

Erster Teil

Einleitung

A. Erkenntnisinteresse

I. Eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Nach schier endlosen Diskussionen im Europäischen Parlament¹, und in der europäischen (Lobby-) Öffentlichkeit², liegt dem europäischen Rechtsanwender seit dem 28.12.2006 die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt (sog. Dienstleistungsrichtlinie, im

¹ Laut Europa-Report, EuZW 2005, S. 419, lagen während des Rechtsetzungsprozesses, der Ende 2006 in den Erlass der sog. Dienstleistungsrichtlinie (Nachweise in Fn. 3) mündete, zwischenzeitlich über 1000 (!) Änderungsanträge vor.

² Stellungnahmen zum Richtlinienentwurf lagen von allen großen Gewerkschaften des Landes, sowie von den verschiedensten Berufsverbänden, Interessenvertretungen und Vereinigungen (etwa des Mittelstandes) vor; exemplarisch seien der Zentralverband des deutschen Handwerks, vgl. *H. E. Schleyer* in ARD-Morgenmagazin vom 03.02.2005 und im Internet unter www.zdh.de, die Aktionsgemeinschaft Wirtschaftlicher Mittelstand (AWM) in „Vorläufige Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt“, www.awm-online.de/stellungnahmen/stellungnahme040227.html und die IG-Bauen-Agrar-Umwelt in „Einschätzung und Forderungen zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt“, www.igbau.de, genannt; vgl. ferner *A. Metzler*, Anhörung im Europäischen Parlament vom 11.11.2004, Niederschrift der abgegebenen Stellungnahme unter www.freie-berufe.de/Stellungnahmen und *F. Rieger*, Tagung zur EU-Dienstleistungsrichtlinie, Bericht über eine gemeinsame Veranstaltung der IHK Halle-Dessau, des Deutschen Industrie- und Handelskammertags und des Instituts für Kammerrecht e.V. am 31.05.2005, EuZW 2005, S. 430 (430) mit weiteren Stellungnahmen aus Wissenschaft und Praxis; besonders kritisch, wenn auch wenig fundiert, haben sich außerdem die Globalisierungsgegner von ATTAC zu Wort gemeldet, vgl. *T. Fritz*, in Blue21 Arbeitspapier: Auf dem Weg zur Sonderwirtschaftszone – Die Dienstleistungsrichtlinie der EU, S. 16 ff.; www.attac.de/gats/hintergrund/frits-vs-bolkestein.pdf.

Folgenden DLR) vor³. Zu ihrer Umsetzung sind die nationalen Gesetzgeber bis Ende 2009 berufen⁴. Kernstück der Richtlinie sind im Wesentlichen drei Grundsätze, nämlich erstens – auf Seiten der Berechtigten – das Recht auf freien Dienstleistungsverkehr, zweitens – auf Seiten der Verpflichteten – die Verpflichtung, dieses Recht zu gewährleisten und drittens – wiederum auf Seiten der Verpflichteten – die Bindung aller innerstaatlichen Anforderungen betreffend Dienstleistungen an u.a. die Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sowie an die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit, Art. 16 DLR. Dass damit im Wesentlichen Inhalt und Sinngehalt der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49, 50 EG⁵, in der Auslegung, die sie durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) erfahren hat, in Richtlinienform gegossen worden ist, erscheint unangefochten. Es war dies die erklärte Kompromissformel, die auf einen am 16.02.2006 in erster Lesung gefundenen Konsens der Fraktionen von EVP, SPE und ALDE im Europäischen Parlament zurück geht⁶. Auch der Rat hat diesen Konsens, der am 13.09.2006 dem federführenden Binnenmarktausschuss in zweiter Lesung zugegangen ist und dort am 15.11.2006 mit wenigen Änderungen angenommen wurde, am 29.05.2006 gebilligt. Die europäische Dienstleistungsfreiheit kann seither (abgesehen von weiteren flankierenden Maßnahmen⁷) jedenfalls einen gegenüber der reakti-

³ ABl.EG vom 27.12.2006, Nr. L 376/36.

⁴ Art. 44 RL 2006/123/EG aaO (Fn. 3).

⁵ Vertrag von Amsterdam vom 10.11.1997 zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte („EG-Vertrag“), ABl.EG 1997, Nr. C 340.

⁶ KOM (2006), 160/endg.; http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/proposal_de.htm; vgl. zur Arbeit des Europäischen Parlaments auch *A. Graff Lambsdorff*, Die Dienstleistungsrichtlinie in den Beratungen des Europäischen Parlaments, *EuZW* 2005, S. 577; *W. Kluth/F. Rieger*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, *GewArch* 2006, S.1 ff.

⁷ Vgl. insb. Art. 5-8 und 9-15 DLR, aao (Fn. 3); dazu *W. Kluth*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Handwerks- und Gewerbeordnung, in *Leible* (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen und Risiken für Deutschland, S. 131 ff.

ven Wirkungsweise des Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 EG) vor dem EuGH gesteigerten Wirkungsgrad im Recht der Mitgliedstaaten für sich verbuchen⁸.

Die ursprünglichen Pläne der bis November 2004 amtierenden *Prodi*-Kommission beschränkten sich indes nicht auf diesen mehr oder minder technokratischen Erfolg, dessen Ursache letztlich bereits in der aus Art. 249 Abs. 3 EG resultierende Zielverantwortung der Mitgliedstaaten für die Realisierung eines jeden Richtlinienanliegens wurzelt⁹. Ziel war es vielmehr, nach Jahrzehnten des integrationspolitischen Stückwerks, anhand des sog. *Herkunftslandprinzips* den finalen Befreiungsschlag des europäischen Dienstleistungsbinnenmarktes gegenüber mitgliedstaatlichen Handelsbarrieren zu wagen¹⁰. In der supranationalen Optik der Europäischen Union (EU)¹¹ werden

⁸ RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), Begründungserwägung Nr. 6.

⁹ Gemäß Art. 249 Abs. 3 EG ist die Richtlinie für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, während die Auswahl des geeigneten Mittels den Mitgliedstaaten überlassen ist; im Gegensatz zur Verordnung (Art. 249 Abs. 2 EG) besitzen Richtlinien also keine unmittelbare *Geltung* in den Mitgliedstaaten; eine Umsetzungspflicht lässt sich aber aus der Zielverbindlichkeit der Richtlinie selbst sowie aus Art. 10 EG herleiten; darüber hinaus zwingt die unterschiedliche Ausgestaltung der Art. 249 Abs. 2 und 3 EG nicht dazu, der Richtlinie jede unmittelbare *Wirkung* oder *Anwendbarkeit* abzusprechen; zum Ganzen *R. Streinz*, Europarecht, Rn. 433 ff. (444); *G. Winter*, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, S. 657 ff.

¹⁰ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 05.03.2004, KOM (2004), 2/endg. (Begründungserwägungen); dazu im Überblick: *J. M. Schlichting/W. Spelten*, Die Dienstleistungsrichtlinie, EuZW 2005, S. 238 ff.; *Graf von Lambsdorff*, EuZW 2005, S. 577; *D. Kugelmann*, Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell, EuZW 2005, S. 327 ff.; *T. Lambrich*, Harmonisierung oder Konkurrenz der europäischen Arbeitsrechtsordnungen, EWS 2005, S. 251 ff.; *U. Reim*, Diagnose: Wirtschaftsschwäche! – Therapie: Deregulierung?, NJW 2005, S. 1553; *P. M. Wiesner/D. Wiedmann*, Die Dienstleistungsrichtlinie, Marktöffnung oder Abschottung?, ZIP 2005, S. 1210 ff.

¹¹ Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Begriffe „Europäische Union“ (EU) und „Europäische Gemeinschaft“ (EG) gemäß der Vertragskonstruktion von Maastricht keinesfalls synonym gebraucht werden, vgl. Art. 47 EU; gelegentlich wird jedoch in einem umfassenderen Sinn von der „Union“ gesprochen

solche seit je her in denjenigen Regelungen der Mitgliedstaaten gesehen, welche den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr rechtlich oder faktisch behindern¹² ohne gleichzeitig auf eine hinreichende Rechtfertigung zu verweisen¹³. Das Herkunftslandprinzip besagt nun – untechnisch gesprochen – dass ein Dienstleistungserbringer einzig den Rechtsvorschriften desjenigen Mitgliedstaates unterliegt, in dem er niedergelassen ist (Herkunftsland), und dass die diejenigen Mitgliedstaaten, in denen die Dienstleistung erbracht werden soll (Ziel-, oder Bestimmungsstaaten) die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen grundsätzlich nicht beschränken dürfen. Zwecks Verwirklichung des Binnenmarktes setzt das Herkunftslandprinzip also nicht zentral auf die Angleichung der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten, sondern vertraut vielmehr dezentral der Integrationskraft des politischen wie ökonomischen Systemwettbewerbs, flankiert durch ein System der gegenseitigen Anerkennung von gleichartigen Tatbeständen. Einher geht damit die Überantwortung der Binnenmarktfürsorge im Bereich von Dienstleistungen von der supranationalen auf die nationale Herrschaftsgewalt der Mitgliedstaaten¹⁴.

Dieser Ansatz war einerseits revolutionär. Schließlich verzichtete ein Sekundärrechtsakt der Gemeinschaft zum ersten Mal in der Geschichte der europäischen Marktöffnung auf Mindestanforderungen, die angesichts eines Defizits bei der Rechtsangleichung geeignet waren, eine gegenseitige Anerkennung von Tatbeständen (etwa der Hochschuldiplome¹⁵, jüngst auch der Berufsqualifikationen¹⁶) zu er-

werden, während gleichzeitig Normen des EG-Vertrages als dem organisatorisch verfestigten Teil der Europäischen Union zitiert werden.

¹² Ausführlich zweiter Teil, B., IV.

¹³ Vgl. z.B. Art. 55 i.V.m. 46 EG („ordre public“) sowie mit eigenem Ansatz ausführlich dritter Teil, B. III.

¹⁴ Vgl. *W. Kluth*, aaO (Fn. 7), S. 131 ff.

¹⁵ Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988, ABLEG 1989, Nr. L 19/16 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen.

¹⁶ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABLEG 2005, Nr. L 255/22.

möglichen. Derartige Vorgaben aus Brüssel waren bisher gewissermaßen Junktim, wenn sich die Gemeinschaft anschickte, über den spezifischen Dienstleistungsberuf hinaus ein allgemeines System der Anerkennung von Tatbeständen zu etablieren, ohne zuvor nationale Unterschiede koordiniert zu haben. In Umkehrung dieses Ansatzes bildete das Herkunftslandprinzip nunmehr nicht den Schlusspunkt der Harmonisierungstätigkeit, sondern stand vielmehr an deren Anfang. Damit war das für die Anerkennung von Tatbeständen notwendige gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten nicht wie bisher das Ergebnis eines Harmonisierungsprozesses, sondern wurde – gleichsam im Sinne eines Vertrauensvorschlusses – vorweggeschickt.

Das Herkunftslandprinzip ist aber andererseits keine unbekannte Größe. In bestehenden sektoralen Richtlinien wird bereits damit gearbeitet¹⁷. Und im Rahmen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages ist das Herkunftslandprinzip vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH¹⁸ zu einem Stützpfeiler des europäischen Binnenmarktes (nicht nur für Dienstleistungen) avanciert. Freilich ist das Herkunftslandprinzip nach bestehender Rechtslage stets in einen konkreten, sekundärrechtlichen Regelungszusammenhang eingebettet, oder aber, durch den primärrechtlichen Ansatzpunkt des EuGH, auf die Durchsetzung der jeweiligen Grundfreiheit im Einzelfall ausgerich-

¹⁷ Vgl. aus jüngerer Zeit die Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 03.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität („Fernsehrichtlinie“), ABl.EG Nr. L 298/23 und die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („e-Commerce-Richtlinie“), ABl.EG Nr. L 178/1; die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken enthält zudem in Art. 4 eine Binnenmarktklausel, die zumindest i.S. eines Herkunftslandprinzips verstanden werden kann, vgl. *B. Buchner*, Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, GRUR Int., 2005, S. 1004 (1010).

¹⁸ Von rechtsgeschichtlicher Bedeutung sind vor allem die Entscheidungen EuGH, Slg. 1974, 837 ff. („Dassonville“) und EuGH, Slg. 1979, 649 ff. („Cassis de Dijon“). Für die Dienstleistungsfreiheit im Speziellen auch EuGH, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 („van Binsbergen“); Slg. 1981, 3305 ff. („Webb“).

tet. Im ersten Fall kann demnach den Eigentümlichkeiten der verschiedenen Dienstleistungen und Berufszweige entsprochen werden. Vor dem EuGH wirkt das Herkunftslandprinzip hingegen „nur“ als binnenmarktrechtliche Einschränkung der Rechtfertigung von nationalen Handelsschranken und damit nicht proaktiv, sondern reaktiv von Verfahren zu Verfahren (Art. 226 EG). Ein allgemeines sekundärrechtliches und flächendeckendes (das heißt branchenübergreifendes) Herkunftslandprinzip, wie es der *Prodi*-Kommission vorschwebte, zeichnet sich demgegenüber zum einen durch sowohl sektorspezifische als auch tatbestandliche Indifferenz aus. Seine Reichweite übertrifft damit sowohl sektorale als auch allgemeine Liberalisierungssysteme¹⁹. Zum anderen ist die Richtlinie als Katalysator des Herkunftslandprinzips hinsichtlich ihres Ziels verbindlich (Art. 249 Abs. 3 EG), so dass das Herkunftslandprinzip integrationstechnisch von der Wirkung zur Ursache avanciert.

Eine derartige Neuorientierung bei der Verwirklichung des Binnenmarktes für Dienstleistungen war die erklärte Absicht der Kommission²⁰. Schließlich galt es aus ihrer Sicht integrationspolitisch angemessen auf die tiefgreifenden Strukturveränderungen der europäischen Volkswirtschaften zu reagieren. Während traditionell die Warenerzeugung (volkswirtschaftlich der sog. „sekundäre Sektor“²¹) im Vordergrund stand, generieren Dienstleistungen (sog. „tertiärer Sektor“) in modernen Volkswirtschaften insgesamt rund 70 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (BIP), der Bruttowertschöpfung und der Beschäftigung²². In allen EU-Mitgliedstaaten ist der Bereich der

¹⁹ Ausführlich vierter Teil, C.

²⁰ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn. 10).

²¹ Die volkswirtschaftliche Terminologie sei an dieser Stelle erlaubt, auch wenn der begriffliche Ansatz des EG-Vertrages ein anderer ist. Dazu *P. Troberg/J. Tiedje*, in von der Groeben/Schwarze, Vorbemerkungen zu Art. 49-55 EG, Rn. 7 ff.

²² Zahlen aus: Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn. 10) und aus Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn.3); weitere Zahlen und Analysen in der OECD Studie „Economic Survey of the Euro Area 2005: Integrating Services Markets“, unter www.oecd.org/eco/surveys/eu und in „Extended im-

marktbestimmten Dienstleistungen, legt man das BIP zugrunde, mittlerweile mindestens doppelt so groß wie der des verarbeitenden Gewerbes, bei Einbeziehung der Dienstleistungen im sozialen und öffentlichen Bereich sogar dreimal so groß²³. Allein in Deutschland ist der Dienstleistungssektor seit 1991 um über 570 Mrd. € gewachsen, womit seither ein Zuwachs von über fünf Mio. neuen Arbeitsplätzen einherging²⁴.

Die Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit führte demgegenüber lange Zeit und sicherlich begünstigt durch die traditionell lokale Orientierung der meisten Dienstleistungsberufe, ein Schattendasein in den Randbereichen der europäischer Integration. Ihre Verwirklichung wurde bis in der 1980er Jahre hinein eher als Nebenprodukt bei der Herstellung der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) angesehen²⁵. Heute steht sie dagegen – nicht zuletzt aufgrund der Zunahme des elektronischen Dienstleistungsverkehrs²⁶ – im Zentrum der weiteren Entwicklung des Binnenmarktes²⁷. Diese Akzentverschiebung, die auf das Weißbuch der Europäischen Kommission von 1985 über

pact assesment of proposal for a directive on services in the internal market“, SEK (2004), 21, S. 6 ff.; die Kommission stützt sich hier ihrerseits auf die dänische Studie „Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services“, www.copenhageneconomics/publications.com.

²³ E. Pache in Ehlers, EuGR 2005, § 11, Rn. 2; Bundeswirtschaftsministerium, Monatsbericht 02/2007, S. 32 ff., www.bmwi.de; www.dienstleistungsrichtlinie.de.

²⁴ Bundeswirtschaftsministerium, Monatsbericht 02/2007, S. 32 ff.

²⁵ Vgl. zur Rechtsangleichungspraxis der EG auf dem Gebiet der Dienstleistungen allgemein W. H. Roth, Die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG, EuR 21 (1986), S. 340 ff., EuR 22 (1987), S. 7 ff.; ausführlich zu den teils vertraglich angelegten, teils durch die Praxis des Rates geschaffenen Gründen hierfür M. Seidel, Die Dienstleistungsfreiheit in der neuesten Rechtsentwicklung, in Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt: Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 113 ff.; K. Hailbronner/A. Nachbaur, Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1992, S. 105 ff.

²⁶ Vgl. K. M. Brisch, EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, S. 235 ff.; H. W. Micklitz, Fernabsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, EuZW 2001, S. 133 ff.

²⁷ Eingehend zu diesem Strukturwandel P. Troberg/J. Tiedje, in von der Groben/Schwarze, Vorbemerkungen zu Art. 49-55 EG, Rn. 23 f.

die Vollendung des Binnenmarktes zurückgeht²⁸ und seither durch eine Vielzahl von Liberalisierungsmaßnahmen, die auch und gerade das Dienstleistungsrecht im Auge haben²⁹ verdeutlicht wird, sollte durch die Etablierung des Herkunftslandprinzips ihren vorläufigen Höhepunkt finden. Denn mit dem Eintritt der europäischen Volkswirtschaften in das „postindustrielle Zeitalter“, verband die *Prodi-Kommission* enormes Wachstumspotential. Um bis zu 30 Prozent könne der Handel, gar um bis zu 35 Prozent könnten die Direktinvestitionen angekurbelt werden, so die Annahme³⁰. Für den Wirtschaftsreformprozess, den der Europäische Rat im Jahre 2000 auf seiner Tagung in Lissabon mit dem Ziel eingeleitet hat, die EU bis zum Jahre 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen („Lissabon-Prozess“), schien es daher unerlässlich, einen wirklichen Binnenmarkt für Dienstleistungen zu schaffen³¹. Die Furcht vor den (angeblich) negativen Folgen, die eine Öffnung der Dienstleistungsmärkte für die heimischen Arbeitsmärkte haben könnte, schien zunächst eingedämmt, nachdem im Zuge der EU-Osterweiterung großzügige Übergangsregelungen vereinbart wurden³².

²⁸ Weißbuch der Kommission vom 14.06.1985 über die Vollendung des Binnenmarktes, KOM (1985), 310/endg.

²⁹ Einen exemplarischen Überblick gibt *M. Haag* in Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, § 15, Rn. 16 ff.; vgl. auch *W. Frenz*, Selbstständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, *GewArch* 2007, S. 10 ff.

³⁰ Vgl. *F.A.Z.* vom 05.02.2005, S. 14.

³¹ So die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, aaO (Fn. 10); inzwischen scheint sich die EU allerdings bescheidenere Ziele zu stecken: der „Kern der Lissabon Strategie“ ist durch eine Erklärung des EU-Kommissionspräsidenten *J. M. Barroso* am 02.02.2005 fallen gelassen worden; „vorrangiges Ziel“ bleibt aber nach wie vor die Liberalisierung der Dienstleistungsmärkte in der EU, vgl. *F.A.Z.* vom 03.02.2005: „EU schraubt Wachstumsziele zurück“; auch die Gründe der RL 2006/123/EG, aaO (Fn. 3), rücken zwar den Stellenwert europäischer Dienstleistungen auf dem Weg nach Lissabon in den Vordergrund, dies allerdings unter der Einschränkung, dass gleichzeitig das „europäische Gesellschaftsmodell“ gewahrt bleibt, s. Begründungserwägungen 4 ff.

³² So hat jüngst *F. Müntefering* darauf bestanden, den deutschen Arbeitsmarkt entgegen einer Empfehlung der EU-Kommission bis mindestens 2009 gegenüber