

**(13) Ausschuss für Gesundheit
und Soziale Sicherung
Ausschussdrucksache
0889(9)
vom 26.05.2005**

15. Wahlperiode

**Rechtsanwalt Dr. Frank Lorenz, schneider : schwegler rechtsanwälte,
Königsallee 60 G, 40212 Düsseldorf, Tel. 0211/13860-60, Fax 0211/13860-99,
eMail: lorenz@schneider-schwegler.de**

Rechtliche Aspekte des Entwurfs einer Dienstleistungs-Richtlinie Arbeitspapier zur Vorlage bei der Anhörung des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung des Deutschen Bundestages am 1. Juni 2005

Am 13.1.2004 hat die EU-Kommission den Entwurf einer Rahmenrichtlinie zu Dienstleistungen im Binnenmarkt vorgelegt, der Gegenstand der derzeit stattfindenden Beratungen im Europäischen Parlament ist. Unter der luxemburgischen Ratspräsidentschaft wurde angesichts der zunehmenden Kritik am Richtlinien-Entwurf am 10.1.2005 ein überarbeiteter Entwurf zur Beratung in der Arbeitsgruppe „Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum“ vorgelegt, den sich die Kommission jedoch ausdrücklich nicht zu Eigen gemacht hat.

1. Wesentlicher Inhalt des Richtlinien-Entwurfs

Inhaltlich enthält der RL-E **drei Schwerpunkte**, wobei bestimmte bereits koordinierte Dienstleistungsbereiche und insbesondere die Finanzdienstleistungen aus seinem Regelungsbereich herausgenommen sind:

1.1 Dienstleistungsfreiheit

In seinem eigentlichen Regelungsgebiet, dem **Dienstleistungsverkehr**, ordnet der RL-E mit dem **Herkunftslandprinzip** an, dass Dienstleistungserbringer allein den Rechtsvorschriften des Landes unterliegen, in dem sie niedergelassen sind. Die Erbringung von Dienstleistungen durch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Dienstleistungserbringer darf nicht beschränkt werden. Dieses Prinzip wird durch Ausnahme- und Übergangsregelungen ergänzt. Die Dienstleistungsempfänger sollen in ihrem Recht, Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen, nicht durch restriktive Maßnahmen ihres eigenen Landes, sei es öffentlicher oder privater Akteure, behindert, sondern im Gegenteil unterstützt werden. Bei der **Entsendung von Arbeitnehmern** soll die Aufgabenteilung zwischen Herkunfts- und Erbringungsmitgliedstaat, u.a. auch im Hinblick auf das Kontrollverfahren zugunsten des Herkunftsstaates neu geregelt werden.

1.2 Niederlassungsfreiheit

Regelungen zur Niederlassungsfreiheit betreffen Maßnahmen zur **Verwaltungsvereinfachung** durch die Benennung einheitlicher Ansprechpartner im Erbringungsstaat und die Ermöglichung des elektronischen Formularverkehrs. Rechtliche Anforderungen und **Genehmigungserfordernisse** in den Mitgliedstaaten sollen, soweit aus Sicht der Kommission zu restriktiv sind, auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft oder abgeschafft werden.

1.3 Harmonisierungs- und Koordinierungsregelungen

Rechtsvorschriften z.B. zum **Verbraucherschutz**, zu **Informationspflichten** des Dienstleistungserbringers, der Berufshaftpflichtversicherung, multidisziplinären Tätigkeiten, der Beteiligung von Streitigkeiten und der Qualitätskontrolle sollen harmonisiert werden. Der RL-E enthält Regelungen zur **Qualitätssicherung** u.a. in Gestalt von freiwilligen Zertifizierungen und der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Handels- und Handwerkskammern. Die Mitgliedstaaten werden dazu angehalten, ihre gegenseitige Unterstützung zu intensivieren. Hierfür sieht der Entwurf eine neue Rollenverteilung zwischen Herkunfts- und Erbringungsstaat vor.

2. Welche Dienstleistungen sind betroffen?

Der RL-E fußt auf dem **weiten europarechtlichen Verständnis** einer Dienstleistung. Im EG-Vertrag wird unter Dienstleistung nicht etwa der tertiäre Sektor einer Volkswirtschaft verstanden, sondern ein Vorgang, bei dem eine Leistung zwischen zwei Wirtschaftssubjekten erbracht wird, die sich einander als Gebietsfremde, d.h. auf dem Staatsgebiet zweier verschiedener Mitgliedstaaten, gegenüberstehen. Dieses Verständnis führt dazu, dass der Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrages auch dann erfüllt ist, wenn ein Betrieb des volkswirtschaftlich als sekundär bezeichneten Sektors, z.B. eine Tischlerei, grenzüberschreitende Leistungen erbringt, z.B. beim Ladenbau oder der Restauration. Dementsprechend sprechen wir von **drei** Fallgestaltungen:

- a)** den Korrespondenzdienstleistungen (z.B. Rundfunk, elektronischer Datenverkehr, Banküberweisungen),
- b)** der Ortsveränderung des Dienstleistungserbringers und
- c)** der Ortsveränderung des Dienstleistungsempfängers.

Die Erbringung einer Dienstleistung von einer inländischen Niederlassung eines Unternehmens aus einem anderen Mitgliedstaat aus gehört in rechtlicher Hinsicht zur Niederlassungsfreiheit und nicht zur Dienstleistungsfreiheit, ist aber dennoch Gegenstand des RL-E.

Da der RL-E auch die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (einschließlich der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung) erfasst, sind sämtliche wirtschaftlichen Tätigkeiten betroffen.

3. Bereichsausnahmen bezüglich des Herkunftslandprinzips

Art. 17 RL-E sieht Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip vor, d.h. die übrigen Regelungen des RL-E sollen Anwendung finden.

3.1 Entsende-Richtlinie 96/71/EG

Nach Art. 17 Ziffer 5 sind alle „**Angelegenheiten**“, die unter die „**Entsende-Richtlinie**“ 96/71/EG fallen, vom Herkunftslandprinzip ausgenommen. Die Entsende-Richtlinie schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten der EU ihre für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge im Baugewerbe auf Arbeitnehmer erstrecken müssen, die in ihr Hoheitsgebiet entsendet werden. Dasselbe gilt für gesetzliche Mindestlohnregelungen und andere zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts, z.B. im Arbeitsschutz, bei der Arbeitszeit und im Urlaubrecht. Außerdem haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge aus anderen Branchen auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Das beabsichtigt die Bundesregierung jetzt mit der Ergänzung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes.

Im **Ergebnis** soll der materielle Gehalt der Entsende-Richtlinie zwar unangetastet bleiben, die Kontrollbefugnisse des Empfängerstaats werden jedoch so erheblich eingeschränkt, dass dieser materielle Gehalt nicht mehr durchgesetzt werden kann.

3.2 Unerlässlichkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit

Art. 17 Ziffer 17 soll den Mitgliedstaaten gestatten, spezifische Anforderungen an Dienstleistungserbringer aufrecht zu erhalten, soweit diese aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit unerlässlich sind. Die im Erwägungsgrund 43 hierzu aufgeführten Beispiele machen deutlich, dass von dem Standard anderer Mitgliedstaaten nach oben abweichende Anforderungen hiervon nicht erfasst wären. So sind dort ausschließlich die äußeren Bedingungen der Dienstleistung angesprochen werden, nicht aber mögliche generelle Vorbehalte hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistung selbst. Insbesondere kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, Gesundheitsdienstleistungen seien vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.

4. Europarechtliche Verstöße durch den Richtlinien-Entwurf

4.1 Der RL-E verstößt gegen das Subsidiaritätsprinzip des EG-Vertrages.

Erstens ist das Herkunftslandsprinzip zur Integration des Binnenmarktes **nicht erforderlich**; zweitens liegt ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip in dem **Verbot der Kontrollmöglichkeiten** für die Empfängerstaaten der Dienstleistung.

4.2 Mit dem RL-E überschreitet die Kommission ihre Kompetenzen.

Die Rechtsgrundlage des RL-E bezieht sich ausschließlich auf die Kompetenz zur Koordination des Dienstleistungsverkehrs. Tatsächlich sind z.B. auch weit reichende Regelungen zur **Niederlassungsfreiheit** enthalten, die hiervon nicht gedeckt sind. In den Bereichen **Gesundheit** und **Bildung** liegt die Kompetenz bei den EU-Mitgliedstaaten, dennoch enthält der RL-E hierzu Regelungen mit erheblichen Folgewirkungen. So bestimmt beispielsweise Art. 152 Abs. 5 EG ausdrücklich die Nachrangigkeit der europäischen Ebene gegenüber den Mitgliedstaaten bei der Organisation des Gesundheitssystems. Ebenso gilt dies bei Hörfunk, Wasser, Kultur, Bildung oder sozialen Diensten.

5. Probleme des Herkunftslandprinzips

Kernstück des RL-E und zugleich wesentlicher Kritikpunkt nicht zuletzt in sozialpolitischer Hinsicht ist das Herkunftslandprinzip in Art. 16. Seine ordnungs- und sozialpolitische Brisanz erwächst daraus, dass niedrige Standards des Herkunftslandes mit der Dienstleistung selbst in den Erbringerstaat exportiert werden und dort einen Wettbewerbsdruck auslösen, der letztlich zu einer Absenkung der bestehenden Standards führt.

Das Herkunftslandprinzip basiert auf einer Garantenstellung des Herkunftsstaates. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt es voraus, dass entsprechende Regelungen existieren, die eine **Harmonisierung** bereits bewirkt haben. Genau hierin liegt das wesentliche Problem der grundsätzlichen Anordnung des Herkunftslandprinzips im RL-E: Damit wird eine Anerkennungspflicht begründet für Regelungsbereiche, die derzeit noch nicht harmonisiert sind. Das gilt z.B. für die Arbeitnehmerüberlassung.

Bislang ist das Herkunftslandprinzip europarechtlich allein bei sogen. Korrespondenzdienstleistungen verwendet worden, so in der e-commerce-Richtlinie 2000/31/EG und der Fernseh-Richtlinie (RL 89/552/EWG, zuletzt geändert durch RL 97/36/EG), nicht jedoch, wenn eine tatsächlich Leistungserbringung durch Menschen betroffen war.

6. Dienste von allgemeinem und allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

6.1 Regelungen zur Daseinsvorsorge im Richtlinienentwurf

Die Dienste von „**allgemeinem wirtschaftlichen Interesse**“ sind in Art. 16 und 86 Abs. 2 EG geregelt. Es handelt sich hierbei um Dienstleistungen, die in den Augen des Staates auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt ggf. nicht genügend Anreize dazu gibt. Insofern gibt es eine Teilkongruenz mit dem in der Bundesrepublik gebräuchlichen Begriff der „**Daseinsvorsorge**“. Weiter gefasst hingegen ist der in Frankreich gebräuchliche Begriff des „**service public**“, da hierunter alle Leistungen verstanden werden, die im öffentlichen Interesse durchgeführt werden, z.B. auch die öffentliche Sicherheit. In einer Reihe von Sektoren wie z.B. dem ÖPNV, den Postdiensten, der Telekommunikation und dem Energiesektor liegen bereits gemeinschaftsrechtliche Regelwerke vor, die deswegen vom RL-E auch nicht berührt werden.

Die Bedeutung von Art. 16 EG im Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages ist zwar umstritten, doch spricht viel dafür, dass hiermit die Anerkennung der mitgliedstaatlichen Gestaltungsbefugnis im Bereich der Daseinsvorsorge als gleichwertiges Vertragsprinzip neben der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts anerkannt worden ist. Begrenzungen mitgliedstaatlichen Handelns rühren aus der Unterordnung unter das Wettbewerbsrecht in Art. 86 Abs. 1 EG und die Beihilferegelungen des EG-Vertrages insbesondere in Art. 87 Abs. 1 EG her.

Der EuGH hatte im Urteil „Altmark Trans“ vom 24.7.2003 (Rs. C-280/00) zur Wettbewerbskonformität von einer Bezuschussung des öffentlichen Personennahverkehrs durch die öffentliche Hand entschieden, dass Zuschüsse, mit denen Leistungen zur Erfüllung von **Gemeinwohlverpflichtungen** abgegolten werden, keine staatlichen Beihilfen sind, wenn folgende Kriterien erfüllt werden:

- a) Die Berechnung des finanziellen Ausgleichs muss vorab klar benannt sein.
- b) Die Leistungen müssen nachvollziehbar gemeinwohlorientiert, d.h. funktions- und nicht trägerbezogen sein.
- c) Die Gewährung muss der Transparenz-Richtlinie entsprechen.

Die Konsequenz hieraus ist, dass alle staatlichen Unterstützungsleistungen, die diese Kriterien nicht erfüllen, gegenüber der Europäischen Kommission notifizierungspflichtig sind.

Erbringt ein Mitgliedstaat eine Leistung ohne wirtschaftliche Gegenleistung im Rahmen seiner sozialen, kulturellen, bildungspolitischen oder rechtlichen Verpflichtungen, wird diese vom RL-E gemäß seinem Art. 4 nicht erfasst. Eine Dienstleistung ist dann als nicht wirtschaftlich anzusehen, wenn auf dem relevanten Markt kein Gewinn, sondern lediglich ein kostendeckender Betrag zu erzielen ist. Die hier hervorgehobene **Entgeltlichkeit** der Dienstleistung ist aber kein geeignetes Abgrenzungskriterium, da auch Erstattungsleistungen durch Dritte, z.B. Versicherungsträger, im Zweifel eine Entgeltlichkeit im vorgenannten Sinne darstellen können.

Gemeinschaftsrechtliche sektorspezifische Regelungen kommen bisher nur bei solchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Betracht, die auf Grund ihrer Größe und strukturellen Vernetzung gemeinschaftsweite Bedeutung haben. Solche Bereiche wie z.B. die Telekommunikation wurden bereits im Rahmen gesonderter Richtlinien geregelt. Hier besteht daher ebenso wenig Regelungsbedarf wie in der Frage der Finanzdienstleistungen.

Der RL-E erfasst nach Erwägungsgrund 7a in der Fassung der **luxemburgischen Ratspräsidentschaft** nur Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, d.h. solche, die einer Wirtschaftstätigkeit entsprechen, nicht von allgemeinem Interesse. Nach Art. 1 (Geltungsbereich) und Erwägungsgrund 7b und 7c der **luxemburgischen** Fassung betrifft der RL-E weder die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die Einrichtungen des öffentlichen oder privaten Rechts vorbehalten sind noch die Privatisierung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen. Auch Dienstleistungsmonopole oder Beihilfen sollen nicht erfasst sein. Damit bleibt es insoweit bei der bisherigen Anwendung des Wettbewerbsrechts der Art. 81 ff. EG. Bestehende Monopole sollen zumindest wegen des RL-E nicht abgeschafft werden, Beihilferegulungen in den Bereichen Gesundheit und Soziales sowie audiovisuelle Medien und Kultur sind ohnehin nicht erfasst.

Bislang vertritt der EuGH auf der Grundlage des EG-Vertrages die Auffassung, dass die Definitionsmacht darüber, was eine Dienstleistung von „allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ ist, bei den Mitgliedstaaten liegt.

Vor allem auf Intervention der französischen Regierung, die eine ausdrückliche Kompetenz der EU in diesem Sektor für notwendig erachtete, wurde Art. III-122 des Entwurfs einer Europäischen Verfassung dergestalt ergänzt, dass die Grundsätze und Bedingungen insbesondere wirtschaftlicher und finanzieller Art der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch **Europäisches Gesetz** zu erfolgen habe. Sofern also eine Rahmen-Richtlinie zur Dienstleistungsfreiheit überhaupt als sinnvoll anzusehen sein sollte, müsste sie zugleich zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten durch ein hierarchisch gleich gelagertes Regelwerk zur Erfassung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse flankiert werden. In einer solchen Flankierung kann ein wesentlicher Vorteil liegen:

Den Mitgliedstaaten wäre ermöglicht, ihre politischen Vorstellungen zu konkretisieren und damit zugleich die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich die notwendigerweise auf den Einzelfall bezogene Rechtsprechung des EuGH nicht allein an im Primärrecht verankerten Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit, orientiert.

Generell wird es jedoch sinnvoll sein, sich – wie bisher – auf sektorale Regelwerke zu beschränken. Dabei muss es sich nicht notwendigerweise um eine Richtlinie mit einer entsprechenden Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten handeln. Unter einem „Europäischen Gesetz“ im verfassungsrechtlichen Sinne kann auch z.B. eine Empfehlung verstanden werden. Daneben sollten Dienstleistungen von allgemeinem und allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aus dem Geltungsbereich der Dienstleistungs-Richtlinie insgesamt durch eine Regelung im sachlichen Geltungsbereich gem. Art. 2 RL-E herausgenommen werden, und zwar unter Zugrundelegung der Kriterien der Versorgungssicherheit, allgemeinen Zugänglichkeit, flächendeckenden Versorgung, Kontinuität und Nachhaltigkeit, Erschwinglichkeit und Rechtsicherheit, die der EuGH auch zur Maßgabe seiner Entscheidung in „Altmark Trans“ gemacht hat.

6.2 Auswirkungen des Richtlinienentwurfs auf Gesundheitsdienste

Der RL-E erfasst laut seinem Erwägungsgrund 14 auch *„Gesundheitsdienstleistungen und damit zusammenhängende Dienste und häusliche Dienste wie die Pflege älterer Menschen“*. Nach Art. 152 Abs. 5 EG sind Regelungen auf EU-Ebene im Gesundheitswesen nachrangig zu mitgliedstaatlichen Regelungen. Zwar können zu anderen Sachgebieten erlassene Regelungen auch Auswirkungen auf den Gesundheitsschutz haben, wie der EuGH z.B. zum Tabakwerbeverbot entschied. Solche Harmonisierungsregelungen müssten aber der Verhinderung von zumindest wahrscheinlichen Wettbewerbsverzerrungen dienen.

Hiervon weicht der RL-E in der Fassung des **Kommissions**-Vorschlags deutlich ab. Eine Richtlinie kann sich aber nur innerhalb des durch das Primärrecht gesteckten Kompetenzrahmens bewegen.

6.2.1 Regelungen zur Leistungserbringung

Gesundheitsdienstleistungen im Sinne des Art. 2 RL-E können personenbezogene Leistungen sein, bei denen sich ein Dienstleistungsempfänger in einen anderen Mitgliedstaat begibt oder der Dienstleistungserbringer (z.B. bei Pflegediensten) seine Leistung in einem anderen Mitgliedstaat erbringt. Insbesondere in grenznahen Regionen mit hohem Lohngefälle (z.B. Polen/Deutschland) kann es hier zu Verdrängungswettbewerb kommen. Denkbar sind auch Korrespondenzdienstleistungen, sofern eine persönliche Anwesenheit nicht erforderlich ist. Der grenzüberschreitende Versand von Medikamenten fällt hingegen unter die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. EG.

Zwar sind nach Art. 17 Ziff. 21 RL-E von Verbrauchern geschlossene Verträge vom Herkunftslandprinzip ausgenommen. Bei Gesundheitsdienstleistungen handelt es sich aufgrund der Komplexität der Leistungsbeziehungen und der damit verbundenen Erstattungsregelungen jedoch nicht von vornherein um Verbraucherverträge im Sinne dieser Ausnahmeregelung.

Der RL-E enthält in Art. 4 Ziff. 10 eine Definition des Begriffs der „*Krankenhausversorgung*“ (in der Fassung der **luxemburgischen** Präsidentschaft jetzt in Art. 23 Abs. 1a) und sieht vor, dass die Erstattung für Krankenbehandlung im EU-Ausland (d.h. in Wahrnehmung der passiven Dienstleistungsfreiheit = der Dienstleistungsempfänger begibt sich ins EU-Ausland) nicht niedriger sein darf als im Inland. Deutlich wird die Ausdehnung des Kompetenzrahmens im Erwägungsgrund 52 der **luxemburgischen** Präsidentschaft: Der RL-E soll die VO 1408/71 (EWG) danach im Hinblick auf Behandlungen außerhalb des Krankenhauses ergänzen, für die zuvor keine Genehmigung eingeholt worden war.

Auch private Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen unterliegen dem Herkunftslandprinzip gem. Art. 16 des RL-E. Eine Überschreitung des Kompetenzrahmens des Art. 152 Abs. 5 EG liegt dabei insbesondere in der mengenbezogenen Steuerung von Gesundheitsleistungen und verpflichtenden Anforderungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Qualität der Dienstleistungen, so z.B. bei Pflegedienstleistungen nach § 112 i.V.m. § 80 f. SGB XI. Die dort genannten Anforderungen wären mit der Anwendung des Herkunftslandprinzips nicht mehr in Einklang zu bringen.

Daneben trifft der RL-E auch Regelungen zur Leistungserbringung durch die Niederlassung eines Unternehmens aus einem anderen Mitgliedstaat. Problematisch ist nicht so sehr, dass der RL-E überhaupt Regelungen zur **Niederlassungsfreiheit** enthält. Dies wäre sogar zu begrüßen, wenn sich diese Bestimmungen im Rahmen der bisherigen europarechtlichen Regelwerks zur Niederlassungsfreiheit hielten. Der RL-E geht jedoch an mehreren Stellen weit über den bisherigen Status quo hinaus.

Der gemeinschaftsrechtliche Begriff einer „Niederlassung“ ist im EuGH-Urteil „*Factortame*“ vom 25.7.1991 (Rs. 221/89) erstmals definiert worden als „*tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit*“. Von Interesse ist hier, dass die Fernseh-Richtlinie 89/552/EWG in ihrem Art. 2 Abs. 3 einen dezidierten Kriterienkatalog enthält, was eine Niederlassung im Sinne der Richtlinie ausmacht. Sofern eine Dienstleistungs-Richtlinie überhaupt Regelungen zur Niederlassungsfreiheit enthalten kann, sind diese auf die Begriffsbestimmung der Niederlassung beschränken. Eine Ausweitung der Niederlassungsfreiheit selbst hingegen ist vom Kompetenzrahmen des RL-E nicht gedeckt.

In den Art. 9 ff. RL-E werden Anforderungen an das innerstaatliche Genehmigungsverfahren gestellt. Von vornherein ist die Erlaubnis Genehmigungen zu verlangen, von der objektiven Rechtfertigung durch ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses abhängig (Art. 9 RL-E). Soweit Genehmigungen erteilt werden können, müssen sie gem. Art. 10 Abs. 4 RL-E „die Aufnahme und Ausübung der Dienstleistungstätigkeit auf dem gesamten Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates ..., einschließlich der Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen Tochtergesellschaften oder Geschäftsstellen“ erlauben. Etwas auf die kommunale oder Landesebene bezogene Genehmigungen wie z.B. bei vorschulischen Einrichtungen der freien Jugendhilfe, privaten Ersatzschulen oder nichtstaatlichen Hochschulen wären danach nicht mehr zulässig.

Art. 14 des RL-E geht in seiner derzeitigen Fassung weit über die bisherige Interpretation der Niederlassungsfreiheit und ihrer zulässigen Beschränkungen durch den EuGH hinaus. Dies betrifft sowohl Fragen der Haftungsbeschränkung als auch z.B. der steuerlichen Behandlung. Problematisch sind das Verbot des Erfordernisses einer Hauptniederlassung (Art. 14 Abs. 3 RL-E) und die Gestattung der Mehrfachregistrierung (Art. 14 Abs. 2 RL-E). Die Formulierung zu Sitzregelungen in Art. 14 Ziff. 3 RL-E ist unklar, dazu gibt es schon seit langem bestehende Parallelregelungen (z.B. die Richtlinie 89/666/EWG zu Zweigniederlassungen). Auch das Verbot in Art. 16 Ziffer 3 f) des RL-E Beschränkungen im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbständiger Tätigkeit vorzunehmen, spielt hier hinein. Große Bedenken bestehen auch bei Art. 14 Ziff. 7 RL-E: Gemäß dieser Formulierung soll es einem Mitgliedstaat untersagt sein, eine Niederlassung auf seinem Territorium davon abhängig zu machen, eine finanzielle Sicherheit zu stellen. Nicht vereinbar mit der in Deutschland mit der grundgesetzlich vorgeschriebenen kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) ist das Verbot, Erfordernisse hinsichtlich der Rechtsform aufzustellen.

Das Verbot einer Beschränkung mengenmäßiger Zulassungsgrenzen betreffe Zulassungsgrenzen für Arztpraxen oder Apotheken, was die Gefahr einer Überversorgung in Ballungsgebieten sowie einer Unterversorgung in großflächigeren Gegenden mit sich brächte. Das Verbot der Anforderung von Mindest- und Höchstpreisen stellt Honorarordnungen zwischen Ärzten und Sozialversicherungen in Frage.

In der Fassung der **luxemburgischen Ratspräsidentschaft** weisen die Erwägungsgründe 33 und 33a auf die besondere Bedeutung der öffentlichen Gesundheit und der Sozialpolitik hin, die besondere Anforderungen seitens der Mitgliedstaaten erforderlich machen können. Neben Genehmigungserfordernissen sind hier Vorgaben hinsichtlich der **Rechtsform** des Dienstleistungserbringers ausdrücklich benannt, unterliegen aber einer strengen Rechtfertigungskontrolle, die im Zweifel der EuGH ausübt.

6.2.2 Erstattung von Gesundheitsleistungen

Im Übrigen sind Erstattungs- und Beihilferegeln im Bereich Gesundheit und Soziales vom Herkunftslandprinzip gem. Art. 17 Ziff. 18 RL-E nicht erfasst. Daher sind stationäre Krankenhausbehandlungen im EU-Ausland nach wie vor genehmigungspflichtig. Art. 17 Ziffer 9 RL-E verweist für das anwendbare Recht der sozialen Sicherheit auf die VO 1408/71 (EWG).

Die Regelung zur Erstattung von Behandlungskosten in Art. 23 RL-E ist zwar inhaltlich unproblematisch, da sie die bisherige Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Als Regelung im Rahmen einer Dienstleistungsrichtlinie ist sie in kompetenzrechtlicher Hinsicht gleichwohl kritikwürdig. Insofern hätte es nahe gelegen, die VO 1408/71 (EWG) insoweit zu ergänzen.

7. Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht

Ob deutsches Arbeitsrecht überhaupt anwendbar ist, ist im Einzelfall fraglich. Denn der Empfängerstaat der Dienstleistung darf nicht prüfen, ob **Scheinselbständigkeit** vorliegt. Behauptet der einzelne Dienstleistungserbringer, er sei selbständig, muss dies erst einmal hingenommen werden. Das gesamte Arbeitsrecht gilt dann nicht.

6.1 Tarifvertragsrecht

Bislang können die koalitionspezifischen Betätigungsrechte aus Art. 9 Abs. 3 GG auch gegenüber aus dem Ausland entsandten Arbeitnehmern ausgeübt werden. Einstweilen wird und zwar einschließlich Arbeitskämpfmaßnahmen. Dies wäre nach Verabschiedung des RL-E anders. Für die Kollektivrechte der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer würde allein das kollektive Arbeitsrecht des Herkunftslandes gelten. Etwaige Zutritts- und Organisationsrechte deutscher Gewerkschaften würden sich z.B. nach lettischem oder britischem Recht richten.

6.2 Betriebsverfassungsrecht

Das deutsche Betriebsverfassungsrecht geht vom Territorialitätsprinzip aus. Hier ändert sich durch den RL-E zunächst nichts. Aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer werden in Deutschland nur dann betriebsverfassungsrechtlich erfasst, wenn sie in einen deutschen Betrieb „eingegliedert“ werden. Da die Eingliederung eine tatsächliche Frage ist, sind die fehlenden Kontrollmöglichkeiten vor Ort besonders gravierend.

6.3 Individualarbeitsrecht

Zunächst lässt der RL-E völlig offen, wie er sich zum bestehenden Internationalen Privatrecht und den dort enthaltenen Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer verhält. Die im Erwägungsgrund 40a in der Fassung der luxemburgischen Ratspräsidentschaft enthaltene Ergänzung ist richtigerweise in den eigentlichen Richtlinien text aufzunehmen. Bei der Arbeitnehmerüberlassung gilt zwar das Lohngleichbehandlungsgebot des deutschen AÜG (außer bei konzerninterner Leiharbeit), seine Einhaltung darf aber nicht kontrolliert werden.