

Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in Deutschland

Folgen für die Beschäftigten und politische Gestaltungsspielräume

Ergebnisse eines Gutachtens im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung

erstellt von Dr. jur. Frank Lorenz, schneider:schwegler rechtsanwälte,
Königsallee 60 G. 40212 Düsseldorf (lorenz@schneider-schwegler.de)
unter Mitwirkung von Dipl. jur. Christian Heidfeld und Dr. jur. Marc Sasse

Düsseldorf, März 2009

Mit der endgültigen Fassung der DL-RL ist das **Herkunftslandprinzip** nicht beseitigt worden. Es kommt immer dann zur **Geltung**, wenn sich ein Mitgliedstaat für seine innerstaatlichen Regelungen **nicht auf ein schützenswertes Allgemeininteresse** aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und des Schutzes der Umwelt (abschließende Liste) berufen kann.

Der Umfang der Allgemeininteressen, die herangezogen werden können, ist bei der von der Dienstleistungsrichtlinie auch erfassten Niederlassungsfreiheit zwar erheblich größer als bei der Dienstleistungsfreiheit. Wegen der unklaren Abgrenzung zwischen beiden Grundfreiheiten werden sich jedoch tatsächlich niedergelassene Anbieter die Dienstleistungsfreiheit zunutze machen können. Vermag sich das Zielland nicht auf ein schützenswertes Allgemeininteresse berufen, kann der Dienstleistungserbringer allein nach den Vorgaben seines Herkunftslandes handeln.

In der praktischen Umsetzung sind zudem derzeit weder der Umfang der zu prüfenden Normen noch die Auswirkungen auf die Strukturen der deutschen Verwaltung eindeutig.

1. Der Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ist nach wie vor unklar.

Das sogenannte **Normenscreening**, d.h. die Verpflichtung, sämtliche für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistung notwendigen Formalitäten zu überprüfen, nach Brüssel zu berichten und ggf. anzupassen, führt schon jetzt zu einer Überlastung der zuständigen Stellen, insbes. in den betroffenen Kommunen und Verbänden. Unklar ist z.B. im Moment, ob die bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Begrenzungen der Ansiedlung von Gewerbeflächen im Hinblick auf die in der Dienstleistungsrichtlinie geregelte Niederlassungsfreiheit zu prüfen sind. Unterlässt es ein Normsetzer (z.B. eine Kommune oder Körperschaft des öffentlichen Rechts) eine ordnungsgemäße Prüfung vorzunehmen, so dass ein Widerspruch zur Dienstleistungsrichtlinie nicht auffällt, oder einen festgestellten Widerspruch nicht mitzuteilen, führt dies zur Unanwendbarkeit der jeweiligen Regelung wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht.

2. Das Herkunftslandprinzip besteht nach wie vor!

Im Geltungsbereich des Art. 16, der Kernnorm der Dienstleistungsrichtlinie, dürfen die Regeln des Ziellandes bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen aus dem

EU-Ausland nur angewandt werden, wenn sie aus Gründen

- (1) der **öffentlichen Ordnung** und/oder
- (2) der **öffentlichen Sicherheit** und/oder
- (3) der **öffentlichen Gesundheit** und/oder
- (4) des **Schutzes der Umwelt**

gerechtfertigt sind. Es handelt sich hierbei um eine **abschließende** Liste. Arbeitnehmerschutz und Verbraucherschutz gehören nicht hierzu. Fehlt eine solche Rechtfertigung, gelten die Regeln des **Herkunftslandes**.

Selbst das **Strafrecht** wird unter den Vorbehalt des Gemeinschaftsrechts gestellt: Strafrechtsbestimmungen, die die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit gezielt regeln oder beeinflussen, können nur noch durch die genannten Gründe des Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie gerechtfertigt werden.

3. **Arbeits- und Sozialrecht werden von der Dienstleistungsrichtlinie berührt!**

Die Bereichsausnahmen zum Arbeits- und Sozialrecht stehen unter dem Vorbehalt, dass der betreffende Mitgliedstaat seine Befugnisse „*unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts*“ ausübt. Dies wird besonders problematisch durch die Gewichtung, die der EuGH der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 43, 49 EG gegenüber den mitgliedstaatlichen Kompetenzen z.B. im Arbeitsrecht und Grundrechten wie der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG zumisst. So hat der EuGH im Urteil „*Laval*“ am 18.12.2007 (Rechtssache C-341/05) entschieden, dass das „*Recht der gewerkschaftlichen Organisationen eines Mitgliedstaats zur Durchführung kollektiver Maßnahmen ... eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt*“ und deswegen durch ein zwingendes Allgemeininteresse gerechtfertigt werden muss. Diese Einschränkung von Arbeitskampfmaßnahmen geht weit über die bisherigen Beschränkungen hinaus, die sich aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ergeben. Daher sind die Bereichsausnahmen der Dienstleistungsrichtlinie kein Schutz vor gemeinschaftsrechtlichen „*Übergriffen*“ in das Arbeits- und Sozialrecht – ein solcher Schutz muss sinnvoller Weise vielmehr auf der Ebene des Primärrechts, d.h. im EG-Vertrag selbst, hergestellt werden.

4. **Der EuGH definiert einseitig die „zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“, die abweichende Regelungen der Mitgliedstaaten erlauben und kann diese Regelungen jederzeit wegen mangelnder Verhältnismäßigkeit ablehnen.**

Auch außerhalb von Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie sind nationale Regelungen nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig. Diese Gründe müssen mit den Zielen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sein und dürfen nicht wirtschaftlicher Art sein. Die Anforderungen bzw. Genehmigungsregelungen müssen zudem nicht-diskriminierender Natur und verhältnismäßig sein. Im Hinblick auf die Rechtfertigung ist allein mit dem Auffinden eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses deswegen noch nicht viel erreicht. Dies wurde erst kürzlich in den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Laval* und *Rüffert* deutlich: Dort hat der EuGH den Schutz der Beschäftigten bzw. die finanzielle Stabilität der sozialen Versicherungssysteme zwar als zwingende Gründe des Allgemeininteresses bestätigt. Eine Rechtfertigung der von ihm in beiden Fällen fest-

gestellten Beschränkung von Grundfreiheiten hat der EuGH aber im Ergebnis wegen fehlender Verhältnismäßigkeit verneint.

5. Die Dienstleistungsrichtlinie schränkt die Entsende-Richtlinie ein.

In Art. 3 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG ist geregelt, dass das Zielland einer Entsendung seine Mindestarbeitsbedingungen auf aus dem EU-Ausland entsandte Arbeitnehmer erstrecken kann. Der EuGH hat jedoch im „*Rüffert*“-Urteil ein sehr einschränkendes Verständnis insbes. dieser Bestimmung zum Ausdruck gebracht und sie unter den Vorbehalt der Dienstleistungsfreiheit gestellt. Im Ergebnis wurden so die Mindestregelungen der Entsende-Richtlinie in Maximal-Regelungen uminterpretiert.

Daher ist äußerst problematisch, dass die Entsende-Richtlinie der Dienstleistungsrichtlinie nur im Konfliktfall vorgeht. Dort, wo die Entsende-Richtlinie nichts regelt, z.B. bei Kontrollregelungen, gilt allein die Dienstleistungsrichtlinie. Deren Lücken sind nicht zu übersehen: Sie liegen u.a. in der Beschränkung der Kontrollbefugnisse des Zielstaates der Entsendung z.B. durch Art. 33 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie (Mitteilung der Unzuverlässigkeit nur bei rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren) und in der unklaren Abgrenzung zwischen Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit. Erheblich weitergehende Anforderungen des Zielstaates wären aber nur bei der Niederlassung eines Dienstleistungserbringers im Zielland zulässig.

6. Die Dienstleistungsrichtlinie erleichtert den Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit durch Liberalisierung der Niederlassungsfreiheit und deren unklare Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit.

Angesichts der grundlegenden Bedeutung der Unterscheidung zwischen der Errichtung einer Niederlassung und der grenzüberschreitender Erbringung von Dienstleistungen ist es umso erstaunlicher, dass die Abgrenzungskriterien in der Dienstleistungsrichtlinie nicht eindeutig festgelegt sind. Vielmehr drängt sich der Verdacht auf, dass der Begriff der Niederlassung als „feste Einrichtung“ aufgeweicht und ausgedehnt werden soll. Hierdurch wird eine unklare Rechtslage geschaffen und weitgehende Missbrauchsmöglichkeiten werden eröffnet.

Das Verbot von beschränkenden Regelungen der Mitgliedstaaten ist sehr restriktiv und lässt keine Ausnahmen zur Abwehr von Missbrauchsfällen zu. Dies steht im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des EuGH, nach der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sind, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses, wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Beschäftigten sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs dies verlangen. Auch Maßnahmen zur Abwehr von Betrug und Missbrauch sind nur noch eingeschränkt möglich.

Daher muss der deutsche Gesetzgeber **Mindestkriterien** für die Abgrenzung von Niederlassung und Dienstleistung aufstellt, da ansonsten ein **Kontrollvakuum** entsteht: Es kann nicht mehr festgestellt werden, ob bereits eine Niederlassung besteht und höhere Anforderungen geltend gemacht werden können. Z.B. kann es bei der Beauftragung von ausländischen Subunternehmern zu Scheinverträgen mit Briefkastenfirmen kommen, um ungerechtfertigter Weise den Vorsteuerabzug gem. § 15 UStG zu realisieren. Einen Ansatzpunkt für eine solche Abgren-

zung kann die Definition einer Festen Einrichtung im deutschen Gewerberecht sein, die auf den Betriebsstättenbegriff der Abgabenordnung zurückgreift.

Außerdem muss gerade zur Erfassung der problematischen Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit über eine Erweiterung des Betriebsbegriffes gem. § 1 BetrVG auch auf vorübergehende Einrichtungen und eine Neufassung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs in § 5 Abs. 1 BetrVG, der nicht auf die arbeitsvertraglichen Gegebenheiten, sondern allein auf die tatsächliche Betriebszugehörigkeit abstellt, nachgedacht werden.

7. Die in der Dienstleistungsrichtlinie enthaltenen Liberalisierungen sind auch auf rein inländische Sachverhalte zu erstrecken. Das führt zu weiteren Kontrollverlusten.

Ein inländischer Dienstleistungserbringer kann sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf Art. 12 Grundgesetz (Berufsfreiheit) berufen, wenn der deutsche Staat für ihn im Gegensatz zu Dienstleistungserbringern aus anderen EU-Mitgliedstaaten zusätzliche Anforderungen vorschreibt. Die deutschen Behörden wird insoweit eine hohe Rechtfertigungslast treffen. Ergänzend ist davon auszugehen, dass die Verfahrenserleichterungen der Dienstleistungsrichtlinie auch Inländern zu gute kommen werden.

8. Der umfassende Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie kann auch staatliche und gemeinnützige Einrichtungen erfassen.

Die Dienstleistungsrichtlinie gilt nicht für „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und nur eingeschränkt für „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Die Definition dieser besonderen Dienstleistungen liegt bei den Mitgliedstaaten – aber nur auf dem ersten Blick. Denn sobald ein Dienstleistungserbringer etwaige Beschränkungen gerichtlich geltend macht und der EuGH damit befasst wird, wird der EuGH die Richtigkeit der Definition des Mitgliedstaates überprüfen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Frage nach der Entgeltlichkeit immer im Einzelfall zu untersuchen. So spricht die Tatsache, dass eine Tätigkeit durch staatliche Stellen oder gemeinnützige Einrichtungen erbracht wird, nicht von vornherein für eine nicht-wirtschaftliche Dienstleistung. Vielmehr können auch Gebühren oder Beiträge, die über eine eigentliche Kostendeckung hinausgehen, weil damit andere Leistungen finanziert werden, zur Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie führen. Auch die Privatisierung von öffentlichen Dienstleistungen kann dies bewirken.

9. Die Einrichtung der „Einheitlichen Ansprechpartner“ führt aufgrund der föderalen Struktur der Bundesrepublik zu einer Vielzahl nicht kompatibler Lösungen, die zudem aufsichts- und haftungsrechtlich problematisch sind.

Für die Umsetzung der Einheitlichen Ansprechpartner sind in Deutschland aufgrund der Kompetenzverteilung im Wirtschaftsverwaltungsrecht die Bundesländer zuständig. Diese Kompetenzverteilung wurde durch die Föderalismusreform noch weiter vertieft.

Zur Zeit werden in den Ländern mehrere Umsetzungsmodelle diskutiert. Zu Recht befürchtet der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) eine dem Föderalismus geschuldete Verzettelung bei der Umsetzung, zumal bisher nicht alle Bundesländer eine Entscheidung darüber getroffen haben, wo der Einheitliche Ansprechpartner angesiedelt werden soll.

Die „Einheitlichen Ansprechpartner“ nehmen insgesamt typische öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr und sind damit gem. Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes an Gesetz und Recht gebunden. Bei den teilweise diskutierten Allkammer- und Wirtschaftskammermodellen ist problematisch, dass die Kammern als Selbstverwaltungskörperschaften das Gesamtinteresse ihrer (Pflicht-) Mitglieder wahrzunehmen haben. Dies kann mit den Interessen anderer kollidieren. Zudem müsste für nicht verkammerte Berufe ein zusätzlicher Ansprechpartner geschaffen werden, beispielsweise auf kommunaler Ebene. Aber auch bei dem ebenfalls diskutierten Kooperationsmodell treten neben der mit dem Konnexitätsprinzip (Grundsatz der Aufgabenwahrnehmung und Ausgabenverantwortung bei derselben staatlichen Ebene, in Art. 104a Grundgesetz verankert) verbundenen Kostenfrage diese Probleme auf. Schon aus Verfassungsgründen sind daher Modelle, bei denen die Einheitlichen Ansprechpartner in behördlicher Trägerschaft stehen, vorzuziehen.

Unabdingbar ist, dass sich die von den Einheitlichen Ansprechpartnern erteilten Informationen auf alle Aspekte einer Entsendung und damit auch auf arbeits- und sozialrechtliche Sachverhalte (z.B. Mindestlohn, Versicherungspflicht) erstrecken.

10. Die Dienstleistungsrichtlinie greift in die verfassungsrechtlich geschützte kommunale Selbstverwaltung ein.

Art. 10 Abs. 4 der Dienstleistungsrichtlinie verlangt, dass Genehmigungen, die dem Dienstleistungserbringer erteilt werden, stets **bundesweite Geltung** haben müssen. Das steht zu der im deutschen Verwaltungsrecht üblichen „*Verbandskompetenz*“ in Widerspruch, wonach eine Genehmigung stets nur bezogen auf die Kompetenz der jeweiligen Behörde bzw. Körperschaft erteilt werden darf. In jedem Fall liegt ein Eingriff in die **kommunale Selbstverwaltung** gem. Art. 28 Grundgesetz vor. Selbst wenn es deswegen zu keiner Änderung des Grundgesetzes kommt, muss bei der Alternative der gegenseitigen Anerkennung anderswo erlangten Genehmigungen eine Anpassung an demn niedrigsten Standard („race to the bottom“) verhindert werden. Dies ist nur durch eine bundesweite Kooperation möglich.