

## **Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Rechtsordnungen Deutschlands und Italiens - Tagungsprotokoll**

**Aqilah Sandhu**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Sandhu, Aqilah. 2012. "Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Rechtsordnungen Deutschlands und Italiens - Tagungsprotokoll." In Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie und ihre Auswirkungen auf die Rechtsordnungen Deutschlands und Italiens = The European Service Directive - impacts on the Italian and German legal orders, edited by Matthias Rossi, 113-18. Baden-Baden: Nomos.

### **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under the following conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publizieren/>



## Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Rechtsordnungen Deutschlands und Italiens – Tagungsprotokoll

*Stud. Iur. Aqilah Sandhu*

Bis zum 28.12.2009 hatten die Mitgliedstaaten Zeit, die Dienstleistungsrichtlinie (RL 123/2006/EG) in nationales Recht umzusetzen. Die Implementierung in die nationalen Rechtsordnungen stellte die Gesetzgeber Italiens und Deutschlands vor unterschiedliche Herausforderungen. Am 29.07.2011 lud die juristische Fakultät der Universität Augsburg unter Förderung des Deutschen Akademischen Auslandsdienstes (DAAD) italienische und deutsche Juristen aus Wissenschaft und Praxis zur Diskussion der "Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Rechtsordnungen Deutschlands und Italiens" ein. Gastgeber des internationalen englischsprachigen Symposiums war Prof. Dr. Matthias Rossi, Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Gesetzgebungslehre an der juristischen Fakultät der Universität Augsburg. Das Symposium sollte Licht auf die mit der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie verbundenen verwaltungs-, verfassungs- aber auch zivilrechtlichen Fragestellungen in beiden EU-Mitgliedstaaten werfen.

Eröffnet wurde die Tagung durch den einleitenden Vortrag von Isabella Risini. Sie referierte über die Änderungen im Allgemeinen Verwaltungsrecht in Italien und in Deutschland, mit einem speziellen Fokus auf den Genehmigungsfiktionen, die Artikel 13 der Richtlinie vorsieht. In Deutschland erfolgte die Umsetzung die Einfügung des § 42a VwVfG durch das 4. Gesetz zur Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Die Genehmigungsfiktion, so Risini, ersetze das eigentlich vorgesehene Genehmigungsverfahren, falls die Behörde nicht innerhalb einer vorab festgelegten Frist entscheidet. Problematisch sei dies jedoch vor allem im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 3 GG, da ein Einzelfall per Gesetz entschieden wird. Risini differenzierte weiter – § 42a VwVfG ist nur anwendbar, wenn das Fachrecht dies vorsieht. Die in der neuen Vorschrift vorgesehene Drei-Monats Frist entfalte insoweit nur eine Signalwirkung, und kann ebenfalls vom Fachrecht modifiziert werden.

In Italien ist das Verwaltungsverfahren im Gesetz vom 7. August 1990, Nr. 241 (Gesetz 241/1990) kodifiziert. Dieses Gesetz, das mit dem deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz vergleichbar ist, enthielt das Konzept der Genehmigungsfunktion in Form der „*silenzio assenso*“ (fingierte Genehmigung) und der *d.i.a* („*dichiarazione di inizio attività*“, Anzeige einer Gewerbeaufnahme) bereits vor Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie. Vor diesem Hintergrund stellte

Risini fest, dass in Italien die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie durch das Dekret Nr. 59/2010 vom 8.5.2010 zu geringen Modifikationen im allgemeinen Verwaltungsrecht führte, während in Deutschland das Konzept der Genehmigungsfiktion grundlegende Veränderungen in Form von textuellen Anpassungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach sich zog.

Gegenstand der anschließenden Diskussion war vor allem die Rechtsnatur der Genehmigungsfiktion. Risini betonte, dass die Fiktion keine Rechtsfigur sui generis sei. Zwar ersetzt die Fiktion das gesamte Verfahren, was die Anwendung von §§ 45 und 46 VwVfG ausschließt. Im Übrigen werde die Fiktion jedoch wie ein normaler Verwaltungsakt behandelt und kann dementsprechend auch von der Behörde unter den Voraussetzungen von § 48 VwVfG zurückgenommen werden.

Prof. Claudio Mignone widmete sich der Verwaltungsvereinfachung in Italien im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie. Grundsätzlich stelle der Ersatz der Beantragung eines Verwaltungsakts mit der schlichten Anmeldung der Tätigkeit bei der Behörde (kurz: d.i.a., nunmehr s.c.i.a.) eine Verfahrensvereinfachung dar. Diese Vereinfachung, so Mignone, habe letztendlich jedoch mehr Vorteile für die Behörde als für den Dienstleistungserbringer zur Folge. Schließlich träfen Dienstleister nunmehr erhöhte Anzeige- und Informationspflichten. Mignone sprach sich angesichts dessen für ein Wahlrecht des Bürgers zwischen dem alten, komplexen und dem neuen, vereinfachten Verfahren aus. Ob nunmehr die schlichte Anmeldung ausreicht oder alternativ ein Verwaltungsakt beantragt werden kann, ist in Italien mitunter lebhaft umstritten. Vorteil der alten Regelung sei vor allem der Aspekt der Rechtssicherheit, schließlich seien bei der fingierten Genehmigung nachträgliche Sanktionen nicht ausgeschlossen. Schon vor Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie enthielt das italienische Gesetz Nr. 241/1990 (VwVfG) Möglichkeiten der Verwaltungsvereinfachung, wie beispielsweise die elektronische Verfahrensabwicklung, die Selbstauskunft oder die in Art. 6 ff. DL-RL vorgesehene Einrichtung einer einheitlichen Anlaufstelle. Die verspätete Implementierung der Dienstleistungsrichtlinie in Italien, so Mignone, sei wohl unter anderem darauf zurückzuführen, dass das Genehmigungsverfahren in Italien schon früh durch verschiedene Regelungen erheblich vereinfacht worden war.

Die Auswirkungen auf deutsch-italienische Privatrechtsbeziehungen beleuchtete Prof. Dr. Peter Kindler in seinem Vortrag. Die Dienstleistungsrichtlinie enthält keine Kollisionsnormen und verweist im Falle von Vertragsbeziehungen zwischen Dienstleister und Kunde in Erwägungsgrund Nr. 90 und in Art. 3 Abs. 2, Art. 17 Nr. 15 i.V.m. Art. 16 DL-RL auf die Regeln des Internationalen Privatrechts. Es scheine, so Kindler, als berühre sie das Internationale Privatrecht nicht. Im Falle grenzüberschreitender Dienstleistungsverträge gelten dementsprechend die Kollisionsregeln der Rom I-VO und Rom II-VO. Bei genauerer

Betrachtung der in Art. 22 DL-RL (umgesetzt in § 2 DL-InfoV) auferlegten Informationspflichten, ergebe sich jedoch ein anderes Bild. Kindler stellte exemplarisch dar, inwiefern es durch die Dienstleistungsrichtlinie zu Konflikten innerhalb des EU-Rechts kommen könne. So stelle eine nach Art. 3 Abs. 1 ROM-I-VO gültige Rechtswahlklausel bei gleichzeitigem Verstoß gegen eine der in Art. 22 DL-RL (im Falle eines deutschen Dienstleisters, der in Italien tätig wird § 2 DL-InfoV) vorgeschriebenen Informationspflichten eine zu sanktionierende Ordnungswidrigkeit nach § 6 DL-InfoV dar. Dasselbe gelte für eine nach Art. 23 Brüssel I-VO rechtmäßige Gerichtsstandsvereinbarung. Weist der Dienstleister auf diese entgegen Art. 22 Nr. 1 g) DL-RL (§ 2 Nr. 8 DL-InfoV) nicht bei Vertragsschluss hin, so ist die grundsätzlich gültige Gerichtsstandsvereinbarung dennoch (europa-)rechtswidrig. Kindler führt zur Verdeutlichung ferner das Beispiel eines deutschen Kaufmanns auf, der ohne vorherige Preisvereinbarung in Italien für seine Dienstleistung Bezahlung verlangt. Während dies nach dem gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO einschlägigen deutschen Handelsrecht laut § 354 Abs. 1 HGB problemlos möglich ist, stelle es nach Art. 22 Nr. 1 i) DL-RL (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 DL-InfoV) eine Informationspflichtverletzung und damit eine Ordnungswidrigkeit dar. So sanktioniere eine EU-Verordnung eben dies, was durch eine andere EU-Verordnung gestattet werde. Solche Widersprüche innerhalb des EU-Rechts seien, so Kindler, „beängstigend“. Dass die Ausübung der durch EU-Verordnungen ermöglichten freien Rechtswahl und der freien Wahl des Gerichtsstands durch die in der Dienstleistungsrichtlinie aufgebürdeten Informationspflichten sanktioniert werde, stelle einen eklatanten Widerspruch dar, der nur gelöst werden könne, wenn die in Art. 22 DL-RL auferlegten Informationspflichten nicht als Gültigkeitsvoraussetzungen solcher Klauseln interpretiert würden.

Anschließend wurde in der Diskussion kritisiert, dass in Art. 22 Abs. 5 der Richtlinie dem Wortlaut nach bewusst zusätzliche Informationspflichten zu den bisher in den nationalen Rechtsordnungen bestehenden auferlegt wurden. Entgegen der Zielsetzung der Richtlinie, den Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt zu beschleunigen und zu vereinfachen, stellen die erhöhten Informationspflichten möglicherweise eher zusätzliche Hindernisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr dar.

Anschließend referierte Prof. Vera Parisio über die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das italienische Verwaltungsverfahren, vor allem im Hinblick auf die Genehmigungsfiktion. Vereinfachte Genehmigungsmöglichkeiten, wie das Instrument der d.i.a. („dichiarazione di inizio attività“) und die stillschweigende Zustimmung („silenzio assenso“), bestanden schon vor Umsetzung der Richtlinie. Bei der d.i.a. beschränkt sich die Behörde auf eine ex-post Kontrolle innerhalb von 30 Tagen, nachdem der Dienstleister mit seiner Aktivität begonnen hat. Die explizite Erteilung der Genehmigung entfällt, der Behörde bleibt lediglich die Rücknahme im Falle der Rechtswidrigkeit innerhalb der Frist. Im

Jahr 2010 wurde dieses Instrument im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie durch die s.c.i.a. („segnalazione certificata di inizio attività“) ersetzt. Nunmehr tritt die Genehmigungsfiktion nicht erst nach Ablauf der 30-Tage Frist ein, sondern unmittelbar mit Einreichung des Antrags bei der Behörde. Eine rückwirkende Untersagung ist nur noch im Falle drohender schwerer Schäden für das öffentliche Interesse möglich. Inwiefern Rechtsschutz gegen s.c.i.a. möglich ist, war angesichts der unklaren Rechtsnatur der d.i.a./s.c.i.a. bisher weitgehend umstritten. Die Aktualität der Thematik zeigte sich einmal mehr, als am 29.7.2011, dem Tag des Symposiums, der Consiglio di Stato ein klärendes Grundsatzurteil in dieser Sache fällte. Die d.i.a./s.c.i.a. ist demnach kein Verwaltungsakt im Sinne einer stillschweigenden Genehmigung, sondern eine schlichte Tätigkeitsanmeldung, die folglich auch nicht vor Gericht angreifbar ist. Mit der neuen Vereinfachung werde dem Drittschutz damit kaum Rechnung getragen, weshalb, so Parisio, der klassische Verwaltungsakt in Form der stillschweigenden Zustimmung im Sinne der Rechtssicherheit vorzugswürdig sei.

Christian Hufen widmete sich in seinem Vortrag speziell der Umsetzung der in Art. 13 Abs. 4 DL-RL vorgegebenen Genehmigungsfiktion im deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz. Dabei wurde in der Umsetzung in § 42a VwVfG das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Während die Dienstleistungsrichtlinie stets die Genehmigungsfiktion anordnet und nur im Falle zwingender Gründe des Allgemeinwohls oder berechtigter Interessen Dritter eine Ausnahme vorsieht, regelt § 42a VwVfG, dass die Genehmigungsfiktion nur in im Fachrecht normierten Ausnahmefällen erteilt wird. Eine europarechtskonforme Umsetzung setze dann jedoch voraus, dass die Genehmigungsfunktion für alle Fälle, in denen keine zwingenden Gründe vorliegen, in speziellen Rechtsvorschriften geregelt wird. Da es jedoch zweifelhaft sei, dass immer dann, wenn gesetzlich keine Genehmigungsfunktion angeordnet ist, automatisch zwingende Gründe des Allgemeininteresses bedacht worden seien, sei immer kritisch zu hinterfragen, ob eine korrekte Umsetzung der Richtlinie durchgeführt worden sei. Die Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses erfordere es, dass das Screening des vorhandenen Normenbestandes besonders sorgfältig vorzunehmen sei. Im Fall der unzureichenden Umsetzung sei es möglich, Art. 13 Abs. 4 der Dienstleistungsrichtlinie direkt anzuwenden, obwohl Zweifel an der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit der Norm geäußert würden. Ferner sei die Rücknahme einer Genehmigungsfiktion angesichts des europarechtlichen Hintergrunds nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich. Sowohl die Interessen des Dienstleisters, als auch zwingende Gründe des Allgemeinwohls, sowie die Zielsetzung der Richtlinie seien nunmehr zu berücksichtigen. Hufen konstatierte, dass es bezüglich des Wegfalls des eigentlichen Verwaltungsverfahrens Bedenken bezüglich einer Außerachtlassung von Rechtspositionen bei der Genehmigungsfiktion gebe und die Behörden sehr verantwortungsvoll mit diesem neuen Instrument umge-

hen müssten. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Genehmigungsfiktion seien jedoch auch gewährleistet.

Anschließend referierte Dr. Paolo Pasqualis über die Dienstleistungsrichtlinie und den Notarberuf in Italien. Nach dem Wortlaut der Dienstleistungsrichtlinie in Art. 2 Abs. 2 lit. 1) ist die Tätigkeit des Notars aus ihrem Anwendungsbereich explizit ausgenommen. Grund dafür sei die besondere Stellung der Notare als unabhängige Träger eines öffentlichen, mit hoheitlichen Funktionen ausgestatteten Amtes. Ausbildung und Aufgaben sind in den Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt. Es bestehen jedoch europaweit Gemeinsamkeiten, beispielsweise darin, dass Notare Rechtsgeschäfte beurkunden und beglaubigen und öffentliche Ämter bekleiden. Die rechtliche Wirkung notarieller Urkunden unterscheide sich jedoch in den Mitgliedstaaten, so dass die Gleichwertigkeit der Beweiskraft und Vollstreckbarkeit von Urkunden innerhalb der EU zweifelhaft sei. Die rechtliche Ausgestaltung des Notarberufs sei deshalb, vor allem auch mit Hinblick auf Tätigkeiten, die in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgen, den nationalen Gesetzgebern vorzubehalten. Pasqualis forderte allerdings bei der gegenseitigen Anerkennung notarieller Beurkundungen mehr Harmonisierung zwischen den Mitgliedstaaten. Die mangelhafte Kooperationsbereitschaft einiger Mitgliedstaaten bei der europaweiten Angleichung des Notarrechts sei zu Recht durch den EuGH gerügt worden. Dieser entschied in seinem Urteil vom 24.5.2011, dass das Staatsangehörigkeitserfordernis für die Zulassung zum Notarberuf u.a. in Deutschland gegen Art. 49 AEUV verstoße. Italien hingegen, so Pasqualis, habe sich schon früh um Harmonisierung bemüht, indem es im Jahr 2003 den Notarberuf allen EU-Bürger zugänglich machte. Langfristig seien die gegenseitige Anerkennung notarieller Urkunden und die Vereinfachung der Zulassung für Unionsbürger, beispielsweise durch notarielle Fachprüfungen, innerhalb der EU wünschenswert.

Der Vortrag von Prof. Dr. Matthias Rossi über die Informationspflichten nach der Dienstleistungsrichtlinie rundete das Symposium ab. In Deutschland wurden die Informationspflichten aus Art. 22 DL-RL in der Dienstleistungs- Informationspflichten-Verordnung vom 12.3.2010 (DL-InfoV) umgesetzt. Rossi stellte in Frage, ob durch Informationspflichten tatsächlich bessere Qualität von Dienstleistungen garantiert werden könne. Zur Nachvollziehung der Zweckhaftigkeit der Informationspflichten in Art. 22 der Dienstleistungsrichtlinie rekurrierte Rossi auf die „Market of lemons“ Theorie (Saure-Gurken-Theorie) des Ökonomen George Akerlof. Demnach haben Anbieter höherwertiger Produkte auf dem freien Markt aufgrund einer Informationsasymmetrie mehr Schwierigkeiten beim Absatz, als Anbieter minderwertiger Produkte, da der Käufer über die Qualität unzulänglich informiert sei und damit die Preisbildung nicht nachvollziehen könne. Erforderlich sei deshalb zum Ausgleich dieser Asymmetrien eine neue Institutionsökonomik durch Information. Ob dieses Modell, das ur-

sprünglich für Waren konzipiert wurde, auch auf Dienstleistungen übertragbar sei, könne jedoch bezweifelt werden. Schließlich sei die Qualität einer Dienstleistung nur individuell bestimmbar und nicht nur von der Erfüllung formaler Informationspflichten abhängig. Die erhöhten Informationspflichten seien wohl vielmehr als Ausgleich für die nunmehr entfallenden behördlichen ex-post Kontrollen konzipiert. Während sich Behörden ihrer Kontrollpflicht entledigen, trifft Dienstleistungserbringer zum Schutze des Bürgers erhöhter Aufwand. Dies sei wohl, so Rossi, unter anderem auf das wandelnde Verbraucherbild zurückzuführen: Ging die EU früher noch von dem Leitbild des mündigen, informierten Verbrauchers aus, dominiere heute eher das paternalistische Bild vom schutzwürdigen Verbraucher.

