

Zeitschrift für

EUROPARECHT 

**INT. PRIVATRECHT &
RECHTSVERGLEICHUNG**

Redaktion **Helmut Ofner** (Chefredakteur), Hans-Peter Folz

Wissenschaftlicher Beirat **Hans Hoyer**, Michael Schweitzer,

Willibald Posch, Manfred Straube

Begründet von **Fritz Schwind**

Juni 2019

03

97 – 140

Europarecht

Freihandelsabkommen, regionale Wirtschaftsintegrationen und die neue Epoche des Welthandels *Csongor István Nagy* ➔ 100

Union Aktuell *Suzan Topal-Gökceli* ➔ 107

Internationales Privatrecht

Syndikate im internationalen Kontext *Lukas-Sebastian Swoboda* ➔ 119

Rechtsvergleichung

Das neue dänische Gesetz über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten 2018 *Gerhard Ring und Line Olsen-Ring* ➔ 126

Transeo ergo sum, maneo item sum
Armin Reinstadler und Simon De Zordo ➔ 133

Rechtsprechung

EuGH ➔ 116

Internationales Privatrecht ➔ 122

Transeo ergo sum, maneo item sum

Anmerkungen zum EuGH-Urteil in den Rechtssachen *X BV und Visser* und zur monistischen Grundkonzeption des Binnenmarkts

Die Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Bestimmungen unter Kapitel III der EU-DienstleistungsRL über die Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer knüpft nicht an einen grenzüberschreitenden Bezug des Ausgangsrechtsstreits, sondern ausschließlich an die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit an und erstreckt sich somit auch auf reine Inlandssachverhalte. Das nachfolgend beleuchtete, am 30. 1. 2018 ergangene EuGH-Urteil gibt Impulse für eine weiterführende Betrachtung der rechtlichen Architektur des europäischen Binnenmarkts, insb der übergeordneten Zielsetzung der Marktfreiheit und -gleichheit.

Von Armin Reinstadler und Simon De Zordo

Inhaltsübersicht:

- A. Die Ausgangslage
- B. Die Empfehlungen von GA Szpunar
- C. Die Entscheidung des Gerichtshofs
- D. Die Binnenmarktkompetenz der EU in den idealtypischen Ausprägungen der Marktfreiheit und -offenheit
 1. Die Rechtssetzungsbefugnis der EU und die Einseitigkeit der darauf aufbauenden Thesen über die (Un-)Zulässigkeit der Erfassung rein innerstaatlicher Sachverhalte
 2. Das Zusammenspiel zwischen Grundfreiheiten und Rechtsharmonisierung als Instrumente zur Realisierung eines „wirklichen“ Binnenmarkts
 3. Mechanismen indirekter Rechtsangleichung
 4. Mögliche Grenzen für den Unionsgesetzgeber
 5. Fazit und Praxisfolgen

A. Die Ausgangslage

In den verbundenen Rs *X BV und Visser*¹⁾ hat die Große Kammer des Gerichtshofs die Gelegenheit ergriffen, die in der Rechtslehre bislang umstrittene Frage nach der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Kapitels III über die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern der RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt²⁾ auf rein innerstaatliche Sachverhalte ausdrücklich zu prüfen und zu beantworten.³⁾

Der Anlassfall in der Rs *Visser* (C-31/16) betraf eine niederländische Gesellschaft, der die Eröffnung eines Einzelhandelsgeschäfts der eigenen Discounterkette für Schuhe und Bekleidung in einem außerstädtischen Areal unter Entgegenhaltung einer städtebaulichen Vorgabe verwehrt worden war. Die Frage nach der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit behandeln sowohl GA Szpunar, dies bereits zum wiederholten Male,⁴⁾ als auch der Gerichtshof, dieser indes zum ersten Mal.

Im Unterschied zu den gleichfalls rein innerstaatlichen Sachverhalten in den Rs *Trijber und Harmsen*, in denen die spezifische Erörterung mit Verweis auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Dienstes durch

Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten bzw der Verhinderung des Marktzugangs für Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten noch umschifft worden war,⁵⁾ und in der Rs *Hiebler*, in der die Prüfung anhand von Art 49 AEUV wegen fehlender Darstellung des grenzüberschreitenden Zusammenhangs für unzulässig erklärt, sodann jedoch schlicht und unmittelbar am Maßstab der RL vorgenommen wurde,⁶⁾ hat der EuGH in der Rs *Visser* die in Klärung begriffene Rechtsfrage erstmals ausdrücklich aufgegriffen und bejahend beantwortet.

Während diese Bejahung im Lichte der vorangehenden Rsp für sich genommen keine kopernikanische Wende darstellt, birgt jedoch die untrennbar damit verbundene Aufmerksamkeit für das Fortschreiten des europäischen Integrationsprozesses zwecks Errich-

ZfRV 2019/17

RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

EuGH 30. 1. 2018, verb Rs C-360/15 und C-31/16

Niederlassungsfreiheit;

sachlicher Anwendungsbereich;

reine Inlandssachverhalte

1) EuGH 30. 1. 2018, verb Rs C-360/15 und C-31/16, *X BV und Visser*.

2) ABI L 2006/376, 36.

3) Vgl dazu die zuvor dezidiert ablehnenden Meinungen von Asemisen, Berufsanerkennung und Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt (2014) 244, wonach die inhaltliche Assonanz zum Gewährleistungsinhalt der primärrechtlichen Grundfreiheiten, die teleologische Erwägung der Beschränkung des Regelungszwecks auf die sekundärrechtliche Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit gem Art 49 AEUV und schließlich die methodische Überlegung der Einordnung von Art 9 ff RL als restriktiv auszulegende Verbotsvorschriften zur Niederlassungsfreiheit insgesamt für die Beschränkung auf grenzüberschreitende Sachverhalte sprächen, sowie von Schiff, Sekundär- vor Primärrecht? Zur Anwendbarkeit der DienstleistungsRL auf Inlandssachverhalte, EuZW 2015, 899, mit besonderer Betonung des aus sekundärrechtlicher Warte unantastbaren primärrechtlichen Kompetenzgefüges; differenzierter Korte, Gebietsbeschränkungen für Rauchfangkehrer, EuZW 2016, 228; indes mit Betonung der eine ausdrückliche dogmatische Herleitung bislang vermeidenden, dennoch aber im Ergebnis die Anwendung auf reine Inlandssachverhalte bejahenden Haltung des EuGH, Reinstadler/Reinalter, Partikuläre Anwendung der RL 2006/123/EG auf rein innerstaatliche Sachverhalte? Anmerkungen und (offene) Fragen zu den EuGH-Urteilen in den Rs *Trijber, Harmsen und Hiebler*, ZfRV 2016, 124.

4) So hatte GA Szpunar bereits in den Schlussanträgen zu EuGH 1. 10. 2015, verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber und Harmsen*; zu EuGH 23. 12. 2015, C-293/14, *Hiebler*, sowie zu EuGH 14. 7. 2016, verb Rs C-458/14 und C-67/15, *Promoimpresa*, die Erörterung der Frage angeregt.

5) EuGH 1. 10. 2015, verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber und Harmsen*, Rn 41 und 42.

6) EuGH 23. 12. 2015, C-293/14, *Hiebler*.

tung des Binnenmarkts Gegenstand und Anlass weiterer Betrachtungen.

B. Die Empfehlungen von GA Szpunar

GA Szpunar hebt in seinen Schlussanträgen eingangs hervor, dass die sog *Bolkestein*-RL auf die Schaffung erhöhter Rechtssicherheit auf dem europäischen Markt der Dienstleistungserbringer abzielt. Dabei räumt er ein, dass der EuGH die meisten binnenmarktmanenten Begrifflichkeiten traditionell (nur) im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit entwickelt habe, während die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit lange ein Schattendasein geführt hätten. Mit zunehmender Entwicklung der Dienstleistungsgesellschaft und im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarkts habe sich dies jedoch geändert. Geblieben sei freilich zunächst die Fokussierung auf das grundfreiheitliche Prüfschema mitsamt dem dazu erforderlichen grenzüberschreitenden Bezug, doch sei das Binnenmarktrecht mehr als die meisten anderen Politikfelder der Union ein bewegliches Ziel, mit dessen Dynamik auch die Auslegung von Binnenmarktvorschriften Schritt halten müsse.⁷⁾

Als Teil dieser Dynamik kann auch die hier behandelte und titelgebende Frage angesehen werden, ob die RL 2006/123/EG, insb deren Kapitel III über die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern, auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte anzuwenden ist. Oder anders gefragt: Muss ein Dienstleistungserbringer nach klassischem Verständnis in einen anderen Mitgliedstaat ziehen (*transire*), um in den Schutzbereich der RL zu gelangen, oder genügt es dafür, wenn er in seinem Mitgliedstaat verharret (*manere*)?

Ausgangspunkt für die Bejahung der Anwendbarkeit der Vorschriften des Kapitels III der RL ist die Definition des sachlichen Anwendungsbereichs (Art 2) sowie des Dienstleistungserbringers (Art 4). In diesem Zusammenhang untersucht GA Szpunar eingehend die Wechselwirkungen zwischen dem Primär- und Sekundärrecht der EU und weist insb auf terminologische Unterschiede und Überlappungen zwischen dem AEUV (Art 57) und der RL hin.⁸⁾

Den Kern der Überlegungen zur Anwendbarkeit des Kapitels III der RL bildet indes ein Verweis auf die Schlussanträge in der Rs *Trijber und Harmsen*. Besonderes Augenmerk legt GA Szpunar auf den weitgefassten Eingriffsbereich der Harmonisierung auf dem Sachgebiet des Binnenmarkts, die sehr wohl auch Sachverhalte erfassen könne, die außerhalb des Anwendungsbereichs der vom AEUV gewährleisteten Grundfreiheiten lägen. Darüber hinaus betont der GA die fehlende Nennung eines grenzüberschreitenden Bezugs als Anwendungsvoraussetzung der Bestimmungen des Kapitels III in Gegenüberstellung zum nachfolgenden Kapitel IV und zu den diesbezüglich klar formulierten Einzelerfordernissen des Auslandsbezugs. Unter dem Gesichtspunkt der historischen Auslegung weise der Umstand, dass im Gesetzgebungsverfahren Änderungsvorschläge zur Begrenzung der gesamten RL auf grenzüberschreitende Sachverhalte abgelehnt worden waren, ebenso auf die Subsumtionsfähigkeit rein innerstaatlicher Sachver-

halte hin wie die Erwägung, dass Art 53 AEUV vom Unionsgesetzgeber als tendenziell einzige Rechtsgrundlage für die Harmonisierung im Dienstleistungsbereich herangezogen werde.⁹⁾

C. Die Entscheidung des Gerichtshofs

Im Gegensatz zu seinen vorangehenden, dieselbe Frage betreffenden Entscheidungen greift der EuGH die Problematik nunmehr *expressis verbis* auf¹⁰⁾ und argumentiert aus dem Wortlaut der Bestimmungen des Kapitels III heraus, dass diese in Sachen Genehmigungsregelungen unzulässige nationale Anforderungen und zu prüfende Anforderungen keinen Bezug auf einen grenzüberschreitenden Aspekt nehmen. Indes rückt die Große Kammer den normativen Kontext ins Licht und unterstreicht den insoweit klaren Wortlaut von Art 2 I,¹¹⁾ wonach die Eröffnung des Anwendungsbereichs der RL grundsätzlich keinen Auslandsbezug erfordere. Auch Art 4 Nr 2 und 5 über die Definition der Dienstleistungserbringer und der Niederlassung enthalte keinen Verweis auf die Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Zusammenhangs. Der in den genannten Normen enthaltene Verweis auf Art 54 und 49 AEUV diene hingegen lediglich der Definition der juristischen Person und der wirtschaftlichen Tätigkeit, nicht jedoch einer parallelen Beschränkung deren Anwendungsbereichs.

Besondere Bedeutung misst der Gerichtshof der Gegenüberstellung des Kapitels III mit dem Wortlaut der Bestimmungen des Kapitels IV über den freien Dienstleistungsverkehr bei, worin ausdrücklich der grenzüberschreitende Konnex gefordert wird, und übernimmt hierbei die von GA Szpunar dargelegte historische Auslegung.

Zu demselben Ergebnis führe die Überprüfung am Maßstab der Zielsetzungen der RL (Art 1) sowie die Würdigung der Erwägungsgründe 2 und 5, wonach Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern *in den* Mitgliedstaaten zu beseitigen sind.

In der Auseinandersetzung mit der Problematik des Zusammenwirkens von Primär- und Sekundärrecht erachtet der EuGH die Erstreckung des Anwendungsbereichs der RL auch auf Bereiche, die von den Grund-

7) So, zusammenfassend und zum Teil frei interpretiert, GA Szpunar, Schlussanträge zu EuGH 30. 1. 2018, verb Rs C-360/15 und C-31/16, *X BV und Visser*, Rn 1 bis 8.

8) GA Szpunar, Schlussanträge zu EuGH 30. 1. 2018, verb Rs C-360/15 und C-31/16, *X BV und Visser*, Rn 73 ff. Nach Ansicht von GA Szpunar (Rn 78) ließen sich die Unterschiede mit der Erwägung auf den Punkt bringen, dass der AEUV primär auf Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union abziele und durch das Verbot von Handelshemmnissen für Dienstleistungen eine „negative Integration“ anstrebe. Die RL dagegen stelle speziell und positiv auf Dienstleistungstätigkeiten ab und könne als Sekundärrechtsakt mit höherer Detailgenauigkeit die Probleme behandeln, mit denen die Dienstleistungserbringer bei der Ausübung ihrer Tätigkeit konfrontiert sind, wenn sie auf Hindernisse stoßen.

9) Zu den im Text äußerst gerafft wiedergegebenen sowie auch zu weiteren Argumenten s GA Szpunar, Schlussanträge zu EuGH 30. 1. 2018, verb Rs C-360/15 und C-31/16, *X BV und Visser*, Rn 106 ff.

10) EuGH 30. 1. 2018, verb Rs C-360/15 und C-31/16, *X BV und Visser*, Rn 98 ff.

11) „Diese RL gilt für Dienstleistungen, die von einem *in einem* Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden“ (Hervorhebung durch den Verf.).

freiheiten des AEUV nicht gedeckt sind, unter Berufung auf die praktische Wirksamkeit des spezifischen Rechtsrahmens, den der Unionsgesetzgeber mit dem Erlass der RL einführen wollte, als durchaus zulässig.

Abschließend behandelt und verwirft der Gerichtshof den von der niederländischen Regierung in der mündlichen Verhandlung erhobenen Einwand, dass Art 53 I AEUV über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten und 62 AEUV über die Anwendbarkeit ua des vorgenannten Artikels auf Dienstleistungen die Rechtsgrundlagen für den Erlass der RL darstellten und somit notwendig einen Auslandsbezug voraussetzen würden. Anders nämlich als in Art 49 AEUV über die Niederlassungen und in Art 56 AEUV über den Dienstleistungsverkehr sei in den zuvor erwähnten Bestimmungen nicht von einem Auslandsbezug die Rede. Es könne daraus somit nicht geschlossen werden, dass die Befugnis des Unionsgesetzgebers, auf der Grundlage von Art 53 I und Art 62 AEUV RL zu erlassen, um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern, wie es mit der RL 2006/123/EG geschehen ist, zwangsläufig einen Auslandsbezug voraussetze.¹²⁾

Im Lichte der nachfolgenden Ausführungen besondere Beachtung verdient die Rn 104 des Urteils. Darin stellt der Gerichtshof klar, dass die RL „allgemeine Bestimmungen aufstellt, die den Zweck verfolgen, die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern in den Mitgliedstaaten und des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen, um zur Schaffung eines freien und wettbewerbsfähigen Binnenmarkts beizutragen“. Er betont damit die einende und übergeordnete Klammer der Verwirklichung des Binnenmarkts, auch und vor allem, wie die Richter in Rn 106 schreiben, „eines wirklichen Binnenmarkts für Dienstleistungen“.

D. Die Binnenmarktkompetenz der EU in den idealtypischen Ausprägungen der Marktfreiheit und -offenheit

1. Die Rechtssetzungsbefugnis der EU und die Einseitigkeit der darauf aufbauenden Thesen über die (Un-)Zulässigkeit der Erfassung rein innerstaatlicher Sachverhalte

Eines vorweg: Grundfreiheiten und Harmonisierung sowie Binnenmarkt stehen einander im Verhältnis von Mitteln zum Zweck gegenüber. Der AEUV definiert den Binnenmarkt unter Art 26 II als „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“.

Neben dem im Anlassfall ausdrücklich aufgerufenen Art 53 AEUV bestehen selbstredend weitere vertragliche Rechtsgrundlagen für die Harmonisierung auf dem Gebiet des Binnenmarkts. Der Verweis gilt hier im Besonderen den Art 114 I und 115 AEUV, dh den allgemeinen Ermächtigungsnormen auf dem Gebiet des Binnenmarkts. In der Tat verwirklicht sich

der Binnenmarkt einerseits durch die Ausprägung der primärrechtlichen Grundfreiheiten und andererseits durch positive Rechtsharmonisierung.¹³⁾ Art 53 I AEUV stellt dabei im Verhältnis zu den Generalermächtigungen in Art 114 und 115 AEUV eine spezielle Ermächtigungsnorm zur Rechtsangleichung¹⁴⁾ bzgl der Voraussetzungen zur Ausübung der Dienstleistungsfreiheit dar, wobei sich die gemeinsame Zielsetzung der vorgenannten Normen in der Schaffung einer möglichst gleichförmigen Marktfreiheit verdichtet. Mittels regulatorischer Erfassung auch innerstaatlicher Sachverhalte wird das höchstmögliche Maß an Marktoffenheit durch „Rechtsangleichung“ (hier wörtlich „Koordinierung“ und andernorts „Harmonisierung“, vereint im Ziel, die von unterschiedlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften ausgehenden negativen Einwirkungen auf den Binnenmarkt abzustellen)¹⁵⁾ geschaffen, ohne dabei zwangsläufig eine in jedem Mitgliedstaat identische Einheitsregelung durchzusetzen.

Es sei in Erinnerung gerufen, dass der Union gem Art 4 II a und Art 4 I iVm Art 53 AEUV eine geteilte Zuständigkeit im Bereich des Binnenmarkts zukommt, weshalb bereits unter dem staatsrechtlichen Gesichtspunkt des supranationalen Zuständigkeitsgefüges zwischen Union und Mitgliedstaaten die regulatorische Durchwirkung innerstaatlicher Sachverhalte gänzlich kohärent erscheint: Schließlich füllt bzw verdrängt die Rechtssetzung der Unionsorgane innerstaatliche Lücken bzw entgegenstehende nationale Regelungen.

Somit verfiere man einem dogmatischen Trugschluss, wollte man – unter Heranziehung des auf Unionsebene seit Jahrzehnten gefestigten monistischen Modells der untrennbar mit den nationalstaatlichen Rechtssystemen verbundenen Unionsrechtsordnung¹⁶⁾ – das Kapitel III der RL 2006/123/EG auf den primärrechtlich bedingten zwischenstaatlichen Bezug konditionieren oder gar reduzieren. Vielmehr ergibt sich gerade Gegenteiliges aus dem eingangs erwähnten Mittel-Zweck-Verhältnis, da der Binnenmarkt einerseits durch die unmittelbar wirksamen und tatsächlich

12) Dies sind, wiederum sehr gerafft dargestellt, die hauptsächlichen vom Gerichtshof in den Rn 98 ff des Urteils *Visser* ins Feld geführten und unterdessen auch im Schrifttum weitgehend anerkannten Argumente. Zum aktuellen Stand der Diskussion vgl *Schaumburger*, Dienstleistungsfreiheit: Gebührenerhebung zur Einrichtung elektronischer Kommunikationsnetze – Einzelhandel als Dienstleistung i.S. d. Binnenmarkts, *EuZW* 2018, 250; *Kühling/Drechsler*, Die Geltung der DienstleistungsRL im Telekommunikations- und Baurecht, *NVwZ* 2018, 379; *LiBek*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 30. Januar 2018 – verb. Rs. C-360/15 und C-31/16, *Netzwirtschaften & Recht* 2018, 187; weiterhin sehr kritisch *Iglesias Sánchez*, Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned? *European Constitutional Law Review* 2018, 7: „In this framework, the approach of the Court of Justice to purely internal situations through the preliminary rulings procedure adds another layer of complexity. Indeed, due to the broad scope of preliminary ruling jurisdiction [...] the Court examines the merits in cases where the facts lie in principle outside the scope of EU law. In this context, the notion of ‚purely internal situations‘ serves to articulate a set of exceptional instances where the Court provides substantive answers in such situations“ (ebd 36).

13) *Frenz*, Handbuch Europarecht II, Europäische Grundfreiheiten (2004) Rn 269.

14) *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁵ Rn 825.

15) *Borchardt*, ebd Rn 806.

16) Näher zur Einordnung nationaler Rechtsordnungen und der Unionsrechtsordnung als (monistischer) „Verbund der Rechtsordnungen“, vgl zuletzt *Repasi*, Wirkungsweise des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs im autonomen IPR (2018) 14.

an den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr anknüpfenden Grundfreiheiten, andererseits aber auch durch harmonisierende Sekundärrechtsakte verwirklicht wird. Zudem würde es der unionalen Zuständigkeitsarchitektur, insb der Schaffung des Binnenmarktes und der bzgl Generalemächtigung zur Harmonisierung (Angleichung) in Art 114 I AEUV, zuwiderlaufen, wenn das hierfür zur Verfügung stehende Instrumentarium auf die sekundärrechtliche Ausgestaltung der primärrechtlichen Grundfreiheiten beschränkt bliebe. Die Frage ist somit nicht, ob ein regulatorischer Eingriff der Union in rein innerstaatliche Sachverhalte zulässig ist oder nicht. Die Frage ist vielmehr jene nach der Reichweite der Eingriffsbefugnis, dh inwieweit es tatsächlich zwecks Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist, dass eine Harmonisierungsmaßnahme auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte durchgreift.

2. Das Zusammenspiel zwischen Grundfreiheiten und Rechtsharmonisierung als Instrumente zur Realisierung eines „wirklichen“ Binnenmarkts

Als geeigneter Auftakt zu einer im vorstehenden Sinne differenzierteren Betrachtung erweist sich das gesamtinstitutionelle Ziel der Union in Art 3 III EUV, den Binnenmarkt als „eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ auszugestalten.

Dafür, dass die Schaffung des Binnenmarkts über die Regelung der in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallenden Sachverhalte hinausweist und dass die Harmonisierung üblicherweise auch diese sozusagen „überschießenden“ Sachverhalte erfassen kann und darf, spricht sich ein Teil der Rechtslehre bereits seit längerem aus.¹⁷⁾ Gerade mit Bezug auf die Niederlassungsfreiheit laut Kapitel III der RL 2006/123/EG wird dabei argumentiert, dass diese als Zielsetzung zu verstehen sei und folglich in jede Richtung offenlasse, ob die Union sich zu deren Realisierung der Harmonisierung als zweckdienlichem und jedenfalls zulässigem Instruments bediene oder nicht. Überdies werden Zweifel geäußert an der Rechtfertigbarkeit der gegenteiligen Auffassung, insb unter Würdigung der damit einhergehenden Wettbewerbsverzerrung und der praktischen Nichtumsetzbarkeit der RL wegen diskriminierender Regelungen in Abhängigkeit zur Ansässigkeit des Dienstleistungserbringers.¹⁸⁾

Just in diesem Lichte ist somit der Verweis des Gerichtshofs in Rn 106 des hier kommentierten Urteils auf die Bedeutung der „Schaffung eines wirklichen Binnenmarkts für Dienstleistungen“ zu lesen, auch wenn dadurch der Anwendungsbereich der RL auf Sachverhalte erstreckt wird, die von den Grundfreiheiten nicht gedeckt sind. Dies ergebe sich, stets in den Worten des Gerichtshofs, aus dem vom Unionsgesetzgeber mit der RL verfolgten Ansatz, der auf einem allgemeinen Rechtsrahmen beruht, der seinerseits aus einer Kombination verschiedener Maßnahmen besteht, die ein hohes Maß an rechtlicher Integration auf Unionsebene gewährleisten sollen, und zwar ua mittels

einer Harmonisierung bestimmter Aspekte der Regelung der Dienstleistungstätigkeiten.¹⁹⁾

Als dogmatischer Hintergrund bietet sich der Funktionszusammenhang zwischen dem Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gem Art 18 AEUV, einer Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes und dessen Implementierung im Zuge der unionsweiten Rechtsharmonisierung an. Zugleich stellt sich auch hier wiederum die (oben bereits bejahte) Frage, ob die Harmonisierung nicht *per se* die Ausdehnung der Regelungsinhalte auch auf innerstaatliche Sachverhalte voraussetze und impliziere, zumal das Fortbestehen von unterschiedlichen nationalstaatlichen Regelungen letztlich zu Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Staatsangehörigkeit führen könnte. Als Richtschnur für die sekundärrechtliche Rechtsgestaltung käme insoweit auch die Gleichstellungsklausel in Art 8 AEUV in Betracht.

In der Tat spricht ein Teil der Rechtslehre von einer nachgerade typischen „Blindheit“ des Prozesses der Harmonisierung von Rechtsvorschriften im Hinblick auf die grenzüberschreitende oder rein innerstaatliche Natur des zu regelnden Tatbestands.²⁰⁾ Auch wird der Unterschied zwischen dem Binnenmarkt und seiner typischen Tendenz zu einer umfassenden Harmonisierung und anderweitig motivierten Politikbereichen, in denen die Tendenz eher zu einer Mindestharmonisierung und gegenseitigen Anerkennung neigt,²¹⁾ hervorgehoben.²²⁾

Soweit nun sowohl die primärrechtlichen Grundfreiheiten als auch die sekundärrechtlichen Harmonisierungsakte der Schaffung des Binnenmarkts dienen, ist eine gewisse gegenseitige Verschränkung in der jeweiligen Wirkungsweise zu beobachten. Das Wirkungsmuster der Grundfreiheiten, dh das grundsätzliche Freiheitsgebot mit der Möglichkeit derogierender nationaler Ausnahmetatbestände unter Beachtung vordefiniert, als äußere Grenzen der staatlichen Gestaltungsfreiheit wirkenden Voraussetzungen, ist in analoger Weise auch in der RL 2006/123/EG angelegt und kann daher ähnlich wie die Grundfreiheiten direkt angewendet werden.²³⁾ Namentlich im Falle der unter Ka-

17) Davies, *The Services Directive: Extending the country of origin principle and reforming public administration*, *European Law Review* 2007, 237.

18) Davies, ebd 241.

19) EuGH 30. 1. 2018, verb Rs C-360/15 und C-31/16, *X BV und Visser*, Rn 106.

20) Biondi in Bestagno *et al* (Hrsg), *Il mercato unico dei servizi* (2007) 75.

21) Als Beispiel sei der Bereich der Sozialpolitik und dort insb die RL (EU) 2016/2341 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (EbAV) genannt.

22) Biondi, aaO 78. Im Übrigen stellt die Ausweitung des Harmonisierungsgegenstands auf rein innerstaatliche Sachverhalte durch die RL 2006/123/EG kein Unikum dar. Bereits in der Vergangenheit setzte der EuGH im Urteil *Bellone* (EuGH 30. 4. 1998, C-215/97, *Bellone*) eine vergleichbare Wirkung der RL 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter durch, indem er in einem rein italienischen Ausgangsfall eine nationale Regelung mit der genannten RL für unvereinbar erklärte, die die Gültigkeit eines Handelsvertretervertrags von der Eintragung des Handelsvertreters in ein dazu vorgesehenes Register abhängig macht.

23) Dieses Erkenntnis tritt nur auf den ersten Blick in Widerspruch zur Funktionsweise der RL, denn *self executing*-RL sind nach stRsp des Gerichtshofs zulässig (vgl bereits EuGH 14. 7. 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, und die dort zitierte Vorgängerrechtsprechung)

pitel III der RL gefassten Bestimmungen findet diese Überlegung ihren spezifischen Niederschlag, zumal dort als vordefinierte Schranken für nationale Ausnahmebestimmungen Genehmigungsregelungen (Art 9), unzulässige Anforderungen (Art 14) und zu prüfende Anforderungen (Art 15) im Verhältnis zu der im Übrigen zu gewährleistenden Gewerbefreiheit von Dienstleistungserbringern diktiert werden, seien diese nun grenzüberschreitend tätig oder eben auch nicht.

3. Mechanismen indirekter Rechtsangleichung

Eine nicht unerhebliche Rolle werden fortan auch Mechanismen zur indirekten Rechtsangleichung spielen. Im Gefolge der nunmehr richterlich dekretierten Erstreckung der Unionsgesetzgebung auch auf reine Inlandssachverhalte wird der Rückkopplung der nationalen Rechtsvorschriften an jene der Union über den in den Verfassungen der Mitgliedstaaten verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz verstärkte Bedeutung zukommen,²⁴⁾ auch wenn diese Wechselwirkung, aus der Warte des Unionsrechts, grundsätzlich ungeeignet ist, da von einer nationalen Norm abhängig, eine einheitliche Auslegung und Anwendung der Bestimmungen zur Schaffung des Binnenmarktes sicherzustellen.

Gleichwohl käme dem EuGH auch in all diesen gewissermaßen verfassungsrechtlich erzwungenen Harmonisierungsfällen, dh in all jenen Fällen, in denen die Mitgliedstaaten zwecks Vermeidung von Inländerdiskriminierung entscheiden, den eigenen Staatsbürgern dieselben Rechte zuzuerkennen, die einem Bürger eines anderen Mitgliedstaats in Anwendung des Unionsrechts zustehen würden, im Sinne der *Guimont*-Formel²⁵⁾ die Zuständigkeit zur uniformen Auslegung der betreffenden Rechtsnormen zu.

Umgekehrt jedoch bleiben all jene Bereiche, in denen die unionsrechtlichen Bestimmungen auf eine (bloße) gegenseitige Anerkennung von Qualifikationen und Titeln zielen, vom Diktum der Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Vorgaben auf rein innerstaatliche Sachverhalte ausgenommen,²⁶⁾ da in diesen Fällen ein regulatorischer Unterschied in Kauf genommen wird, sofern durch die gegenseitige Anerkennung sowohl der Marktzugang als auch die Marktgleichheit dennoch gewährleistet werden.

4. Mögliche Grenzen für den Unionsgesetzgeber

Abermals die Frage nach der Reichweite und den Grenzen unionaler Eingriffsbefugnisse aufgreifend, scheint eine Grundskepsis gegenüber einer zu weitgehenden Aufweichung der Parallelität zwischen sekundärrechtlichem Regelungsgehalt und primärrechtlicher Rechtsgrundlage dennoch auch weiterhin aus Kohärenzgründen geboten und ratsam zu sein. Eine Verallgemeinerung der Schlussfolgerungen des Gerichtshofs in Bezug auf binnenmarktrelevante Inlandssachverhalte scheint daher nur insoweit möglich zu sein, als jedenfalls und zugleich die primärrechtlich auferlegten Schranken für die Rechtssetzung der Union eingehalten werden.

In Anbetracht des beständigen Rechtfertigungs- und Begründungszwangs, dem die Unionsrechtsakte anhand der Zielsetzungen der Verträge unterworfen sind, sollte unionsrechtlich geregelten, rein innerstaatlichen Sachverhalten eine zumindest potenzielle Fortwirkung auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr inhärent sein. Und möglicherweise lässt sich in diesem Vorbehalt eine, wenn man so will, verschlüsselte Botschaft des Gerichtshofs erkennen, wodurch auch dessen anfängliche äußerste Zurückhaltung in der hier diskutierten Frage²⁷⁾ und die daraus entstandene Unschärfe seines Fallrechts²⁸⁾ etwas verständlicher erschienen.

Wenn es zutrifft, dass sich ein qualifizierter und differenzierter Rechtfertigungszwang in Bezug auf die Eingriffsbereiche der Art 114 und 115 AEUV auf den jeweils erforderlichen positiven bzw negativen Binnenmarkteffekt der getroffenen Unionsregelung durchschlägt,²⁹⁾ ließe sich jedenfalls der Schluss ziehen, dass der Rückgriff auf die für ihre erhöhte Regulationsdichte bekannten, punktgenauen und unbedingten Binnenmarkt-RL den Schranken der Zweckmäßigkeit, Angemessenheit und Erforderlichkeit des Regulierungseingriffs, mithin schlicht dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem Art 5 III EUV, unterliegt.

5. Fazit und Praxisfolgen

Die Entscheidung des Gerichtshofs gibt Anlass zu einer weiterführenden Betrachtung der schrittweisen Vertiefung des Integrationsprozesses durch Schaffung gleichförmiger Voraussetzungen für die Ausübung freier Wirtschaftstätigkeit in allen Mitgliedstaaten der Union. Ein in den Worten des Gerichtshofs „wirklicher Binnenmarkt für Dienstleistungen“ verlangt demnach eine perspektivische Neuausformung von Instrumenten zur methodischen Eindämmung nationaler, die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern bewirkender Mechanismen auf dem Weg und hin zum Ziel einer größtmöglichen Marktoffenheit und Marktgleichheit, wobei jedoch die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit stets und unbedingt zu beachtende Wegweiser sind.

Nun mag dieses Fazit manch einem als zu dürftig, zu allgemein oder gar zu selbstverständlich erscheinen.

und laufen deren Zielsetzung auch deshalb nicht entgegen, weil lediglich die Abwägung mit anderen Interessen vorläufig hintangestellt wird und somit der Mitgliedstaat innerhalb der in der RL vorgegebenen Grenzen weiterhin handlungsfähig und befugt bleibt, die betreffende Grundfreiheit unionsrechtskonform zu beschränken.

24) *Squazzoni*, Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia, nota a Corte di giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Rivista della regolazione dei mercati 2016, 175.

25) EuGH 5. 12. 2000, C-448/98, *Guimont*, Rz 17.

26) *Condinanzi et al*, Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone² (2006) 141.

27) Bezeichnend insoweit die Verneinung der Relevanz der Frage in EuGH 1. 10. 2015, verb Rs C-340/14 und C-341/14, *Trijber und Harmsen*, sowie in EuGH 14. 7. 2016, verb Rs C-458/14 und C-67/15, *Promoimpresa*.

28) Bezeichnend insoweit die Vermeidung der Erörterung der Frage in EuGH 23. 12. 2015, C-293/14, *Hiebler*; vgl hierzu die von *Reinstadler/Reinalter* (o FN 3) vorgeschlagene These der im Sinne einer vom Diskriminierungsverbot abstrahierenden „partikulären Anwendung“ der RL 2006/123/EG auf rein innerstaatliche Sachverhalte.

29) *Borchardt* (o FN 14) Rn 812 und 813.

Dennoch erlangen gerade die soeben erwähnten Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit insoweit neues Gewicht, als die RL 2006/123/EG nunmehr für unterschiedslos alle innerstaatlichen Sachverhalte des gesamten Dienstleistungssektors gilt und sich daher die Frage stellt, wie streng der Gerichtshof künftig die Prüfung der Einhaltung dieser Grundsätze, auch und vor allem im Lichte von Art 15 III der RL, gestalten wird.

Als insoweit relevante Fälle gelten bspw nun auch Verträge, die ein österreichischer Architekt mit einem österreichischen Bauherrn oder ein österreichischer Rechtsanwalt mit einem österreichischen Mandanten schließt. Und so verwundert es wenig, wenn die Europäische Kommission jüngst Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben hat, mit welcher die Höchst- und Mindestsätze der deutschen Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) im Hinblick auf einen Verstoß gegen Art 15 I, II g und III der RL 2006/123/EG gerügt werden.³⁰⁾ Und noch weniger verwundert es, wenn wiederum GA Szpunar in seinen kürzlich veröffentlichten Schlussanträgen in derselben Sache³¹⁾ zum Schluss kommt, „dass die Bundesrepublik Deutschland gegen Art 15 Abs 1, Abs 2 Buchst. g und Abs 3 der RL 2006/123/EG [...] verstoßen hat, indem sie Planungsleistungen von Architekten und Ingenieur-

ren durch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure zwingenden Mindest- und Höchstsätzen unterworfen hat“, wobei er die Frage der Anwendbarkeit von Art 15 der RL auf rein innerstaatliche Sachverhalte mit einem einzigen kurzen Verweis auf das hier kommentierte Urteil *X BV und Visser* beantwortet,³²⁾ während er just der Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art 15 III der RL, insb der (letztlich verneinten) Geeignetheit und Erforderlichkeit von Mindestpreisen, sehr breiten Raum zugeht.³³⁾

Man kann daher gespannt sein, ob der Gerichtshof seine binnenmarktfreundliche Linie beibehält und die RL 2006/123/EG weiterhin ihre, wenn man so will, marktglättende Sogwirkung entfalten lässt.

30) Das Verfahren hängt zu Rs C-377/17. Unterdessen haben auch einige mit Honorarklagen befasste Gerichte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die HOAI noch in unionskonformer Weise Mindestsätze regelt; vgl LG Dresden, Beschluss vom 8. 2. 2018, 6 O 1751/15, beim EuGH behängend zu Rs C-137/18.

31) GA Szpunar, Schlussanträge v 28. 2. 2019, C-377/17, *Kommission / Deutschland*.

32) GA Szpunar, ebd Rn 27.

33) GA Szpunar, ebd Rn 80ff.

→ In Kürze

Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs hat sich in der Rs C-360/15 explizit für die Anwendung der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer laut Kapitel III der DienstleistungsRL 2006/123/EG auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte ausgesprochen und damit, bei Hervorhebung der Verdichtung der Integrationstiefe eines „wirklichen“ Binnenmarkts, offenbar einen Schlusstrich unter einen bis vor Kurzem schwelenden Disput innerhalb der Rechtslehre gesetzt. Die möglicherweise sehr weitreichenden und vom Gerichtshof bereits angestoßenen Praxisfolgen bleiben freilich noch abzuwarten.

→ Summary

In case C-360/15 the European Court of Justice, in a Grand Chamber judgment, held principles regarding freedom of establishment of service providers due to

Chapter III of the Directive 2006/123/EC on services in the internal market to also apply in purely internal situations. In order to achieve a „genuine“ internal market, approaching and ensuring a high level of legal integration within the European Union, the Court puts an end to a long-time dispute among scholars. It remains to be seen how far the practical impact of the Court's ruling will reach.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Mag. Armin Reinstadler, LL. M., ist Partner der Anwaltskanzlei Pobitzer & Partner in Bozen (Italien), Mag. Simon De Zordo war mitarbeitender Rechtsanwaltsanwärter ebenda; beide sind Absolventen der Universität Innsbruck.
Kontaktadresse: Anwaltskanzlei Pobitzer & Partner, Dantestraße 12/4, I-39100 Bozen.
Tel: +39-0471-978575, Fax: +39-0471-970062,
E-Mail: info@pobitzer.it, Internet: www.pobitzer.it.

