

aktuelle stellungnahme 5/08

vom 15. Juli 2008

Die Geltung der EU-Dienstleistungsrichtlinie für die rein innerstaatliche Niederlassung

Von Prof. Dr. Winfried Kluth

I. Fragestellung und Hintergrund

Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie befindet sich mitten in der Umsetzungsphase. Neben dem Einheitlichen Ansprechpartner bzw. der Einheitlichen Stelle und der Infrastruktur für das elektronische Verwaltungsverfahren geht es dabei auch um das so genannte Normenscreening. Soweit sich das Normenscreening auf die Niederlassung bezieht ist es von großer Bedeutung, ob von der Richtlinie nur grenzüberschreitende oder auch rein innerstaatliche Niederlassungsvorgänge erfasst werden. Dies betrifft den Regelungsgehalt der entsprechenden Normen der Dienstleistungsrichtlinie und damit zugleich die Frage, wie weit die Rechtsetzungskompetenz der EU in diesem Bereich geht. Bund und Länder nehmen dazu den Standpunkt ein, dass die Richtlinie nur grenzüberschreitende Vorgänge regelt und regeln darf; zugleich hat man sich aber „politisch“ für eine weitgehende Einbeziehung rein innerstaatlicher Vorgänge entschlossen, um Inländerdiskriminierungen zu vermeiden. Es bleibt aber die Frage, wie die gemeinschaftsrechtliche Rechtslage aussieht. Dazu wird in diesem Beitrag Stellung genommen.

II. Der Meinungsstand

Die Kompetenzgrundlage der Richtlinie sieht die Kommission in Art. 47 Abs. 2 S. 1 u. 3 sowie Art. 55 EGV, also in Rechtsetzungsermächtigungen zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.¹ Die Grundfreiheiten beziehen sich in ihrem sachlichen Anwendungsbereich nur auf grenzüberschreitende Sach-

verhalte², wobei speziell bei der Dienstleistungsfreiheit die Konstellationen sehr vielfältig sind.³ Im Falle der Niederlassungsfreiheit wird dies besonders deutlich. Gleichwohl sind die Rechtsetzungsbefugnisse der Gemeinschaft nach Art. 47 Abs. 2 EGV (und wohl auch nach Art. 55 EGV) nach ganz überwiegender Ansicht⁴ nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt, wenn es um Harmonisierungsmaßnahmen (wörtlich: Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften) geht. Dieses Auslegungsergebnis wird zum einen damit begründet, dass eine Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf alle Sachverhalte bezogen sei und dass es Sinn und Zweck der Harmonisierung sei, Inländerdiskriminierungen, die bei der unmittelbaren Anwendung der Grundfreiheiten auftreten können, zu verhindern.⁵

In der Praxis gibt es bereits viele Richtlinien, die sich auf innerstaatliche Sachverhalte erstrecken. So gelten etwa die Vorgaben der Art. 24 ff. der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG (die aus den früheren sektoralen Richtlinien übernommen wurden) auch für Personen, die anschließend ihren Beruf im gleichen Mitgliedstaat ausüben wollen; es gibt keine zweierlei Ausbildungsvorgaben für Ärzte etc.

III. Problempotential

Trotz dieses eindeutigen Meinungsstandes ist das Ergebnis aus kompetenzrechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Es kommt nämlich zu sehr weit reichenden Spill-over-Effekten, vor allem in Bezug auf die Ausgestaltung der Ver-

fahren und Organisationsstrukturen der Aufsicht. Zudem begegnet diese Auslegung jedenfalls dann Bedenken, wenn es nicht nur zu formalen Angleichungen, sondern zu erheblichen Auswirkungen auf die materiellen Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten kommt. Aus Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV würde ansonsten eine Grundlage für eine vollständige (Neu-)Regelung des Wirtschaftsverwaltungsrechts abgeleitet werden können.

Für eine beschränkte Interpretation spricht auch das von der EU in den letzten Jahrzehnten bevorzugt praktizierte Konzept der Mindestharmonisierung, das den Mitgliedstaaten bei reinen Inlandssachverhalten bewusst eine große Gestaltungsfreiheit belässt.⁶

Eine derartige Reichweite der auf den Abbau von Hindernissen des grenzüberschreitenden Verkehrs gerichteten Norm kann auch nicht mit dem Hinweis begründet werden, dass auf diesem Wege bestehende Inländerdiskriminierungen nicht zu groß werden.⁷ Wenn man davon ausgeht, dass jedenfalls das Gemeinschaftsrecht die Inländerdiskriminierung zulässt⁸, so kann dieser Gesichtspunkt alleine nicht eine weite Auslegung von Kompetenzen begründen. Es hat zudem den Anschein, dass den Befürwortern einer weiten, auch reine Inlandssachverhalte einschließenden Interpretation, die sachliche Reichweite nicht in allen ihren Auswirkungen bewusst ist. Jedenfalls wäre es ein (weiteres) kompetenzrechtliches Husarenstück, über eine primär auf Verfahrensvereinfachung abzielende Ermächtigung den Grundfreiheiten eine umfassende innerstaatliche Wirkung beizumessen.⁹

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen der Inländerdiskriminierung

Allerdings heißt das nicht, dass im Falle von erheblichen Niveauunterschieden für grenzüberschreitende und innerstaatliche Vorgänge und den damit verbundenen Inländerdiskriminierungen keinerlei Rechtsfolgen ausgelöst werden. Diese sind aber durch die Mitgliedstaaten und ihre Rechts- und Verfassungsordnungen zu lösen.¹⁰ Ganz in diesem Sinne hat

auch das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluss zum Großen Befähigungsnachweis (allerdings in Bezug auf die alte Rechtslage vor der großen Handwerksrechtsreform des Jahres 2004) im Handwerksrecht argumentiert:

„Die spürbare Konkurrenz aus dem EU-Ausland lässt bereits daran zweifeln, ob der große Befähigungsnachweis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 7 HwO a.F., weil er diese Anbieter nicht erreichte, zur Sicherung der Qualität der in Deutschland angebotenen Handwerkerleistungen noch geeignet sein konnte. Vor allem aber erscheint fraglich, ob angesichts des Konkurrenzdrucks durch Handwerker aus dem EU-Ausland deutschen Gesellen noch die Aufrechterhaltung einer gesetzlichen Regelung zuzumuten war, die ihnen für den Marktzugang in zeitlicher, fachlicher und finanzieller Hinsicht deutlich mehr abverlangte als ihren ausländischen Wettbewerbern auf dem deutschen Markt.“¹¹

Dieser Prüfungsansatz hat auch gemeinschaftsrechtlich den erheblichen Vorteil, dass die Kompetenz der Mitgliedstaaten für die Regelung rein innerstaatlicher Vorgänge gewahrt wird, ohne dass die Auswirkungen von Inländerdiskriminierungen ignoriert werden. Hinzu kommt, dass auch nur auf diesem Wege der Wettbewerb um die beste Regulierungsform, die einen Systembestandteil der Binnenmarkphilosophie darstellt, Aufrecht erhalten werden kann. Indem auf die Schwere der Folgen abgestellt wird, trägt der Prüfungsansatz des Bundesverfassungsgerichts auch den praktischen wirtschaftlichen Zusammenhängen ausreichend Rechnung.

V. Schlussfolgerungen

Für die Erfüllung des durch die Dienstleistungsrichtlinie begründeten Prüfungsauftrags ist diese Differenzierung zunächst ohne Bedeutung. Erst wenn es zu Unvereinbarkeiten mit den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie kommt, wird man den dann drohenden Kompetenzkonflikt austragen müssen, soweit der deutsche Gesetzgeber nicht von sich aus zur

Deregulierung im rein innerstaatlichen Bereich gewillt ist.

- ¹ Ergänzend werden noch Art. 71 und 81 Abs. 2 EGV herangezogen. Einen Kompetenzverstoß nimmt *Scholz*, in: Bauer/Czybulka/Kahl/ Vosskuhle (Hrsg.), *Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat*, FS für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 169 ff. an; zutreffende Gegenposition u.a. bei *Ohler*, BayVBl. 2006, 261 (266 f.).
- ² Siehe nur *Ehlers*, *Allgemeine Lehren*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl. 2005, § 7, Rn. 19, 24, 55; *Roth*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Loseblatt, Stand: Juni 2007, E I, Rn. 31. Eine Erstreckung auch auf rein innerstaatliche Vorgänge wird z.T. unter Verweis auf das Binnenmarktziel des Art. 14 EGV gefordert, da in einem grenzenlosen Markt Staatsgrenzen keine Relevanz besitzen dürfen; vgl. zu diesem Argumentationsansatz *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 12 EGV, Rn. 34, die die Rechtsfolgen aber beschränkt (a.a.O. Rn. 25 f.).
- ³ Etwa der aus dem Herkunftsland mitgebrachte Reiseführer, bei dem in einem anderen Mitgliedstaat die Dienstleistung zwischen Personen des Herkunftsstaates erbracht wird.
- ⁴ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 47, Rn. 9; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, *EUV/EGV*, Loseblatt, Stand: April 2007, Art. 47, Rn. 21.
- ⁵ Siehe nur *Bröhmer*, a.a.O.
- ⁶ Dazu *Wagner*, *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, 2001, S. 118 f.
- ⁷ So die Argumentation von *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 47, Rn. 9 und *Randelzhofer*, in: Grabitz/Hilf, *EUV/EGV*, Loseblatt, Stand: April 2007, Art. 47, Rn. 21.
- ⁸ Siehe *Roth*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Loseblatt, Stand: Juni 2007, E I, Rn. 34; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 12 EGV, Rn. 58 ff.; zur Gegenposition *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 12 EGV, Rn. 27 ff.
- ⁹ Kritisch, soweit es um Fragen der Verwaltungsorganisation geht auch *Ohler*, BayVBl. 2006, 261 (266).
- ¹⁰ Siehe dazu *Rieger*, in: Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2005, 2006, S. 427 ff. m.w.N.
- ¹¹ *BVerfG*, *GewArch.* 2006, 71 ff. Dazu *Rieger*, *DÖV* 2006, 685 ff.; *Riese/Noll*, *NVwZ* 2007, 516 ff. Ablehnend *Frenz*, *Handwerkliche Qualifikation und EU-Recht*, 2006, S. 84 ff.