

# **P r o t o k o l l**

## **der 80. Sitzung**

**am 11. Mai 2005,**  
**Berlin, Paul-Löbe-Haus, Raum 4300**

Beginn der Sitzung: 14.00 Uhr

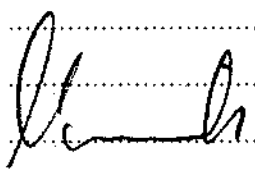
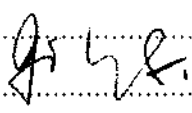

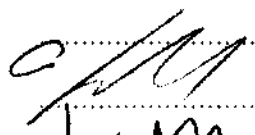
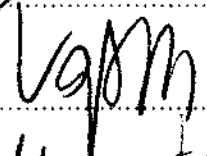
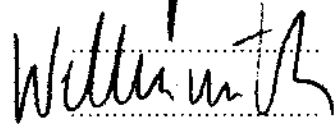
**Vorsitz: Andreas Schmidt (Mülheim), MdB**  
**Dirk Manzewski, MdB**

### **Öffentliche Anhörung**



Vermerk des Generalsekretariats des Rates	<b>S. 1 -56</b>
<b>Vermerk des Generalsekretariats des Rates für die Gruppe "Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum"</b>	
<b>Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt</b>	
<b>Ratsdok.-Nr: 5161/05</b>	
Anwesenheitslisten	<b>I - V</b>
Sprechregister Abgeordnete	<b>VI</b>
Sprechregister Sachverständige	<b>VII</b>
Zusammenstellung der Stellungnahmen	<b>57</b>
Stellungnahmen	<b>58 - 135</b>

Anwesenheitsliste  
gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Sitzung des Ausschusses Nr. 6 (Rechtsausschuss)

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
Abgeordnete(r)		Abgeordnete(r)	
<b><u>SPD</u></b>		<b><u>SPD</u></b>	
Bachmaier, Hermann	.....	Beckmeyer, Uwe	.....
Bätzing, Sabine	.....	Benneter, Klaus Uwe	.....
Brinkmann (Hildesheim), Bernhard	.....	Danckert Dr., Peter	.....
Bürsch Dr., Michael	.....	Edathy, Sebastian	.....
Kramme, Anette	.....	Hacker, Hans-Joachim	.....
Kranz, Ernst	.....	Klug, Astrid	.....
Kröning, Volker	.....	Köhler (Coburg) Dr., Heinz	.....
Lambrecht, Christine		Lösekrug-Möller, Gabriele	.....
Manzewski, Dirk	.....	Neumann (Bramsche), Volker	.....
Schäfer (Bochum), Axel	.....	Schneider, Carsten	.....
Scholz, Olaf	.....	Violka, Simone	.....
Simm, Erika	.....	Volkmer Dr., Marlies	.....
Strässer, Christoph	.....	Wend Dr., Rainer	.....
Stünker, Joachim	.....	Wettig-Danielmeier, Inge	.....
<b><u>CDU/ CSU</u></b>		<b><u>CDU/ CSU</u></b>	
Gehb, Dr. Jürgen	.....	Altmaier, Peter	.....
Götzer Dr., Wolfgang		Bosbach, Wolfgang	.....
Granold, Ute	.....	Connemann, Gitta	.....
Grosse-Brömer, Michael	.....	Falk, Ilse	.....
Kauder (Bad Dürkheim), Siegfried	.....	Gauweiler Dr., Peter	
Krings, Dr. Günter	.....	Grübel, Markus	.....
Merz, Friedrich	.....	Gutting, Olav	.....
Raab, Daniela	.....	Kolbe, Manfred	.....
Schmidt (Mülheim), Andreas		Marschewski (Recklinghausen), Erwin	.....
Voßhoff, Andrea Astrid		Noll, Michaela	.....
Wanderwitz, Marco	.....	Röttgen Dr., Norbert	.....
Wellenreuther, Ingo		Sehling, Matthias	.....
Zeitmann, Wolfgang	.....	Silberhorn, Thomas	.....

Anwesenheitsliste  
gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes  
Sitzung des Ausschusses Nr. 6 (Rechtsausschuss)

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<b>Abgeordnete(r)</b>		<b>Abgeordnete(r)</b>	
<b><u>BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN</u></b>		<b><u>BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN</u></b>	
Montag, Jerzy .....		Beck (Köln), Volker .....	
Schewe- Gerigk, Irmingard .....		Krüger-Jakob, Jutta .....	
Ströbele, Hans-Christian .....		Stokar von Neuforn, Silke .....	
<b><u>FDP</u></b>		<b><u>FDP</u></b>	
van Essen, Jörg .....		Fricke, Otto .....	
Funke, Rainer .....		Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine .....	
Laurischk, Sibylle .....		Stadler Dr., Max .....	

Mittwoch d. 11. Mai 05 14 00

Rechtsausschuss  
(6)

Fraktionsvorsitzende:

Vertreter:

- SPD .....
- CDU/ CSU .....
- BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN .....
- FDP .....

Fraktionsmitarbeiter:

Fraktion:

Unterschrift:

(Name bitte in Druckschrift)

Marmann	SPD	Marmann
Fischer	FDP	Fischer
Reil	B90/Grüne	Reil
Helm	"	Helm
Koepf	CDU/CSU	Koepf
Frucht	SPD/CSU	Frucht
Kroll	SPD	Kroll
.....	.....	.....
.....	.....	.....
.....	.....	.....

Mittwoch d. 1. Mai 05 14<sup>00</sup>

IV

0/1.

Ministerium bzw. Dienststelle (bitte Druckschrift)	Name (bitte Druckschrift)	Dienststellung (bitte Druckschrift, nicht abgekürzt)	Unterschrift
BfG	KIALZ	TRB	C. J.
BfG	Wagner	mn	
BfG	Schmidt-Rötsch	RD	
BfG	Dumrose	ORL	
BfG	Billenrod	RL	
BfG	Dr. Störst	LR 7A	
BfG	REWER	RL	
BfG	Hartmann	RL	

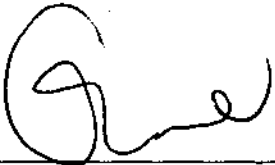


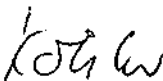


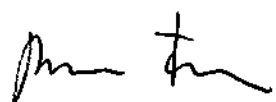

Bundesrat: (bitte Druckschrift)	Unterschrift	Dienststellung (bitte Druckschrift, nicht abgekürzt)	Land
Schmitz	Schmitz	LR	SN
Häcker	Häcker	2. Abt.	ST
Besender Welke	Besender-Welke	RD	HB
Tilmann	Tilmann	ORL	BY
Krause	Krause	ORL	BY
Kowal	Kowal	RL	SL
Brand	Brand	RD	BW
von Berg	von Berg	RL	4
v. Knorrich	Knorrich	RL	NI

**Anwesenheitsliste der Sachverständigen**

zur Anhörung des Rechtsausschusses am

**Mittwoch, dem 11. Mai 2005, 14.00 Uhr**

**" EU-Dienstleistungsrichtlinie "**

<p><b>Prof. Dr. Wolfgang Ewer</b> Vizepräsident und Schatzmeister des Bundesverbandes der Freien Berufe, Berlin</p>	
<p><b>Lothar Jünemann</b> Vorsitzender Richter am Landgericht Berlin und Mitglied des Präsidiums des Deutschen Richterbundes, Berlin</p>	
<p><b>Dr. Erhard Keller</b> Rechtsanwalt, Düsseldorf</p>	
<p><b>Prof. Dr. Helmut Köhler</b> Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Handelsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Ludwig-Maximilians-Universität München</p>	
<p><b>Prof. Dr. Peter Mankowski</b> Stellv. Direktor des Seminars für Ausländisches und Internationales Privat- und Prozessrecht, Universität Hamburg</p>	
<p><b>Dr. Kurt Christian Scheel</b> Leiter der Abteilung Recht, Wettbewerbspolitik und Versicherung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V., Berlin</p>	
<p><b>Dr. Thomas Westphal</b> Rechtsanwalt, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin</p>	
<p><b>Prof. Dr. Christian Wolf</b> Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht, Universität Hannover</p>	

## Sprechregister Abgeordnete

	Seite
<b>Michael Hennrich (CDU/CSU)</b>	<b>32, 44</b>
<b>Sibylle Laurischk (FDP)</b>	<b>32, 33, 52</b>
<b>Vorsitzender Dirk Manzewski (SPD)</b>	<b>20, 22, 23, 25, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 55</b>
<b>Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>31</b>
<b>Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim) (CDU/CSU)</b>	<b>1, 5, 6, 7, 10, 12, 15, 18, 20</b>
<b>Andrea Astrid Voßhoff (CDU/CSU)</b>	<b>21, 44, 47, 51</b>

## Sprechregister Sachverständige

	Seite
<b>Prof. Dr. Wolfgang Ewer</b>	<b>1, 29, 41, 44, 45, 53</b>
Vizepräsident und Schatzmeister des Bundesverbandes der Freien Berufe, Berlin	
<b>Lothar Jünemann</b>	<b>5, 27, 40, 46, 53</b>
Vorsitzender Richter am Landgericht Berlin und Mitglied des Präsidiums des Deutschen Richterbundes, Berlin	
<b>Dr. Erhard Keller</b>	<b>6, 49, 51, 52, 54</b>
Rechtsanwalt, Düsseldorf	
<b>Prof. Dr. Helmut Köhler</b>	<b>7, 49, 54</b>
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Handelsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Ludwig-Maximilians-Universität München	
<b>Prof. Dr. Peter Mankowski</b>	<b>10, 26, 38, 45, 54</b>
Stellv. Direktor des Seminars für ausländisches und internationales Privat- und Prozessrecht, Universität Hamburg	
<b>Dr. Kurt Christian Scheel</b>	<b>12, 23, 35, 48, 55</b>
Leiter der Abteilung Recht, Wettbewerbspolitik und Versicherung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V., Berlin	
<b>Dr. Thomas Westphal</b>	<b>16, 34, 55</b>
Rechtsanwalt, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin	
<b>Prof. Dr. Christian Wolf</b>	<b>18, 22, 23, 33, 52, 55</b>
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht, Universität Hannover	



Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Liebe Gäste, liebe Sachverständige, ich freue mich sehr, dass Sie da sind und eröffne als 80. Rechtsausschusssitzung in dieser Legislaturperiode eine öffentliche Anhörung zu der so genannten „EU-Dienstleistungsrichtlinie“. Ich würde vorschlagen, dass vereinbarungsgemäß in einer ersten Runde jeder Sachverständige ein Statement abgibt. Ich würde vorschlagen, Herr Prof. Ewer beginnt. Herr Prof. Ewer, Vizepräsident und Schatzmeister des Bundesverbandes der Freien Berufe Berlin, bitte, Sie haben das Wort.

SV Prof. Dr. Wolfgang Ewer: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Wenn ich das Wort Dienstleistungsrichtlinie höre, dann muss ich das eine oder das andere Mal an Kurt Tucholsky denken, der in einem bekannten Gedicht vom einerseits und andererseits gesprochen hat, und von dem kleinen Kompromiss, den man suchen müsste, der keine Kümmeris bringen würde. In der Tat ist mir bis jetzt fast keine Stellungnahme zur Dienstleistungsrichtlinie untergekommen, in der nicht einerseits betont wurde, man wolle den freien und ungehinderten Dienstleistungsverkehr innerhalb der Union und in der nicht in anderer Hinsicht deutliche Kritik an Strukturelementen des Richtlinienentwurfs insbesondere am Herkunftsland geübt worden ist. Diese Kritik gilt auch für die freien Berufe, also die über 81.500 Freiberufler, die wiederum 2,7 Millionen Mitarbeiter beschäftigen, also in der Summe einen ganz wesentlichen Wirtschafts- und Arbeitsmarktfaktor darstellen. Grundsätzlich unterstützen die freien Berufe nicht nur Bestrebungen zur Erleichterung des Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union, sie begrüßen es auch ganz konkret, dass diverse Vorschriften des Entwurfs auf eine Stärkung der Qualitätssicherung abzielen, dass etwa im Interesse des Verbraucherschutzes das Erfordernis des Abschlusses einer ausreichenden Haftpflichtversicherung begründet und dass in den Erwägungsgründen ausdrücklich die wichtige Rolle der Berufsvereinigung und Berufsorganisationen, also auch der autonomen Berufsorganisationen – etwa der Kammern – anerkannt wird und ihnen bestimmte Aufgabenbereiche zugedacht werden; hierzu zählt der in Artikel 6 geforderte einheitliche Ansprechpartner in Behörden. Gleichwohl gibt es aus Sicht der freien Berufe substantielle Einwendungen gegen den Entwurf. Ich darf mich hier auf folgende Stichworte beschränken: Führen Sie sich bitte vorab vor Augen, dass wir umfängliche berufsrechtliche Regelungen im Bereich der freien Berufe haben und dass diese Regelungen nicht in erster Linie den Interessen der freien Berufe zu dienen bestimmt

sind, sondern sich der Sache nach als Verbraucherschutzregelungen darstellen. Das beginnt etwa bei strengen Berufszulassungsvoraussetzungen, die einhergehen mit teilweisen sanktionsbewährten Fortbildungsverpflichtungen. Sie sollen sicherstellen, dass im Interesse des Verbrauchers nur solche Personen, die über die erforderlichen Kenntnisse und Befähigungen verfügen, auch den Beruf ausüben. Das geht weiter bei Verschwiegenheitspflichten, bei Geboten zur Wahrung der Unabhängigkeit oder bei Geboten zur Wahrung von Interessenkollision. Ohne derartige Regelungen wären viele Menschen nicht bereit, sich einem Arzt oder Anwalt anzuvertrauen. Die Folgen würden nicht nur die Verbraucher treffen, sondern auch die Gesellschaft, wenn Menschen mit ansteckenden Krankheiten es unterlassen würden, sich ärztlich behandeln zu lassen oder wenn Konflikte nicht mit den Mitteln des Rechtes, sondern auf andere Weise ausgetragen werden würden. Solche Folgen, meine Damen und Herren, stehen aber aus unserer Sicht zu befürchten, wenn bestehende berufsrechtliche Regelungen dadurch ausgehöhlt werden würden, dass Leistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr von Personen erbracht werden, die nicht vergleichbaren Regelungen unterliegen. So liegt es etwa auf der Hand, dass, und ich kann Ihnen nachher noch weitere Beispiele nennen, es etwa für die tierärztliche Versorgung zu bedenklichen Folgen führen würde, wenn die in Deutschland geltenden Beschränkungen für Tierärzte, Arzneimittel nur für einen konkreten Behandlungsfall abzugeben, nicht gelten würden, weil jemand aus einem Mitgliedstaat kommt, in dem der Tiermediziner sich zugleich gewissermaßen in großem Umfang als Arzneimittelhändler betätigen darf. Das liegt auf der Hand. Ich kann Ihnen viele andere Beispiele bringen. Stellen Sie sich vor, es wäre möglich, dass Rechtsberatung betrieben wird von Personen aus anderen Mitgliedstaaten, die dort nicht als Rechtsanwältin zugelassen sind, weil dort kein solches Rechtsberatungsmonopol besteht. Ähnliches gilt für steuerberatende Berufe. Das könnte zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Verbraucherinteressen führen. Ein Mittel zur Lösung dieses Problems scheint uns die grundsätzliche Herausnahme bestimmter Berufs- und Tätigkeitsbereiche aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu sein. Sie wissen, dass Frau Gebhardt so etwas im Moment für den Gesundheitsbereich in Erwägung zieht. Es wird zu prüfen sein, ob dieser Nichtanwendungskatalog des Art. 2 Abs. 2 auch auf andere freie Berufe zu erstrecken ist. Ein anderes Mittel kann darin bestehen, dass zwar nicht die Anwendbarkeit der Richtlinie in toto, aber die Geltung des Herkunftslandprinzips

ausgeschlossen bzw. beschränkt wird. In diesem Falle wäre es aber wichtig, um etwa aus einem Beispiel in meinem Beruf zu bleiben, dass diese Beschränkung nicht nur berufs- und tätigkeitsbezogen erfolgt, d. h., dass nicht nur für das anwaltliche Berufsrecht sozusagen die Regelungen des Bestimmungslandes gelten, sondern dass auch sonstige Personen, die nicht gerade Anwälte sind, nicht unter Berufung auf das Herkunftslandprinzip eine Rechtsberatung betreiben können. Es kommt hinzu, dass es teilweise Widersprüche zwischen den Berufsrechten der einzelnen Länder gibt. Denken Sie bitte daran, dass in Deutschland sehr weitgehende Verschwiegenheitspflichten und Zeugnisverweigerungsrechte bei rechts-, steuer- und wirtschaftsberatenden Berufen bestehen und dass das in anderen Mitgliedstaaten - etwa in den Niederlanden - ganz anders ist. Da stellt sich die Frage: Kann der deutsche Steuerberater, der in den Niederlanden eine Aussage gegenüber den Steuerbehörden unter Hinweis auf deutsche Verschwiegenheitspflichten verweigert, nach niederländischem Recht belangt werden? Genießt das Herkunftslandrecht in einem solchen Fall Vorrangigkeit vor dem nationalen Recht des Ziellandes? Das sind alles Fragen, die viel besser in sektoralen Regelungen geklärt werden können als in einer so horizontalen und undifferenzierten Regelung wie der Dienstleistungsrichtlinie. Meine Damen und Herren, abschließend eine letzte Bemerkung, da das hier keine Verbandsanhörung, sondern eine Sachverständigenanhörung ist, und da ich mich nicht ausschließlich als Verbandsrepräsentant, sondern als Sachverständiger empfinde, möchte ich Ihr Augenmerk noch auf ein Aspekt lenken, der mir in der bisherigen Diskussion als zu kurz gekommen zu sein scheint. Das Herkunftslandprinzip wirft auch außerhalb der dargestellten Bereiche zahlreiche Probleme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht auf. Ich will Ihnen das an einem Beispiel verdeutlichen. Stellen Sie sich vor, da ist ein Bauherr in einer kleinen Gemeinde, z. B. in Nordrhein-Westfalen, der möchte ein Haus bauen. Wegen des günstigen Angebotes beauftragt er damit einen Bauunternehmer aus einem anderen Mitgliedstaat. Dieser liefert als erstes die Materialien und lässt drei Stunden den Motor seines LKW laufen. Der Nachbar geht zum Bürgermeister und beschwert sich. Der schickt einen Mitarbeiter des Ordnungsamtes und er weist den Fahrer darauf hin, dass es nach § 11a des Landesemissionschutzgesetzes verboten sei, geräusch- oder abgaserzeugende unnütz Motoren laufen zu lassen. Der Fahrer lacht nur und sagt, davon habe er noch nie was gehört. Jedenfalls beim ihm zu Hause gäbe es eine solche Regelung nicht.

Der arme Ordnungsamtsmitarbeiter wird als erstes prüfen müssen, wie die diesbezügliche Rechtslage im Heimatland, Polen oder Tschechien, ist. Sollte sich die Auskunft des Fahrers als richtig herausstellen, so wäre es jedenfalls fraglich, ob das Laufen lassen des Motors verhindert werden kann oder nicht. Es ist nicht klar, ob derartige Vorschriften vom Herkunftsland erfasst werden oder nicht. Die Behörden anderer Mitgliedstaaten, z. B. Belgien oder Frankreich, haben da erhebliche Zweifel, ob das nicht unter das Herkunftslandprinzip fallen könnte. Ähnliches gälte, falls der Unternehmer auf den Gedanken käme, etwa in den Dachstuhl zur Wärmedämmung Mineralfasermatten einzubauen, die bei uns wegen kanzerogener Gefahrenbestandteile nicht zulässig sind. Auch hier ist fraglich, ob man das im Hinblick auf Artikel 17 Nr. 17 des Richtlinienentwurfs untersagen könnte und sagen könnte, das Herkunftslandprinzip gilt hier nicht. Das müsste dann zum Schutz der öffentlichen Gesundheit unerlässlich sein, bei reinen Vorsorgemaßnahmen ist das nicht zwingend der Fall. Nächster Punkt: Der Bauunternehmer verwendet uralte Maschinen, die schrecklichen Lärm machen, der nach den einschlägigen Vorschriften unzulässig wäre. Auch dagegen wird sich möglicherweise nichts machen lassen, weil er sich darauf berufen kann, dass nach Art. 16 Abs. 3 Buchstabe g der Dienstleistungsrichtlinie die Behörden des Mitgliedstaates Anforderungen zur Verwendung von Ausrüstungsgegenständen, die integraler Bestandteil der Dienstleistung sind, nicht machen dürfen, sofern diese Ausrüstungsgegenstände nur den Vorschriften des Herkunftslands genügen. Ich könnte die Sache fortsetzen, wenn Sie an nächtliche Arbeiten denken, die bei uns nach der Geräte- und Maschinenlärmschutzverordnung verboten sind und ähnliches. Also, meine Damen und Herren, es scheint mir unverzichtbar zu sein, dass man in diesen Bereichen eine klarstellende Regelung trifft, dass solche Vorschriften, die sozusagen keinen Dienstleisterbezug, sondern einen reinen Tätigkeitsbezug haben und für jedermann gelten, dass die nicht vom Herkunftsland erfasst sind. In diesem Punkt wäre es unerträglich, wenn hier eine Unklarheit fortbestehen würde. Ähnliches gilt nach meiner Überzeugung auch für den Bereich der Akkreditierung und der Verifizierung. Auch da muss eine solche Ausnahme gemacht werden. Zurück zu Tucholskys „einerseits und andererseits“. Ich hoffe, dass die vorstehenden Stichworte deutlich gemacht haben, dass einerseits in der Tat ein großes Interesse daran besteht, Hemmnisse gegenüber dem unionsweiten Dienstleistungsverkehr zu beseitigen und das andererseits aber ein erhebliches Gewicht nicht in erster Linie der

Dienstleister aus dem Bereich der freien Berufe, sondern der betroffenen Verbraucher und der Allgemeinheit besteht, dass hier nicht mit dem Rasenmäher des Herkunftslandprinzips gearbeitet wird, sondern dass sektorale Regelungen getroffen werden, die bereichs- und sachangemessen sind.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt erteile ich das Wort an Herrn Jünemann, Vorsitzender Richter am Landgericht Berlin und Mitglied des Präsidiums des Deutschen Richterbundes.

SV Lothar Jünemann: Danke, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Der Deutsche Richterbund hält grundsätzlich das Bestreben der EU, die Dienstleistungsfreiheit zu fördern und damit auch die Marktchancen für in der EU ansässige Dienstleister zu vergrößern, für förderungs- und unterstützenswert. Dazu bedient sich der Richtlinienentwurf im Kern und im Wesentlichen des Herkunftslandprinzips, was in zweierlei Hinsicht Auswirkungen haben wird. Zum einen dahingehend, dass der Dienstleistungserbringer nur nach den Vorschriften des Herkunftslandes seine Dienstleistungen zu erbringen hat, was in seiner Tragweite möglicherweise derzeit etwas überschätzt wird, wenn man bedenkt, dass das Herkunftslandprinzip nicht zur Anwendung kommt in allen Verträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, womit ein großer Teil aller Dienstleistungen vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips ausgeschlossen sind. Das zweite Problem sieht man im Zusammenhang damit, dass der Dienstleistungserbringer im Entsendestaat bei der Erbringung seiner Dienstleistung durch die Behörden des Herkunftslandes überprüft werden soll und diese die Einhaltung der für ihn geltenden Vorschriften überwachen sollen. Rein praktisch ist das momentan noch sehr schwer vorstellbar, wie die Behörden beispielsweise aus einem baltischen Staat die Dienstleistungserbringung in Spanien, Portugal oder in der Bundesrepublik Deutschland werden überwachen wollen. Die Regelungen zur Zusammenarbeit mit den Behörden des Entsendestaates sind zwar in dem jetzt überarbeiteten Richtlinienentwurf schon deutlich elaborierter als in ihrer ersten Fassung, aber immer noch dürften an dieser Stelle nicht unerhebliche Fiktionen auftreten, zumal bisher nicht richtig gewährleistet zu sein scheint, wie diese Zusammenarbeit institutionell abgesichert werden soll und auch durchgesetzt werden kann. Vielleicht darf ich mich

an dieser Stelle auf diese grundsätzlichen Ausführungen beschränken; zu den Details, insbesondere zur Umsetzung, kommen wir dann später.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Jünemann. Jetzt spricht zu uns Herr Dr. Keller, Rechtsanwalt aus Düsseldorf.

SV Dr. Erhard Keller: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich bin hier als Sachverständiger, weil ich als Anwalt auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des unlauteren Wettbewerbs tätig bin. Ich kann hier auch für die GRUR sprechen, auch wenn es keine Verbandsanhörung ist. Die GRUR ist die Deutsche Vereinigung für den deutschen Rechtsschutz und Urheberrecht. Die Position ist abgestimmt und wird auch von der GRUR unterstützt. Meine Stellungnahme ist auf dem Bereich des Lauterkeitsrechts und auf den Bereich des Herkunftslandprinzips beschränkt, insoweit die Dienstleistungsrichtlinie hier gilt. Bekanntlich ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie recht weit; sie erfasst sämtliche Dienstleistungen gegenüber Unternehmen und gegenüber Verbrauchern mit wenigen Ausnahmen, Art. 2. Für alle diese Dienstleistungen, soweit sie vom im EU-Ausland ansässigen Dienstleister erbracht würden, würde künftig eben das Herkunftslandprinzip gelten. Der Dienstleister transportiert sein Heimatrecht mit in das Tätigkeitsland. Diese Tätigkeit wird bei uns normalerweise durch das UWG kontrolliert. Weil aber in der Dienstleistungsrichtlinie keine Sektorausnahme vorgesehen ist, wie z. B. für die Gewerbeschutzrechte oder für die Urheberrechte, würde auch für die Tätigkeit eines im EU-Ausland ansässigen Dienstleisters hier in Deutschland das Recht seines Heimatlandes alleine gelten und es wäre deswegen nicht mehr möglich, dessen werbendes Verhalten, seine gesamte Werbung, aber auch die gesamte absatzfördernde Tätigkeit dieses Dienstleisters nach deutschem Lauterkeitsrecht zu beurteilen. Es müsste vielmehr in jedem Falle überprüft werden, wenn ein beanstandenswertes Verhalten vorliegt, wie das Heimatrecht des jeweiligen Dienstleisters dieses Verhalten beurteilt. Ich darf Ihnen als auf dem Gebiet praktisch tätiger Anwalt sagen, dass ich das für mehr oder weniger unmöglich halte, selbst wenn mittlerweile sehr ordentliche Kommentare auf dem Markt existieren, die eine Andeutung darüber geben, wie das Heimatrecht in 25 EU-Mitgliedstaaten beschaffen ist. Ich halte es aber für unmöglich, sich in kurzer Zeit eine relativ gewisse Grundlage über das Rechtssystem und die rechtlichen Normen

im Heimatland zu verschaffen. Das gilt nicht nur in Bezug auf die rechtlichen Grundlagen. Es ist vielleicht noch relativ einfach, die jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen zu ermitteln, aber wenn Sie bedenken, dass es nicht allein auf die gesetzlichen Bestimmungen ankommt, sondern auch auf die Auslegung und Handhabung dieser Bestimmungen durch Behörden und Gerichte in dem jeweiligen Heimatland, dann halte ich es für unmöglich, die Rechtslage innerhalb vertretbarer Zeit zu ermitteln. Denken Sie bitte an den alten § 1 UWG bei uns: „Wer im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach Unterlassung Schadenersatz in Anspruch genommen werden.“ Da gab es eine Kommentierung über 1000 Randnummern dazu im Kommentar Baumbach/Hefermehl. Das wäre natürlich dem jeweiligen Dienstleister nahe zu bringen. Die Dienstleistungsrichtlinie sieht nur vor, dass allgemeine Informationen erteilt werden und natürlich keine Beratungen im speziellen Einzelfall erfolgen kann. Ich würde deshalb befürchten, dass ein Vorgehen im einstweiligen Verfügungsverfahren, was in diesem Bereich besonders wichtig ist, praktisch ausscheidet. Auch ein Vorgehen im Hauptsacheverfahren würde sich schwieriger gestalten, weil im Zweifel letztendlich ein Gutachten vom Max-Planck-Institut in Hamburg oder von einer anderen renommierten Institution eingeholt werden müsste, wie denn das jeweilige Heimatrecht beschaffen ist. Das Gutachten ist zeitaufwendig und teuer. Das Hauptsacheverfahren würde nach meiner Schätzung und Erfahrung bestimmt ein Jahr dauern bis dann mal irgendwo ein Spruch getroffen werden kann. Diese praktischen Auswirkungen würde ich befürchten. Nicht helfen würde aus meiner Sicht die in der Richtlinie vorgesehenen Informationspflichten nach Art. 7 und die Amtshilfe nach Art. 35. Ich bin in einer internationalen Anwaltskanzlei tätig und kann Ihnen glaubhaft versichern, dass es schon manchmal langwierig ist, selbst Kollegen, die einem wohlgesonnen sind, dazu zu bringen, über bestimmte Rechtsfragen Auskunft zu geben. Ich prognostiziere, ohne irgend jemand zu nahe treten zu wollen, dass die Informationsrecherche und das Amtshilfeverfahren, die bisher in der Dienstleistungsrichtlinie vorgesehen sind, allein schon aufgrund der vorhandenen sprachlichen Barrieren nicht zügig funktionieren werden. Deswegen ist dieses Informationssystem – gestatten Sie mir das zu sagen – ein gut gemeinter Ansatz und die Kommission hat sich Mühe gegeben, dies differenziert auszubilden, aber ich würde befürchten, dass es in der Praxis nicht funktionieren kann. Es kommt ein zweiter Umstand hinzu: Es ist nicht nur

das ausländische Recht in alle Verästelungen zu ermitteln, sondern es ist auch zweifelhaft, ob überhaupt anspruchsbefugte deutsche Stellen vorhanden sind. Nach deutschem Lauterkeitsrecht können Unlauterkeiten abgestellt werden durch Mitbewerber, durch Verbände, insbesondere durch Verbraucherverbände. Es ist zweifelhaft, ob das überhaupt geschehen kann, dazu wird Prof. Köhler in seiner Stellungnahme sprechen. Fazit: Ich befürchte dass tatsächlich das Angebot von im EU-Ausland ansässigen Dienstleistern, die ihr Heimatrecht hier mittransportieren, faktisch nicht kontrolliert werden kann. Es wäre eine faktische Rechtsschutzsperre vorhanden, und dass deswegen erhebliche Verschlechterungen des wettbewerbsrechtlichen Schutzes für Verbraucher und für Mitbewerber vorhanden wäre. Es wäre auch daran zu denken, dass natürlich eine Inländerdiskriminierung vorhanden wäre, weil selbstverständlich deutsche Anbieter oder die Anbieter im jeweiligen Tätigkeitsort ihren jeweiligen Rechtsregime unterliegen und dort wahrscheinlich effektiv und schnell an die Zügel genommen werden können. Empfehlung: Der Deutsche Bundestag sollte darauf hinwirken, dass das Lauterkeitsrecht, von dem ich spreche, ausgenommen wird aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie und quasi gleichgestellt wird mit Urheberrechten und anderen gewerblichen Schutzrechten. Es würde auch, so habe ich es in meiner Stellungnahme am Ende hinzugefügt, der „Keck“-Rechtsprechung entsprechen, wo der EuGH es den nationalen Regelungen überlässt, die Modalitäten eines Warenverkaufs, hier umgesetzt die Modalitäten einer Dienstleistungserbringung national zu regeln, wenn sie nicht diskriminierend erfolgt, und sowohl Ausländer als auch Inländer gleichermaßen getroffen werden.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Dr. Keller. Jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Köhler, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Handelsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Ludwig-Maximilians-Universität München.

SV Prof. Dr. Helmut Köhler: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich kann mich weitgehend dem anschließen, was Herr Keller schon gesagt hat. Es ist noch viel schlimmer, als Herr Keller es ausgeführt hat, denn es gilt nicht nur das materielle Recht des Herkunftslandes des Dienstleistungserbringers, sondern Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie sieht vor, dass auch ausschließlich der Herkunftsmitgliedstaat selbst dieses



Verhalten des Dienstleistungserbringers kontrollieren soll. Da wird es natürlich schwierig. Denn, Herr Keller hat schon ausgeführt, das Wettbewerbsrecht, das Lauterkeitsrecht steht und fällt mit seiner raschen Durchsetzung. Wenn eine Werbeaktion nicht innerhalb kürzester Frist unterbunden ist, dann läuft sie von selbst aus, dann braucht man hinterher nicht mehr nachzutrotten. Diese rasche Durchsetzung ist in keiner Weise gewährleistet, wenn man erst die Behörden des Heimatstaates des Dienstleistungserbringers aktivieren muss, um dort tätig zu werden. Die Schwierigkeiten beginnen schon bei der Feststellung, welchem Land der Dienstleistungserbringer angehört, der irgendeine unlautere Maßnahme trifft, wenn er eine Zeitungsanzeige schaltet oder Telefonanrufe startet. Sie müssen erst einmal herausbringen, woher er kommt. Dann müssen Sie weiter herausbringen, was er für eine ladungsfähige Anschrift hat. Hier kommt erschwerend hinzu, dass in Art. 16 Abs. 3 der Richtlinie sogar vorgesehen ist, dass die Mitgliedstaaten nicht einmal den Dienstleistungserbringer verpflichten dürfen, in ihrem Hoheitsgebiet eine Anschrift oder eine Vertretung zu haben oder eine dort zugelassene Person als Zustellungsbevollmächtigten zu wählen. Sie können ihn also an Ort und Stelle nicht mal mehr identifizieren. Selbst wenn es gelingt – ich nehme das Beispiel eines ungarischen Dienstleistungserbringers in Deutschland – selbst wenn Sie herausbringen, wo er in Ungarn seinen Wohnsitz hat, dann müssten Sie jetzt den ungarischen Wettbewerbsrat, das ist die dort zuständige Behörde, bitten, gegen diesen Mann vorzugehen. Es ist nicht davon auszugehen, dass der ungarische Wettbewerbsrat der deutschen Sprache so weit mächtig ist, d. h., Sie müssten wahrscheinlich für eine Übersetzung der entsprechenden Dokumente sorgen. Jetzt können Sie sich vorstellen, wie lange das schon dauern wird. Dann können Sie erst dort beantragen, ein Verfahren einzuleiten. Ich brauche das jetzt nicht weiter auszuführen. Ich will nur sagen, faktisch führt dieses Regime, das die Kommission in § 16 Abs. 2 einführen will, zu einer absoluten Rechtsschutzverweigerung gegenüber den deutschen Verbrauchern, den deutschen Verbraucherorganisationen und den deutschen Mitbewerbern und den deutschen Mitbewerberorganisationen. Deshalb meine Empfehlung, genauso wie Herr Keller es ausgesprochen hat, das Lauterkeitsrecht sollte vom Geltungsbereich des Herkunftslandprinzips ausgenommen werden. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Prof. Köhler. Jetzt hat das Wort Prof. Dr. Mankowski, Stellv. Direktor des Seminars für Ausländisches und Internationales Privat- und Prozessrecht, Universität Hamburg.

SV Prof. Dr. Peter Mankowski: Meine Damen und Herren. Es folgt der dritte in der Reihe, der sich nicht einmal vom einerseits zum andererseits versteht, sondern dem Herkunftslandprinzip kritisch gegenüber steht. Und zwar aus ganz grundsätzlichen Gründen, die man rechtsökonomisch nennen kann. Welche Anreize haben wir nämlich bei den Herkunftslandbehörden, dass diese auch wirklich effektiv regulieren? Aus deren Sicht ist das Verhalten auf einem Auslandsmarkt wunderbar. Umso besser, wenn man dann bei der eigenen Wirtschaft durch liberale Regulierung die Zügel frei lässt. Es bestehen keine Anreize zu regulieren. Im Gegenteil bestehen Anreize zu einer liberalen, exportfördernden Politik. Die „Kleinigkeiten“ Übersetzungen, Zuständigkeitsklärungen usw. seien mal ganz ausgeklammert. Man kann sich sehr gut vorstellen, dass Staaten, die Dienstleistungen im großen Umfang exportieren, überhaupt kein Interesse daran haben, ihren Unternehmen im Ausland Zügel anzulegen. Behörden haben nur knappe Ressourcen. Sollen sie die verwenden für Auslandssachverhalte, bei denen sie größere Schwierigkeiten haben an die Informationen heranzukommen? Bei denen sie im Zweifel auch schlechtere Sanktionsmöglichkeiten haben? Ein großes Fragezeichen. Ein großes Fragezeichen aber auch schon auf der politischen Ebene hinsichtlich der Regulierung. Exportförderung kann eine wunderbare Wirtschaftspolitik sein. Die Marktgegenseiten und die Konkurrenten auf den Märkten der Bestimmungsländer haben im politischen Diskurs des Herkunftslandes keine Stimme. Man kann also wunderbar liberale Regelungen treffen und liberal sein zu Lasten Dritter, die im Ausland die Nachteile zu spüren haben. Dieses entzieht der Herkunftslandkontrolle als einer ganz notwendigen Komponente des Herkunftslandprinzips den Boden. Das Herkunftslandprinzip besteht aus zwei Teilen: Prinzip der Herkunftslandkontrolle, das wird normalerweise in den Vordergrund gestellt, einerseits, und Verbot der Bestimmungslandkontrolle andererseits, aufbauend auf einem gegenseitigen Vertrauen und eine effektive Regulierung im Herkunftsland. Es bestehen Zweifel, ob so wirklich eine effektive Regulierung stattfinden wird. Nächster Kritikpunkt: Aus der Sicht meiner Teildisziplin, des internationalen Privatrechts, liegt das Herkunftslandprinzip quer zu einer ganzen Menge von Wertungen. Schon öfter

angeklungen ist die Frage, wie sollen denn Behörden oder Stellen in Bestimmungsländern mit Herkunftslandrecht umgehen? Betrachten wir es nur unter dem Kostenaspekt. Wir hätten hier eine erhebliche Durchsetzung der tertiären Kosten, Rechtsdurchsetzungskosten. Dazu sind wir vom Primärrecht her nicht gezwungen. Vom System des internationalen Privatrechts her kann man das Herkunftslandprinzip, zumal einer sektoriellen Richtlinie dieses umfassenden Zuschnitts überhaupt nicht empfehlen. Wir haben die gegenwärtig laufenden Projekte Rom I und Rom II. Zwei Verordnungen sind in Arbeit über das auf außervertragliche und vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht. Scheinbar hat die Zuständigkeit unterschiedlicher Generaldirektionen auf der europäischen Ebene die Koordinierung der Vorhaben nicht eben gefördert. Sektorielle Eingriffe sind Systemstörungen. Nimmt man die gerichtliche Zuständigkeit hinzu, haben wir eine Kombination von Bestimmungsländzuständigkeit, zumindest im Bereich der besonderen Gerichtsstände, zumindest bei Delikten einerseits, und Herkunftslandrecht andererseits, wenn wir das Herkunftslandprinzip einführen. Auch das passt nicht richtig. Über das Lauterkeitsrecht möchte ich mich gar nicht weiter verhalten, da kann ich ebenso nur sagen, es wird nicht funktionieren. Ein weiterer Punkt, der bisher nicht angesprochen wurde, der aber in den Tageszeitungen im Vorfeld des Gipfels vom 22. und 23. März eine erhebliche Rolle spielte, der Aspekt des Sozialdumpings bei Arbeitnehmern. Der Komplex „entsandte Arbeitnehmer“ ist vergleichsweise uninteressant, dessen nimmt sich Art. 24 des Entwurfs an. Dort soll alles beim Alten bleiben. Nun, dann haben wir die prominenten Fälle der polnischen Schlachtarbeiter in den deutschen Schlachthöfen mit der schönen Arabeske, wie mir ein Kollege erzählt hat, dass nicht wenige dieser polnischen Schlachter als englische Ein-Mann-Limiteds organisiert sein sollen. Hier geraten wir in dem Abgrenzungsbereich gleich dreier Grundfreiheiten: Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit. Es wird Sie vielleicht aus dem Munde eines Kritikers des Herkunftslandprinzips wundern zu hören, dass wir dem schon durch sachgerechte Qualifikation Herr werden können. Was ein Arbeitnehmer ist, ist materiell zu bestimmen und da mag er sich noch hundertmal selbständiger Dienstleister oder „Limited“ nennen. Das ist eigentlich nicht das Problem, auch wenn es im Umfeld des Gipfels und bei dessen publizistischer Begleitung die lauteste Musik spielt. Letzte Worte dann gelten gegenwärtig nach dem Gipfel und der durch den Gipfel verursachten unklaren politischen Lage den kursierenden

Kompromissvorschlägen. Ein Kompromissvorschlag möchte kombinieren: Kontrolle im Bestimmungsland auf der Grundlage des Herkunftslandrechts. Dagegen spricht der Kostenaspekt und dagegen spricht auch die mangelnde Fähigkeit, Befähigung des normalen Beamten, dessen überhaupt gerecht zu werden. Das kann auch nicht wirklich funktionieren. Der prominenteste Alternativvorschlag ist der Gebhardt-Bericht mit dem Prinzip der wechselseitigen Anerkennung und auch dort sind Befürchtungen zu äußern. Was soll dieses Prinzip denn wirklich sein. Was wird da anerkannt? Diese Frage wird im Gebhardt-Bericht gar nicht ordentlich beantwortet. Verbirgt sich nicht in Wirklichkeit nolens volens hinter einem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung doch wieder das Herkunftslandprinzip? Das Herkunftslandprinzip wird selber auch als Anerkennungsprinzip bezeichnet. Im Übrigen würde auch ein Prinzip der wechselseitigen Anerkennung nicht die Anreize für die Herkunftsländer beseitigen, lax zu regulieren. Auch dieser Kompromissvorschlag hat also viele Schwächen des Herkunftslandprinzips und zudem die weitere das sehr unklar ist, was ein Gegenstand sein soll und was sich hinter ihm eigentlich verbergen soll. Deshalb auch ein Plädoyer nicht nur gegen das Herkunftslandprinzip, sondern auch gegen eine Kompromisslinie – Prinzip der wechselseitigen Anerkennung.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Prof. Mankowski. Jetzt Herr Dr. Scheel, Leiter der Abteilung Recht, Wettbewerbspolitik und Versicherung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie.

SV Dr. Kurt Christian Scheel: Vielen Dank Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Ich komme mir schon fast als einsamer Rufer in der Wüste vor, wenn ich in den nächsten Minuten versuchen werde, ein wenig eine Lanze für die Dienstleistungsrichtlinie zu brechen. Damit Sie mich richtig verstehen, auch wir sehen in dieser Richtlinie ein erhebliches Verbesserungspotential und haben eine Reihe von Kritikpunkten, auf die ich gleich noch näher eingehen werde. Dennoch plädieren wir mit großem Nachdruck dafür, im Rahmen dieses Richtlinienprojekts auch die Chancen und nicht in erster Linie die Risiken zu sehen. Denn wovon reden wir denn im Sinne einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung? 70 Prozent der Wertschöpfung in Deutschland werden durch Dienstleistung erzielt, aber nur 12 Prozent des Exportes der deutschen Volkswirtschaft werden durch Dienstleistungen erzielt. Wenn Sie in der Industrie fragen, was sind die größten Hemmnisse für die

Wahrnehmung der Chancen des Binnenmarktes, nachdem im Rahmen der Binnenmarktagenda 1985 bis 1992 der Binnenmarkt für Produkte weitestgehend geschaffen worden ist, dann sind es die Hemmnisse im Dienstleistungsbereich. Gleichzeitig sind aber im Dienstleistungsbereich diejenigen Felder zu finden, in denen sich künftige Geschäftchancen für die Industrie verwirklichen. Wenn ein deutsches Unternehmen, beispielsweise ein hier in Berlin ansässiges Unternehmen, einen Aufzug nach Frankreich verkauft, mit dem nackten Material kann man vielleicht Geld verdienen – ich sage vielleicht -. Womit aber in der Unternehmensgesamtkalkulation Geld verdient wird, ist der gleichzeitige Verkauf der Wartung, der Schulung der Mitarbeiter, der Installateure, der Softwareupdates usw. also allem, was damit verbunden an verkaufsbegleitender Dienstleistung erbracht wird. Hier gibt es zahlreiche Hemmnisse, auch diskriminierende Hemmnisse, die aus unserer Sicht abgebaut werden sollten und hierzu leisten die Richtlinien den richtigen Beitrag. Wenn man liest, was ein deutscher Handwerker in Belgien für Dokumente vorzulegen hat: Haftpflichtversicherung, Unbedenklichkeitsbescheinigung von der Krankenkasse, der Unfallversicherung, des Finanzamtes, polizeiliches Führungszeugnis, Belege der Berufserfahrung, Meisterprüfung, das alles, wenn es im entsprechenden Landesteil ist, in flämischer Übersetzung. Hier bietet aus unserer Sicht die Dienstleistungsrichtlinie zahlreiche Chancen. Ich möchte darauf aufmerksam machen, die Richtlinie besteht nicht nur aus den Regeln zum Herkunftslandprinzip, sie besteht auch - und das ist aus unserer Sicht ganz wichtig - aus Regeln, die die Mitgliedstaaten zur Abschaffung diskriminierender Genehmigungsanforderungen verpflichten, ihre Verwaltung zu vereinfachen, so genannte one-stop-shops einzurichten, die als einheitliche Ansprechpartner für die Dienstleistungserbringer dienen und entsprechende Informationen geben und Verwaltungsverfahren abwickeln können. Allein das wäre schon eine außerordentlich große Hilfestellung für die Industrie. Nun zum Herkunftslandprinzip. Worum geht es beim Herkunftslandprinzip in erster Linie? In erster Linie geht es doch beim Herkunftslandprinzip darum zu vermeiden, dass in Bezug auf die Aufnahme der Tätigkeit von Dienstleistungserbringern, dass - was in Deutschland klassischerweise im Gewerberecht geregelt wird, und wir haben ein sehr liberales Gewerberecht in Deutschland - es nicht zu Doppelprüfungen, Verlangen von Doppelbescheinigungen, Doppelzulassungen und ähnlichem kommt. Manchmal ist es etwas schwierig, sich in Deutschland vorzustellen, was in anderen Mitgliedstaaten noch an diskriminierenden

Voraussetzungen nur für die Anmeldung eines Gewerbes möglich ist. Unter bestimmten Bedingungen müssen beispielsweise ausführliche Qualifikationsnachweise erbracht werden, es muss belegt werden, ob für ein bestimmtes Gewerbe ein Bedürfnis besteht usw. Da sind andere Mitgliedstaaten sehr phantasievoll und das ist aus unserer Sicht etwas, was zwingend durch das Herkunftslandprinzip zu beseitigen ist. Die einzige denkbare Alternative wäre eine vollständige Harmonisierung über den ganzen Bereich aller gegenwärtig auf den Markt befindlichen und in Zukunft vielleicht auf den Markt befindlichen Dienstleistungen. Dies scheint doch eine sehr große regulatorische Herausforderung, einer, der unter dem Gesichtspunkt von Bürokratieabbau und Deregulierung sicherlich nicht die Zukunft gehört. Nun wird immer wieder auf Schwächen des Herkunftslandsprinzips im Hinblick auf einzelne Sachverhalte hingewiesen und meine Vorredner haben das auch im Bezug auf einige Teilaspekte des Herkunftslandprinzips getan. Hier muss man zwei Teilsachverhalte auseinander halten. Ein großer Teil der Diskussion dreht sich um Dinge, die zumindest nach unserem Verständnis des Entwurfs aus dem Herkunftslandprinzip ausgeklammert sind. Das gilt beispielsweise für die gesamte Thematik für die Berufsqualifikation. Gerade heute wird diese Richtlinie im Europäischen Parlament behandelt; diese Richtlinie soll speziell gegenüber anderen Richtlinien sein, so dass der gesamte Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen aus unserer Sicht vom Herkunftslandprinzip nicht tangiert wird. Inwieweit das Wettbewerbsrecht durch das Herkunftslandprinzip in Zukunft tangiert werden wird, bleibt abzuwarten. Keiner meiner Vorredner ist leider Gottes auf die Richtlinie über unfaire Wettbewerbsregelungen, die so genannte UCP-Richtlinie eingegangen, die aus unserer Sicht eine weitgehende Harmonisierung des Wettbewerbsrechts darstellt und insoweit aus unserer Sicht – wir hatten seinerzeit, als diese Richtlinie in den Anfängen war, auch dort das Herkunftslandprinzip gefordert, das ließ sich nicht durchsetzen, aber im Hinblick auf das materielle Wettbewerbsrecht sieht diese Richtlinie eine relativ weitgehende Harmonisierung vor, so dass wir das Spannungsverhältnis, so wie hier es teilweise skizziert worden ist, so scharf gar nicht sehen. Herr Ewer hat eine Reihe von Regelungen aus dem Umweltrecht genannt. Da ist es aus unserer Sicht in der Tat so, und dass ist aus unserer Sicht ein vernünftiges Verständnis des Art. 17 Nr. 17 als Ausnahme, dass sich in dem Moment, wo es Regelungen gibt, die auf die Besonderheiten der örtlichen Gelegenheit

beispielsweise der Gebäude abstellen, dass dort das Herkunftslandprinzip nicht gilt, also dem polnischen Dienstleistungserbringer könnte sehr wohl verboten werden, sein KfZ bei Nacht laufen zu lassen oder zu laut laufen zu lassen. Man darf auch nicht vergessen, dass es in diesen Bereichen im Umweltrecht oder auch im Arbeitsrecht schon viele harmonisierende Richtlinien gibt. Die Einrichtung von Baustellen ist europäisch harmonisiert, die Verwendung gefährlicher Stoffe ist europäisch harmonisiert, so dass es hier zu wesentlichen Lücken aus unserer Sicht gar nicht mehr kommt. Letztes Stichwort, bevor ich zum Ende komme, die Verwaltungszusammenarbeit. Auch hier gibt es zahlreiche Bedenken. Aus unserer Sicht ist die Frage, wie man mit der Tatsache umgeht, dass ein gegenseitiges Vertrauen - das wird man konzedieren müssen – zwischen den Verwaltungen der Europäischen Mitgliedstaaten derzeit nicht so besteht, wie es sein müsste. Sollen wir deswegen darauf verzichten, Regelungen zu finden, die zu einer besseren Zusammenarbeit, zu einer größeren Annäherung, zu einer besseren Harmonisierung führen sollen oder nicht? Aus unserer Sicht stellt der Artikel 37, der weit mehr ist, als eine bloße Amtshilfe, nämlich eine echte Verwaltungszusammenarbeit, hier eine sehr gute Grundlage dar. Er ermöglicht der Kommission ein Verfahren einzurichten, was es den Behörden im Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird und in dem der Dienstleistungserbringer sitzt, effektiv für die Durchsetzung der Anforderungen an den Dienstleistungserbringer zusammenzuarbeiten, so dass auf lange Sicht, wenn es funktioniert, wir davon ausgehen, dass die Überwachung besser sein wird, als sie heute ist. Und somit ist gerade dem Interesse an einer fairen und effektiven Überwachung aus unserer Sicht durch diese Richtlinie gedient. Die Erfahrung im Bereich der Produkte zeigt, dass eine solche Verwaltungszusammenarbeit funktionieren kann. Das Rapeckssystem im Bereich der Produktsicherheit ist aus unserer Sicht sehr effektiv, so dass bei allen Punkten, die aus unserer Sicht auch verbessert werden müssen – dazu gehört z. B. die Bereichsausnahme im internationalen Privatrecht, hier ist das internationale Privatrecht aus unserer Sicht ein angemessener Regelungsort und nicht die Dienstleistungsrichtlinie –, wir doch dafür eintreten, bei der Richtlinie die Chancen und nicht die Gefahren im Vordergrund zu sehen. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Dr. Scheel. Jetzt hat Herr Dr. Westphal das Wort. Sie sprechen für die Bundesanwaltskammer Berlin.

SV Dr. Thomas Westphal: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Die deutsche Anwaltschaft befürwortet grundsätzlich den Richtlinienentwurf und das mit ihm verfolgte Ziel einer Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes in Europa. Es besteht jedoch Anlass darauf hinzuweisen, dass der anwaltliche Bereich wie kaum ein anderer bereits umfassend durch europäische Richtlinien geregelt ist, nämlich die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie, die Niederlassungsrichtlinie und die Diplomanerkennungsrichtlinie, die alle einheitlich in Deutschland im EURAG, dem Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte aus dem März 2000, umgesetzt worden ist. Diese sektoralen Richtlinien, die sich in der Praxis sehr bewährt haben, und auch weitgehende Akzeptanz im Berufsstand genießen, sollten hinsichtlich der in ihnen geregelten Sachverhalte dieser horizontalen Richtlinie Vorrang haben. Insofern stellt sich die im Berufsstand heftig umstrittene Frage des Einbezugs des Berufsstandes der Rechtsanwälte in die Richtlinie überhaupt. Grundsätzlich gilt hierfür, Rechtsanwälte erbringen Dienstleistungen und sie unterfallen per se der Zielgruppe des Richtlinienentwurfes, aber sind auch Organ der Rechtspflege und die Dienste, die sie erbringen, haben einen besonderen, dem Gemeinwohl verpflichteten Inhalt. Es dient dem Schutz des Mandanten und damit dem Verbraucherschutz, dass Rechtsrat nur erteilt und rechtliche Vertretung nur geleistet werden kann von Angehörigen eines hierfür besonders qualifizierten Berufsstandes, der besonderen Berufsregeln, der einer Berufsaufsicht und einer Kontrolle unterfällt. Ein Berufsstand der verpflichtet ist, sich fortzubilden und eine angemessene Haftpflichtversicherung bereitzustellen – um nur einige Punkte zu nennen. Es dient darüber hinaus der Funktion der Rechtspflege und der Realisierung des Grundsatzes auf Zugang zum Recht, wenn Rechtsanwälte, nur diese sind dazu verpflichtet, gehalten sind, auch befürftigte und kostenarme Mandanten im Rahmen der Beratungshilfe außergerichtlich oder im Rahmen der Prozesskostenhilfe gerichtlich gegen Gebühren zu vertreten und zu beraten, die deutlich unter den gesetzlichen Wahlanwaltsgebühren liegen. Wenn sichergestellt ist, dass diese Besonderheiten des Berufsstandes gewahrt werden und insbesondere gewährleistet ist, dass die Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes – in Zukunft Rechtsdienstleistungsgesetzes – nicht umgangen werden können, ist gegen einen Einbezug der Rechtsanwälte in den Anwendungsbereich der geplanten Richtlinie – jedenfalls aus meiner Sicht – nichts einzuwenden. Nun zu einigen Punkten des Richtlinienentwurfes im Einzelnen. Soweit der anwaltliche Bereich betroffen ist, wird



der Entwurf in den allermeisten Punkten befürwortet. Dies gilt beispielsweise für den vorgesehenen einheitlichen Ansprechpartner, der die Rolle des verfassten Berufsstandes, der Kammern, würdigt und stärken wird, da nur die Kammern die Rolle dieses Ansprechpartners werden ausfüllen können. Auch wenn dort in der Tat Probleme absehbar sind – beispielsweise im Bereich der Haftung oder Haftungsgefahr. Befürwortet wird beispielsweise auch Art. 39 des Richtlinienentwurfes, der die Ausarbeitung gemeinschaftsrechtskonformer Verhaltenscodices auf Gemeinschaftsebene fordert, ein Anliegen, welchem die Rechtsanwälte durch den Code of Conduct des Rates der Anwaltschaften bei der Europäischen Union längst nachgekommen sind. Diese so genannten CCBE – Standesrichtlinien sind über § 29 der anwaltlichen Berufsordnung längst Bestandteil des deutschen Rechts geworden. Im Bereich der für die Niederlassung vorgesehenen unzulässigen Anforderungen im Richtlinienentwurf finden sich nach meiner Beurteilung überhaupt keine Berührungspunkte zum deutschen Berufsrecht; im Bereich der zu überprüfenden Anforderungen insgesamt drei, über die ich nachher, sofern gewünscht, etwas sagen kann. Vom Herkunftslandprinzip, welches nach der Vorstellung der Kommission für grenzüberschreitende Dienstleistungen gelten soll, sind diejenigen Sachverhalte, die der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie für Rechtsanwälte unterfallen, grundsätzlich ausgenommen. Das heißt, dass europäische Anwälte, die in Deutschland ihre Dienstleistungen anbieten, die für die deutschen Rechtsanwälte geltenden Regeln hier zu beachten haben. Das entspricht dem geltenden Recht, § 27 Abs. 2 des EURAG. Nicht umfasst von dieser Ausnahmeregelung ist freilich die rechtsberatende Tätigkeit durch Personen, die der Rechtsanwaltrichtlinie nicht unterfallen. Also Personen, die in einem Mitgliedstaat Rechtsrat erteilen dürfen, aber eben nicht Rechtsanwalt sind. Als Beispiel wird hier immer Finnland genannt. Dort ist das wohl so der Fall. Für sie würde hierfür hiernach das Herkunftslandprinzip gelten mit der Folge, dass sie auch in Deutschland tätig werden dürfen, ohne den in Deutschland geltenden berufsrechtlichen Vorgaben entsprechen zu müssen. Dieser Punkt ist für die Bundesrechtsanwaltskammer nicht akzeptabel. Wir sprechen uns deshalb mit Nachdruck dafür aus, Art. 17 Nr. 7 des Richtlinienentwurfes dahingehend abzuändern, dass vom Herkunftslandprinzip allgemein die Erbringung rechtsberatender Dienstleistungen ausgenommen wird. Ende April hat in Brüssel eine Besprechung zwischen Vertretern unseres Berufsstandes und der

verantwortlichen Dame in der Europäischen Kommission, Frau Dr. Fröhlinger, stattgefunden. Sie hat bei Gelegenheit dieser Besprechung in Aussicht gestellt, dass sie sich auf einen solchen Kompromiss durchaus einlassen könnte. Indiskutabel aus anwaltlicher Sicht ist auch die unter Artikel 18 Abs. 2 Buchstabe c vorgesehene vorübergehende Ausnahme vom Herkunftslandprinzip für die Aufnahme von Tätigkeiten zu gerichtlichen Beitreibungen von Forderungen. Nach dem Richtlinienentwurf sollen für derartige Tätigkeiten spätestens nach dem 1. Januar 2010 das Herkunftslandprinzip gelten, sollten sich die Mitgliedstaaten nicht auf eine Harmonisierung dieses Bereiches verständigen. Das deutsche Rechtsberatungsgesetz oder Rechtsdienstleistungsgesetz fände dann für Inkassounternehmen anderer Mitgliedstaaten keine Anwendung mehr. Das erstaunt umso mehr, als der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil „Reisebüro Bröde“ ausdrücklich festgehalten und unterstrichen hat, dass die Regelung des Inkassorechts Angelegenheit des jeweiligen innerstaatlichen Rechts ist. Aus unserer Sicht soll deshalb Art. 18 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs Buchstabe c ersatzlos gestrichen werden. Auch diesbezüglich hat Frau Dr. Fröhlinger durchaus Kompromissbereitschaft signalisiert. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Dr. Westphal. Jetzt Herr Prof. Wolf Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht, Universität Hannover. Sie haben abschließend das Wort.

SV Prof. Dr. Christian Wolf: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich werde den zentralen Punkt meiner Ausführungen auf ein Gebiet stützen, wo ich eigentlich die wenigste Sachkompetenz habe, nämlich das Strafrecht. Ich hoffe Ihnen vor Augen zu führen, dass dort aus meiner Sicht die größten Probleme liegen. Zunächst einmal zum Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsrecht als dogmatisch abgeschlossene Materie gibt es nicht, sondern Wirtschaftsrecht setzt sich aus drei Teildisziplinen des Zivilrechts, öffentlichen Rechts und Strafrechts zusammen, die für die in der Wirtschaft Tätigen ein bestimmtes Level des Rechtsgüterschutzes verwirklichen wollen oder verwirklichen sollen: einerseits des Mitbewerbers und andererseits des Abnehmers. Wie der Mix zwischen strafrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Vorschriften hinsichtlich des Rechtsgüterschutzes im Wirtschaftsrecht verwirklicht

wird, ist von Land zu Land verschieden und hat auch kulturelle Unterschiede. Nehmen Sie das Paradigma der Vereinigten Staaten auf der einen Seite und der kontinental-europäischen Tradition auf der anderen Seite. Wir haben ein striktes Verwaltungsgenehmigungskontrollsystem, während die Amerikaner sehr stark auf ein zivilrechtliches Haftungssystem setzen. Aber auch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft sind die Anteile durchaus unterschiedlich verteilt, so dass bei einer Mischung mit Ausnahmeregelungen nach dem Herkunftslandprinzip immer die Gefahr besteht, dass das Niveau des Rechtsgüterschutzes unterlaufen wird. Das Hauptproblem der Richtlinie ist ja, dass die Richtlinie weitgehend nur in den Bereich eingreift, wo nicht harmonisiert ist. Die horizontale Wirkungsweise der Richtlinie setzt eine bestimmte flache Regelungstiefe sogar nach dem EGV voraus. Denn die eigentlichen Ermächtigungskompetenzen des EGV Art. 44 und Art. 42 sehen nur sektorale Richtlinien vor, nämlich für bestimmte Tätigkeiten. Nehme ich also die Ermächtigungskompetenz des EGV ernst, dann könnte ich nur Tätigkeitsspezifisches nach unten, also in der starken Regelungstafel, durchharmonisieren. Für horizontale Richtlinien habe ich im Kern nur die Ermächtigung des Art. 55 mit dem Verweis auf Art. 47, muss also zwangsläufig eine bestimmte Oberflächlichkeit bei der Harmonisierung anstreben, was ich mit dem Herkunftslandprinzip tue, denn ein Herkunftslandprinzip bräuchte ich nicht, wenn wir einheitliches EU-Recht hätten. Das ist sozusagen der Ausgangspunkt, dem sich die Kommission in ihrer Problematik gegenüber sah. Nun zu meinem zentralen Punkt, auf den ich Sie aufmerksam machen wollte. Im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts finden wir so gut wie keine Vorschrift, die nicht an irgendeiner Stelle strafbewährt ist. Vergewähren Sie sich das bei Beck erschienene Lexikon des Nebenstrafrechts, was fünfbändig ist. Alle diese strafrechtlichen Sanktionsnormen des Wirtschaftsstrafrechts oder des Nebenstrafrechts sind im Kern ausgestaltet als Blankettvorschriften. Das heißt, sie formulieren den Tatbestand, gegen den verstoßen wird, nicht selbst aus, sondern verweisen hinsichtlich des Tatbestands, gegen den verstoßen wird, auf bestimmte Normen des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Sind die aber nicht mehr anwendbar aufgrund des Herkunftslandsprinzips, fällt im Kern die Strafbarkeit in sich zusammen. Denn für den aus Land A in Land B oder in Deutschland – für den Franzosen, der in Deutschland eine Dienstleistung erbringt – gilt aufgrund des Herkunftslandprinzips nicht mehr die deutsche Verwaltungsbestimmung, so dass er auch nicht mehr gegen den deutschen Straftatbestand verstoßen kann. Will man also hier für auffällige,

besonders sanktionswürdige Verstöße gegen das Wirtschaftsverwaltungsrecht nach wie vor den strafrechtlichen Schutz zur Verfügung stellen, bliebe im Kern nichts anderes übrig, als IPR-Verweisungswege in die Blankettstrafnormen aufzunehmen. Nun wissen wir alle, dass dem IPR dieser berühmte Raape'sche Sprung in das Dunkle vorhanden, d. h. wir verweisen auf Rechtsordnungen, die wir nicht kennen. Das mag im Zivilrecht im IPR funktionieren, im Strafrecht haben Sie bei einer entsprechenden Regelung mit Sicherheit die deutlichsten Probleme hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 GG. Auch von der Seite halte ich das Herkunftslandprinzip, so wie es momentan ausbuchstabiert ist, für hochgefährlich. Man muss sich das in dieser Hinsicht sehr genau anschauen, deshalb mein Plädoyer, um Ihre Zeit nicht über Gebühr in Anspruch zu nehmen: Man sollte den Weg fortschreiten, den der EG-Vertrag in der Systematik eigentlich anlegt, nämlich einer sektoralen Harmonisierung und nicht einer horizontalen Richtlinie, die zwangsläufig auf ein wie auch immer geartetes Herkunftslandprinzip abstellen muss. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Prof. Wolf. Vielen Dank meine Herren für die Statements.

Der Kollege Manzewski wird jetzt die Sitzungsleitung übernehmen, weil ich einen anderen Termin wahrnehmen muss. Ich bitte um Entschuldigung, aber er wird dann auch gleich eine entsprechende Struktur für die Fragerunden vorschlagen.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Vielen Dank, meine Herren Sachverständigen. In dieser Woche und in der nächsten finden verschiedene Anhörungen hier im Bundestag zu dem Thema Dienstleistungsrichtlinie statt. Dieses Thema ist derart umfassend, dass auch andere Ausschüsse hierzu eine Befragung durchführen wollen, weil das Thema für einen einzelnen Ausschuss zu umfassend wäre. Wir haben uns deshalb auch im Vorfeld auf zwei Themenkomplexe konzentriert und haben Sie dementsprechend eingeladen. Ein Themenkomplex umfasst die Frage, Kollision mit dem IPR und Auswirkungen auf die Justiz im weitesten Sinne. Der zweite Themenkomplex befasst die Frage, Kollision mit dem deutschen Lauterkeitsrecht. Wenn ich Ihnen diese beiden Themen so darlege, dann ist sicherlich klar, warum Sie hier heute eingeladen worden sind. Ich würde vorschlagen, liebe Kolleginnen und Kollegen, damit die Sache nicht ausufert, dass wir uns

weitestgehend hierauf konzentrieren. Ich würde weiterhin vorschlagen, dass wir den Rest der Anhörung – also die Fragestunden – teilen, damit wir eine Systematik bekommen. Ich würde sagen, wir befassen uns eine Stunde lang, damit der Gesamtkomplex besser zu sehen ist, mit dem IPR und den Auswirkungen auf die Justiz und sodann mit der Frage nach der Kollision mit dem Lauterkeitsrecht. Die von Herrn Prof. Wolf vorgetragene Problematik hinsichtlich des Strafrechts haben wir bislang - jedenfalls ich - noch nicht so gesehen. Herr Professor, vielleicht könnte man dann noch ganz am Schluss zu diesem Zusammenhang Fragen stellen? Ich würde auch vorschlagen, dass jeder Kollege zunächst zwei Fragen an maximal zwei Abgeordnete stellen kann. Sind Sie damit einverstanden? Ja? Gut. Dann liegen mir bislang zwei Wortmeldungen vor. Meine, weil ich mich vorhin schon gemeldet hatte und die von Frau Kollegin Voßhoff. Meine Fragen würden sich richten an Herrn Prof. Mankowski und Herrn Prof. Wolf. Liebe Sachverständige, inwieweit würde Ihrer Auffassung nach das Herkunftslandprinzip mit dem IPR kollidieren? Würden Sie das bitte noch einmal darlegen. Meine zweite Frage wäre ebenfalls an die beiden Sachverständigen. Würden Sie mir Recht geben, dass man lieber – ich sage das mal so deutlich – die Finger vom IPR in diesem Zusammenhang lassen sollte, da dessen Rechtsanwendung nur verkompliziert werden würde und damit die Dienstleistungsrichtlinie sich eher kontraproduktiv auswirken würde?

Andrea Astrid Voßhoff (CDU/CSU): Eine Frage haben Sie nun schon gestellt, das ist ja wunderbar, dann haben wir die schon auf den Weg gebracht. Ich hätte zum Verständnis noch eine Frage an Herrn Prof. Mankowski. Sie haben in Ihren schriftlichen Ausführungen gesagt, dass das Herkunftslandprinzip mit dem Gemeinschaftsrecht der EU wohl unvereinbar sei oder nicht vereinbar sei. Vielleicht können Sie das bitte noch ausführen. Herr Jünemann hatte vorhin ein ganz kurzes Statement abgegeben, aber trotzdem würde ich auch Sie als Vertreter des Deutschen Richterbundes fragen, welche Auswirkungen Sie primär bei dem Herkunftslandprinzip auf die Justiz sehen und - jetzt habe ich noch eine dritte Frage, vielleicht ist mir die noch erlaubt – an Herrn Ewer und an Herrn Scheel. Herr Mankowski erwähnte vorhin auch noch die Überlegungen von Frau Gebhardt und von einigen anderen Personen, die Kontrolle der Dienstleistungen und der Einhaltung der Standards durch örtliche Behörden vornehmen zu lassen. Herr Mankowski hatte das so kritisiert mit dem Hinweis, das könnten die Beamten nicht,

wenn ich das mal so auf den Punkt bringen darf. Da würde mich interessieren, wie Sie die Auswirkungen sehen insbesondere auf freie Berufe.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dann bitte ich Herrn Prof. Wolf anzufangen, und zwar er hatte eine Frage von mir.

SV Prof. Dr. Wolf: Ich stimme darin mit Ihnen überein, dass man besser die Finger vom IPR lassen sollte, das hängt einfach damit zusammen, dass das Herkunftslandprinzip so holzschnittartig im Entwurf drin steckt, und viele Fragen des IPR, wo Unteranküpfungsregeln wie z. B. das Vertretungsrecht oder das Geschäftsfähigkeitsrecht überhaupt nicht geregelt sind, wir also subsidiär auf das IPR zurückgreifen müssten. Nur um ein Beispiel der Problematik des IPR aufzuzeigen. Das Herkunftslandprinzip sagt, ich nehme das Recht meines Herkunftslandes mit. Stellen Sie sich vor, ein Unternehmen unterhält gleich große Schwerpunktdienstleistungsniederlassungen in Frankreich und Deutschland und erbringt aus beiden Dienstleistungsstandorten gleichmäßig verteilt die Dienstleistung in Italien. Welches Recht gilt dann? Auch dafür gibt uns der Entwurf noch nicht mal einen Ansatzpunkt einer Auslegung, wo die Tätigkeit den Schwerpunkt hat. Im IPR haben wir versucht, Regelungen für solche Konfliktfälle auszubuchstabieren. All dieses finden wir in dem Herkunftslandprinzip in seiner Schlichtheit nicht. Darüber hinaus führt natürlich auch das Herkunftslandprinzip in vielen Bereichen dazu, dass wir zu ganz unterschiedlichen Rechtssystemen im Inland kommen. Wir haben im Bereich des Gesellschaftsrechts, ob das jetzt so richtig ist oder nicht, aber wir haben dort mittlerweile diese Verfechtung des Herkunftslandprinzips, was zum Teil auch aus dem EG-Vertrag und den Primärfreiheiten abgeleitet wird. Es gibt eine neuere Entscheidung des BGH, die ich Ihnen mitgebracht habe, dort ist eine Limited Company in England gegründet und der Geschäftsführer haftet für die rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten, obwohl die nur Geschäfte in Deutschland betreibt, nach englischem Recht. Das sind dann die Ergebnisse eines strikten Herkunftslandprinzips, d. h., sie haben nach außen auch keine Orientierung mehr, wenn sie in Deutschland mit einer nur in Deutschland tätigen Gesellschaft Verträge abschließen, ob deutsche Insolvenzschutzinstrumente noch greifen oder nicht.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Können Sie noch grundsätzlich etwas sagen zur Kollision von Herkunftslandprinzip und IPR. Die Probleme, wann sie ganz konkret Kollisionen sehen.

SV Prof. Dr. Wolf: Wo ich Ihnen die Kollisionen ganz konkret versucht habe vor Augen zu führen, sind erstens im Bereich der übrigen IPR-Regeln, also der Regelungsdichte, wo wir Unteranknüpfung haben, z. B. Stellvertreterrecht, Geschäftsfähigkeitstatut, Deliktstatut. In all diesen Punkten haben wir Kollisionen mit dem strikten Herkunftslandprinzip. Wir haben beim Deliktrecht das Tatortprinzip. Herkunftslandprinzip würde das Tatortprinzip überspielen. Darüber hinaus ist die Regelung eben, was den grenzüberschreitenden Verkehr anbetrifft, wenn es aus mehreren Niederlassungen in einem dritten Land erbracht wird, auch nicht hinreichend durchbuchstabiert. Es ist schlicht und ergreifend eine zu strikte Regelung. Man sagt immer scherzhaft: Wie viele Paragraphen hat das IPR? – 38. Warum es für 38 Paragraphen eine eigene Disziplin geben kann? Nach dem Herkunftslandprinzip, hätten wir es auf einen Paragraphen reduziert.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Herr Dr. Scheel, Sie hatten eine Frage von Frau Voßhoff.

SV Dr. Kurt Christian Scheel: Die Frage, Frau Voßhoff bezog sich darauf, wie die Zusammenarbeit der Behörden nach dem Richtlinienentwurf funktionieren soll und ob es da aus unserer Sicht Verbesserungspotential gibt. Aus unserer Sicht ist die Zusammenarbeit der Behörden, gerade weil sie dazu beiträgt und beitragen muss, das Herkunftslandprinzip funktionsfähig zu machen, von zentraler Bedeutung. Aus unserer Sicht stellt in der Tat die Praxis der Zusammenarbeit eine große Herausforderung dar. Der Richtlinienentwurf, so wie er von der Kommission vorgelegt worden ist, gibt aber eine ausreichende Handhabe, das System zu organisieren. Der Richtlinienentwurf geht nicht davon aus, wie das manchmal in der Presse so schön dargestellt wird, dass die Kontrolle einzig und allein in dem Staat erfolgt, in dem der Dienstleistungserbringer seinen Sitz hat, unabhängig davon, wo der Dienstleistungserbringer seine Dienstleistung erbringt. Sondern er geht davon aus, dass in beiden Staaten die Behörden miteinander kooperieren. Die Behörde in dem Mitgliedstaat, in dem der Dienstleistungserbringer aktiv tätig ist, darf nach wie

vor Maßnahmen ergreifen, um beispielsweise in Bezug auf auch aus seiner Sicht rechtswidrige Verhaltensweisen die notwendigen Tatsachen zu ermitteln und er darf – so lautet die Formulierung in Art. 19 der Richtlinie – er darf sogar Maßnahmen ergreifen, die für den Schutz der öffentlichen Ordnung erforderlich sind. Das heißt, in dem Moment wo, um das Beispiel von Herrn Prof. Ewer aufzugreifen, hier der polnische Bauarbeiter auf einer deutsche Baustelle eine Wand hinstellt, die dem deutschen Verordnungsrecht nicht entspricht, also den einschlägigen Normen, was die Standfestigkeit usw. betrifft, dann wird diese Baustelle eben geschlossen. Und zwar sofort und nicht von polnischen, sondern von der deutschen Behörde. Der Art. 37 sieht dann ein Verfahren der Zusammenarbeit vor, das es erlaubt, die Informationen anzufordern, die die Behörde dann weiter braucht, um weitergehende Maßnahmen zu veranlassen, oder aber die Behörde in dem Mitgliedstaat des Sitzes des Dienstleistungserbringers dazu zu veranlassen, eine bestimmte und zwar eine konkret vorgeschlagene Maßnahme zu ergreifen. Da wird eine E-Mail geschickt und gesagt, wir erwarten von dir, Behörde, im Herkunftsmitgliedstaat, dass du bitte diese und jene Maßnahme ergreifst, und zwar bis zum. Kopie davon geht an die Kommission und die Kommission hat die Möglichkeit, den Mitgliedstaat, der diese Maßnahme ergreifen soll, aufzufordern, dass auch zu tun und das ganze sanktionsbewährt. Das heißt, das Argument von Herrn Prof. Mankowski, was motiviert denn jetzt den Herkunftsmitgliedstaat hier gegen die in seinem eigenen Mitgliedsland ansässige Firma Maßnahmen zu ergreifen, ist meines Erachtens zu kurz gegriffen. Umgekehrt wird ein Schuh daraus. Nämlich, dass die Behörden in dem Staat, in dem der Dienstleistungserbringer seinen Sitz hat, aus unserer Sicht gerade besonders motiviert sind, Maßnahmen zu ergreifen um sicher zu stellen, dass die Glaubwürdigkeit des eigenen Verwaltungsvollzugs und auch der Kontrolle der eigenen Dienstleistungserbringer so ist, dass die eigenen Dienstleistungserbringer besonders vertrauenswürdig sind und, weil sie vertrauenswürdig sind, in anderen Mitgliedstaaten die entsprechenden Geschäftschancen haben. Das ist jetzt übrigens nicht irgendwo in Lobbyistenhirnen ausgedacht, sondern das ist die Erfahrung, die wir gemacht haben mit der Schaffung des Binnenmarktes für Produkte. Wo es eine Diskussion gab Mitte der 80-iger Jahre ganz ähnlich wie heute, wo gesagt worden ist, das gibt ein Race to the bottom und alle Mitgliedstaaten werden versuchen, sich zu unterbieten bei der Schaffung der entsprechenden Regelungen zur Produktsicherheit. Ich kann Ihnen sagen, wir haben das intensiv diskutiert, der Ärger



kam häufig bei uns an, das Gegenteil ist passiert. Die Mitgliedstaaten haben sich gegenseitig überboten bei dem Versuch, bei der Durchsetzung der Produktsicherheit möglichst stringente Maßstäbe anzulegen, um auf diese Weise nicht nur den eigenen Markt sauber zu halten, sondern gleich die entsprechenden Maßnahmen auch über die eigenen Grenzen ergreifen zu können. Durch das eben schon angesprochene Rapeckssystem ist es heutzutage so, dass in dem Moment, wo das Gewerbeaufsichtsamt München-Stadt eine Untersagungsverfügung wegen einer unsicheren Haushaltsleiter ergreift, 48 Stunden später diese Haushaltsleiter in ganz Europa vom Markt ist. Das ist aus unserer Sicht eine ganz wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren des Binnenmarktes, dass so etwas möglich ist und schnell möglich ist, um es mal anders zu sagen als die Herren Vorredner: wir können in der Richtlinie nichts erkennen, was der Erreichung dieses Ziels im Weg steht. Ganz im Gegenteil. Wenn man Art.37 genau liest und sich anschaut, welche Möglichkeiten der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, hat. Er kann einstweilige Maßnahmen treffen, er kann die Tatsachen feststellen, welche Möglichkeit hat die Behörde in dem Staat, wo der Dienstleistungserbringer sitzt? Er muss nach Europarecht angemessene Sanktionen ergreifen. Zur Not müssen eben im eigenen Recht auch strafrechtliche Sanktionen eingeführt werden, wenn es noch keine gibt, um dem ja nicht unberechtigten Bedenken von Herrn Prof. Wolf zu entsprechen. Und die Kommission hat die Möglichkeit, jeden Mitgliedstaat, der sich diesem System verweigert, zur Raison zu ziehen durch entsprechende Anordnung, die dann zur Not eine unmittelbare Wirkung haben könnten, wie wir es auch aus der Produktsicherheitsrichtlinie kennen, zu veranlassen, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Aus praktischer Sicht gibt es da sicherlich viele Fragen zu klären, was die EDV betrifft, was die Übersetzungen betrifft, was die Geschwindigkeit des ganzen Systems betrifft, dazu kann ich nur sagen, unsere Erfahrungen aus dem Bereich der Produktsicherheit ist die, das sind zwar Schwierigkeiten, aber es sind keine unüberwindbaren Hindernisse und aus unserer Sicht ist es ein Element des Binnenmarktes, dass eine Behörde in Bayern genauso gut mit einer Behörde in Österreich zusammenarbeitet wie mit einer Behörde in Brandenburg. Das ist das, was die Richtlinie erreichen soll und was sie auch erreichen kann.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Ich danke Ihnen sehr. Ich begrüße in unserer Mitte den Parlamentarischen Staatssekretär im Justizministerium, Herrn Alfred Hartenbach, der

sich auch noch ein wenig Zeit genommen hat, auch wenn er mir gerade mitgeteilt hat, dass er nicht bis zum Ende bleiben kann. Trotzdem, Herr Staatssekretär, vielen Dank, dass Sie sich Zeit genommen haben. Ich gebe dann weiter an Herrn Prof. Mankowski. Sie hatten Fragen von der Kollegin Voßhoff und von mir.

SV Prof. Dr. Peter Mankowski: Sehr geehrte Frau Voßhoff. Art. 3 Abs. 1 Buchstabe g EG-Vertrag will einen nicht verzerrten Markt herstellen. Mit dem Herkunftslandprinzip verzerren wir aber gerade die Spielbedingung auf den Märkten der Bestimmungsländer, in dem dort jetzt jeder sein Heimatrecht mitbringt. Außerdem besteht zumindest, da sind wir wieder beim Lauterkeitsrecht, in dem Bereich eine Kollision mit dem Verbraucherschutzgedanken des heutigen Art. 153. Für das Vertragsrecht kann ich das nicht reklamieren, wegen der entsprechenden Ausnahme, das ist selbstverständlich. Dort bestehen die Probleme, das ist sozusagen die primärrechtliche Kehrseite der Inländerdiskriminierung. Nicht nur der Inländerdiskriminierung, sondern eben der Andersbehandlung von Marktteilnehmern. Wir führen etwas ein, in ein Marktgeschehen, was wir gerade vermeiden wollen. Nämlich rechtlich bedingte Unterschiedlichbehandlung. Das kann an sich nicht das Ziel des Binnenmarktes sein und sollte besser durch Harmonisierung abgelöst werden. Nächstes Thema: Herkunftslandprinzip und IPR. IPR verstehe ich als Normenketten des traditionellen IPR-Systems. Einiges findet sich in meiner schriftlichen Stellungnahme. Im Bereich Vertragsrecht haben wir bei den Grundanknüpfungen aufgrund der betreffenden Ausnahme für die Rechtswahl in der Richtlinie selber eine Kollision hinsichtlich der Ausnahmeklausel, heutiger Art. 28 Abs. 5 EGBGB. Das Herkunftslandprinzip würde strikt anknüpfen, das IPR wird weiterhin flexibel anknüpfen wollen. Wir haben was ganz paradoxes im Bereich der Form, wo wir gegenwärtig eine Alternativanknüpfung haben. Vorname, Ort einerseits, Vertragsstatut andererseits. Das jetzt auf einmal zu reduzieren auf nur noch die Anwendung des Vertragsstatuts und damit eine vertragserleichternde Möglichkeit weg zu streichen, wäre paradox. Geschäftsfähigkeit ebenfalls, einiges im Deliktsbereich – aber wieder das Problem internationales Lauterkeitsrecht. Im Vorschlag einer Rom II-Verordnung befindet sich der Art. 5 der besagt, Marktordnungsprinzip für das internationale Lauterkeitsrecht. Rechtstechnisch bekomme ich ein Zusammenspiel mit dem Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsrichtlinie natürlich ohne weiteres hin, indem ich sage, das fiele dann

unter die Vorrangregel des Art. 23 im Vorschlag der Rom II-Verordnung. Bei Frau Wallis im Bericht für das Europäische Parlament ist der Art. 5 weggefallen. Dieselben Ergebnisse sollen darüber im Art. 3 erzielt werden können. Der Art. 23 ist auch unnummeriert. Das ändert aber an der Sache alles nichts. Hier ist die Kollisionslage, hier hätten wir eine konkrete Umkehrung der bisherigen und übrigens auch der zukünftigen Verhältnisse. Man würde in einer Verordnung eine Norm schaffen, die eigentlich nur noch für Drittstaatsverhältnisse gelten würde oder für Sachverhalte mit Drittstaatenbezug. Eine sehr merkwürdige Konsequenz. Das ist der Hauptkollisionspunkt. Und die Frage: „Finger weg“ vom IPR. Wer wie ich das Herkunftslandprinzip nicht gut heißt, wird natürlich in jedem Fall die traditionellen Regeln des Internationalen Privatrechts in ihrer Fortentwicklung für Rom I und Rom II höher halten und deshalb dafür plädieren, das Herkunftslandprinzip nicht in der Dienstleistungsrichtlinie einzuführen.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Ich danke Ihnen. Herr Jünemann, eine Frage von Frau Voßhoff.

SV Lothar Jünemann: Frau Voßhoff, ich hatte mich vorhin vielleicht kritischer über das Herkunftslandprinzip geäußert, als ich das eigentlich beabsichtigt hatte. Ich wollte dieses gar wohl unterstützen und bleibe auch jetzt dabei, auch im Hinblick auf die möglichen Auswirkungen auf die Justiz. Ich betone noch einmal im Bereich des Vertragsrechtes, weil Verbraucher betroffen sind, ist das sowieso irrelevant. Dort gilt immer das Recht des Ortes der Dienstleistungserbringung. Dort also, wo der Verbraucher ansässig ist. Im Bereich des Nichtverbrauchervertrages muss man das Zusammenspiel der gesamten Richtlinie sehen, nämlich über 16 hinaus, auch die folgenden Regelungen in Art. 26 ff. Art. 26 enthält umfassende Informationspflichten zum anzuwendenden Vertragsrecht, zu dem Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen und Generalklauseln, zu dem auf den Vertrag anwendbare Recht, den Gerichtsstand und anderes mehr. Art. 27 ergänzt das dann noch um Haftpflichtversicherungen und Sicherheiten. Art. 28 erstreckt die Informationspflichten auch auf die Gewährleistung. Das heißt, wenn man sich jetzt den Businessbereich anschaut, um den es mir vor allen Dingen geht, auf dessen praktische Auswirkungen ich komme, weil ich selber Vorsitzender Richter einer Kammer für Handelssachen hier in Berlin bin, dort ist es so, dass es eigentlich, wenn

diese Vorschriften der Richtlinie beachtet werden sollten, zumindest für den gewerblichen Bereich hinreichenden Schutz und hinreichende Befriedigung des Informationsbedarfs gibt, so dass jeder Gewerbetreibende, jeder Kaufmann eigentlich wissen müsste, mit wem er einen Dienstleistungsvertrag nach welchem geltenden Recht, nach welchen Spielregeln nun eigentlich, durchführt. Wenn er das möchte, so gilt, wenn man den Grundsatz der Vertragsfreiheit noch halbwegs hochhalten will, eigentlich seine freie Entscheidung, das zu den dort angebotenen Konditionen eben zu machen. Was die Auswirkungen auf die Justiz angeht, so habe ich, natürlich auch aus meiner eigenen praktischen Arbeit heraus, gewisse Befürchtungen. Ich werde mich dann, sollte diese Richtlinie so inkrafttreten mit dem Herkunftslandprinzip, darauf einstellen müssen, in erheblich umfangreichem Umfang als schon jetzt mich mit ausländischem, d. h. außerdeutschem, aber europäischem Recht, wie es in den anderen EU-Mitgliedstaaten gilt, auseinandersetzen und mir die dort erforderlichen Informationen verschaffen zu müssen. Das ist bisher in der gerichtlichen Praxis nicht in der wünschenswerten Schnelligkeit verfügbar und vor allem auch nicht alles auf Deutsch verfügbar. Es kommt schon heute in der Praxis immer wieder vor, dass sie in Fällen mit Auslandsbezug plötzlich französische oder sonstige fremdsprachliche Urkunden vorgelegt bekommen. Die Gerichtssprache ist Deutsch, aber wenn ich jedes Mal von einem Anwalt verlangte, dass er mir eine beglaubigte Übersetzung verschaffte, würde dieses zu nicht unerheblichen Verzögerungen führen. Das gilt dann, ich möchte das jetzt nur kurz fassen, weil Sie nachher noch einmal zum Lauterkeitsrecht kommen wollten, insbesondere für das Wettbewerbsrecht, weil dieses in der Praxis in der Tat ganz überwiegend im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes abgewickelt wird, dort, wo es auf die Schnelligkeit ganz besonders ankommt. Wenn man davon ausgeht, dass es möglich sein müsste bis zum Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie aber ein Informationssystem über das in den übrigen EU-Staaten geltende Recht der Dienstleistung bereit zu stellen, müsste den Richtern, insbesondere den Vorsitzenden der Kammer- und Verhandlungssachen die erstinstanzlich überwiegend mit solchen Sachen befasst sein werden, es eigentlich möglich sein, auch ausländisches Recht anzuwenden. Es wird sicherlich am Anfang dort zu Verzögerungen und auch zu Friktionen kommen.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dann haben wir noch eine Frage an Herrn Prof. Ewer von Frau Voßhoff.

SV Prof. Dr. Wolfgang Ewer: Ich sehe die Chance der Effektivität einer solchen Kontrollmöglichkeit anders als Herr Scheel, das muss ich ganz deutlich sagen. Bitte beachten Sie vorweg: Diese Kontrolle ist kein Selbstzweck, sondern sie ist ein erhebliches Mittel zur Durchsetzung der Verbraucherrechte. Nehmen wir mal einen ganz einfachen Fall. Da hat ein Arzt Notdienst, wird gerufen zu einem Hausbesuch, ein Patient klagt über starke Bauchkrämpfe und bittet, dass er kommt. Er kommt nicht, sondern sagt: „Nehmen Sie eine Aspirin“. Das sind so 80 Prozent der Beschwerdefälle, die die Ärztekammern haben. Also nicht durchgeführte Hausbesuche. Hinterher stellt sich heraus, das ist der durchgebrochene Blinddarm. Was passiert innerstaatlich? Innerstaatlich haben wir ein sehr effektives Kontrollsystem über die Kammern. Was dazu führt, dass relativ sichergestellt wird, dass sich so etwas nicht wiederholt. Mit gestuften Sanktionsmechanismen mit einer Zügigkeit, mit einer hohen Effektivität. Im Interesse des Patienten, im Interesse des Verbraucherschutzes. Jetzt stellen Sie sich vor, es ist ein anderer Arzt grenzüberschreitend aus einem anderen Mitgliedstaat tätig. Der Patient weiß zunächst mal nicht aus welchem. Er weiß zunächst nicht, an wen er sich wenden soll. Er wendet sich an die Kammer. Die Kammer wird prüfen und wird sagen, was machen wir. § 36 Abs. 2, da müssen wir mal sehen, ob wir die Behörden des betreffenden Herkunftsstaates ersuchen, welche sind das, was kann weiter geschehen usw.? Das heißt, schon durch die hierdurch entstehenden zeitlichen Verzögerungen wird das sehr, sehr schwer. Es kommt hinzu, dass es einfach eine Überforderung für die hiesigen Behörden im Amtshilfeweg ist. Meine Damen und Herren, Sie müssen sich folgendes vor Augen führen. Wir haben im gesamten administrativen Bereich schon jetzt das Problem teilweise starker Überwachungsdefizite. Das ist doch der Grund dafür, warum umfangreiche Diskussionen geführt werden, ob man behördliche Überwachung durch eigene Überwachung in verschiedener Staffelung usw., ersetzen soll. Das ist genau der Grund. Schon die jetzige Überwachung ist teilweise nicht ausreichend, um die erwünschten Überwachungseffekte zu erreichen. Jetzt wollen Sie komplizierte Amtshaftungsaufgaben, komplizierte Beurteilungen, ob gegen Rechtsvorschriften fremder Staaten verstoßen wird, diesen Behörden noch dazu auferlegen? Dies noch

zudem bei Rechtsvorschriften, die zum Großteil satzungsrechtlicher Art sind, also nicht im normalen Gesetz- und Verordnungsblatt nachzulesen sind. Nach meiner Einschätzung wird das in zahlreichen Fällen zu einer intensiven Überforderung dieser Behörden führen. Ich muss das wirklich sagen, ich bin seit knapp 20 Jahren als Anwalt ausschließlich im Bereich des öffentlichen Rechts tätig. Meine Erfahrung ist, selbst bei innerstaatlicher Amtshilfe stoße ich schon auf größte Lustlosigkeit und zum Großteil auch auf fehlende Kenntnis. Hier haben wir noch einen Aspekt, auf den Herr Scheel gar nicht eingegangen ist, den einer der anderen Sachverständigen genannt hat, nämlich möglicherweise ein gewisses Partikularinteresse, sozusagen bezogen auf die eigene Wirtschaft des eigenen Herkunftsstaates, da auch gar nicht so intensiv nachzubohren. Von daher habe ich in dieser Hinsicht ganz große Zweifel, ob das funktioniert. Das will ich nicht verhehlen. Gestatten Sie mir noch eine Anmerkung zu dem, was Sie sagten, Herr Scheel. Ich halte das Problem, was ich vorhin ansprach, für nicht ganz so einfach. Ich halte es zumindest für klärungsbedürftig. Wenn Sie davon ausgehen, es ergebe sich bei sachgerechter Auslegung der Richtlinie, dann sollte man es, wenn es vom Wortlaut zweifelhaft ist, klären. Bedenken Sie bitte folgendes: Wir haben in bestimmten Bereichen die Möglichkeit, dass die Mitgliedsstaaten Regelungen treffen, die über das gemeinschaftliche Schutzniveau hinausgehen, etwa Art. 176 EGV lässt dies im Umweltbereich ausdrücklich zu. Sie haben dann aber die Möglichkeit, Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip gemäß Art. 17 Nr. 17 zu machen, wenn dies zum Schutz der öffentlichen Ordnung und der Umwelt usw. unerlässlich ist. Das heißt, Sie haben zwei kollidierende Systeme. Sie haben auf der einen Seite die primär rechtlich eingeräumte Möglichkeit, über den europarechtlichen Schutzstandard hinaus Schutzmaßnahmen zu ergreifen, die gerade nicht unerlässlich sind, denn das ist ja schon der Mindeststandard, der gemeinschaftsrechtlich ist, sondern die darüber hinaus gehen, und Sie haben im Art. 17 Nr. 17 die Regelung, nur dann einzugreifen, wenn es unerlässlich ist. Das scheint mir ein Regelungswiderspruch zu sein. Ich glaube auch nicht, dass man durch sekundärrechtliche Regelungen primärrechtlich gewährte Rechtspositionen der Mitgliedstaaten beschränken kann. Da habe ich große Zweifel, ob das so funktioniert, wie Sie das sagen. Ich meine, da müsste eine Klarstellung in der Richtlinie, letztlich eine Anpassung des Art. 17 Nr. 17 erfolgen.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön, wir kommen in die zweite Fragerunde. Es liegen Fragen vor vom Kollegen Montag und von mir.

Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe nach der ersten Fragerunde an Sie, meine Herren, nur ergänzend eine Frage oder zwei, die sich darauf beziehen, dass bei mir der Eindruck entstanden ist, dass Sie aneinander vorbei reden. Herr Jünemann, Sie haben gesagt, die ganze Richtlinie richtet sich nur an den Bereich Business zu Business, der Verbraucher ist vollständig ausgenommen und Sie, Herr Prof. Ewer, erzählen uns Beispielsfälle, stellen uns diesen Arztfall dar mit dem Arzt und dem Kranken, oder das polnische Kleinstunternehmen, dass bei irgendeinem Einfamilienhäuschen eine Baumaßnahme durchführt. Ich würde ganz gerne wissen wollen von Ihnen beiden, wie weit geht eigentlich die Richtlinie ihrer Auffassung nach? Ist das wirklich tatsächlich Business zu Business oder betrifft es all die vielen Fälle, die in der politischen Diskussion als Horrorfälle oder als praktische Fälle oder als schwierige Fälle diskutiert werden? Das ist meine erste Frage an Sie beide, dass Sie das noch einmal jeweils erklären. Dann habe ich noch eine Frage an Sie, Herr Dr. Scheel. Ich verstehe ja, dass Sie uns die Chancen darstellen wollen und uns bitten, auf die Risiken nicht so sehr zu achten, aber bei dem, was Sie bisher gesagt haben, habe ich das fast so verstanden oder verstehen müssen, dass Sie meinen, es wäre ganz schön, wenn diese Richtlinie für Deutschland gelte, aber nicht für die anderen. Sie sagen, wir haben einen riesigen Nachholbedarf an Export von Dienstleistungen, und Sie denken, dass die deutsche Industrie oder die deutsche Wirtschaft im europäischen Ausland große neue Märkte hätte. Wir haben auch das Problem – und gerade im Rechtsausschuss beschäftigen wir uns mit dem Problem –, nicht dass die deutsche Seite exportiert, sondern dass wir Importe bekommen an Dienstleistungen in Deutschland, und dass sich da immense Probleme auftun und mit Verlaub - ich komme aus Bayern, aus München – ich kann mir schon gut vorstellen, dass eine bayrische Behörde Probleme hat mit den Österreichern, ebenso wie mit den Brandenburgern. Ich lege nicht meine Hand ins Feuer, mit wem mehr. Das ist doch überhaupt nicht zu vergleichen, wenn die Behörde in München, ein sauberer bayrischer Inspektor, Probleme hätte mit lettischen Behörden oder mit einer ungarischen, mit einer portugiesischen, das sind doch völlig andere Dimensionen, die dann in der Praxis zu bewältigen sind. Da würde ich Sie doch bitten, dass Sie das ein bisschen – jedenfalls für mich – realistischer darstellen.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Ich habe zwei Fragen, wiederum an die Sachverständigen Prof. Mankowski und Prof. Wolf. Teilen Sie meine Auffassung, das ist die erste Frage, dass der im Raum stehende Kompromissvorschlag „Prinzip der wechselseitigen Anerkennung“ alleine schon aufgrund seiner Begrifflichkeit zu Rechtsunklarheit führen wird, und könnten Sie sich, das ist die zweite Frage, vorstellen, dass diese Alternative in Teilbereichen sogar zu größeren Problemen führen würde, als das Herkunftslandprinzip?

Michael Hennrich (CDU/CSU): Ich habe zwei Fragen, und zwar noch einmal zur Wechselwirkung zwischen Anerkennungsrichtlinie und der Dienstleistungsrichtlinie. Ist es denn jetzt so, dass mehr oder weniger alle standesrechtlichen, berufsrechtlichen Vorschriften, die in der Anerkennungsrichtlinie geregelt sind, letztendlich dazu führen, dass in dem Bereich, den Sie, Herr Prof. Dr. Ewer, genannt haben, die Dienstleistungsrichtlinie überhaupt nicht zur Anwendung kommen würde? Das ist der erste Teil der Frage. Der zweite Komplex ist eine Frage an Dr. Scheel. Eine dritte Variante, die in Brüssel diskutiert wird, ist im Grunde genommen, dass man ein Stück weit wegkommt von diesem horizontalen Ansatz und man wieder „sektorspezifische Regelungen“ findet und in diesem Zusammenhang diskutiert man ja eine Positivliste. Wie würden Sie die beurteilen – einfach eine kurze rechtliche Einschätzung Ihrerseits?

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön, Herr Kollege. Frau Laurischk hat auch noch eine Frage.

Sibylle Laurischk (FDP): Ich habe eine Frage an Herrn Dr. Westphal und an Herrn Jünemann. Welche Voraussetzungen knüpfen Sie an das Rechtsdienstleistungsgesetz zur Europatauglichkeit? Dann habe ich an alle Gutachter die Frage, wie Sie zu den Überlegungen von Herrn Prof. Wolf hinsichtlich der Harmonisierung aus wirtschaftsstrafrechtlichen Gründen stehen. Da hat Herr Prof. Wolf doch eine sehr grundsätzliche Frage aufgeworfen, die mir auch angesichts unserer Diskussion im Zusammenhang mit dem europäischen Haftbefehl bemerkenswert erscheint. Es würde mich interessieren, wie die Kollegen dazu stehen.



Vorsitzender Dirk Manzewski: Frau Kollegin, die zweite Frage war an alle, wenn ich das richtig verstehe? Wir haben gesagt, an zwei Sachverständige, weil es sonst den Rahmen sprengt. Können Sie zwei aussuchen?

Sibylle Laurischk (FDP): Die nenne ich Ihnen noch, ich überlege es mir kurz.

Vorsitzender Dirk Manzewski (SPD): Dann haben wir zwei Fragen an Herrn Prof. Wolf von Frau Laurischk und von mir.

SV Prof. Dr. Christian Wolf: Ihre Frage bezog sich auf den Gebhardt-Entwurf, wie dieses Anerkennungsprinzip sich verhält. Zunächst: Was ist die Problematik? Was es wahrscheinlich auch von unserem Rechtstraditionshintergrund so schwer macht, ist folgendes. Wir haben relativ viel Erfahrung - auch traditionelle - mit dem Umgang mit ausländischem Privatrecht. Da verwenden wir auch die richtigen Begriffe von Anwendung, von Urteilsanerkennung und Vollstreckung und von internationaler Zuständigkeit. Wir haben rechtstraditionell diese Erfahrung nicht mit dem Umgang von ausländischem öffentlichem Recht. Es ist noch nicht – es ist jetzt auch schon wieder ca. 30 Jahre her, als Klaus Vogel seine Habilitationsschrift veröffentlichte – wo Klaus Vogel gesagt hat, ausländisches öffentliches Recht ist nicht innerstaatlich anwendbar, denn in dem Augenblick, wo der Staat es anwendet, wird das innerstaatliche Recht die öffentlich-rechtliche Rechtsanwendung ist die Immernation des Staates selbst. Im Bereich des öffentlichen Rechtes liegen wir auch bei der wissenschaftlichen Durchdringung dieses Ganzen deutlich zurück. Das macht bei dem Gebhardt-Entwurf das Problem der Anerkennung. Von Anerkennung sprechen wir eigentlich nur von der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung und nicht von der Rechtsanwendung einer ausländischen Norm, auf die verwiesen wird. Die Dienstleistungsrichtlinie führt aber im Kern ein Kollisionsrecht bezüglich auch der wirtschafts-verwaltungsrechtlichen Vorschriften ein. Der Gebhardt-Entwurf noch ein Stückchen stärker als der Kommissionsentwurf, denn der Gebhardt-Entwurf geht davon aus, dass das Zielland kontrollieren und das Recht anwenden und in dem Bereich, wo sie anerkennen müssen, wo eine Kollisionsnorm dahinter steht, haben sie ausländisches Wirtschaftsverwaltungsrecht oder das mitgliedstaatliche Binnenmarktrecht anzuwenden. Der zweite Punkt, was bei dem Gebhardt-Entwurf so ein bisschen unklar ist. Bei der Ausnahmeregelung spricht der Gebhardt-Entwurf in

Art. 16 Abs. 1a von der Anwendung auf Schadensersatzrecht. Unklar ist, was unter dem Schadenersatzrecht, was ausgenommen ist vor dem vorausgehenden Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, was nichts anderes ist als eine Umschreibung des Herkunftslandprinzip, zu verstehen ist. Versteht man unter Schadensersatzrecht nur das deliktische Schadensersatzrecht, versteht man darunter das vertragliche Garantierecht, wie weit reicht dieser Anwendungsbereich. Auch hier sehe ich bei dem Gebhardt-Entwurf eine bestimmte terminologische Unschärfe, die sich durch beide Entwürfe durchzieht, indem man nicht klar trennt zwischen anzuwendendem Recht, also Kollisionsnormen, der Stelle, die darüber zu entscheiden hat und der Stelle, die an die Entscheidung dann letztendlich gebunden ist. Lassen Sie mich noch eines schnell an dieser Stelle einschieben im Bezug auf die Frage von Herrn Montag, die mit dem Anwendungsbereich. Das Problem ist, Sie haben ein Zusammenspiel vom öffentlichen Recht, Strafrecht und Zivilrecht in diesen Bereichen. Für die Verbraucherverträge ist ausgenommen das zivilrechtliche Verbraucherschutzrecht. Da haben sie die Ausnahmeregelung. Der Verbraucherschutz verwirklicht sich nicht nur durch die zivilrechtlichen Verbraucherschutznormen, sondern natürlich in ganz starkem Umfang durch öffentlich-rechtliches Aufsichtsrecht. Da gilt nach wie vor das Herkunftslandprinzip.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Herrn Dr. Westphal lag eine Frage von Frau Laurischk vor.

SV Dr. Thomas Westphal: Frau Laurischk, Ihre Frage betraf dieses geplante Rechtsdienstleistungsgesetz. Auch nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz ist das so genannte Rechtsberatungsprivileg der Anwaltschaft festgeschrieben - ich mag das Wort Rechtsberatungsmonopol nicht so gerne -, so dass sich dort im Grundsatz nicht sonderlich viel ändern wird. Es wird nur ausgeweitet auf die vielen Felder der so genannten Annex-Beratung. Hier wird es dann natürlich so sein, dass das Recht zur Annex-Beratung sicherlich auch europäische Teilnehmer am Rechtsverkehr und Wirtschaftsverkehr werden wahrnehmen können. Unsere Bedenken beziehen sich auf diesen Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit, der in Deutschland auch in Zukunft den Anwälten vorbehalten bleibt, also dieses umfassende Recht zur Rechtsberatung. Vertretung auf allen Rechtsgebieten und ein solches Rechtsberatungsprivileg gibt halt nicht in allen europäischen Ländern und gerade im

Bereich der Einziehung, im Richtlinienentwurf steht gerichtliche Geltendmachung und Einziehung von Forderungen. Es geht im Grunde um Inkassomaßnahmen und die Inkassounternehmen unterliegen in Deutschland der Aufsicht des zuständigen Landgerichtspräsidenten und diese Aufsicht wird nach meiner Kenntnis ziemlich streng und genau ausgeübt. Sie hat auch ihren guten Grund und ihre Funktion. Inkassounternehmen aus anderen europäischen Ländern, die einer solchen Aufsicht nicht unterliegen, würden dann, wenn sie in Deutschland tätig wären, für die deutschen Verbraucher ein nicht unerhebliches Risiko beinhalten.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön. Herrn Dr. Scheel lagen Fragen vom Kollegen Montag und vom Kollegen Hennrichs vor.

SV Dr. Kurt Christian Scheel: Vielen Dank, zunächst auf die Frage von Herrn Montag. Herr Montag, Sie haben zu Recht darauf hingewiesen, dass in meinen Ausführungen, ich versucht habe, die Chancen etwas stärker in den Vordergrund zu rücken. Ich habe nicht gesagt, dass wir keine Risiken sehen. Auch wir haben Kritikpunkte in der Richtlinie. Über den Punkt IPR ist hier schon ausführlich diskutiert worden, auch wir halten hier im Bereich des IPR IPR-rechtliche Lösungen für besser als eine Einheitslösung über die Dienstleistungsrichtlinie. Die verbraucherschutzbezogenen Informationsvorschriften etwa im Art. 26 oder die Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftversicherung oder einer Haftpflichtversicherung im Art. 27 sind aus unserer Sicht auch zu weitgehend. Also hier ist sicherlich Feinarbeit zu leisten, vor allem in Abstimmung mit bereits existierendem europäischem Verbraucherschutzrecht. Es gibt im europäischen Verbraucherschutzrecht eine ganze Reihe von Richtlinien, die bereits entsprechende Informationspflichten für die Verbraucherinnen und Verbraucher vorsehen, über deren Berechtigungen man sich im Einzelnen streiten mag. Das steht hier aber nicht zur Debatte. Wir übernehmen sie zunächst als *acquis communautaire* und dann macht es aus unserer Sicht keinen Sinn, in dieser Richtlinie Dinge zu regeln, die teilweise quer zu dem liegen, was an anderer Stelle - zugegebenermaßen von einer anderen Generaldirektion vorgeschlagen - geregelt worden ist. Wenn Sie mit Ihrer Frage bezogen auf die Risiken meinen sollten, die Risiken in Bezug auf die Entwicklung der Dienstleistungsmärkte in Deutschland. So ist das in der Tat so, dass natürlich nicht nur die deutsche Industrie darauf hofft, mehr Dienstleistung ins

Ausland verkaufen zu können, übrigens auch darauf hofft, mehr Dienstleistung aus dem Ausland nach Deutschland einkaufen zu können, sondern es wird natürlich auf den Märkten Entwicklungsprozesse geben, es wird eine Dynamik geben und wie bei jeder Dynamik gib es Gewinner und Verlierer. Wir leben in einer Marktwirtschaft und von dieser Dynamik kann am Ende des Tages, das ist unsere ordnungspolitische Grundüberzeugung und die werden wir nicht verleugnen, sondern die betone ich noch einmal, es Gewinner und Verlierer geben in allen Mitgliedstaaten der EU. Am Ende des Tages gehen wir aber davon aus, und auch unabhängige Studien im Auftrag der Kommission gehen davon aus, dass durch die größere Wachstumsdynamik das Saldo an Arbeitsplätzen in Europa deutlich positiv sein wird, weil Ineffizienzen, die sich durch die Abschottung der Dienstleistungsmärkte ergeben, abgebaut werden können und die Dienstleistungen von denen erbracht werden können, die dafür, unabhängig davon, aus welchem Mitgliedstaat sie kommen, besser eingerichtet sind. Es wäre aus unserer Sicht ordnungspolitisch völlig falsch, auf die Befürchtung, dass es hier grenzüberschreitend zu Verdrängungsprozessen kommt, mit Abschottung zu reagieren. Das ist nicht unsere Überzeugung. In diesem Zusammenhang bin ich Herrn Prof. Mankowski auch sehr dankbar, auf dieses berühmt-berüchtigte Beispiel mit den Schlachtern eingegangen zu sein. Auch nach unserem Eindruck geht es hier im wesentlichen um Fälle, die sich mit der sachgemäßen Anwendung geltenden Rechts lösen ließen und die auch auf diese Weise gelöst werden müssen und gelöst werden können. Wir haben die Verwaltungszusammenarbeit angesprochen. Es ist natürlich eine andere Dimension, von einer Verwaltungszusammenarbeit einer Behörde in München mit einer Behörde in Riga zu sprechen oder einer Behörde in München mit einer Behörde in Augsburg. Das ist völlig richtig. Nur, was heißt das in der langfristigen Perspektive für den Binnenmarkt. Sollte das auf ewig so bleiben? Unsere Überzeugung ist, dass das nicht der Fall ist. Ich kann nur auf die Beobachtung zurückkommen, die wir machen, seit es den Binnenmarkt für Produkte gibt. Denn das ist das Vorbild für das, was hier versucht wird und das ist das erste Feld, wo es einen wirklichen gängigen Binnenmarkt mit mehr oder weniger vollständig harmonisierten Sicherheitsanforderungen, übrigens auch weitestgehend, Herr Prof. Ewer, Umweltaforderungen, gibt. Was zu der Frage geführt hat im Prozess, wie funktioniert die Zusammenarbeit der Verwaltung? Sie funktionierte am Anfang überhaupt nicht und inzwischen, das ist unsere Beobachtung, nicht jeder unserer

Klientel ist immer glücklich damit, funktioniert sie sehr gut. Dass das natürlich im Hinblick auf Sprachunterschiede, auf kulturelle Unterschiede, auf den Umgang mit Fristen ect. pp. sehr viel Arbeit ist, dazu braucht man nicht besonders viel Phantasie, um sich dies vorzustellen. Nur aus unserer Sicht kommen wir daran auf lange Sicht nicht vorbei. Die Richtlinie ist hierfür ein sehr guter Ansatzpunkt, da kann man sich sicherlich Verbesserungen vorstellen, aber wir kommen nicht daran vorbei, uns langfristig im Binnenmarkt auch darauf einzustellen, dass die Verwaltungen auch im Einzelfallvollzug über die europäischen Grenzen so zusammenarbeiten, dass eine Überwachung möglich wird. Um auf das Beispiel von Herrn Dr. Keller zurückzukommen: Heute ist es doch so, dass ein Privater oder eine Behörde versucht, Rechte durchzusetzen und der Prozessgegner oder derjenige, der sich rechtswidrig verhalten haben soll, ist im Ausland ansässig, dann stößt man auf die bekannten Probleme. Der ungarische Werbetreibende sitzt nun eben in Ungarn, man kann zwar hier einstweiligen Rechtsschutz gegen ihn erwirken, aber am Ende des Tages ist er trotzdem auf der anderen Seite der Grenze. Aus unserer Sicht bietet die Richtlinie deswegen durchaus Chancen zumindest in den Fällen, wo der Vollzug durch Verwaltungsbehörden gewährleistet wird, zu erreichen, dass die Verwaltungsbehörde im Mitgliedstaat, in dem der Rechtsverstoß festgestellt worden ist, besser als heute die Möglichkeit hat, die Verwaltungsbehörde in dem Mitgliedstaat, in dem der Verstoßer ansässig ist, tätig zu werden. Herr Prof. Ewer, Sie haben noch einmal die Frage gestellt. Ich werde versuchen, sie noch einmal zu beantworten, was die Motivation der Verwaltungsbehörde im Ausland wäre, so tätig zu werden. Darauf lässt sich eine politisch-praktische und eine rechtliche Antwort geben. Die rechtliche Antwort ist Art. 37 Abs. 3, nämlich die Zwangsbefugnis der EG-Kommission und die praktische ist diejenige, dass es aus Sicht eines Mitgliedstaates auch eine vernünftige rationale Politik sein kann - und wir haben dieses Argument in Gesprächen mit ausländischen Kolleginnen und Kollegen auch schon gehört. Beispielsweise von Kollegen des Britischen Oberhauses, die sagen, natürlich ist es aus unserer Sicht ein Wettbewerbsvorteil, wenn in Europa bekannt ist, dass die britischen Behörden dafür sorgen, dass wir vernünftig funktionierende Unternehmen haben. Nun lässt sich darüber spekulieren, ob das so eintreten wird, aber zumindest ist diese Argumentation aus unserer Sicht eine mögliche und nicht ganz abwegige. Jetzt kam noch die Frage nach der so genannten „Positivliste“. Die „Positivliste“ in der nach Vorstellung derjenigen, die sie in Brüssel ins Spiel gebracht haben,

aufgelistet sein soll, in welchen Bereichen das Herkunftslandprinzip Anwendung finden soll, ist aus unserer Sicht aus zwei Gründen problematisch. Der erste Grund ist: Sie wird der Dynamik des Dienstleistungsbereiches nicht gerecht, denn ich kann mir heute nicht vorstellen, und deswegen auch kein Beispiel dafür bringen, welche Dienstleistung es vielleicht morgen oder übermorgen oder in fünf Jahren, oder in zehn Jahren von wem auch immer, gibt. Wer hätte sich vor zehn Jahren träumen lassen, dass man ein riesiges Geschäft daraus machen kann, Klingeltöne auf Handys zu versenden, um nur ein Beispiel, was wettbewerbsrechtlich problematisch ist, aber um nur ein Beispiel zu nennen. Hier würde eine „Positivliste“ also die Dynamik der wirtschaftlichen Innovation hemmen und nicht fördern. Zweiter Grund ist ein mehr rechtlicher Grund. Das Herkunftslandprinzip ist vom Ansatz her ein Prinzip des europäischen Primärrechts. Dieses Prinzip sekundärrechtlich einschränken zu wollen, ist auch vor dem Hintergrund der Vorgaben und der schon jetzt gegebenen Möglichkeit von der Grundfreiheit zur Dienstleistungserbringung oder zur Niederlassung Gebrauch zu machen, außerordentlich problematisch, das würde stärker beschnitten werden als das auch nach Primärrecht zu rechtfertigen wäre. Insofern halten wir gar nichts von der Idee, den Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips durch solche „Positivlisten“ zu beschränken.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön, Herr Dr. Scheel. Herr Prof. Mankowski, Ihnen lagen Fragen vor von Frau Laurischk und von mir.

SV Prof. Dr. Peter Mankowski: Ich beginne mit der grundsätzlicheren Frage betreffend den Gebhardt-Kompromiss. Sowohl aus meiner schriftlichen Stellungnahme als auch aus dem Einleitungsstatement ist, glaube ich, deutlich hervorgegangen, dass dieses Prinzip mir in der Tat zu unsicher ist. Die Terminologie, die hier gewählt wird, ist eine vermutlich bewusst vernebelnde. Das „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“ und es ist nicht klar, was anerkannt wird. Von Anerkennung sprechen wir im Internationalrecht mit Bezug auf Einzelakte, auf Urteile oder auf Verwaltungsakte. Es kommt immer so schön das Beispiel: Führerscheinanalogie – gut. Hier halte ich meinen Führerschein hoch, inzwischen 20 Jahre alt, noch mit einer wunderbaren alten Postleitzahl – auch die Zeiten sind vorbei, daran habe ich mich gewöhnen müssen. Nun verraten Sie mir, wo ist das Pendant zum Führerschein bei Anerkennung einer Dienstleistung. Allenfalls bei der

Berufsqualifikation können wir darüber reden – andere Richtlinie. Da fangen die Probleme an. Das Problem der wechselseitigen Anerkennung ist, sofern es sich nicht als Herkunftslandprinzip versteht und versteht als ein Prinzip der Anwendung ausländischer herkunftsstaatlicher Rechtsnormen durch die Behörden des Zielstaates, ausgesprochen konkretisierungsbedürftig. Es treten sogar noch größere Probleme auf, als beim Herkunftslandprinzip. Wenn man das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit Leben erfüllt, taucht dahinter im Grundsatz das Herkunftslandprinzip auf - mit dessen Schwächen. Man muss sich erst einmal zu diesen durchkämpfen. Durch eine Wolke von Terminologie und Nebel, also wir haben eine Vorstufe und insofern eher noch mehr Probleme, auch wenn der Vorschlag von der EVP stammte. Punkt Herkunftslandprinzip ist bereits im Primärrecht verankert - das sieht der EuGH aber ganz anders. Einlagensicherungsurteil von 1997. Kollege Wolf hat schon angesprochen mit den Regulierungsmodalitäten für die Bestimmungsländer, und was haben wir denn bei den Grundfreiheiten. Bei den Grundfreiheiten haben wir nicht diese positive Komponente – Herkunftslandrecht ist positiv anzuwenden -, sondern wir haben eine negative Komponente. Bestimmte Regeln des Bestimmungslandrechts, aber auch des Herkunftslandrechts können gegen die Grundfreiheiten verstoßen wegen übermäßigem Verstoß, wegen übermäßiger Einschränkung. So, ganz anderer Mechanismus. Was da positiv an dessen Stelle treten soll, dessen, was wir herausgeschossen haben negativ, das ist gar nicht gesagt im Primärrecht. Also, dass das Herkunftslandprinzip des Sekundärrechts sich so auf das Primärrecht stützen könnte, würde ich gerne in den Bereich der Fama verweisen. Nun kommt die komplizierte Frage, wenn man vorher nicht darüber nachgedacht hat. Das ist die wirtschaftsstrafrechtliche Frage, liebe Frau Laurischk. In der Tat bewegen wir uns hier wieder in dem Bereich „effektive Kontrolle“. Wir brauchen für die Kontrolle effektive Sanktionen. Das können verwaltungsrechtliche Sanktionen sein, das können aber auch strafrechtliche sein. Wer das Herkunftslandprinzip nicht will, aber trotzdem einen Binnenmarkt akzeptieren muss, wird sich wohl oder übel mit gewissen Harmonisierungsgedanken anfreunden müssen. Dementsprechend würde ich den vom Kollegen Wolf angestoßenen, skizzierten Weg so schlecht auch gar nicht finden.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön, Herr Prof. Mankowski. Herr Jünemann. Ihnen liegen Fragen vor vom Kollegen Montag und von der Kollegin Laurischk.

SV Lothar Jünemann: Herr Montag, ich bitte um Nachsicht. Ich spreche hier einmal in meiner Funktion als Vorsitzender Richter in der Kammer für Handelssachen und zum anderen als Präsidiumsmitglied des Deutschen Richterbundes, der – wie Sie wissen – die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Fachgerichtsbarkeit mit Ausnahme der Verwaltungsgerichtsbarkeit vertritt, für die es den Bundesverband der Deutschen Verwaltungsrichter gibt. Deswegen neige ich, auch vor meinem Hintergrund her natürlich dazu, die Dienstleistungsrichtlinie vor allem zivilrechtlich zu betrachten, und wenn Sie jetzt eben solche Diskrepanzen zwischen Prof. Ewer und meinen Ausführungen feststellten, dann liegt das im Wesentlichen daran, dass er mehr der Öffentlichrechtler ist und nicht der Zivilrechtler, während ich das aus der zivilrichterlichen Sicht sehe. Natürlich ist die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen auch durch öffentlich-rechtliche Vorschriften in irgendeiner Form gestaltet oder beschränkt, zum Teil auch erweitert. Nur das ist ein Bereich der, nach meiner Bewertung, bei der Dienstleistungsrichtlinie - offen gesagt - im Hintergrund gestanden hat. Für mich hat mehr die Dienstleistungsfreiheit, die Freiheit der Dienstleistungserbringung im grenzübergreifenden Bereich innerhalb der EU eine Rolle gespielt und dort dann mehr aus der Sicht des Zivilrechtlers. Frau Laurischk, kurz Ihre Frage zum Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes und der Dienstleistungsrichtlinie und möglicher Kollisionen. Das ist für mich, offen gesagt ein bisschen schwierig zu beantworten. Das Rechtsdienstleistungsgesetz ist nichts, was Richter unmittelbar betrifft. Ich habe, wenn ich das richtig verstanden habe, sehe ich das Zusammenspiel des Rechtsdienstleistungsgesetzes des Entwurfes, der Dienstleistungsrichtlinie und der sektorspezifischen Rechtsanwaltdienstleistungsrichtlinie, so, dass die Rechtsanwaltdienstleistungsrichtlinie vorgeht und die Dienstleistungsrichtlinie allenfalls subsidiär gilt, soweit dort noch irgendwelche Regelungen enthalten sind, die nicht schon in der speziellen Richtlinie enthalten sind und damit auch eine mögliche Kollision des Herkunftslandprinzips mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz eigentlich nur in soweit auftreten kann, als die Tätigkeit von Nichtanwälten betroffen ist, die in Deutschland möglicherweise nach den Regelungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes unterliegt, im Herkunftsland aber



möglicherweise keine vergleichbare Regelung enthält und damit einen Wettbewerbsvorteil des ausländischen Diensteanbieters gegeben wäre.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön, Herr Jünemann. Prof. Ewer, Ihnen liegen Fragen vor vom Kollegen Montag und vom Kollegen Hennrichs.

SV Prof. Dr. Wolfgang Ewer: Herr Montag, vielleicht als erstes zu der letzten Bemerkung von Ihnen. Wir betrachten immer nur die Strecke, dass sozusagen ein Dienstleistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat bei uns Dienstleistungen erbringt. All diese Probleme stellen sich auch im umgekehrten Verhältnis. Um bei dem anzuknüpfen, was Herr Kollege Wolf sagt, auch ich begeben mich wie er auf Glatteis, weil auch ich von Strafrecht an sich keine Ahnung hab, aber soviel verstehe ich davon auch, dass, wenn Sie sich das Umgekehrte vorstellen, dass ein deutscher Dienstleister, der in Polen bestimmte Dienstleistungen erbringt und der verstößt gegen eine bußgeldbewährte Vorschrift seines Heimatlandes, dann wird schon das Territorialprinzip des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts verbieten, dass dies etwa durch Erlass eines Bußgeldbescheides geahndet wird und ähnliches gilt fürs Nebenstrafrecht, weil es da das Territorialprinzip gibt. In dieser Richtung tauchen praktisch die gleichen Probleme auf. Zweitens, Sie haben nach dem Widerspruch gefragt. Herr Jünemann hat den eigentlich aufgeklärt. Also, die Dienstleistungsrichtlinie gilt praktisch nicht für Verbraucherverträge, aber Verbraucherschutz findet eben nicht nur über das Zivilrecht statt, sondern in hohem Umfang über das öffentliche Recht. Da beginnt die Crux, wie Herr Prof. Wolf das völlig zutreffend ausdrückt, sozusagen an der Scharnierseite, bei der Verzahnung. Die Frage ist, für welche dieser öffentlich-rechtlichen Vorschriften gilt denn das Herkunftslandprinzip? Wenn wir uns da den Artikel 16 ansehen, dann heißt es in Abs. 1, die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaats unterstehen, die vom koordinierten Bereich erfasst werden. Was ist koordinierter Bereich, meine Damen und Herren? Alles. In Art. 4 Nr. 9 wird das definiert. Koordinierter Bereich: Die Gesamtheit, die für den Zugang zu Dienstleistungstätigkeiten oder deren Ausübung geltenden Anforderungen. Dann haben wir als erstes Zwischenergebnis sozusagen, Herkunftslandprinzip gilt zunächst für alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften, sofern nicht irgendwelche Ausnahmen gelten. Die unterteilen sich dann in allgemeine

Ausnahmen, vorübergehende Ausnahmen und besondere Ausnahmen in den Art. 17, 18 und 19 der Richtlinie. Das macht die Sache so schwierig, weil wir zahlreiche Regelungen haben. Relativ einfach ist es noch bei den unmittelbar berufsrechtlichen Regelungen. Das ist völlig klar, dass da das Herkunftslandprinzip gilt, soweit nicht wie etwa nach Art. 17 Nr. 7 das sektoral ausgeschlossen ist. Aber was ist bei Regelungen, die eine Mischung zwischen Berufsausübung und dem konkreten Sachverhalt, der zu regeln ist, darstellen? Was ist mit der von mir vorhin genannten Maschine, die der polnische Bauunternehmer mitbringt, die nach deutschen Maßstäben zu laut wäre, wenn ich in dem Art. 16 Buchstabe h lese, Anforderungen betreffen die Verwendung von Ausrüstungsgegenständen, die integraler Bestandteil der Dienstleistungen sind. Der Rasenmäher des Gartenbauunternehmens aus Polen, der übermäßig laut ist, das ist doch sicherlich ein Ausrüstungsgegenstand, der integraler Bestandteil der Dienstleistung ist. Wenn wir jetzt den Einsatz verhindern, dann müsste nach Art. 17 Nr. 17, wenn man jedenfalls davon ausgeht, dies schlechthin unerlässlich sein zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, das wird man im Zweifel nicht sagen können, auch wenn das Ding furchtbar nervt. Das heißt, wir haben da einen weiten Kreis, einen ganz weiten Kreis von Vorschriften, die mittelbar entweder dem Schutz der Verbraucher oder der Allgemeinheit dienen und deren Anwendbarkeit dadurch ausgeschlossen wird. Das halte ich für problematisch. Der Hintergrund, meine Damen und Herren, ist folgender: Die Dienstleistungsrichtlinie hat natürlich in erster Linie allgemeine Dienstleistungen, den Malermeister und Lackierermeister und ähnliches im Auge. Da will sie einen möglichst weiten Wettbewerb schaffen und zwar einen Preiswettbewerb. Es soll also möglichst ungehindert ein möglichst günstiger Dienstleistungsaustausch stattfinden, das ist auch das, was die Kommission und das, was Herr Clement immer sagt, Dienstleistungen sind viel zu teuer und indem man Barrieren wegschafft, kann man das verbilligen und dadurch auch die Tendenzen des Dienstleistungsaustauschs begünstigen. Im Bereich der Dienstleistungen der freien Berufe haben wir aber eine andere Situation. Das sehen Sie übrigens schon in einem ganz anderen Bereich, nämlich im Bereich des Vergaberechtes. Bei normalen Dienstleistungen, bei der VOL, kommt es immer auf das wirtschaftlichste Angebot an. Bei freiberuflichen Dienstleistungen kommt es auf etwas ganz anderes an, nämlich auf die beste Leistung. Da werden als Merkmale Qualitätskriterien u. ä. genannt. Deswegen halte ich es für problematisch, diesen Bereich, der aus gutem Grund in den

Vergabekoordinierungsrichtlinien und im deutschen GWB und in der Verdingungsordnung anders behandelt wird als die normale standardisierungsfähige Dienstleistung etwa eines Malermeisters, über den gleichen Leisten zu scheren. Da drohen Qualitätsverluste und da drohen letztlich erhebliche Verbraucherschutzdefizite. Das ist die Gefahr, denn dieser Verbraucherschutz wird maßgeblich durch diejenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften hergestellt, die über das Herkunftslandprinzip ausgeschlossen werden. Deswegen halte ich es für einen sinnvollen Weg, dass man sich überlegt, dass man entweder solche Bereiche aus dem Anwendungsbereich herausnimmt, wie das Frau Gebhardt im Moment hinsichtlich des Gesundheitsbereiches andenkt, oder dass man das macht, was hinsichtlich der Rechtsanwälte in Art. 17 Nr. 7 erfolgt ist, wobei ich Herrn Kollegen Westphal völlig zustimme, da muss man konsequent sein und muss sagen, man bezieht das nicht nur auf Rechtsanwälte, sondern auf Rechtsdienstleistungen und damit auch auf solche, die von Personen erbracht werden, die gerade nicht Rechtsanwälte sind. Da sehe ich das Problem. Wir drohen sonst in diesem Bereich erhebliche Qualitätsverluste zu erleiden. Ich sage das mal etwas spöttisch. Ich mag mir nicht unsere Innenstädte vorstellen, wenn sozusagen maßgebliches Kriterium für Architektenleistungen ausschließlich der Preis und nicht die Qualität, die Güte, die Belastbarkeit u. ä. ist. Das sind Bereiche, meine Damen und Herren, da kann man fragen: Regelt es denn der Markt oder brauche ich denn diese besonderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen. Ich meine, gerade im Bereich der Dienstleistungen freier Berufe wird der Markt kein geeigneter Konfliktregelungsmechanismus sein. Warum? Schon deswegen, weil selbst der kundige Verbraucher im Zweifel die Qualität der Leistung nicht beurteilen kann. Ich bin nicht in der Lage festzustellen, ob die Diagnose meines Internisten ohne weiteres richtig ist. Ich bin nicht in der Lage, letztlich das Qualitätsniveau auf dem er arbeitet zu überprüfen und zu überwachen. Ich bin deswegen froh, dass es bei uns öffentlich-rechtliche Vorschriften gibt etwa, § 95 d SGB 5, der eine dauerhafte Fortbildung z. B. bei Vertragsärzten vorschreibt. Ich bin froh, dass wir in § 43a Abs. 6 Bundesrechnungsordnung eine Fortbildungspflicht haben. Ich bin froh, dass wir diverse öffentlich-rechtliche Regelungen haben, die gerade in Bereichen, in denen die Verbraucher die Qualität nicht vernünftig beurteilen können und bei denen sich deswegen der Qualitätswettbewerb nicht ausschließlich über den Markt vollziehen kann, dass wir da solche Vorschriften haben, die dieses Qualitätsniveau sicherstellen und die sollten wir uns erhalten. Die

drohen verloren zu gehen, wenn hier das Herkunftslandprinzip voll umfänglich Platz greift.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön, Herr Prof. Ewer. Wir sind gut in der Zeit. Drei Minuten noch zu diesem Komplex, bevor wir zum Lauterkeitsrecht kommen und damit auch zu Herrn Dr. Keller und Herrn Prof. Köhler. Ich habe noch zwei Fragen. Zunächst bitte Frau Voßhoff.

Andrea Astrid Voßhoff (CDU/CSU): Darf ich nur eine Frage zur Klarstellung an die Ausführungen an Herrn Prof. Ewer stellen? Vielleicht habe ich da etwas falsch verstanden. „Qualitätsanforderungen“ - bezog sich das auch auf die beruflichen Qualifikationsanforderungen? Das war vorhin schon mal Gegenstand, wie Herr Westphal sagte, dass das durch die Anerkennung der EU-Berufsqualifikationsrichtlinien zum Teil zumindest das Problem entschärft sei, wenn ich das richtig verstanden habe.

SV Prof. Dr. Wolfgang Ewer: Der anwaltliche Bereich ist nicht der Bereich, mit dem wir Probleme haben, aber wir haben es im Bereich zahlreicher anderer freier Berufe, wo eben die Verpflichtungen – Kollege Westphal hat es vorhin richtig gesagt – wie die Gemeinwohlgebundenheit bestehen. Der Anwalt muss betriebswirtschaftlich defizitär auch mal Mandate für arme Leute übernehmen. Das ist auch gut so, dass er das muss. Das soll auch so bleiben. Der Arzt muss bestimmte Notdienste in ländlichen Bereichen machen, die wirtschaftlich nicht nur nicht lukrativ sind, sondern definitiv defizitär sind. Das ist gut so, dass es so ist im Interesse der Versorgung der Bevölkerung und das muss erhalten werden und es kann nur erhalten werden, indem die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften weiter gelten und nicht verdrängt werden.

Michael Hennrich (CDU/CSU): Das ist genau der Punkt, wo ich ein Problem sehe. Wenn ich die Richtlinie richtig verstanden habe, ist im Grunde genommen die Anerkennungsrichtlinie eine Spezialvorschrift, die vorrangig gilt. Sie haben vollkommen richtig gesagt, dass die Anerkennungsrichtlinie - ich glaube in diesen Tagen im europäischen Parlament - verabschiedet wird und da steht doch, wenn ich recht informiert bin, drin, dass Regelungen des Landesrechts, des Berufsrechts und

- ich glaube das ist zusätzlich dazu gekommen – auch gesetzliche Vorschriften im Bestimmungsland gelten müssen. Es wird genau heißen, wie das von Ihnen genannte Qualitätsbeispiel, dass sich ein Arzt fortbilden muss, dass ein Arzt eine Zulassung braucht. Das gilt weiter und wird somit vom Herkunftslandprinzip überhaupt nicht tangiert. Da hab ich ein kleines Verständnisproblem. Ich sehe das momentan so, dass der Bereich mit vorhandenen Qualitätsanforderungen vom Herkunftslandprinzip gar nicht erfasst wird, weil da die Anerkennungsrichtlinie die spezialrechtliche Vorschrift ist.

SV Prof. Dr. Wolfgang Ewer: Gestatten Sie, dass ich direkt darauf antworte? Zunächst einmal ist es so, das Verhältnis zwischen den beiden Richtlinien, also zwischen der Berufsankennungsrichtlinie, die auch im Entwurf vorliegt, und zwischen der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie ist alles andere als klar. Es sind beides horizontale Richtlinien. Wenn man sich den Artikel 17 Nr. 7 ansieht, spricht viel dafür, dass da so ein Subsidiaritätsverhältnis ist, also dass die Berufsqualifikationsrichtlinie als die speziellere anzusehen ist. Sie regelt in erster Linie Berufszugangsvoraussetzungen. Sie löst die alte Diplomhochschuldiplomankennungsrichtlinie von 1977 ab und sie regelt in erster Linie Berufszugangsvoraussetzungen. In kleinem Umfang regelt sie für reglementierte Berufe auch Berufsausübungsregelungen, aber nicht umfassend, sondern sie werden sehr viel weitergehend nach wie vor durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten geregelt. Deswegen ist das Problem dadurch möglicherweise in bestimmten Teilbereichen entschärft, aber nicht vom Tisch.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Ich habe auch noch zwei ganz kurze Nachfragen. Eine an Herrn Mankowski. Sie haben Unterlagen eingereicht, Artikel eingereicht, Ihre Kurzstellungnahme. Habe ich das richtig verstanden, dass Sie selbst bei Verbraucherverträgen Probleme sehen?

SV Prof. Dr. Peter Mankowski: Jetzt brauche ich mal meine eigenen Unterlagen, da wird es schwierig. Bei den Verbraucherverträgen – nein – im wesentlichen greift dort die Ausnahme des Art. 17 Nr. 21. Wir würden uns dann noch gegebenenfalls über die Form unterhalten müssen.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Das war es schon. Meine letzte kurze Frage ist an Herrn Jünemann gerichtet. Sie haben schon mehrere Fragen gestellt bekommen, wie die Justiz damit fertig wird. Ich bin selbst von Haus aus Richter am Landgericht. Ich muss derzeit leider feststellen, wie auch die Justiz unter dem Sparvorbehalt zu leben hat, insbesondere wenn man sich auch die Bibliotheken an den Gerichten anschaut. Ich schätze mal beim Landgericht Berlin dürfte das nicht anders aussehen als bei meinem Landgericht. Sind Sie tatsächlich der Auffassung, wenn ich allein diesen Aspekt anspreche, dass die deutschen Gerichte in die Lage versetzt werden, so wie Sie sich das erhoffen, soviel Materialien zur Verfügung gestellt zu bekommen, soweit es ausländisches Recht betrifft, um tatsächlich unabhängig von den anderen Problemen in dem Zusammenhang, die Grundlagen überhaupt zu besitzen, kurzfristig Entscheidungen zu fällen? Stimmen Sie nicht mit mir darüber überein, unabhängig von diesem Thema, dass wir auf alle Fälle mit einer erheblichen zusätzlichen Belastung der Justiz rechnen müssen, weil auch die Verfahrensdauer sich dadurch verlängern dürfte?

SV Lothar Jünemann: Das letzte ist offen gesagt schwer zu beantworten. Deswegen, weil ich heute nicht absehen kann, wie viele Fälle tatsächlich aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie zum Prozess kämen und damit einer Entscheidung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit zugeführt würden. Das zweite ist – wenn man es banal sagt – im Grunde die Frage der zur Verfügung stehenden Informationen, eine Frage an Ihre Fremdsprachenkenntnisse. Da wir heute ganz überwiegend auch in den Gerichten einen Internetzugang haben, können Sie sich letztlich aus dem Internet natürlich auch Rechtsinformationen aus Drittstaaten beschaffen. Das setzt allerdings voraus, dass man imstande ist, sie zu lesen. Die kommen natürlich in der jeweiligen Landessprache und da ist dann spätestens nach Englisch und Französisch bei den meisten Kollegen Schluss.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Das ist natürlich unheimlich arbeitsintensiv.

SV Lothar Jünemann: Das ist es ohnehin. Sie haben die Fälle ja auch heute schon. Auch heute bei grenzüberschreitenden Fällen – ich hatte vor einiger Zeit ein Verfahren, da hatte ein französischer Konzern, eine Aktiengesellschaft französischen

Rechts, hier in Deutschland ein Werk errichtet und es tauchte nachher im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss die Frage auf, ob dieser Konzern bei Vertragsschluss ordnungsgemäß vertreten worden war. Dazu musste man dann über das IPR im französischen Recht nachschauen und dort die Vertretungsregelungen für den Vorstand einer französischen Aktiengesellschaft ausgraben. Auch das setzt letztendlich eine umfangreiche Recherche im französischen Recht voraus und führt deswegen kaum zu nennenswert anderen Ergebnissen. Ich stelle mir eher vor, dass im Zusammenhang mit dem ja momentan auch noch im Werden begriffenen CFR-Netz, also den gemeinsamen Schuldrechtsrahmen der Europäischen Union, die die Generaldirektion Verbraucherschutz gerade erstellt, in erheblichem Umfang rechtsvergleichendes Material zur Verfügung stehen wird, auch zur Praxis auch des Dienstleistungsrechtes anderer europäischer Staaten und man dort langfristig die Möglichkeit erhalten wird, zusätzliche Informationen zu gewinnen. Dass das ansonsten angesichts sinkender Justizetats zu einer zusätzlichen Belastung der Justiz führen wird, das brauche ich Ihnen glaube ich nicht zu erklären, dass das so ist.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Ich danke Ihnen Herr Jünemann. Wir kommen dann in die zweite Fragerunde zum Thema Herkunftslandprinzip und Lauterkeitsrecht. Frau Kollegin Voßhoff bitte.

Andrea Astrid Voßhoff (CDU/CSU): In Anbetracht der Stellungnahmen, die abgegeben wurden, der eindeutigen Stellungnahmen für die Herausnahme des Lauterkeitsrechtes aus dem Herkunftslandprinzip war Herr Scheel der einzige, der die gegenteilige Auffassung vertreten hat. Da möchte ich Sie fragen, Herr Scheel, welche Nachteile würden Sie sehen, wenn das Lauterkeitsrecht eine der Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip wäre?

Vorsitzender Dirk Manzewski: Ich selbst hätte zwei Fragen. Jeweils an die Sachverständigen Prof. Köhler und Dr. Keller. Sie haben das zwar schon angesprochen, aber ich möchte das noch ganz gerne bitte von Ihnen verdeutlicht haben. Teilen Sie meine Auffassung, dass alleine die Recherche nach dem konkreten ausländischen Lauterkeitsrecht sowie dessen Durchsetzung die Verfolgung von Verstößen in der Praxis quasi unmöglich macht und geben Sie mir

Recht, dass dies zu nicht hinnehmbaren Wettbewerbsverzerrungen und damit zu einer Inländerdiskriminierung führen würde?

Damit ist die erste Fragerunde im zweiten Teil schon beendet. Ich möchte bitten, dass der Herr Dr. Scheel sich mit der Frage von der Kollegin Voßhoff befasst.

SV Dr. Kurt Christian Scheel: Frau Voßhoff, vielen Dank. Ihre kurze Frage - eine kurze Antwort. Der Nachteil wäre der, wie beim geltenden Rechtszustand. Der geltende Rechtszustand wird von der Industrie als unbefriedigend erlebt, weil er die Unternehmen dazu zwingt, im Hinblick auf ihre werbliche Tätigkeit im Binnenmarkt für jeden einzelnen Mitgliedstaat genau zu ermitteln, wie – das ist teilweise sehr komplex, das ist hier auch schon gesagt worden – dort die Rechtslage in Bezug auf das beabsichtigte werbliche Verhalten im Einzelnen ist. Aus unserer Sicht entspricht das nicht einem liberalen Verständnis vom Binnenmarkt, solche Schranken einzuziehen. Das Herkunftslandprinzip, von dem wir auch immer in den Diskussionen um die von mir schon genannten UCP-Richtlinie vorgeschlagen haben, es sekundärrechtlich vorzusehen, würde hier dazu führen, dass es den Unternehmen möglich wäre, sich werblich im Binnenmarkt so zu verhalten, wie es für Unternehmen im Binnenmarkt vernünftig ist, nämlich in jedem Mitgliedstaat gleich. Insoweit wäre hier ein Nachteil zu sehen. Inwieweit dieser Nachteil vor dem Hintergrund der doch relativ weit reichenden Harmonisierung durch die UCP-Richtlinie praktisch werden wird, bleibt abzuwarten. Das wird natürlich sehr stark davon abhängen, wie in den einzelnen Mitgliedstaaten diese einzelne Richtlinie umgesetzt werden wird. Aus unserer Sicht wird es da ohnehin zu einer relativ weit reichenden Harmonisierung kommen, so dass man sich darüber streiten könnte, als wie groß dieser Nachteil wirklich anzusehen wäre. Aus unserer Sicht wäre es vom Grundsatz her so, dass das Herkunftslandprinzip und die Wahrnehmung der – und diesen Widerspruch gegen Herrn Mankowski will ich nun doch mal einflechten – der primärrechtlichen radizierten Grundfreiheit, sowohl was die Dienstleistungserbringung, als auch was die Niederlassung betrifft, auf diese Weise eingeschränkt werden würde.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Ich danke Ihnen, Herr Dr. Scheel. Herr Prof. Dr. Köhler.



SV Prof. Dr. Helmut Köhler: Ich kann das, was Sie gesagt haben, uneingeschränkt bestätigen. Ich wollte nur betonen, dass es zu einer nichthinnehmbaren Benachteiligung für Verbraucher und Mitbewerber käme, wenn man sich nach dem Herkunftslandrecht richten müsste, und dass es auch zu einer Inländerdiskriminierung kommen kann. Ich möchte noch etwas anderes hinzufügen und genau auf das antworten, was Herr Scheel gebracht hat. Man muss doch abwägen, was ist unter dem Strich teurer. Wenn ein Unternehmer, der im Ausland tätig werden möchte, sich über die dortige Rechtslage erkundigt, weil er eine bestimmte Werbeaktion vor hat, oder was ist dem Verbraucher und seinen Mitbewerber zuzumuten, wenn die mit dieser Werbeaktion überrascht werden. Sie sollen rasch darauf reagieren können. Das können sie gar nicht. Wie sollen sie auf die Schnelle herausbekommen, aus welchem Staat er kommt, welches Recht auf ihn anwendbar ist und wo sie dann evtl. vorgehen müssen. Jetzt möchte ich dem Ganzen sozusagen noch mal die Krone aufsetzen. Selbst wenn es zu einer Rechtsvereinheitlichung im Lauterkeitsrecht kommt, wäre es immer noch unangemessen, die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts dem Herkunftslandstaat zu überlassen. Aus den genannten Gründen der Verfahrensverzögerung, der Schwierigkeit mit der Sprache usw. . Vielen Dank.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Herr Dr. Keller. Sie hatten auch zwei Fragen von mir.

SV Dr. Erhard Keller: Herr Vorsitzender, ich kann auch Ihre Frage mit „ja“ beantworten. Auch ich würde befürchten, dass allein schon durch die Recherche, wie ich das vorhin schon einmal angedeutet hatte, jetzt endlich ein effektiver Rechtsschutz ausfallen würde. Das würde insbesondere dann gelten, wenn - was für viele Länder keineswegs gesichert ist - doch noch deutsche Mitbewerber und Verbraucherverbände klagebefugt wären. Wären sie es, auch das muss erst einmal nach ausländischem Recht ermittelt werden, dann müsste das materielle Lauterkeitsrecht ermittelt werden, und dass das alleine schon aufgrund der Sprachbarriere sehr schwierig ist, hatte ich Ihnen dargestellt. Ich glaube, man sollte argumentieren, nicht jemanden bösen Willen oder keine Mitwirkungsbereitschaft unterstellen, aber in der Praxis würde zu erwarten sein, dass ausländische Behörden, denen es sicherlich nicht das dringlichste Anliegen ist, dass die Anfragen dort trotz Informationsbereitstellung einige Zeit brauchen würden. Wenn ich zwei

Aspekte hinzufügen darf. Es ist gefallen, dass das Herkunftslandprinzip einer Primärfreiheit entsprechen würde, da meine ich nicht, dass man das so sehen kann. Ich würde nicht argumentieren, dass eine Vertragsänderung des Primärrechts erfolgen müsste. Angesprochen ist möglicherweise die Warenverkehrsfreiheit. Das ist ein anderes Prinzip. Nach Art. 28 sind mengenmäßige Beschränkungen verboten, dafür gibt es dann wieder Rückausnahmen in Artikel 30. Diese Warenverkehrsfreiheit gilt nur unter Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, unter Beachtung der gewerblichen Schutzrechte und nach der „Cassis-Rechtsprechung“ dürfen zwingende Erfordernisse des Nationalstaates durchaus zur Geltung gebracht werden, um die Warenverkehrsfreiheit zu beschränken. Das fehlt beim Herkunftslandprinzip. Das ist ein ganz anderes, ganz grob strukturiertes Prinzip, wenn Sie mir erlauben, dass ich das überspitzt sagen darf. Das Herkunftslandprinzip ist ein Prinzip, und damit wäre die Richtlinie ein Rechtsakt, der mit einem Mal deutsches Recht personalbeschränkt für ausländische Anbieter zum Wegfall bringt und bei uns ein in weitem Umfang unbekanntes Recht importiert. Das ist die Grundlage des Herkunftslandprinzips und das hat mit Grundfreiheiten als solches nicht zu tun. Es gilt die Dienstleistungsfreiheit, es gilt die Niederlassungsfreiheit – keine Frage, aber natürlich entsprechend den jeweiligen nationalen Bestimmungen. Ich darf mir vielleicht erlauben, einen zweiten Punkt hinzuzufügen. Im Recht des unlauteren Wettbewerbs geht es um Deliktsrecht, deliktähnliches Recht zumindest. Bei Deliktsrecht war es seit jeher anerkannter Grundsatz, dass das Marktortprinzip gilt. Es gilt in der Zuständigkeitsverordnung in Artikel 5 Ziffer 3 das Marktortprinzip, es gilt nach den nationalen Rechten nach anerkannter Meinung im UWG das Marktortprinzip. Wo die wettbewerblichen Interessen aufeinander stoßen, nach dieser Rechtsordnung muss ich mich richten. Es gibt einen sehr alten Spruch: „If you are in Rome, do like the Romans do.“ Also da gibt es eine rechtlich historische Verwurzelung, dieses Marktortprinzip eingreifen zu lassen. Wir sind außerhalb des vertraglichen Bereichs. Es geht nicht darum, dass Parteien Recht vereinbaren können, so dass auch der Grund dafür spricht, nicht mit dem sehr grob geschnitzten Instrument des Herkunftslandprinzips vorzugehen, sondern es hier bei der Harmonisierung zu belassen. Letzter Punkt. Dr. Scheel hat angesprochen, dass im UWG eine Harmonisierung bevorstünde. Das ist richtig. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken steht unmittelbar vor der Verabschiedung, nach allem was man hört. Diese Richtlinie führt nur zu einer Teilharmonisierung. Sie erfasst z. B. nicht den

gesamten B-to-C-Bereich. Es besteht also eine große Lücke. Es gibt insoweit keinen harmonisierten Bereich. Erstens. Zweitens. Die Richtlinie „Unlautere Geschäftspraktiken“ ist eben nur eine Richtlinie. Sie bedarf der Umsetzung. Sie kann auch mit Umsetzungsspielraum gegebenenfalls umgesetzt werden und erübrigt deswegen nicht die Recherche. Es mag dann zwar eine harmonisierte Grundlage für einen Teilbereich geben, B-to-C wird nicht erfasst, aber wie dieser Teilbereich ausgefüllt ist, ist auch keineswegs sicher. Drittens – darf man sich auch mal die Frage stellen, wozu eigentlich das Herkunftslandprinzip gebraucht wird, wenn man ohnehin auf einen harmonisierten Bereich sich bewegt. Auch dann muss erst recht das Marktortprinzip gelten. Wo ist die Beschwerde gerechtfertigt, dass derjenige lamentieren kann, dem man erwidern kann, er bewegt sich auf harmonisiertem Bereich? Gegebenenfalls, wenn er angegriffen wird, kann er geltend machen, dass er auf einer Rechtsgrundlage angegriffen wird, die nicht EU-konform ist, aber es ist ihm ohne weiteres zumutbar, auf diesem harmonisierten Bereich sich am Marktort daneben zu stellen. Vielen Dank.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Herr Dr. Keller, ganz kurz eine Nachfrage. Teilen Sie eigentlich die Bedenken von Herrn Prof. Köhler, dass Sie sagen, auch Sie würden davon ausgehen, dass die Herkunftsländer schon gar kein Interesse an einer Kontrolle hätten?

SV Dr. Erhard Keller: Es ist eine Erwartung, die ich hätte, aber ich meine, dass diese Erwartung gerechtfertigt ist. Ich hätte keinen Anhalt etwas anderes anzunehmen.

Andrea Astrid Voßhoff (CDU/CSU): Würden Sie dann auch die von Herrn Scheel vorhin ausgeführten Instrumente, also die Zusammenarbeit der Behörden untereinander und Meldungen an die EU und möglicherweise entsprechende Sanktionen, nicht als zielführend oder hilfreich ansehen?

SV Dr. Erhard Keller: Ich kann mir nicht vorstellen, Frau Voßhoff, auch das ist eine Erwartung, die ich ausspreche, dass das jeweils ganz dringende prioritäre Anfragen wären. Vor allem ist es doch den Behörden nicht erlaubt. Sie dürfen allgemeine Auskünfte geben, allgemein über die Rechtslage unterrichten und allgemeine Informationen über die allgemein zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe erteilen,

aber eine konkrete Beurteilung, ob zum Beispiel eine Werbung irreführend ist, oder ob sie behindernd ist im Sinne unseres neuen Artikel 4 Nr. 10, diese Beurteilung darf die Behörde gar nicht geben, wird wohl auch nicht bereit sein, sie im einzelnen konkreten Fall zu geben, der doch immer sehr von den Umständen des einzelnen Falles abhängig ist.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Frau Kollegin Laurischk.

Sibylle Laurischk (FDP): Ich hab doch noch an Herrn Dr. Keller und Herrn Prof. Wolf folgende Frage: Wie beurteilen Sie die Möglichkeit angesichts dieser Vielzahl von Einwänden, dass sich Parteien nach Artikel 17 Nr. 20 auf die Flucht in die Rechtswahl begeben könnten? Sozusagen sich eine besonders angenehm erscheinende Rechtsgrundlage suchen, so dass sich tatsächlich ein Ausweg ergibt?

Vorsitzender Dirk Manzewski (SPD): Herr Keller, Sie waren gerade so schön dran. Vielleicht fangen Sie gleich wieder an.

SV Dr. Erhard Keller: Frau Voßhoff, ich bitte Sie sehr um Nachsicht. Ist die Frage die, ob sich die Parteien im Bereich des Lauterkeitsrechts auf die Ausnahme, die hier in Artikel 17 vom Herkunftslandprinzip Nr. 20 berufen könnten? Ich bin am überlegen darüber, ob diese Ausnahmebestimmung für den Bereich des Lauterkeitsrechts eine Bedeutung haben kann. Lauterkeitsrecht ist Deliktsrecht, es ist kein vertragliches Recht. Für die normalen Fälle der Unlauterkeit wird dieses Beispiel nicht eingreifen. Es mag Fälle geben, auch Lauterkeitsrecht hat irgendwelche Vertragsfragen, Vertragsstrafen oder solche Dinge. Wenn jemand eine Unterwerfungserklärung abgibt, da überlege ich jetzt, wer eingreifen könnte. Ich glaube, das wären dann jeweils Ausnahmen, die eigentlich für das Bild vernachlässigbar sind.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Herr Prof. Wolf.

SV Prof. Dr. Christian Wolf: Wenn Sie das rein auf das Lauterkeitsrecht beziehen, kann man es relativ einfach beantworten, denn mit meinem Mitbewerber und das steht vom Vertrag da, den ich durch wettbewerbswidriges Verhalten oder lauterkeitswidriges Verhalten schädige, werde ich vorher nicht einen Vertrag

schließen können, um mich einer anderen Rechtsordnung zu unterstellen, wo ich ihn eher mit unlauteren Methoden schädigen kann. Insofern, wenn es nicht um vertragliche Beziehungen geht, ist dies keine Möglichkeit. Die Rechtswahl als einseitiges Instrumentarium zu wählen, dann wäre es wohl in der Tat ein Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich der Mitwettbewerber. Also insofern sehe ich in der Bestimmung nicht die großen Probleme. Aber, wenn Sie es so wollen, was wieder das Problem ist, ist die Schlichtheit der Regelung. Was ist zum Beispiel mit dem ordre-public-Vorbehalt?

Vorsitzender Dirk Manzewski: Dankeschön, gibt es weitere Fragen von den Kolleginnen und Kollegen? Dann habe ich noch eine Abschlussfrage an alle, die relativ kurz zu beantworten ist. Wenn ich sagen würde, IPR und Lauterkeitsrecht herausnehmen vom Herkunftslandprinzip – würden Sie das befürworten oder sagen, das hilft aber nicht viel weiter? Vertreten sie die Auffassung, dass das Herkunftslandprinzip insoweit herausgenommen oder geändert werden müsste?

SV Prof. Dr. Wolfgang Ewer: Ich verstehe davon nichts. Entschuldigung. Ich bin für das öffentliche Recht zuständig und habe vom Lauterkeitsrecht nur eine sehr vage Vorstellung.

SV Lothar Jünemann: Ich würde grundsätzlich für die Beibehaltung des Herkunftslandprinzips werben wollen und wollte noch einen Aspekt kurz ansprechen, der bei der ganzen Diskussion und Erörterung vorhin ein bisschen untergegangen zu sein schien. Und zwar der, das bitte an den deutschen Staatsgrenzen auch nicht die dritte Welt beginnt. Wir reden hier von Nachbarn, von EU-Staaten, die auch ganz erhebliche und ganz ordentliche Standards haben. Sei es bei ihren freien Berufen, sei es den sonstigen Dienstleistungserbringern. Das ist ja nicht so, dass man große Befürchtungen haben muss, sobald man die deutschen Grenzen verlässt. Was das Lauterkeitsrecht offiziell angeht, komme ich zurück auf meine anfangs geäußerten Bedenken. Ich sehe das Problem vor allen Dingen in der prozessualen Durchsetzung und in der Notwendigkeit, das alles zum alsbaldigen Rechtsschutz und damit sehr schnell zu machen und sehe die Möglichkeit bei Anwendung des Herkunftslandprinzips eben nicht mehr als zuverlässig gegeben. Ich befürchte

deswegen, dass dort schlicht praktische Lücken im Rechtsschutz entstünden und würde deswegen auch angesichts der Ausführungen der anderen Sachverständigen offen gesagt eher dafür plädieren, das Lauterkeitsrecht dort herauszunehmen, aber ansonsten schon beim Herkunftslandprinzip zu bleiben.

SV Dr. Erhard Keller: Ganz eindeutige Antwort. Das Lauterkeitsrecht sollte herausgenommen werden. Es ist systemwidrig, dass es dem Herkunftslandprinzip unterfällt. Dazu muss man nicht die Auffassung vertreten, dass außerhalb der Grenzen Deutschlands – die Diskussion ist viel übergreifender, wir reden nicht nur von Deutschland – dass dort Dritte-Welt-Verhältnisse gelten würden, aber es geht darum, dass man einfach auf fremden Rechtsordnungen keinen effektiven Rechtsschutz begründen kann. Es ist im Übrigen eine Forderung der GRUR, weiter in der materiellen Harmonisierung zu machen. Das ist doch gar keine Frage. Aber nicht bitte in dieser Art und Weise. Was wir brauchen, ist eine umfassendere Harmonisierung. Deswegen eindeutig, Lauterkeitsrecht bitte herausnehmen, den Einfluss geltend machen, den man dazu hat. Zu IPR kann ich leider nichts sagen.

SV Prof. Dr. Helmut Köhler: Man sollte das Lauterkeitsrecht herausnehmen, weil es sonst zu einer Rechtsschutzverweigerung käme und vor allen, weil es auch zu einer sehr großen Kostensteigerung, was die Bürokratie und die Gerichte angeht, käme. Es würde immer mehr Personal beschäftigt werden müssen.

SV Prof. Dr. Peter Mankowski: Erstens Lauterkeitsrecht - ja - heraus auch noch aus einem Grund, der bisher noch gar nicht angesprochen wurde. Das Herkunftslandprinzip ist gerade heraus gefallen aus der Lauterkeitsrichtlinie. Was wäre denn das für ein europäisches System, in dem wir aus der Spezialrichtlinie für B-to-C-Werbung herausnehmen, aber dann wieder für die Rückausnahme für Werbedienstleistungen hineinnehmen. Ein sehr merkwürdiges System. Zweitens. Herr Vorsitzender, ich hoffe, Sie mögen Peter Handke. Er hat ein schönes Stück geschrieben „Publikumsbeschimpfung“. Die Frage, ob man IPR aus dem Herkunftslandprinzip herausnehmen sollte, ist falsch gestellt. IPR besteht aus Kollisionsnormen, das Herkunftslandprinzip ist eine Kollisionsnorm. Soweit es den privatrechtlichen Bereich berührt, ist es IPR. Man kann das nicht aus dem herausnehmen. Das passt überhaupt nicht. Es wäre eben eine besondere

Kollisionsnorm, die quer liegt zu den anderen allgemeinen Kollisionsnormen, wie sie gerade mit den Verordnungen ROM I und insbesondere ROM II entstehen. Schlussplädoyer. Ja, Abschied vom Herkunftslandprinzip. Möge die Lauterkeitsrichtlinie und ihrem Verzicht auf das Herkunftslandprinzip das Sterbeglöckchen auch bei der Dienstleistungsrichtlinie geläutet haben.

SV Dr. Kurt Christian Scheel: Erstens: IPR, ich schließe mich den Ausführungen meines Vorredners, Herr Prof. Mankowski, ausdrücklich an. Wir halten die Regelungen, wie sie in ROM I und ROM II entstehen, für sachgerechter. Zweitens: Lauterkeitsrecht. Der BDI und alle europäischen Industrieverbände aus anderen Mitgliedstaaten haben, schon als es um die UCP-Richtlinie ging, gefordert, das Herkunftslandprinzip vorzusehen. Wir sind nicht zufrieden damit, dass das gescheitert ist und halten das Herkunftslandprinzip deswegen zumindest für den Bereich, in dem es nicht durch die UCP-Richtlinie zu einer Harmonisierung des materiellen Wettbewerbsrecht kommt, für sinnvoll und angemessen, um den Unternehmen als Marktbürgern die Wahrnehmung ihrer im Primärrecht verankerten Dienstleistungsfreiheit zu gestatten unter den gegebenen Voraussetzungen, das versteht sich von selbst. Aber im Grundsatz natürlich – ja.

SV Dr. Thomas Westphal: Mir geht es so ähnlich wie Herrn Prof. Dr. Ewer. Ich bin in meiner anwaltlichen Praxis auf allen Gebieten tätig, aber nicht im Bereich des IPR und auch nicht des Lauterkeitsrechtes. Aber wenn ich mir von der praktischen Seite her mir das vor Augen halte, was hier geschildert worden ist, dann würde ich schon dafür plädieren, das Lauterkeitsrecht aus dem Herkunftslandprinzip heraus zu nehmen. Einfach weil es sonst praktisch zu einer Rechtsschutzverweigerung kommt.

SV Prof. Dr. Christian Wolf: Die Argumente, die gegen das Herkunftslandprinzip im Lauterkeitsrecht sprechen, haben mich überzeugt. Nur, wenn es jetzt die letzte Runde ist, wollte ich den Fokus auf diese strafrechtlichen Blankettvorschriften legen, denn da scheint mir die Hauptcrux der Dienstleistungsrichtlinie zu liegen.

Vorsitzender Dirk Manzewski: Meine Damen und Herren, ich danke Ihnen ganz herzlich, dass Sie doch relativ kurzfristig auf die Einladung hierher gekommen sind. Noch mehr danke ich denen, die es geschafft haben, uns im Vorfeld Stellungnahmen

schriftlich zukommen zu lassen. Sie haben gemerkt, dass wir uns auch darauf bei unserer Befragung gestützt haben. Ich geht mal davon aus, Sie werden dieses Thema, was mit dieser Anhörung nicht beendet ist, weiter verfolgen und auch wie wir letztendlich versuchen werden, darauf zu reagieren. Ich danke Ihnen.

Ende der Sitzung: 16.30 Uhr



Andreas Schmidt (Mülheim), MdB  
Vorsitzender



Dirk Manzewski, MdB  
Vorsitzender



## Zusammenstellung der Stellungnahmen

		Seite
<b>Prof. Dr. Wolfgang Ewer</b>	Vizepräsident und Schatzmeister des Bundesverbandes der Freien Berufe, Berlin	<b>58</b>
<b>Dr. Erhard Keller</b>	Rechtsanwalt, Düsseldorf	<b>67</b>
<b>Prof. Dr. Helmut Köhler</b>	Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Handelsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Ludwig-Maximilians-Universität München	<b>72</b>
<b>Prof. Dr. Peter Mankowski</b>	Stellv. Direktor des Seminars für ausländisches und internationales Privat- und Prozessrecht, Universität Hamburg	<b>76</b>
<b>Dr. Kurt Christian Scheel</b>	Leiter der Abteilung Recht, Wettbewerbspolitik und Versicherung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V., Berlin	<b>99</b>
<b>Prof. Dr. Christian Wolf</b>	Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht, Universität Hannover	<b>118</b>

## Eckpunktepapier Dienstleistungsrichtlinie

Stand: 02.05.2005

### Dienstleistungsrahmenrichtlinie: Problemaufriss in den Freien Berufen

#### 1. Grundsätzliches:

Die Freien Berufe begrüßen ganz grundsätzlich die Bemühungen der Kommission, die tatsächliche Verwirklichung des Binnenmarktes 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 Herkunftslandprinzips sollten zumindest gleichwertige Instrumente zur Verwirklichung des Binnenmarktes darstellen. Die Freien Berufe sehen grundsätzlich den Vorzug bei der Harmonisierung, da sich dieser Ansatz beispielsweise bei der gegenseitigen Berufsankennung 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 Verwaltungsstruktur 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!

## 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 Beratungen 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 scheitert 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 wird 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 ausrichten<sup>1</sup> (*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?
    - 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

<sup>1</sup> Dies gilt unter der Voraussetzung, daß der Versandhandel mit Arzneimitteln als „Dienstleistung“ eingestuft wird (vgl. Erwägungsgrund 14, der den „Handel“ nennt).



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 Bestimmungen 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 irregeführt, 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, Präsenzpflichten 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 Gemeinwohlinteresses 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 gesundheitspezifischer 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.

An den  
Rechtsausschuss  
des Deutschen Bundestages  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Dr. Erhard Keller  
Direktwahl: 0211 / 13 68 340  
erhard.keller@lovells.com

Unser Zeichen:  
EK/IB  
#139552.v4

09. Mai 2005

**Kurzstellungnahme zur "EU-Dienstleistungsrichtlinie"  
(Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates  
über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Ratsdok.-Nr. 5161/05) unter dem  
Blickwinkel des Lauterkeitsrechts**

von  
**Dr. Erhard Keller**  
Rechtsanwalt in Düsseldorf  
Mitglied der beim Bundesministerium der Justiz eingerichteten Arbeits-  
gruppe zur Reform des UWG als Vertreter der Deutschen Vereinigung für gewerbli-  
chen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)

Meine Stellungnahme zur DiLiRiLi ist auf das Gebiet des Lauterkeitsrechts und das für das Lauterkeitsrecht in der DiLiRiLi angeordnete "Herkunftslandprinzip" beschränkt. Als Anwalt auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des unlauteren Wettbewerbs bin ich mit dem Problem des unlauteren Wettbewerbs praktisch und wissenschaftlich vertraut.

Der Anwendungsbereich der DiLiRiLi ist nach Art. 2 und Art. 4 i.V.m. Erwägungsgrund 14 denkbar weit. Erfasst sind praktisch sämtliche wirtschaftlichen Dienstleistungen sowohl gegenüber Unternehmen wie auch gegenüber Verbrauchern, insbesondere etwa die Unternehmensberatung, der gesamte Bereich der Werbung, die Dienste von Handelsvertretern, immobilienbezogene Dienstleistungen, die Tätigkeit von Reisebüros usw. Die DiLiRiLi zielt nach Erwägungsgrund 6 eigentlich darauf ab, eine Modernisierung der nationalen Regelungen für den Dienstleistungssektor durch eine "ausgewogene Kombination aus gezielter Harmonisierung, Verwaltungszusammenarbeit, Anwendung des Herkunftslandprinzips und Förderung der Erarbeitung von

Verhaltenskodizes für bestimmte Bereiche" zu erreichen. Tatsächlich bildet aber das in Art. 16 vorgesehene "Herkunftslandprinzip" die maßgebliche Grundlage der DiLiRiLi. Nach Art. 16 Abs. 1 haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen,

*dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaats unterstehen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind.*

Wie Art. 16 Abs. 1 Satz 2 DiLiRiLi klarstellt, gelten alsdann für die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur die Bestimmungen des Herkunftsmitgliedstaats. Das Herkunftslandprinzip gilt zwar nach Art. 17 Ziff. 13 nicht für Urheberrechte sowie die gewerblichen Schutzrechte (wie Patente und Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster und Marken). Weil jedoch für das Lauterkeitsrecht eine solche Sektorausnahme nicht vorgesehen ist, würde künftig das gesamte absatzfördernde und werbliche Verhalten eines Dienstleistungserbringers nicht mehr nach dem deutschen Lauterkeitsrecht, sondern den insoweit maßgebenden Regelungen des Herkunftslands (also etwa auf der Grundlage französischen, spanischen, portugiesischen, englischen oder polnischen Rechts) zu beurteilen sein.

Die in Deutschland begangenen unlauteren Wettbewerbshandlungen von im EU-Ausland niedergelassenen Dienstleistungserbringern wären nicht nur ausschließlich nach dem Recht des Herkunftslands zu beurteilen. Das Recht des Herkunftslands wäre vielmehr auch dafür maßgeblich, wer gegen solche Unlauterkeiten einschreiten und ggf. Ansprüche auf Unterlassung oder Schadensersatz geltend machen könnte. Das ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2. Danach ist allein

*der Herkunftsmitgliedstaat (ist) dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, einschließlich der Dienstleistungen, die er in einem anderen Mitgliedsstaat erbringt.*

Es heißt insoweit dazu in Erwägungsgrund 38,

*dass die Kontrolle der Dienstleistungstätigkeiten an der Quelle erfolgt, d.h. durch die zuständigen Stellen des Mitgliedsstaats, in dem sich der Ort der Niederlassung, von der die Dienstleistung erbracht wird, befindet. Die zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaats sind am besten in der Lage, den Dienstleistungserbringer wirksam und dauerhaft zu kontrollieren und dabei nicht nur den Schutz der Dienstleistungsempfänger ihres Landes, sondern auch der in anderen Mitgliedsstaaten zu gewährleisten.*

Je nach den Bestimmungen des Herkunftslands können deshalb die nach deutschem Lauterkeitsrecht ansonsten klagebefugten Mitbewerber, Verbraucherschutzverbände oder gewerbliche Interessenverbände nicht mehr gegen unlautere Wettbewerbshandlungen auf dem deutschen Markt vorgehen.

Die praktischen Auswirkungen des "Herkunftslandprinzips" können anhand dreier kleiner Beispielfälle verdeutlicht werden:

1. Ein in Tschechien ansässiger Immobilienmakler bietet in Deutschland Immobilien an, die er tatsächlich nicht "an der Hand" hat.
2. Ein in Spanien ansässiges Reisebüro bietet Tickets für attraktive Fernreiseziele für € 10,00 an, obwohl für diesen Preis tatsächlich nur ein Sitzplatz zur Verfügung steht und der reguläre Preis bei weitem höher liegt.
3. Ein in England ansässiger Adressbuchverleger versendet rechnungsähnliche Formulare, obwohl der damit suggerierte Eindruck eines bereits erteilten Auftrags falsch ist.

Alle drei Beispiele sind nach deutschem Recht typische Beispiele unlauteren Wettbewerbs. Das unlautere, insbesondere irreführende geschäftliche Absatzverhalten kann durch Mitbewerber und Verbände, insbesondere Verbraucherverbände, untersagt werden. Auf der Grundlage der DiLiRiLi würde sich ein gänzlich abweichendes Bild ergeben:

#### 1. Ermittlung ausländischen Rechts

In den Beispielfällen müsste zunächst ermittelt werden, ob das unlautere Verhalten auch in den Herkunftsländern, also beispielsweise in Tschechien, in Spanien oder in England mit den dort bestehenden Bestimmungen unvereinbar ist. Das kann in einem Europa mit 25 Mitgliedstaaten und 25 unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen nicht in vertretbarer Zeit erfolgen, zumal wenn dabei noch die Handhabung der Bestimmungen durch nationale Behörden oder Gerichte dargestellt werden muss. Damit scheidet ein Vorgehen in einem einstweiligen Verfügungsverfahren praktisch aus. Die Einholung eines Gutachtens in einem Hauptsacheverfahren ist teuer und zeitaufwendig. Soweit die DiLiRiLi etwa eine wechselseitige Information der Mitgliedsstaaten und eine wechselseitige Amtshilfe (etwa in Art. 35) vorsieht, ist abzusehen, dass diese Information und Amtshilfe schon aufgrund der Sprachbarrieren jedenfalls nicht zügig erfolgen kann.

## 2. Ermittlung der zur Kontrolle zuständigen Stellen

Selbst wenn das für den Dienstleistungserbringer maßgebende Recht hinreichend aufgeklärt werden kann, stellt sich die weitere Frage, wer die zur Anspruchsverfolgung "zuständigen Stellen des Mitgliedsstaats" sind, die den Dienstleistungserbringer auch in anderen Mitgliedstaaten kontrollieren sollen. Sofern hierzu nicht auch Mitbewerber und Verbände aus dem Tätigkeitsstaat rechnen, sondern ggf. ausschließlich Behörden zuständig sind, muss jedenfalls als zweifelhaft angesehen werden, ob etwa das englische "Office of Fair Trading" oder die in Tschechien oder in Spanien zuständigen Stellen tatsächlich ein Interesse daran haben, einen Dienstleistungserbringer wegen unlauterem Wettbewerbsverhalten in einem Drittstaat in Anspruch zu nehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Anspruchsverfolgung im Herkunftsland (also in Tschechien, Spanien oder England) oder ggf. etwa auch im Tätigkeitsstaat erfolgen kann. Insoweit heißt es zwar in Erwägungsgrund 38, dass die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nicht in den Anwendungsbereich der DiLiRiLi fallen soll, sondern es bei der Frage über die richtige Zuständigkeit (EG-Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000) verbleiben soll. Welche Folgen dies für die Rechtsschutzmöglichkeiten hat, erscheint jedoch noch ungeklärt.

## 3. Fazit

Die Geltung des Herkunftslandprinzips für das absatzfördernde Verhalten von im Ausland niedergelassenen Dienstleistungserbringern lässt befürchten, dass diese faktisch nicht kontrolliert werden. Jedenfalls ist zu erwarten, dass diese rechtliche Kontrolle erst mit ganz erheblicher zeitlicher Verzögerung effektiv gemacht werden kann. Es ist deshalb auch eine drastische Verschlechterung des wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutzes von deutschen Verbrauchern und Mitbewerbern gegenüber ausländischen Dienstleistern zu befürchten. Dies hätte auch eine Inländerdiskriminierung der einer effektiven Rechtsschutzkontrolle unterliegenden deutschen Mitbewerber gegenüber ausländischen Dienstleistungsanbietern zur Folge.

## 4. Empfehlung

Es empfiehlt sich, das Lauterkeitsrecht ebenso wie das Urheberrecht und die gewerblichen Schutzrechte vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips in der DiLiRiLi auszunehmen. Das gilt um so mehr, als der Zugang zum deutschen Markt hierdurch nicht beeinträchtigt wäre und das deutsche Lauterkeitsrecht gerade europarechtskonform liberalisiert wurde. Erst recht könnte auf das Herkunftslandprinzip verzichtet werden, wenn die zu

erwartende Teilharmonisierung des Lauterkeitsrechts erreicht ist. Dass sich auch ein ausländischer Dienstleistungsanbieter bei etwaigen Mitbewerber- oder Verbraucherschädigungen am Marktort einer Kontrolle zu stellen hat, entspräche nicht nur dem künftigen harmonisierten Recht, sondern auch der Zuständigkeits-VO (EG-Nr. 44/2001 mit dem dort in Art. 5 Ziff. 3 vorgesehenen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung am Schädigungsort), sowie dem Geist der "Keck"-Rechtsprechung des EuGH, wonach es den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt, die "Verkaufsmodalitäten" (hier also: "Dienstleistungsmodalitäten") national zu regeln, sofern sie diskriminierungsfrei gelten und den Absatz von inländischen Erzeugnissen und Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.

Düsseldorf, den 09. Mai 2005



Dr. Erhard Keller  
Rechtsanwalt

INSTITUT FÜR INTERNATIONALES RECHT  
DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN  
- EUROPÄISCHES UND INTERNATIONALES  
WIRTSCHAFTSRECHT -  
PROF. DR. HELMUT KÖHLER

LUDWIGSTRASSE 29/II  
D - 80539 MÜNCHEN  
Deutschland/Germany/Allemagne

TELEFON (089) 2180-2443  
TELEFAX (089) 2180-2223

e-mail: H.Koehler@jura.uni-muenchen.de

Institut für Internationales Recht, Ludwigstr. 29/II, 80539 München

An den  
Rechtsausschuss  
des Deutschen Bundestags

## **Stellungnahme**

### **zum Thema „EU-Dienstleistungsrichtlinie“**

#### **I. Überblick**

Die Stellungnahme beschränkt sich auf die Frage, ob das in der Dienstleistungsrichtlinie vorgesehene Herkunftslandprinzip auch für die Anwendung des Lauterkeitsrechts (UWG) gelten soll. Es wird ausgeführt, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen dies für die deutschen Unternehmen und die deutschen Verbraucher hätte. Darauf aufbauend wird ein Vorschlag zur Änderung der Richtlinie unterbreitet.

#### **II. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen einer Geltung des Herkunftslandprinzips auf die Anwendung des Lauterkeitsrecht (UWG)**

##### **1. Zur Anwendbarkeit des materiellen Rechts des Herkunftslandes**

Nach Art 16 Abs. 1 der Richtlinie tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterstehen, die vom koordinierten Bereich erfasst werden. Unter Absatz 1 fallen die nationalen Bestimmungen betreffend die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit, die insbesondere das Verhalten des Dienstleistungserbringers, die Qualität oder den Inhalt der Dienstleistung, die Werbung, die Verträge und die Haftung des Dienstleistungserbringers regeln.

Zu den damit gemeinten „nationalen Bestimmungen“ gehört auch das Lauterkeitsrecht, weil es insbesondere die Werbung, aber auch das sonstige (Markt-)Verhalten regelt. Nach der Richtlinie wäre demnach das Marktverhalten eines ausländischen Dienstleistungserbringers auf dem deutschen Markt nicht nach



dem deutschen Lauterkeitsrecht (UWG), sondern nach seinem Heimatrecht zu beurteilen.

Würde beispielsweise ein ungarischer Busreiseunternehmer in Deutschland für Busreisen in Zeitungsanzeigen werben und wollte dies ein deutscher Mitbewerber oder ein deutscher Verbraucherverband als unlauter beanstanden, so müsste dieser zuerst ermitteln, ob die Werbung nach ungarischem Recht zulässig oder unzulässig ist.

#### **a) Das Problem der Informationskosten**

Wie schwierig es ist, die Rechtslage in einem anderen Staat zu ermitteln, zeigt die Praxis der Gerichte, zu solchen Rechtsfragen wissenschaftliche Gutachten erstellen zu lassen. Das ist teuer und zeitaufwendig. Die Kommission sieht dieses Problem nur aus der Perspektive der Dienstleistungsempfänger und will es „in erster Linie durch Information über die Gesetze der anderen Mitgliedstaaten sowie durch Harmonisierung der Vorschriften über die Transparenz der Dienstleistungstätigkeiten“ lösen (vgl. Erwägungsgrund 37 aE).

Der Aufbau eines solchen, alle Rechte der Mitgliedstaaten umfassenden Informationssystems dürfte indessen schwierig, wenn nicht unmöglich machbar und finanzierbar sein. Denn, um konkrete Fälle beurteilen zu können, würde es nicht genügen, bloß die Gesetze der Mitgliedstaaten wiederzugeben; vielmehr müsste auch die einschlägige Rechtsprechung und/oder Verwaltungspraxis referiert werden. Dazu müsste auch eine ständige Aktualisierung erfolgen. Auch müssten wohl die entsprechenden Informationen für den Dienstleistungsempfänger – in der Regel ein Verbraucher – in dessen Sprache verfügbar sein. Denn will man es dem Dienstleistungsempfänger zumuten, eine Information in der Sprache des Herkunftslandes zu nutzen? Die Kommission muss sich daher die Frage entgegenhalten lassen, wie dieses System in der Praxis funktionieren, wer es bezahlen und wer für eine fehlerhafte oder unzureichende Information haften soll.

Selbst wenn es aber ein solches Informationssystem gäbe, so würde es dem von dem Marktverhalten betroffenen Dienstleistungsempfänger (oder einem inländischen Mitbewerber des ausländischen Dienstleistungserbringers oder einem Interessenverband) wenig nützen, sich dieses Systems zu bedienen. Denn er bräuchte allemal einen im betreffenden ausländischen Recht erfahrenen Juristen, um sich zuverlässig darüber zu informieren, ob das Marktverhalten des ausländischen Dienstleistungserbringers mit dessen Heimatrecht vereinbar ist oder nicht. Die entsprechende Auskunft wäre gewiss teuer und zeitraubend. Wenn die Auskunft dahin geht, dass das betreffende Marktverhalten im Heimatstaat des Dienstleistungserbringers zulässig ist, bleibt er auf diesen Kosten sitzen. Ob er seine Kosten wenigstens dann ersetzt verlangen kann, wenn das Verhalten sich als unzulässig erweist, ist eine ungeklärte Frage. Außerdem würde bis zu einer zuverlässigen Auskunft in der Regel so viel Zeit verstreichen, dass selbst eine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes kaum mehr rechtzeitig wäre, um die Werbeaktion zu stoppen.

Demgegenüber wäre es für den Dienstleistungserbringer, der in einem anderen Land tätig werden und z.B. eine bestimmte Werbeaktion starten will, sehr viel leichter, sich gezielt über die dort geltenden Vorschriften zu informieren. Es wä-

re auch angemessener, wenn er und nicht der Dienstleistungsempfänger den für die Informationsbeschaffung erforderlichen Zeit- und Kostenaufwand zu tragen hat (**Verteilung der Kosten nach dem Verursacherprinzip**). Schließlich wird auch von jedem Urlauber erwartet, dass er sich an die gesetzlichen Bestimmungen des Gastlandes hält.

## **b) Das Problem der Inländerdiskriminierung**

Weiter ist zu bedenken, dass die Anwendung des Herkunftslandprinzips zu einer **Inländerdiskriminierung** führen kann, sofern das ausländische Recht weniger strenge Anforderungen an die Lauterkeit eines Marktverhaltens stellt als das Inland. Denn inländische Unternehmer müssen sich an das inländische Recht halten, ausländische Unternehmen – wiewohl auf dem inländischen Markt als Wettbewerber tätig – nur an ihr Heimatrecht. Dass dies zu empfindlichen **Wettbewerbsverzerrungen** führen kann, liegt auf der Hand. Kein inländischer Unternehmer wird verstehen, weshalb bestimmte Normen nur für ihn, nicht aber für seinen ausländischen Mitbewerber gelten.

## **2. Zur Durchsetzung des Rechts des Herkunftslandes**

Nach Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie ist der Herkunftsmitgliedstaat dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, auch wenn er diese in einem anderen Mitgliedstaat erbringt. Begründet wird dies in Erwägungsgrund 38 damit, die zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaates seien am besten in der Lage, den Dienstleistungserbringer effizient und dauerhaft zu kontrollieren und dabei nicht nur den Schutz der Dienstleistungsempfänger ihres Landes, sondern auch den aus anderen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Die gemeinschaftsweite Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates für die Überwachung der Tätigkeiten des Dienstleistungserbringers unabhängig vom Bestimmungsort der Dienstleistung sei klar herausgestellt, um gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten bei der Regelung der Dienstleistungstätigkeiten herzustellen. Andererseits soll aber die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nicht Gegenstand dieser Richtlinie, sondern der VO (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 (EuGVVO) sein. Wie dies zusammenpassen soll, ist nicht recht klar. Außerdem berücksichtigt die Kommission lediglich den Schutz des Dienstleistungsempfängers, nicht aber den Schutz der inländischen Mitbewerber des Dienstleistungserbringers.

Vor allem aber stellt sich die Frage, wie die Rechtsdurchsetzung durch die zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaates praktisch erfolgen soll. Die Kommission stellt sich dies nach Erwägungsgrund 41 so vor, dass der Bestimmungsmitgliedstaat im Auftrag des Herkunftsmitgliedstaates Überprüfungen, Kontrollen und Untersuchungen durchführen oder aber, wenn es lediglich um die Sachverhaltsfeststellung geht, von sich aus tätig werden kann.

Wie soll dies in der Realität aussehen? Das soll am erwähnten Beispiel der Werbung des ungarischen Busunternehmers erläutert werden. Nach ungarischem Wettbewerbsrecht ist für die Ahndung verbraucherbezogener Vorschriften über irreführende und vergleichende Werbung eine Behörde, der Wettbewerbsrat, zuständig. Das Verfahren wird von Amts wegen oder auf Antrag der betroffenen Parteien oder der Verbraucherorganisationen eingeleitet. Das bedeutet: Ein deutscher Verbraucher oder Verbraucherschutzverband müsste sich an den un-

garischen Wettbewerbsrat wenden und dort seine Beschwerde vortragen. Das müsste er, wenn nicht rechtlich geboten, so doch jedenfalls aus Gründen der Zweckmäßigkeit in ungarischer Sprache tun. Der ungarische Wettbewerbsrat müsste dann ein entsprechendes Verwaltungsverfahren mit dem Ziel etwa einer Unterlassungsverfügung einleiten. Man kann sich vorstellen, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand ein solches Verfahren verbunden ist. Daran würde es nichts ändern, wenn eine deutsche Behörde oder ein deutsches Gericht von sich aus oder auf Antrag den Sachverhalt (der zumeist ohnehin klar ist, wie das Beispiel der Zeitungsanzeige zeigt) aufklären würde. Erschwerend kommt hinzu, dass nach Art. 16 Abs. 3 lit. c) der Richtlinie die Mitgliedstaaten Dienstleistungserbringern nicht die Verpflichtung auferlegen dürfen, „in ihrem Hoheitsgebiet eine Anschrift oder eine Vertretung zu haben oder eine dort zugelassene Person als Zustellungsbevollmächtigten zu wählen.“ Wie soll unter diesen Umständen eine rasche Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen erfolgen können? Wie groß im Übrigen der Eifer von ausländischen Behörden sein wird, in Deutschland begangene Wettbewerbsverstöße von Dienstleistern ihres Landes zu verfolgen, darüber mag man spekulieren. Auch die EuGVVO hilft hier nicht weiter. Denn selbst wenn ein deutsches Gericht für den Fall zuständig wäre, müsste es doch ungarisches Lauterkeitsrecht anwenden. Nach ungarischem Recht wäre aber eben nur eine Behörde zur Bekämpfung des fraglichen Verstoßes zuständig. Sie dürfte und könnte nicht vor einem deutschen Gericht als Kläger auftreten.

An diesem deprimierenden Befund würde es übrigens nichts ändern, wenn es zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in Europa käme: Die Rechtsdurchsetzung im Ausland bliebe mit den gleichen Kosten und Risiken behaftet. Dagegen wäre es – wie bisher – dem Dienstleistungserbringer ohne weiteres zumutbar, sich in dem Land, in dem er tätig wird, auch ggf. gerichtlich für seine gesetzwidrigen Handlungen zu verantworten. Das bleibt auch keinem Urlauber erspart, der im Gastland gegen die dort geltenden Gesetze verstößt.

Auch im Falle einer Harmonisierung des materiellen Rechts sollte daher die Rechtsdurchsetzung nicht durch den und im Herkunftsmitgliedstaat, sondern im Bestimmungsmitgliedstaat erfolgen.

### III. Ergebnis

Der Schutz vor unlauterem Wettbewerb steht und fällt mit der raschen Durchsetzung von Sanktionen. Die **Anwendung des Herkunftslandprinzips auf unlautere Wettbewerbshandlungen von Dienstleistungserbringern**, wie in der Richtlinie vorgesehen, würde wegen der damit verbundenen Kostenbelastung und zeitlichen Verzögerung einer Rechtsdurchsetzung **de facto** zu einer **Rechtsschutzverweigerung** gegenüber den von unlauteren Wettbewerbsmaßnahmen betroffenen inländischen Verbrauchern (und deren Verbänden) und inländischen Mitbewerbern (und deren Verbänden) führen. Daher empfiehlt es sich, in den **Katalog der Ausnahmen** vom Herkunftslandprinzip auch das **Lauterkeitsrecht** einzufügen.



Universität Hamburg

Seminar für ausländisches und internationales Privat- und Prozessrecht  
 Schlüterstraße 28 • 20146 Hamburg

Seminar für ausländisches- und internationales Privat- und Prozessrecht

**Professor Dr. Peter Mankowski**

Schlüterstraße 28  
 D - 20146 Hamburg

Telefon: (+49/40) 42838 -4595  
 Geschäftszimmer: -3019

Fax (+49/40) 42838 -6252

e-mail: Peter.Mankowski@jura.uni-hamburg.de

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 entgegenzusetzen 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

24. Jahrgang  
Heft 5  
September/Oktober 2004  
S. 385–480

## Herausgeber

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Dieter Henrich  
Prof. Dr. Bernd von Hoffmann  
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme  
Prof. Dr. Herbert Kronke  
Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

## Schriftleitung

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel  
Institut für internationales  
und ausländisches Privatrecht  
der Universität zu Köln  
Gottfried-Keller-Straße 2  
D-50931 Köln

## Beirat

RA Dr. Thomas Försterling  
Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer  
VRIOLG Dr. Rainer Hüßtege  
RiEuG Prof. Dr. Jörg Pirrung  
RA Dr. Dietrich Schefold

## Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt

von Prof. Dr. Peter Mankowski, Hamburg

### I. Einleitung

Das Herkunftslandprinzip scheint von unwiderstehlicher Attraktivität zu sein. Dies muss insbesondere für den Bereich der Dienstleistungen gelten. Diese (vermeinte) Attraktivität bricht sich im Gemeinschaftsrecht immer mehr Bahn. Ihr erster Ausweis ist Art. 3 e-commerce-RL<sup>1</sup>. Diese Vorschrift wirkt aus heutiger Sicht wie ein Vorspiel und ein Testläufer. Denn der nächste Schritt soll nun (neben dem – inzwischen gescheiterten – Herkunftslandprinzip im Bereich der B2C-Werbung<sup>2</sup>) das Herkunftslandprinzip für den gesamten Bereich der Dienstleistungen im Binnenmarkt einführen.<sup>3</sup> So steht es im Vorschlag einer DienstleistungsRL,<sup>4</sup> der zuerst im Januar 2004 bekannt wurde.<sup>5</sup> Dessen Art. 16 lautet:

„(1) Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind.

Unter Unterabsatz 1 fallen die nationalen 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 Verantwortlichkeit der Dienstleistungserbringer regeln.

(2) Der Herkunftsmitgliedstaat ist dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, auch wenn er diese in einem anderen Mitgliedstaat erbringt.

(3) Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Dienstleistungen, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden, nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten

Bereich fallen, insbesondere nicht, indem sie diesen folgenden Anforderungen unterwerfen:

- a) der Pflicht, auf ihrem Hoheitsgebiet eine Niederlassung zu unterhalten,
- b) der Pflicht, bei ihren zuständigen Stellen eine Erklärung oder Meldung abzugeben oder eine Genehmigung zu beantragen; dies gilt auch für die Verpflichtung zur Eintragung in ein Register oder die Mitgliedschaft in einer Standesorganisation auf ihrem Hoheitsgebiet;
- c) der Pflicht, auf ihrem Hoheitsgebiet eine Anschrift oder eine Vertretung zu haben oder eine dort zugelassene Person als Zustellungsbevollmächtigten zu wählen;

1 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), ABl. EG 2000 L 178/1.

2 Art. 4 I Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), von der Kommission vorgelegt am 18. 6. 2003, KOM (2003) 356 endg. Dieser Art. 4 wurde im Rat für Wettbewerbsfähigkeit am 18. 5. 2004 gestrichen; siehe zuvor schon Vermerk des Ratssekretariats vom 10. 5. 2004 – 9217/04, S. 3.

3 Ausgeblendet sei der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2002, KOM (2002) 119 endg., ABl. EG 2002 C 181/183 E, der einen Grundsatz gegenseitiger Anerkennung festschreiben will; dazu insbesondere Henssler, EuZW 2003, 229; Lottes, EuZW 2004, 112, 113 f.

4 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2.

5 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 13. 1. 2004, KOM (2004) 2 endg.



d) dem Verbot, auf ihrem Hoheitsgebiet eine bestimmte Infrastruktur zu errichten, einschließlich Geschäftsräumen, einer Kanzlei oder einer Praxis, die zur Erbringung der betreffenden Leistungen erforderlich ist;

e) der Pflicht, die auf ihrem Hoheitsgebiet für die Erbringung einer Dienstleistung geltenden Anforderung zu erfüllen;

f) der Anwendung bestimmter vertraglicher Beziehungen zur Regelung der Beziehungen zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Dienstleistungsempfänger, welche eine selbstständige Tätigkeit des Dienstleistungserbringers verhindert oder beschränkt;

g) der Pflicht, sich von ihren zuständigen Stellen einen besonderen Ausweis für die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit ausstellen zu lassen;

h) Anforderungen betreffend die Verwendung von Ausrüstungsgegenständen, die integraler Bestandteil der Dienstleistung sind;

i) der Beschränkung des freien Verkehrs der in Artikel 20, Artikel 23 Absatz 1, 1. Spiegelstrich und Artikel 25 Absatz 1 genannten Dienstleistungen.“

Das Herkunftslandprinzip steht in diesem Entwurf nicht versteckt, sondern ist eines der zentralen Anliegen, wenn nicht gar das zentrale Anliegen.<sup>6</sup> Es soll eine der fundamentalen Neuerungen werden, wie die Kommission sie einzuführen beabsichtigt.<sup>7</sup> Dieses Vorhaben begegnet ganz grundsätzlichen Bedenken. Sie erwachsen zum Ersten aus der zu starken Betonung der Interessen nur einer Marktseite, während den Interessen der anderen Marktseite nur ungenügendes Gewicht beigelegt wird (II). Sie erwachsen zum Zweiten aus der mangelnden Abstimmung zwischen verschiedenen Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts, hier zwischen dem Entwurf einer DienstleistungsRL einerseits und den Vorarbeiten zu den Verordnungen Rom II und Rom I andererseits (III). Sie erwachsen zum Dritten aus der mangelnden Abstimmung zwischen Kollisionsrecht und Zuständigkeitsrecht, zwischen IPR und IZPR (IV). Sie erwachsen zum Vierten aus der fortschreitenden Spaltung des Kollisionsrechts in zwei Teilregimes für Binnenmarktsachverhalte einerseits und Sachverhalte mit Drittstaatenbezug zum anderen (V). Sie erwachsen zum Fünften aus der Progressivität des Sekundärrechts jenseits des vom Primärrecht gewollten Rahmens (VI). Allerdings erweist sich die eigentliche Tragweite des Herkunftslandprinzips erst, wenn man den umfangreichen Katalog vorgesehener Ausnahmen in Art. 17 DienstleistungsRL-E miteinbezieht (VII). Daraus ergibt sich die drohende Bedeutung für die einzelnen Teilbereiche des Internationalen Privatrechts (VIII).

## II. Überbetonung der Anbieterinteressen und Untergewichtung der Nachfragerinteressen

### 1. Ersparnis an Rechtsermittlungs- und Transformationskosten auf der Anbieterseite

Das Herkunftslandprinzip ist eine einseitige Überbetonung von Interessen der Anbieterseite. Es orientiert sich sogar ausschließlich an den Interessen der Anbieter: Die Anbieter sollen auf der Basis ihres Heimatrechts agieren können. Sie sollen sich Rechtsermittlungskosten hinsichtlich fremder Rechtsordnungen ersparen können.<sup>8</sup> Sie sollen „ihr“ Recht gleichsam mit sich nehmen dürfen, wo auch immer sie innerhalb der Gemeinschaft auftreten. Sie können so auf Beratung durch ihren vertrauten

Rechtsstab setzen und sich schon die Suchkosten ersparen, um Rechtsberatung im ausländischen Recht zu finden. Außerdem soll ein Produkt ohne Anpassungen und mit einem einheitlichen Euro-Marketing in ganz Europa angeboten werden können, ohne dass Anpassungen an nationale Anforderungen der einzelnen Staaten erforderlich werden.<sup>9</sup> Insoweit sollen die Anbieter Transformationskosten sparen können.<sup>10</sup> Die Kosten, welche den Anbietern entstehen, und deren Reduzierung stehen also ganz im Vordergrund.

### 2. Mindergewichtung von Interessen der Nachfragerseite und des Marktstaates

Die Interessen der Marktgegenseite, der Nachfrager, und die Allgemeininteressen des Marktstaates werden dagegen kaum abgewogen. Ihre Perspektive wird schlicht ausgeblendet. Das Vertrauen der Marktinländer, also der eigentlichen Marktbürger, auf die Anwendung ihres Umweltrechts wird enttäuscht und negiert. Dass ein Markt sich keineswegs nur angebotsorientiert ausgestaltet, sondern aus zwei Marktseiten besteht, gerät ins Hintertreffen. Die supply-sided economy droht insoweit zur legally lopsided economy zu werden. Man fürchtet, ein weiteres Mal die Hypothese bestätigt zu sehen, dass viele institutionelle Prozesse stattfinden, um Wohlfahrt von durchsetzungsschwachen zu durchsetzungstarken und politisch mächtigen Gruppen zu transferieren.<sup>11</sup> Ein kollisionsrechtliches Herkunftslandprinzip erweist sich als deutliche Verschiebung in der Informationskostenverteilung.<sup>12</sup> Aus der Sicht des IPR müssen aber auch die Rechtsanwendungsinteressen der Nachfrager und Marktbürger Beachtung finden, soll nicht wirtschaftliche Macht allein entscheidend werden.<sup>13</sup>

Für das Herkunftslandprinzip lassen sich ökonomisch mehrere nachteilige Folgen angeben: Erstens verstärkt es Anreize zur Abwanderung aus Hochstandardländern, weil es Importschranken in den Hochstandardländern abbaut.<sup>14</sup> Zweitens kann es die Erosion gesellschaftlich wie volkswirtschaftlich wünschenswerter Drittschutzvorschriften bewirken und schafft moralische Risiken bei vorderhand billigen Importen.<sup>15</sup> Drittens durchbricht es staatliche Regulierungen der Bestimmungsländer, die Marktversagen ausgleichen wollen, und kann dadurch zu erneuten

6 Siehe nur Schriever, AnwBl 2004, 161.

7 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2. 10, 40 sub (37).

8 Siehe nur Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 14/4098, 36 zu Nr. 2; Mankowski, GRJR Int. 1999, 909, 913; dens., ZVglRWiss 100 (2001), 137, 140; dens., CR 2001, 630, 632; Thomas Jansen, DSWR 2000, 125; Lindholm/Maennel, CRi 2000, 65, 66; Hans-Jürgen Ahrens, CR 2000, 835, 836; Thünken, IPRax 2001, 15, 16; Wulf-Henning Roth, in: Jürgen F. Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht (2002), 47, 56 f.

9 Siehe nur Helmut Köhler, ZVersWiss 2000, 487, 493; Crabit, Re. dr. UE 2000, 753, 767 f.; Zankl, östAnwBl 2001, 459, 461; Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 140; dens., EWS 2002, 401, 403; López-Tarriella, (2001) 38 C.M.L.Rev. 1337, 1344; Simonetti, JbItalR 14 (2001), 209, 222 f.; Thünken, (2002) 51 ICLQ 909, 933 f.

10 Siehe nur Stephan Heinze, Europäisches Kapitalmarktrecht – Recht des Primärmarktes (1999) 19; Mankowski, in: Leible (Hrsg.), Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien (2003), 51, 78.

11 Die Hypothese formulieren z. B. Whincop/Keyes, Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws (Aldershot/Burlington, Va./Singapore/Sydney 2001) 18.

12 Siehe Wulf-Henning Roth, GS Alexander Lüderitz (2000), 635, 639; Thünken, Das kollisionsrechtliche Herkunftslandprinzip (2003), 122.

13 u. Wilimovsky, RabelsZ 62 (1998), 1, 18; de Baere, RBDI 2003, 131, 182.

14 Gerken, ORDO 50 (1999), 405, 408.

15 Gerken, ORDO 50 (1999), 405, 435.

Problemen aus einem Marktversagen führen.<sup>16</sup> Viertens lässt es Probleme der adversen Selektion ebenso aufbrechen wie Subventionen in Gestalt einzelstaatlicher sektoraler Wirtschaftsförderung.<sup>17</sup>

### 3. Volkswirtschaftliche Summe der Rechtsermittlungskosten aller Beteiligten

Zudem darf man eine volkswirtschaftliche Dimension nicht ausblenden, indem man nur auf die Anbieterseite und auf die Reduktion von deren Kosten blickt: In der Summe aller Streitfälle werden die Rechtsermittlungskosten von Nachfragern und Konkurrenten um mehr steigen als die Rechtsermittlungskosten der Anbieter sinken werden. Denn zumindest bei den Nachfragern besteht kaum Rationalisierungspotenzial, da sie regelmäßig keine Wiederholungsspiele auf der Basis desselben Auslandsrechts spielen werden. Der Anbieter ist dagegen zumindest potenzieller repeat player für alle Streitfälle, die sich auf dem Markt eines Bestimmungslandes abspielen. Hinzu treten höhere tertiäre Kosten für die Gerichte in den Bestimmungsstaaten.<sup>18</sup> Einseitige Ausrichtung auf das Herkunftslandprinzip kann daher – zumindest unter diesem beschränkten Blickwinkel – den Gesamtnutzen und die Gesamtwohlfahrt sogar mindern. Die Transaktionskosten der Unternehmen zu senken, heißt eben nicht gleichzeitig, die Summe der Transaktionskosten zu senken; vielmehr können die Transaktionskosten der Marktgegenseite so steigen, dass die Zustandsveränderung ineffizient wird.<sup>19</sup> Zu den volkswirtschaftlichen Transaktionskosten ist auch zu zählen, wenn durch Inländerdiskriminierung Akzeptanzverlust für das Recht eintritt und so über die Schädigung der Institution Recht Vertrauen abgebaut wird.<sup>20</sup>

### 4. Marktstörungen durch das Herkunftslandprinzip

Das Herkunftslandprinzip kann seinerseits eine Marktstörung darstellen. Dies gilt insbesondere für das Wettbewerbsrecht. Lauterkeitsrecht ist Marktordnungsrecht. Es definiert die Spielregeln für den betroffenen Markt. Es schafft für alle Wettbewerber einheitliche Bedingungen und damit ein level playing field. Dabei sucht es die *par conditio concurrentium* zum einen, die Marktordnungsinteressen der Allgemeinheit und des Staates zum anderen und die Interessen der Letztverbrauchersseite, also den Verbraucherschutz, zum Dritten miteinander in Einklang zu bringen.<sup>21</sup> Lauterkeitsrecht setzt die Wirtschaftspolitik des Marktstaates um. Es bildet die dort gefundene Balance zwischen Anbieter- und Nachfragerinteressen ab. Es definiert, wie aggressiv Unternehmen um Kunden buhlen dürfen. Es legt die Grenzen fest, innerhalb derer gekämpft werden darf. Dies ist eine eminent politische Entscheidung. Diese Entscheidung muss jeder Staat für sich und seinen eigenen Markt selber treffen. Wettbewerbliches Handeln bewegt sich in der sozialen Wirklichkeit und in der Wettbewerbskultur des jeweiligen Marktstaates.<sup>22</sup> Das Herkunftslandprinzip aber erlaubt jedem Anbieter, gleichsam sein eigenes Werberecht mitzubringen. Damit sind empfindliche Marktstörungen und Wettbewerbsverzerrungen programmiert. Für den Wettbewerb auf Auslandsmärkten steht eine Diskriminierung in gemeinschaftsrechts-, insbesondere grundfreiheitenwidriger Weise in Rede.<sup>23</sup> Denn das Herkunftslandprinzip führt zu reverse discrimination der Marktstaatländer, verfälscht damit den Wettbewerb und steht in Konflikt mit der Vorgabe des Art. 3 lit. g EG.<sup>24</sup> In der Sache bewirkt es nämlich eine Marktsplattung durch unterschiedliche Regulierungsdichte.<sup>25</sup>

### 5. Volkswirtschaftlicher Nutzen durch Förderung mobiler Unternehmen?

Das Herkunftslandprinzip fördert faktormobile Unternehmen, die ihre Standortwahl auch danach ausrichten, inwieweit ein Recht ihren Zielen gewogen ist. Solche Faktormobilität samt der Bereitschaft zur Entscheidung, auch wesentliche Einheiten grenzüberschreitend zu verlagern, ist eher bei größeren Unternehmen zu vermuten. Paradigma sind die Multinational Enterprises.<sup>26</sup> Mittelständische Unternehmen, also kleine und mittlere Unternehmen, werden dagegen höchstens Produktionsstätten verlagern und grundsätzlich ihre Präsenz auf ihren angestammten Heimatmärkten beibehalten. Sie sind nicht in diesem Sinne faktormobil. KMUs sind lokal oder regional verankert. Sie können ihren Standort nicht verlagern, und ihnen werden in der Regel die Kontakte und das Know-how fehlen, um grenzüberschreitendes Outsourcing für bestimmte Unternehmensfunktionen zu betreiben. Zudem ist ihr heimischer Absatzmarkt eindeutig ihr Hauptmarkt. Diesen aber können mobilere Konkurrenten unter einem Herkunftslandprinzip umso besser angreifen, während die KMUs vom Herkunftslandprinzip wegen des Umfangs ihrer Absatzaktivitäten außerhalb ihres Heimatmarktes nicht in gleicher Weise profitieren werden.<sup>27</sup> Was die Mobilen an Vorteilen gewinnen, verlieren die Nicht-Mobilen an Nachteilen. Jede Förderung von Mobilität bevorzugt größere Unternehmen gegenüber KMUs.<sup>28</sup> Dass KMUs

16 Sinn, 1997 J. Public Econ. 247; Eger, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch (1999), 95, 101.

17 Kerber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts (2000), 67, 91 f.; Mankowski, EWS 2002, 401, 408 Fn. 125; näher unten II 6 c.

18 Näher dazu IV 3.

19 Siehe nur Sascha Michaels, Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland (2004), 471.

20 Sascha Michaels (Fn. 19), 472; allgemein Douglass C. North, Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung (1992), 91; Rudolf Richter, Institutionen ökonomisch analysiert (1994), 9.

21 Siehe nur Kreuzer, in: v. Caemmerer (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse (1983), 232, 265 f.; Oesterhaus, Die Ausnutzung des internationalen Rechtsgefälles und § 1 UWG (1991), 110–112; Bernhard, Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG (1994), 250–255; Lindacher, FS Henning Piper (1996), 335, 355, 357; Grandpierre, Herkunftsprinzip contra Marktortanknüpfung (1998), 122; Claus-Peter Samson, Die Marktortregel als allgemeines Prinzip für die kollisionsrechtliche Anknüpfung und die internationale Zuständigkeit in Wettbewerbsachen (2001), 74 f.

22 Claus-Peter Samson (Fn. 21), 64–66.

23 Siehe Siehr, AWD 1972, 373, 384 f.; Rolf Sack, FS Eugen Ulmer (1973), 495, 500–502; dens., WRP 2001, 1408, 1415; Wolf-Henning Roth, Internationales Versicherungsvertragsrecht (1985), 695 f.; dens., RabelsZ 55 (1991), 623, 645 f.; Faucett, Rec. des Cours 238 (1993 I), 9, 130 f.; Ulrich Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft (1994) 217 f.; Brödermann/Iversen(-Brödermann), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht (1994), R.n. 402; Gebauer, IPRax 1995, 152, 155 f.; v. Wilimowsky, Europäisches Kreditversicherungsrecht (1996), 57–60; Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR (1997), 103 f.; Grandpierre (Fn. 21), 183–187; Freitag, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht (2000), 325–328; Blume/Hammen, ECG (Wien 2002), § 20 ECG R.n. 31.

24 Staudinger/Karl-Heinz Fezer, BGB, Internationales Wirtschaftsrecht<sup>13</sup> (2000), R.n. 434; Karl-Heinz Fezer/Koos, IPRax 2000, 349, 351; Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 163 sowie Daniela Wildemann, Vertragsschluss im Netz (2000), 120; Freitag (Fn. 23), 324 f.

25 Steindoff, FS Werner Lorenz zum 70. Geb. (1991), 561, 569 f.; Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 163.

26 Eingehend zu diesen und dem so genannten OLI-Paradigma (OLI: Ownership, Location, Internalisation) Dunning, Multinational Enterprises and the Global Economy (Wokingham 1993) und dem folgend z. B. Smekal, in: Theurl/Smekal (Hrsg.), Globalisierung (2001), 259, 270–272.

27 Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137, 162.

28 Mankowski, WRP 2000, 657; dens., ZVglRWiss 100 (2001), 137, 162.

generell weniger effizient arbeiteten als mobilere größere Unternehmen, wird aber niemand vollen Ernstes behaupten wollen. Eine Förderung der größeren zu Lasten der kleineren Unternehmen wirkt daher weder per se effizienzsteigernd, noch erhöht sie notwendig Gesamtnutzen und Gesamtwohlfahrt.<sup>29</sup> Im Gegenteil kann die Förderung von Mobilität die Externalisierung von Lasten begünstigen.<sup>30</sup> Außerdem sind umgekehrt mittelständische Unternehmen und KMUs unter einem stakeholder value approach zu bevorzugen, weil sie eine größere Wertschöpfungstiefe und im Zweifel mehr Arbeitsplätze hervorbringen als größere Unternehmen.

#### 6. Fehlende Anreize zur effektiven Kontrolle im Herkunftsland

##### a) Behördliche Perspektive und Anreize zum Ressourceneinsatz

Das Herkunftslandprinzip versteht sich auch (und sogar primär) als Prinzip der Herkunftslandkontrolle.<sup>31</sup> Effektive Rechtsdurchsetzung soll Sache des Herkunftslands und eventueller Aufsichtsbehörden des Herkunftslandes werden. Der Herkunftsstaat erhält eine grundsätzlich exklusive Regelungskompetenz.<sup>32</sup> In der idealisierenden Theorie scheint die Kontrolle durch die zuständigen Behörden des Niederlassungsstaates und damit an der Quelle am besten geeignet, effizient und dauerhaft zu sein.<sup>33</sup> Praktisch drohen hier jedoch negative Externalisierungen. Fehlverhalten auf Auslandsmärkten werden Behörden kaum aufgreifen.<sup>34</sup> Denn erstens tritt die Marktstörung nicht auf ihrem heimischen Markt ein, so dass politischer Druck und Druck der öffentlichen Meinung, Sachverhalte aufzugreifen und Regulierungen effektiv durchzusetzen, weitgehend fehlen. Zweitens müssen Behörden ihre knappen Ressourcen möglichst effizient einsetzen und werden sich deshalb auf solche Sachverhalte konzentrieren, deren Auswirkungen den heimischen Markt stören. Drittens sind die Hürden und Kosten für eine Sachverhaltsermittlung höher, wenn sich das tatsächliche Geschehen im Ausland abspielt, erst recht, wenn es sich in einer fremden Sprache abspielt.<sup>35</sup> Grenzüberschreitende Ermittlung im Wege der Amtshilfe ist für Behörden keine verlockende Aussicht, zumal wenn nur vergleichsweise geringe Sanktionen als mögliche Rechtsfolgen zur Debatte stehen. Insoweit stehen auch Informationsasymmetrien zwischen Behörde und Unternehmen in Rede.<sup>36</sup> Die Anreize, behördliche Kontrolle effektiv auszuüben, sind also für die Behörden des Herkunftsstaates relativ gering. Auf der anderen Seite vermindern sich die Anreize für interessierte Private, Behörden zum Eingreifen anzuregen: Diese Interessierten werden zumeist in den Bestimmungsländern ansässig sein, und dem Anrufen ausländischer Behörden stehen erhebliche sprachliche und psychologische Barrieren entgegen.<sup>37</sup>

##### b) Fehlende Aufsichtsbehörden für die Mehrzahl der Dienstleistungsbranchen

Hinzu tritt ein weiteres Moment: Nur für eine Minderzahl von Dienstleistungsbranchen bestehen spezifische Aufsichtsbehörden. Aufsichtsbehörden gibt es für Kreditinstitute und Versicherungen. Diese Branchen haben einerseits besondere Bedeutung für eine Volkswirtschaft und weisen andererseits so hohe Markteintrittskosten auf, dass die Zahl möglicher Anbieter begrenzt bleibt. Insoweit lohnt es sich für die Niederlassungsstaaten, branchenspezifisch zu regulieren und branchenspezifische Aufsichtsbehörden einzurichten. Da die meisten Banken und Versicherungen einen hinreichenden, wenn nicht überwiegenden Anteil am Inlandsgeschäft auf dem Markt ihres Niederlassungsstaates aufweisen, bestehen auch Anreize zur Aufsicht. Daher erscheint der „Europa-Pass“<sup>38</sup>, der European Single Passport<sup>39</sup>, die Single Licence<sup>40</sup>, wegen der Besonderheiten in

diesen beiden Sektoren akzeptabel. Für exportorientierte Anbieter allgemeiner Dienstleistungen aber fehlt es an diesen Besonderheiten. Die Aufsicht über sie obliegt nicht branchenspezifischen Behörden für einen Markt mit überschaubarer Anbieteranzahl. Vielmehr würde eine Aufsicht allenfalls durch fachspezifische Behörden für einzelne Querschnittsmaterien erfolgen. Diese Struktur und das weitgehende Fehlen von Aufsichtsbehörden sprechen schon organisatorisch gegen eine effektive Kontrolle.<sup>41</sup> Nicht zu unterschätzen wäre auch die fehlende oligopolistische Struktur des Marktes, sodass die potenzielle Vielzahl und mögliche Kleinheit von Anbietern zusätzlich gegen eine effektive behördliche Aufsicht streitet.

##### c) Aspekte der politischen Ökonomie (public choice-Aspekte)

Die Anreize, Kontrolle effektiv auszuüben, werden noch weiter vermindert, wenn der Herkunftsstaat eine konsequente Politik der Exportförderung betreibt und seinen Unternehmen liberal laissez faire auf Auslandsmärkten gestattet. Geringe Interventionsdichte wird im internationalen Wettbewerb durchaus als Standortvorteil angesehen.<sup>42</sup> Liberalität zahlt sich aus durch stärkere Marktposition der eigenen Unternehmen, ein potenziell höheres Steueraufkommen und die Chance auf mehr Arbeitsplätze in den heimischen Unternehmen. Florierende Unternehmen sind ein gutes politisches Argument und vorderhand ein Ausweis für eine gute nationale Wirtschaftspolitik. Um welchen Preis sie erkaufte wurden, interessiert politisch kaum, wenn Auslandsmärkte und ausländische Verkehrskreise diesen Preis zahlen müssen. Die Kosten und Nachteile der eigenen Politik würden externalisiert und wären im Herkunftsstaat weder wirtschaftlich noch in der politischen Münze des Wahlverhaltens zu spüren. Dem steht kein heimischer Gegenspieler gegenüber, der einer liberalen, exportfördernden Politik als pressure group entgegensteht. Eine interne Kontrolle bei der Formulierung der Politik findet kaum statt, eben weil die Nachteile nicht zu internalisie-

29 Mankowski, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 118, 130.

30 Norbert Reich, EuZW 1991, 203, 206; Mankowski (Fn. 29), 118, 130; vgl. schon Siehr, FS Karl Firsching (1985), 269, 272–274.

31 Siehe nur Weißbuch Vervollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 endg. Nr. 102 f.; Boos, EuZW 1992, 406, 407; Duintjer Tebbens, Rev. crit. dr. int. pr. 83 (1994), 451, 468; Fallon, Rec. des Cours 253 (1995), 9, 142 no. 79; Strogel/Ida/Verhoestate, J. T. 2001, 133, 135 f.; Royla, Grenzüberschreitende Finanzmarktaufsicht (2000), 41–43; Rittner, ZHR 165 (2001), 403; Komnicka, (2001) 12 Eur. Bus. L. Rev. 324–326; Terry, Dr. consomm. 2001, 115, 123; Mankowski, CR 2001, 630, 633; dens. (Fn. 10), 51, 78; Rolin Jacquemyns/van Huffel, Euredia 2001–2002, 45, 69 f.

32 Siehe nur Sonnenberger, ZVglRWiss 100 (2001), 107, 128; Riehmert/Hueser, NZG 2001, 385, 388; Mankowski, CR 2001, 630, 633.

33 So Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 40 sub (38) und EuGH 10. 5. 1995 – Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, I-1180 Rn. 48 – Alpine Investments BV/Minister van Financiën = EuZW 1995, 404 m. Anm. Norbert Reich; GA Francis G. Jacobs, Schlussanträge in der Rs. C-384/95 vom 26. 1. 1995, Slg. 1995, I-1144, I-1160 Nr. 67.

34 Bodewig, GRUR Int. 2000, 475, 480–482; Hans-Jürgen Ahrens, CR 2000, 835, 837; Lurger, FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 479, 487; Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 195; Naskret, Das Verhältnis zwischen Herkunftslandprinzip und Internationalem Privatrecht in der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr (2003), 174.

35 Siehe nur Lurger/Vallant, RIW 2002, 188, 195; Naskret (Fn. 34), 174.

36 Siehe Calzolari, (2001) 20 J. Regulatory Econ. 191, 197.

37 Kur, FS Willi Erdmann (2002), 629, 644.

38 Z. B. Graf-Peter Calliess, EWS 2000, 432.

39 Z. B. Jörgens, Die koordinierte Aufsicht über europaweit tätige Bankengruppen (2002), 35 f.

40 So Royla (Fn. 31), 49 et passim.

41 Vgl. ähnlich Henning-Bodewig, GRUR Int. 2004, 183, 193.

42 Siehe z. B. Snekal (Fn. 26), 259, 272; vgl. auch Muir-Watt/Radicati di Brozolo, (2004) 6 Int.L. Forum 90, 93.

ren sind, sondern externalisiert werden können. Ausländische Verkehrskreise aber wirken nicht an der Formulierung der Politik mit und haben keine politische Durchsetzungsmacht. Soweit durch die Vorgabe des Herkunftslandprinzips der Schutz der heimischen Anbieter auf ihrem heimischen Absatzmarkt als maßgebliches Interesse in den Hintergrund treten müsste, wären Staaten eher an Standortentscheidungen und Direktinvestitionen von Unternehmen zu ihren Gunsten interessiert.<sup>43</sup> Mobile Multinationale Unternehmen können sich veranlasst sehen, ihre Lobbying-Aktivitäten in prinzipiell geneigten Staaten zu konzentrieren.<sup>44</sup> Mobile Unternehmen mit geringen Opportunitätskosten für Zu- oder Wegzug gewinnen eine überproportional große Bedeutung ähnlich jener der Grenzkonsumenten im gewöhnlichen Marktwettbewerb.<sup>45</sup> Die Anreize der politischen Ökonomie sprechen also gegen eine effektive Kontrolle des Verhaltens auf Auslandsmärkten. Liberale Exportförderung und Verzicht auf Kontrolle des Auslandsverhaltens eigener Unternehmen sind Subventionen.<sup>46</sup> Durch Subventionen verzerrter Wettbewerb der Staaten ist aber keineswegs jene ideale Konkurrenz, von der behauptet wird,<sup>47</sup> sie bewirke durch die Niederlassungs- oder Aktivitätswahl der Unternehmen das wünschenswerte Niveau an Harmonisierung und indiziere, wie viel Regulierung nötig sei, um Markteffizienz sicherzustellen.<sup>48</sup> Bei Externalisierung der negativen Folgen steht vielmehr Unterregulierung und damit ein suboptimales Regulierungsniveau zu erwarten.<sup>49</sup> Dies ist z. B. für Umweltschutz, Banking, Kartellrecht und Schiedswesen nachgewiesen.<sup>50</sup> So genannte strategische Regulierung im Partikularinteresse des jeweils normsetzenden Staates wird regelmäßig zu einem Nullsummenspiel führen, weil der Gewinn des einen Staates nur auf Kosten anderer Staaten gehen kann.<sup>51</sup> Im Rahmen der Gemeinschaft stehen unmittelbare Retorsionsmaßnahmen nicht zur Verfügung; nur ein tit for tat im Sinne der Spieltheorie wäre eine mögliche Reaktion.<sup>52</sup> Die klassischen Instrumente zur Verminderung von Externalitäten, nämlich bilaterale oder multilaterale Verhandlungen<sup>53</sup> oder Zivilrechtsdurchsetzung in den Bestimmungsländern auf lokaler Grundlage<sup>54</sup>, stehen gegen ein gemeinschaftsrechtliches Herkunftslandprinzip nicht zur Verfügung.

Allenfalls Sanktionen von der europäischen Ebene her könnten gegenläufige Anreize setzen. Sie würden aber eine Kontrolle der Kontrolle voraussetzen und so die Gesamtkosten erhöhen. Um diese Werte zu schützen, müsste eine korrigierende Intervention, optimal auf inter- oder supranationaler Ebene,<sup>55</sup> korrigierend gegensteuern. Ein übergeordneter Ordnungsrahmen durch inter- oder supranationale Kooperation muss Mindestgrenzen ziehen, damit der Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht in einem Systemversagen endet.<sup>56</sup> Ein grenzüberschreitendes Marktversagen kann jener Wettbewerb nämlich nicht angehen.<sup>57</sup> Materiellrechtliche Harmonisierung ist anerkannt als Antwort und Reaktion auf Unterregulierung<sup>58</sup> und zugleich als deren Begrenzung.<sup>59</sup> Soweit eine materielle Harmonisierung nicht stattfindet, kann sich aber die negative Externalisierung durch Unterregulierung entfalten. Externalisierung von Lasten bleibt in ihrer Grundstruktur eben ein Nullsummenspiel, in dem Dritte und (hier ausländische) Gesellschaft die Zeche des Gestalters bezahlen müssen.<sup>60</sup>

#### d) Schwindende Basis für wechselseitiges Vertrauen

Mit dem weitgehenden Fehlen von Anreizen für eine effektive Kontrolle im Herkunftsstaat schwindet zugleich die Basis für das wechselseitige Vertrauen<sup>61</sup> als Grundlage für die wechselseitige Anerkennung. Herkunftslandkontrolle – und das muss heißen: effektive Kontrolle und Sanktionierung im Herkunftsstaat – soll eigene Regulierung durch die Markt- und Bestim-

mungsstaaten ersetzen. Quellverantwortung soll den Marktwirkungsansatz ersetzen.<sup>62</sup> Mehrfachregulierung soll vermieden werden. Indes soll wenigstens einmal reguliert werden.<sup>63</sup> Aus der Anreizperspektive wird aber zweifelhaft, ob genau dies geschieht. Es bestehen zu starke Anreize zu einer Unterregulierung und zur Externalisierung von Lasten, als dass die Bestimmungsländer Vertrauen in eine effektive Regulierung und Kontrolle durch den Herkunftsstaat setzen dürften. Das Herkunftslandprinzip erhöht sicherlich die Verantwortung der Herkunftsstaaten.<sup>64</sup> Wer aber zwingt die Herkunftsstaaten, diese Verantwortung auch wirklich wahrzunehmen?<sup>65</sup> Die gemeinschaftsweite Verantwortung der Herkunftsstaaten wie in Art. 16 II DienstleistungsRL-E ausdrücklich festzuschreiben und damit „herauszustellen“, um gegenseitiges Vertrauen herzustellen,<sup>66</sup> ist nur ein Programmsatz. Die wirkliche Herstellung von Vertrauen bedarf aber mehr als solcher Programmsätze. Sie bedarf der Untermauerung in der Realität.<sup>67</sup> Gegenanreize, Kontrolle nicht auszuüben, stören sie empfindlich.

43 Vgl. (zur umgekehrten Konstellation, ob ein Staat Anreize habe, seine Attraktivität als Absatzmarkt durch Rechtsliberalisierung zu fördern) *Kleininger*, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 82, 99; *dies.*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt* (2002), 91 f., 329.

44 *Calzolari*, (2001) 20 J. *Regulatory Econ.* 191, 201.

45 *Kerber/Vanberg*, in: Gerken (ed.), *Competition among Institutions* (Basingstoke 1995), 35, 46; *Sascha Michaels* (Fn. 19), 461.

46 Siehe *Kerber* (Fn. 17), 67, 91 f.; *Mankowski*, EWS 2002, 401, 408 Fn. 125.

47 Z. B. *Charney*, 32 *Harv. Int'l. L. J.* 423 (1991); *Daniels*, (1991) 36 *McGill L. J.* 190.

48 *Mankowski* (Fn. 29), 118, 130.

49 *Guzman*, 90 *Georgetown L. J.* 883, 910 (2002); *Muir Watt*, 9 *Columbia J. Eur. L.* 383, 396 (2003).

50 Siehe *Revesz*, 2000 *J. Int'l. Econ. L.* 219 (Umweltschutz); *Butler/Macey*, 73 *Cornell L. Rev.* 677 (1988) (Banking); *Eleanor M. Fox*, 75 *N.Y. Univ. L. Rev.* 1781 (2000) (Kartellrecht); *Reisman*, 80 *Am. J. Int'l. L.* 268 (1986) (Schiedswesen).

51 *Gastios/Holmes*, in: Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III: P-Z (London 1998), 271, 272; *Mankowski* (Fn. 29), 118, 130 f.

52 Zu eng *Sascha Michaels* (Fn. 19), 446 f.

53 *Inman/Rubinfeld*, in: Bouckaert/de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics V* (Cheltenham/Northampton, Mass. 2000), 661, 681–684; *Ogus*, FS Claus Ott (2002), 265, 268.

54 *Ogus*, (1999) 48 *ICLQ* 405, 417; *dies.* (Fn. 53), 265, 268.

55 *Behrens*, FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 381, 393.

56 *Kitch*, in: Richard M. Buxbaum/Herrig/Alan Hirsch/Hopt (eds.), *European Business Law* (1991), 35, 50; *Merkt*, *RäbelsZ* 59 (1995), 545, 551, 557; *Michael Wagner*, *Das Konzept der Mindestharmonisierung* (2001), 166; *Weise*, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 152, 161 f.

57 *Gastios/Holmes* (Fn. 51), 271, 273; *Mankowski* (Fn. 29), 118, 130.

58 Siehe nur *Norbert Reich*, (1992) 29 *C.M.L.Rev.* 861; *Basedow*, (1996) 33 *C.M.L.Rev.* 1169, 1184–1186; *Lurger*, *Regulierung und Deregulierung im europäischen Privatrecht* (1997), 83–102.

59 *Grundmann*, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 284, 303 f.

60 *Mankowski* (Fn. 29), 118, 130; vgl. *Norbert Reich*, (1992) 29 *C.M.L.Rev.* 861, 868 sowie *Werlauff*, (1992) 17 *Eur. L. Rev.* 207.

61 Siehe nur *Klinke*, *Liber amicorum Gerhard Kegel* (2002), 1, 29; *Mankowski* (Fn. 10), 51, 78.

62 *Norbert Reich*, *EuZW* 1995, 407, 408.

63 Siehe nur *Mankowski*, *CR* 2001, 630, 633.

64 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 10.

65 Vgl. *Lurger/Vallant*, *RIW* 2002, 188, 198; *Naskret* (Fn. 34), 174.

66 So Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 40 sub (38).

67 Siehe nur *OLG Frankfurt* 31. 5. 2001, ZIP 2001, 1164, 1166 – *Doc-Morris* = *MMR* 2001, 751 m. Anm. *Mankowski*; *Mankowski*, *CR* 2001, 630, 633.

### III. Mangelnde Koordination mit der Rom I- und der Rom II-VO

Rechtstechnisch kann man sicherlich eine Abstimmung und Koordination über die Konkurrenzklauseln in Art. 21 EVÜ und Art. 23 II Rom II-VO sehen. Rechtstechnisch lässt sich sicherlich ein Verhältnis der Rechtsakte zueinander dergestalt definieren, dass das Herkunftslandprinzip in „besonderen“ Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts Vorrang vor den Regeln des „allgemeinen“ IPR europäischer Provenienz hat.<sup>68</sup> Art. 23 II Rom II-VO-E spiegelt den politischen Minimalkompromiss zwischen den Generaldirektionen Binnenmarkt einerseits und SanCo (Gesundheit und Verbraucherschutz) andererseits mit der Generaldirektion Justiz und Inneres als Schiedsrichter wider.<sup>69</sup> Wenn es Art. 1 IV e-commerce-RL nicht gäbe, stünde die Lösung sogar schon als einfacher *lex specialis*-Grundsatz in Art. 23 I 1. Lemma Rom II-VO-E. Das Problem ist aber nicht die rechtstechnische Abstimmung. Das Problem ist die mangelnde *gedankliche* Abstimmung. Das Problem entsteht dadurch, dass gänzlich unterschiedliche Prinzipien und Wertungen verfolgt werden. Mit dem Herkunftslandprinzip wird ein ganz anderer Ansatz oktroyiert, als ihn das traditionelle IPR mit der Suche nach dem relativen Schwerpunkt, nach der relativ engsten Verbindung verfolgt. Das IPR ist neutral und sucht nach einer wenn möglich allen Interessen gerecht werdenden Lösung. Es hat sich spätestens seit den 1970ern zunehmend Schutzgesichtspunkten geöffnet und setzt nicht einseitig auf die Interessen der Anbieterseite. Ihm eine „wichtige Rolle“ in den von der Richtlinie nicht abgedeckten Bereichen und in den Ausnahmereichen zum Herkunftslandprinzip zuzuweisen<sup>70</sup> zeugt von Missachtung und fehlendem Respekt. Der Hauptvorwurf gegen das Herkunftslandprinzip der DienstleistungsRL lautet aber: Es höhlt die Rom II-VO aus. Der Rom II-VO, zumindest ihrem Art. 5, bleibt kaum mehr Raum. Sie enthält Regeln, die nur auf dem Papier stehen, aber für eine Mehrzahl von Fällen durch eine Sonderregel ausgehebelt werden. Von konsistenter und kohärenter Gesetzgebung ist man damit weit entfernt.

### IV. Mangelnde Abstimmung mit dem Zuständigkeitsrecht der EuGVVO

#### 1. Bestimmungslandprinzip in sensiblen Bereichen des IZPR vs. Herkunftslandprinzip im IPR

Eklatant ist des Weiteren die mangelnde Abstimmung des Herkunftslandprinzips mit dem Zuständigkeitsrecht der EuGVVO. In den sensiblen Bereichen, namentlich bei Verbraucherverträgen und im Lauterkeitsrecht, ist die EuGVVO nämlich einem Bestimmungslandprinzip verpflichtet.<sup>71</sup> Die EuGVVO berücksichtigt in Art. 16 i. V. m. Art. 15 EuGVVO tragend die Nachfragerinteressen für Verbraucherverträge und in Art. 5 Nr. 3 EuGVVO tragend Interessen der Marktgegenseite, der Konkurrenten und der Allgemeinheit für Lauterkeitsdelikte.

#### 2. Fehlende Konsequenz der Hybridlösung

Der Vorschlag einer DienstleistungsRL enthält sich bewusst und gewollt jeder Änderung des Zuständigkeitsrechts.<sup>72</sup> Der Respekt vor der EuGVVO ist ersichtlich größer als jener vor Rom I und Rom II. Dies hat nachteilige Konsequenzen, welche den Wert der Gesamtlösung in jedem Fall mindern,<sup>73</sup> und bewirkt eine große Schwachstelle des Gesamtkonzepts.<sup>74</sup> Die insgesamt ins Auge gefasste Lösung wird damit nämlich zum Hybrid: Vor einem fremden Gericht hat der Anbieter von Dienstleistungen ein materiellrechtliches Heimspiel. Um das prozessuale Auswärtsspiel mit allen Mühen eines Prozesses in

einem anderen als seinem Niederlassungsstaat kommt er aber nicht herum, soweit das Zuständigkeitsrecht einem Bestimmungslandprinzip folgt. Der ihm zugedachte Vorteil ist also bestenfalls ein halber. Die in der Regel wesentlichen, nämlich die *prozessualen* Nachteile eines Auswärtsspiels erleidet er trotzdem: Wenn es zum Streit kommt,<sup>75</sup> entstehen ihm Suchkosten für einen im Gerichtsstaat heimischen Anwalt und Ermittlungskosten für das ihm fremde Prozessrecht des Gerichtsstaates. Routineprozeduren greifen insoweit nicht mehr.<sup>76</sup> Es entsteht Unsicherheit, die eine Neigung zu ineffizienten Vergleichen fördern kann. Bei Nullsummenspielen droht wieder eine Verschiebung zu den eigenen Ungunsten des Anbieters.<sup>77</sup> Der Anbieter ist jedenfalls den prozessualen Besonderheiten im Gerichtsstaat unterworfen. Nicht an letzter Stelle stehen dabei Sprachprobleme und die durch diese bewirkte Unsicherheit beim Fällen taktischer wie strategischer Entscheidungen.<sup>78</sup> In der Realität mag sich der Anbieter zudem als „Auswärtiger“ einem *forum bias* des Gerichts ausgesetzt sehen.<sup>79</sup> Er sieht sich außerdem einer zweifachen Möglichkeit von *principal-agent*-Konflikten konfrontiert: Erstens mag sein heimischer Rechtsstab nicht geneigt sein, Honorarvolumen mit externen Experten zu teilen, und deshalb zu ungünstigeren Vergleichen raten;<sup>80</sup> zweitens kann er ausländische Anwälte weniger effektiv kontrollieren, und fehlt wegen der geringen Wiederbegegnungswahrscheinlichkeit ein Anreiz für die Anwälte, Reputation aufzubauen.<sup>81</sup> Die prozessualen Nachteile können den Anbieter also immer noch in eine Situation bringen, in welcher ihm der rechtsanwendungsrechtliche Vorteil keinen hinreichenden Nutzen bringt.<sup>82</sup> Der Hybridlösung fehlt es an Konsequenz. Vollen Nut-

68 Siehe nur Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 20 f.; Hamburg Group for Private International Law, *RabelsZ* 67 (2003), 1, 54 f.; *Naskret* (Fn. 34), 88; *Spickhoff*, in: Leible (Hrsg.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien* (2003), 89, 117; v. *Hein*, *ZVglRWiss* 102 (2003), 528, 560 f.

69 v. *Hein*, *ZVglRWiss* 102 (2003), 528, 561.

70 So Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 20.

71 Siehe nur *Rowe*, (2004) 19 *Butterworths JIBFL* 51, 54; *Vasiljeva*, (2004) 10 *Eur. L. J.* 123, 140.

72 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 21, 40 sub (38).

73 *Mankowski*, *CR* 2000, 763, 768 f.; *ders.*, *MMR* 2001, 251, 252; *ders.*, *EWS* 2002, 401, 408; *Stone*, (2000) 9 *Info. & Comm. Tech. L.* 5, 6; *Rodgers*, 2001 *Juridical Rev.* 69, 74.

74 *Mankowski*, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137, 175 f.; *ders.*, *MMR* 2001, 251, 252; *ders.*, *EWS* 2002, 401, 408 sowie *Bernreuther*, *WRP* 2001, 384, 386; *Ralf Sack*, *WRP* 2001, 1408, 1420; *Lopez Tarruello*, (2001) 38 *C.M.L.Rev.* 1337, 1354.

75 Insoweit muss der potenzielle Kläger allerdings Abschreckungseffekte wegen der Anwendung *forumfremden* Rechts überwinden, die wiederum eine effektive Rechtsdurchsetzung behindern können; *Mankowski*, *GRUR Int.* 1999, 909, 915; *ders.*, *EWS* 2002, 401, 408 sowie *Hans-Wolfgang Arndt/Markus Köhler*, *EWS* 2001, 102, 107.

76 *Mankowski* (Fn. 29), 118, 121.

77 Siehe *Undenwinters at Lloyd's of London v. M/V „Steir“* 773 F. Supp. 523, 525, 527 (D.P.R. 1991); *Scheibel*, *RIW* 1995, 197, 200; *Mankowski* (Fn. 29), 118, 121.

78 *Mankowski* (Fn. 29), 118, 122; siehe auch *Friederike E. Sandrock*, *Die Vereinbarung eines „neutralen“ internationalen Gerichtsstands* (1997), 50 f.; *Rippberger*, *JNPÖ* 18 (1999), 257, 268 f.

79 *Herbel*, in: *Schwenzer* (Hrsg.), *Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem* (1999), 1, 10; *Mankowski* (Fn. 29), 118, 123.

80 *Purcell*, 40 *UCLA L. Rev.* 423, 447 (1992); *Mankowski* (Fn. 29), 118, 121.

81 *Purcell*, 40 *UCLA L. Rev.* 423, 448 (1992); *Mankowski* (Fn. 29), 118, 122.

82 Vgl. *Streit/Mangels*, *ORDO* 47 (1996), 73, 80.



zen kann sie nicht entfalten, und der Umsturz im rechtsanwendungrechtlichen System schlägt sich nicht so voll beim Anbieter nieder wie intendiert – und wie es zur Rechtfertigung des Umsturzes erforderlich wäre. Denn der Umsturz der Wertungen bedarf der Rechtfertigung, da die hergebrachte Wertung des traditionellen IPR zumindest die bessere Systemeinpassung für sich hat.

### 3. Höhere tertiäre Kosten im Bestimmungsland als Gerichtsstaat

Eine weitere Perspektive ist ebenfalls nicht zu vergessen: Das Gericht des Bestimmungslandes muss Herkunftslandrecht anwenden. Die Zahl der Fälle mit Auslandsrechtsanwendung steigt. Zugleich steigt die Wahrscheinlichkeit von Fehlern, da Richter eben mit dem eigenen Recht vertrauter sind und besser umgehen können als mit einem für sie fremden. Das Wichtigste aber ist aus dieser Perspektive das Ansteigen der tertiären Kosten im Bereich der Rechtsdurchsetzung und Rechtspflege.<sup>83</sup> Die vermeintliche Entlastung der Anbieter produziert höhere Kosten beim Gericht und damit auch unter diesem Aspekt für die Allgemeinheit des Bestimmungslandes. Hinzu treten die höheren tertiären Kosten durch größere Fehleranfälligkeit.<sup>84</sup> Fehleranfälligkeit generiert wiederum Unsicherheit und reduziert so die Erwartungswerte hinsichtlich einer effektiven Rechtsdurchsetzung. Die Diskrepanz ist im einstweiligen Rechtsschutz am größten, weil dort der Zwang, forumfremdes Herkunftslandrecht anzuwenden, mit dem Eilzweck des Verfahrens kollidiert.<sup>85</sup>

## V. Fortschreitende Spaltung des Kollisionsrechts in zwei Teilregimes

Jede richtlinieninduzierte Sonderregel für Binnenmarktsachverhalte spaltet das Kollisionsrecht weiter in zwei verschiedene Teilregimes: Deren eines regiert nur Binnenmarktsachverhalte, deren anderes dagegen, obwohl als allgemeines IPR deklariert, nur noch die Sachverhalte mit Drittstaatenbezug. Dadurch wird der Rechtsanwendungsprozess komplizierter. Er wird nämlich um eine vorgelagerte Stufe erweitert: Bevor man eine Kollisionsnorm anwenden kann, muss man erst feststellen, welches Kollisionsnormenregime einschlägig ist. Man braucht eine Meta-Kollisionsnorm. Diese ist zu gewinnen durch Auslegung aus den Anknüpfungspunkten des (spezielleren und deshalb vorrangigen) IPR für Binnenmarktsachverhalte.<sup>86</sup> Die Verkomplizierung der Rechtsanwendung, indem das sowieso schon gefürchtete IPR um eine zusätzliche Stufe erweitert wird, ist ein Nachteil.<sup>87</sup> Sie erhöht nicht nur den zu treibenden Aufwand, um überhaupt zu einem Ergebnis zu gelangen, sondern auch die Fehlerträchtigkeit. Je höher die Wahrscheinlichkeit von Fehlern ist, desto höher ist aber auch die Unsicherheit. Hinzu kommen höhere Investitionen allein für das Herstellen der Entscheidungsgrundlage. Der Bereich der Praeliminarien wird ausgedehnt. Dadurch entstehen neue bargaining chips für die beteiligten Privaten, seien sie auch nicht besonders gewichtig.

Zwei Teilregimes sind rechtspolitisch um so misslicher, wenn sie grundverschiedenen Anknüpfungsprinzipien folgen. Die Wertungen für das allgemeine IPR einerseits und Binnenmarktsachverhalte andererseits laufen auseinander, ja stehen teilweise (bei Verbraucherverträgen und im Wettbewerbsrecht) diametral gegeneinander.<sup>88</sup> Wertungsdiskrepanzen erschweren das Verständnis und erhöhen tendenziell die aufzuwendenden Rechtsinformationskosten. Insgesamt erscheinen daher lois uniformes, vereinheitlichte Kollisionsnormen, die sowohl für Binnenmarkt- wie für Drittstaatsachverhalte gelten, generell vorzugswürdig.<sup>89</sup> Es ist jeweils zu fragen, ob wirklich besondere Wertungen ein so großes Gewicht haben, dass es mehr Vorteile

bringt und deshalb gerechtfertigt ist, von einem einheitlichen Kollisionsrecht abzugehen. Das Herkunftslandprinzip müsste also durchgängig Vorteile bieten, um die durch es bedingte Spaltung des Kollisionsrechts zu rechtfertigen.

## VI. Progressivität des Sekundärrechts jenseits des Primärrechts

Aus den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten lässt sich kein umfassendes Herkunftslandprinzip als fundamentales kollisionsrechtliches Anknüpfungsprinzip herleiten.<sup>90</sup> Das hat der EuGH selber ausgesprochen.<sup>91</sup> Das Primärrecht gewährt Grundfreiheiten, und an diesen Grundfreiheiten müssen sich zuvörderst die Sachrechte der Mitgliedstaaten messen lassen. Eine bestimmte Ausgestaltung des Kollisionsrechts aber gebieten die Grundfreiheiten höchstens ausnahmsweise.<sup>92</sup> Man darf die Grundfreiheiten nicht mit einem Herkunftslandprinzip verwechseln oder vermengen.<sup>93</sup> Insbesondere gebieten die Grundfreiheiten dem Sekundärrecht nicht, eine bestimmte Ausgestaltung des Kollisionsrechts zu veranlassen und voranzutreiben. Das Sekundärrecht hat Regelcharakter und gebietet generalisierende

83 Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 915; ders., CR 2001, 630, 640.

84 Vgl. auch Kur, FS Willi Erdmann (2002), 629, 635 f.

85 Bernreuther, WRP 2001, 384, 389; Hans-Wolfgang Arndt/Markus Köhler, EWS 2001, 102, 107; Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633, 699 f.

86 Basedow/Drasch, NJW 1991, 785, 787; Mankowski, VersR 1999, 923, 924; ders., FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), 595, 611.

87 Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 914; ders. (Fn. 86), 595, 611.

88 Mankowski (Fn. 86), 595, 612 f.

89 Siehe nur Basedow, (2000) 37 C.M.L.Rev. 687, 701–705; Boele-Woelki, Opstellen aangeboden aan F. Willem Grosheide (Antwerpen/Groningen 1999), 355, 369 f.; Remien, (2001) 38 C.M.L.Rev. 53, 75.

90 Entgegen z. B. Hammer, Handbuch zum freien Warenverkehr (Wien 1998), 236; Furrer, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext (Bern 2002), Rn. 315; Heinz Mayer(-Budischovsky), EUV/EGV (Losebl. Wien 2003 ff.), Art. 49/50 EG Rn. 34 (Juni 2003). Wie hier z. B. Wolf-Henning Roth, ZHR 159 (1995), 78, 90 f.; ders. (Fn. 8), 47, 54; u. Wilmausky (Fn. 23), 53–61; Freitag (Fn. 23), 308; Höder, Die kollisionsrechtliche Behandlung unteilbarer Multistate-Verstöße (2002), 160–180; Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht (2003), 63–76; Thünken (Fn. 12), 96–100 sowie Dethloff, Europäisierung des Wettbewerbsrechts (2001), 268–275.

91 EuGH 13. 5. 1997 – Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, I-2464 Rn. 61 – Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat; zustimmend z. B. u. Wilmausky, RabelsZ 64 (2000), 157, 159; Wolf-Henning Roth, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000), 113, 125; ders. (Fn. 90), 47, 54 f.; Leible, in: Nordhausen (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit (2002), 71, 75 f.

92 Die prominenteste Ausnahme bietet das europäische Internationale Gesellschaftsrecht, das sich unter dem Druck der Niederlassungsfreiheit zur Gründungstheorie bekennen muss; siehe nur BGH 13. 3. 2003, WM 2003, 835 = JZ 2003, 525 m. Anm. Eidenmüller; BayObLG 19. 12. 2002, ZIP 2003, 398 = ZfR 2003, 200 = ZNotP 2003, 103 (dazu Dümig, ZfR 2003, 191; Mankowski, EWIR Art. 43 EG 1/03, 273; Leible/Jochen Hoffmann, NZG 2003, 259); OLG Düsseldorf 6. 11. 2002 – 3 Wx 111/02; OLG Naumburg 6. 12. 2002, GmbHR 2003, 533 fS; OLG Celle 10. 12. 2002, GmbHR 2003, 532, 533 (dazu Mankowski, EWIR Art. 43 EG 3/03, 703); OLG Zweibrücken 26. 3. 2003, ZIP 2003, 849, 850 f. = GmbHR 2003, 530, 531 f. = MDR 2003, 1363 m. zust. Anm. Haack; KG 18. 11. 2003, ZIP 2003, 2297 = GmbHR 2004, 116 m. Anm. Kleinert/Mildner (dazu Mankowski, EWIR § 13 d HGB 1/04); LG Meiningen 13. 3. 2003, OLG-NL 2003, 182, 183; AG Duisburg 14. 10. 2003, NZG 2003, 1167, 1168 im Nachgang zu EuGH 5. 11. 2002 – Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseeing BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC) = IPRax 2003, 65 (dazu u. a. Wolf-Henning Roth, IPRax 2003, 117; Peter Behrens, IPRax 2003, 193); EuGH 30. 9. 2003 – Rs. C-167/01, IPRax 2004, 46 = ZIP 2003, 1885 – Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd. (dazu u. a. Peter Behrens, IPRax 2004, 20; Leible/Jochen Hoffmann, EuZW 2003, 677; Spindler/Berner, RIW 2003, 949; dies., RIW 2004, 7; Otto Sandrock, ZVglRWiss 102 [2003], 447).

93 Bernhard, EuZW 1992, 437, 440; Rolf Sack, WRP 1994, 282, 288–290; Sonnenberger, ZVglRWiss 95 (1996), 3, 12; Wolf-Henning Roth, ZHR 159 (1995), 78, 90 f.; ders., GS Alexander Lüderitz (2000), 635, 644; u. Wilmausky (Fn. 23), 53; ders., RabelsZ 62 (1998), 1, 11–13.

Anwendung des Herkunftslandrechts, während das Primärrecht nur konkrete Korrekturen im Sachrecht des Bestimmungslandes gebietet.<sup>94</sup> Kassiert das Primärrecht das ursprüngliche Ergebnis des anwendbaren Bestimmungslandrechts, so reicht diese Korrektur hin, und eine positive Ersetzung des Bestimmungslandrechts durch das Herkunftslandrecht wäre überflüssig und überschüssig.<sup>95</sup> Im Primärrecht ist das Prinzip der wechselseitigen Anerkennung integraler Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, also eines negativen Grundsatzes im Rahmen einer Kontrolle, und enthält keine positive Zuweisung.<sup>96</sup> Zudem können über das Primärrecht nur solche Leistungen den Schutz der Grundfreiheiten in Anspruch nehmen, die in ihrem Ursprungsstaat rechtmäßig sind, während ein Herkunftslandprinzip als Zuweisungsregel eine solche Einschränkung gerade nicht enthält.<sup>97</sup> Außerdem steht die Kontrolle kraft Primärrechts als zweiter Mechanismus neben einem Herkunftslandprinzip.<sup>98</sup> Dies erhellt schon daraus, dass sich auch das Herkunftslandrecht einer Kontrolle am Primärrecht stellen muss.<sup>99</sup> Schließlich wäre Art. 65 lit. b EG sinnwidrig, wenn es bereits im Primärrecht ein grundfreiheitlich fundiertes Herkunftslandprinzip gäbe.<sup>100</sup>

Greift das Sekundärrecht also das Herkunftslandprinzip auf, so gebärdet es sich progressiver und aggressiver als das Primärrecht.<sup>101</sup> Auf das Primärrecht kann es sich insoweit kaum berufen.<sup>102</sup> Vielmehr setzt es seine eigene Politik um und kann sich keine höhere Dignität vom Primärrecht leihen. Von seinem eigenen Anspruch her ist ein Herkunftslandprinzip in Sekundärrechtsakten kein bloßer Verweis auf bestehende Grundfreiheiten und deren Dogmatik; anderenfalls bedürfte es insbesondere keiner ausdifferenzierten Ausnahmekataloge.<sup>103</sup> Im lauterkeitsrechtlichen Bereich anerkennt das Primärrecht die Läuterkeit des Handelsverkehrs und den Verbraucherschutz als zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu tragen vermöchten.<sup>104</sup> Das Primärrecht möchte im Wesentlichen Doppelkontrollen vermeiden.<sup>105</sup> Was bei der Dienstleistungsfreiheit zusammenfassend und irreführend Herkunftslandprinzip genannt wird, zielt in Wahrheit auf eine Prüfung, ob eine Regulierung und Beschränkung im Bestimmungsland sich erübrigen kann, indem man die Erfüllung der Erbringungsvoraussetzungen im Herkunftsland als gleichwertig anerkennt.<sup>106</sup> Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist in seinem Kern ein „Gleichwertigkeitsprinzip“.<sup>107</sup> Ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip für das Lauterkeitsrecht giht darüber hinaus.

## VII. Vorgesehene Ausnahmereiche

Der Katalog vom Herkunftslandprinzip ausgenommener Bereiche ist im DienstleistungsRL-E exzeptionell lang. Dessen Art. 17 umfasst nicht weniger als 23 Nummern. Wie schon beim Herkunftslandprinzip der e-commerce-RL<sup>108</sup> bemisst sich das walfre Gewicht des Herkunftslandprinzips daher wesentlich nach den Ausnahmen.

### 1. Vorrang spezieller harmonisierter Bereiche aus Konkurrenzgründen

Viele Ausnahmereiche erklären sich aus Konkurrenzregelungen: Soweit die Materie für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr bereits durch einen anderen Gemeinschaftsrechtsakt geregelt ist, tritt das Herkunftslandprinzip des DienstleistungsRL-E zurück.<sup>109</sup> Prominentestes (und im interessierten Fachschrifttum meist beachtetes) Beispiel ist die anwaltliche Tätigkeit, da diese bereits durch die RL 77/249/EWG<sup>110</sup> erfasst ist,<sup>111</sup> ausgenommen in Art. 17 Nr. 7. Insofern respektiert der DienstleistungsRL-E den *acquis communautaire*.<sup>112</sup> Insofern fühlt er sich – anders als im Verhältnis zur Rom I- und Rom II-VO – der Konsistenz und Kohärenz des Gemeinschafts-

rechts verpflichtet.<sup>113</sup> Freilich entstehen insoweit nicht zu unterschätzende Potenziale zu Wertungswidersprüchen in den Randbereichen, etwa wenn ein nicht als Anwalt zugelassener Rechtskundiger (z. B. ein englischer paralegal), der nicht unter die RL 77/249/EWG fällt, in seinem Niederlassungsstaat Rechte wahrnehmen darf und gleiche Rechte bei Anwendung des Herkunftslandprinzips in Gastländern einfordern dürfte, während dies richtigen Rechtsanwälten verwehrt wäre.<sup>114</sup>

94 *Duintjer Tebbens*, Rev. cr. dr. int. pr. 83 (1994), 451, 476 f.; *Rohe*, *RabelsZ* 61 (1997), 1, 58 f.; *Wulf-Henning Roth* (Fn. 12), 635, 644; *Karl-Heinz Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349, 350 f.; *Lurger* (Fn. 34), 479, 482 f.; *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 901 f. m. w. N.; *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 188, 193; *Wulf-Henning Roth* (Fn. 8), 47, 54 f.; *Klinke* (Fn. 61), 1, 21 f.; *Mankowski*, IPRax 2002, 257, 261; *Ruess* (Fn. 90), 72 sowie *Brödermann/Aversen(-Brödermann)* (Fn. 23), Rn. 409; *Kur*, FS Willi Erdmann (2002), 629, 637 f.

95 *Höder*, Die kollisionsrechtliche Behandlung unteilbarer Multistate-Verträge (2002), 162 f.

96 *Leible* (Fn. 91), 71, 74.

97 *Leible* (Fn. 91), 71, 74 f.

98 *Mankowski*, IPRax 2002, 257, 261; *ders.*, EWS 2002, 401, 405; *Thünken* (Fn. 12), 100.

99 Siehe nur *Rolf Sack*, WRP 1994, 281, 289; *ders.*, WRP 2001, 1409, 1414 f.; *Cebauer*, IPRax 1995, 152, 155 und als herausragenden Beispielfall EuGH 10. 5. 1995 – Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, I-1176 Rn. 29–31 – *Alpine Investments BV/Minister van Financiën* = EuZW 1995, 404 m. Anm. *Norbert Reich*.

100 *Thünken* (Fn. 12), 99.

101 Siehe *Lurger* (Fn. 34), 479, 483.

102 Umgekehrt können sogar primärrechtliche Bedenken gegen ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip bestehen; dazu *Apel/Grappnerhaus*, WRP 1999, 1247, 1256; *Rolf Sack*, WRP 2002, 271, 279; *Spindler*, *RabelsZ* 66 (2002), 633, 702–704.

103 *Thünken*, IPRax 2001, 15, 19; *Naskret* (Fn. 34), 79.

104 EuGH 25. 7. 1991 – Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, I-4044 Rn. 27 – *Collectieve Stichting Antennevoorziening Gouda/Commissariaat voor de Media*; EuGH 25. 7. 1991 – Rs. C-353/89, Slg. 1991, I-4069, I-4101 Rn. 45 – *Kommission/Königreich der Niederlande*; EuGH 9. 7. 1997 – verb. Rs. C-34/95, C-35/95 u. C-36/95, Slg. 1997, I-3843, I-3893 Rn. 53 – *Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u. TV-Shop i Sverige AB; Carl Otto Lenz/Borchert/Hakenberg*, EUV/EGV<sup>3</sup> (2003), Art. 49/50 EG Rn. 25.

105 Siehe nur EuGH 25. 5. 1993 – Rs. C-228/91, Slg. 1993, I-2701, I-2744 f. Rn. 20 f. – *Kommission/Italienische Republik*; EuGH 15. 9. 1994 – Rs. C-293/93, Slg. 1994, I-4249, I-4268 f. Rn. 19 – *Strafverfahren gegen Ludomira Neeltje Barbara Hourwipper*; EuGH 22. 1. 2002 – Rs. C-390/99, Slg. 2002, I-607, I-655 Rn. 38 – *Canal Satellite Digital SL/Administración General de Estado m. w. N.*; EuGH 13. 2. 2003 – Rs. C-131/01, Slg. 2003, I-1659, I-1685 f. Rn. 30–32 – *Kommission/Italien*; *Wulf-Henning Roth* (Fn. 8), 47, 50; *Streinz(-Müller-Graff)*, EUV/EGV (2003), Art. 49 EG Rn. 113.

106 *Streinz(-Müller-Graff)* (Fn. 105), Art. 49 EG Rn. 112 unter Hinweis auf EuGH 23. 11. 1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-376/96, Slg. 1999, I-8453, I-8520 Rn. 56 – *Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & fils SARL, Bernard u. Serge Leleup u. Sofrage SARL = ZTP* 1999, 2168 m. Anm. *Däubler* = Rev. crit. dr. int. pr. 89 (2000), 710 m. Anm. *Fallon* = ZEUP 2001, 358 m. Anm. *Kreber*, EuGH 7. 2. 2002 – Rs. C-279/00, Slg. 2002, I-1425, I-1457 Rn. 34 – *Kommission/Italienische Republik*; ebenso z. B. *Christine E. Linke*, *Europäisches Internationales Verwaltungsrecht* (2001), 198.

107 *Oliver/Jarvis*, *Free Movement of Goods in the European Community\** (London 2003), Rn. 6.70 sowie *Höpping*, *Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR* (1997), 83.

108 Siehe dort *Spindler*, *RabelsZ* 66 (2002), 633, 706.

109 Siehe nur Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 28 f.; *Benn-Ibler*, *öAnwBl* 2004, 81.

110 Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. 3. 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. EG 1977 L 78/17.

111 Siehe nur *Benn-Ibler*, *öAnwBl* 2004, 81.

112 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 28 f.

113 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 35 sub (13).

114 Vgl. den Bericht über die Diskussionen in CCBE bei *Schriever*, *öAnwBl* 2004, 161.

## 2. Zu divergente Bereiche

Das Herkunftslandprinzip hat Vergleichbarkeit der Standards zur Mindestvoraussetzung. Ohne solche Vergleichbarkeit verzerrt das Herkunftslandprinzip und führt endgültig zu nicht wünschenswerten Ergebnissen. Die Kommission erkennt dies durchaus an. Als zweiten Hauptgrund für Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip benennt sie das Ausmaß der Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Rechtsordnungen; zu große Unterschiedlichkeit der nationalen Ansätze oder ein zu geringes Maß gemeinschaftlicher Angleichung verhindern auch aus ihrer Sicht die Anwendung des Herkunftslandprinzips.<sup>115</sup> Zu den dadurch bedingten Ausnahmen zählt die Kommission:<sup>116</sup> notarielle Akte; Postdienste; Dienste der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung; geistiges Eigentum; Verbote oder mit dem Ort der Dienstleistung verbundene Besonderheiten, die jeweils durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (bei den Besonderheiten außerdem der Umwelt) gerechtfertigt sind; Genehmigungserfordernisse für die Erstattung von Kosten für Krankenhausbehandlungen; die Zulassung von Leasingfahrzeugen. Bei den lokalen Besonderheiten und Gegebenheiten ist z. B. an Genehmigungen für Sperrung oder Benutzung öffentlicher Verkehrswege, an Anforderungen für die Organisation öffentlicher Veranstaltungen oder an Sicherheitsanforderungen für Baustellen gedacht.<sup>117</sup> Die meisten der aufgezählten Bereiche lassen sich zu den *services publics* zählen, in denen einerseits Interessen an einer Grundversorgung der eigenen Wohnbevölkerung bestehen und in denen andererseits immer noch Staatsunternehmen oder Unternehmen mit starker staatlicher Beteiligung die jeweiligen nationalen Märkte dominieren. Dort ist der Stand der Marktliberalisierung ein anderer. Seiner nehmen sich zudem in einigen Fällen, namentlich für Elektrizitäts- und Gasversorgung, spezielle Richtlinien an,<sup>118</sup> sodass insoweit beide große rationes für Ausnahmen zusammenkommen.

## 3. Verbraucherverträge im nicht vollständig harmonisierten Bereich

Mit Recht sieht der Entwurf der DienstleistungsRL grundsätzlich davon ab, Verbraucherverträge in das Herkunftslandprinzip einzubeziehen. Sein Art. 17 Nr. 21 nimmt Verbraucherverträge aus, sofern die auf diese anwendbaren Bestimmungen auf Gemeinschaftsebene nicht vollständig harmonisiert sind. Für die Reichweite dieser Ausnahme kommt es entscheidend darauf an, was man unter „vollständig harmonisiert“ versteht. Vollharmonisierung dergestalt, dass ein Gemeinschaftsrechtsakt sowohl die Minimal- als auch die Maximalstandards festschreiben würde, existiert im verbrauchervertraglichen Bereich<sup>119</sup> bisher nur für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen.<sup>120</sup> Nur die RL 2002/65/EG führt Maximalstandards ein. Indes sind die von dieser Richtlinie gemäß ihrem Art. 2 lit. b erfassten Finanzdienstleistungen ausweislich Art. 2 Nr. 2 lit. a DienstleistungsRL-E insgesamt aus der DienstleistungsRL ausgegrenzt, nicht nur vom Herkunftslandprinzip. Die bloße Existenz einer (mindest-)harmonisierenden Gemeinschaftsregelung und darauf aufbauend (vermutete) Gleichwertigkeit der nationalen Regelungen in den Mitgliedstaaten kann nicht ausreichen.<sup>121</sup> Bloße (vermutete) Gleichwertigkeit und vollständige Harmonisierung sind zweierlei. *Vollständige* Harmonisierung ist mehr als Harmonisierung und verlangt eine Qualität mehr als „einfache“ Harmonisierung. Im einfach-harmonisierten Bereich jenseits perfekt regelungsintensiver Richtlinien haben die Mitgliedstaaten Spielräume, die sie nutzen können; als herausragendes Beispiel sei hier das rein national eingeführte Widerrufsrecht für Verbraucherkreditverträge nach § 495 BGB genannt.<sup>122</sup> Die Kommission blickt für den verbrauchervertraglichen Bereich in die Zukunft und hat vollständige Harmonisierungen im Auge, die sich auf Grund der „Verbraucherpolitischen Strategie 2002-

2006“<sup>123</sup> und des Aktionsplans „Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht“<sup>124</sup> erst noch entwickeln müssen.<sup>125</sup>

In rechtsanwendungsrechtlicher Hinsicht macht es trotzdem einen massiven und fundamentalen Unterschied, ob man dem Verbraucher aufbürdet, das Recht des Niederlassungsstaates des Anbieters ermitteln zu müssen, statt sich auf sein eigenes Aufenthaltsrecht zurückziehen zu können. Konsequenz wäre allenfalls ein „Offenlassen der Rechtswahl“,<sup>126</sup> aber kein Herkunftslandprinzip.<sup>127</sup> Ganz konsequent wäre im Übrigen, da ja Vollharmonisierung wegen der unterstellten Gleichheit der Ergebnisse bei idealer Betrachtung keine Änderung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung nötig macht, es bei der Anknüpfung nach Art. 5 EVÜ zu belassen. In dem Maße, wie das Internationale Verbrauchervertragsrecht revolutioniert würde, kollidierte das Herkunftslandprinzip im Entwurf der DienstleistungsRL nicht nur mit Art. 5 EVÜ und zukünftig mit Art. 5 Rom I-VO, sondern auch mit dem Geist der Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht. Diese stellen eindeutig das Interesse des Verbrauchers in den Vordergrund. Ihre Drittstaatenklauseln<sup>128</sup> weisen kollisionsrechtlich klar den Weg zu einem Bestimmungslandprinzip.<sup>129</sup>

<sup>115</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 29.

<sup>116</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 29.

<sup>117</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 42 sub (43).

<sup>118</sup> Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. EG 2003 L 176/37; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EG 2003 L 176/57.

<sup>119</sup> Zur Mindest- oder Maximalharmonisierung als Problematik im europäischen Verbrauchervertragsrecht siehe z. B. jüngst Rott, (2003) 40 C.M.L.Rev. 1107.

<sup>120</sup> Siehe nur Drygala, FS Marcus Lutter (2000), 1563, 1565 f.

<sup>121</sup> Nicht einhundertprozentig klar ist insoweit der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 42 sub (46).

<sup>122</sup> Mankowski (Fn. 86), 595, 606.

<sup>123</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Verbraucherpolitische Strategie 2002–2006, ABl. EG 2002 C 37/2.

<sup>124</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, ABl. EG 2003 C 63/1.

<sup>125</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, von der Kommission vorgelegt am 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg./2, 42 sub (45).

<sup>126</sup> Dafür Aden, DZWIR 1997, 81, 82 f. Dagegen Mankowski (Fn. 86), 595, 606.

<sup>127</sup> Ebenso Henning-Bodewig, GRUR Int. 2004, 183, 193.

<sup>128</sup> Dazu z. B. Meeffeld, Beschränkung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie durch verbraucherschützende Privatrechtsangleichungsrichtlinien der EG (1999); Siehr, FS Roger Zäch (Zürich 1999), 593.

<sup>129</sup> Art. 6 II Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 L 95/29; Art. 9 Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG 1994 L 280/83; Art. 12 II Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 L 144/19; Art. 7 II Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchergüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG 1999 L 171/12; Art. 12 II Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. 2002 L 271/16.



Sie wollen den Verbraucher von der Mühe des juristischen Auswärtsspiels frei halten. Sie wollen den Verbraucher durch Anwendung des diesem vertrauten Rechts schützen. Das Herkunftslandprinzip ist dem diametral entgegengesetzt. Gleiches gilt erst recht angesichts Art. 16 I Var. 2 i. V. m. Art. 15 I EuGVVO im Bereich der internationalen Zuständigkeit. Das Herkunftslandprinzip auch für Verbraucherverträge einzuführen, bedeutete in jeglicher Hinsicht einen Systembruch. Insoweit ginge es nicht um Verschiebungen von Tendenzen im IPR unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts und dessen Dynamik,<sup>130</sup> sondern um Brüche im System des Gemeinschaftsrechts selber.

#### 4. Rechtswahlfreiheit

Ausdrücklich ausgenommen ist in Art. 17 Nr. 20 auch die Freiheit der Rechtswahl. Es wäre in der Tat paradox, wenn man dem Handelsverkehr in einem liberalisierungsfreudigen Rechtsakt ausgerechnet *das* liberale kollisionsrechtliche Gestaltungsinstrument nähme. Parteiautonomie hat so viele Vorteile,<sup>131</sup> dass sie einfach vorbehalten bleiben muss. Die Parteien bleiben Sachwalter ihrer eigenen Interessen.<sup>132</sup>

#### 5. Außervertragliche Haftung bei Unfällen im Empfangsstaat

Beachtung verdient die letzte Ausnahme des Katalogs: Art. 17 Nr. 23 DienstleistungsRL-E nimmt die außervertragliche Haftung des Dienstleistungserbringers für den Fall vom Herkunftslandprinzip aus, dass sich im Rahmen seiner Tätigkeit ein Unfall in dem Mitgliedstaat ereignet, in den sich der Dienstleistungserbringer zwecks Erbringung seiner Dienstleistung begibt. Die haftungsrechtlichen Folgen von Unfällen im Empfangsstaat unterfallen damit den allgemeinen Kollisionsnormen des Internationalen Deliktsrechts. Die Besonderheit liegt darin, dass der Dienstleistungserbringer eben nicht nur von seinem Niederlassungsstaat aus agiert, sondern vor Ort im Empfangsstaat agiert. Insoweit bringt er sich in den dortigen Verkehr ein und insoweit muss er sich auch den Regeln des Empfangsstaates unterwerfen. Ein Unfall meint daher physische Einwirkung auf Güter im Empfangsstaat. Ob die außervertragliche Haftung verschuldensabhängig ist oder nicht, sollte dagegen keine Rolle spielen. Ebenso wenig ist eine Differenzierung danach ersichtlich, ob Unfallgeschädigter ein beliebiger Dritter oder aber der Vertragspartner des Dienstleistungserbringers ist.

### VIII. Vorgesehene Bedeutung des Herkunftslandprinzips für die einzelnen Bereiche des Internationalen Privatrechts

Würde die DienstleistungsRL in der Gestalt des Entwurfs verwirklicht, so entspräche die jeweilige relative Bedeutung des Herkunftslandprinzips für die einzelnen Teilbereiche des IPR prinzipiell jener, welche bereits das Herkunftslandprinzip des Art. 3 e-commerce-RL hat. Das Herkunftslandprinzip der DienstleistungsRL stünde insoweit in einer Linie mit jenem der e-commerce-RL. Dies wäre kaum verwunderlich, orientiert es sich doch zumeist bis in die Formulierung der für das IPR wichtigsten Ausnahmetatbestände hinein am Anhang der e-commerce-RL.

#### 1. Internationales Schuldvertragsrecht

Das Internationale Vertragsrecht wäre grundsätzlich kaum betroffen (wenn man es denn überhaupt miterfasst sieht und nicht eine Ausgrenzung mit Rücksicht auf das Projekt einer Rom I-VO walten lässt<sup>133</sup>). Denn Art. 3 EVÜ ist durch den Ausnahmekatalog gedeckt, Art. 5 EVÜ bei wörtlichem Verständnis auch, jedenfalls sehr weitgehend. Denn die Ausnahme für Verbraucherverträge jenseits des vollständig harmonisierten Bereichs<sup>134</sup> umfasst auch das Kollisionsrecht der Verbraucherverträge.<sup>135</sup> Sie ist nicht auf das Sachrecht beschränkt, sondern

bezieht sich auf sämtliche Regelungen zum Verbrauchervertragsrecht.<sup>136</sup>

#### a) Ausweichklausel bei der objektiven Anknüpfung

Betroffen wäre allerdings Art. 4 EVÜ. Da Art. 4 II 2 EVÜ aber bekanntlich seinerseits mit der Anknüpfung an die vertragsbetreuende Niederlassung des Marketers bereits ein Herkunftslandprinzip etabliert,<sup>137</sup> ginge es nur um eine Einschränkung des Art. 4 V EVÜ.<sup>138</sup> Denn ein strikt formuliertes Herkunftslandprinzip enthält keine Ausweichklausel und erklärt seine Anknüpfungsregel zur festen Regel, nicht zur bloßen Vermutung. Indes fielen die Neuerung umso geringer aus, je restriktiver man (richtigerweise<sup>139</sup>) bereits aus sich heraus Art. 4 V EVÜ handhabte. Auch wäre an eine teleologische Reduktion des Herkunftslandprinzips zu denken.<sup>140</sup>

#### b) Anknüpfung der Form

Eine zweite Abweichung bestünde im Bereich der Form. Das Herkunftslandprinzip würde vordergründig die Alternativanknüpfung nach Art. 9 EVÜ im Dienstleistungsbereich außer Kraft setzen. Dies wäre indes wenig sinnvoll.<sup>141</sup> Denn damit konzentrierte man sich auf die Formanforderungen eines einzigen Rechts, während die Alternativanknüpfung mehrere Formregimes zur Auswahl stellt, damit eine mögliche Formwirksamkeit noch unwahrscheinlicher macht und insgesamt noch anbieterfreundlicher ist. Hinsichtlich der Rechtsmittlungskosten kann sich ein Anbieter bei Distanzgeschäften auch unter dem Rom I-System darauf beschränken, den Formanforderungen seines eigenen Niederlassungsrechts zu genügen.<sup>142</sup>

130 Dazu allgemein z. B. *Jessurun d'Oliveira*, *Essays in Honour of Sir Peter North* (Oxford 2002), 111.

131 Siehe nur *Mankowski* (Fn. 29), 118, 124 f. m. w. N.; *dens.*, in: v. Bar/*Mankowski*, *Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren*<sup>2</sup> (2003), § 7 Rn. 76 und außerdem z. B. *McConaughay*, 39 *Columbia J. Trans. L.* 595, 610 f. (2000); *O'Hara*, 53 *Vand. L. Rev.* 1551, 1569 (2000).

132 Siehe v. Bar, *Internationales Privatrecht II: Besonderer Teil* (1991), Rn. 414.

133 Dafür unter der e-commerce-RL *Mankowski*, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137, 153–157; *ders.*, *Molengrafica* 1999/2000, 97, 132 f.; *ders.*, *IPRax* 2002, 257, 264. Dagegen insbesondere *Spindler*, *IPRax* 2001, 400.

134 Zum Umfang dieser Ausnahme oben VII 1.

135 Dafür unter der e-commerce-RL z. B. *Franq*, *Rev. ubiquité* 7/2000, 47, 67; *Grabitz/Hilf(-Marly)*, *Das Recht der Europäischen Union* (Losebl. 1983/1998 ff.) A 4 Art. 3 e-commerce-RL Rn. 28 (Mai 2001); *Spindler*, *IPRax* 2001, 400, 403; *López-Taruel*, (2001) 38 *C.M.L.Rev.* 1337, 1353; *Mankowski*, *IPRax* 2002, 257, 264; *Fallon/McEuse*, *Rev. crit. dr. int.* pr. 91 (2002), 435, 477; *Gounalakis(-Spindler)*, *Rechtshandbuch Electronic Business* (2003), § 9 Rn. 51 f.

136 *Spindler*, *RabelsZ* 66 (2002), 633, 687 f.; *Gounalakis(-Spindler)* (Fn. 135), § 9 Rn. 51.

137 *Radiati di Brozolo*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 82 (1993), 401, 414 f.; *Drasch*, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht* (1997) 307; *Bernd Schauer*, *Electronic Commerce in der EU* (Wien 1999) 186; *Spindler*, *MMR-Beil.* 7/2000, 4, 13; *Norbert Reich/Nordhausen(-Norbert Reich)*, *Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr* (2000) Nr. 104; *Sonnenberger*, *ZVglRWiss* 100 (2001), 107, 129; *Mankowski*, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137, 156; *ders.*, *DVBl* 2001, 1195, 1196; *Grabitz/Hilf(-Marly)* (Fn. 135), A 4 Art. 3 e-commerce-RL Rn. 28 (Mai 2001); *Lurger/Vallant*, *RIW* 2002, 188, 190; *Wilderspin*, in: *Jürgen F. Baur/Mansel* (Hrsg.), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht* (2002), 77, 86; *Naskret* (Fn. 34), 86; *Thünken* (Fn. 12), 125; *de Baere*, *RBDJ* 2003, 131, 198 f.

138 *Spindler*, in: *Hohloch* (Hrsg.), *Recht und Internet* (2001), 9, 17; *ders.*, *RabelsZ* 66 (2002), 633, 685; *Mankowski*, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137, 155–157; *ders.*, *IPRax* 2002, 257, 264; *Polak*, *WPnR* 6443 (2001), 407, 411.

139 Zur Begründung *Mankowski*, *ZEuP* 2002, 811; *ders.*, *IPRax* 2003, 464.

140 *Mankowski*, *ZVglRWiss* 100 (2001), 137, 157; *ders.*, *IPRax* 2002, 257, 264 f.

141 *Mankowski*, *IPRax* 2002, 257, 264, 265; *Martiny*, in: *Leible* (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht* (2004), 109, 127 sowie *Spindler*, *RabelsZ* 66 (2002), 633, 685.

142 Siehe nur Münchener Kommentar zum BGB(-Spellenberg), X: IPR, Art. 1–38 EGBGB<sup>3</sup> (1998) Art. 11 EGBGB Rn. 65.

Denn bei Distanzgeschäften reicht es nach Art. 9 II EVÜ (= Art. 11 II EGBGB) bekanntlich, dass dem Recht eines der Orte genügt ist, an welchem einer der Vertragsschließenden seine Vertragserklärung abgibt. Natürlich kann auch der Anbieter diese Anknüpfungsperson sein. Warum es aber geboten sein sollte, im Anbieterinteresse Alternativen abzuschneiden, welche den Anbieter letztlich nur begünstigen könnten, ist unerfindlich.

### 2. Internationales Wettbewerbsrecht

Wie bei der e-commerce-RL erschiene als das am stärksten betroffene Teilgebiet des IPR vorderhand das Internationale Wettbewerbsrecht. Traditionell folgt das Internationale Wettbewerbsrecht dem Marktortprinzip. Dies ist bisher auch für Art. 5 I Rom II-VO vorgesehen.<sup>143</sup> Das Marktortprinzip ist aber ein Bestimmungslandprinzip. Dem wäre ein Herkunftslandprinzip diametral entgegengesetzt.<sup>144</sup> Das Herkunftslandprinzip würde über die allgemeinen Kritikpunkte hinaus lauterkeitsrechtlichen und verbrauchervertraglichen Verbraucherschutz entkoppeln und diametral auseinander laufenden Prinzipien unterwerfen.<sup>145</sup> Art. 16 DienstleistungsRL-E gewinnt zuvor ungeahnte Bedeutung, nachdem Art. 4 I Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken gescheitert ist.<sup>146</sup> Im Wettbewerbsrecht würde die DienstleistungsRL den Einbruch in jedem Fall erweitern, soweit ihr Herkunftslandprinzip über B2C-Werbung und die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen von Verbrauchern<sup>147</sup> hinausgeht.

### 3. Internationales Deliktsrecht im Übrigen

Das Internationale Deliktsrecht im Übrigen ist ebenfalls betroffen. Allerdings schneidet hier die Ausnahme des Art. 17 Nr. 23 DienstleistungsRL-E für Unfälle, welche der Dienstleistungserbringer im Empfangsstaat verursacht, hinein.<sup>148</sup> Jedenfalls für solche Unfälle und deren haftungsrechtliche Konsequenzen gelten die allgemeinen Anknüpfungsregeln. Soweit Geschädigter der Vertragspartner des Dienstleistungserbringers ist, steht eine akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut nach Art. 41 II Nr. 1 EGBGB und zukünftig über Art. 3 III Rom II-VO in Rede.

Für Finanzdienstleistungen scheint Art. 2 Nr. 2 lit. a DienstleistungsRL-E eine umfassende Ausnahme von der DienstleistungsRL insgesamt zu formulieren. Eine ausdrückliche Einschränkung, dass dies nur für vertragsrechtliche Fragen gelten solle, erfolgt nicht. Dies scheint dafür zu sprechen, auch die außervertragliche Haftung im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen auszugrenzen. Art. 2 Nr. 2 lit. a nimmt allerdings auf Art. 2 lit. b RL 2002/65/EG und damit auf eine vertragsbezogene Richtlinie Bezug; dies ließe sich jedoch als Bezugnahme bloß auf die dortige Definition und den dortigen Katalog erfasster Dienstleistungen verstehen. Erwägungsgründen und Vorschlagsbegründung lässt sich keine weitere Erhellung, aber auch keine Einschränkung entnehmen. Angesichts des umfassenden, vertraglichen wie außervertraglichen Bereich erfassenden Zuschnitts für das Herkunftslandprinzip, wie ihn Art. 16 I Unterabs. 2 DienstleistungsRL-E demonstriert, sollte eigentlich auch der Begriff der Finanzdienstleistung bei der Ausnahme weit zu verstehen sein. Sollte etwas anderes, also eine Ausnahme nur für vertragsrechtliche Fragen, gewollt sein, so wäre eine entsprechende Klarstellung dringend geboten. Inwieweit Verhaltenspflichten des Wertpapierhandelsrechts den ausgenommenen Finanzdienstleistungen zuzuordnen sind und deshalb nicht dem Herkunftslandprinzip unterfallen (anders als unter der e-commerce-RL<sup>149</sup>), bedarf jedenfalls der Klarstellung. Aufklärungs- und Beratungspflichten im Vorfeld eines konkreten Vertrages gehörten selbst in eine nur vertragsbezogene Ausnahme,<sup>150</sup> während eine Herausnahme der Prospekthaftung im Zusam-

menhang mit Finanzdienstleistungen wieder mit Restzweifeln behaftet wäre.

## IX. Zusammenfassung

1. Gegen ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt sprechen gute und gewichtige Gründe. 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. Ohne effektive Regulierung und Kontrolle im Herkunftsland aber fehlt es an der Basis für notwendiges Vertrauen. Dann wird nicht, wie erforderlich, einmal, sondern keinmal reguliert. Dies geht weit über das legitime Ziel hinaus, eine Doppelregulierung zu vermeiden.

2. Friktionen bestehen mit den Gerichtsständen der EuGVVO und mit den zentralen Wertungen des Rom II-VO-E. Insbesondere droht eine Hybridlösung mit Bestimmungslandanknüpfung im IZPR und Herkunftslandanknüpfung im IPR 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.

3. Die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip des DienstleistungsRL-E beziehen sich in der Regel auf speziell harmonisierte oder in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu stark divergierende Bereiche. Ausnahmen erfolgen vergleichbar der e-commerce-RL auch für das (Internationale) Verbrauchervertragsrecht jenseits des voll harmonisierten Bereichs und die Rechtswahlfreiheit.

4. Das Internationale Schuldvertragsrecht ist wegen der Ausnahmen für Art. 3 EVÜ und weitgehend für Art. 5 EVÜ kaum betroffen. Nur Art. 4 V EVÜ und paradoxerweise Art. 9 EVÜ würden etwas eingeschränkt.

5. Im Internationalen Wettbewerbsrecht wären die Wirkungen theoretisch stark, praktisch indes nicht, da den großen Paradigmenwechsel weniger die DienstleistungsRL als schon zuvor die WettbewerbsRL bewirkt. Im übrigen Internationalen Deliktsrecht dürfte die reale Tragweite des Herkunftslandprinzips eher gering sein. Allerdings erscheint eine Klarstellung geboten, ob und inwieweit die generelle Ausnahme von Finanzdienstleistungen in Art. 2 Nr. 2 lit. a DienstleistungsRL-E auch die deliktsrechtlichen Aspekte von Finanzdienstleistungen einschließlich eventueller Prospekthaftung abdecken soll.

143 Zustimmend z. B. *Benecke*, RIW 2003, 830, 834 f.; v. *Hein*, ZVglRWiss 102 (2003), 528, 555 f.; *Leible/Andreas Engel*, EuZW 2004, 7, 12; *Angelika Fuchs*, GPR 2003/04, 100, 102.

144 Siehe nur *Lurger* (Fn. 34), 479, 492; *Ruess* (Fn. 90), 56.

145 *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 915; *Lurger* (Fn. 34), 479, 492.

146 Art. 4 I WettbewerbsRL-E wurde im Rat für Wettbewerbsfähigkeit am 18. 5. 2004 gegen die Stimmen Dänemarks, Großbritanniens, Luxemburgs, der Niederlande und Schwedens gestrichen. Siehe auch Beitrag 7799/04 des Juristischen Dienstes; Vermerk 5668/04 des Ausschusses für Zivilrecht; Vermerk 9217/04 des Ratssekretariats.

147 Zum sachlichen Zuschnitt der WettbewerbsRL: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), von der Kommission vorgelegt am 18. 6. 2003, KOM (2003) 356 endg., 11 f. (39) f.

148 Dazu oben VII 5.

149 Dort *Spindler*, WM 2001, 1689, 1700; *Mankowski*, IPRax 2002, 257, 265.

150 Zur Qualifikation *Scheffler*, IPRax 1995, 20, 21; *MünchKomm(-Spellenberg)* (Fn. 142), Art. 32 EGBGB Rn. 44; *Staudinger(-Magnus)*, BGB, Art. 27–37 EGBGB<sup>13</sup> (2002), Art. 32 EGBGB Rn. 117.

Dr. Peter Mankowski, Wissenschaftlicher Assistent, Osnabrück

## Ausländische Scheinselbständige und Internationales Privatrecht

Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des internationalrechtlichen Arbeitsvertragsbegriffs\*

**Stichworte:** Arbeitnehmer-Entsendegesetz / Arbeitsvertrag / Begriff / Internationale Auslegung / Internationales Privatrecht / Ausländische Scheinselbständige / Art. 48 EGV, 5 EuGVÜ, 6 EVÜ, 28, 30 EGBGB, §§ 1–6 AEntG, 611 BGB, SozVersBescheinigung E 101

### I. Einleitung

Im Februar 1996 atmeten die Arbeitspolitiker nach einem langen und politisch hoch kontroversen Gesetzgebungsverfahren<sup>1</sup> vorläufig und im November 1996 endgültig<sup>2</sup> erleichtert auf: Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)<sup>3</sup> war vollbracht. Das Gesetz befaßt sich aber – entsprechend den Vorgaben des Entwurfs der Bundesregierung – nur mit echten entsandten Arbeitnehmern.<sup>4</sup> Damit deckt es nicht alle Konstellationen ab, die zuvor insbesondere der deutschen Bauwirtschaft Anlaß gegeben hatten, nach Schutz durch den deutschen Gesetzgeber zu rufen. Im Umfeld der Debatte um entsandte Arbeitnehmer stand nämlich immer ein zweites Phänomen:<sup>5</sup> die sogenannten Scheinselbständigen. Insbesondere Engländer treten auf deutschen Baustellen als vorgeblich selbständige Unternehmer<sup>6</sup> auf. Nach ihrem Tätigkeitsbild verrichten sie aber typische Arbeiten eines unselbständigen Bauarbeiters. Vor allem sind sie Weisungen und einer Aufsicht durch die Bauleitung unterworfen. In ihrem Heimatland England sind sie dagegen als *self-employed persons* zumindest formell Selbständige. Sie haben auch die Bescheinigung E 101 in Händen, welche nach Art. 11 a Abs. 1 lit.a) VO EWG Nr. 574/72 in Verb. mit Art. 14 a Abs. 1 VO EWG Nr. 1408/71 den Fortbestand der Sozialversicherungspflicht in England ausweist.

Wie Verträge mit solchen ausländischen Scheinselbständigen nach geltendem Recht mit Schwerpunkt auf der Ebene des

Internationalen Privatrechts zu behandeln sind, ist bisher nicht näher untersucht worden.<sup>7</sup> Offensichtlich ging man von der Anwendung des Rechts jenes Staates aus, in dem sich der Scheinselbständige „niedergelassen“ hat. Eine Begründung dafür ist jedoch nirgends zu finden. Vor allem fehlt es an einer Untersuchung, ob es sich bei den Verträgen mit ausländischen Scheinselbständigen nicht um Arbeitsverträge im Sinne des Art. 30 EGBGB und seines Vorbilds, des Art. 6 EVÜ,<sup>8</sup> handelt (II 3). In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach einer umfassenden Bindungswirkung der sozialversicherungsrechtlichen Bescheinigung E 101. Insbesondere an eine darin enthaltene Angabe „Selbständiger“ (II 3 c). Schließlich ist noch kurz darauf einzugehen, ob eine analoge Anwendung des AEntG eine angemessene Lösung wäre (III).

Bereits an dieser Stelle ist indes eine wichtige Klarstellung geboten: Anknüpfungsgegenstand ist nicht die gesamte Tätigkeit der in Rede stehenden Person, sondern nur der konkrete Vertrag. Es geht ausschließlich darum, welches Recht konkret auf den zwischen dem Scheinselbständigen und dem „Auftraggeber“ geschlossenen Vertrag anzuwenden ist. Ob der Scheinselbständige abstrakt (d.h. losgelöst von dem konkreten Ver-

3 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 26. 2. 1996, BGBl. 1996 I, 227; dazu Ackermann, DB 11/1996, 1; Webers, DB 1996, 574; Franzen, DZWir 1996, 89; Hold, AuA 1996, 113; Wegerich, NJW 1996, 1259; Hanau, NJW 1996, 1369; Junker/Wichmann, NZA 1996, 505; Beisiedel/Mosbacher/Lepante, JZ 1996, 668; Borgmann, IPRax 1996, 315; Schmitt, WiB 1996, 769.

4 Siehe zur Problematik der Arbeitnehmerentsendung (auch unter Berücksichtigung der europarechtlichen Entwicklungen, dort z. B. Gemeinsamer Standpunkt EG Nr. 32/96, vom Rat festgelegt am 3. Juni 1996, im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG 1996 C 220/1) vor allem Däubler, EuZW 1993, 370; ders., DB 1995, 726; Löwisch, FS Zeuner, 1994, S. 91; Hohloch, FS Heiermann, 1995, S. 143; Hanau, FS Everling, 1995, S. 415; Koenigs, DB 1995, 1710; Steinmeyer, DVBl. 1995, 962; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370; Birk, ZIAS 1995, 479; Franzen, DZWir 1996, 89; Eichenhofer, ZIAS 1996, 55; Strub, ISr 1996, 305.

5 Die zunehmende Beschäftigung sich illegal in Deutschland aufhaltender Ausländer aus Nicht-EU-Staaten vor allem im Hotel- und Gaststättenbereich sowie wiederum im Baugewerbe ist der dritte Problembereich, in dem ausländische Arbeitnehmer den deutschen Arbeitsmarkt belasten. Dabei handelt es sich aber nicht um ein rechtliches Problem. Die zur Abhilfe nötigen rechtlichen Instrumentarien stehen bereits zur Verfügung. Das Problem entsteht vielmehr aus Kontroll- und Vollzugsdefiziten. Zum Versuch der (erfolglosen) Umgehung ausländerrechtlicher Vorschriften durch Gründung sogenannter Arbeitnehmergesellschaften mit Arbeitnehmern aus Nicht-EU-Staaten Sächsisches OVG, 2. 6. 1995, demnächst in WiB 1997, m. Anm. Mankowski – InfAuslR m. Anm. Rittstieg – EzA § 19 AFG Nr. 5 – AR-Blattei ES 330 Nr. 39 m. Anm. Mankowski.

6 Zu *self-employed persons* und ihrer Abgrenzung zu Arbeitnehmern nach englischem Recht eingehend Ständer, Arbeitnehmerbegriff und soziale Sicherung im englischen Recht, 1996, S. 142–333, insbes. 276–319.

7 Symptomatisch Worzalla, Arbeitsverhältnis – Selbständigkeit – Scheinselbständigkeit, 1996, Rn. 253–255.

8 EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 6. 1980, ABl. EG 1980 L 266/1.

\* Für teilweise Vorarbeiten danke ich Frau stud. iur. Anne-Katrin Bartels, Osnabrück.

1 Siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG), BR-Drucks. 523/95 – BT-Drucks. 13/2414 und dazu BR-Drucks. 523/1/95; BR-Drucks. 523/2/95 bis 523/7/95; BR-Drucks. 523/95 (Beschluß); BT-Drucks. 13/2839; BT-Drucks. 13/3155; BR-Drucks. 823/95; BT-Drucks. 13/3364; BT-Drucks. 13/3663 einerseits; Gesetzesantrag des Landes Berlin – Entwurf eines Gesetzes zur Angleichung der Arbeitsbedingungen bei der Entsendung von Arbeitnehmern (Entsendegesetz), BR-Drucks. 546/95 und dazu BR-Drucks. 546/1/95; BR-Drucks. 546/2/95; BR-Drucks. 546/95 – BT-Drucks. 13/2834; BT-Drucks. 13/2834; BT-Drucks. 13/3155; BR-Drucks. 824/95 andererseits; Gesetzentwurf der Abgeordneten Schreiner, Büttner, Dreßler und der Fraktion der SPD – Entwurf eines Gesetzes zur Angleichung der Arbeitsbedingungen bei der Entsendung von Arbeitnehmern (Entsendegesetz), BT-Drucks. 13/2418 und dazu BT-Drucks. 13/3155 zum dritten.

2 Der Streit um einen Tarifvertrag, der Mindestlöhne im Baugewerbe festsetzt und entsprechend dem Modell des AEntG für allgemeinverbindlich erklärt werden kann, eskalierte bekanntlich mit der Ablehnung der Allgemeinverbindlicherklärung des ersten Tarifvertrags am 28. Mai 1996 durch die Arbeitgeberseite des Tarifausschusses beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung und dem „Nachsitzen“ der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes, das am 23. August 1996 mit einem Tarifvertrag mit reduzierten Mindestlohnhöhen beendet wurde. Dieser zweite Tarifvertrag wurde dann am 12. November 1996 mit Wirkung bis zum 31. August 1997 für allgemeinverbindlich erklärt.

trag) als Selbständiger oder als Arbeitnehmer anzusehen ist, ist eine für das Internationale Schuldvertragsrecht allenfalls in zweiter Linie beachtliche Frage.

## II. Qualifikation des Vertrags mit dem Scheinselbständigen

### 1. Folgen einer Qualifikation als Arbeitsvertrag oder als Werkvertrag

Ökonomisch ist es eine (auch rechtlich anerkannte<sup>9</sup>) Binsenweisheit, daß dieselben Dienstleistungen regelmäßig von Arbeitnehmern ebenso gut wie von Einzelunternehmern erbracht werden können. In keinem Fall kann daher die Bezeichnung des konkreten Vertragsverhältnisses als Werk- oder als Arbeitsvertrag durch die Parteien ausschlaggebend sein.<sup>10</sup> Die entscheidende Frage ist diejenige nach der Qualifikation des konkreten Vertrags anhand objektiver Kriterien. Handelt es sich um einen Arbeitsvertrag oder um einen Werkvertrag? Je nachdem, was für ein Vertrag vorliegt, gestaltet sich nämlich die Anknüpfung verschieden: Besteht ein Arbeitsvertrag, kommt Art. 30 EGBGB zur Anwendung und führt objektiv zum Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts. Dieser liegt in den Scheinselbständigenfällen in der Bundesrepublik. Von den zwingenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen des deutschen Rechts könnte durch Rechtswahl nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Das verböte Art. 30 Abs. 1 EGBGB. Stellt sich der Vertrag dagegen als Werkvertrag dar, kommen die Art. 27; 28 EGBGB zur Anwendung. Die Parteien könnten das zu praktizierende Recht nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB frei wählen. Die ausländische Nationalität und der im Ausland gelegene Sitz des einen Vertragspartners vermitteln den nötigen Auslandsbezug und verhindern, daß Art. 27 Abs. 3 EGBGB eingreife.<sup>11</sup> Die objektive Anknüpfung würde hingegen wieder zum deutschen Recht führen. Zwar wies die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB auf das Recht am Sitz des ausländischen Werkunternehmers. Aber die engeren Verbindungen zur Bundesrepublik (vollständige Ausführung der Vertragsleistungen des Unternehmers in Deutschland, deutsche Nationalität und deutscher Sitz des Auftraggebers, Kontakt zwischen den Parteien ausschließlich in Deutschland, keinerlei Organisationsleistungen am ausländischen Sitz des Unternehmers, zumeist auch Bezahlung in Deutschland) schlugen über Art. 28 Abs. 5 EGBGB zu Buche. Anders als bei Art. 30 Abs. 1 EGBGB wäre die objektive Anknüpfung aber ohne Bedeutung, wenn die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben.

### 2. Vorrang des Art. 30 EGBGB bei der Prüfung der Qualifikationsfrage

Der Arbeitsvertrag ist Anknüpfungsbegriff einer eigenen Kollisionsnorm. Art. 30 EGBGB ist *lex specialis* gegenüber Art. 27, 28 EGBGB und wird vorrangig angewendet. Aus dem Spezialitätsgrundsatz, einer umfassenden Rangkollisionsnorm, ergibt sich auch sein Prüfungsvorrang in der Qualifikationsfrage. Zuerst ist also zu ermitteln, ob der konkrete Vertrag ein Arbeitsvertrag im Sinne des Art. 30 EGBGB ist. Fällt die Antwort positiv aus, ist Art. 30 EGBGB anzuwenden. Nur wenn sie negativ ausfällt, ist der Vertrag als Werkvertrag über Art. 27, 28 EGBGB anzuknüpfen.

### 3. Qualifikation als Arbeitsvertrag

#### a) Arbeitsvertragsbegriff der Art. 30 EGBGB, 6 EVÜ

##### aa) EVÜ-autonome Begriffsbildung

Art. 30 EGBGB, 6 EVÜ definieren den Begriff des Arbeitsvertrags nicht selbst. Vielmehr setzen sie ein zugrundeliegendes Begriffsverständnis voraus. Daraus und aus dem bisherigen Fehlen einer Instanz zur einheitlichen Auslegung des EVÜ zu

folgen, die Qualifikation solle sich (zumindest vorläufig) nach der *lex fori* richten,<sup>12</sup> erscheint jedoch nicht überzeugend. Der Arbeitsvertrag ist eine Systemkategorie des EVÜ. Deshalb unterfällt er Art. 18 EVÜ, 36 EGBGB und dem Gebot der einheitlichen autonomen Auslegung.<sup>13</sup> Das Fehlen einer supranationalen Auslegungsinstanz suspendiert dieses Gebot anerkanntermaßen nicht. Gegen eine übereinkommensautonome Bestimmung des Arbeitsvertragsbegriffs läßt sich nicht einwenden, dadurch würde gegebenenfalls einem Recht die Entscheidung aufgedrängt, welches den Vertrag gar nicht als Arbeitsvertrag qualifiziere.<sup>14</sup> Qualifikation findet immer nach den Maßstäben des eigenen Kollisionsrechts statt. Die Qualifikationsentscheidung des verwiesenen Rechts spielt nach dem Konzept des IPR nur im Rahmen einer möglichen Rück- oder Weiterverweisung als Qualifikationsrenvoi eine Rolle. Das einheitliche europäische Internationale Schuldvertragsrecht kennt aber keinen *renvoi* (Art. 15 EVÜ, 35 Abs. 1 EGBGB). Zum zweiten hat das verwiesene Recht wenigstens insofern an der Qualifikationsentscheidung teil, als ihm die Untersatzbildung obliegt, es also die Charakteristika des konkreten Vertrages bestimmt.<sup>15</sup> Festzuhalten ist jedenfalls: Die Qualifikation richtet sich nicht nach dem Recht am Sitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Person, deren Qualität als Arbeitnehmer oder Werkunternehmer in Rede steht. In den Konstellationen um englische Scheinselbständige richtet sich die Beurteilung also nicht nach dem Begriff des *Arbeitnehmers* oder der *self employed person*, wie er sich im englischen Recht herausbilden würde.<sup>16</sup>

Letztendlich wird der Qualifikationsmethode aber kaum jemals entscheidendes Gewicht beigemessen, weil rechtsver-

- 9 Dazu nur BAG, 16. 3. 1994, AP Nr. 68 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 5 = BB 1994, 1643 (Ls); 20. 7. 1994, AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 5R m. Anm. Mohr = BB 1994, 2212 (Ls); 30. 11. 1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 2 = EzA Nr. 55 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff, S. 2, m. Anm. Rütters/Benincà = BB 1995, 831 (Ls).
- 10 Siehe nur Däubler, DB 1995, 726; Kretz, AR-Blattei SD 330 Rn. 189 sowie für das deutsche Recht BAG, 28. 2. 1962, BAGE 12, 303, 307 = AR-Blattei D-Blatt Arbeitnehmer Entscheidungen 2 m. Anm. Sommer; 20. 7. 1994, AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 5R, m. Anm. Mohr = BB 1994, 2212 (Ls).
- 11 S. Mankowski, RIW 1993, 453, 454.
- 12 Dafür Däubler, RIW 1987, 249, 250; Kindler, RIW 1987, 796, 797; Martiny, in: MünchKomm, 2. Aufl. 1990, Art. 30 EGBGB Rn. 7; Ganzert, Das internationale Arbeitsverhältnis im deutschen und französischen Kollisionsrecht, 1992, S. 36; unentschieden Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 1333.
- 13 Birk, RdA 1983, 143, 144; ders., in: MünchArbR, Bd. 1, 1992, § 19 Rn. 3, 60; Heilmann, Das Arbeitsvertragsstatut, 1991 S. 40; Magnus, IPRax 1991, 382, 384; Firsching/v. Hoffmann, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 1995 § 10 Rn. 75; Soergel/v. Hoffmann, Bd. 10, 12. Aufl. 1996, Art. 30 EGBGB Rn. 6; grundsätzlich auch Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 365; v. Bar, Internationales Privatrecht II, 1991, Rn. 446; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 171 f.; Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 63.
- 14 So aber Morse, in: North (ed.), Contract Conflicts, 1982, 143, 149.
- 15 Näher sogleich II.3.b). Zu weitgehend, weil nicht hinreichend differenzierend Schlunck, Die Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht, 1990 S. 82, die vorderhand eine generelle Qualifikation nach der (potenziellen) *lex causae* zu befürworten scheint.
- 16 Zum *employee*-Begriff des englischen Rechts, insbesondere dem sogenannten *control-test* und dem sogenannten *test of business or economic reality* („whether a person is doing his or her business for his or her account as a kind of entrepreneur“) siehe nur Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung (1990) ICR 409 = (1990) IRLR 236 P.C.; Ferguson v. John Dawson & Partners (Constructors) Ltd. (1976) 3 All ER 817 = (1976) 1 WLR 1213 C.A.; Hellyer Brothers Ltd. v. McLeod (1987) ICR 526 = (1987) IRLR 232 C.A.; Calder v. H. Kitson Vickers & Sons (Engineers) Ltd. (1988) ICR 232 (C.A.); Hall v. Lorimer (1994) IRLR 171 C.A.; Hepple/Houghton, in: Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, London Losebl. 1971/92 ff., nos. 1-2105 - 1-2107, Hepple/Sandra Friedman, Labour Law and Industrial Relations in Great Britain (2. Aufl. 1992) nos. 108-113; I.T. Smith/Sir John C. Wood/Thomas, Industrial Law (5. Aufl. 1993) S. 10-15; Deakin/Gillian S. Morris, Labour Law, 1995, S. 140-169, jeweils m.w.N.

gleichend betrachtet<sup>17</sup> der Arbeitsvertragsbegriff durchgehend einen einheitlichen Inhalt aufweise: Arbeitsverträge seien charakterisiert durch die Weisungsgebundenheit und eine gewisse soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.<sup>18</sup> Diese rechtsvergleichende Begriffsbildung ist indes ihrerseits bereits Ausfluß einer bestimmten Auslegungs- und damit Qualifikationsmethode. Sie kann durchaus für den Systembegriff des Art. 6 EVÜ Pate gestanden haben. Trotzdem entbindet sie nicht von der weiteren Beachtung der Art. 18 EVÜ, 36 EGBGB. EVÜ-spezifische Abweichungen kann sie nicht schlechthin ausschließen.

#### bb) Rechtsprechung des EuGH zu Arbeitsverträgen unter Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ

Eine kleine, aber nicht zu unterschätzende Hilfestellung für die Auslegung des Art. 6 EVÜ gibt die Rechtsprechung des EuGH zu Arbeitsverträgen unter Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ. Diese läßt sich mit Hilfe des Grundsatzes der konventionsvergleichenden Auslegung von EVÜ und EuGVÜ<sup>19</sup> auch für Art. 6 EVÜ fruchtbar machen, um so mehr, weil die Ausbildung von Sonderregeln für Arbeitsverträge unter Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ in der Fassung vor dem Inkrafttreten des 3. Beitrittsübereinkommens wesentlich auf die Existenz des Art. 6 EVÜ und die darauf aufbauende *Ivenel/Schwab*-Entscheidung des EuGH<sup>20</sup> zurückzuführen ist und Art. 5 Nr. 1 Hs. 2 und 3 EuGVÜ 1989 wiederum auf der Rechtsprechung des EuGH beruhen. Als Charakteristika des Arbeitsvertrags haben sich dabei auf der Grundlage einer EuGVÜ-autonomen Auslegung des Vertragsbegriffs und seiner Unterformen<sup>21</sup> bisher herausgeschält: Den Gegenstand eines Vertrags auf Arbeitsleistung bildet eine unselbständige Tätigkeit, bei welcher sich eine Partei (der Arbeitnehmer) in den Betrieb der anderen Partei (des Arbeitgebers) eingliedert und dadurch ein Abhängigkeitsverhältnis begründet wird, wobei der Vertrag auf eine gewisse Dauer eingegangen wird.<sup>22</sup> Allerdings ist bisher noch keine darüber hinausgehende, detailgenauere Umschreibung des Begriffs Arbeitsvertrag unter Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ erfolgt, die etwa Kriterien wie die Entgeltlichkeit einbezogen hätte.<sup>23</sup> Noch nicht abschließend geklärt ist auch unter Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ die Bedeutung, welche eine rechtsvergleichende Betrachtung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten für die Begriffsfindung haben könnte.<sup>24</sup>

#### cc) Arbeitnehmerbegriff des Art. 48 EGV

Obwohl es um die Ermittlung von Charakteristika des Arbeitsvertrags als Vertragstyps geht, kann es in deren Rahmen von Bedeutung sein, ob eine Person Arbeitnehmer im Sinne des Gemeinschaftsrechts ist oder nicht.<sup>25</sup> Denn dann, wenn eine Person als Arbeitnehmer im Sinne des primären Gemeinschaftsrechts anzusehen ist, indiziert dies, daß ein mit ihr abgeschlossener Vertrag über die Leistung bestimmter Dienste ein Arbeitsvertrag ist. Arbeitet jemand nach Weisung oder geht er kein unternehmerisches Risiko ein, prägt dies auch und gerade den konkreten Vertrag. Anders gewendet: Ein Arbeitsvertrag ist ein Vertrag über Dienstleistungen zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer. Ist eine Partei in einem normhierarchisch hoch anzusiedelnden Rechtsgebiet als Arbeitnehmer einzuordnen, bedarf es zumindest einer besonderen Begründung, warum man in einem anderen Rechtsgebiet von dieser Einordnung bei einem konkreten Vertrag sachlich abweichen will.

Daß die europarechtliche Grundfreiheit „Freizügigkeit der Arbeitnehmer“ konkret berührt ist, implizierte zwar nicht automatisch, daß der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff für Art. 6 EVÜ unbedingt ausschlaggebende Bedeutung haben müßte.<sup>26</sup> Denn das EVÜ selbst ist kein Gemeinschaftsrecht; es hat – anders als das EuGVÜ – nicht einmal einen Ansatzpunkt in Art. 220 EGV.<sup>27</sup> Jedoch besteht erhebliche Begründungslast, warum man im Ergebnis anders qualifizieren sollte als

das Gemeinschaftsrecht, zumal auch das Gemeinschaftsrecht letztendlich auf die konkreten Vertragsverhältnisse und deren Ausgestaltung rekurriert.

Der Rechtsprechung des EuGH lassen sich folgende Aussagen entnehmen: Der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff dient gerade der Abgrenzung zu den Selbständigen. Selbständige sind keine Arbeitnehmer im Sinne des Art. 48 EGV.<sup>28</sup> Nur Arbeitnehmer profitieren von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 48 EGV, während Selbständige auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 EGV oder die Niederlassungsfreiheit nach Art. 52 EGV verwiesen sind.<sup>29</sup> Der Arbeitnehmerbegriff des Art. 48 EGV ist ein autonomer gemeinschaftsrechtlicher, von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten abstrahierender Begriff.<sup>30</sup> Er ist weit auszulegen, um eine möglichst große Reichweite der Arbeitnehmerfreizügigkeit, einer Grundfreiheit des EGV, zu gewährleisten.<sup>31</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Arbeitsverhältnis gekennzeichnet durch: die Leistungserbringung für einen anderen (Arbeitge-

17 Siehe zur Rechtsvergleichung zwischen den Rechten der EU-Mitgliedstaaten insbesondere *Ramm*, Der Arbeitsvertrag nach dem Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (Bruxelles 1977); außerdem *Gamillscheg*, Labour Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law III/28, 1973; *Veneziani*, in: *Blanpain/Engels* (ed.), Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 5. Aufl. 1993, S. 203.

18 Grundlegend *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, 1959, Nr. 31; dem folgend z. B. *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. 1988, Rn. 731; v. *Bar* (Fn. 13), Rn. 446; *Junker* (Fn. 13), S. 172; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 63; *Reithmann/Martiny* (Fn. 12), Rn. 1334.

19 Näher z. B. *Mankowski*, RIW 1994, 421, 423 sowie BGH, 26. 10. 1993, BGHZ 123, 380; *Walch*, Gespaltene Normen und Parallelnormen im deutschen Internationalen Privatrecht, 1991, S. 110-152.

20 EuGH, 26. 5. 1982 – Rs. 25/81, Slg. 1982, 1891, 1900 Rn. 12-15 – *Roger Ivenel/Helmut Schwab* = RIW 1982, 908.

21 EuGH, 22. 3. 1983 – Rs. 34/82, Slg. 1983, 987, 1002 Rn. 9 f. – *Martin Peters Bauunternehmung GmbH/Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*; 8. 3. 1988 – Rs. 9/87, Slg. 1988, 1539, 1554 Rn. 10 – *SPRL Arcado/SA Haviland*; dazu u. a. *Schlosser*, RIW 1989, 139.

22 EuGH, 15. 1. 1987 – Rs. 266/85, Slg. 1987, 239 – *Shenavai/Kreischer* = NJW 1987, 1131 m. Anm. *Geimer* = Rev. crit. dr. int. pr. 76 (1987), 797 m. Anm. *Droz*; dazu *Ernst Mezger*, IPPrax 1987, 346; *Bischoff/Huet*, Clunet 114 (1987), 465; *Schultsz*, Ned. Jur. 1988 Nr. 413.

23 *Johner*, Die direkte Zuständigkeit der Schweiz bei internationalen Arbeitsverhältnissen, 1995 S. 75.

24 Siehe *Birk*, RdA 1983, 143, 146; *Johner* (Fn. 23), S. 75.

25 Siehe *Soergel/v. Hoffmann* (Fn. 13), Art. 30 EGBGB Rn. 5. Im übrigen ist auch die vergleichende Auslegung von EVÜ, EuGVÜ und Europarecht praktisch anerkannt, siehe nur *SchweizBG* 4. 8. 1995, BGE 121 III 36, 40 = *SZIER* 1996, 84, 86 m. Anm. *Volken*.

26 In diese Richtung aber wohl *Hanau*, NJW 1996, 1369, 1373.

27 Siehe nur *Meyer-Sparenberg*, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, 1990 S. 50 f.

28 EuGH, 4. 10. 1991 – Rs. C-15/90, Slg. 1991, I-4655, I-4682 Rn. 13 – *David Maxwell Middleburgh/Chief Adjudication Officer*; 15. 2. 1996 – Rs. C-53/95, EuZW 1996, 238 Rn. 8 = *EWS* 1996, 216 Rn. 8 m. Anm. *Klima* – Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants/Hans Kemmler; *Krimphove*, Europäisches Arbeitsrecht, 1996 S. 89.

29 EuGH, 7. 7. 1988 – Rs. 143/87, Slg. 1988, 3877, 3893 f. Rn. 9-11 – *Christopher Stanton u. SA belge d'assurance „L'toile 1905“/Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants*; 15. 2. 1996 – Rs. C-53/95, EuZW 1996, 238 Rn. 8 = *EWS* 1996, 216 Rn. 8 m. Anm. *Klima* – Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants/Hans Kemmler.

30 Ständige Rechtsprechung seit EuGH 19. 3. 1964 – Rs. 75/63, Slg. 1964, 379, 396 – *Frau M. K. H. Unger*, Ehefrau des Herrn R. Hoekstra/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten.

31 EuGH, 23. 3. 1982 – Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035, 1049 Rn. 11 – *D.M. Levin/Staatssecretaris van Justitie*; 3. 6. 1986 – Rs. 139/85, Slg. 1986, 1741, 1750 f. Rn. 13-15 – *R.H. Kempf/Staatssecretaris van Justitie*; 3. 7. 1986 – Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121, 2144 Rn. 16 – *Deborah Lawrie Blum/Land Baden-Württemberg*; 31. 5. 1989 – Rs. 344/87, Slg. 1989, 1621, 1644 Rn. 11 – *Ingo Bettray/Staatssecretaris van Justitie*; 27. 9. 1989 – Rs. 9/88, Slg. 1989, 2989, 3009 Rn. 13 – *Mario Lopes da Veiga/Staatssecretaris van Justitie*.



ber) während einer bestimmten Zeit und nach dessen Weisungen, sofern hierfür seitens des Arbeitgebers eine Gegenleistung (Lohn oder Gehalt) versprochen wird.<sup>32</sup> Verlangt ist außerdem (als versprochene Vertragsleistung) die Ausübung einer tatsächlichen, nicht nur vorgetäuschten Tätigkeit im Wirtschaftsleben, die einen nicht so geringen Umfang hat, daß sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt.<sup>33</sup> Nicht erforderlich ist jedenfalls, daß der Arbeitgeber (genauer: der Vertragspartner des potentiellen Arbeitnehmers) alle Eigenschaften eines Unternehmens besitzt; verlangt ist nur die Begründung eines Vertragsverhältnisses, das alle eben skizzierten Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweist, oder ein entsprechender Wille.<sup>34</sup> Davon erfaßt sind auch Teilzeitarbeitsverhältnisse und die Beschäftigung unterhalb des durchschnittlichen oder Mindesteinkommens der betreffenden Branche.<sup>35</sup>

Trotz autonomer Auslegung des Art. 48 EGV entspricht der so gefundene Arbeitnehmerbegriff also sehr weitgehend jenem des deutschen Rechts.<sup>36</sup> Auch für diesen sind bekanntlich die Eingliederung in eine Organisation und die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Dauer und Ausführung der versprochenen Dienste<sup>37</sup> sowie das Fehlen eines Unternehmerrisi-

kos<sup>38</sup> maßgeblich.<sup>39</sup> Allerdings sind gerade mit Blick auf Konstellationen am Bau auch so formale Kriterien wie die Eintragung in die Gewerberolle (dann handele es sich um einen Selbständigen) zur Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen benutzt worden.<sup>40</sup> Ein starkes Indiz für eine Arbeitnehmereigenschaft liegt vor, wenn der Betreffende nur einen einzigen Vertragspartner (nicht mehrere zur gleichen Zeit) hat, insoweit also nicht selbst am Markt auftritt und weder über eine eigene Organisation noch über nennenswertes unternehmerisches Kapital verfügt.<sup>41</sup> In dieselbe Richtung zielt ein Ende Oktober 1996 in den Bundesrat eingebrachter Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit.<sup>42</sup>

#### dd) Arbeitnehmerbegriff des sekundären Gemeinschaftsrechts

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht übernimmt grundsätzlich den Arbeitnehmerbegriff des primären Gemeinschaftsrechts, denn es dient der Ausfüllung des Primärrechts.<sup>43</sup> Gegebenenfalls leistet das Sekundärrecht aber Konkretisierungen. Zentral sind dabei die Ausgestaltungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit insbesondere im Bereich der Aufenthaltsgenehmigungs- und Arbeitserlaubnisverfahren, namentlich die VO EWG Nr. 1612/68,<sup>44</sup> die Richtlinie 68/360/EWG,<sup>45</sup> die VO EWG Nr. 1251/70<sup>46</sup> und die Richtlinie 90/364/EWG.<sup>47</sup> Gerade im europäischen Internationalen Sozialrecht tritt die Dichotomie von Arbeitnehmern und Selbständigen besonders deutlich zutage: Die VO EWG Nr. 1408/71 galt ursprünglich nur für

- 32 EuGH, 23. 3. 1982 - Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035, 1048 Rn. 9 - D.M. Levin/Staatssecretris van Justitie; 3. 7. 1986 - Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121, 2144 Rn. 17 - Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg; 21. 6. 1988 - Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205, 3244 Rn. 21 - Steven Malcolm Brown/Secretary of State for Scotland; 26. 2. 1992 - Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027, I-1059 Rn. 10 - V.J.M. Raulin/Minister van Onderwijs en Wetenschappen. Die Literatur folgt dem EuGH insoweit ohne Einwände, siehe zuletzt *Krimphove* (Fn. 28), S. 86; *Odenthal*, JA 1996, 309; *Runggaldier*, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), Losebl. 1994 ff., B 2000 Rn. 18; *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 1996, Rn. 558; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 1155; *Nicolaysen*, Europarecht II, 1996, S. 162.
- 33 EuGH, 23. 3. 1982 - Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035, 1050 Rn. 17 - D.M. Levin/Staatssecretris van Justitie; 21. 6. 1988 - Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205, 3244 Rn. 21 - Steven Malcolm Brown/Secretary of State for Scotland; 5. 10. 1988 - Rs. 196/87, Slg. 1988, 6159, 6173 Rn. 13 - Udo Steymann/Staatssecretaris van Justitie; 26. 2. 1992 - Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027, I-1059 Rn. 10 - V.J.M. Raulin/Minister van Onderwijs en Wetenschappen; auch EuGH, 31. 5. 1989 - Rs. 344/87, Slg. 1989, 1621, 1645 Rn. 13 - Ingo Bettray/Staatssecretaris van Justitie; näher *Runggaldier* (Fn. 32), EAS B 2000 Rn. 26-29.
- 34 EuGH, 15. 12. 1995 - Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, I-5063 Rn. 74 - EuZW 1996, 82 m. Anm. *wertenbruch* - JZ 1996, 248 m. Anm. *Schroeder* - EWS 1996, 218 - Union royale belge des sociétés de football association ASBL et al./Jean-Marc Bosman.
- 35 EuGH, 23. 3. 1982 - Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035, 1050 Rn. 15 f. - D.M. Levin/Staatssecretris van Justitie; 3. 7. 1986 - Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121, 2145 Rn. 21 - Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg; GA Sir Gordon Slynn, Schlußanträge, 20. 1. 1982 in der Rs. 53/81, Slg. 1982, 1054, 1059 f.; s. auch EuGH, 26. 2. 1992 - Rs. C-357/89, Slg. 1992, I-1027, I-1060 Rn. 13 f. - V.J.M. Raulin/Minister van Onderwijs en Wetenschappen.
- 36 Ebenso *Hanau*, NJW 1996, 1369, 1373. Zu verbliebenen Differenzbereichen, z. B. Studien- und Rechtsreferendaren, *Hanau/McHardy*, AR-Blattei D-Blatt Europäische Gemeinschaften Entscheidungen 23.Forts-BI.
- 37 Siehe zu diesem nur BAG, 15. 3. 1978, BAGE 30, 163, 169 = BB 1978, 760; 13. 1. 1983, BAGE 41, 247, 253 = BB 1983, 1855; 9. 5. 1984, AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 2; 27. 3. 1991, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 2R = BB 1991, 1414; 30. 10. 1991, AP Nr. 59 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 2R = BB 1992, 1356; 13. 11. 1991, BAGE 69, 62, 67 = BB 1992, 1860; 24. 6. 1992, AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 3R; 26. 7. 1995, DB 1996, 381, 382; BSG 29. 8. 1963, BSGE 20, 6, 8; 29. 1. 1981, BSGE 51, 164, 167; 28. 1. 1992 = 11 RAr 133/90 sowie *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl. 1996, § 8 II; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1992, S. 42-49, § 4 III, IV, *Söllner*, Grundriß des Arbeitsrechts, 11. Aufl. 1994, S. 16-21, § 3 I; *Kreuder*, AuR 1996, 386, 391; kritisch dazu z. B. *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 101-107; *Bauschke*, AR-Blattei SD 110 Rn. 16-34. Eingehend zu Definition, Ausgestaltung und Charakteristika des Weisungsrechts *Worzalla* (Fn. 7), Rn. 97-133, 143-180.

- 38 BSG, 13. 12. 1960, BSGE 13, 196, 201 f.; 31. 7. 1974, BSGE 38, 53, 57; 12. 12. 1990, NZA 1991, 907; 6. 2. 1992, SozR 3-4100 § 104 AFG Nr. 8 S. 35 f.; 21. 4. 1993, AP Nr. 67 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 2R = BB 1981, 183; BAG, 13. 8. 1980, AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit, sowie LAG Köln, 30. 6. 1995, AuR 1996, 413 und aus der Literatur insbesondere *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige (1988) 123-133, 150 sowie *Lieb*, RdA 1974, 257, 259; *ders.*, RdA 1977, 210, 214 f.; *Diller* (Fn. 37), S. 127 f.; *Worzalla* (Fn. 7), Rn. 134-142.
- 39 Für einen Katalog weiterer Abgrenzungskriterien aus sozialrechtlicher Sicht siehe *Brand*, ZSozReform 1996, 401, 405-407 m.w.N. Tragend die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen heranzuziehen (in diese Richtung *Steinmeyer*, ZSozReform 1996, 348, 369-373) erscheint mir zu offen und zu sehr von subjektiven Wertungen des Beurteilers abhängig. Gerade mit Blick auf die Abgrenzung zu Scheinselbständigen konstatiert *Ballauf*, Die Mitbestimmung 9/1996, 12-16 eine Auflösung des herkömmlichen Arbeitnehmerbegriffs.
- 40 Siehe ArbG Wetzlar, 31. 10. 1995 - 1 Ca 290/95, BB 1996, 700.
- 41 Insbesondere *Wank* (Fn. 38), S. 159-168; *ders.*, DB 1992, 90; *ders.*, ZSozReform 1996, 387, 392 f.; ihm folgend LAG Köln, 30. 6. 1995, LAGE Nr. 29 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; *Kreuder*, AuR 1996, 386, 393; siehe auch ArbG Nürnberg, 31. 7. 1996, EZA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 57 = AIB 1996, 677 m. Anm. *Mayer*; *östOGH*, 8. 2. 1996, WBI 1996, 367, 368. Kritisch dazu *Worzalla* (Fn. 7), Rn. 187-196. Diese Kriterien greift jetzt § 7 Abs. 2 SGB IV-E im Gesetzesantrag der Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen - Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, BR-Drucks. 793/96 Anl. S. 1 auf.
- 42 Gesetzesantrag der Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen - Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, BR-Drucks. 793/96, 23. 10. 1996.
- 43 EuGH 19. 3. 1964 - Rs. 75/63, Slg. 1964, 379, 395-397 - Frau M.K.H. Unger, Ehefrau des Herrn R. Hoekstra/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten; vgl. auch EuGH, 21. 6. 1988 - Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205, 3244 Rn. 21 - Steven Malcolm Brown/Secretary of State for Scotland.
- 44 VO EWG Nr. 1612/68 des Rates vom 15. 10. 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. EG 1968 L 257/1.
- 45 Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15. 10. 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl. EG 1968 L 257/13.
- 46 VO EWG Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. 6. 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben, ABl. EG 1970 L 142/24.
- 47 Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28. 6. 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. EG 1990 L 180/26.

Arbeitnehmer. Für ihre Erstreckung auf Selbständige war eine ausdrückliche Erweiterungsverordnung, nämlich die VO EWG Nr. 1390/81,<sup>48</sup> erforderlich. Für Zeiträume vor dem Inkrafttreten dieser Ausdehnungsverordnung am 1. 7. 1982 findet die VO EWG Nr. 1408/71 auf Selbständige keine Anwendung.<sup>49</sup> Diese Dichotomie ist um so bemerkenswerter, weil Art. 1 lit. a VO EWG Nr. 1408/71 schon zuvor einen sehr weiten Arbeitnehmerbegriff definierte, unter den Werkstätige fielen, welche z. B. nach deutschem Recht als Selbständige einzuordnen gewesen wären.<sup>50</sup> Im geltenden Text des Art. 1 lit. a VO EWG Nr. 1408/71 werden „Arbeitnehmer“ und „Selbständiger“ gemeinsam allein unter Bezugnahme auf eine bestehende Sozialversicherung (und damit letztlich unter implizitem Verweis auf das Sozialversicherungsrecht des betroffenen Mitgliedstaats, welches die Bedingungen zur Aufnahme in die Sozialversicherung festlegt<sup>51</sup>) definiert. Der Begriff des „Selbständigen“ gewinnt dabei keine härteren gemeinschaftsrechtlichen Konturen, die über das Postulat einer weiten Auslegung hinausgingen.<sup>52</sup> Er hat keine entscheidende Bedeutung für den Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Garantie.<sup>53</sup>

#### ee) Ergebnis

Ein Arbeitsvertrag im Sinne der Art. 30 EGBGB, 6 EVÜ liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>54</sup>

- Erbringen von Dienstleistungen durch eine Partei gegen Vergütung;
- Fehlen eigener unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und eigenen unternehmerischen Risikos der zur Dienstleistung verpflichteten Partei;
- Weisungsrecht des Dienstnehmers und organisatorische Eingliederung der zur Dienstleistung verpflichteten Partei in die Organisation des Dienstnehmers;
- wirtschaftliche Abhängigkeit und daraus resultierende sozial schwächere Position und Schutzbedürftigkeit der zur Dienstleistung verpflichteten Partei.

Dies ergibt sich sowohl aus konventionsvergleichender Heranziehung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ als auch unter vergleichender Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs sowie den bisher gewonnenen rechtsvergleichenden Erkenntnissen.

#### b) Qualifikationsverweisung für die Charakteristika des konkreten Vertrags auf die potentielle *lex causae* entsprechend Art. 31 Abs. 1 EGBGB, 8 Abs. 1 EVÜ

##### aa) Grundsatz

Art. 30 EGBGB, 6 EVÜ sagen nur abstrakt, welche Kriterien ein Vertrag aufweisen muß, um als Arbeitsvertrag qualifiziert zu werden. Sie geben eine abstrakte Definition des Anknüpfungsbegriffs „Arbeitsvertrag“. Sie sagen dagegen nicht, welche Charakteristika und welchen Inhalt der konkrete Vertrag aufweist. Subsumtionstechnisch gesprochen: Sie enthalten abschließende Maßstäbe nur für den Obersatz (und dementsprechend für die eigentliche Subsumtion), aber nicht für den Untersatz. Für den Untersatz bedarf es einer Qualifikationsverweisung: Welche Charakteristika und welchen Inhalt ein konkreter Vertrag aufweist, beantwortet die potentielle *lex causae*,<sup>55</sup> also dasjenige Recht, das anwendbar wäre, wenn das in Rede stehende Charakteristikum gegeben wäre. Dies folgt aus dem Grundgedanken des Art. 31 Abs. 1 EGBGB, dem plastisch so genannten *bootstrap principle*.<sup>56</sup> Der „Griff in die Zukunft“ ist erforderlich, um Anknüpfung und auf den Vertrag anwendbares Recht miteinander in sachlichen Einklang zu bringen und eine große Vertragsspaltung zwischen Vertragsentstehungs- und Vertragswirkungsstatut zu verhindern. Die Kollisionsnorm enthält also zugleich die Qualifikationsverweisung für die Ausfüllung ihres eigenen Anknüpfungsbegriffs.

Die entsprechende Technik verwendet paradigmatisch Art. 27 Abs. 4 EGBGB, indem er für das Vorliegen der Rechtswahl (also des Anknüpfungsbegriffs des Art. 27 Abs. 1 EGBGB) auf Art. 31 Abs. 1 EGBGB verweist. Zudem gibt es keine sinnvolle Alternative zur Qualifikationsverweisung auf die potentielle *lex causae*. Anderenfalls müßte man nämlich gleichsam freischaffend Maßstäbe für die Beurteilung des konkreten Vertrags schaffen. Verträge entstehen aber nicht in einem rechtlichen Vakuum. Vertragscharakteristika orientieren sich an rechtlichen Vorgaben. Verweise man nicht zur Ausfüllung des Untersatzes der Qualifikation auf die potentielle *lex causae*, könnte man zudem zu dem widersprüchlichen Ergebnis kommen, daß man einen Vertrag als Arbeitsvertrag anspricht und infolge internationalarbeitsrechtlicher Anknüpfung einer Rechtsordnung unterstellt, welche ihm aber andere Charakteristika zuweist als sie zur Ausfüllung des Arbeitsvertragsbegriffs des Art. 30 EGBGB notwendig sind. Zur Klarstellung: Es geht nicht darum, ob die potentielle *lex causae* den konkreten Vertrag nach ihren eigenen Maßstäben als Arbeitsvertrag qualifiziert; es geht nur darum, ob die potentielle *lex causae* dem konkreten Vertrag diejenigen Charakteristika zuspricht, die erforderlich sind, um den Arbeitsvertragsbegriff des Art. 30 EGBGB zu erfüllen.

#### bb) Qualifikationsverweisung unter Art. 30 Abs. 1 EGBGB, 6 Abs. 1 EVÜ

Allerdings stellt sich für die Qualifikationsverweisung unter Art. 30 EGBGB, 6 EVÜ ein zusätzliches Problem, sofern der zu beurteilende Vertrag eine Rechtswahl enthält. Eigentliches Arbeitsvertragsstatut ist dann das gewählte Recht. Jedoch kann die Qualifikationsverweisung nicht allein auf dieses Recht gehen. Dasjenige Recht, das ohne die Rechtswahl anwendbar wäre, ist ebenfalls zu befragen. Denn ansonsten bestünde eine (wenn auch recht geringe) Möglichkeit, durch Wahl eines bestimmten Rechts das in Art. 30 Abs. 1 EGBGB, 6 Abs. 1 EVÜ angelegte Günstigkeitsprinzip zu umgehen und dem Arbeitnehmer durch die Rechtswahl die Mindestschutzstandards des ohne die Rechtswahl anwendbaren Rechts zu entziehen. Der Schutzgedanke des Art. 30 Abs. 1 EGBGB, 6 Abs. 1 EVÜ muß bereits bei der Frage danach greifen, ob seine Voraussetzungen gegeben sind, also insbesondere ein Arbeitsvertrag vorliegt. Die kollisionsrechtliche Kontrolle des

48 VO EWG Nr. 1390/81 des Rates vom 12. 5. 1981 zur Ausdehnung der VO Nr. 1408/71 des Rates auf Selbständige und ihre Familienangehörigen, ABl. EG 1981 L 143/1.

49 EuGH, 7. 7. 1988 - Rs. 143/87, Slg. 1988, 3877, 3893 Rn. 7 - Christopher Stanton u. SA belge d'assurance „L'étoile 1905“/Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants; 15. 2. 1996 - Rs. C-53/95, EuZW 1996, 238 Rn. 8 - EWS 1996, 216 Rn. 8 m. Anm. Klina - Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants/Hans Kemmler; vgl. auch EuGH 4. 10. 1991 - Rs. C-15/90, Slg. 1991, I-4655, I-4682 Rn. 14 - David Maxwell Middleburgh/Chief Adjudication Officer.

50 Siehe nur Steinmeyer, Die Einstrahlung im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1981 S. 84.

51 EuGH, 12. 7. 1979 - Rs. 266/78, Slg. 1979, 2705, 2711 f. Rn. 5 f. - Bruno Brunori/Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz; 24. 4. 1980 - Rs. 110/79, Slg. 1980, 1445, 1458 Rn. 12 - Una Coonan/Insurance Officer; 23. 9. 1982 - Rs. 275/81, Slg. 1982, 3013, 3024 Rn. 9 - G.F. Koks/Raad van Arbeid; 23. 9. 1982 - Rs. 286/81, Slg. 1982, 3027, 3044 Rn. 14 - Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank/Erben und/oder sonstige Rechtsnachfolger des G.T. Kuipers; Schulte, in: Nomos Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, Losebl. 1994, I.1; Art. 1 VO EWG Nr. 1408/71 Rn. 8; Cornelissen, RdA 1996, 329, 335.

52 Siehe EuGH, 23. 10. 1986 - Rs. 300/84, Slg. 1986, 3097, 3123 Rn. 20-23 - A.J.M. van Rossmalen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen.

53 GA Darmon, Schlußanträge, 23. 4. 1986 - Rs. 300/84, Slg. 1986, 3107, 3110 Nr. 3.

54 Ähnlich Schlunck (Fn. 15), S. 82 f.; Soerge/v. Hoffmann (Fn. 13), Art. 30 EGBGB Rn. 7-9.

55 Mankowski, RIW 1995, 1034, 1035.

56 Mankowski, RIW 1995, 1034, 1035.

gewählten Rechts durch die zwingenden Bestimmungen des ohne Rechtswahl anwendbaren Rechts erfaßt nicht nur die Vertragswirkungen, sondern bereits den Vertragsschluß.<sup>57</sup> Anderenfalls trennte man entgegen der grundlegenden Wertung der Art. 31 Abs. 1 EGBGB, 8 Abs. 1 EVÜ zumindest teilweise wieder zwischen Vertragswirkungs- und Vertragsabschlußtatbeständen.

Dagegen scheint man auf den ersten Blick einwenden zu können, der Arbeitsvertragsbegriffs des nationalen Rechts möge zwar zwingend sein, um ihn gehe es jedoch überhaupt nicht. Dies wäre zwar im Ansatz soweit richtig, als es auf jenen nationalen Arbeitsvertragsbegriffs in der Tat nicht ankommt. Jedoch setzt das Arbeitsvertragsrecht der ohne Rechtswahl anwendbaren Rechtsordnung den Vertragsparteien durch internrechtlich zwingendes Recht Grenzen bei der Ausgestaltung des Vertrags. Was internrechtlich nicht erlaubt ist, kann kein Charakteristikum des Vertrags sein. Wird z. B. der nach jenem Recht unzulässige Versuch unternommen, durch bestimmte Vertragsbestimmungen das Weisungsrecht zu kaschieren oder durch äquivalente Gestaltungen zu ersetzen, gehört aus der Sicht jenes Rechts das Weisungsrecht trotzdem zum charakteristischen Inhalt des Vertrags.

### c) Inhaltliche Bindung an die Sozialversicherungsbescheinigung E 101 auch für die arbeitsvertragliche Qualifikation?

Eine Bindung an die Angabe „Selbständiger“ in einem Formblatt E 101 für das Internationale Arbeitsvertragsrecht kann nur dann eintreten, wenn erstens eine entsprechende Bindung schon im Internationalen Sozialversicherungsrecht besteht und zweitens im Internationalen Arbeitsvertragsrecht dieselben Gesichtspunkte maßgeblich sind wie im Internationalen Sozialversicherungsrecht und keine weiteren hinzukommen. Schon die erste dieser Voraussetzungen ist gemeinschaftsrechtlich umstritten. Der EuGH hat die Frage bisher nicht entschieden.<sup>58</sup> GA Lenz hat in der Sache *Calle Grenzshop Andresen* generell eine Bindungswirkung der Bescheinigung befürwortet,<sup>59</sup> ebenso die italienische Regierung.<sup>60</sup> Hingegen haben die Kommission und die deutsche Regierung der Bescheinigung nur deklaratorische Bedeutung beigemessen, als konstitutiv dagegen die wahre Lage nach den Art. 13-17 VO EWG Nr. 1408/71 beurteilt.<sup>61</sup> Dazu, ob eine Bindung auch an einzelne Angaben in der Bescheinigung bestehen könnte, hat sich aber auch GA Lenz nicht geäußert. Dies ist von besonderer Bedeutung für die Scheinselbständigen. Denn die Angabe „Selbständiger“ in der Bescheinigung E 101 könnte ihnen nur helfen, wenn sie als einzelne Angabe bindend wäre.

Keine verallgemeinerungsfähige Aussage läßt sich der *Paletta*-Entscheidung<sup>62</sup> entnehmen. Selbst abgesehen davon, ob ihr Ergebnis juristisch korrekt und praktisch hinnehmbar ist,<sup>63</sup> betrifft sie einen speziellen Fall und orientiert sich – ebenso wie ihr Vorgänger *Rindone*<sup>64</sup> – strikt an Wortlaut und Systematik des allein auszuliegenden Art. 18 VO EWG Nr. 574/72, soweit es um die Verbindlichkeit von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen geht.<sup>65</sup> Insbesondere statuiert sie kein generelles System für die Anerkennung von Formblättern oder Bescheinigungen, die in anderen Mitgliedstaaten ausgestellt worden sind. Ihr Ergebnis war durch die konkret auszuliegende Vorschrift weitgehend vorgegeben.<sup>66</sup> Diesen Rahmen hat sie nicht überschritten. Sie gründet sich auf spezielle materielle Wertungen, nicht auf allgemeine Formaltatbestände. Symptomatischerweise hat GA Lenz sie in *Calle Grenzshop Andresen* nicht herangezogen.<sup>67</sup> Die *Roviello*-Entscheidung<sup>68</sup> trägt ebenfalls keine Aussage, daß EU-ausländische Berufsbilder und Einordnungen im Inland verbindlich sein müßten. Jene Entscheidung betrifft nur die Anerkennung von im EU-Ausland erworbenen beruflichen Qualifikationen und die Anrechnung im EU-Ausland erbrachter qualifizierter Tätigkeiten.<sup>69</sup> Dadurch geraten Einordnungs- und berufliche

Qualifikationskriterien der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht generell unter Druck.<sup>70</sup> Vielmehr geht es – in internationalprivatrechtlicher Terminologie gesprochen – nur um einen Substitutionsprozeß.<sup>71</sup> Es geht gerade um die Ausfüllung prinzipiell vom nationalen Recht vorgegebener Kriterien. Zentraler Punkt ist die Frage, inwieweit Merkmale, bei deren Aufstellung der Gesetzgeber an die Erscheinungen seines eigenen nationalen Rechtssystems gedacht hat, auch von ähnlichen, im Ausland entstandenen Erscheinungen erfüllt werden können. Die Einordnung als solche unterliegt aber weiterhin dem jeweils betroffenen nationalen Recht. Insbesondere tritt keine Bindung hinsichtlich jener Charakteristika ein, welche das betroffene nationale Recht einem konkreten Vertrag zuspricht. Die Angabe „Selbständiger“ ersetzt nicht die Weisungsfreiheit und weitgehende unternehmerische Selbstbestimmung.

Die Bescheinigung E 101 belegt das Bestehen einer Sozialversicherungspflicht nach dem Recht des Herkunftslands. Sie verhindert mittelbar eine Doppelversicherung im Empfangsstaat. Arbeitnehmer und sozialversicherte Selbständige stehen einander für die Zwecke der VO EWG Nr. 1408/71 gleich, wie schon die gemeinsame Definition in Art. 1 lit. a VO

- 57 Davon gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme: Ob die Rechtswahl zustande kommt und vertragsabschlußrechtlich wirksam ist, beurteilt sich nur nach dem gewählten Recht gemäß Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 Abs. 4; 31 Abs. 1 EGBGB. Denn ein Günstigkeitsvergleich kann nur stattfinden, wenn es überhaupt zwei zu vergleichende Rechte gibt. Der Günstigkeitsvergleich nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB setzt gerade voraus, daß die Rechtswahl zustande gekommen und wirksam ist. Ohne Rechtswahl gibt es keinen Günstigkeitsvergleich nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB. Die Herstellung und Ausgestaltung des einen Vergleichsparts, des gewählten Rechts, muß aber nach dessen eigenen Maßstäben erfolgen.
- 58 Siehe EuGH, 16. 2. 1995 – Rs. C-425/93, Slg. 1995, I-269, I-299 Rn. 21 f. – *Calle Grenzshop Andresen GmbH & Co. KG/Allgemeine Ortskrankenkasse für den Kreis Schleswig-Flensburg*.
- 59 GA Lenz, *Schlußanträge*, 19. 1. 1995 – Rs. C-425/93, Slg. 1995, I-271, I-284 – I-287 Nrn. 58-67.
- 60 Siehe die Wiedergabe bei GA Lenz, *Schlußanträge*, 19. 1. 1995 – Rs. C-425/93, Slg. 1995, I-271, I-281 Nr. 45.
- 61 Siehe die Wiedergabe bei GA Lenz, *Schlußanträge*, 19. 1. 1995 – Rs. C-425/93, Slg. 1995, I-271, I-281 f. Nrn. 47 f. bzw. I-281 Nr. 44.
- 62 EuGH, 3. 6. 1992 – Rs. C-45/90, Slg. 1992, I-3423 – *Alberto Paletta u. a./Brennet AG* – BB 1992, 1721.
- 63 Zustimmung vor allem *Abele*, *EuZW* 1992, 482 f.; *Marschner*, *EzA* Nr. 16 zu § 3 FG S. 7-15 (Jan. 1993); *Steinmeyer*, *FS Kiesel*, 1994, S. 1165-1181; *Schlachter*, *Der Europäische Gerichtshof und die Arbeitsgerichtsbarkeit*, 1995 S. 44-51. Ablehnend, zum Teil sehr kritisch dagegen z. B. *Berenz*, *DB* 1992, 2442-2446; *Wank*, *AR-Blattei ES 1000.3.1* Nr. 164 S. 6-16; *Leipold*, *FS Kiesel*, 1994 S. 629, 639-651; *Junker*, *NJW* 1994, 2527; siehe jetzt das vorsichtige Abrücken des EuGH, 2. 5. 1996 – Rs. C-206/94, BB 1996, 1116, 1117 f. = *EWS* 1996, 214, 215 f. = *EuZW* 1996, 375, 377 m. Anm. *Schlachter* = *DZWir* 1996, 453, 454 f. m. Anm. *Hergenröder*, jeweils Rn. 24-27 – *Brennet AG/Vittorio Paletta u. a.*; dazu u. a. *Heinze/Giesen*, BB 1996, 1830).
- 64 EuGH, 12. 3. 1987 – Rs. 22/86, Slg. 1987, 1339, 1362-1364 Rn. 6-14 – *Giuseppe Rindone/Allgemeine Ortskrankenkasse Bad Urach-Münsingen* = AP Nr. 9 zu Art. 48 EWG-Vertrag.
- 65 EuGH, 3. 6. 1992 – Rs. C-45/90, Slg. 1992, I-3423, I-3465 Rn. 25-28 – *Alberto Paletta u. a./Brennet AG*.
- 66 So zutreffend *Abele*, *EuZW* 1992, 482, 483; *Marschner*, *EzA* Nr. 16 zu § 3 FG, S. 13 f.; *Däubler*, in: *Die Arbeitsgerichtsbarkeit* – FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, 1994, 619, 646; auch *Wank*, *AR-Blattei ES 1000.3.1* Nr. 164 S. 10-12.
- 67 Siehe GA Lenz, *Schlußanträge*, 19. 1. 1995 – Rs. C-425/93, Slg. 1995, I-271, I-284 – I-287 Nrn. 58-67.
- 68 EuGH, 7. 6. 1988 – Rs. 20/85, Slg. 1988, 2805 – *Mario Roviello/Landesversicherungsanstalt Schwaben*.
- 69 S. EuGH, 7. 6. 1988 – Rs. 20/85, Slg. 1988, 2805, 2852 f. Rn. 13-17 – *Mario Roviello/Landesversicherungsanstalt Schwaben*.
- 70 In diese Richtung aber *Eichenhofer*, *SGB* 1992, 573, 574 f.; *Junker*, *JZ* 1994, 277, 284.
- 71 Zur Substitution im Internationalen Privatrecht siehe nur die gleichnamige Arbeit von *Hug* (1983) und *Mansel*, *FS Werner Lorenz*, 1991, S. 689-707.



EWG Nr. 1408/71 zeigt. Sozialversicherungsrechtlich ist allein das Vermeiden der Doppelversicherung mit doppelter Beitragspflicht bezweckt. Dafür kommt es aber nicht darauf an, ob der Betreffende Arbeitnehmer oder Selbständiger ist. Der Zweck wird gleichermaßen erreicht, wenn ein Recht den Betreffenden als Arbeitnehmer, das andere als Selbständigen der Sozialversicherungspflicht unterwirft. Die Angabe in der Bescheinigung dient allein dazu, ihn unter eine der beiden gleichzubehandelnden Kategorien einzuordnen. Sie präjudiziert nicht die Einordnung für die Zwecke anderer Rechtsgebiete. Sie zwingt nicht einmal dazu, daß der Empfangsstaat den Betreffenden sozialversicherungsrechtlich bei hypothetischer Betrachtung als Selbständigen behandelt. Anderenfalls würde die Einordnung als Arbeitnehmer oder Selbständiger eine Bedeutung gewinnen, die sie nach der eine Gleichbehandlung gebietenden VO EWG Nr. 1408/71 jedenfalls so nicht hat.<sup>72</sup>

#### d) Einfluß von Vereinbarungen mit anderen Mitgliedstaaten nach Art. 17 VO EWG Nr. 1408/71?

Die Regierungen des Vereinigten Königreichs und der Bundesrepublik haben in Gesprächen folgende Übereinstimmung erzielt:<sup>73</sup> Für britische self employed-persons soll bei vorübergehender Tätigkeit in Deutschland deutsches Recht gelten. Es soll nach deutschem Recht zu beurteilen sein, ob der Betreffende in Deutschland als Selbständiger oder als Arbeitnehmer anzusehen ist. Damit wird zugleich eine Bindung an die Angabe „Selbständiger“ in der Bescheinigung E 101 verneint. Allerdings ist dieses Gesprächsergebnis keine Vereinbarung, die auf Art. 17 VO EWG Nr. 1408/71 gestützt werden könnte. Art. 17 VO EWG Nr. 1408/71 ist eine Ausnahmenvorschrift. Er soll die Schwierigkeiten beheben, die sich aus der Anwendung der Art. 13-16 VO EWG Nr. 1408/71 auf spezifische, von der Verordnung nicht besonders berücksichtigte Sachverhalte ergeben können.<sup>74</sup> Auf sie kann auch zu dem Zweck zurückgegriffen werden, in einer bestehenden Situation, die sich erst nach ihrem Eintritt als unbillig erweist, Abhilfe zu schaffen.<sup>75</sup> Sie nimmt in keiner Weise Bezug auf die Gründe und Umstände, die Mitgliedstaaten veranlassen können, eine Ausnahme von Art. 13-16 VO EWG Nr. 1408/71 zu vereinbaren. Insoweit haben die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum, der ausschließlich durch das Interesse des Arbeitnehmers oder Selbständigen begrenzt wird.<sup>76</sup> Sachlich hätte also für das Vereinigte Königreich und die Bundesrepublik sowohl Anlaß als auch die Möglichkeit bestanden, die Situation der britischen Scheinselbständigen in Deutschland rechtsverbindlich zu klären.<sup>77</sup> Dies ist jedoch nicht erfolgt. Das erzielte Einvernehmen ist nicht mehr als ein informeller Ausdruck der beiderseitigen Ansichten und hat nicht die erforderliche<sup>78</sup> Qualität eines Verwaltungsabkommens. Um so weniger sind weitergehende Anforderungen<sup>79</sup> wie Verkündung des Vertragsinhalts mit Gesetzes- oder Verordnungskraft nach nationalem Recht erfüllt. An der europarechtlichen Situation ändert jenes Einvernehmen nichts. Wäre eine europarechtlich induzierte Bindung an die Angaben in der Bescheinigung E 101 zu bejahen, würde diese Bindung jenes Einvernehmen der Regierungen der betroffenen Staaten überspielen.

### III. Entsprechende Anwendung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes?

Einer entsprechenden Anwendung des AEntG auf ausländische Scheinselbständige bedarf es nicht. Erstens gilt für die mit ausländischen Scheinselbständigen geschlossenen Verträge in aller Regel deutsches Arbeitsrecht,<sup>80</sup> und das AEntG beschränkt sich auf eine Durchsetzung zwingender deutscher Tarifvorschriften gegenüber einem ausländischen Arbeitsvertragsstatut. Deutsches Arbeitsrecht muß sich hier nicht erst zwangsweise über eine Eingriffsnormenkonstruktion<sup>81</sup> Bahn brechen und ein ausländisches Arbeitsvertragsstatut (über

Art. 30 Abs. 1 EGBGB hinausgehend) verdrängen. Zweitens würden die Regeln des AEntG in der Sache nicht passen. Meldepflichten für einen im Ausland ansässigen entsendenden Unternehmer können hier kein Pendant haben. Arbeitgeber ist der deutsche „Auftraggeber“. Es verhält sich eben nicht so, daß der Scheinselbständige sich selbst entsendete und ein fiktiver „Organisationsrest“ im Ausland Meldepflichten unterliegen könnte. Ein „Kleinstunternehmen“ hat in „Entsendungskonstellationen“ keinen vom jeweiligen Aufenthalt des „Einzelunternehmers“ unabhängigen, beständigen Ort der Betriebs- oder Geschäftsleitung.<sup>82</sup> Zwar mögen Sozialversicherungspflichten nach Art. 14 a Nr. 1 VO EWG Nr. 1408/71 noch bis zu zwei Jahren dem Recht des „Entsendestaates“ eines Selbständigen unterliegen können. Sie sind jedoch Dauertatbestände und verlangen keine aktuell noch in jenem Staat vorhandene Organisation. Drittens ist der deutsche „Auftraggeber“ (richtigerweise als Arbeitgeber verstanden) sowieso den deutschen Tarifverträgen unterworfen, sofern er Mitglied des entsprechenden Verbandes ist oder der einschlägige Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Denn internationalarbeitsrechtlich sind Tarifnormen sowohl als Teil des Arbeitsvertragsstatuts<sup>83</sup> als auch im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB zur Anwendung berufen.<sup>84</sup> Auch eine Wahl ausländischen Rechts im Arbeitsvertrag entzöge diesen also bei Verrichtung der Arbeit in der Bundesrepublik nicht einschlägigen deutschen Tarifverträgen. Hier setzt sich deutsches Tarifrecht, sofern es sachrechtlich anwendbar ist, über Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 EGBGB durch.

### Zusammenfassung und Schlußbetrachtung

1. Aus der Sicht des Internationalen Privatrechts sind Verträge mit ausländischen Scheinselbständigen über Tätigkeiten in Deutschland (insbesondere auf deutschen Baustellen) als

72 Vgl. GA Darmon, Schlußanträge, 23. 4. 1986 – Rs. 300/84, Slg. 1986, 3107, 3110 Nr. 3; tendenziell anders Cornelissen, RdA 1996, 329, 338.

73 Siehe AOK-Bundesverband Deutsche Verbindungsstelle Krankerversicherung Ausland, Rundschreiben Nr. 53/1995 – EWG-Nr. 20/1995, 10. 7. 1995, 2 unter (3).

74 EuGH, 17. 5. 1984 – Rs. 101/83, Slg. 1984, 2223, 2238 Rn. 21 – Raad van Arbeid/P.B.Bruse.

75 EuGH, 17. 5. 1984 – Rs. 101/83, Slg. 1984, 2223, 2238 Rn. 21 – Raad van Arbeid/P.B.Bruse; 29. 6. 1995 – Rs. C-454/93. Slg. 1995, I-1707, I-1734 Rn. 29 – Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening/Joop van Gestel.

76 EuGH, 17. 5. 1984 – Rs. 101/83, Slg. 1984, 2223, 2239 Rn. 25 – Raad van Arbeid/P.B.Bruse.

77 Unter Umständen können die betroffenen Personen(gruppen) sogar einen Rechtsanspruch auf Prüfung und, wenn die Sachlage eindeutig ist, auf Abschluß einer Vereinbarung nach Art. 17 VO EWG Nr. 1408/71 haben: Eichenhofer, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht EAS (Losebl. 1994 ff.) B 1200 Rn. 126.

78 Steinmeyer, in: Nomos, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, Losebl. 1994, I.17, Art. 17 VO EWG Nr. 1408/71 Rn. 5.

79 Für diese siehe BSG, 8. 10. 1981, SozR 6180 Art. 13 Nr. 3, S. 15; Steinmeyer (Fn. 78), I.17, Art. 17 VO EWG Nr. 1408/71 Rn. 5.

80 Ohne Rechtswahl nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB; bei Wahl eines ausländischen Rechts nach Art. 30 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 EGBGB im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs.

81 Siehe nur Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG), Begründung, BT-Drucks. 13/2414, 8; Borgmann, IPRax 1996 315, 318.

82 Vgl. FG Nürnberg, 26. 3. 1996, EFG 1996, 783, zu § 10 AO.

83 Hickl, NZA 1987 Beil. 1, 10, 15; Junker (Fn. 13), S. 430-436 m.w.N.; s. unter dem vor 1986 geltenden alten IPR grundlegend BAG, 4. 5. 1977, BAGE 29, 138 – AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau m. Anm. Lorenz – SAE 1977, 302 m. Anm. Beitzke.

84 Siehe nur Heilmann (Fn. 13), S. 95; Wimmer, Die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse durch kollektive Normenverträge, 1992 S. 36; Hergenroder, AR-Blätter SD 1550.15 Rn. 67; Reithmann/Martiny (Fn. 12), Rn. 1397.

Arbeitsverträge zu qualifizieren. Dies geht mit dem Arbeitnehmerbegriff des Europarechts konform. Die Angabe „Selbständiger“ in einer Sozialversicherungsbescheinigung E 101 entfaltet keine Bindungswirkung.

2. Nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB unterliegen solche Verträge daher bei objektiver Anknüpfung dem deutschen Arbeitsvertragsrecht. Eine Rechtswahl (z. B. des Heimatrechts des Scheinselbständigen) entzieht sie nicht dem Anwendungsanspruch der zwingenden deutschen Arbeitnehmerschutznormen, soweit diese dem Arbeitnehmer (d. h. dem Scheinselbständigen) günstiger sind als jene des gewählten Rechts. Eine uneingeschränkte Anwendung des Rechts desjenigen Staates, in welchem der Scheinselbständige seine „(Haupt-)Niederlassung“ hat, findet nicht statt. Durch die (zumindest alternative) Anwendbarkeit deutschen Rechts unterscheiden sich die Scheinselbständigenfälle gravierend von den Fällen der echten Entsendung von Arbeitnehmern. In den echten Entsendungsfällen ist auf die Arbeitsverhältnisse infolge der vorübergehenden Natur der Entsendung und der fortbestehenden Einbettung des Arbeitnehmers in eine ausländische Betriebsorganisation regelmäßig nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB das Recht des ausländischen Entsendestaats anzuwenden.<sup>85</sup>

3. Das Internationale Privatrecht liefert also die nötige Grundlage, um die Problematik der ausländischen Scheinselbständigen in Deutschland angemessen zu regeln. Besonderer Eingriffsnormen bedürfte es nicht. Behördliche Befugnisse unterliegen sowieso nicht dem Arbeitsvertragsstatut, sondern sind gesondert anzuknüpfen. Die sachrechtliche Behandlung durch das deutsche Arbeitsrecht ist durch die internationalprivat-

rechtliche Entscheidung zwar nicht präjudiziert. Wegen der nötigen Qualifikationsverweisung laufen aber kollisions- und sachrechtliche Einordnung der Verträge mit Scheinselbständigen als Arbeitsverträge im Ergebnis parallel. Was bei Verweisung auf das deutsche Recht kollisionsrechtlich als Arbeitsvertrag einzuordnen ist, ist auch für die Zwecke des deutschen Arbeitsrechts ein Arbeitsvertrag. Verträge mit ausländischen Scheinselbständigen sind für das deutsche Recht ebenso Arbeitsverträge wie Verträge mit inländischen Scheinselbständigen.<sup>86</sup> Ob und inwieweit Scheinselbständige im Vergleich zu den vertraglichen Vereinbarungen weitergehende Ansprüche gegen ihre Vertragspartner, die ihnen nach deutschem Recht zustünden, durchsetzen, bleibt allerdings der individuellen Entscheidung des einzelnen überlassen. Insofern bestehende praktische Durchsetzungsdefizite sind nicht dem IPR anzulasten.

**Hinweis der Redaktion:** Vgl. auch Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung (Vereinbarung der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger), BB 1992, 1492. v. *Einem*, Abhängige Selbständigkeit, BB 1994, 60. *Gerken/Löwisch/Rieble*, Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in ökonomischer und rechtlicher Sicht, BB 1995, 2370. Neuerdings: Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 1812 vom 21. 1. 1997, abgedruckt in EWS 3/1997.

<sup>85</sup> S. nur *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505, 506.  
<sup>86</sup> *Kretz*, AR-Blattei SD 330 Rn. 189.



Bundesverband der Deutschen Industrie - 11053 Berlin

Recht, Wettbewerbspolitik und  
Versicherung

Datum  
11. März 2004

**Stellungnahme**  
  
**zum**  
  
**EU-Richtlinienvorschlag**  
**(vom 12. Januar 2004)**  
  
**über**  
  
**Dienstleistungen**

Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.  
Mitgliedsverband der UNICE

Hausanschrift  
Breite Straße 29  
10178 Berlin

Postanschrift  
11053 Berlin

Telekontakte  
Tel.: (030) 2028-1560  
Fax: (030) 2028-2560

Internet  
<http://www.bdi-online.de>

E-Mail  
[S.Hintzen@bdi-online.de](mailto:S.Hintzen@bdi-online.de)

## 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 Mitgliedstaaten 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 Dienstleis-

Empfänger 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 Regulator 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 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 Regeigungsintensität, 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. Im 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 seinerseits 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 festschreibt, 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.

# Positionspapier



**Binnenmarkt vollenden, Marktchancen nutzen,  
Wachstums- und Beschäftigungspotenziale realisieren**

**Drei Empfehlungen der deutschen Wirtschaft zur Dienstleistungsrichtlinie**

Europapolitik

Recht, Wettbewerbspolitik und  
Versicherung

Datum  
8. April 2005

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 industriennahe 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:

Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.  
Mitgliedsverband der UNICE

Hausanschrift  
Breite Straße 29  
10178 Berlin

Postanschrift  
11053 Berlin

Telekontakte  
Tel.: (030) 2028-1621  
Fax: (030) 2028-2621

Internet  
<http://www.bdi-online.de>

E-Mail  
[F.wehnert@bdi-online.de](mailto:F.wehnert@bdi-online.de)



## 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;
- „**Positivisten**“. 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 Standesorganisationen.

- **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 **verboten**. 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 ungebetene 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:

Seite  
6 von 6

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.

**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 „Wettbewerbs-  
fähigkeit 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. Sonia Lange**

## I. Einleitung

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaft hat am 25.2.2004<sup>1</sup> den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vorgelegt. Der Richtlinienentwurf baut auf dem Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament mit dem Titel „Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen“ auf.<sup>2</sup> 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“<sup>3</sup> (nachfolgend Kommissionsentwurf genannt) als auch auf den Entwurf eines Berichts des Europäischen Parlaments<sup>4</sup> (nachfolgend Gebhardt-Entwurf genannt).

## II. Steuerungsfunktion des Wirtschaftsrechts

Aufgabe des Wirtschaftsrechts ist die Steuerungsfunktion des Verhaltens der am Wirtschaftsleben beteiligten Personen.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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

<sup>1</sup> KOM (2004) 2 endgültig/2.

<sup>2</sup> KOM (2002) 441 endgültig.

<sup>3</sup> 5161/05.

<sup>4</sup> Vorläufig 2004/0001 (COD)

<sup>5</sup> Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der BRD, Darmstadt 1977, S. 4f.

<sup>6</sup> Steindorff, a.a.o., S. 5.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

(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.<sup>9</sup>

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

<sup>8</sup> Vgl. hierzu J. Fischer, Für einen neuen Gesellschaftsvertrag, 1998, S. 187.

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

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

<sup>10</sup> Streinz/Schroeder, EUV/EGV, § 249 EGV Rn. 87.

<sup>11</sup> 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 staatsrechtlich 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.<sup>12</sup>

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 Strafrechtsnormen, 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 Strafrechtsanktion. 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> Demnach wäre eine horizontale Richtlinie unzulässig.<sup>15</sup> 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

<sup>12</sup> V. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, a.a.O.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 188ff., insbes. 264.

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

<sup>15</sup> 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/Forsthoef 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 pointillistischen 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.<sup>16</sup>
- 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?<sup>17</sup>
- 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 holzschnittartige 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-

<sup>16</sup> Vgl. *Mankowski*, IPrax 2004, 391 m.w.N.

<sup>17</sup> *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 beschriebene 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. Ausnahmereiche 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.

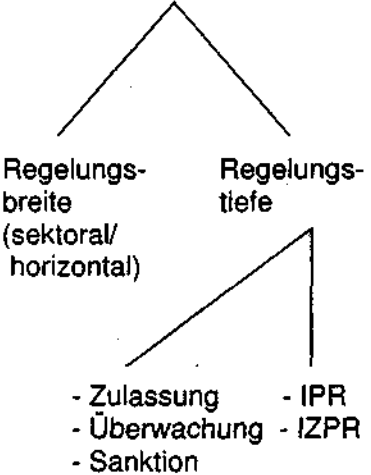
Im Übrigen gilt: Solange die Mitgliedstaaten selbst bei einem unterstellten gleichwertigen Schutzniveau unterschiedliche Mittel zur Erzielung dieses Niveaus einsetzen können, stößt jede horizontale Richtlinie auf kaum überwindbare Hindernisse.

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>Regelungsbreite (sektoral/horizontal)</p> <p>Regelungstiefe</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zulassung</li> <li>- Überwachung</li> <li>- Sanktion</li> <li>- IPR</li> <li>- IZPR</li> </ul>	<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>

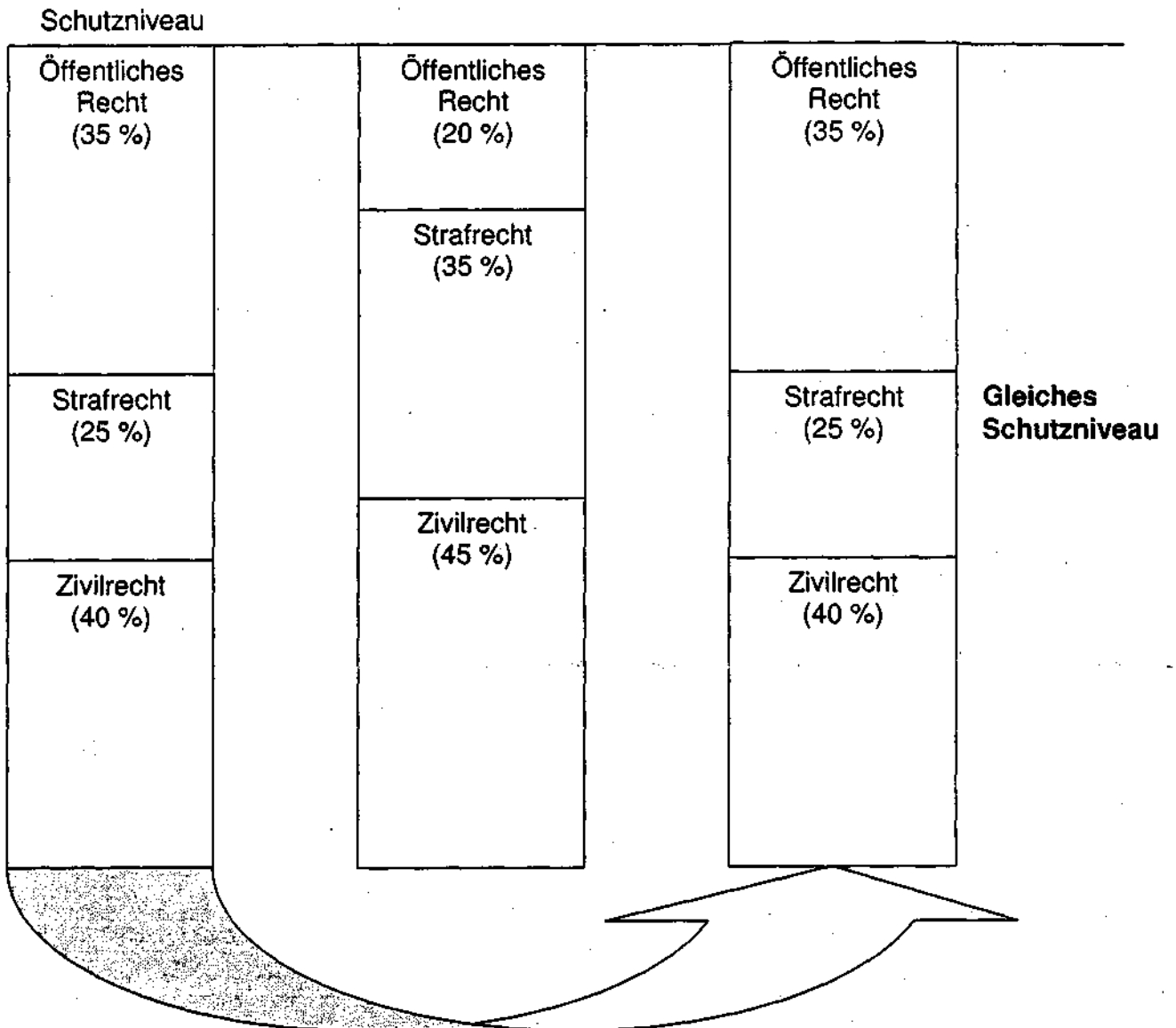
- Anlage 2 -

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*

- Anlage 3 -

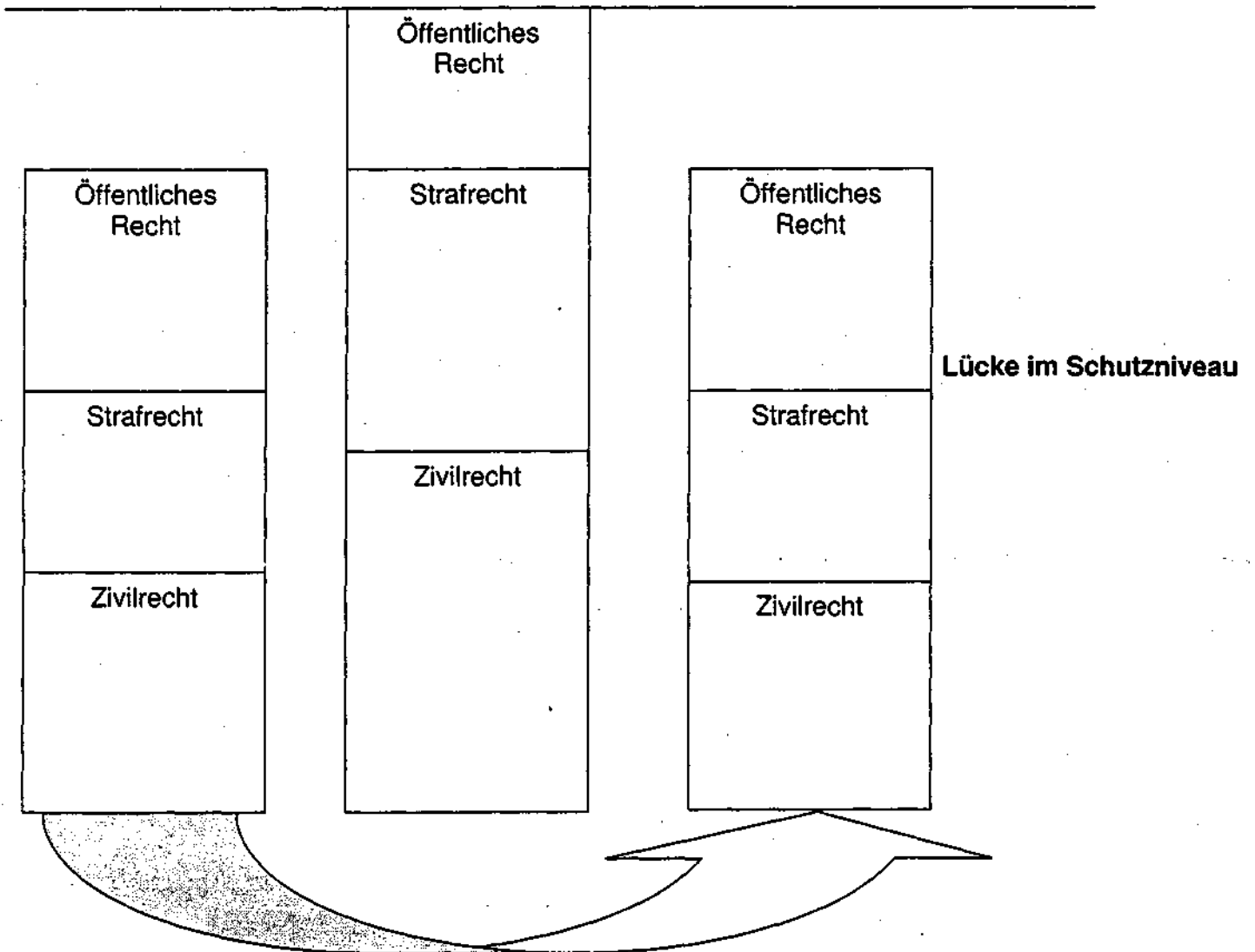
Anwendung des strikten Herkunftslandprinzips bei unterschiedlichem Schutzniveau

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 -

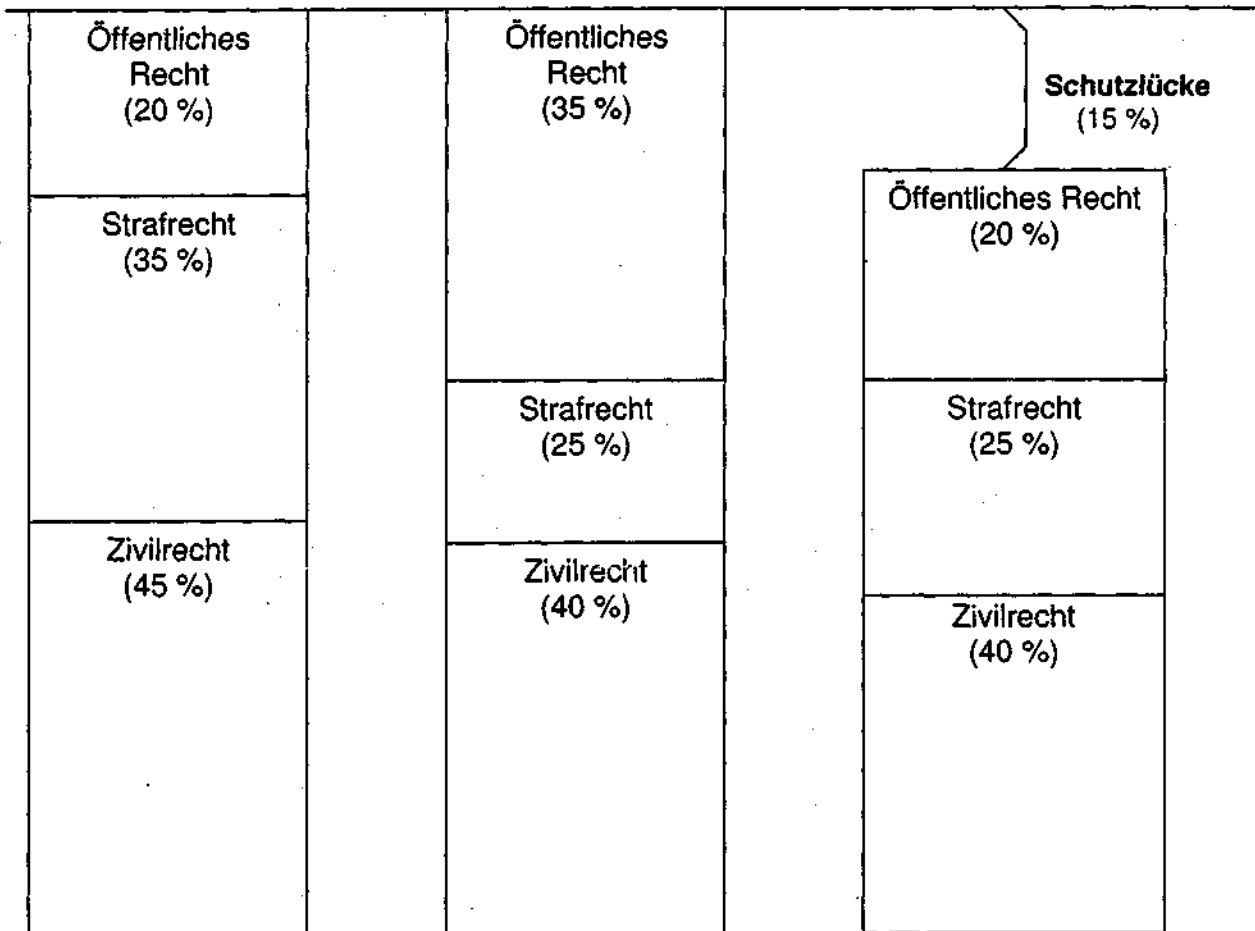
Anwendung eines gespaltenen Herkunftslandprinzips bei gleichem Schutzniveau aber unterschiedlicher Verteilung der Steuerungsanteile der verschiedenen Rechtsdisziplinen

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