

### **C. Die umstrittene Fortentwicklung der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip am Beispiel aktueller Rechtssetzungsverfahren**

Ungeachtet der teilweise heftigen Kritik an Art.3 E-RL, setzt die Europäische Kommission (genauer die Generaldirektion Binnenmarkt, teilweise unter Billigung der Generaldirektion Verbraucherschutz) weiterhin auf das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Die in der E-RL bereits angelegte Methode, das Herkunftslandprinzip als Motor für eine „nachlaufende“ Integration zu verwenden<sup>521</sup>, findet in Art.16 des Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt<sup>522</sup> eine nochmals erweiterte Fortsetzung<sup>523</sup>. Die Regelungstechnik wird um „flankierende“ Bestimmungen ergänzt, die es insbesondere ermöglichen sollen, das teilweise in einigen Bereichen fortbestehende und bewusst in Kauf genommene Schutzgefälle, als Anreiz für weitere Integrationsschritte zu nutzen.

Auch Art.4 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>524</sup> sah zunächst ein in dieser Tradition stehendes Herkunftslandprinzip mit einer ausdrücklich normierten Kontrollpflicht des Herkunftsstaates vor, welches mittlerweile im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens<sup>525</sup> auf ein Beschränkungsverbot reduziert wurde<sup>526</sup>. Ein solches Beschränkungsverbot findet sich auch in Art.3 Abs.2 des geänderten Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt<sup>527</sup>. Die Wirkung einer solchen Verkürzung des Binnenmarktgedankens<sup>528</sup> auf das Beschränkungsverbot ist zu untersuchen<sup>529</sup>.

---

<sup>521</sup> Vgl. bereits 1. Teil: B.II.4.a.cc.(2).

<sup>522</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des EPs und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004), 2 endg. v. 25.2.2004, 2ff – des Weiteren: D-RL bzw. Vorschlag; Art. ohne nähere Bezeichnung sind aus der D-RL.

<sup>523</sup> Vgl. ähnlich Bewertung bei Jayme/ Kohler, IPRax 2004, 481 (484): „Muster der E-RL ist übernommen.“

<sup>524</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), KOM (2003), 356 endg. v. 18.6.2003, 2ff; des Weiteren auch Abkürzung möglich: UGP-I-RL.

<sup>525</sup> Vgl. zu aktuellen Entwicklungen und zu vorbereitenden und begleitenden Dokumenten (Grünbuch; Mitteilungen; Presseerklärungen) die Webseite der GD Verbraucherschutz: [http://www.euro-pa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/index\\_de.htm](http://www.euro-pa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_de.htm)

<sup>526</sup> Vgl. bisher nur das Ergebnis des Verfahrens im Rat, einschbar auf dessen Webseite:

<http://register.consilium.eu.int/pdf/en/04/st09/st09667.en04.pdf>: Directive of the European Parliament and the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC, 98/27/EC, 2002/65/EC and regulation .... (Enforcement Co-operation) (the Unfair Commercial Practices Directive) – Outcome of Proceedings of Council; Interinstitutional File: 2003/0134 (COD); des Weiteren auch Abkürzung möglich: UGP-II-RL.

<sup>527</sup> Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2002), 585 endg. v. 25.10.2002, 2ff (des Weiteren auch u.U. abgekürzt: V-VO); vgl. auch

Das Herkunftslandprinzip ist – wie die UGP-II-RL zeigt – nach wie vor äußerst umstritten, wobei angesichts heftiger Widerstände gerade von einigen Mitgliedstaaten, aber auch innerhalb der Kommission, noch nicht abzusehen ist, ob es sich letztlich überhaupt durchzusetzen vermag. Dies liegt auch an einer ‚Ideologisierung‘ der Thematik<sup>530</sup>, die auch anlässlich einer öffentlichen Anhörung zur D-RL im Europäischen Parlament in Brüssel am 11.11.2004 deutlich wurde<sup>531</sup>. Ziel dieses Abschnitts ist es somit ‚nüchtern‘ anhand der Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit Art.3 E-RL, Entwicklungsperspektiven der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip herauszuarbeiten.

## I. Das Herkunftslandprinzip im Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Das Herkunftslandprinzip in Art.16 D-RL erinnert in vielerlei Hinsicht an Art.3 E-RL, was auch dadurch zu erklären ist, dass beide Regelungen (wie auch i.ü. die Fernseh-Richtlinie) aus der Generaldirektion Binnenmarkt stammen.

In mancher Hinsicht bestehen jedoch bemerkenswerte Unterschiede:

- Es werden nicht unerhebliche Präzisierungen im Wortlaut des Herkunftslandprinzips vorgenommen, die dessen problematisches Verhältnis zum IPR klarstellen helfen. Vor allem fehlt eine Vorschrift mit vergleichbarer Widersprüchlichkeit wie Art.1 Abs.4 E-RL.
- Die Zahl der Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip hat nochmals im Vergleich zur E-RL zugenommen: Einige Bereiche sind generell vom Anwendungsbereich der D-RL ausgenommen (Art.2 Abs. 2, 3 D-RL); zudem bestehen allgemeine (Art.17 D-RL), aber auch lediglich vorübergehende Ausnahmen (Art.18 D-RL) vom Herkunftslandprinzip und Ausnahmen im Einzelfall, für die indes im Vergleich zur E-RL verschärfte materielle und verfahrensrechtliche Voraussetzungen gelten (Art.19 i.V.m. 37 D-RL).

---

schon Art.3 Abs.2 des ursprünglichen Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2001), 546 endg. v. 2.10.2001, 2ff.

<sup>528</sup> Vgl. hierzu bereits: 1.Teil: A.

<sup>529</sup> Vgl. hierzu: 1.Teil: C.II.

<sup>530</sup> Zahlreiche Organisationen wie BEUC, OXFAM („la proposition est dangereuse“), Attac oder auch die Gewerkschaften begreifen die D-RL als Gefahr (Stellungnahmen anlässlich des Hearings), vgl. SZ vom 10.1.05: „Liberalisierung zahlreicher Wirtschaftsbranchen umkämpft - EU-Parlamentarier wollen EU-Plan stoppen“.

<sup>531</sup> Es besteht weiterhin eine enorme Polarisierung. Fortbestehende Unklarheiten genauso wie (bewusste) Fehlinformationen, unterlassene Klarstellungen und Über-/ Untertreibungen von allen Seiten tragen nicht eben zur Beruhigung des Streits bei. Berechtigten und unberechtigten Ängsten bei den Gegnern stehen gewichtige ökonomische Interessen bei den Befürwortern entgegen (Stellungnahmen u.a. von UNICE, EuroCommerce).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

- Zudem wird in Kapitel V „Kontrolle“ (Art.34-38 D-RL) in detaillierter Form die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Behörden bei der Überwachung der Dienstleistungserbringer, u.a. die gegenseitige Unterstützung bei Ausnahmen im Einzelfall geregelt. Die Verpflichtung des Herkunftsmitgliedstaates zur Kontrolle, der in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Dienstleistungserbringer wird explizit herausgestellt (Art.16 Abs.2)<sup>532</sup>.
- Darüber hinaus wird das Herkunftslandprinzip von einem „Konvergenzprogramm“ (Art.39-43 D-RL) begleitet, das ergänzende Harmonisierungsmaßnahmen, die Ausarbeitung von Verhaltenskodizes auf Gemeinschaftsebene und eine „gegenseitige Evaluierung“ der mitgliedstaatlichen Vorschriften vorsieht. (Weitere Unterschiede werden folgend gesondert hervorgehoben).

1. Vorbemerkungen zum Vorschlag der Dienstleistungsrichtlinie – insbesondere: Die Sichtweise der Europäischen Kommission

Der Vorschlag ist Teil der ‚Lissabonner Strategie‘ mit dem Ziel die EU bis zum Jahr 2010 zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt“ zu machen<sup>533</sup>. Dem wirtschaftlich ohnehin bedeutsamen Dienstleistungssektor wird ein beträchtliches Wachstumspotential und damit ein besonderer Stellenwert zugewiesen<sup>534</sup>. Letztlich soll es genauso einfach sein, Dienstleistungen über Ländergrenzen zu erbringen, wie schon jetzt innerhalb eines Mitgliedstaates<sup>535</sup> (und nach Möglichkeit sogar noch einfacher).

Nach Aussage des Berichts treten derzeit Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten in allen Phasen des Geschäftsprozesses, oft aus ähnlichen Gründen<sup>536</sup> und vor allem in zwei Konstel-

---

<sup>532</sup> Vgl. noch ausführlich: 1.Teil: C.I.2.a.

<sup>533</sup> Vgl. Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat Lissabon, 24.3.2000, Ziff.17; vgl. im Einzelnen die Begründung der Kommission zum Richtlinienvorschlag, KOM (2004) endg., S.6-9 (des Weiteren: „Begründung“) auch mit Hinweisen auf begleitende Stellungnahmen anderer Institutionen; hierauf folgte im Hinblick auf Art.49ff EG zunächst eine „Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Eine Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor, KOM (2000) 888 endg. vom 29.12.2000 (im Weiteren: „Mitteilung“) und schließlich der „Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über den Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“, KOM (2002) 441 endg vom 30.7.2002 (im Weiteren: „Bericht“).

<sup>534</sup> Zur wirtschaftlichen Bedeutung des Dienstleistungssektors: Begründung, S.6; Erwägungsgrund 3; v.a.: Folgenabschätzung der Kommission zur D-RL, „Commission Staff Working Paper, Extended Impact Assessment of Proposal for a Directive on Services in the Internal Market“, COM (2004) final/ 2 vom 13.1.2004, S.6-17 („Folgenabschätzung“); ebenso: Mitteilung, S.1f; Bericht, S.5f; 11. In der EU generieren Dienstleistungen ca.54 % des Bruttoinlandsprodukts, nimmt man die öffentlichen Verwaltungen hinzu sogar fast 70%.

<sup>535</sup> Vgl. Begründung, S.7 zurückgehend schon auf die Mitteilung, S.4.

<sup>536</sup> Der Bericht, S.16-46, stellt Schwierigkeiten für Dienstleistungserbringer fest: bei der Gründung einer Niederlassung, bei der Nutzung von „Input“ für die Dienstleistung (Entsendung von Mitarbeitern; Nutzung von Anlagen), bei Werbung, Vertrieb oder Verkauf seiner Dienstleistungen und auch nach der Leistungserbringung (z.B. Haftung;

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

lationen auf: Zum einen, wenn ein Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung errichten möchte, um dort Dienstleistungen zu erbringen, zum anderen, wenn dieser von seinem Herkunftsmitgliedstaat aus Dienstleistungen vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat erbringen möchte<sup>537</sup>. In Reaktion auf die zahlreichen Gemeinsamkeiten und die Ausmaße der Schranken sollen – im Hinblick auf den letzten Bereich gerade mit Hilfe von Art.16 D-RL – querschnittsartig („horizontal“) alle Dienstleistungstätigkeiten in allen Phasen des Geschäftsprozesses erfasst werden<sup>538</sup>.

Neben Art.16 D-RL soll eine Kombination verschiedener Regelungsansätze zielführend sein<sup>539</sup>:

- Gezielte Harmonisierung entfernt vorab die leicht entfernbareren Schranken<sup>540</sup>.
- Die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Verwaltungen soll weiterentwickelt werden, mit dem Ziel eine wirksame Kontrolle zu gewährleisten<sup>541</sup>, wobei eine klare Verteilung der Kontrollaufgaben vorgenommen wird<sup>542</sup>.
- Die Qualität der Dienstleistungen wird ebenso gefördert<sup>543</sup>.
- Die Rechte des Dienstleistungsempfängers werden gestärkt<sup>544</sup>.

---

Berufshaftpflicht, Beitreibung von Forderungen, Garantie). Die Schranken betreffen zudem oft unterschiedliche Tätigkeitsbereiche gleichzeitig und weisen viele gemeinsame Merkmale auf, vgl. Bericht S.49-60.

<sup>537</sup> Vgl. Begründung, S.6f; folglich trennt die D-RL zwischen der Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer (Kap. II) und dem freien Dienstleistungsverkehr (Kap. III).

<sup>538</sup> Begründung, S.9f; Erwägungsgründe: 2, 6; insofern besteht eine evidente Übereinstimmung mit der E-RL; vgl. D’Acunto, Rev. du dr.de l’UE 2004, 201 (206ff): horizontale Rahmenregelung mit Ergänzungsfunktion.

<sup>539</sup> Vgl. Begründung, S.9-14; Erwägungsgründe: 2, 6: „Rahmenrichtlinie“ mit „horizontalem“, „dynamischem“ und „selektivem“ Ansatz; zudem alternative Regelungsansätze, z.B. außergerichtliche Streitbeilegung (Art.32) und Ausarbeitung gemeinschaftsweiter Verhaltenskodizes (Art.39).

<sup>540</sup> Vgl. Erwägungsgrund 6; Begründung, S.10 „selektiv“; Vereinheitlichung von Informationspflichten aus Sicht des Dienstleistungserbringers (Art.5-8) und des -empfängers (Art.22, 26), die Berufshaftpflicht (Art.27); multidisziplinäre Tätigkeiten (Art.30), die Beilegung von Streitigkeiten (Art.32), den Austausch von Informationen über die Qualität der Dienstleistungserbringer (Art.33); Vereinfachung von Verwaltungsverfahren und -formalitäten (Kapitel II, Abschnitt 1, 2); Abschaffung einiger gesetzlicher Anforderungen (Art.14, 21, 29); Stärkung der Position des Dienstleistungsempfängers (Art.20-23, vgl. hierzu Begründung, S.14, 27), s.u. 1.Teil: C.I.2.e.aa.

<sup>541</sup> Vgl. Art.34-38; Begründung, S.11; Erwägungsgründe 5, 6; gegenseitige Unterstützung z.B. durch Amtshilfe; Kooperationspflichten; Informationsaustausch; vgl. noch: 1.Teil: C.I.2.e.bb.

<sup>542</sup> Vgl. Begründung, S.11, Erwägungsgründe 23ff; vgl. nochmals Art.16 Abs.2 D-RL (s.u. 1.Teil: C.I.2.a).

<sup>543</sup> Vgl. Art.31 (Maßnahmen zur Qualitätssicherung): Hilfestellung bei der Errichtung freiwilliger Zertifizierungs- und Qualitätssicherungssysteme, Förderung der Zusammenarbeit zwischen Handels- und Handwerkskammern; ebenso: Art.39: Ausarbeitung gemeinschaftsweiter Verhaltenskodizes; vgl. noch: 1.Teil: C.I.2.e.cc.

<sup>544</sup> Vgl. Begründung, S.14, 27: z.B. Erstattung von Behandlungskosten (Art.23, hierzu: Erwägungsgründe 51-57); Unterstützung des Dienstleistungsempfängers (Art.22); das Recht des Dienstleistungsempfängers, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Dienstleistungserbringern in Anspruch zu nehmen, wird klar herausgestellt - bestimmte Beschränkungen sind unzulässig (Art.20, Erwägungsgrund 48); Diskriminierungen sind verboten (Art.21; Erwägungsgründe 49f): dies geht sogar so weit, dass dies auch für das Verhältnis unter Privaten gelten soll, womit den Grundfreiheiten zumindest über die D-RL eine (fragwürdige) Drittwirkung zukäme; m.w.N.: Streinz/ Leible, EuZW 2000, 459ff; dies muss offen gelassen werden; s.u. 1.Teil: C.I.2.e.cc.

- Ein *dynamisches Konzept* soll eine schrittweise Integration initiieren<sup>545</sup>.

Die von der Kommission propagierte „*Kombination verschiedener Regelungsansätze*“<sup>546</sup> stellt sich m.E. mehr als eine Art Begleitprogramm für den einzig wirklichen Regelungsansatz, das Herkunftslandprinzip, dar. Die dargestellten weiteren Maßnahmen sollen wohl die für einige bittere Pille des Art.16 ein wenig schmackhafter machen. Sie sind in der Sache aber auch notwendig und sinnvoll, um dem Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik eine zukunftsweisende Funktion als Integrationshebel einzuräumen. Insofern verwundert es nicht, dass die Bedeutung des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten für die Regelungstechnik Herkunftslandprinzip oft hervorgehoben wird, und die zusätzlichen Maßnahmen zur Stärkung gerade dieses Vertrauens beitragen sollen<sup>547</sup>, denn ohne dieses Vertrauen wird ein „*Raum ohne Binnengrenzen*“ wie er in Art.14 Abs.2 EG angedacht ist wohl nie Realität werden. Die zentrale Aufgabe der Beseitigung der Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr, schultert indes Art.16 D-RL, welches den Dienstleistungserbringern die erforderliche Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten bietet, indem prinzipiell nur noch das Recht der jeweiligen Niederlassung zu beachten ist<sup>548</sup>.

## 2. Regelungssystematik

Art.16 D-RL normiert zu Beginn des Kapitel III (Freier Dienstleistungsverkehr), Abschnitt 1 (Herkunftslandprinzip und Ausnahmen) ein Herkunftslandprinzip, das im Gegensatz zur E-RL ausdrücklich als solches bezeichnet wird. Art.16 Abs.1, 2 D-RL sehen unter bestimmten Voraussetzungen eine Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftsmitgliedstaates hinsichtlich der Dienstleistungserbringer vor, die auf dessen Hoheitsgebiet niedergelassen sind;

---

<sup>545</sup> Vgl. Begründung: S.12f; Erwägungsgrund 6; tw. schrittweise Umsetzung (Art.6-8); tw. wird eine ergänzende Harmonisierung festgeschrieben (Art.40), die durch lediglich vorübergehende Ausnahmen von Art.16 forciert wird (Art.18); sukzessive Ausweitung der Reichweite des Art.16 (Art.17 lit. 21); 19 Abs.2); weitergehender Harmonisierungsbedarf (Art.40 Abs.2 lit. d); Harmonisierung für den Fall, dass zahlreiche Verfahren im Einzelfall gemäß Art.19 stattfinden (Art.40 Abs.2 lit. a); Möglichkeit für die Kommission Durchführungsbestimmungen zu erlassen: Art.8 Abs.3, Art.22 Abs.4, 26 Abs.6, 27 Abs.5, 38 ; schrittweise Überprüfung, ob bestimmte Anforderungen gerechtfertigt sind (Art.9, 15, 30); gegenseitige Evaluierung (Art.41, hierzu: Begründung, S.25f.): auch dies kann weitere Harmonisierungsmaßnahmen bedingen; vgl. noch 1.Teil: C.I.2.e.dd.

<sup>546</sup> Vgl. nochmals Begründung, S.22: Abstimmung der einzelnen Regulierungsansätze untereinander als Teil des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (!): „(...) die Richtlinie schlägt ein Gleichgewicht zwischen der Reichweite des Herkunftslandprinzips einerseits und dem Umfang der Harmonisierung, der Verwaltungszusammenarbeit und des Rückgriffs auf Verhaltenskodizes sowie der Zahl und dem Geltungsbereich der Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip andererseits vor (...) selektiver und differenzierter Ansatz.“

<sup>547</sup> Vgl. Begründung, S.4; 11, 29; Erwägungsgründe: 2, 6, 38

<sup>548</sup> Vgl. Begründung, S.4, 10; Erwägungsgründe 2, 3, 6, 37.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

Art.16 Abs.3 D-RL begründet ein Beschränkungsverbot für die Bestimmungsmitgliedstaaten, dergestalt dass diese den freien Verkehr von Dienstleistungen, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer erbracht werden unter den festgelegten Bedingungen nicht einschränken dürfen. Einzelne für Art.16 D-RL relevante Begriffe werden in Art.4 D-RL (Begriffsdefinitionen) definiert<sup>549</sup>.

Art.17 Nr.1)-23) D-RL sehen allgemeine und Art.18 Abs.1-3 D-RL (tw. i.V.m. Art.40) vorübergehende Ausnahmen von Art.16 vor; Art. 19 D-RL gewährt den Bestimmungsländern unter bestimmten Voraussetzungen und bei Einhaltung genau festgelegter Verfahrensvorschriften (Art.37 D-RL) ausnahmsweise die Möglichkeit, im Einzelfall Maßnahmen hinsichtlich eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer zu ergreifen.

a. Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftsmitgliedstaates und die explizite Herausstellung von dessen Verantwortlichkeit, Art.16 Abs.1, 2 D-RL

Gemäß Art.16 Abs.1, UAbs.1 D-RL tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer (Art.4 Nr.2) lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates (Art.4 Nr.4) unterfallen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind (Art.4 Nr.9). Insoweit besteht in Formulierung, Struktur und Regelungsaussage eine große Ähnlichkeit mit Art.3 Abs.1 E-RL. Die bemerkenswerte Entwicklung im Wortlaut von „entsprechen“ in der E-RL zu „unterfallen“ in der D-RL spricht indes noch eindeutiger für ein beabsichtigtes kollisionsrechtliches Verständnis des Herkunftslandprinzips<sup>550</sup>.

Eine scheinbare Neuerung im Vergleich zur E-RL bringt Art.16 Abs.1, UAbs.2. Demnach fallen unter Unterabsatz 1 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“. Dieser Aspekt wurde in der E-RL indes lediglich in anderem Zusammenhang bei der Definition des koordinierten Bereiches in Art.2 lit. h) E-RL geregelt.<sup>551</sup>

---

<sup>549</sup> Art.4: Nr.1: Dienstleistung; Nr.2: Dienstleistungserbringer; Nr.4:Herkunftsmitgliedstaat; Nr.5: Niederlassung; Nr.7: Anforderungen; Nr.9: koordinierter Bereich, s.u. 1.Teil: C.I.2.c; vgl. zu Art.16 insgesamt: D'Acunto, Rev. du dr.de PUE 2004, 201 (220ff).

<sup>550</sup> Vgl. ähnlich, wenn auch i.E. ablehnend: Basedow, EuZW 2004, 423 (423).

<sup>551</sup> Art.16 Abs.1, UAbs.2 ist somit bloß eine Klarstellung zum koordinierten Bereich an prominenter Stelle; dessen Definition in Art.4 Nr.9) fällt dementsprechend kurz aus; damit soll wohl verdeutlicht werden, dass das Lauterkeitsrecht von Art.16 erfasst ist, um Streitigkeiten wie bei der E-RL zu vermeiden, s.o. 1.Teil: B.II.2.b.aa.

Aufschlussreich ist die explizite Herausstellung der Verantwortlichkeit des Herkunftsmitgliedstaates für die Kontrolle der in dessen Hoheitsgebiet niedergelassenen Dienstleistungserbringer, selbst wenn letztere ihre Dienstleistungen lediglich in einem anderen Mitgliedstaat erbringen (Art.16 Abs.2 D-RL). Zwar folgt die Verpflichtung an sich bereits aus Art.16 Abs.1 D-RL (respektive Art.3 Abs.1 E-RL). Allerdings ist diese gemeinschaftsweite Verantwortung eines jeden Herkunftsmitgliedstaates für die Überwachung der Tätigkeiten der ihm zugeordneten Dienstleistungserbringer unabhängig vom Bestimmungsort der Dienstleistung ein Kernelement der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip, um gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in die jeweiligen Standards aufzubauen<sup>552</sup>. Man mag skeptisch sein, inwieweit allein die Herausstellung dieser Verantwortung geeignet sein soll, Vertrauen zu befördern, wie dies indes Erwägungsgrund 38, Satz 3 nahe zu legen scheint. Die D-RL sieht allerdings noch weitergehende Maßnahmen zur Verbesserung der Wirksamkeit der Kontrolle im jeweiligen Herkunftsmitgliedstaat und zur Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten hierbei vor (Art.34-37 D-RL)<sup>553</sup>. Obendrein erscheint die von der Kommission propagierte „Kontrolle an der Quelle“, d.h. am Ort der Niederlassung des Dienstleistungserbringers, allein schon aufgrund der dauerhaften Nähe zum Anbieter effizienter und sachgerechter, als wenn der betroffene Bestimmungsstaat einen fraglichen Dienstleistungserbringer womöglich über den halben Kontinent etwa von Helsinki nach La Valletta ‚verfolgen‘ müsste<sup>554</sup>, Dabei wäre er ohnehin auf die Hilfe des Sitzstaates des Anbieters angewiesen.

*b. Beschränkungsverbot für die Bestimmungsmitgliedstaaten, Art.16 Abs.3 D-RL*

Art.16 Abs.3 stellt fest, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Dienstleistungen, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden, nicht aus Gründen einschränken dürfen, die in den koordinierten Bereich fallen. Insofern ist er fast wortgleich mit Art.3 Abs.2 E-RL. Indes werden in Art.16 Abs.3. lit. a)-i) beispielhaft („insbesondere“) Anforderungen (Art.4 Nr.7) aufgelistet, die in jedem Fall eine unzulässige Beschränkung seitens des Bestimmungsmitgliedstaates darstel-

---

<sup>552</sup> Vgl. ausführlich: Erwägungsgrund 38 und bereits oben: 1.Teil: B.II.4.a.cc.(2).

<sup>553</sup> Vgl. dazu noch ausführlich: 1.Teil: C.I.2.e.bb.

<sup>554</sup> Vgl. Erwägungsgrund 38, S.1, 2.

len. Es werden typische rechtliche Schranken angeführt, die v.a. anlässlich von Beschwerden und Petitionen zu Tage getreten sind<sup>555</sup>.

c. Begrifflichkeiten

Für die Auslegung des Art.16 D-RL sind einige Begriffe von Bedeutung, die in Kapitel I (Allgemeine Bestimmungen) in Art.4 definiert werden.

aa. Dienstleistung und Dienstleistungserbringer, Art.4 Nr.1), 2) D-RL

Die Kontrollpflicht des Herkunftsmitgliedstaates bezieht sich ebenso wie das Beschränkungsverbot in Art.16 D-RL auf bestimmte Dienstleistungserbringer, die in Art.4 Nr.2) D-RL als jede natürliche Person mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates und jede juristische Person, die eine Dienstleistung anbietet oder erbringt definiert werden.

Der Begriff Dienstleistung umfasst gemäß Art.4 Nr.1) D-RL jede von Art.50 EGV erfasste selbständige wirtschaftliche Tätigkeit, bei der einer Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht<sup>556</sup>. Hiermit ist im Vergleich zu den DIG in der E-RL ein noch weiterer Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten betroffen<sup>557</sup>. Insofern wird an den weiten Dienstleistungsbegriff des EuGH zu Art.49ff EGV angeknüpft<sup>558</sup>, wonach dem Auffangcharakter der Dienstleistungsfreiheit folgend jegliche Leistung, mit der der Erbringer am Wirtschaftsleben teilnimmt erfasst ist<sup>559</sup>, solange keine andere Grundfreiheit vorrangig greift. Ausgeschlossen sind: Nicht marktbestimmte Tätigkeiten, bei denen der Staat ohne Gegenleistung in Erfüllung seiner sozialen, kulturellen, bildungspolitischen und rechtlichen Verpflichtungen aktiv wird<sup>560</sup>; Tätigkeiten im Sinne

---

<sup>555</sup> Vgl. Bericht, S.16-49; Art.16 Abs.3. lit. a)-i) z.B. Pflicht, eine Niederlassung zu unterhalten bzw. eine Anschrift, Vertretung oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu haben. Dies kann nicht vertieft werden.

<sup>556</sup> Die genannten Begriffe definieren zugleich den Anwendungsbereich der D-RL, vgl. Art.2 Abs.1.

<sup>557</sup> Erwägungsgrund 24 verdeutlicht die enorme Bandbreite der erfassten Tätigkeiten: Dienstleistungen für Unternehmen (z.B. Unternehmensberatung, Werbung, Handelsvertreter), für Unternehmen und Verbraucher (z.B. Rechts- und Steuerberatung, Immobilienwesen, Architekten, Reisebüros) und für Verbraucher (z.B. Fremdenführer, Freizeitparks, Gesundheitsdienstleistungen) werden unterschieden; vgl. auch Begründung, S.22f.

<sup>558</sup> Vgl. Erwägungsgrund 14, Begründung S.22f: Erfasst sind Tätigkeiten, die die räumliche Nähe zwischen Erbringer und Empfänger oder aber den Ortswechsel des einen oder anderen erfordern; ebenso: Leistungen, die im Fernabsatz, z.B. über das Internet erbracht werden; vgl. hierzu aus der Rechtsprechung: EuGH („Bond van Adverteerders“) v. 26.4.1988, Rs.C-352/85, Slg.1988, I-2085ff, Rn.16; EuGH („Humbel“) v. 27.9.1988; Rs. C-263/86, Slg.1988, I-5365, Rn.17; EuGH („Deliège“) v. 11.4.2000, verb. Rs. C-51/96, C-191/97, Slg. 2000, I-2549, Rn.56; EuGH („Smits und Peerbooms“) v. 12.7.2001, C-157/99, Slg.2001, I-5473, Rn.57.

<sup>559</sup> Dies gilt auch hier für sog. drittfinanzierte Angebote; Erwägungsgrund 15; vgl. 1.Teil: B.II.2.a.aa.

<sup>560</sup> Sog. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bzw. Daseinsvorsorge; hierbei fehlt es wie Erwägungsgrund 16, Begründung S.17, 23 ausführen am Merkmal der Entgeltlichkeit; insoweit besteht bereits ein Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg. v. 21.5.2003. In Bezug auf bestimmte marktbestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (z.B. Post, Elektrizität, Gas, Wasser) sind Ausnahmen von Art.16 vorgesehen, s.u.: 1.Teil: C.I.d.bb.; vgl. vertiefend: Deuster, EuZW 2004, 526ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

des Art.45 (i.V.m.55) EG, die unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind<sup>561</sup>; Anforderungen, die sich auf Waren als solche beziehen<sup>562</sup>.

Teilweise wird unter Heranziehung der Kriterien der ständigen EuGH-Rechtsprechung eine Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit erforderlich werden, wenn ein Dienstleistungserbringer nicht nur eine Infrastruktur im Zielstaat errichtet, die ihn in die Lage versetzt von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch zu machen, sondern eine Niederlassung im Sinne des Art.43 EG<sup>563</sup>.

Im Vergleich zur E-RL ist die D-RL somit „noch horizontaler“ ausgerichtet, denn es wird querschnittsartig in allen Phasen des Geschäftsprozesses eine noch größere Anzahl von wirtschaftlichen Tätigkeiten erfasst.

bb. Herkunftsmitgliedstaat und Niederlassung, Art.4 Nr.4), 5) D-RL

Gemäß Art.4 Nr.4) D-RL ist der Herkunftsmitgliedstaat der Mitgliedstaat, auf dessen Hoheitsgebiet der Dienstleistungserbringer seine Niederlassung hat, wobei unter letzterer, die tatsächliche Ausübung einer von Art.43 EGV erfassten wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit zu verstehen ist<sup>564</sup>. Damit steht die D-RL in der Tradition der Fernseh- und E-Commerce-Richtlinie, was der Vorschlag als selbstverständlich voraussetzen scheint<sup>565</sup>. Gerade das Niederlassungskriterium ist jedoch wie gesehen der Dreh- und Angelpunkt bei der Anwendung des Herkunftslandprinzips. Wie dargestellt wird die Ermittlung der Niederlassung eines Dienstleistungserbringers nicht immer einfach sein, was insbesondere bei Verwaltungen zu Zuständigkeitsunsicherheiten führen und worunter auch die Kontrolle leiden könnte. Deshalb muss hier ein Schwerpunkt der mitgliedstaatlichen Zusammenarbeit liegen, damit jeder weiß, wer wen kontrollieren muss bzw. darf.

Im Hinblick auf das Niederlassungskriterium steht indes weiterhin verstärkter Aufklärungsbedarf, denn anlässlich der Anhörung im Europäischen Parlament wurden wiederholt Befürchtungen geäußert, dass sich Dienstleistungserbringer

---

<sup>561</sup> Vgl. Begründung, S.24, Grabitz/ Hilf (- Randelzhofer/ Forsthoff), Art.45, Rn.5ff (m.w.N. auch zur Rspr.).

<sup>562</sup> Vgl. Erwägungsgrund 17 der D-RL, der an Erwägungsgrund 21 der E-RL erinnert.

<sup>563</sup> Vgl. Erwägungsgrund 18, 19: „Der vorübergehende Charakter der Dienstleistung sollte nicht die Möglichkeit für den Dienstleistungserbringer ausschließen, sich im Bestimmungsland mit einer bestimmten Infrastruktur auszustatten (z.B. Büro, Kanzlei, Praxis), soweit diese für die Erbringung der betreffenden Leistung erforderlich ist; der vorübergehende Charakter einer Dienstleistung ist unter Berücksichtigung der Dauer der Leistung, ihrer Häufigkeit, regelmäßigen Wiederkehr oder ihrer Kontinuität zu beurteilen – entscheidend ist der Schwerpunkt der Tätigkeit“; insb. EuGH („Gebhard“) v. 30.11.1995, Rs. C-55/ 94, Slg.1995, I-4165 (4194ff, insb. Rn.27).

<sup>564</sup> Zum Niederlassungsbegriff kann auf die bereits an anderer Stelle gemachten Ausführungen verwiesen werden: vgl. 1.Teil: B.II.2.c. und auch noch D.I.2.

<sup>565</sup> Auf eine genauere Erläuterung wird anders als noch in Erwägungsgrund 19 der E-RL verzichtet.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

durch die bloße Einrichtung eines Briefkastens in einem Mitgliedstaat dessen niedrigen Schutzstandard erschleichen könnten. Dem steht allerdings gerade der Niederlassungsbegriff der D-RL entgegen.

cc. Anforderungen und koordinierter Bereich, Art.4 Nr.7), 9) D-RL

Der Begriff ‚koordinierter Bereich‘ bezeichnet gemäß Art.4 Nr.9) D-RL, die *Gesamtheit* der für die Aufnahme von Dienstleistungstätigkeiten oder ihrer Ausübung geltenden Anforderungen, wobei der Begriff ‚Anforderungen‘ in Art.4 Nr.7) D-RL näher definiert wird<sup>566</sup>. Art.16 Abs.1 UAbs.1 D-RL enthält wie gesehen eine weitere Klarstellung hierzu<sup>567</sup>.

Der Art.4 Nr.9) D-RL erläuternde Erwägungsgrund 21 ist im Vergleich zu Erwägungsgrund 21 E-RL um einiges deutlicher: Umfasst sein sollen *„alle Anforderungen (...), insbesondere diejenigen, die in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten vorgesehen sind, unabhängig davon, ob sie zu einem gemeinschaftsweit harmonisierten Bereich gehören, ob sie allgemeiner oder besonderer Natur sind und ungeachtet des Rechtsgebietes, dem sie nach innerstaatlichem Recht zugeordnet werden“*. Nicht mehr haltbar sind demnach Auslegungsansätze, die die Reichweite des koordinierten Bereiches abhängig vom gemeinschaftsweit erreichten Schutzniveau in bestimmten Rechtsgebieten sehen oder den in zahlreichen Richtlinien enthaltenen Mindeststandard als „einheitliche Schutzhöhe“ fruchtbar machen wollen. Es ist unerheblich, inwieweit ein Mitgliedstaat von dem ihm gewährten Spielraum bei der Umsetzung einer Richtlinie Gebrauch gemacht hat, sofern es sich um einen gemeinschaftsweit harmonisierten Bereich handelt. Ebenso wenig ist es von Bedeutung, ob ein Bereich überhaupt Gegenstand einer gemeinschaftsweiten Rechtsvereinheitlichung war. Ebenso wenig soll es darauf ankommen, aus welchem Rechtsgebiet – Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht usw. – die jeweils fraglichen Vorschriften kommen. Allein maßgeblich sollen nur die Bestimmungen aus dem nationalen Recht des Herkunftsmitgliedstaates sein.

Das Herkunftslandprinzip des Art.16 D-RL nimmt insofern (wie auch Art.3 E-RL) bestehende Regelungsunterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in Kauf und führt – trotzdem – kategorisch zur Anwendung der Bestimmungen des Herkunftsmitgliedstaates. Art. 16 D-RL ist demnach ebenfalls

---

<sup>566</sup> Art.4 Nr.7): „Anforderungen“, alle Bestimmungen wie Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind oder sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, den Standesregeln oder den kollektiven Regeln ergeben, die von Berufskammern, -verbänden oder sonstigen Berufsorganisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden.

<sup>567</sup> Vgl. oben: 1.Teil: C.I.2.a.

eine Art Kollisionsregel. Dies wird wie schon bei Art.3 E-RL heftig kritisiert werden<sup>568</sup>. Ebenso wird das teilweise fortbestehende Schutzgefälle, die allseits vorhandenen Befürchtungen nach der EU-weiten Jagd nach dem geringsten Schutzniveau nähren.

Versäumt wurde – wie schon bei der E-RL – eine Klarstellung, inwieweit das nationale IPR vom koordinierten Bereich erfasst sein soll oder nicht. Wie gesehen führt eine Einbeziehung des Kollisionsrechts den eigentlichen Sinn und Zweck des Herkunftslandprinzips ad absurdum, so dass lediglich eine Sachnorm- und keine Gesamtverweisung anzunehmen ist<sup>569</sup>. Dem scheint jedoch die Präzisierung in Erwägungsgrund 21 entgegenzustehen, wonach alle Bestimmungen „ungeachtet des Rechtsgebietes, dem sie nach innerstaatlichem Recht zugeordnet werden“ erfasst sein sollen, womit auch wieder das IPR gemeint sein könnte. Eine Klarstellung insoweit im Verlauf des weiteren Rechtssetzungsverfahrens wäre wünschenswert.

Im Ergebnis knüpft Art.16 D-RL somit auch in dieser Beziehung an den horizontalen Ansatz der E-RL an, wonach im Prinzip alle Bestimmungen, die für Dienstleistungserbringer relevant werden, erfasst sind, solange nicht eine Ausnahmevorschrift greift. Gleichzeitig wird – mit nur teilweisem Erfolg – versucht, bestimmte in Zusammenhang mit Art.3, 2 lit. h) E-RL zum koordinierten Bereich aufgekommene Unstimmigkeiten zu beseitigen.

#### *d. Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip*

Die Reichweite des Herkunftslandprinzips in Art.16 D-RL wird ebenso, wenn nicht noch stärker als in Art.3 E-RL, durch zahlreiche Ausnahmen begrenzt<sup>570</sup>. Deren Funktion wird indes deutlicher als in der E-RL hervorgehoben: Sie seien erforderlich, um den Besonderheiten bestimmter Tätigkeitsbereiche oder bereits bestehenden Gemeinschaftsrechtsakten Rechnung zu tragen, sei es, dass in einigen Bereichen ein erheblich differierender Schutz des Allgemeininteresses bestehe oder der Grad der gemeinschaftsweiten Harmonisierung bzw. die Intensität der Verwaltungszusammenarbeit nicht ausreiche<sup>571</sup>. Zusätzlich zu den Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie (Art.2 Abs.2, 3 D-

---

<sup>568</sup> Vgl. erste kritische Stellungnahmen von Basedow, EuZW 2004, 423ff; Sonnenberger, RIW 2004, 321ff.

<sup>569</sup> Vgl. insofern die vorliegend analog anwendbare Argumentation zu Art.3 E-RL, s. 1.Teil: B.II.2.b.bb.

<sup>570</sup> Vgl. kritisch: Jayme/ Kohler, IPRax 2004, 481 (484): zweifelnd, ob ein Prinzip, das 23 allgemeine und sonstige Ausnahmen nennt, noch als solches kenntlich ist; anders: D’Acunto, Rev. du dr.de l’UE 2004, 201 (223ff).

<sup>571</sup> Vgl. Begründung, S.10; Erwägungsgrund 40.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

RL), gelten allgemeine (Art.17 D-RL) und vorübergehende (Art.18 D-RL) Ausnahmen und ebenso solche im Einzelfall (Art.19 i.V.m 37 D-RL).

aa. Generelle Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie, Art.2 Abs.2, 3 D-RL

Die Richtlinie findet gemäß Art.2 Abs.2 lit. a) D-RL keine Anwendung auf die in Art.2 lit. b) der Richtlinie 2002/65/EG<sup>572</sup> genannten *Finanzdienstleistungen*, da insoweit bereits eine speziellere gemeinschaftsweite Strategie besteht<sup>573</sup>, die ebenso wie der Vorschlag der D-RL, der Schaffung eines wirklichen Binnenmarktes für Dienstleistungen dient<sup>574</sup>. Gleiches gilt für Dienste und Netze der *elektronischen Kommunikation*, die bereits im Rahmen des 2002 verabschiedeten Telekom-Pakets<sup>575</sup> geregelt worden sind<sup>576</sup>.

Die *Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs* sind insoweit vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen, als sie bereits Gegenstand von besonderen Gemeinschaftsrechtsakten sind, die auf der Grundlage der speziellen Art.71 oder 80 Abs.2 EGV erlassen wurden. Hingegen findet die vorliegende Richtlinie Anwendung auf Dienstleistungen, die nicht durch besondere Rechtsakte auf diesem Gebiet erfasst sind, wie etwa Geldtransporte (hierfür gilt allerdings Art.18 Abs.1 lit. a) D-RL) oder die Beförderung Verstorbener<sup>577</sup>.

Grundsätzlich ausgeschlossen ist zudem das *Steuernwesen* (mit einer bedingten Rückausnahme für die Art.14 und 16 D-RL), für das eine spezielle Rechtsgrundlage im EGV besteht, aufgrund derer weit reichend Gemeinschaftsakte in diesem Bereich erlassen wurden<sup>578</sup>. Die D-RL zielt demnach nicht darauf ab, neue Steuervorschriften oder -systeme einzuführen. Auf steuerliche Maßnahmen, die nicht vom Sekundärrecht erfasst sind und zudem Verstöße gegen

---

<sup>572</sup> RL 2002/65/EG des EPs und des Rates v. 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an den Verbraucher und zur Änderung der RL 90/619/EWG des Rates und der RL 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. EG L 271 v. 9.12.2002, 16; Finanzdienstleistung: jede Bankdienstleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit der Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung.

<sup>573</sup> Vgl. Umsetzung des Aktionsplans zum Finanzmarktrahmen, KOM (1999) 232 endg., v. 11.5.1999; z.B. RL 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente, ABl. EG L 145 v. 30.4.04, 1ff; RL 2003/71/EG v. 4.11.03 (Prospekte beim Angebot von Wertpapieren), ABl. EG L 354 v. 31.12.03, 64ff.

<sup>574</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9.

<sup>575</sup> RLen des EPs und des Rates v.7.3.02: 2002/19/EG (ZugangsRL); 2002/20/EG (GenehmigungsRL); 2002/21/EG (RahmenRL); 2002/22/EG (UniversaldienstRL); ABl. EG L 108 v. 24.4.2002, 7ff; 21ff; 33ff; 1ff. Sie sehen u.a. die Abschaffung von Genehmigungsverfahren und einen Rechtsrahmen für die Erleichterung des Zugangs zu Tätigkeiten im Binnenmarkt vor, so dass insoweit eine speziellere Regelung besteht.

<sup>576</sup> Vgl. Erwägungsgrund 10.

<sup>577</sup> Vgl. Erwägungsgrund 12.

<sup>578</sup> Vgl. Erwägungsgrund 11 auch mit einer ausführlichen Aufzählung der erlassenen Rechtsakte.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

Art.43 oder 49 EGV darstellen, finden hingegen die Art.14 und 16 D-RL Anwendung.

Nicht erfasst sind wie gesehen – auch wenn dies nicht im Richtlinien text oder in den Erwägungsgründen klargestellt wird – *Tätigkeiten im Sinne des Art.45 EGV* (Ausübung öffentlicher Gewalt).

bb. Allgemeine Ausnahmen, Art.17 D-RL

Art.16 D-RL findet auf die zahlreichen in Art.17 Nr.1)-23) D-RL genannten Bereiche oder Tätigkeiten keine Anwendung. Dies trägt zum einen den Besonderheiten des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes und dem Interesse nach dessen Kohärenz, zum anderen dem Ausmaß der Unterschiede in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen Rechnung<sup>579</sup>.

- Bestimmte Gemeinschaftsrechtsakte sehen für manche grenzüberschreitende Dienstleistung entgegen Art.16, eine Anknüpfung an den Vorschriften des Bestimmungsmitgliedstaates vor (Art.17 Nr.5), 7)-12)<sup>580</sup>). Wiederum andere Gemeinschaftsrechtsakte verfolgen im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs andere Zielsetzungen als die D-RL (Art.17 Nr.6)<sup>581</sup>).
- In Bezug auf einige Tätigkeiten oder bestimmte Bereiche sollen die Ausnahmen dazu dienen, das für die Anwendung des Herkunftslandprinzips notwendige Vertrauen zu bewahren, da es ansonsten wegen zu großer Unterschiedlichkeit der nationalen Ansätze oder ungenügender Angleichung

---

<sup>579</sup> Vgl. Begründung, S.28f; Erwägungsgrund 40.

<sup>580</sup> Die RL 96/71/EG des EPs und des Rates v. 16.12.96 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie), ABl. EG L 18 v. 21.1.97, 1ff, sieht neben Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im Falle einer Entsendung die Anwendung bestimmter Vorschriften des Landes vor, in das der Arbeitnehmer entsandt wird, was einer Herkunftslandanknüpfung entgegensteht; ebenso: Verordnung (EWG) 1408/71 v. 14.6.71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer..., ABl. EG L 149 v. 5.7.71, 2; Verordnung (EWG) Nr.259/93 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen, ABl. L 30, 6.2.93, 1ff; bestimmte Rechtsakte über die Freizügigkeit von Personen und die Anerkennung von Berufsqualifikationen vgl. noch: 1.Teil: D.II.5.

<sup>581</sup> Vgl. die sog. Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 281 v. 28.11.1995, 1ff) in Bezug auf den Schutz personenbezogener Daten, die ebenfalls ein Herkunftslandprinzip vorsieht, aber andere Kriterien zur Definition des Herkunftslandes heranzieht (das ebenfalls verwendete Merkmal der „Niederlassung“ knüpft hierbei am „für die Verarbeitung Verantwortlichen“ und gerade nicht an der Niederlassung des Dienstleistungserbringers an. Eine unterschiedliche Zuordnung kann durch eine Ausnahme vermieden werden; vgl. hierzu noch ausführlich: 1.Teil: D.II.2.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

auf Gemeinschaftsebene gefährdet wäre. Das betrifft die Ausnahme für bestimmte Tätigkeiten, wie notarielle Akte und die gesetzlich vorgeschriebene Buchprüfung (Nr.14f), für Postdienste (Nr.1), Dienste der Elektrizitäts- (Nr.2), Gas- und Wasserversorgung (Nr.3f), ebenso für bestimmte Fragen wie das geistige Eigentum (Nr.13<sup>583</sup>), die Genehmigungserfordernisse für die Erstattung von Kosten für Krankenhausbehandlungen (Nr.18<sup>583</sup>), die Zulassung von Leasingfahrzeugen in einem anderen Mitgliedstaat (Nr.19<sup>584</sup>), die durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigten generellen Verbote bestimmter Tätigkeiten (Nr.16<sup>585</sup>), die mit besonderen Merkmalen des Ortes der Dienstleistungserbringung verbundenen spezifischen Anforderungen, die durch die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder den Schutz der öffentlichen Gesundheit oder der Umwelt gerechtfertigt sind (Nr.17<sup>586</sup>) oder die Ausnahmen im Bereich der Verträge (Nr.20)-22)<sup>587</sup> und für die außervertragliche Haftung (Nr.23)<sup>588</sup>.

Gerade die beiden letzten Ausnahmebereiche sind von großem Interesse, wenn man die Unstimmigkeiten zu Art.3 E-RL bedenkt<sup>589</sup>. Teilweise bringt die D-RL insoweit Klarstellungen: Wie in der E-RL bleibt die Freiheit der Rechtswahl unberührt, was wiederum für ein kollisionsrechtliches Verständnis des Art.16 D-RL spricht, weil diese auf die kollisionsrechtliche Rechtswahl zielende Aus-

---

<sup>582</sup> Wie in der E-RL (Anhang, 1.SpStr.), s.o. 1.Teil: B.II.3.b.aa.: „die Urheberrechte, die verwandten Schutzrechte und die Rechte im Sinne der RL 74/54/EWG des Rates (Halbleiter) und der RL 96/9/EG des EPs und des Rates (Datenbanken) sowie die Rechte am gewerblichen Eigentum“.

<sup>583</sup> Vgl. hierzu: Art.23 D-RL; Begründung, S.16; Erwägungsgründe 51ff mit weiteren Einzelheiten zu einem Sonderproblem, auf das hier nicht weiter eingegangen werden soll.

<sup>584</sup> Vgl. hierzu Erwägungsgrund 44.

<sup>585</sup> Vgl. hierzu Erwägungsgrund 42, der klarstellt, dass hiermit nicht Regelungen erfasst sind, die lediglich die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit einem oder mehreren (...) Marktteilnehmern vorbehalten oder die eine Tätigkeit von einer Zulassung abhängig machen. „Sobald ein Mitgliedstaat eine Tätigkeit zulässt, diese jedoch bestimmten Marktteilnehmern vorbehält, unterliegt diese Tätigkeit nicht mehr einem generellen Verbot (...).“

<sup>586</sup> Vgl. hierzu Erwägungsgrund 43 der als Beispiel („insbesondere“) Genehmigungen für die Sperrung oder Benutzung öffentlicher Verkehrswege oder Anforderungen für die Organisation öffentlicher Veranstaltungen oder Sicherheitsanforderungen auf Baustellen nennt.

<sup>587</sup> Art.16 D-RL findet keine Anwendung auf „die Freiheit der Rechtswahl für Parteien eines Vertrages“ (Nr.20); „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“ (Nr.21); „die formale Gültigkeit von Verträgen, die Rechte an Immobilien begründen oder übertragen, sofern diese Verträge nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sich die Immobilie befindet, zwingenden Formvorschriften, unterliegen“ (Nr.22).

<sup>588</sup> Art.16 D-RL findet keine Anwendung auf „die außervertragliche Haftung des Dienstleistungserbringers im Falle eines im Rahmen seiner Tätigkeit eingetretenen Unfalls gegenüber einer Person in einem Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer zwecks Erbringung seiner Dienstleistung begibt“ (Nr.23); umgekehrt wird somit deutlich, dass das Recht für außervertragliche Schuldverhältnisse (Deliktsrecht) ansonsten erfasst ist.

<sup>589</sup> Vgl. oben: 1.Teil: B.II.3.ee. und ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

nahme nur sinnvoll ist, wenn im übrigen das IPR grundsätzlich erfasst sein soll<sup>590</sup>. Ebenso ergibt sich auch hier der Umkehrschluss aus Art.17 Nr.22) D-RL, dass grundsätzlich die formale Gültigkeit von Verträgen von Art.16 D-RL erfasst ist, wobei dies nur ausnahmsweise für die Immobilienverträge ausgeschlossen ist. Daraus ließe sich ebenso schließen, dass das Vertragsrecht im Übrigen grundsätzlich von Art.16 D-RL erfasst sein soll.

Ausgeschlossen sind lediglich die von Verbrauchern „geschlossenen“ Verträge (Nr.21), wobei dieser Wortlaut eindeutig gegen eine Einbeziehung des vorvertraglichen Bereichs unter die Ausnahmebestimmung spricht. Zudem soll diese Ausnahme nur solange gelten, wie auf Gemeinschaftsebene keine vollständige Harmonisierung in diesem Bereich erreicht ist. Damit wird zum einen indirekt eingeräumt, dass die bisherigen Richtlinien betreffend Verbraucherverträge nicht ausreichen um ein EU-weites Vertrauen in die jeweiligen Verbraucherschutzstandards zu begründen und insoweit Nachteile für Verbraucher und Unternehmen durch eine Zersplitterung des Binnenmarktes bestehen<sup>591</sup>, zum anderen wird aber auch bereits eine Perspektive geschaffen, für den Fall, dass im Zuge der anstehenden Harmonisierungsbemühungen mit Auswirkungen auf das Verbrauchervertragsrecht eine Vollharmonisierung erreicht wird<sup>592</sup>. Bei bestehender Vollharmonisierung kann das Herkunftslandprinzip letztlich keinen „Schaden“ mehr verursachen, denn es wird im Prinzip nur auf einen jeweils gleichen Standard verwiesen.

cc. Vorübergehende Ausnahmen, Art.18 D-RL

Art.18 D-RL legt Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip für bestimmte Bereiche fest, die nur für eine Übergangszeit gelten sollen, um Zeit für eine ergänzende Harmonisierung gemäß Art.40 D-RL zu lassen<sup>593</sup>. Mit Inkrafttreten eines in Art.40 Abs.1 geforderten harmonisierenden Rechtsaktes finden die Ausnahmen keine Anwendung mehr. Für den Bereich der Geldtransporte und der

---

<sup>590</sup> Vgl. oben: 1.Teil: B.II.3.ee.

<sup>591</sup> Vgl. insoweit auch Erwägungsgrund 45 S.1f, der hervorhebt, dass bestehende Richtlinien in diesem Bereich auf dem Ansatz der Mindestharmonisierung beruhen und selbst insoweit weit reichende Unterschiede zwischen den Verbraucherschutzregelungen in der EU fortbestehen.

<sup>592</sup> Vgl. Begründung S.19; Erwägungsgrund 45, der auf die Mitteilung der Kommission zur verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006, ABl. C 137 v. 8.6.02, 2ff, und den Aktionsplan „Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht“, ABl. C 63 v. 15.3.03, 1ff verweist, der eine Vollharmonisierung in Aussicht stellt, s.u. 2.Teil: C.II.

<sup>593</sup> Gemäß Art.18 Abs.1 lit. a)-c) findet Art.16 während eines Übergangszeitraums keine Anwendung auf die Modalitäten zur Durchführung von Geldtransporten; Gewinnspiele, die einen geldwerten Einsatz bei Glücksspielen verlangen, einschließlich Lotterien und Wetten; die Aufnahme von Tätigkeiten zur gerichtlichen Beitreibung von Forderungen.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

gerichtlichen Beitreibung von Forderungen gilt die Ausnahme zudem nur äußerstenfalls bis zum Jahr 2010 (vgl. Art.18 Abs.1 lit. a), c), Abs.2, 40 Abs.1 a), c), wohingegen für den Bereich der Gewinnspiele kein ausdrückliches Auslaufen der Ausnahmebestimmung vorgesehen ist (vgl. Art.18 Abs.1 lit. b), Abs.3, Art.40 Abs.1 lit. b). Gemäß Art.40 Abs.1 „prüft“ die Kommission innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der D-RL, die „Möglichkeit, Vorschläge für harmonisierende Rechtsakte“ für die genannten Bereiche „vorzulegen“.

Auch im Hinblick auf diese Bestimmungen spricht die Kommission von einem dynamischen Ansatz der D-RL<sup>594</sup>. Diese Vorschriften sind ein Beispiel für das Potential, dass die Regelungstechnik Herkunftslandprinzip bereithält. Wie schon an anderer Stelle ausgeführt erzeugt das Prinzip bestenfalls einen Harmonisierungsdruck, der einen positiven Wettbewerb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen initiiert<sup>595</sup>. Die vorübergehenden Ausnahmen stellen einen solchen Wettbewerb jedoch nur in Aussicht und schaffen damit Anreize unterschiedlicher Intensität für eine EU-weite Harmonisierung in den genannten Bereichen. Hinsichtlich der Geldtransporte und der gerichtlichen Beitreibung von Forderungen wissen die Mitgliedstaaten, dass sie sich spätestens ab 2010 in einem solchen Wettbewerb befinden werden. Um einem schädlichen Wettbewerb entgegenzutreten, haben sie es selbst in der Hand, durch harmonisierende Rechtsakte in den genannten Bereichen bestehende Unterschiede im Schutzniveau, so weit wie notwendig, abzubauen. Hinsichtlich der Gewinnspiele ist das „Damoklesschwert der vorübergehenden Ausnahme“ weniger scharf, wenn nicht gar stumpf, denn ein wirklicher Zwang zu einer Einigung besteht nicht. Dennoch wird durch die Hervorhebung in einer vorübergehenden Ausnahme, die Bedeutung und Priorität der Harmonisierung eines bestimmten Rechtsgebietes deutlich herausgestellt. Zudem wird bereits mit Erlass der D-RL der Harmonisierungsprozess in Gang gesetzt, denn auch die Kommission ist durch Art.40 Abs.1 gebunden, einen Vorschlag für einen Rechtsakt binnen eines Jahres vorzulegen<sup>596</sup>. Im Ergebnis könnte auf diese Weise tatsächlich eine gewisse Dynamik entstehen, mit dem letztlich unbestreitbar positiven Effekt, dass ein wirklicher Binnenmarkt für Dienstleistungen nicht bloß eine vage Zielvorstel-

---

<sup>594</sup> Vgl. oben: 1.Teil: C.I.1; s.u. 1.Teil: C.I.2.e.dd.

<sup>595</sup> Vgl. oben: 1.Teil: B.II.4.a.cc.

<sup>596</sup> Fairerweise sollte die tatsächliche Verpflichtung der Kommission deutlicher formuliert werden, wenn man schon die Mitgliedstaaten „unter (Zeit-) Druck“ setzt.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

lung bleibt, sondern in zeitlich befristeten Schritten (gewissermaßen anhand eines Zeitplanes mit unterschiedlich gewichteten Prioritäten) erreichbar scheint.

dd. Ausnahmen im Einzelfall, Art.19 D-RL

Art.19 i.V.m Art.37 D-RL sehen ähnlich wie schon Art.3 Abs.4-6 E-RL die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten vor, ausnahmsweise abweichend von Art.16 hinsichtlich eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers, Maßnahmen zu ergreifen, wenn bestimmte materielle und verfahrensrechtliche Voraussetzungen erfüllt sind<sup>597</sup>. Die Ausnahmen sollen auf das absolut Notwendige beschränkt bleiben, um gerade für kleine und mittlere Unternehmen die von Art.16 D-RL bezweckte Rechtssicherheit beim grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr zu gewährleisten<sup>598</sup>.

(1) Materielle Voraussetzungen, insb. im Vergleich zur E-RL

Die materiellen Voraussetzungen, die ausnahmsweise einen Bestimmungsmitgliedstaat zum Ergreifen einer Maßnahme gegen einen Dienstleistungserbringer ermächtigen, sind in Art.19 Abs.1, 2 D-RL geregelt. Im Vergleich zur E-RL bestehen Gemeinsamkeiten, aber auch bemerkenswerte Unterschiede:

- Die Maßnahmen müssen sich auf bestimmte Bereiche beziehen (Art.19 Abs.1 D-RL<sup>599</sup>), wobei hierbei wie bei Art.3 Abs.4 lit. a) i) E-RL im Wesentlichen auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit und Ordnung abgestellt wird. Auffallend ist, dass Art.19 D-RL nicht mehr von „Gründen“ spricht, die eine Maßnahme erforderlich machen, sondern von „Bereichen“, auf die sich die Maßnahme beziehen kann, was für eine beabsichtigte weitere Distanzierung von der Terminologie der Schranken der Grundfreiheiten spricht<sup>600</sup>. Ebenso wird auf eine Aufzählung von Beispielen zum jeweiligen Schutzbereich verzichtet, was die Norm letztlich klarer verständlich macht. Die möglichen Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit wirken gegenüber der E-RL einerseits verkürzt, denn diese stellt keinen eigenständigen Schutzbereich mehr dar, sondern lediglich einen Unterfall hinsicht-

<sup>597</sup> Vgl. teilweise erläuternd Erwägungsgründe 40 S.3-5; 47; s.o. zur E-RL: 1.Teil: B.II.3.a.

<sup>598</sup> Vgl. Erwägungsgrund 40, S.3f.

<sup>599</sup> Art.19 Abs.1 lit. a)-c): „die Sicherheit der Dienstleistungen, einschließlich der mit der öffentlichen Gesundheit zusammenhängenden Aspekte“; „die Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitswesen“; „den Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere die mit dem Schutz der Minderjährigen zusammenhängenden Aspekte.“

<sup>600</sup> Hingegen spricht die D-RL in Erwägungsgrund 47, S.1 doch wieder von bestimmten „Gründen“.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

lich der Sicherheit von Dienstleistungen<sup>601</sup>, andererseits sind Maßnahmen auch bezüglich der Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitswesen gestattet. Gravierende Schutzlücken sind demnach durch die Aufteilung nicht zu erwarten, denn im Einzelfall kann weiterhin gegen gesundheitsschädliche Dienstleistungen vorgegangen werden. Nicht als Schutzgüter benannt werden in der D-RL indes die Bereiche Verbraucherschutz und öffentliche Sicherheit, die sich noch in der E-RL fanden. Hinsichtlich des Verbraucherschutzes verwundert dies angesichts der Verwirrung, die dieses Schutzziel gerade auch im Zusammenhang mit der Einbeziehung des Lauterkeitsrechts in den koordinierten Bereich bei der E-RL gestiftet hat nicht<sup>602</sup>. Tatsächlich werden die Eingriffsmöglichkeiten der Bestimmungsmitgliedstaaten hierdurch merklich beschränkt, so dass in der praktischen Handhabung der Auslegung des Begriffes der öffentlichen Ordnung eine besondere Bedeutung zukommen wird. Umgekehrt wird die Wirkkraft des Herkunftslandprinzips gestärkt, denn seine Durchbrechung wird nicht durch den doch recht unscharfen Begriff des Verbraucherschutzes befördert. Die Herausnahme der „öffentlichen Sicherheit“ als Schutzbereich wird letztlich keine gravierende Schutzlücken bewirken: Die Trennlinie zur öffentlichen Ordnung ist seit jeher undeutlich; die Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen wird am Ende auch über die öffentliche Ordnung sicherzustellen sein, wenn man berücksichtigt, dass das hierunter fallende Strafrecht auch Delikte gegen die staatliche Ordnung erfasst. Dies gilt um so mehr, als Dienstleistungen, die unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art.45 EGV), noch nicht mal vom Anwendungsbereich der D-RL erfasst sind, so dass auch insoweit keine Gefahr droht.

- Art.19 Abs.2 D-RL trifft weitere materielle Voraussetzungen, die größtenteils eine Neuerung im Vergleich zu Art.3 Abs.4 E-RL darstellen. *Die Möglichkeit, Maßnahmen im Einzelfall zu ergreifen, soll nur bei Fehlen einer gemeinschaft-*

---

<sup>601</sup> Der Bericht der Kommission über Sicherheit von Dienstleistungen für Verbraucher, KOM (2003) 313endg v. 6.6.2003 konnte im übrigen weder besondere Lücken in den Regelungen der Mitgliedstaaten noch bedeutende Unterschiede im jeweiligen Schutzniveau, wohl aber gravierende Defizite an Information über das Ausmaß der mit Dienstleistungen verbundenen Gefahren bzw. über ihrer Sicherheit feststellen, vgl. Begr. S.16f. Dies lässt erwarten, dass angesichts eines relativ einheitlichen Schutzniveaus, Maßnahmen im Einzelfall wegen Problemen bei der Sicherheit der Dienstleistungen eher selten sein dürften.

<sup>602</sup> Vgl. oben : 1.Teil: B.II.3.a.ee und B.II.2.b.aa.(1).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

lichen Rechtsvereinheitlichung bestehen<sup>603</sup>. Unklar bleibt, ob die fraglichen innerstaatlichen Vorschriften Gegenstand einer Vollharmonisierung gewesen sein müssen oder ob bereits eine durchgeführte Teil- oder Minimalharmonisierung, die den Mitgliedstaaten im Übrigen ausdrücklich die Freiheit lässt, strengere Schutzvorschriften zu er- oder belassen, ausreichen soll. Insofern ist unbedingt eine Klarstellung herbeizuführen:

Verlangt man eine Vollharmonisierung, wird den Interessen der Mitgliedstaaten in höherem Maße Rechnung getragen, denn auf diese Weise bleiben ihre u.U. in teil- und minimalharmonisierten Bereichen in einem Bemühen um höhere Schutzstandards getroffenen gesetzlichen Wertungen durchsetzbar, allerdings nur falls auch die anderen Voraussetzungen des Art.19 D-RL erfüllt sind. Ansonsten wirkt sich das Herkunftslandprinzip in vollharmonisierten Bereichen im Prinzip materiell sowieso nicht aus, denn es verweist lediglich auf identische, da vereinheitliche Standards; einzig die konkrete Umsetzung bzw. die praktische Durchsetzung im Herkunftsmitgliedstaat könnte im Vergleich zu den Bestimmungsländern zu einem im Ergebnis allerdings gemeinschaftsrechtswidrigem Schutzgefälle führen, was dann in einem Vertragsverletzungsverfahren (Art.227 EGV) vom betreffenden Mitgliedstaat zu rügen wäre.

Lässt man bereits eine Minimalharmonisierung genügen, bleiben zwar den Bestimmungsmittgliedsstaaten einige Eingriffsmöglichkeiten verschlossen, hingegen steigert man ein weiteres Mal die Wirkkraft des Herkunftslandprinzips. Ein Absinken der Schutzstandards ins Bodenlose wird durch die bestehenden Mindeststandards verhindert. Gleichzeitig entsteht auch insoweit gewisser Harmonisierungsdruck, der letztlich auch in diesen Bereichen zu einer Vollharmonisierung führen könnte.

- Die Maßnahme soll einen größeren Schutz als diejenige des Herkunftsmitgliedstaates bewirken<sup>604</sup>. Das Ziel der vom Bestimmungsmittgliedstaat angestrebten Maßnahme darf somit nicht bereits von einer gleich oder genauso wirksamen Maßnahme des Herkunftsmitgliedstaates erreicht werden, womit das Schutzniveau im Herkunftsmitgliedstaat niedriger sein oder bei der Durch-

---

<sup>603</sup> Art.19 Abs.2 lit. a): „die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, aufgrund derer die Maßnahme getroffen wird, waren nicht Gegenstand einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene in den in Absatz 1 genannten Bereichen“; vgl. erläuternd Erwägungsgrund 47, S.1, 2.

<sup>604</sup> Art.19 Abs.2 lit. b): „die Maßnahme bewirkt für den Dienstleistungserbringer (?) einen größeren Schutz als diejenige, die der Herkunftsmitgliedstaat aufgrund seiner innerstaatlichen Vorschriften ergreifen würde.“; hier scheint ein Redaktionsversehen vorzuliegen: m.E. erscheint es wahrscheinlicher, dass der Schutz des Dienstleistungsempfängers gewährleistet werden sollte.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

setzung ein vergleichsweise schlechterer Schutz bestehen muss. Insofern handelt es sich offenbar um eine spezielle Abwandlung des Merkmals der Geeignetheit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der allerdings ohnehin noch gemäß Art.19 Abs.2 lit. d) D-RL zu prüfen ist. Die Voraussetzung könnte dennoch als vertrauensbildende Maßnahme sinnvoll sein, da sie die Auseinandersetzung mit dem materiellen Recht und den Verfahrensvorschriften des anderen Staates erforderlich macht. Langfristig könnte die dadurch gesteigerte Kenntnis um (mögliche) Schutzwirkungen des anderen Rechts bestehendes Misstrauen abbauen helfen. Indes könnte dieses Merkmal auch zu einer unnötigen Verkomplizierung führen.

- Zudem muss der Herkunftsstaat keine bzw. im Hinblick auf Art.37 Abs.2<sup>605</sup> unzureichende Maßnahmen ergriffen haben<sup>606</sup> und die Maßnahme verhältnismäßig sein<sup>607</sup>.

(2) Verfahrensrechtliche Voraussetzungen, insb. im Vergleich zur E-RL

Maßnahmen im Einzelfall können gemäß Art.19 Abs.2 D-RL nur unter Einhaltung des Verfahrens der gegenseitigen Unterstützung nach Art.37 D-RL ergriffen werden. Hierbei ist die in Art.37 Abs.2-6 D-RL festgelegte Vorgehensweise zu beachten (Art.37 Abs.1 D-RL):

- Ersuchen an den Herkunftsmitgliedstaat, Maßnahmen gegen einen bestimmten Dienstleistungserbringer zu ergreifen bei gleichzeitiger Übermittlung aller zweckdienlichen Informationen<sup>608</sup>;
- Pflicht des Herkunftsmitgliedstaates, zunächst den fraglichen Dienstleistungserbringer unverzüglich zu überprüfen und daraufhin ebenso unverzüglich, dem ersuchenden Staat Mitteilung zu machen<sup>609</sup>;
- Daraufhin ist der ersuchende Staat verpflichtet, die Kommission und den Herkunftsmitgliedstaat über (evtl. weiterhin) beabsichtigte Maßnahmen ge-

---

<sup>605</sup> Dies ist ein Verweis auf das Verfahren der gegenseitigen Unterstützung, dazu sogleich.

<sup>606</sup> Dies entspricht insoweit Art.3 Abs.4 lit. b), 1.SpStr. E-RL.

<sup>607</sup> Vgl. Art.19 Abs.2 lit. c), d) D-RL.

<sup>608</sup> Art.37 Abs.2, UAbs.1 D-RL: „Der (...) Mitgliedstaat ersucht den Herkunftsmitgliedstaat, Maßnahmen gegen den betreffenden Dienstleistungserbringer zu ergreifen und übermittelt alle zweckdienlichen Informationen über die in Frage stehende Dienstleistung und den jeweiligen Sachverhalt.“

<sup>609</sup> Art.37 Abs.2 UAbs.2 D-RL: „Der Herkunftsmitgliedstaat stellt unverzüglich fest, ob der Dienstleistungserbringer seine Tätigkeit rechtmäßig ausübt und überprüft den Sachverhalt, der Anlass des Ersuchens ist. Er teilt dem ersuchenden Mitgliedstaat unverzüglich mit, welche Maßnahmen getroffen wurden oder beabsichtigt sind oder aus welchen Gründen keine Maßnahme getroffen wurde.“

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

nau<sup>610</sup> zu unterrichten<sup>611</sup>; Maßnahmen im Einzelfall dürfen frühesten fünfzehn Arbeitstage nach dieser Mitteilung erfolgen<sup>612</sup>.

- Die Kommission ist verpflichtet unverzüglich zu überprüfen, ob die mitgeteilten Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, was jedoch nicht den ersuchenden Staat hindert, nach Ablauf der Frist des Art.37 Abs.4 D-RL die betreffenden Maßnahmen zu ergreifen<sup>613</sup>.
- Stellt die Kommission eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit fest, kann sie den betreffenden Mitgliedstaat auffordern, von den beabsichtigten Maßnahmen abzusehen bzw. bereits ergriffene unverzüglich aufzuheben<sup>614</sup>.
- Undurchsichtig ist das Verfahren in „*dringenden Fällen*“ geregelt<sup>615</sup>: Der „*Mitgliedstaat, der beabsichtigt, eine Maßnahme zu ergreifen, kann hierbei von den Absätzen 3 und 4*“ - also von der Unterrichtungspflicht gegenüber Herkunftsmitgliedstaat und Kommission und der fünfzehntägigen Wartepflicht - „*abweichen*“. Gleichzeitig wird aber festgelegt, dass die Maßnahmen unverzüglich „*unter Begründung der Dringlichkeit*“ der Kommission und dem Herkunftsmitgliedstaat mitzuteilen sind. Damit bleibt eine Mitteilungspflicht erhalten, wobei jedoch scheinbar lediglich die Eilbedürftigkeit der Maßnahme nachzuweisen ist, nicht aber die strengeren Anforderungen des Art.37 Abs.3 D-RL an die Begründung gestellt werden. Dies ist insofern fragwürdig, als auf diese Weise eine nachträgliche Prüfung hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtmäßigkeit der Eilmaßnahme unnötigerweise erschwert wird, denn die Kommission erhält nicht zwingend alle Informationen. Art.37 Abs.5 D-RL verpflichtet die Kommission indes auch zur Überprüfung der Eilmaßnahmen, wofür nicht nur der Wortlaut des Absatzes 5 („die mitgeteilten Maßnahmen“), sondern auch der Sinn und Zweck spricht, möglichst umfassend alle Durchbrechungen des Herkunftslandprinzips auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen. Dennoch wird eine Überprüfung der Eilmaßnahmen nicht an mangelnden Informationen scheitern, denn aus den Eilverfahren in den nationalen Gesetzgebungen ist bekannt, dass zur Glaubhaftmachung der Eil-

---

<sup>610</sup> Hierbei muss er insbesondere mitteilen „aus welchen Gründen er die vom Herkunftsmitgliedstaat getroffenen oder beabsichtigten Maßnahmen für unzureichend hält“ und „warum er der Auffassung ist, dass die von ihm beabsichtigten Maßnahmen die Voraussetzungen des Art.19 erfüllen“ (Art.37 Abs.3 lit. a), b) D-RL).

<sup>611</sup> Art 37 Abs.3 D-RL: „Nachdem eine Mitteilung der Angaben gemäß Absatz 2 Unterabsatz 2 durch den Herkunftsmitgliedstaat erfolgt ist ...“.

<sup>612</sup> Vgl. Art.37 Abs.4 D-RL.

<sup>613</sup> Vgl. Art.37 Abs.5, UAbs.1 D-RL.

<sup>614</sup> Vgl. Art.37 Abs.5, UAbs.2 D-RL.

<sup>615</sup> Vgl. Art.37 Abs.6 D-RL.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

bedürftigkeit auch immer eine Darstellung der materiellen Rechtslage erforderlich ist, um dem Gericht zumindest eine summarische Prüfung zu ermöglichen. Jedenfalls ist die Ausnahme von Absatz 3 beim Eilverfahren umständlich und wenig zielführend. Die Verpflichtung der Kommission, auch Eilmaßnahmen zu überprüfen, sollte deutlich herausgestellt werden. Auch die dem Mitgliedstaat im Eilverfahren eingeräumte Möglichkeit, von Absatz 4 – der Frist – abzuweichen, stellt m.E. nicht in ausreichender Weise die vermeintlich dahinter stehende Regelungsabsicht klar. Die Tatsache, dass die Frist i.S.d. Absatzes 4 nicht mehr einzuhalten ist, spricht dafür, dass Maßnahmen sofort (fristlos) ergriffen werden können. Dies könnte klar geregelt sein (etwa: „Der Mitgliedstaat kann in dringenden Fällen sofort Maßnahmen ergreifen, wenn...“). Ebenso wenig leuchtet ein, warum nicht auch Absatz 2 für Eilfälle außer Anwendung gestellt wird, zumal Absatz 3 sowieso auf Absatz 2 verweist (jedoch nur für einen Teil). Ein Ersuchen des Bestimmungslandes und eine anschließende Sachverhaltsaufklärung und Mitteilung durch den Herkunftsmitgliedstaat, scheint unnötig, wenn wie im Eilverfahren wohl typischer Weise, eine Maßnahme vom Bestimmungsland schon ergriffen wurde. Einzig die Intention eine Art Nachbereitung auf mitgliedstaatlicher Ebene bei ergriffenen Eilmaßnahmen zu initiieren, könnte ein Festhalten an Absatz 2 erklären. Ein derartiger Aufwand für die Mitgliedstaaten ist m.E., selbst wenn man die Zusammenarbeit fördern will und muss, nicht notwendig und eher kontraproduktiv. Eine Neufassung der Regelungen des Eilverfahrens, in der die Rechte und Pflichten der einzelnen Beteiligten klar geregelt sind und der genaue Verfahrensablauf sichtbar wird, scheint angezeigt.

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Art.37 D-RL ähneln in vielerlei Hinsicht Art.3 Abs.4 lit. b) – 6 E-RL.

Auffällt jedoch, dass der Kooperationsgedanke in den Vordergrund gerückt und dabei gleichzeitig die Stellung des Herkunftsmitgliedstaates gestärkt wird. Dies wird auch dadurch deutlich, dass das Verfahren für Maßnahmen im Einzelfall nicht in Art.19 D-RL geregelt wird, sondern in einem eigenen Abschnitt „Kontrolle“ neben anderen Vorschriften zur Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten normiert ist<sup>616</sup>. Anders als in der E-RL besteht zudem in der D-RL eine

---

<sup>616</sup> Die Bedeutung, die der „gegenseitigen Unterstützung“ gerade auch für das Herkunftslandprinzip beigemessen wird, macht auch die Tatsache deutlich, dass der Art.36 (Gegenseitige Unterstützung im Fall eines Ortswechsel des

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

Art Vorverfahren, zunächst nur auf mitgliedstaatlicher Ebene, das erst durchlaufen werden muss, bevor überhaupt eine Maßnahme ergriffen werden kann. Das „Wie“ der mitgliedstaatlichen Zusammenarbeit ist hierbei genau vorgeschrieben. Erst wenn die Mitgliedstaaten untereinander keine Lösung finden, kann der ersuchende Mitgliedstaat durch eine Mitteilung über beabsichtigte Maßnahmen eine Frist von fünfzehn Arbeitstagen zum Laufen bringen, an dessen Ende dann – falls die Kommission oder der betreffende Herkunftsmitgliedstaat nicht eingreift – der Mitgliedstaat die gewünschte Maßnahme ergreifen kann. Vorher ist die Kommission am Verfahren überhaupt nicht beteiligt. Eine Maßnahme des Bestimmungsmitgliedstaates wird demnach durch im Vergleich zur E-RL verschärfte Verfahrensanforderungen noch mehr zur ultima ratio. Dies entspricht der in Art.16 Abs.2 D-RL herausgestellten besonderen Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates, stellt hingegen für die Bestimmungsmitgliedstaaten eine weitere Beschränkung der Eingriffsmöglichkeiten gegenüber Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten dar.

(3) Bewertung

Die aufgezeigte Verschärfung der Voraussetzungen für den Erlass von Maßnahmen im Einzelfall ist insofern sinnvoll, als die Wirkkraft des Herkunftslandprinzips gestärkt wird. Allerdings ist zu gewährleisten, dass Art.19 i.V.m. 37 D-RL nicht durch zu hohe Anforderungen seine wichtige Rolle in der Regelungssystematik der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip verliert. Die Ausnahmen im Einzelfall stellen eine Absicherung für den Fall des ‚Versagens‘ der Regelungstechnik dar. Dies kann zum einen dann passieren, wenn ein Herkunftsland, seiner Verpflichtung zur Kontrolle nicht in ausreichendem Maße nachkommt, zum anderen, wenn das von der Regelungstechnik bewusst in Kauf genommene, teilweise fortbestehende Schutzgefälle, in bestimmten Bereichen zu ‚unerträglichen‘ Ergebnissen führt, so dass sich ein Bestimmungsmitgliedstaat zum Ergreifen von Maßnahmen veranlasst sieht. Insofern ist gerade diese Ausnahmeregelung in der Lage, das Vertrauen in die Regelungstechnik Herkunftslandprinzip zu stärken, denn sie gibt jedem Mitgliedstaat die Gewissheit, im Notfall noch selbst eingreifen zu können.

---

Dienstleisters) erläuternde Erwägungsgrund 41 inmitten der Erwägungsgründe zur Beschreibung des Herkunftslandprinzips steht.

**1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN**

Zwar schließen die Art.34ff D-RL zur Wirksamkeit der Kontrolle und zur gegenseitigen Unterstützung ein mögliches Kontrollversagen nahezu aus. Die dort verlangte Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten ist indes für einen funktionsfähigen Binnenmarkt ohnehin unerlässlich (dazu sogleich). Angesichts der enormen Reichweite des koordinierten Bereiches der D-RL, sind jedoch gravierende Unterschiede im Schutzniveau der einzelnen Mitgliedstaaten durchaus vorstellbar, gerade vor dem Hintergrund, dass einige Bereiche gar nicht bzw. nur teil- oder minimalharmonisiert sind. Dies ist m.E. kein Grund, die Regelungstechnik Herkunftslandprinzip selbst in Frage zu stellen, solange eine ausreichend flexible Ausnahmeregelung besteht, die im Einzelfall noch als ‚Notbremse‘ dienen kann. Für nicht erkannte Fälle eines ‚unerträglichen‘ Schutzgefälles ist die Einzelfallausnahme als Korrektiv zwingend notwendig, auch wenn eine teilweise Aushöhlung des Herkunftslandprinzips droht. Insofern kann letztlich aber gerade die vorgesehene ergänzende Harmonisierung gemäß Art.40 Abs.2 lit. a) D-RL greifen.

Vor diesem Hintergrund sollte generell darüber nachgedacht werden, ob die in der D-RL im Vergleich zur E-RL nochmals gesteigerten Anforderungen an die Ausnahmen im Einzelfall wirklich zielführend sind. Die Einzelfallmaßnahmen für den Fall des Bestehens einer gemeinschaftsweiten Rechtsvereinheitlichung auszuschließen (Art.19 Abs.2 lit. a) D-RL) mag zwar konsequent im Sinne des Herkunftslandprinzips sein, schließt ein Versagen des Gemeinschaftsstandards im Einzelfall jedoch nicht aus. Umgekehrt dürfte die Anzahl der zu erwartenden Einzelfallausnahmen begrenzt sein, wenn sich der Gemeinschaftsstandard bewährt, so dass die Anforderung an sich nicht notwendig ist. Auch im Hinblick auf Art.19 Abs.2 lit. b) D-RL sind Zweifel angebracht: Es ist unklar, nach welchen objektiven Kriterien im Einzelfall entschieden werden soll, welche innerstaatlichen Rechtsvorschriften „besseren Schutz“ gewähren.

Auch die Verfahrensregelungen des Art.37 D-RL sollten in ihrer Komplexität und Detailgenauigkeit überdacht werden. Es ist im Grunde zwar sinnvoll, zunächst eine Zusammenarbeit auf der Ebene der Mitgliedstaaten anzuregen und erst bei einem Fehlschlagen, die Kommission einzubeziehen. Es ist m.E. jedoch nicht notwendig, die einzelnen Vorgehensweisen der Mitgliedstaaten bei diesem Abstimmungsprozess vorzuschreiben. Vielmehr sollten bestimmte Zielvorstellungen vorgegeben werden und die Einzelheiten den betreffenden

Mitgliedstaaten überlassen werden. Eine gewisse Flexibilität in der Handhabung würde gewiss auch die Bereitschaft zur Zusammenarbeit erhöhen<sup>617</sup>.

Im Hinblick auf den dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund der Maßnahmen im Einzelfall ist es im übrigen m.E. verfehlt, den Art.19 D-RL kollisionsrechtlich als „konturenlose Wiedergeburt“ des (nationalen) ordre-public-Vorbehalts zu deuten<sup>618</sup>. Jedenfalls geht es – wenn überhaupt – vorliegend um die Gewährleistung eines gemeinschaftsrechtlichen ordre public, denn der jeweilige Mitgliedstaat kann Maßnahmen nur ergreifen, wenn diese nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des Art.19 D-RL erlaubt sind, die wiederum auf die Grundfreiheitendogmatik zurückgehen. Der Maßstab sind also gerade nicht die nationalen Interessen des Forumstaates.

Der Versuch, das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip in eine kollisionsrechtliche Dogmatik einzugliedern, scheint überdies von vornherein fragwürdig, denn die Binnenmarktregel Herkunftslandprinzip hat bereits in ihrer Konzeption zu wenig mit einer klassischen Kollisionsregel gemein, obwohl sie wie eine IPR-Regel, das anwendbare Recht bestimmt<sup>619</sup>.

#### e. Flankierende Maßnahmen

Die bereits teilweise dargestellten begleitenden Maßnahmen zu Art.16 D-RL verdienen vorliegend besondere Beachtung, ohne dass hierbei auf ihre Funktionsweise im Einzelnen eingegangen werden muss. Inwieweit hierbei unbeschneiden von einer „Kombination verschiedener Regelungsansätze“ gesprochen werden sollte<sup>620</sup>, sei weiterhin in Frage gestellt<sup>621</sup>. Die Maßnahmen stellen allerdings eine zukunftsweisende Fortentwicklung der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip dar, und ihnen kann eine zentrale Bedeutung für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Prinzips zukommen<sup>622</sup>.

---

<sup>617</sup> Zur Kritik, dass die Einzelfallausnahmen mit ihren Kooperationserfordernissen nicht auf die Zivilgerichte passen, so: Basedow, EuZW 2004, 423 (424).

<sup>618</sup> Vgl. Sonnenberger, RIW 2004, 321 (323): sieht Art.19 D-RL als „Handhabe, ausländisches Recht, das gegen die Grundordnung des Gerichtsstaates verstößt“ auszuschließen; ähnlich: Basedow, EuZW 2004, 423 (424).

<sup>619</sup> Vgl. dazu bereits: 1.Teil: B.II.4.a.cc.; vgl. noch: 2.Teil: B.III.3.

<sup>620</sup> Vgl. nochmals: Erwägungsgründe: 2, 6; Begründung, S.9-14. In diesem Sinne: D'Acunto, Rev. du dr.de l'UE 2004, 201 (235ff).

<sup>621</sup> Die Begründungserwägungen (S.9-14) nennen als Regelungsansätze nur das Herkunftslandprinzip, die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip, den Aufbau einer gegenseitigen Unterstützung, die gezielte Harmonisierung und alternative Regulierungsansätze. Im Zentrum steht demnach einzig das Herkunftslandprinzip; alles andere ist m.E. notwendig, um die Funktionsfähigkeit des Prinzips zu sichern.

<sup>622</sup> Erwägungsgrund 37 S.3, 4 beschreibt Kombination der Maßnahmen, denn auch im Zusammenhang mit den Erläuterungen zum Herkunftslandprinzip und spricht auch von „flankierenden“ Maßnahmen.

aa. Gezielte Harmonisierung

Durch gezielte Harmonisierung bestimmter Vorschriften können gravierende Unterschiede im Schutzniveau der Mitgliedstaaten vermieden werden, was gerade im Hinblick auf den ‚horizontalen‘ Ansatz der D-RL sinnvoll erscheint. Der Vorschlag setzt vor allem auf vereinheitlichte Informationspflichten<sup>623</sup> (Art.5-8; 22, 26) und die Sicherstellung der Haftung bestimmter Dienstleistungserbringer durch zwingende Zugehörigkeit zu einer Berufshaftpflichtversicherung oder durch Schaffung sonstiger Sicherheiten (Art.27). Sowohl Dienstleistungsempfänger als auch -erbringer sollen mehr Informationen erhalten: Ein Dienstleistungserbringer, der eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat errichten will, um seine Dienstleistungen anbieten zu können, kann den Binnenmarkt für Dienstleistungen nur nutzen, wenn er die Bedingungen hierzu kennt (Art.5-8). Insofern gewährt Art.7 ein „*Recht auf Information*“, wodurch der Dienstleistungserbringer einen Anspruch gegenüber dem Zielstaat auf Bereitstellung bestimmter Informationen erhält. Ebenso kann ein Dienstleistungsempfänger die Möglichkeiten, die ihm aus einem Binnenmarkt für Dienstleistungen erwachsen, besser wahrnehmen, wenn ihn sein Wohnsitzland bei der EU-weiten Suche nach hochwertigen Dienstleistungen durch Bereitstellung bestimmter Informationen unterstützt (Art.22). Zudem wird auch der Dienstleistungserbringer verpflichtet, bestimmte Informationen zur Verfügung zu stellen (Art.26, 28<sup>624</sup>).

Der Vorschlag sieht weitere Harmonisierungsmaßnahmen vor, z.B. besondere Anforderungen für bestimmte Tätigkeitsbereiche (multidisziplinäre Tätigkeiten, Art.30), die Vereinfachung von Verwaltungsverfahren und -formalitäten (Kapitel II, Abschnitt 1, 2) oder die Abschaffung einiger gesetzlicher Anforderungen (Art.14, 21, 29) zugunsten der Dienstleistungserbringer. Auch die Position des Dienstleistungsempfängers wird gestärkt (vgl. Art.20-23<sup>625</sup>); die Beilegung von Streitigkeiten auch durch außergerichtliche Verfahren soll erleichtert werden; (Art.32); der Austausch von Informationen über die Qualität der Dienstleistungserbringer (Art.33) zwischen den Mitgliedstaaten wird gefördert.

---

<sup>623</sup> Vgl. hierzu generell kritisch: Wendtlandt, VuR 2004, 117 (117, Fn.2).

<sup>624</sup> Vgl. hierzu erläuternd: Erwägungsgrund 62; Art.28 verpflichtet i.E. die Dienstleistungserbringer, ausreichende Informationen über Garantie- oder Gewährleistungsvorschriften bereitzustellen.

<sup>625</sup> vgl. hierzu Begründung, S.14, 27

Die vorgenommenen gezielten Harmonisierungen reichen gewiss nicht aus, um sämtliche Unterschiede im Schutzniveau der Mitgliedstaaten auszugleichen, so dass die race to the bottom – Gefahr wie schon bei der E-RL<sup>626</sup> erneut beschworen werden wird. Indes kann in vielen Bereichen, bereits auf dem bestehenden Gemeinschaftsstandard aufgebaut werden, und zudem können Maßnahmen gemäß Art.19 D-RL ein gravierendes Schutzgefälle im Einzelfall ausgleichen (s.o.). Auch stellen gerade die Informationspflichten zugunsten des Dienstleistungsempfängers sicher, dass sich dieser vorab über die Qualität des Schutzes in anderen Mitgliedstaaten ausreichend vertraut machen (vgl. etwa Art.22 Abs.1 lit. a) D-RL) und selbst entscheiden kann, bestimmte Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten zu beziehen oder nicht. Hierbei verliert der Verbraucher auch grundsätzlich nicht die Schutzrechte seiner Heimatrechtsordnung (vgl. Art.17 Nr.21) D-RL).

#### bb. Verbesserte Kontrolle durch verstärkte Zusammenarbeit

Zudem soll die Wirksamkeit der Kontrolle durch vermehrte Zusammenarbeit bei der Überwachung der Dienstleistungserbringer und ihrer Dienstleistungen verbessert werden. Die Art.34-38<sup>627</sup> sehen gegenseitige Unterstützung z.B. durch Amtshilfe, Kooperationspflichten oder Informationsaustausch vor, wobei eine klare Verteilung der Kontrollaufgaben vorgenommen wird (vgl. nochmals Art.16 Abs.2). Gerade diese Regelungen stellen eine bemerkenswerte Neuerung im Vergleich zur E-RL dar, wobei indes auch Art.19 E-RL bereits Anregungen zur verstärkten Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten enthielt. Die in Art.34-38 aufgeführten Maßnahmen sind m.E. prinzipiell unerlässlich, wenn man es tatsächlich mit der Schaffung eines wirklichen Binnenmarktes für Dienstleistungen ernst meint<sup>628</sup>. Da die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich ermöglicht, dass Dienstleistungserbringer EU-weit tätig werden dürfen, muss notwendigerweise auch die Kontrolle EU-weit organisiert werden. Bei der Kontrolle der Dienstleistungen ist der Herkunftsmitgliedstaat schon aufgrund

---

<sup>626</sup> Vgl. oben: 1.Teil: B.II.2.b.aa. (2); B.II.2.c; hierzu: D'Acunto, Rev. du dr.de l'UE 2004, 201 (240ff).

<sup>627</sup> Vgl. Begründung, S.11; Erwägungsgründe 5, 6

<sup>628</sup> An dieser Stelle soll nicht geklärt werden, inwieweit die Regelungen zur Zusammenarbeit in ihren Einzelheiten sinnvoll sind. Es erscheint allerdings in jedem Fall angezeigt, dass bestimmte Vorgaben gemacht werden, so dass sich insoweit eine europaweit einheitliche Übung der Verwaltungszusammenarbeit herausbilden kann; Art.36 regelt z.B. ausführlich die Zusammenarbeit zwischen Herkunfts- und Bestimmungsmitgliedstaat für den Fall, dass ein Eingreifen direkt am Ort der Erbringung der Dienstleistung erforderlich wird und gestattet ein Tätigwerden der zuständigen Stellen vor Ort, vgl. erläuternd Erwägungsgrund 41.

der Größe des zu überwachenden Gebietes zwingend auf die Hilfe der Verwaltungen anderer Mitgliedstaaten angewiesen.

Logische Konsequenz der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip ist eine Kontrolle an der Quelle<sup>629</sup>, die auch dann auszuüben ist, wenn Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbracht werden. Die Herausstellung der umfassenden Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates in Art.16 Abs.2 ist insofern an sich nicht notwendig, aber zweckmäßig, denn dieser mag in der Intensität seiner Kontrollbemühungen zurückhaltender sein, wenn ein in seinem Gebiet niedergelassener Dienstleistungserbringer ausschließlich in anderen Mitgliedstaaten tätig ist. Überdies erscheint es zweckmäßig, einen Dienstleistungserbringer am Ort seiner Niederlassung zu kontrollieren, denn die Behörden können sich auf diese Weise direkt an die Führungsebene des Unternehmens wenden. Umgekehrt könnte allenfalls gestattet werden, dass die nationalen Verwaltungen auf dem gesamten Gebiet der EU operieren dürfen, um fragliche Dienstleistungen zu überprüfen, was noch weniger gewollt sein dürfte.

Die effektive Kontrolle ist eine Grundvoraussetzung für die Schaffung gegenseitigen Vertrauens, welches wiederum für die Funktion der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip unerlässlich ist<sup>630</sup>. Wie eben gesehen kann gerade eine mangelhafte Durchsetzung des Rechts zum ‚Versagen‘ der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip führen.

#### cc. Förderung der Qualität der Dienstleistungen/ Stärkung der Rechte des Dienstleistungsempfängers

Die D-RL enthält ein eigenes Kapitel zur Qualität der Dienstleistungen (Kapitel IV: Art. 26-33 D-RL). Die Kapitelüberschrift ist insofern irreführend, als die Normierung von Informationspflichten in Art.26, 28 zugunsten der Dienstleistungsempfänger, der verstärkte Austausch von Informationen über Dienstleistungserbringer zwischen den Mitgliedstaaten (Art.33) oder auch die speziellen Anforderungen im Hinblick auf die Berufshaftpflichtversicherung (Art.27) bzw. die multidisziplinären Tätigkeiten (Art.30) keine Maßnahmen sind, die direkt der Qualität der Dienstleistungen dienen, sondern allenfalls ein Umfeld fördern, das qualitativ hochwertige Dienstleistungen begünstigt. Die einzig direkten „Maßnahmen zur Qualitätssicherung“ bleiben vage, denn es handelt sich um eine bloße Absichtserklärung, Dienstleistungserbringer zu „ermutigen, freiwillig,

---

<sup>629</sup> Vgl. nochmals Erwägungsgrund 38.

<sup>630</sup> Vgl. Erwägungsgrund 38, S.3. Die Klarstellung dieses Zusammenhangs ist eine der wichtigsten Neuerungen im Vorschlag im Vergleich zur E-RL; vgl. indes bereits: 1.Teil: B.II.2.c.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

die *Qualität der Dienstleistungen zu sichern*“ etwa durch die Errichtung freiwilliger Zertifizierungs- und Qualitätssicherungssysteme oder die Förderung der Zusammenarbeit zwischen Handels- und Handwerkskammern. Dies entspricht einer Tendenz in der Rechtssetzung der Kommission zunehmend alternative Regelungsansätze wie Co-Regulierung oder auch außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern<sup>631</sup>, wie auch die Art.32, 39 (außergerichtliche Streitbeilegung; Förderung von Verhaltenskodizes) zeigen.

Die Art.20-23 D-RL<sup>632</sup> gewähren dem Dienstleistungsempfänger darüber hinaus eigene Rechte: Dieser soll wie gesehen vom Herkunftsmitgliedstaat durch Informationen bei der Wahrnehmung seiner Dienstleistungsfreiheit unterstützt werden. Sein Recht, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Dienstleistungserbringern in Anspruch zu nehmen, wird klar herausgestellt und bestimmte Beschränkungen für unzulässig erklärt (Art.20). Es gilt ein umfassendes Diskriminierungsverbot (Art.21).

Auch wenn diese Maßnahmen genauso wenig wie die vorgenommene gezielte Harmonisierung sicherstellen können, dass EU-weit dieselben Anforderungen zum Schutz der Dienstleistungsempfänger bzw. zur Qualität der Dienstleistungen gelten, so ermöglichen sie dem Dienstleistungsempfänger aus einer gefestigteren Position heraus, eigenverantwortlich die Vorteile des Binnenmarktes für Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu können.

dd. Das „dynamische Konzept“

Im Gegensatz noch zur E-RL nutzt der Vorschlag mit unterschiedlichen Mitteln, die dem Herkunftslandprinzip innewohnende Dynamik, wobei eine fortschreitende, schrittweise Integration initiiert werden soll<sup>633</sup>:

Teilweise sieht die D-RL lediglich eine schrittweise Umsetzung vor (Art.6-8); für bestimmte Bereiche wird eine ergänzende Harmonisierung festgeschrieben (Art.40), die durch lediglich vorübergehende Ausnahmen von Art.16 D-RL forciert wird (Art.18); auch darüber hinaus wird teilweise die Reichweite des Art.16 D-RL (vgl. Art.17 Nr.21) und 19 Abs.2) sukzessive ausgeweitet; weitergehender Harmonisierungsbedarf wird antizipiert (Art.40 Abs.2 lit. d) und Maßnahmen insbesondere für den Fall in Aussicht gestellt, dass zahlreiche Verfahren im Einzelfall gemäß Art.19 D-RL in einem bestimmten Bereich

---

<sup>631</sup> Vgl. schon in der Art.16 (Verhaltenskodizes), 17 (Außergerichtliche Streitbeilegung) E-RL; Grünbuch der Kommission über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endg.

<sup>632</sup> Vgl. Begründung, 14, 27, Erwägungsgründe 48ff; zu Art.23 (Behandlungskosten): Erwägungsgründe 51-57.

<sup>633</sup> Vgl. Begründung: S.12f; Erwägungsgrund 6; hierzu: D’Acunto, Rev. du dr.de l’UE 2004, 201 (7ff).

**1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN**

stattfinden (Art.40 Abs.2 lit. a); die Kommission erhält die Möglichkeit, Durchführungsbestimmungen zu erlassen (Art.8 Abs.3, Art.22 Abs.4, 26 Abs.6, 27 Abs.5, 38); Art.9, 15, 30 D-RL sehen eine schrittweise Überprüfung vor, ob bestimmte Anforderungen gerechtfertigt sind; auch im Verfahren der gegenseitigen Evaluierung (Art.41, hierzu: Begründung, S.25f.) kann ein weitergehender Harmonisierungsbedarf festgestellt werden.

Diese im Vergleich zur E-RL neuartigen Maßnahmen zeigen, dass erkannt wurde, dass die Wirkkraft des Herkunftslandprinzips als Regelungstechnik weit über die einer IPR-Regel hinausgeht. Das Herkunftslandprinzip stellt vielmehr einen Integrationshebel dar, der die ins Stocken geratenen Bemühungen um einen einheitlichen Binnenmarkt für Dienstleistungen neu anschieben kann.

Wie bereits dargelegt bewirkt das Herkunftslandprinzip einen gewissen Harmonisierungsdruck, positiv gesagt eine Harmonisierungsdynamik, der besonders in den vorübergehenden Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip und der Kopplung mit der ergänzenden Harmonisierung (Art.18, 40) zum Ausdruck kommt. Für die Mitgliedstaaten schafft dies einen Anreiz, um notwendige Harmonisierungsmaßnahmen innerhalb eines bestimmten Zeitraums durchzuführen. Die Kommission kann durch Auswahl der Bereiche entsprechend ihrem Initiativrecht steuern, welche Gebiete vorrangig einer Harmonisierung zugeführt werden sollen. Gleichzeitig ist sie in diesen Bereichen auch verpflichtet tätig zu werden. Die Binnenmarktintegration wird auf diese Weise zu einem kalkulierbaren Prozess, der sich gewissermaßen selbst antreibt.

Durch die Verknüpfung der ergänzenden Harmonisierung mit den Einzelfallausnahmen (Art.40 Abs.2 lit. a), 19 D-RL) wird zudem eine zielgerichtete Harmonisierung initiiert, denn die Bereiche, in denen zahlreiche Einzelfallverfahren entstehen, sind ohne Zweifel noch nicht ausreichend harmonisiert. Umgekehrt wird auch im übrigen deutlich, für welche Bereiche eine weitergehende Harmonisierung im Interesse des Binnenmarktes überhaupt nicht notwendig ist, denn solange keine Einzelfallverfahren von den Mitgliedstaaten angestrengt werden, scheint der Binnenmarkt prinzipiell reibungslos und ohne größeren Lücken im Schutznetz zu funktionieren. Dies alles geschieht indes, im Rahmen eines dank des Herkunftslandprinzips bereits funktionsfähigen Binnenmarktes.

### 3. Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten und -initiativen

Gemäß Art.3 Satz 2 schließt die D-RL die Anwendung der Bestimmungen anderer Gemeinschaftsrechtsakte auf die von ihnen erfassten Dienstleistungen nicht aus. Der D-RL kommt insoweit wie auch der E-RL eine bloße Ergänzungsfunktion zu<sup>634</sup>. Art.3 Satz 2 bezieht sich damit jedenfalls auf geltende Gemeinschaftsvorschriften, die speziell Dienstleistungstätigkeiten regeln<sup>635</sup> oder in denen solche mitgeregelt sind<sup>636</sup>. Im Ergebnis sollen die Anforderungen aus dem bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand und die der D-RL – soweit möglich – kumulativ (nebeneinander) Anwendung finden<sup>637</sup>.

Im Übrigen sei die Kohärenz der Richtlinie mit anderen Gemeinschaftsrechtsakten durch Ausnahmebestimmungen und andere einschlägige Vorschriften sichergestellt<sup>638</sup>. Hierfür sei gerade im Hinblick auf das Verhältnis zur E-RL auf Art.9 Abs.3<sup>639</sup> und 19 Abs.3<sup>640</sup> D-RL hingewiesen<sup>641</sup>: Art.9 Abs.3 stellt die in Art.4 E-RL gewährte prinzipielle Genehmigungsfreiheit von DIG sicher<sup>642</sup>. Art.19 Abs.3 bewirkt, dass die für DIG in Art.3 Abs.4-6 E-RL festgelegten Voraussetzungen für Maßnahmen im Einzelfall unabhängig von der D-RL bestehen bleiben<sup>643</sup>. Demnach gelten die Anforderungen der Richtlinien insoweit nicht kumulativ, sondern die E-RL bleibt insoweit spezieller als die D-RL. Zudem wird postuliert, die D-RL stünde „im Einklang“ mit den derzeitigen Gemeinschaftsinitiativen für den Dienstleistungssektor<sup>644</sup>. Bemerkenswert ist insoweit die ständig wiederkehrende Beteuerung, dass die D-RL „*keinerlei Festle-*

---

<sup>634</sup> Vgl. besonders deutlich: Erwägungsgrund 13, S.3: „Diese Richtlinie ergänzt (den) gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand, um ihn zu vervollständigen.“

<sup>635</sup> Erwägungsgrund 13, S.1 nennt „beispielsweise“ die Richtlinien zu den reglementierten Berufen, betreffend die Postdienste, das Fernsehen, die DIG oder Reisedienstleistungen wie etwa Pauschalreisen.

<sup>636</sup> Erwägungsgrund 13, S.2 nennt als Beispiel die „Vorschriften über den Verbraucherschutz“.

<sup>637</sup> Erwägungsgrund 13, S.4; Begründung, S.15.

<sup>638</sup> Erwägungsgrund 13, S.5.

<sup>639</sup> Vgl. zu den Genehmigungsregeln Art.9 Abs.3 D-RL: „Dieser Abschnitt (Genehmigungen) gilt nicht für Genehmigungsregelungen, die durch andere Gemeinschaftsrechtsakte festgesetzt oder zugelassen sind“.

<sup>640</sup> Vgl. zu den Ausnahmen im Einzelfall Art.19 Abs.3 D-RL: „Die Absätze 1 und 2 berühren nicht die in den Gemeinschaftsrechtsakten festgelegten Bestimmungen zur Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit oder zur Gewährung von Ausnahmen von dieser Freiheit; damit wird klargestellt, dass in anderen Richtlinien vorgesehene Ausnahmeregelungen durch die D-RL nicht erweitert oder begrenzt werden sollen; vgl. insoweit ausdrücklich unter Hinweis auf die E-RL und die F-RL, Erwägungsgrund 47, S.3 a.E.“

<sup>641</sup> Wie Erwägungsgrund 14, S.4 deutlich macht erfasst der Dienstleistungsbegriff des Art.4 Ziff.1) D-RL grundsätzlich auch „Leistungen, die im Fernabsatz, beispielsweise über das Internet, erbracht werden können“, so dass grundsätzlich in Bezug auf DIG die E-RL und die D-RL kumulativ Anwendung finden sollen.

<sup>642</sup> Vgl. besonders deutlich Erwägungsgrund 27, S.3: Die Bestimmungen der Richtlinie „können nicht Genehmigungserfordernisse rechtfertigen, die im übrigen durch andere Gemeinschaftsrechtsakte untersagt sind.“

<sup>643</sup> Vgl. Erwägungsgrund 47, S.3: Die Möglichkeit zu Maßnahmen im Einzelfall bedeute nicht, „dass in anderen Richtlinien vorgesehene Ausnahmeregelungen erweitert oder begrenzt werden können.“ Als Beispiel wird neben der E-Commerce-Richtlinie auch die Fernseh-Richtlinie genannt.

<sup>644</sup> Vgl. Erwägungsgrund 8, der zahlreiche Beispiele nennt u.a. auch die Verordnung über Verkaufsförderung und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und Begründung S.15-20; dies soll nicht vertieft werden.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

gungen im Hinblick auf sonstige Initiativen auf Gemeinschaftsebene im Bereich des Verbraucherschutzes“ treffe, seien diese legislativer Art oder nicht<sup>645</sup>. In dieser unscheinbaren Formulierung ist einerseits ein Formelkompromiss zwischen den Generaldirektionen Binnenmarkt, Justiz und Inneres und Verbraucherschutz zu sehen, der bestehende Differenzen mit Hilfe einer allgemein gehaltenen Formulierung überdeckt. Andererseits verdeutlicht die Formulierung auch inhaltlich den Charakter der D-RL als Rahmenrichtlinie. Selbstverständlich können Bereiche, in denen die D-RL selbst keine Vollharmonisierung vorsieht, und das sind die meisten, weiterhin speziellen Harmonisierungsmaßnahmen unterzogen werden. Die D-RL gilt dann ebenso ergänzend, d.h. sie lebt nur insoweit wieder auf als der neue speziellere Rechtsakt keine eigenen Regelungen trifft. Auch darüber hinaus bringen die Begründungserwägungen keinerlei Klarstellungen im Hinblick auf die Überarbeitung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes im Bereich des Verbraucherschutzes, wobei lediglich der geplante „Übergang zu einer Vollharmonisierung im Bereich des Vertragsrechts“ herausgestellt wird<sup>646</sup>.

Die Begründungserwägungen nehmen indes deutlicher Stellung zu den bestehenden Initiativen im Bereich des Kollisionsrechts, die darauf abzielen, gemeinschaftsweite Kollisionsregeln zu schaffen<sup>647</sup>. Der Vorschlag einer Rom II-Verordnung<sup>648</sup> und eine geplante Rom I-Verordnung<sup>649</sup> könnten ihre Bedeutung im Verhältnis zu Drittstaaten und für Tätigkeiten behalten, die nicht von der D-RL abgedeckt bzw. die von Ausnahmen des Herkunftslandprinzips erfasst sind<sup>650</sup>. Insofern verweisen die Begründungserwägungen auf Art.23 Abs.2 des Vorschlags einer Rom II-Verordnung, der eine spezielle Ausnahme zugunsten des Herkunftslandprinzips vorsähe und auf eine Formulierung im Rom I-Grünbuch, die klarstelle, „dass die im EG-Vertrag und anderen sekundärrechtlichen Regelungen enthaltenen Grundprinzipien des Binnenmarktes durch dieses Rechtsinstrument nicht angetastet werden.“ Immerhin wird auf diese Weise ein Weg für eine mögliche Abgrenzung zwischen den Binnenmarktrichtlinien mit Herkunfts-

---

<sup>645</sup> Bericht, S.5, 10, 15; vgl. hierzu noch: 2.Teil: B. und C.

<sup>646</sup> Vgl. Begründung, S.19; auch hier wird lediglich festgestellt, dass die D-RL hiermit „im Einklang“ stünde.

<sup>647</sup> Vgl. Begründung, S.19f.

<sup>648</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM (2003), 427 endg.

<sup>649</sup> Vgl. Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in eine Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 endg. vom 14.1.2003.

<sup>650</sup> Insoweit wird als Beispiel die außervertragliche Haftung des Dienstleistungserbringers im Fall eines im Rahmen seiner Tätigkeit eingetretenen Unfalls mit einer Person in dem Mitgliedstaat, in den der Dienstleistungserbringer sich begeben hat genannt; vgl. Begründung, S.20.

landprinzip und den geplanten kollisionsrechtlichen Verordnungen aufgezeigt. Die (wohl bewusst) allgemein und oberflächlich gehaltenen Formulierungen in den Vorschlägen zu möglichen Kollisionsnormen, lassen den konzeptionellen Konflikt indes noch weiter schwelen<sup>651</sup>.

#### 4. Weitere Aussagen für die Regelungstechnik ‚Herkunftslandprinzip‘

Art.16 D-RL hält weitere Erkenntnisse für die Regelungstechnik ‚Herkunftslandprinzip‘ bereit, hat indes – wie nicht anders zu erwarten – erste Kritik erfahren, die in vielerlei Hinsicht an die bereits zu Art.3 E-RL geäußerte Beurteilung erinnert, aber auch darüber hinausgeht<sup>652</sup>.

M.E. stellt ein Herkunftslandprinzip in der Form wie es in der D-RL verankert ist, nicht lediglich eine IPR-Regel dar, sondern kann darüber hinaus als Zentralnorm einer Regelungsstrategie im Zusammenwirken mit ergänzenden Maßnahmen, als Integrationshebel wirken. Bei unmittelbarer Gewährleistung eines funktionsfähigen Binnenmarktes bewirkt es Anreize für eine gezielte und gesteuerte Rechtsvereinheitlichung innerhalb der EU. Gleichzeitig enthält es Schutzvorrichtungen, die ein gefährliches Absinken der Standards verhindern.

##### a. Einwände gegen Art.16 D-RL

Auch das Herkunftslandprinzip der D-RL hat schon heftige Kritik erfahren: Art.16 sei „verfehlt“, „pauschal“, „holzschnittartig“ und „grobschlächtig“<sup>653</sup>. Die übertriebene ‚Pauschalkritik‘ erinnert in vielem an die Diskussion zu Art.3 E-RL. Insbesondere werden vermeintliche oder tatsächliche Risiken dramatisiert, genauso wie mögliche Chancen scheinbar ignoriert werden<sup>654</sup>. Wie in absehbarer Zeit ein wirklicher Binnenmarkt für Dienstleistungen ohne das Herkunftslandprinzip entstehen soll, bleibt unbeantwortet.

Im Einzelnen mag manche Kritik durchaus berechtigt sein, wobei – wie gesehen – insbesondere die Ausnahmeregelungen als Korrektiv für ein enorm weit reichendes Herkunftslandprinzip genutzt werden können.

---

<sup>651</sup> Vgl. hierzu noch ausführlich: 2.Teil: B. II.

<sup>652</sup> Vgl. Duintjer Tebbens, in: Fuchs/ Watt/ Pataut, 101 (114f); demnächst auch Basedow, in: FS Maksymilian Pazdan (2005); zitiert in Jayme/ Kohler, IPRax 2004, 481 (484).

<sup>653</sup> Vgl. diese Bewertungen bei Sonnenberger, RIW 2004, 321ff und Basedow, EuZW 2004, 423ff; ähnlich: Manowski, IPRax 2004, 385ff.

<sup>654</sup> Bei der EP-Anhörung wurde vielfach ein nachteiliger Wettbewerb und ein race-to-the-bottom vor allem auf Kosten des Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Umweltschutzes und der sonstigen sozialen Rechte befürchtet.

aa. Fehlentwicklungen im EU-Kollisionsrecht

Die Kritik richtet sich – vorausgesetzt man akzeptiert überhaupt eine kollisionsrechtliche Bedeutung – vorrangig gegen eine durch Art.16 D-RL verursachte Rechtszersplitterung im IPR, die insbesondere vor dem Hintergrund der bereits in Angriff genommenen EU-weiten Harmonisierung des IPR für vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse, kontraproduktiv wirke<sup>655</sup>. Inhaltlich sei das Herkunftslandprinzip für das IPR der Verträge zwar nichts grundlegend Neues<sup>656</sup>, schaffe aber keinen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen beider Vertragsparteien (anders das herkömmliche IPR<sup>657</sup>). Im Bereich der deliktischen Haftung sei das Herkunftslandprinzip indes zu pauschal<sup>658</sup>. Ebenso wie bei der E-RL wird eine Spaltung des IPR in Binnenmarkt- und Drittlandsachverhalte befürchtet, da das Herkunftslandprinzip des Sekundärrechts keine Außenwirkung habe, was bei einem einheitlichen „universellen Ansatz“ von Rom I und II gerade nicht der Fall sei<sup>659</sup>.

In diesem Zusammenhang wird zu Recht auf die fehlende Abstimmung der handelnden Generaldirektionen innerhalb der Kommission hingewiesen<sup>660</sup>.

Es wird indes zu zeigen sein, dass sich das Herkunftslandprinzip als IPR-Regel sinnvoll in das Gesamtsystem eines Gemeinschaftskollisionsrechts einfügen lässt<sup>661</sup>. Hierbei ist allerdings ohne Zweifel die Zusammenarbeit der Generaldirektionen gefragt. Ziel muss eine sinnvolle und klare Abgrenzung von Kollisionsnormen des Gemeinschaftsrechts (bzw. von nach der Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich geprägten nationalen Kollisionsnormen) gegenüber „klassischen“ Kollisionsnormen sein, wie sie auch in einer Rom I- bzw. Rom II-Verordnung zu erwarten sind. Vor allem

---

<sup>655</sup> Vgl. Sonnenberger, RIW 2004, 321 (321f): „verwirrendes Geflecht nationaler und europarechtlicher Regelungen“, die D-RL „torpediert“ diese Bemühungen; „Atomisierung“ des IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse; ähnlich: Basedow, EuZW 2004 423 (423); Paul Beaumont, Professor für Europäisches und Internationales Privatrecht an der University of Aberdeen, bei der EP-Anhörung: IPR als die „better policy option“; ebenso: Mankowski, IPRax 2004, 385 (390ff): „mangelnde gedankliche Abstimmung“; „Missachtung und fehlender Respekt“ vor dem traditionellen IPR.

<sup>656</sup> Basedow, EuZW 2004 423 (424): zunächst gelte das von den Parteien gewählte Recht (Art.3 Rom I (=Art.27 EGBGB), was gemäß Art.17 Nr.20 D-RL unangetastet bleibt – dann gelte ohnehin gemäß Art.4 Abs.2 Rom I (= Art.28 Abs.2 EGBGB) das Recht des Herkunftslandes); „wozu also die Bekräftigung geltenden Rechts ...?“

<sup>657</sup> Vgl. Sonnenberger, RIW 2004, 321(324): einseitige Bevorzugung der Anbieter v.a. in Staaten mit niedrigen Standards.

<sup>658</sup> Basedow, EuZW 2004 423 (424): „erstaunliche Arglosigkeit der Verfasser“ der D-RL; die „subtile Rolle“ des Deliktsrechts als „Instrument der kontinuierlichen Bestätigung und Fortentwicklung gesellschaftlicher Werte und Rechtsüberzeugung“ werde verkannt; es ginge um den Schutz anerkannter Rechtsgüter in einem Land.

<sup>659</sup> Vgl. Sonnenberger, RIW 2004, 321 (323); Mankowski, IPRax 2004, 385 (391).

<sup>660</sup> Vgl. Basedow, EuZW 2004, 423 (423): die „Zweigleisigkeit der Kommissionspolitik im IPR“ führe Europas Rechtspolitik auf einen Irrweg“; „mangelnde Koordination“; dies sei auf die unklare Kompetenzlage in Art.95 u. 65 EGV zurückzuführen.

<sup>661</sup> Vgl. hierzu noch: 2.Teil: B.

dürfen keine weiteren Formelkompromisse – wie in Art.1 Abs.4 E-RL – die notwendige Klarstellung weiter verzögern und noch mehr Verwirrung stiften.

#### bb. Rechtsunsicherheit

Darüber hinaus schaffe Art.16 entgegen der Zielsetzung der D-RL mehr Rechtsunsicherheit als -sicherheit, vor allem durch die Verschachtelung von klassischem IPR mit Art.16<sup>662</sup> und die zahlreichen Ausnahmen<sup>663</sup>. Es bestünden Unklarheiten hinsichtlich der Reichweite der Ausnahmen<sup>664</sup> und Abgrenzungsschwierigkeiten untereinander aufgrund der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und zu anderen Rechtsinstrumenten. Die Rechtsunsicherheit werde durch eine zu befürchtende divergierende Umsetzung in mittlerweile 25 Mitgliedstaaten befördert werden. Wie schon bei der E-RL wird der vermeintlich undeutliche Niederlassungsbegriff als Anknüpfungsmerkmal kritisiert, obwohl insoweit eine differenzierte Rechtsprechung des EuGH besteht<sup>665</sup>.

Eine generell durch Art.16 D-RL gesteigerte Rechtsunsicherheit ist m.E. nicht feststellbar. Vielmehr bringt Art.16 D-RL – in den Bereichen, in denen er Anwendung findet – gegenüber dem herkömmlichen IPR unbestreitbare Vereinfachungsvorteile aus Sicht des Anbieters, aber auch aus Sicht eines Geschäftspartners, der nunmehr weiß, dass er sich größtenteils auf die Anwendung einer Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates einzustellen hat. (Ein Verbraucher verliert aufgrund der Ausnahme des Art.17 Nr.21) überdies nicht seine Schutzrechte<sup>666</sup>.) Beispielsweise für das Werberecht muss der Dienstleistungserbringer beim grenzüberschreitenden Handel bei Geltung des Art.16 lediglich das Werberecht seiner Niederlassung beachten und kein weiteres – dies unterscheidet sich erheblich von der Lage im herkömmlichen IPR, was im Übrigen auch de lege ferenda in einem anhand des Marktortprinzips vereinheitlichten EU-weiten IPR deutlich schwieriger bliebe als die Herkunftslandanknüpfung.

---

<sup>662</sup> Sonnenberger, RIW 2004, 321 (322): die Rechtsbetroffenen werden sich kaum mehr zurechtfinden können.

<sup>663</sup> Vgl. Basedow, EuZW 2004, 423 (423): „nicht weniger als 26 Ausnahmen“; Sonnenberger, RIW 2004, 321ff.

<sup>664</sup> Sonnenberger, RIW 2004, 321 (322) nennt als Beispiel Art.17 Nr.20), bei dem nicht klar sei, ob damit nur die ausdrückliche oder auch die stillschweigende Rechtswahl gemeint ist; wie sei vorzugehen, wenn sich die Rechtswahl nur auf einen Teil des Vertrages beziehe? Oder Art.17 Nr.21), bei dem nicht klar sei, wann eine „vollständige“ Harmonisierung erreicht sei.

<sup>665</sup> Sonnenberger, RIW 2004, 321(324) nimmt entgegen dem Zweck der D-RL eine Kumulation der anzuwendenden Rechte an, da ein Unternehmen „durchaus mehrere feste Einrichtungen“ unterhalten könnte, was richtig ist, aber noch keine „Niederlassung“ im Sinne der an der EuGH-Rechtsprechung angelehnten D-RL darstellt; vgl. bereits: 1.Teil: B.II.2.c; s.u. D.I.2.

<sup>666</sup> Insofern ist Art.17 Nr.21 (genauso wie i.ü. auch Nr.20) kein Eingeständnis, dass das Herkunftslandprinzip auf privatrechtliche Fragen nicht passe, so aber: Sonnenberger, RIW 2004, 321(324), sondern eine Anerkennung der durch das IPR im Interesse der Verbraucher geschaffenen Schutzvorschriften.

Für viele Bereiche bringt Art.16 D-RL insofern größere Klarheit und damit mehr Rechtssicherheit, wohingegen für die ausgenommenen Bereiche alles beim Status quo bleibt, also bei der Anknüpfung am herkömmlichen IPR<sup>667</sup>. Warum die Regel-Ausnahme-Technik so schwierig sein soll, selbst wenn hierbei unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, (was gängige Praxis in jedem Gesetzestext ist), leuchtet mir nicht ein. Zwar ist zuzugestehen, dass durch die große Anzahl der Ausnahmen der Vereinfachungseffekt erheblich geschmälert wird, doch dies ändert nichts an der generellen Erleichterung für den von Art.16 D-RL erfassten Bereich. Eine divergierende Umsetzungspraxis – wie sie bei der E-RL in der Tat festzustellen ist – kann vorliegend vermieden werden, wenn diesmal klargestellt wird, dass es sich bei Art.16 tatsächlich um eine Kollisionsregel handelt. Im Übrigen besteht seit jeher gemeinschaftsrechtlicher Rechtsschutz für EU-Bürger wie für die EU-Mitgliedstaaten (insbesondere Art.226f, 230, 234 EG) bei einer fehlerhaften Umsetzung von Richtlinien durch die Mitgliedstaaten, wodurch letztlich eine einheitliche Anwendung des Prinzips gewährleistet werden kann.

#### cc. Inhaltliche Defizite

Inhaltlich kehrt vor allem die Kritik wieder, dass das Herkunftslandprinzip zwar im öffentlichen Recht seine Berechtigung habe, aber im Privatrecht „fehle es ihm jedoch an einem vertretbaren Geltungsgrund“<sup>668</sup>. Insbesondere passe das Herkunftslandprinzip nicht auf Zivilgerichte, die fremdes Recht wie das eigene anwenden würden<sup>669</sup>.

Zudem sei fraglich, an welchem Recht angeknüpft werde, wenn die Parteien eines Vertrages in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig seien und beide einander Dienstleistungen versprechen<sup>670</sup>, beispielsweise bei einem Franchisevertrag<sup>671</sup>, bei dem der Franchisingnehmer Sortimentspflege und ein Bereithalten

---

<sup>667</sup> Basedow, EuZW 2004, 423 (424) kritisiert zudem, dass offen gelassen werde, welches Recht in den Ausnahmebereichen zur Anwendung komme; es ist indes nicht ersichtlich, was sonst als das herkömmliche IPR in Frage kommen könnte, um das anwendbare Recht zu bestimmen.

<sup>668</sup> Vgl. Sonnenberger, RIW 2004, 321 (322), der auch darauf verweist, dass sich der EuGH (v. 13.5.1997, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, 2463f, Rn.64) im „Einlagensicherungsurteil“ gegen die Verankerung eines kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzip im Primärrecht ausgesprochen habe, was wie gesehen jedoch nicht gegen ein solches Verständnis im Sekundärrecht spricht, vgl. oben: 1.Teil: B.II.4.a.bb.

<sup>669</sup> Basedow, EuZW 2004, 423 (424): Dies würden auch die Regeln über Kontrolle- und Kooperation in Art.16 und 34ff D-RL, vor allem Art.37 bestätigen; Verwaltungsapparate würden indes stets ihr eigenes Recht anwenden und gelegentlich einmal fremde Rechtserscheinungen bei sich anerkennen; vgl. dagegen: 2.Teil: A.III.

<sup>670</sup> Sonnenberger, RIW 2004, 321 (322); Basedow, EuZW 2004, 423 (424) mit dem Beispiel Franchisevertrag.

<sup>671</sup> Vgl. Creifelds, S.455: Franchising: Dem Franchisingnehmer, der im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig wird, wird über einen bloßen Lizenzvertrag hinaus im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses gegen entsprechendes Entgelt vom Franchisinggeber gestattet, dessen Namen, Marken, Schutzrechte, Vorteile beim Großeinkauf, technische Ausstattung usw. beim Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen gewerblich zu nutzen.

von Kundendienstfazilitäten zusagt, während der Franchisinggeber die Organisation eines flächendeckenden Vertriebsnetzes und das allgemeine Marketing übernimmt. Zunächst steht angesichts der ständigen Übung zwischen Unternehmen zu erwarten, dass im Rahmen eines Franchisevertrags eine Rechtswahlvereinbarung getroffen werden wird, womit das Problem praktisch selten relevant werden dürfte. Überdies könnte jederzeit ermittelt werden, welches Unternehmen die im Einzelfall streitige Dienstleistung erbracht hat, womit sich das anwendbare Recht nach der Rechtsordnung dieses Unternehmens und nicht des anderen richten würde.

Illustrativ für die beachtlichen und teilweise übertriebenen Befürchtungen, die das Herkunftslandprinzip weckt, ist ein Beitrag Basedows hinsichtlich möglicher Auswirkungen des Art.16 D-RL auf das europäische Transportwesen, am Beispiel von Transportunternehmern aus dem EWR-Staat Liechtenstein, der in die Frage mündet: „*Wird das Steuerparadies Liechtenstein auch noch zur Haftungs- oase für Transportunternehmer?*“<sup>672</sup> Es wird befürchtet, dass durch Art.16 ein Straßengütertransport von Deutschland nach Spanien, der durch einen Unternehmer aus Liechtenstein ausgeführt wird, nicht nach einem fast europaweit, aber nicht in Liechtenstein geltenden Übereinkommen für Verträge über den internationalen Straßengüterverkehr zu beurteilen wäre, sondern nach dem liechtensteinischen Transportrecht, „*dass noch aus der Zeit der Pferdefuhrwerke stammt*“ und „*entgegen der gesamteuropäischen Rechtsentwicklung der letzten 150 Jahre*“ keinerlei Einschränkungen der Vertragsfreiheit vorsähe. Diese Gefahr scheint indes glücklicherweise gebannt, denn die D-RL und damit auch dessen Art.16 findet gemäß Art.2 Abs.2 lit. c) nicht auf Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs Anwendung, soweit sie durch andere auf Art.71 oder 80 Abs.2 EG-Vertrag gestützte Gemeinschaftsrechtsakte geregelt sind. Der Straßengüterverkehr ist durch Sekundärrecht umfassend geregelt<sup>673</sup>, welches auch im Verhältnis zum EWR-Staat Liechtenstein Anwendung findet, wodurch ein gravierendes Schutzgefälle vermieden werden dürfte, auch wenn im Einzelnen Unterschiede fortbestehen mögen.

---

Der Franchisinggeber hat ferner regelmäßig seine Erfahrungen zur Verfügung zu stellen (Know-how – Vereinbarung) und das Franchising – System zeitgerecht fortzuentwickeln und erhält mehr oder weniger weit reichende Kontrollrechte über den Betrieb des Einzelhändlers

<sup>672</sup> Vgl. Basedow, EuZW 2004, 423 (424).

<sup>673</sup> Vgl. Übersicht bei HER, Stichwortverzeichnis: „Straßengüterverkehr“; „Straßentransport“; „Straßenverkehr“.

b. Das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip als Kollisionsregel

Bereits mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut des Art.16 Abs.1 („*unterfallen*“) erübrigt sich eine weit reichende Diskussion zur Frage nach dem Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum IPR. Art.16 D-RL ist eindeutig kollisionsrechtlich zu verstehen<sup>674</sup>. Dies bestätigen die Erwägungsgründe<sup>675</sup>. Zudem fehlt erfreulicherweise eine rätselhafte Bestimmung wie in Art.1 Abs.4 E-RL, was ermöglicht, sich bei der Auslegung einzig auf die klaren Rechtsfolgen des Art.16 Abs.1-3 D-RL zu konzentrieren, wodurch man indirekt zur alleinigen Anwendung des Herkunftslandrechts gelangt. Die D-RL stellt zudem klar das auch das Privatrecht grundsätzlich erfasst ist, wie die unzweifelhaft privatrechtlichen Beispiele „*Werbung, die Verträge und die Haftung der Dienstleistungserbringer*“ in Art.16 Abs.1, UAbs.2 verdeutlichen<sup>676</sup>.

Dieses kollisionsrechtliche Verständnis ist – wie an Art.3 E-RL gesehen – notwendig, um die auch von der D-RL bezweckte Rechtssicherheit zu gewährleisten<sup>677</sup>. In Anlehnung an die systematische Auslegung zu den Ausnahmen zu Art.3 E-RL kann im Umkehrschluss zu Art.17 Nr.5), 6), insb. aber Nr.20) (Rechtswahlfreiheit); Nr.21) („*die von Verbrauchern geschlossenen Verträge*“) und Nr.23) („*die außervertragliche Haftung des Dienstleistungserbringers*“ unter bestimmten Bedingungen) von einer kollisionsrechtlichen Bedeutung ausgegangen werden, denn diese Ausnahmen wären auch hier entbehrlich, wenn nicht Art.16 grundsätzlich eine kollisionsrechtliche Bedeutung zukäme.

Dennoch dürfte auch hier wiederum eines der Konfliktfelder bei der Verabschiedung der Richtlinie liegen, denn die Gegner eines kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips treten weiterhin auch wegen Art.1 Abs.4 E-RL für dessen kollisionsrechtliche Neutralität ein<sup>678</sup>.

---

<sup>674</sup> Ebenso: Basedow, EuZW 2004, 423 (423): keine Zweifel, „dass an eine Regelung des IPR gedacht ist“.

<sup>675</sup> Erwägungsgrund 37 S.1 a.E. „ (...) ist es angebracht, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich nur den Gesetzen des Landes unterliegt, in dem er niedergelassen ist“; Erwägungsgrund 39: „Ergänzend zum Grundsatz der Anwendbarkeit des Rechts des Herkunftsmitgliedstaates...“

<sup>676</sup> Insofern verfängt m.E. auch die Kritik von Basedow, EuZW 2004, 423 (424) nicht, die Regelung des Art.16 D-RL sei was den Umfang des Statuts betrifft unklar: im Prinzip erfasst der koordinierte Bereich die „Gesamtheit“ der geltenden Anforderungen (vgl. Art.4 Nr.7, 9) – also alles; nur was ausdrücklich ausgenommen ist nicht erfasst; in der Tat sollte aber auf eine Klarstellung im Hinblick auf die Aufrechnung oder Verjährung hingewirkt werden, wenn dies in einigen Mitgliedstaaten prozessrechtlich, in anderen materiell-rechtlich gewertet wird.

<sup>677</sup> Vgl. Erwägungsgründe 2, 22; aber insb. Erwägungsgrund 37 S.2: (Der Grundsatz, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich nur den Gesetzen des Landes unterliegt, in dem er niedergelassen ist) „ist unerlässlich, um Dienstleistungserbringer, vor allem KMU, in die Lage zu versetzen, die Chancen des Binnenmarktes mit umfassender Rechtssicherheit zu nutzen.“

<sup>678</sup> Professor Beaumont schlug bei der EP-Anhörung eine komplette Ausnahme der Bereiche „Rom I“ und „Rom II“ vom Herkunftslandprinzip in Art.17 D-RL vor; auch der Berichterstatter des EP zum Vorschlag einer Rom II-VO (MEP Wallace) sprach sich dezidiert gegen Art.16 D-RL als IPR-Regel aus.

c. Erleichterte Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit

In der D-RL tritt das Potential der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip i.V.m. den Maßnahmen im Einzelfall (Art.19) für eine erleichterte Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit im Vergleich zu den primärrechtlichen Mechanismen deutlicher als in der E-RL zutage<sup>679</sup>.

Unter Geltung des Primärrechts müssen im Vertragsverletzungsverfahren (Art.226 EG) Hindernisse für die Dienstleistungsfreiheit von der Kommission Fall für Fall gerügt und Schritt für Schritt bewältigt werden. Sofern der EuGH eine Beschränkung des Art.49 EG als nicht gerechtfertigt und damit als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erachtet, gilt dies nur im Verhältnis zu diesem konkreten Mitgliedstaat und nur im Hinblick auf diesen spezifischen Einzelfall. Ähnlich gelagerte gemeinschaftsrechtswidrige Beschränkungen, womöglich in anderen Mitgliedstaaten, sind nicht erfasst und müssen in weiteren Verfahren beseitigt werden<sup>680</sup>. Art.16 D-RL kann hingegen generell und systematisch sicherstellen, dass wegen des Beschränkungsverbot in Absatz 3, Hindernisse durch Vorschriften in den Bestimmungsmitgliedstaaten für den freien Dienstleistungsverkehr gar nicht erst entstehen<sup>681</sup>. Die Maßnahmen im Einzelfall des Art.19 D-RL ermöglichen es den Bestimmungsmitgliedstaaten trotzdem, im Einzelfall ihre berechtigten Interessen durchzusetzen, wobei indes – wie gesehen – deren Eingriffsmöglichkeiten im Vergleich zu den „zwingenden Erfordernissen“ des Primärrechts erheblich eingeschränkt sind.

Damit wird durch das Herkunftslandprinzip im Sekundärrecht die Situation im Vergleich zum Primärrecht umgedreht: Nicht mehr die Kommission muss im Einzelfall eine ungerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rügen und über Art.226 EGV vor dem EuGH beseitigen lassen, sondern der jeweilige Mitgliedstaat muss im Einzelfall gemäß Art.19 i.V.m. 37 eine Beschränkung gegenüber einem Dienstleistungserbringer mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat durchsetzen. Nach Durchführung des Verfahrens kann der betreffende Mitgliedstaat eventuell ablehnende Entscheidungen der Kommission im Wege der Nichtigkeitsklage (Art.230 EG) angreifen.

---

<sup>679</sup> Vgl. bereits oben: 1.Teil: B.II.3.a.dd.

<sup>680</sup> Vgl. Begründung, S.21, wobei die Kommission dies m.E. zu Recht gerade im Hinblick auf die immer größer werdende Zahl der Mitgliedstaaten als „ineffizient“ bewertet: „kaum zu bewältigender Aufwand“; vgl. noch unten das Beispiel der Arbeitnehmerentsendung bei der Dienstleistungserbringung; 2.Teil: B.I.1.b.

<sup>681</sup> Vgl. Begründung, S.26 auch zur ähnlichen Wirkung der Art.14, 15 D-RL im Hinblick auf Hindernisse bei Errichtung einer Niederlassung zur Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit durch das Verbot bzw. die Überprüfung typischer Beschränkungen.

d. Das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip als Integrationshebel

Das Herkunftslandprinzip ist die zum horizontalen Ansatz einer Rahmenregulierung passende Regelungstechnik, denn mit ihrer Hilfe können auf einen Schlag möglichst weit reichend Hindernisse für den Binnenmarkt für Dienstleistungen beseitigt werden, was angesichts der Vielfalt bestehender Hemmnisse angezeigt ist<sup>682</sup>. Durch die Anwendung des Herkunftslandprinzips gemäß Art.16 D-RL kann die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt unmittelbar umgesetzt werden, ohne dass eine EU-weite Vollharmonisierung abgewartet werden müsste<sup>683</sup>. Aus Sicht des Binnenmarktes ist sogar fraglich, ob eine weitere Vereinheitlichung bei Geltung eines sekundärrechtlichen Herkunftslandprinzips überhaupt notwendig ist.

Darüber hinaus kann auf diese Weise eine Überregulierung und Uniformierung der nationalen Regulierungssysteme für den Dienstleistungssektor verhindert werden. In der Tat enthält die D-RL keine umfassende und systematische Harmonisierung aller den Dienstleistungssektor betreffenden einzelstaatlichen Vorschriften, sondern beschränkt sich auf punktuelle Harmonisierungsmaßnahmen und lässt im Wesentlichen die institutionelle Ausgestaltung der Regulierung des Dienstleistungssektors unberührt. Dabei stellt die Geltung des Herkunftslandprinzips bereits die Dienstleistungsfreiheit sicher und lässt dabei *„gleichzeitig Raum ... für ein pluralistisches Nebeneinander der verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten mit all ihren Eigenheiten, ohne dass letztere herangezogen werden können, um die Tätigkeit eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers zu beschränken“*<sup>684</sup>. Die Kommission bezieht sich – auch im Hinblick auf die soeben genannten Argumente – in ihren Begründungserwägungen sogar auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art.5 Abs.3 EGV<sup>685</sup>, wonach die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das *„für die Erreichung der Ziele die-*

---

<sup>682</sup> Erwägungsgrund 2: „Die Hindernisse betreffen eine große Bandbreite von Dienstleistungstätigkeiten und sämtliche Phasen der Dienstleistungserbringung; sie weisen zahlreiche Gemeinsamkeiten auf; so sind sie häufig auf schwerfällige Verwaltungsverfahren, die Rechtsunsicherheit, mit denen grenzüberschreitende Tätigkeiten behaftet sind, oder auf das fehlende gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten zurückzuführen.“; vgl. Begründung, S.21: sie sind „in Beschwerden, Petitionen und parlamentarischen Anfragen, Konsultationen der Interessenträger sowie Studien und Untersuchungen zu Tage getreten.“

<sup>683</sup> Erwägungsgrund 37, S.1; ähnlich: D’Acunto, Rev. du dr.de l’UE 2004, 201 (201f; 247f) .

<sup>684</sup> Vgl. insoweit Begründung, S.21; die Kommission beruft sich insoweit überdies auf den Subsidiaritätsgrundsatz des Art.5 Abs.2 EGV; hierauf soll nicht weiter eingegangen werden, vgl. allgemein hierzu m.w.N. vor Art.5: Geiger, EUV/ EGV, Art.5, Rn.4ff.

<sup>685</sup> Vgl. Begründungserwägungen, S.22: „die Richtlinie schlägt ein Gleichgewicht zwischen der Reichweite des Herkunftslandprinzips einerseits und dem Umfang der Harmonisierung, der Verwaltungszusammenarbeit und des Rückgriffs auf Verhaltenskodizes sowie der Zahl und dem Geltungsbereich der Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip andererseits vor.“

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

ses *Vertrages erforderliche Maß*“ hinaus gehen sollen<sup>686</sup>. Zuzugestehen ist, dass durch das Herkunftslandprinzip als Regelungstechnik des Sekundärrechts die Intensität der Regelungsdichte ansonsten gering bleiben kann, denn zur Erreichung des Ziels, der Vollendung eines wirklichen Binnenmarktes, sind im Prinzip keine weitergehenden Bestimmungen erforderlich.

Interesse verdient der Gedanke, dass es bei der Regulierung des Binnenmarktes nicht nur um die Zukunft des IPR geht. Ein Zusammenspiel des Herkunftslandprinzips mit einer gezielten Harmonisierung (wobei vorrangig auf die Vereinheitlichung von Informationspflichten abgestellt werden könnte), Verwaltungszusammenarbeit und Selbstregulierung von betroffenen Interessengruppen (z.B. durch Verhaltenskodizes) bei gleichzeitiger Schaffung von Anreizen für weitere Integration, könnte einen wirklichen Binnenmarkt für den zentralen Bereich der Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union Realität werden lassen. Der Reiz eines solchen Ansatzes liegt m.E. vor allem darin, dass damit bald 50 Jahre nach den Römischen Verträgen zur EWG<sup>687</sup> und bald 20 Jahre nach der Einheitlichen Europäischen Akte<sup>688</sup> den politischen Zielvorgaben, die überdies auch beispielsweise in der Lissabonner Strategie immer wieder bekräftigt wurden, zu guter letzt Taten folgen würden<sup>689</sup>. Bisher hat die Vision von einer Europäischen Union mit integrierter Wirtschaft mit der Wirklichkeit, die europäische Bürger und Dienstleister tagtäglich erleben, nicht viel zu tun<sup>690</sup>. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass das Bekenntnis zum Herkunftslandprinzip im Sekundärrecht allein rechtspolitischer Natur ist und nicht etwa Vollzug des Gemeinschaftsrechts<sup>691</sup>. Mit Hilfe der Regelungstechnik Herkunftslandprinzip kann eine rechtspolitische Entscheidung dergestalt getroffen werden, dass angesichts der schon erreichten und der noch immer weiter fortschreitenden Integration, dem Binnenmarkt nunmehr volle Geltung zugesprochen wird, ohne dass bis in das letzte Detail sämtliche Standards in der EU be-

---

<sup>686</sup> Vgl. allgemein insb. zum Prinzip der Erforderlichkeit, Geiger, EUV/ EGV, Art.5, Rn.13ff.

<sup>687</sup> Unterzeichnung am 25.3.1957; In Kraft treten: 1.1.1958.

<sup>688</sup> Vgl. EEA vom 28.8.1986, BGBl. II, 1104ff.

<sup>689</sup> Das Binnenmarktkonzept besteht seit Ende der 70er Jahre, was dann zum Weißbuch zur „Vollendung des Binnenmarktes“ vom 14.6.1985 führte, KOM (85) 310; dies mündete in Art.13 EEA, der eine Binnenmarktbestimmung in den EGV (jetzt Art.14 EG) einfügte: dieser formuliert in Absatz 2, die Zielvorstellung des Binnenmarkts als „Raum ohne Binnengrenzen“ und hatte in Absatz 1 sogar eine Frist gesetzt, wonach dieser Binnenmarkt bis zum 31.12.1992 (vor 12 Jahren bereits!) hätte verwirklicht sein sollen; diese Fristsetzung wird nunmehr umständlich als nicht rechtlich, sondern lediglich politisch verbindlich ausgelegt, vgl. zum Ganzen ausführlich, Streinz, Rn.33ff; D’Acunto, Rev.du dr.de l’UE 2004, 201 (247): Stunde der Wahrheit sei gekommen.

<sup>690</sup> Erwägungsgrund 2; gerade für Dienstleistungserbringer und hier besonders KMU, aber auch für Verbraucher, ist die Rechtssicherheit im Binnenmarkt von zentraler Bedeutung, vgl. ebenso: Begründung, S.6.

<sup>691</sup> Vgl. Basedow, EuZW 2004, 423 (424) in konsequenter Deutung des „Einlagensicherungsurteils“ des EuGH.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

reits angeglichen sein müssten. Im zusätzlichen Vertrauen auf die Qualität der gewiss unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Rechtssysteme innerhalb der EU, auf die ‚Notbremse‘ der Maßnahmen im Einzelfall, aber auch auf verantwortungsvolle Dienstleistungserbringer und -empfänger in der Gemeinschaft, könnte es ein Versuch wert sein, die Dynamik des Binnenmarkts vollends in den Dienst des europäischen Wirtschaftsraumes zu stellen und diese Kraft für weitere „nachlaufende“ Integrationsschritte nutzbar zu machen; denn das Herkunftslandprinzip ist nicht – wie indes einige Autoren zu glauben scheinen – aller Tage Abend. Die Integration kann, muss und wird weiter fortschreiten, nur das die Wirksamkeit des Binnenmarktes für den Bereich der Dienstleistungen durch das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip gewissermaßen vorab gewährleistet ist.

In diese Richtung weisen auch ausdrücklich die Begründungserwägungen des Richtlinienvorschlags: Ziel sei es, die „*Modernisierung der einzelstaatlichen Rechtssysteme für den Dienstleistungssektor*“ entgegen den Widerständen in den Mitgliedstaaten „*gemeinschaftsweit zu koordinieren*“ und dabei durch gemeinsame Anpassung der Rechtsvorschriften durch alle Mitgliedstaaten, die einem einheitlichen Zeitplan und einheitlichen Grundsätzen folgt, „*den von der Modernisierung zu erwartenden Wachstumseffekt auf europäischer Ebene zu vervielfachen*“<sup>692</sup>. Die Schrittmacherfunktion übernimmt hierbei im Wesentlichen das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip, das durch das teilweise bewusst in Kauf genommene Schutzgefälle einen zielgerichteten Wettbewerb der Rechtsordnungen steuert. Damit bildeten die Grundsätze des Herkunftslandes und der gegenseitigen Anerkennung wie vom Europäischen Parlament gefordert in der Tat die Grundlage für die Vollendung des Binnenmarktes für Dienstleistungen („*Zeit die Versprechen endlich einzulösen*“<sup>693</sup>).

---

<sup>692</sup> Vgl. Erwägungsgrund 22 a.E.; Begründung, S.11.

<sup>693</sup> Vgl. Entschließung des EPs zu der Mitteilung der Kommission an den Rat, das EP, den WSA und den AdR: Überprüfung der Binnenmarktstrategie im Jahr 2002 – Zeit die Versprechen einzulösen, KOM (2002) 171 –C5-0283/ 2002 – 2002/ 2143 (COS), A5-0026/2003; Ziff.35.

## II. Die Begrenzung auf das Beschränkungsverbot in der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken bzw. im Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung

Die Regelungstechnik Herkunftslandprinzip war zunächst auch in Art.4 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) vorgesehen<sup>694</sup>, wurde im Verfahren im Rat jedoch auf ein Beschränkungsverbot reduziert<sup>695</sup>, wie es auch in Art.3 Abs.2 des geänderten Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt (V-VO<sup>696</sup>) enthalten ist. Die Auseinandersetzungen um Art.4 UGP-RL veranschaulichen die fortbestehenden konzeptionellen Divergenzen im Hinblick auf die Rechtsangleichung in der EU und den andauernden Streit um das Herkunftslandprinzip. Hinzu kommt, dass der vorliegend betroffene Bereich des Lauterkeitsrechts immer schon verstärkt mitgliedstaatliche Eigenlieben weckt<sup>697</sup>, gleichzeitig von Seiten der Gemeinschaft schon seit langem<sup>698</sup> intensive Bemühungen zur Vereinheitlichung dieses Rechtsgebietes bestehen<sup>699</sup>. Praktisch bleibt für die V-VO offen mit welchem Inhalt und zu welchem Zeitpunkt das Rechtsinstrument verabschiedet werden wird<sup>700</sup>.

---

<sup>694</sup> Vgl. nochmals: Vorschlag für eine Richtlinie des EPs und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG, KOM (2003) 356 endg. v. 18.6.2003, 2ff (des Weiteren: UGP-I-RL).

<sup>695</sup> Vgl.: <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/04/st09/st09667.en04.pdf>: Directive of the European Parliament and the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC, 98/27/EC, 2002/65/EC and regulation .... (Enforcement Co-operation) (the Unfair Commercial Practices Directive) – Outcome of Proceedings of Council; Interinstitutional File: 2003/0134 (COD) v. 25.5.2004; CONSOM 52 MI 170 CODEC 748; Richtlinie 2005/29/EG des EPs und des Rates vom 11.5.05 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (...) (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken); des Weiteren: UGP-II-RL bzw. UGP-RL.

<sup>696</sup> Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2002), 585 endg. v. 25.10.2002, 2ff (des Weiteren auch: V-VO); vgl. auch schon Art.3 Abs.2 des ursprünglichen Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2001), 546 endg. v. 2.10.2001, 2ff.

<sup>697</sup> Für das Lauterkeitsrecht ist aus deutscher Sicht zudem auf die weit reichende Reform des deutschen UWG aus dem Jahre 2004 hinzuweisen, wobei die auf nationaler Ebene gefundenen materiellen Lösungen aus deutscher Sicht einen prägenden Einfluss auf das neu entstehende europäische Regelwerk haben sollten, vgl. hierzu: Fezer, WRP 2001, 889ff; Köhler/ Bornkamm/ Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317ff; Schrickler/ Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367ff; Veelken, WRP 2004, 1 (2f); Sosnitza, GRUR 2003, 739ff; Glöckner, WRP 2004, 936 (936ff); Säcker, WRP 2004, 1199ff.

<sup>698</sup> Vgl. vor allem aus dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes: Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM (2001), 531 endg. v. 2.10.2001; Mitteilung „Folgemassnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz in der EU“, KOM (2002), 289 endg. v. 11.6.2002.

<sup>699</sup> Vgl. allgemein Grünbuch der Kommission „Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“, KOM (1996), 192 endg. v. 8.5.1996; Mitteilung „Folgedokument zum Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“, KOM (1998), 121 endg. v. 4.3.1998; Mitteilung der Kommission über Verkaufsförderungen im Binnenmarkt, KOM (2001) 546 endg. v. 2.10.2001.

<sup>700</sup> Einige Mitgliedstaaten darunter auch Deutschland lehnten beide Projekte, insb. aber die V-VO, ab; vgl. Veelken, WRP 2004, 1 (3, Fn.38), m.w.N.

1. Das Herkunftslandprinzip im ursprünglichen Art.4 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Art.4 UGP-I-RL<sup>701</sup> sah unter der Artikelbezeichnung „Binnenmarkt“ ein Herkunftslandprinzip vor, das an Art.3 E-RL angelehnt zu sein schien<sup>702</sup>:

Ein Gewerbetreibender (vgl. Art.2 lit. c) habe sich auf dem durch die Richtlinie angeglichenen Gebiet lediglich an die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates zu halten, in dem er niedergelassen sei. Der Mitgliedstaat, in dem der Gewerbetreibende niedergelassen sei, habe für die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften zu sorgen (Absatz 1). Die Mitgliedstaaten dürften aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Sachgebiet zusammenhängen, weder die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs noch den freien Warenverkehr einschränken (Absatz 2). Auch wenn die Kommission die Bezeichnungen „*Binnenmarktklausel*“ und „*Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung*“ gebrauchte<sup>703</sup>, ließ sich Art.4 als Herkunftslandprinzip im hier verstandenen Sinne begreifen, denn er enthielt die wesentlichen Merkmale der Regelungstechnik:

- Grundsätzliche Orientierung am Recht des Niederlassungsstaates des Gewerbetreibenden<sup>704</sup>,
- die ausdrücklich in Art.4 Abs.1, Satz 2 UGP-I-RL festgeschriebene Kontroll- und Überwachungspflicht des Niederlassungsstaates,
- das „*durch die Richtlinie angeglichenen Gebiet*“ als Wiederkehr des „koordinierten Bereichs“ der E-RL<sup>705</sup>,
- das Beschränkungsverbot zu Lasten der Bestimmungsstaaten in Art.4 Abs.2 UGP-I-RL.

---

<sup>701</sup> Vgl. hierzu erläuternd: v.a. Erwägungsgründe 8, 9; Begründungserwägungen, S.8f, 13; diese und alle weiteren Angaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich in diesem Abschnitt 1. auf den Vorschlag UGP-I-RL.

<sup>702</sup> Diese Arbeit soll sich im Wesentlichen nur mit den im Zusammenhang mit dem Herkunftslandprinzip relevanten Fragen auseinandersetzen, vgl. umfassende Stellungnahmen zur UGP-RL: Veelken, WRP 2004, 1ff; Hawxwell, GPR 2/ 03-04, 80ff; Glöckner, WRP 2004, 936ff; Köhler / Lettl, WRP 2003, 1019ff; Busch, EuLF 2004, 91ff; Schulze / Janssen, EuLF 2004, 77ff; Krüger / Grimm, EuLF 2004, 98ff; Keßler / Micklitz, BB 2003, 73ff; Stellungnahmen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR 2004, 215ff) und des Max-Planck-Instituts (Henning-Bodewig), GRUR Int. 2003, 926ff; Apostolopoulos, WRP 2004, 841ff; Handig, ecolex 2003, 637ff; Lettl, 25ff; Schulte-Nölke/ Busch, ZEuP 2004, 99ff, jeweils m.w.N.

<sup>703</sup> Vgl. Begründungserwägungen, S.8: Die „Binnenmarktklausel“ sähe vor, dass sich Gewerbetreibende lediglich an die in ihrem Herkunftsland geltenden Vorschriften halten müssen. „Andere Mitgliedstaaten dürfen somit keine zusätzlichen Anforderungen an die Gewerbetreibenden stellen, die sich an die Vorschriften des Herkunftslandes halten (Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung)“.

<sup>704</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9, Satz 3: „Unternehmen werden sich nur an den diese Richtlinie umsetzenden nationalen Vorschriften des Landes, in dem sie ihren Sitz haben orientieren müssen.“ Satz 5: „Der Ort, an dem der Gewerbetreibende seinen Sitz hat, soll in Übereinstimmung mit jeder spezifischen Vorschrift des Gemeinschaftsrechts und der der Rechtssprechung des EuGH bestimmt werden.“

<sup>705</sup> Vgl. insoweit auch Erwägungsgrund 8, Satz 3, der ausdrücklich vom „koordinierten Bereich“ sprach.

a. Ausgangssituation: Unlautere Geschäftspraktiken und Binnenmarkt

Die Lauterkeit des Geschäftsverkehrs ist wesentlich für die Förderung grenzüberschreitender Tätigkeiten<sup>706</sup>. Ein funktionsfähiger Binnenmarkt kann nicht nur Unternehmen, sondern auch Verbrauchern erhebliche Vorteile bringen. Letzterer erhält Zugang zu einem größeren Angebot von Waren und Dienstleistungen, was durch die neuen Möglichkeiten des elektronischen Geschäftsverkehrs nur noch erleichtert wird<sup>707</sup>. Verstärkter Wettbewerb zwingt die Anbieter zu höherer Qualität, mehr Effizienz und wettbewerbsfähigeren Preisen. Zurzeit bestehen indes noch vielfältige Hindernisse auf dem Weg zu einem gemeinsamen Markt: Hier ist insbesondere die Rechtszersplitterung im Bereich des Verbraucherschutzes und der Geschäftspraktiken zu nennen, die das Verbrauchervertrauen untergräbt (Angst, das „eigene“ Schutzniveau zu verlieren), aber auch die Rechtsunsicherheit der Unternehmer befördert; Marktzutrittskosten steigen, indem vor allem weitere Rechtsermittlungskosten vor Eintritt in einen „fremden“ Markt eines anderen EU-Mitgliedstaates entstehen<sup>708</sup>. Insofern hat sich im Laufe eines langwierigen Prozesses der (instabile) politische Wille auf EU-Ebene zur Gestaltung einer Rahmenrichtlinie zur Wahrung der Lauterkeit im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C) herausgebildet<sup>709</sup>. Eine solche Rahmenrichtlinie, in der allgemeine Grundsätze festgeschrieben und ggf. sektoral spezielle Harmonisierungsmaßnahmen ergriffen werden, ist nach Ansicht der Kommission – unter Berufung auf ein Sachverständigengutachten – das „zweckmäßigste Instrument“, wenn einerseits eine Vollharmonisierung des betreffenden Bereiches erreicht, und im Übrigen auf den Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung aufgebaut wird, die auf dem Begriff des Herkunftslandes basieren<sup>710</sup>.

---

<sup>706</sup> Vgl. im Prinzip wohl unwidersprochen: Erwägungsgrund 1.

<sup>707</sup> Vgl. bereits oben: 1. Teil: B.I.

<sup>708</sup> Vgl. zur Ausgangssituation ausführlich und m.w.N. und Zahlen: Begründungserwägungen, S.2-6; ebenso: Veelken, WRP 2004, 1 (2ff); Glöckner, WRP 2004, 936 (936f); Hawxwell, GRP 2/ 03-04, 80 (80); Keßler / Micklitz, BB 2003, 73 (73). Die genannten Argumente sind m.E. genauso richtig, wie sie ständig wiederkehrende (schablonenhafte) Begründungspraxis der Gemeinschaftsorgane für Binnenmarktrichtlinien auf der Grundlage des Art.95 EG darstellen.

<sup>709</sup> Vgl. Begründungserwägungen, S.2f, m.w.N. zu Äußerungen der relevanten Beteiligten am Rechtssetzungsprozess und der Interessenvertreter, vor allem auch zur Strategie der Kommission (z.B. Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union (2001), Mitteilung über Folgemaßnahmen (2002)), vgl. auch die in der vorherigen Fußnote Genannten mit ausführlichen Nachweisen.

<sup>710</sup> Vgl. Begründungserwägungen, S.7f. Letzteres ähnelt bereits dem bekannten „Binnenmarktansatz“, soll im Folgenden indes im Einzelnen nachgezeichnet werden.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

Angemerkt sei, dass mit einer Vollharmonisierung in diesem Teilbereich des Lauterkeitsrechts, der race-to-the-bottom-Diskussion zu Art.3 E-RL bzw. Art.16 D-RL, jedenfalls für den Bereich der „unlauteren Geschäftspraktiken, die wirtschaftliche Interessen von Verbrauchern beeinträchtigen“<sup>711</sup> weitgehend der Boden entzogen wird, denn ein etwaiges Schutzgefälle zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen wird dadurch ausgeglichen. Es wird wohl nicht zu Unrecht angenommen, dass die Harmonisierungsbestrebungen im verbraucher-schutzrechtlichen Bereich des Lauterkeitsrechts gerade durch Art.3 E-RL ange-stoßen wurden<sup>712</sup>. Indes wird die vorgenommene Begrenzung der Richtlinie auf den B2C-Bereich heftig kritisiert<sup>713</sup> (und nach eigenen Erfahrungen des Verfas-sers im Rat politisch instrumentalisiert, obwohl die Strategie der Konzentration auf Verbraucherfragen im Lauterkeitsrecht seit Jahren von den Gemein-schaftsorganen – auch vom Rat – für notwendig erachtet wurde<sup>714</sup>). Zugegeben scheint vieles dafür zu sprechen, dass eine vollständige Harmonisierung des Lauterkeitsrechts sinnvoller wäre, wenn man etwa Abgrenzungsprobleme ver-meiden möchte<sup>715</sup>. Demgegenüber wäre mit der Richtlinie aus dem Blickwinkel des EU-weiten Verbraucherschutzes ein beachtlicher Schritt getan, in einem Bereich, in dem seit langem Harmonisierungsbemühungen regelmäßig an den vielfältigen Interessen der Mitgliedstaaten scheitern<sup>716</sup>. Immerhin könnten die Verbraucher insoweit schon vom Binnenmarkt profitieren, ohne dass sie wei-terhin auf ein rechtspolitisch sicherlich zu befürwortendes einheitliches europä-isches Lauterkeitsrecht warten müssten.

---

<sup>711</sup> Vgl. zur insoweit vorgenommenen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Richtlinie: Art.1, 2 lit. a) und b) 3; hierzu: Erwägungsgründe 5f; Begründungserwägungen, S.11ff.

<sup>712</sup> Vgl. ebenso: Glöckner, WRP 2004, 936 (937): die Einigung zu Art.3 E-RL sei seinerzeit nur unter der Bedingung zustande gekommen, dass eine baldige Regelung des Marktverhaltens auf EU-Ebene erreicht werde. Dies kann als Beleg für einen vom Herkunftslandprinzip ausgelösten Harmonisierungsdruck gewertet werden.

<sup>713</sup> Vgl. jeweils m.w.N. Veelken, WRP 2004, 1 (6ff, insb. 9f) „Flickenteppich“; Glöckner, WRP 2004, 936 (937f): „ignoriert die wesensmäßige Verknüpfung von Verbraucher- und Wettbewerbsinteressen“.

<sup>714</sup> Vgl. hierzu illustrativ den Annex 2 der UGP-II-RL, der in den ‚Draft Minutes Statements‘ die gemeinsame Positi-on Österreichs und Deutschlands insoweit zusammenfasst. Beide haben letztlich einer Beschränkung auf den B2C-Bereich mit „Bedauern“ zugestimmt.

<sup>715</sup> Vgl. nunmehr Erwägungsgrund 5a UGP-II-RL, der klarstellt, dass unfaire Geschäftspraktiken, die direkt den Verbraucher schützen, indirekt auch Auswirkungen auf den Konkurrenten haben: „This Directive directly protects consumer economic interests from unfair B2C- commercial practices. Thereby, it also indirectly protects legitimate businesses from their competitors who do not play by the rules in the Directive and thus guarantees fair competition in the field co-ordinated by the Directive. It is understood that there are other commercial practices that, although not harming consumers, may hurt competitors and business customers. (...)“

<sup>716</sup> Weitergehende Ambitionen etwa in Gestalt eines einheitlichen europäischen Lauterkeitsrechts dürften auch ge-genwärtig weiterhin unrealistisch sein (ebenso: Veelken, WRP 2004, 1 (29); dennoch wird dies beständig gefordert, vgl. etwa – zur V-VO – Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheber-recht, GRUR 2002, 410ff.

b. Konzeptionelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Art.4 UGP-I-RL im Vergleich zu Art.3 E-RL bzw. Art.16 D-RL

Die Konzeption der UGP-I-RL erinnerte in vielem an Bekanntes. Zentraler – aber nicht alleiniger<sup>717</sup> – Baustein war der Binnenmarktansatz<sup>718</sup>, der darauf abzielte durch die Festlegung einheitlicher Standards und die „Klärung bestimmter Konzepte“, Hemmnisse des Binnenmarktes<sup>719</sup> zu beseitigen und damit zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes mit mehr Rechtssicherheit beizutragen<sup>720</sup>. Zielführend sei hierbei eine „Kombination von Harmonisierung und dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“<sup>721</sup>. Die durch die UGP-RL herbeigeführte Konvergenz schaffe die Voraussetzungen für den „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung“<sup>722</sup>. Dem (nach hiesiger Terminologie) Herkunftslandprinzip sollte dabei vorrangig die Aufgabe zukommen, Rechtssicherheit zu schaffen.

Im Gegensatz zu den bisher untersuchten Richtlinien, bei denen ein Herkunftslandprinzip zur Anwendung kam, setzt die UGP-RL – auch und gerade noch im Vorschlag UGP-II-RL – auf eine weit reichende eigene „vollständige“<sup>723</sup> Harmonisierung des zu regelnden Bereiches: Art.5 UGP-RL sieht in einer Generalklausel ein generelles Verbot unlauterer Geschäftspraktiken vor; Art.6-9 UGP-RL normieren irreführende und aggressive Geschäftspraktiken als spezielle Arten unlauterer Geschäftspraktiken; der Anhang der UGP-RL enthält zudem eine „schwarze Liste“ von Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen unlauter und daher verboten sind<sup>724</sup>. Die Begründungserwägungen zur UGP-I-RL enthalten in Ziff.46 überdies eine verklausulierte Formulierung zum Verhältnis der Richtlinie zum IPR, die im Umkehrschluss nur bedeuten kann, dass innerhalb des angeglichenen Bereichs Art.4 UGP-I-RL dem herkömmli-

---

<sup>717</sup> Vgl. Art.1 (Ziel der Richtlinie): Das reibungslose Funktionieren der Gemeinsamen Marktes dient gleichberechtigt neben der Angleichung der Vorschriften dem umfassenden Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus.

<sup>718</sup> Vgl. Erwägungsgrund 1 unter Berufung auf Art.14 Abs.2 EGV.

<sup>719</sup> Diese sind gemäß den Erwägungsgründen 2f vor allem in den Unterschieden der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu sehen, die zu Wettbewerbsverzerrungen und Rechtsunsicherheit führen, die Verbraucher- und Unternehmerinteressen gleichermaßen schädigen.

<sup>720</sup> Vgl. Erwägungsgrund 4.

<sup>721</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9, v.a. S.1: Damit werde die „Rechtssicherheit sowohl für Verbraucher, als auch für Unternehmer erhöht“; S.2: „Verbraucher und Unternehmer können sich an einem einzigen Rechtsrahmen orientieren, der alle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken im Bereich der Gemeinschaft reguliert.“

<sup>722</sup> Vgl. Erwägungsgrund 8: „ (...) hohes Maß an Konvergenz durch Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften (...) schafft ein hohes allgemeines Verbraucherschutzniveau (...) gleichzeitig die Bedingungen für die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in dem von dieser Richtlinie koordinierten Bereich.“

<sup>723</sup> Vgl. die ausdrückliche Bezeichnung: Begründungserwägungen, S.9; Erwägungsgründe 5, 8.

<sup>724</sup> Vgl. Begründungserwägungen, S.8ff; Materiell-rechtlich soll es bei diesen Andeutungen bleiben; vgl. ausführlich die in den bisherigen Fußnoten Genannten.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

chen IPR vorgehen sollte<sup>725</sup>. Das Kollisionsrecht verliert in einem auf Gemeinschaftsebene vollharmonisierten Bereich indes ohnehin seine Bedeutung, denn es wird nur auf vereinheitlichte (im Prinzip also gleiche) Standards verwiesen. Überhaupt minimiert der hohe Grad der materiellen Harmonisierung in der UGP-RL die Bedeutung des Herkunftslandprinzips, denn es besteht kein Schutzgefälle, das im Binnenmarktinteresse auszugleichen wäre, und es kann insofern ohnehin keinen Harmonisierungsdruck mehr entfalten<sup>726</sup>. Umgekehrt könnte es auch keinen großen „Schaden“ stiften<sup>727</sup>, wenn ohnehin nur auf gleichwertige Standards verwiesen wird, aber immerhin ein größeres Maß an Rechtssicherheit gewährleistet werden könnte<sup>728</sup>. Die Begründungserwägungen der Kommission legten nahe, dass es sich bei Art.4 um eine Auffangregel für den Fall handeln sollte, dass der Bestimmungsstaat bei Anwendung der Generalklausel strengere Anforderungen stellt, als der Herkunftsstaat<sup>729</sup>. Im Unterschied zu Art.3 E-RL bzw. 16 D-RL bestanden und bestehen zu Art.4 UGP-RL weiterhin keine nach den bisherigen Untersuchungen für das Herkunftslandprinzip charakteristischen Ausnahmeregelungen. Einige wenige Ausnahmen ergeben sich lediglich im Zusammenhang mit der Bestimmung des Anwendungsbereiches in Art.3 UGP-RL<sup>730</sup>. Auch dies erklärt sich dadurch, dass durch die Vollharmonisierung in der UGP-RL, nicht mit Ausnahmen auf eventuell wenig oder gar nicht angeglichenen Schutzbereiche Rücksicht genommen werden müsste<sup>731</sup>. Letztlich enthält die UGP-RL auch keine Bestimmungen zur Verwaltungszusammenarbeit der Mitgliedstaaten; die Ausgestaltung der

---

<sup>725</sup> Begründungserwägungen, S.13: „Diese Richtlinie gilt unbeschadet der Anwendung von Vorschriften des internationalen Privatrechts in dem von ihr nicht angeglichenen Bereich.“

<sup>726</sup> Vgl. ebenso: Glöckner, WRP 2004, 936 (939): im Fall der Totalharmonisierung „an sich ... überflüssig“.

<sup>727</sup> Vgl. Veelken, WRP 2004, 1 (12): „Der wesentliche Einwand gegenüber dem Herkunftslandprinzip, das mögliche nicht tolerierbare Regelungsgefälle zwischen Herkunftsland und Marktort, besteht nicht.“, der dennoch mit divergierenden Interpretation der Umsetzungsnormen durch die nationalen Gerichte rechnet; „gerade für diese Situation ist Art.4 UGP-RL gedacht“.

<sup>728</sup> Vgl. zur Problematik der Rechtsangleichung mit Hilfe europarechtlicher Generalklauseln: 1.Teil: C.II.4; vgl. vorab Veelken, WRP 2004, 1 (13), der der Ansicht ist, dass bei der praktischen Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten, realistischerweise mit Differenzen zu rechnen sein wird.

<sup>729</sup> Begründungserwägungen, S.13, Rn.49 zur „Binnenmarktklausel“: Sollte eine Praxis in einem Mitgliedstaat als unlauter beurteilt werden so wird er weiterhin dazu in der Lage sein, die auf seinem Territorium niedergelassenen Gewerbetreibenden vom Verkauf an Verbraucher abzuhalten. Jedoch wird er – anders als zur Zeit - nicht dazu in der Lage sein, die anderswo in der Gemeinschaft niedergelassenen Gewerbetreibenden vom Verkauf an die Verbraucher abzuhalten. Dies bedeutet, dass ein hohes Maß an Rechtssicherheit bestehen wird, da lediglich ein Regelwerk Anwendung finden wird, und dass die von der Gesetzgebung verwendeten Tests präziser sein werden als die heutigen.“

<sup>730</sup> Vgl. Art.3 Abs.2: „Diese Richtlinie lässt die Bestimmungen über die Gültigkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrages unberührt.“; Abs.3: „... lässt die Bestimmung der Art und Höhe des durch eine unlautere Geschäftspraxis verursachten Schadens unberührt.“; Abs.4: „... berührt nicht Rechtsvorschriften in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten.“; Abs.6: „... lässt die Zuständigkeit der Gerichte unberührt.“; vgl. erläuternd Erwägungsgrund 6; insb. Begründungserwägungen: S.11ff.

<sup>731</sup> Vgl. dagegen zur Funktion der Ausnahmeregelungen in der E-RL: 1.Teil: B.II.3; zur D-RL: 1.Teil: C.I.2.d.

Art und Weise der Durchsetzung der Verbraucherrechte bleibt bis auf einige Vorgaben den Mitgliedstaaten vorbehalten<sup>732</sup>. Im Einzelnen soll vorliegend nicht weiter auf vermeintliche oder tatsächliche Probleme im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 UGP-I-RL eingegangen werden, da dieser durch dessen Streichung hinfällig geworden sind<sup>733</sup>.

2. Die Begrenzung des Art. 4 auf ein Beschränkungsverbot in der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken

In Art. 4 UGP-II-RL wurde der Absatz 1 des Ausgangsvorschlages, ebenso wie die dazu enthaltenen Erläuterungen in den Erwägungsgründen 8f gestrichen. Damit blieb letztlich lediglich das Beschränkungsverbot des Absatzes 2 in der endgültigen Richtlinie 2005/29/EG übrig<sup>734</sup>.

Der Annex 2 der UGP-II-RL beleuchtet einige Aspekte des „Deals“ der im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 UGP-I-RL gemacht wurde<sup>735</sup>: Die Kommission habe der Streichung des Absatzes 1 – unter dem ausdrücklich geäußerten Bedauern einiger Mitgliedstaaten im Rat<sup>736</sup> – lediglich zugestimmt, weil die UGP-RL nach allgemeinem Verständnis eine Vollharmonisierung<sup>737</sup> in dem von ihr angeglichenen Sachgebiet erreiche und daher Art. 4 Abs. 1 rechtlich nicht benötigt werden würde, um das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes zu garantieren. Im Hinblick auf eine solche Vollharmonisierung ist jedenfalls an-

---

<sup>732</sup> Vgl. insoweit: Art. 11ff UGP-RL zur Durchsetzung der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken; dabei wird auf die Situation in den Mitgliedstaaten Rücksicht genommen, in denen teilweise privat-, teilweise aber auch verwaltungsrechtliche Durchsetzungsmechanismen bestehen.

<sup>733</sup> Vgl. etwa Veelken, WRP 2004, 1 (12) zur Frage, ob Art. 4 Abs. 1, Satz 1 (Vorschriften an die sich die Gewerbetreibenden „zu halten haben“) lediglich materielle Verbotstatbestände umfasst oder auch verfahrensrechtliche Regelungen; ders., WRP 2004, 1 (13): zur Frage, ob Art. 4 sach- oder kollisionsrechtlich aufzufassen sei; ders., ebd. zur Bedeutung des Art. 4 Abs. 1, Satz 2; Köhler / Lettl, WRP 2003, 1019 (1035), die von Art. 4 lediglich solche Sachverhalte erfasst sehen wollen, die unter Art. 5 UGP-RL nicht aber solche, die unter Art. 6-9 UGP-RL fallen; vgl. ebenfalls: Keßler / Micklitz, BB 2003, 73 (73); Glöckner, WRP 2004, 936 (938f) „Konflikt mit dem kollisionsrechtlichen Marktortprinzip“.

<sup>734</sup> Vgl. Art. 4 UGP-RL: „Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr nicht aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen einschränken.“

<sup>735</sup> Im Hinblick auf die laufenden Verfahren zu den Vorschlägen des Art. 16 D-RL bzw. zur Rom II-Verordnung konnten von den „Gegnern“ des Herkunftslandprinzips keine weitgehenden Zugeständnisse bei Art. 4 Abs. 1 UGP-I-RL und schon gar nicht im Bereich des Lauterkeitsrechts gemacht werden.

<sup>736</sup> Vgl. in den ‚Draft Minutes Statements‘ im Annex 2 der UGP-II-RL die Ansichten Großbritanniens, der Niederlande, Luxemburgs und Estlands, die im Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und im Herkunftslandprinzip weiterhin zentrale Regelungsinstrumente („key policy tool“) zur Vollendung des Binnenmarktes sehen.

<sup>737</sup> Anmerkung: Unter Vollharmonisierung versteht man eine umfassende Rechtsangleichung, bei der den Mitgliedstaaten kein Gestaltungsspielraum verbleibt; Gegensatz: Minimalharmonisierung, bei der lediglich bestimmte Mindeststandards festgelegt werden, im übrigen den Mitgliedstaaten ausdrücklich eine inhaltliche Derogationsmöglichkeit „nach oben“ zugestanden wird, d.h. höhere Standards als die Mindestanforderungen dürfen gesetzt werden, vgl. ähnlich: Lettl, WRP 2004, 1079 (1085).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

erkennt, dass nationale Umsetzungsvorschriften allein nach den Vorgaben des jeweiligen Sekundärrechts und nicht mehr nach dem primären Gemeinschaftsrecht zu beurteilen sind<sup>738</sup>. Fraglich ist jedoch, wie weit der Zusammenhang zwischen einer Vollharmonisierung und der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes tatsächlich geht<sup>739</sup> und ob eine Vollharmonisierung allein ähnlich klare Voraussetzungen im Interesse größtmöglicher Rechtssicherheit für den Binnenmarkt schafft wie ein explizit normiertes Herkunftslandprinzip<sup>740</sup>.

Klar ist, dass der Harmonisierungsgedanke im Interesse des Verbraucherschutzes, der gleichzeitig dem Binnenmarkt dienen soll<sup>741</sup>, unter Zurückdrängung des Herkunftslandgedankens in den Vordergrund tritt<sup>742</sup>. Dabei wurden überdies in Art.3 Abs.5a und 5b UGP-II-RL<sup>743</sup> neue Ausnahmen vom Anwendungsbereich der UGP-RL<sup>744</sup> und auch vom verbleibenden Beschränkungsverbot in Art.4 begründet. Danach hätten die Mitgliedstaaten (nach Notifikation bei der Kommission) in dem durch die Richtlinie angeglichenen Sachgebiet in einer Übergangszeit von sechs Jahren nach Ablauf der Umsetzungsfrist (Art.18 Abs.1 UGP-II-RL) weiterhin nationale Vorschriften anwenden können, die Geschäftspraktiken stärker beschränken als die Richtlinie selbst („*which are more restrictive or prescriptive than this Directive*“) und die dabei Richtlinienbestimmungen aus anderen Rechtsakten umsetzen, die Minimumstandards festle-

---

<sup>738</sup> Vgl. EuGH („Vanacker und Lesage“) v. 12.10.93, Rs. C-37/92, Slg.1993, I-4947 (Rn.9); EuGH („Daimler Chrysler“) v. 13.12.01, Rs. C-324/99, Slg. 2001, I-9897, Rn. 32; EuGH („Doc Morris“) v. 11.12.03, Rs. C-322/01, NJW 2004, 131ff, Rn.64.

<sup>739</sup> Jedenfalls geht der Ansatz der genannten Mitgliedstaaten (ebd.) zu weit, die durch die Vollharmonisierung sogar ein (dem Herkunftslandprinzip vergleichbares) „de facto principle“ entstehen sehen: die Vollharmonisierung der UGP-RL sollte zu gleichwertigen Auswirkungen in allen Mitgliedstaaten führen, so dass grundsätzlich Unternehmer, die dem Recht ihres Niederlassungsstaates entsprechen, auch nicht gegen Rechtsvorschriften in anderen Mitgliedstaaten verstoßen könnten.

<sup>740</sup> Vgl. sogleich: 1.Teil: C.II.4, insb. unter dem Gesichtspunkt der Vereinheitlichung durch Generalklauseln.

<sup>741</sup> Vgl. Erwägungsgrund 8 UGP-II-RL: „The high level of convergence achieved by the approximation of national provisions through this Directive creates a high common level of consumer protection (...);“ Erwägungsgrund 9: „Harmonisation will considerably increase certainty for both consumers and business. Both consumers and business will be able to rely on a single regulatory framework based on clearly defined legal concepts regulating all aspects of unfair commercial practices across the EU. The effect will be to eliminate the barriers stemming from the fragmentation of the rules on unfair commercial practices harming consumer economic interests and enable the achievement of the internal market in this area.“

<sup>742</sup> Erwägungsgrund 1 UGP-II-RL stellt nunmehr den Verbraucherschutz als Leitgedanken voran, während der Binnenmarktgedanke in Erwägungsgrund 1a rückt. (Erwägungsgrund 1: „Article 153 (1) and (3)(a) of the Treaty provides that the Community should contribute to the attainment of a high level of consumer protection by the measures it adopts pursuant to Article 95 ...); die Erwägungsgründe 2-5, die die Ausgangssituation für den Binnenmarkt beschreiben, bleiben hingegen unverändert.

<sup>743</sup> Vgl. hierzu Erwägungsgrund 6 UGP-II-RL.

<sup>744</sup> Art.3 Abs.7-9 enthalten weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich: nicht erfasst sind z.B. Voraussetzungen für die Niederlassung; Genehmigungsvorbehalte; Verhaltenskodizes; sonstige spezifische Vorschriften im Hinblick auf reglementierte Berufe; Finanzdienstleistungen i.S.d Richtlinie 2002/65/EG; Zertifizierungsstellen. Hingegen wurde die Ausnahme in Art.3 Abs.3 UGP-I-RL gestrichen.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

gen („*which implement directives containing minimum harmonisation clauses*“) <sup>745</sup>. Den Ansatz, den Mitgliedstaaten die in einigen Richtlinien durch die Minimalharmonisierung enthaltenen Spielräume im Zusammenhang mit unlauteren Geschäftspraktiken zu erhalten, bestätigt letztlich Art.3 Abs.5, 6 UGP-RL <sup>746</sup>.

Damit bleibt allerdings auch in diesen Bereichen die Rechtszersplitterung zum Nachteil der Rechtssicherheit im Binnenmarkt bestehen <sup>747</sup>. Insoweit müssen sich grenzüberschreitend tätig werdende Unternehmen auch weiterhin auf eventuell höhere Standards als in ihrem Niederlassungsstaat einstellen: das regelmäßig nach dem Marktortprinzip angeknüpfte nationale Lauterkeitsrecht bleibt anwendbar; unverhältnismäßige Beschränkungen der Art.28ff bzw.49ff EG werden können lediglich im Einzelfall geltend gemacht werden. Gerade für einen solchen Bereich wäre die Anwendung eines Herkunftslandprinzips sinnvoll gewesen. Wie Art.18 UGP-RL zeigt, der eine komplexe Überprüfung der UGP-RL vorsieht <sup>748</sup>, wurden die notwendigen Entscheidungen zur Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes auf frühestens 2011 verschoben <sup>749</sup>.

---

<sup>745</sup> Die Maßnahmen müssen darüber hinaus zwingend notwendig im Interesse des Verbraucherschutzes und verhältnismäßig sein („*measures must be essential to ensure that consumers are adequately protected against unfair commercial practices and must be proportionate to the attainment of this objective*“); Art.17a UGP-II-RL sieht im Hinblick auf Art.3 Abs.5a, b eine Überprüfung vor.

<sup>746</sup> Vgl. schon oben: 1.Teil: B.II.2.b.aa. (2), z.B.Art.3 Abs.1 F-RL; fraglich ist, ob auch Art.7 Abs.1 der RL 84/450 bzw. 97/55/EG zur irreführenden Werbung nach der erneuten Änderung durch Art.14 Abs.7 UGP-II-RL erfasst sein soll, denn dieser lässt zwar strengere Bestimmungen zu, indes lediglich im Hinblick auf Gewerbetreibende und Mitbewerber; vgl. Überblick zum Harmonisierungsgrad des Lauterkeitsrechts bei Schrickler / Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367ff; Aufzählung von Verbraucherschutzvorschriften mit Mindestharmonisierung in Erwägungsgrund 12 V-VO;

<sup>747</sup> Gerade im Hinblick auf die Mindestvorschriften in den bestehenden Verbrauchervorschriften, hatte die Kommission in den Begründungserwägungen zur UGP-I-RL, S.5, noch ausgeführt, dass die unterschiedlichen Vorschriften gerade auch in diesem Bereich erhebliche Hemmnisse darstellen.

<sup>748</sup> Die Kommission soll spätestens vier Jahre nach der Umsetzung einen Bericht über die Anwendung der UGP-RL mit eventuell notwendigen Vorschlägen zur Überarbeitung vorlegen. Das Hauptaugenmerk soll hierbei auf Art.4 (also dem Beschränkungsverbot) und Art.3 Abs.5, 6 liegen, wobei der Spielraum für weitere Vereinheitlichung und Vereinfachung des Gemeinschaftsrechts und nötigenfalls Maßnahmen aufgezeigt werden sollen, die ein angemessenes Schutzniveau für Verbraucher aufrechterhalten. Gleichzeitig verpflichten sich Rat und EP sich zu bemühen, binnen zwei Jahren im Hinblick auf eventuelle Kommissionsvorschläge tätig zu werden („*EP and Council shall endeavour to act*“); vgl. hierzu auch erläuternd Erwägungsgrund 17a UGP-II-RL: es könnten insb. die Reichweite der Ausnahmen zu begrenzen sein.

<sup>749</sup> Auf weitere Änderungen des Vorschlags UGP-II-RL gegenüber UGP-I-RL soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden: vgl. aber Erwägungsgründe 11a, 13a; zudem wurde das an die EuGH-Rechtsprechung angelehnte Konzept des „Durchschnittsverbrauchers“ (hierzu: Lettl, WRP 2004,1079 (1083, Fn.31) offenbar aufgegeben: Art.2 lit. b) wurde ebenso wie Art. 2 lit. h) hinsichtlich der Verhaltenskodexe gestrichen; neu sind die Begriffsdefinitionen in Art.2 lit. m), n) (transactional decisions; regulated professions).

3. Das Beschränkungsverbot im Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt

Ebenso enthält Art.3 Abs.2 V-VO auch im aktuellen geänderten Vorschlag<sup>750</sup> ein Beschränkungsverbot vergleichbar dem in Art.4 UGP-II-RL<sup>751</sup>:

*„Die Mitgliedstaaten und die nichtöffentlichen Regulierungsstellen beschränken weder den freien Dienstleistungsverkehr noch den freien Verkehr von Waren, die von der Nutzung von Verkaufsförderaktionen profitieren, auf Grund der Nutzung dieser Verkaufsförderaktionen und Hinweisen darauf im Rahmen kommerzieller Kommunikation; (...).“*

Aufgrund dieses Absatzes gilt prinzipiell für alle innerstaatlichen Beschränkungen verkaufsfördernder Aktionen, die nicht unter Art.3 Abs.1 V-VO<sup>752</sup> fallen, ein Beschränkungsverbot<sup>753</sup>. Erwägungsgrund 5 spricht auch insoweit sogar von einem „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“<sup>754</sup>. Damit ist jede Form der Beschränkung solcher aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Dienste, die die Nutzung verkaufsfördernder Aktionen sowie ihre Bekanntmachung durch kommerzielle Kommunikation betrifft verboten<sup>755</sup>, wobei diese auf Verkaufsförderaktionen als solche bezogen sein müssen. Generelle Beschränkungen von Werbung sind nicht erfasst<sup>756</sup>.

---

<sup>750</sup> Vgl. nochmals: KOM (2002), 585 endg. v. 25.10.2002, 2ff (weitere Angaben in diesem Abschnitt 3. ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf diesen aktuellen Vorschlag zur V-VO).

<sup>751</sup> Auch insoweit soll im wesentlichen nur auf Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Beschränkungsverbot in Art.3 Abs.2 V-VO eingegangen werden, vgl. umfassend zur V-VO: ablehnende Stellungnahmen der Bundesregierung (BT-Drucks. 15/1487/ v. 22.8.2003, A III, S.12) und der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR 2002, 410ff); Apostolopoulos, WRP 2004, 841ff; Beater, ZEuP 2003, 11 (33, 42f); Gamerith, WRP 2003, 143 (154ff); Göhre, WRP 2002, 36, (38ff); Henning-Bodewig, GRUR Int. 2002, 389 (396ff); Ohly, NJW 2003, 2135 (2137) jeweils m.w.N..

<sup>752</sup> Art.3 Abs.1 V-VO regelt die Aufhebung bestimmter Beschränkungen wie generelle Verbote der Nutzung und kommerziellen Kommunikation verkaufsfördernder Aktionen (...); Beschränkungen hinsichtlich des Wertes verkaufsfördernder Maßnahmen außer (...); Verbote von Rabatten im Vorfeld von Saisonschlussverkäufen; Verpflichtungen zur Vorabgenehmigung (...) einer Verkaufsförderaktion.

<sup>753</sup> Im geänderten Vorschlag findet sich nunmehr eine weitere Ausnahme in Art.3 Abs.3: „Dieser Artikel gilt unbeschadet der innerstaatlichen Bestimmungen über den Verkauf und Weiterverkauf unter Selbstkosten.“

<sup>754</sup> Veelken, WRP 2004, 1 (3, Fn.35) überlegt insoweit sogar vom „Herkunftslandprinzip“ zu sprechen, was die begrifflichen Verwirrungen verdeutlicht, vgl. oben: 1.Teil: A.; klarstellend sogleich: 1.Teil: D.II.4.c.

<sup>755</sup> Vgl. bereits Begründungserwägungen zum ursprünglichen Vorschlag, KOM (2001), 546 endg. v. 2.10.2001, 2ff (5f): „... untersagt werden alle Handlungen eines Mitgliedstaats, die die Durchführung oder Bekanntmachung der Verkaufsförderaktionen behindern oder weniger attraktiv machen; beispielsweise werden u.a. Dienste von Konzept- und Werbeagenturen, Mediendienste, Dienste von Medienplanern, Sponsoringagenturen genannt.“

<sup>756</sup> Vgl. Erwägungsgrund 17 der V-VO: nur solche innerstaatlichen Vorschriften unterlägen der gegenseitigen Anerkennung, „die sich auf die Nutzung verkaufsfördernder Aktionen oder ihre Bekanntmachung mittels kommerzieller Kommunikation beziehen“, nicht aber allgemeine Auflagen für die Werbung; Begründungserwägungen zum ursprünglichen Vorschlag, S.5f: „Generelle Beschränkungen bzgl. der Werbung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen, generelle Medienbeschränkungen bzgl. der an bestimmte Verbrauchergruppen (Kinder) gerichteten Werbung“, oder Beschränkungen aus sonstigen ethischen oder gesundheitsrelevanten Gründen sind nicht davon betroffen.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

Die Verordnung<sup>757</sup> ist im bekannten Sinne binnenmarkt-<sup>758</sup> und verbraucher-schutzorientiert<sup>759</sup>. Die bestehende Rechtsunsicherheit im Binnenmarkt, die sich vor allem aus einer festgestellten Rechtszersplitterung im Hinblick auf Verkaufsförderungen ergibt, wird – wie gehabt – hervorgehoben<sup>760</sup>. Die V-VO will bestehende Beschränkungen des Binnenmarktes beseitigen, in dem auf Gemeinschaftsebene weitgehend *„einheitliche Regeln aufgestellt und bestimmte Rechtskonzepte eindeutig definiert werden (...); die verbliebenen Einschränkungen der Nutzung und Kommunikation verkaufsfördernder Aktionen sollten dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung innerstaatlicher Rechtsvorschriften unterstellt werden“*<sup>761</sup>.

Damit ähneln sich die Regulierungsansätze von V-VO und UGP-II-RL erheblich; letztere spricht indes nicht direkt vom Anerkennungsprinzip. Eine möglichst umfassende Harmonisierung tritt neben ein Beschränkungsverbot: Mitgliedstaaten sollen im Prinzip nicht mehr die Möglichkeit haben, von anderen Mitgliedstaaten ausgehende Verkaufsförderaktionen zu beschränken; dabei garantiert die umfangreiche Harmonisierung ein prinzipiell einheitliches Schutzniveau. Die V-VO enthält aber darüber hinaus besondere Klarstellungen über das Verhältnis des Art.3 Abs.2 V-VO zu der in der Verordnung erreichten Harmonisierung. Die vereinheitlichten Vorschriften dienen einem *„generell höheren Schutz“*, seien aber auch für ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes notwendig; *„andere grenzüberschreitende Hemmnisse für die Nutzung und kommerzielle Kommunikation verkaufsfördernder Aktionen“* würden durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung innerstaatlicher Rechtsvorschriften *„beseitigt“*<sup>762</sup>.

---

<sup>757</sup> Auf die Gründe für die Wahl des Rechtsinstruments einer Verordnung und eventuelle Vorteile kann an dieser Stelle nicht eingegangen, vgl. aus den Begründungserwägungen zum ursprünglichen Vorschlag, S.2f; auch im geänderten Vorschlag Erwägungsgrund 6: „Angesichts des besonderen Charakter der anstehenden Probleme, insbesondere der Notwendigkeit, wenige Probleme, die eine Vielzahl von Dienstleistungen betreffen, ganz gezielt zu lösen, muss diese Verordnung einige präzise, uneingeschränkt geltende und einheitliche Regeln für die Gemeinschaft aufstellen. Eine Verordnung stärkt die Rechtssicherheit“; vgl. ebenso: Erwägungsgrund 24.

<sup>758</sup> Vgl. insoweit die Erwägungsgründe 1-3 mit den üblichen Argumenten: Erwägungsgrund 1: „(...) fortschreitende Nutzung und kommerzielle Kommunikation verkaufsfördernder Aktionen (ist) in einem Raum ohne Binnengrenzen unerlässlich“; 2: „verkaufsfördernde Aktionen dienen dem Wachstum und der Entwicklung aller Wirtschaftsbereiche (...)“; 3: die Verordnung soll „ein hohes Maß an rechtlicher Integration in der Gemeinschaft sichern, damit ... ein echter Raum ohne Binnengrenzen entsteht, (und) ein hohes Maß an Verbraucherschutz“ gewährleistet wird.

<sup>759</sup> Vgl.: Erwägungsgrund 14: „Diese Verordnung stellt sehr deutlich auf den Verbraucherschutz ab, um das Vertrauen in den Binnenmarkt für Verkaufsförderaktionen zu stärken“; zusammenfassend Art.1 V-VO (Ziel der Richtlinie).

<sup>760</sup> Vgl. Erwägungsgrund 4: zahlreiche rechtliche Hemmnisse behinderten das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes; „diese sind auf die Unterschiede in den Rechtsvorschriften und die Unsicherheit darüber zurückzuführen, welche innerstaatlichen Rechtsvorschriften für die (...) verkaufsfördernden Aktionen gelten (...)“; vgl. hierzu bereits ausführlich: „Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“, KOM (96), 192 endg. v. 18.5.1996 und zur ausgearbeiteten Strategie der Kommission im „Folgedokument zum Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“, Mitteilung, KOM (1998), 121 endg. v. 4.3.1998.

<sup>761</sup> Vgl. hierzu ausführlich Erwägungsgrund 5: „andere Beschränkungen müssen durch weniger restriktive Regelungen ersetzt werden“; dies ähnelt bis in die Formulierung hinein der UGP-RL.

<sup>762</sup> Vgl. Erwägungsgrund 17.

Dem Beschränkungsverbot kommt insofern eine Art Auffangfunktion im Interesse des Binnenmarktes für Bereiche zu, die nicht von der Harmonisierung der V-VO erfasst sind.

Die V-VO selbst enthält wenige Ausnahmevorschriften – noch weniger als in der UGP-RL. Dies dürfte am geringen auf Verkaufsförderaktionen begrenzten Anwendungsbereich (vgl. Definitionen in Art.2 lit. a), b) V-VO) liegen, der nach der Zielsetzung der Verordnung möglich umfassend („voll“) harmonisiert sein soll: Art.4 V-VO i.V.m. dem Anhang sieht überdies umfangreiche Informationspflichten zu Lasten des Auftraggebers einer Verkaufsförderaktion („promoter“, vgl. Art.2 lit. c) V-VO) vor; besonderer Schutz wird Kindern und Jugendlichen in Art.5 V-VO gewährt<sup>763</sup>.

#### 4. Bedeutung einer Begrenzung des Binnenmarktgedankens auf ein Beschränkungsverbot

Die Bedeutung und Auswirkungen eines Beschränkungsverbotes wie in Art.4 UGP-RL oder 3 Abs.2 V-VO sind umstritten: Jedenfalls kann darin nicht lediglich eine (letztlich überflüssige) Klarstellung zu sehen sein, dass außerhalb des von der jeweiligen Richtlinie ‚koordinierten Bereiches‘, die Freiheiten des EG-Vertrages zu beachten sind<sup>764</sup>. Vielmehr geht es darum in dem von der jeweiligen Richtlinie harmonisierten Bereich, mitgliedstaatliche Einschränkungen der Art.28ff, 49ff EG allgemein auszuschließen, so dass insoweit auch eine Rechtfertigung durch „zwingende Erfordernisse“ im Sinne der Cassis-Rechtsprechung ausscheidet<sup>765</sup>. Auch bei einem solchen Verständnis handelt es sich letztlich – wie gesehen – um eine Klarstellung, denn zumindest bei erfolgter Vollharmonisierung ist anerkannt, dass nationale Umsetzungsvorschriften allein nach den Vorgaben des jeweiligen Sekundärrechts und nicht mehr nach

---

<sup>763</sup> Vgl. weitere in den Erwägungsgründen versteckte Ausnahmen: Erwägungsgründe 9: keine Anwendung auf Glücksspiele; 10: unbeschadet des Wettbewerbsrechts; 12: (unter Aufzählung zahlreicher Richtlinien) „lässt bestehende gemeinschaftliche Vorschriften über die Nutzung und Kommunikation verkaufsfördernder Aktionen unberührt.“ – insofern kommt auch der V-VO eine Ergänzungsfunktion zu und es wird auf den bestehenden Standards aufgebaut, die teilweise lediglich Minimalstandards darstellen; insofern kann Art.3 Abs.2 V-VO indes im Interesse des Binnenmarktes fortbestehende Schutzunterschiede – anders als bei der UGP-RL – ausgleichen.

<sup>764</sup> Vgl. ebenso: Veelken, WRP 2004, 1 (13f). Dieser Ansicht ist indes wohl die deutsche Bundesregierung, berichtet bei Glöckner, WRP 2004, 936 (939).

<sup>765</sup> Vgl. ebenso: Veelken, WRP 2004, 1 (14).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

dem primären Gemeinschaftsrecht zu beurteilen sind<sup>766</sup>. Ein ausdrücklich normiertes Beschränkungsverbot beseitigt insofern jedenfalls eventuell bestehende Zweifel hinsichtlich des innerhalb eines Rechtsaktes erreichten Harmonisierungsgrades. Der Begriff „Einschränkung“ im Sekundärrecht kann dabei grundsätzlich unter Berücksichtigung eventueller Vorgaben des Rechtsaktes<sup>767</sup> selbst in Anlehnung an die bestehenden Definitionen zum Primärrecht bestimmt werden<sup>768</sup>.

a. Art.4 UGP-RL

Art.4 UGP-RL ist im Hinblick auf die Reichweite des Beschränkungsverbotens deutlicher als Art.3 Abs.2 V-VO, denn er präzisiert, dass keine Einschränkung aus „Gründen“ erfolgen darf, „die mit dem durch die Richtlinie angeglichenen Sachgebiet zusammenhängen“. Damit sind auf jeden Fall einschränkende mitgliedstaatliche Bestimmungen verboten, die in den sachlichen Anwendungsbereich der UGP-RL fallen. Die sachlich-persönliche Reichweite der UGP-RL ergibt sich aus einer Gesamtschau der Richtlinienbestimmungen<sup>769</sup>: Verboten werden unlautere „Geschäftspraktiken“ (Art.2 lit. e) UGP-RL) durch „Gewerbetreibende“ (Art.2 lit. c) UGP-RL) im Rahmen von Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmern und Endverbrauchern, die sich gegen die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Endverbrauchers richten (s. Erwägungsgrund 5). Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind indes u.a. gemäß Art.3 Abs.4 „Rechtsvorschriften ... in Bezug auf Gesundheits- oder Sicherheitsaspekte von Produkten“, wodurch diese Teilaspekte der Cassis-Formel auf andere Weise Berücksichtigung finden.

Fraglich ist, ob aufgrund der Formulierung („zusammenhängen“) sogar ein noch weiter gehender „Zusammenhangsbereich“ erfasst ist<sup>770</sup>. Eine derartig weite

---

<sup>766</sup> Vgl. nochmals: EuGH („Vanacker und Lesage“) v. 12.10.93, Rs. C-37/92, Slg.1993, I-4947 (Rn.9); EuGH („Daimler Chrysler“) v. 13.12.01, Rs. C-324/99, Slg. 2001, I-9897, Rn. 32; EuGH („Doc Morris“) v. 11.12.03, Rs. C-322/01, NJW 2004, 131ff, Rn.64.

<sup>767</sup> Vgl. nochmals Begründungserwägungen zum ursprünglichen Vorschlag der V-VO, KOM (2001), 546 endg. v. 2.10.2001, 2ff (5f): „... untersagt werden alle Handlungen eines Mitgliedstaats, die die Durchführung oder Bekanntmachung der Verkaufsförderaktionen behindern oder weniger attraktiv machen.“

<sup>768</sup> Vgl. zu Art.28 EG die Dassonville-Formel: EuGH („Dassonville“) v. 11.7.1974, Rs.8/ 74, Slg. 1974, 837, Rn.5: jede Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern; zu Art.49 EG: EuGH („Säger“) v. 25.7.91, Rs.C-76/90, Slg.1991, I-4221, Rn.12: jede Maßnahme, die geeignet ist die Tätigkeit des Dienstleistenden zu unterbinden oder behindern.

<sup>769</sup> Vgl. ausführlich zur Bestimmung des Anwendungsbereiches: Veelken, WRP 2004, 1 (6ff).

<sup>770</sup> Vgl. in diesem Sinne: Veelken, WRP, 2004, 1 (13f) noch mit dem gesetzessystematischen Argument in Abgrenzung zu Art.4 Abs.1 UGP-I-RL (das „durch diese Richtlinie angeglichenen Gebiet“ gegenüber „Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenem Sachgebiet zusammenhängen“ in Absatz 2).

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

Auslegung könnte einer bezweckten Auffangfunktion des Beschränkungsverbot – wie sie bei Art.3 Abs.2 V-VO explizit festgestellt wurde – im Interesse des Binnenmarktes zu wirksamerer Geltung verhelfen.

Zwar kann es im Anwendungsbereich der UGP-RL an sich nicht mehr zu Beschränkungen kommen, wenn die Schutzniveaus angeglichen sind, denn es wird ohnehin eine Vollharmonisierung angestrebt. Dennoch könnten Bestimmungen, die nicht von der Vollharmonisierung erfasst sind, aber trotzdem mit dem Anwendungsbereich der UGP-RL „zusammenhängen“, (möglicherweise übersehene) Beschränkungen im Zusammenhang mit unlauteren Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern bewirken, die dadurch wirksam ausgeschlossen wären. Unklar bleibt indes, unter welchen Umständen durch eine solche Auslegung zusätzliche Vorschriften erfasst sein sollen<sup>771</sup>.

Viel realere Bedeutung könnte Art.4 UGP-RL in Bereichen erlangen, in denen praktisch bei der Rechtsanwendung durch die Mitgliedstaaten Unterschiede entstehen, obwohl die Bereiche an sich voll harmonisiert sind. Hierbei ist insbesondere an Probleme zu denken, die dadurch entstehen könnten, dass mit Art.5 UGP-RL eine äußerst dehnbare Generalklausel zur Umsetzung ansteht. Damit ist zumindest im Stadium kurz nach erfolgter Umsetzung (wenn nicht schon sogar bei der Umsetzung selbst) zu erwarten, dass die Mitgliedstaaten die Bestimmungen der Generalklausel durch ihre Vollzugsorgane unterschiedlich interpretieren werden, womit die Schutzstandards auch nach Umsetzung der UGP-RL variieren dürften<sup>772</sup>. Indes ist hierbei das Gebot richtlinienkonformer Auslegung zu berücksichtigen: Der Wortlaut und Zweck der jeweiligen Richtlinie sind soweit wie möglich zu berücksichtigen, um das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen und der Verpflichtung des Art. 249 Abs.3 EG nachzukommen<sup>773</sup>. Das bedeutet auch, dass die Richtlinie auch nach erfolgter Umsetzung ins nationale Recht eine Maßstabswirkung entfaltet, nach der sich die mitgliedstaatlichen Vollzugsorgane richten müssen; Richtlinienbegriffe sind autonom

---

<sup>771</sup> Vgl. nochmals Veelken, WRP 2004, 1 (14), der an mitgliedstaatliche Regelungen denkt, „die von ihrer Zielsetzung zwar weitgehend den Vorschriften der UGP-RL entsprechen, sich aber nach ihrer sonstigen Ausgestaltung und/oder systematischen Stellung von diesen unterscheiden“; ders. indes einschränkend a.E., da bei angemessener Abgrenzung Anwendungsbereich und „Zusammenhangsbereich“ deckungsgleich sein dürften; deshalb hält er Art.4 Abs.2 sogar gänzlich für entbehrlich (ebd., 29), wohl weil die Vollharmonisierung genügen soll.

<sup>772</sup> Vgl. hierzu Veelken, WRP 2004, 1 (11ff); Glöckner, WRP 2004, 936 (936ff).

<sup>773</sup> Vgl. m.w.N. Callies/ Ruffert (- Kahl), Art.10, Rn.40; EuGH („Marleasing“) v. 13.11.90, Rs. C- 106/89, Slg. 1990. I-4135, Rn.8; EuGH („Henkel“) v. 29.4.04, verb. Rs. C-456/01, 457/01, WRP 2004, 722, Rn.60; EuGH („Björnekulla Fruktindustrier“) v. 29.04.04, Rs. C-371/02, WRP 2004, 728, Rn.13.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

nach den Vorgaben des jeweiligen Rechtsakts auszulegen, wobei prinzipiell keine nationalen Wertungen Berücksichtigung finden dürfen<sup>774</sup>.

Dennoch dürften kurzfristig Unterschiede im Hinblick auf die Verwirklichung der Generalklausel fortbestehen. Gerade für diese Bereiche kommt dem Beschränkungsverbot seine Bedeutung zu, denn es verpflichtet die Bestimmungsstaaten gerade auch insoweit, die Grundfreiheiten nicht einzuschränken. Dies gilt selbst dann, wenn der in Umsetzung des Art.5 UGP-RL erreichte Standard höher sein sollte, als im Herkunftsland des fraglichen Gewerbetreibenden. Das Bestimmungsland ist insoweit zu einem Vergleich mit der Rechtslage im Herkunftsland des Gewerbetreibenden verpflichtet und muss gegebenenfalls das weniger beschränkende Recht des Herkunftsstaates anwenden.

Langfristig dürfte indes über die Mechanismen des Gemeinschaftsrechtsschutzes, vor allem über das Vorlageverfahren (Art.234 EG), eine einheitliche Auslegung auch der Generalklausel sicherzustellen sein.

Nach alledem ist auch klar, dass zwar ein Zusammenhang zwischen einer Vollharmonisierung und der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes tatsächlich besteht, dass aber eine vollständige Klarheit über das anwendbare Recht im Binnenmarkt für Anbieter nur mit Hilfe eines Herkunftslandprinzips geschaffen werden kann, das allein das Recht des Herkunftslandes des Anbieters für maßgeblich erklärt. Bei prinzipiell erreichter Vollharmonisierung und gleichzeitiger Absicherung über das Beschränkungsverbot dürften indes für den Binnenmarkt keine gravierenden Nachteile entstehen.

*b. Art.3 Abs.2 V-VO*

Für Art.3 Abs.2 V-VO kann im Wesentlichen auf das eben zu Art.4 UGP-RL Gesagte verwiesen werden: Auch insofern kann von einer dort beschriebenen „Auffangfunktion“ des Beschränkungsverbot im Zusammenhang mit Verkaufsförderaktionen ausgegangen werden. Zwar enthält Art.3 Abs.2 V-VO insoweit keine vergleichbaren Klarstellungen zur Reichweite des Beschränkungsverbot wie Art.4 UGP-RL, dennoch können lediglich Beschränkungen verboten sein, die im Gesamtzusammenhang mit dem durch die V-VO vereinheit-

---

<sup>774</sup> Vgl. allgemein zu Problemen bei der Umsetzung von Richtlinien instruktiv: Weir, ZEuP 2004, 595ff.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

lichten Sachgebiet stehen<sup>775</sup>. Das Beschränkungsverbot gilt nach dem (umständlich formulierten Wortlaut) des Art.3 Abs.2 V-VO zudem nur hinsichtlich Waren und Dienstleistungen, die „von der Nutzung von Verkaufsförderaktionen profitieren“, weil eine solche Verkaufsförderaktion bereits genutzt wurde oder ein Hinweis „darauf im Rahmen kommerzieller Kommunikation“ stattgefunden hat.

c. Binnenmarktgedanke, Herkunftslandprinzip und Beschränkungsverbot

Die vorgenommene Untersuchung ermöglicht eine terminologische Klarstellung, wodurch auch funktional eine bessere Unterscheidung ermöglicht wird<sup>776</sup>:

- Ursprung der sekundärrechtlichen Regelungstechniken ist der Binnenmarktgedanke oder auch Binnenmarktansatz der sich aus der Cassis-Rechtsprechung des EuGH ergibt. Die Kommission hat daraus das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung entwickelt, wobei dieser Begriff vielfältige Ausformungen des Binnenmarktgedankens im Sekundärrecht umfasst und von der Kommission relativ „pauschal“ verwendet wird. Die genannten Begriffe können als Oberbegriff fungieren.
- Das Herkunftslandprinzip (wie in Art.3 E-RL, 16 D-RL oder 4 UGP-I-RL) umfasst zum einen die ausdrückliche Begründung einer im Prinzip alleinigen Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftslandes, das anhand der Niederlassung des Anbieters bestimmt wird; dabei (und dadurch) wird auch festgelegt, dass dieser Anbieter lediglich den Vorschriften dieses Staates „entsprechen“ muss bzw. er nur diesen „unterfällt“ bzw. sich nur an diese zu „halten“ hat. Zum anderen enthält es ein Beschränkungsverbot zu Lasten der Bestimmungsländer. Nach den bisherigen Analysen findet das Herkunftslandprinzip querschnittsartig (horizontal) in Bereichen Verwendung, in denen lediglich eine geringfügige (Minimal-) Harmonisierung durchgeführt wird, so dass ein fortbestehendes Schutzgefälle in Kauf genommen wird. Dabei wird im Übrigen auf die effektive Kontrolle durch das Herkunftsland und auf eine Begrenzung des Anwendungsbereiches durch zahlreiche Ausnahmen vertraut.

---

<sup>775</sup> Eine solche Auslegung entspräche im Übrigen – wie zu zeigen sein wird – derjenigen, wie sie vom EuGH im Zusammenhang mit der Fernseh-Richtlinie vorgenommen wurde, vgl. noch unten: 1.Teil: D.I.4.

<sup>776</sup> Diese Überlegungen knüpfen an die Erwägungen aus dem 1.Teil: A., B.II. an; anderer Ansatz bei Glöckner, WRP 2004, 936 (938): Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (Art.4 UGP-I-RL) als „Herkunftslandprinzip i.e.S.“.

1. TEIL: DAS HERKUNFTSLANDPRINZIP ALS REGELUNGSTECHNIK DES SEKUNDÄRRECHTS  
C. DESSEN UMSTRITTENE FORTENTWICKLUNG AM BEISPIEL AKTUELLER RECHTSSETZUNGSVERFAHREN

- Das bloße Beschränkungsverbot dient letztlich ebenfalls, wenn auch in anderer Form, der Durchsetzung des Binnenmarktgedankens. Der Ansatz ist nicht horizontal, sondern begrenzt, denn er bezieht sich eher auf isolierte Rechtsgebiete, die dabei einer weit reichenden (Voll-) Harmonisierung unterzogen werden. Auf eine explizite Herausstellung der Verantwortlichkeit des Herkunftslandes kann verzichtet werden, da im Wesentlichen einheitliche Standards geschaffen werden. Dem Beschränkungsverbot kommt eine „Auffangfunktion“ für den Fall zu, dass trotz umfassender Harmonisierung, Hemmnisse für den Binnenmarkt entstehen.

Die vorgenommene Untersuchung liefert über die terminologische Klarstellung hinaus auch einen inhaltlich-funktionalen Nachweis:

- Das Beschränkungsverbot dient in seiner Funktion als Auffangregel allein einer Absicherung der Grundfreiheiten: Einschränkungen sollen verhindert werden; diese entstehen indes nur wenn das Schutzniveau im Herkunftsstaat niedriger ist als im Bestimmungsstaat und letzterer trotzdem sein Recht durchsetzen will (was aufgrund der erfolgten Vollharmonisierung selten der Fall sein dürfte). Insofern ist der Bestimmungsstaat verpflichtet, sein Recht mit dem im Herkunftsland zu vergleichen und gegebenenfalls das weniger beschränkende Recht des Herkunftsstaates anzuwenden. Die durch Art.3 Abs.2 V-VO bzw. 4 UGP-RL vorgenommene Einschränkung hat damit allein sachrechtliche Bedeutung und ist insofern näher an der Grundfreiheitendogmatik des Primärrechts.
- Das Herkunftslandprinzip hingegen ist anders konzipiert. Durch die Hervorhebung der Kontroll- und Überwachungspflicht des Herkunftslandes und durch die eindeutige Festschreibung des Regel, dass sich ein Anbieter lediglich nach den Vorschriften seines Niederlassungsstaates zu richten hat, geht es weit über das weiterhin zusätzlich angeordnete Beschränkungsverbot hinaus. Es bestimmt auf diese Weise im Stile einer Kollisionsregel das anwendbare Recht, ohne das „sachrechtliche“ Erwägungen eine Rolle spielen. Auf diese Weise soll auch in Bereichen, die noch nicht vollständig harmonisiert sind, Rechtssicherheit durch eine klare Bestimmung des anwendbaren Rechts im Interesse der Anbieter geschaffen werden, damit ein funktionsfähiger Binnenmarkt Wirklichkeit werden kann.