

# Dienstleistungsrecht in der EU

Handbuch des Rechts der Europäischen Union zum freien Dienstleistungsverkehr

von  
Prof. Dr. Christian Calliess, Dr. Stefan Korte

1. Auflage

Dienstleistungsrecht in der EU – Calliess / Korte

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Europarecht



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 59550 9

Zielstaat nur eingeschränkt möglich wäre, wenn sich diese Norm nicht auf das Berufsaufsichtsrecht bezöge.<sup>22</sup>

Sekundärrechtliche Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung verlangen in Entsprechung zu den primärrechtlichen Grundsätzen zumindest jenseits von Regelungen über eine automatische Anerkennung typischerweise, dass die Behörden des Bestimmungslandes überprüfen, ob der Befähigungsnachweis des zugangswilligen Unternehmers hinreichend ähnlich zu den Vorgaben des Herkunftslandes ist. Dazu bedarf es nicht der Gleichheit, sondern der Gleichwertigkeit, die sich in der Regel aus den Bedingungen ergibt, die in der jeweiligen Richtlinie niedergelegt sind.<sup>23</sup> Werden sie nicht erfüllt, dürfen vom Betroffenen zusätzliche Nachweise ebenfalls normalerweise unter den sekundärrechtlichen Voraussetzungen verlangt werden, um die Differenz der Kenntnisse und Fertigkeiten auszugleichen. Soweit die Richtlinie solche Vorgaben nicht enthält, kommt nach den allgemeinen Grundsätzen über die Sperrwirkung des Sekundärrechts im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten<sup>24</sup> ein Rückgriff auf den Grundsatz gegenseitiger Anerkennung in Betracht, wie er sich aus der Dienstleistungsfreiheit selbst ergibt.<sup>25</sup>

Im Zusammenhang mit der gegenseitigen Anerkennung wird bisweilen davon ausgegangen, dass sie innerhalb von Sekundärrechtsakten generell – also nicht nur im Falle einer entsprechenden Regelung – automatisch ohne Vorabkontrolle durchzuführen sei. Begründet wird diese Sichtweise vor allem damit, dass der anderenfalls erforderlich werdende Anerkennungsakt an die Stelle der nach nationalem Recht eigentlich erforderlichen Zulassung treten und den Anerkennungsgewinn vereiteln würde.<sup>26</sup> Dagegen spricht jedoch, dass die Erleichterung durch die Anerkennung nicht im Verzicht auf Aufnahmeüberwachungsmechanismen, sondern im Verzicht auf eine neuerliche Überprüfung der Fähigkeiten und Kenntnisse des Unternehmers besteht. Zudem könnten weder die Gleichwertigkeit der Bescheinigungen überprüft noch etwaige Nachprüfungen verlangt werden, wenn den Behörden des Zielstaats die im Herkunftsland erbrachten Nachweise wie im Falle einer automatischen Anerkennung nicht zur Kenntnis gelangen. Nicht zuletzt deshalb hängt es jedenfalls vom Wortlaut der jeweiligen Richtlinienbestimmung ab, ob eine automatische Anerkennung im obigen Sinne intendiert ist oder nicht, wobei insbesondere vor dem Hintergrund der soeben erfolgten Überlegungen in der Regel davon auszugehen ist, dass der Zielstaat durch Verwaltungsakt im Einzelfall die Anerkennung feststellt.<sup>27</sup>

**bb) Koordinierung.** Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV ermöglicht eine sekundärrechtliche 8  
Koordinierung der nationalen **Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten.**

**(1) Bezugspunkt.** Diese Kompetenzgrundlage erfasst insbesondere das gesamte Berufs- 9  
ordnungsrecht unabhängig von der Art des Rechtsakts, der formellen oder materiellen Natur der Maßnahme sowie davon, ob es um den Marktzugang oder das Marktverhalten geht. Es bedarf allerdings eines hinreichenden Zusammenhangs zu den Art. 56 f. AEUV. Er kann sich schon wegen der Existenz gebundener und freier Dienstleistungen aus unternehmens- und produktbezogenen Vorschriften gleichermaßen ergeben.<sup>28</sup> Erforderlich ist insoweit eine funktionale Betrachtung, die sich an der konkreten grenzüberschreitenden Tätigkeit des

<sup>22</sup> Ähnl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 18.

<sup>23</sup> Vgl. zu einer solchen Prüfung des Richtlinienrechts EuGH, Rs. C-447/93, Slg. 1994, I-4087 Rn. 8 ff. – Dreessen; ähnl. *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 153.

<sup>24</sup> Siehe oben § 3 Rn. 108 f.

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-104/91, Slg. 1992, I-3003 Rn. 16 – Borrell; *Schlag*, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 5; in diese Richtung wohl auch *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 153.

<sup>26</sup> *Neßler*, Europäisches Richtlinienrecht, S. 22; *Schlag*, Grenzüberschreitende Verwaltungsbefugnisse, S. 49; *ders.*, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 10, 13.

<sup>27</sup> So im Ergebnis auch *Tiedje/Troberg*, in: Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 65.

<sup>28</sup> *Schlag*, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 23 f.

Unternehmens orientiert.<sup>29</sup> Nicht erfasst sind daher allgemein verhaltensbezogene Vorschriften, die nicht die Erbringung von Dienstleistungen als solche betreffen.<sup>30</sup> Zumindest insoweit spiegelt sich also der primärrechtliche Beschränkungs begriff in den sekundärrechtlichen Anforderungen.<sup>31</sup>

10 (2) **Koordinierungsbegriff.** Zudem muss die unionale Rechtssetzung die so umschriebenen Regelungsbereiche koordinieren wollen.

11 (a) **Definition.** Dieses Tatbestandsmerkmal hat, was dessen Definition angeht, bis dato keine trennscharfen Konturen erfahren.<sup>32</sup> Es wird vielmehr gleichgesetzt mit der Rechtsangleichung bzw. Harmonisierung<sup>33</sup>, der Kompatibilisierung bzw. Harmonisierung<sup>34</sup> oder der Verringerung von Unterschieden zwischen verschiedenen Rechtsordnungen.<sup>35</sup> Gemein scheint diesen Annäherungsversuchen jedenfalls zu sein, dass es einer wie auch immer garteten Abstimmung der Normen des Ziel- und Herkunftslandes bedarf.<sup>36</sup> Sie kann sich auch aus einer Pflicht zur Anerkennung von im Herkunftsland erfüllten Anforderungen (wie z. B. einer Berufsausübungsregel) ergeben, soweit nicht Art. 53 Abs. 1 Alt. 1 AEUV greift.

Darüber hinaus dürfte eine Koordinierung im Sinne des Art. 53 Abs. 1 AEUV – freilich vorbehaltlich des materiellen Vertragsrechts – entgegen teilweise vertretener Ansicht<sup>37</sup> auch eine vollständige Vereinheitlichung im Wege der Vollharmonisierung dienstleistungsbezogener Vorschriften erlauben. Zwar ist es richtig, dass das Binnenmarktkonzept der Union vor allem durch die Prinzipien der gegenseitigen Anerkennung und Mindestharmonisierung geprägt ist.<sup>38</sup> Diese Selbstbeschränkung hat jedoch nichts mit den Anforderungen des Art. 53 Abs. 1 AEUV zu tun, sondern spiegelt vielmehr den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 5 Abs. 4 EUV, wonach eine Teil- gegenüber der Vollharmonisierung ein milderer, gleich geeignetes Mittel sein kann.<sup>39</sup> Grundsätzlich ermöglicht die in Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV niedergelegte Koordinierungskompetenz also die Abstimmung und Vereinheitlichung nationaler Vorschriften.<sup>40</sup>

12 (b) **Positive Abstimmung.** Die Union nimmt die in Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV niedergelegte Koordinierungskompetenz in der Regel wahr, indem sie den Mitgliedstaaten einheitliche Maßstäbe positiv vorgibt. Sie werden normalerweise Erleichterungen für unternehmerische Aktivitäten mit sich bringen, können aber auch zu Verschärfungen für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen führen, die zumindest grundsätzlich sogar ein Verbot wirtschaftlicher Tätigkeit enthalten dürfen.<sup>41</sup> Dazu heißt es in den Entscheidungsgründen des EuGH zur Rechtssache *Deutschland/Parlament und Rat* mit Blick auf Art. 114 AEUV, der aber nach Ansicht des Gerichtshofs insoweit mit Art. 53 Abs. 1 AEUV parallel läuft:

„98 Entsprechend der Richtlinie 89/552, die zur Förderung der freien Verbreitung von Fernsehprogrammen in Artikel 13 die Fernsehwerbung für Tabakerzeugnisse untersagt, könnte deshalb grundsätzlich die Verabschiedung einer Richtlinie auf der Grundlage des Artikels 100 a EG-Vertrag zulässig sein, die ein Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse in Zeitschriften und Zeitungen enthielte, um den freien Verkehr von solchen Presseerzeugnissen zu gewährleisten.“<sup>42</sup>

<sup>29</sup> *Tiedje/Troberg*, in: Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 58.

<sup>30</sup> *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 4 Fn. 8.

<sup>31</sup> Siehe oben § 3 Rn. 89 ff.; so im Ergebnis auch *Tiedje/Troberg*, in: Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 65.

<sup>32</sup> *Randelzhofer/Forsthoef*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 21.

<sup>33</sup> *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 10.

<sup>34</sup> *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 13.

<sup>35</sup> *Schlag*, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 21.

<sup>36</sup> Ähnl. *Tiedje/Troberg*, in: Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 44.

<sup>37</sup> So aber *Schlag*, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 24 f.

<sup>38</sup> Siehe oben § 3 Rn. 1 f.

<sup>39</sup> *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 5 Rn. 57 f.

<sup>40</sup> So auch *Randelzhofer/Forsthoef*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 20.

<sup>41</sup> *Schlag*, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 25.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 87, 98 – Deutschland/Parlament und Rat.

**(c) Negative Abstimmung.** Fraglich ist indes, ob darüber hinaus auch solche Rechtsakte auf Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV gestützt werden können, die den Mitgliedstaaten den **Erllass bestimmter Vorschriften verbieten**. Prinzipiell ließe sich auch im Falle der Verabschiedung derart strukturierter Maßnahmen ein Koordinierungsbezug herstellen, schaffen sie doch bestimmte Formen von Erschwerungen der Tätigkeitsaufnahme oder -ausübung unionsweit im nationalen Recht ab. Indes scheint der Wortlaut des Art. 53 Abs. 2 AEUV eine andere Sichtweise nahe zu legen. Denn er bindet die schrittweise Aufhebung von Beschränkungen in bestimmten besonders sensiblen Teilen des Gesundheitssektors an eine vorherige Koordinierung und macht dadurch in regelungssystematischer Hinsicht prima facie deutlich, dass insoweit zwei unterschiedliche Regulierungsmechanismen vorliegen; in der Folge wäre eine unionsrechtlich induzierte Abschaffung von Vorschriften an sich nicht als Koordinierung zu begreifen.

Die gegenüber Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV nachgelagerte Stellung des Art. 53 Abs. 2 AEUV deutet demgegenüber jedoch auf die Einordnung dieser Norm als Konkretisierung des Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV hin, was wiederum dafür spricht, die schrittweise Aufhebung von Vorschriften doch als eine mögliche Form der Koordinierung zu klassifizieren. Art. 53 Abs. 2 AEUV hätte auf Basis dieser Lesart also die Bedeutung einer durch eine vorherige Pflicht zur Koordinierung – gemeint ist positive Abstimmung – abgeschwächten Aufhebungscompetenz der Union im Gesundheitssektor, was freilich zu der misslichen Konsequenz führt, dass Art. 53 Abs. 1 und 2 AEUV ein jeweils anderes Verständnis vom Terminus „Koordinierung“ zugrunde liegt.

Trotzdem ist die soeben beschriebene Sicht der Dinge vorzugswürdig. Denn die Ausklammerung der Aufhebung von Beschränkungen aus dem Koordinierungsbegriff in Art. 53 Abs. 2 AEUV würde dazu führen, dass man diese Vorschrift im Sinne einer generellen Koordinierungspflicht für den Fall der Abschaffung von Bestimmungen über ärztliche, arztähnliche oder pharmazeutische Berufe deuten müsste, die querschnittsartig auch jenseits des Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV im Anwendungsbereich anderer Unionszuständigkeiten – so z. B. innerhalb des Art. 50 Abs. 1 AEUV – gelten würde. Diese Konsequenz wird der nachgelagerten, noch dazu eher versteckten Position des Art. 53 Abs. 2 AEUV jedoch nicht gerecht. Es sprechen daher die besseren Gründe dafür, auch die hier sog. negative Abstimmung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch eine unionsrechtlich induzierte Pflicht zur Aufhebung bzw. Außerachtlassung bestimmter Vorschriften auf Basis von Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV zuzulassen.

Die somit bestehende Befugnis der Union zur Koordinierung der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten durch den Erlass von Verbotsnormen ermöglicht indes nicht die Außerkraftsetzung des dienstleistungsbezogenen Zielstaatrechts für den Fall der vorübergehenden grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen. Mit anderen Worten kann dem Unternehmer also nicht die Mitnahme des Heimatrechts im Sinne des Herkunftslandprinzips auf Basis des Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV gestattet werden. Anderenfalls würden im Bestimmungsland verschiedene Rechtsordnungen nebeneinander gelten, so dass eine Abstimmung oder Vereinheitlichung von Vorschriften des Ziel- und Herkunftslandes als Grunderfordernis einer Koordinierung gerade nicht mehr vorliegt. Vielmehr wäre der Verbraucher dann einer Vielzahl unterschiedlicher Bestimmungen ausgesetzt, die im Zielstaat parallel gelten würden.<sup>43</sup> Zudem ginge ein derart bedingungsloses **Herkunftslandprinzip** über die dem Art. 53 Abs. 1 AEUV vor allem zugrunde liegende Zielsetzung – nämlich die Erleichterung des Wechsels von einem nationalen Rechtssystem in ein anderes<sup>44</sup> – hinaus. Denn im Falle der Einführung dieses Grundsatzes bestünden aus Sicht des Dienstleistungserbringers streng genommen gar keine unterschiedlichen Rechtsordnungen mehr. Die Art. 62, 53 AEUV ermöglichen somit keine sekundärrechtliche Implementierung eines unbedingten

<sup>43</sup> Siehe oben § 3 Rn. 94.

<sup>44</sup> Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 2.

Herkunftslandprinzips und decken sich insoweit mit den materiellen Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit.

Die Koordinierungskompetenz der Union aus den Art. 62, 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV erlaubt demgegenüber allerdings Sekundärrechtsakte, die den Mitgliedstaaten im Sinne eines eingeschränkten Herkunftslandprinzips<sup>45</sup> den Erlass bzw. die Anwendung bestimmter Vorschriften verbieten und dadurch insoweit den Heimatstaat für allein zuständig erklären. Infolgedessen können – freilich vorbehaltlich etwaiger materieller Bindungen aus den Unionsverträgen – entgegen teilweise vertretener Ansicht<sup>46</sup> auf Basis von Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV insbesondere solche Richtlinien verabschiedet werden, die den Bestimmungsländern die Konzeption bzw. Beibehaltung von Aufnahmeüberwachungsmechanismen wie Genehmigungs- oder Anzeigevorbehalten untersagen. Die Zulässigkeit solcher Maßnahmen zeigt insbesondere Art. 53 Abs. 2 AEUV, der die schrittweise Aufhebung von Beschränkungen in bestimmten besonderen sensiblen Bereichen des Gesundheitswesens unter der Bedingung einer vorherigen Koordinierung gestattet und dadurch im Wege eines Erst-Recht-Schlusses deutlich macht, dass auch eine sekundärrechtliche Anordnung der Aufhebung von Beschränkungen in weniger sensiblen Dienstleistungssektoren wegen der dort geringeren Regulierungsbedürfnisse der EU<sup>47</sup> zulässig sein muss.

#### 15 cc) Erlass von Verwaltungsverfahren- bzw. Verwaltungsorganisationsrecht.

Nach der Reichweite der aus Art. 53 Abs. 1 AEUV resultierenden Rechtsetzungskompetenzen bemessen sich auch die Befugnisse der Union im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren bzw. die Verwaltungsorganisation. Zwar fehlt es insoweit an einer übergreifenden Zuständigkeit.<sup>48</sup> Zumindest dann, wenn es die Verwirklichung eines überragenden Unionsinteresses<sup>49</sup> erfordert oder es für den Vollzug materiellen Unionsrechts unabdingbar<sup>50</sup> ist, stützt Art. 53 Abs. 1 AEUV aber auch den Erlass von Sekundärrecht zum Verwaltungsverfahren- bzw. -organisationsrecht aufgrund einer Annex- bzw. implied-powers-Kompetenz.<sup>51</sup> Denn auch die Ausgestaltung dieser Regelungsbereiche kann zu Wettbewerbshindernissen führen, wie überkomplexe Genehmigungsvorbehalte, die z.B. die Beibringung einer Vielzahl unterschiedlicher Unterlagen erfordern, exemplarisch zeigen.<sup>52</sup> Soweit demgegenüber manche Stimmen in der Literatur generell von einer materiellen Rechtsetzungs- auf eine Durchführungskompetenz schließen wollen,<sup>53</sup> verkennen sie die Bedeutung des in Art. 5 Abs. 4 EUV niedergelegten Verhältnismäßigkeitsprinzips, das die unionale Rechtsetzung zur Berücksichtigung von Tiefe und Umfang der avisierten Änderungen im nationalen Verwaltungsverfahren- bzw. -organisationsrecht verpflichtet.<sup>54</sup>

#### 16 dd) Verhältnis von Koordinierung und gegenseitiger Anerkennung. Die in Art. 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV niedergelegte Koordinierungskompetenz kann ggf. der Einfüh-

<sup>45</sup> Siehe oben § 3 Rn. 137.

<sup>46</sup> *Heidfeld*, Abschaffung der gewerberechtlichen Aufnahmeüberwachung für grenzüberschreitende tätige Dienstleistungserbringer, NVwZ 2009, 1471, 1472.

<sup>47</sup> Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 23.

<sup>48</sup> *Kugelman*, Wirkung des EU-Rechts auf die Verwaltungsorganisation der Mitgliedstaaten, VerwArch. 2007, 78, 84.

<sup>49</sup> *Ohler*, Der Binnenmarkt als Herausforderung an die Verwaltungsorganisation in den Mitgliedstaaten, BayVBl. 2006, 261, 266 f.

<sup>50</sup> *Scholz*, in: Bauer/Czybulka/Kahl, FS-Schmidt, München 2006, S. 169, 174.

<sup>51</sup> *Kugelman*, Wirkung des EU-Rechts auf die Verwaltungsorganisation der Mitgliedstaaten, VerwArch. 2007, 78, 84; *Ohler*, Der Binnenmarkt als Herausforderung an die Verwaltungsorganisation in den Mitgliedstaaten, BayVBl. 2006, 261, 266 f.

<sup>52</sup> *Schliesky*, in: Schliesky, DL-RL I, S1, 8 f.

<sup>53</sup> *Schroeder*, Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung, AöR 2004 (129), 3, 12 f.

<sup>54</sup> *Kugelman*, Wirkung des EU-Rechts auf die Verwaltungsorganisation der Mitgliedstaaten, VerwArch. 2007, 78, 84; *Ohler*, Der Binnenmarkt als Herausforderung an die Verwaltungsorganisation in den Mitgliedstaaten, BayVBl. 2006, 261, 266 f.

rung von Anerkennungspflichten vorangehen, um die Gleichwertigkeit der Bedingungen im Ziel- und Herkunftsstaat herzustellen. Aufgrund dessen, aber auch wegen des engen Regelungszusammenhangs der in Art. 53 Abs. 1 AEUV niedergelegten Kompetenzgrundlagen wird teilweise vertreten, dass die Koordinierungszuständigkeit nur im Falle solcher Sekundärrechtsakte greift, die auf die Anerkennung eines Befähigungsnachweises zielen.<sup>55</sup> Der Wortlaut dieser Norm deutet einen solchen Nexus jedoch nicht an. Im Gegenteil spricht auf Basis einer grammatischen Auslegung einiges dafür, Anerkennungs- und Koordinierungskompetenz als gleichberechtigte („sowie“) Rechtsetzungsalternativen anzusehen, zumal die Koordinierung nach dem Wortlaut der Norm nicht der Anerkennung, sondern der Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten dienen soll.<sup>56</sup> Hinzu kommt in systematischer bzw. entstehungsgeschichtlicher Hinsicht, dass diese Regelungsgegenstände ehemals in zwei Absätzen normiert waren und im Zuge des Vertrages von Lissabon zu einer Bestimmung verschmolzen wurden, ohne dass sich die Vertragsgeber dazu entschlossen haben, einen Zusammenhang zwischen beiden Kompetenzgrundlagen herzustellen, obwohl sich eine entsprechende Absicht z.B. durch eine finale Verknüpfung („... sowie für die Koordinierung ..., um die Voraussetzungen für die gegenseitige Anerkennung zu schaffen“) ohne weiteres in den Wortlaut des Art. 53 Abs. 1 AEUV hätte implementieren lassen. Im Ergebnis sprechen daher die besseren Gründe dafür, den Anwendungsbereich der Koordinierungskompetenz nicht durch einen Bezug zur gegenseitigen Anerkennung von Befähigungsnachweisen einzuschränken,<sup>57</sup> zumal sich das wechselseitige Vertrauen in die fremde Rechtsordnung als Anforderung der gegenseitigen Anerkennung nicht nur durch eine vorherige Koordinierung, sondern auch durch eine behördliche Gleichwertigkeitsprüfung im Zielstaat und über die materiellen Bindungen der unionalen Rechtsetzung aus dem Primärrecht wahren lässt.<sup>58</sup>

**b) Grenzüberschreitender Bezug.** Über den Impetus der Dienstleistungsfreiheit hinaus<sup>59</sup> wird nach überwiegender Ansicht im Schrifttum in Anknüpfung an die Praxis der Unionsorgane vertreten, dass ein auf Basis des Art. 53 Abs. 1 AEUV erlassener Rechtsakte inländische und grenzüberschreitende Maßnahmen gleichermaßen erfassen kann. Begründet wird diese Sichtweise abgesehen von einem Verweis auf die ständige Unionspraxis zum einen mit dem Ziel der Vermeidung sekundärrechtsinduzierter Inländerdiskriminierungen,<sup>60</sup> die dem Binnenmarktgedanken zuwiderlaufen sollen,<sup>61</sup> und zum anderen damit, dass das abgeleitete Unionsrecht keine zweite, das nationale Recht überlagernde Ordnung bilden, sondern statt dessen vielmehr in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einfließen soll.<sup>62</sup> Diese Argumentation ist jedoch nicht unerheblichen Einwänden ausgesetzt, weil das Unionsrecht einerseits Inländerdiskriminierungen gerade zulässt und andererseits auch allein auf grenzüberschreitende Sachverhalte bezogene Richtlinien in die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme eingebettet werden müssen, so dass von einer Art zweiten Ordnung an sich nicht die Rede sein kann.<sup>63</sup> Hinzu kommt, dass eine ständige Unionspraxis in der Sekundärrechtsetzung, die sich auch auf reine Inlandssachverhalte bezieht, wegen des Vorrangs geschriebenen Rechts als Teil des Gebots der Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 AEUV<sup>64</sup> jedenfalls nicht den Maßstab des Art. 53 Abs. 1 AEUV überspielen darf.

<sup>55</sup> So *Schlag*, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 20.

<sup>56</sup> *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 3.

<sup>57</sup> So im Ergebnis auch *Hailbronner*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, EUV/EGV, Art. 57 Rn. 7.

<sup>58</sup> Ähnl. *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 8.

<sup>59</sup> Siehe oben § 3 Rn. 58.

<sup>60</sup> Siehe oben § 3 Rn. 57.

<sup>61</sup> *Luch/Schulz*, in: Schliesky, DL-RL I, S. 33, 38.

<sup>62</sup> *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 21.

<sup>63</sup> *Kluth*, in: Leible, DL-RL, S. 131, 133 f.

<sup>64</sup> Vgl. dazu allg. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 6 Rn. 19 ff.

Nicht zuletzt deshalb wird denn auch teilweise vertreten, dass zumindest dort, wo die Koordinierung auf Basis der Art. 62, 53 AEUV über die formale, verfahrensbezogene Angleichung hinaus geht, eine Beschränkung der unionalen Rechtsetzung auf grenzüberschreitende Sachverhalte geboten sei. Diese Ansicht verweist vor allem darauf, dass eine Neuregelung des gesamten Wirtschaftsverwaltungsrechts zu befürchten stünde, wenn man auf das Merkmal des grenzüberschreitenden Bezugs verzichten wollte. Hinzu kommt, dass Art. 53 Abs. 1 AEUV vornehmlich auf Vereinfachungsmaßnahmen abziele und ein Verzicht auf das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs der Dienstleistungsfreiheit in Verbindung mit dem abgeleiteten Recht eine umfassende innerstaatliche Wirkung beimessen würde.<sup>65</sup> Indes begegnet auch diese Argumentation einigen Bedenken: So geht der Tatbestand des Art. 53 Abs. 1 AEUV auch an anderer Stelle – z. B. im Hinblick auf den Umfang der von den Unionsorganen kodifizierbaren Sekundärrechtsnormen, die dem Wortlaut nach keinen Marktzugangsbezug aufweisen müssen – über die Reichweite der Grundfreiheiten hinaus, so dass eine parallele Auslegung dieser Norm mit den Art. 56 f. AEUV zumindest nicht zwingend geboten ist. Hinzu kommt, dass der Wortlaut des Art. 53 Abs. 1 AEUV keinen Hinweis auf eine Differenzierung in der Erstreckung der dortigen Koordinierungskompetenz auf grenzüberschreitende oder auch innerstaatliche Sachverhalte enthält, je nach dem ob materielle oder verfahrensbezogene Anforderungen in Rede stehen; vielmehr gilt der Normtext in gleicher Weise ohne Unterschied für beide Maßnahmeformen. Unter Berücksichtigung der beschriebenen Argumentationslinien bleibt es somit letztlich der weiteren Entwicklung in der Literatur und vor allem in der Rechtsprechung zu Art. 53 Abs. 1 AEUV überlassen, ob das auf Basis dieser Norm erlassene Sekundärrecht auch reine Inlandsverhältnisse erfassen kann.

- 18 **c) Erleichterungserfordernis.** Art. 53 Abs. 1 AEUV verlangt schließlich noch, dass der avisierte Unionsrechtsakt dazu dient, „die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern“. Der EuGH sieht insoweit (erneut) enge Bezüge zu Art. 114 AEUV, der sich allerdings dem Wortlaut nach auf „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ bezieht. In den Gründen der ersten Entscheidung in der Rechtssache *Deutschland/Parlament und Rat* zur Tabakwerbeverbotrichtlinie heißt es in diesem Zusammenhang:

Diese Erwägungen [gemeint sind diejenigen zum jetzigen Art. 114 AEUV] gelten auch für die Auslegung des Artikels 57 Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 47 Absatz 2 EG) in Verbindung mit Artikel 66 EG-Vertrag (jetzt Artikel 55 EG), denn auch mit diesen Bestimmungen wird dem Gemeinschaftsgesetzgeber eine Zuständigkeit eingeräumt, die spezifisch den Erlass von Maßnahmen zur Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes erlaubt.<sup>66</sup>

Aus dieser Formulierung wird in der Literatur zu recht ganz allgemein geschlossen, dass die Art. 62, 53 AEUV keine allgemeine Binnenmarktverwirklichungskompetenz in dem Sinne enthalten, dass die Beseitigung jeden Unterschieds zwischen den nationalen Rechtsvorschriften möglich wird. Vielmehr muss eine auf Basis dieser Bestimmungen erlassene Richtlinie tatsächlich den Zweck verfolgen, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern und insoweit zur Beseitigung von Hemmnissen für die Freiheiten oder von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen beitragen, um die Tätigkeitsaufnahme oder -ausübung zu erleichtern.<sup>67</sup> Der Geltungsgrund für diese beiden Alternativen des im Rahmen der Art. 62, 53 AEUV erforderlichen sog. **positiven Binnenmarkteffekts** ergibt sich, soweit es um die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit geht, aus dem Regelungszusammenhang der Grundfreiheiten und des zu deren Verwirklichung geschaffenen Sekundärrechts. Das Ziel der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverfälschungen taugt demgegenüber schon deshalb als Basis von dienstleistungsbezogenen Richtlinien, weil sonst ein Teil der Koordinierungskompetenz der Union – nämlich derjenige, der sich auf die Ausübung

<sup>65</sup> Kluth, in: Leible, DL-RL, S. 131, 133 f.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, LS 2 – Deutschland/Parlament und Rat.

<sup>67</sup> So z. B. Randelzhofer/Forsthoff, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 10 ff.

selbständiger Tätigkeiten bezieht, ohne den Marktzugang zu berühren – leer lief, besteht doch insoweit wie bereits erläutert<sup>68</sup> keine Beeinträchtigung der Art. 56 f. AEUV.

Bei der Ermittlung des so beschriebenen positiven Binnenmarkteffekts, räumt der Gerichtshof der Union einen **Ermessensspielraum** ein. Es bedarf insoweit daher beispielsweise keiner Beseitigung etwaiger Hindernisse; vielmehr genügt bereits deren Verringerung.<sup>69</sup> In Umsetzung dessen kann eine Erleichterung für den Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt auch aus der Schaffung von Rechtssicherheit durch Festlegung der Vergleichbarkeit von Ausbildungsordnungen<sup>70</sup> oder wie bereits angedeutet aus produkt- oder tätigkeitsbezogenen Belastungen hervorgehen, wenn dadurch das Regelungsniveau unionsweit vereinheitlicht und so die Dienstleistungserbringung vereinfacht wird. Dazu macht der EuGH in seiner Entscheidung zur Rechtssache *Deutschland/Parlament und Rat*, in der es um die Unionsrechtskonformität von Vorschriften der Richtlinie über Einlagensicherungssysteme ging, folgende Ausführungen:

„41 Zunächst gestattet Artikel 57 Absatz 2 des Vertrages dem Parlament und dem Rat, Richtlinien über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erlassen, um die Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr zu beseitigen. Als ein solches Hindernis haben sich die grundlegenden Unterschiede zwischen den in den verschiedenen Mitgliedstaaten bestehenden Einlagensicherungssystemen herausgestellt. Infolgedessen wurden die diese Systeme betreffenden Rechtsvorschriften harmonisiert, um die Tätigkeit der Kreditinstitute auf Gemeinschaftsebene zu erleichtern.

42 Unter diesen Umständen kann das „Ausfuhrverbot“ nicht allein deshalb als unvereinbar mit Artikel 57 Absatz 2 angesehen werden, weil es Fälle gibt, die für die Zweigstellen der in einem bestimmten Mitgliedstaat zugelassenen Kreditinstitute nicht vorteilhaft sind. Bei einer Harmonisierung kann es nämlich dazu kommen, daß die in einem Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmer den Vorteil für sie besonders günstiger nationaler Rechtsvorschriften verlieren.“<sup>71</sup>

Wenn auch Belastungen zur Abstimmung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zulässig sein können, erlauben die Art. 62, 53 AEUV jedenfalls solche sekundärrechtlichen Bestimmungen nicht, die sich als eine Erschwerung der Erbringung von Dienstleistungen erweisen. In diesem Zusammenhang heißt es in den Entscheidungsgründen zur Rechtssache *Dreesen II*:

„26 Wie aus Artikel 47 Absatz 1 EG hervorgeht, sollen derartige Richtlinien nämlich die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise dadurch erleichtern, dass sie gemeinsame Regeln und Kriterien aufstellen, die so weit wie möglich zur automatischen Anerkennung dieser Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise führen. Dagegen haben sie nicht das Ziel, die Anerkennung solcher Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweisen in nicht von den Richtlinien erfassten Sachverhalten zu erschweren und dürfen dies auch nicht bewirken.“<sup>72</sup>

## 2. Liberalisierung der Dienstleistungserbringung

Neben den Art. 62, 53 AEUV erlaubt Art. 59 AEUV der Union Sekundärrechtsakte zur Verwirklichung des Binnenmarktes für den freien Dienstleistungsverkehr. Diese Bestimmung sieht in Absatz 1 vor, dass das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung erlassen. Absatz 2 normiert demgegenüber, dass sich diese Maßnahmen vorrangig auf diejenigen Dienstleistungen beziehen müssen, welche die Produktionskosten unmittelbar beeinflussen oder deren Liberalisierung zur Förderung des Warenverkehrs beiträgt.

<sup>68</sup> Siehe oben § 3 Rn. 89 ff.

<sup>69</sup> *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 6.

<sup>70</sup> *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, EUV/EGV, Art. 47 Rn. 6; *Roth*, Die Harmonisierung des Dienstleistungsrechts in der EWG, EuR 1986, 340, 360.

<sup>71</sup> EuGH, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rn. 41 f. – Einlagensicherungssysteme.

<sup>72</sup> EuGH, Rs. C-31/00, Slg. 2002, I-663, Rn. 26 – Dreesen II.



- 21 a) **Regelungsgegenstand.** Art. 59 Abs. 1 AEUV erlaubt der Union genauso wie die Art. 62, 53 AEUV allein den Erlass von Richtlinien. Sie müssen auf eine „**bestimmte Dienstleistung**“ bezogen sein. Das daraus resultierende Erfordernis sektorieller Maßnahmen<sup>73</sup> steht entgegen teilweise vertretener Ansicht<sup>74</sup> zwar dem Erlass fach- und berufsfeldübergreifender Regelungen entgegen, nicht aber einem Konglomerat von Vorschriften über mehrere „bestimmte Dienstleistungen“, solange nur für jede Sparte eigene Normen gelten.<sup>75</sup> Die jedenfalls insoweit bestehende Separationspflicht innerhalb des Art. 59 Abs. 1 AEUV erklärt die praktische Bedeutungslosigkeit dieser Norm, da die Union sich in Entprechung zur Neuen Strategie der Kommission<sup>76</sup> primär horizontal ansetzender Sekundärrechtsakte bedient.<sup>77</sup>
- 22 Art. 59 Abs. 1 AEUV bezieht sich auf **Liberalisierungsmaßnahmen**. Dieser Begriff lässt sich im Sinne von „Aufhebung von Beschränkungen“ verstehen, würde dann letztlich die auf Basis zwingender Allgemeinwohlgründe gerechtfertigten Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit erfassen und in der Folge den hauptsächlichen Anwendungsbereich des Art. 53 Abs. 1 AEUV spiegeln.<sup>78</sup> Darüber hinaus sind schon wegen der begrifflichen Weite dieses Tatbestandsmerkmals allerdings auch all diejenigen Maßnahmen als Liberalisierung anzusehen, welche die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung ganz allgemein erleichtern, unabhängig davon, ob sie die Art. 56 f. AEUV beschränken oder nicht.<sup>79</sup> Auch diese Lesart des Art. 59 Abs. 1 AEUV lässt diese Kompetenzgrundlage aber weitgehend im Anwendungsbereich des Art. 53 Abs. 1 AEUV aufgehen, der sich wie gesagt gerade nicht auf marktzugangserleichternde Vorschriften beschränkt. Zumindest insoweit ist die oft vertretene Einschätzung, dass Art. 59 Abs. 1 AEUV keine eigenständige Bedeutung gegenüber anderen dienstleistungsbezogenen Zuständigkeitsnormen habe, daher verfehlt.<sup>80</sup>

Teile der Literatur gehen demgegenüber von einem Verhältnis der Ergänzung und Bedingung der in Art. 59 AEUV und den Art. 62, 53 AEUV enthaltenen Kompetenzen aus. Danach erleichtere die Koordinierung in der Regel die gegenseitige Anerkennung, während die Liberalisierung normalerweise die sachliche Reichweite von Anerkennungspflichten mindere. Infolgedessen seien deregulierende Maßnahmen wie z.B. zielstaatsgerichtete Verbotstatbestände nur auf Basis des Art. 59 AEUV einführbar.<sup>81</sup> Diese Sichtweise überzeugt jedoch nicht, wenn man den in den Art. 62, 53 AEUV enthaltenen Begriff der Koordinierung wie hier vorgeschlagen definiert, weil sich dann die sog. „negative Abstimmung“ auch auf die Art. 62, 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV stützen ließe.

Im Ergebnis sprechen daher die wohl besseren Gründe dafür, unter Liberalisierung jedwede Erleichterung des Dienstleistungsverkehrs zu verstehen. Daraus folgt allerdings nicht, dass Art. 59 Abs. 1 AEUV völlig unbedeutend ist. Im Gegenteil lässt sich auf Basis dieser Kompetenzgrundlage ein bedingungsloses Herkunftslandprinzip jedenfalls in bestimmten Dienstleistungssektoren einführen, was nach Maßgabe der Art. 62, 53 Abs. 1 Alt. 2 AEUV nicht möglich ist. Denn eine Pflicht der Zielstaaten zur Außerachtlassung des eigenen Rechts im Falle der vorübergehenden grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen führt zu Erleichterungen aus Sicht des Unternehmers und entspricht damit dem in Art. 59 Abs. 1 AEUV enthaltenen Tatbestandsmerkmal der Liberalisierung.

<sup>73</sup> Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 3 f.

<sup>74</sup> Randelzhofer/Forsthoff, in: GH, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 2.

<sup>75</sup> Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 6.

<sup>76</sup> Siehe oben § 1 Rn. 71.

<sup>77</sup> Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 6.

<sup>78</sup> Randelzhofer/Forsthoff, in: GH, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 2.

<sup>79</sup> Tiedje/Troberg, in: Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 4.

<sup>80</sup> Holoubek, in: Schwarze, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 2.

<sup>81</sup> Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 52 Rn. 7 f.