



Hamburg, 9. Mai 2005

Stellungnahme
zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
am 11. Mai 2005
zum Vermerk des Generalsekretariats des Rates
zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des
Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt
(Ratsdok. Nr. 5161/05)

Herkunftslandprinzip
im Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie

I. Herkunftslandprinzip

1. Komponenten des Herkunftslandprinzips

Das Herkunftslandprinzip hat zwei Komponenten: erstens das Prinzip der Herkunftslandkontrolle, zweitens das Verbot der Kontrolle nach den Maßstäben der Bestimmungsländer. Sein Zweck ist Kostenersparnis für die Anbieter: Diese sollen sich an nur einem Recht orientieren können, dem ihnen vertrauten Recht ihres jeweiligen Niederlassungsstaates. Sie sollen nicht verschiedene Bestimmungslandrechte ermitteln müssen. Der Herkunftsstaat betreibt nach der Idealvorstellung des Herkunftslandprinzips gleichsam stellvertretende Rechtspflege für alle Partnerstaaten („einer für alle“). Doppelkontrollen sollen nicht stattfinden. Es soll genau eine Kontrolle stattfinden, und dies im Herkunftsstaat.

2. Gründe gegen die Effektivität der Herkunftslandkontrolle als notwendiger Komponente des Herkunftslandprinzips

Gegen ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt sprechen gute und gewichtige Gründe (näher *Mankowski*, IPRax 2004, 385): Insbesondere stehen seiner notwendigen Komponente der Herkunftslandkontrolle die fehlenden Anreize für die Behörden des Herkunftslandes entgegen, Sachverhalte zu regulieren, die sich nur auf Auslandsmärkten abspielen. Behörden werden ihre knappen Ressourcen nicht darauf verschwenden, sondern sich

vielmehr um die aus ihrer Sicht inländischen Sachverhalt kümmern. Im Gegenteil vermittelt ein Herkunftslandprinzip einem Staat sogar Anreize, seine Wirtschaftspolitik für den Export auf Auslandsmärkte zu liberalisieren. So externalisiert dieser Staat Lasten der eigenen Wirtschaftspolitik auf Kosten der Märkte in den Bestimmungsländern. Im Inland erntet er insoweit nur Vorteile, während andere die korrespondierenden Lasten tragen. Die Marktgegenseite der Bestimmungsländer haben keine Lobby und keine hinreichend laute Stimme im Gesetzgebungsprozess und im politischen Diskurs des Herkunftsstaates.

Ohne effektive Regulierung und Kontrolle im Herkunftsland aber fehlt es an der Basis für Vertrauen. Dann wird nicht, wie erforderlich, einmal, sondern keinmal reguliert. Dies geht weit über das legitime Ziel hinaus, eine Doppelregulierung zu vermeiden. Vertrauen in die Effektivität der Regulierung im Herkunftsstaat ist aber unabdingbare und zwingend notwendige Voraussetzung für ein Herkunftslandprinzip.

3. Friktionen mit den Wertungen und dem System des übrigen Internationalen Privatrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts

a) Friktionen bestehen mit den Gerichtsständen der EuGVVO und mit den zentralen Wertungen des Entwurfs der Rom II-VO. Insbesondere droht eine Hybridlösung mit Bestimmungsländanknüpfung im Internationalen Zivilprozessrecht und Herkunftslandanknüpfung im Internationalen Privatrecht zu entstehen, welche die tertiären Kosten der Rechtsverfolgung erhöht. Zudem schreitet die Spaltung des europäischen IPR in zwei Teilregimes fort. Das Sekundärrecht wäre insoweit weit progressiver als das Primärrecht, dessen Grundfreiheiten gerade kein Herkunftslandprinzip gebieten.

b) Die zukünftigen Instrumente zur Vereinheitlichung werden Verordnungen sein (Rom II und Rom I). Dem sektorielle Richtlinien entgegensetzen wäre ein Rückschritt beim verwendeten Instrument. Das europäische Internationale Privatrecht bewegt sich mit Recht von den Richtlinien, ihrer Umsetzungsperiode und ihrer Gefahr nationaler Ergänzungen oder Einschränkungen fort. Sektorielle Eingriffe durch Richtlinien sind Systemstörungen. Dies gilt in besonderem Maße für die Rom II-VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, aber kaum minder für die Rom I-VO über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Das Internationale Privatrecht hat im Laufe seiner Entwicklung ausdifferenzierte und sachgerechte Anknüpfungsregeln hervorgebracht. Diese sektoriell zu durchbrechen oder gar, wie im Fall des Internationalen Lauterkeitsrechts, sektoriell in ihr Gegenteil zu verkehren produziert Unstimmigkeiten.

c) Im Gesamtsystem des Internationalen Privatrechts ist das Herkunftslandprinzip ein Störfaktor. Aus der Sicht des Internationalen Privatrechts ist das Gesamtsystem aus Rom I und Rom II alternativlos. Es möglichst wenig aufzustören müsste Grundanliegen jeder vorausschauenden Kollisionsrechtssetzung sein. Sektorielle Überlagerungen, namentlich in Sonderstandorten außerhalb des EGBGB, verkomplizieren die Rechtsanwendung und werden eine ständige Fehlerquelle sein.

4. Wettbewerbsverzerrungen im Lauterkeitsrecht

Negativ berührt ist auch das Lauterkeitsrecht, denn die DienstleistungsRL soll nach ihrem Entwurf auch die Werbung für Dienstleistungen erfassen. Im Lauterkeitsrecht führt ein Herkunftslandprinzip zu schweren Marktstörungen (näher *Mankowski*, IPRax 2004, 385): Jeder Werbende bringt sein Heimatrecht mit. Die Gleichbehandlung aller Teilnehmer und aller Wettbewerber auf einem Markt findet nicht mehr statt. Die *par conditio concurrentium* als Grundgebot des Lauterkeitsrechts wird missachtet und durch kollisionsrechtlich bedingte Wettbewerbsverzerrungen abgelöst. Dem Marktstaat wird das Recht genommen, die Spielbedingungen auf seinem Marktplatz aufzustellen und seine wirtschaftspolitischen Wertungen und Präferenzen zum Ausdruck zu bringen. Insoweit bestehen sogar Zweifel, ob das Herkunftslandprinzip mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

II. Ausnahmen zum Herkunftslandprinzip im Entwurf der DienstleistungsRL

Die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Entwurf der DienstleistungsRL beziehen sich in der Regel auf speziell harmonisierte oder in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu stark divergierende Bereiche, zum Teil (services publics) mit starkem politischem Einfluss bzw. starken nationalen Sonderinteressen einzelner Mitgliedstaaten. Ausnahmen erfolgen vergleichbar der e-commerce-RL auch für das (Internationale) Verbrauchervertragsrecht jenseits des voll harmonisierten Bereichs und die Rechtswahlfreiheit.

III. Entwurf der DienstleistungsRL und Arbeitnehmer

1. Vorbehalt des Arbeitnehmerentsenderechts

Auf das Internationale Arbeitsrecht hat die DienstleistungsRL keinen direkten Einfluss. Vielmehr behält Art. 24 DienstleistungsRL-E ausdrücklich die Anwendung des Arbeitnehmerentsenderechts vor. Insoweit kann der Zielstaat Mindestlöhne vorschreiben. Dieser Vorbehalt der Regelungen über die Arbeitnehmerentsendung betrifft jedoch nur Arbeitnehmer, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen entsandt werden. Scheinselbständige betrifft er dagegen nicht.

2. Abgrenzung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Jedoch ist jeweils genau zu prüfen, ob ein Einzelfall wirklich die Dienstleistungsfreiheit und nicht die Freizügigkeit von Arbeitnehmern betrifft. Einer Umgehung durch Scheinselbständigkeit kann auch die Dienstleistungsfreiheit nicht die Tür öffnen. Vielmehr ist insoweit die Freizügigkeit von Arbeitnehmern betroffen, wenn der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer materiell ein Arbeitsvertrag ist. Die Kriterien dafür, wann jemand Arbeitnehmer ist, sind insbesondere der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Arbeitnehmerfreizügigkeit zu entnehmen. Dieselben Qualifikationsmaßstäbe passen auch für das Internationale Privatrecht (eingehend *Mankowski*, BB 1997, 465). Wer für einen anderen entgeltlich Dienstleistungen nach dessen Weisungen und unter Eingliederung in dessen betriebliche Organisation erbringt, ist ein Arbeitnehmer, insbesondere wenn er außerdem sozial abhängig ist und kein eigenes Unternehmerrisiko am Markt trägt. An Hand dieser Maßstäbe ist zu entscheiden, ob konkret ein Arbeitsvertrag vorliegt oder nicht. Die nominelle Bezeichnung als Werkvertrag, Dienstvertrag oder sonstiger „freier“ Vertrag schlägt in keinem Fall durch.

b) Ebenso wenig vermag ein gesellschaftsrechtliches Gewand vor materiell richtiger Qualifikation zu bewahren. Wenn materiell die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschlägig ist, hilft es nichts, der Konstruktion ein scheinbar auf die Niederlassungsfreiheit hindeutendes Gewand zu geben. Dies gilt auch für die gegenwärtig aktuellen Fälle von als nominell englische Ein-Mann-Limiteds organisierten polnischen Schlachtern in deutschen Schlachthöfen. Solchen Limiteds steht nachgerade auf die Stirn geschrieben, dass sie die für die Beitrittsstaaten bestehende Sperrfrist für die Arbeitnehmerfreizügigkeit unterlaufen wollen.

c) Handelt es sich nicht um unabhängige Dienstleistungen, so fällt man aus dem sachlich-persönlichen Anwendungsbereich der DienstleistungsRL heraus, die nur Dienstleistungen im Sinne der Dienstleistungsfreiheit den Weg ebnen soll. Internationalprivatrechtlich ist und bleibt dann Art. 30 EGBGB die einschlägige Anknüpfungsnorm. Dabei spielt keine Rolle, auf welche Zeitdauer der Vertrag abgeschlossen ist. Auch kurzfristige Arbeitsverträge über mehrere Monate, über einige Wochen oder für ein Projekt von nur kurzer Dauer bleiben Arbeitsverträge.

IV. Neuere Kompromissvorschläge

1. *Behörden der Bestimmungsländer kontrollieren auf der Grundlage von Herkunftslandrecht*

Kompromissvorschläge, insbesondere von MEuP *Wuermeling*, wollen eine Kontrolle durch Behörden der Bestimmungsländer auf der Grundlage von Herkunftslandrecht. Dies ist zum einen unpraktikabel teuer, denn es steigert die tertiären Kosten (die Kosten der Rechtsanwendung durch die Rechtsanwender, insbesondere die Gerichte). Insbesondere überfordert es aber die Behörden des Bestimmungslands. Diese sind nicht gewohnt und nicht dafür ausgebildet, auf dem Boden materiellen ausländischen Rechts zu agieren. Behörden verwalten nach eigenem Recht. Ausländisches Recht ist ihnen fremd. Schon die Sprachbarrieren drohten hier unüberwindlich zu werden. Auf der anderen Seite drohte die Gefahr, dass die Behörden der Bestimmungsländer zwar nominell die Befugnis hätten, diese aber faktisch nicht wahrnahmen. Wieder droht es an einer wirklich effektiven Kontrolle zu fehlen.

2. *„Prinzip der wechselseitigen Anerkennung“*

Eine weitere Kompromisslinie soll ein Prinzip wechselseitiger Anerkennung samt Kontrolle im Bestimmungsland sein. Dieser Kompromiss wird insbesondere im Bericht von MEuP *Gebhardt* für den federführenden Binnenmarktausschuss vorgeschlagen. Er hat jedoch ein großes und nicht zu überwindendes Problem: Er kann nicht zufrieden stellend beantworten, was denn Anerkennungsgegenstand sein soll. Ausländische Verwaltungsakte kann man anerkennen. Ausländische Verwaltungsakte (Zulassungen oder ähnliches) spielen für Dienstleistungen aber keine große Rolle. Ausländische Rechtsnormen kann man dagegen nicht im eigentlichen Sinn anerkennen. Man kann sie vielmehr nur anwenden, einschließlich ihrer Rechtsfolge. Damit aber unterschiede sich ein Prinzip wechselseitiger Anerkennung nicht mehr von der positiven Komponente des Herkunftslandprinzips. Es importiert zudem alle Schwächen des Herkunftslandprinzips unter dem Aspekt der Herkunftslandkontrolle. Wiederum bestehen Anreize für Herkunftsstaaten, lax zu regulieren und qua Exportförderung Wirtschaftspolitik zu Lasten ausländischer Märkte zu betreiben. Wenn sich hinter dem Prinzip der wechselseitigen Anerkennung nicht doch im Kern das Herkunftslandprinzip verbirgt, ist vollkommen unklar, welchen Inhalt ein solches Prinzip der wechselseitigen Anerkennung haben soll. Vor inhaltlich unklaren Kompromissformeln dieser Art ist eindringlich zu warnen. Sie können sich als genau das entpuppen, was man nicht will, wenn man das Herkunftslandprinzip ablehnt, nur in ein anderes Gewand gekleidet.

Prof. Dr. Peter Mankowski