

KONRAD ASEMISSEN

Berufsankennung  
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](http://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 Maruhn 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
<b>Kapitel 2: Ordnungsmerkmale des Europäischen Binnenmarktes .....</b>	<b>86</b>
<i>A. Wettbewerb der Rechtsordnungen .....</i>	<i>87</i>
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>	<i>108</i>
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
<i>A. Die Gewährleistung der Grundfreiheiten</i> .....	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
<i>B. Wirtschaftspolitischer Hintergrund der Richtlinien</i> .....	161
Kapitel 4: Die Berufsankennungs- und die Dienstleistungsrichtlinie .....	164
<i>A. Die Berufsankennungsrichtlinie</i> .....	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 Regelungszusammenhangs .....

### A. Die Richtlinien als einheitlicher Regelungszusammenhang .....

I. Gemeinsamer Anwendungsbereich von Berufsankennungs- 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 Binnenmarkt<sup>1</sup> 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 spielten<sup>2</sup>, 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-

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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 Berufsqualifikationen<sup>3</sup> 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.

---

<sup>3</sup> 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 Berufsamerkenungsrichtlinie 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 Schrifttum<sup>1</sup>. Die Auswertung beschränkt sich hier auf die für die Untersu-

---

<sup>1</sup> 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/Veelken/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; *Mörtl*, 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“<sup>2</sup>. 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“<sup>3</sup> verwendet der AEUV auch die Begriffe „Harmonisierung“<sup>4</sup> und „Koordinierung“<sup>5</sup>. Bereits anhand des EWG-Vertrags wurde versucht, diese Begriffe durch Auslegung und Abgrenzung unterschiedlichen Bedeutungen und Anwendungsbereichen zuzuordnen<sup>6</sup>. 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 bewirkt<sup>7</sup>. 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 identisch<sup>8</sup>. Auch „Harmonisierung“ wird als Synonym verwendet, beispielsweise in Art. 114 IV AEUV, der Maßnahmen zur

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

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

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

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

<sup>6</sup> Siehe Nachweise bei *Lutter*, NJW 1966, S. 273 (274).

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 benutzen<sup>9</sup>. Rechtsvereinheitlichung bezeichnet die Schaffung von (internationalem) Einheitsrecht, das die vollständige Gleichheit aller Einzelregelungen auf einem bestimmten Gebiet bewirkt<sup>10</sup>. 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 Einheitsrecht<sup>11</sup>. Daher besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung<sup>12</sup>. Der Begriff der Harmonisierung vermag diese Unterscheidung nicht auszudrücken<sup>13</sup>. 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 wird<sup>14</sup>. 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.

---

<sup>9</sup> Lediglich Art. 207 AEUV spricht von der „Vereinheitlichung der Liberalisierungsmaßnahmen“.

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

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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 Grenzübertritts 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 Grundfreiheiten<sup>15</sup>. 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 EU<sup>16</sup>. 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 darstellen<sup>17</sup>. Die dadurch entstehende „regulatorische Lücke“<sup>18</sup> 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

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

<sup>16</sup> 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*.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> *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“<sup>19</sup> 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 Wirkung<sup>20</sup>. Es ist genauso Aufgabe der Rechtsangleichung, die Grundfreiheiten durchzusetzen und ihre Ausübung zu ermöglichen und zu erleichtern<sup>21</sup>. 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

---

<sup>19</sup> *Oppermann*, Europarecht, § 5, Rn. 119.

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

<sup>21</sup> 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 Union<sup>22</sup>, 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 gebunden<sup>23</sup>. 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 darf<sup>24</sup>. 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 wird<sup>25</sup>. 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 ist<sup>26</sup>.

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 übergeht<sup>27</sup>. Dies gilt zunächst für den initiativen Erlass einer Maßnahme, aber auch für jede

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Siehe zu den einzelnen Kompetenznormen unten in diesem Kapitel A III.

<sup>24</sup> 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: *Dausen*, *Handbuch EU-Wirtschaftsrecht*, B.II, Rn. 84, 87; *Tietje*, in: *Grabitz/Hilf*, *Recht der EU*, Art. 114 AEUV, Rn. 6, m.w.N.

<sup>25</sup> Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*, § 32, Rn. 1.

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

<sup>27</sup> 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 würden<sup>28</sup>. 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 werden<sup>29</sup>. 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 bezeichnet<sup>30</sup>. 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“<sup>31</sup> 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 sind<sup>32</sup>.

## 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.

---

<sup>28</sup> 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: *Dausen*, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, B.II, Rn. 99.

<sup>29</sup> 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.

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

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

<sup>32</sup> Vgl. *von der Groeben*, *NJW* 1970, S. 359 (360).