

Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie für das Genehmigungsrecht

Markus Krajewski

I. Genehmigungsregelungen im Kontext der Auseinandersetzungen um die Dienstleistungsrichtlinie

Kaum ein europäischer Rechtsakt fand in den letzten Jahren soviel mediale, politische und wissenschaftliche Beachtung wie die Dienstleistungsrichtlinie (DLRL)¹, die zu den umstrittensten europäischen Rechtssetzungsprojekten der jüngeren Zeit zählt.² In der öffentlichen Auseinandersetzung wurde die Richtlinie vor allem bezüglich ihrer Auswirkung auf das europäische Sozialmodell, insbesondere die Sozial- und Arbeitsstandards der Mitgliedstaaten, und auf die Zukunft von Leistungen der Daseinsvorsorge kritisch bewertet.³ Eine zentrale Frage in diesem Zusammenhang war, ob und in welchem Umfang die Dienstleistungsrichtlinie das sog. Herkunftslandsprinzip für den Dienstleistungssektor kodifizieren solle.⁴ Im Rechtsetzungsprozess wurde dieser Aspekt sogar einer der zentralen Konfliktfelder.⁵ Die von den europä-

- 1 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl 2006 L 376/36.
- 2 Armin Hatje, Die Dienstleistungsrichtlinie – Auf der Suche nach dem liberalen Mehrwert, NJW 2007, S. 2357 (2357); Catherine Barnard, Unravelling the Services Directive, CMLRev 2008, S. 323 (323): "legislative hot potato of the early twenty-first century". Zu den Kontroversen siehe auch Susanne Schmidt, When Efficiency Results in Redistribution: The Conflict over the Single Services Market, West European Politics 2009, S. 847 (857 ff.).
- 3 Stefan Griller, The New Services Directive of the European Union – Hopes and Expectations from the Angle of a (Further) Completion of the Internal Market, in: Heribert Koeck/Margit Karollus (Hrsg.), The New Services Directive of the European Union, 2008, S. 379 (381). Zu den Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das Europäische Sozialmodell siehe Dagmar Schieck, The European Social Model and the Service Directive, in: Ulla Neergaard/Ruth Nielsen/Lynn Roseberry (Hrsg.), The Services Directive, 2008, S. 25 (52 ff.); zum Verhältnis der Dienstleistungsrichtlinie und Leistungen der Daseinsvorsorge Johan van de Gronden, The Services Directive and Services of General (Economic) Interest, in: Markus Krajewski/Ulla Neergaard/Johan van de Gronden (Hrsg.), The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe, 2009, S. 233 ff.
- 4 Lars Albath/Martina Giesler, Das Herkunftslandsprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie, EuZW 2006, S. 38 (40 ff.); Hatje (Fn. 2), S. 2360.
- 5 Christian Calliess, Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie, DVBl 2007, S. 336 (340).

ischen Gesetzgebungsorganen Kommission, Parlament und Rat gefundene gemeinsame Linie, die in Art. 16 DLRL niedergelegt ist, trägt alle Zeichen eines politischen Kompromisses, was auch dadurch deutlich wird, dass die Frage, ob mit dieser Vorschrift das Herkunftslandsprinzip ausgeschlossen oder gerade doch gerettet wurde, umstritten ist.⁶

In der Verwaltungspraxis, insbesondere auf kommunaler Ebene, wurden bislang vor allem die verfahrensrechtlichen und prozeduralen Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie und die von ihr geforderten Reformen des Verwaltungsverfahrens diskutiert.⁷ Im Mittelpunkt des Interesses und der Aufmerksamkeit steht der Einheitliche Ansprechpartner gem. 6 DLRL.⁸ Daneben sind die Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie an elektronische Verfahrensabläufe („eGovernment“) nach Art. 8 DLRL⁹, die Verwaltungskooperation¹⁰ und die Normenprüfung (das sog. „Normenscreening“)¹¹ von praktischer Bedeutung für die Verwaltungen.

Die materiellen Vorschriften der Richtlinie, die sich auf Genehmigungsanforderungen für Dienstleistungserbringer beziehen (Art. 9-18 DLRL), mit denen sich der vorliegende Beitrag befasst, sind für die Umsetzungspraxis jedoch ebenfalls von großer Bedeutung.¹² *Jan Ziekow* ist sogar der Meinung, dass die Art. 9 ff. DLRL „die wohl massivsten Eingriffe in das deutsche Genehmigungsverfahren“ nach sich ziehen.¹³ Inzwischen hat der Bundesgesetzgeber durch das „Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften“ vom 17. Juli 2009 (DLRL-UmsetzungsG) zahlreiche Veränderungen des deutschen Genehmigungsrechts vorgenommen, die auf der Dienstleistungsrichtlinie beruhen.¹⁴ Im europarechtlichen Schrifttum wird dieser Teil der Richtlinie

6 *Florian Lemor/Kai Haake*, Ausgesuchte Rechtsfragen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, EuZW 2009, S. 65 (69); *Schmidt-Kessel*, Art. 16 Rn. 22, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie – Handkommentar, 2008.

7 So auch *Josef Falke*, Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – statt befürchteten Sozialdumpings erhoffte Verwaltungsreform?, in: Andreas Fischer-Lescano/Florian Rödl/Christoph U. Schmidt (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, 2009, S. 199 ff.

8 Dazu *Alexander Windoffer* in diesem Band sowie *Lemor/Haake* (Fn. 6), S. 65 ff. Zur Umsetzung im deutschen VwVfG siehe *Heribert Schmitz/Lorenz Prell*, Verfahren über eine einheitliche Stelle, NVwZ 2009, S. 1 (2 ff.).

9 Dazu *Tino Schuppan* in diesem Band.

10 Dazu *Frank Plathhoff*, in diesem Band.

11 Dazu *Marko Buchta*, in diesem Band.

12 Umfassend dazu nun *Daniel Hissnauer*, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungsverfahren, 2009, der sich allerdings auf Art. 9 bis 15 DLRL beschränkt.

13 *Jan Ziekow*, Die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungsverfahren, GewArch 2007, S. 217 (217).

14 BGBl I 2009 S. 2091. Die Änderungen traten zum 28.12.2009 in Kraft.

dagegen weniger beachtet, da die Einstellung vorherrscht, es handele sich überwiegend um die Kodifikation der Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungs- und zur Dienstleistungsfreiheit.¹⁵

Der folgende Beitrag soll zeigen, dass beide Einschätzungen – Kodifikation der EuGH-Rechtsprechung und erhebliche Eingriffe in das Genehmigungsverfahrenrecht – im Kern zutreffen und sich auch nicht widersprechen. Zwar beruhen zahlreiche der im folgenden zu erörternden Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie auf der im EG-Vertrag verankerten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in der Auslegung durch den EuGH. Aufgrund der grundsätzlich auf das entsprechende Verfahren beschränkten formellen Rechtswirkung der Urteile des EuGH sahen sich die Mitgliedstaaten und ihre Behörden bislang jedoch keinem besonderen Druck ausgesetzt, das nationale Recht gemäß den Grundsätzen des Primärrechts zu ändern, zumal sich das Gemeinschaftsrecht aufgrund des Anwendungsvorrangs in einem konkreten Rechtsstreit ohnehin durchsetzt. Eine spezifische Pflicht, die materiell-rechtlichen Aussagen eines EuGH-Urteils in nationales Recht umzusetzen besteht grundsätzlich nicht, was schon darauf beruht, dass der EuGH keine Kompetenz zur Auslegung oder Anwendung des nationalen Rechts hat, er also regelmäßig keine (unmittelbare) Aussage über die Vereinbarkeit von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht treffen kann.¹⁶ Dagegen entfaltet die ausdrückliche Umsetzungspflicht einer Richtlinie eine höhere Rechtsverbindlichkeit der Verpflichtung zur Änderung nationalen Rechts und enthält klare Handlungsanweisungen. Die Dienstleistungsrichtlinie hat insoweit auch eine Klarstellungs- und Transparenzfunktion. Zudem kann sie in Prozessen von Verwaltungsreform und -modernisierung von Befürwortern offener und weniger restriktiver Regulierungen in verwaltungs- und behördeninternen Auseinandersetzungen genutzt werden, um gegenüber Beharrungskräften effektiver aufzutreten.¹⁷

II. Begriffliche Grundlagen

Vor einer näheren Befassung mit den Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie an Genehmigungsregelungen und –verfahren ist eine Klärung der begrifflichen Grundlagen erforderlich, da sich erste Herausforderungen für die korrekte Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Genehmigungsverfahrenrecht bereits auf begrifflicher Ebene ergeben.

15 *Barnard* (Fn. 2), S. 393 und *Elisabetta Bergamini*, Freedom of Establishment under the Services Directive, in: Neergaard/Nielsen/Rosberry (Fn. 3), S. 149 (156 ff.)

16 *Jürgen Schwarze*, Art. 220 EGV, Rn. 34, in: ders. (Hrsg.), EU-Vertrag, 2. Auf., 2009.

17 Ähnlich *Barnard* (Fn. 2), S. 394.

1. Genehmigungsbegriff

Der Begriff der „Genehmigung“ ist im deutschen Recht zwar nicht legaldefiniert.¹⁸ Über seinen Inhalt besteht jedoch weitgehend Einigkeit. Es handelt sich um die – regelmäßig ausdrücklich erteilte – behördliche Erlaubnis einer andernfalls jedenfalls formell verbotenen Tätigkeit. Eine entsprechende Formulierung findet sich z. B. in § 15 Abs. 2 GewO. Das deutsche Recht unterscheidet dabei hinsichtlich der Eingriffsintensivität zwischen dem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt und dem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹⁹ Unterschiede bestehen bezüglich des die Ermessensentscheidung der Verwaltung prägenden Regelungsziels. Für die Bewertung als Genehmigung ist der Unterschied zwischen den beiden Varianten jedoch ohne Belang.²⁰ Nicht als Genehmigung werden dagegen Eintragungs-, Melde- und Anzeigepflichten angesehen. Auch die nachträgliche Untersagung einer erlaubnisfreien Tätigkeit stellt keine – nachträglich entzogene – Genehmigung dar.

Die Dienstleistungsrichtlinie enthält in Art. 4 Ziff. 6 DLRL eine Legaldefinition des Begriffs „Genehmigungsregelung“. Danach ist eine Genehmigungsregelung „jedes Verfahren, das einen Dienstleistungserbringer oder -empfänger verpflichtet, bei einer zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken“. Diese Definition wird in Präambelergewägung 39 wie folgt näher umschrieben: „Der Begriff der Genehmigungsregelung sollte unter anderem die Verwaltungsverfahren, in denen Genehmigungen, Lizenzen, Zulassungen oder Konzessionen erteilt werden, erfassen sowie die Verpflichtung zur Eintragung bei einer Berufskammer oder in einem Berufsregister, einer Berufsrolle oder einer Datenbank, die Zulassung durch eine Einrichtung oder den Besitz eines Ausweises, der die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Beruf bescheinigt, falls diese Voraussetzung dafür sind, eine Tätigkeit ausüben zu können. Die Erteilung einer Genehmigung kann nicht nur durch eine förmliche Entscheidung erfolgen, sondern auch durch eine stillschweigende Entscheidung, beispielsweise, wenn die zuständige Behörde nicht reagiert oder der Antragsteller die Empfangsbestätigung einer Erklärung abwarten muss, um eine Tätigkeit aufnehmen oder sie rechtmäßig ausüben zu können.“

18 *Hissnauer* (Fn. 12), S. 145.

19 *Wolf-Rüdiger Schenke/Ralf P. Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Rn. 311, in: *Wolf-Rüdiger Schenke* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2006.

20 *Jan Ziekow* (Fn. 13), S. 179; *Dirk Bernhardt*, *Fingierte Genehmigungen nach der Dienstleistungsrichtlinie*, *GewArch* 2009, S. 100 (105).

Bereits aus dieser nicht abschließenden illustrativen Aufzählung wird deutlich, dass der Genehmigungs begriff der Dienstleistungsrichtlinie mindestens in zweierlei Hinsicht über den Genehmigungsgriff des deutschen Rechts hinausgeht²¹: Einerseits werden auch tätigkeitsspezifische Pflichten, wie das Registrieren in einschlägigen Registern oder das Tragen von Ausweisen als Genehmigungsregelungen angesehen, wenn von diesen Pflichten die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit abhängt. Handelt es sich dagegen nur um eine Nebenpflicht wie etwa die Anzeigepflicht gem. § 14 GewO dürfte der Genehmigungs begriff der Dienstleistungsrichtlinie keine Anwendung finden.²² Andererseits gilt nicht nur eine ausdrückliche Anordnung der Verwaltung sondern auch stillschweigendes Verhalten als Genehmigungsregelung. Für den Begriff der Genehmigungsregelung in der Dienstleistungsrichtlinie ist mithin die Form des Verwaltungshandelns nicht entscheidend. Es kommt ausschließlich darauf an, ob ein Verhalten einer Behörde Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Ausüben einer Tätigkeit ist.²³

Der Begriff der Genehmigungsregelung erfasst allerdings nur Anforderungen, die sich auf die spezifische Tätigkeit des Dienstleistungserbringers beziehen und nicht solche Anforderungen, die von jedermann zu erfüllen sind. Darauf weist Präambelerwägung 9 ausdrücklich hin, in dem sie feststellt, dass die Richtlinie nur auf die Anforderungen für die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit Anwendung findet. Straßenverkehrsrechtliche, bau- oder raumordnungsrechtliche Anforderungen werden dagegen nicht erfasst, da sie nicht die Dienstleistungstätigkeit als solche regeln oder betreffen, sondern von Dienstleistungserbringern im Zuge der Ausübung ihrer Wirtschaftstätigkeit genauso beachtet werden müssen wie von Privatpersonen. Damit sind insbesondere allgemeine baurechtliche Genehmigungen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nicht erfasst.

2. Abgrenzung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsrichtlinie gilt sowohl für die Erbringung von Dienstleistungen im Wege der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 43 EGV als auch für die Dienstleistungserbringung im freien Dienstleistungsverkehr

21 *Matthias Cornils*, Art. 9, Rn. 20, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

22 *Cornils*, Art. 9, Rn. 20, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6). Die bloße Anzeigepflicht stellt aber eine Anforderung an die Erbringung von Dienstleistungen i.S.d. Art. 4 Ziff. 7 DLRL dar und ist daher u. a. an Art. 16 DLRL zu messen. Dazu unten D.

23 *Europäische Kommission*, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007, S. 29.

im Sinne des Art. 49 EGV.²⁴ Allerdings werden die beiden Erbringungsformen nicht gleich behandelt. So gelten die Art. 9 bis 15 DLRL für die Niederlassungsfreiheit während die Art. 16 bis 18 DLRL die Dienstleistungsfreiheit betreffen. Die Vorschriften unterscheiden sich vor allem bezüglich der Zulässigkeit von Beschränkungen. Hintergrund der unterschiedlichen Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie ist, dass auch im Primärrecht Einschränkungen der beiden Freiheiten unterschiedlich behandelt werden. Der EuGH hält Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, insbesondere in Form von Genehmigungsregelungen, eher für gerechtfertigt als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Diese Differenzierung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit beruht darauf, dass der Dienstleistungserbringer, der im Wege der Niederlassungsfreiheit tätig wird, sich dauerhaft in das Wirtschafts- und Sozialsystem eines anderen Mitgliedstaates integrieren will.²⁵ Es ist daher grundsätzlich nicht unangemessen, wenn er den gleichen Anforderungen unterworfen wird, wie einheimische Leistungserbringer, die ebenfalls dauerhaft integriert sind. Dagegen ist es nach Auffassung des EuGH typischerweise nicht erforderlich und damit auch nicht zulässig, wenn ein Dienstleistungserbringer, der nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat tätig ist, den gleichen Anforderungen unterworfen ist, wie ein Leistungserbringer, der dauerhaft integriert ist.²⁶ Diese unterschiedliche Bewertung der Anforderungen an Genehmigungen ist in der Dienstleistungsrichtlinie aufgegriffen worden.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Abgrenzung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie. Die Richtlinie greift hierbei auf in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Kriterien zurück. Nach Art. 4 Ziff. 5 DLRL wird Niederlassung als „die tatsächliche Ausübung einer von Artikel 43 des Vertrags erfassten wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Dienstleistungserbringer auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Infrastruktur, von der aus die Geschäftstätigkeit der Dienstleistungserbringung tatsächlich ausgeübt wird“ definiert. Im Gegensatz dazu gilt die vorübergehende Ausübung einer Tätigkeit ohne feste Infrastruktur als wesentliche Eigenschaft der Dienstleistungsfreiheit.²⁷ Im Einzelfall sind die Abgrenzungen jedoch schwierig, vor allem da der An-

24 Vgl. Art. 1 Abs. 1 DLRL: „Diese Richtlinie enthält allgemeine Bestimmungen, die bei gleichzeitiger Gewährleistung einer hohen Qualität der Dienstleistungen die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Dienstleistungserbringer sowie den freien Dienstleistungsverkehr erleichtern sollen.“

25 *Albrecht Randelzhofer/Ulrich Forsthoef*, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 182, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 2009.

26 EuGH, Rs. C-58/98, *Corsten*, Slg. 2000, I-7919, Rn. 43.

27 EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rn 26.

wendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach neuerer Rechtsprechung nicht schon dadurch ausgeschlossen wird, dass eine Tätigkeit wiederholt und unter Nutzung bestimmter Infrastruktureinrichtungen ausgeübt wird. In der Rechtssache *Schnitzer* stellte der EuGH dazu fest: „Für die Frage, ob die Tätigkeiten des Leistenden im Aufnahmemitgliedstaat vorübergehenden Charakter haben, sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht nur die Dauer der Leistung, sondern auch ihre Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität zu berücksichtigen. Der vorübergehende Charakter der Leistung schließt für den Dienstleistenden im Sinne des Vertrages nicht die Möglichkeit aus, sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder einer Kanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich ist.“²⁸ Nach der Rechtsprechung kann sogar eine Tätigkeit, die über einen längeren Zeitraum und regelmäßig ausgeübt wird, der Dienstleistungsfreiheit unterfallen. Damit wird eine begriffliche Unschärfe in der EuGH-Rechtsprechung deutlich, da eine „regelmäßige“ Tätigkeit gemeinhin nicht als „vorübergehend“ Tätigkeit angesehen wird.²⁹

Eine der Unterscheidung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vergleichbare Differenzierung ist dem deutschen Recht eher fremd. Wirtschaftliche Tätigkeiten werden regelmäßig nicht nach der Art und Weise ihrer Erbringung sondern nach dem materiellen Gehalt der Tätigkeit differenziert. Eine gewisse Parallelität besteht allenfalls zu der aus dem Gewerberecht bekannten Unterscheidung zwischen dem stehenden Gewerbe und dem Reisegewerbe. Das DLRL-UmsetzungsgG führt den Unterschied zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nunmehr in die GewO ein. Nach dem neugefassten § 4 Abs. 1 GewO finden eine Reihe von Vorschriften der GewO keine Anwendung, wenn „Gewerbetreibende von einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union (...) aus im Geltungsbereich dieses Gesetzes vorübergehend selbständig tätig“ werden. Eine Niederlassung besteht gem. § 4 Abs. 3 GewO, wenn „eine selbständige gewerbsmäßige Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Einrichtung von dieser aus tatsächlich ausgeübt wird.“ Damit greift der Gesetzgeber die Formulierung des Art. 4 Ziff. 5 DLRL nahezu wortgleich auf.

Problematisch ist allerdings die Präzisierung des Anwendungsbereich von § 4 Abs. 1 GewO neu durch das Wort „vorübergehend“. Diese Ergänzung geht auf eine Intervention des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren

28 EuGH, Rs. C-215/01, *Schnitzer*. Slg. 2003, I-14847, Rn. 28.

29 Zu den Unsicherheiten der Abgrenzung siehe auch *Hissnauer* (Fn. 12), S. 123.

ren zurück.³⁰ Mit der Hinzufügung des Wortes „vorübergehend“ wird die begriffliche Unschärfe des EuGH übernommen, was bei den Genehmigungsbehörden zu Rechtsunsicherheit führen kann, wenn eine wiederholt ausgeführte Tätigkeit nicht als „vorübergehend“ angesehen wird. Insofern ist auf die Gegenäußerung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren zu verweisen, wonach das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ im Lichte des EuGH-Rechtsprechung ausgelegt werden müsse und daher auch Tätigkeiten erfassen könne, die sich über einen längeren Zeitraum und regelmäßig erfüllt werden können.³¹

III. Anforderungen an Genehmigungen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit

Die Anforderungen an die Genehmigungen für Dienstleistungen im Wege der Niederlassungsfreiheit finden sich in den Art. 9 bis 13 DLRL. Art. 9 DLRL enthält allgemeine Anforderungen an die grundsätzliche Zulässigkeit von Genehmigungsregelungen. Art. 10 DLRL stellt Voraussetzungen für die Erteilung einer konkreten Genehmigung im Einzelfall auf.³² Aus diesem Grund finden sich in Art. 9 und 10 teilweise ähnliche Voraussetzungen wie z. B. das Erfordernis der Nicht-Diskriminierung. Art. 11 DLRL sieht Anforderungen an die Genehmigungsdauer vor. Art. 12 DLRL betrifft den Sonderfall einer quantitativen Beschränkung der möglichen oder gewünschten Anzahl von Genehmigungen. Art. 13 DLRL enthält Vorgaben für das Genehmigungsverfahren.

1. Anforderungen an Genehmigungsregelungen (Art. 9 DLRL)

Art. 9 Abs. 1 DLRL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit im Wege der Niederlassungsfreiheit nur dann einer Genehmigungsregelung unterwerfen dürfen, wenn die Genehmigungsregelungen nicht-diskriminierend sind, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und das angestrebte Ziel nicht durch ein milderes Mittel gerechtfertigt werden kann. Mit dieser Prüfungstrias werden die Grundsätze der ständigen Rechtsprechung des

30 Stellungnahme des *Bundesrates*, BT-Drs. 284/09 (Beschluss) vom 15.5.2009, S. 1 f. Dazu auch *Krajewski*, Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie an Genehmigungsgrundlagen und ihre Umsetzung im deutschen Recht, *NvWZ* 2009, 929 (930).

31 Gegenäußerung der *Bundesregierung*, BT-Drs. 16/13190 v. 27.5.2009, S. 11 f.

32 *Europäische Kommission* (Fn. 23), S. 29.

EuGH zur Niederlassungsfreiheit kodifiziert.³³ Das Erfordernis der Nicht-Diskriminierung erfasst dabei sowohl direkte Diskriminierungen als auch indirekte Formen der Diskriminierung.³⁴ Darunter fallen Erfordernisse, die sich zwar nicht formal auf die Staatsangehörigkeit oder –zugehörigkeit eines Dienstleistungserbringers beziehen, aber auf ein Merkmal abstellen, das typischerweise eher von Inländern erfüllt wird als von Ausländern wie z. B. die Ablegung einer Prüfung im Inland oder das Erfordernis einer vorherigen Tätigkeit im Inland.³⁵

Genehmigungsregelungen müssen nach Art. 9 Abs. 1 lit. b) DLRL durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Was darunter zu verstanden ist, definiert Art. 4 Ziff. 8 DLRL wie folgt: Zwingende Gründe des Allgemeininteresses sind “Gründe, die der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als solche anerkannt hat, einschließlich folgender Gründe: öffentliche Ordnung; öffentliche Sicherheit; Sicherheit der Bevölkerung; öffentliche Gesundheit; Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherung; Schutz der Verbraucher, der Dienstleistungsempfänger und der Arbeitnehmer; Lauterkeit des Handelsverkehrs; Betrugsbekämpfung; Schutz der Umwelt und der städtischen Umwelt; Tierschutz; geistiges Eigentum; Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes; Ziele der Sozialpolitik und Ziele der Kulturpolitik.“ Noch weiter geht der – rechtlich allerdings unverbindliche – Absatz 40 der Präambelerwägungen. Er enthält eine dynamische Verweisung auf die Rechtsprechung des EuGH, indem er darauf abstellt, dass sich der Begriff der zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses in der Rechtsprechung noch weiterentwickeln kann. Gegenständlich ergänzt Absatz 40 der Präambelerwägungen die Liste in Art. 4 Ziff. 8 DLRL um weitere legitime Ziele, wie die Wahrung der ordnungsgemäßen Rechtspflege, die Straßenverkehrssicherheit, die Gewährleistung eines hohen Bildungsniveaus, die Förderung der Nationalsprache, die Wahrung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes oder die Veterinärpolitik. In der Sache dürfte der Unterschied zwischen Art. 4 Ziff. 8 und Präambelerwägung Nr. 40 eher gering sein, da die Richtlinie offenbar keine durch den EuGH anerkannten zwingenden Gründe ausschließen will. Es können somit auch solche Ziele als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt werden, die noch nicht von der Rechtsprechung als solche angesehen wurden, wenn sie vergleichbaren legitimen Zielen staatlicher Regulierung von Dienstleistungen dienen.³⁶

33 *Barnard* (Fn. 2), S. 353.

34 *Europäische Kommission* (Fn. 23), S. 29.

35 Weitere Beispiele bei *Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 43 Rn. 76 ff., in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 25).

36 Zurückhaltender *Hissnauer* (Fn. 12), S. 148.

Von größerer praktischer Relevanz als die genaue Bestimmung der zwingende Gründe des Allgemeininteresses ist die Verhältnismäßigkeits- bzw. Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) DLRL. Danach ist zu fragen, ob das Ziel der Maßnahme durch kein milderes Mittel erreicht werden kann, „insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein“. Prüfungsmaßstab für die Verhältnismäßigkeit ist daher die Frage, ob der von der staatlichen Maßnahme verfolgte Zweck auch dann erreicht werden kann, wenn die Tätigkeit erlaubnisfrei ist und durch nachträgliche Kontrollen die Einhaltung der jeweiligen Anforderungen überprüft werden würde oder ob nur ein vorherige Kontrolle das verfolgte Ziel wirksam erreichen kann.³⁷ Notwendige Voraussetzung für die Effektivität einer nachträglichen Kontrolle ist allerdings die (sanktionsbewehrte) Anzeige- und Auskunftspflicht, da die Behörde andernfalls von der Aufnahme der Tätigkeit und der Notwendigkeit der Prüfung keine Kenntnis erhält. Art. 9 Abs. 1 lit. c) DLRL verbietet damit zwar präventive Erlaubnisvorbehalte und repressive Befreiungsvorbehalte nicht grundsätzlich, unterwirft sie jedoch einem erheblichen Rechtfertigungsdruck. Das diesem Gedanken zu Grunde liegende Prinzip entspricht dem allgemeinen Modell der grundsätzlichen Gewerbebefreiung mit nachträglichen Einschreiten bei Unzuverlässigkeit der deutschen Gewerbeordnung, das auch an eine sanktionsbewehrte Anzeigepflicht gekoppelt ist.³⁸ Als Beispiele für Tätigkeitsanforderungen, bei denen eine nachträgliche Kontrolle i. S. d. Art. 9 Abs. 1 lit. c) DLRL vermutlich unwirksam sein dürfte, kann man Ausbildungsanforderungen nennen. deren Überprüfung ist im Wege der nachträglichen Kontrolle nicht nur umständlicher, sondern auch regelmäßig kein ebenso wirksames Mittel, um Dienstleistungsempfänger vor den Gefahren, die von nicht-qualifizierten Leistungserbringern ausgehen, zu schützen. Dagegen dürften Zuverlässigkeitsprüfungen, die Teil einer Genehmigung sind, wie z. B. gem. § 4 Nr. 1 GastG nicht den Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 lit. c) DLRL entsprechen.³⁹ Der Bundesgesetzgeber konnte im DLRL-Umsetzungsg hierauf nicht eingehen, da dem Bund (inzwischen) die Kompetenz zur Änderung des GastG fehlt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Insofern sind die Länder gefordert.

37 *Cornils*, Art. 9, Rn. 33, in: *Schlachter/Ohler* (Fn. 6).

38 *Ziekow* (Fn. 13), S. 217.

39 Ähnlich *Ziekow* (Fn. 13), S. 217 und *Cornils*, Art. 9, Rn. 46, in: *Schlachter/Ohler* (Fn. 6). Kritisch auch *Hissnauer* (Fn. 12), S. 293.

2. Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung (Art. 10 DLRL)

a) Allgemeine Anforderungen

Die konkreten Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung im Einzelfall sind in Art. 10 DLR geregelt. Nach Absatz 1 müssen die Genehmigungsregelungen auf Kriterien beruhen, die eine willkürliche Ausübung des Ermessens der zuständigen Behörden verhindern. Art. 10 Abs. 2 DLRL konkretisiert diesen allgemeinen Maßstab und verlangt, dass die Kriterien nicht-diskriminierend, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt, und verhältnismäßig sind. Darüber hinaus müssen sie klar und unzweideutig, objektiv, im Voraus bekannt, transparent und zugänglich sein. Bezüglich des Inhalts der ersten drei Kriterien kann auf die Ausführungen zu Art. 9 Abs. 1 DLRL verwiesen werden.⁴⁰ Die anderen Kriterien enthalten allgemeine Standards rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns, die unter dem Stichwort „good governance“ zusammengefasst werden können.⁴¹

Von größerer rechtspraktischer Auswirkung als Art. 10 Abs. 1 und 2 dürfte Art. 10 Abs. 3 DLRL sein. Dieser verlangt, dass Anforderungen und Kontrollen, denen ein Dienstleistungsempfänger bereits in einem Mitgliedstaate unterworfen ist, nicht erneut in einem anderen Mitgliedstaat angewendet werden dürfen (Verbot der doppelten Anwendung). Damit geht eine positive Pflicht zur wechselseitigen Berücksichtigung bereits erfüllter oder erbrachter Zulässigkeitsvoraussetzungen einher.⁴² Hierbei handelt es sich nicht um die Etablierung des Herkunftslandsprinzips⁴³, da die Behörden des Niederlassungsstaats die zuständigen Behörden bleiben und wenden in der Sache das Recht des Niederlassungsstaats an.⁴⁴ Man kann aus Art. 10 Abs. 3 DLRL auch keine strikte Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung ableiten, da das Verbot der doppelten Anerkennung nur gilt, soweit die Anforderungen und Kontrollen des anderen Mitgliedstaates mit denjenigen des Niederlassungsstaats „gleichwertig“ oder „aufgrund ihrer Zielsetzung im Wesentlichen vergleichbar“ sind.

Der in Art. 10 Abs. 3 DLRL niedergelegte Grundsatz kodifiziert Standards, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben.⁴⁵ Für den Warenverkehr ist seit langem anerkannt, dass Produkte, die in einem Mitgliedstaat für den freien Handelsverkehr zugelassen wurden, grundsätzlich in

40 Siehe oben I.

41 *Barnard* (Fn. 2), S. 355.

42 *Europäische Kommission* (Fn. 23), S. 30.

43 *Ziekow* (Fn. 13), S. 218; *Hissnauer* (Fn. 12), S. 76 ff.

44 *Cornils*, Art. 10, Rn. 14, in: *Schlachter/Ohler* (Fn. 6).

45 *Hissnauer* (Fn. 12), S. 150.

den anderen Mitgliedstaaten keiner erneuten Zulassungsprüfung unterzogen werden dürfen.⁴⁶ Dieser Gedanke ist auch auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit übertragen worden.⁴⁷ Praktische Bedeutung kann dies etwa für bereits erbrachte Ausbildungsleistungen, Kenntnisse über bestimmte technische Zusammenhänge oder körperlicher Untersuchungen erhalten.⁴⁸ Auch eine Berufshaftpflichtversicherung dürfte nicht ein zweites Mal verlangt werden, wenn der Dienstleistungserbringer bereits über eine solche in seinem Heimatland verfügt und diese auch die Tätigkeit im Niederlassungsstaat mit erfasst. Allerdings wäre hier zu prüfen, ob die Versicherung hinsichtlich Versicherungshöhe und versichertem Risiko „gleichwertig“ oder „vergleichbar“ ist.

Das DLRL-UmsetzungsgG hat auf die Anforderungen des Art. 10 Abs. 3 DLRL durch die Einfügung von § 13b in die GewO reagiert. Nach § 13 b Abs. 1 GewO werden zukünftig Prüfungen der Zuverlässigkeit oder die Vermögensverhältnisse einer Person so zu gestalten sein, dass als Nachweis für die Zuverlässigkeit und für geordnete Vermögensverhältnisse von Gewerbetreibenden „Unterlagen als ausreichend anzuerkennen, die im Herkunftsstaat ausgestellt wurden und die belegen, dass die Anforderungen an die Zuverlässigkeit und die geordneten Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden erfüllt werden.“ Ähnlich bestimmt § 13b Abs. 2 GewO, dass als Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung eine Bescheinigung über den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung als hinreichend anzuerkennen, die von einem Kreditinstitut oder einem Versicherungsunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat wurde. Dies gilt jedoch nur, wenn die in diesem Staat abgeschlossene Berufshaftpflichtversicherung „im Wesentlichen vergleichbar ist zu der, die von Inländern verlangt wird, und zwar hinsichtlich der Zweckbestimmung, der vorgesehenen Deckung bezüglich des versicherten Risikos, der Versicherungssumme und möglicher Ausnahmen von der Deckung.“ Bei nur teilweiser Gleichwertigkeit kann eine zusätzliche Sicherheit verlangt werden, die die nicht gedeckten Risiken absichert.

b) Der Grundsatz der bundesweiten Geltung

Eine besondere Anforderung an den räumlichen Geltungsbereich von Genehmigungen findet sich in Art. 10 Abs. 4 DLRL. Dieser bestimmt, dass die Genehmigung dem Dienstleistungserbringer die Aufnahme oder die

46 St. Rsp. seit EuGH, Rs. 120/78, *Rewe-Zentral/Bundesmonopolverwaltung (Cassis de Dijon)*, Slg. 1979, 649, Rn. 14.

47 Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357, Rn. 16 für die Niederlassungsfreiheit und Rs. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Slg. 2002, I-607, Rn. 34 ff. für die Dienstleistungsfreiheit.

48 *Ziekow* (Fn. 13), S. 218.

Ausübung der Dienstleistungstätigkeit „im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats“ ermöglicht (Grundsatz der landes- bzw. bundesweiten Genehmigung). Dies umfasst die Einrichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften oder Geschäftsstellen. Als Ausnahme von diesem Grundsatz sieht die Vorschrift erneut zwingende Gründe des Allgemeininteresses vor, soweit diese eine Genehmigung für jede einzelne Betriebsstätte oder eine Beschränkung der Genehmigung auf einen bestimmten Teil des Hoheitsgebiets rechtfertigen. Der Grundsatz, dass eine Genehmigung für das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates gelten muss, beruht nicht auf einer Kodifikation bereits bestehender Vorgaben des EuGH. Zwar hat der Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 2007 anerkannt, dass die durch eine Behörde in einem Mitgliedstaat geprüften Voraussetzungen von Behörden in anderen Gebieten nicht erneut geprüft werden dürfen, regional begrenzte Genehmigungen jedoch nicht grundsätzlich für europarechtswidrig gehalten.⁴⁹ Insofern betritt die Richtlinie mit dem Grundsatz der landesweiten Geltung Neuland.

Der Grundsatz stellt die Genehmigungspraxis insbesondere in föderal verfassten Staaten vor besondere Herausforderungen, da er in Konflikt zur territorialen Beschränkung des Geltungsbereichs von Verwaltungsakten der Landesverwaltung geraten kann.⁵⁰ Zwar ist eine Rechtfertigung von Einzelgenehmigungen aufgrund von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich. Die föderale Verfassung eines Staates und die damit einhergehende beschränkte Verbandskompetenz der einzelnen Gliedstaaten werden hiervon jedoch nicht erfasst. Auch der Hinweis auf die unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedingungen in den einzelnen Regionen eines Staates dürfte als Rechtfertigung nicht ausreichen.⁵¹ Vielmehr müssen besondere Umstände vorliegen, die dazu führen, dass die Bewertung des jeweiligen Allgemeininteresses von Fall zu Fall zu räumlich unterschiedlichen Ergebnissen führt. Dies gilt vor allem für standort- und anlagenbezogene Genehmigungen, die auf örtliche Umweltbelange Rücksicht nehmen müssen.⁵² Nach Auffassung der Kommission dürften Genehmigungen, bei denen Bedingungen an eine physische Infrastruktur gestellt werden und die deshalb auf die jeweilige Einrichtung beschränkt bleiben, nicht gegen Art. 10 Abs. 4 DLRL verstoßen, da eine individuelle Bewertung der fraglichen Einrichtung

49 EuGH, Rs. C-134/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2007, I-6225, Rn. 61.

50 *Cornills*, Art. 10 Rn. 31, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

51 EuGH, Rs. C-134/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2007, I-6225, Rn. 61.

52 Siehe Erwägungsgrund 59: „Zum Beispiel kann der Umweltschutz die Auflage rechtfertigen, eine Einzelgenehmigung für jede Anlage im nationalen Hoheitsgebiet einzuholen“. Ebenso *Ziekow* (Fn. 13), S. 218, der jedoch zu Recht darauf hinweist, dass nicht alle Umweltbelange einen konkreten Raumbezug haben.

erforderlich ist.⁵³ Dagegen dürfte die Rechtfertigung der territorialen Beschränkung personenbezogener Genehmigungen eher schwer fallen. Dies gilt auch für die Verpflichtung zur mehrfachen Eintragung in Berufsregistern, wie z. B. die Eintragung in Handwerksrollen aus unterschiedlichen Bezirken, wenn das Handwerk an mehreren Orten ausgeübt werden soll.⁵⁴ Das DLRL-UmsetzungsgG ist hierauf jedoch nicht eingegangen, obwohl es auch die Handwerksordnung ändert.⁵⁵

Für die deutsche Umsetzungspraxis des Grundsatzes der bundesweiten Geltung ist zwischen dem Vollzug von Bundes- und Landesgesetzen zu unterscheiden.⁵⁶ Der Vollzug von Bundesgesetzen durch die Landesverwaltung wirft diesbezüglich geringere Probleme auf. So kann der Grundsatz, dass ein Bundesland in seiner Verwaltungshoheit auf sein eigenes Gebiet beschränkt ist, bundesrechtlich ausdrücklich durchbrochen werden.⁵⁷ Darüber hinaus hat das BVerfG anerkannt, dass es dem Wesen des landeseigenen Vollzugs von Bundesgesetzen entspricht, dass die Verwaltungsakte grundsätzlich im ganzen Bundesgebiet gelten.⁵⁸ Dies gilt jedenfalls soweit die Funktion einer Genehmigungen eine überregionale Geltung verlangt, wie z.B. bei Bauart- oder Typenzulassungen.⁵⁹

Problematischer stellt sich dagegen der Vollzug von Landesgesetzen dar. Hier widerspricht die territorial begrenzte Verbandskompetenz der bundesweiten Geltung von Genehmigungen schon deshalb, weil bereits die Genehmigungsgrundlage, d.h. das jeweilige Landesgesetz, keine bundesweite Geltung beanspruchen kann. In diesen Fällen muss der Grundsatz der bundesweiten Geltung der Genehmigungen als Verpflichtung zur „Geltungsanerkennung landesfremder Verwaltungsakte“⁶⁰ verstanden werden. Die Landesbehörden sind somit nicht nur verpflichtet, vergleichbare Anforderungen, die bereits in einem anderen Bundesland erfüllt wurden, nicht erneut zu prüfen, was sich bereits aus Art. 10 Abs. 3 DLRL ergibt.⁶¹ Vielmehr besteht eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht, die Verwaltungsakte der anderen Behörden ohne weitere inhaltliche Prüfung anzuerkennen. Eine entsprechende Anerkennungspflicht ist in den Landesverwaltungssetzen oder den spezifischen Fachgesetzen zu verankern.

53 *Europäische Kommission* (Fn. 23), S. 31.

54 *Ziekow* (Fn. 13), S. 218.

55 Dazu unten V.2.

56 *Cornils*, Art. 10 Rn. 32 ff., in: *Schlachter/Ohler* (Fn. 6).

57 BVerwGE 115, 373, *Planfeststellung Flughafen Schönefeld*.

58 BVerfGE 11, 6 (2. Leitsatz), *Dampfkessel-Entscheidung*.

59 *Cornils*, Art. 10 Rn. 34, in: *Schlachter/Ohler* (Fn. 6).

60 *Cornils*, Art. 10 Rn. 35, in: *Schlachter/Ohler* (Fn. 6).

61 Siehe oben II.1.

Anders als in der Literatur teilweise vorgeschlagen, lassen sich Abweichungsmöglichkeiten vom Grundsatz der bundesweiten Geltung der Genehmigungen nicht unter Hinweis auf die angebliche Ferne dieses Grundsatzes vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit konstruieren.⁶² Zwar beruht der Grundsatz der bundesweiten Geltung weniger auf der Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbot, sondern mehr auf dem sich ebenfalls aus der Niederlassungsfreiheit ergebenden Beschränkungsverbot. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen „Randbereich des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit“.⁶³ Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁶⁴ und der herrschenden Meinung im Schrifttum⁶⁵, dass die Niederlassungsfreiheit nicht nur als Diskriminierungs- sondern auch als Beschränkungsverbote zu interpretieren ist. Dies kann man aus rechtspolitischen Gründen für verfehlt halten. Ein rechtsdogmatischer Ansatzpunkt für ein „großzügiges Verständnis des Abweichungsvorbehaltes“ lässt sich hieraus jedoch nicht ableiten.⁶⁶

Ein eingeschränktes Verständnis von Art. 10 Abs. 4 DLRL kann auch nicht aus Art. 10 Abs. 7 DLRL abgeleitet werden, der festhält, dass die Anforderungen des Art. 10 DLRL die Verteilung der Zuständigkeiten der Behörden nicht in Frage stellen. Mit dieser Formulierung, die eine verfahrensrechtliche Entsprechung in Art. 6 Abs. 2 DLRL für die Errichtung des Einheitlichen Ansprechpartners findet, wird der Grundsatz bestätigt, dass das Gemeinschaftsrecht mangels Kompetenzgrundlage keine Vorgaben für die interne Verwaltungsorganisation und Zuständigkeitsregeln in den Mitgliedstaaten enthalten kann. Damit wird deutlich: Aus dem Grundsatz der bundesweiten Geltung von Genehmigungen ergibt sich nicht, dass jede Landesbehörde für jede Genehmigung zuständig ist, sondern lediglich, dass der von einer zuständigen Behörde getroffene Verwaltungsakt auch jenseits der Landesgrenzen Geltung finden muss.

3. Genehmigungsdauer (Art. 11 DLRL)

Nach Art. 11 Abs. 1 DLRL dürfen Genehmigungen grundsätzlich nicht befristet werden. Eine Abweichung hiervon ist nur zulässig, wenn sich die Genehmigung bei fortbestehenden Genehmigungsvoraussetzungen auto-

62 So *Cornils*, Art. 10 Rn. 36 ff., in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

63 So aber *Cornils*, Art. 10 Rn. 36, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

64 St. Rspr. seit EuGH, Rs. 107/83, *Klopp*, Slg. 1984, 2971, Rn. 18 ff.; zuletzt EuGH, C-169/07, *Hartlauer*, EuZW 2009, 298, Rn. 33.

65 *Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 43 EGV, Rn. 84 ff., in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 25); *Schlag*, Art. 43 EGV, Rn. 45 ff., in: Schwarze (Fn. 16).

66 So aber *Cornils*, Art. 10 Rn. 37, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

matisch verlängert (faktisch unbefristete Genehmigung, Art. 11 Abs. 1 lit. a) DLRL), die Zahl der Genehmigungen begrenzt ist (Art. 11 Abs. 1 lit. b) und Art. 12 Abs. 2 DLRL) oder zwingende Gründe des Allgemeininteresses eine Befristung erforderlich machen (Art. 11 Abs. 1 lit. c) DLRL). Die Mitgliedstaaten können daher Genehmigungen grundsätzlich auch zur Überwachung der Einhaltung von Anforderungen, die sich aus zwingenden Gründe des Allgemeininteresses ergeben, befristen. Die Befristung muss allerdings verhältnismäßig sein. Als milderer Mittel zur Befristung ist stets die von der Dienstleistungsrichtlinie gem. Art. 11 Abs. 4 DLRL unberührte Möglichkeit des Widerrufs der Genehmigung, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, zu prüfen.⁶⁷ Die Anforderungen des Art. 11 DLRL dürften das deutsche Recht nicht vor große Anpassungsprobleme stellen, zumal die Personenbeförderung, in denen das deutsche Recht befristete Genehmigungen vorsieht, vom Geltungsbereich der Richtlinie gem. Art. 2 Abs. 2 lit. d) DLRL ausgeschlossen ist.⁶⁸

Insgesamt kann man aus den Anforderungen der Art. 10 Abs. 3 und Abs. 4 sowie Art. 11 DLRL den Grundsatz der „Einmal“-Genehmigung ableiten⁶⁹: Genehmigungsanforderungen sind grundsätzlich nur einmal zu prüfen (Art. 10 Abs. 3 DLRL) und die Genehmigung ist in räumlicher und zeitlicher Hinsicht nur einmal zu erteilen (Art. 10 Abs. 4, Art. 11 DLRL). Damit enthält die Dienstleistungsrichtlinie jedenfalls im Grundsatz eine materiell-rechtliche Entsprechung des verfahrensrechtlichen „One-stop-shops“, den der Einheitliche Ansprechpartner darstellen soll.⁷⁰

4. Beschränkungen der Anzahl der Genehmigungen (Art. 12 DLRL)

Art. 12 DLRL enthält besondere Regelungen für den Fall, dass die Zahl der Genehmigungen beschränkt ist bzw. beschränkt werden muss. Grundsätzlich sind quantitative Beschränkungen entweder aufgrund der Knappheit natürlicher Ressourcen oder technischer Kapazitäten (Art. 12 Abs. 1 DLRL) oder aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses zulässig. Die letztgenannte Möglichkeit der sog. „normativen Verknappung“⁷¹ wird in Art. 12

67 Europäische Kommission (Fn. 23), S. 31.

68 Ziekow (Fn. 13), S. 219.

69 Cornils, Art. 11 Rn. 1, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

70 Dazu Windoffer, in diesem Band.

71 Cornils, Art. 12 Rn. 4, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

DLRL nicht ausdrücklich erwähnt, sie ergibt sich jedoch aus der allgemeinen Beschränkungsmöglichkeit von Genehmigungen.⁷²

Für Genehmigungen, die aus den in Art. 12 Abs. 1 DLRL genannten Gründen, quantitativ beschränkt sind, gilt in Abweichung von Art. 11 Abs. 1 DLRL, dass sie grundsätzlich zu befristen sind. Die Auswahl der Bewerber für die Genehmigungen hat in einem neutralen und transparenten Verfahren zu erfolgen, dessen Eröffnung, Ablauf und Ausgang bekannt zu machen sind. Damit verwirklicht die Dienstleistungsrichtlinie den Grundsatz der Vergabe beschränkter Genehmigungen durch Ausschreibungswettbewerb. Die Anforderungen an einen derartigen Ausschreibungswettbewerb dürften den Grundsätzen entsprechen, die der EuGH für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht vom sekundärrechtlichen Vergaberecht erfasst werden (sog. unterschwellige Auftragsvergabe) und die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen entwickelt hat.⁷³ Dazu gehören die aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot und den Grundfreiheiten abgeleiteten Grundsätze der öffentliche Bekanntmachung der Vergabeentscheidung und der diskriminierungsfreien und transparenten Auftragsvergabe.⁷⁴

Weiterhin sind Genehmigungen, deren Anzahl beschränkt ist, zu befristen, um den Wettbewerb nicht auszuschließen. Nach Art. 12 Abs. 2 DLRL ist ein „angemessener“ Zeitraum zu wählen. Dies wird durch die Präambelerwägung 62 insofern konkretisiert, als der Genehmigungszeitraum nicht über das „für die Amortisation der Investitionen und die Erwirtschaftung einer angemessenen Investitionsrendite notwendige Maß“ hinaus gehen soll. Die genaue Feststellung dieses Umfangs dürfte in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen, da den Verwaltungen zumeist die Grundlagen fehlen, um die Höhe der Amortisation und einer angemessenen Investitionsrendite zu bestimmen. Anders als bei öffentlich-privaten Partnerschaften, deren von der Kommission vorgeschlagene Laufzeit nach den gleichen Grundsätzen berechnet werden soll⁷⁵, fehlt der Verwaltung bei der schlichten Erteilung von Genehmigungen oft das spezifische Fachwissen und die be-

72 Siehe auch Präambelerwägung Nr. 62: Art. 12, „soll die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, die Zahl der Genehmigungen aus anderen Gründen als der Knappheit der natürlichen Ressourcen oder der technischen Kapazitäten zu begrenzen.“

73 Ziekow (Fn. 13), S. 220; Hissnauer (Fn. 12), S. 207.

74 EuGH, Rs. C-324/98, *Teleaustria*, Slg. 2000, I-10745, Rn. 62; Rs. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, Slg. 2001, I-9505, Rn. 20f; Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8612, Rn. 49 und Rs. C-264/03, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2005, I-8831, Rn. 32f. Siehe auch Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, S. 533 ff. und die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 23.6.2006 zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, Abl. 2006, C 179/2, Nr. 2.1. und 2.2.

75 *Cornils*, Art. 21, Rn. 21, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

triebswirtschaftlichen Informationen, um die genannten Parameter objektiv und sachlich bestimmen zu können.⁷⁶

Eine Besonderheit findet sich in Art. 12 Abs. 3 DLRL: Danach dürfen die Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Bewerber für quantitativ beschränkte Genehmigungen auch sog. „vergabefremde Kriterien“⁷⁷ berücksichtigen. Ausdrücklich nennt Art. 12 Abs. 3 DLRL gesundheits-, sozial-, arbeits-, umwelt- und kulturpolitische Ziele. Zwar werden dadurch die in Art. 12 Abs. 1 und 2 genannten Grundsätze nicht eingeschränkt. Die Mitgliedstaaten können jedoch Kriterien festlegen, mit denen zwingende Gründe des Allgemeininteresses berücksichtigt werden, so lange das Verfahren transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt wird. Der vergaberechtliche Grundsatz des Zuschlags für das wirtschaftlichste Angebot⁷⁸ gilt bei der Vergabe von Genehmigungen aus naheliegenden Gründen nicht.

5. Genehmigungsverfahren (Art. 13 DLRL)

Art. 13 DLRL enthält verschiedene Anforderungen an das Verfahren zur Erteilung von Genehmigungen. Neben allgemeinen Grundsätzen wie dem Gebot der objektiven und unparteiischen Behandlung der Anträge (Art. 13 Abs. 1 DLRL) sowie dem Verbot der abschreckenden Wirkung oder unangemessenen Erschwerung (Art. 13 Abs. 2 DLRL) findet sich in Art. 13 Abs. 3 DLRL das Gebot, Anträge innerhalb einer vorab festgelegten und transparent gemachten Frist zu bearbeiten sowie die Fiktion der Genehmigung nach Ablauf der Frist gem. Art. 13 Abs. 4 DLRL.

a) Frist

Nach Art. 13 Abs. 3 DLRL ist sicherzustellen, dass Anträge „unverzüglich und in jedem Fall binnen einer vorab festgelegten und bekannt gemachten angemessenen Frist bearbeitet werden“. Die Umsetzung dieser Verpflichtung bringt einigen Anpassungsbedarf mit sich, da derartige Fristsetzungen dem deutschen Verwaltungsverfahrenrecht bislang noch eher fremd sind. Die Dienstleistungsrichtlinie regelt nicht, wer die Frist festlegen muss. In Betracht kommt zunächst, dass die Genehmigungsbehörde diese aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung selbst durch verbindliche Fristenpläne, die

⁷⁶ Ziekow (Fn. 13), S. 220.

⁷⁷ Zum Begriff Frenz (Fn. 74), S. 890 f.

⁷⁸ Vgl. Frenz (Fn. 74), S. 876.

nach Außen bekannt gemacht werden, festlegt.⁷⁹ Das Gebot der Transparenz und Rechtsverbindlichkeit der Frist spricht allerdings dagegen, dass die Fristsetzung im Wege des Verwaltungsbinnenrechts ohne Außenwirkung geschieht. Neben der Festlegung durch die Behörde sind gesetzliche Vorgaben der Genehmigungsfristen denkbar.⁸⁰ Eine entsprechende Vorgabe mit Signalwirkung findet sich in § 42a Abs. 2 S. 1 VwVfG⁸¹, der eine Drei-Monats-Frist vorsieht.⁸²

Nach Art. 13 Abs. 3 DLRL und nach § 42a Abs. 2 S. 2 VwVfG beginnt die Frist ab Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen zu laufen und kann grundsätzlich nur einmal verlängert werden. Problematisch ist, dass die Genehmigungsbehörde nicht immer sofort feststellen, ob die Unterlagen vollständig sind, sondern hierzu teilweise erst andere öffentliche Stellen befragen muss.⁸³ Hiervon kann der Fristbeginn jedoch nicht abhängen. Vielmehr beginnt die Frist erst mit der objektiven Vollständigkeit der Unterlagen zu laufen⁸⁴ und nicht mit der behördlichen Feststellung, dass die Unterlagen vollständig sind. Die in der Literatur teilweise vertretene Ansicht, dass die Frist zu laufen beginnt, sobald die Behörde in eine inhaltliche Prüfung einsteigt und auch nicht erneut beginnt, wenn die Behörde später erkennt, dass noch Unterlagen fehlen, ist mit dem Wortlaut der Dienstleistungsrichtlinie („Die Frist läuft erst, wenn alle Unterlagen vollständig eingereicht wurden.“) nicht vereinbar. Um Probleme bei Unklarheit über die Vollständigkeit der Unterlagen in der Genehmigungspraxis zu reduzieren, könnte jedoch geprüft werden, ob die Behörde – ähnlich wie die Frist – auch die notwendigen Unterlagen vorab festlegt und bekannt gibt.

b) Genehmigungsfiktion

Aus Art. 13 Abs. 4 DLRL ergibt sich ebenfalls ein erheblicher Anpassungsbedarf für das Genehmigungsverfahrenrecht. Nach dieser Vorschrift gilt ein Antrag, der nicht innerhalb der Frist beantwortet wird, als erteilt (Genehmigungsfiktion). Da die Genehmigungsfiktion erst nach Ablauf der von der Behörde selbst gesetzten Frist abläuft, bewirkt sie neben der Selbstdisziplin der

79 Schmitz/Prell (Fn. 8), S. 8. Ähnlich auch die Empfehlung des Beirates Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Inneren zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, abgedruckt in NWwZ 2008, S. 641 (642). Skeptisch dagegen Bernhardt (Fn. 20), S. 101, der eine Anordnung durch untergesetzliche Normen für unzulässig hält.

80 Ziekow (Fn. 13), S. 221; Cornils, Art. 13 Rn. 12, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

81 Eingefügt durch das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (4. VwVfÄndG) vom 11.12.2008, BGBl I Nr. 58 vom 17.12.2008, S. 2418.

82 So auch die Empfehlung des Beirates Verwaltungsverfahrensrechts (Fn. 79), S. 642.

83 Ziekow (Fn. 13), S. 221.

84 Schmitz/Prell (Fn. 8), S. 8.

Verwaltung beim Bearbeiten der Anträge, dass die Fristsetzung nach Art. 13 Abs. 3 DLRL nicht aufgrund unrealistischer Vorstellungen oder ausschließlich politischer Vorgaben festgelegt wird. Insofern kann die Verwaltung verhindern, allzu oft das „Opfer“ der Genehmigungsfiktion zu werden.

Das nationale Recht kann zudem eine Ausnahme von der Genehmigungsfiktion vorsehen, wenn dies durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Zu letzteren zählt die Richtlinie an dieser Stelle auch das berechnete Interesse eines Dritten. Umstritten ist, ob an die Rechtfertigung einer Ausnahme von der Genehmigungsfiktion besonders hohe Anforderungen zu stellen sind.⁸⁵ Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass der Begriff der zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses in Art. 13 Abs. 4 DLRL den gleichen Umfang hat, wie in anderen Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie (z. B. Art. 9, 10 oder 11 DLRL). Allerdings ist eine andere Verhältnismäßigkeitsprüfung anzustellen. Während bei Art. 9 Abs. 1 lit. c) zu prüfen ist, ob das mit der Genehmigung verfolgte Ziel auch durch eine nachträgliche Kontrolle zu erreichen ist, muss bei Art. 13 Abs. 4 geprüft werden, ob die Erreichung des Ziels der – nach Art 9 Abs. 1 lit. c) DLRL erforderlichen – Genehmigung dadurch erschwert würde, dass eine Genehmigungsfiktion eintreten würde. Es ist durchaus möglich, dass die Prüfungen nach Art. 9 Abs. 1 DLRL und nach Art. 13 Abs. 4 DLRL zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Insofern sind die Anforderungen an den Ausschluss der Genehmigungsfiktion andere als an die Genehmigung selbst, auch wenn die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses identisch sein können.

Für die Umsetzung der Genehmigungsfiktion hat der Gesetzgeber ein ähnliches Verfahren gewählt wie für die Umsetzung des Einheitlichen Ansprechpartners.⁸⁶ Nach § 42a Abs. 1 VwVfG gilt eine beantragte Genehmigung nach Ablauf der für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt, wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist. Damit ist die Vorgabe der Dienstleistungsrichtlinie allenfalls zur Hälfte erfüllt. Das deutsche Recht sieht nunmehr künftig vor, dass grundsätzlich Genehmigungsfiktionen eintreten können. Allerdings ist dies erst möglich, wenn eine entsprechende Rechtsfolge in einem Fachgesetz angeordnet wird.⁸⁷ Zur vollständigen Umsetzung von Art. 13 Abs. 4 DLRL muss der Gesetzgeber nun in allen Bereichen, in denen die Genehmigungsfunktion nicht aufgrund von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses ausgeschlossen sein soll, diese ausdrücklich anordnen. Damit kehrt das

85 Bernhardt (Fn. 20), S. 104 f. m. w. N.

86 Dazu Windoffer, in diesem Band und Schmitz/Prell (Fn. 8), S. 3 ff.

87 Schmitz/Prell (Fn. 8), S. 7

Verwaltungsverfahrensgesetz das von der Dienstleistungsrichtlinie vorge-sehene Regel-Ausnahme-Verhältnis⁸⁸ um, da die Genehmigungsfiktion nach deutschem Recht nicht im Regelfall, sondern nur im besonders angeordneten Fällen eintritt. Allerdings dürfte hierin kein Verstoß gegen die Richtlinie zu sehen sein, solange von einer Anordnung der Genehmigungsfiktion nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses abgesehen wird.

Das DLRL-Umsetzungsgesetz sieht Genehmigungsfiktionen für die Gewerbeordnung (§ 6a GewO neu) und die Handwerksordnung (§ 10 Abs. 1 HwO neu) sowie für die Anerkennung von Prüf- und Bestätigungsstellen nach dem Signaturgesetz (§ 18 Abs. 1 SignaturG neu) vor. Die ursprünglich vorge-sehene Festlegung der Frist auf zwei Monate wurde auf Vorschlag des Bundesrates auf drei Monate verlängert und damit an die allgemeine Regel des § 42a Abs. 2 S. 1 VwVfG angepasst.⁸⁹

Genehmigungsfiktionen sind dem deutschen Verwaltungsrecht nicht grundsätzlich fremd, sondern finden sich z. B. in den Landesbauordnungen.⁹⁰ Unstreitig ersetzt die Fiktion den Verwaltungsakt im formellen Sinne. Allerdings ist umstritten, ob eine Genehmigungsfiktion darüber hinaus auch als materiell rechtmäßig zu gelten hat mit der Folge, dass sie nicht mehr gem. § 48 VwVfG zurückgenommen werden kann.⁹¹ Nach überwiegender Meinung kommt der Genehmigungsfiktion jedoch keine weitergehende Wirkung zu, so dass der fingierte Verwaltungsakt auch nach den allgemeinen Vorschriften zurückgenommen werden kann.⁹² Nach einer anderen Ansicht ergibt sich aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht zwingend, dass auch ein fingierter Verwaltungsakt zurückgenommen werden können muss.⁹³ Vielmehr könne der Gesetzgeber dem fingierten Verwaltungsakt auch eine höheren Bestandskraft zubilligen und ihn in materielle Rechtskraft erwachsen lassen. Die praktische Bedeutung des Streits dürfte sich durch § 42a Abs. 1 Satz 2 VwVfG erheblich reduziert haben, der besagt, dass die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten und über das Rechtsbehelfsverfahren entsprechend gelten. Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Genehmigungsfiktion entsprechend den allgemeinen Vorschriften zurückgenommen und widerrufen werden kann.⁹⁴

88 Bernhardt (Fn. 20), S. 102.

89 Dazu Krajewski (Fn. 30), S. 934.

90 Ferdinand Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 35 Rn. 24, 10. Aufl. 2008.

91 Johannes Caspar, Der fiktive Verwaltungsakt, AöR 125 (2000), S. 131 (137f.).

92 Ferdinand Kopp/Ulrich Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 48 Rn. 15 a, 10. Aufl. 2008 m.w.N.

93 Ziekow (Fn. 13), S. 222. Ausführlich dazu Hissnauer (Fn. 12), S. 229 ff.

94 Schmitz/Prell (Fn. 8), S. 7

Die Formulierung des § 42 Abs. 2 Satz 1 VwVfG beantwortet allerdings nicht die Frage, ob eine rechtswidrige Genehmigungsfiktion von der Verwaltung ohne Weiteres nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden kann oder ob sich aus dem Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts eine erschwerte Rücknahmemöglichkeit ergibt. Man wird diese Frage nicht abstrakt beantworten können, sondern im Rahmen der Abwägung gem. § 48 Abs. 1 VwVfG die Intention des Art. 13 Abs. 4 DLR berücksichtigen müssen.⁹⁵ Insofern modifiziert die Dienstleistungsrichtlinie das Abwägungsprogramm des § 48 VwVfG in ähnlicher Weise wie das gemeinschaftliche Beihilfenrecht⁹⁶, allerdings mit dem Unterschied, dass das EG-Beihilfenrecht regelmäßig für die Rücknahme streitet, während die Genehmigungsfiktion des Art. 13 Abs. 4 DLR als Argument gegen die Rücknahme angeführt werden kann. Dogmatisch kann man die Wirkung der Genehmigungsfiktion in der Abwägung auf zwei Weisen berücksichtigen. Einerseits könnte man einen gesteigerten Vertrauensschutz annehmen, da der Dienstleistungsempfänger darauf vertrauen kann, dass die Behörde, die selbst die Bearbeitungsfrist gesetzt hat und ggf. die Frist verlängern konnte, bei Fristablauf typischerweise keinen Grund gegen die Genehmigung gefunden hat. Andererseits könnte man Art. 13 Abs. 4 DLR auch im Rahmen der Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Rücknahme einbringen und argumentieren, dass der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der für eine Rücknahme spricht durch den Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts, der gegen die Rücknahme spricht, relativiert wird. Beide Varianten dürften zum gleichen Ergebnis führen und daher gemeinschaftsrechtlich gleichermaßen zulässig sein. In beiden Varianten wäre die konkrete Folge, dass sich die Behörde auf Versäumnisse, die in ihrem Verantwortungsbereich liegen, nicht berufen kann, wenn nicht außergewöhnliche Umstände oder Rechte Dritter eine Rücknahme erforderlich machen.⁹⁷ Damit dürfte die Rücknahmemöglichkeit in der Praxis erheblich reduziert sein, so dass die Gefahr, dass die Verwaltung die Entscheidungsfrist des Art. 13 Abs. 3 DLR durch eine Verlagerung der materiellen Prüfung in das Rücknahmeverfahren verlängert,⁹⁸ eher gering sein dürfte.⁹⁹

95 Cornils, Art. 13 Rn. 27, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

96 Dazu Frenz (Fn. 74), S. 463 ff.

97 Cornils, Art. 13 Rn. 27, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

98 Das befürchtet Ziekow (Fn. 13), S. 222.

99 Cornils, Art. 13 Rn. 27, in: Schlachter/Ohler (Fn. 6).

IV. Anforderungen an Tätigkeiten im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs

Nach Art. 16 Abs. 1 DLRL dürfen die Mitgliedstaaten die Aufnahme oder Ausübung einer Tätigkeit nicht von Anforderungen abhängig machen, die gegen die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit verstoßen. Unter Anforderungen versteht die Dienstleistungsrichtlinie gem. Art. 4 Ziff. 7 alle Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt sind oder, die sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, oder berufsständischen Regeln ergeben. Ausgenommen sind Regeln, die in von den Sozialpartnern ausgehandelten Tarifverträgen festgelegt wurden. Von dem Begriff der Anordnung i. S. d. Dienstleistungsrichtlinie werden somit auch tätigkeitsbezogene Pflichten und Nebenpflichten, die nur Voraussetzung für die Ausübung einer Tätigkeit nicht jedoch für deren Aufnahme sind, erfasst.

Anders als Art. 9 ff. DLRL lässt Art. 16 DLRL jedoch keine umfängliche Berufung auf sämtliche zwingende Gründe des Allgemeininteresses für die Rechtfertigung von Anforderungen zu, sondern beschränkt die legitimen Zwecke gem. Art. 16 Abs. 1 UA 3 lit. b) DLRL auf die öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit und den Schutz der Umwelt. Ergänzt werden diese vier Regelungsziele durch die in Art. 18 DLRL erwähnte Sicherheit der Dienstleistungen, zu deren Schutz die Mitgliedstaaten in Ausnahmefällen Maßnahmen ergreifen dürfen, die von Art. 16 abweichen. Damit reduziert die Dienstleistungsrichtlinie die Rechtfertigungsmöglichkeiten von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit erheblich. Sie weicht diesbezüglich auch von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 49 EGV, der auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit eine Berufung auf eine Vielzahl von zwingenden Gründen zugelassen hat.¹⁰⁰ Insofern strebt die Dienstleistungsrichtlinie eine Vertiefung des Binnenmarktes an, die jedoch zu Lasten der Regulierungsautonomie der Mitgliedstaaten gehen kann.¹⁰¹

Art. 16 Abs. 2 DLRL enthält über den allgemeinen Standard des Art. 16 Abs. 1 DLRL hinaus eine Liste von Anforderungen, denen Dienstleistungserbringer grundsätzlich nicht unterworfen werden dürfen. Dazu zählt neben dem Verbot der Residenzpflicht (Art. 16 Abs. 2 lit. a) DLRL) auch die Pflicht, bei den zuständigen Behörden eine Genehmigung einzuholen (Art.

100 *Jukka Snell*, Freedom to Provide Services in the Case Law and in the Services Directive: Problems, Solutions, and Institutions, in: Neergaard/Nielsen/Roseberry (Fn. 3), S. 171 (188 ff.), und *Barnard* (Fn. 2), S. 367 ff.

101 *Snell* (Fn. 100), S. 190 f.

16 Abs. 2 lit. b) DLRL). Hierunter wird ausdrücklich auch die Verpflichtung zur Eintragung in ein Register oder die Mitgliedschaft in einem Berufsverband oder einer Berufsvereinigung verstanden, wenn dies nicht ausdrücklich im Gemeinschaftsrecht vorgesehen ist. Auch mit dieser Anforderung geht die Dienstleistungsrichtlinie über eine bloße Kodifikation der EuGH-Rechtsprechung hinaus, da der Gerichtshof Genehmigungen für Dienstleistungserbringer zwar teilweise aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung für unverhältnismäßig gehalten, sie jedoch nicht generell für unzulässig erklärt hat.¹⁰² Die Mitgliedstaaten können Anforderungen nach Art. 16 Abs. 2 DLRL gem. Art. 16 Abs. 3 DLRL beibehalten, wenn diese aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, oder Gesundheit oder des Umweltschutzes gerechtfertigt sind. Weder dem Wortlaut noch der Systematik des Art. 16 DLRL lässt sich jedoch ein absolutes Verbot der in Art. 16 Abs. 2 DLRL genannten Anforderungen entnehmen.¹⁰³ Art. 16 Abs. 2 DLRL nennt eine konkrete Anforderung, die die Mitgliedstaaten einer besonders strengen Prüfung unterziehen müssen und für die es im Regelfall keine Rechtfertigung zu geben scheint. Indem Art. 16 Abs. 3 DLRL als Rechtfertigungsnorm systematisch nach der Verbotsnorm des Art. 16 Abs. 2 DLRL steht, ist nicht ersichtlich, warum er sich nicht auch auf Art. 16 Abs. 2 DLRL beziehen soll.

Auch der Grundsatz der Genehmigungsfreiheit bei Tätigkeiten im freien Dienstleistungsverkehr gem. Art. 16 Abs. 2 lit. b) DLRL dürfte das deutsche Genehmigungsrecht vor einige Herausforderungen stellen. Zu nennen ist z. B. das gewerberechtliche Anzeigerfordernis gem. § 14 GewO. Da es sich hierbei um eine Anforderung i. S. d. Art. 16 Abs. 1 DLRL handelt, ist zu prüfen, ob diese notwendig für den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit oder der Umwelt ist.¹⁰⁴ Daneben erscheint das Erfordernis einer Reisegewerbekarte gem. § 55 Abs. 2 GewO als problematisch. Danach bedarf ein Gewerbetreibender, der ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben, Leistungen anbietet, einer Erlaubnis in Form der Reisegewerbekarte. Nach § 57 GewO ist die Reisegewerbekarte zu versagen, wenn der Gewerbetreibende nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Eine richtlinienkonforme Anwendung dieser Vorschrift dürfte nur möglich sein, wenn der Begriff der Unzuverlässigkeit ausschließlich auf die in Art. 16 Abs. 3 DLRL genannten Gründe

102 EuGH, Rs. C-205/99, *Analir*, Slg. 2001, I-1271, Rn. 36.

103 Anders *Anika D. Luch/Edwin Schulz*, Die „schwarze Liste“ unzulässiger Anforderungen an Dienstleistungserbringer (Art. 16 Abs. 2 DLRL) als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung?, *GewArchiv* 2009, S. 183 (183f.) und *Stefan Korte*, Abschied von der Aufnahmeüberwachung? *DVB* 2009, S. 489 (491 ff.)

104 Ausführlich hierzu und die Vereinbarkeit des § 14 GewO mit Art. 16 Abs. 2 DLRL verneinend *Luch/Schulz* (Fn. 103), S.184f.

bezogen wird. Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 16 Abs. 2 lit. b) DLRL kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls im Anwendungsbereich des Art. 16 DLRL, d. h. für Dienstleistungserbringer aus dem europäischen Ausland, die eine Tätigkeit ausüben, die weder allgemein vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie, noch konkret von Art. 16 DLRL ausgenommen sind¹⁰⁵, vom Erfordernis der Reisegewerbekarte abgesehen werden muss, wenn keine Rechtfertigung gem. Art. 16 Abs. 3 DLRL möglich ist. Dass die Reisegewerbekarte bereits aus primärrechtlichen Gründen europarechtswidrig sein könnte, ist in Rechtsprechung und Literatur bislang noch nicht erörtert worden, obwohl hierzu Anlass bestanden hätte.¹⁰⁶

Das DLRL-UmsetzungsgG hat diese Herausforderungen erkannt und sieht vor, dass §§ 14, 55 Abs. 2, 57 GewO sowie weitere gewerberechtliche Anforderungen auf Dienstleistungserbringer aus dem europäischen Ausland keine Anwendung finden, wenn diese die Dienstleistungsfreiheit ausüben (§ 4 Abs. 1 GewO neu). Damit geht das Gesetz über die Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie hinaus, da die Anwendung z. B. des § 55 Abs. 2 GewO auch bei Gefahren für die öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit oder den Umweltschutz ausgeschlossen wird. Der Gesetzgeber hält hierfür vielmehr eine nachträgliche Überwachung für ausreichend. Allerdings beschränkt sich das Gesetz ansonsten in doppelter Hinsicht auf eine 1:1-Umsetzung der Richtlinie: Zum einen werden die genannten Genehmigungen und Anforderungen nur für den grenzüberschreitenden Verkehr für unanwendbar erklärt. Für inländische Dienstleistungsunternehmen gelten dagegen die genannten Vorschriften der GewO weiter. Zum anderen gilt die Nichtanwendung der Vorschriften über das Anzeigerfordernis (§ 14 GewO) und über die Reisegewerbekarte nur für solche Dienstleistungen, die der Dienstleistungsrichtlinie unterfallen (§ 4 Abs. 1 S. 2 GewO neu). Für die von der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommenen Dienstleistungen gelten die genannten Vorschriften weiter.

Das durch diese Umsetzungstechnik entstehende Problem der Inländerdiskriminierung hält die Bundesregierung für gering, da die ausländischen Dienstleister den Genehmigungsanforderungen in ihrem Heimatstaat unterworfen seien, die oft strenger seien als die deutschen Anforderungen.¹⁰⁷

105 Art. 17 DLRL nimmt eine Reihe von Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des Art. 16 DLRL aus. Dazu zählen u.a. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Leistungen der Daseinsvorsorge) wie Postdienstleistungen, Energie- und Wasserversorgung und Abwasser- und Abfallentsorgung, s. Art. 17 Ziff. 1 DLRL.

106 Siehe z. B. *OVG Hamburg*, NVwZ-RR 2007, 170, welches das Erfordernis einer Reisegewerbekarte für eine britische Dienstleistungserbringerin europarechtlich nicht problematisierte.

107 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften, BR-Drs. 284/09 vom 3.4.2009, S. 19.

Diese pauschale Betrachtung erscheint allerdings fraglich. Die zunehmende Bedeutung des Problems der Inländerdiskriminierung in der europäischen Wirklichkeit¹⁰⁸ hätte eine differenziertere gesetzgeberische Lösung verlangt.

Das DLRL-Umsetzungsgesetz sieht schließlich noch eine Ausnahme von § 4 Abs. 1 GewO neu vor, wenn die Dienstleistungsfreiheit missbräuchlich ausgeübt wird, um nationale Vorschriften zu umgehen (§ 4 Abs. 2 GewO neu). Eine Umgehung liegt insbesondere vor, wenn ein Gewerbetreibender von einem anderen Mitgliedstaat aus ganz oder überwiegend in Deutschland tätig wird und sich so den Vorschriften des Gewerberechts, die für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung nicht mehr gelten, entziehen will. Mit dieser Vorschrift soll eine in der Rechtsprechung des EuGH vorgesehene Möglichkeit der Einschränkung des EG-Rechts ausgenutzt werden.¹⁰⁹ Bei ihrer Anwendung ist zu berücksichtigen, dass das grenzüberschreitende Angebot von Dienstleistungen auch gerade Ausdruck der Grundfreiheiten ist und eine Beschränkung daher dem Ziel dieser widerspricht.¹¹⁰ Insofern ist die Ausnahme eng auszulegen.

V. Zusammenfassung und Bewertung

Fasst man die vorstehenden Überlegungen zu den Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie an das Genehmigungsrecht zusammen, lässt sich folgendes festhalten: Grundsätzlich stellen die meisten materiellen Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie eine Kodifikation der Rechtsprechung des EuGH bzw. eine moderate Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung dar. Dies gilt insbesondere für die Anforderungen der Art. 9, 10 und 12 DLRL und mit Einschränkungen auch für Art. 11 DLRL. Dagegen sind einige der konkreten Anforderungen an das Genehmigungsverfahren, insbesondere das Erfordernis einer vorab festzulegenden Frist (Art. 13 Abs. 3 DLRL) und die Genehmigungsfiktion gem. Art. 13 Abs. 4 DLRL Vorgaben, die sich nicht aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben und die insoweit als Innovation des Gemeinschaftsgesetzgebers angesehen werden können. Sie bedeuten allerdings auch keine Abweichung von der Rechtsprechung, da sich der EuGH mit den entsprechenden Fragen noch nicht befasst hat. Dies gilt nicht für einige Beschränkungen der Eingriffsmöglichkeiten in die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 16 DLRL. So werden die möglichen Rechtfertigungsgründe gem. Art. 16 Abs. 1 DLRL gegenüber der erheblich weite-

108 Dazu ausführlich *Andreas Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008.

109 BR-Drs. 284/09 (Fn. 107), S. 23 f.

110 EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155, Rn. 137 = NJW 2003, 3331 = EuZW 2003, 687.

ren Liste des EuGH auf vier öffentliche Ziele reduziert. Weiterhin werden Genehmigungsvoraussetzungen im Anwendungsbereich des freien Dienstleistungsverkehrs für unzulässig erklärt, was ebenfalls von der bisherigen Rechtsprechung abweicht.

Für das deutsche Recht ergibt sich aus den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie ein nicht unerheblicher Anpassungs- und Umsetzungsbedarf. Dies gilt vor allem für den Grundsatz der bundesweiten Geltung von Genehmigungen, der das Landesverwaltungsverfahrenrecht vor Herausforderungen stellt, für die es bislang noch keine Leitbilder im deutschen Verwaltungsrecht gibt. Auch die Vorgaben der Genehmigungsfrist und der Genehmigungsfiktion erfordern Änderungen des deutschen Rechts. Durch die Einführung von § 42a VwVfG ist diesbezüglich die Rechtsfolgenseite der Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie umgesetzt worden. Tatbestandsvoraussetzungen wurden nunmehr durch das DLRL-Umsetzungsgesetz geschaffen. Auch die Genehmigungsfreiheit von Tätigkeiten, die im Wege der Dienstleistungsfreiheit ausgeübt werden, machte eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen erforderlich (§ 4 Abs. 1 GewO neu). Im Ergebnis zeigt sich, dass die Dienstleistungsrichtlinie das deutsche Verwaltungsrecht und die Verwaltungspraxis nicht nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht vor große Herausforderungen stellt. Auch die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie für das Genehmigungsrecht werden in den kommenden Jahren von erheblichem Einfluss sein.

Prof. Dr. Markus Krajewski ist Juniorprofessor für Öffentliches und Europäisches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht (z. Zt. beurlaubt), Mitarbeiter im Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen.

