

KONRAD ASEMISSEN

Berufsanerkennung und Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt

Jus Internationale et Europaeum

84

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

84



Konrad Asemissen

Berufsanerkennung und Dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt

Die EU-Richtlinien aus der Perspektive der
Methodik der Rechtsangleichung und des
Wettbewerbs der Rechtsordnungen

Mohr Siebeck

Konrad Asemissen, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft in Bayreuth, Genf und Münster, 2013 Promotion; seit Februar 2012 Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-153155-2

ISBN 978-3-16-153044-9

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand August 2012.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Winfried Kluth für die vorbehaltlose Betreuung der Arbeit sowie die Unterstützung in Gesprächen und Kolloquien. Die im Rahmen der Betreuung gewährte Freiheit sowie seine inhaltliche Offenheit haben manche Entscheidungen schwer werden lassen, waren schließlich jedoch entscheidend für die Ergebnisse der Arbeit und die Lehren, die ich aus ihr gezogen habe. Herrn Professor Dr. Christian Tietje LL.M. danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und das Interesse an meiner Arbeit.

Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Jus Internationale et Europaeum“ bin ich den Herausgebern Herrn Professor Dr. Thilo Marauhn und Herrn Professor Dr. Christian Walter sehr verbunden.

Von Herzen danke ich meinen Eltern Marie-Luise und Hans-Jochen Asemissen für die bedingungslose und vielfältige Unterstützung meiner Ausbildung. Sie haben mich in dem Entschluss, diese Doktorarbeit zu schreiben, bestärkt und die Entstehung der Arbeit stets mit Interesse begleitet. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Schließlich danke ich Herrn Staatssekretär a.D. Dieter Schubmann-Wagner für die hilfreiche Durchsicht der Arbeit.

Rabat im Oktober 2013

Konrad Asemissen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Einleitung	1
<i>A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung</i>	1
<i>B. Gang der Untersuchung</i>	5
Kapitel 1: Die Systematik der Rechtsangleichung	6
<i>A. Grundlagen der Rechtsangleichung</i>	6
I. Begriff und Funktion der Rechtsangleichung	8
1. Synonyme und Abgrenzung	8
2. Positive und negative Integration	10
3. Binnenmarktfinalität der Rechtsangleichung	11
II. Historische Entwicklung	13
1. Von der Gründung der EWG 1958 bis zu den Beitritten im Jahre 1972	14
2. Von 1972 bis zur Einheitlichen Europäischen Akte 1987	14
3. Von 1987 bis zum Vertrag von Lissabon 2009	18
III. Rechtsgrundlagen der Rechtsangleichung	19
1. Allgemeine Rechtsangleichungskompetenzen, Art. 114–118 AEUV	19
2. Sachbereichsbezogene Rechtsangleichungskompetenzen	20
IV. Instrumente der Rechtsangleichung	23
V. Grenzen der Rechtsangleichung	26
1. Die Schrankentrias des Art. 5 EUV	26
a) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	27
b) Subsidiaritätsprinzip	28
c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	30

2. Bindung an die Grundfreiheiten	33
3. Bindung an die Grundrechte	35
4. Allgemeine Bindung an das Primärrecht	38
<i>B. Die Methodik der Rechtsangleichung</i>	<i>38</i>
I. Formen der Rechtsangleichung	39
1. Vollständige Harmonisierung	41
2. Teilweise Harmonisierung	42
a) Mindestharmonisierung	42
b) Optionelle Harmonisierung	46
II. Regulierungsprinzipien	46
1. Das Binnenmarktziel als Vorgabe für ein europäisches Marktordnungsrecht	47
2. Die Grundfreiheiten als Quelle für ein europäisches Marktordnungsrecht	51
3. Die einzelnen Prinzipien zur Ordnung des grenzüberschreitenden Verkehrs	53
a) Das Bestimmungslandprinzip	53
b) Das Herkunftslandprinzip	55
aa) Ursprung und Entwicklung im Primärrecht	55
(1) Rechtsprechung des EuGH als Ausgangspunkt	56
(2) Einschränkung durch die Keck-Rechtsprechung	58
(a) Unterscheidung verschiedener Typen mitgliedstaatlicher Regulierung	59
(b) Verallgemeinerung durch Differenzierung zwischen Marktzugangs- und Marktverhaltensregelungen	61
(3) Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf die Dienstleistungsfreiheit	62
(4) Begrenzung des Herkunftslandprinzips auf den Marktzugang	65
bb) Normierung des Herkunftslandprinzips im Sekundärrecht .	66
cc) Herkunftslandprinzip als konkrete Regel oder leitendes Prinzip für die Rechtsanwendung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr?	67
c) Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	71
aa) Herleitung und Aussage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung	72
bb) Abgrenzung zum Herkunftslandprinzip	77
cc) Rechtspraktische Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung	79

III. Die „Neue Strategie“ der Rechtsangleichung	81
1. Inhalt des Modells	81
2. Bewertung	84
 Kapitel 2: Ordnungsmerkmale des Europäischen Binnenmarktes	86
<i>A. Wettbewerb der Rechtsordnungen</i>	87
I. Begrifflichkeit	87
II. Das ökonomische Modell des institutionellen Wettbewerbs	88
1. Funktionsmechanismus des institutionellen Wettbewerbs	90
2. Theoretische Grundlagen	92
3. Chancen und Risiken des institutionellen Wettbewerbs	94
a) Vereinheitlichung durch Anpassung oder Unterbietungswettbewerb?	94
b) Das Problem externer Effekte	97
c) Transaktionskosten	98
d) Kontrollfunktion	98
III. Verwirklichung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen in der EU ..	99
1. Das Unionsrecht als Metarechtsordnung	101
2. Verwirklichung durch die „Neue Strategie“	104
IV. Zusammenfassung: Wettbewerb der Rechtsordnungen als Integrationsstrategie	106
 <i>B. Inländerdiskriminierung auf den nationalen Teilmärkten</i>	108
I. Begrifflichkeit	110
II. Inländerdiskriminierung im Kontext der Wirkung der Grundfreiheiten	112
1. Entstehung von Inländerdiskriminierungen	112
2. Unionsrechtliche Lösungsansätze	114
a) Geltung der Grundfreiheiten für inländische Sachverhalte	114
b) Allgemeines Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV	117
c) Schutz durch Unionsgrundrechte	118
3. Lösung durch das nationale Verfassungsrecht	120
a) Freiheitsrechtliche Lösung anhand der Berufsfreiheit	121
aa) Klassischer Prüfungsrahmen des Art. 12 I GG	121
bb) Auswirkungen der Inländerdiskriminierung auf die Rechtfertigungsmöglichkeit nationaler Beschränkungen	122
b) Gleichheitsrechtliche Lösung, Art. 3 I GG	126
aa) Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes	126
bb) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	130

c) Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung	132
aa) BVerfG 1976 und 1992 zum Nachtbackverbot	132
bb) BVerwG 2005 zum Reinheitsgebot	133
cc) BVerfG 2005 zum Großen Befähigungsnachweis im Handwerk	134
dd) BVerwG 2011 zum Großen Befähigungsnachweis im Handwerk	136
4. Zusammenfassung und Bewertung	139
III. Einordnung in den methodischen Zusammenhang	142
1. Inländerdiskriminierung im Kontext sich wandelnder Integrationskonzepte	143
2. Konsequenzen für die rechtliche Bewertung	145
 Kapitel 3: Dienstleistungen als Regelungsobjekt im Binnenmarkt	149
A. Die Gewährleistung der Grundfreiheiten	149
I. Die Niederlassungsfreiheit	149
1. Begriff der Niederlassung	150
2. Entwicklung der Niederlassungsfreiheit	150
3. Beschränkungsmöglichkeiten der Niederlassungsfreiheit	152
II. Die Dienstleistungsfreiheit	153
1. Begriff der Dienstleistung	154
2. Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit	156
3. Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit	157
4. Beschränkungsmöglichkeiten der Dienstleistungsfreiheit	159
III. Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	159
B. Wirtschaftspolitischer Hintergrund der Richtlinien	161
 Kapitel 4: Die Berufsanererkennungs- und die Dienstleistungsrichtlinie	164
A. Die Berufsanererkennungsrichtlinie	164
I. Zielsetzung und Entstehungshintergrund	165
II. Rechtssetzungsverfahren	166
III. Anwendungsbereich	168
IV. Differenzierung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit	170
V. Regelungen der Richtlinie im Einzelnen	171

1. Die Wirkung der Anerkennung, Art. 4 BARL	172
a) Regulatorischer Ansatz des Art. 4 I BARL	172
b) Vergleichbarkeit im Sinne des Art. 4 II BARL	172
aa) Gegenstand der Vergleichbarkeit	173
bb) Maßstab der Vergleichbarkeit	175
cc) Bewertung	177
2. Regelung des Marktzugangs für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit	178
a) Die Grundregel des Art. 5 I BARL	179
b) Implizite Beschränkungsmöglichkeit	180
c) Bewertung	181
3. Regelung des Marktzugangs für den Bereich der Niederlassungsfreiheit	182
a) Anerkennung auf der Grundlage koordinierter Mindestanforderungen an die Ausbildung	183
b) Anerkennung auf der Grundlage der Berufserfahrung	184
c) Allgemeine Regelung für die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen	186
aa) Die Qualifikationsniveaus des Art. 11 BARL als Grundlage der Anerkennung	187
bb) Anerkennungsmechanismus des Art. 13 BARL	187
cc) Möglichkeit von Ausgleichsmaßnahmen nach Art. 14 BARL	188
dd) Problem der Weite der negativen Abweichung des Qualifikationsniveaus	189
ee) Bewertung	190
d) Veranlagung zur Inländerdiskriminierung	192
4. Regelungen des Marktverhaltens	195
a) Weitgehendes Bestimmungslandprinzip im Bereich der Dienstleistungsfreiheit	195
aa) Anwendbare Berufsregeln gem. Art. 5 III BARL	195
(1) Regulatorischer Ansatz und sachliche Weite des Art. 5 III	196
(2) Disziplinarvorschriften	200
bb) Ausnahmen der Art. 6 und 7 BARL zur Marktüberwachung	201
cc) Informationspflichten nach Art. 9 BARL	204
b) Uneingeschränktes Bestimmungslandprinzip im Bereich der Niederlassungsfreiheit	204
c) Materielle Vorschriften zur Berufsausübung	204
d) Veranlagung zur Inländerdiskriminierung	205
5. Vorschriften zum Verwaltungsverfahren	205

VI. Zusammenfassung	206
<i>B. Die Dienstleistungsrichtlinie</i>	209
I. Zielsetzung und Entstehungshintergrund	209
II. Rechtssetzungsverfahren	211
1. Die öffentliche Debatte um den ersten Entwurf	211
2. Das Herkunftslandprinzip im ursprünglichen Entwurf	212
3. Korrekturen und Verabschiedung der endgültigen Fassung	214
III. Anwendungsbereich	215
1. Tatbestandsmerkmale des Art. 2 I DLRL	215
2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich	217
a) Ausgenommene Tätigkeiten	217
b) Ausgenommene Rechtsfragen	218
c) Verhältnis zu anderen Rechtsakten	219
3. Anwendung auf inländische Sachverhalte	221
a) Grammatische Auslegung	223
b) Historische Auslegung	223
c) Systematische Auslegung	225
aa) Weitere Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie	225
bb) Primärrechtlicher Rahmen der Richtlinie	226
d) Teleologische Auslegung	226
aa) Ziele der Richtlinie und der Verträge	227
bb) Rechtsgrundlage Art. 53 AEUV	230
(1) Grammatische Auslegung des Art. 53 I AEUV	231
(2) Historische Auslegung des Art. 53 I AEUV	232
(3) Systematische Auslegung des Art. 53 I AEUV	233
(4) Teleologische Auslegung des Art. 53 I AEUV	235
(5) Zusammenfassung	240
cc) Methodischer Ansatz der Richtlinie	241
e) Zwischenergebnis	243
IV. Die Regelungen im Einzelnen	243
1. Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit	244
a) Anwendungsbereich	244
b) Regulatorischer Ansatz	247
c) Rechtfertigungsmöglichkeit für mitgliedstaatliche Anforderungen	251
d) Maßstab der Verhältnismäßigkeit	252
e) Veranlagung zur Inländerdiskriminierung	255
2. Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit	256
a) Anwendungsbereich	257
b) Die Freiheit der Dienstleistungserbringer	257

aa) Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 16 I und III DLRL	258
(1) Die zulässigen Rechtfertigungsgründe	259
(2) Unterschiede zum Primärrecht und zur Rechtsprechung des EuGH	261
bb) „Schwarze Liste“ des Art. 16 II DLRL	264
cc) Maßnahmen im Einzelfall gem. Art. 18 DLRL	265
dd) Verwirklichter regulatorischer Ansatz	266
ee) Bewertung	269
c) Die Rechte der Dienstleistungsempfänger	270
d) Veranlagung zur Inländerdiskriminierung	272
3. Vorgaben für das Verwaltungsverfahren	273
a) Anwendungsbereich	274
b) Überwachungsverantwortung des Aufnahmemitgliedstaats	279
c) Regulatorischer Ansatz: Unionsrechtliches Verwaltungsverfahren zur Erleichterung des Marktzugangs	280
d) Veranlagung zur Inländerdiskriminierung	282
4. Regelungen des Marktverhaltens	283
5. Regelungen zum Inhalt der Dienstleistungserbringung	284
a) Anwendungsbereich und regulatorischer Ansatz	285
b) Informationspflichten, Art. 22 DLRL	286
c) Haftpflichtversicherungen und Sicherheitsleistungen, Art. 23 DLRL	287
d) Kommerzielle Kommunikation und multidisziplinäre Tätigkeiten, Art. 24, 25 DLRL	289
e) Maßnahmen zur Qualitätssicherung, Art. 26 DLRL	292
f) Zusammenfassung und Bewertung	293
6. Evaluation, Screening und Berichtspflichten	294
V. Zusammenfassung	296
1. Regulatorischer Ansatz	297
2. Inländerdiskriminierung	298

Kapitel 5: Gesamtbetrachtung des

Regelungszusammenhang	300
-----------------------------	-----

<i>A. Die Richtlinien als einheitlicher Regelungszusammenhang</i>	<i>300</i>
---	------------

I. Gemeinsamer Anwendungsbereich von Berufsanerkennungs- und Dienstleistungsrichtlinie	301
II. Verhältnis der Richtlinien zueinander	302
1. Grundsätzliche Subsidiarität der Dienstleistungsrichtlinie	302
2. Art. 9 III DLRL für den Bereich der Niederlassungsfreiheit	303

3. Art. 17 Nr. 6 DLRL für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit ..	304
4. Art. 5 IV DLRL bezüglich der Vorlage von Dokumenten	307
5. Art. 15 II DLRL bezüglich Berufsträgervorbehalten	307
6. Geltung der Dienstleistungsrichtlinie für reglementierte Berufe im Übrigen	308
III. Wechselwirkungen zwischen den Richtlinien	309
1. Überprüfung mitgliedstaatlicher Qualifikationserfordernisse durch die Dienstleistungsrichtlinie?	310
a) Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit	311
b) Im Bereich der Niederlassungsfreiheit	312
2. Regelungslücke hinsichtlich Anforderungen für Qualifikationserfordernisse im Bereich der Dienstleistungsfreiheit .	313
a) Qualifikationserfordernisse als einheitliches Merkmal reglementierter Berufe	316
b) Schutz besonderer Allgemeinwohlintereessen durch Qualifikationserfordernisse	317
c) Rechtfertigungsgründe für mitgliedstaatliche Qualifikationserfordernisse im Bereich der Dienstleistungsfreiheit	319
3. Bewertung	320
IV. Kohärenz der Regulierungsmethodik	322
1. Zusammenfassende Gesamtschau der in den Richtlinien verwirklichten Regulierungskonzepte	323
2. Bewertung	325
<i>B. Die Richtlinien und der Wettbewerb der Rechtsordnungen</i>	<i>328</i>
I. Förderung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen durch die Richtlinien	328
II. Verursachung von Inländerdiskriminierungen	331
III. Zusammenfassung	335
 Schluss	 337
<i>A. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen</i>	<i>337</i>
<i>B. Schlussbetrachtung</i>	<i>340</i>

Literaturverzeichnis	343
Sachregister	354

Einleitung

A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die Herstellung eines Binnenmarktes innerhalb der Europäischen Union stand am Anfang der Staatengemeinschaft als Europäische Wirtschaftsgemeinschaft und stellt weiterhin den Kernbereich der Politiken der Europäischen Union (EU) dar. In Anbetracht der Bewältigung der Finanzkrise in Europa und der Sorgen über den Zusammenhalt der Währungsunion droht dieses Betätigungsfeld der EU in den Hintergrund zu geraten. Das Interesse der Bürger an Fragen der Gestaltung des Binnenmarktes scheint ohnehin gering zu sein. Der Mangel einer europäischen Öffentlichkeit zur Begleitung von Rechtssetzungsverfahren wird oft beklagt. Umso bemerkenswerter war und ist es rückblickend immer noch, dass im Jahr 2005 der erste Entwurf einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt¹ eine intensive Diskussion über einen Gesetzgebungsvorschlag auslöste. Die Diskussion entzündete sich maßgeblich an dem Vorschlag der Kommission, mit diesem Sekundärrechtsakt umfassend das Herkunftslandprinzip für die Dienstleistungserbringung im Binnenmarkt einzuführen. Wirtschaftsverbände, Verbraucherschützer und politische Interessenvertreter befürchteten eine Verschlechterung des Qualitätsniveaus, die Gefährdung der Verbraucher und das Absinken von Löhnen und Sozialleistungen. Auch wenn die Diskussion von Missverständnissen geprägt war und dabei generelle Ängste vor der zunehmenden Globalisierung sowie einem übermäßigen Machtzuwachs der Europäischen Union hinein spielten², konzentrierte sich die Diskussion auf den außergewöhnlichen Regulierungsansatz, der mit dem Herkunftslandprinzip verwirklicht werden sollte.

Die Auseinandersetzungen über die Dienstleistungsrichtlinie führten zu einer Verlängerung des Rechtssetzungsverfahrens, so dass der Zusammenhang mit einem zweiten Rechtssetzungsakt verloren ging: Im selben wirt-

¹ Verabschiedet wurde die Richtlinie am 12.12.2006 als Richtlinie 2006/123/EG des europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. v. 27.12.2006, L 376/36, im Folgenden Dienstleistungsrichtlinie (DLRL).

² Die Diskussion über die Dienstleistungsrichtlinie fiel zusammen mit den Überlegungen über eine Verfassung für Europa, die schließlich an den negativen Referenden in zwei Mitgliedstaaten scheiterte.

schaftspolitischen Kontext der Weiterentwicklung des Binnenmarktprogrammes wurde die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen³ verabschiedet. Diese Richtlinie regelt speziell für den Bereich regulierter Berufe die Anerkennung beruflicher Qualifikationen zur Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat und ist daher wie die Dienstleistungsrichtlinie von großer Bedeutung für die Verwirklichung der Verkehrsfreiheiten auf dem Dienstleistungssektor. Beide Richtlinien sind besonders interessant im Hinblick auf die in ihnen verwirklichte Regulierungsmethodik. Dabei weisen sie einerseits Parallelen auf: Sie verfolgen einen horizontalen Ansatz und überschneiden sich daher teilweise in ihren sachlichen Anwendungsbereichen. Andererseits ist der regulatorische Ansatz verschieden: Während die Dienstleistungsrichtlinie Maßstäbe für die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Anforderungen an grenzüberschreitend tätige Dienstleistungserbringer setzt, enthält die Berufsanerkenntnisrichtlinie Vorschriften, die die Erfüllung mitgliedstaatlicher Anforderungen im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr regeln. Es liegt somit auf der Hand, dass die Abgrenzung der Richtlinien voneinander und die Wechselwirkungen untereinander problematisch sind. Die praktische und wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Richtlinien als ganzheitlicher Regelungszusammenhang wurde bislang vernachlässigt.

Die methodischen Besonderheiten der Richtlinien sind Ansatzpunkt für eine umfangreiche Auseinandersetzung mit diesen Rechtsakten in Theorie und Praxis. Die Diskussion um das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie wurde auch deswegen so heftig geführt, da weder in der praktischen Handhabung noch in der theoretischen Aufarbeitung auf eine abstrakte Dogmatik der Methodik der Rechtsangleichung zurückgegriffen werden konnte, die eine entsprechende Einordnung dieses Entwurfs ermöglicht hätte. Im Bereich der Berufsqualifikationen bestanden zwar schon vor der Berufsanerkenntnisrichtlinie konkrete Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung. Die umfassende und allgemeingültige Normierung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung stellt jedoch eine Neuheit dar. Auch die in der öffentlichen Diskussion über die Richtlinien geäußerten Befürchtungen sind in den Konsequenzen der angewandten Regulierungsmethodik begründet: Das Absinken von Dienstleistungsqualität und Sozialstandards ist im Zusammenhang mit der Gefahr eines Unterbietungswettbewerbs im Rahmen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen zu sehen. Die Eröffnung des Marktzugangs für Anbieter wirtschaftlicher Leistungen aus dem europäischen Ausland, die weniger stark reguliert sind, lässt sich als Inländerdiskriminierung darstellen.

³ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.09.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. v. 30.09.2005, L 255/22, im Folgenden Berufsanerkenntnisrichtlinie (BARL).

Die vorliegende Untersuchung setzt an der damaligen Diskussion an, indem sie die Unklarheiten über Ursprung und Auswirkungen des Herkunftslandprinzips beseitigen will, diesen Ansatz in den Kontext anderer Methoden zur Durchsetzung der Verkehrsfreiheiten stellt und die marktordnungsrechtlichen Konsequenzen der verschiedenen Regulierungsprinzipien ermittelt. Dabei soll keine historische Aufarbeitung der geführten Diskussion erfolgen. Vielmehr will die Untersuchung einen Beitrag zur Entwicklung einer allgemeinen Dogmatik der binnenmarktfinalen Rechtsangleichung und der marktordnungsrechtlichen Struktur des Binnenmarktes leisten, da eine entsprechende Abbildung in den europäischen Rechtswissenschaften bisher nur wenig ausgeprägt ist. So sind nicht nur Ursprung, Entwicklung und Aussage der verschiedenen Regulierungsprinzipien – namentlich des Bestimmungslandprinzips, des Herkunftslandprinzips und des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung – unklar, sondern auch die Konsequenzen ihres Einsatzes im Rahmen der strategischen Ausrichtung der Rechtsangleichung. Welche marktordnungsrechtliche Struktur folgt aus der Binnenmarktpolitik und den entsprechenden Maßnahmen der Europäischen Union?

Gegenstand der Untersuchung ist daher auch das ökonomische Modell des Wettbewerbs der Rechtsordnungen als mögliche ordnungsrechtliche Struktur auf dem Binnenmarkt. In einem solchen wettbewerblichen System werden die Unterschiede, die auf den nationalen Teilmärkten zwischen Wirtschaftsleistungen und Wirtschaftssubjekten, die unterschiedlichen Regulierungsregimen unterliegen, bestehen, hingenommen. Diese Unterschiede stellen sich gleichzeitig als Ungleichbehandlungen von grenzüberschreitenden gegenüber inländischen Sachverhalten dar und werden unter dem Begriff der Inländerdiskriminierung diskutiert. Ihre Entstehung sowie die rechtliche Beurteilung durch das Unionsrecht und das nationale Verfassungsrecht müssen folglich ebenfalls im Kontext der Methodik der Rechtsangleichung gesehen werden.

Die Dienstleistungsrichtlinie und die Berufsanerkennungsrichtlinie sind insofern einerseits Anschauungsmaterial für die abstrakte Systematik der Rechtsangleichung. Andererseits ist das Erkenntnisinteresse ganz gezielt auf ihre materiellen Regelungen und ihre Rechtswirkungen für die Dienstleistungserbringung auf dem Binnenmarkt gerichtet. Inzwischen sind die Richtlinien lange in Kraft getreten, ihre Umsetzungsfristen sind bereits abgelaufen. Wenn hier nochmals der Blick auf die einzelnen Vorschriften der Unionsrechtsakte gerichtet wird, so geschieht das, um die in den Regelungen verwirklichte Regulierungsmethodik freizulegen. Dazu werden die konkreten materiellen Regelungsinhalte dargestellt, ausgelegt und diskutiert. Auf dem Weg zu den Zielen dieser Arbeit werden so zugleich Er-

kenntnisse erlangt, die für die Umsetzung der Richtlinien und ihre Geltung in der Praxis von Bedeutung sind.

Die Untersuchung verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele: Erstens will sie beide Richtlinien zusammen als einheitlichen Regelungskomplex untersuchen. Von besonderem Interesse ist dabei, welche Wechselwirkungen zwischen den Richtlinien bestehen und ob sie einen kohärenten, aufeinander abgestimmten, schlüssigen Regelungszusammenhang bilden. Bei der Betrachtung der beiden Richtlinien soll zudem ermittelt werden, welchen regulatorischen Ansatz sie verfolgen und welche Regulierungsprinzipien in ihnen verwirklicht sind. Dadurch soll die ordnungsrechtliche Marktstruktur, die sich aus diesen Sekundärrechtsakten für den Sektor der Dienstleistungswirtschaft ergibt, erkennbar werden. Zweitens soll die Methodik der binnenmarktfinalen Rechtsangleichung allgemein aufgearbeitet und aufbereitet werden. Die Unklarheiten über Aussage und Einordnung der verschiedenen Regulierungsprinzipien müssen beseitigt werden, um einen bewussten Einsatz dieser methodischen Ansätze durch den europäischen Gesetzgeber in Sekundärrechtsakten, die entsprechende Umsetzung durch die Mitgliedstaaten und die differenzierte wissenschaftliche Auseinandersetzung durch die Rechtswissenschaft zu ermöglichen. Neben der Analyse der einzelnen Formen und Prinzipien der Rechtsangleichung ist die von den europäischen Rechtssetzungsorganen verfolgte strategische Ausrichtung, also der Einsatz der regulierungstechnischen Mittel, in die Betrachtung einzubeziehen. Dazu wird das ökonomische Modell des Wettbewerbs der Rechtsordnungen als mögliches Konzept für den Binnenmarkt dargestellt und die Entstehung und die rechtliche Bewertung von Inländerdiskriminierungen auf den nationalen Teilmärkten diskutiert.

Schließlich soll die Spiegelung des Regelungszusammenhangs aus Berufsanerkennungsrichtlinie und Dienstleistungsrichtlinie an der allgemeinen Methodik der Rechtsangleichung zeigen, inwiefern diese Gesetzgebungsprojekte dem strategischen Konzept der Rechtsangleichung entsprechen und einen Wettbewerb der Rechtsordnungen befördern. Auch das in ihnen vorhandene Potential, Inländerdiskriminierungen auf den nationalen Teilmärkten hervorzurufen, soll identifiziert werden.

Die Untersuchung baut demnach eine Brücke zwischen der konkreten Analyse sekundärrechtlicher Vorschriften und der abstrakt-systematischen Aufarbeitung der binnenmarktfinalen Rechtsangleichung. Daher konzentriert sich die Untersuchung der Richtlinien auf ihren regulatorischen Ansatz, so dass materiellrechtliche Details teilweise außer Betracht bleiben. Dies gilt beispielsweise für die Vorschriften zur Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens in der Dienstleistungsrichtlinie. Ebenso erfolgt die Betrachtung der Umsetzung der Richtlinien in den Mitgliedstaaten nur soweit, wie sie zur Auslegung der Richtlinienvorschriften hilfreich ist.

B. Gang der Untersuchung

Der Aufbau der Arbeit orientiert sich an den zwei Schwerpunkten der Untersuchung: Zunächst wird die Methodik der Rechtsangleichung dargestellt, um vor diesem Hintergrund den Regelungszusammenhang der Richtlinien zu untersuchen. Das erste Kapitel enthält die systematische Aufarbeitung und Darstellung der primärrechtlichen Grundlagen (A) und der Methodik der Rechtsangleichung, insbesondere die Analyse der verschiedenen Regulierungsprinzipien (B). Als marktordnungsrechtliche Konsequenzen ihres strategischen Einsatzes wird im zweiten Kapitel auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen und das Phänomen der Inländerdiskriminierungen eingegangen. Auf der Grundlage der ökonomischen Theorie zum Wettbewerb der Rechtsordnungen werden hier die Auswirkungen auf die rechtliche Integration betrachtet (A). Zugleich wird die rechtliche Bewertung von Inländerdiskriminierungen in diesen systematischen Kontext gestellt und die relevante deutsche Rechtsprechung zum öffentlichen Wirtschaftsrecht ausgewertet (B). Das dritte Kapitel bereitet die konkrete Untersuchung der Richtlinien vor, indem dort die grundfreiheitlichen Gewährleistungen von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (A) sowie der wirtschaftspolitische Hintergrund der Richtlinien (B) dargestellt werden. Anschließend werden im vierten Kapitel die Berufsanerkennungsrichtlinie (A) und die Dienstleistungsrichtlinie (B) mit besonderem Augenmerk auf den in ihnen verwirklichten regulatorischen Ansatz und ihr Potential für Inländerdiskriminierungen untersucht. Die Betrachtung der Richtlinien als einheitlicher Regelungszusammenhang erfolgt im fünften Kapitel. In dessen Teil A wird das Verhältnis der Richtlinien zueinander im Einzelnen, insbesondere die Wechselwirkungen zwischen ihnen, analysiert und im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ermittelt, ob der Regelungszusammenhang eine kohärente Struktur im Hinblick auf die verwirklichte Regulierungsmethodik aufweist. Darauf aufbauend wird in Teil B dieses Kapitels, der zugleich das Gesamtergebnis der Untersuchung bildet, diskutiert, inwiefern die Richtlinien geeignet sind, in ihrem Anwendungsbereich den Wettbewerb der Rechtsordnungen auf dem europäischen Binnenmarkt zu fördern. Zusammenfassend werden hier das Potential der Richtlinien, Inländerdiskriminierungen hervorzurufen, dargestellt und die darin liegenden Risiken beurteilt. Im abschließenden Schlusskapitel werden die Ergebnisse der Arbeit in Thesen zusammengefasst bevor eine Schlussbetrachtung erfolgt.

Kapitel 1

Die Systematik der Rechtsangleichung

Als Grundlage für die Untersuchung der Richtlinien und für ihre Einordnung in die Regulierungsmethodik wird zunächst die Systematik der Rechtsangleichung der Europäischen Union aufgearbeitet. Im Rahmen der Grundlagen der Rechtsangleichung (A) ist die Darstellung der historischen Entwicklung der Rechtsangleichungspolitik sowie ihrer rechtlichen Grenzen von besonderer Bedeutung für die weitere Untersuchung, da sie die Einordnung des mit den Richtlinien verfolgten Regulierungskonzeptes ermöglicht. Zudem sind die vertraglichen Grenzen der Rechtsangleichung elementar für den Wettbewerb der Rechtsordnungen auf dem Binnenmarkt. Im Hinblick auf die Methodik der Rechtsangleichung (B) liegt der Schwerpunkt auf der Darstellung der Regulierungsprinzipien. Die systematische Aufarbeitung der Herleitung und Begründung von Herkunftslandprinzip, Bestimmungslandprinzip und dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist erforderlich, um die Umsetzung dieser Regulierungsprinzipien in den Richtlinien identifizieren und beurteilen zu können, sowie ihre Auswirkungen auf die marktordnungsrechtliche Struktur des Binnenmarktes zu analysieren.

A. Grundlagen der Rechtsangleichung

Die Rechtsangleichung auf der Grundlage der europäischen Verträge ist bereits Gegenstand vielfältiger Untersuchungen im wissenschaftlichen Schrifttum¹. Die Auswertung beschränkt sich hier auf die für die Untersu-

¹ Siehe beispielsweise *Bock*, Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt – Zum Umfang der allgemeinen Binnenmarktkompetenz, 2005; *Bruha*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – Deregulierung durch „Neue Strategie“?, *ZaöRV* 1986, S. 1–33; *Calliess*, Der Binnenmarkt, die europäische Kompetenzordnung und das Subsidiaritätsprinzip im Lichte der neuen Europäischen Verfassung, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Peter Fischer, 2004, S. 1–31; *Close*, Harmonisation of laws: use or abuse of the powers under the EEC Treaty?, *ELR* 1978, S. 461; *von Danwitz*, Rechtsetzung und Rechtsangleichung, in: Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, Band I, B. II; *Daumann*, Zur Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen in einem Gemeinsamen Markt, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 1994, S. 281–305; *Dausen*, Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, *EuZW* 1990, S.

chung des Regelungszusammenhangs relevanten Fragestellungen, insbesondere Aspekte der Regulierungsmethodik. Im Folgenden werden Begriff und Funktion (I), die historischen Grundlagen (II), die Rechtssetzungskompetenzen (III), die verschiedenen Instrumente (IV) sowie schließlich die Grenzen der Rechtsangleichung (V) dargestellt.

8–11; *Dougan*, Minimum Harmonization and the International Market, CMLR 2000, S. 853–885; *Eiden*, Die Rechtsangleichung gem. Art. 100 des EWG-Vertrages, 1984; *Ensthaler*, Europäischer Binnenmarkt: Stand und Perspektiven der Rechtsharmonisierung, 1989; *Everling*, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), FS Reimer Schmidt, 1976, S. 165–185; *ders.*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.): FS Steindorff, 1990, S. 1155–1173; *ders./Roth* (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 1997; *Forwood/Clough*, The Single European Act and Free Movement – Legal Implications of the Provisions for the Completion of the Internal Market, ELRev 1986, S. 383–408; *von der Groeben*, Die Politik der Europäischen Kommission auf dem Gebiet der Rechtsangleichung, NJW 1970, S. 359–364; *Hallstein*, Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, RabelsZ 1964, S. 211–231; *Hillgruber*, Die Verwirklichung des Binnenmarktes durch Rechtsangleichung: Gemeinschaftsziel und -kompetenz ohne Grenzen?, in: Krause/Velken/Vieweg (Hrsg.), GS Blomeyer, 2004, S. 597–616; *Ihns*, Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung, 2005; *Kegel*, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: Institut für das Recht der Europäischen Gemeinschaften der Universität Köln (Hrsg.), Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, 1971, S. 9–47; *Leleux*, Le rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne, CahDrEur 1968, S. 129–164; *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag, 2004; *Marx*, Funktion und Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag, 1976; *Mösl*, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt: Kompetenzielle, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers, EuR 2002, S. 318–350; *Müller-Graff*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, S. 107; *Ress* (Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 137, 1988; *Schmeder*, Die Rechtsangleichung als Integrationsmittel der Europäischen Gemeinschaft, 1978; *ders.*, Zur Konzeption der Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: von Caemmerer/Schlochauer/Steindorff (Hrsg.), FS Hallstein, 1966, S. 474–514; *Schwartz*, Rechtsangleichung und Rechtswettbewerb im Binnenmarkt – Zum europäischen Modell, EuR 2007, S. 194–207; *Seidel*, Rechtsangleichung und Rechtsgestaltung in der Europäischen Gemeinschaft, 1990; *Silny*, Die binnenmarktbezogene Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EG, 2007; *Steindorff*, Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 1986, S. 687–704; *Taschner*, Rechtsangleichung in der Bewährung?, in: Lücke/Ress/Will (Hrsg.), GS Constantinesco, 1983, S. 765–780; *Timmermans*, Division of External Powers between Community and Member States in the Field of Harmonization of National Law, in: *ders./Bleckmann* (Hrsg.), Division of Powers between the European Communities and their Member States in the Field of External Relations, 1981, S. 15–28; *VerLoren van Themaat*, Die Rechtsangleichung als Integrationsinstrument, in: Hallstein/Schlochauer (Hrsg.), FS Ophüls, 1965, S. 243–256; *Zweigert*, Grundsatzfragen der europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung, in: von Caemmerer/Nikisch/Zweigert (Hrsg.), FS Dölle, Bd. II, 1963, S. 401–418.

I. Begriff und Funktion der Rechtsangleichung

Der Begriff der Rechtsangleichung beschreibt den Prozess der Anpassung nationaler Rechtsvorschriften durch unionsrechtliche Vorgaben. Dies kann sich sowohl auf die materielle Regelung einzelner Sachbereiche als auch auf die Beseitigung technischer Handelshemmnisse beziehen. Grundsätzlich ist sie darauf gerichtet, „die sich aus der Unterschiedlichkeit der [mitgliedstaatlichen] Vorschriften ergebenden Hindernisse aller Art zu mildern“². Diese Zielbeschreibung deutet bereits auf die Weite und Offenheit des Begriffes hin. Methodisch erfasst er Maßnahmen von der materiellen Vereinheitlichung nationaler Vorschriften bis zum Erlass funktionaler Regelungen zum Ausgleich kollidierender Regelungsansprüche verschiedener Mitgliedschaften bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.

1. Synonyme und Abgrenzung

Neben der Formulierung „Angleichung der Rechtsvorschriften“³ verwendet der AEUV auch die Begriffe „Harmonisierung“⁴ und „Koordinierung“⁵. Bereits anhand des EWG-Vertrags wurde versucht, diese Begriffe durch Auslegung und Abgrenzung unterschiedlichen Bedeutungen und Anwendungsbereichen zuzuordnen⁶. Jedoch haben Definitionsversuche sowie detaillierte Auseinandersetzungen mit den verschiedenen sprachlichen Fassungen keine einheitliche, systematische Verwendung der Begriffe in den Verträgen und eine damit verbundene inhaltliche Differenzierung bewirkt⁷. Dies hat sich unter der Geltung des EGV und nun des AEUV nicht geändert. Der Begriff der Koordinierung, der im Sinne der Anpassung nationaler Normen nur in Art. 52, 53 AEUV verwendet wird, lässt zunächst an eine weniger verbindliche, vorgelagerte Stufe des Anpassungsprozesses denken. „Koordinierung“ beschreibt jedoch ebenfalls die Angleichung der verschiedenen nationalen Vorschriften durch unionsrechtliche Vorgaben. Insofern ist sie mit den Begriffen der Harmonisierung und der Rechtsangleichung identisch⁸. Auch „Harmonisierung“ wird als Synonym verwendet, beispielsweise in Art. 114 IV AEUV, der Maßnahmen zur

² *EuGH*, Rs. 193/80, Slg. 1981, S. 3019, Rn. 17 – *Kommission/Italien*.

³ Überschrift zu Kapitel III im Titel VII des dritten Teiles des AEUV (Art. 114 f.).

⁴ Der Begriff wird bspw. in den Art. 19, 84, 113, 114, 165, 171 AEUV verwendet.

⁵ Art. 52, 53 AEUV gebrauchen die Formulierung der „Koordinierung der [...] Vorschriften“ im Bereich des Niederlassungsrechts.

⁶ Siehe Nachweise bei *Lutter*, NJW 1966, S. 273 (274).

⁷ Siehe *Lochner*, ZgS 1962, S. 35. Anders *Philipps*, Privatrechts-Vereinheitlichung, S. 96–102, der eine differenzierte Systematik entwickelt und den Begriffen unterschiedliche Bedeutungen und Zielsetzungen zuschreibt. Dies geschieht jedoch weitgehend losgelöst von den Vertragstexten und vermag daher nicht zu überzeugen.

⁸ Vgl. *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 53 AEUV, Rn. 1.

Angleichung der Rechts- und Verwaltungsschriften nach Abs. I als Harmonisierungsmaßnahmen bezeichnet. Diese synonyme Verwendung setzt sich im weiteren Vertrag fort. Allerdings ist „Harmonisierung“ unschärfer als der Begriff der Rechtsangleichung. Dies zeigt sich an der Abgrenzung zum Begriff der Rechtsvereinheitlichung, den die europäischen Verträge allerdings nicht benutzen⁹. Rechtsvereinheitlichung bezeichnet die Schaffung von (internationalem) Einheitsrecht, das die vollständige Gleichheit aller Einzelregelungen auf einem bestimmten Gebiet bewirkt¹⁰. Die Abgrenzung erfolgt anhand des Intensitätsgrades der Anpassung und der erreichten Einheitlichkeit. Zwar kann auch eine Angleichung faktisch zu übereinstimmenden Einzelregelungen führen, was durch detaillierte Vorgaben in Richtlinien erreicht werden kann. Jedoch verbleibt den Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung zumeist ein erheblicher Spielraum hinsichtlich der Art und Mittel der Anpassung. Die Rechtsvereinheitlichung belässt einen solchen Spielraum nicht. Zudem sieht eine Rechtsvereinheitlichung nicht nur die Veränderung der mitgliedstaatlichen Norm vor, sondern verdrängt diese unter Umständen durch neu geschaffenes Einheitsrecht¹¹. Daher besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung¹². Der Begriff der Harmonisierung vermag diese Unterscheidung nicht auszudrücken¹³. Die für Angleichungsmaßnahmen verwendeten Begriffe der Mindest- und Teilharmonisierung beziehen sich wiederum auf die Weite des Spielraums, der den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung eines Gemeinschaftsrechtsakts belassen wird¹⁴. Aus diesen Gründen erscheint der Begriff der Rechtsangleichung vorzugswürdig. Er ist auch nach dem AEUV systematisch maßgeblich, da er in den Kompetenznormen der Art. 114 f. sowie der Überschrift zu dem diese enthaltenden Kapitel 3 des Titel VII im dritten Teil des Vertrages verwendet wird.

⁹ Lediglich Art. 207 AEUV spricht von der „Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen“.

¹⁰ Vgl. *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 17 f.; *von Danwitz*, in: Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, B.II, Rn. 86.

¹¹ Vgl. *Taschner*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 94 EGV, Rn. 12; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 693 f.

¹² Vgl. *Eiden*, Rechtsangleichung, S. 15; *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 17 f. Anders *Starck*, Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, S. 10; *Wagner*, Mindestharmonisierung, S. 19; *Ihns*, Rechtsangleichung, S.16, die die Rechtsvereinheitlichung als intensivste Form der Rechtsangleichung ansehen.

¹³ Vgl. *von Danwitz*, in: Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, B.II, Rn. 86. Dagegen wird der Begriff der Harmonisierung teilweise als Oberbegriff zu Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung verwendet; so *Wagner*, Mindestharmonisierung, S. 19.

¹⁴ Siehe dazu unten in diesem Kapitel B I 2.

2. Positive und negative Integration

Die zentrale Rolle der Rechtsangleichung ergibt sich aus ihrer Funktion als Instrument der positiven Integration. Positive Integration bezeichnet die aktiv gestaltende Politik der Europäischen Union, die durch legislatorische Maßnahmen der Erreichung der in den Verträgen gesetzten Ziele dient, insbesondere der Verwirklichung des Binnenmarktes. Sie ist Normsetzung und schafft positives Recht. Die Rechtsangleichung als Mittel der positiven Integration bildet einerseits das Recht der EU und gestaltet andererseits das Recht in den Mitgliedstaaten. Dabei kann sie sich auf die Gestaltung des Grenzüberschritts als entscheidenden Punkt der Integration der verschiedenen nationalen Märkte zu einem Binnenmarkt beziehen und die Rechtsanwendung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten koordinieren. Darüber hinaus kann die Rechtsangleichung als positive Integration das materielle Recht in den Mitgliedstaaten gestalten.

Demgegenüber beschreibt die negative Integration die Beseitigung nationaler Handelshemmnisse infolge der unmittelbaren Durchsetzung der Grundfreiheiten¹⁵. Diese Wirkung der Grundfreiheiten resultiert daraus, dass sie nicht nur völkerrechtliche Regeln der Europäischen Union zur Bindung der Mitgliedstaaten sind, sondern auch Privatpersonen Rechte vermitteln. Die Direktwirkung des Unionsrechts, sein Vorrang und seine Sperrwirkung sind durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelte und anerkannte Prinzipien der EU¹⁶. Aus dem Zusammenspiel dieser Grundsätze folgt das Durchgreifen der primärrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten gegenüber den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Wie der Begriff der negativen Integration bereits andeutet, entfalten die Grundfreiheiten eine „kassatorische“ Wirkung im Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Vorschriften, indem sie deren Unanwendbarkeit bewirken, falls diese Regelungen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr darstellen¹⁷. Die dadurch entstehende „regulatorische Lücke“¹⁸ auszugleichen, kann wiederum Aufgabe der positiven Integration, also der Rechtsangleichung sein. Die negative Integration folgt theoretisch bereits aus dem Appell, der in den Grundfreiheiten enthalten ist, kommt

¹⁵ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34–36 AEUV, Rn. 2; *Druessne*, *Droit matériel*, S. 58 f. unterscheidet zwischen „prévention“ und „répression“.

¹⁶ Siehe grundlegend zur Direktwirkung *EuGH*, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 1 (25) – *van Gend&Loos*; zum Vorrang siehe *EuGH*, Rs. 6/64, S. 1964, S. 1251 (1269) – *Costa/Enel*; zur Sperrwirkung siehe *EuGH*, Rs. 106/77, Slg. 1978, S. 629 (644) – *Simmenthal*.

¹⁷ Vgl. Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, S. 37 f., 40. Siehe dort grundsätzlich zu der Differenzierung zwischen positiver und negativer Integration, sowie Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34–36 AEUV, Rn. 2; auch Oppermann, *Europarecht*, § 22, Rn. 15.

¹⁸ Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, S. 40.

praktisch jedoch nicht ohne ihre Durchsetzung durch die Judikative, also den Gerichtshof, und die Kommission als „Hüterin der Verträge“¹⁹ aus.

Die Gegenüberstellung als negativ und positiv bezieht sich lediglich auf die verschiedenen formellen Wege der Durchsetzung der Politiken der EU sowie der Grundfreiheiten, und nicht auf den materiellen Inhalt einer Maßnahme. So hat auch die positive, aktiv gestaltende Rechtsetzung der Union oftmals die Beseitigung binnenmarktspezifischer Handelshindernisse und Wettbewerbsverzerrungen zum Gegenstand und bekommt dadurch eine „negative“, bereinigende Wirkung²⁰. Es ist genauso Aufgabe der Rechtsangleichung, die Grundfreiheiten durchzusetzen und ihre Ausübung zu ermöglichen und zu erleichtern²¹. Im weiteren Verlauf der Untersuchung wird deutlich werden, dass sich die strikte Unterscheidung zwischen positiver und negativer Integration und ihre Zuordnung zur Rechtssetzung einerseits und zur unmittelbaren Durchsetzung der Grundfreiheiten andererseits in Anbetracht neuer Entwicklungen der Regulierungsmethodik nur noch mit Einschränkungen aufrechterhalten lässt.

3. Binnenmarktfinalität der Rechtsangleichung

Der EGV nannte in seiner letzten gültigen Version als Tätigkeit der Gemeinschaft in Art. 3 I Lit. h) „die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist“. Die Aufnahme in den Katalog der Tätigkeiten der Gemeinschaft bedeutete jedoch nicht, dass die Rechtsangleichung ein selbstständiges Ziel darstellte. Vielmehr wurde die Unterordnung der Rechtsangleichung unter die Vertragsziele durch die Voraussetzung deutlich, dass sie für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich sein muss. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Verwirklichung des Binnenmarktes, wie es noch aus Art. 3 I Lit. h) EGV hervorging. Allerdings hat diese Vorschrift keine Nachfolge im AEUV gefunden. Der AEUV enthält nun in den Art. 114–118 (ex-Art. 94–97 EGV) ein eigenständiges Kapitel über die „Angleichung der Rechtsvorschriften“, wobei dies keine von der Sachmaterie losgelösten Normen sind. Auch sie beziehen sich auf das Ziel der Verwirklichung beziehungsweise des Funktionierens des Binnenmarktes gem. Art. 26 AEUV (ex-Art. 14 EGV). Die Verbindung der allgemeinen Kompetenznormen mit dem Binnenmarktziel zeigt zum einen

¹⁹ *Oppermann*, Europarecht, § 5, Rn. 119.

²⁰ Vgl. *Schwartz*, FS Hallstein, S. 475 (483); *Scharpf*, Politische Optionen, S. 219 (231).

²¹ Vgl. *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 107 (121 f.); *Hillgruber*, GS Blomeyer, S. 597 (598); *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, § 14, Rn. 2.

die Maßgeblichkeit dieses Zieles für die Europäische Union²², zum anderen aber auch die Abhängigkeit der Rechtsangleichung. Im Bereich der sachbereichsbezogenen Kompetenznormen – beispielsweise Art. 53 I AEUV (ex-Art. 47 I EGV) für die Erleichterung der Ausübung der Niederlassungsfreiheit – sind Maßnahmen der Rechtsangleichung ebenfalls stets an die Verwirklichung spezieller Vertragsziele oder Politiken gebunden²³. Die Rechtsangleichung hat in der Europäischen Union folglich instrumentellen Charakter. Sie hat der Verwirklichung der materiellen Vertragsziele und der Politiken der Union zu dienen und ist kein eigenständiges Ziel, das zum Selbstzweck ausgeübt werden darf²⁴. Die dienende Funktion wird seit dem 1. Dezember 2009 dadurch noch betont, dass die Rechtsangleichung weder in der Zielbestimmung in Art. 3 EUV, noch in den Kompetenzkatalogen der Art. 3 f. AEUV erwähnt wird²⁵. Aus der dienenden Funktion der Rechtsangleichung folgt bereits ihre (materielle) Begrenzung, da der konkrete Nutzen einer Maßnahme für die Verwirklichung eines Vertragszieles zur Voraussetzung für die Handlungsbefugnisse der Union wird und sich aus einer Kompetenznorm kein umfassendes Mandat zur Rechtsangleichung ergibt. Ferner ist die Rechtsangleichung Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit der Union, da sich gemeinsame Politik im gemeinsamen materiellen Recht niederschlagen muss und die Rechtsangleichung formell hinsichtlich ihrer Legitimation und Voraussetzungen an das Primärrecht gebunden ist²⁶.

Die Bedeutung der Rechtsangleichung wird noch dadurch gesteigert, dass der Erlass und die Umsetzung von Rechtsakten wiederum Rückwirkungen auf das Kompetenzgefüge zwischen der EU und den Mitgliedstaaten haben. Es ist eine zwangsläufige Folge, dass mit der Durchführung der Rechtsangleichung die Gesetzgebungshoheit in den erfassten Bereichen von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union übergeht²⁷. Dies gilt zunächst für den initiativen Erlass einer Maßnahme, aber auch für jede

²² Der Rang des Binnenmarktzieles wird dadurch verdeutlicht, dass Art. 114 AEUV als allgemeine Kompetenznorm nicht auf sachgegenständlich umrissene Materien Bezug nimmt, sondern Maßnahmen auf allen relevanten Sachgebieten zulässt, vgl. *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 4, Rn. 17 f. Siehe dort auch zu der Differenzierung zwischen allgemeinen und sachbereichsbezogenen Kompetenznormen.

²³ Siehe zu den einzelnen Kompetenznormen unten in diesem Kapitel A III.

²⁴ Vgl. *Hallstein*, *RabelsZ* 1964, S. 211 (214); *von der Groeben*, *NJW* 1970, S. 359; *Schwartz*, *FS Hallstein*, S. 474 (486); *Everling*, *FS Steindorff*, S. 1155 f.; *von Danwitz*, in: *Dauses*, *Handbuch EU-Wirtschaftsrecht*, B.II, Rn. 84, 87; *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf*, *Recht der EU*, Art. 114 AEUV, Rn. 6, m.w.N.

²⁵ Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*, § 32, Rn. 1.

²⁶ Vgl. *Müller-Graff*, *EuR* 1989, S. 107 (117); *Oppermann*, *Europarecht*, § 32, Rn. 1.

²⁷ Vgl. *Seidel*, *EuR* 1979, S. 171 (175); *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf*, *Recht der EU*, Art. 114 AEUV, Rn. 3, 32 f.

weitere Änderung des angeglichenen Rechts, da andernfalls die Mitgliedstaaten den erreichten Integrationsstand im Nachhinein wieder beseitigen könnten und dadurch dem Zweck einer Gemeinschaftsregelung widersprechen würden²⁸. Der Übergang der Gesetzgebungshoheit zeigt, dass die Rechtsangleichung zwar in ihrem Ursprung eine integrationspolitische Maßnahme darstellt, aber nicht darauf begrenzt bleibt. Sie ist stets auch ein Akt der Gesetzgebung, bei dessen Durchführung verschiedene gesellschafts- und ordnungspolitische Ziele berücksichtigt werden müssen und eigene Wertungen zur Konfliktlösung und Interessenwahrung vorgenommen werden²⁹. Dadurch begünstigt die Rechtsangleichung auch die politische Integration im Sinne einer einheitlichen europäischen Rechtspolitik, obwohl sie nach den Verträgen nicht zu diesem Zweck ausgeübt werden darf. Diese Ausdehnung der Rechtssetzungstätigkeit der Union auf Bereiche wie Umweltschutz, Forschung und Entwicklung oder Bildung wird als „spill-over“-Effekt bezeichnet³⁰. Vor allem zeigen diese „Nebenwirkungen“ die Dynamik, die dem Konzept der Rechtsangleichung innewohnt. Es handelt sich dabei nicht um einen statischen, technokratischen Vorgang zur Beseitigung von Hindernissen, sondern um ein „funktional-gestaltendes Instrumentarium“³¹ bei dem zu der dienenden Funktion der Zielverwirklichung die Ebene der Zielbestimmung hinzutritt, indem ausgehend vom Stand der Integration die erforderlichen Maßnahmen zur Erfüllung der Ziele festzustellen sind³².

II. Historische Entwicklung

Die aktuelle Ausgestaltung der Rechtsangleichung im Primärrecht und ihre methodische Ausrichtung sind vor dem Hintergrund der Entwicklung der europäischen Integration zu sehen.

²⁸ Vgl. *Seidel*, EuR 1979, S. 171 (175). Die Richtlinien zur Rechtsangleichung entfalten insofern eine Sperrwirkung, so dass diese nur durch Richtlinien zur Änderung der ursprünglichen Richtlinien geändert werden können, vgl. *EuGH*, Rs. C-208/88, Slg. 1990, S. I-4459, Rn. 8 – *Kommission/Dänemark*; siehe von *Danwitz*, in: *Dausies*, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, B.II, Rn. 99.

²⁹ Vgl. *Timmermans*, *RabelsZ* 1984, S. 1 (6). Zum Teil wird diese rechtspolitische Komponente nicht nur als Folge der integrationsbezogenen Funktion gesehen, sondern als eigenständige Aufgabe im Sinne der Schaffung solider Rechtsstrukturen zur institutionellen Verfestigung der Union bezeichnet, so *Bieber/Epiney/Haag*, *Die Europäische Union*, § 14, Rn. 2.

³⁰ Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*, § 2, Rn. 29 und § 4, Rn. 27; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 20.

³¹ *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf*, *Recht der EU*, Art. 114 AEUV, Rn. 7.

³² Vgl. von der *Groeben*, *NJW* 1970, S. 359 (360).

1. Von der Gründung der EWG 1958 bis zu den Beitritten im Jahre 1972

Bereits der 1958 in Kraft getretene Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) enthielt diverse Vorschriften zur Rechtsangleichung: In Art. 100 EWGV war die Generalmächtigung zur Rechtsangleichung zur Herstellung des Gemeinsamen Marktes geregelt, die den Ursprung für den heutigen Art. 115 AEUV darstellt. Daneben standen Art. 57 II EWGV als weitere Generalklausel für den Bereich der Niederlassungsfreiheit sowie 15 auf spezielle Rechtsgebiete bezogene Vorschriften³³. Die ergriffenen Maßnahmen konzentrierten sich auf die Beseitigung von technischen Handelshemmnissen auf dem Gebiet des Warenverkehrs. Hier zeigte sich bereits, dass infolge der Marktöffnung durch den Wegfall der Zölle und mengenmäßiger Beschränkungen auch sonstige nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften den Handel in der Wirtschaftsgemeinschaft behinderten, so dass die Rechtsangleichung nun über die Bekämpfung technischer Handelshindernisse und spezifischer Wettbewerbsverzerrungen hinaus zum Abbau dieser Hindernisse betrieben wurde³⁴. Die Rechtssetzungsverfahren waren langwierig, da Entscheidungen über Richtlinienvorhaben im Rat einstimmig gefällt werden mussten, und die Zusammenarbeit – insbesondere der fachliche Austausch zwischen Kommission und Rat – nur mangelhaft funktionierte.³⁵

2. Von 1972 bis zur Einheitlichen Europäischen Akte 1987

Mit den Beitritten im Jahre 1972 wurden die Abstimmungs- und Einigungsprozesse noch weiter erschwert³⁶. Besonders schwerfällig stellte sich der Rechtsetzungsprozess aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses des Art. 100 EWGV dar. Dennoch wurden die Maßnahmen der Rechtsangleichung noch vertieft und ausgedehnt, so dass viele weitere Bereiche und innerstaatliche Politiken erfasst wurden³⁷. Damit mehrte sich jedoch auch

³³ Dazu ausführlich *Schwartz*, FS von der Groeben, S. 333 f.

³⁴ Vgl. *Tietje*, in Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 114 AEUV, Rn. 10.

³⁵ Vgl. *Schwartz*, FS von der Groeben, S. 333 (342).

³⁶ Zu den sechs Gründungsmitgliedstaaten traten Dänemark, Großbritannien und Irland der EWG bei. Damit kamen mit einer skandinavischen Rechtsordnung und dem common law zwei weitere Rechtskreise hinzu. Auf kontinentaleuropäischer Seite unterscheidet man noch zwischen dem romanischen und dem römisch-deutschen Rechtskreis. Dem Common Law liegt im Unterschied zu diesen ein grundsätzlich anderes Verständnis von Recht und Staat und der Steuerbarkeit des Marktes zu Grunde, was die europäische Rechtsangleichung grundsätzlich erschwert, siehe dazu *Taschner*, GS Constantinesco, S. 765 (776 f.).

³⁷ Siehe zu den einzelnen Bereichen *Schwartz*, FS von der Groeben, S. 333 (343 f.). Das Ausmaß der Ausdehnung zeigt sich insbesondere an den Programmen in den nur mittelbar mit der Marktöffnung verknüpften Bereichen, bspw. der Umweltpolitik, des Verbraucherschutzes und der Sozialpolitik.

der Widerstand der Mitgliedstaaten gegen die bisherige Praxis der Rechtsangleichung. So wurde der EWG vorgeworfen, dass ihr in vielen Bereichen keine Kompetenz zustehe und die Gefahr der Überregulierung drohe³⁸. Die Kritik richtete sich insbesondere gegen die großzügige Auslegung des Art. 100 EWGV und forderte eine restriktivere Anwendung der Norm, namentlich die Rückbesinnung auf den instrumentellen Charakter der Rechtsangleichung für ökonomische Zielsetzungen, die Beschränkung der Rechtsangleichung auf nur diejenigen Vorschriften, die sich unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken und die Reduktion der Regelungsintensität auf das erforderliche Maß³⁹.

Dieser Widerspruch zwischen der intensiven Ausweitung der Rechtsangleichungsaktivitäten und dem dieser entgegengebrachte Widerstand der Mitgliedstaaten ging einher mit methodischen Problemen der Rechtsangleichung: Im Bereich der technischen Handelshemmnisse, dem bis dahin wichtigsten und umfangreichsten Sachgebiet der europäischen Rechtsangleichung, wurde bisher die Strategie der Vollharmonisierung verfolgt. Diese Vorgehensweise mit umfassenden vereinheitlichenden Detailregelungen erwies sich aufgrund des notwendigen hohen Determinierungsgrads der Vorschriften, des Umfangs und der Komplexität als undurchführbar. Der schwerfällige und unflexible Rechtsetzungsprozess blockierte Innovationen. Eine Änderung der Vorschriften konnte nur auf Gemeinschaftsebene stattfinden, diese benötigte aber wiederum viel Zeit und konnte somit nicht angemessen auf die ständig fortschreitende technische Entwicklung reagieren⁴⁰. In diese Zeit fiel die Entscheidung des Gerichtshofes *Cassis de Dijon*⁴¹. Die daraus folgende Pflicht zur faktischen Anerkennung technischer Vorschriften und Kontrollen der Mitgliedstaaten untereinander⁴² führte zu einer Verlagerung von der umfassenden Rechtsangleichung durch Richtlinien hin zu einer unmittelbaren Anwendung und Durchsetzung des Art. 30 EWGV (jetzt Art. 34 AEUV). Die Kommission konzentrierte sich in der Folge auf die Angleichung innerstaatlicher Regelungen, die durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt waren (Art. 36 EWGV, jetzt

³⁸ Zur Gefahr der Überregulierung siehe *Bruha*, ZaöRV 1986, S. 1 (4 f.). Widerstand kam vor allem von den neuen Mitgliedstaaten Dänemark und Großbritannien. Siehe zu der britischen Kritik *Seidel*, EuR 1979, S. 171 f. m.w.N. und zu den dänischen Vorbehalten *Lachmann*, CMLR 1981, S. 447 f. Insgesamt dazu *Schwartz*, FS von der Groeben, S. 333 (348 f.).

³⁹ Vgl. *Seidel*, EuR 1979, S. 171 (172).

⁴⁰ Vgl. *Schwartz*, FS von der Groeben, S. 333 (351 f.); *Everling*, FS Pescatore, S. 227 (233).

⁴¹ EuGH, Rs. C-120/78, Slg. 1979, S. 649 – *Rewe-Zentral*.

⁴² Dazu unten in diesem Kapitel B II 3 b) aa) (1).

Art. 36 AEUV) und somit nicht der Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung unterfielen⁴³.

Die Kommission reagierte 1985 auf die Probleme der Rechtsangleichung und die damit verbundene Kritik mit dem Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes⁴⁴. Darin entwarf sie eine „Neue Strategie“ der Rechtsangleichung auf dem Gebiet der technischen Handelshindernisse, nach der die Harmonisierung auf ein Mindestmaß allgemeiner Regeln des Marktzugangs sowie Mindeststandards zu beschränken sei und im Übrigen das primärrechtlich fundierte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zur Geltung kommen solle⁴⁵. Sachlich war dennoch eine Ausdehnung auf weitere Rechtsgebiete zu beobachten⁴⁶, wobei die Regelungsintensität aufgrund des neuen methodischen Ansatzes abnahm. Die Kritik der Mitgliedstaaten hielt trotzdem an, da die Fragen der Wahrung der Kompetenzen und der inhaltlichen Beschränkung bei der Rechtsangleichung nicht geklärt wurden und die Probleme des Rechtsetzungsprozesses, insbesondere das Einstimmigkeitserfordernis gem. Art. 100 EWG nicht gelöst worden waren⁴⁷.

Die Vorschriften zur Rechtsangleichung wurden durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA) novelliert⁴⁸. Als allgemeine Kompetenz zur Rechtsangleichung wurde Art. 100a EWGV (jetzt Art. 114 AEUV) eingefügt. Die Generalklausel brachte eine wesentliche Verfahrensvereinfachung, da sie anstelle der Einstimmigkeit die qualifizierte Mehrheit für Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes vorsah⁴⁹. Gleichzeitig

⁴³ Vgl. *Tietje*, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 114 AEUV, Rn. 13.

⁴⁴ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes v. 14.06.1985, KOM(1985) 310 endg.

⁴⁵ Die regulatorische Konzeption dieser „Neuen Strategie“ wird unten in diesem Kapitel B III näher dargestellt.

⁴⁶ Für eine umfassende Darstellung der erfassten Rechtsgebiete und der erlassenen Rechtsakte siehe *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 107 (113 f.).

⁴⁷ Die Kritik richtete sich insbesondere gegen die Kommission, die zunehmend Verfahren wegen verspäteter oder unvollkommener Umsetzung der Richtlinien oder wegen der Verletzung des Art. 30 EWGV gegen Mitgliedstaaten führte, vgl. *Everling*, FS Pescatore, S. 227 (S. 235); *Tietje*, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 114 AEUV, Rn. 13.

⁴⁸ Daneben betrifft die EEA vor allem die Neuordnung der Gemeinschaften und die Verknüpfung mit der Europäischen Politischen Zusammenarbeit, siehe dazu *Oppermann*, Europarecht, § 2, Rn. 28 f.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 30 f. Zur umfassenden Erläuterung der Änderungen durch die EEA siehe *Glaesner*, EuR 1986, S.119 f.; im gleichen Heft ist die EEA vollständig abgedruckt: EuR 1986, S. 176 f.

⁴⁹ Ebenso wurde das Einstimmigkeitserfordernis in Art. 57 II EWGV abgeschafft, so dass die Mehrheitsregelung abgesehen von den Ausnahmen nach Art. 100a II und 57 II EWGV für sämtliche binnenmarktbezogenen Maßnahmen galt. Siehe dazu *Schwartz*, FS von der Groeben, S. 333 (367). Begleitet wurde dieses neue Beschlussregime von der Schutzergänzungsklausel Art. 100a IV EWGV (jetzt modifiziert in Art. 114 IV) und der Möglichkeit der Anpassungserleichterung gem. Art. 7 c EWGV (jetzt modifiziert in Art.

wurde durch den ebenfalls neu geschaffenen Art. 8a II EWGV (jetzt Art. 26 AEUV) der Binnenmarktbezug eingeführt⁵⁰ und durch den Verweis des Art. 100a EWGV auf Art. 8a II EWGV final mit der Rechtsangleichung verknüpft. Des Weiteren dehnte die EEA die europäische Rechtsangleichung auf neue Politikbereiche aus⁵¹ und knüpfte damit direkt an das Weißbuch an. In methodischer Hinsicht wird die „Neue Strategie“ und der daraus resultierende Vorrang des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung jedoch nicht ausdrücklich erwähnt⁵². Die Auswahl des regulatorischen Ansatzes ist eine Frage der Inhaltsgestaltung, die sich innerhalb des Rechtsetzungsprozesses stellt, jedoch nicht auf der Ebene der Ermächtigungsgrundlage vorgegeben wird⁵³. Mit der weiteren Ausgestaltung der vertraglichen Möglichkeiten zur Rechtsangleichung stärkte die EEA die Schlüsselrolle der Rechtsangleichung für die Politiken der Gemeinschaften ohne den methodischen Ansatz vertraglich zu regeln⁵⁴.

27 AEUV), die die Mehrheitsfindung erleichtern sollten. Sie erwiesen sich jedoch als problematisch, da sie aus der Systematik des Geltungsanspruchs des Unionsrechts ausbrachen. Sie dazu *Langeheine*, GS Grabitz, S. 369 f.; *Wagner*, Mindestharmonisierung, S. 30 f. In der Rechtspraxis haben die beiden Vorschriften keine große Bedeutung erlangt, vgl. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 76 f. und Art. 27 AEUV, Rn. 4.

⁵⁰ Das Binnenmarktziel wurde durch die EEA vielmehr formell bestätigt als neu eingeführt, da der Binnenmarktbezug bereits vom Gerichtshof zur Definition des Gemeinsamen Marktes gebraucht wurde, vgl. *EuGH*, Rs. 15/81, Slg. 1982, S. 1409, Rn. 33 – *Schul*. Nach der Einführung des Binnenmarktbezug wurde sehr umfangreich die Abgrenzung zwischen dem Begriff des Gemeinsamen Marktes, den Art. 100 EWGV verwendet, und dem Begriff des Binnenmarktes diskutiert, siehe nur *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 107 (122 f.); *Schubert*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, S. 141 f.; *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 26 AEUV, Rn. 8 f. m.w.N. Mit dem Inkrafttreten des AEUV hat sich diese Frage nun erledigt, da der Vertrag nur noch den Begriff des Binnenmarktes gebraucht. Art. 8a I EWGV legte die Zielvorgabe zur Verwirklichung des Binnenmarktes auf den 31.12.1992 fest. Diese Terminbestimmung brachte jedoch keine unmittelbare rechtliche Wirkung mit sich, wie sich aus der Erklärung zu Art. 8a des EWG-Vertrages in der Schlussakte zur EEA, ABl. L 169 v. 29.06.1987, S. 24 = EuR 1986, S. 194 ergibt.

⁵¹ Diese sind die Sozialpolitik gem. Art. 118a EWGV, der Bereich „Forschung und Entwicklung“ gem. den Art. 130 f–g EWGV und der neu geschaffene Titel „Umwelt“ mit den Art. 130 r–t EWGV.

⁵² Lediglich Art. 100b I S. 2 EWGV nimmt mit der Möglichkeit des Beschlusses zur Gleichwertigkeitsanerkennung Bezug auf das regulatorische Prinzip.

⁵³ Vgl. *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 134.

⁵⁴ Zur Bilanz der zur Rechtsangleichung ergangenen Rechtsakte bis zu diesem Zeitpunkt siehe *Schwartz*, FS von der Groeben, S. 333 (353 f.); *Everling*, FS Steindorff, S. 1155 (1163 f.); *Taschner*, GS Constantinesco, S. 765 f.

3. Von 1987 bis zum Vertrag von Lissabon 2009

Das Inkrafttreten der EEA und die Festlegung auf das Binnenmarktziel führten zu einer neuen Dynamik, so dass man dem Ziel des freien Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital (Art. 26 II AEUV) in den meisten dieser Bereiche inzwischen sehr nahe gekommen ist⁵⁵. Als Konsequenz dieses Fortschritts verlagerte sich die Tätigkeit der Rechtsangleichung vom Abbau von Handelshindernissen hin zu der Korrektur unerwünschter negativer Effekte auf dem Binnenmarkt, so dass spezifische Schutzkonzepte in den Vordergrund rückten⁵⁶. Die weitere Verwirklichung des Binnenmarktes bewirkte somit auch die zunehmende Integration auf der Ebene der Rechtspolitik, wodurch das Spannungsfeld zwischen Marktfreiheit und regulativer Politik auf europäischer Ebene größer wurde⁵⁷. Diese Entwicklung führte zu Akzeptanz- und Umsetzungsdefiziten in den Mitgliedstaaten und ließ die Forderung nach einer Begrenzung der Rechtsangleichung lauter werden. Durch den Vertrag von Maastricht (1993) wurden dann das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Ausübung der Unionskompetenzen in den neuen EGV (jetzt in Art. 5 I EUV) eingeführt. Die Frage nach den Grenzen der Rechtsangleichung blieb jedoch umstritten, was sich auch in der Rechtsprechung des EuGH niederschlug⁵⁸.

⁵⁵ Vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 969 f. m.w.N. Besondere Mängel wurden allerdings bei der Verwirklichung der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit festgestellt. Die Frist bis 1993 erwies sich als unhaltbar. Bis zum 30.10.1996 waren erst 56% der Maßnahmen umgesetzt, siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Wirkung und Wirksamkeit der Binnenmarktmaßnahmen“ v. 26.10.1996, Ziff. 4.1. In der Folge ergriff die Kommission Initiativen, um die Rechtsangleichung voranzutreiben, siehe bspw. Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat „Aktionsplan für den Binnenmarkt“ v. 4.06.1997, CSE(1997) 1 endg. und „Die Strategie für den europäischen Binnenmarkt“, KOM(1999) 624 endg. Aufgrund der politischen Symbolik wurde die Terminbestimmung des 31.12.1992 auch nicht durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza gestrichen, *Streinz*, Europarecht, Rn. 940. Erst durch den Vertrag von Lissabon verschwand die Frist aus dem jetzigen Art. 26 AEUV.

⁵⁶ Diese wurden entweder auf die allgemeinen Kompetenzen zur binnenmarktfinalen Rechtsangleichung gestützt, wobei die Schutzniveaunklausel des Art. 114 III AEUV eine besondere Rolle spielte, oder auf die speziellen Ermächtigungsgrundlagen in den Bereichen Sozialpolitik, Verbraucherschutz und Umwelt. Vgl. dazu *Tietje*, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 114 AEUV, Rn. 24.

⁵⁷ Vgl. *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 107 (118 f.).

⁵⁸ Siehe dazu das Urteil zur Nichtigkeit der Tabakwerberichtlinie *EuGH*, Rs. C–376/98, Slg. 2000, S. I–8419 – *Tabakwerbeverbot*; zu den Grenzen der Rechtsangleichung *Mössl*, EuR 2002, S. 318. Die ausführliche Darstellung der Grenzen der Rechtsangleichung erfolgt unten in diesem Kapitel A V.

Die Vertragsreformen durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam (1998) und Nizza (2003) haben keine erheblichen inhaltlichen Veränderungen der Vorschriften zur binnenmarktfinalen Rechtsangleichung gebracht⁵⁹. Auch der Vertrag von Lissabon (2009) hat keine materiellen Veränderungen in diesem Bereich bewirkt⁶⁰. Es erfolgte lediglich eine Anpassung an neue verfahrensmäßige Anforderungen und eine Umstellung der Vorschriften, so dass der ehemalige Art. 95 nun vor ex-Art. 94 EGV (Art. 114, 115 AEUV) steht, womit der Entwicklung des ex-Art. 95 EGV zur zentralen Handlungsermächtigung Rechnung getragen wurde.

Im Hinblick auf die Methodik der Rechtsangleichung wurde an dem Konzept der „Neuen Strategie“ festgehalten. Inwiefern diese tatsächlich im Sekundärrecht der Union verwirklicht worden ist, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung dargestellt.

III. Rechtsgrundlagen der Rechtsangleichung

Aufgrund der zielgebundenen Funktion der Rechtsangleichung erfolgt die Kompetenzzuweisung anhand der Ziele des Vertrages. Hinsichtlich des Ziels sind die Rechtssetzungskompetenzen ausschließlich der Union zugewiesen, da es sich um unionsspezifische Zielbestimmungen handelt. Hinsichtlich der einzelnen Sachbereiche bestehen jedoch die Kompetenzen der Mitgliedstaaten weiter, allerdings nicht mehr als ausschließliche Kompetenzen. Aufgrund dieses konkurrierenden Verhältnisses zu den Rechtssetzungskompetenzen der Mitgliedstaaten muss die Union die Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität beachten. Die Darstellung richtet sich nach der bereits angesprochenen Unterteilung in allgemeine und sachbereichsbezogene Rechtsangleichungskompetenzen.

1. Allgemeine Rechtsangleichungskompetenzen, Art. 114–118 AEUV

Die Rechtsangleichungsbefugnisse des 3. Kapitels von Titel VII des AEUV sind final auf die Verwirklichung des Binnenmarktes ausgerichtet.

⁵⁹ Die durch die EEA eingefügten Normen haben Änderungen erfahren: ex-Art. 100a EWGV wurde weiter modifiziert und ex-Art. 100b schließlich wieder gestrichen, siehe dazu *Wagner*, Mindestharmonisierung, S. 30 f. Im Übrigen konzentrierten sich die Reformverträge vor allem auf die Aufwertung des Europäischen Parlaments, Neuerungen der Entscheidungsverfahren und institutionelle Umbauten sowie insgesamt eine Verbesserung der demokratischen Legitimation und der Arbeitsweise der Europäischen Institutionen. Zu den Einzelheiten der sich aus den jeweiligen Verträgen ergebenden Änderungen siehe im Überblick *Oppermann*, Europarecht, § 3, Rn. 1 f.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 37 f.

⁶⁰ Dies gilt sowohl für die allgemeinen Kompetenznormen der Art. 114–117 AEUV (ex-Art. 94–97 EGV), als auch für die auf die einzelnen Grundfreiheiten bezogenen Handlungsermächtigungen.

Sie sind als allgemeine Kompetenzen formuliert, so dass die Maßnahmen nicht auf einen Sachbereich beschränkt sind. Art. 114 AEUV kann aufgrund seiner praktischen Bedeutung und nun auch seiner Stellung im Vertrag als „Grundnorm“⁶¹ der Rechtsangleichung bezeichnet werden. Auf Tatbestandsseite genügt die Verbesserung der Binnenmarktbedingungen, die insbesondere durch den Abbau von Hindernissen für die Verwirklichung der Grundfreiheiten erreicht wird, wobei die Maßnahme tatsächlich und objektiv diesem Zweck dienen muss⁶². Für die ebenfalls auf Art. 114 AEUV zu stützende Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen gilt, dass diese spürbar sein müssen. Sowohl das Kriterium der Verbesserung als auch das der Spürbarkeit eröffnen der Union einen weiten und flexiblen Spielraum für Rechtsangleichungsinitiativen. Allerdings ist der Anwendungsbereich durch die Subsidiarität zu speziellen, sachbereichsbezogenen Rechtsangleichungskompetenzen und die Bereichsausnahmen des Art. 114 II AEUV begrenzt. Daneben steht Art. 115 AEUV (ex-Art. 94 EGV), der vor allem im Bereich der Bereichsausnahmen des Art. 114 II AEUV zur Anwendung kommt, im Übrigen ist er eine subsidiär anwendbare Auffangnorm⁶³. Auf der Grundlage der Art. 116, 117 AEUV können konkrete Wettbewerbsverzerrungen beseitigt beziehungsweise präventiv vermieden werden.⁶⁴ Neu in diesem Abschnitt ist Art. 118 AEUV, der geschaffen wurde, um originär europäische Rechtstitel zum Schutz des geistigen Eigentums auf dem Binnenmarkt schaffen zu können⁶⁵.

2. Sachbereichsbezogene Rechtsangleichungskompetenzen

Neben den allgemeinen binnenmarktfinalen Rechtsangleichungskompetenzen besteht eine Vielzahl von speziellen, den einzelnen Sach- und Politikbereichen zugeordneten Kompetenznormen. Diese gehen den allgemeinen

⁶¹ *Oppermann*, Europarecht, § 32, Rn. 8.

⁶² Auslegungsprobleme stellen sich, wenn eine Maßnahme zur Verbesserung des Binnenmarktes nicht unbedingt erforderlich, aber dennoch nützlich ist, vgl. *von der Groeben*, NJW 1970, S. 359 (361).

⁶³ Vgl. *Fischer*, in: *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, Art. 115, Rn.1. Unterschiede zwischen Art. 114 und Art. 115 AEUV bestehen vor allem im Hinblick auf das Gesetzgebungsverfahren und die Mehrheitserfordernisse.

⁶⁴ Die Kommission kann danach auf einzelne Mitgliedstaaten einwirken, wenn bei einzelnen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bzw. bei bestimmten Gesetzgebungsvorhaben Wettbewerbsverzerrungen zu befürchten sind. Siehe zu den Voraussetzungen und den Verfahren entsprechender Maßnahmen *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 116, 117 AEUV.

⁶⁵ Siehe dazu näher *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, EGV/AEUV, Art. 118 AEUV; *Oppermann*, Europarecht, § 36, Rn. 25. Als weitere allgemeine Rechtsangleichungskompetenz ist Art. 352 AEUV (ex-Art. 308 EGV) zu nennen, der die ergänzende Rechtsangleichung ermöglicht. Siehe dazu *Oppermann*, Europarecht, § 32, Rn. 41 f.

in der Regel als speziellere Normen vor⁶⁶. Die sachbereichsbezogenen Normen weisen die Rechtsangleichungskompetenz für ein bestimmtes, sachlich begrenztes Ziel der Union zu, begrenzen die Regelungsaktivität jedoch nicht zwingend auf diesen Ausgangssachbereich. Auch die sachbereichsbezogenen Kompetenznormen erlauben Regelungen in anderen Sachbereichen, wenn diese mit dem Ausgangssachbereich zusammenhängen oder sich mit ihm überschneiden, was allerdings besonders geprüft werden muss, da durch die Festlegung Ausgangssachbereichs eine Begrenzung besteht⁶⁷.

Diese speziellen Kompetenznormen bestehen in Bezug auf die einzelnen Grundfreiheiten⁶⁸, in sektoralen Bereichen des Binnenmarktes⁶⁹ sowie für bestimmte Politikbereiche und Vertragsziele⁷⁰. Da für den hier gewählten Untersuchungsgegenstand lediglich die Kompetenztitel zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit relevant sind⁷¹, beschränkt sich die Darstellung auf diese. Die Berufsanerkennungsrichtlinie wurde auf Art. 46, 53, 62 AEUV, die Dienstleistungsrichtlinie auf Art. 53, 62 AEUV gestützt.

Zentral ist die Vorschrift des Art. 53 AEUV (ex-Art. 47 EGV)⁷². Dieser ermächtigt den Unionsgesetzgeber, Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und über den Verweis des Art. 62 AEUV der Dienstleistungsfreiheit zu erlassen. Richtlinien, die auf der Grundlage des Art. 53 AEUV ergehen, müssen die Verwirklichung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit durch sekundärrechtliche Maßnahmen för-

⁶⁶ Dies ergibt sich zunächst aus Art. 114 AEUV, wo es heißt „soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist“; siehe im Einzelnen *Trüie*, System der Rechtsetzungskompetenzen, S. 454 f.

⁶⁷ Vgl. GA *Fennelly*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, S. I-8423, Rn. 63 – *Tabakwerbeverbot*; *Götz*, JZ 2001, S. 34 (35); *Trüie*, System der Rechtsetzungskompetenzen, S. 222.

⁶⁸ Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 46 AEUV (ex-Art. 40 EGV); Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, Art. 50, 52, 53 und 59, 62 AEUV (ex-Art. 44, 46, 47, 52, 55 EGV).

⁶⁹ Landwirtschaft, Art. 43 AEUV (ex-Art. 37 EGV); Verkehr, Art. 91, 100 AEUV (ex-Art. 71, 80 II EGV); indirekten Steuern, Art. 113 AEUV (ex-Art. 93 EGV); Energie, Art. 194 AEUV (neu eingefügt).

⁷⁰ Freizügigkeit der Unionsbürger, Art. 21 III AEUV (ex-Art. 18 II EGV); Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Art. 77 II, 78 II, 79 II, 81 II (ex-Art. 62, 63, 64, 65 EGV); Sozialpolitik, Art. 153 II, III AEUV (ex-Art. 137 EGV); Verbraucherschutz, Art. 169 AEUV (ex-Art. 153 EGV); Umwelt, Art. 192 AEUV (ex-Art. 175 EGV); siehe zu weiteren Kompetenztiteln die Auflistung bei *Fischer*, in: *Lenz/Borchardt*, Vor Art. 114–118, Rn. 3 f.

⁷¹ Vgl. Präambeln der Berufsanerkennungsrichtlinie und der Dienstleistungsrichtlinie.

⁷² Die hier zu untersuchenden Richtlinien wurden maßgeblich auf Art. 53 AEUV gestützt. Siehe daher zu dieser Ermächtigungsgrundlage sowie insbesondere zu der Zulässigkeit der Regelung inländischer Sachverhalte auf dieser Grundlage unten im vierten Kapitel B III 3 d) bb).