

**Schriftliche Stellungnahmen der  
Sachverständigen zur Öffentlichen Anhörung:  
EU-Dienstleistungsrichtlinie  
am 16. Oktober 2006**

hier:

SV Zentralverband des Deutschen Handwerks  
e. V. (ZDH)



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

**Abteilung Recht**



ZENTRALVERBAND DES DEUTSCHEN HANDWERKS



# **Thesenpapier zur sozialverträglichen Ausgestaltung der EU-Dienstleistungsrichtlinie**

**Abteilung Recht**

**Der Kommissionsentwurf einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt ist auch kurz vor der ersten Lesung im Plenum des Europaparlaments am 14. Februar 2006 hoch umstritten. Kernproblematik ist die Frage, wie ein fairer Leistungswettbewerb in Europa ermöglicht sowie gleichzeitig ein Schutz vor Lohn- und Sozialdumping sichergestellt und damit ein Wettbewerb der Rechtsordnungen um das laxeste Recht verhindert werden kann. Zentrale Punkte sind dabei die Entsendung von Arbeitnehmern und die Ausgestaltung des in Art. 16 des Richtlinienentwurfs (RLE) verankerten Herkunftslandprinzips.**

**Beide Probleme lassen sich durch folgende Maßnahmen lösen:**

**I. Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips nach den Vorgaben der Rechtsprechung des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu den Grundfreiheiten.**

**II. Die Entsendung von Arbeitnehmern muss aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie auch hinsichtlich der Überwachungszuständigkeiten ausgeklammert werden.**

**Für beide Problemfelder sind nachfolgend Formulierungsvorschläge nebst einer entsprechenden Begründung aufgeführt. Ungeachtet dieser, aus Sicht des ZDH wesentlichen Punkte ist im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses darauf zu achten, dass zum einen die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (2005/36/EG) als speziellere Regelung nicht vom Anwendungsbereich einer künftigen Dienstleistungsrichtlinie erfasst wird und zum anderen eine grundsätzliche Kontrollzuständigkeit für die Behörden des Bestimmungslandes vorgesehen wird.**

## **I. Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips nach den Vorgaben der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten**

**Der Europäische Gerichtshof hat in seiner wegweisenden Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrags das Herkunftslandprinzip entwickelt und seine Tragweite eingeschränkt, um einerseits die Verwirklichung des Binnenmarktes abzusichern, andererseits aber nicht über dieses Ziel hinauszugehen und damit unverhältnismäßig in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einzugreifen. Dieser systematische Ansatz, der zwischen den Bereichen des Marktzugangs einerseits und den Modalitäten der Ausübung der Gewährleistung andererseits differenziert, ist bei der Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips in Artikel 16 des Entwurfs einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt zu berücksichtigen.**

### **1. Formulierungsvorschlag für Art. 16 RLE**

Auf Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten ließe sich Artikel 16 wie folgt neu formulieren, wobei anstatt auf den Begriff des *Herkunftslandprinzips* auf denjenigen des *Beschränkungsverbots* abgestellt wird:

#### **Artikel 16 Beschränkungsverbot**

*Verboten sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen. Unter Satz 1 fallen die nationalen Bestimmungen betreffend die Aufnahme der Dienstleistung ("Ob" der Leistungserbringung). Nicht dem Herkunftslandprinzip unterliegen die Modalitäten der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ("Wie" der Leistungserbringung), für die das Diskriminierungsverbot beachtlich ist. Als Bestimmungen betreffend die Aufnahme der Dienstleistung gelten potentiell marktsegmentierende nationale Maßnahmen, wenn sie tatsächliche Auswirkungen auf Marktbeteiligte haben, die einem Ausschluss vom Markt gleichkommen. Nicht-diskriminierende nationale Maßnahmen, die allein die Modalitäten der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit betreffen und damit marktregulierend wirken, unterliegen nicht dem Geltungsbereich der Richtlinie; dies gilt insbesondere für nationale Maßnahmen der allgemeinen Aufsicht über das Handelsgewerbe.*

In Satz 1 des Formulierungsvorschlags wird der Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips auf den Bereich des Marktzugangs beschränkt, wie dies in der Rechtsprechung des EuGH der Fall ist, der das Herkunftslandprinzip bei der Warenverkehrsfreiheit auf diesen Teilaspekt des Gewährleistungsgehalts der Grundfreiheit beschränkt hat. Satz 2 unterwirft den Bereich der Ausübung der Modalitäten der Gewährleistung allein einer gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle am Maßstab des Diskriminierungsverbots, so dass für die Anwendung des Herkunftslandprinzips kein Raum bleibt. In den Sätzen 3 und 4 wird diese Differenzierung näher erläutert und dabei auf die Begrifflichkeiten der markt-

segmentierenden und der marktregulierenden nationalen Maßnahmen abgestellt. Satz 5 des Formulierungsvorschlags ist an die Entscheidungsgründe eines EuGH-Urteils angelehnt (*EuGH, Urt. v. 29.6.1995, Rs. 391/92 (Kommission ./ Griechenland), Slg. 1995, S. I-1621, Rn. 17*) und enthält eine beispielhafte Nennung marktregulierender nationaler Maßnahmen, die nicht dem Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips unterliegen, so dass sich Dienstleister an den im Land der Leistungserbringung bestehenden Rechtsrahmen halten müssen und auch die nationale Behördenzuständigkeit unverändert bleibt.

## **2. Erläuterungen zum Herkunftslandprinzip in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs**

Der Europäische Gerichtshof interpretiert die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) im Sinne eines Beschränkungsverbots und damit als Freiheitsrecht. Beachtlicherweise hat der Gerichtshof diese weitgehende Interpretation der Grundfreiheit bereits in seinem ersten Urteil *v. Binsbergen* aus dem Jahre 1974 (*Rs. 33/74, Slg. 1974, S. 1299*) zum damaligen Art. 59 EWGV (nunmehr Art. 49 EG) zugrunde gelegt, das vor entsprechenden Judikaten im Bereich der Warenverkehrsfreiheit erging.

Aus der im Ansatz weit reichenden Interpretation der Dienstleistungsfreiheit im Sinne eines Freiheitsrechts folgt, dass auch nicht-diskriminierende nationale Regelungen, die nicht auf eine Abschottung der nationalen Märkte abzielen und damit der Verwirklichung des Binnenmarktes nicht entgegenstehen, grundsätzlich an der Gewährleistung der Grundfreiheit zu messen sind.

Genau dieser Problematik hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit durch sein Urteil *Keck & Mithouard (Verb. Rs. 267 und 268/91, Slg. 1993, S. 6097)* sowie die Folgerechtsprechung Rechnung getragen und zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten differenziert. Nationale Maßnahmen, die weder direkt noch indirekt diskriminierenden Charakter haben, sollen danach, so sie die Warenverkehrsfreiheit beschränken, nur dann den Schutzgehalt der Warenverkehrsfreiheit verletzen, wenn sie auf Eigenschaften abzielen, die der betreffenden Ware als Produktmodalitäten selbst anhaften. Ansonsten wird die Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit nicht betroffen. Folglich wird die Warenverkehrsfreiheit im Bereich der Produktmodalitäten im Sinne eines Beschränkungsverbots ausgelegt und angewendet, wohingegen sie bei den Verkaufsmodalitäten lediglich nationale Maßnahmen erfasst, die direkt oder indirekt diskriminierend wirken.

Auch in der Rechtsprechung des EuGH zu den anderen Grundfreiheiten gibt es deutliche Anhaltspunkte dafür, dass der Schutzgehalt der Grundfreiheiten differenziert wird. Hierfür spricht bereits der Gedanke einer Konvergenz der Grundfreiheiten (vgl. hierzu: *Koenig/Haratsch, Europarecht, Rn. 572, Herdegen, Europarecht, Rn. 282*), der darin seinen Ausdruck findet, dass alle Grundfreiheiten durch den EuGH mittlerweile über reine Diskriminierungsverbote hinausgehend als Freiheitsrechte interpretiert werden und sie alle gemeinsam der Absicherung des Binnenmarktes dienen, mithin eine gleiche Finalität aufweisen.

Konkret führte der EuGH in seiner *Alpine Investments*-Entscheidung (*EuGH, Urt. v. 10.05.1995, Rs. C-384/94, Slg. 1995, S. I-1141*) aus, ein Verbot des *cold calling* entspreche nicht den Regelungen der Verkaufsmodalitäten, die nach der Rechtsprechung *Keck & Mithouard* dem Anwendungsbereich des Artikels 30 EWG-Vertrag entzogen seien. Implizit geht der Gerichtshof damit offensichtlich davon aus, die in *Keck & Mithouard* für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit entwickelten Grundsätze seien auch bei der Dienstleistungsfreiheit sinngemäß anwendbar und im konkreten Verfahren nur deshalb nicht beachtlich, da die fragliche nationale Regelung *unmittelbar den Zugang zum Dienstleistungsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten* beeinflusste (*EuGH, Urt. v. 10.05.1995, Rs. C-384/94, Slg. 1995, S. I-1141, Rn. 36-38*).

Auf die *Alpine Investments*-Entscheidung nahm Generalanwalt Cosmas in seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache *Corsten* (*Schlussanträge vom 30.11.1999, Rs. C-58/98, Slg. 2000, S. I-7919*) Bezug. Hier führte der Generalanwalt aus, *im vorliegenden Fall sei bei analoger Anwendung des Urteils Keck & Mithouard kein Zweifel möglich*, dass die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit anwendbar seien, denn Maßnahmen zur Regelung des Verfahrens der Erlaubniserteilung zur Erbringung handwerklicher Dienstleistungen in Deutschland, zu denen auch die im Ausgangsverfahren streitige Verpflichtung zur Eintragung in die Handwerksrolle gehöre, beträfen unmittelbar den Zugang zum Markt für handwerkliche Dienstleistungen und stellten somit formale Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehrs dar.

In seiner *Bosman*-Entscheidung (*EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93, Slg. 1995, S. I-4921*) prüft der EuGH die Frage, ob Regelungen, welche die Arbeitnehmerfreizügigkeit beeinträchtigen, mit den im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelten Grundsätzen über die Modalitäten des Verkaufs von Waren gleichzusetzen sind, die nach dem Urteil *Keck* nicht in den Anwendungsbereich des Art. 28 EG fallen. In seiner Judikatur zur Niederlassungsfreiheit führte der EuGH in *Semeraro* (*EuGH, Urt. v. 20.6.1996, Verb. Rs. 418-421/93, 460-462/93, 464/93, 9-11/94, 14-15/94, 23-24/94 und 332/93, Slg. 1996, S. I-2975*) aus, eine nationale Regelung könne dann nicht gegen Art. 43 EG verstoßen, wenn sie für alle im Inland tätigen Wirtschaftsteilnehmer gelte, sie ferner nicht die Regelung der Bedingungen für die Niederlassung der betreffenden Unternehmen bezwecke und schließlich *die beschränkenden Wirkungen, die sie für die Niederlassungsfreiheit haben könnte, zu ungewiss und zu mittelbar sind, als dass die in ihr aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, diese Freiheit zu behindern* (*EuGH, Urt. v. 20.6.1996, Verb. Rs. 418-421/93, 460-462/93, 464/93, 9-11/94, 14-15/94, 23-24/94 und 332/93, Slg. 1996, S. I-2975, Rn. 32*).

Natürlich lassen sich die vom EuGH für die Warenverkehrsfreiheit entwickelten Differenzierungskriterien der Produkt- bzw. Verkaufsmodalitäten nicht ohne weiteres auf andere Grundfreiheiten übertragen. Reduziert man sie aber auf ihren Kerngehalt, so lässt sich verallgemeinernd sagen, dass nationale Maßnahmen dann nicht vom Schutzgehalt der Grundfreiheiten erfasst werden, wenn sie nicht darauf ausgerichtet sind, das Binnenmarktziel als *einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des EG-Vertrags gewährleistet ist (Art. 14 Abs. 2 EG)*, zu beeinträchtigen. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn sie weder einen direkt noch einen indirekt diskriminierenden Charakter haben und

undifferenziert das *Wie* der Ausübung der jeweiligen Gewährleistung betreffen. Handelt es sich indes um nationale Maßnahmen, die das *Ob* der Ausübung einer Gewährleistung betreffen und damit in direktem Widerspruch zum Binnenmarktziel stehen, zu dessen Absicherung die Grundfreiheiten dienen, so findet als Überprüfungsmaßstab grundsätzlich das Beschränkungsverbot Anwendung.

Über die Rechtsprechungskorrektur in *Keck* wird vermieden, dass durch das Gemeinschaftsrecht in unzulässiger Weise in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eingegriffen wird. Insofern handelt es sich im Ergebnis um eine Konkretisierung der im Bereich der direkten Harmonisierung beachtlichen zentralen Grundsätze der begrenzten Einzelzuständigkeiten, der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität auf Ebene der indirekten Harmonisierung.

Die in der EuGH-Rechtsprechung entwickelte Systematik zu den Grundfreiheiten ist bei der Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips in der Dienstleistungsrichtlinie zu berücksichtigen, um eine Konvergenz zwischen den primärrechtlichen Gewährleistungen des EG-Vertrags und dem Sekundärrecht sicherzustellen. Dies gilt insbesondere, da die Mitgliedstaaten nach Art. 3 des Richtlinienentwurfs die Richtlinienbestimmungen in Übereinstimmung mit den Bestimmungen über die Dienst- und die Niederlassungsfreiheit umsetzen müssen.

Das nachfolgende Schema fasst den auf der EuGH-Rechtsprechung basierenden systematischen Regelungsansatz für eine Neufassung von Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie zusammen:

**Neuer systematischer Ansatz – das Modell des ZDH unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten**

	<b>Marktzugang</b>	<b>Markverhalten</b>
	"Ob" der Leistungserbringung	"Wie" der Leistungserbringung
<b>Tatbestandsebene</b> (Frage: Welche Bereiche nationalen Rechts werden von der Richtlinie überhaupt erfasst?)	Beschränkungsverbot und damit Anwendung des Herkunftslandprinzips	Diskriminierungsverbot
<b>Rechtfertigungsebene</b> (Frage: Auf welche Gründe dürfen sich die Mitgliedstaaten berufen, um von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Einzelfall abzuweichen?)	Überwiegende Allgemeinwohlinteressen, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen; bei direkten Diskriminierungen lediglich <i>benannte</i> Rechtfertigungsgründe (vgl. Art. 46 EG:)	Überwiegende Allgemeinwohlinteressen bei indirekten Diskriminierungen, ansonsten bei direkten Diskriminierungen lediglich <i>benannte</i> Rechtfertigungsgründe (vgl. Art. 46 EG: öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit)



## **II. Die Entsendung von Arbeitnehmern muss aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie auch hinsichtlich der Überwachungszuständigkeiten ausgeklammert werden**

Ausgehend von der Beschlusslage des Binnenmarktausschusses ist bezüglich der Entsendung von Arbeitnehmern in Art. 3 RLE eine Klarstellung aufgenommen worden, dass die materiell-rechtlichen Regelungen der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie unberührt bleiben. Genauso entscheidend wie der materiell-rechtliche Regelungsgehalt des EU-Rahmens zur Entsendung von Arbeitnehmern ist eine effiziente Kontrolle der in der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie festgelegten Regelungen zum Schutz vor Sozialdumping. Dies ist durch die im ursprünglichen Kommissionsentwurf in den Art. 24 und 25 RLE vorgesehene Zuständigkeitsregelung für Kontrollen nicht gewährleistet. Konsequenz ist daher, die Art. 24 und 25 RLE aufzuheben. Ihr Regelungsgehalt darf nicht in anderen Bestimmungen zur Behördenzusammenarbeit durch die Hintertür wieder in der Dienstleistungsrichtlinie verankert werden. Im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens dürfen keine Regelungen zur Behördenzuständigkeit bei der Überwachung der Entsendung von Arbeitnehmern in der Dienstleistungsrichtlinie verankert werden.

Zudem sollte in Art. 2 der Richtlinie Abs. 2 um folgenden Unterabsatz ergänzt werden, um den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie in gebotener Maß weiter zu konturieren:

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

*(...)*

- die Entsendung von Arbeitnehmern im Geltungsbereich der Arbeitnehmerentsenderichtlinie (96/71/EG);*

## **III. Vorrang der Anerkennungsrichtlinie und grundsätzliche Kontrollzuständigkeit der Behörden des Bestimmungslandes**

Die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen soll auch nach der Beschlusslage im Binnenmarktausschuss nicht vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie erfasst werden. Dieses Votum sollte beibehalten werden, da die Anerkennungsrichtlinie eine abschließende spezialgesetzliche Regelung enthält. Ebenfalls Bestand haben sollte die Zuweisung der grundsätzlichen Kontrollzuständigkeit an die Behörden des Bestimmungslandes. Ein fairer und sozialverträglicher Leistungswettbewerb setzt effiziente Kontrollmechanismen voraus, die Missbrauchs- und Umgehungsmöglichkeiten einschränken. Deshalb darf auch hier nicht hinter die Beschlusslage im Binnenmarktausschuss zurückgegangen werden.

Berlin, im Januar 2006

Dr. Stefan Stork

## I. Vorbemerkung zum Regelungsgegenstand

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

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

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

Die Europäische Kommission geht indes im Gegenteil von dem Ansatz aus, die bestehenden Divergenzen in wettbewerbsrelevanten Bereichen weitgehend unangetastet zu lassen und die politischen Bemühungen stattdessen auf die Beseitigung mehr oder weniger relevanter nationaler Maßnahmen\* zu konzentrieren, die nicht allein den Markt zu

---

\* Der Begriff der nationalen Maßnahme wird vorliegend umfänglich in dem Sinne verstanden, dass es sich hierbei sowohl um diskriminierende als auch nichtdiskriminierende nationale Regelungen, Ver-

gang erfassen, sondern auch Modalitäten der Ausübung gemeinschaftsrechtlicher Gewährleistungen für Selbständige. Durch diese einseitige konzeptionelle Politikausrichtung wird einem Wettbewerb der Standorte Vorschub geleistet, dies in Einzelfällen durchaus zu Lasten an sich leistungsfähiger Wirtschaftsstrukturen in Mitgliedstaaten, die aufgrund negativer Standortfaktoren wettbewerbsmindernden Rahmenbedingungen ausgesetzt sind. Insofern besteht weiterhin ein dringender Handlungsbedarf.

Nach Art. 2 Nr. 1 des Richtlinienentwurfs (RLE) ist der Anwendungsbereich auf Dienstleistungen beschränkt, die durch in einem Mitgliedstaat niedergelassene Dienstleistungserbringer angeboten werden. Dem steht die Regelung des Art. 25 RLE entgegen, wonach auch die Entsendung von Drittstaatenangehörigen erfasst werden soll. Der Regelungsgegenstand muss sich auf den gemeinschaftsrechtlichen Bereich beschränken, der für die Verwirklichung des Binnenmarktziels maßgeblich ist, und folglich die Drittstaatenproblematik ausklammern.

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

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

---

waltungspraktiken o.ä. handeln kann, sofern eine Eignung im Einzelfall gegeben ist, die Verwirklichung einer Grundfreiheit unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

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

Allerdings ist im Hinblick auf den weiten Geltungsbereich auch die Frage erlaubt, ob sich die Europäische Kommission nicht zunächst tatsächlich auf den Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung konzentrieren sollte, was der Titel der Richtlinie suggeriert, da dieser Regelungsbereich bereits eine hohe Komplexität aufweist. Gesammelte Erfahrungen könnten dann ggf. in eine Richtlinie über Niederlassungsvorgänge einfließen. Hierdurch ließe sich auch vermeiden, dass bestehende Unterschiede, die aus dem jeweiligen Gewährleistungsgehalt der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit resultieren, verwischt werden, was im vorliegenden Richtlinienentwurf teilweise geschieht.

## **II. Der Regelungsansatz**

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

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

### **1. Einführung des Herkunftslandprinzips und flankierende Maßnahmen**

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

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

1. Zum einen klingt es zwar verlockend, wenn ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich nur an sein Heimatrecht gebunden ist. Wer soll aber im Staat der Leistungserbringung kontrollieren, ob dies auch tatsächlich der Fall ist? In der Praxis gestaltet sich die grenzüberschreitende Behördenzusammenarbeit äußerst schwierig, dies insbesondere aufgrund bestehender Sprachbarrieren und unterschiedlicher Verwaltungsstrukturen. Eine Verbesserung der grenzüberschreitenden Behördenzusammenarbeit lässt sich nicht per Rechtsakt verordnen, sondern ist ein langfristiger Strukturanpassungsprozess.
2. Zum anderen basiert der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens eben nur auf einer Fiktion der Gleichwertigkeit unterschiedlicher nationaler Regelungsansätze, die tatsächlich bestehende Regelungsgefälle gerade nicht beseitigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass einzelne Regelungen des nationalen Rechts stets integrale Bestandteile umfassenderer Regelungsansätze bilden. Der nationale Ordnungsrahmen in den Mitgliedstaaten dient regelmäßig der Verwirklichung von Gemeinwohlinteressen, die der nationale Gesetzgeber für regelungsbedürftig erachtet hat. Entsprechende Regelungen können dem Schutz der Verbraucher dienen, auf einen Interessenausgleich zwischen Bürgern abzielen, die Interessen von Mitbewerbern im Auge haben, oder übergeordnete Gemeinwohlbelange erfassen.
3. Zudem werden durch den Mechanismus des Herkunftslandprinzips präventiv wirkende Regelungsansätze ausgehebelt. So hat beispielsweise ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zwar zunächst eine stark freiheitsbeschränkende Wirkung, kann aber gesetzgebungstechnisch durchaus sinnvoll und zweckmäßig sein, um einen präventiven Schutz zu bewirken. Ein Ansatz, der zunächst keine freiheitsbeschränkenden Verbotregelungen beinhaltet, dafür aber einen starken Sanktionsmechanismus im Falle einer Verletzung von Rechtsgütern Dritter beinhaltet, wirkt indes repressiv. Zweifelsohne sind präventiv wirkende Regelungen vom Grundsatz her der modernere Ansatz, wenn es um den Schutz wichtiger Güter geht. Das Abstellen auf das Herkunftslandprinzip kann aber gerade dazu führen, dass Dienstleistungsanbieter entsprechenden Regelungen nicht unterliegen, obwohl im Staat der Leistungserbringung Präventivschutz gewährende Regelungen bestehen. Insbesondere im Hinblick auf den Verbraucherschutz, der als gemeinschaftsrechtliche Querschnittsaufgabe auf einem hohen Schutzniveau abgesichert werden soll, erscheint dies problematisch.
4. Nicht zuletzt verschärft die Verwendung des Herkunftslandprinzips die Problematik der sog. Inländerdiskriminierung, die daraus resultiert, dass in denjenigen Mitgliedstaaten, die über ein stärker durchnormiertes Recht verfügen und aus einer bestimmten Rechtstradition sowie sozio-ökonomischen Gründen heraus bestimmte Bereiche restriktiver regeln als andere Mitgliedstaaten, inländische Bürger strengeren Regelungen unterworfen sind, als sie für EU-Bürger aus anderen Mitgliedstaaten

gelten. Regelungen auf Gemeinschaftsebene, die in Mitgliedstaaten der Gemeinschaft das Problem der Inländerdiskriminierung forcieren, dürfen nach Auffassung des deutschen Handwerks nur dann erlassen werden, wenn hierfür ein nachgewiesenes tatsächliches Bedürfnis von einigem Gewicht besteht.

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

## 2. Begriffsdefinitionen

Die Definition des Begriffs Dienstleistungserbringer in Art. 4 Abs. 2 RLE ist fehlerhaft gefasst, da hier allein *jede natürliche Person mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates* und *jede juristische Person, die eine Dienstleistung anbietet oder erbringt*, erfasst wird. Bei den Gesellschaften werden die Gesellschaften bürgerlichen Rechts sowie die (teilrechtsfähigen) Personengesellschaften daher begrifflich nicht erfasst. Unverständlich ist, warum insofern nicht auf die Definition in Art. 48 EG zurückgegriffen wurde, die über die Verweisungsbestimmung des Art. 55 EG nicht nur für die Niederlassungsfreiheit, sondern auch für die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit gültig ist. Nach Art. 48 Abs. 2 EG gelten als Gesellschaften *die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen*. Aus Klarstellungsgründen sollte zudem die in Art. 48 Abs. 1 EG enthaltene Regelung übernommen werden, wonach für die Anwendung dieser Richtlinie *die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleichgestellt werden, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind*.

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

## 3. Kapitel II – Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer

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

Grenze finden, genauso wie der Bereich der direkten Harmonisierung eine Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene (vgl. Art. 3 h) EG).

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

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

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

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

Im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen verstoßen nationale Maßnahmen, die nicht unmittelbar den Marktzugang betreffen, sondern die Modalitäten der Ausübung des Niederlassungsrechts, allein dann gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, wenn sie direkt oder indirekt diskriminierend wirken. Dies ist bei gewöhnlichen Verwaltungsabläufen wie Genehmigungsverfahren nicht der Fall, wenn diese sowohl für Inländer als auch für EU-Ausländer gelten. Selbst wenn eine Differenzierung zwischen Inländern und EU-Ausländern vorhanden ist, so steht dies der Verwirklichung des Binnenmarktziels im Ergebnis nicht entgegen, wenn die nationale Maßnahme aus gemeinschaftsrechtlicher

Sicht gerechtfertigt ist. Sofern es sich um direkte Diskriminierungen handelt, kommen nur sog. benannte Rechtfertigungsgründe – die im EG-Vertrag selbst aufgeführt sind – in Betracht. Bei indirekten Diskriminierungen kann eine Rechtfertigung im Einzelfall auf Grundlage anerkannter überwiegender Allgemeinwohlinteressen erfolgen.

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

##### **- Artikel 5 – Vereinfachung der Verfahren**

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

Im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen ist zunächst zu berücksichtigen, dass bestehende nationale Erfordernisse regelmäßig nur einmalig erfüllt werden müssen. Wieso es hier für den Antragsteller unzumutbar sein soll, Dokumente im Original oder in beglaubigter und übersetzter Form vorzulegen, ist unverständlich, zumal die Pflicht zur Vorlage von Originalen regelmäßig nicht Selbstzweck ist, sondern der Überprüfbarkeit der Authentizität dient. Zudem haben beglaubigte Übersetzungen die Funktion, dass entscheidungsrelevante Unterlagen in der jeweiligen Amtssprache vorliegen und hierdurch ein effizientes – weil zeitsparendes – Verwaltungshandeln erst möglich wird, was ja gerade im ureigensten Interesse des niederlassungswilligen Antragstellers ist. In der Praxis kann eine Anerkennung aller Dokumente aus anderen Mitgliedstaaten, die eine gleichwertige Funktion haben, oder aus denen hervorgeht, dass die betreffende Anforderung erfüllt ist, zudem nur dann erfolgen, wenn relevante Informationen vorliegen, die eine entsprechende Beurteilung ermöglichen. Eine Beibringungspflicht des Antragstellers ist hier grundsätzlich erforderlich.

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

##### **- Artikel 6 – Einheitliche Ansprechpartner**

Gemäß Art. 6 RLE sollen die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Niederlassungsvorgängen dafür Sorge tragen, dass Niederlassungswilligen Kontaktstellen als einheitliche Ansprechpartner zur Verfügung stehen, bei denen alle Verfahren und Formalitäten ab



gewickelt werden können, die für die Aufnahme ihrer unternehmerischen Betätigung erforderlich sind. Dies soll sich auch auf Bereiche erstrecken, die eine Beantragung der Eintragung in Register, Berufsrollen, Datenbanken oder bei Berufsorganisationen betreffen.

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

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

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

Beide Zielsetzungen sind grundsätzlich zu begrüßen und haben im Übrigen nicht nur für Niederlassungswillige aus anderen Mitgliedstaaten eine große Bedeutung, sondern auch für Unternehmensgründer in Deutschland. Im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung besteht bereits die DeutschlandOnline-Initiative, bei der Bund, Länder und Kommunen vereinbart haben, eine integrierte eGovernment-Landschaft in Deutschland zu schaffen. Auf Bundesebene ist man mit BundOnline 2005 schon der Zielsetzung recht nahe gekommen, bis zum Jahr 2005 alle internetfähigen Dienstleistungen online anzubieten. Auch die Kammern der Selbstverwaltung als Körperschaften des öffentlichen Rechts haben sich der Thematik angenommen. Um die rechtlichen Voraussetzungen für ein rechtsgültiges Handeln via Internet zu schaffen, wurde in Deutschland bereits 1997 das Signaturgesetz erlassen und später an die zwischenzeitlich auf Gemeinschaftsebene verabschiedeten Vorgaben angepasst.

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

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

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

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

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

So wird etwa in Art. 10 Abs. 3 RLE mit Genehmigungen bei Niederlassungsvorgängen ein Verbot einer doppelten Anwendung von gleichwertigen oder aufgrund ihrer Zielsetzung im Wesentlichen vergleichbaren Anforderungen und Kontrollen normiert. Der EuGH hat die Thematik, inwieweit Doppelbelastungen tatsächlich aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen erforderlich sind und daher nicht zu unnötigen Beschränkungen der jeweiligen Leistungserbringer führen (vgl. hierzu eingehend: *Schwarze, EU-Kommentar, 1. Auflage 2000, Art. 49, Rn. 77 ff.*), allein im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung thematisiert, nicht aber bei der Niederlassungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann im Übrigen insbesondere allein aus dem Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht gefolgert werden, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind (*EuGH, Urt. v. 10. Mai 1995, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141, Rn. 51*).

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

#### **- Artikel 14 – Liste unzulässiger Anforderungen**

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

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

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

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

#### **- Artikel 15 – Liste zu prüfender Anforderungen**

Auch im Zusammenhang mit der in Art. 15 enthaltenen Liste zu prüfender Anforderungen ist die Sinnhaftigkeit der Regelung an sich nicht in Frage zu stellen, ihr konkreter Inhalt an mancher Stelle jedoch bedenklich. So gehört etwa der in Art. 15 Abs. 2 h) RLE genannte Regelungsgegenstand von Verboten und Verpflichtungen im Hinblick auf Ver

käufe unter Einstandspreis und Sonderverkäufe allein in den Bereich des Wettbewerbsrechts und sollte in diesem Zusammenhang aufgegriffen werden.

#### **4. Kapitel III – Freier Dienstleistungsverkehr**

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

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

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

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

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

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

- **Artikel 16 – Herkunftslandprinzip**

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

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

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

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

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

#### - **Artikel 17 bis 19 – Fallgruppen der Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip**

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

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

gegenseitige Unterstützung nach Art. 37 RLE nicht greift und (4.) die Maßnahme verhältnismäßig ist.

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

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

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

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

*Urt. v. 3.2.1993, Rs. 148/91 (Veronica), Slg. 1993, S. I-487, Rn. 12; EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. 23/93 (TV 10), Slg. 1994, S. I-4795, Rn. 20).* Denn es sei denkbar, dass in einem solchen Fall nicht das Kapitel über Dienstleistungen, sondern das über die Niederlassungsfreiheit anwendbar sei (*EuGH, Urt. v. 3.12.1974, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, S. 1299, Rn. 13; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 26.11.1975, Rs. 39/75 (Coenen), Slg. 1975, S. 1547, Rn. 9; EuGH, Urt. v. 4.12.1986, Rs. 205/84 (Kommission ./ Deutschland), Slg. 1986, S. 3755, Rn. 22.*). Für den Fall, dass inländische Vorschriften die Leistungserbringung im Inland Ansässiger von der Einhaltung bestimmter Berufsregelungen abhängig machen, die Ausdruck mitgliedstaatlicher Allgemeininteressen sind, wie Bestimmungen über Organisation, Befähigung, Berufspflichten, Kontrolle, Verantwortlichkeit und Haftung, können sie daher grundsätzlich auch dann beachtlich sein, wenn sich ein Marktteilnehmer aus dem EU-Ausland formal zutreffend auf die Dienstleistungsfreiheit beruft.

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

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

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

Zwar sollen nach Art. 20 RLE grenzüberschreitende Dienstleistungen beschränkende nationale Maßnahmen gemäß der in der Regelung enumerativ aufgezählten Rechtfertigungsgründe zulässig sein. Allerdings ist der Begriff der Beschränkung weitergehend als derjenige der Diskriminierung, der in Art. 21 RLE verwendet wird, und erfasst grundsätz



lich auch alle unterschiedslos wirkenden nationalen Maßnahmen, bei denen weder direkt noch indirekt an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Die in Art. 20 RLE aufgeführten Rechtfertigungsgründe, die an die in Art. 46 Abs. 1 EG genannten Rechtfertigungsgründe angelehnt sind, welche gem. Art. 55 EG auch für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit gelten, stellen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als benannte Rechtfertigungsgründe nur dann einen abschließenden Katalog dar, sofern es sich um direkt diskriminierende – d.h. an die Staatsangehörigkeit anknüpfende – nationale Maßnahmen handelt. Ansonsten ist anerkannt, dass auch unbenannte Rechtfertigungsgründe die Dienstleistungsfreiheit beschränkende nationale Maßnahmen rechtfertigen können.

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

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

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

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

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

Die Entsenderichtlinie (96/71/EG) stellt einen fairen grenzüberschreitenden Wettbewerb auf dem deutschen Bauproduktmarkt sicher, indem aus EU-Mitgliedstaaten entsandte Arbeitnehmer den im Inland geltenden zwingenden sozialen Arbeitsbedingungen unterworfen sind. Unabdingbare Voraussetzung für den Erfolg dieser Regelung ist eine effektive Kontrolle von Dienstleistungserbringern durch nationale Behörden sowie die Verhängung und der - auch grenzüberschreitende - effektive Vollzug von Bußgeldern im Falle eines Verstoßes gegen die in der Entsenderichtlinie vorgesehenen Mindeststandards.

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

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

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

#### - **Artikel 25 – Entsendung von Drittstaatsangehörigen**

Die in Art. 25 RLE vorgesehene Möglichkeit einer Entsendung von Drittstaatsangehörigen ohne entsprechende Aufenthaltsgenehmigung und Arbeitserlaubnis ist abzulehnen. Der Verzicht auf diese beiden Basiserfordernisse würde eine wirksame Kontrolle von Arbeitsmigration erheblich erschweren. Der grenzüberschreitenden Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung würde Tür und Tor geöffnet und damit die besorgniserregende Beschäftigungskrise in der Europäischen Union noch verschärft.

### **5. Kapitel IV – Qualität der Dienstleistungen**

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

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

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

Auch die in Art. 28 RLE vorgesehenen Informationspflichten für Dienstleistungserbringer über nachvertragliche Garantien und Gewährleistungen würden gerade für kleine und mittlere Unternehmen zu unverhältnismäßigen Belastungen führen und wären für den

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

Hinsichtlich bestehender Garantien ist darauf zu verweisen, dass in vielen Fällen der Dienstleistungserbringer keine eigenen Garantien gibt, aber Herstellergarantien für bestimmte Produkte bestehen, die Gegenstand der Dienstleistungserbringung sein können. Die Information, dass der Dienstleistungserbringer selbst keine Garantien gibt, könnte in solchen Fällen gar zu dem irrigen Eindruck seitens des Dienstleistungsempfängers führen, es bestünden keine Garantien. Völlig unzumutbar für den Dienstleistungserbringer wäre es andererseits, über bestehende Garantien der Hersteller verwendeter Produkte zu informieren.

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

#### - **Artikel 27 – Berufshaftpflichtversicherungen und Sicherheiten**

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

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

Andererseits ist es schlichtweg nicht zeitgemäß, Verbraucherschutz im weitesten Sinne durch ein nachgelagertes Haftungsinstrumentarium sicherzustellen, anstatt ein deutlicheres Gewicht auf den präventiven Bereich zu setzen. Der beste Schutz gegen Schlechtleistung ist die nachgewiesene Qualifikation der Dienstleistungserbringer, wie sie in Deutschland im Bereich der gewerblichen Wirtschaft durch die duale Ausbildung sowie

im Handwerksbereich durch den Meisterbrief sichergestellt wird. Nicht zuletzt erscheint die aus der Einführung von Berufshaftpflichtversicherungen oder ähnlichen Instrumentarien resultierende Kostenbelastung gerade für KMU – und hier insbesondere junge Existenzgründer – nicht hinreichend berücksichtigt zu sein, da der Richtlinienentwurf diesbezüglich keine Ausführungen enthält. Die aus der Pflichtversicherung resultierenden Mehrkosten müssten auf die Preise umgelegt werden und würden im Ergebnis zu einer Mehrbelastung der Verbraucher führen.

#### - **Artikel 30 – Multidisziplinäre Tätigkeiten**

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

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

#### - **Artikel 31 – Maßnahmen der Qualitätssicherung**

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

Dienstleistungsempfängern ein Höchstmaß an Sicherheit hinsichtlich der Qualität der zu erwartenden Leistungserbringung.

#### - **Artikel 32 – Streitbeilegung**

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

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

### **6. Kapitel V – Kontrolle**

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

#### - **Artikel 34 – Wirksamkeit der Kontrolle**

Nach Art. 34 Abs. 1 RLE sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Befugnisse zur Überwachung und Kontrolle des Dienstleistungserbringers auch in dem Fall ausgeübt werden, dass die Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird. Dieser Ansatz ist in der Praxis nicht realisierbar. Denn die Kontrollzuständigkeit der nationalen Behörden endet an den jeweiligen Staatsgrenzen, so dass die Ausübung hoheitlicher Kontrollbefugnisse in anderen Mitgliedstaaten bereits aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist, ganz abgesehen vom Fehlen der personellen Voraussetzungen für entsprechende Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten. Eine Erfüllung der Überwachungs- und Kontrolltätigkeiten durch

eine enge Behördenzusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 36 RLE) dürfte bereits an bestehenden Sprachbarrieren scheitern. Zudem wäre es unrealistisch zu glauben, die nationalen Behörden eines Mitgliedstaats könnten nicht nur die Einhaltung des nationalen Rechtsrahmens in ihrem Zuständigkeitsbereich sicherstellen, sondern auch die Beachtung fremden Rechts gewährleisten, das einzuhalten grenzüberschreitende Dienstleistungserbringer in ihrem Hoheitsgebiet eigentlich verpflichtet wären.

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

#### - **Artikel 35 – Gegenseitige Unterstützung**

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

Bevor im Rahmen der in Art. 35 Abs. 1 RLE vorgesehenen gegenseitigen Unterstützung eine nationale Behörde eine andere Behörde im Wohnsitzstaat des Dienstleistungserbringers um Unterstützung bittet, muss zumindest ein konkreter Anhaltspunkt im Sinne eines Anfangsverdachts vorliegen, dass gegen die Einhaltung einschlägiger Bestimmungen verstoßen wird. Dies setzt wiederum voraus, dass bei der jeweiligen Kontroll- und Überwachungsbehörde zumindest Grundkenntnisse derjenigen relevanten Bestimmungen der nationalen Rechtsordnung des Mitgliedstaats vorhanden sind, der ein grenzüberschreitend tätiger Dienstleistungserbringer bei der Leistungserbringung unterworfen ist. Theoretisch würde dies bedeuten, dass bei Behörden nicht nur das selbstverständliche Wissen um das eigene Recht, sondern auch über derzeit 24 weitere nationale mitgliedstaatliche Rechtsordnungen – zumindest rudimentär – vorhanden sein muss. Entsprechendes ist nicht zu leisten.

Das vorgeschlagene System wäre zudem extrem schwerfällig. So sollen nach Art. 35 Abs. 3 Satz 2 die Mitgliedstaaten den Herkunftsmitgliedstaat eines Dienstleistungserbringers unverzüglich unterrichten, wenn der Dienstleistungserbringer durch ein rechtswidriges Verhalten in einem Mitgliedstaat einen schweren Schaden verursachen könnte. Zunächst stellt sich die Frage, nach welchem Recht die *Rechtswidrigkeit* des fraglichen Verhaltens überhaupt beurteilt werden soll, nach dem gemäß Herkunftslandprinzip geltenden Heimatrecht des Dienstleistungserbringers oder nach dem am Ort der Leistungserbringung geltenden Recht? Ersteres hätte zur Folge, dass zunächst einmal der

Sachverhalt unter Heranziehung für die zuständige Stelle fremden Rechts zu beurteilen wäre, was zu erheblichen Zeitverzögerungen und damit einer inakzeptablen Situation im Hinblick auf die drohende Realisierung des schweren Schadens führen würde. Dieses komplizierte und zeitraubende Verfahren resultiert daraus, dass der jeweilige Dienstleistungserbringer allein dem Recht des Herkunftsstaates unterworfen sein soll. Unklar ist in diesem Zusammenhang auch, ob zumindest Mitbewerber oder sonstige Berechtigte mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts gegen nach am Ort der Leistungserbringung (Marktort) geltendes Wettbewerbsrecht verstoßende Verhaltensweisen vorgehen können. Im Zweifel dürfte dies nicht möglich sein (vgl. die Anwendung des Herkunftslandprinzips in der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG). Diese geschilderte Problematik ließe sich vermeiden, wenn im Zusammenhang mit Modalitäten der Leistungserbringung auf den Grundsatz der Inländergleichbehandlung abgestellt würde, wie dies auch in der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten geschieht.

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

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

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

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

So soll der Staat, in dem die fragliche Dienstleistung erbracht wird, den Herkunftsmitgliedstaat zunächst unter Nennung des relevanten Sachverhalts auffordern, Maßnahmen zu ergreifen. Letzterer soll den Sachverhalt unverzüglich prüfen und über die sodann zu treffende Entscheidung informieren. Will der Staat, in dem die fragliche Dienstleistung erbracht wird, welche nach seiner Auffassung eines der zentralen Rechtsgüter der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit verletzt, dennoch eigene Maßnahmen



ergreifen, soll zuvor die Europäische Kommission unterrichtet werden. Maßnahmen können im Einzelfall sodann frühestens fünfzehn Arbeitstage nach der Mitteilung an die Kommission getroffen werden, Art. 37 Abs. 4 RLE. Von diesem Verfahren soll nur in dringenden Fällen unter unverzüglicher Mitteilung an die Kommission abgewichen werden können, Art. 37 Abs. 6 RLE.

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

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

### **III. Zusammenfassendes Ergebnis**

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

1. Der Geltungsbereich der Richtlinie darf nicht über das hinausgehen, was zur Verwirklichung des Binnenmarktes als *Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital* erforderlich ist. Dies gilt in zweifacher Hinsicht. Einerseits sollte sich der Richtlinienentwurf an der vom Europäischen Gerichtshof zu den Grundfreiheiten entwickelten Systematik orientieren, wonach Modalitäten der Ausübung einer Gewährleistung durch nationale Maßnahmen im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktziels allein einer Kontrolle am Maßstab des Diskriminierungsverbots unterliegen, das weiterreichende Beschränkungsverbot indes nur den Bereich des Marktzugangs erfasst.

Die Berücksichtigung des in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Gewährleistungsgehalts der Grundfreiheiten wäre andererseits unvollständig ohne die Berücksichtigung der in diesem Zusammenhang bestehenden Rechtfertigungssystematik. Denn nicht jede nationale Maßnahme, die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt, ist im Ergebnis unzulässig. Es ist nicht sachgerecht, wenn im Richtlinienentwurf bei jeglicher Form beschränkender nationaler Maßnahmen nur solche Rechtfertigungsgründe anerkannt werden, die im EG-Vertrag sogar

direkte Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit rechtfertigen können. Denn in der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten, die nicht direkt diskriminierend wirken, aus überwiegenden Allgemeinwohlinteressen gerechtfertigt werden können. In diesem Bereich der *unbenannten Rechtfertigungsgründe* bestehen weit mehr Möglichkeiten, Eingriffe in den Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten zur rechtfertigen als bei den benannten Rechtfertigungsgründen.

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

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

**Berlin, im Juni 2004**  
**Dr. Stefan Stork, LL.M. (Leuven), Mag.rer.publ.**