

Juristische Fakultät

Universität Hannover, Professor Dr. Wolf, Königsworther Platz 1, D-30167 Hannover

An den

Vorsitzenden des Rechtsausschusses des
Deutschen Bundestags
Herrn Andreas Schmidt (Mühlheim), MdB

**Lehrstuhl für
Bürgerliches Recht,
Deutsches, Europäisches
und Internationales
Zivilprozessrecht**

Univ. Professor Dr. Christian Wolf

Königsworther Platz 1
D-30167 Hannover

Tel + 49 (0)511.762-8269/68
Fax + 49 (0)511.762-19840

wolf@jura.uni-hannover.de
www.jura.uni-hannover.de/wolf

Hannover, den 09.05.2005

**Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages
zu dem Vermerk des Generalsekretärs des Rates**

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

Ratsdok.-Nr: 5161/05

**Bearbeitet von Professor Dr. Christian Wolf
in Zusammenarbeit mit Wiss. Ass. Sonja Lange**

I. Einleitung

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaft hat am 25.2.2004¹ den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vorgelegt. Der Richtlinienvorschlag baut auf dem Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament mit dem Titel „Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen“ auf.² Meine Stellungnahme bezieht sich sowohl auf den Vorschlag der Kommission in der Fassung des Vermerks des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe „Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum“³ (nachfolgend Kommissionsentwurf genannt) als auch auf den Entwurf eines Berichts des Europäischen Parlaments⁴ (nachfolgend Gebhardt-Entwurf genannt).

II. Steuerungsfunktion des Wirtschaftsrechts

Aufgabe des Wirtschaftsrechts ist die Steuerungsfunktion des Verhaltens der am Wirtschaftsleben beteiligten Personen.⁵ Wesentlicher Zweck der Steuerungsfunktion ist der Rechtsgüterschutz der Mitbewerber und Abnehmer. An diesem Steuerungsprozess wirken zahlreiche Normen der klassischen Rechtsgebiete des öffentlichen Rechts, Zivilrechts und Strafrechts mit.⁶ Erst aus einer Zusammenschau der unterschiedlichen Rechtsnormen im Hinblick auf ihre Steuerungsfunktion für die Wirtschaft lässt sich das Schutzniveau, welches eine Rechtsordnung zur Verfügung stellt, erschließen. Dabei kann das Schutzziel vorwiegend privat- oder öffentlich- oder strafrechtlich verwirklicht werden. Die einzelnen Teilrechtsgebiete bilden folglich im Hinblick auf die Steuerungsfunktion wechselseitige Auffangordnungen.⁷

Dies kann an folgendem Beispiel veranschaulicht werden:

Die Gebäudesicherheit lässt sich sowohl durch ein rigides baurechtliches Genehmigungsverfahren als auch durch die präventive Wirkung strafrechtlicher Sanktionsnormen (fahrlässige Tötung, fahrlässige Körperverletzung) oder durch eine Zulassungsqualitätskontrolle der an der Bauausführung Beteiligten bzw. massive staatliche Bauüberwachungen bzw. ein mit Strafcharakter ausgestattetes zivilrechtliches Haftungsregime verwirklichen.

Welchen Anteil die dogmatischen Teildisziplinen am Steuerungssystem haben, ist in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen verschieden und zum Teil in der jeweiligen Rechts-tradition begründet. Um zwei grundverschiedene Steuerungskulturen zu benennen: Die USA

¹ KOM (2004) 2 endgültig/2.

² KOM (2002) 441 endgültig.

³ 5161/05.

⁴ Vorläufig 2004/0001 (COD)

⁵ *Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der BRD, Darmstadt 1977, S. 4f.

⁶ *Steindorff*, a.a.o., S. 5.

⁷ *Hoffmann-Riem*, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261, 270 f.

setzen traditionell auf ein zivilrechtliches Haftungssystem, während in Deutschland die administrative Kontrolle nach wie vor im Vordergrund steht.⁸

(vgl. Anlage 2 bis 4)

III. Regelungsgrundprinzipien

Der Kommissionsentwurf baut auf dem Herkunftslandprinzip auf (Art. 16 Abs. 1). Demgegenüber führt der Gebhardt-Entwurf eine Kombination von Ziellandprinzip und dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1) ein. Beide Entwürfe leiden diesbezüglich an einer begrifflichen Unschärfe.

1. Begriffliche Klärung

Allgemein wird aus Sicht des Internationalen Privatrechts und des Internationalen Zivilverfahrensrechts zwischen Anwendung, Anerkennung und Internationaler Zuständigkeit grundsätzlich unterschieden. Diese Unterscheidung hat über das IPR und IZPR hinaus systemprägenden Charakter.

„Anwendung“ bedeutet dabei zunächst die Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter eine bestimmte Norm. Aufgabe des Kollisionsrechts ist es, der für die Rechtsanwendung zuständigen Stelle das anzuwendende Sachrecht zur Verfügung zu stellen. „Anerkennung“ bedeutet demgegenüber die Wirkungserstreckung einer ausländischen Entscheidung in das Inland.

Begriffliche Schwierigkeiten haben sich eingeschlichen, weil man die Anwendung ausländischer öffentlich-rechtlicher Normen ursprünglich grundsätzlich nicht für möglich hielt. Deshalb hat sich der verwirrende Begriff der „Rechtsnormanerkennung“ eingeschlichen. Jede Anerkennung ausländischer Rechtsnormen ist im Ergebnis nichts anderes als „Anwendung“ ausländischen Rechts.⁹

Schließlich wird im Internationalen Zivilprozessrecht noch der Begriff der internationalen Zuständigkeit verwendet. Hierunter versteht man die Frage, ob ein Staat unabhängig vom anzuwendenden Recht für eine bestimmte Maßnahme die Entscheidungszuständigkeit hat.

Unter dem Herkunftslandprinzip versteht der Kommissionsentwurf beides: Einerseits die „Anwendung“ der Regelungen des Herkunftslandes durch die zuständigen staatlichen Stellen (Behörden und Gerichte) des Landes, in dem die Dienstleistung erbracht wird (Zielland) sowie andererseits die „Anerkennung“ der im Herkunftsland getroffenen Entscheidungen der staatlichen Stellen (Behörden und Gerichte) in Bezug auf die im Zielland zu erbringenden

⁸ Vgl. hierzu J. Fischer, Für einen neuen Gesellschaftsvertrag, 1998, S. 187.

⁹ Vgl. Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. (1961), S. 4; v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. (2003), § 4 Rn. 78.

Dienstleistungen. Implizit setzt die Anerkennung der im Herkunftsland getroffenen Entscheidung dessen Internationale Entscheidungszuständigkeit voraus.

Vergleichbares gilt für den Gebhardt-Entwurf: Unter dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wird sowohl die Anerkennung einer im Herkunftsland getroffenen Entscheidung, als auch die Anwendung der Normen des Herkunftslandes durch die staatlichen Stellen (Gerichte und Behörden) des Ziellandes verstanden. Unter dem Ziellandprinzip wird einerseits die Bestimmung des Staates verstanden, der zum Erlass der kontrollierenden Maßnahme zuständig ist (internationale Entscheidungszuständigkeit) und zum anderen die Bestimmung des in der Sache anzuwendenden Rechts.

Hinzu kommt noch folgende Besonderheit des Wirtschaftsverwaltungsrechts: Regelmäßig bedient sich das Wirtschaftsrecht zweier Instrumentarien zur Sicherstellung des Rechtsgüterschutzes, nämlich der Genehmigung einer bestimmten Tätigkeit und der Überwachung. Die Unterscheidung in anzuwendendes Recht, internationale Entscheidungszuständigkeit und Anerkennung kann sich folglich auf beide Einwirkungsinstrumentarien des Wirtschaftsverwaltungsrechts beziehen. Denkbar ist daher, dass das Herkunftsland nach seinem Recht die Genehmigung für eine bestimmte Tätigkeit erteilt und diese Genehmigungsentscheidung im Zielland anerkannt wird, jedoch das Zielland für die Überwachung der Dienstleistung nach dem Recht des Herkunftslandes oder nach eigenem Recht zuständig ist. Die Überwachung der Tätigkeit kann aber auch dem Herkunftsland übertragen werden. Hiervon zu separieren ist wiederum die Frage, ob für das auf die Überwachung anzuwendende Recht das Recht des Ziellandes oder des Herkunftslandes maßgebend sein soll.

(vgl. Anlage 1)

Die terminologischen Unschärfen beider Richtlinienentwürfe erschweren den Zugang zu den tatsächlichen Regelungen bzw. verschleiern deren Inhalt.

2. Rechtstheoretische Richtigkeit des Herkunftslandprinzips

Ein striktes Herkunftslandprinzip bedeutet, dass auf die im Zielland zu erbringende Dienstleistung ausschließlich die Rechtsordnung des Herkunftslandes anzuwenden ist und auch ausschließlich vom Herkunftsland aus kontrolliert wird.

Geht man davon aus, dass die Standards des im Ergebnis erreichten Schutzniveaus in den EU- Mitgliedstaaten vergleichbar sind, stellt das Herkunftslandprinzip einen rechtstheoretisch vertretbaren Ansatz dar. Indem das gesamte Verhalten des Dienstleistungserbringers seiner Heimatrechtsordnung unterstellt wird, kann sichergestellt werden, dass dieser durch eine Kombination der auf seine Tätigkeit anwendbaren öffentlich-rechtlichen, strafrechtlichen und

zivilrechtlichen Vorschriften den Level des in allen Mitgliedstaaten bestehenden Schutzniveaus nicht unterläuft.

Beispiel: Mitgliedstaat A setzt zum Erreichen des Schutzniveaus auf die Einhaltung strenger Zulassungskriterien für die Aufnahme einer Tätigkeit, während Mitgliedstaat B so gut wie keine Zulassungsvoraussetzungen aufstellt, dafür aber strenge Durchführungsvorschriften und ggf. empfindliche Sanktionen für deren Nichteinhaltung vorhält. Erbringt nun ein Dienstleistungserbringer aus Land B eine Dienstleistung in Land A, so stellen die dort bestehenden strengen Zulassungsvoraussetzungen ein Hemmnis für den freien Dienstleistungsverkehr dar. Die Anwendung des Herkunftslandprinzips ermöglicht in diesem Fall dem Dienstleistungserbringer das einfache Tätigwerden im Land A, da nach dem nunmehr geltenden Recht seines Heimatlandes keine besonderen Zulassungsvoraussetzungen existieren. Das Schutzniveau wird zumindest rechtstheoretisch dadurch gewahrt, dass auch die Durchführung der Tätigkeit dem Heimatrecht unterliegt, so dass der Dienstleistungserbringer den Durchführungsvorschriften und Sanktionen seines Heimatrechtes unterliegt, die in Land A nicht vorgehalten werden.

Dieses entspricht auch der inneren Logik von Art. 249 Abs. 3 EGV für den über Richtlinien zu harmonisierenden Bereich. Art. 249 Abs. 3 EGV regelt ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie zwar nicht hinsichtlich der Regelungsziele, wohl aber hinsichtlich Form und Mittel frei sind. Damit soll den Besonderheiten der jeweiligen Rechtsordnung Rechnung getragen werden.¹⁰

So sieht der Kommissionsentwurf in Art. 26 Abs.1 a) vor, dass der Dienstleistungserbringer dem Dienstleistungsempfänger umfangreiche Informationen zur Verfügung stellt. Zum Beispiel: Falls die Tätigkeit einer Genehmigungsregel unterliegt, die Angaben zur zuständigen Stelle oder zum einheitlichen Ansprechpartner. Jenseits der Grenze der Effektivität ist die Wahl des Rechtsmittels frei. Denkbar ist, dass die Verpflichtung zur Information entsprechend den Informationspflichten im deutschen Darlehensrecht (§§ 491 ff. BGB) vertragsrechtlich sichergestellt werden, und zwar entweder als Wirksamkeitsvoraussetzungen, Widerrufsmöglichkeit oder Schadensersatz. Ebenfalls wäre aber denkbar, diese präventiv durch Bestimmungen des Ordnungswidrigkeitenrechts sicherzustellen. Gleichfalls denkbar wäre der Widerruf der Zulassung als Sanktion. Durch das strikte Herkunftslandprinzip könnte auch die bislang wenig durchdrungene Problematik der wirtschaftsstrafrechtlichen Sanktionsnormen der Blankettstrafgesetze besser gelöst werden.¹¹

Das Herkunftslandprinzip hat aber zwei Hauptprobleme. Zunächst setzt es voraus, dass innerhalb der Mitgliedstaaten eine echte Harmonisierung des Schutzniveaus erreicht ist. Dies dürfte bei weitem noch nicht der Fall sein. Zum zweiten ist *conditio sine qua non* des strikten

¹⁰ *Streinz/Schroeder*, EUV/EGV, § 249 EGV Rn. 87.

¹¹ Vgl. hierzu *Satzger*, JuS 2004, 943, 947.

Herkunftslandprinzips, dass die Herkunftsländer, die im Zielland begangenen Gesetzesverstöße mit dem gleichen Interesse verfolgen wie die Verstöße im Herkunftsland selbst. Auch hieran bestehen erhebliche Zweifel.

3. Rechtstheoretische Probleme des Ziellandprinzips

Das Ziellandprinzip als internationale Zuständigkeitsordnung (Art. 16 Abs. 2 Gebhardt-Entwurf) vermeidet zwar zunächst das Problem, dass die Behörden des Herkunftslandes nicht das notwendige Kontrollinteresse haben, indem die Dienstleistung durch diejenige Behörde kontrolliert wird, in deren Territorium sich die Rechtsverletzung manifestiert. Das Ziellandprinzip des Gebhardt-Entwurfs ist aber nicht mit einem strikten Gleichlaufprinzip verbunden dergestalt, dass aus der Kontrollzuständigkeit auch in jedem Fall die Anwendung der innerstaatlichen Normen folgen würde. Vielmehr bekennt sich der Gebhardt-Entwurf mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auch zu einer kollisionsrechtlichen Norm, welche in bestimmten Fällen die Anwendung der Normen des Herkunftslandes im Zielland vorschreibt. Rechtstheoretisch setzt das Ziellandprinzip aber, soweit es mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als Kollisionsnorm ausgestaltet ist, die Anwendung mitgliedstaatlicher öffentlich-rechtlicher Normen voraus. Infolge der Arbeit von *Klaus Vogel* ging man bislang überwiegend davon aus, dass es staatstheoretisch ein öffentlich-rechtliches „IPR“ nicht geben könne. Der Staat dürfe stets nur sein eigenes öffentliches Recht, nicht aber wie im IPR üblich ausländisches öffentliches Recht anwenden. Die Problematik dürfte aber dadurch entschärft sein, dass sich mittlerweile im Bereich des harmonisierten Binnenmarktes die Anwendung mitgliedstaatlicher öffentlich-rechtlicher Normen zunehmend durchsetzt.¹²

Schwierigkeiten ergeben sich hier aber gleichfalls in Bezug auf das Wirtschaftsstrafrecht. Das Wirtschaftsstrafrecht ist nach wie vor nicht harmonisiertes nationales Recht. Insbesondere im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts bedient sich der Gesetzgeber regelmäßig sog. Blankettstrafnormen. Hierunter versteht man Strafnormen, die den Tatbestand nicht selbständig formulieren, sondern bezüglich der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen auf andere Normen verweisen. Hierbei sind dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen enge Grenzen gesetzt. Zum einen darf das für strafbar erklärte Verhalten nach dem Akzessorietätsgrundsatz des Strafrechtes nicht nach anderen Normen erlaubt sein. Verweist die Deutsche Blankettstrafnorm auf eine Deutsche Verwaltungsvorschrift, die aber für den Dienstleistungserbringer unbeachtlich ist, weil für ihn aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie eine Verwaltungsnorm eines anderen Mitgliedstaates maßgebend ist, die ein entsprechendes Verhalten erlaubt, entfällt nach dem Akzessorietätsgrundsatz bereits die Strafsanktion. Eine Verweisung auf die entsprechenden Verwaltungsnormen der EG-Mitgliedstaaten wäre zwar grundsätzlich denkbar, unterläge aber wegen des strafrechtlichen

Bestimmtheitsgrundsatzes engen Grenzen. So wird die dynamische Verweisung auf EG-Verordnungen nur ausnahmsweise für zulässig gehalten. Zur kollisionsrechtlichen Verweisung auf ausländische Normen fehlen bislang Untersuchungen.¹³

Schon allein wegen der Ziellandkontrollzuständigkeit dürfte dennoch der Gebhardt- Entwurf dem Kommissionsentwurf vorzugswürdig sein.

III. Anwendungsbereich der Richtlinie

Sowohl der Kommissions- als auch der Gebhardt-Entwurf verfolgen einen horizontalen Ansatz. Hierunter versteht man nicht die Regelung bestimmter Tätigkeiten (sektorale Regelung) sondern eine bereichsübergreifende Regelung unterschiedlichster Tätigkeiten.

1. Zulässigkeit einer horizontalen Richtlinie

Die Richtlinienvorschläge werfen die grundsätzliche Frage auf, ob der EGV eine Ermächtigung zum Erlass einer horizontalen Richtlinie auf dem Gebiet der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit enthält. Sowohl Art. 44 Abs. 1 EGV für die Niederlassungsfreiheit als auch Art. 52 Abs. 1 EGV für die Dienstleistungsfreiheit sehen nur den Erlass von Richtlinien für bestimmte Tätigkeiten bzw. bestimmte Dienstleistungen vor. Dies wird mit den Eigenheiten der jeweiligen Dienstleistung begründet.¹⁴ Demnach wäre eine horizontale Richtlinie unzulässig.¹⁵ Fraglich ist, ob sich aus Art. 47 EGV, auf den Art. 55 EGV verweist, etwas anderes ergibt. Der Wortlaut deutet darauf hin, weil Art. 47 EGV von „selbständigen Tätigkeiten“ spricht, womit eine Vielzahl spezifischer Tätigkeitsbereiche erfasst ist. Art. 47 EGV ist daher grundsätzlich bereichsübergreifend angelegt. Über die Verweisungsvorschrift des Art. 55 EGV ist auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit daher eine horizontale Richtlinie zulässig. Hierbei ist aber zwingend darauf zu achten, dass der den bereichsspezifischen Unterschieden Rechnung tragende Grundsatz der sektoralen Regelung (Art. 44 und Art. 52 EGV) nicht durch eine zu weitgehende Regelungstiefe innerhalb der horizontalen Richtlinie ausgehöhlt wird.

2. Ermittlung des horizontalen Anwendungsbereichs

a) Vorschlag der Kommission

¹² V. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, a.a.O.

¹³ Vgl. hierzu Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 188ff., insbes. 264.

¹⁴ Müller-Graff in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 52 EGV Rn. 3.

¹⁵ So Müller-Graff, a.a.O. Rn. 4; Kluth in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 52 EGV Rn. 4; a.A. Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 52 EGV Rn. 2.

Der horizontale Regelungsansatz der Richtlinie bewirkt zwangsläufig die Notwendigkeit einer kaum mehr überschaubaren Anzahl sektoraler Ausnahmen. Hierdurch wird das Verhältnis von Regel und Ausnahme auf den Kopf gestellt. Die Zusammenschau des umfangreichen Ausnahmekataloges des Art. 18 i.V.m. den zulässigen Einzelfallmaßnahmen des Art. 19 wirft die Frage auf, worauf sich der tatsächliche Anwendungsbereich der Richtlinie überhaupt noch erstreckt. Hinzu kommen noch weitere Ausnahmen, die sich erst aus den Erwägungsgründen erschließen, wie zum Beispiel der Ausschluss des Anwendungsbereiches der EuGVVO aus Erwägungsgrund 38.

b) Gebhardt-Entwurf

Der Gebhardt-Entwurf behält grundsätzlich den horizontalen Regelungsansatz bei, schränkt diesen jedoch sowohl in der Regelungstiefe als auch in der horizontalen Ausdehnung ein:

Horizontale Begrenzung:

- a) Die Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungen, die die Mitgliedstaaten in Erfüllung ihrer gemeinwohlorientierten Pflichten erbringen oder die von Privaten unter Einhaltung bestimmter Anforderungen im Gemeinwohlinteresse erbracht werden, Art. 2 Abs. 1a. (Vgl. auch Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 EGV)
- b) Die Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungen, die zur Sicherung oder zum Erhalt öffentlicher Interessen ganz oder zum Teil von den Mitgliedstaaten garantiert oder finanziert sind, Art. 2 Abs. 1b.
- c) Die Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungen, die zwar kommerziell erbracht werden, aber Allgemeininteressen verwirklichen und daher besonderen Anforderungen der öffentlichen Hand unterliegen, Art. 2 Abs. 1 c.
- d) Die Richtlinie gilt weiter nicht für Berufe und Tätigkeiten, welche dauernd oder vorübergehend mit der Ausübung der öffentlichen Gewalt verbunden sind, Art. 2 Abs. 1d. (Vgl. hierzu auch Art. 45 EGV)
- e) Nach Art. 2 Abs. 2 sind grundsätzlich alle Bereiche von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen, welche durch sektorale Richtlinien abgedeckt werden.
- f) In Art. 2 Abs. 3 und 3a finden sich noch einmal spezielle Ausnahmen, und zwar für den Bereich des Steuerwesens sowie der Gewinnspiele und der gerichtlichen und außergerichtlichen Beitreibung von Forderungen.

c) Stellungnahme

Die sektoralen Ausnahmen vom horizontalen Wirkungsprinzip werden im Gebhardt- Entwurf rechtssystematisch besser erfasst. Besonders deutlich wird dies im Vergleich zum pointilistischen Regelungsansatz des Art. 17 des Kommissionsentwurfs. Dieser Verbesserungsansatz ist ausdrücklich zu begrüßen. Insbesondere Art. 2 Abs. 2 ist nicht nur aus systematischen

Gründen vorzugswürdig, sondern stellt zugleich die Reichweite der Ausnahmen klar. In Art. 17 Kommissionsentwurf ließ die Formulierung offen, ob vom Herkunftslandprinzip nur der in der sektoralen Richtlinie geregelte Bereich ausgenommen werden sollte oder der ganze Sektor. Nach dem Gebhardt-Entwurf wird auf den Dienstleistungsbereich und nicht, wie beim Kommissionsentwurf, auf die in den sektoralen Richtlinien geregelten Angelegenheiten Bezug genommen. Der Gebhardt-Entwurf entspricht damit auch eher den Vorgaben der Art. 47 Abs. 2, Art. 55 und 52 Abs. 1 EGV, die einen deutlichen Vorrang der sektoralen Regelungen erfordern.

3. Ermittlung der Regelungstiefe

a) Kommissionsentwurf

Der Kommissionsentwurf enthält in Art. 16 ein umfassendes Herkunftslandprinzip. Das Herkunftslandprinzip bezieht sich hierbei nicht nur auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht, sondern auch auf das Privatrecht. Vom Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 würden hiervon auch die strafrechtlichen Wirtschaftssanktionsnormen erfasst. Dies kann aber schon mangels Regelungszuständigkeit nicht der Fall sein.

Insbesondere soll das Herkunftsland aber auch ausschlaggebend sein für die nationalen Bestimmungen, welche die Verträge des Dienstleistungserbringers und dessen Haftung regeln. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Umkehrschluss aus den Ausnahmeregelungen in Art. 17 Nr. 20 (Freiheit der Parteien, das auf ihren Vertrag anwendbare Recht zu wählen), Art. 17 Nr. 21 (Mit Verbrauchern im vollständig harmonisierten Bereich geschlossenen Verträge), Art. 17 Nr. 22 (Die förmliche Gültigkeit von Verträgen, die sich auf Immobilien beziehen) und Art. 17 Nr. 23 (Außervertragliche Haftung).

Das in Art. 16 Abs. 1 definierte Herkunftslandprinzip wird in Art. 16 Abs. 3 präzisiert. Von dem so näher definierten und präzisierten Herkunftslandprinzip enthält Art. 17 eine Reihe von Ausnahmen, und zwar sowohl sektorspezifische als auch die Regelungstiefe betreffende, wie z. B. die Rechtswahlfreiheit der Parteien.

Neben den vorübergehenden Ausnahmen in Art. 18 enthält Art. 19 noch Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Rahmen des Gesetzesvollzugs.

b) Gebhardt-Entwurf

Der Gebhardt-Entwurf hält grundsätzlich am Herkunftslandprinzip fest, bezeichnet dieses aber nunmehr als **Prinzip der gegenseitigen Anerkennung** (Art. 16 Abs. 1). Neben das Herkunftslandprinzip (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung) tritt für bestimmte Regelungs-

bereiche das Ziellandprinzip. Nach dem Ziellandprinzip soll die erbrachte Dienstleistung im Einklang mit den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Ziellands stehen (Art. 17 Abs. 1). Das Zusammenspiel von Herkunftsland- und Ziellandprinzip ist aber auch nach dem Gebhardt-Entwurf komplex geregelt und schließt Regelungsbereiche des Internationalen Privatrechts ein. Dabei bedient sich der Gebhardt-Entwurf zur Abgrenzung von Herkunftsland- und Ziellandprinzip zweier unterschiedlicher Regelungstechniken. Zum einen werden die beiden Prinzipien nach Geschäftsfeldern abgegrenzt (Art. 16 Abs. 1b und Art. 17 Abs. 1), zum anderen nach der Regelungstiefe (Art. 17 Abs. 2).

Zunächst findet das Herkunftslandprinzip (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung) keine Anwendung auf:

- das Arbeitsrecht und die Sozialversicherungs-Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten, Art. 1 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 1a,
- das Schadensersatzrecht, Art. 16 Abs. 1a.

Im Bereich dieser Regelungsmaterien gilt in jedem Fall nach Art. 17 Abs. 2 das Ziellandprinzip. Demnach sind die Vorschriften des Ziellands z.B. für die Regelungen des Schadensersatzes und das Recht der freien Rechtswahl anwendbar. Und zwar auch in den Bereichen, in denen grundsätzlich ansonsten das Herkunftslandprinzip (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung) gilt.

Das Herkunftslandprinzip (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung) gilt – abgesehen von den obigen sachlichen Einschränkungen – jedoch für die in Art. 16 Abs. 1b genannten Geschäftsleistungen und zwar unabhängig davon, ob sie im Handelsverkehr oder für Verbraucher erbracht werden. Dabei bedient sich der Gebhardt-Entwurf zur näheren Bestimmung der Geschäftsleistungen der Central Product Classification (CPA) der UNO. Unabhängig vom sachlichen Anwendungsbereich gilt das Ziellandprinzip bereits allgemein in einzelnen für den Verbraucher bestimmten Dienstleistungen, die wiederum mit Hilfe der CPA ermittelt werden. (Art. 17 Abs. 1 i.V.m Anhang I C)

Des Weiteren enthält der Gebhardt-Entwurf eine Vorrangregelung zugunsten des Herkunftslandprinzips in anderen Richtlinien (Art. 16c).

Schließlich ermöglicht Art. 16 Abs. 2a, unabhängig vom Herkunftslandprinzip (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung), im Einzelfall Maßnahmen gegen den Dienstleistungserbringer im Zielland zu treffen.

c) Stellungnahme

Beide Entwürfe enthalten neben wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Kollisionsnormen auch Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts. Nach dem derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts sind hingegen die Normen des Wirtschaftsrechts nicht harmonisierungsfähig. Dies dürfte sich als die Achillesverse der Harmonisierungsbestrebungen erweisen, da dem Wirtschaftsstrafrecht eine nicht zu unterschätzende Bedeutung beim Rechtsgüterschutz zukommt. Das Wirtschaftsstrafrecht ist aber losgelöst von den verwaltungsrechtlichen Vorschriften schwer denkbar.

Hinsichtlich der IPR-Regelungen ist auf Folgendes hinzuweisen:

- Nach weit überwiegender Meinung kann aus den Grundfreiheiten das Herkunftslandprinzip nicht abgeleitet werden.¹⁶
- In beiden Entwürfen sind die IPR-Vorschriften nicht hinreichend mit den Rom I und Rom II-Verordnungen koordiniert.
- Regelungstechnisch überzeugen beide Entwürfe nicht. So ist z.B. in beiden Entwürfen die Reichweite des Kollisionsstatuts ungeklärt. Erfasst z.B. das Herkunftslandprinzip im Kommissionsentwurf auch die Frage des anwendbaren Rechts bei der Stellvertretung oder der Geschäftsfähigkeit?¹⁷
- Unbeantwortet lässt der Kommissionsentwurf z.B. auch die Frage, welches Recht Anwendung findet, wenn ein Dienstleistungserbringer, der in zwei Mitgliedstaaten Niederlassungen unterhält, Dienstleistungen in einem Dritten Mitgliedstaat anbietet.
- Der Gebhardt-Entwurf wiederum wirft insbesondere die Frage auf, was unter dem Schadensersatzrecht nach Art. 16 Abs. 1a zu verstehen ist. Fallen hierunter auch die außervertragliche Haftung oder Nachbesserungsansprüche?

Es wird empfohlen, auf Regelungen des IPR vollständig zu verzichten. Die bestehenden Regelungen des IPR tragen den unterschiedlichen Interessen von Dienstleistungserbringer und Empfänger besser Rechnung, als die holzschnittartigen Regelungen in den beiden Entwürfen der Dienstleistungsrichtlinie.

IV. Anwendungskontrolle

1. Kommissionsentwurf

Der Kommissionsentwurf geht von dem Grundsatz aus, dass die Kontrolle durch das Herkunftsland zu erfolgen hat, Art. 16 Abs. 2. Die Kontrolle durch das Herkunftsland wird in bestimmten Grenzen durch eine Kontrolle durch das Zielland ergänzt. Nach Art. 19 kann trotz grundsätzlicher Anwendung des Herkunftslandprinzips das Zielland hinsichtlich der importier-

¹⁶ Vgl. *Mankowski*, IPrax 2004, 391 m.w.N.

¹⁷ *Basedow*, EuZW 2004, 424.

ten Dienstleistung und der grundsätzlichen Überwachungszuständigkeit der Behörden der Niederlassung Maßnahmen ergreifen, die sich auf folgende Bereiche beziehen:

- a) die Sicherheit der Dienstleistungen, einschließlich der mit der öffentlichen Ordnung zusammenhängenden Aspekte;
- b) die Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitswesen;
- c) den Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere mit dem Schutz Minderjähriger zusammenhängender Aspekte.

Voraussetzung für diese Maßnahmen ist nach Art. 19 Abs. 2, dass es sich um einen nicht harmonisierten Bereich handelt, das Schutzniveau für den Dienstleistungsempfänger aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften größer ist als im Herkunftsstaat und dieser keine bzw. im Vergleich zu Art. 37 Abs. 2 unzureichende Maßnahmen ergriffen hat.

2. Gebhardt-Entwurf

Im Gegensatz hierzu überantwortet der Gebhardt-Entwurf die Kontrolle des Dienstleistungserbringers und der von ihm erbrachten Dienstleistung grundsätzlich dem Zielland. Soweit das Zielland jenseits des Kontrollmaßstabs, welcher sich aus dem Zusammenspiel von Herkunftsland- und Ziellandprinzip ergibt, im Einzelfall Maßnahmen gegen den Dienstleistungserbringer ergreifen will, muss es in das in Art. 16a näher beschriebenes Kooperationsverfahren mit der Kommission und dem Mitgliedsstaat treten, in dem der Dienstleistungserbringer niedergelassen ist. Der Kommission fällt hierbei insbesondere die Aufgabe zu, zu prüfen, ob die im Zielland geplante Maßnahme gemeinschaftskonform ist.

3. Stellungnahme

Beide Entwürfe leiden darunter, dass sie nicht hinreichend deutlich regeln, was sie unter der Verantwortlichkeit des Herkunftslandes (Kommissionsentwurf) bzw. des Ziellandes verstehen. Soweit die Kontrolle durch den zivilrechtlichen Rechtsschutz erfolgt (also eine Klage des Dienstleistungsempfängers gegen den Dienstleistungserbringer) stellt die EuGVVO ein einheitliches Regelungssystem zur Verfügung. Empfohlen wird, in der Richtlinie selbst klarzustellen, dass es hinsichtlich dieser zivilrechtlichen Kontrolle bei der Zuständigkeitsregel der EuGVVO verbleibt. Eine nähere Eingrenzung der zuständigen Stellen wird darüber hinaus nicht möglich sein, da der Verwaltungsvollzug in den Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich geregelt ist. Eine weitere Klarstellung empfiehlt sich hinsichtlich der Strafverfolgung. Die Regelungskompetenz auf dem Gebiet des Strafrechtes besteht derzeit allenfalls im Rahmen von Art. 280 EGV. In Anlehnung an die Formulierung in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV sollte klar-

gestellt werden, dass die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihrer Strafrechtspflege von der Richtlinie unberührt bleibt.

Bezüglich der rechtspraktischen Überlegenheit des Ziellandprinzips wird auf III. 3. verwiesen.

V. Zusammenfassende Empfehlungen

1. Regelungstechnische Empfehlungen

- Die im Gebhardt- Entwurf begonnene Systematisierung der Anwendungs- bzw. Ausnahmebereiche sollte weitergeführt werden. Dabei sollte klar zwischen den Einschränkungen des horizontalen Anwendungsbereichs auf der einen Seite und den Bestimmungen hinsichtlich der Regelungstiefe getrennt werden.

- Terminologisch und im systematischen Aufbau sollten die Entwürfe klar zwischen der Kontrollzuständigkeit (Binnenmarktzuständigkeit), der Anerkennung von Kontrollentscheidungen (Anerkennung im Binnenmarkt) und den Kollisionsnormen im eigentlichen Sinne (Binnenmarktkollisionsnormen) unterscheiden. (vgl. Anlage 1)

2. Grundsätzliche Empfehlungen

Ausgehend von der These, dass sich die Steuerungsfunktion des Wirtschaftsrechts und damit das Rechtsgüterschutzniveau nur aus einer Zusammenschau der zivilrechtlichen-, strafrechtlichen- und öffentlich-rechtlichen Vorschriften ermitteln lässt, ergibt sich Folgendes:

- Solange eine Harmonisierung auf dem Gebiet des Strafrechts aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht möglich ist, besteht immer die Gefahr eines Delaware-Effekts. Dies gilt umso mehr, wenn der Anwendungsbereich des Nebenstrafrechts erschwert wird, indem Tätigkeiten im Inland ausländischen Normen des Wirtschaftsverwaltungsrechts unterstellt werden, da die strafrechtlichen Blankettvorschriften in der Regel auf die Vorschriften des deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechts Bezug nehmen.

- Vorzugswürdig scheint eine Fortführung der sektoralen Harmonisierung einzelner Dienstleistungsbereiche im Gegensatz zu der vorgeschlagenen horizontalen Regelung.

Der Rechtsharmonisierung im Rahmen einer horizontalen Regelung sind auf Grund der vielen sektorspezifischen Eigenheiten sehr frühe Grenzen gesetzt. Dies kann, will man den Dienstleistungsverkehr erleichtern, nur durch die Anwendung des Herkunftsland- oder eines entsprechenden Rechtsanwendungsprinzips ausgeglichen werden.

Zwar bilden die vorgeschlagenen Grundprinzipien (Herkunftslandprinzip, gegenseitige Anerkennung, Ziellandprinzip) rechtstheoretisch vertretbare Lösungsmodelle. Dies jedoch nur

unter der Voraussetzung, dass das Schutzniveau der Mitgliedsländer vergleichbar ist und die Rechtsübertragung vollständig durchgeführt wird, damit das Niveau nicht unterlaufen werden kann. Das Vorliegen dieser Grundbedingungen ist indes zu bezweifeln.

Unabhängig davon bergen die genannten Prinzipien Anwendungsprobleme. Neben den bereits aufgeworfenen Fragen, ist das Informationsdefizit des Dienstleistungsempfängers nicht hinreichend gelöst bzw. lösbar.

Ein grundsätzliches Problem wirft auch die Frage auf, wer die Einhaltung der nach dem Rechtsanwendungsprinzip jeweils einschlägigen rechtlichen Bestimmungen kontrolliert. Diese Kontrolle der Dienstleistung sollte entsprechend dem Gebhardt-Entwurf durch das Ziel-land erbracht werden. Dies entspricht auch den allgemeinen Grundsätzen des Internationalen Zivilprozessrechts, welches von einer besonderen Zuständigkeit der Gerichte am Erfüllungsort ausgeht.

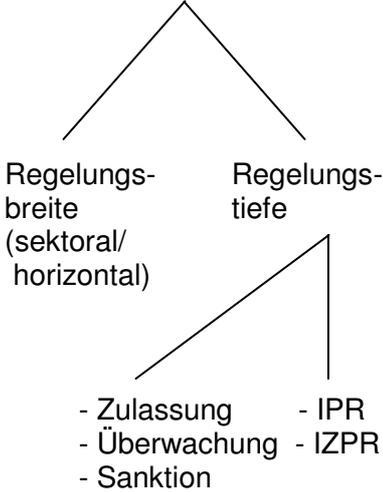
Im Übrigen gilt: Solange die Mitgliedstaaten selbst bei einem unterstellten gleichwertigen Schutzniveau unterschiedliche Mittel zur Erzielung dieses Niveaus einsetzen können, stößt jede horizontale Richtlinie auf kaum überwindbare Hindernisse.

Im Gegensatz dazu spricht für die tätigkeitsspezifische Harmonisierung zunächst, dass diese bereits im System des EGV angelegt (vgl. oben III 1). Zunächst sind sektorale Richtlinien der horizontalen Regelung rechtssetzungstechnisch überlegen.

Bezogen auf einen bestimmten Sektor lässt sich das in den verschiedenen Mitgliedstaaten verwirklichte Schutzniveau einschließlich der Mittel, derer sich die Mitgliedstaaten hierzu bedienen, besser evaluieren. Eine auf dieser Grundlage basierende sektorale Harmonisierung kann einen unvergleichlich höheren Harmonisierungsstandard erreichen, als den einer horizontalen Richtlinie. Unabhängig von der rechtssetzungstechnischen Dimension ist dieses Ergebnis bereits kompetenzrechtlich im EGV verankert (vgl. oben III 1). Nur für sektorale Richtlinien lässt der EGV eine vollständige Regelungstiefe zu. Sektorale Harmonisierungen bedürfen daher nicht mehr einer Ergänzung durch Rechtsanwendungsprinzipien, die die genannten Probleme verursachen.

- Anlage 1 -

Zu beantwortende Fragen:

Regelungsumfang	Wer entscheidet?	Nach welchen Normen?	Wer ist an die Entscheidung gebunden?
 <p>Regelungs- breite (sektoral/ horizontal)</p> <p>Regelungs- tiefe</p> <ul style="list-style-type: none"> - Zulassung - Überwachung - Sanktion - IPR - IZPR 	<p>Binnenmarkt- Zuständigkeit</p> <p><i>Kommissionsentwurf:</i> grundsätzlich Herkunftsland</p> <p><i>Gebhardt-Entwurf:</i> grundsätzlich Zielland</p>	<p>Binnenmarkt- Kollisionsnorm</p> <p><i>Kommissionsentwurf:</i> grundsätzlich Herkunftsland</p> <p><i>Gebhardt-Entwurf:</i> Kombination aus Zielland und Herkunftsland</p>	<p>Anerkennung im Binnenmarkt</p> <p><i>Kommissionsentwurf:</i> grundsätzlich Zielland</p> <p><i>Gebhardt-Entwurf:</i> Keine Regelung hinsichtlich der Bindungswirkung der Entscheidung im Zielland für das Herkunftsland</p>

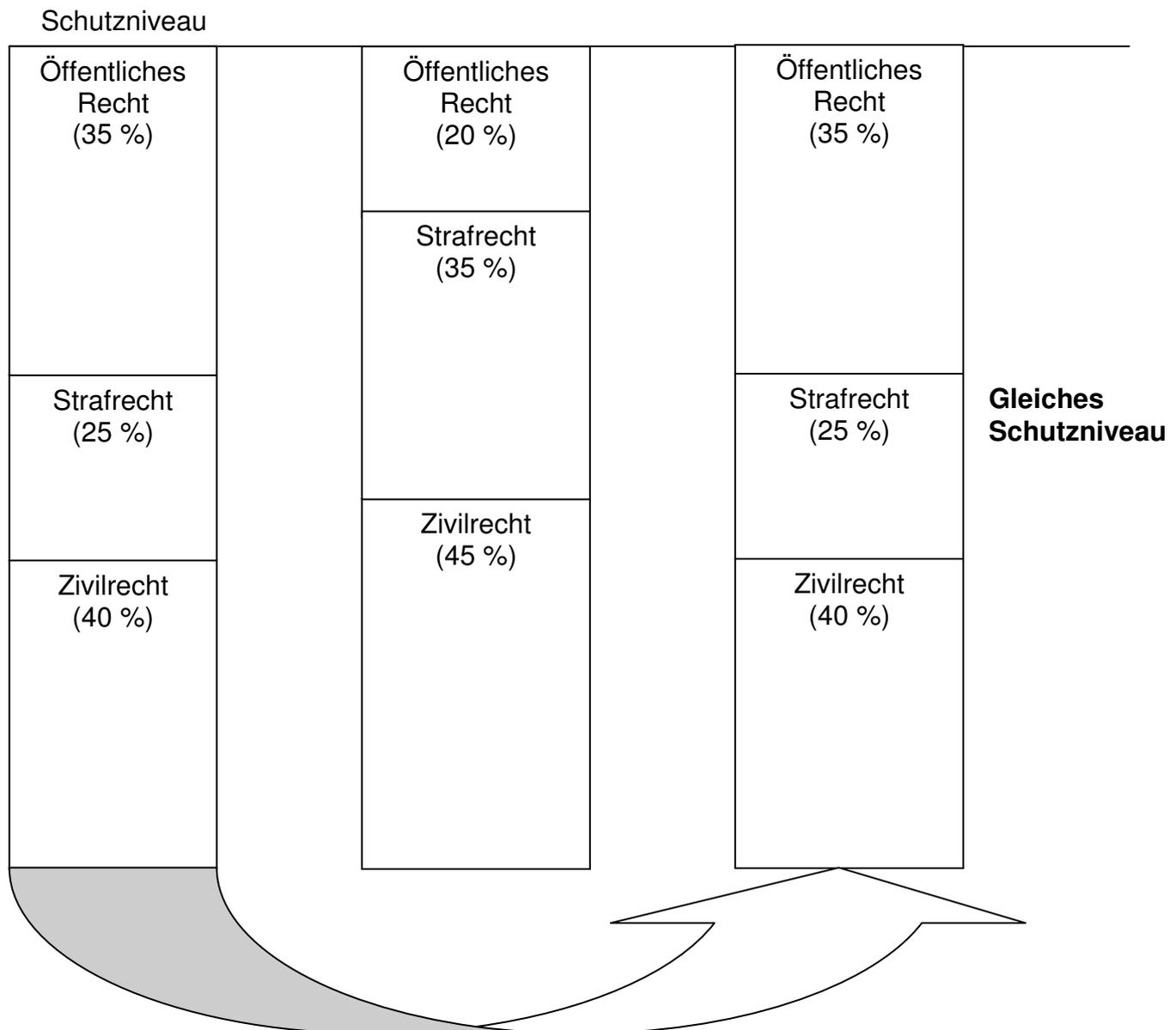
- Anlage 2 -

Anwendung des strikten Herkunftslandprinzips bei gleichem Schutzniveau

Land A

Land B

Anwendung der Vorschriften des Landes A in Land B bei Erbringung von Dienstleistungen in Land B durch einen Dienstleistungserbringer aus Land A



Schutzniveau wird aufrechterhalten bei ordnungsgemäßer Überwachung durch die Herkunftsländer

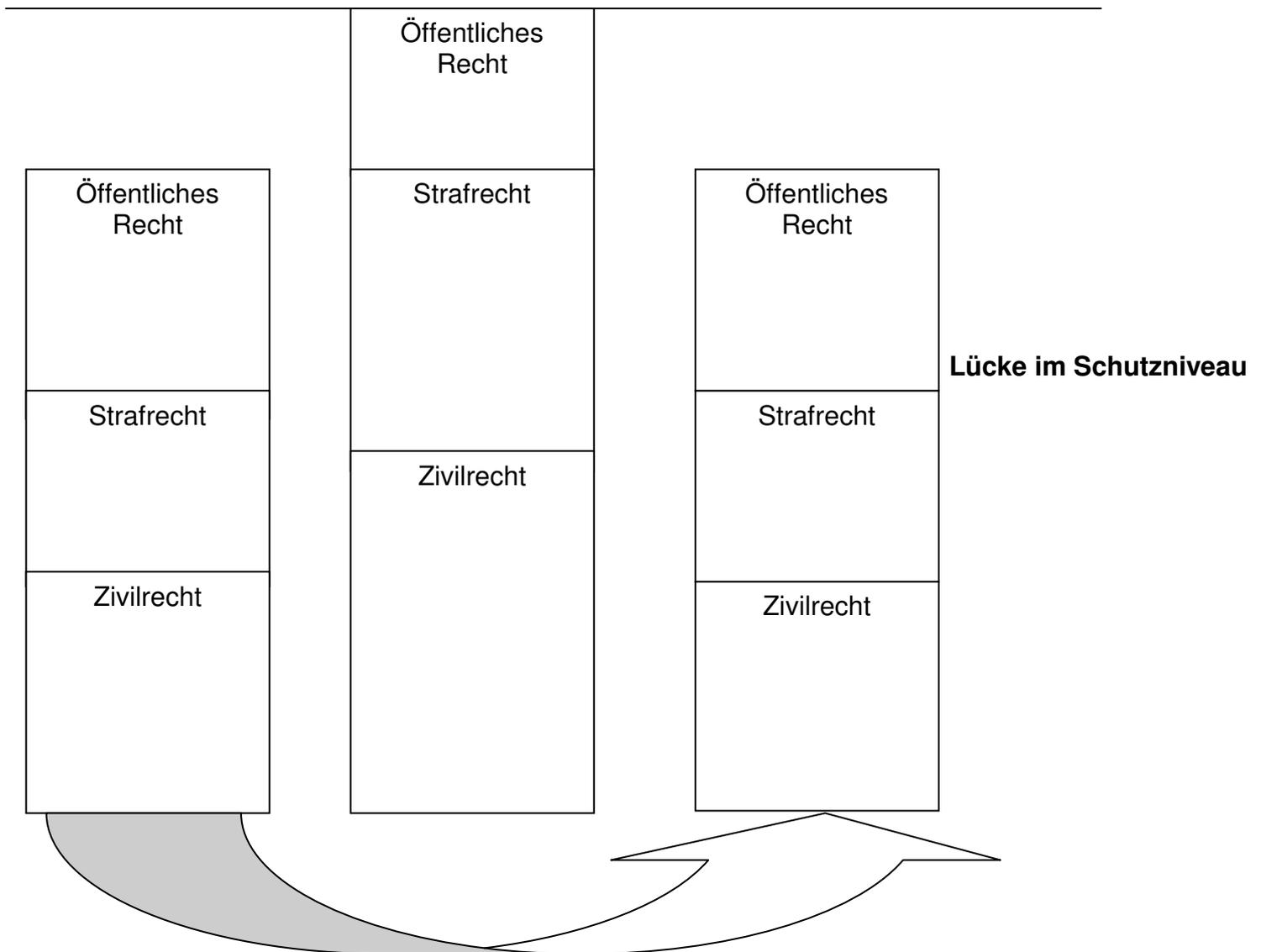
Anwendung des strikten Herkunftslandprinzips bei unterschiedlichem Schutzniveau

Land A

Land B

Anwendung der Vorschriften des Landes A in Land B bei Erbringung von Dienstleistungen in Land B durch einen Dienstleistungserbringer aus Land A

Schutzniveau



- Anlage 4 -

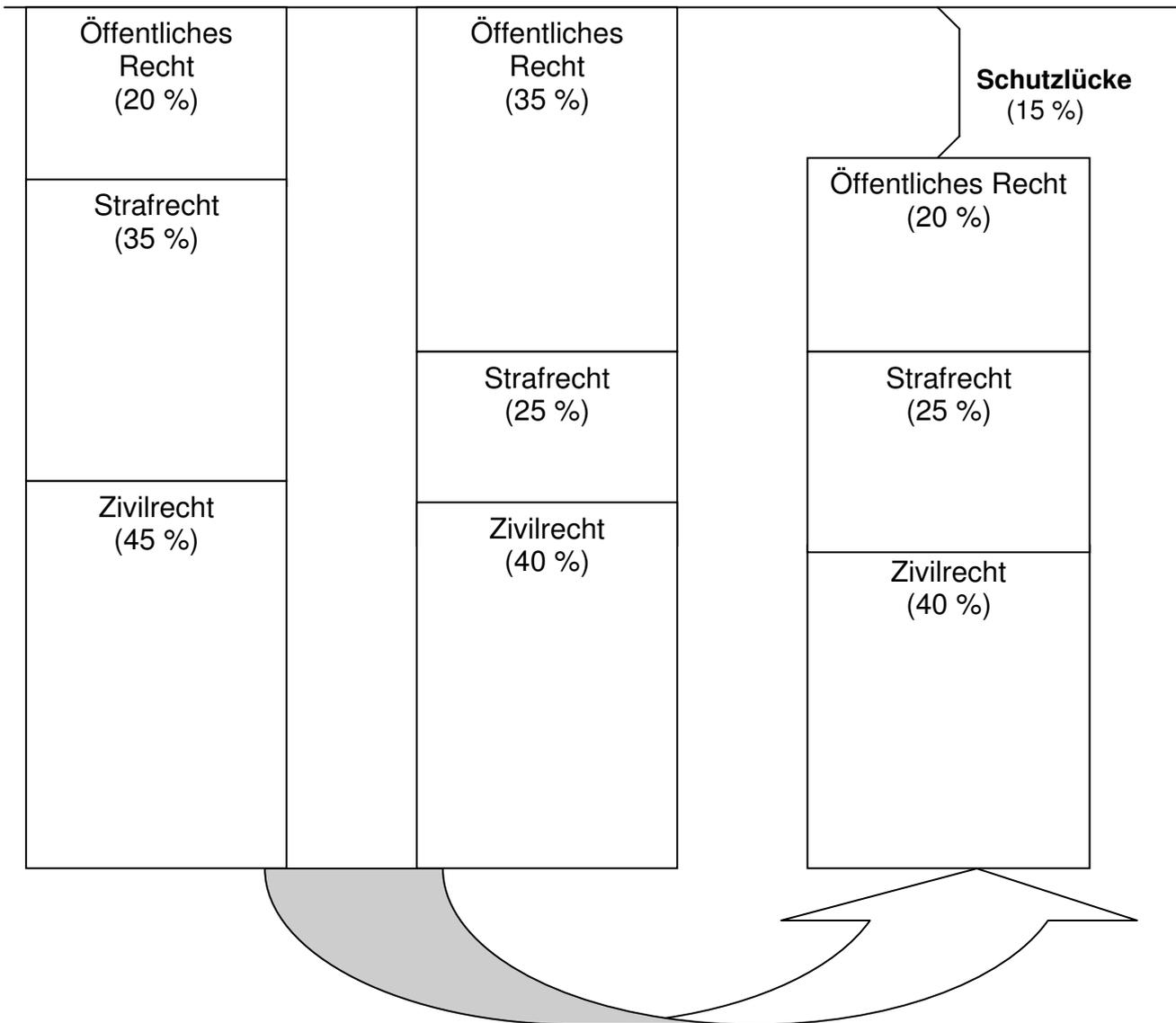
Anwendung eines gespaltenen Herkunftslandprinzips bei gleichem Schutzniveau aber unterschiedlicher Verteilung der Steuerungsanteile der verschiedenen Rechtsdisziplinen

Land A

Land B

Anwendung der Vorschriften des Landes A in Land B bei Erbringung von Dienstleistungen in Land B durch einen Dienstleistungserbringer aus Land A

Schutzniveau



Gefahr eines „Delaware-Effekts“ bei Kombination unterschiedlicher Rechtsordnungen