

## EU-Dienstleistungsrichtlinie und Herkunftslandprinzip

*Überblick und systematische Verortung im Gemeinschaftsrecht*

von Prof. Dr. Winfried Kluth und Dipl.-Jur. Frank Rieger, LL.M.oec.

### I. Dienstleistungen im Binnenmarkt

Zu den zentralen Zielen der Europäischen Union gehört nach Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG die „Herstellung“ eines **Binnenmarktes**, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist. Diese Zielsetzung wird in Art. 14 Abs. 2 EG noch einmal bekräftigt und im dritten Absatz operationalisiert, indem der Rat der EU zur Verabschiedung von Leitlinien und Bedingungen verpflichtet wird, die der Erreichung dieses Zieles dienen. Der Europäische Rat nahm im Jahr 2000 die Lissabon-Strategie an, dies mit dem Ziel, Europa bis 2010 „zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen“<sup>1</sup>. Darin hob er die besondere Bedeutung der Abschaffung von Hemmnissen im Dienstleistungsbereich hervor, ohne die ein einwandfrei funktionierendes Binnenmarkt nicht zu erreichen sei.

### II. Zwei Richtlinienentwürfe

Die Kommission legte vor diesem Hintergrund am 25. Februar 2004 einen Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt<sup>2</sup> vor. Der Richtlinienentwurf schien schon weit gediehen<sup>3</sup> und die Verabschiedung nur noch eine Frage der Zeit, als sich im Vorfeld der Sitzung des Europäischen Rates vom 22. und 23. März 2005 erhebliche Widerstände, insbesondere seitens der deutschen und französischen Regierung aufbauten. Die vorgetragenen Bedenken mündeten schließlich in dem Beschluss, den Entwurf und dabei insbesondere das tragende Element, die Umset-

zung des Herkunftslandprinzips, vor dem Hintergrund der Wahrung des europäischen Sozialmodells zu überprüfen.<sup>4</sup> Inzwischen liegt der erste Teil des Entwurfs eines Berichtes des Europäischen Parlaments zu dieser Richtlinie vor (BerEP)<sup>5</sup>, der sich kritisch mit den Auswirkungen des **Herkunftslandprinzips** beschäftigt und das Herkunftslandprinzip durch das **Prinzip der gegenseitigen Anerkennung** ersetzt. Da die erste Lesung im Europäischen Parlament für September 2005 geplant ist, bleibt Zeit für eine ausgiebige Diskussion, denn auch die Änderungsvorschläge stoßen im Parlament auf Widerstand.<sup>6</sup>

Weiter vorangeschritten ist das Verfahren zum Erlass einer allgemeinen **Berufsanerkennungsrichtlinie**<sup>7</sup>. Diese Richtlinie regelt den Marktzugang (Nachweis einer ausreichenden Berufsqualifikation und deren Anerkennung), das Marktverhalten (anwendbares Berufsrecht) und die Berufsaufsicht (zuständige Behörden und Aufsichtsmaßstäbe) für **reglementierte Berufe** (insbes. freie Berufe und Handwerk) sowohl bei vorübergehend erbrachten Dienstleistungen (Art. 5 ff.) als auch im Falle einer Niederlassung (Art. 10 ff.; siehe dazu näher **aktuelle stellungnahmen 4/05**).

Anliegen dieses Beitrags ist es, das Spannungsverhältnis zwischen den verschiedenen Entwürfen aufzuzeigen und klärende Hinweise zu den verwendeten Begriffen zu geben. Ausgehend vom Kommissionsentwurf zur Dienstleistungsrichtlinie (KomE) werden die Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments erläutert. Zugleich wird auf die durch die **Dienstleistungsfreiheit** als eine der vier

Grundfreiheiten des EG-Vertrags (Primärrecht) und die dazu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bestimmte aktuelle Rechtslage eingegangen. In einem weiteren Abschnitt werden der Regelungsentwurf der Kommission und der Berichtsentwurf des Europäischen Parlaments mit der bestehenden Rechtslage zur im Primärrecht verankerten **Niederlassungsfreiheit** verglichen. Abgeschlossen wird die Stellungnahme durch einen Ausblick auf die Auswirkungen und die zu erwartenden weiteren Entwicklungen. In einem Glossar werden zudem einige Begriffe knapp erläutert.

### III. Struktur der Dienstleistungsrichtlinie

Der Richtlinienentwurf gliedert sich in sieben Abschnitte, wobei die ersten drei, die sich mit dem Anwendungsbereich der Richtlinie, den Regelungen zur Niederlassungs- und schließlich zur Dienstleistungsfreiheit beschäftigen, die Hauptregelungen enthalten. In den übrigen Abschnitten finden sich ergänzende Vorschriften zur Sicherung der Qualität, zur Kontrolle, zur teilweisen Harmonisierung der Dienstleistungen sowie Schlussbestimmungen.

### IV. Anwendungsbereich

Der erste Teil bestimmt den Anwendungsbereich der Richtlinie, die, wie ihre Bezeichnung schon deutlich zu erkennen gibt, sich auf die Erbringung von **Dienstleistungen** bezieht. Diese können einerseits durch Inanspruchnahme der **Dienstleistungsfreiheit** erbracht werden, indem der Leistungserbringer von einer Niederlassung in einem Mitgliedstaat an einen Empfänger in einem anderen Mitgliedstaat leistet. Die Dienstleistungserbringung kann auch im Rahmen der **Niederlassungsfreiheit** erfolgen, indem der Leistungserbringer seine Dienste von einer Niederlassung im fremden Mitgliedstaat des Leistungsempfängers anbietet. Unter einer Dienstleistung wird dabei in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH jede selbstständige und grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit verstanden, der regelmäßig eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht.<sup>8</sup>

Die Erwägungsgründe 7a, 16 und die neuen Absätze 2 und 3 des Art. 1 in der konsolidierten Fassung des Entwurfs vom 10. Januar 2005 stellen dabei klar, dass **Dienstleistungen von allgemeinem Interesse** nicht erfasst werden. Darunter fallen nach dem Weißbuch der Kommission<sup>9</sup> alle Dienstleistungen, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden, wobei die nicht marktbezogenen Tätigkeiten bereits keine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen und aus diesem Grunde aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Diese sollen in einer eigenständigen Richtlinie auf der Grundlage des Weißbuches der Kommission regelt werden. Darüber hinaus werden von der Richtlinie weder die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die Einrichtungen des öffentlichen oder privaten Rechts vorbehalten sind, die Privatisierung solcher öffentlicher Einrichtungen, die Abschaffung von Dienstleistungsmonopolen noch staatliche Beihilfen erfasst. Diese umfassenden Ausnahmeregelungen sollen in erster Linie auf den Charakter von Dienstleistungen hinweisen, die im öffentlichen Interesse stehen.

Des Weiteren zeichnet sich der Richtlinienentwurf der Kommission im Gegensatz zu den sektoralen Richtlinien durch dessen **horizontalen Ansatz** aus, weitgehend alle Dienstleistungen zu erfassen. Allerdings werden davon einige Sektoren ausgenommen, die durch eigenständige Richtlinien geregelt sind. So wird gemäß Art. 2 Abs. 2, 3 und Art. 3 KomE der Bereich von Finanzdienstleistungen, der elektronischen Kommunikation, des Verkehrs und das Steuerwesen sowie nach der konsolidierten Fassung Tätigkeiten nicht erfasst, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG verbunden sind. Daneben weist der Entwurf in der konsolidierten Fassung in Art. 3 Abs. 2 darauf hin, dass Gemeinschaftsrechtsakte, die spezifische Dienstleistungstätigkeiten regeln, *leges speciales* zur Dienstleistungsrichtlinie sind und durch diese nur ergänzt, nicht aber derogiert wer-

den.<sup>10</sup> Beispiele dafür sind die Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ und der Entwurf einer Berufsanerkennungsrichtlinie.

Soweit eine Tätigkeit in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, muss zwischen den Gewährleistungsbereichen der beiden Grundfreiheiten – der Niederlassungsfreiheit in Kapitel II und der Dienstleistungsfreiheit in Kapitel III des Richtlinienentwurfes differenziert werden.

## V. Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit schützt als Grundfreiheit drei verschiedene Handlungsformen:

(1) Die Erbringung einer Dienstleistung in dem vom Herkunftsstaat des Dienstleistungserbringers verschiedenen Mitgliedstaat des Dienstleistungsempfängers = **aktive Dienstleistungsfreiheit**.

(2) Der Dienstleistungsempfänger überschreitet die Grenze, die Dienstleistung wird im Staat des Dienstleistungserbringers erbracht = **passive Dienstleistungsfreiheit**.

(3) Alleine die Dienstleistung überschreitet die Grenze, z.B. bei einer über Briefpost oder das Internet abgeschlossen und erbrachten Versicherungsleistung = **Korrespondenzdienstleistung**.<sup>11</sup>

### 1. Herkunftslandprinzip

#### a) Umsetzung im Richtlinienentwurf

Innerhalb dieses Anwendungsbereiches sieht der Richtlinienentwurf eine weitgehende Liberalisierung vor: Es soll das **Herkunftslandprinzip** gelten (Art. 16). Das bedeutet konkret: Der Dienstleistungserbringer unterliegt allein den Bestimmungen seines Herkunftsmitgliedstaates. Dies soll sich sowohl auf die Aufnahme als auch die Ausübung der Dienstleistung beziehen, so dass die Dienstleistung im Binnenmarkt uneingeschränkt verkehrsfähig ist.

#### b) Entwicklung des Herkunftslandprinzips

Das **Herkunftslandprinzip** geht auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zurück. Seit den Urteilen in den Rechts-sachen *Cassis de Dijon*<sup>12</sup> und *van Binsbergen*<sup>13</sup> sieht der Gerichtshof ausgehend von der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit in den Grundfreiheiten nicht nur ein **Verbot von Diskriminierungen** gegenüber Produkten und Personen aus anderen Mitgliedsstaaten. Dieses Diskriminierungsverbot wird als Gebot der **Inländergleichbehandlung** bezeichnet und stellt ein Gleichheitsrecht dar, das die unterschiedslose Geltung der Rechtsordnung des Bestimmungslandes anordnet (**Bestimmungslandprinzip**). Darüber hinaus enthalten die Grundfreiheiten des EG-Vertrages auch das Verbot von Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels, des grenzüberschreitenden Verkehrs im Binnenmarkt. Dieses **Beschränkungsverbot** stellt dabei nicht nur ein Gleichheitsrecht, sondern ein Freiheitsrecht dar, das alle Beschränkungen einem Rechtfertigungserfordernis unterwirft.<sup>14</sup> Beschränkungen liegen immer dann vor, wenn eine Maßnahme geeignet ist, die Ausübung der Freiheit zu unterbinden, zu behindern oder auch nur **weniger attraktiv** zu machen.<sup>15</sup>

Die Europäische Kommission hat in Anknüpfung an diese Rechtsprechung durch ein Weißbuch von 1985<sup>16</sup> ihre bis dahin verfolgte Konzeption einer **positiven Rechtsangleichung**, also einer Harmonisierung der Vorschriften im Binnenmarkt, aufgrund der praktischen Probleme bei der Konsensfindung im Rat der EU zugunsten einer „**neuen Strategie**“ zur Beseitigung von Freihandelshindernissen zurückgestellt, die verstärkt auf die Grundfreiheiten abstellt. So wurde aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, der aus dem Beschränkungsverbot in der Rechtssache *Cassis de Dijon* hergeleitet hat, dass jedes in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gelangte Erzeugnis grundsätzlich im gesamten Binnenmarkt verkehrsfähig sein muss, das **Prinzip der gegenseitigen Anerkennung** der

in den Mitgliedstaaten geltenden Standards für die Erzeugnisse entwickelt. Kritiker bemängeln an dieser Bezeichnung, dass sie irreführend sei, da gerade kein formeller Anerkennungsakt erforderlich ist.<sup>17</sup> Aus diesem Grunde wird dieses Prinzip auch als **Herkunftslandprinzip** bezeichnet.<sup>18</sup>

Hintergrund dieser Anerkennung der rechtlichen und technischen Standards der anderen Mitgliedstaaten ist die Abschaffung aller Hemmnisse im grenzüberschreitenden Handel mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dem **Binnenmarkt** (Art. 14 EG). Die dadurch entstehenden positiven Wohlfahrtseffekte durch komparative Kostenvorteile sollen die Wirtschaft der Gemeinschaft fördern. Dieses Ziel kann jedoch, wie die Kommission festgestellt hat, insbesondere in einer immer größer werdenden Union faktisch nicht durch eine positive Rechtsangleichung durch Harmonisierung mithilfe von Richtlinien auf Grundlage des Art. 95 EG erfolgen. Dagegen kann das Prinzip der **negativen Rechtsangleichung** durch Geltung des Herkunftslandprinzips bzw. des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung die Hemmnisse im Binnenmarkt durch einen Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen um die mobilen Produktfaktoren effektiver verwirklichen.<sup>19</sup>

#### c) Bewertung des Herkunftslandprinzips

Im Vergleich der beiden Rechtsangleichungskonzepte<sup>20</sup> hat das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung den Vorteil, dass es eine Harmonisierung nicht ausschließt,<sup>21</sup> sondern auf den Ergebnissen eines Wettbewerbs der Rechtssysteme aufbauen kann. Der Wettbewerb setzt Anreize, optimale Lösungen zu suchen und führt so zu einem Entdeckungsverfahren.<sup>22</sup> Zudem entspricht der **Wettbewerb der Rechtsordnungen** dem Subsidiaritätsgrundsatz in Art. 5 Abs. 2 EG, indem er die Mitgliedstaaten vor zu weitgehender zentralisierter Regelung schützt und eine schnellere Anpassung an sich ändernde Gegebenheiten

als aufwändige Rechtsetzungsverfahren auf Gemeinschaftsebene ermöglicht. Die Vorteile auf Seiten der Binnenmarktakteure liegen auf der Hand: Die Unternehmen haben die Möglichkeit, sich die Rechtsordnung zu suchen, die ihren Anforderungen am besten gerecht wird, während die Marktgegenseite aus einer breiten Palette von Angeboten mit unterschiedlichen Standards und demzufolge auch Preisen auswählen kann.

Doch gibt es **Grenzen** dieses Konzeptes in Bereichen, in denen eine Harmonisierung erforderlich ist. Die gegenseitige Anerkennung der technischen und rechtlichen Anforderungen an die Produktzulassung setzt die wesentliche **Gleichwertigkeit** der Schutzstandards bspw. im Gesundheits-, Produktsicherheits-, Verbraucher- und Umweltschutz voraus. Somit bedarf es vor einer gegenseitigen Anerkennung einer Mindestharmonisierung, um den Wettbewerb öffnen zu können. Eine solche stellt der Entwurf einer Berufsanerkennungsrichtlinie für reglementierte Berufe dar, die als Grundlage der gegenseitigen Anerkennung der Berufsqualifikationen bestimmte Mindestanforderungen bspw. an die Ausbildung stellt.

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen in diesen sensiblen Bereichen birgt jedoch zumindest die Gefahr einer Rechtsangleichung nach unten – einem **race to the bottom** – die aufgrund des hohen Schutzniveaus, von dem auch die Gemeinschaft ausweislich der Art. 95 Abs. 3, 153 Abs. 1 und 174 Abs. 2 Satz 1 EG ausgeht, verhindert werden muss. Zur Verhinderung bieten sich mehrere Konzepte an – die **Setzung von Standards**, die durch die Schaffung von Transparenz auf den Märkten auch in die Entscheidung der Marktgegenseite einfließen kann, die **Harmonisierung** in sensiblen Bereichen oder **mitgliedstaatliche Regelungen** zum Schutz in diesen Bereichen.

Die mitgliedstaatlichen Regelungen unterliegen jedoch den Anforderungen, die die Rechtsprechung an Beschränkungen der Grundfreiheiten aufgestellt hat. Durch die grundsätzliche

Geltung des Herkunftslandprinzips aus dem Beschränkungsverbot ist jede mitgliedstaatliche Beschränkung rechtfertigungsbedürftig. Als Rechtfertigungsgründe sind insbesondere **zwingende Gründe des Allgemeininteresses** seit dem Urteil der in der Rechtssache *Cassis de Dijon* anerkannt und auch im Richtlinienentwurf ausdrücklich geregelt<sup>23</sup>. Zu diesen zwingenden Gründen gehören bspw. der Verbraucher-, Gesundheits- und Umweltschutz sowie der Schutz der öffentlichen Ordnung. Zudem muss diese Maßnahme gerechtfertigt sein, also insbesondere geeignet und erforderlich sein und es dürfen keine gemeinschaftsrechtlichen Regelungen bestehen, die diesen Zweck bereits verfolgen.<sup>24</sup>

Die Verhältnismäßigkeit kann dabei insbesondere unter dem Aspekt der Erforderlichkeit nicht gegeben sein, wenn ein Mitgliedstaat inhaltlich zwingende Regelungen für ein Produkt aufstellt, deren Schutzzweck ebenso gut durch eine Pflicht zur **Information** erfüllt werden kann. So sah der EuGH in der Rechtssache *Cassis de Dijon* das deutsche Verbot von Likören mit einer gewissen Alkoholkonzentration als unzulässig an, da eine Information des Verbrauchers auf dem Etikett dieselbe Schutzfunktion ebenso gut erfüllen könne.<sup>25</sup> Daraus kann allgemein das Erfordernis einer **Markttransparenz** zur Förderung des Binnenmarktes abgeleitet werden. Dies setzt jedoch voraus, dass die Unterschiede erkennbar sind, und dass sie der Marktgegenseite die Möglichkeit der Auswahl eröffnen. Dies kann durch die **Setzung von Standards** von öffentlicher oder privater Seite erreicht werden. Der Verbraucherschutz erfordert somit in weiten Teilen keine inhaltlich zwingenden Regeln, die Anforderungen an die Produkte, seien es Waren oder Dienstleistungen, stellen, sondern nur Informationsregeln.

## 2. Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip

Während sowohl der Entwurf der Kommission als auch die konsolidierte Fassung das Herkunftslandprinzip in der Form realisieren wol-

len, dass das Recht des Herkunftslandes für die gesamte Dienstleistungserbringung einschließlich von Teilen des Privatrechts gilt und dadurch die auf europäischer Ebene vereinheitlichten Regelungen des **Internationalen Privatrechts** verdrängen<sup>26</sup>, konzentriert sich die Regelung nach dem Entwurf eines Berichtes des Parlaments unter der Aufnahme der Bezeichnung der gegenseitigen Anerkennung darauf, dass die Verkehrsfähigkeit einer Dienstleistung, die rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat angeboten wird, auch in den anderen Mitgliedstaaten angeboten werden kann. Insofern entspricht die Regelung des Berichtsentwurfs des Europäischen Parlaments eher der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs konturierten Dogmatik zu den Grundfreiheiten als der Entwurf der Kommission.

Neben diesen grundsätzlichen Unterschieden in der Reichweite des Prinzips, insbesondere in seiner Erstreckung auf das Internationale Privatrecht, ergeben sich weitere strukturelle Unterschiede, die Schwächen des Berichtsentwurfs aufzeigen. Die bedeutendste Abweichung des BerEP liegt darin, dass der **sektorübergreifende Ansatz** der Kommission abgelehnt wird und stattdessen im Anhang eine Liste von Gewerben aufgelistet wird, bei denen allein das Herkunftslandprinzip gelten soll. Es wird also nicht unter Beibehaltung des Grundsatzes das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung negativ abgegrenzt, sondern es wird eine **Positivliste** eingeführt. Insoweit kann in der Zusammenschau dieser beiden Aspekte davon gesprochen werden, dass das Herkunftslandprinzip durch den Berichtsentwurf aufgegeben wurde.

Interessante **Änderungsvorschläge** liegen auch für die **Ausnahmetatbestände** vor, die in der konsolidierten Fassung allein 23 Nummern umfassen. So sieht ein Ausnahmetatbestand für das Herkunftslandprinzip die Verträge mit Verbrauchern vor. Dieses Element des **Verbraucherschutzes** ist auch Ziel des Berichtsentwurfs des Europäischen Parlaments,

der jedoch eine andere Vorgehensweise wählt. Danach findet das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung gemäß Art. 16 Abs. 2 BerEP „keine Anwendung auf gesetzliche oder tarifvertragliche Vorschriften des Ziellandes im Bereich des Verbraucherschutzes, des Umweltschutzes oder des Arbeitsrechts“. Neben der so angeordneten Geltung der Schutzvorschriften des Ziellandes bei der Ausführung der Dienstleistung, die in einem anderen Mitgliedstaat legal erbracht wird, wird das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zum Zwecke des Verbraucherschutzes in bestimmten Sektoren vollständig durch das Zielland- oder Bestimmungslandprinzip verdrängt. So gelten für Dienstleistungen an Verbraucher im Umweltsektor (Entsorgungsdienstleistungen), im Bereich des Fremdenverkehrs und des Reisens sowie bei Dienstleistungen in den Bereichen Freizeitgestaltung, Kultur und Sport allein die Vorschriften des Bestimmungslandes.

Neben dieser negativen Rechtsangleichung durch einen Wettbewerb der Rechtsordnungen sehen beide Entwürfe **ergänzende Harmonisierungen** vor, die sich im KomE und BerEP jedoch an unterschiedlichen Stellen finden.

### *3. Kontrolle der Dienstleistungserbringung*

Ein weiterer Unterschied zwischen den Entwürfen betrifft die Frage der **Kontrolle**. Nach dem Kommissionsentwurf sollte die Einhaltung der Rechtsvorschriften des Heimatlandes durch die Behörden des Herkunftslandes erfolgen, wobei eine Zusammenarbeit zwischen den Behörden des Bestimmungs- und des Herkunftslandes eingerichtet werden sollte. Der Berichtsentwurf verwirft dieses Konzept und ordnet eine Kontrolle durch die Behörden des Bestimmungslandes in Art. 16 Abs. 2 BerEP an. Dieser Ansatz scheint aufgrund der Überlegung vorzugswürdig, dass der Herkunftsstaat zum einen weder eine hinreichende Möglichkeit hat, das Verhalten des Dienstleistungserbringers in einem anderen Mitgliedstaat zu kontrollieren, und zum anderen kaum ein Anreiz seitens des Mitgliedstaates beste-

hen dürfte, das Verhalten der im Inland niedergelassenen Dienstleistungserbringer im Ausland zu kontrollieren. Durch die Verstärkung solcher Effekte schwindet jedoch gerade das Vertrauen in den Binnenmarkt, das für die wirksame Umsetzung des Herkunftslandprinzips und damit der Schaffung eines Binnenmarktes erforderlich ist.<sup>27</sup>

### *4. Ergebnis und Bewertung*

Es zeigt sich, dass der Hauptunterschied zwischen dem Kommissionsentwurf und dem Berichtsentwurf im Europäischen Parlament darin besteht, dass der sektorübergreifende Ansatz durch den Berichtsentwurf aufgegeben wird und insbesondere für Dienstleistungen an Verbraucher eine Vielzahl von Sonderregelungen vorgesehen werden, die von diesem Prinzip abweichen. Daher kann nicht mehr von einer grundsätzlichen sektorübergreifenden Regelung des Herkunftslandprinzips gesprochen werden.

Der Vergleich zur derzeitigen Rechtslage, die durch die unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten bestimmt ist, zeigt jedoch, dass die Unterschiede allenfalls marginal sind und beide Konzepte dieser Gewährleistung entsprechen.

## **VI. Niederlassungsfreiheit**

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit verfolgt der Richtlinienentwurf ein abweichendes Konzept. Dahinter steht die Überlegung, dass jemand, der eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gründet und sich somit dauerhaft wirtschaftlich in den nationalen Markt integriert, sich auch in die dort bestehende Rechtsordnung einfügen muss, ohne dass jedoch die freie Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat beschränkt wird.<sup>28</sup>

Diesem Konzept trägt der Kommissionsentwurf dadurch Rechnung, dass er in diesem Bereich nicht das Herkunftslandprinzip oder das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung festlegt, sondern davon ausgeht, dass der niederlassungswillige Dienstleistungserbringer die Vor-

schriften des Bestimmungslandes erfüllen muss (**Bestimmungslandprinzip**). Um diese materiellen Hürden nicht durch undurchsichtige Verwaltungsverfahren zu erhöhen und die Grenzen zwischen den nationalen Märkten weiter zu öffnen, um das Ziel eines Binnenmarktes zu verwirklichen, schlägt die Kommission vor, das Verwaltungsverfahren zu vereinfachen. Der Niederlassungswillige braucht nur noch mit einem **einheitlichen Ansprechpartner** gemäß Art. 6 KomE zu kommunizieren, der in einer bestimmten Frist die erforderlichen Genehmigungen entweder selbst zu erteilen oder die Erteilung durch verschiedene Stellen zu koordinieren hat. Anderenfalls tritt nach Ablauf der Frist eine Genehmigungsfiktion ein.

Die Geltung der Niederlassungsfreiheit des Primärrecht spielt dabei die Rolle, dass sie dem Mitgliedstaat verwehrt, bestimmte **Anforderungen** an den Niederlassungswilligen zu stellen, die ihn entweder gegenüber den Inländern diskriminieren, oder die Niederlassungsfreiheit so beschränken, dass diese vereitelt würde. Dazu enthält der Entwurf in Art. 14 f. Kataloge von solchen Anforderungen, die nicht an die Antragsteller gestellt werden dürfen.

Dabei muss jedoch beachtet werden, dass die Geltung des Herkunftslandprinzips durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs auch auf die Niederlassungsfreiheit ausgedehnt wurde. Dies führt zwar im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit nicht dazu, dass die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers den Rechtsvorschriften des Bestimmungslandes unterliegt. Er erhält aber grundsätzlich die Möglichkeit, sich insbesondere in der **Gesellschaftsform** seines Bestimmungslandes unter den für diese geltenden Vorschriften in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen.<sup>29</sup>

Zu diesem Bereich des Richtlinienentwurfes der Kommission liegt noch kein Berichtsentwurf, aber ein **Arbeitspapier** vor, das auf der Basis der Ergebnisse der öffentlichen Anhörung erstellt wurde.<sup>30</sup> Darin wird bspw. kritisiert, dass die Genehmigungen für das gesamte

Gebiet des Mitgliedstaates erteilt werden müssen und dass die Geltung der Genehmigung nicht durch den Entfall der Voraussetzungen beeinträchtigt wird und so nicht zurückgenommen werden könnte. Diese Kritik hat bereits die vom Rat erstellte konsolidierte Fassung aufgegriffen, indem sowohl die Möglichkeit des Widerrufs als auch der örtlichen Begrenzung eingefügt bzw. durch Einfügung von Erwägungsgründen klargestellt wurde.<sup>31</sup> In diesem Bereich scheint das Erfordernis einer eingehenden Diskussion geringer und eine Einigung leichter möglich zu sein. Allerdings bleiben der zweite Teil des Berichtsentwurfs des Europäischen Parlaments und die Lesung im Herbst abzuwarten.

## VII. Bewertung und Ausblick

Die Kommission verwendet im Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie abweichend von der bisherigen Praxis einen sektorübergreifenden Ansatz, der alle Arten von Dienstleistungen erfasst. Durch die Richtlinie sollen die bereits bestehenden Gewährleistungen der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts wirksamer zur Geltung gebracht werden. Das im Berichtsentwurf im Europäischen Parlament vorgeschlagene Abweichen von diesem Ansatz und die Fortsetzung einer sektorspezifischen Regelung würde zu einem geringeren Maß an Rechtsklarheit und somit zu Transaktionskosten führen, die durch die Regelung verringert werden sollen.

Die Reduzierung der Transaktionskosten erfolgt dabei nach zwei Konzepten. Nach dem für Niederlassungen geltenden Konzept bleiben die nationalen Regelungen für die Dienstleistungserbringung durch eine Niederlassung bestehen, und allein das Verfahren wird durch die Einrichtung eines einheitlichen Ansprechpartners vereinfacht. Im Bereich der Dienstleistungen, die durch eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht werden, sollen hingegen mit dem Konzept des Herkunftslandprinzips bzw. der gegenseitigen Anerkennung die Transaktionskosten noch weiter gesenkt

werden, indem die Dienstleistungserbringung ganz nach dem Recht des Herkunftslandes erfolgen soll und der Dienstleistungserbringer so keine Rechtsanpassungskosten zu tragen hat. Daraus kann jedoch nicht geschlussfolgert werden, dass die Transaktionskosten entfallen, die durch die unterschiedlichen Rechtsordnungen bestehen. Sie werden lediglich auf die Marktgegenseite verlagert, da sich diese nun mit dem Dienstleistungsangebot nach einer fremden Rechtsordnung auseinandersetzen muss. Zwar wird der Dienstleistungsempfänger durch das Informationsangebot, das die Mitgliedstaaten über die fremden Rechtsordnungen nach Art. 22 KomE zur Verfügung stellen, unterstützt, doch trägt er noch immer die Kosten der Beschaffung und Bewertung dieser Informationen.

Diese Kostenverteilung kann nicht überzeugen, da der Dienstleistungserbringer die Rechtsanpassungskosten nur ein einziges Mal zu tragen hätte und so *economies of scale* generieren könnte, während der Dienstleistungsempfänger im Zweifel nur wenige Male mit ein und derselben Rechtsordnung zu tun hat. Er muss sich bei jedem Mal erneut darüber in Kenntnis setzen, ob sich die Rechtslage geändert hat, da er dies, anders als bei seiner Heimatrechtsordnung, nicht überblicken kann. Somit können sich aus diesem Ansatz makroökonomisch betrachtet sogar Verluste ergeben.<sup>32</sup> Insgesamt überzeugt der Richtlinienentwurf in diesem Bereich nicht.

Somit kann der einzig gangbare Weg eine **Standardisierung der Dienstleistungen** durch die Einführung von europaweiten Zertifikaten sein, die die nötige Transparenz schaffen. Diese Standardisierung kann dabei neben der Einführung solcher Zertifikate auf privat- oder öffentlichrechtlicher Initiative auch durch eine gemeinschaftsweite Harmonisierung erfolgen. Letztere kann jedoch die Möglichkeiten, die sich aus dem flexiblen Wettbewerb ergeben, nicht nutzen und führt mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit zu suboptimalen Lösungen. In diesem Sinne ist auch der Aufruf an die

Dienstleistungserbringer in Art. 31 Abs. 1 lit. a KomE zu verstehen. Gerade dies eröffnet für die **Kammern** die Chance, ihre Sachkunde und die bestehende Zusammenarbeit auf europäischer Ebene zu nutzen, solche Qualitätsstandards zu erarbeiten und die Mitgliedsunternehmen zu veranlassen, sich diesen zu stellen.

Hinsichtlich der Verfahrensvereinfachung bei der Niederlassungsfreiheit liegt noch kein Berichtsentwurf des Europäischen Parlamentes vor, so dass über den weiteren Fortgang der Diskussionen nur spekuliert werden kann. Letztlich ist jedoch diese in der vorangegangenen Diskussion in den Anhörungen des EP nicht auf größere Bedenken seitens der angehörten Experten gestoßen, so dass in diesem Bereich nicht mit großen Änderungen zu rechnen ist.

Insgesamt scheint doch ein Vergleich mit der ebenfalls im Rechtssetzungsverfahren befindlichen Berufsanerkennungsrichtlinie angezeigt, die den Bereich der Dienstleistungen der reglementierten Berufe regelt und so einen weiten Bereich der Dienstleistungen. Die dort gefundenen Regelungen, über die weitgehend Konsens besteht und die wohl in Kürze vom Europäischen Parlament abschließend beraten werden, ähneln den Regelungen des Entwurfs der Dienstleistungsrichtlinie insoweit, dass ein Dienstleistungserbringer, der eine Dienstleistung in einem reglementierten Beruf in einem Mitgliedstaat rechtmäßig erbringt, dies grundsätzlich auch in einem anderen Mitgliedstaat tun kann. Die Unterschiede zwischen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die unterschiedliche Anforderungen an die Zulassung oder Ausbildung zu einem reglementierten Beruf stellen, werden, soweit in einem Mitgliedstaat solche Anforderungen nicht vorliegen, durch die Berufserfahrung im Herkunftsmitgliedstaat ausgeglichen.

Dabei wird das Herkunftslandprinzip bzw. das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung angewendet, ohne jedoch Regelungen im Bereich



des Privatrechts zu treffen. Die Anerkennung der Berufsqualifikationen bezieht sich somit allein auf die Regeln des Wirtschaftsverwaltungsrechts der Mitgliedstaaten, die allein die Verkehrsfähigkeit der Dienstleistungserbringung und somit die Herstellung eines Binnenmarktes behindern.

Dieses Konzept sollte für die Dienstleistungsrichtlinie übernommen werden, um die im Gesetzgebungsverfahren stehenden Verordnungen zum Schuldvertragsrecht und der außervertraglichen Haftung (Rom I und II) nicht in ihren detaillierten und ausgewogenen Regelungen zu verdrängen und an ihre Stelle starre Prinzipien wie das Herkunftsland- oder das Bestimmungslandprinzip zu setzen.

---

## Glossar

**Dienstleistung** – jede selbstständige wirtschaftliche grenzüberschreitende Tätigkeit, bei der einer Leistung in der Regel eine Gegenleistung gegenüber steht

**reglementierter Beruf** – jede berufliche Tätigkeit, bei der die Aufnahme oder Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen, also an Qualifikationen gebunden ist, die durch einen Ausbildungsnachweis, Befähigungsnachweis und / oder Berufserfahrung nachgewiesen werden (*für diese soll nicht die Dienstleistungsrichtlinie, sondern die Berufsankennungsrichtlinie gelten*)

## Herkunftslandprinzip/

**Prinzip der gegenseitigen Anerkennung** – jede Ware oder Dienstleistung ist im Binnenmarkt uneingeschränkt verkehrsfähig, kann also im gesamten Binnenmarkt abgesetzt werden, wenn sie die Voraussetzungen des Herkunftslandes erfüllt und dort legal in den Verkehr gebracht wurde. Darüber hinaus kann jedermann seine selbstständige oder abhängige Tätigkeit, sofern er die dazu erforderlichen Befähigungsnachweise seines Heimatstaates besitzt, im gesamten Binnenmarkt ausüben.

**Bestimmungslandprinzip/ Ziellandprinzip** – jede Ware oder Dienstleistung muss unabhängig von ihrer Herkunft die Regelungen des Landes erfüllen, in dem sie abgesetzt werden soll. Darüber hinaus muss jedermann, unabhängig von seiner Herkunft, die Anforderungen desjenigen Landes erfüllen, in dem er seine selbstständige oder abhängige Tätigkeit ausüben will.

- 
- <sup>1</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes zur Tagung des Europäischen Rates (Lissabon) vom 23. und 24. März 2000, 100/1/00, Rn. 5.
  - <sup>2</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 25.2.2004, KOM (2004) 2 endg./2.
  - <sup>3</sup> Vgl. die konsolidierte Fassung des Richtlinienentwurfes mit zahlreichen Änderungen vom Ratsvorsitz vom 10.1.2005, 5161/05.
  - <sup>4</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes zur Tagung des Europäischen Rates (Brüssel) vom 22./23. März 2005, 7619/05, Rn. 22.
  - <sup>5</sup> Entwurf eines Berichts Teil 1 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 8.4.2005, PE 355.744v05-00.
  - <sup>6</sup> Vgl. FAZ vom 14.4.2005, EU-Parlament soll Richtlinie stark einschränken.
  - <sup>7</sup> Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 10/2005 vom Rat festgelegt am 21.12.2004 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, Abl. EG C 58 E vom 8.3.2005.
  - <sup>8</sup> Vgl. Art. 4 Ziff. 1 KomE. Erwägungsgrund 15 mit Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs.
  - <sup>9</sup> Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.5.2004, KOM (2004) 374 endgültig.
  - <sup>10</sup> Vgl. Erwägungsgründe 13 ff. der konsolidierten Fassung des Richtlinienentwurfes.
  - <sup>11</sup> Vgl. nur *Kluth* in Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 50 Rn. 24 ff.
  - <sup>12</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Rewe*, Slg. 1979, 649 („Cassis de Dijon“)
  - <sup>13</sup> EuGH, Rs. 33/74, *van Binsbergen*, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 (st.Rspr).
  - <sup>14</sup> allgemein *Ehlers* in ders. (Hrsg.), EuGR, § 7 Rn. 60 ff.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Rn. 168 ff.; *Leible* in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, EGV Art. 14 Rn. 16 ff. zur Dienstleistungsfreiheit vgl. nur *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Rn. 2593 ff.; *Kluth*, (Fn. 11), EU-Vertrag Art. 50 Rn. 36 ff.; *Müller-Graf* in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, EGV Art. 49 Rn. 70 ff.; *Randelzhofer/Forsthofer* in Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäi-

- schen Union, Bd. I, EGV Art. 49/50 Rn. 54 ff.; *Pache* in Ehlers (Hrsg.), EuGR, § 11 Rn. 44 ff.
- <sup>15</sup> Bei der Dienstleistungsfreiheit vgl. nur EuGH, C-3/95, *Broede*, Slg. 1996, I-6511 Rn. 25; Rs. C-222/95, *Parodi*, Slg. 1997, I-3899 Rn. 18 (st.Rspr).
- <sup>16</sup> Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Rat vom 28./29. Juni 1985, KOM(85) 310 endg., Rn. 77 ff.
- <sup>17</sup> vgl. nur *Matthies*, Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG, in Baur, Jürgen F.; Hopt, Klaus; Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, S. 1287 (1294).
- <sup>18</sup> Vgl. dazu allgemein *Frenz*, (Fn. 14), Rn. 168 ff.; *Leible*, (Fn. 14), Rn. 18.
- <sup>19</sup> Kommission, (Fn. 16), Rn. 61 ff.
- <sup>20</sup> Vgl. dazu eingehend *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 153 ff.
- <sup>21</sup> Darauf weist schon die Kommission in ihrem Weißbuch (Fn. 16), Rn. 79.
- <sup>22</sup> So schon *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 1 ff.
- <sup>23</sup> Art. 19 KomE, weitgehender Art. 16 Abs. 2a BerEP.
- <sup>24</sup> *Ehlers*, (Fn. 14), Rn. 82 ff.; *Frenz*, (Fn. 14), Rn. 512 ff.
- <sup>25</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Rewe*, Slg. 1979, 649 Rn. 13.
- <sup>26</sup> Zu den Änderungen und Auswirkungen im IPR und den Konflikten mit den gemeinschaftsweiten Regelungen der als Verordnung geplanten Abkommen Rom I und II vgl. nur *Basedow*, Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht, EuZW 2004, S. 423 f.; *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe, IPrax 2004, S. 481 ff. *Mankowski*, Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, IPrax 2004, S. 385 ff.
- <sup>27</sup> vgl. dazu *Mankowski*, (Fn. 26), S. 388 f.
- <sup>28</sup> vgl. nur EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483, Rn. 16; *Müller-Graf*, (Fn. 14), Art. 43 Rn. 59 ff.; *Randelzhofer/Forsthoff*, (Fn. 14), Art. 43 Rn. 83 ff.; *Tietje* in Ehlers (Hrsg.), EuGR, § 10 Rn. 5, 52 ff.
- <sup>29</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, S. 5483; Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155.
- <sup>30</sup> Europäisches Parlament, Arbeitsdokument zum Vorschlag für eine Richtlinie über die Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 11.1.2005, PE 353.364v01-00.
- <sup>31</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 4 sowie die Erwägungsgründe 27c und 27d der konsolidierten Fassung des Kommissionsentwurfs.
- <sup>32</sup> So auch *Mankowski*, (Fn. 26), S. 386 ff.