



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 140

31.03.2022

Anton Geppert:

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nach dem Cassis de Dijon-Urteil im Vergleich mit dem Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsrichtlinie

Zitiervorschlag:

VerfasserIn, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. XX, S. XX.



Dieser Beitrag entstand als Seminararbeit im Rahmen des Seminars „Die Verzahnung von Recht, Wirtschaft und Politik in der EU“. Das Seminar wurde im Wintersemester 2021/22 an der Freien Universität Berlin angeboten und von Prof. Dr. Christian Calliess sowie Prof. Dr. Ronnie Schöb vom Institut für Volkswirtschaftslehre gemeinsam geleitet.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
Erster Teil: Das „Cassis de Dijon“ – Urteil und das Prinzip der gegenseitigen.....	4
Anerkennung	4
I. „Cassis“ – Urteil als Ausgangspunkt	4
II. Ausgestaltung in weiteren Entscheidungen	6
III. Rechtliche Gestaltungselemente	8
IV. Anwendung des Prinzips auf andere Grundfreiheiten	9
Zweiter Teil: Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie und das Herkunftslandprinzip	11
I. Rechtliche Gestaltungselemente im Richtlinienentwurf	12
1. Materiell-rechtliche Dimension des Herkunftslandprinzips	12
2. Extraterritoriale Wirtschaftsaufsicht als zweite Dimension des Herkunftslandprinzips	13
3. Praktische Auswirkungen im Einzelfall	14
II. Vereinbarkeit des „radikalen“ Herkunftslandprinzips mit Verfassungs- und Primärrecht	15
1. Deutsches Verfassungsrecht	15
2. Europäisches Primärrecht	15
III. Herkunftslandprinzip in anderen Sekundärrechtsakten	16
Dritter Teil: Herkunftslandprinzip und gegenseitige Anerkennung – zwei Bezeichnungen für das gleiche Prinzip?.....	17
I. Zielsetzung beider Prinzipien	18
II. Rechtsdogmatik	18
1. Materiell-rechtliche Perspektive	18
2. Administrative Perspektive.....	19
III. Ausnahmemöglichkeiten unter beiden Prinzipien	20
IV. Zum Abbau von Handelshemmnissen	21
V. Eigene Stellungnahme	22
Vierter Teil: Dienstleistungsrichtlinie heute	23
Fazit	25

Einleitung

Am 29. Oktober 2004 unterzeichneten die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in Rom feierlich den Vertrag über eine Verfassung für Europa. Es sollte der nächste Schritt in der Erfolgsgeschichte der Europäischen Integration sein. Aufgrund starken innenpolitischen Drucks wurden unter anderem in Frankreich und den Niederlanden für Mitte 2005 Referenden über die Ratifizierung dieser Europäischen Verfassung angesetzt. In die öffentliche Debatte über das Für und Wider einer Europäischen Verfassung mischte sich zeitgleich auch ein anderes europapolitisches Thema, welches in der Öffentlichkeit besonders breit und kontrovers diskutiert wurde. Der **Entwurf einer sogenannten Dienstleistungsrichtlinie** des damaligen EU-Binnenmarkt-Kommissars Frederik „Frits“ Bolkestein¹ und das Herkunftslandprinzip als Herzstück dieses Richtlinienentwurfs waren Gegenstand intensiver Diskussionen in der europäischen Öffentlichkeit, wie es sie bezüglich eines europäischen Sekundärrechtsaktes bisher noch nicht gegeben hatte. Der Entwurf der Richtlinie visierte eine weitere Liberalisierung des Dienstleistungssektors an und sollte ein weiterer Schritt zur Vollendung des Binnenmarkts sein. Kritiker führten jedoch an, dass durch die Richtlinie ein Wettlauf um die niedrigsten Sozialstandards – ein „race-to-the-bottom“ innerhalb des Binnenmarkts – hervorgerufen würde. Dienstleistungsrichtlinie und EU-Verfassungsvertrag wurden Sinnbild für das „sozial kalte“ und neoliberale Europa.² Im Nachhinein wird die Kontroverse um die Dienstleistungsrichtlinie vielerorts und von manchen als mitentscheidend für das Scheitern der Referenden in Frankreich und den Niederlanden betrachtet.³

Schon allein aufgrund der tiefgreifenden Folgen für die Europäische Integration lohnt es sich, den Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie und das darin angelegte Herkunftslandprinzip, welches für viele den zentralen Ansatzpunkt ihrer Kritik darstellte, näher zu betrachten. Für andere war diese Richtlinie jedoch lediglich eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und somit der geltenden Rechtsauffassung.⁴

Von besonderem Interesse sind aus diesem Grund die entscheidenden Urteile des EuGH zur Reichweite der Grundfreiheiten und die aus diesen Urteilen entwickelten Prinzipien. Erster

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) vom 25.02.2004.

² Beschluss des DGB Bundeskongresses vom Mai 2005, Für eine soziale Europäische Union, <https://www.dgb.de/++co++4385c82a-17c4-11df-5c52-00093d10fae2>, zuletzt abgerufen am 19.01.2022.

³ Calliess/Korte, Dienstleistungsrecht, S. 25; Riccardi, BQE Nr. 8887, S. 3.

⁴ Wiesner/Wiedmann, ZIP 2005, 1210; Schliesky, DVBl 2005, 887.

Schritt wird somit sein, die bisherige Rechtsprechung des EuGH und insbesondere das Cassis-Urteil zu untersuchen und sie im Folgenden dem Herkunftslandprinzip der Dienstleistungsrichtlinie gegenüberzustellen und schlussendlich den Vergleich zu ziehen.

Erster Teil: Das „Cassis de Dijon“ – Urteil und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

I. „Cassis“ – Urteil als Ausgangspunkt

Das Urteil in der Rechtssache „Cassis de Dijon“⁵ aus dem Jahre 1979 gehört neben den Entscheidungen „Dassonville“ und „Keck“ zu den wegweisendsten Urteilen des EuGH zur Reichweite der Grundfreiheiten.

Der Sachverhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Bundesmonopolverwaltung für Branntwein untersagte der Rewe-Zentral-AG die Einfuhr des Likörs „Cassis de Dijon“ aus Frankreich, da dieser nicht den nach deutschem Recht erforderlichen Mindestalkoholgehalt von 32% aufweise. Damit sei der Likör in Deutschland nicht verkehrsfähig. Gegen diesen Bescheid erhob Rewe Klage vor dem Verwaltungsgericht Darmstadt, welches die Sache an das Hessische Finanzgericht verwies. Dieses rief den EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens an und legte dem Gericht eine Frage bezüglich der Auslegung des Art. 34 AEUV (damals Art. 30 EWG-Vertrag) vor. Das Erfordernis eines Mindestalkoholgehalts betraf deutsche wie französische Liköre gleichermaßen, sodass der EuGH erstmals eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme eines Mitgliedsstaates zu beurteilen hatte.

Der EuGH ordnete zwar auch die unterschiedslos anwendbare Maßnahme als „Maßnahme gleicher Wirkung“ ein, nahm aber an anderer Stelle Einschränkungen vor: Zunächst stellte das Gericht fest, dass es an einer gemeinschaftlichen Regelung bezüglich der Vermarktung von Weingeist mangle. Solange keine positive Harmonisierung stattgefunden habe, bleibe der Erlass der betreffenden Vorschriften grundsätzlich Angelegenheit des einzelnen Mitgliedsstaates. Dabei dürften die Grundfreiheiten im Binnenmarkt nur durch Regelungen eingeschränkt werden, wenn diese „notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden“. Bei diesen

⁵ EuGH, Rs. C-120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

„zwingenden Erfordernissen“ könne es sich unter anderem um die wirksame steuerliche Kontrolle, den Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Lauterkeit des Handelsverkehrs oder den Verbraucherschutz handeln.

Die „Cassis-Formel“ wurde in späteren Urteilen um weitere Erfordernisse ergänzt.⁶ Im vorliegenden Fall erkannte das Gericht keine zwingenden Erfordernisse, die eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt hätten. Insbesondere würde ein Mindestalkoholwert von 32% nicht zu seltenerem Alkoholgenuss und somit einem Schutz der öffentlichen Gesundheit führen. Rewe war somit ungerechtfertigt in seiner Warenverkehrsfreiheit beschränkt und durfte schlussendlich den Cassis aus Dijon einführen.

Dies sollte aber nicht die einzige Folge jenes Urteils bleiben. Knapp anderthalb Jahre später richtete sich die Kommission nämlich mit einer Mitteilung an die Mitgliedsstaaten und unterrichtete diese über die Auswirkungen des Urteils auf den Warenverkehr im Binnenmarkt.⁷ Darin wurde das Urteil des EuGH verallgemeinernd interpretiert und positiv formuliert:

„Jedes in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis ist grundsätzlich auf dem Markt der anderen Mitgliedstaaten zuzulassen.“

Das Gericht stellte also das Postulat auf, dass jede in einem Mitgliedsstaat rechtmäßig in den Verkehr gebrachte Ware grundsätzlich in den anderen Mitgliedsstaaten zuzulassen und somit im Binnenmarkt frei zirkulieren kann. Aus diesem Postulat der freien Verkehrsfähigkeit von Waren wurden im Folgenden von der Literatur verschiedene Prinzipien abgeleitet, die unter dem „Grundsatz der Einheit des Marktes“⁸ unterschiedliche Aspekte dieses Postulats hervorheben und jeweils ineinandergreifen.⁹

Eine entscheidende Ausprägung dieses Grundsatzes ist das **Prinzip der gegenseitigen Anerkennung**. Grundgedanke dieses Prinzip ist es, dass Marktgleichheit nicht nur durch positive, harmonisierende Rechtsangleichung erreicht werden kann.¹⁰ Rechtsgleichheit im Binnenmarkt

⁶ Calliess/Ruffert-Kingreen, AEUV, Art. 36, Rn. 80.

⁷ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 03.10.1980 (Nr. C 256/2), Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 („Cassis de Dijon“).

⁸ EuGH, Rs. C-193/80, *Kommission v. Italien*, ECLI:EU:C:1981:298.

⁹ Ahlfeld, *Zwingende Erfordernisse*, S. 31.

¹⁰ Grabitz, FS Steindorff, S. 1237.

kann auch erzielt werden, indem die Bestimmungsländer trotz des Vorliegens legitimer Zwecke zu einem Verzicht auf die Anwendung ihrer Schutznormen verpflichtet sind, solange der Schutzzweck dieser Normen schon hinreichend durch Normen des Herkunftslandes erreicht wird.¹¹ Laut dem ehemaligen Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs J. Mertens de Wilmars sei in dieser Anerkennung der Vermarktungsbedingungen des Herkunftslandes eine spezielle Ausformung des Subsidiaritätsprinzips zu erkennen.¹²

Diesen Gedanken hat die Kommission 1985 in ihrem Weißbuch aufgenommen und mit „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“¹³ betitelt:

„Wenn ein Erzeugnis in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, ist nicht einzusehen, warum es nicht überall in der Gemeinschaft ungehindert verkauft werden sollte. Die Ziele nationaler Rechtsvorschriften - wie der Schutz der menschlichen Gesundheit, des menschlichen Lebens und der Umwelt - decken sich in den meisten Fällen. Hieraus folgt, daß die Vorschriften und Kontrollen, mit denen diese Ziele erreicht werden sollen, zwar verschiedene Formen annehmen können, im Kern aber auf das gleiche hinauslaufen und daher normalerweise in allen Mitgliedstaaten anerkannt werden sollten, wobei die Möglichkeiten für eine Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden nicht vergessen werden dürfen.“

II. Ausgestaltung in weiteren Entscheidungen

Dieses Prinzip der Anerkennung von Vorschriften und Kontrollen anderer Mitgliedsstaaten, das seine Wurzeln also im „Cassis“-Urteil findet, wurde vom EuGH in darauffolgenden Entscheidungen weiter ausdifferenziert. In einem Urteil aus dem Jahre 1986 hatte sich der EuGH mit der Zulassung von Holzbearbeitungsmaschinen in Frankreich auseinanderzusetzen.¹⁴ Hier stellte das Gericht die Vergleichbarkeit der Schutzniveaus der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in den Mittelpunkt des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung. Solange das Schutzniveau des Herkunftslandes mit dem des Bestimmungslandes vergleichbar sei, sei ein Einfuhrverbot unverhältnismäßig, nur weil die Zulassungsnormen des Bestimmungslandes nicht „buchstabengenau“ erfüllt seien. Als zentrales Kriterium für die gegenseitige Anerkennung

¹¹ Steindorff, ZHR 1986, 692.

¹² de Wilmars, RMUE 4/1992, S. 193.

¹³ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat – Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) vom 14.06.1985, S. 6, Rn. 13; S. 17, Rn. 58.

¹⁴ EuGH, Rs. C-188/84, *Kommission v. Frankreich*, ECLI:EU:C:1986:43.

wird in diesem Urteil somit die **Gleichwertigkeit der Schutzniveaus der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen** herausgearbeitet.

In den Urteilen „Sandoz“¹⁵ (1983) und „Kommission/Deutschland“¹⁶ (1987) musste das Gericht die Rechtmäßigkeit der Anwendung der niederländischen Nahrungsergänzungsmittelverordnung beziehungsweise des deutschen Reinheitsgebotes auf ausländische Produkte beurteilen. Dies nutzte das Gericht für einige grundlegende Ausführungen zu den Verfahrensschritten im Rahmen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung. Zunächst äußerte sich das Gericht zur Frage der Beweislast in einem Zulassungsverfahren. Demnach müsse nicht der Importeur die Unschädlichkeit des Produktes nachweisen, er müsse vielmehr den Behörden nur alle erforderlichen Dokumente zur Verfügung stellen.¹⁷ Ein solches Zulassungsverfahren müsse außerdem leicht zugänglich sein und nur einen angemessenen Zeitraum in Anspruch nehmen. Ebenso sei Rechtsschutz gegen eine versagte Zulassung zu gewährleisten.¹⁸

In den Entscheidungen „Biologische Producten“¹⁹ (1981) und „Bouchara“²⁰ (1989) wurde darüber hinaus festgelegt, dass bereits im Herkunftsland erfolgte Analysen und Laborversuche oder bereits im Herkunftsland erteilte Bescheinigungen nicht vom Bestimmungsland „ohne Not“ erneut durchgeführt beziehungsweise gefordert werden dürfen, solange sie diesem zur Verfügung stehen.

Schließlich hat der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung ausdrücklich aus Art. 34 AEUV einen „Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung“ abgeleitet²¹ und sich somit schlussendlich auch der Terminologie der Literatur bedient. Dreh- und Angelpunkt all dieser Ausgestaltungen ist das „gegenseitige Vertrauen“ der Mitgliedsstaaten untereinander. Im Kern ist das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung also das Vertrauen in die Gesetzgebung, die Verwaltungsverfahren, die Institutionen und die Kontrollmaßnahmen der anderen Mitgliedsstaaten, um als Union dem gemeinsamen Ziel eines vollendeten Binnenmarktes näherzukommen.²² Zusammenfassend impliziert das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, dass der importierende Mit-

¹⁵ EuGH, Rs. C-174/82, *Sandoz*, ECLI:EU:C:1983:213.

¹⁶ EuGH, Rs. C-178/84, *Kommission v. Deutschland*, ECLI:EU:C:1987:126.

¹⁷ EuGH, Rs. C-174/82, *Sandoz v. Arrondissementsrechtbank's-Hertogenbosch*, ECLI:EU:C:1983:213, Rn. 22 ff.

¹⁸ EuGH, Rs. C-178/84, *Kommission v. Deutschland*, ECLI:EU:C:1987:126, Rn. 45f.

¹⁹ EuGH, Rs. C-272/80, *Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten*, ECLI:EU:C:1981:312.

²⁰ EuGH, Rs. C-25/88, *Wurmser u.a.*, ECLI:EU:C:1989:187.

²¹ EuGH, Rs. C-110/05, *Kommission v. Italien*, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 34.

²² *Mattera*, RMUE 4/1992, S. 53.

gliedsstaat grundsätzlich auf die Anwendung eigener Produktions- und Marktregeln auf Importe verzichtet und somit diejenigen des Herkunftslandes akzeptiert.²³ Damit vertraut das Bestimmungsland auch automatisch auf ausreichende Standards und deren Überwachung im Herkunftsland.²⁴

III. Rechtliche Gestaltungselemente

Zu klären bleibt aber, wo der dogmatische Anknüpfungspunkt des Prinzips gegenseitiger Anerkennung zu verorten ist. Im Rahmen der Rechtfertigung von „Maßnahmen gleicher Wirkung“ ist auf Art. 36 AEUV abzustellen. Nach Art. 36 S. 1 AEUV müssen zum Schutz bestimmter Rechtsgüter ergriffene Maßnahmen „gerechtfertigt“ sein. Hieraus und aus dem Verbot einer „willkürlichen Diskriminierung“ aus Art. 36 S. 2 AEUV lässt sich das Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ablesen.²⁵ Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegen demzufolge auch die ungeschriebenen „zwingenden Erfordernisse“ nach „Cassis“, da das Prinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz im gesamten Anwendungsbereich des Unionsrechts zu berücksichtigen ist.²⁶ Als entscheidendes Kriterium ist innerhalb dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung die Erforderlichkeit der Maßnahme des importierenden Mitgliedsstaates zu überprüfen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfe der angestrebte „Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken“ würden.²⁷ Kann der Mitgliedsstaat zwischen verschiedenen, gleich effektiven Mitteln wählen, „so hat er das Mittel zu wählen, das den freien Warenverkehr am wenigsten behindert“.²⁸ Bei der Bewertung der Erforderlichkeit der Maßnahme des importierenden Mitgliedsstaates ist nun dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung Rechnung zu tragen. Eine Maßnahme ist nämlich nicht erforderlich, wenn das angestrebte Ziel bereits durch gleichwertige Maßnahmen im Herkunftsstaat erreicht werden kann.²⁹ Für das importierende Mitgliedsland bleibt also immer zu überprüfen, ob das jeweilige Allgemeininteresse nicht bereits durch Rechtsvorschriften und Kontrollmaßnahmen des Herkunftslandes hinreichend geschützt wird.

²³ Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse, S. 32.

²⁴ VerLoren van Themaat, in: 1992: One European Market?, S. 118.

²⁵ von der Groeben/Schwarze/Hatje-Müller-Graff, AEUV, Art. 36, Rn. 161 ff.

²⁶ Streinz-W. Schroeder, AEUV, Art. 36, Rn. 50.

²⁷ EuGH, Rs. C-25/88, *Wurmser u.a.*, ECLI:EU:C:1989:187, Rn. 13 ff.

²⁸ EuGH, Rs. C-178/84, *Kommission v. Deutschland*, ECLI:EU:C:1987:126, Rn. 28.

²⁹ Calliess/Ruffert-Kingreen, AEUV, Art. 36, Rn. 96 (dort als Herkunftslandprinzip bezeichnet).

Bei dieser Überprüfung sind die oben erörterten Differenzierungen zu beachten. Durch die Verneinung der Erforderlichkeit einer Maßnahme im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der daran geknüpften Verpflichtung zum Verzicht auf die Anwendung dieser Maßnahme erkennt das Bestimmungsland im Endeffekt die Kontrollmaßstäbe des Herkunftslandes an. Dieser „Zwischenakt“ als Ausfluss der Verhältnismäßigkeitsprüfung bildet somit den dogmatischen Anknüpfungspunkt für das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Waren, welche in einem anderen Mitgliedsstaat in den Verkehr gebracht wurden, sind also nicht, wie von der Kommission aus dem „Cassis“ Urteil geschlussfolgert, per se in anderen Mitgliedsstaaten verkehrsfähig. Vielmehr stehen sie im Bestimmungsland weiter unter dem Vorbehalt nationaler Vorschriften. Allerdings obliegt diesem Bestimmungsland die Rechtfertigungslast im Rahmen einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn es sich auf seine nationalen Schutznormen beruft.³⁰ Im Ergebnis führt dies somit zu einer faktischen Verpflichtung zur Anerkennung der Schutzstandards des Herkunftslandes.³¹

Im weiteren Verlauf der Verhältnismäßigkeitsprüfung werden dann die Schwere des mitgliedstaatlichen Eingriffs in den Handel innerhalb des Binnenmarktes und der dadurch erzielte Schutzgewinn miteinander abgewogen.³² Hierbei wird folglich das Verhältnis zwischen der Beeinträchtigung des unionalen Handels und des dadurch erwartbaren Gewinns an Schutzgutsicherung für die Uniongemeinschaft bestimmt.³³ Im Rahmen dieser Abwägung wird schlussendlich festgestellt, ob das europäische Gemeinwohl im konkreten Einzelfall stärker vom Schutzgewinn durch die beeinträchtigende Maßnahme profitiert als es durch die Einschränkung des Handels im Binnenmarkt verliert. Je nachdem wie diese Abwägung ausfällt, ist die mitgliedstaatliche Maßnahme im Ergebnis gerechtfertigt oder nicht.

IV. Anwendung des Prinzips auf andere Grundfreiheiten

Als Teil eines größeren Strategiewechsels weg von positiver Normangleichung hin zu gegenseitiger Normanerkennung³⁴ klingt im Weißbuch der Kommission von 1985 auch erstmals eine

³⁰ Streinz-W. Schroeder, AEUV, Art. 34, Rn. 75.

³¹ Vgl. EuGH, Rs. C-448/98, *Guimont*, ECLI:EU:C:2000:663, Rn. 32; Schroeder, ZLR 2009, 279; von Borries/Petschke, DVBl 1996, 1343.

³² Calliess/Ruffert-Kingreen, AEUV, Art. 36, Rn. 98.

³³ Müller-Graff, Marktrecht, S. 355 f.

³⁴ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat – Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) vom 14.06.1985, S. 6, Rn. 13.

parallele Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf andere Grundfreiheiten an³⁵:

„Was für Waren gilt, gilt auch für Dienstleistungen und für Personen. Wenn Bürger der Gemeinschaft oder Gesellschaften die Voraussetzungen für eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat erfüllen, gibt es keinen stichhaltigen Grund, warum diese Bürger oder Gesellschaften nicht auch in anderen Teilen der Gemeinschaft ihre wirtschaftliche Tätigkeit ausüben sollten.“

Im Gegensatz zur Freizügigkeit von Personen dienen sowohl Waren als auch Dienstleistungen der Bedürfnisbefriedigung des Konsumenten, sie zeichnen sich somit durch ihren Produktcharakter aus.³⁶ Der Gerichtshof trägt dieser Nähe von Waren- und Dienstleistungsfreiheit Rechnung, indem er Art. 62 iVm Art. 52 I AEUV weit auslegt und Parallelen zu Art. 36 AEUV zieht.³⁷ Im Ergebnis wird somit bei Waren und Dienstleistungen der gleiche Rechtfertigungsmaßstab angelegt.³⁸ Als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung fand so auch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung Anwendung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit.

Deutlich wird dies insbesondere in der Entscheidung „Van Wesemael“³⁹. Willy van Wesemael, einem belgischen Kaffeehausangestellten, wurde vorgeworfen, sich wegen der Einstellung eines Varietékünstlers an ein gewerbliches Stellenvermittlungsbüro gewandt zu haben, welches aber in Belgien keine ordnungsgemäße Genehmigung besaß. Gegen van Wesemael und den in Frankreich niedergelassenen gewerblichen Künstlervermittler Jean Poupart wurden daraufhin Strafverfahren eingeleitet. Der Gerichtshof hatte nun im Rahmen der Vorabentscheidung auszulegen, ob die einschlägigen belgischen Strafnormen den freien Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigten. Das Gericht stellte fest, dass das Erfordernis einer Genehmigung nicht „objektiv notwendig“ sei, wenn der Dienstleistende in seinem Herkunftsland Inhaber einer vergleichbaren Genehmigung sei und er im Herkunftsland einer „angemessenen Beaufsichtigung“ unterstellt sei.⁴⁰ Die Verpflichtung zur Einholung einer

³⁵ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat – Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) vom 14.06.1985, S. 17, Rn. 58.

³⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim-Randelzhofer/Forsthoff, AEUV, Art. 62, Rn. 10.

³⁷ Reich, ZHR 153, 591; Forsthoff, EWS 2001, 61.

³⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-353/89, *Kommission v. Niederlande*, ECLI:EU:C:1991:325, Rn. 15 ff.; EuGH, Rs. C-34/95, *Konsumentombudsmannen v. de Agostini und TV-Shop*, ECLI:EU:C:1997:344, Rn. 52.

³⁹ EuGH, Rs. C-110/78, *Ministère public u.a. v. van Wesemael*, ECLI:EU:C:1979:8.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-110/78, *Ministère public u.a. v. van Wesemael*, ECLI:EU:C:1979:8, Rn. 29 f.

Genehmigung mit dem Argument des Gesundheitsschutzes der Künstler ist also unverhältnismäßig, wenn der Künstlervermittler bereits in seinem Herkunftsland eine vergleichbare Genehmigung mit ähnlichem Schutzniveau besitzt.

In diesen Ausführungen des Gerichts wird deutlich, dass der Anwendungsbereich des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung nicht auf die Warenverkehrsfreiheit beschränkt bleibt. Vielmehr findet es auch bei der Bewertung der Erforderlichkeit von Maßnahmen Anwendung, welche die Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt einschränken. Bis zum Erlass der Dienstleistungsrichtlinie wurde also auch die Dienstleistungsfreiheit vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung geprägt.

Zu untersuchen bleibt nun, ob mit der Dienstleistungsrichtlinie lediglich diese Ausdifferenzierungen der Rechtsprechung kodifiziert werden sollten oder ob doch ein anderer Ansatz zur Weiterentwicklung des Binnenmarktes gewählt wurde.

Zweiter Teil: Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie und das Herkunftslandprinzip

Ende März des Jahres 2000 verabschiedeten die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedsstaaten auf einem Sondergipfel in Lissabon ein Programm, welches die politischen Leitlinien für das kommende Jahrzehnt festlegen sollte. Zentrales strategisches Ziel dieser Lissabon-Strategie war die Entwicklung der Union „zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum in der Welt“⁴¹. Die Kommission führte diesbezüglich in einem Bericht zum Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen aus dem Jahr 2002 aus:⁴²

„Dienstleistungen sind in der modernen Wirtschaft allgegenwärtig. Sie erzeugen fast 70 % des Bruttosozialproduktes und der Beschäftigung und bergen ein beträchtliches Wachstums- und Arbeitsplatzpotenzial. Die Nutzung dieses Potenzials und das Angebot konkurrenzfähigerer und qualitativ höherwertiger Dienstleistungen für Bürger und Unternehmen in Europa, sind Kernziele der Wirtschaftsreform der Europäischen Union.“

⁴¹ Europäischer Rat, 23. und 24. März 2000 in Lissabon, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm, zuletzt abgerufen am 29.01.2022.

⁴² Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen, KOM (2002) vom 30.07.2002, S. 11.

Vor diesem Hintergrund stellte der damalige Kommissar für den Binnenmarkt Bolkestein einen ersten Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie vor.⁴³

I. Rechtliche Gestaltungselemente im Richtlinienentwurf

Von diesem Richtlinienentwurf (RL-E) waren grundsätzlich alle Dienstleistungen umfasst, welche von einem in einem Mitgliedsstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden (Art. 2 RL-E). Dabei wurde der vom Gerichtshof entwickelte Dienstleistungsbegriff zugrunde gelegt; der Entwurf umfasste somit grundsätzlich alle grenzüberschreitenden gegen Entgelt erbrachten Leistungen, welche nicht den anderen Grundfreiheiten unterfallen.⁴⁴ Ausgenommen waren nach Art. 2 RL-E hiervon nur durch andere Sekundärrechtsakte spezialgesetzlich geregelte Ausnahmen wie zum Beispiel Finanzdienstleistungen oder Dienstleistungen der elektronischen Kommunikation. Im Weiteren unterschied der Entwurf zwischen der dauerhaften Niederlassung eines Dienstleistungserbringers (Art. 5 bis 15 RL-E) und der vorübergehenden Erbringung einer Dienstleistung (Art. 16 bis 25 RL-E) in einem anderen Mitgliedsstaat.

1. Materiell-rechtliche Dimension des Herkunftslandprinzips

Im Bereich der klassischen Dienstleistungsfreiheit, also der nur vorübergehenden Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedsstaat, fungierte Art. 16 RL-E als Dreh- und Angelpunkt. Dieser war mit „Herkunftslandprinzip“ betitelt und legte grundsätzlich Folgendes fest:

„(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind. (...)

(2) Der Herkunftsmitgliedstaat ist dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, auch wenn er diese in einem anderen Mitgliedstaat erbringt.“

⁴³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) vom 25.02.2004.

⁴⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim-Randelzhofer/Forsthoff, Art. 56, Art. 57, Rn. 34.

Der „koordinierte Bereich“ wurde in Art. 4 RL-E als „Gesamtheit der für die Aufnahme von Dienstleistungstätigkeiten oder ihre Ausübung geltenden Anforderungen“ legaldefiniert. Im Ergebnis sollte nach Art. 16 RL-E für den Dienstleistungserbringer ipso iure im Bereich der Dienstleistungsaufnahme und der Dienstleistungsausübung somit ausschließlich das Recht seines Herkunftslandes gelten. Das Bestimmungsland durfte beispielsweise vom Dienstleistungserbringer nicht mehr verlangen, eine Genehmigung zu beantragen, besondere Eintragungen in etwaige Register des Bestimmungslandes vorzunehmen oder die geltenden Anforderungen des Bestimmungslandes für die Erbringung einer Dienstleistung zu erfüllen.

Es waren jedoch einige Ausnahmen von diesem Herkunftslandprinzip für besonders umstrittene Sektoren vorgesehen. Art. 17 RL-E klammerte beispielsweise die deliktische Haftung bei Personenschäden, die Post-, Gas-, Elektrizitäts- und Wasserversorgung und alle in der RL zur Anerkennung der Berufsqualifikation genannten reglementierten Berufe vom Anwendungsbereich des Art. 16 RL-E aus. Außerdem sah Art. 19 RL-E ein spezielles Verfahren vor, nach welchem das Bestimmungsland in Einzelfällen (insbesondere im Gesundheitssektor und zum Schutz der öffentlichen Ordnung) eigene Maßnahmen ergreifen konnte. Diese Maßnahmen mussten aber für den Dienstleistungserbringer einen größeren Schutz bewirken als die Maßnahmen seines Herkunftslandes. Außerdem musste das Bestimmungsland zunächst den Herkunftsstaat um Überprüfung des Dienstleistungserbringers bitten und musste anschließend noch die Kommission benachrichtigen (Art. 37 RL-E). Praktisch bedeutete dieses Verfahren also keine wesentliche Einschränkung des Herkunftslandprinzips. Vielmehr sollte durch Art. 16 RL-E trotz der skizzierten Ausnahmen das Herkunftslandprinzip weitestgehend im gesamten europäischen Dienstleistungsverkehr Einzug erhalten.

2. Exterritoriale Wirtschaftsaufsicht als zweite Dimension des Herkunftslandprinzips

Neben dieser materiell-rechtlichen Facette des Herkunftslandprinzips stellte die Zuständigkeit für die administrative Wirtschaftsaufsicht die zweite, wesentliche Neuerung dar. Für die Kontrolle des Dienstleistungserbringers im Bestimmungsland und dementsprechend auch für die Kontrolle der Einhaltung seiner eigenen Rechtsvorschriften im Bestimmungsland waren die Behörden des Herkunftslands selbst verantwortlich. Das Herkunftsland übernahm somit die Wirtschaftsaufsicht über die seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Dienstleistungserbringer im gesamten Unionsgebiet. Dafür sah Art. 34 f. RL-E ein spezielles Verfahren vor, in welchem das Bestimmungsland allenfalls unterstützend tätig werden konnte.

Zunächst sollten in allen Mitgliedsstaaten einheitliche Kontaktstellen eingerichtet werden. Für den Fall, dass ein Mitgliedsstaat Kenntnis von rechtswidrigem Verhalten eines Dienstleistungserbringers erhält, sollte dieser zunächst das Herkunftsland darüber unterrichten und gegebenenfalls eine Überprüfung erbeten (Art. 35 RL-E). Diese Überprüfung sollte dann wiederum in einem System der Amtshilfe im Zusammenspiel der Behörden des Herkunfts- und des Bestimmungslandes durchgeführt werden (Art. 36 RL-E). Hierbei werden die Behörden des Bestimmungslandes grundsätzlich nur auf Ersuchen des Herkunftslandes tätig. Es werden somit zwar keine Kontrollbefugnisse auf fremdem Territorium verliehen, trotzdem obliegt dem Herkunftsland die Entscheidung, ob überhaupt Kontrollen durchgeführt werden sollen.⁴⁵

Im Ergebnis sollte also das Herkunftsland die Federführung der Kontrollen der Dienstleistungserbringer mit Niederlassung in seinem Hoheitsgebiet übernehmen, unabhängig davon, in welchem Mitgliedsstaat der Dienstleistungserbringer seine Dienstleistung letztendlich anbietet. Formuliert der Richtlinienentwurf es noch zurückhaltend als „gegenseitige Unterstützung“ (Art. 35 RL-E), wird man angesichts der weitreichenden Konsequenzen des Herkunftslandprinzips und insbesondere der inkorporierten Kontrollmechanismen demzufolge von einem vielmehr „grenzenlosen Vertrauen“ in die Rechtsordnung des Herkunftslandes und dessen effektiver Rechtsanwendung sprechen können.⁴⁶

3. Praktische Auswirkungen im Einzelfall

Die praktischen Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf den Einzelfall sind beträchtlich. Zur Verdeutlichung soll nun die oben erörterte Rechtssache „van Wesemael“ erneut aufgegriffen und die Rechtslage des Varietékünstlers unter der dem Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie dargestellt werden:

Im Ausgangspunkt ging es um einen Künstlervermittler, der in Frankreich niedergelassen war und dort auch die erforderliche Genehmigung zur Durchführung seiner Vermittlungstätigkeiten besaß. Dieser Künstlervermittler nahm auch im benachbarten Belgien Vermittlungen vor, besaß dort aber nicht die erforderliche Genehmigung. Unter dem Richtlinienentwurf wäre im koordinierten Bereich, also im Bereich der Dienstleistungsaufnahme und der Dienstleistungsausübung, nur das Recht des Herkunftslandes anwendbar. Der Künstlervermittler würde also

⁴⁵ Möstl, DÖV 2006, 287.

⁴⁶ Calliess, Dienstleistungsrichtlinie, S. 17.

„sein“ Recht aus Frankreich mitbringen und wäre in Belgien in Bezug auf die Dienstleistung auch nur diesem unterworfen. Eine zusätzliche belgische Genehmigung ist nach Art. 16 III RL-E ausdrücklich nicht erforderlich. Für die Kontrolle der Einhaltung französischer Vorschriften durch den französischen Künstlervermittler in Belgien sind nach Art. 34 f. RL-E ausschließlich die französischen Behörden zuständig, diese können sich wiederum im Rahmen der Amtshilfe an die belgischen Behörden wenden.

II. Vereinbarkeit des „radikalen“ Herkunftslandprinzips mit Verfassungs- und Primärrecht

Nach der Regelungstechnik des ursprünglichen Kommissionsentwurfs werden Recht und Verwaltung des Bestimmungslandes im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung von Recht und Verwaltung des Herkunftslandes verdrängt. Eine solches Durchbrechen des Territorialitätsprinzips ist sowohl verfassungsrechtlich als auch primärrechtlich problematisch.

1. Deutsches Verfassungsrecht

Art. 23 GG ist die zentrale Norm des Grundgesetzes für die europäische Integration. Diese Norm ermächtigt den deutschen Gesetzgeber, Hoheitsrechte an die Europäische Union zu übertragen. Der Kommissionsentwurf überträgt die Verantwortung für die Kontrolle der Dienstleistungserbringer in Deutschland jedoch auf die Herkunftsländer. Im Gegensatz zur Union, welche vom deutschen Volk im Wege der dualen Legitimation demokratisch mitlegitimiert wird, besteht zwischen den staatlichen Institutionen der Herkunftsländer und dem deutschen Volk kein Legitimationszusammenhang. Mithin würde bei einer Umsetzung dieses Richtlinienentwurfs eine extraterritoriale Kontrollbefugnis für die Herkunftsländer eingeführt, es würden also Hoheitsrechte auf fremde Staaten übertragen. Zu einer solchen ermächtigt Art. 23 GG den deutschen Gesetzgeber jedoch nicht, eine solche Regelung wäre wohl nicht verfassungskonform.

2. Europäisches Primärrecht

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 I EUV darf die Union nur in denjenigen Bereichen tätig werden, in denen ihr in den Verträgen ausdrücklich Kompetenzen

übertragen wurden. Die Kompetenzen der Union für die Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit sind in Art. 53 I AEUV in Verbindung mit Art. 62 AEUV geregelt. Gemäß Art. 53 I Alt. 2 AEUV darf die Union Richtlinien für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten erlassen. Fraglich ist aber, ob es sich bei der oben dargestellten Verdrängung des Rechts des Bestimmungslandes durch das Recht des Herkunftslandes noch um eine Koordinierung handelt. Bei einer Koordinierung im Sinne dieses Artikels handelt es sich um eine Erleichterung der Anerkennung grenzüberschreitender Sachverhalte.⁴⁷ Durch die Verdrängung des Rechts des Bestimmungslandes wird die Anerkennung jedoch nicht nur erleichtert, der Anerkennungsprozess wird vielmehr hinfällig. Durch die Verweisung auf das Recht des Herkunftslandes wird eher eine Aussage darüber getroffen, welches Recht generell im koordinierten Bereich anwendbar sein soll. Die Regelung führt zu einer Verdrängung der Vorschriften des Bestimmungslandes bei gleichzeitiger Beschränkung von dessen Kontrollmöglichkeiten; sie geht damit über eine Erleichterung der Anerkennung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten hinaus.⁴⁸ Eine solche Regelung stellt vielmehr eine Kollisionsnorm dar, deren Erlass nicht auf Art. 53 I AEUV gestützt werden kann.⁴⁹ Somit ist eine derartige Ausgestaltung des Herkunftslandprinzips als unvereinbar mit den europäischen Verträgen einzuordnen.

III. Herkunftslandprinzip in anderen Sekundärrechtsakten

Das Herkunftslandprinzip spielte aber nicht erst mit der Dienstleistungsrichtlinie eine Rolle in der europäischen Gesetzgebung. Bereits im Jahr 2000 hatte das Herkunftslandprinzip Einzug in eine andere Richtlinie gefunden. Die E-Commerce Richtlinie regelte die Dienste der Informationsgesellschaft neu; sie umfasste also alle elektronisch im Fernabsatz erbrachten Dienstleistungen. Art. 3 dieser Richtlinie war zwar nicht mit Herkunftslandprinzip betitelt, erklärte aber nichts anderes. Gemäß Art. 3 E-Commerce RL ist ausschließlich das Recht des Mitgliedsstaates anwendbar, in dessen Hoheitsgebiet der Diensteanbieter niedergelassen ist. Das Herkunftslandprinzip wurde folglich zu Beginn der 00er Jahre vermehrt in Sekundärrechtsakten verwendet und von der Europäischen Kommission als wirksames Mittel zur Vollendung des Binnenmarktes angesehen.⁵⁰

⁴⁷ von der Groeben/Schwarze/Hatje-Tiedje, AEUV, Art. 53, Rn. 13.

⁴⁸ BR-Drs. 128/04 vom 02.04.2004, Rn. 5.

⁴⁹ von der Groeben /Schwarze/Hatje-Tiedje, AEUV, Art. 53, Rn. 35.

⁵⁰ Dettling/Herr, PharmR 2005, 47.

In der Entwicklung der Rechtssetzung der Europäischen Union in diesem Zeitraum lässt sich eine weitere Tendenz erkennen. Über einen langen Zeitraum hinweg waren die Grundfreiheiten die wichtigsten subjektiven Rechte des Unionsrechts.⁵¹ Diese wurden durch umfassende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über Jahrzehnte ausdifferenziert und erlangten dadurch erst ihre Durchschlagskraft. Seit dem Jahrtausendwechsel wird der Binnenmarkt jedoch zunehmend durch Sekundärrecht reguliert. Oftmals wird in diesen Sekundärrechtsakten jedoch die langjährige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geradezu kodifiziert.⁵² Zu untersuchen bleibt schlussendlich, ob dies beim dargestellten Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie ebenfalls der Fall war; ob also die langjährige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Waren- und Dienstleistungsfreiheit mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Mittelpunkt schlussendlich in der ersten Fassung der Dienstleistungsrichtlinie kodifiziert werden sollte. Zu diesem Zweck sind Herkunftslandprinzip und Prinzip der gegenseitigen Anerkennung einem Vergleich zu unterziehen.

Dritter Teil: Herkunftslandprinzip und gegenseitige Anerkennung – zwei Bezeichnungen für das gleiche Prinzip?

Angesichts der Polarisierung des Richtlinienentwurfs in der europäischen Öffentlichkeit wurden dessen rechtliche Hintergründe verstärkt aus der öffentlichen Debatte verdrängt. Stattdessen geisterte das Schreckgespenst eines „race-to-the-bottom“ durch die europäischen Medien, sodass die Debatte an Konstruktivität verlor und eine zunehmende Spaltung der europäischen Zivilgesellschaft bewirkte.

Im Kern stellt sich aber die Frage nach den rechtlichen Unterschieden zwischen der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit mit dem, aus der Warenverkehrsfreiheit adaptierten, Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und dem Richtlinienentwurf mit dem Herkunftslandprinzip. Stellt dieser Richtlinienentwurf lediglich eine Kodifizierung einer jahrzehntelangen Rechtsprechung dar? Oder ist doch von einem fundamental anderen unionsrechtlichen Ansatzpunkt zu sprechen, vor dessen Liberalisierungswirkung Gewerkschaften und Verbraucherschutzverbände in zahllosen Stellungnahmen gewarnt haben?

⁵¹ Calliess/Ruffert-Kingreen, AEUV, Art. 36, Rn. 6.

⁵² Vgl. Patienten-Richtlinie 2011/24/EU; hierzu: Becker/Kingreen-Kingreen, SGB V, § 13, Rn. 34.

Antworten auf diese Fragen gibt eine vergleichende Betrachtung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung und des Herkunftslandprinzips hinsichtlich Rechtsdogmatik und Wirksamkeit.

I. Zielsetzung beider Prinzipien

Beide Prinzipien eint zunächst ihre grundsätzliche Zielsetzung, wollen sie doch beide Waren/Dienste, welche in einem Mitgliedsstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden, im gesamten Binnenmarkt verkehrsfähig machen.⁵³ Damit streben beide den Abbau von Handelshemmnissen und letztendlich die Vollendung des Binnenmarkts an, welche bereits im Weißbuch der Kommission aus dem Jahre 1985 als Ziel gesteckt wurde.⁵⁴

II. Rechtsdogmatik

1. Materiell-rechtliche Perspektive

Die beiden Prinzipien setzen dieses Ziel jedoch mit unterschiedlichen Mitteln um.

Beim **Prinzip der gegenseitigen Anerkennung** bleibt das Recht des Bestimmungslandes anwendbar. Jedoch darf das nationale Recht des Bestimmungslandes dem Erbringer der Wirtschaftsleistung keine unverhältnismäßigen Beschränkungen aufbürden, insbesondere wenn deren Voraussetzungen bereits im Herkunftsland hinreichend erfüllt wurden. Hat bereits das Herkunftsland die Leistung hinlänglich kontrolliert und durch seine Wirtschaftsüberwachung das Gemeinwohl im Binnenmarkt gebührend gewahrt, dann muss das Bestimmungsland sich diese Kontrolle anrechnen lassen. Im Rahmen seiner eigenen Kontrolle, also in einer Art Zwischenakt der gegenseitigen Anerkennung, erkennt das Bestimmungsland die Standards des Herkunftslandes an und lässt die Leistung schlussendlich im eigenen nationalen Wirtschaftsraum zu.

Das **Herkunftslandprinzip** des Kommissionsentwurfs wählt einen grundlegend anderen Ansatz. Der Erbringer der Wirtschaftsleistung nimmt hierbei das Recht des Herkunftslandes in das Bestimmungsland mit, es ist somit an die Wirtschaftsleitung gekoppelt. Art. 16 RL-E greift dieses Prinzip auf, indem festgelegt wird, dass „*Dienstleistungserbringer* (im koordinierten Bereich) *lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterfallen*“. Das Recht

⁵³ von Borries/Petschke, DVBl 1996, 1343.

⁵⁴ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat – Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) vom 14.06.1985, S. 18 ff.

des Herkunftslandes wird somit im Bestimmungsland nicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mittelbar durch einen Zwischenakt der Behörden desselben anerkannt, sondern gilt vielmehr ipso iure durch die Dienstleistungsrichtlinie (genauer gesagt durch die nationalen Rechtsakte zur Umsetzung der Richtlinie). Mit dieser transnationalen Geltungserstreckung des Rechts des Herkunftslandes geht das Herkunftslandprinzip des Kommissionsentwurfs in materiell-rechtlicher Perspektive deutlich über den grundfreiheitlichen Ansatz mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung hinaus.⁵⁵

2. Administrative Perspektive

Betrachtet man die administrative Umsetzung dieser Regelungsansätze, werden die Unterschiede noch deutlicher.

Beim Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wird das Recht des Bestimmungslandes auch von diesem vollzogen. Im Rahmen dieses Vollzugs erfolgt der oben dargestellte Anerkennungsakt. Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Wirtschaftsleistung obliegt somit den Behörden des Bestimmungslandes.

Der ursprüngliche Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie wählte eine fundamental andere Art und Weise der Wirtschaftsüberwachung. Demnach sollte das Herkunftsland die Wirtschaftsaufsicht für das gesamte Unionsgebiet wahrnehmen und „seine“ Leistungserbringer exterritorial im gesamten Binnenmarkt überwachen.⁵⁶ Dem Herkunftsland sollten nach dem Kommissionsentwurf keine Kontrollbefugnisse auf fremdem Territorium verliehen werden; nach den Artt. 34 ff. RL-E sollte vielmehr ein System der Amtshilfe installiert werden. Nichtsdestotrotz sollte die Kontrolle der Wirtschaftsleistungen im gesamten Unionsgebiet ausschließlich dem Herkunftsland obliegen; das Bestimmungsland sollte lediglich unterstützend im Rahmen der Amtshilfe tätig werden (Art. 35 I RL-E) und Überprüfungen durch das Herkunftsland erbeten können (Art. 35 IV RL-E).

Auch in administrativer Hinsicht geht das Herkunftslandprinzip des Kommissionsentwurfs somit deutlich weiter als das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Der Erbringer der Wirt-

⁵⁵ Möstl, DÖV 2006, 287.

⁵⁶ Calliess, DVBl 2007, 341.

schaftsleistung nimmt sein Heimatrecht nicht nur an den Bestimmungsort der Wirtschaftsleistung mit; den Behörden seines Herkunftslandes obliegt außerdem die Federführung bei der Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Leistungserbringung im Bestimmungsland.

III. Ausnahmemöglichkeiten unter beiden Prinzipien

Ein weiterer Unterschied zwischen der Reichweite der beiden Prinzipien wird deutlich, wenn man danach fragt, ob und wenn ja unter welchen Bedingungen sich das Recht des Bestimmungslandes im Ausnahmefall doch gegenüber dem Recht des Herkunftslandes durchsetzt. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird bei der Prüfung der Rechtfertigung untersucht, ob aufgrund zwingender Erfordernisse eine grundfreiheitliche Beeinträchtigung durch das Bestimmungsland erlaubt sein könnte. Im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung muss dann jedoch geprüft werden, ob die legitimen Schutzinteressen des Bestimmungslandes nicht bereits durch entsprechende Kontrollen im Herkunftsland hinreichend gewahrt sind. Im Laufe dieser einzelfallbezogenen Prüfung findet eine Abwägung zwischen den Schutzinteressen des Bestimmungslandes und dem Wirtschaftsinteresse des Individuums unter Beachtung der bereits erfolgten Prüfungen des Herkunftslandes statt. Durch diese Abwägungsleistung kann im Einzelfall eine Bewertung erfolgen, die sich am grenzüberschreitenden Gemeinwohl im Binnenmarkt orientiert. Überwiegen jedoch die Schutzinteressen des Bestimmungslandes und werden diese auch nicht durch Kontrollen des Herkunftslandes hinreichend gewahrt, bleibt im Einzelfall das Recht des Bestimmungslandes anwendbar. Diese einzelfallbezogene Überprüfung mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als Kernstück lässt sich deshalb auch als „**gemäßigtes Herkunftslandprinzip**“ oder als Herkunftslandprinzip mit Ausnahmen beschreiben.⁵⁷

Das Herkunftslandprinzip in der Form, wie es im Kommissionsentwurf konzipiert war, verfolgt einen radikaleren Ansatz. Es erfolgt eben keine einzelfallbezogene Überprüfung, das Recht des Herkunftslandes ist vielmehr pauschal anzuwenden. Somit wären auch Fälle denkbar, in denen nach dem grundfreiheitlichen Ansatz eine Beeinträchtigung der Grundfreiheit verhältnismäßig und mithin gerechtfertigt wäre, auf die aber nichtsdestotrotz das Recht des Herkunftslandes anzuwenden wäre.

⁵⁷ Wedl, WISO 2004, 54.

Einzigster Ansatzpunkt für Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip bleibt Art. 19 RL-E, welcher verschiedene Rechtfertigungsgründe wie die öffentliche Gesundheit oder den Schutz der öffentlichen Ordnung aufführt. Art. 19 II RL-E verweist aber für diesbezügliche Maßnahmen des Bestimmungslandes auf die Verfahrensvorgaben des Art. 37 RL-E, welcher zum einen eine Unterrichtung der Kommission und zum anderen eine Wartefrist von 15 Tagen nach jener Unterrichtung vorschreibt. Damit erweist sich Art. 37 RL-E jedoch als praxisuntauglich und die Ausnahmevorschrift des Art. 19 RL-E wird entkräftet. Übrig bleibt eine faktisch uneingeschränkte Anwendung des Rechts des Herkunftslandes ohne einzelfallbezogene Abwägungsentscheidung des Bestimmungslandes.

IV. Zum Abbau von Handelshemmnissen

Für einen umfassenden Vergleich sind aber auch die Auswirkungen der beiden Prinzipien auf die weitere Entwicklung des Binnenmarktes zu betrachten. Das grundfreiheitliche Basismodell des europäischen Primärrechts steht ganz im Zeichen der Abwägung und der gegenseitigen Anerkennung. In den Bereichen, in denen noch keine Harmonisierung durch sekundärrechtliche Rechtsangleichung stattgefunden hat, wird weiter im Rahmen der einzelfallbezogenen Prüfung eine am Gemeinwohl im Binnenmarkt orientierte Lösung gefunden.

Logische Alternative zu diesem Vorgehen ist eine schrittweise Angleichung des Wirtschaftsaufsichtsrechts bis hin zur Vollharmonisierung. Aufgrund der Vielzahl an Rechtsordnungen und des Umfangs der Rechtsmaterie wurde dieses Unterfangen jedoch als politisch schwer umsetzbar angesehen und letztendlich nicht weiterverfolgt.⁵⁸ Stattdessen wird weiter auf das grundfreiheitliche Modell mit seinen wechselseitigen Anerkennungspflichten gesetzt.

Entscheidend ist aber, dass es in einem solchen durch die Grundfreiheiten liberalisierten Binnenmarkt niemals zu einem Abbau aller Handelshemmnisse kommen kann.⁵⁹ Da eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten möglich ist, solange diese gerechtfertigt werden kann, werden trotz aller Anerkennungspflichten immer Beschränkungen aus zwingenden Erfordernissen zuzulassen sein. Dies liegt auch in der Natur der Sache, weil die Abwägung zwischen grenzüberschreitender Freiheit des wirtschaftenden Individuums und dem nationalen Interesse an Wirt-

⁵⁸ Kluth/Rieger, GewArch 2006, 3.

⁵⁹ Möstl, DÖV 2006, 283.

schaftsüberwachung den Kern der Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt. Es lässt sich also festhalten, dass das von der Kommission im Weißbuch von 1985 gesteckte Ziel der Vollendung des Binnenmarktes mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nicht vollkommen umgesetzt werden kann.

Das Herkunftslandprinzip des Kommissionsentwurfs besticht hingegen durch seinen simplen, aber wirkungsvollen Ansatz. Durch die allgemeine Verweisung auf das Recht des Herkunftslandes werden auf einen Schlag jegliche Handelshemmnisse im koordinierten Bereich abgebaut. Für den Dienstleistungserbringer macht es keinen Unterschied mehr, in welchem Land er seine Leistung erbringt; er unterfällt überall im Binnenmarkt nur *seinem* Heimatrecht. Zwar greift diese Verweisung nur im Anwendungsbereich der Richtlinie gemäß Art. 2 RL-E, das heißt einige wirtschaftlich bedeutende Bereiche wie die Finanzdienstleistungen oder die Dienstleistungen der elektronischen Kommunikation werden nicht umfasst. Trotzdem würden bei Umsetzung der Richtlinie im gesamten Unionsgebiet schlagartig ein Großteil der verbleibenden Handelsbarrieren entfallen. Dadurch wäre die angestrebte Vollendung des Binnenmarktes zumindest im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie erreicht.⁶⁰ Damit einhergehen würde ein volkswirtschaftlicher Fortschritt, der die Liberalisierungskräfte der Grundfreiheiten schlichtweg übersteigt.⁶¹

V. Eigene Stellungnahme

An einen Vergleich der beiden Prinzipien schließt sich schlussendlich die Frage an, welches Prinzip für eine Weiterentwicklung des europäischen Binnenmarktes besser geeignet ist. Betrachtet man die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den gesamten Binnenmarkt, fällt das Urteil recht eindeutig aus. Mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wird ausschließlich ein „unperfekter“ Binnenmarkt zu erreichen sein, eine vollständige Ausschöpfung des Potenzials des europäischen Dienstleistungssektors ist lediglich bei Umsetzung eines „radikalen“ Herkunftslandprinzips möglich. Trotzdem muss bedacht werden, dass sich die Weiterentwicklung des Binnenmarkts nicht nur am Kriterium des Wirtschaftswachstums zu orientieren hat, sondern dass Art. 3 III EUV den „sozialen Fortschritt“ explizit als Ziel des Handelns der Union

⁶⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) vom 25.02.2004, S. 3.

⁶¹ Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen, KOM (2002) vom 30.07.2002, S. 60 ff.

festschreibt. Aus diesem Grund müssen auch die sozialen Aspekte eines bedingungslosen Herkunftslandprinzips beleuchtet werden. Oftmals geäußert wurde die Befürchtung, dass Unternehmen aufgrund der Richtlinie in die Mitgliedsstaaten mit den geringsten Standards und Kontrollen ausweichen würden. Durch dieses sogenannte „race-to-the-bottom“ würden Sozial-, Qualitäts- und Umweltstandards unterlaufen und bestimmte Regionen aufgrund ihrer höheren Standards geschwächt. Geringere Standards führen zu Kostensenkungen, sodass Dienstleistungserbringer aus Mitgliedsstaaten mit höheren Standards um ihre wirtschaftliche Existenz fürchten müssten, da sie mit der kostengünstigeren Konkurrenz aus dem EU-Ausland nicht mithalten könnten. Obwohl der Kommissionsentwurf sich eindeutig wachstumsfördernd auswirken würde, sprechen diese negativen sozialen Folgen dagegen.

Auch die Einführung einer exterritorialen Wirtschaftskontrolle ist kritisch zu sehen. Es ist zu befürchten, dass die Behörden des Herkunftslandes ein vermindertes Interesse an einer effizienten Kontrolle haben, wenn die Dienstleistung ausschließlich in einem anderen Mitgliedsstaat erbracht wird.⁶² Folge wäre eine verminderte Kontrolleffizienz mit negativen Auswirkungen auf die Sicherheit im gesamten Binnenmarkt.

Ebenso fehlt bei einem pauschalen Verweis auf das Recht des Herkunftslandes eine einzelfallbezogene Prüfung. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bietet den Vorteil, dass im konkreten Einzelfall im Zuge eine Abwägungsentscheidung das Erfordernis einer nationalen Wirtschaftsüberwachung mit dem wirtschaftlichen Interesse des Dienstleistungserbringers unter Berücksichtigung bereits erfolgter Kontrollen im Herkunftsland in Einklang gebracht wird. Durch diesen differenzierenden Prozess kann im konkreten Sachverhalt die dem Gemeinwohl im Binnenmarkt förderlichste Lösung gefunden werden. Mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist eine Vollendung des Binnenmarktes nicht zu erreichen. Kombiniert mit einer weiteren Harmonisierung der Verwaltungsvorschriften und -verfahren durch das Sekundärrecht, bleibt es aber das beste Instrument, um zufriedenstellende Antworten auf die Herausforderungen des grenzüberschreitenden Handels im Binnenmarkt zu finden.

Vierter Teil: Dienstleistungsrichtlinie heute

Angesichts der diversen Kritikpunkte und des regelrechten Aufschreis in der europäischen Öffentlichkeit wurden am Kommissionsentwurf umfassende Änderungen vorgenommen. Hierbei

⁶² Vgl. *Schliesky*, DVBl 2005, 888.

nahm insbesondere das Europäische Parlament eine führende Rolle ein. Der ursprüngliche Bericht des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, der aufgrund der Berichterstat-
terin Evelyn Gebhardt allgemein auch als „Gebhardt-Kompromiss“ bekannt wurde, schlug eine
Überarbeitung des Art. 16 vor.⁶³ Demnach sollte der Artikel ursprünglich mit „Prinzip der ge-
genseitigen Anerkennung“ überschrieben werden und inhaltlich einer Kodifikation der Recht-
sprechung des EuGH nahekommen.⁶⁴

Auch dieser erste Entwurf war aber heftiger Kritik ausgesetzt. Insbesondere wurde kritisiert,
dass der Gebhardt-Kompromiss in seiner ursprünglichen Fassung nur einen geringen Mehrwert
gegenüber der geltenden Rechtslage habe.⁶⁵ Nicht nur deshalb enthielt die endgültige Fassung
des Gebhardt-Berichts einen Kompromiss zwischen dem Prinzip der gegenseitigen Anerken-
nung und dem „radikalen“ Herkunftslandprinzip.⁶⁶ Grundsätzlich sollte das Recht des Her-
kunftslandes gelten, das Bestimmungsland sich aber auf bestimmte Rechtfertigungsgründe be-
rufen dürfen, in Zuge derer das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zu beachten sein
sollte.⁶⁷ Die letztendlich verabschiedete Fassung der Dienstleistungsrichtlinie (DLRL)
schwächte das Herkunftslandprinzip noch weiter ab.⁶⁸ Gemäß Art. 16 I Unterabsatz 1 haben die
Mitgliedsstaaten „das Recht jedes Dienstleistungserbringers zu achten, in jedem anderen (...)
Mitgliedsstaat vorübergehend Dienstleistungen erbringen zu dürfen“. Ein Verweis auf das
Recht des Herkunftslandes hingegen fehlt.

Nach Art. 16 II sind offene und verdeckte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit
verboten. Art. 16 I Unterabsatz 3a verbietet bestimmte aufgeführte Maßnahmen wie eine Nie-
derlassungspflicht oder eine Pflicht zur Einholung einer Genehmigung. Andere unterschiedlos
anwendbare Maßnahmen können aber aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder
Gesundheit oder des Umweltschutzes gerechtfertigt sein (Art. 16 III). Hierbei ist gemäß Art. 16
I Unterabsatz 3 b und c immer der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere die Erfor-
derlichkeit, einzuhalten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bietet wiederum den Anknüp-
fungspunkt für gegenseitige Anerkennungspflichten.

⁶³ Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Richt-
linie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 11.5.2005, (PE
355.744v04-00).

⁶⁴ *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht, S. 319.

⁶⁵ *Buchinger/Michner/Müller-Michner*, DL-RL, S. 130.

⁶⁶ Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europä-
ischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt, A6-0409/2005, Änderungsantrag 110.

⁶⁷ *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht, S. 320.

⁶⁸ Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

Schlussendlich stellt sich die Frage, ob in der verabschiedeten Richtlinie eine Verwirklichung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung oder des „radikalen“ Herkunftslandprinzips zu erkennen ist. Die Rechtfertigungsmöglichkeiten des Bestimmungslandes sind aufgrund der absolut verbotenen Maßnahmen und der verringerten Anzahl an Rechtfertigungsmöglichkeiten sehr viel beschränkter als noch unter der grundfreiheitlichen Rechtsprechung des EuGH. Ist eine Maßnahme aber absolut verboten oder fehlt ein eingreifender Rechtfertigungsgrund, bleibt kein Platz für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und somit auch kein Anknüpfungspunkt für das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. De facto gilt in solchen Fällen das Herkunftslandprinzip.⁶⁹ Art. 16 der Richtlinie ist somit richtigerweise als „**eingeschränktes Herkunftslandprinzip**“ zu bezeichnen und demzufolge zwischen dem „radikalen Herkunftslandprinzip“ des Kommissionsentwurfs und der Rechtsprechung der gegenseitigen Anerkennung einzuordnen.⁷⁰

Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass eine Vollendung des Binnenmarktes immer noch aussteht. Eine Vollharmonisierung ist weiterhin nicht absehbar, sodass auch in Zukunft einzelfallbezogene Abwägungsentscheidungen mithilfe des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung getroffen werden müssen. Mit einer solchen Vorgehensweise lässt sich angesichts 27 verschiedener Rechtsordnungen die gemeinwohlverträglichste Lösung besser ermitteln als mit einem pauschalen Verweis auf das Recht des Herkunftslandes. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist deshalb dem „radikalen“ Herkunftslandprinzip vorzuziehen.

⁶⁹ *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht, S. 385.

⁷⁰ *Calliess*, DVBl. 2007, 344; *ders.*, Dienstleistungsrichtlinie, S. 34.