

# aktuelle stellungnahmen 1/07

---

vom 18. Mai 2007

## Aktuelles zur Dienstleistungsrichtlinie

Von Rechtsreferendar Frank Rieger, LL.M.oec.

### I. Einführung

Nach langen politisch kontrovers geführten Diskussionen<sup>1</sup> um die Dienstleistungsrichtlinie ist sie am 28. Dezember 2006 als Richtlinie 2006/123/EG in Kraft getreten.<sup>2</sup> Nach der Diskussion auf europäischer Ebene folgt nun der Prozess der Anpassung der nationalen Rechtsordnungen, der bis zum 28. Dezember 2009 abgeschlossen sein muss.<sup>3</sup> Der ursprüngliche Entwurf hat viel, vielfach berechtigte Kritik erfahren und wurde einer tiefgreifenden Revision unterzogen. Hier soll ein Blick auf die endgültige Fassung geworfen werden, die an Bund, Länder, Kommunen und Kammern den Auftrag erteilt, bestehende Hindernisse verschiedener Art für die Erbringung von (wirtschaftlichen) Dienstleistungen mit Ausnahme der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 1 Abs. 2 ff.) zu überprüfen und u.U. auch zu beseitigen.

### II. Anwendungsbereich

Der weite Anwendungsbereich, der alle wirtschaftlichen Dienstleistungen umfasst, erfährt in Art. 2 eine nicht unerhebliche Einschränkung. So fallen aus Kammersicht insbesondere alle Gesundheitsdienstleistungen sowie die Tätigkeit von Notaren nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Damit sind die Notarkammern und die Heilberufskammern nicht direkt von der Dienstleistungsrichtlinie betroffen.

Außerdem finden sich in Art. 3 zentrale Regelungen zum Verhältnis der Dienstleistungsrichtlinie zur Berufsanerkennungsrichtlinie, in denen im Kollisionsfalle der Vor-

rang der Berufsanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) angeordnet wird, sowie eine Bereichsausnahme für das Internationale Privatrecht, dessen Einbeziehung in den Geltungsbereich zu Recht besonders kritisch begleitet wurde.<sup>4</sup>

Somit eröffnet sich der grundsätzliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie für alle selbstständig und in der Regel gegen Entgelt erbrachten Dienstleistungen. Dabei bleibt zu beachten, dass die **Berufsanerkennungsrichtlinie** (RL 2005/36/EG) insbesondere Regelungen zum Marktzugang enthält und insoweit die allgemeinen Regelungen für die Dienstleistungsrichtlinie in den reglementierten Berufen im Kollisionsfalle verdrängt. So ergibt sich für die verkammerten Berufe und die Kammern ein Tableau, was insbesondere aus dem Zusammenspiel von Regelungen der Berufsanerkennungsrichtlinie, wie der Dienstleistungsrichtlinie lebt.

### III. Verwaltungsvereinfachung

Die Regelungen in Art. 5 ff. zur Verwaltungsvereinfachung sind in der Endfassung der Richtlinie als allgemeine Regelungen „vor die Klammer“ gezogen worden und gelten für alle Formen der Dienstleistungsausübung und alle Kammern mit Ausnahme der Heilberufs- und Notarkammern, die schon aus dem Anwendungsbereich ausgeschieden sind. Die Verwaltungsvereinfachung soll durch die Einrichtung **Einheitlicher Ansprechpartner** erreicht werden, bei denen die Dienstleistungserbringer alle Verfahren und Formalitäten für die Aufnahme der Tätigkeit abwickeln können müssen (Art. 6).<sup>5</sup> Außerdem sollen über diese

die notwendigen Informationen zur Aufnahme der Dienstleistungstätigkeit bereit gestellt werden (Art. 7). Dabei sind die Einheitlichen Ansprechpartner jedoch nicht verpflichtet, die Informationen auch in anderen Sprachen bereit zu stellen<sup>6</sup>. Allerdings ist es durchaus denkbar, dass solche Informationen, soweit möglich, bundesweit einheitlich erstellt und dann auch kostengünstig in jede Gemeinschaftssprache übersetzt werden können. Es sind jedoch nicht nur Informationen über das nationale Recht, sondern auch über das ausländische Recht für die Dienstleistungsempfänger bereitzuhalten (Art. 21). Diese hohen Anforderungen können nur durch eine **Vernetzung der einzelnen nationalen Informationen** und Übersetzung in jede Gemeinschaftssprache erreicht werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Umsetzungsfrist von drei Jahren knapp bemessen.

Eine weitere Anforderung an die Einheitlichen Ansprechpartner ist, dass eine elektronische Verfahrensabwicklung möglich sein muss (Art. 8). Diese Anforderung wird die Einführung der elektronischen Abwicklung von Verwaltungsverfahren im Allgemeinen befördern, da die so zu schaffenden Strukturen nicht nur für die grenzüberschreitende, sondern auch die rein nationale Dienstleistungserbringung und die Abwicklung der dafür erforderlichen Anzeige-/Genehmigungsverfahren genutzt werden kann.

Die in Deutschland geführte Diskussion, ob den **Kammern oder Kommunen** oder diesen in verschiedenen Formen der Zusammenarbeit die Funktion der Einheitlichen Ansprechpartner übertragen werden soll, ist durch ein umfangreiches Gutachten des Deutschen Forschungsinstituts für Öffentliche Verwaltung Speyer<sup>7</sup> im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorangetrieben worden. Für eine Lösung unter Einbeziehung der Kammern stellt das Gutachten deren hohe Kompetenz und Erfahrung im Bereich der Wirtschaftsberatung, sowie die Nähe zu den Dienstleistern heraus.

Die Einheitlichen Ansprechpartner müssen mit den verschiedenen entscheidenden Stellen kommunizieren, was Fragen des Datenschutzes sowie in der Zusammenarbeit Fragen nach der Haftung für Pflichtverletzungen oder die Frage aufwirft, wie die Einhaltung der durch die Richtlinie vorgeschriebenen Fristen bei einer Vielzahl beteiligter Akteure sichergestellt werden kann. Diese Fragen sind noch nicht abschließend geklärt.

#### IV. **Niederlassung**

Die Regelungen des sich anschließenden Kapitels finden Anwendung, wenn sich der Dienstleistungserbringer dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen will. Dazu werden zunächst einzelne Regelungen zur Genehmigung und dem Genehmigungsverfahren regelt. Eine Besonderheit besteht darin, dass die Anträge in einer vorab bekannt gemachten Frist bearbeitet werden müssen und bei Fristablauf eine Genehmigungsfiktion eintritt (Art. 13 Abs. 3).

Der zweite Abschnitt beschäftigt sich inhaltlich mit dem Recht der Mitgliedstaaten und verbietet bestimmte Anforderungen an das Marktverhalten (Art. 14) bzw. unterwirft die Anforderungen einer verstärkten Kontrolle (Art. 15).

Das Berufsrecht ist durch die in Art. 14 aufgelisteten Verbote weniger betroffen, als durch die nach Art. 15 zu überprüfenden Anforderungen. Allenfalls noch bestehende Verbote der Errichtung von Niederlassungen in mehr als einem Mitgliedstaat oder der Kammermitgliedschaft in verschiedenen Mitgliedstaaten müssten aufgehoben werden (Art. 14 Nr. 2). Interessant ist dabei, dass der Idee der Selbstverwaltung dadurch Rechnung getragen wird, dass hoheitliche Entscheidungen über die Berufszulassung durchaus von Berufsverbänden, wie Kammern getroffen werden können, während im Übrigen die Beteiligung von Konkurrenten an solchen Entscheidungen untersagt ist (Art. 14 Nr. 6).

Die nach Art. 15 zu überprüfenden bestehenden Anforderungen betreffen das

Berufsrecht, soweit es Regelungen zur Rechtsform (Abs. 2 lit. b), den Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen (Abs. 2 lit. c), einem Verbot mehrere Niederlassungen in einem Mitgliedstaat zu betreiben (Abs. 2 lit. e) und insbesondere verbindliche Gebührenordnungen (Abs. 2 lit. g) vorsieht. Solche Anforderungen unterliegen einer strengen Kontrolle auf Diskriminierungsfreiheit und ihre Verhältnismäßigkeit. Dabei sind als Rechtfertigungsgründe die Vielzahl vom EuGH unter dem Begriff der **zwingenden Gründe des Allgemeininteresses** herausgearbeiteten anwendbar.

#### V. Dienstleistungsfreiheit

Die Erbringung von Dienstleistungen in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit unterliegt, anders als noch im ursprünglichen Entwurf, nicht mehr dem Herkunftslandprinzip, sondern dem Bestimmungslandprinzip, wobei die Zulässigkeit, Anforderungen an die Dienstleistungserbringung zu stellen, stark beschränkt ist. So können nationale Beschränkungen nicht durch die noch im Rahmen des Primärrechts und im Falle einer Niederlassung anwendbaren zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, sondern nur noch ein **Quartett von Rechtfertigungsgründen**: die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Gesundheit und der Umweltschutz. Diese in der Bezeichnung an die Fallgruppen der Rechtsprechung des EuGH angelehnte Fassung des Art. 16 Abs. 1 lit. b) hat weitreichende Auswirkungen, da die Fallgruppen in der Rechtsprechung nur einen kleinen Anwendungsbereich haben, also nur evidente Fälle darunter fallen.<sup>8</sup> Das hat zur Folge, dass insbesondere die im Rahmen der Niederlassungsfreiheit noch zulässigen Anforderungen an die Dienstleistungserbringung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit keine Rechtfertigung finden werden und so die einheitliche Anwendung des Marktzugangs- und Marktverhaltensrechts aufgehoben wird.

Das hat jedoch nicht nur Folgen für die Fälle der Dienstleistungserbringung durch ausländische Wettbewerber, sondern zeitigt auch Rückwirkung auf die nationale Rechtsordnung, wie das Recht der Dienstleistungserbringung durch Niederlassungen. Denn sowohl das nationale Berufsrecht, wie das Recht der Niederlassungen, untersteht der Rechtfertigung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Geeignetheit einer Maßnahme wird jedoch dann ausgeschlossen, wenn in einem Markt so viele Wettbewerber auftreten, die nicht an das Berufsrecht gebunden sind, dass dieses seinen Zweck nicht mehr erfüllen kann. Dieses Problem wird im nationalen Verfassungsrecht unter dem Schlagwort der **Inländerdiskriminierung** diskutiert<sup>9</sup> und stellt sich im Rahmen des Art. 15 Abs. 3 lit. c) RL 2006/123/EG ebenso.

Zusätzliche Verbote, wie die Registrierung bei einer Kammer gemäß Art. 16 Abs. 2 lit. b), gelten nur eingeschränkt für die verkammerten Berufe, da insofern mit Art. 6 RL 2005/36/EG ein *lex specialis* vorliegt, das dieses Verbot gemäß verdrängt. Der Anwendungsbereich dieses Verbotes ist entsprechend klein, da die Verdrängung für alle reglementierten Berufe im Sinne der Berufsanerkennungsrichtlinie gilt. Allenfalls in einem Bereich der IHK-Mitglieder, bei denen die Berufstätigkeit keinerlei Voraussetzungen unterliegt, könnte der Anwendungsbereich des Art. 16 Abs. 2 lit. b) RL 2006/123/EG eröffnet sein.

Die Spezialität der RL 2005/36/EG erkennt die Dienstleistungsrichtlinie für den Fall der Dienstleistungsfreiheit an, indem Art. 17 Nr. 6 eine Bereichsausnahme von der Geltung des Art. 16 für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit der reglementierten Berufe vorsieht. Für die reglementierten Berufe soll für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit allein Titel II der RL 2005/36/EG gelten, der, ähnlich Art. 16, das Bestimmungslandprinzip regelt, von dem gewisse, jedoch nicht so weitgehende Befreiungen gewährt werden. Dies zeigt, dass insbesondere diese beiden Richtlinien nicht getrennt betrachtet werden können,

um das maßgeblich geltende Recht zu ermitteln.

## VI. Ergänzende Regelungen

Die Dienstleistungsrichtlinie enthält neben diesen für die Ausübung der Dienstleistung zentralen Regelungen solche, die die Dienstleistungsempfänger schützen und unterstützen (Art. 19 - 21) sowie Sonderregelungen für die dem Dienstleistungsempfänger zur Verfügung zu stellenden Informationen (Art. 22). Zudem regelt Art. 24 die kommerzielle Kommunikation reglementierter Berufe, die keinen absoluten Verboten mehr unterworfen sein soll. Die Regelung der kommerziellen Kommunikation wird insbesondere dem Berufsrecht überlassen, das nur den Schranken des Diskriminierungsverbots sowie des Verhältnismäßigkeitsprinzips unter besonderer Berücksichtigung der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses als Rechtfertigungsmaßstab.

Das Berufsrecht ist zudem durch Art. 25 betroffen, der Beschränkungen der multidisziplinären Tätigkeit betrifft, die nur bestimmten Beschränkungen unterworfen werden soll.

Den Abschluss der Richtlinie bilden Regelungen zur die Kontrolle der Dienstleistungserbringung sicherstellenden Zusammenarbeit der Behörden der Mitgliedstaaten sowie eine schon aus Art. 15 RL 2005/36/EG bekannte Aufforderung auch an die Kammern zur Beseitigung von Hindernissen durch die Erarbeitung von Verhaltenskodizes auf Gemeinschaftsebene mitzuwirken (Art. 37).

## VII. Fazit

Die Dienstleistungsrichtlinie hat im Verfahren zu ihrem Erlass eine Vielzahl von Änderungen erfahren. Regelungsprinzip ist nun einheitlich das Bestimmungslandprinzip. Dieses wird durch Kataloge von unzulässigen sowie zu überprüfenden nationalen Beschränkungen ergänzt, die im Niederlassungsfalle durch die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, im Falle der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch das Quartett an Rechtfertigungs-

gründen: die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Gesundheit und der Umweltschutz gerechtfertigt werden können. Dabei bleibt zu berücksichtigen, dass für die reglementierten Berufe deshalb Besonderheiten gelten, weil zum einen die Berufsanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) *lex specialis* zur Dienstleistungsrichtlinie ist (Art. 3, Art. 17 Nr. 6) und zum anderen die Dienstleistungsrichtlinie mit den Art. 24 und 25 selbst Sonderregelungen für das Marktverhaltensrecht der reglementierten Berufe enthält.

<sup>1</sup> Vgl. nur die Nachweise in *Kluth/Rieger*, aktuelle stellungnahmen 3/05 sowie *Kluth/Rieger*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, Eine Analyse am Beispiel von Dienstleistungs- und Berufsanerkennungsrichtlinie, *GewArch* 2006, 1 ff.

<sup>2</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, *AbI. EG L* 376 vom 27.12.2006.

<sup>3</sup> Art. 44 RL 2006/123/EG.

<sup>4</sup> Dazu nur *Kluth/Rieger*, *GewArch* 2006, 1 (5 f.) m.w.N.

<sup>5</sup> Dazu *Windoffer*, Einheitliche Ansprechpartner nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie – Aufgabenprofil und Ansiedlungsoptionen, *DVBbl.* 2006, 1210; *ders.*, Die Implementierung einheitlicher Ansprechpartner nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie – Problemfelder und Anpassungsbedarf im nationalen Recht, *NVwZ* 2007, 495.

<sup>6</sup> So sieht Art. 7 Abs. 5 lediglich eine Pflicht für die Mitgliedstaaten vor, durch Maßnahmen die Bereitschaft zur Übersetzung der Informationen zu fördern.

<sup>7</sup> Gestaltungsoptionen und Anforderungen an „Einheitliche Ansprechpartner“ des Vorschlags einer EU-Dienstleistungs-Richtlinie im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2006 – kann auf der Homepage des IFK eingesehen werden.

<sup>8</sup> Zur Vielzahl der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit anerkannten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses *Kluth* in *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar*, 3. Aufl., 2007, Art. 49/50 Rn. 79 ff.

<sup>9</sup> Dazu vom Verfasser: Ist die Inländerdiskriminierung noch mit dem Grundgesetz vereinbar?, *Besprechung des Kammerbeschlusses zur Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs*, *DÖV* 2006, S. 685; *ders.*, Die umgekehrte Diskriminierung (Inländerdiskriminierung) – Grundrechtsverstoß oder Ausdruck nationaler Regelungskompetenz? in *Kluth* (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2005, 2006, S. 425. Vgl. auch *Frenz*, Prägung des grundgesetzlichen Übermaßverbotes durch Europarecht, *Nationale Relevanz der Inländerdiskriminierung*, *JZ* 2007, 343; *Gundel*, Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht: Neue Ansätze in der deutschen Rechtsprechung, *DVBbl.* 2007, 269.