

**Fachhochschule für
Verwaltung und Rechtspflege Berlin**

- University of Applied Sciences -



Fachbereich 1 (Allgemeine Verwaltung)

Heft 87

2006

Jürgen Hennecka

Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt KOM(2004) 2 – unter Berücksichtigung der möglichen Auswirkungen aus Sicht des deutschen Arbeitsrechts

Jürgen Hennecka

Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen
Parlaments und des Rates über Dienstleistungen
im Binnenmarkt KOM(2004) 2 – unter Berücksichtigung der
möglichen Auswirkungen aus Sicht
des deutschen Arbeitsrechts

Beiträge aus dem Fachbereich 1 (Allgemeine Verwaltung)
der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Berlin

Herausgeber	Dekan des Fachbereichs 1 Alt-Friedrichsfelde 60, 10315 Berlin Telefon: (0 30) 90 21 44 10, Fax: (0 30) 90 21 44 17 E-Mail: g.ringk@fhvr-berlin.de (Sekretariat)
© copyright	Bei den jeweiligen Autorinnen und Autoren
Nachdruck	Mit Quellenhinweis gestattet. Belegexemplar erwünscht.
ISBN	3-933633-78-8

Gliederung

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	3
1. Einleitung	4
2. Der Richtlinienentwurf	5
2.1 Ziel der Richtlinie	5
2.2 Überblick über den Inhalt	7
2.3 Ausgewählte Einzelbereiche	8
2.3.1 Anwendungsbereich	9
2.3.1.1 Dienstleistungsbegriff	9
2.3.1.2 Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit	10
2.3.1.3 Ausnahmen vom Anwendungsbereich	12
2.3.1.4 Konzeption des Anwendungsbereichs	13
2.3.1.5 Verhältnis zum bestehenden Gemeinschaftsrecht	14
2.3.2 Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer	14
2.3.2.1 Verwaltungsvereinfachung	14
2.3.2.2 Genehmigungsregelungen	16
2.3.2.3 Unzulässige oder zu prüfende Anforderungen	19
2.3.3 Freier Dienstleistungsverkehr	20
2.3.3.1 Herkunftslandprinzip	20
2.3.3.2 Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip	22
2.3.3.3 Verankerung des Herkunftslandprinzips in der Dienstleistungsfreiheit	25
2.4 Rechtsgrundlage	27
2.4.1 Begründung der Kommission und Meinungen	27
2.4.2 Eigene Stellungnahme	29
3. Mögliche Folgen aus Sicht des deutschen Arbeitsrechts	33
3.1 Bisherige Rechtslage	33
3.1.1 Arbeitsstatut	33
3.1.2 Arbeitnehmer-Entsendegesetz	36
3.2 Rechtslage bei Geltung des Dienstleistungsrichtlinie	38
4. Bewertung des Richtlinienentwurfs	43
5. Zusammenfassung	47
Literaturverzeichnis	48

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
a.E.	am Ende
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
DLR-E	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	EG-Vertrag
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EUV	EU-Vertrag
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWG/EWR-HandwerkVO	Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JZ	Juristenzeitung
KOM	Kommission
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechungsreport
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

1. Einleitung

Die Europäische Kommission hat mit Datum vom 25. Februar 2004 einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt¹ vorgelegt - sog. Dienstleistungsrichtlinie (im Folgenden: DLR-E). In der öffentlichen Diskussion wird sie teilweise auch - nach dem Namen des bis November 2004 zuständigen Binnenmarktkommissars *Frits Bolkenstein* - als Bolkensteinrichtlinie bezeichnet.²

Durch die Richtlinie sollen die bestehenden Hindernisse für die Erbringung von Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt beseitigt werden.³ Kernstück des Entwurfs ist das sog. Herkunftslandprinzip. Danach sollen Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen. Wenn etwa ein in Spanien niedergelassenes Unternehmen in Deutschland Industrieanlagen wartet, dann soll in Bezug auf diese Leistung grundsätzlich nur spanisches Recht gelten.

Während der Entwurf – zumindest in der Öffentlichkeit – zunächst kaum beachtet wurde, begann Anfang 2005 eine breite kritische Diskussion. Derzeit befassen sich die zuständigen Ausschüsse des Europäischen Parlaments mit dem Richtlinienvorschlag. Die erste Lesung im Plenum soll Ende Oktober 2005 stattfinden.⁴

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird der Richtlinienentwurf zunächst allgemein betrachtet (unter 2.). Auf Grundlage der dort gewonnenen Erkenntnisse wird dann speziell geprüft, welche möglichen Folgen die Richtlinie aus Sicht des deutschen Arbeitsrechts hätte (unter 3.). Hier geht es also um die Frage, was sich durch die Richtlinie beispielsweise in Bezug auf die in Deutschland tätigen Arbeitnehmer des erwähnten spanischen Unternehmens ändern würde. Unter 4. erfolgt dann eine Bewertung des Richtlinienentwurfes. Abschließend werden unter 5. die Ergebnisse zusammengefasst.

¹Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2004) 2 endgültig/2 vom 25.2.2004.

² Vgl. *Schlichting/Spelten*, EuZW 2005, 238.

³ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 3, 6 f.

⁴ Siehe den Verfahrensgang unter: www.europarl.eu.int/oeil/FindByProcnum.do?lang=2&procnum=COD/2004/0001.

2. Der Richtlinienentwurf

Im Folgenden wird zunächst das Ziel der Richtlinie dargestellt (unter 2.1). Dann wird ein Überblick über ihre einzelnen Regelungen gegeben (unter 2.2). Anschließend werden drei wichtige Bereiche ausführlicher behandelt (unter 2.3) und schließlich wird geprüft, inwieweit die Regelungen von einer ausreichenden Rechtsgrundlage gedeckt sind (unter 2.4).

2.1 Ziel der Richtlinie

Die Europäische Gemeinschaft ist eine der Säulen der Europäischen Union (vgl. Art. 1 Abs. 3 EU-Vertrag (EUV)).⁵ Zentrale Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft ist nach Art. 2 EG-Vertrag (EGV) die Errichtung eines gemeinsamen europäischen Marktes. Dies beinhaltet u.a. nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) i.V.m. Art. 14 Abs. 2 EGV die Errichtung eines Binnenmarktes, also eines Raumes ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Wesentliche Grundlage des Binnenmarktes bilden damit die im EG-Vertrag verankerten vier Grundfreiheiten: der freie Warenverkehr (Art. 23-31 EGV), der freie Personenverkehr – in Form der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39-42 EGV) und der Niederlassungsfreiheit der Selbständigen (Art. 43-48 EGV) -, die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49-55 EGV) sowie der freie Kapitalverkehr (Art. 56 EGV).

An sich gilt die Vollendung des Binnenmarktes bereits seit 1994 als weitgehend erreicht, da die hierzu vorgesehenen Rechtsakte entsprechend verabschiedet worden waren.⁶ Trotzdem gab und gibt es noch immer eine Vielzahl von Beschränkungen der Grundfreiheiten. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Dienstleistungen. Die Kommission hat im Jahr 2002 in einem Bericht über den Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen⁷ eine Vielzahl von Hemmnissen für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung dargestellt. Dabei ging es nicht um die Frage, ob die aufgeführten Hemmnisse gerechtfertigt sind oder nicht - es sollte lediglich die faktische Situation dokumentiert werden.⁸ Zu den aufgeführten Hindernissen zählen insbesondere: Genehmigungs-, Eintragungs- und Meldepflichten, Schwerfälligkeit und Umständlichkeit der Verfahren, wiederholte Erfüllung von Auflagen, die der Dienstleister

⁵ *Streinz*, Europarecht, Rn. 69, 121 a.

⁶ Zwölfter Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, ABl. 1995 Nr. C 254/1, S. 10.

⁷ Bericht der Kommission, Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen, KOM(2002) 441, endgültig, vom 30.7.2002.

⁸ KOM(2002) 441, endgültig, S. 4.

bereits in seinem Herkunftsmitgliedstaat erfüllt hat sowie Unterschiede beim Vertragsrecht.⁹ Einige konkrete Beispiele sind etwa: Für eine zehntägige Entsendung von zwei Arbeitnehmern in einen anderen Mitgliedstaat zum Einbau eines Fahrstuhls musste ein Unternehmen eine Reihe von Verwaltungsformalitäten erfüllen (insbesondere Übermittlung von Daten über die entsandten Arbeitnehmer und die Sicherheitsmaßnahmen an die Gewerbeaufsicht und Bereitstellung von Unterlagen in der Sprache des Aufnahmelandes), obwohl das Unternehmen bereits ähnliche Auflagen im Niederlassungsland erfüllt hatte.¹⁰ Eine Fluggesellschaft konnte die Dienste einer auf die Vermittlung von Verkehrspiloten spezialisierten Zeitarbeitsagentur nicht in Anspruch nehmen, weil diese nicht in dem Mitgliedstaat der Fluggesellschaft niedergelassen war.¹¹ Die generelle Verpflichtung, sich bei einem nationalen Elektrikerverband registrieren zu lassen, bedeutete für einen Berufsangehörigen, der aus einem anderen Mitgliedstaat zwecks sporadischer Arbeiten in das betreffende Land kam, dass er dort einen Jahresbeitrag von ca. 776 EUR zahlen musste – das Dreifache des Beitrags, den er in seinem Niederlassungsstaat bezahlte.¹²

Die Problematik der Hemmnisse für grenzüberschreitende Dienstleistungen war bereits Gegenstand einer Sondertagung des Europäischen Rates gewesen, die im März 2000 in Lissabon stattgefunden hatte.¹³ Der Europäische Rat entwickelte dort die – recht ehrgeizige – Zielstellung, wonach die EU bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt werden soll.¹⁴ Dies war der Beginn der sog. Lissabon-Strategie¹⁵. Ansätze für konkrete Maßnahmen im Dienstleistungsbereich – etwa in Form einer Regelung wie der Dienstleistungsrichtlinie – wurden damals aber noch nicht festgelegt. In den Schlussfolgerungen der Tagung blieb es vielmehr bei der Aufforderung an die Kommission, den Rat und die Mitgliedstaaten, eine entsprechende Strategie für die Beseitigung der Hemmnisse im Dienstleistungsbereich zu entwickeln.¹⁶

Nach einigen weiteren Schritten in diesem Strategieprozess¹⁷ wurde dann von der Kommission der Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie vorgelegt. Er versteht sich ausdrücklich als Teil

⁹ KOM(2002) 441, endgültig, S. 6 f.

¹⁰ KOM(2002) 441, endgültig, S. 25.

¹¹ KOM(2002) 441, endgültig, S. 27 Fn. 73.

¹² KOM(2002) 441, endgültig, S. 35.

¹³ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat Lissabon, 24.3.2000, Ziff. 4, 16 f.

¹⁴ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat Lissabon, 24.3.2000, Ziff. 5.

¹⁵ Vgl. *Kugelmann*, EuZW 2005, 327; *Schlichting/Spelten*, EuZW 2005, 238.

¹⁶ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat Lissabon, 24.3.2000, Ziff. 17.

¹⁷ Siehe dazu KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 7 ff.

der Lissabon-Strategie.¹⁸ In der Begründung seiner Notwendigkeit stützt sich der Entwurf im Wesentlichen auf zwei Aspekte:¹⁹ zum einen die Tatsache, dass Dienstleistungen mit fast 70 % den weitaus größten Anteil an den Bruttoinlandsprodukten und der Beschäftigung in den Mitgliedstaaten ausmachten und damit ein beträchtliches Wachstums- und Beschäftigungspotential böten. Zum anderen wird festgestellt, dass eben dieses Wachstumspotential des Dienstleistungssektors bisher noch nicht voll genutzt werden konnte, da zahlreiche Schranken die Entwicklung länderübergreifender Dienstleistungstätigkeiten in Europa behinderten. In seiner Zielsetzung erfasst der Entwurf dabei sowohl Probleme in der Situation, dass Dienstleistungserbringer ihre Dienstleistungen von ihrem Herkunftsmitgliedstaat aus in einem anderen Mitgliedstaat erbringen möchten - insbesondere indem sie sich vorübergehend in den anderen Mitgliedstaat begeben. Hier ist der freie Dienstleistungsverkehr betroffen. Daneben werden aber auch Probleme in der Situation erfasst, dass Dienstleistungserbringer aus einem Mitgliedstaat sich zur Ausübung ihrer Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen möchten – ein Bereich, welcher der Niederlassungsfreiheit unterfällt. Die Richtlinie hat das Ziel, einen Rechtsrahmen zu schaffen, um Behinderungen aus beiden Problembereichen zu beseitigen und damit die Wahrnehmung sowohl des freien Dienstleistungsverkehrs als auch der Niederlassungsfreiheit zu erleichtern.²⁰

2.2 Überblick über den Inhalt

Der Richtlinienwurf besteht aus insgesamt 47 Artikeln in 7 Kapiteln.

In Kapitel 1 (Art. 1-4) werden zunächst der Anwendungsbereich der Richtlinie und ihr Verhältnis zum geltenden Gemeinschaftsrecht festgelegt. Außerdem werden die in der Richtlinie verwendeten Rechtsbegriffe definiert.

Kapitel 2 (Art. 5-15) bezieht sich auf Fälle, in denen die Niederlassungsfreiheit betroffen ist. Es enthält Regelungen zur Vereinfachung der Verfahren in Bezug auf Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten. Außerdem ist bestimmt, dass diese Tätigkeiten nur in besonderen Fällen Genehmigungsregelungen oder sonstigen Anforderungen unterworfen werden dürfen.

¹⁸ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 7.

¹⁹ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 6.

²⁰ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 6 f.

Kapitel 3 (Art. 16-25) bezieht sich auf Fälle, in denen die Dienstleistungsfreiheit betroffen ist. Hier ist das Herkunftslandprinzip geregelt, wonach Dienstleistungserbringer – abgesehen von Ausnahmefällen - nur den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen sollen. Außerdem enthält das Kapitel Regelungen über die Rechte der Dienstleistungsempfänger und über die Entsendung von Arbeitnehmern.

Das Kapitel 4 (Art. 26-33) enthält Regelungen zur Qualität der Dienstleistungen. Dies bezieht sich etwa auf Informationspflichten des Dienstleistungserbringers gegenüber dem Dienstleistungsempfänger - beispielsweise in Bezug auf die Anschrift des Dienstleistungserbringers oder seine allgemeinen Geschäftsbedingungen. Außerdem ist für riskante Dienstleistungen eine Berufshaftpflichtversicherung vorgesehen.

In Kapitel 5 (Art. 34-38) finden sich Vorschriften zur Kontrolle der Dienstleistungserbringer. Danach sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die auf ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Dienstleistungserbringer auch dann kontrolliert und überwacht werden, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden. Hierbei sollen sich die Mitgliedstaaten gegenseitig unterstützen. Wenn der Dienstleistungserbringer in einem Mitgliedstaat tätig wird, in dem er keine Niederlassung unterhält, sollen die dortigen Behörden grundsätzlich nur auf Ersuchen des Herkunftsmitgliedstaates tätig werden können. Nur in Ausnahmefällen können sie von Amts wegen handeln. Aber auch dann müssen sie vorher grundsätzlich die Kommission und den Herkunftsmitgliedstaat unterrichten.

In Kapitel 6 (Art. 39-44) ist ein sog. Konvergenzprogramm geregelt. Danach soll zum einen begleitend die Entwicklung von Verhaltenskodizes gefördert werden. Außerdem ist u.a. ein gegenseitiges Evaluierungsverfahren der Mitgliedstaaten vorgesehen.

Kapitel 7 (Art. 45-47) enthält die Schlussbestimmungen. Danach soll die Richtlinie spätestens zwei Jahre nach ihrer Verabschiedung in das Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt werden.

2.3 Ausgewählte Einzelbereiche

Im Folgenden werden insbesondere der Anwendungsbereich der Richtlinie (unter 2.3.1) sowie die Regelungen zur Niederlassungsfreiheit (unter 2.3.2) und zum freien Dienstleistungsverkehr (unter 2.3.3) genauer betrachtet.

2.3.1 Anwendungsbereich

2.3.1.1 Dienstleistungsbegriff

Art. 2 Abs. 1 DLR-E bestimmt den Anwendungsbereich der Richtlinie:

Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.

Der Begriff der Dienstleistung wird in Art. 4 Nr. 1) DLR-E definiert als:

[...] jede von Artikel 50 EG-Vertrag erfasste selbständige wirtschaftliche Tätigkeit, bei der einer Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht [...]

Durch den Verweis auf Art. 50 EGV lehnt sich die Richtlinie an den Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrages einschließlich der bindenden Auslegung durch den EuGH an.²¹ Nach der Definition des Art. 50 Abs. 1 EGV sind Dienstleistungen solche Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Gemäß Art. 50 Abs. 2 EGV gelten als Dienstleistungen insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten.

Diese Begriffsbestimmung zeigt, dass der Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrages nicht mit der volkswirtschaftlichen Betrachtungsweise identisch ist. Volkswirtschaftlich wird nämlich in drei Sektoren getrennt: es gibt die Urproduktion (Land- und Forstwirtschaft, Fischerei, Bergbau), die Güterproduktion (Industrie, Handwerk) und zum dritten den Dienstleistungssektor, der sich insbesondere mit der Verteilung, Lagerung und Erhaltung der erzeugten Güter befasst.²² Auf die Sektorenzugehörigkeit kommt es nach der Definition des EG-Vertrages aber nicht an. Hier kann eine Dienstleistung auch dann vorliegen, wenn ein Unternehmen des ersten oder zweiten Sektors diese erbringt.²³ Eine Dienstleistung ist beispielsweise dann gegeben, wenn ein deutsches Maschinenbauunternehmen – das also volkswirtschaftlich zum zweiten Sektor gehört – in Tschechien Reparaturleistungen an den von ihm gelieferten Maschinen vornimmt.

²¹ Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238.

²² Von der Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje, Vorbem. zu den Art. 49 bis 55 EGV Rn. 8.

²³ Lorenz/Wannöffel, S. 15, 52.

Nach der Definition des Art. 50 Abs. 1 EGV ist eine Dienstleistung nur gegeben, sofern die Leistung u.a. nicht dem freien Warenverkehr nach Art. 23 ff. EGV unterliegt. In Bezug auf ein und dieselbe Tätigkeit schließen sich daher der freie Warenverkehr und der freie Dienstleistungsverkehr aus.²⁴ Für die Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten ist entscheidend, ob der Wirtschaftsteilnehmer sein Know-how, also sein Wissen, seine Fähigkeiten oder Fertigkeiten verkauft – dann greift die Dienstleistungsfreiheit ein – oder ob es um die bloße Verschaffung einer Ware geht – dann gilt die Warenverkehrsfreiheit.²⁵ Wenn also beispielsweise eine Tischlerei in einem anderen Mitgliedstaat Einbaumöbel anfertigt, dann steht hier das Know-how im Vordergrund, so dass es sich um eine Dienstleistung nach Art. 50 EGV handelt. Anders wäre es dagegen, wenn der Betrieb die bereits in seinem Herkunftsland gefertigten Möbel in dem anderen Mitgliedstaat lediglich zusammenbauen würde. Dies würde dem Warenverkehr unterfallen.²⁶ Zusammengefasst ergibt sich damit, dass zwar die bloße Warenverschaffung vom Dienstleistungsbegriff ausgeschlossen ist, nicht aber die Herbeiführung eines Leistungserfolges, z.B. die Montage eines Schrankes. Insofern ist der Begriff der Dienstleistung nach Art. 50 EGV nicht beschränkt auf den Begriff des Dienstes im Rahmen des deutschen Dienstvertrages nach § 611 BGB.²⁷ Erfasst werden können vielmehr auch Werkleistungen entsprechend dem deutschen Werkvertrag nach § 631 BGB.²⁸

2.3.1.2 Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Auch wenn im Rahmen der Begriffsbestimmung gemäß Art. 4 Nr. 1) DLR-E auf Art. 50 EGV – und damit eine Vorschrift zur Dienstleistungsfreiheit - verwiesen wird, so ist die Richtlinie - wie bereits erwähnt – nicht auf den Regelungsbereich dieser Grundfreiheit beschränkt. Art. 1 DLR-E bestimmt vielmehr:

Diese Richtlinie stellt allgemeine Bestimmungen auf, die die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Dienstleistungserbringer sowie den freien Dienstleistungsverkehr erleichtern sollen.

Dementsprechend trägt das Kapitel 2 der Richtlinie die Überschrift *Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer* und das Kapitel 3 die Überschrift *Freier Dienstleistungsverkehr*. Dass damit unterschiedliche Regelungsbereiche eröffnet sind, die eine klare Qualifizierung

²⁴ Von der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, Art. 50 EGV Rn. 9.

²⁵ Von der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, Art. 50 EGV Rn. 9 ff.

²⁶ Von der Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje, Vorbem. zu den Art. 49 bis 55 EGV Rn. 10.

²⁷ Streinz-Müller-Graff, Art. 49 EGV Rn. 17.

²⁸ Lorenz/Wannöffel, S. 44 Fn. 139; Streinz-Müller-Graff, Art. 49 EGV Rn. 17.

und Zuordnung der jeweiligen Dienstleistung entweder zum einen oder zum anderen Bereich erfordern, ist in den Vorschriften der Richtlinie nicht ausdrücklich formuliert. Lediglich in der Begründung des Entwurfes heißt es, dass zwischen Sachverhalten, die unter die eine, und Sachverhalten, die unter die andere Grundfreiheit fallen, unterschieden werden müsse. Maßgebliches Abgrenzungskriterium sei dabei, ob es sich um eine vorübergehende Tätigkeit handle oder nicht.²⁹ Damit wird auf die Unterscheidung der beiden Grundfreiheiten im EG-Vertrag Bezug genommen, wo Art. 50 Abs. 3 EGV ebenfalls bei einer nur vorübergehend grenzüberschreitenden Tätigkeit auf die Dienstleistungsfreiheit verweist. Die Begründung der Richtlinie lehnt sich außerdem an die Rechtsprechung des EuGH an, wonach der vorübergehende Charakter nicht nur unter Berücksichtigung der Dauer der Leistung, sondern auch ihrer Häufigkeit, ihrer regelmäßigen Wiederkehr oder ihrer Kontinuität zu beurteilen sei.³⁰ Der EuGH hat dies ebenso beispielsweise in der Rechtssache *Gebhard* formuliert, in der es um die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes in einem anderen Mitgliedstaat ging.³¹ Bei der Dienstleistungsrichtlinie ergibt sich die Notwendigkeit der Abgrenzung daraus, dass die Kapitel 2 und 3 völlig unterschiedliche Rechtsfolgen bestimmen.³² Lässt sich der Dienstleistungserbringer im Aufnahmemitgliedstaat nieder, unterfällt seine Tätigkeit grundsätzlich den dortigen Anforderungen. Hierfür sieht Kapitel 2 eine Reihe von Erleichterungen vor, ohne allerdings an diesem Grundsatz etwas zu ändern.³³ Wird der Dienstleistungserbringer im Aufnahmemitgliedstaat dagegen lediglich vorübergehend tätig, dann – und nur dann – gilt für ihn das Herkunftslandprinzip des Kapitel 3.³⁴

Hier wird es häufig zu Abgrenzungsproblemen kommen, zumal nach der Begründung des Richtlinienentwurfs die Tatsache, dass der Dienstleistungserbringer in einem Mitgliedstaat mit einem Büro, einer Kanzlei oder einer Praxis ausgestattet ist, nicht zwingend für eine Niederlassung sprechen soll.³⁵ Mit dieser Aussage befindet sich der Richtlinienentwurf ebenfalls im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH – so auch im Fall *Gebhard*³⁶. Es steht zu befürchten, dass Dienstleistungserbringer nicht selten versuchen werden, diejenige der beiden Formen grenzüberschreitender Tätigkeit vorzugeben, deren Rechtslage für sie günstiger er-

²⁹ KOM(2004) 2 endgültig/2, Erwägungsgrund 19.

³⁰ KOM(2004) 2 endgültig/2, Erwägungsgrund 19.

³¹ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 27 - *Gebhard*.

³² Ähnlich, wenn auch nicht in dieser Deutlichkeit *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 7, 14, 16; *Wiesner/Wiedmann*, ZIP 2005, 1210, 1212; *Fritz*, S. 3 f., 9, 16; *Lorenz/Wannöffel*, S. 8 f., 34; *Lambrich*, EWS 2005, 251, 255.

³³ Siehe dazu unten unter 2.3.2.

³⁴ Siehe dazu unten unter 2.3.3.

³⁵ KOM(2004) 2 endgültig/2, Erwägungsgrund 19.

³⁶ EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 27 - *Gebhard*.

scheint. Dies wird dadurch erleichtert, dass die Dienstleistungsrichtlinie die Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten des Aufnahmemitgliedstaats deutlich einschränkt.³⁷

2.3.1.3 Ausnahmen vom Anwendungsbereich

In Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 DLR-E sind verschiedene Tätigkeiten genannt, für welche die Richtlinie keine Anwendung findet. Die betreffenden Tätigkeiten ergeben sich teilweise im Einzelnen erst aus dem Anwendungsbereich bestimmter in Art. 2 Abs. 2 DLR-E genannter Richtlinien. Grundsätzlich sind danach Finanzdienstleistungen (Banken, Versicherungen, Altersvorsorge), sowie Dienstleistungen auf den Gebieten der elektronischen Kommunikation und des Verkehrs vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgeschlossen. Die Richtlinie gilt außerdem grundsätzlich nicht für das Steuerwesen (Art. 2 Abs. 3 DLR-E).

Fraglich ist, inwieweit sich die Richtlinie auch auf sog. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erstreckt. Dabei handelt es sich um Dienstleistungen, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.³⁸ Sie werden auch als Dienstleistungen der Daseinsvorsorge bezeichnet.³⁹ Verbreitet sind sie insbesondere im Verkehrswesen, dem Unterrichts-, Forschungs- und Entwicklungswesen sowie im Kulturbereich. Sie werden in marktbezogene und nichtmarktbezogene Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unterteilt, je nachdem, ob es sich um eine wirtschaftliche und damit entgeltliche Tätigkeit handelt oder nicht.⁴⁰ So hat der EuGH im Fall *Wirth* – in dem es um Ausbildungsförderung für ein Auslandsstudium ging – die Unterrichtsleistungen an staatlichen Bildungseinrichtungen nicht als entsprechende entgeltliche Dienstleistung angesehen, da die Leistung im Wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert werde.⁴¹ Nach der Ansicht von *Schlichting/Spelten*⁴² wolle der Richtlinienvorschlag in seiner Begründung alle Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ausschließen. Dort wird jedoch differenziert: Ausgeschlossen werden sollen nur die nichtmarktbezogenen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.⁴³ Im Richtlinienentwurf selbst ergibt sich dies aus dem Merkmal der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit in Art. 4 Nr. 1) DLR-E. Dadurch werden

³⁷ Dazu unten unter 2.3.2 und 2.3.3.

³⁸ Grünbuch der Europäischen Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21.5.2003, KOM(2003) 270 endgültig, S. 7 f.

³⁹ *Schlichting/Spelten*, EuZW 2005, 238, 239.

⁴⁰ KOM(2003) 270 endgültig, S. 7 f.; *Wiesner/Wiedmann*, ZIP 2005, 1210, 1211.

⁴¹ EuGH, Slg. 1993, I-6447, Rn. 15 ff. – *Wirth*.

⁴² *Schlichting/Spelten*, EuZW 2005, 238, 239.

⁴³ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 17.

nur marktbezogene Dienstleistungen vom Anwendungsbereich erfasst.⁴⁴ Für manche dieser Bereiche – wie Postdienste, sowie Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung - sind allerdings Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip vorgesehen (Art. 17 DLR-E).⁴⁵

Von der Vielzahl der somit von der Richtlinie erfassten Tätigkeiten vermittelt die – längst nicht abschließende – Aufzählung von Beispielen in der Begründung der Richtlinie einen Eindruck⁴⁶:

Unternehmensberatung, Zertifizierungs- und Prüfungs- oder Wartungstätigkeiten, die Unterhaltung und die Bewachung von Büroräumen, Werbung, Personalagenturen, einschließlich Zeitarbeitsvermittlungen, die Dienste von Handelsvertretern, Rechts- und Steuerberatung, Dienstleistungen des Immobilienwesens, wie die Tätigkeit der Immobilienmakler, Dienstleistungen des Baugewerbes und der Architekten, Handel, die Veranstaltung von Messen, die Vermietung von Kraftfahrzeugen, Sicherheitsdienste, Dienstleistungen der Fremdenverkehrsbranche, einschließlich der Dienste von Reisebüros und Fremdenführern, audiovisuelle Dienste, Sportzentren und Freizeitparks, Dienstleistungen im Freizeitbereich, Gesundheitsdienstleistungen und häusliche Dienste, wie die Pflege älterer Menschen.

2.3.1.4 Konzeption des Anwendungsbereichs

Dieser insgesamt sehr breite Anwendungsbereich zeigt, dass die Dienstleistungsrichtlinie nicht als bereichsspezifische Einzelregelung, sondern bereichsübergreifend angelegt ist – sog. horizontaler Ansatz⁴⁷. Damit unterscheidet sich der Entwurf von den meisten bisherigen Richtlinien zur Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit. Diese sind sektorenspezifisch ausgerichtet und gelten grundsätzlich nur für abgrenzbare Personenkreise⁴⁸, so beispielsweise die Richtlinie über das grenzüberschreitende Angebot von Fernsehsendungen⁴⁹ oder die Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie⁵⁰. Allerdings existieren auch bereits mehrere bereichs-

⁴⁴ Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210, 1211, 1214; Fritz, S. 2; im Ergebnis ebenso: Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238, 239.

⁴⁵ Dazu unten unter 2.3.3.2.

⁴⁶ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 22 f.

⁴⁷ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 9; Böhret/Grunow/Ziekow, S. 5 ff.; Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238; Fritz, S. 2; Jünemann, DRiZ 2005, 133.

⁴⁸ Ähnlich Böhret/Grunow/Ziekow, S. 5, die allerdings ausschließlich bereichsspezifische Richtlinien sehen.

⁴⁹ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. 1989 Nr. L 298, S. 23–30.

⁵⁰ Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. 1977 Nr. L 078, S. 17–18.

übergreifende Richtlinien - etwa die Richtlinie zur gegenseitigen Anerkennung von Hochschuldiplomen^{51, 52}.

Die Dienstleistungsrichtlinie will lediglich einen Rechtsrahmen schaffen. Ziel ist es nicht, detaillierte Regelungen festzulegen bzw. die Gesamtheit der Vorschriften für den Dienstleistungssektor zu harmonisieren.⁵³ Deshalb versteht sich die Richtlinie selbst als sog. Rahmenrichtlinie.⁵⁴

2.3.1.5 Verhältnis zum bestehenden Gemeinschaftsrecht

Art. 3 DLR-E bestimmt schließlich das Verhältnis zum bestehenden Gemeinschaftsrecht. Danach schließt die Richtlinie die Anwendung anderer Gemeinschaftsrechtsakte nicht aus, falls die Dienstleistung auch hierunter fällt. Dies kann dazu führen, dass mehrere Rechtsakte kumulativ angewandt werden und sich dadurch die Anforderungen addieren.⁵⁵

2.3.2 Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer

2.3.2.1 Verwaltungsvereinfachung

Kapitel 2 erfasst – wie dargestellt – nur Fälle, in denen sich der Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt, um dort seine Tätigkeit auszuüben. Hier gilt nicht das in Kapitel 3 festgelegte Herkunftslandprinzip. Stattdessen unterliegen die Dienstleistungserbringer grundsätzlich den rechtlichen Anforderungen des Aufnahmemitgliedstaates.⁵⁶ Allerdings sieht der Richtlinienentwurf weitreichende Vereinfachungen vor. So bestimmt Art. 5 DLR-E dazu u.a.:

Vereinfachung der Verfahren

1. *Die Mitgliedstaaten vereinfachen die für die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit geltenden Verfahren und Formalitäten.*
2. *Für den Fall, dass die Mitgliedstaaten von einem Dienstleistungserbringer oder -empfänger ein Zeugnis, eine Bescheinigung oder ein sonstiges Dokument zum Nachweis*

⁵¹ Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989 Nr. L 019, S. 16–23.

⁵² Dazu von der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, Art. 47 EGV Rn. 88.

⁵³ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 9.

⁵⁴ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 9.

⁵⁵ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 15 und Erwägungsgrund 13; Lambrich, EWS 2005, 251, 254.

⁵⁶ Böhret/Grunow/Ziekow, S. 14 f.; Kugelmann, EuZW 2005, 327, 329.

der Erfüllung einer Anforderung verlangen, erkennen die Mitgliedstaaten alle Dokumente eines anderen Mitgliedstaates an, die eine gleichwertige Funktion haben oder aus denen hervorgeht, dass die betreffende Anforderung erfüllt ist. Die Mitgliedstaaten verlangen nicht, dass Dokumente eines anderen Mitgliedstaates im Original, in beglaubigter Abschrift oder in beglaubigter Übersetzung vorgelegt werden, außer in den Fällen, in denen dies in anderen Gemeinschaftsrechtsakten vorgesehen ist, oder wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses dies objektiv erfordern.

[...]

Wenn der Dienstleistungserbringer ein maßgebliches Dokument weder im Original, noch in beglaubigter Abschrift oder Übersetzung vorlegen muss, dann reicht folglich eine einfache Abschrift – also eine Fotokopie. Aus der Sicht des Dienstleistungserbringers stellt dies ohne Frage eine deutliche Erleichterung dar. Für die zuständigen Stellen im Aufnahmemitgliedstaat entsteht jedoch ein hoher Aufwand durch die Notwendigkeit der Übersetzung. Außerdem birgt die Regelung ein erhebliches Missbrauchsrisiko, da Fälschungen deutlich erleichtert werden.

Einen weiteren Aspekt der Verwaltungsvereinfachung regelt Art. 6 DLR-E:

Einheitliche Ansprechpartner

Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringern spätestens am 31. Dezember 2008 Kontaktstellen, so genannte „einheitliche Ansprechpartner“, zur Verfügung stehen, bei denen sie folgende Verfahren und Formalitäten abwickeln können:

- a) alle Verfahren und Formalitäten, die für die Aufnahme ihrer Dienstleistungstätigkeiten erforderlich sind, insbesondere Erklärungen, Anmeldungen oder Beantragung von Genehmigungen bei den zuständigen Stellen, einschließlich der Beantragung der Eintragung in Register, Berufsrollen oder Datenbanken oder bei Berufsorganisationen;*
- b) die Beantragung der für die Ausübung ihrer Dienstleistungstätigkeit erforderlichen Genehmigungen.*

Aus der Formulierung, dass die Dienstleistungserbringer bei diesen sog. One-Stop-Shops⁵⁷ die Verfahren und Formalitäten „abwickeln“ können, wird deutlich, dass es sich bei ihnen nicht um bloße Informationsstellen handelt. Den einheitlichen Ansprechpartnern muss von den Mitgliedstaaten allerdings nicht auch die Zuständigkeit für die Bearbeitung der Verfahren

⁵⁷ Böhret/Grunow/Ziekow, S. 9; Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210, 1212.

übertragen werden, wie sich im Zusammenhang mit der Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) DLR-E ergibt:

Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass folgende Informationen für Dienstleistungserbringer und –empfänger über die einheitlichen Ansprechpartner leicht zugänglich sind:

[...]

- b) Angaben über die zuständigen Stellen, einschließlich der für die Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten zuständigen Aufsichtsbehörden, um eine direkte Kontaktaufnahme mit diesen zu ermöglichen [...]*

Einheitlicher Ansprechpartner und zuständige Stelle (definiert in Art. 4 Nr. 8) DLR-E) können danach weiter verschieden sein. So ist auch in der Begründung des Richtlinienentwurfes ausdrücklich erwähnt, dass es möglich ist, die einheitlichen Ansprechpartner als bloße Vermittler zwischen dem Dienstleistungserbringer und der unmittelbar zuständigen Stelle einzurichten.⁵⁸ Eine Entscheidungszuständigkeit des einheitlichen Ansprechpartners wäre in Deutschland allein wegen der unterschiedlichen Zuständigkeiten aufgrund der föderalen Struktur und der kommunalen Selbstverwaltung nicht möglich. Auch dieser Vorstoß bringt aus Sicht der Dienstleistungserbringer eine Erleichterung mit sich. Aus Sicht der Verwaltung bedeutet es jedoch den Aufbau einer administrativen Doppelstruktur, wodurch auch hier zusätzliche Kosten entstehen.⁵⁹

Nach Art. 8 Abs. 1 DLR-E müssen – spätestens am 31. Dezember 2008 – grundsätzlich alle Verfahren, welche die Aufnahme oder die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit betreffen, im Fernweg und elektronisch bei dem betreffenden einheitlichen Ansprechpartner oder bei der zuständigen Stelle abgewickelt werden können.

2.3.2.2 Genehmigungsregelungen

In Bezug auf Genehmigungsregelungen bestimmt Art. 9 Abs. 1 DLR-E:

- 1. Die Mitgliedstaaten dürfen die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur dann Genehmigungsregelungen unterwerfen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:*
 - a) die Genehmigungsregelungen sind im Hinblick auf den betreffenden Dienstleistungserbringer nicht diskriminierend;*

⁵⁸ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 24.

⁵⁹ Böhret/Grünow/Ziekow, S. 27.

- b) *die Genehmigungsregelungen sind durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses objektiv gerechtfertigt;*
- c) *das angestrebte Ziel kann nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden, insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein.*

Die unter Buchst. b) genannte Voraussetzung *zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses* taucht so bzw. ähnlich formuliert an mehreren Stellen im Richtlinienentwurf auf – außer hier noch in: Art. 5 Abs. 2 S. 2, Art. 10 Abs. 2 Buchst. b), Art. 10 Abs. 4, Art. 11 Abs. 1 Buchst. c), Art. 13 Abs. 4 S. 2, Art. 15 Abs. 3 Buchst. b) und Art. 36 Abs. 2 S. 2 Buchst. c) DLR-E. In all diesen Fällen kann – wenn die zwingenden Erfordernisse vorliegen – eine grundsätzlich von der Richtlinie zur Erleichterung der Dienstleistungserbringung vorgesehene Maßnahme ausnahmsweise unterbleiben. Nach der Begründung des Richtlinienentwurfes sind unter den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses solche zu verstehen, die von der Rechtsprechung des EuGH zu den Art. 43 und 49 EGV – also zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit - anerkannt sind. Dies betreffe insbesondere den Verbraucherschutz, den Schutz der Dienstleistungsempfänger, der Arbeitnehmer oder der städtischen Umwelt.⁶⁰ Der EuGH hat das Merkmal der zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses im Rahmen eines ungeschriebenen Rechtfertigungstatbestands entwickelt, durch den die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit beschränkt werden können.⁶¹ Hierfür wurde bereits eine Reihe von Gründen anerkannt. Etwa in der Rechtssache *Mediawet I* - in der es um die Übertragung von Werbemitteilungen, die in von anderen Mitgliedstaaten aus gesendeten Hörfunk- oder Fernsehprogrammen enthalten sind, ging - hat der EuGH im Rahmen einer nicht abschließenden Aufzählung der von ihm anerkannten Gründe neben den drei oben aufgeführten noch drei weitere genannt: den Schutz des geistigen Eigentums, die Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes sowie die Aufwertung der archäologischen, historischen und künstlerischen Reichtümer und die bestmögliche Verbreitung von Kenntnissen über das künstlerische und kulturelle Erbe eines Landes.⁶² In der Rechtssache *De Agostini und TV Shop* – in der es um das Verbot der von einem anderen Mitgliedstaat aus ausgestrahlten irreführenden Fernsehwerbung ging – hat der EuGH die Lauterkeit des Handelsverkehrs als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen.⁶³ Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege wurde entsprechend in der Rechtssache *Reisebüro Broede/Sandker* anerkannt, in der es

⁶⁰ KOM(2004) 2 endgültig/2, Erwägungsgrund 29.

⁶¹ Dazu unten unter 2.3.3.3.

⁶² EuGH, Slg. 1991, I-4007, Rn. 14 - *Mediawet I*.

⁶³ EuGH, Slg. 1997, I-3843, Rn. 53 – *De Agostini und TV Shop*.

um ein Verbot für Inkassounternehmen, Forderungen geschäftsmäßig ohne Einschaltung eines Rechtsanwalts selbst gerichtlich einzuziehen, ging.⁶⁴⁶⁵ *Fritz*⁶⁶ weist zu Recht darauf hin, dass diese Gründe so allgemein gefasst sind, dass sie eigentlich nur vor dem Hintergrund der betreffenden Gerichtsentscheidungen beurteilt und deshalb nur schwer in ihrer Reichweite eingeschätzt werden können. Hier kann man dem Richtlinienentwurf vorwerfen, nicht so Position zu beziehen, wie er es selbst verlangt: „klar und eindeutig“ (vgl. Art. 7 Abs. 3 DLR-E).

Um die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung geht es in Art. 10 DLR-E. Dort heißt es in Abs. 3 und Abs. 4:

3. *Die Voraussetzungen für die Genehmigung einer neuen Niederlassung dürfen nicht zu einer doppelten Anwendung von gleichwertigen oder aufgrund ihrer Zielsetzung im Wesentlichen vergleichbaren Anforderungen und Kontrollen führen, denen der Dienstleistungserbringer bereits in einem anderen oder im selben Mitgliedstaat unterworfen war. [...]*
4. *Die Genehmigung muss dem Dienstleistungserbringer die Aufnahme oder Ausübung der Dienstleistungstätigkeit auf dem gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates erlauben, einschließlich der Einrichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften oder Geschäftsstellen, sofern nicht zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses objektiv eine Genehmigung für jede einzelne Betriebsstätte rechtfertigen.*

Diese Regelungen würden dazu führen, dass die für die erste Niederlassung in einem Mitgliedstaat erteilte Genehmigung sich ohne die Möglichkeit weiterer Anforderungen oder Kontrollen faktisch auf das ganze Staatsgebiet erstrecken würde. In Deutschland würde dies bedeuten, dass die für die erste Niederlassung örtlich zuständige Genehmigungsbehörde automatisch über die Zulässigkeit weiterer Niederlassungen mitentscheiden würde, die außerhalb des eigenen Zuständigkeitsbereichs liegen. Eine Überprüfung der weiteren Niederlassungen durch die eigentlich örtlich zuständigen Behörden wäre danach grundsätzlich nicht mehr möglich.⁶⁷ Hier widerspricht der Richtlinienentwurf seiner eigenen Zielstellung, wonach er vermeiden will, sich in die institutionelle Ausgestaltung der Regulierung in den Mitgliedstaaten einzumischen.⁶⁸

Art. 11 DLR-E regelt die Geltungsdauer von Genehmigungen. Abs. 1 der Vorschrift lautet:

⁶⁴ EuGH, Slg. 1996, I-6511, Rn. 28 ff. – *Reisebüro Broede/Sandker*.

⁶⁵ Weitere Nachweise bei *von der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg*, Art. 43 EGV Rn. 105.

⁶⁶ *Fritz*, S. 9 f.

⁶⁷ *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 10, 15; *Fritz*, S. 10 f.

⁶⁸ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 21 f.

Die dem Dienstleistungserbringer erteilte Genehmigung darf nicht befristet sein, außer in folgenden Fällen:

- a) die Genehmigung wird automatisch verlängert,*
- b) die Zahl der erteilbaren Genehmigungen ist begrenzt,*
- c) eine Befristung ist objektiv durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt.*

Genehmigungen wären danach also grundsätzlich unbefristet zu erteilen. Dies würde zu grundlegenden Änderungen in der deutschen Verwaltungspraxis führen. Befristungen – wie etwa bei Ausnahmegewilligungen zur Eintragung in die Handwerksrolle für Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten nach §§ 9 Abs. 1 S. 2, 8 Abs. 2 Handwerksordnung i.V.m. §§ 1 ff. EWG/EWR-HandwerkVO - wären nicht mehr möglich.⁶⁹

2.3.2.3 Unzulässige oder zu prüfende Anforderungen

Art. 14 DLR-E enthält eine Aufzählung von Anforderungen, von denen die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nicht abhängig gemacht werden darf, so etwa die Staatsangehörigkeit des Dienstleistungserbringers (Nr. 1 Buchst. a)) oder die Pflicht, eine finanzielle Sicherheit zu stellen (Nr. 7)).

Nach Art. 15 DLR-E haben die Mitgliedstaaten zu prüfen, ob in ihrer Rechtsordnung bestimmte hier genannte Anforderungen vorgesehen sind – sog. Screening-Verfahren⁷⁰. Dies betrifft beispielsweise nach Art. 15 Abs. 2 Buchst. c) DLR-E:

Anforderungen im Hinblick auf die Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen, insbesondere eine Mindestkapitalausstattung für bestimmte Tätigkeiten oder den Besitz besonderer Berufsqualifikationen für die Anteilseigner oder das Führungspersonal bestimmter Unternehmen [...]

Wenn solche Anforderungen vorliegen, müssen sie diskriminierungsfrei, erforderlich – also objektiv durch ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses gerechtfertigt – und verhältnismäßig sein (Art. 15 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 3 DLR-E). Im deutschen Recht sehen beispielsweise § 20 Berufsbildungsgesetz und § 21 Handwerksordnung vor, dass Auszubildende nur eingestellt und ausgebildet werden dürfen, wenn die Ausbilder persönlich und fachlich geeignet sind. Bereits dies kann als zu prüfende Anforderung nach Art. 15 Abs. 2 Buchst. c)

⁶⁹ Böhret/Grunow/Ziekow, S. 10.

⁷⁰ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 25.

DLR-E im Hinblick auf den Besitz besonderer Berufsqualifikationen für das Führungspersonal bestimmter Unternehmen angesehen werden, wobei hier aus Gründen des Schutzes der Arbeitnehmer bzw. Auszubildenden jedoch die in Abs. 3 genannten Bedingungen erfüllt sein dürften.⁷¹ Erfüllt die Betreffende Anforderung diese Bedingungen nicht, sind die Rechtsvorschriften entsprechend zu ändern (Art. 15 Abs. 1 S. 2 DLR-E). Die Mitgliedstaaten haben neue Rechts- und Verwaltungsvorschriften, welche eine in Abs. 2 genannte Anforderung vorsehen, mitsamt einer Begründung im Entwurfsstadium der Kommission zuzuleiten, welche sie dann prüft (Art. 15 Abs. 6 und Abs. 5 DLR-E).

2.3.3 Freier Dienstleistungsverkehr

2.3.3.1 Herkunftslandprinzip

Wenn der Dienstleistungserbringer nur vorübergehend im Aufnahmeland tätig ist, gilt für ihn das Herkunftslandprinzip⁷². Im Einzelnen bestimmt Art. 16 DLR-E:

Herkunftslandprinzip

1. *Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind.*
Unter Unterabsatz 1 fallen die nationalen Bestimmungen betreffend die Aufnahme und die Ausübung der Dienstleistung, die insbesondere das Verhalten der Dienstleistungserbringer, die Qualität oder den Inhalt der Dienstleistung, die Werbung, die Verträge und die Haftung der Dienstleistungserbringer regeln.
2. *Der Herkunftsmitgliedstaat ist dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, auch wenn er diese in einem anderen Mitgliedstaat erbringt.*
3. *Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Dienstleistungen, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden, nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen, insbesondere nicht, indem sie diesen folgenden Anforderungen unterwerfen:*
 - a) *der Pflicht, auf ihrem Hoheitsgebiet eine Niederlassung zu unterhalten;*
 - b) *der Pflicht, bei ihren zuständigen Stellen eine Erklärung oder Meldung abzugeben oder eine Genehmigung zu beantragen; dies gilt auch für die Verpflichtung zur Ein-*

⁷¹ Offengelassen von Fritz, S. 14.

⁷² Dazu allgemein Mankowski, IPRax 2004, 385 ff.; Jayme/Kohler, IPRax 2004, 481, 483.

- tragung in ein Register oder die Mitgliedschaft in einer Standesorganisation auf ihrem Hoheitsgebiet;*
- c) der Pflicht, auf ihrem Hoheitsgebiet eine Anschrift oder eine Vertretung zu haben oder eine dort zugelassene Person als Zustellungsbevollmächtigten zu wählen;*
 - d) dem Verbot, auf ihrem Hoheitsgebiet eine bestimmte Infrastruktur zu errichten, einschließlich Geschäftsräumen, einer Kanzlei oder einer Praxis, die zur Erbringung der betreffenden Leistungen erforderlich ist;*
 - e) der Pflicht, die auf ihrem Hoheitsgebiet für die Erbringung einer Dienstleistung geltenden Anforderungen zu erfüllen;*
 - f) der Anwendung bestimmter vertraglicher Beziehungen zur Regelung der Beziehungen zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Dienstleistungsempfänger, welche eine selbständige Tätigkeit des Dienstleistungserbringers verhindert oder beschränkt;*
 - g) der Pflicht, sich von ihren zuständigen Stellen einen besonderen Ausweis für die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit ausstellen zu lassen;*
 - h) Anforderungen betreffend die Verwendung von Ausrüstungsgegenständen, die integraler Bestandteil der Dienstleistung sind;*
 - i) der Beschränkung des freien Verkehrs der in Artikel 20, Artikel 23 Absatz 1 Unterabsatz 1 und Artikel 25 Absatz 1 genannten Dienstleistungen.*

Wie bereits in dem Beispiel der Einleitung erwähnt⁷³, gilt somit für das in Spanien niedergelassene Unternehmen, wenn es in Deutschland Industrieanlagen wartet, nach Art. 16 DLR-E grundsätzlich nur spanisches Recht. Dies betrifft etwa den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts, so dass der spanische Unternehmer keinen Reglementierungen durch das deutsche Handwerks- oder Gewerbeamt ausgesetzt ist. Er hat vielmehr nur spanisches Recht zu beachten. Für die Kontrolle der Tätigkeit in Deutschland sollen nach Art. 16 Abs. 2 DLR-E die spanischen Behörden verantwortlich sein. Nach Art. 16 Abs. 3 Buchst. b) DLR-E muss der spanische Unternehmer seine Tätigkeit in Deutschland den deutschen Stellen weder anzeigen noch sich registrieren lassen. Die Vorschrift würde auch in dem oben⁷⁴ dargestellten Fall des Elektrikers, der sich bisher bei Arbeiten in einem anderen Mitgliedstaat bei dem dortigen Elektrikerverband registrieren lassen musste, gelten. Diese Registrierungspflicht und die damit verbundenen Kosten würden also wegfallen. Nach Art. 16 Abs. 3 Buchst. h) DLR-E darf der Aufnahmemitgliedstaat auch in Bezug auf die betreffenden Ausrüstungsgegenstände, z.B. Maschinen oder Werkzeug, keine eigenen Anforderungen stellen.

⁷³ Siehe oben unter 1.

⁷⁴ Siehe oben unter 2.1.

Da der Richtlinienentwurf keine entsprechende Einschränkung vorsieht, gilt das Herkunftslandprinzip ebenfalls im Bereich des Internationalen Privatrechts.⁷⁵ Der Wartungsvertrag des spanischen Unternehmers mit dem deutschen Anlagenbetreiber würde somit auch dem spanischen Recht unterfallen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren⁷⁶.

2.3.3.2 Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip

Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip sind in den Art. 17-19 DLR-E vorgesehen. Art. 17 DLR-E bestimmt die allgemeinen Ausnahmen. Darunter fallen – wie bereits oben⁷⁷ erwähnt – bestimmte marktbezogene Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Außerdem gilt das Herkunftslandprinzip nach Art. 17 DLR-E u.a. nicht für:

- 5) *die Angelegenheiten, die unter die Richtlinie 96/71/EG fallen;*
[...]
- 9) *die Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, die das anwendbare Recht festlegen;*
[...]
- 11) *die vom Entsendestaat unter den Bedingungen des Artikels 25 Absatz 2 auferlegte Verpflichtung, ein Visum für einen kurzzeitigen Aufenthalt zu besitzen;*
[...]
- 16) *die Dienstleistungen, die in dem Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer zwecks Erbringung seiner Dienstleistung begibt, unter ein generelles Verbot fallen, das aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist;*
- 17) *die spezifischen Anforderungen in dem Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer zwecks Erbringung seiner Dienstleistung begibt, die unmittelbar mit den besonderen Merkmalen des Ortes der Dienstleistungserbringung verknüpft sind, und deren Beachtung unerlässlich ist zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit oder zum Schutz der öffentlichen Gesundheit oder der Umwelt;*
[...]
- 20) *die Freiheit der Rechtswahl für Parteien eines Vertrages;*

⁷⁵ Vgl. Basedow, EuZW 2004, 423, 424; Lambrich, EWS 2005, 251, 253; Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210, 1215.

⁷⁶ Siehe dazu unten unter 2.3.3.2.

⁷⁷ Siehe dazu oben unter 2.3.1.3.

- 21) *die von Verbrauchern geschlossenen Verträge, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sofern die auf diese anwendbaren Bestimmungen auf Gemeinschaftsebene nicht vollständig harmonisiert sind;*

[...]

- 23) *die außervertragliche Haftung des Dienstleistungserbringers im Falle eines im Rahmen seiner Tätigkeit eingetretenen Unfalls gegenüber einer Person in dem Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer zwecks Erbringung seiner Dienstleistung begibt.*

Bei der unter Nr. 5) genannten Richtlinie handelt es sich um die sog. Entsenderichtlinie, die unten⁷⁸ ausführlicher behandelt wird. Bei dem unter Nr. 10) genannten Rechtsakt handelt es sich um die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.⁷⁹ Durch diese Ausnahmeregelung finden die Bestimmungen der Verordnung über die Zugehörigkeit zu einem System der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige, die eine Dienstleistung erbringen oder daran mitwirken, weiter voll Anwendung.⁸⁰ Die Nr. 16) und 17) zeigen, dass die Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen vom Herkunftslandprinzip abweichen dürfen - aber auch, dass die Hürden für solche Ausnahmeregelungen sehr hoch sind. Nach Nr. 20) kann durch Rechtswahl der Parteien die Geltung des Herkunftslandprinzips ausgeschlossen werden. Der spanische Unternehmer und der deutsche Anlagenbetreiber sind also nicht gehindert, die Geltung beispielsweise deutschen Rechts zu vereinbaren. Nr. 21) schließt die Geltung des Art. 16 DLR-E bei von Verbrauchern geschlossenen Verträgen automatisch aus. Entgegen der Ansicht von *Kugelmann*⁸¹ bedarf es dazu nicht einer abweichenden Vereinbarung wie bei Nr. 20). Wenn also der deutsche Auftraggeber des spanischen Dienstleisters ein Verbraucher ist, gilt das Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsrichtlinie nicht.

Art. 18 DLR-E sieht vorübergehende Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip während eines Übergangszeitraumes vor. Dies betrifft die Bereiche Geldtransporte, Gewinnspiele und die Aufnahme von Tätigkeiten zur gerichtlichen Beitreibung von Forderungen.

Art. 19 DLR-E regelt schließlich Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Einzelfall.

⁷⁸ Siehe unten unter 3.1.

⁷⁹ ABl. 1971 Nr. L 149, S. 2; Verordnung zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt 2003.

⁸⁰ KOM(2004) 2 endgültig/2, Erwägungsgrund 52.

⁸¹ *Kugelmann*, EuZW 2005, 327, 328.

Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Einzelfall

1. *Die Mitgliedstaaten können abweichend von Artikel 16 ausnahmsweise hinsichtlich eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers Maßnahmen ergreifen, die sich auf einen der folgenden Bereiche beziehen:*
 - a) *die Sicherheit der Dienstleistungen, einschließlich der mit der öffentlichen Gesundheit zusammenhängenden Aspekte;*
 - b) *die Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitswesen;*
 - c) *den Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere die mit dem Schutz Minderjähriger zusammenhängenden Aspekte.*

2. *Die in Absatz 1 genannten Maßnahmen können nur unter Einhaltung des Verfahrens der gegenseitigen Unterstützung nach Artikel 37 und unter folgenden Voraussetzungen ergriffen werden:*
 - a) *die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, aufgrund derer die Maßnahme getroffen wird, waren nicht Gegenstand einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene in den in Absatz 1 genannten Bereichen;*
 - b) *die Maßnahme bewirkt für den Dienstleistungserbringer einen größeren Schutz als diejenigen, die der Herkunftsmitgliedstaat aufgrund seiner innerstaatlichen Vorschriften ergreifen würde;*
 - c) *der Herkunftsmitgliedstaat hat keine beziehungsweise hat im Hinblick auf Artikel 37 Absatz 2 unzureichende Maßnahmen ergriffen;*
 - d) *die Maßnahme muss verhältnismäßig sein.*

[...]

Diese Ausnahmegesetzgebung für Einzelfälle ist an Art. 46 EGV angelehnt, der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und - über die Verweisungsnorm des Art. 55 EGV - auch der Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ermöglicht.⁸² Allerdings verkleinert die Beschränkung auf diese Ausnahmefälle den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten.⁸³ Denn nach der Rechtsprechung des EuGH sind – wie bereits oben⁸⁴ erwähnt – Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit auch nach dem ungeschriebenen Rechtfertigungstatbestand der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses möglich. Für alle in diesem Rahmen anerkannten Gründe ist jedoch angesichts der insofern abschließenden Formulierung des Art. 19 DLR-E hier kein Raum. Sie können also keine zusätzlichen Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip begründen.

⁸² Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210, 1213.

⁸³ Böhret/Grunow/Ziekow, S. 7; Fritz, S. 17.

⁸⁴ Siehe dazu bereits oben unter 2.3.2.2.

Weitere Einschränkungen ergeben sich aus der Sicht der Mitgliedstaaten in Bezug auf das Verfahren.⁸⁵ Der Aufnahmemitgliedstaat darf eine Maßnahme auf Grundlage des Art. 19 Abs. 1 DLR-E nicht einfach selbst ergreifen, sondern er muss dabei gemäß Art. 19 Abs. 2 DLR-E das Verfahren der gegenseitigen Unterstützung nach Art. 37 DLR-E beachten. Danach liegt die Sanktionsbefugnis grundsätzlich beim Herkunftsmitgliedstaat. Der Aufnahmemitgliedstaat muss zunächst diesen ersuchen, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen (Art. 37 Abs. 2 DLR-E). Wenn nach dessen Antwort der Aufnahmemitgliedstaat selbst noch Maßnahmen beabsichtigt, muss er die Kommission und den Herkunftsmitgliedstaat über diese unterrichten (Art. 37 Abs. 3 DLR-E). Die Maßnahmen können frühestens fünfzehn Arbeitstage nach dieser Unterrichtung getroffen werden (Art. 37 Abs. 4 DLR-E). Allerdings sieht Art. 37 Abs. 6 DLR-E vor, dass in dringenden Fällen von den Absätzen 3 und 4 abgewichen werden kann.

2.3.3.3 Verankerung des Herkunftslandprinzips in der Dienstleistungsfreiheit

Fraglich ist, inwieweit das Herkunftslandprinzip bereits unabhängig von der Dienstleistungsrichtlinie in der Dienstleistungsfreiheit verankert ist.

Die Dienstleistungsfreiheit besteht nach Art. 49, 50 Abs. 3 EGV zunächst in einem konkreten Diskriminierungsverbot: Danach kann der Dienstleistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt (Art. 50 Abs. 3 EGV). Letzteres erscheint zunächst wie das Gegenteil des Herkunftslandprinzips, da es hier gerade um den Fall geht, dass der Dienstleister den Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaates unterfällt. Dies festzulegen ist jedoch nicht die Zielrichtung der Dienstleistungsfreiheit. Durch Art. 50 Abs. 3 EGV soll nur vermieden werden, dass ein Mitgliedstaat für den Dienstleistungserbringer aufgrund dessen Staatsangehörigkeit besondere – und damit diskriminierende – rechtliche Anforderungen aufstellt.⁸⁶ Die Dienstleistungsfreiheit beschränkt sich auch nicht auf dieses Diskriminierungsverbot. Aus Art. 49 Abs. 1 EGV ergibt sich vielmehr darüber hinaus ein Beschränkungsverbot. Eine Beschränkung liegt dann vor, wenn die betreffende Regelung zwar für in- und ausländische Dienstleistungserbringer gleichermaßen gilt, sie jedoch eine tatsächliche und unmittelbare Beeinträchtigung der Dienstleistungserbringung bewirkt.⁸⁷ Der EuGH hat dies etwa in der Rechtssache *Säger/Dennemeyer*

⁸⁵ *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 7; *Fritz*, S. 17.

⁸⁶ Vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 755 ff.

⁸⁷ *Streinz*, Europarecht, Rn. 671 ff., 762; *Lambrich*, EWS 2005, 251, 259; *Lorenz/Wannöffel*, S. 28.

bejaht.⁸⁸ Dort ging es um die Frage, ob ein in Großbritannien ansässiges Unternehmen, welches darauf spezialisiert ist, für Patentinhaber Dienstleistungen zur Überwachung und Aufrechterhaltung ihrer Patente zu erbringen, auch für in Deutschland niedergelassene Patentinhaber tätig sein darf. Nach den deutschen Rechtsvorschriften waren damals entsprechende Tätigkeiten nur den Patentanwälten vorbehalten. Da diese Regelungen unabhängig von der Staatsangehörigkeit galten, lag keine Diskriminierung vor. Der EuGH hat jedoch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die deutschen Vorschriften angenommen, da sie geeignet seien, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.

Liegt eine Beschränkung vor, so kann diese dennoch gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt sein. Der EuGH hat hierzu den bereits mehrfach erwähnten ungeschriebenen Rechtfertigungstatbestand entwickelt.⁸⁹ Eine beschränkende Regelung ist danach gerechtfertigt, wenn sie nicht diskriminierend angewandt wird, sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgt und verhältnismäßig ist.⁹⁰ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist dabei zu prüfen, ob die Allgemeininteressen nicht schon durch solche Rechtsvorschriften gewährleistet sind, welchen der Dienstleistungserbringer bereits in seinem Herkunftsmitgliedstaat unterliegt.⁹¹ Zwar gelten die Rechtsvorschriften des Herkunftsmitgliedstaates hier also nicht automatisch, diese können aber zu Gunsten des Dienstleistungserbringers maßgeblich sein, wenn sie einen ausreichenden Schutz des betreffenden Allgemeininteresses sicherstellen.⁹² Dies hat der EuGH etwa auch in der Rechtssache *Arblade/Leloup* deutlich gemacht, in der es um sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen des Arbeitgebers für die in einen anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmer ging. Danach habe das nationale Gericht zu prüfen, ob die Arbeitnehmer im Herkunftsmitgliedstaat aufgrund der vom Arbeitgeber bereits dort entrichteten Beiträge einen Schutz genießen, der im Wesentlichen mit dem in der Regelung des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Schutz vergleichbar sei.⁹³

⁸⁸ EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 12, 14 – *Säger/Dennemeyer*.

⁸⁹ Siehe dazu bereits oben unter 2.3.2.2 und unter 2.3.3.2; vgl. auch *Streinz*, Europarecht, Rn. 677 ff.

⁹⁰ EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 15 – *Säger/Dennemeyer*.

⁹¹ EuGH, Slg. 1991, I-4221, Rn. 15 – *Säger/Dennemeyer*.

⁹² Ähnlich *Lorenz/Wannöffel*, S. 25, wonach das Herkunftslandprinzip auf einer Garantienstellung des Herkunftsmitgliedstaates nach erfolgter Harmonisierung durch Sekundärrecht beruhe.

⁹³ EuGH, Slg. 1999, I-8453, Rn. 53 – *Arblade/Leloup*.

Die sich daraus ergebende Maßgeblichkeit der im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Rechtslage stellt insofern eine Parallele zum Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsrichtlinie dar.⁹⁴ Dennoch würden sich durch Art. 16 DLR-E zwei wesentliche Veränderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben. Zum einen gilt die dem Herkunftslandprinzip verwandte Rechtslage bisher immer nur als Case-law mit Bindung für die jeweiligen Streitparteien.⁹⁵ Durch die Verankerung in der Richtlinie und dadurch im Recht der Mitgliedstaaten würde das Herkunftslandprinzip von einer bisher nur punktuellen zu einer dann umfassenden Geltung gelangen.⁹⁶ Zum zweiten käme es nicht mehr darauf an, ob der jeweilige Herkunftsmitgliedstaat ausreichend schützende Regelungen vorsieht. Die dortige Rechtslage würde unabhängig davon gelten.

Wenn etwa *Kugelman*⁹⁷ die sekundärrechtliche Einführung des Herkunftslandprinzips als nicht revolutionär bezeichnet, so kann dem folglich nur eingeschränkt zugestimmt werden: Das Herkunftslandprinzip selbst ist angesichts der Parallelen in der Rechtsprechung des EuGH nicht revolutionär - seine umfassende Geltung durch die Dienstleistungsrichtlinie wäre es faktisch schon.

2.4 Rechtsgrundlage

Fraglich ist, ob die Dienstleistungsrichtlinie von einer ausreichenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundlage abgedeckt ist.

2.4.1 Begründung der Kommission und Meinungen

Die Kommission stützt den Richtlinienvorschlag auf Art. 47 Abs. 2 und Art. 55 EGV und - soweit das Gebiet des Verkehrs betroffen ist - auf Art. 71 und 80 Abs. 2 EGV.⁹⁸ In Bezug auf die Subsidiarität begründet die Kommission den Richtlinienentwurf damit, dass die zu Tage getretenen rechtlichen Hindernisse für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht durch einseitiges Handeln der Mitgliedstaaten zu beseitigen seien. Die Kommission verweist darauf, dass einige dieser Hindernisse sogar gerechtfertigt sein könnten und daher nur mittels

⁹⁴ Vgl. *Kugelman*, EuZW 2005, 327, 328 f.; *Wiesner/Wiedmann*, EuZW 2005, 1210, 1211 f.; *Lambrich*, EWS 2005, 251, 259 f.; *Lorenz/Wannöffel*, S. 24.

⁹⁵ *Wiesner/Wiedmann*, ZIP 2005, 1210, 1214.

⁹⁶ *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 7, 26; *Kugelman*, EuZW 2005, 327, 329.

⁹⁷ *Kugelman*, EuZW 2005, 327, 329.

⁹⁸ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 20.

Koordinierung der einzelstaatlichen Regelungen zu beseitigen seien. Andere Hindernisse seien bereits als mit Art. 43 und 49 EGV unvereinbar eingestuft worden, würden jedoch von den Mitgliedstaaten selbst nicht beseitigt. Hier sei die Durchführung von Vertragsverletzungsverfahren – Fall für Fall - ineffizient und vom Aufwand kaum zu bewältigen. Die vorgeschlagene Vorgehensweise sei gewählt worden, um die Eingriffe in die Besonderheiten der einzelstaatlichen Regelungen zu beschränken. Durch das Herkunftslandprinzip könne Raum für ein pluralistisches Nebeneinander der verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gelassen werden.⁹⁹

Der Deutsche Bundesrat hat zu dem Richtlinienvorschlag durch Beschluss vom 2. April 2004¹⁰⁰ Stellung genommen. Er war dabei der Auffassung, dass insbesondere die Regelungen über das Herkunftslandprinzip nicht von der Regelungskompetenz der Gemeinschaft nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 55 EGV gedeckt seien, weil sie über eine Koordinierung der nationalen Bestimmungen hinausgingen. Außerdem verletze der Vorschlag die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 2 und 3 EGV.¹⁰¹

Lorenz/Wannöffel sehen es dagegen insbesondere als problematisch an, dass der Vorschlag auf Vorschriften zur Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit gestützt sei und dabei den Bereich der Niederlassungsfreiheit berühre.¹⁰² Auch sie bejahen einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EGV.¹⁰³

Fritz hat ebenfalls Zweifel daran, ob die Art. 47 Abs. 2 und Art. 55 EGV eine hinreichende Grundlage für den Erlass einer Rahmenrichtlinie mit sektorübergreifender Wirkung sein können. Ferner sieht auch er die Grundsätze der Subsidiarität und Erforderlichkeit verletzt.¹⁰⁴

Lambrich hält die Argumentation, der Richtlinienvorschlag sei nicht von einer ausreichenden Regelungskompetenz gedeckt, für zu formal. Er bejaht diese Kompetenz und hält das Herkunftslandprinzip auch für geboten.¹⁰⁵

⁹⁹ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 21.

¹⁰⁰ Bundesrat, Beschluss vom 2.4.2004, BR-Drs. 128/4.

¹⁰¹ Bundesrat, Beschluss vom 2.4.2004, BR-Drs. 128/4, S. 2 Nr. 5.

¹⁰² *Lorenz/Wannöffel*, S. 24.

¹⁰³ *Lorenz/Wannöffel*, S. 23.

¹⁰⁴ *Fritz*, S. 4 ff.

¹⁰⁵ *Lambrich*, EWS 2005, 251, 259 f.

2.4.2 Eigene Stellungnahme

Die Kommission stützt den Richtlinienvorschlag auf Art. 47 Abs. 2 und Art. 55 EGV. Bei Art. 47 Abs. 2 EGV handelt es sich um eine Norm aus dem Kapitel zur Niederlassungsfreiheit. Danach erlässt der Rat, um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern, Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten (Art. 47 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 EGV). Bei Art. 55 EGV handelt es sich um eine Verweisungsnorm aus dem Kapitel zur Dienstleistungsfreiheit. Sie erklärt die Bestimmungen der Art. 45 bis 48 EGV auch hier für anwendbar. Durch diese Verweisung ermöglicht Art. 55 EGV die Geltung des Art. 47 Abs. 2 EGV auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit.¹⁰⁶ Die Kommission führt die beiden Normen eigenständig in der Begründung an und verweist darauf, dass es um die Beseitigung der Hemmnisse sowohl der Niederlassungs- als auch der Dienstleistungsfreiheit gehe.¹⁰⁷ Entgegen der Ansicht von *Lorenz/Wannöffel* stützt sich der Vorschlag also nicht allein auf die Regelungskompetenz in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit. Art. 47 Abs. 2 EGV gilt hier vielmehr nicht nur über Art. 55 EGV, sondern auch als selbständige Ermächtigungsnorm. Deshalb sind sowohl die Maßnahmen der Richtlinie zur Dienstleistungsfreiheit als auch die zur Niederlassungsfreiheit von einer eigenen Rechtsgrundlage gedeckt.

Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV als maßgebliche Ermächtigungsnorm ermöglicht den Erlass von Richtlinien zur *Koordinierung* der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Koordinierung bedeutet nicht bloße Angleichung – auch wenn es diese umfassen kann –, sondern Vereinbarmachung und Harmonisierung.¹⁰⁸ Mit Ausnahme der Regelungen zum Herkunftslandprinzip bewirken die Vorschriften des Richtlinienentwurfs überwiegend sogar eine materielle Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedstaaten. Dies gilt beispielsweise für Art. 11 DLR-E, durch den eine Rechtsvereinheitlichung in Bezug auf die Geltungsdauer von Genehmigungen erfolgt. Die Regelungen über das Herkunftslandprinzip haben eine Angleichung des materiellen Rechts zur Dienstleistungserbringung in den Mitgliedstaaten dagegen nicht unmittelbar zum Ziel. Sie sind vielmehr Kollisionsnormen¹⁰⁹, d.h. sie dienen der Regelung, welches Recht eines der beteiligten Mitgliedstaaten auf die vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung angewandt werden soll. Eine materielle Rechtsangleichung

¹⁰⁶ *Von der Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje*, Art. 55 EGV Rn.8.

¹⁰⁷ KOM(2004) 2 endgültig/2, S. 20 f.

¹⁰⁸ Vgl. *Streinz-Müller-Graff*, Art. 47 EGV Rn. 13.

¹⁰⁹ *Lambrich*, EWS 2005, 251, 257.

wird dies erst mittelbar durch den dadurch ausgelösten Systemwettbewerb zur Folge haben.¹¹⁰ Die Vereinbarmachung verschiedener Rechtsordnungen kann allerdings auch dadurch erfolgen, dass für bestimmte Regelungsbereiche die Vorschriften eines beteiligten Mitgliedstaates für maßgeblich erklärt werden.¹¹¹ Eine solche Regelung würde jedoch dann keine Koordinierung mehr darstellen, wenn sie faktisch nicht mehr als Technik des Wechsels von einem nationalen Rechtssystem in ein anderes dienen könnte, sondern allein das Recht des einen Mitgliedstaates hinter dem des anderen Mitgliedstaates zurücktreten ließe.¹¹² Gegen eine solche Einseitigkeit spricht bei der Dienstleistungsrichtlinie jedoch, dass sie das Herkunftslandprinzip nicht absolut aufstellt, sondern eine Vielzahl von Ausnahmen vorsieht.¹¹³ Außerdem ist das Herkunftslandprinzip auf den Bereich der Dienstleistungsfreiheit beschränkt, wo es – zumindest dem Grunde nach und unter bestimmten Bedingungen – bereits heute nach der Rechtsprechung des EuGH gilt.¹¹⁴ Im Übrigen ist die Geltung des Herkunftslandprinzips in einer Richtlinie nichts gänzlich Neues, wie etwa die Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr¹¹⁵ zeigt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Dienstleistungsrichtlinie insgesamt der Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV dient.

Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV enthält auch keine Beschränkung auf den Erlass bereichsspezifischer Richtlinien. Zwar sind andere Vorschriften des EG-Vertrages aus den Kapiteln zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit hier eingeschränkter formuliert: So ist in Art. 44 Abs. 1 EGV von der *Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für eine bestimmte Tätigkeit* die Rede und in Art. 52 Abs. 1 EGV von der *Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung*.¹¹⁶ Eine entsprechende Einschränkung und damit ein Ausschluss des bereichsübergreifenden Ansatzes der Dienstleistungsrichtlinie besteht in Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV jedoch nicht. So existieren – wie schon oben erwähnt¹¹⁷ - bereits mehrere bereichsübergreifende Richtlinien. Insgesamt ergibt sich damit, dass der Richtlinienentwurf auf einer ausreichenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundlage basiert.

¹¹⁰ Dazu unten unter 4.

¹¹¹ Ebenso *Lambrich*, EWS 2005, 251, 259.

¹¹² Vgl. *von der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg*, Art. 47 EGV Rn. 35 f.

¹¹³ Dazu oben unter 2.3.3.2.

¹¹⁴ Dazu oben unter 2.3.3.3.

¹¹⁵ Richtlinie 2000/3/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt; ABl. 2000 Nr. L 178, S. 1-16.

¹¹⁶ Vgl. dazu *Fritz*, S. 5.

¹¹⁷ Siehe dazu oben unter 2.3.1.4.

Regelungen zur Subsidiarität und Erforderlichkeit finden sich in Art. 5 Abs. 2 und 3 EGV. Danach wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können (Art. 5 Abs. 2 EGV). Diese Maßnahmen der Gemeinschaft gehen nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß hinaus (Art. 5 Abs. 3 EGV). Die letztgenannte Vorschrift beinhaltet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ergänzt das Subsidiaritätsprinzip des Abs. 2.¹¹⁸ Beide Regelungen dienen an sich als Kompetenzausübungsschranke für die Gemeinschaftsorgane.¹¹⁹ Allerdings verbleibt dem Gemeinschaftsgesetzgeber hier ein weiter Ermessens- und Beurteilungsspielraum.¹²⁰ Der EuGH hat dies in einer Rechtssache *Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*¹²¹ zum Ausdruck gebracht, in der es um den Erlass einer Richtlinie über Einlagensicherungssysteme ging. Danach könnte das Gericht die gesetzgeberische Entscheidung allenfalls dann beanstanden, wenn sich diese als offensichtlich fehlerhaft erweise oder wenn die Nachteile, die sich aus ihr für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer ergeben, zu den im Übrigen mit ihr verbundenen Vorteilen völlig außer Verhältnis stünden.¹²² Diesen weiten Ermessens- und Beurteilungsspielraum scheinen die o.g. kritischen Meinungen nicht zu berücksichtigen.¹²³ Vor dem Hintergrund der über zehn Jahre nach Vollendung des Binnenmarktes immer noch bestehenden Vielzahl an Beschränkungen im Dienstleistungsbereich¹²⁴ erscheint es vertretbar, wie die Kommission davon auszugehen, dass diese Beschränkungen nicht durch einseitiges Handeln der Mitgliedstaaten zu beseitigen sind. Gleiches gilt für die Erforderlichkeit der vorgesehenen Regelungen. Durch die Tatsache, dass die Richtlinie als Rahmenrichtlinie¹²⁵ und nicht als detaillierte Maßnahme konzipiert ist, entspricht sie der Vorgabe nach Nr. 6 des im Amsterdamer Vertrag enthaltenen Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit¹²⁶. Insofern kann kein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 oder 3 EGV festgestellt werden.

¹¹⁸ Streinz, Europarecht, Rn. 145 b.

¹¹⁹ Streinz, Europarecht, Rn. 145 a f.

¹²⁰ Streinz-Streinz, Art. 5 EGV Rn. 52.

¹²¹ EuGH, Slg. 1997, I-2405 - *Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*.

¹²² EuGH, Slg. 1997, I-2405, Rn. 56 - *Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat*.

¹²³ Dieser Gesichtspunkt wird lediglich erwähnt – wenn auch nicht beachtet – von Lorenz/Wannöffel, S. 24.

¹²⁴ Siehe dazu oben unter 2.1.

¹²⁵ Siehe dazu oben unter 2.3.1.4.

¹²⁶ ABl. 1997 Nr. C 340/105 ff.

In Bezug auf die Wahl des Rechtsaktes schreibt Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV die Form der Richtlinie vor. Hier gilt auf europäischer Ebene das Mitentscheidungsverfahren¹²⁷, d.h. der Vorschlag der Kommission bedarf der Zustimmung des Europäischen Parlaments und des Rates (Art. 47 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 251 EGV).

¹²⁷ *Schlichting/Spelten*, EuZW 2005, 238, 240; *Lorenz/Wannöffel*, S. 7.

3. Mögliche Folgen aus Sicht des deutschen Arbeitsrechts

Im Folgenden soll speziell betrachtet werden, wie sich die Richtlinie im Bereich des Arbeitsrechts auswirken würde. Dabei soll die häufig vorkommende Konstellation im Mittelpunkt stehen, dass ein Unternehmen aus einem anderen EU-Mitgliedstaat in Deutschland vorübergehend mit seinen Arbeitnehmern tätig wird. Dies ist beispielsweise in dem bereits oben¹²⁸ erwähnten Fall so, wo ein in Spanien niedergelassenes Unternehmen in Deutschland Industrieanlagen wartet und der spanische Arbeitnehmer deshalb z.B. ein halbes Jahr in Deutschland arbeitet. Es wird dabei zunächst die bisher geltende Rechtslage beleuchtet (unter 3.1) und anschließend geprüft, zu welchen Änderungen die Geltung der Richtlinie führen würde (unter 3.2).

3.1 Bisherige Rechtslage

3.1.1 Arbeitsstatut

Wenn eine arbeitsrechtliche Fallkonstellation – wie im Beispielfall - Auslandsbezug aufweist, gelangt das sog. Internationale Arbeitsrecht zur Anwendung.¹²⁹ Dieses beinhaltet Kollisionsnormen. Sie bestimmen, welches nationale Recht - sog. Arbeitsstatut - auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist.¹³⁰ Die maßgeblichen Kollisionsnormen des deutschen Internationalen Arbeitsrechts finden sich in den Art. 27 ff. EGBGB. Diese Vorschriften beruhen auf dem Römischen Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (EVÜ) vom 19.6.1980^{131 132}.

Die zentrale Norm in Bezug auf das Arbeitsstatut ist Art. 30 EGBGB. Dessen Abs. 1 bezieht sich auf eine Rechtswahl der Arbeitsvertragsparteien. Abs. 2 bestimmt, welches Recht mangels Rechtswahl gilt. Dementsprechend ist im jeweiligen Fall zu unterscheiden, ob eine Rechtswahl erfolgte oder das Arbeitsstatut objektiv zu bestimmen ist.

¹²⁸ Siehe oben unter 1.

¹²⁹ *Schaub*, § 6 Rn. 1f; *ErfK-Schlachter*, Art. 27, 30, 34 EGBGB Rn. 1.

¹³⁰ *Lambrich*, EWS 2005, 251, 254; *Schaub*, § 6 Rn. 2 f.

¹³¹ ABl. EG 1980 Nr. L 266, S. 1.

¹³² *Palandt-Heldrich*, Vorbem. vor Art. 27 EGBGB Rn. 1.

Eine Rechtswahl kann nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.¹³³ Wenn ein ausländischer Arbeitgeber und sein Arbeitnehmer für den Auslandseinsatz eine Rechtswahl treffen, dann werden sie regelmäßig das Recht ihres Herkunftsstaates wählen. Denn dieses ist ihnen vertraut und es gibt für sie normalerweise keinen Grund, das für ihr Arbeitsvertragsverhältnis üblicherweise geltende Recht zu wechseln.¹³⁴

Eine Rechtswahl der Parteien ist allerdings nicht uneingeschränkt zu berücksichtigen. Vielmehr bestimmt Art. 30 Abs. 1 EGBGB, dass bei Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Abs. 2 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Insofern ist auch bei einer von den Arbeitsvertragsparteien getroffenen Rechtswahl die objektive Anknüpfung nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB von Bedeutung. Die zwingenden Bestimmungen der sich daraus ergebenden Rechtsordnung können also nicht verdrängt werden, außer wenn das Recht der Rechtswahl den Arbeitnehmer genauso oder besser schützt.¹³⁵ Zu diesen zwingenden Bestimmungen zählen alle nicht abdingbaren arbeitnehmerschützenden Regelungen.¹³⁶ Dies betrifft z.B. Vorschriften über Kündigungsschutz, Mutterschutz, Entgeltfortzahlung oder Arbeitszeit.¹³⁷

Nach der objektiven Anknüpfung gemäß Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist. Maßgeblich ist danach das Recht des normalen Arbeitsortes, also des tatsächlichen Mittelpunkts der Berufstätigkeit.¹³⁸ Wenn jemand in Spanien als Techniker angestellt ist, bildet danach das spanische Recht das Arbeitsstatut. Wenn der Betreffende vorübergehend nach Deutschland entsandt wird, ändert sich daran nichts. Eine feste Zeitgrenze dafür, wie lange eine Entsendung *vorübergehend* ist, besteht nicht. Selbst ein Zeitraum von zwei Jahren wird aber allgemein noch als vorübergehend angesehen.¹³⁹ In der Praxis wird die Entsendung oft nur einige Monate dauern.¹⁴⁰ Wenn die Parteien hier also beispielsweise spanisches Recht vereinbart haben, dann gilt dies. Denn die objektive Anknüpfung nach Art. 30

¹³³ Palandt-Heldrich, Art. 30 EGBGB Rn. 4.

¹³⁴ Vgl. Wichmann, S. 28 f.

¹³⁵ Palandt-Heldrich, Art. 30 EGBGB Rn. 5.

¹³⁶ Wichmann, S. 26 f.

¹³⁷ Schaub, § 6 Rn. 18; Palandt-Heldrich, Art. 30 EGBGB Rn. 6.

¹³⁸ Palandt-Heldrich, Art. 30 EGBGB Rn. 7.

¹³⁹ Vgl. Wichmann, S. 31; Palandt-Heldrich, Art. 30 EGBGB Rn. 7.

¹⁴⁰ Vgl. Wichmann, S. 31.

Abs. 2 Nr. 1 EGBGB verweist ebenfalls auf spanisches Recht. Damit gelten gemäß Art. 30 Abs. 1 EGBGB auch die dortigen zwingenden Bestimmungen, sodass es zu keinen Abweichungen vom Recht der Rechtswahl kommt. Das gleiche Ergebnis ergibt sich, wenn die Parteien – wie meist¹⁴¹ - keine Rechtswahl getroffen haben.

Zu einer Anknüpfung gemäß Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB kommt es dann, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet. In Abgrenzung zu Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB gilt dies nur, wenn die Tätigkeit in dem anderen Staat eine nicht nur vorübergehende ist. Der Arbeitnehmer muss hier also mindestens zwei verschiedene Arbeitsorte haben.¹⁴² Dann gilt nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB grundsätzlich das Recht am Ort der Niederlassung, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Allerdings wird oftmals die Ausnahmeregelung des Art. 30 Abs. 2 a.E. EGBGB eingreifen.¹⁴³ Danach ist, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist, das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Maßgebliche Merkmale können hier etwa die gleiche Staatsangehörigkeit der Parteien oder der Ort des Vertragsabschlusses sein.¹⁴⁴ Neben den Fällen des Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB kann diese Ausnahme etwa auch Fälle einer nicht nur vorübergehenden Entsendung nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB betreffen. Danach kann beispielsweise auch bei einer dauerhaften Entsendung spanisches Recht gelten.

Art. 34 EGBGB bestimmt, dass die Art. 27-37 EGBGB nicht die Anwendung der Bestimmungen des deutschen Rechts berühren, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln. Art. 34 EGBGB regelt damit – wie auch Art. 30 Abs. 1 EGBGB - einen Ausschnitt aus der Problematik der Auswirkungen zwingender innerstaatlicher Vorschriften auf das Vertragsverhältnis mit Auslandsbezug.¹⁴⁵ Es ist allerdings umstritten, ob neben Art. 30 EGBGB im deutschen Internationalen Arbeitsrecht überhaupt noch Raum für diese Vorschrift verbleibt. Überwiegend wird dies bejaht.¹⁴⁶ Danach sind durch Art. 34 EGBGB bestimmte deutsche Mindestarbeitsbedingungen für alle in Deutschland tätigen Arbeitnehmer maßgeblich. Es werden aber nicht alle unabdingbaren Vorschriften als zwingend i.S.d. Art. 34 EGBGB angesehen, da ansonsten Art. 30 Abs. 1 EGBGB

¹⁴¹ Vgl. *Lorenz/Wannöffel*, S. 40.

¹⁴² *Schaub*, § 6 Rn. 22.

¹⁴³ *Wichmann*, S. 34.

¹⁴⁴ *Palandt-Heldrich*, Art. 30 EGBGB Rn. 8; *Schaub*, § 6 Rn. 23; *Wichmann*, S. 33 f.

¹⁴⁵ Vgl. *Palandt-Heldrich*, Art. 34 EGBGB Rn. 1.

¹⁴⁶ BAG, NZA 2003, 490; *Lorenz/Wannöffel*, S. 37, 40; *Schaub*, § 6 Rn. 24; *Wichmann*, S. 36 ff.

überflüssig wäre.¹⁴⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind inländische Gesetze nur dann Eingriffsnorm i.S.d. Art. 34 EGBGB, wenn sie entweder ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach den deutschen Kollisionsnormen anwendbare Recht gelten sollen. Erforderlich sei, dass die Vorschrift nicht nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet ist, sondern mit ihr zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt werden.¹⁴⁸ Die Gegenmeinung argumentiert, dass sich eine Sonderanknüpfung von Schutzvorschriften für Arbeitnehmer bereits aus Art. 30 Abs. 1 EGBGB ergebe und deshalb für eine Anwendung des Art. 34 EGBGB im Allgemeinen kein Bedürfnis bestehe.¹⁴⁹ Da das deutsche Internationale Privatrecht aber beide Vorschriften enthält und Art. 30 Abs. 1 EGBGB nur den eingeschränkten Bereich der Rechtswahl betrifft, ist der herrschenden Meinung zuzustimmen. Im Übrigen wird es hierauf in der Praxis jedoch nicht ankommen, da sich der entsprechende arbeitsrechtliche Mindeststandard unabhängig von der Verankerung im EGBGB über die Vorschrift des § 7 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) ergibt.¹⁵⁰

Zusammengefasst bedeutet dies, dass in Entsendefällen grundsätzlich das Arbeitsstatut des Heimatstaates gilt.¹⁵¹

3.1.2 Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Durch das AEntG hat der deutsche Gesetzgeber die europäische Entsenderichtlinie¹⁵² umgesetzt.¹⁵³ Deren Ziel ist es, einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Aufnahmemitgliedstaat von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, welche Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist.¹⁵⁴ Danach haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder – soweit es um Tätigkeiten des Bausektors geht¹⁵⁵ – durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche in bestimmten, dort genannten Bereichen Mindestarbeits-

¹⁴⁷ *Wichmann*, S. 36.

¹⁴⁸ BAG, NZA 2003, 490.

¹⁴⁹ *Palandt-Heldrich*, Art. 34 EGBGB Rn. 3 b.

¹⁵⁰ Dazu unter 3.1.2.

¹⁵¹ *ErfK-Schlachter*, § 1 AEntG Rn. 1; *Lambrich*, EWS 2005, 251, 254, 256; *Wichmann*, S. 39.

¹⁵² Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen; ABl. 1997 Nr. L 018, S. 1-6.

¹⁵³ Vgl. *Schwab*, NZA-RR 2004, 1.

¹⁵⁴ RL 96/71/EG, Erwägungsgrund 13.

¹⁵⁵ Vgl. dazu *Lorenz/Wannöffel*, S. 18; *Lambrich*, EWS 2005, 251, 257.

bedingungen festgelegt sind (Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie). Vorgaben in Bezug auf den Umfang des Schutzes macht die Richtlinie allerdings nicht.¹⁵⁶ Die Entsenderichtlinie ermöglicht den Mitgliedstaaten, nationale Regelungen zu schaffen, welche insoweit eine Gleichstellung der in den Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmer mit den einheimischen Arbeitnehmern bewirken.¹⁵⁷ In dem von der Richtlinie umfassten Bereich wird also ein Arbeitsortprinzip festgelegt.¹⁵⁸ Dies betrifft allerdings nur die Einhaltung von Mindeststandards und hindert nicht die Geltung von für den Arbeitnehmer günstigeren Regelungen.¹⁵⁹

Das deutsche AEntG erfasst in § 1 Abs. 1 S. 1 zunächst Betriebe des Bauhaupt- und Baunebengewerbes. Die Vorschrift bestimmt, dass die Rechtsnormen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages des Bauhaupt- oder des Baunebengewerbes, welche Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze oder die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld zum Gegenstand haben, auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinem im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung finden. Weiter ist Voraussetzung, dass der Betrieb überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 211 Abs. 1 SGB III erbringt und auch inländische Arbeitgeber ihren im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern mindestens die am Arbeitsort geltenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen gewähren müssen (§ 1 Abs. 1 S. 1 AEntG). Die Regelung führt also dazu, dass im Baugewerbe für alle in Deutschland tätigen Arbeitnehmer die entsprechenden Normen der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge Anwendung finden. Wenn ein spanischer Bauunternehmer mit seinen Arbeitnehmern in Deutschland tätig wird, muss er also nach § 1 AEntG den in Deutschland für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag beachten. Dies gilt unabhängig davon, dass nach Art. 30 EGBGB regelmäßig spanisches Recht das Arbeitsstatut bilden wird. Damit werden rechtstechnisch die deutschen Tarifverträge auf die ausländischen Arbeitnehmer erstreckt und das ausländische Arbeitsstatut verdrängt.¹⁶⁰ Über § 1 Abs. 1 S. 3 AEntG gelten die Regelungen genauso auch für Arbeitgeber mit Sitz im Inland.¹⁶¹ Nach § 1 Abs. 2 AEntG werden von den Bestimmungen des Abs. 1

¹⁵⁶ *Lambrich*, EWS 2005, 251, 256.

¹⁵⁷ *Kort*, JZ 2004, 267, 272.

¹⁵⁸ *Lambrich*, EWS 2005, 251, 256.

¹⁵⁹ *Lambrich*, EWS 2005, 251, 256.

¹⁶⁰ *Schaub*, § 207 Rn. 30; *Schwab*, NZA-RR 2004, 1, 4 f.

¹⁶¹ *Schwab*, NZA-RR 2004, 1.

außer dem Baugewerbe auch Betriebe der sog. Seeschifffahrtsassistenten – also Haferschlepperei¹⁶² - erfasst.

§ 7 Abs. 1 AEntG bestimmt, dass die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über bestimmte Mindestarbeitsbedingungen auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinem im Inland beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung finden. Gemäß der Aufzählung in § 7 Abs. 1 AEntG gilt dies für Regelungen über: Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, den bezahlten Mindestjahresurlaub, die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze, die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen, die Sicherheit, den Gesundheitsschutz und die Hygiene am Arbeitsplatz, die Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen und die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen. § 7 Abs. 1 AEntG beschränkt diese Mindestarbeitsbedingungen nicht entsprechend § 1 AEntG auf das Baugewerbe und die Seeschifffahrtsassistenten. Sie gelten vielmehr in allen Wirtschaftsbereichen.¹⁶³ Der spanische Unternehmer muss sich - unabhängig davon, welcher Branche er angehört – in Bezug auf die von ihm in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer an diese Mindeststandards halten. § 7 AEntG hat insofern zur Folge, dass neben dem regelmäßig ausländischen Arbeitsstatut die für zwingend erklärten deutschen Bestimmungen gelten.¹⁶⁴

3.2 Rechtslage bei Geltung der Dienstleistungsrichtlinie

Das Herkunftslandprinzip des Art. 16 DLR-E hat - wie oben¹⁶⁵ gesehen – einen breiten Anwendungsbereich. Es gilt deshalb grundsätzlich auch für den Bereich des Arbeitsrechts.¹⁶⁶ Auf den Fall des vorübergehend in Deutschland tätigen Arbeitnehmers des spanischen Unternehmers angewandt bedeutet dies, dass auch nach Art. 16 DLR-E auf das Recht des Herkunftsmitgliedstaates und damit auf spanisches Recht verwiesen würde. Insofern würde die Dienstleistungsrichtlinie hier regelmäßig zu den gleichen Ergebnissen führen wie das deut-

¹⁶² Schwab, NZA-RR 2004, 1, 3.

¹⁶³ ErfK-Schlachter, § 1 AEntG Rn. 9, § 7 AEntG Rn. 1; Küttner-Röller, Entsendung, Rn. 1 ff; dies wird nicht gesehen von Schwab, NZA-RR 2004, 1, 4; Lorenz/Wannöffel, S. 18 f.; Lambrich, EWS 2005, 251, 257.

¹⁶⁴ ErfK-Schlachter, § 7 AEntG Rn. 4; vgl. auch Lorenz/Wannöffel, S. 42.

¹⁶⁵ Dazu oben unter 2.3.3.1.

¹⁶⁶ Lambrich, EWS 2005, 251, 253 f.

sche Internationale Arbeitsrecht.¹⁶⁷ Durch die Ausnahmeregelung des Art. 17 Nr. 20) DLR-E wäre den Arbeitsvertragsparteien außerdem ebenfalls die Rechtswahl ermöglicht.¹⁶⁸

Zu Abweichungen könnte es nur in untypischen Fällen kommen, z.B. wenn der Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend i.S.d. Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB in einen anderen Mitgliedstaat entsandt würde und außerdem keine engeren Verbindungen zum Herkunftsstaat nach Art. 30 Abs. 2 a.E. EGBGB gegeben wären¹⁶⁹. Auch dürfte der Arbeitgeber im Aufnahmestaat keine Niederlassung unterhalten, da ansonsten kein Fall des freien Dienstleistungsverkehrs mehr gegeben wäre und damit das Herkunftslandprinzip nicht gelten würde.¹⁷⁰ Wenn all diese Voraussetzungen erfüllt wären, würde nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB das Recht des Aufnahmestaates gelten, während über Art. 16 DLR-E auch hier auf das Recht des Herkunftsmitgliedstaates verwiesen würde.

Da es also zu abweichenden Ergebnissen kommen kann, stellt sich die Frage, welche Regelung hier vorrangig sein soll: die Dienstleistungsrichtlinie oder das deutsche – auf dem EVÜ basierende - Internationale Arbeitsrecht. In der Dienstleistungsrichtlinie ist dazu nichts geregelt. Insbesondere Art. 3 DLR-E hilft hier nicht weiter, da die Vorschrift eine kumulative Anwendung mehrerer Rechtsakte vorsieht.¹⁷¹ In Fällen, bei denen sich beide Rechtsakte widersprechen, sagt dies nichts darüber aus, welcher Rechtsakt vorrangig sein soll. Art. 20 EVÜ bestimmt aber seinerseits einen Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Danach berührt das Übereinkommen nicht die Anwendung der Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse auf besonderen Gebieten, die in Rechtsakten der Organe der Europäischen Gemeinschaften oder in dem in Ausführung dieser Akte harmonisierten innerstaatlichen Recht enthalten sind. Da es sich bei der Dienstleistungsrichtlinie um eine Regelung des Gemeinschaftsrechts auf dem – insoweit besonderen – Gebiet der Dienstleistungserbringung handelt, würde die Dienstleistungsrichtlinie dem EVÜ und damit auch den Art. 27 ff. EGBGB vorgehen.¹⁷² Für diese Lösung spricht außerdem, dass es sich bei der Dienstleistungsrichtlinie um die speziellere und eine zeitlich nach dem EVÜ entstandene Regelung handelt.

¹⁶⁷ Vgl. *Lambrich*, EWS 2005, 251, 254 f.

¹⁶⁸ Dazu oben unter 2.3.3.2; vgl. auch *Lambrich*, EWS 2005, 251, 254 f.

¹⁶⁹ Siehe dazu oben unter 3.1.

¹⁷⁰ Dazu oben unter 2.3.1.2.

¹⁷¹ Siehe dazu oben unter 2.3.1.5.

¹⁷² Offengelassen von *Lorenz/Wannöffel*, S. 37 f.

Wie bereits oben¹⁷³ gesehen, sieht Art. 17 Nr. 5) DLR-E eine allgemeine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip für die Angelegenheiten, die unter die Entsenderichtlinie fallen, vor. In Bezug auf die dort geregelte Materie greifen die Rechtsfolgen des Herkunftslandprinzips also nicht, sondern der Geltung der Entsenderichtlinie wird Vorrang eingeräumt.¹⁷⁴ Dadurch gilt auch hier weiter das deutsche AEntG. Im Fall des aus Spanien entsandten Arbeitnehmers bedeutet dies, dass es bei Geltung der in § 7 AEntG festgelegten Mindeststandards bleibt. Vor diesem Hintergrund ist die Aussage in der Begründung des Entwurfes, die Dienstleistungsrichtlinie lasse rein arbeitsrechtliche Fragen unberührt¹⁷⁵, dahingehend zu verstehen, dass hierzu keine materiellen Vorgaben gemacht werden.¹⁷⁶ Die Dienstleistungsrichtlinie soll hier vielmehr nur als Kollisionsregel dienen.

Eine eigene Verfahrensregelung in Bezug auf die Materie der Entsenderichtlinie trifft die Dienstleistungsrichtlinie in Art. 24 DLR-E:

Besondere Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmern

1. *Entsendet ein Dienstleistungserbringer einen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates, um dort eine Dienstleistung zu erbringen, führt der Entsendemitgliedstaat die Überprüfungen, Kontrollen und Untersuchungen durch, die notwendig sind, um die Einhaltung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, die aufgrund der Richtlinie 96/71/EG gelten, sicher zu stellen, und ergreift unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Maßnahmen gegenüber dem Dienstleistungserbringer, der diese nicht einhält.*

Jedoch darf der Entsendemitgliedstaat dem Dienstleistungserbringer oder dem von ihm entsandten Arbeitnehmer im Hinblick auf die in Artikel 17 Nummer 5) genannten Punkte die folgenden Pflichten nicht auferlegen:

- a) *die Pflicht, bei den zuständigen Stellen eine Genehmigung zu beantragen, sich dort eintragen zu lassen oder vergleichbaren Erfordernissen nachzukommen;*
- b) *die Pflicht, eine Erklärung abzugeben, außer Erklärungen bezüglich einer im Anhang der Richtlinie 96/71/EG genannten Tätigkeiten, die bis zum 31. Dezember 2008 aufrechterhalten werden können;*
- c) *die Pflicht, einen Vertreter auf seinem Hoheitsgebiet zu bestellen;*
- d) *die Pflicht, auf seinem Hoheitsgebiet oder unter den dort geltenden Bedingungen Sozialversicherungsunterlagen vorzuhalten oder aufzubewahren.*

¹⁷³ Dazu oben unter 2.3.3.2.

¹⁷⁴ Lambrich, EWS 2005, 251, 254, 256; Lorenz/Wannöffel, S. 18, 27, 37; Fritz, S. 16; Kugelmann, EuZW 2005, 327, 328; Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210, 1213; Böhret/Grunow/Ziekow, S. 8.

¹⁷⁵ KOM(2004) 2 endgültig/2, Erwägungsgrund 58.

¹⁷⁶ Lambrich, EWS 2005, 251, 256; vgl. dazu auch Lorenz/Wannöffel, S. 19.

2. *In den in Absatz 1 genannten Fällen ist es Aufgabe des Herkunftsmitgliedstaates dafür zu sorgen, dass der Dienstleistungserbringer die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaates und des Entsendemitgliedstaates bis zu zwei Jahre nach Beendigung der Entsendung die folgenden Angaben machen zu können:*
- a) die Identität des entsandten Arbeitnehmers;*
 - b) die Art der ihm übertragenen Aufgaben;*
 - c) die Anschrift des Dienstleistungsempfängers;*
 - d) den Ort der Entsendung;*
 - e) Beginn und Ende der Entsendung;*
 - f) die für den entsandten Arbeitnehmer geltenden Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.*

In den in Absatz 1 genannten Fällen unterstützt der Herkunftsmitgliedstaat den Entsendemitgliedstaat dabei, die Einhaltung der gemäß der Richtlinie 96/71/EG geltenden Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sicherzustellen und dem Entsendemitgliedstaat von sich aus die in Unterabsatz 1 genannten Angaben zu liefern, wenn er konkrete Hinweise auf mögliche Verstöße des Dienstleistungserbringers gegen die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen hat.

Die Dienstleistungsrichtlinie sieht an mehreren Stellen Verfahrensregelungen vor, in denen die Kontrollmöglichkeiten des Aufnahmemitgliedstaates grundsätzlich eingeschränkt bzw. ausgeschlossen werden und die Verantwortung dem Herkunftsmitgliedstaat übertragen wird, z.B. Art. 9 ff., Art. 16 Abs. 2, Art. 34 ff. DLR-E.¹⁷⁷ Im Vergleich dazu liest sich Art. 24 DLR-E zunächst anders, da hier nach Abs. 1 Unterabs. 1 der Entsendemitgliedstaat für die Kontrolle zuständig sein soll. Dies ist nach der Begriffsbestimmung des Art. 4 Nr. 11) DLR-E der Mitgliedstaat, in den der Dienstleistungserbringer einen Arbeitnehmer zur dortigen Erbringung von Dienstleistungen entsendet – also der Aufnahmemitgliedstaat. Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 DLR-E enthält jedoch weitreichende Einschränkungen der Befugnisse des Aufnahmemitgliedstaates.¹⁷⁸ Die dort genannten Pflichten darf er vom Dienstleistungserbringer bzw. den entsandten Arbeitnehmern nicht mehr einfordern. So soll ihm gegenüber etwa der Dienstleistungserbringer keine entsprechenden Erklärungen abgeben müssen (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. b) DLR-E). Dies würde in Deutschland die Anmeldung bei der Zollverwaltung nach § 3 Abs. 1 AEntG betreffen. Das Verbot zur Bestellung eines Vertreters (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. c) DLR-E) beträfe § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 und Nr. 6 AEntG, wodurch für den verantwortlich Handelnden und den Zustellungsbevollmächtigten eine Anschrift in

¹⁷⁷ Siehe dazu oben unter 2.3.2.1, 2.3.3.1, 2.3.3.2.

¹⁷⁸ Böhret/Grunow/Ziekow, S. 8; Lorenz/Wannöffel, S. 19; dies wird dagegen nicht gesehen von Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210, 1213, 1215.

Deutschland gefordert wird. Eine Pflicht zur Vorhaltung von Sozialversicherungsunterlagen (Art. 24 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. d) DLR-E) besteht bisher nach § 2 Abs. 2 S. 1 AEntG.¹⁷⁹ In all diesen Fällen würde die Dienstleistungsrichtlinie zu Rechtsänderungen führen, da diese Verfahrensvorschriften des AEntG nicht von der Entsenderichtlinie gedeckt sind und deshalb nicht unter die Ausnahmeregelung des Art. 17 Nr. 5) DLR-E fallen.

Dass nach Abs. 2 der Herkunftsmitgliedstaat insbesondere dafür zuständig sein soll, dass der Dienstleistungserbringer die erforderlichen Angaben vorhält, entspricht im Grundsatz der o.g. in der Dienstleistungsrichtlinie vorherrschenden Aufgabenverteilung etwa nach Art. 34 ff. DLR-E. Faktisch führt dies dazu, dass dem Aufnahmemitgliedstaat weitgehend die Handlungsmöglichkeiten genommen werden, um die Einhaltung der aufgrund der Entsenderichtlinie in seinem Hoheitsgebiet geltenden Mindestarbeitsbedingungen zu kontrollieren. Es ist zu befürchten, dass Dienstleistungserbringer das dadurch entstehende Kontrolldefizit im Aufnahmemitgliedstaat in breitem Maße ausnutzen werden, um die verlangten Mindeststandards zu umgehen.¹⁸⁰ Insofern bleibt durch die Dienstleistungsrichtlinie die Entsenderichtlinie zwar in ihrem materiellen Gehalt unberührt, in ihrer praktischen Durchsetzbarkeit wird sie allerdings stark geschwächt.¹⁸¹

¹⁷⁹ *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 8.

¹⁸⁰ Vgl. *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 12.

¹⁸¹ Vgl. *Lorenz/Wannöffel*, S. 19.

4. Bewertung des Richtlinienentwurfs

Die in dem Richtlinienentwurf vorgesehenen Regelungen würden aus der Sicht der Unternehmen die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen deutlich erleichtern. Zum einen stellen die Art. 9 ff. DLR-E Vereinfachungen bei der Errichtung einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat dar, z.B. weil zusätzliche Genehmigungen wegfallen. Wenn es nur um eine vorübergehende Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat geht, wird diese durch das Herkunftslandprinzip insofern deutlich erleichtert, als der Dienstleistungserbringer sich grundsätzlich nicht mehr mit der dortigen Rechtslage vertraut machen muss. Wer europaweit aktiv ist, muss sich also nicht mit 25 verschiedenen Rechtssystemen auseinandersetzen. Der spanische Unternehmer, der in Deutschland tätig wird, spart sich etwa die zeit- und kostenintensive Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts.

Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterscheiden sich. Dementsprechend stellen sie auch unterschiedlich hohe Anforderungen an die dort niedergelassenen Dienstleistungserbringer. Deshalb wird die Dienstleistungsrichtlinie zu der Tendenz führen, sich in Ländern mit niedrigeren Standards anzusiedeln. Von dort aus kann der Dienstleistungserbringer dann über das Herkunftslandprinzip unter den erleichterten Bedingungen vorübergehend in anderen Mitgliedstaaten tätig werden. Der damit verbundene Vorteil wird teilweise auch dazu führen, dass bereits bestehende Unternehmen ihre Niederlassung entsprechend verlagern.¹⁸² Auch können nur bestimmte Unternehmensteile, auf die sich etwa strenge Auflagen beziehen, abgespalten und im Ausland angesiedelt werden.¹⁸³ Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen vergleichbare Gestaltungen keine unzulässige Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit dar. Das Gericht hat etwa in der Rechtssache *Centros* die Gründung einer Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat, um sich dadurch in einem anderen Mitgliedstaat unter erleichterten rechtlichen Bedingungen niederlassen zu können, gebilligt.¹⁸⁴ Solche Sitzverlagerungen würden zusätzlich durch die Regelungen der Art. 9 ff. DLR-E vereinfacht.¹⁸⁵

Teilweise wird die Errichtung sog. Briefkastenfirmen in entsprechenden Mitgliedstaaten befürchtet.¹⁸⁶ Angesichts der vom EuGH entwickelten Kriterien für das Bestehen einer Nieder-

¹⁸² Kugelmann, EuZW 2005, 327, 328; Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238, 239.

¹⁸³ Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238, 239.

¹⁸⁴ EuGH, Slg. 1999, I-1459, Rn. 17 f. – *Centros*.

¹⁸⁵ Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238, 239.

¹⁸⁶ Vgl. Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238, 239.

lassung in Abgrenzung zur nur vorübergehenden Tätigkeit – Dauer, Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr bzw. Kontinuität der Leistung¹⁸⁷ - wird eine bloße Briefkastenfirma jedoch rechtlich nicht ausreichen, um eine entsprechende Niederlassung zu begründen.¹⁸⁸ In der Praxis werden sich diese Voraussetzungen durch die Liberalisierungen der Dienstleistungsrichtlinie allerdings nur schwer überprüfen lassen.

Teilweise wird argumentiert, dass insbesondere exportorientierte Länder wie Deutschland von der Marktöffnung profitieren würden, da heimische Dienstleister den Warenexporteuren gerne folgen würden.¹⁸⁹ Hier dürfte allerdings zu differenzieren sein. Die dargestellten positiven Effekte der Richtlinie werden sich insbesondere deutsche Anbieter von hochwertigen Dienstleistungen zu Nutze machen können – wenn es also um einen Qualitätswettbewerb geht. Bei einfacheren Dienstleistungen wird das regelmäßig hohe Preisniveau der in Deutschland niedergelassenen Unternehmen auch weiterhin dazu führen, dass die Leistungen nur selten im europäischen Ausland konkurrenzfähig sind. Denn hier hat auch bisher weniger die Problematik der unterschiedlichen Rechtssysteme ein Engagement verhindert, als vielmehr die durch den Standort Deutschland bedingten zu hohen Kosten.¹⁹⁰ Dass deutsche Dienstleistungserbringer über das Herkunftslandprinzip im Ausland an die regelmäßig hohen deutschen Rechtsstandards gebunden sind, wirkt hier zusätzlich belastend.

Die Tatsache, dass in einem Mitgliedstaat mit niedrigeren Standards niedergelassene Unternehmen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen nur diesen niedrigeren Anforderungen genügen müssen, verschafft diesen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil. Dadurch wird der Wettbewerb insgesamt verstärkt. Dies wird für die deutschen Unternehmen im Inland eine größere Konkurrenz bedeuten. Auch wenn die von der Richtlinie erreichte Marktöffnung insgesamt zu einer Zunahme an Arbeitsplätzen führen sollte, so ist dies aus der Sicht der einzelnen Mitgliedstaaten relativ zu sehen. Für sie kommt es darauf an, dass die Arbeitsplätze im eigenen Land entstehen.¹⁹¹ Aus deutscher Sicht sind aus den dargestellten Gründen keine positiven Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt zu erwarten – im Gegenteil.

Die Standortvorteile von Ländern mit niedrigeren Standards und die Marktvorteile von Unternehmen, welche in solchen Ländern niedergelassen sind, werden über den Wettbewerb der

¹⁸⁷ Siehe dazu oben unter 2.3.1.2.

¹⁸⁸ *Wiesner/Wiedmann*, ZIP 2005, 1210, 1216.

¹⁸⁹ *Wiesner/Wiedmann*, ZIP 2005, 1210, 1211.

¹⁹⁰ Vgl. *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 22, 30, 33.

¹⁹¹ *Kugelmann*, EuZW 2005, 327.

Unternehmen zu einem Wettbewerb der Rechtsordnungen führen.¹⁹² Dadurch werden insbesondere in Ländern mit hohen Rechtsstandards innerstaatliche Schutzvorschriften unter Druck geraten. Dies kann in Deutschland beispielsweise den Meisterbrief betreffen.¹⁹³ In der Literatur wird hier teilweise ein *Systemwettbewerb nach unten* als möglicherweise eintretende Folge befürchtet.¹⁹⁴ Andererseits wird dies als Chance gesehen, um den Bürokratieabbau voranzutreiben und überzogene nationale Standards zu korrigieren.¹⁹⁵ Unabhängig davon, wie man ein solches Absinken der Standards bewertet: Vor dem Hintergrund der Zielstellung der Lisbon-Strategie - die EU zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen¹⁹⁶ - erscheint dies weniger als ein vom Richtlinienentwurf unerwünschter Nebeneffekt, sondern als zumindest mittelbar beabsichtigtes Ergebnis.

Aus der Sicht der Dienstleistungsempfänger enthält der Entwurf eine Reihe von positiven Impulsen. So werden sie sich leichter eines ausländischen Dienstleistungserbringers bedienen können, ohne befürchten zu müssen, dass dessen Arbeit nicht den Vorschriften des eigenen Mitgliedstaates genügt. Daraus wird sich in vielen Fällen ein Preisvorteil ergeben. Allerdings bewirkt der Richtlinienentwurf nicht nur eine Stärkung der Rechte der Dienstleistungsempfänger.¹⁹⁷ Über das Herkunftslandprinzip sind sie bei der Zusammenarbeit mit vorübergehend in ihrem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungserbringern ggf. mit 25 verschiedenen Rechtsordnungen konfrontiert – je nach dem, aus welchem Herkunftsmitgliedstaat der Dienstleistungserbringer kommt. Dies bedeutet für den Dienstleistungsempfänger ein Weniger an Rechtssicherheit.¹⁹⁸

Dieses Problem stellt sich noch deutlicher aus der Sicht der Verwaltung in den jeweiligen Mitgliedstaaten. Sie hat – anders als der Dienstleistungsempfänger – nicht die Möglichkeit über eine vertragliche Gestaltung die Geltung des eigenen Rechts sicherzustellen. Hinzu kommt, dass – da der Dienstleistungserbringer seine vorübergehende grenzüberschreitende Tätigkeit nicht anzeigen muss – die Behörden im Aufnahmemitgliedstaat zunächst nichts von seinen Aktivitäten erfahren. Sie werden regelmäßig erst im Gefahren- oder Schadensfall von der Tätigkeit des Dienstleistungserbringers Kenntnis erhalten. Dieses Informationsdefizit besteht im Übrigen genauso im Herkunftsmitgliedstaat. Eine präventive Überwachung und Kon-

¹⁹² Basedow, EuZW 2004, 423; Kugelmann, EuZW 2005, 327; Böhret/Grunow/Ziekow, S. 11 f., 14, 24.

¹⁹³ Kugelmann, EuZW 2005, 327, 328.

¹⁹⁴ Vgl. Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238, 239; ähnlich Böhret/Grunow/Ziekow, S. 18.

¹⁹⁵ Vgl. Böhret/Grunow/Ziekow, S. 14, 24 f.; Lambrich, EWS 2005, 251, 261.

¹⁹⁶ Siehe oben unter 2.1.

¹⁹⁷ So aber Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210, 1213.

¹⁹⁸ Schlichting/Spelten, EuZW 2005, 238, 239 f.; Böhret/Grunow/Ziekow, S. 7.

trolle ist dadurch praktisch kaum möglich.¹⁹⁹ Dies gilt insbesondere auch im Fall der Arbeitnehmer-Entsendung. Das im Richtlinienentwurf vorgesehene Modell des Verfahrens gegenseitiger Zusammenarbeit erscheint hier eher idealistisch. Die Behörden des Herkunftsmitgliedstaates werden regelmäßig kein eigenes Interesse daran haben, die Einhaltung ihrer Standards im Aufnahmemitgliedstaat durchzusetzen und damit den wirtschaftlichen Erfolg des bei ihnen niedergelassenen Unternehmens zu behindern. Insofern dürfte eine effektive Überwachung durch die Behörden des Herkunftsmitgliedstaates praktisch kaum zu erreichen sein.²⁰⁰

Insgesamt erscheint der Richtlinienentwurf zwar konsequent vor dem Hintergrund des europäischen Binnenmarktes, zu dem sich alle Mitgliedstaaten bekennen. Allerdings ist der Vorschlag in einigen Punkten dringend nachbesserungsbedürftig. Dies betrifft vor allem den Bereich der staatlichen Kontrollbefugnisse. Zu weitgehende Liberalisierungen würden ansonsten zu einer Aushöhlung bestehender, notwendiger Schutzvorschriften führen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Arbeitnehmer-Entsendung.

¹⁹⁹ *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 17.

²⁰⁰ *Schlichting/Spelten*, *EuZW* 2005, 238, 239; *Fritz*, S. 16; *Böhret/Grunow/Ziekow*, S. 8, 17; *Lambrich*, *EWS* 2005, 251, 253.

5. Zusammenfassung

Die Dienstleistungsrichtlinie soll bestehende Hemmnisse für die Erbringung von Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt beseitigen. Der Begriff der Dienstleistung umfasst dabei nicht nur Dienste im Sinne des deutschen Dienstvertrages, sondern es können auch Werkleistungen darunter fallen. Die Richtlinie sieht jeweils ein eigenes Kapitel für den Bereich der Niederlassungsfreiheit und den Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs vor. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Rechtsfolgen ist eine klare Qualifizierung und Zuordnung der jeweiligen Dienstleistung entweder zum einen oder zum anderen Bereich erforderlich. Das für den lediglich vorübergehend im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Dienstleistungserbringer vorgesehene Herkunftslandprinzip ist bereits in Ansätzen in der Rechtsprechung des EuGH verankert. Seine umfassende Geltung durch die Richtlinie würde dennoch eine wesentliche Änderung der Rechtslage bedeuten. Der Richtlinienentwurf ist von einer ausreichenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundlage gedeckt. Da dem europäischen Gesetzgeber ein umfassender Ermessens- und Beurteilungsspielraum zusteht, genügt der Entwurf auch den Grundsätzen der Subsidiarität und Erforderlichkeit.

Wenn ein Unternehmer aus einem anderen EU-Mitgliedstaat vorübergehend in Deutschland tätig wird und dazu Arbeitnehmer hierher entsendet, unterliegen die Arbeitsverhältnisse nach der bisherigen Rechtslage regelmäßig dem Recht des Herkunftsmitgliedstaates. Allerdings gelten für alle in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer bestimmte Mindeststandards aufgrund zwingender gesetzlicher Regelungen. Die Dienstleistungsrichtlinie würde den Bestimmungen des deutschen Internationalen Arbeitsrechts zwar als speziellere Regelung vorgehen. Dies würde in den meisten Fällen allerdings nicht zu Abweichungen von der bisherigen Rechtslage führen, da über das Herkunftslandprinzip ebenfalls auf das Recht des Herkunftsmitgliedstaates verwiesen würde. Die zwingenden Regelungen des Aufnahmemitgliedstaates würden aufgrund einer im Richtlinienentwurf vorgesehenen Ausnahme vom Herkunftslandprinzip unberührt bleiben. Eine wesentliche Änderung der Rechtslage würde sich jedoch auf der Kontrollebene ergeben. Danach hätte der Aufnahmemitgliedstaat nur noch sehr eingeschränkte Befugnisse, um die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen zu überwachen.

Die Dienstleistungsrichtlinie würde aus Sicht der Unternehmen grenzüberschreitende Tätigkeiten deutlich erleichtern. Sie würde aber auch zu einem Systemwettbewerb der Rechtsordnungen und zu einem Absinken der Standards führen.

Literaturverzeichnis

Kommentare

- Dieterich, Thomas/
Hanau, Peter/
Schaub, Günter* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
5. Aufl. 2005
(zitiert: *ErfK-Bearbeiter*)
- Groeben, Hans von der/
Schwarze, Jürgen* Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union
und Vertrag zur Gründung der Europäischen
Gemeinschaft
Band 1 (Art. 1-53 EUV/Art. 1-80 EGV)
6. Aufl. 2003
(zitiert: *von der Groeben/Schwarze-Bearbeiter*)
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch
64. Aufl. 2005
(zitiert: *Palandt-Bearbeiter*)
- Streinz, Rudolf* EUV/EGV
2003
(zitiert: *Streinz-Bearbeiter*)

Handbücher

- Küttner, Wolfdieter* Personalbuch 2005
12. Aufl. 2005
(zitiert: *Küttner-Bearbeiter*)
- Schaub, Günter* Arbeitsrechts-Handbuch
11. Aufl. 2005
(zitiert: *Schaub*)

Lehrbücher

- Streinz, Rudolf* Europarecht
6. Aufl. 2003
(zitiert: *Streinz, Europarecht*)

Monographien

- Wichmann, Julia* Dienstleistungsfreiheit und grenzüberschreitende
Entsendung von Arbeitnehmern
1998
(zitiert: *Wichmann*)

Internetpublikationen

- Böhret, Carl/
Grunow, Dieter/
Ziekow, Jan u.a.* Überprüfung ausgewählter Aspekte des Vorschlags zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt KOM (2004) 2
2005
(im Internet am 19. September 2005 unter:
<http://www.nrw-export.de/export/zusammenfass-dlrl-grunow.pdf>)
(zitiert: *Böhret/Grunow/Ziekow*)
- Fritz, Thomas* Auswirkungen der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt auf das Bildungswesen
2004
(im Internet am 19. September 2005 unter:
http://www.blue21.de/PDF/Dienstleistung_Fritz_GEW.pdf)
(zitiert: *Fritz*)
- Lorenz, Frank/
Wannöffel, Manfred* EU-Rahmenrichtlinie: Dienstleistungen im Binnenmarkt
2005
(im Internet am 19. September 2005 unter:
<http://rubigm.ruhr-uni-bochum.de/grafik/eu-rahmenrichtlinie.pdf>)
(zitiert: *Lorenz/Wannöffel*)
- ## Aufsätze
- Basedow, Jürgen* Dienstleistungsrichtlinie, Herkunftslandprinzip und Internationales Privatrecht
EuZW 2004, 423-424
- Jayme, Erik/
Kohler, Christian* Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe
IPRax 2004, 481-489
- Jünemann, Lothar* Die Dienstleistungsrichtlinie der EU
DRiZ 2005, 133-136
- Kort, Michael* Zwischen Marktmacht und Regulierung: Wohin steuert das europäische Arbeitsrecht?
JZ 2004, 267-276
- Kugelman, Dieter* Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen der Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell
EuZW 2005, 327-331

- Lambrich, Thomas* Harmonisierung oder Konkurrenz der europäischen Arbeitsrechtsordnungen? – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt
EWS 2005, 251-261
- Mankowski, Peter* Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt
IPRax 2004, 385-395
- Schlichting, Jan Muck/
Spelten, Wolfram* Die Dienstleistungsrichtlinie
EuZW 2005, 238-240
- Schwab, Brent* Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Eine Zwischenbilanz
NZA-RR 2004, 1-6
- Wiesner, Peter M./
Wiedmann, Daniel* Die Dienstleistungsrichtlinie – Marktöffnung oder Abschottung?
ZIP 2005, 1210-1216