch. Das beschränkt nicht nur die Wirksamkeit der Maßnahme bis hin zur Untauglichkeit. Es untergräbt vor allem die Akzeptanz des regulierenden Staates und seiner Gesetze, auf die jeder Rechtsstaat angewiesen ist. Insofern steht zu befürchten, daß diejenigen, die solche Mindestentgelte nicht einhalten, dann auch nicht einsehen, daß sie sich an andere Regeln halten sollen. Illegalität wird gefördert.

3. Kosten- und Beschäftigungswirkungen

Jedes regulierte Mindestentgelt wird prinzipiell preistreibend und damit nachfragedämpfend. Dabei macht es keinen Unterschied, ob nur eine Lohnsenkung verhindert wird oder die Entgelte angehoben werden. In jedem Fall erzeugen Mindestentgelte im Vergleich zu (hypothetischen) niedrigeren Marktentgelten für negative Beschäftigungseffekte.

Gerade bei Dienstleistungen wird so ein Anreiz geschaffen, die Leistung als solche ins Ausland zu verlagern, wo die deutschen Mindestentgelte nicht greifen. Am aktuellen Beispiel der Schlachthöfe: Was soll „den Markt“ davon abhalten, die Schlachttiere nach Polen zu transportieren, dort schlachten zu lassen und das Fleisch im Zuge der Warenverkehrsfreiheit zurückzufahren? Im Bereich der Produktion sorgt der transnationale Wettbewerb mit seinem Lohngefälle lange schon für Standortverlagerungen. Es ist nicht ersichtlich, weswegen Dienstleister hiervon verschont werden sollen. Im Gegenteil kann eine solche künstliche Verteuerung industrienaher Dienstleistungen dazu führen, daß sogar verstärkt Produktionsbetriebe abwandern, weil es ihnen nicht möglich ist, ihre Dienstleistungskosten im Inland zu senken.

Gefehlt hiervon sind nur ortsgebundene Dienstleistungen – wie eben das Baugewerbe. Darin liegt auch der Grund, weswegen das AEntG dieses und die hafengebundene Seeschiffahrtsassistenten herausgegriffen hat. Ortsgebunden ist auch das Gebäudereinigungshandwerk und die Gastronomie. Hier liegt nur eine besondere Schutzfähigkeit vor – aber keine besondere Schutzbedürftigkeit. Bei nicht ortsgebundenen Dienstleistungen können solche Wettbewerbsnachteile die Tarifparteien sogar davon abhalten, Mindestentgelte zu vereinbaren oder deren Allgemeinverbindlicherklärung zu beantragen. Wer Lohnkosten durch Intervention verteuert, muß sagen, wer dies bezahlen soll. Schlußendlich ist das der deutsche Verbraucher, dem der Eingang dieser Kostenvorteile preisgünstiger Dienstleistungen in die Preisgestaltung der von ihm erworbenen Leistung verwehrt wird. So gesehen wirkt sich ein Mindestentgelt wie eine Verbrauchssteuer aus, aus deren Ertrag eine Lohnsubvention finanziert wird. Es liegt nicht anders, als bei den Mindest-Einspeisevergütungen für regenerative Energien, die ebenfalls der Verbraucher bezahlen muß.

V. Lösungsmöglichkeiten

Der vergrößerte Binnenmarkt erzeugt mit seinem Wettbewerbsdruck für die deutsche Wirtschaft erhebliche Anpassungslasten. Wie soll man mit diesen umgehen? Statt sofort nach der Staatsintervention zu rufen, müssen alle Lösungsmöglichkeiten durchdacht werden:

- Zu erwägen ist zuerst, nichts zu tun, sondern dem Wettbewerb (wie in der von der Standortverlagerung bedrohten Produktion) Lauf zu lassen und darauf zu setzen, daß eine Marktanpassung erfolgt. Dem Schutz der schlechtbezahlten Arbeitnehmer könnte und müßte dann durch Ergänzungs-Transferleistungen des Staates erfolgen – sei es der Kombilohn oder die negative Einkommenssteuer (earned income tax). Hält man sich vor Augen, daß auch Mindestlöhne als Quasi-Verbrauchssteuer wirken, ist das keine erschreckende Alternative.
- An zweiter Stelle steht die staatliche Regulierung. Hier sind nicht nur branchenspezifische Mindestlöhne nach Art des AEntG zu erwägen.
- Alternativ kommt die Aktivierung des Gesetzes über Mindestarbeitsbedingungen in Betracht. Damit könnte nach dem Vorbild anderer europäischer Staaten ein allgemeiner Mindestlohn für alle Branchen festgesetzt werden, der aber entsprechend niedrig ausfällt (zwischen 5 und 7 €). Dem Gedanken, Arbeitnehmern ein für den Lebensunterhalt genügendes – allerdings bescheidenes – Mindesteinkommen (im Wortsinne) zu verschaffen, könnte damit Rechnung getragen werden. Zugleich blieben die Marktentgelte anpassungsfähig. Der Wettbewerb hätte mehr Spielraum. Die Mitgliedschaft in einer Tarifpartei bliebe attraktiv und legitimatorisch bedeutsam. Freilich besteht die Gefahr, daß die Festsetzung zum Gegenstand politischer Auseinandersetzungen wird und in Wahlkampfzeiten zweckentfremdet wird. Auch hierfür bietet das Ausland Beispiele. Hiergegen wären institutionelle Vorkehrungen zu treffen.
- Schließlich ist eine Verschärfung des Lohnwucherstatbestandes denkbar, der schon bei einer bloß objektiven Unterschreitung des marktüblichen Entgeltes (nicht: des Tarifentgeltes, das kein allgemeingültiger Maßstab ist) um einen bestimmten Prozentsatz (etwa 30-25%) korrigierend eingreift. Auch dadurch bliebe Entgeltflexibilität gewahrt.

Die Entscheidung über die Bewältigung des Anpassungsdrucks ist eine politische und keine verfassungsrechtliche. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Einschnitte in die Dienstleistungsfreiheit zulässig. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Verfassungsbeschwerde gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz nicht zur Entscheidung angenommen – allerdings nur durch eine Kammer. Sicher ist es richtig, die zentralen Fragen der Tarifautonomie als Institutsgarantie einer Senatsentscheidung zuzuführen, weswegen der Gang zum BVerfG empfohlen werden muß. Das ändert aber nichts daran, daß die derzeitige Rechtsprechungslage die regulative Verantwortung der Politik und ihrem Einschätzungsspielraum zuweist. Dieser Verantwortung muß sowohl die EG mit der Dienstleistungsrichtlinie wie der deutsche Staat bei der Nutzung der Handlungsspielräume der Entsende-richtlinie gerecht werden.