

ABHANDLUNGEN

Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

Deregulierung durch »Neue Strategie«?

*Thomas Bruha**

Inhaltsübersicht

- I. Mängel bisheriger Rechtsangleichungspolitik
- II. Die »Neue Strategie«
 1. Ursprung und Grundstruktur
 2. Technik des Normenverweises
 3. Technik gegenseitiger Anerkennung
- III. Bewertung der »Neuen Strategie«
 1. Grundsatz der Erforderlichkeit
 2. Instrumente des neuen Ansatzes
 3. Deregulativer Effekt

Seit einigen Jahren erfreuen sich in der Europäischen Gemeinschaft »Neue Ansätze« einer wachsenden Beliebtheit. So soll ein »Neues Ge-

* Dr.iur., Hochschulassistent an der Universität Gießen.

Abkürzungen: Abl. = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AJIL = American Journal of International Law; AöR = Archiv des öffentlichen Rechts; BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG(E) = Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen); CMLR = Common Market Law Review; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; EFTA = European Free Trade Association; EG = Europäische Gemeinschaft(en); EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EP = Europäisches Parlament; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EWG(V) = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Vertrag); NJW = Neue Juristische Wochenschrift; RIW/AWD = Recht der Internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters; RS = Rechtssache; Slg. = Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften.

meinschaftsinstrument«¹ die Kassen der vor allem durch die Agrarausgaben gebeutelten Organisation füllen, ein »Neues Handelsinstrument«² soll ihre außenwirtschaftliche Handlungsfähigkeit verbessern usw. Jüngstes Produkt dieses innovativen Typus ist eine »Neue Strategie« der Rechtsangleichung, mit der die EWG effektiver als bislang die einen Gemeinsamen Markt behindernden Schranken im Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr abbauen will: Beschränkung der Rechtsangleichung auf das Grundsätzliche und Notwendige, lautet das neue Konzept; gegenseitige Anerkennung und Regelung durch private Normungsgremien sind seine Hauptinstrumente. Im folgenden soll der neue Ansatz in seinen Grundzügen vorgestellt und bewertet werden. Dabei wird vor allem auch untersucht, wie neu der neue Ansatz rechtlich eigentlich ist. Niedergelegt ist er im wesentlichen in drei Dokumenten: in einer Mitteilung der Kommission an Rat und EP vom 31. Januar 1985 mit dem Titel »Technische Harmonisierung und Normung: eine neue Konzeption«³; in der EntschlieÙung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine »Neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung«⁴; schließlich in dem Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat vom 14. Juni 1985 über die »Vollendung des Binnenmarktes«⁵.

I. Mängel bisheriger Rechtsangleichungspolitik

Neue Strategien decken in der Regel Mängel der alten auf. Diese bestehen hier vornehmlich darin, daß die EWG – die einzige der drei Organisationen, die eine Rechtsangleichungskompetenz hat – sich ohne zwingenden Grund in eine ausufernde Detail-Rechtsvereinheitlichungsarbeit gestürzt hat⁶. Die berüchtigten »Traktoren-Richtlinien«⁷ sind typisch für nicht wenige Produkte dieser Politik, die die Rechtsetzungskapazität der Gemeinschaft

¹ Siehe V. Götz, Das Finanzierungssystem der Europäischen Gemeinschaften in der Krise, in: Festschrift für G. Jaenicke (1984), S. 3 ff.

² Siehe M. Hilf, Das »Neue Instrument« der EG, RIW/AWD 31 (1985), S. 291 ff.

³ KOM (85) 19 endg. Siehe EG-Bulletin 1985/1, S. 15 ff.

⁴ ABl. C 136/1, 4.6.1985. Siehe EG-Bulletin 1985/5, S. 11 f.

⁵ KOM (85) 310 endg. (Weißbuch). Siehe EG-Bulletin 1985/6, S. 19 f.

⁶ Bis Oktober 1985 hat die EWG 871 Rechtsangleichungsrichtlinien erlassen, Änderungen bestehender Richtlinien inbegriffen (Quelle: CDE-Datenbank, Stand 11.10.1985). Mehr als die Hälfte von ihnen entfallen auf die besonders minuziösen Richtlinien zur Angleichung industrieller Produktnormen, vgl. Chr. Eiden, Die Rechtsangleichung gemäß Art. 100 des EWG-Vertrages (1984), S. 14.

⁷ Siehe zuletzt den knapp 80 (!) Druckseiten langen Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Rates zur »Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über vor

belastet und oft zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt hat. Der Wettlauf mit der technischen Entwicklung ist einfach nicht zu gewinnen. Manche Richtlinie soll am Tag ihrer Verkündung schon wieder veraltet gewesen sein⁸. Vor allem aber hat die Komplexität der Angleichungsprojekte in Verbindung mit dem in Art.100 EWGV vorgesehenen Einstimmigkeitsprinzip zu erheblichen Arbeitsrückständen geführt. Zehnjährige Verhandlungs- und Konsultationsrunden sind keine Seltenheit⁹. Ohne die Betrauung der Kommission mit den laufenden Revisionsarbeiten an verabschiedeten Angleichungsrichtlinien (Art.155 Unterabs. 4 EWGV) würde die Leistungsbilanz noch schlechter ausfallen.

Bei dieser Entwicklung verwundert es nicht, daß die Rechtsangleichung, einst als Integrationsfaktor ersten Ranges gepriesen¹⁰, zu einem Sorgenkind geworden ist. Mittlerweile wird von verschiedenster Seite – Wirtschaft, Politik und Wissenschaft – gegen die aufgezeigten Mängel Kritik erhoben: Die Wirtschaft¹¹ kritisiert vor allem die Schwerfälligkeit und Inflexibilität der technischen Harmonisierung und Normung. Ihr ist zwar an gemeinsamen, detaillierten Produktnormen für einen Markt kontinentaler Größe gelegen, um in größeren Serien kostengünstiger zu produzieren¹². Das soll jedoch nicht auf Kosten unternehmerischer Innovationsfähigkeit gehen, wobei vor allem auch an eine künftige »Technologiegemeinschaft«¹³ gedacht wird. Bei ungebrochenem Interesse an europäischen Industrienormen plädiert die Wirtschaft daher für einen gewissen Rückzug der Gemeinschaftsorgane aus dem Normungsgeschäft zugunsten alternativer Verfahren, die schneller und flexibler sind¹⁴.

Die spezifisch politische Kritik äußert sich in dem beharrlichen Wi-

dem Fahrersitz montierte Umsturzvorrichtungen mit zwei Pfosten für Schmalspurmaschinen mit Luftbereifung«, ABl. C 222/1, 2.9.1985.

⁸ Kommissionsmitteilung (Anm.3), S.4.

⁹ Die am 17.9.1984 vom Rat als »Paket« verabschiedeten 15 Richtlinien waren im Schnitt 9½ Jahre alt bei einem Höchstalter von 12 Jahren, *ibid.*

¹⁰ Siehe etwa E. Stein, Assimilation of National Laws as a Function of European Integration, AJIL 58 (1964), S.1 ff.

¹¹ Siehe Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI), Koordinierungsbüro Europafragen, Stellungnahme zum Weißbuch der EG-Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes bis 1992, August 1985.

¹² M. Seidel, Regeln der Technik und europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 34 (1981), S.1120 ff., 1121.

¹³ Memorandum der Kommission »Auf dem Wege zu einer Technologiegemeinschaft«, KOM (85) 320 endg. Siehe EG-Bulletin 1985/6, S.25 ff.

¹⁴ BDI (Anm.11), *ibid.* (»gewisses Maß an Deregulierung«).

derstand einiger Mitgliedstaaten, vor allem Großbritanniens¹⁵ und Dänemarks¹⁶, gegen eine zu extensive Auslegung der Rechtsangleichungskompetenzen der Gemeinschaft. Diese Länder sind zwar, wie alle anderen auch, an technischer Harmonisierung interessiert. Stärker als die anderen Mitgliedstaaten widersetzen sie sich jedoch Angleichungsmaßnahmen, die ihrer Ansicht nach zu sehr nichtökonomische Ziele verfolgen, etwa den Umwelt- und Verbraucherschutz. Daneben akzeptieren sie Detailregelungen nur dort, wo sie – nach welchen Kriterien auch immer bemessen – wirklich erforderlich sind. Sie zielen also im wesentlichen auf eine Beschränkung bisheriger Rechtsangleichungsvielfalt und Regelungsintensität ab.

Seitens der Wissenschaft – und gemeint ist in diesem Fall die Gesetzgebungs- und Regelungstheorie – gerät die Gemeinschaft eher indirekt in die Schußlinie der Kritik. Denn es gibt nicht einmal in Ansätzen das, was man eine Rechtsetzungslehre der Europäischen Gemeinschaft nennen könnte¹⁷. Jedoch richtet sich die grundsätzliche Kritik an Verrechtlichungserscheinungen der modernen Gesellschaft¹⁸ notwendigerweise auch an die Adresse der Gemeinschaft. Sie trägt mittlerweile durch ihre jährlich mehr als tausend Verordnungen und Richtlinien¹⁹ nicht nur zahlenmäßig

¹⁵ House of Lords (H.L.), Sess. 1977/78, Select Committee on the European Communities, 22nd Report ("Approximation of Laws under Article 100 of the EEC Treaty"), H.L. 131; dazu M. Seidel, Ziele und Ausmaß der Rechtsangleichung in der EWG – Zur britischen Auffassung, *Europarecht* 14 (1979), S.171 ff. Die britische Auffassung ist inzwischen nicht mehr ganz so restriktiv, siehe House of Commons (H.C.), Sess. 1983/84; Select Committee on European Legislation, 1st Special Report, Appendix III ("Community Competence on Environmental Protection"), H.C. 527–126–iv; umfassend zu Grundfragen der Gemeinschaftskompetenzen zuletzt, H.L., Sess. 1984/85, Select Committee on the European Communities, 16th Report ("External Competences of the European Communities"), H.L. 236.

¹⁶ Siehe P. Lachmann, Some Danish Reflections on the Use of Article 235 of the Rome Treaty, *CMLR* 18 (1981), S.447 ff.

¹⁷ Zutreffend J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), *Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft* (1985), S.7.

¹⁸ Die Aktualität des Schlagworts von der Verrechtlichung bedarf kaum noch eines Kommentars. Die Zuwachsraten der diesem Phänomen geltenden nationalen und ausländischen (vor allem in den USA) Diskussion sind enorm. Ihm galten u. a. ein Kolloquium des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz, 1982, und die Sitzung der Fachgruppe für Grundlagenforschung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf der Jahrestagung 1983 in Bonn. Siehe zu den dort behandelten Fragen und Referaten, F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (1984), dort vor allem G. Teubner, *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, S.289 ff.

¹⁹ Bis Oktober 1985 haben die Gemeinschaftsorgane 996 Richtlinien und 10611 Verordnungen erlassen, Änderungen inbegriffen. Vgl. die jährlichen Zahlen für Verordnungen/Richtlinien: 1985 (bis Okt.): 875/56; 1984: 1284/72; 1983: 1297/63; 1982: 1234/71; 1981:

zur Normenflut bei. Sie steigert auch die ohnehin schon hohe Zentralisierung der Rechtsetzung und steht so in manchen Bereichen oft der von Regelungsexperten als systemgerechter geforderten dezentralen Selbststeuerung politischer oder gesellschaftlicher Untereinheiten entgegen²⁰. Daß Rechtsangleichungsmaßnahmen im besonderen zu beargwöhnen sind, folgt dabei weniger aus ihrer Anzahl denn daraus, daß sie nicht selten in geschlossene Regelungssysteme eingreifen und so über den punktuellen Verzicht nationaler Rechtssetzungskompetenzen hinaus mittelbar die Regulationsautonomie für den gesamten Regelungszusammenhang beeinträchtigen. Die empfohlenen Gegenstrategien der äußerst heterogenen »Entrechtlichungsbewegung«²¹ sind unterschiedlich. Nur in einem sehr unspezifischen, mehr polit-formelhaften Sinn, lassen sie sich alle mit dem inzwischen gängigen Schlagwort der *Deregulierung* (*deregulation*) umreißen. Denn hierunter wird Verschiedenes verstanden: Während ein Teil der Kritiker Verrechtlichung vornehmlich als quantitatives Problem (Normenflut) ansieht, dem allgemein durch Abbau der Regelungsdichte, Durchforstung der Rechtsbestände und dergleichen zu begegnen sei (Deregulierung im weiteren Sinne)²², gewinnen andere der Problematik mehr qualitative Aspekte ab²³. Für sie ist Verrechtlichung primär ein Phänomen der Übersteuerung des Wirtschaftssystems und der Gesellschaft durch den mit den Mitteln des sog. regulatorischen Rechts²⁴ intervenierenden Staat. Deregulierung wird von ihnen folglich nur mit dieser, im übrigen nicht einheitlich definierten²⁵, Rechtskategorie in Beziehung gesetzt und als Therapeuti-

1311/58; 1980: 1373/86; 1979: 996/72; 1978: 538/83; 1977: 301/54; 1976: 239/69; 1975: 223/54; 1974: 117/32; 1973: 158/34; 1972: 137/35; 1971: 111/27; 1970: 110/21. Gegenüber dem Durchschnitt der Jahre 1970 bis 1974 hat sich die Anzahl der jährlichen Rechtsakte in den Jahren 1980 bis 1985 also bei Verordnungen verzehnfacht (!), bei Richtlinien knapp verdreifacht (Quelle: CDE-Datenbank, Stand 11.10.1985).

²⁰ So vor allem Teubner (Anm.18); ders., zusammen mit H. Wilke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1984), S.4ff.

²¹ Vgl. zur Verdeutlichung der Spannweite des Spektrums etwa J. Isensee, Mehr Recht durch weniger Gesetze, Zeitschrift für Rechtspolitik 18 (1985), S.139ff., einerseits, G. Brüggemeier/Chr. Joerges (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Mat. 4 des Zentrums für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (1984) andererseits.

²² Siehe die Hinweise bei Teubner (Anm.18), S.294f.

²³ So auch Teubner, *passim*. Siehe ferner Brüggemeier/Joerges (Anm.21).

²⁴ Siehe dazu Teubner, *ibid.*, S.291, 300ff.

²⁵ So bezieht Teubner den Begriff auf der Grundlage einer historischen Sicht nur auf den jüngsten, den »sozialstaatlichen Verrechtlichungsschub«, *ibid.*, S.302. Vgl. dagegen eine typische Definition von regulativem Recht in der amerikanischen Definition: "Regulation

kum zur Wiederherstellung größerer Subsystemautonomie angesehen (Deregulierung im engeren Sinne), teilweise nur in Verbindung mit alternativen Steuerungsformen²⁶. Wenn im folgenden von Deregulierung die Rede ist, sind in der Tat diese qualitativen Aspekte gemeint. Deregulierung wird hier im engeren Sinne als Gegenstrategie gegen übermäßige Regulierung durch staatliches (gemeinschaftliches) Recht verstanden, allerdings nicht in der Verengung auf eine bestimmte Rechtskategorie, wie es vor allem für die Diskussion in der Bundesrepublik typisch ist.

II. Die »Neue Strategie«

1. Ursprung und Grundstruktur

Die »Neue Strategie« besteht nicht in der Entwicklung neuer, sondern in der veränderten Zuordnung bekannter Instrumente unter Erforderlichkeitsgesichtspunkten. Insofern ist die Bezeichnung zutreffend. Sie gründet in mehreren Erklärungen des Europäischen Rates über den Binnenmarkt (seit Dezember 1982), die auf dem Brüsseler Gipfel am 29./30. März 1985 in den Auftrag an die Kommission mündeten, »zur Verwirklichung eines großen Binnenmarktes bis zum Jahr 1992 ... ein detailliertes Programm mit einem genauen Zeitplan auszuarbeiten«²⁷. Das auf dem Mailänder Gipfel am 28./29. Juni 1985 vorgelegte und vom Rat gebilligte Weißbuch ist das Ergebnis dieses Auftrags²⁸. Die »Neue Strategie« soll zur Beseitigung technischer Schranken eingesetzt werden, worunter die Kommission aber nicht nur Handelshemmnisse versteht, sondern auch Behinderungen des Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs²⁹. Jedoch steht der

consists of unilateral governmental commands, backed by coercive sanctions, requiring private persons to undertake or refrain from specified conduct" (R. B. Stewart, Regulation and the Crises of Legalization in the United States, Conference Paper, Law and Economic Policy: Alternatives to Delegalization, Europäisches Hochschulinstitut Florenz, 26.-29.3.1985.

²⁶ Kontextsteuerung, reflexives Recht, u.ä., siehe Teubner (Anm.18) und Brüggemeier/Joerges (Anm.21), *passim*.

²⁷ Weißbuch (Anm.5), S.3.

²⁸ Nach Billigung des Weißbuchs durch den Europäischen Rat ist jetzt der Rat beauftragt, ein genaues Arbeitsprogramm zu seiner Durchführung aufzustellen, siehe EG-Bulletin 1985/6, S.22.

²⁹ Der Begriff fungiert als eine Art Sammelbezeichnung für Maßnahmen, die nicht materielle (Waren- und Personenkontrolle an der Grenze) oder steuerliche Schranken bilden (Teil 1 und 3 des Weißbuchs).

Warenverkehr deutlich im Vordergrund³⁰.

Auf ihn stellt das Weißbuch auch speziell ab, wenn es als Anlaß der konzeptionellen Änderung die Unzulänglichkeiten der technischen Harmonisierung nennt:

»Die Tätigkeit der Gemeinschaft in den ersten 25 Jahren stützte sich hauptsächlich auf das Harmonisierungskonzept, mit dem beispiellose Fortschritte bei der Einführung gemeinsamer Regeln auf gemeinschaftsweiter Grundlage erzielt wurden. Im Laufe der Jahre traten jedoch eine Reihe von Unzulänglichkeiten zutage, die zeigten, daß ein echter Gemeinsamer Markt bis 1992 nicht verwirklicht werden kann, wenn die Gemeinschaft ausschließlich Art.100 EWG-Vertrag zugrunde legt ... So verursachte die Praxis, in die Richtlinien detaillierte technische Spezifikationen aufzunehmen, aufgrund der für die Beschlußfassung im Rat geforderten Einstimmigkeit große Verspätungen ..., zeigt die Erfahrung, daß eine Strategie, die gänzlich auf der Harmonisierung aufbaut, zu zeitraubend und unflexibel wäre und Innovationen ersticken könnte«³¹.

Jedoch wird an anderer Stelle deutlich, daß der neue Ansatz nicht auf den Warenverkehr beschränkt sein soll:

»Technische Schranken sind technische Schranken, gleich ob sie Güter oder Leistungen betreffen. Sie sollten alle gleich behandelt werden. Die generelle Stoßrichtung der Kommission in diesem Bereich ist es, vom Ansatz der Rechtsangleichung wegzukommen und das Gewicht auf die gegenseitige Anerkennung und die Gleichwertigkeit der nationalen Regeln zu legen«³².

Die Grundstruktur der »Neuen Strategie« findet sich dagegen wiederum im Kapitel über den freien Warenverkehr, wobei die zuvor zitierte Passage aber ein hierüber hinausreichendes, allgemein gültiges Konzept verrät:

»Die Kommission trägt den eigentlichen Ursachen von Handelshemmnissen Rechnung und stellt fest, daß die gesetzgeberischen Ziele der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Schutzes der Gesundheit, der Sicherheit und der Umwelt im Kern gleichwertig sind. Ihr Harmonisierungskonzept stützt sich auf die folgenden Grundsätze:

– Bei künftigen Initiativen zur Verwirklichung des Binnenmarktes muß deutlich unterschieden werden zwischen den Bereichen, in denen eine Harmonisierung unerlässlich ist, und den Bereichen, bei denen man sich auf eine gegensei-

³⁰ Das Weißbuch ist insoweit nicht einheitlich: Einerseits wird im Allgemeinen Teil die »Neue Strategie« indirekt als Methode zur Beseitigung sämtlicher technischer Schranken aufgeführt (Rdnr.13). Im zweiten, den technischen Schranken vorbehaltenen Teil erscheint sie jedoch nur im Zusammenhang des freien Warenverkehrs (Rdnr.60ff.).

³¹ *Ibid.*, Rdnr.61, 68, 64.

³² *Ibid.*, Rdnr.13. Hervorhebung vom Verf.

tige Anerkennung der nationalen Regelungen und Normen verlassen kann; unerläßlich, das bedeutet gleichzeitig, daß die Kommission bei Gelegenheit jeder Rechtsangleichungsinitiative aufzeigt, ob bestehende Vorschriften und Normen außer Verhältnis zu den zwingenden Erfordernissen stehen, die sie zu erfüllen trachten und die deshalb ungerechtfertigte Handelsschranken im Sinne der Artikel 30 bis 36 EWGV darstellen;

– Die Harmonisierung von Rechtsvorschriften (Richtlinien des Rates nach Artikel 100) wird sich künftig darauf beschränken, zwingende Erfordernisse für Gesundheit und Sicherheit festzulegen, die in allen Mitgliedstaaten vorgeschrieben sein müssen und bei deren Beachtung ein Erzeugnis frei verkehren kann;

– Die Harmonisierung von Industrienormen durch Ausarbeitung europäischer Normen wird weitestmöglich gefördert. Das Fehlen europäischer Normen sollte aber nicht als Vorwand für eine Behinderung des freien Verkehrs benutzt werden dürfen. Bis europäische Normen erarbeitet worden sind, sollte die gegenseitige Anerkennung nationaler Normen mit einverständlichen Verfahren die Regel sein³³.

Wie auch die folgende Darstellung der Instrumente zeigen wird, ist die »Neue Strategie« also als ein grundsätzlicherer Kurswechsel³⁴ im Zuge bisheriger Rechtsangleichungspolitik zu verstehen, mit dem Ziel, die Angleichung durch Richtlinien des Rates und der Kommission auf das Erforderliche zu beschränken und im übrigen mit gegenseitiger Anerkennung und nichtrechtlichen Normen zu arbeiten. Jedenfalls für die Beseitigung technischer Schranken im weit verstandenen Sinne der Kommission soll künftig das Erforderlichkeitsprinzip (kompetentiell und instrumentell) die Wahl der Bereiche und der Intensität von Rechtsangleichungsmaßnahmen leiten, während bislang nicht selten der Opportunitätsgrundsatz in Anspruch genommen wurde.

³³ *Ibid.*, Rdnr.65.

³⁴ Vgl. auch Rdnr.59, wo es für den Gesamtbereich technischer Schranken und ihrer Beseitigung heißt: »Die Kommission ist sich bewußt, daß diese Strategie eine Änderung in den Gewohnheiten und in den herkömmlichen Denkweisen voraussetzt. Notwendig ist ein tiefgreifender Wandel in der Einstellung, der zu neuen und innovativen Lösungen ... führt ...«. (Siehe ferner die Ausführungen zur »Annäherung« der Mehrwertsteuern, weil »eine vollständige, in jeder Hinsicht bis zur völligen Identität ausgedehnte Harmonisierung nicht erforderlich ist«, Rdnr.184).

2. Technik des Normenverweises

Für den wirtschaftlich besonders wichtigen Bereich der Harmonisierung industrieller Produktnormen³⁵ zielt die »Neue Strategie« hauptsächlich auf eine Beschränkung gemeinschaftlicher Rechtsetzungstätigkeit ab, um die Normung weitestgehend auf private Gremien zu verlagern. Der Erforderlichkeitsgrundsatz ist hier mehr instrumentell zu verstehen. Vorbild unter den bisherigen Gemeinschaftsmaßnahmen ist die sog. Niederspannungsrichtlinie des Rates vom 19. Februar 1973³⁶, die wiederum dem deutschen Sicherheitsrecht und seiner normkonkretisierenden, gleitenden Verweisung auf anerkannte Regeln der Technik nachgebildet ist³⁷. Diese auf Gemeinschaftsebene bislang einzigartige Richtlinie beschränkt sich darauf, die grundsätzlichen Sicherheitsziele festzulegen, und verweist zu deren Konkretisierung auf nicht verbindliche harmonisierte technische Normen, die von privaten europäischen oder nationalen Normungsgremien ausgearbeitet werden. Die Einhaltung dieser *soft law*-Normen zieht folglich nur eine Konformitätsvermutung nach sich. Rechtsverbindlich sind allein die in der Richtlinie niedergelegten, generalklauselartig formulierten Sicherheitsziele.

Im Zuge der »Neuen Strategie« soll diese Technik des Normenverweises auf prinzipiell sämtliche Arten industrieller Produktnormen ausgedehnt und die eigentliche Normungsarbeit privaten europäischen Normungsgremien wie CEN oder CENELEC³⁸ übertragen werden, die durch Mehrheitsbeschlüsse entscheiden. Diesen Empfehlungen der Kommission hat sich der Rat in seiner EntschlieÙung vom 7. Mai 1985 angeschlossen. In den im Anhang II zu dieser EntschlieÙung wiedergegebenen »Leitlinien einer Neuen Konzeption für die technische Harmonisierung und Normung« werden als die vier Grundprinzipien der neuen Konzeption genannt:

³⁵ Siehe schon Anm. 6. Im Mai 1985 waren 180 derartiger Richtlinien in Kraft, EG-Bulletin 1985/5, S. 11.

³⁶ Richtlinie 73/23/EWG des Rates vom 19.2.1973 zur »Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen«, ABl. L 77/29, 26.3.1973. Siehe dazu auch die Mitteilung der Kommission über die Anwendung dieser Richtlinie, ABl. C 59/2, 9.3.1982, sowie die *Cremoni*-Entscheidung des EuGH, RS 851/79, Slg. 1980, 3583.

³⁷ Siehe zu diesen Zusammenhängen E. Röhling, Überbetriebliche technische Normen als nichttarifäre Handelshemmnisse im Gemeinsamen Markt (1972), S. 112 ff.

³⁸ »Comité Européen de Normalisation«, bzw. «... de Normalisation Electronique». Träger dieser privaten Institutionen sind die nationalen Normungsgremien der Mitgliedstaaten der EG und der EFTA. In der Bundesrepublik ist dies vor allem das Deutsche Institut für Normung (DIN), dessen Mitglieder wiederum die interessierten Wirtschaftsunternehmen sind. Siehe zu den europäischen und nationalen Gremien P. Marburger, Die Regel der Technik im Recht (1979), S. 195 ff., 240 ff.

»Die Harmonisierung der Rechtsvorschriften beschränkt sich auf die Festlegung der grundlegenden Sicherheitsanforderungen (oder sonstigen Anforderungen im Interesse des Gemeinwohls) im Rahmen von Richtlinien nach Artikel 100 des EWG-Vertrags, denen die in den Verkehr gebrachten Erzeugnisse genügen müssen; daraus folgt, daß für diese Erzeugnisse der freie Warenverkehr in der Gemeinschaft gewährleistet sein muß.

Den für die Industrienormung zuständigen Gremien wird unter Berücksichtigung des Standes der Technologie die Aufgabe übertragen, technische Spezifikationen auszuarbeiten, die die Beteiligten benötigen, um Erzeugnisse herzustellen und in den Verkehr bringen zu können, die den in den Richtlinien festgelegten grundlegenden Anforderungen entsprechen.

Diese technischen Spezifikationen erhalten keinerlei obligatorischen Charakter, sondern bleiben freiwillige Normen.

Gleichzeitig werden jedoch die Verwaltungen dazu verpflichtet, bei Erzeugnissen, die nach harmonisierten Normen (bzw. vorläufig nach nationalen Normen) hergestellt worden sind, eine Übereinstimmung mit den in der Richtlinie aufgestellten »grundlegenden Anforderungen« anzunehmen (was bedeutet, daß der Hersteller zwar die Wahl hat, nicht nach den Normen zu produzieren, daß aber in diesem Fall die Beweislast für die Übereinstimmung seiner Erzeugnisse mit den grundlegenden Anforderungen der Richtlinie bei ihm liegt)³⁹.

Nationale Normen, welcher Provenienz und Art auch immer, sollen in diesem System⁴⁰ also nur übergangsweise gelten. Soweit sie den Anforderungen der jeweiligen Richtlinie – die möglichst ganze Produktkategorien und Gefahrentypen umfassen soll – genügen, was von der Kommission, unterstützt von einem Ausschuß nationaler Experten, zu kontrollieren ist, sollen ihre Fundstellen im Amtsblatt veröffentlicht werden. Dies begründet wiederum die Vermutung für die Richtlinienkonformität solcher Waren, die die Anforderungen dieser Normen erfüllen und mit einer entsprechenden Bescheinigung versehen sind. Dermaßen nicht rechtsverbindlich schließen die technischen Normen, ob harmonisiert oder nicht, aber nicht aus, daß Private oder Verwaltungsbehörden von ihnen abweichen. Sie gelten rechtlich nur als tatsächliche Erfahrungssätze ähnlich der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Rechtsfigur des »antizipierten Sachverständigengutachtens«⁴¹. Dies impliziert aber wiederum, daß, wer abweichen will, die Beweislast für die Richtlinienkonformität seines Produktes bzw. der Rechtmäßigkeit seiner Maßnahme trägt. Für den Fall, daß sich

³⁹ Anm. 4, S. 2f.

⁴⁰ Siehe zu den folgenden Details, *ibid.*, Anhang II (»Schema der Hauptgrundsätze und -elemente, die den Kern der Richtlinien bilden sollen«), insbes. Ziffern B V–X.

⁴¹ BVerwG, NJW 1978, S. 1450 ff. (*Voerde-Urteil*).

die Mitgliedstaaten auf die in der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung des EuGH⁴² gebilligten *ordre public*-Vorbehalte zur Verhängung handelsbeschränkender Maßnahmen berufen, sollen sie allerdings die Kommission konsultieren. Hält die Kommission, unverzüglich nach Anhörung des ständigen Ausschusses, die Maßnahmen für gerechtfertigt, teilt sie dies dem jeweiligen Mitgliedstaat mit und erinnert die anderen an ihre Pflicht, das Inverkehrbringen des betreffenden Erzeugnisses ebenfalls zu verbieten. Die Konsequenzen eines Scheiterns des Konsultationsverfahrens bleiben bewußt unregelt. Hier sollen die allgemeinen Vorschriften des EWG-Vertrags gelten. Insgesamt soll die Verweisungstechnik also nicht zu weniger, sondern zu mehr detaillierten⁴³, gemeinsamen Produktnormen führen, allerdings unter weitgehendem Verzicht auf rechtliche Verbindlichkeit.

3. Technik gegenseitiger Anerkennung

Im Zuge der Verweisungstechnik – und damit im Gesamtbereich der Sicherung des freien Warenverkehrs – sollen Maßnahmen gegenseitiger Anerkennung nur Übergangscharakter haben. Anders dagegen im Bereich des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs: Hier sieht schon Art.57 Abs.1 EWGV den Abbau von Hindernissen durch gegenseitige Anerkennung berufsqualifizierender Befähigungsnachweise vor. Allerdings wurde diese in der Praxis regelmäßig mit einer standardisierenden Harmonisierung verknüpft⁴⁴, was wiederum zu erheblichen Verzögerungen geführt hat. Im Einklang mit einem entsprechenden Beschluß des Europäischen Rates auf dem Gipfel von Fontainebleau (25./26. Juni 1984) schlägt die Kommission ein System gegenseitiger Anerkennung ohne Basisharmonisierung vor, zunächst – aber nicht beschränkt hierauf – für die Anerkennung der Hochschuldiplome⁴⁵. Hierzu macht sie sich das vom sog. Adonino-Ausschuß⁴⁶ aus der Taufe gehobene Prinzip des gegenseitigen Vertrauens zu eigen, das dort wie folgt formuliert ist:

⁴² RS 120/78 (*Rewe*), Slg. 1979, 649.

⁴³ Die Richtlinien sollen als Regelfall eine vollständige Harmonisierung vorsehen, siehe Ratsentscheidung (Anm.4), Anhang II, Ziffer B II 1.

⁴⁴ Siehe P. Troberg, Rdnr.2ff. zu Art.57, in: H. v. d. Groeben [u.a.] (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag (3. Aufl. 1983).

⁴⁵ Weißbuch (Anm.5), Rdnr.88ff. Folgen soll die gegenseitige Anerkennung der Lehrlingsausbildung, Rdnr.91.

⁴⁶ Vom Europäischen Rat 1984 eingesetzter Ausschuß nationaler Regierungsexperten (»Ad hoc-Ausschuß für das Europa der Bürger«) zur Erarbeitung von Vorschlägen für eine Verbesserung der Personen- und Warenverkehrsfreiheit. Der Ausschuß hat mittlerweile

»Der Ausschuß ist der Auffassung, daß – wenngleich in bestimmten Fällen ein gewisses Maß an Anpassung möglicherweise wünschenswert ist – eine vollständige Harmonisierung kein geeigneter Weg ist, um die Zielsetzung des Rom-Vertrags auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts zu erreichen. Der Europäische Rat sollte beschließen, daß der allgemeine Lösungsansatz auf eine gegenseitige Anerkennung der Diplome oder anderer Prüfungen ohne vorherige Harmonisierung gegründet werden sollte. Nur so dürfte es möglich sein, zu einem allgemeinen System zur Sicherstellung der Gleichwertigkeit der Diplome im Sinne der Schlußfolgerungen des Europäischen Rates von Fontainebleau zu gelangen. Dies würde die Verabschiedung der dem Rat bereits seit allzu langer Zeit vorliegenden Vorschläge erleichtern. In Anbetracht des hohen Ausbildungsniveaus in den einzelnen Gemeinschaftsländern würde mit diesem neuen Ansatz das Prinzip des wechselseitigen Vertrauens aufgestellt und davon ausgegangen, daß die Ausbildungsabschlüsse in den Mitgliedstaaten im wesentlichen vergleichbar sind. Die Gemeinschaftsorgane sollten das Ziel festlegen und dann ein System einführen, das zu einem Anerkennungsverfahren für die verschiedenen Bereiche führt«⁴⁷.

Ein entsprechender Richtlinienvorschlag der Kommission ist inzwischen vorgelegt worden⁴⁸. Für die Errichtung eines gemeinsamen Dienstleistungsmarktes, vor allem für Banken und Versicherungen, soll dagegen auf eine »minimale Koordinierung der Vorschriften (insbesondere hinsichtlich solcher Fragen wie Zulassung, die finanzielle Überwachung und Neuorganisation, die Liquidation usw.)« nicht verzichtet werden⁴⁹. Ob mit oder ohne Basisharmonisierung: Bezogen auf die Gemeinschaft als Rechtsetzungsinstanz löst die Technik gegenseitiger Anerkennung aber einen erheblichen Deregulierungseffekt zugunsten nationaler Eigenregelungen aus.

III. Bewertung der »Neuen Strategie«

1. Grundsatz der Erforderlichkeit

Die Beschränkung der Rechtsangleichung auf Bereiche, in denen sie »unerlässlich« ist, und Angleichungsnormen, die »zwingende Erforder-

zwei Berichte vorgelegt, siehe zuletzt EG-Bulletin 6/1985, S.23ff., und demnächst Beilage 7/85.

⁴⁷ Erster Bericht vom 29./30.3.1985, Dok. SN/848/6/85 (EDC), siehe EG-Bulletin, Beilage 7/85.

⁴⁸ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, Abl. C 217/3, 2.8.1985.

⁴⁹ Weißbuch (Anm.5), Rdnr.102.

nisse« festlegen⁵⁰, stellt ein doppeltes Erforderlichkeitsprinzip auf: Es bindet die Gemeinschaftsorgane sowohl auf der Tatbestandsseite der Rechtsangleichung (Wahrnehmungskompetenz) als auch auf der Rechtsfolgeseite (Wahl der Angleichungsmittel und der Regelungsdichte)⁵¹ an den Grundsatz, nicht mehr zu regeln als unbedingt erforderlich ist. Das klingt innovativ, ergibt sich m.E. aber schon aus dem EWG-Vertrag. Da das Weißbuch darüber hinaus offen läßt, an welchen Zielen die Erforderlichkeit zu messen ist (mit Ausnahme des Bereichs der Beseitigung technischer Handelshemmnisse), soll zu diesen Fragen kurz Stellung bezogen werden:

Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur akzeptiert Erforderlichkeit als Schranke der Rechtsangleichung nur auf der Tatbestandsseite⁵². Sie sieht Art.3h) EWGV, der die Rechtsangleichung nur zur Gemeinschaftsaufgabe erklärt, »soweit dies für das ordnungsgemäße Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist«, als bloße Aufgabenbeschreibung, nicht aber als generelle Kompetenzschranke an⁵³. Diese Schranken seien allein den besonderen Vorschriften zu entnehmen. Da Art.100 EWGV – im Gegensatz etwa zu Art.54 Abs.3g) EWGV – keine Erforderlichkeitsklausel enthalte, bestehe die einzige geschriebene Kompetenzschranke darin, die Rechtsangleichung auf die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beschränken, »die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken« (Art.100). Die Mittelwahl unterfalle dagegen einem weiten, nur in äußersten Grenzen justitiablem Ermessensspielraum der Gemeinschaftsorgane, der allein durch das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden sei⁵⁴. Soweit diesem Prinzip ein Erforderlichkeitskriterium nicht sogar abgesprochen wird⁵⁵, sei dieses an den weiten Vertragszielen zu messen⁵⁶. Teilweise wird sogar eine »optimierende«, d.h. eine für den Gemeinsamen

⁵⁰ Siehe Anm.33.

⁵¹ Siehe zur Unterscheidung zwischen (Wahrnehmungs-)Kompetenzen und (Mittel-)Zuständigkeiten schon Th. Bruha, Handelsembargo gegen Argentinien durch EWG-Verordnung, DVBl. 97 (1982), S.674ff., 678, der Sache nach ebenso Bericht der Kommission über eine Europäische Union vom 26.6.1975, Ziff.11, EG-Bulletin, Beilage 5/75.

⁵² Siehe zu den folgenden Fragen aus jüngerer Zeit Eiden (Anm.6), S.53ff.; H. C. Taschner, Kommentierung zu Art.100, in: v.d. Groeben (Anm.44); B. Langeheine, Kommentierung zu Art.100, in: E. Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag (1984).

⁵³ Besonders dezidiert H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), S.689f.

⁵⁴ Langeheine (Anm.52), Rdnr.12.

⁵⁵ Siehe Ipsen (Anm.53), S.512 und 693.

⁵⁶ Langeheine (Anm.52), Rdnr.12 mit weiteren Nachweisen.

Markt nur nützliche Rechtsangleichung für zulässig gehalten, die, streng betrachtet, nicht erforderlich ist⁵⁷.

Diese extensive Interpretation ergibt sich nicht zwingend aus den Vertragsbestimmungen. Zwar ist richtig, daß Art.3h) EWGV nur eine Aufgabenzuweisung an die Gemeinschaft, nicht aber eine Kompetenzzuweisung an ihre Organe enthält. Gerade deswegen hat sie aber eine mittelbare kompetentielle Bedeutung, wie es auch der Praxis der Gemeinschaftsorgane entspricht, Art.3 (und 2) EWGV immer dann heranzuziehen, wenn es darum geht, die einzelnen Kompetenzvorschriften (u.a. auch Art.100 EWGV!) extensiv auszulegen⁵⁸. Denn Organkompetenzen setzen Aufgaben der juristischen Person voraus, für die sie wahrgenommen werden⁵⁹. Für Aufgaben, die erledigt sind, gibt es auch keine Kompetenzen mehr. Art.100, im Lichte des Art.3h) EWGV interpretiert, ist daher eher so zu verstehen, daß Rechtsangleichungsmaßnahmen auch in der Regelungsdichte nicht über das für die Errichtung und Sicherung des Gemeinsamen Marktes Erforderliche hinausgehen dürfen⁶⁰. Daß diese Beschränkung in Art.100 EWGV nicht – wie etwa in Art.54 Abs.3g) EWGV – ausdrücklich aufgeführt worden ist, läßt sich unschwer damit erklären, daß man mit der eng formulierten Klausel der »unmittelbaren Auswirkung auf den Gemeinsamen Markt« geglaubt haben mag, auch der Mittlererforderlichkeit des Art.3h) EWGV ausreichend Rechnung getragen zu haben. Denn die Entwicklung der Richtlinienrechtsetzung zur heute in ihrer Zulässigkeit kaum noch bestrittenen »durchnormierten« Richtlinie⁶¹ war damals kaum abzu-

⁵⁷ So vor allem Ipsen (Anm.53), S.690: »Im Sinnzusammenhang des Art.3h) mit den Art.100–103 und der *ratio* aller Rechtsangleichungspolitik, die der Gemeinschaft aufgegeben ist, kann »erforderlich« nur positiv und konstruktiv als für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes nützlich und förderlich begriffen werden«.

⁵⁸ Siehe EuGH RS 8/73 (*Massey-Ferguson*), Slg.1973, 897ff., 907; ferner M. Zuleeg, Rdnr.4 zu Art.3 (und Rdnr.3 zu Art.2), in: v.d. Groeben (Anm.44).

⁵⁹ Die Aufgabenzuweisungen in Art.3 EWGV verpflichten die Gemeinschaft als juristische Person, die Kompetenz- und Mittelzuweisungen in Art.100 EWGV berechnen und verpflichten gegebenenfalls ihre Organe. Siehe zum Verhältnis von (Staats-)Aufgaben und Organkompetenzen H. P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz (2. Aufl. 1977), S.52ff.

⁶⁰ So vor allem I. Seidl-Hohenveldern, Rechtsakte der Organe der EWG als Mittel der Angleichung, in: Kölner Schriften zum Europarecht (KSE), Bd.11 (1971), S.170ff., 190; ferner der Leiter der Rechtsabteilung des Rates, H. J. Glaesner, Die Einführung und Entwicklung neuer Politiken in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schwarze (Anm.17), S.31ff., 35; etwas zögernd (»gewisse Notwendigkeit und Erforderlichkeit«) auch Eiden (Anm.6), S.54f.

⁶¹ Siehe EuGH, RS 45/75 (*Royer*), Slg.1976, 497.

In diesem Zusammenhang ließe sich das Erforderlichkeitskriterium ferner auch auf den Ausnahmecharakter solcher »Quasi-Verordnungen« stützen, zu deren rechtlichen Problematik hier nicht im einzelnen Stellung zu beziehen ist. Denn es ist davon auszugehen, daß der Vertrag jeweils eine sinnvolle Regelung beabsichtigt, wenn er für ein bestimmtes Gebiet, wie hier Art.100 EWGV, den Erlaß von Richtlinien und nicht etwa Verordnungen vorsieht. Auf Art.100 EWGV gestützte Richtlinien, die nicht nur das Ziel, sondern auch Form und Mittel der Rechtsangleichung festlegen – also »durchnormiert« sind –, sind deshalb nur ausnahmsweise zulässig, wenn dies für eine effektive Durchführung der jeweiligen Aufgabe unbedingt erforderlich ist⁶².

Im Ergebnis spricht der Wortlaut des EWG-Vertrags daher mehr für die Annahme, daß die Gemeinschaftsorgane auch bei der Wahl der Regelungsdichte der Rechtsangleichungsmaßnahmen sich daran orientieren müssen, was für die Errichtung und Sicherung des Gemeinsamen Marktes (nicht etwa für die Erreichung der darüber hinausgehenden Gemeinschaftsziele!) erforderlich ist. Gemeinschaftliche Rechtsangleichung hat reaktive Funktion⁶³. Dabei steht den Gemeinschaftsorganen bei der Prüfung der Erforderlichkeit selbstverständlich ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, da dies auch politische Abwägungen notwendig macht⁶⁴. Dermaßen im Schnittpunkt von Recht und Politik stehend, können Erforderlichkeitsentscheidungen aber auch nicht grundsätzlich unjustitabel sein⁶⁵.

Letztlich ist das Interpretationsproblem aber auf der Ebene des zugrunde zu legenden Gemeinschaftsverständnisses zu lösen, das dogmatische Positionen bekanntlich stark determiniert⁶⁶. Nach inzwischen wohl

⁶² So auch E. Grabitz, Die Harmonisierung baurechtlicher Vorschriften durch die Europäischen Gemeinschaften (1980), S.41.

⁶³ H. Steiger, Europarechtliche Grundlagen, in: J. Salzwedel [u.a.] (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts (1983), S.65ff., 70.

⁶⁴ Chr. Tomuschat, Die Rechtsetzungsbefugnisse der EWG in Generalmächtigungen, insbesondere in Art.235 EWGV, Europarecht, Sonderheft 1976, S.47ff., 60.

⁶⁵ Siehe zum Vergleich die berechtigte Kritik an dem faktischen Verzicht des BVerfG, die Berufung des Bundesgesetzgebers auf die Bedürfnisklausel des Art.72 Abs.2 GG gerichtlich zu überprüfen, von Th. Maunz, Rdnr.12ff. zu Art.72, in: Th. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, Loseblattausgabe 1984. Vgl. dagegen Langeheine (Anm.52), Rdnr.11f., und D. Nickel, Le projet de traité instituant l'Union Européenne élaboré par le Parlement Européen, Cahiers de Droit Européen 20 (1984), S.511ff., 515.

⁶⁶ Siehe für das nationale Recht E. W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 29 (1976), S.2089ff.; für das Gemeinschaftsrecht J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft – Begriff und Grundlagen, in: J. Schwarze/R. Bieber, Eine Verfassung für Europa: Von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union (1984), S.15ff.

weitgehend akzeptierter Meinung handelt es sich um ein Verfassungsverständnis⁶⁷. Zunächst zum Vorverständnis der hier abgelehnten, sehr extensiven Auslegung gemeinschaftlicher Rechtsangleichungskompetenz: Hier nach sind die Gemeinschaftsverträge die »Integrationsverfassung« des Integrationsprozesses, die auf Wandel im Sinne seiner Ausweitung und Vertiefung angelegt sind. Auch das vertikale Kompetenzverhältnis, das allein durch das Gemeinschaftsrecht abgesteckt wird, ist in diesem Sinne zu interpretieren, was zumeist heißt, es zugunsten der Gemeinschaft zu verschieben. Dieses Verständnis ist besonders von H. P. Ipsen gefördert worden, demzufolge die Gemeinschaftsverträge

»bei aller normativen Stringenz und Ausrichtung auf erforderlichenfalls formal geregelte Änderungsbedürftigkeit (Art.236) – als Integrationsverfassung selbst prinzipiell auf den Wandel hin angelegt sind, nämlich den Prozeß zunehmender Zusammenführung der Mitgliedstaaten durch Vergemeinschaftung bislang mitgliedstaatlicher, öffentlicher Aufgaben. Jede Auslegung und Anwendung von Normen der EG-Verfassung, die ... diesen Verfassungsprozeß fördert, ist der Anlage der EG-Verfassung adäquat, ein Beitrag zum Verfassungswandel im Sinne der Verfassungsverwirklichung. Dieser Wandel ist also nicht wie im Staatsrecht Reaktion auf Tatbestandsveränderung im Geltungsbereich der einschlägigen Verfassungsnorm. Dieser Wandel ist selbst Aktion, konkreter Vollzug der auf Wandel angelegten EG-Verfassung. Sie ist – wortspielerisch formuliert – eine Wandel-Verfassung einzigartigen, sonst nicht existierenden Typs«⁶⁸.

Gegen dieses ausgeprägte »Wandel-Verfassungs«-Verständnis, das der Integrationstheorie R. Smend's⁶⁹ sehr ähnelt, sind eine Reihe von Bedenken zu erheben. Zunächst soll dahingestellt bleiben, ob eine betont extensive Handhabung der Gemeinschaftskompetenzen überhaupt stets integrationsfördernd ist. Jüngere Untersuchungen mahnen hier zur Vor-

⁶⁷ Siehe zur Begründung Schwarze, *ibid.*, sowie R. Bernhardt, Die »Verfassung« der Europäischen Gemeinschaft, in: Kommission der EG (Hrsg.), Dreißig Jahre Gemeinschaftsrecht (1981), S.77ff.

⁶⁸ Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, in: J. Schwarze (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz (1983), S.29ff., 50f.; prinzipiell übereinstimmend auch Schwarze (Anm.66), S.23ff.

⁶⁹ Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze (2. Aufl. 1968), S.119ff. Ipsen selbst bestreitet, sich an der Smend'schen Denkschule orientiert zu haben, so im Zusammenhang mit seiner Formel vom »Zweckverband funktioneller Integration« (vgl. Smend, S.228), in seinem Beitrag Zur Gestalt der Europäischen Gemeinschaft, in: Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien (1984), S.79ff., 84f.

sicht⁷⁰. Doch selbst wenn man diese positiven Effekte unterstellt, ist nach den Grenzen zu fragen, die ihnen das Recht setzt: Verfassung im Rechts-sinn meint die rechtliche Grundordnung einer Gemeinschaft⁷¹. Daß diese nicht nur die Gründungsverträge (mit einigen Folgevereinbarungen) sein können, sondern zumindest auch die gemeinsamen Verfassungsprinzipien der Mitgliedstaaten, belegt schon die Grundrechts-Rechtsprechung des EuGH, insbesondere jüngere Urteile⁷². Als Verfassungsprozeß der Mitgliedstaaten⁷³ kann der europäische Integrationsprozeß nicht mit einem eindimensionalen Verfassungsverständnis eingefangen werden. Die Gemeinschaftsverfassung setzt sich auch aus Elementen der nationalen Rechtsordnungen zusammen⁷⁴. Insoweit ist ein rigid verstandenes Dogma von der Autonomie und des absoluten Vorranges des Gemeinschaftsrechts in der Tat korrekturbedürftig⁷⁵. Es wird auch von weitaus weniger Mit-

⁷⁰ Siehe vor allem J. Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, Yearbook of European Law 1 (1981), S.267ff., der auf die Gefahr von Blockierungen des politischen Systems (*decisional supranationalism*) durch zu forschen Ausbau der Gemeinschaftskompetenzen (*normative supranationalism*) hinweist. Eine seine bisherigen Studien zusammenfassende Abhandlung ist nach Abschluß dieses Artikels auf italienisch erschienen (*Il sistema comunitario europea*, 1985). Die englische Fassung ist im Druck (*The European Community: Legal Structure and Political Process*), im folgenden nach der Gliederung des Manuskripts zitiert).

⁷¹ Bernhardt (Anm.67), S.77.

⁷² Die Gründlichkeit, mit welcher der EuGH inzwischen Gemeinschaftsgrundrechte aus gemeinsamen Grundrechtsprinzipien der Mitgliedstaaten ableitet, erlaubt es nicht mehr, diese nur als »Inspirationsquellen« für im übrigen nur an der Gemeinschaftsrechtsordnung und den Gemeinschaftsbedürfnissen orientierte richterliche Rechtschöpfung zu verstehen. Zutreffend deshalb EuGH, RS 155/79 (AM & S), Slg.1982, 1575ff., 1610: »Denn das Gemeinschaftsrecht beruht darauf, daß die Mitgliedstaaten nicht nur auf wirtschaftlichem, sondern auch auf rechtlichem Gebiet miteinander verflochten sind, und muß daher den Grundsätzen und Vorstellungen Rechnung tragen, die den Rechtsordnungen dieser Staaten ... gemeinsam sind«. Vgl. auch Art.4 Abs.1 und 2 des »Entwurfs eines Vertrages zur Gründung der Europäischen Union« des EP (Unionsvertrag) vom 14.2.1984, der bezüglich des Grundrechtsschutzes auf die gemeinsamen Verfassungsgrundsätze der Mitgliedstaaten (sowie die EMRK) verweist, ABl. C 77/36, 19.3.1984.

⁷³ So die treffende Bezeichnung von J. A. Frowein, Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozeß, *Europarecht* 18 (1983), S.301ff., 315.

⁷⁴ Siehe auch Bernhardt (Anm.67), S.82, ferner Th. Bruha, *Principles Guiding the Delimitation of the External Competences of the European Communities and their Member States*, H.L.236 (Anm.15), S.155ff. mit weiteren Nachweisen.

⁷⁵ Tomuschat (Anm.64), S.62. In dieser Beschränkung auf Prinzipienübereinstimmung steckt in der häufig mißverstandenen Forderung nach »struktureller Kongruenz« zwischen nationaler und gemeinschaftlicher Rechtsordnung ein richtiger Kern. Siehe H. Kraus, Das Erfordernis struktureller Kongruenz zwischen der Verfassung der Europäi-

gliedstaaten akzeptiert, als allgemein zur Kenntnis genommen wird⁷⁶.

Auf der Basis dieses hier vertretenen mehrdimensionalen Verfassungskonzepts, das dem ambivalenten Charakter⁷⁷ der Gemeinschaften zwischen Internationalismus und Konstitutionalismus, Konföderalismus und Föderalismus Rechnung zu tragen versucht, kann ein Verfassungsgebot betont dynamisch-extensiver Auslegung der Gemeinschaftskompetenzen nicht akzeptiert werden. Dynamik ja, aber »Dynamik in Struktur«, um eine bekannte Äußerung H. Hellers⁷⁸ abzuwandeln. Grundlagen der Gemeinschaftsverfassung sind das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip⁷⁹. Welchen konkreten Inhalt sie im einzelnen auf Gemeinschaftsebene auch immer haben mögen, sie verlangen jedenfalls, daß neben den dynamischen auch die statischen Elemente, die jede echte Verfassung hat⁸⁰, gebührend berücksichtigt werden. So haben insbesondere Kompetenzbestimmungen immer auch statische Ordnungsfunktion, nicht nur dynamische Integrationsfunktion⁸¹. Dies bedenkend, ist dem Art.100 EWGV – wie auch dem funktionsähnlichen Art.235 EWGV – zwar eine besondere dynamische Zielsetzung zu bescheinigen. Gerade weil das aber der Fall ist und weil das Gebrauchmachen dieser Artikel das verfassungsrechtliche Kompetenzverhältnis verändert⁸², sind die statischen Elemente der Normen strikt zu beachten: Diese ergeben sich, wenn vielleicht nicht zwingend aus dem

schen Verteidigungsgemeinschaft und dem Grundgesetz, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd.2, 2. Halbbd. (1953), S.545ff.

⁷⁶ Siehe zu den bekannten, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts in der einen oder anderen Weise von nationalrechtlichen Vorbehalten abhängig machenden Urteilen deutscher, italienischer, französischer und britischer Verfassungs- und anderer Obergerichte R. Kovar, Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht, in: Dreißig Jahre Gemeinschaftsrecht (Anm.67), S.119ff., 132ff.

⁷⁷ Siehe schon H. Steiger, Staatlichkeit und Überstaatlichkeit. Eine Untersuchung zur rechtlichen und politischen Stellung der Europäischen Gemeinschaften (1966); neuerdings vor allem Weiler (Anm.70); weitere Hinweise bei M. Zuleeg, Kommentierung zu Art.1, in: v.d. Groeben (Anm.44).

⁷⁸ »Staat im Werden als Struktur«, so schlagwortartig sein, bei aller Dynamik, stärker normativ gebundenies Gegenmodell zum soziologischen Verfassungsverständnis Smeñd's (Anm.69), siehe H. Heller, Staatslehre (4. Aufl. 1970), S.232.

⁷⁹ Sie wurden von W. Hallstein als das Fundament der Gemeinschaft bezeichnet, Die Europäische Gemeinschaft (1973), S.43.

⁸⁰ Siehe zu diesen Funktionen D. Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1975), S.489ff., 494ff.

⁸¹ Ausführlich hierzu R. Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre (1983), S.299ff.

⁸² Siehe auch E. Grabitz, Methoden der Verfassungspolitik in der Gemeinschaft, in: Gedächtnisschrift für Chr. Sasse (1981), S.105ff., 110.

Wortlaut dieser dynamischen Generalklauseln allein, so doch aus diesem in Verbindung mit ihrem Zwecke: Sowohl Art.100 als auch Art.235 EWGV sind notwendige Ergänzungen zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das so lange aus Gründen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips unverzichtbar ist, wie es noch keinen echten Gemeinschaftsgesetzgeber gibt. Denn »wo hoheitliche Befugnisse in dem an sich begrüßenswerten Streben nach rechtsstaatlicher Bestimmtheit nach Inhalt und Form sparsam zugewiesen worden sind, können sich Regelungslücken – im weitesten Sinne verstanden – auf tun, die eine Gefahr für das »Funktionieren des Gemeinsamen Marktes« (Art.100 Abs.1) darstellen«⁸³. Dieser Normzweck⁸⁴ läßt das statische Element in Art.100 EWGV deutlich werden: Es besteht darin, daß von den weitreichenden Möglichkeiten dieses Artikels nur reaktiv zur Beseitigung oder Verhinderung von Marktbeeinträchtigungen Gebrauch gemacht werden darf. Zwar haben auf intensivere Ausschöpfung dieses Artikels abzielende Beschlüsse und Praktiken der Mitgliedstaaten⁸⁵ und der Gemeinschaftsorgane zu einer gewissen Verbreiterung des Anwendungsbereiches des Artikels geführt, z. B. durch erweiternde Auslegung des Begriffs des Gemeinsamen Marktes⁸⁶. Jedoch darf solche formlose Geltungsbildung des Art.100 EWGV nicht die reaktive Funktion gemeinschaftlicher Rechtsangleichung in Frage stellen, die durch den oben dargelegten doppelten Erforderlichkeitsvorbehalt und die Beschränkung auf die Sicherung des Gemeinsamen Marktes gewahrt wird. Versuche, diese Grenzen zu überschreiten, würden unweigerlich zu einer Entwertung, nicht nur Abwertung, des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und zu einer Verwischung der Grenze zwischen Verfassungs-

⁸³ Tomuschat (Anm.64), S.57.

⁸⁴ Daß Rechtsangleichung darüber hinaus noch weitere Funktionen hat, soll nicht bestritten werden. Jedoch sind diese kollateral und nicht kompetenzbestimmend. Siehe zu den Funktionen etwa Langeheine (Anm.52), Rdnr.4.

⁸⁵ Siehe besonders das Pariser Schlußkommuniqué der Staats- und Regierungschefs vom 19./20.10.1972, zum Ausbau der sog. flankierenden Politiken (Umweltschutz, Industriepolitik usw.), die Bestimmungen der Verträge weitestgehend auszuschöpfen, Text: Europaarchiv 27 (1972), D 502 ff.

⁸⁶ Siehe zu den Grenzen solcher Dynamik bezüglich dieses Tatbestandselements aber Eiden (Anm.6), S.45 ff.

wandel und Verfassungsänderung⁸⁷ (Art.236 EWGV!) führen. Für eine solche, Rechtsprinzipien umkehrende Normenmutation, ist in einem verfassungsrechtlichen Verhältnis, in dem es keinen Souverän, sondern nur Kompetenzen gibt⁸⁸, kein Platz⁸⁹. Auch in dieser, der rechtsfortbildenden Staaten- und Organpraxis Rechtsgrenzen setzenden Funktion haben die Gemeinschaftsverträge in der Tat Verfassungscharakter und sind mehr als bloße völkerrechtliche Vereinbarungen⁹⁰.

2. Instrumente des neuen Ansatzes

Sowohl die gegenseitige Anerkennung nationaler Regelungen als auch die Technik des Normenverweises sind Rechtsangleichungsmaßnahmen im Sinne von Art.100 und Art.3h) EWGV. Für die Normenverweisteknik leuchtet dies ohne weiteres ein. Denn hier liegt in Gestalt der harmonisierenden »Basisrichtlinie« ein förmlicher Rechtsangleichungsakt der Gemeinschaft vor, der auf Ausfüllung durch harmonisierte *soft law*-Normen angelegt ist. Diese wiederum haben Regelungscharakter und wirken zumindest dadurch rechtlich, daß sie Beweislasten begründen. Auf Grund dieser mittelbaren Normativität sind sie materielle Rechtsquellen für den Einzelfall⁹¹. Indirekte Harmonisierung durch Normenverweis darf daher nicht den gemeinschaftlichen Regelungsspielraum erweitern.

Die Qualifizierung gegenseitiger Anerkennung als Rechtsangleichungsmaßnahme führt dagegen zu einer Verbreiterung des Anwendungsbereichs dieser Technik. Denn ausdrücklich ist sie nur in Art.57 Abs.1 und 220 EWGV vorgesehen, so daß sie als Handlungsinstrument hierauf zu be-

⁸⁷ Siehe hierzu B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung (1982).

⁸⁸ M. Kriele, Einführung in die Staatslehre (1975), S.112f.

⁸⁹ Zu den Grenzen dynamischer Geltungsfortbildung des Art.100 EWGV eindringlich Tomuschat (Anm.64), S.55: »Der Gemeinschaft ist es ... institutionell verwehrt, sich auf eine ungezügelter Dynamik der Auslegung einzulassen, die vor lauter ökonomischer Systemrationalität die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit des Rechts in Frage stellt und damit die Grundprinzipien von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz tangiert«. Letztlich leidet darunter auch die Autorität des Rechts, siehe vor allem T. Stein, Die Autorität des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: ders. (Hrsg.), Die Autorität des Rechts. Verfassungsrecht, Völkerrecht, Europarecht (1985), S.53 ff., 61 ff.

⁹⁰ Abzulehnen sind deshalb Äußerungen, den dynamischen Generalklauseln wie Art.100 und 235 EWGV wegen ihrer tatbestandlichen Unbestimmtheit und ihrer Funktion ganz oder weitgehend jegliche materiellen Ermächtigungsgrenzen abzusprechen: So aber Weiler (Anm.70), Teil 2, Kap.9, Abschnitt E (»Mutation«), und F. Jacobs, H.L. 236 (Anm.15), S.127, 136.

⁹¹ Marburger (Anm.38), S.347.

schränken wäre⁹², könnte man sie nicht als Unterfall der Rechtsangleichung verstehen. Der Wortlaut des EWG-Vertrags ist, wie so oft, auch hier nicht eindeutig: »Angleichung von Vorschriften«/»approximation of provisions« ist nicht zwingend nur auf materielle Normen bezogen. Es lassen sich auch Rechtsanwendungsnormen des internationalen Privat- oder Verwaltungsrechts unter die Begriffe fassen. Entscheidend ist daher der Zweck der Rechtsangleichung: Dieser besteht nach den bisherigen Ausführungen darin, gewisse Funktionsstörungen des Gemeinsamen Marktes, die ihre Ursache in Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten haben, abzubauen oder zu verhindern. Rechtsangleichung als Oberbegriff umfaßt folglich alle Maßnahmen der Angleichung oder sonstigen Einwirkung auf das nationale Recht, die diesen Zielen dienen⁹³. Das können als Minimalform der Rechtsangleichung Maßnahmen gegenseitiger Anerkennung sein⁹⁴, die zwar nicht die Normprogramme, aber die Normbereiche nationaler Rechtsnormen neu definieren. Rechtsangleichung kann unter Umständen aber auch bis zur völligen Vereinheitlichung materiellen Rechts gehen, die als Maximalform der Angleichung am anderen Ende der gleitenden Skala steht. Soweit gegenseitige Anerkennung nationaler Normen daher zur Funktionssicherung des Gemeinsamen Marktes ausreicht, hat sich die Gemeinschaft – bei Anerkennung eines gewissen Ermessensspielraums – auch im Rahmen des Art.100 EWGV hierauf zu beschränken.

Dieses instrumentelle Erforderlichkeitsprinzip kann auch im Verhältnis zur Technik des Normenverweises bedeutsam werden. Denn der EuGH hat in der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung den Grundsatz der Verkehrsfähigkeit jedes, nach den jeweils geltenden nationalen Vorschriften hergestellten Produkts in der Gemeinschaft aufgestellt, von dem nur abgewichen werden dürfe, »um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes«⁹⁵. Das sind im wesentlichen, aber nicht

⁹² Die in Art.5 EWGV normierte Pflicht zur Gemeinschaftstreue wäre keine ausreichende Grundlage, Röhling (Anm.37), S.155, mittelbar auch A. Bleckmann, Rdnr.13 zu Art.5, in: v. d. Groeben (Anm.44).

⁹³ Ähnlich auch Taschner, Rdnr.4, und Langeheine, Rdnr.8f. (Anm.52).

⁹⁴ So auch Röhling (Anm.37), S.156f., mit weiteren Nachweisen; enger wohl Seidl-Hohenveldern (Anm.60), S.174: (»Änderung des materiellen Inhalts des innerstaatlichen Rechts«).

⁹⁵ Anm.42. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen dieses Urteils, ABl. C 256/2, 3.10.1980.

nur, die *ordre public*-Vorbehalte des Art.36 EWGV⁹⁶. Unter dem Gesichtspunkt der Freiheit des Warenverkehrs betrachtet, scheint für die von der Verweisungstechnik zu erfassenden Produktnormen also gar kein Bedürfnis nach Rechtsangleichung zu bestehen, da der freie Warenverkehr im Prinzip gesichert und die Berufung auf die *ordre public*-Klauseln rechtlich gebunden und gerichtlich überprüfbar ist⁹⁷. Solche Betrachtung ließe aber die Realität völlig unberücksichtigt, die bei der Erforderlichkeitsprüfung mit abzuwägen ist: Gerade im Bereich des Warenverkehrs ist die Gemeinschaft derzeit weniger durch »gegenseitiges Vertrauen« denn protektionistische Neigungen und Praktiken der Mitgliedstaaten gekennzeichnet⁹⁸. Die Handelsgüter produzierenden Wirtschaftsunternehmen müssen immer damit rechnen, daß die Verkehrsfähigkeit ihrer Produkte durch *ordre public*-Vorbehalte eingeschränkt wird⁹⁹. Diese Rechtsunsicherheit behindert die bei der heutigen Massenproduktion erforderliche langfristige Unternehmensplanung – und damit den freien Warenverkehr – erheblich¹⁰⁰.

Die Einschaltung des EuGH zur Aufhebung unlauterer Praktiken kann die notwendige Rechtssicherheit ebenfalls nicht vermitteln, da er nur Fall für Fall und repressiv tätig werden kann. Selbst eine ausufernde Rechtsprechungskasuistik kann bei der sich stets schneller entwickelnden Technik das Übel nicht an der Wurzel beseitigen. Hier stieße man auch bald auf Funktions- und Kapazitätsgrenzen des EuGH, der weder eine Art von europäischer Kammer für Handelssachen noch der Gesetzgeber der Gemeinschaft ist¹⁰¹. Gegenwärtig kann auf einheitliche Produktnormen daher jedenfalls insoweit nicht verzichtet werden, als sie die technischen Anforderungen konkretisieren, auf die bei der Berufung auf *ordre public*-Vorbehalte abgestellt wird¹⁰². Gegenseitige Anerkennung ist so lange nicht aus-

⁹⁶ Siehe zum Verhältnis der »zwingenden Erfordernisse« zu den in Art.36 EWGV aufgeführten Tatbeständen, R. Wägenbaur, RdNr.58ff. zu Art.36, in: v.d. Groeben (Anm.44).

⁹⁷ Siehe auch Mitteilung der Kommission (Anm.95).

⁹⁸ C.-D. Ehlermann, H.L. 131 (Anm.15), S.51; ferner die Entschließung des EP zur Konsolidierung des Binnenmarktes vom 13.6.1985 (Dok. A 2-50/85), Ziffer 81, in: PE Texte 4/85 (10.-14.6.1985).

⁹⁹ Ehlermann, *ibid.*, S.50.

¹⁰⁰ Grabitz (Anm.62), S.82ff.

¹⁰¹ Zutreffend daher die Kommission (Anm.3), S.5.

¹⁰² Ehlermann (Anm.98), S.50; im Ergebnis auch Seidel (Anm.12), S.1124; ders., Die Beseitigung der technischen Handelshemmnisse, in: KSE (Anm.60), S.733ff., 735; H. W. Micklitz, Technische Normen, Produzentenhaftung und EWG-Vertrag, NJW 36 (1983), S.483ff., 488. Generell skeptisch aber G. Zellentin, Anhörung im Auswärtigen Ausschuß des Bundestages am 2.10.1985: »Die Umgehungsmöglichkeiten der nationalen Stellen stehen in einem proportionalen Verhältnis zum gesetzgeberischen Aufwand der EG«.

reichend zur Sicherung des Gemeinsamen Marktes, wie die Standards des Verbraucher- und Umweltschutzes in den Mitgliedstaaten unterschiedlich hoch sind. Denn bloße Anerkennung kann einerseits zu Wettbewerbsverzerrungen führen (Begünstigung von Unternehmen, die in Niedrigstandardländern produzieren, Begünstigung kapitalstarker Unternehmen, die es sich leisten können, Betriebsstätten dorthin zu verlegen), andererseits zur faktischen Rechtsangleichung auf das niedrigste Niveau (Druck auf den Gesetzgeber) und damit zur Senkung der Verbraucher- und Umweltschutzstandards¹⁰³. Mag es im einzelnen auch fraglich sein, wieweit diese Belange überhaupt die Eingriffsbefugnis für gemeinschaftliche Rechtsangleichungsmaßnahmen auslösen können¹⁰⁴: bei der Wahl der Mittel sollten sie beachtlich sein dürfen.

Über den *ordre public*-Bereich hinaus und sonstige, den Wettbewerb »spürbar« verzerrende Beschaffenheitsvorschriften (etwa Abmessungen und Zusammensetzung von Baumaterialien und dergleichen)¹⁰⁵, ist Detailrechtsangleichung aber nicht erforderlich. So sinnvoll es volkswirtschaftlich auch sein mag, möglichst viele gemeinsame Produkt- und sonstige Industrienormen zu haben: Dieses Bedürfnis begründet keine gemeinschaftliche Rechtsangleichungskompetenz, da dies auf die oben abgelehnte »optimierende« Rechtsangleichungskompetenz hinausläufe. Wenn die Mitgliedstaaten in diesen Bereichen ihr Recht harmonisieren wollen, können sie dies mit den Mitteln des Völkerrechts oder bloß faktisch, eventuell auch unter Einschaltung privater Normungsgremien, tun. Unter besonderen Umständen mag auch Art.235 EWGV eine Grundlage für Rechtsangleichungsmaßnahmen sein, die in untrennbarem Zusammenhang mit Maßnahmen stehen, die auf diesen Artikel gestützt werden können¹⁰⁶. Es ginge aber zu weit, die Harmonisierung aller ökonomisch wichtigen Industrienormen zur Gemeinschaftsaufgabe zu erklären und sie damit unwiderruflich der Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten – und das heißt für die Bundesrepublik Deutschland nicht selten der »Länder« (z. B. Bauordnungsrecht) – zu entziehen.

(Protokoll der 52. Sitzung des Auswärtigen Ausschusses – 712-2450 –, veröffentlicht demnächst in »Zur Sache«, Presse- und Informationsamt der Bundesregierung).

¹⁰³ Seidel und Micklitz, *ibid.*

¹⁰⁴ Siehe zur umstrittenen Auslegung der Begriffe »Gemeinsamer Markt« und »unmittelbare Auswirkung« im Sinne von Art.100 EWGV Eiden (Anm.6), S.21 ff., 36 ff., 53 ff.

¹⁰⁵ Beispielsfälle bei Grabitz (Anm.62), S.18 ff.

¹⁰⁶ Der EuGH hat im *Massey-Ferguson-Urteil* (Anm.58), *ibid.*, Art.235 EWGV bekanntlich für neben Art.100 EWGV anwendbar erklärt. Grabitz lehnt dies als Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung pauschal ab (Anm.62), S.7 ff.

Was schließlich die Methode der dynamischen Normenverweisung betrifft, so wirft sie prinzipiell dieselben Rechtsprobleme auf wie im nationalen Recht¹⁰⁷, dem sie nachgebildet ist. Auch hier geht es um die Geltung des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips. Denn eine Verweisung von hoheitlichen Rechtsakten auf technische oder sonstige Normen privater Gremien »darf nicht dazu führen, daß der Bürger schrankenlos der normsetzenden Gewalt [der privaten Normungsgremien] ausgeliefert wird, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind«¹⁰⁸. Ob auf Gemeinschaftsebene oder im nationalen Recht: Eine dynamische, gleitende Verweisung, die zu einer Rechtsbindung an die Referenznormen führt, verstößt gegen das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, da sie auf eine vertraglich (gesetzlich) nicht ausdrücklich vorgesehene Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen hinausläuft¹⁰⁹. Rechtsakte müssen stets konkret-inhaltlich in den »Willen« des demokratisch legitimierten rechtsetzenden Organs aufgenommen sein. Bei einem Verweis auf noch zu schaffende Normen ist das nicht der Fall. Auf die Bedeutung der betroffenen Normen kommt es dabei nicht an. Die Zulässigkeit der dynamischen Verweisung steht und fällt daher mit der Möglichkeit der Adressaten, ihre Wirkung durch Gegenbeweise aufzuheben¹¹⁰. Die Referenznormen dürfen rechtlich nicht mehr als Vermutungstatbestände, »antizipierte Sachverständigengutachten«¹¹¹ bilden. Sie dürfen nicht einmal die Verwaltungsbehörden unwiderlegbar binden¹¹². Darüber hinaus darf die Verweigerungstechnik aber auch nicht zu einer verkappten Verlagerung von Regelungszuständigkeiten führen, was der Fall wäre, wenn der Verweisungsrechtsakt überhaupt keine oder zu unbestimmte materielle Regelungskriterien enthielte. Die Erfahrungen mit dem nationalen Recht zeigen allerdings, daß man bezüglich des letzten Punktes sehr großzügig ist. Wenn das

¹⁰⁷ Siehe besonders Marburger (Anm.38), S.390ff.

¹⁰⁸ BVerfGE 62, 208 ff., 214.

¹⁰⁹ Hierzu ist der Rat nur im Fall des Art.155 Unterabs. 4 EWGV zugunsten der Kommission ermächtigt. Ungeschriebene Delegationsbefugnisse mögen in engen Grenzen bestehen (dafür M. Hilf, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften [1982], S.316 ff.), keinesfalls aber für Rechtsetzungsaufgaben.

¹¹⁰ So aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht auch Röhling (Anm.37), S.117ff., Grabitz (Anm.62), S.73 ff., und R. Starkowski, Die Angleichung technischer Rechtsvorschriften und industrieller Normen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1973), S.105 ff.; aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts Marburger (Anm.38), *ibid.* Siehe zuletzt auch BVerwG vom 27.6.1984 (8 B 163.83), Sammel- und Nachschlagewerk des BVerwG, 401.8. Nr.17.

¹¹¹ Anm.41.

¹¹² Grabitz (Anm.62), S.87.

Bundesverfassungsgericht in der *Kalkar*-Entscheidung sogar die Formel vom »Stand von Wissenschaft und Technik« für Nuklearanlagen für verfassungsgemäß erklärt hat¹¹³, wird man für die von der gemeinschaftlichen Verweisungstechnik betroffenen Bereiche (Haushaltsgeräte, Baumaterialien etc.) kaum mehr an rechtsverbindlichen Vorgaben verlangen können. Schließlich wird es auch im nationalen Recht für ausreichend gehalten, wenn in den amtlichen Publikationsorganen die Referenznormen nur mit der Fundstelle angegeben werden¹¹⁴.

Mißt man die »Neue Strategie« an diesen Grundsätzen, bestehen im Prinzip keine rechtlichen Bedenken: Ähnlich Anhang I zur »Niederspannungsrichtlinie« sollen die Basisrichtlinien »Allgemeine Bestimmungen für das Inverkehrbringen eines Erzeugnisses« sowie »Grundlegende Sicherheitsanforderungen« festlegen. Richtig verstanden sollen die Referenznormen auch keine Rechtsverbindlichkeit, auch nicht Verwaltungsbehörden gegenüber, entfalten¹¹⁵. Ferner ist auch nichts dagegen einzuwenden, daß die Mitgliedstaaten, nachdem sie Schutzmaßnahmen ergriffen haben, zu einem Konsultationsverfahren mit der Kommission verpflichtet werden. Dies ist sinnvoll, um eine Vereitelung des Zwecks der Verweisungstechnik zu verhindern und entspricht auch dem Grundgedanken des Art.5 EWGV. Der *Cremoni*-Entscheidung des EuGH¹¹⁶, in der die Verweisungstechnik ohne weiteres als vertragsgemäß behandelt worden ist, ist deshalb im Ergebnis zuzustimmen.

Diese prinzipielle Billigung sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die verstärkte Einbeziehung privater Gremien in den Rechtsangleichungsprozeß sekundäre Rechtsprobleme aufwerfen könnte: Wer haftet etwa für technisch fehlerhafte oder wirtschaftlich benachteiligende Referenznormen? Welche Möglichkeiten des individuellen Rechtsschutzes bestehen gegen sie usw. Ein Blick in die Literatur zum deutschen Sicherheitsrecht¹¹⁷ läßt erkennen, wie wenig geklärt solche Fragen sind, und läßt ahnen, wie kompliziert sie im Kontext gemeinschaftlicher Verweisungstechnik sein können. Schließlich sollte aus rechtspolitischer Sicht nicht übersehen werden, daß die Arbeiten der europäischen Normungsgremien bislang nicht pluralistisch organisiert sind. Insbesondere Verbraucherorga-

¹¹³ BVerfGE 49, 89ff., 134ff.

¹¹⁴ H. Schneider, Gesetzgebung (1982), S.215.

¹¹⁵ Die deutsche Fassung des vierten »Grundprinzips« der Normenverweisteknik (Text zu Anm.39) macht dies weniger deutlich als etwa der englische Text: "... national authorities are obliged to recognize that products are presumed to conform ...".

¹¹⁶ Anm.36.

¹¹⁷ Vgl. Marburger (Anm.38), S.429ff., 537ff.

nisationen sind nicht beteiligt¹¹⁸. CEN und CENELEC sind im wesentlichen *clearing houses* der jeweiligen Wirtschaftsunternehmen. Das kann auf die Dauer nicht akzeptiert werden. Die Referenznormen bestimmen in ihrer prinzipiellen faktischen Verbindlichkeit erheblich die Standards des Sicherheits-, Umwelt- und Gesundheitsschutzes mit. Sie dürfen deshalb nicht nur an den Möglichkeiten der technischen Realisation bemessen, sprich technokratisch beschlossen werden¹¹⁹. Es ist vielmehr für eine ausreichende Repräsentation aller betroffenen Interessen und des Gemeinwohls zu sorgen, sowohl rechtlich als auch faktisch¹²⁰. Vermeintlich nur technisch-wissenschaftliche Entscheidungen orientieren sich immer auch an übergreifenden, vorausliegenden Zielen und Zwecken, wie Wirtschaftlichkeit oder Umweltverträglichkeit, über die gegenwärtig ein Prozeß der Neuordnung der Stellenwerte und Rangfolgen stattfindet. Wenn es auch nicht die eigentliche Aufgabe von Normungsgremien ist, diesen Dialog zu führen, so darf er dort auch nicht ausgeblendet werden.

3. Deregulativer Effekt

Im strengsten Sinne des Wortes wirkt die »Neue Strategie« überhaupt nicht deregulierend, da geltendes Recht nicht zurückgenommen werden soll¹²¹. Stellt man dagegen zutreffend auf den Prozeßcharakter des Gemeinschaftsrechts ab¹²², hat der neue Ansatz durchaus deregulative Effekte, da für die Rechtsetzungsphase das bislang angestrebte Maß an Regelungsbreite und Regelungsdichte zurückgeschraubt wird. Und selbst in dieser Beziehung wird man nicht pauschal von Deregulierung sprechen können, da nur das Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten (gegebenenfalls auch zu deren territorialen Untergliederungen) und dem

¹¹⁸ Im Gegensatz zu den Arbeiten deutscher Normungsgremien siehe Micklitz (Anm.102), S.487. Der bei der Kommission seit 1973 bestehende Beratende Verbraucherausschuß (BVA) hat nur Anhörungsrechte.

¹¹⁹ Siehe zum folgenden H. Steiger, Begriff und Geltungsebenen des Umweltrechts, in: Salzwedel (Anm.63), S.1 ff., 15 ff., mit weiteren Nachweisen vor allem auf die Grundlagenliteratur.

¹²⁰ Die Verbraucherverbände haben schon innerstaatlich Schwierigkeiten, eine auch nur annähernd ausreichende Zahl qualifizierter Sachverständiger anzubieten. Sie fordern zu diesem Zweck mehr öffentliche Mittel. Aus finanziellen Gründen unterrepräsentiert sind aber auch kleinere Unternehmen, während die großen sogar über werkseigene Normenabteilungen verfügen. Siehe Marburger (Anm.38), S.202 f.

¹²¹ *Deregulation* in diesem Sinne findet dagegen zur Zeit vor allem in den USA statt, besonders im Wirtschafts- und Umweltrecht. Siehe zuletzt Stewart (Anm.25).

¹²² Siehe dazu besonders Weiler (Anm.70).

Wirtschaftssystem betroffen ist. Wer Verrechtlichung und Deregulierung vornehmlich als Phänomene im Verhältnis Staat (Gemeinschaft)–Bürger ansieht¹²³, wird der »Neuen Strategie« daher schwerlich deregulative Wirkung beimessen können. Im übrigen ist zu differenzieren: Allein die Technik gegenseitiger Anerkennung und der Erforderlichkeitsgrundsatz wirken deregulierend, da sie den Mitgliedstaaten mehr Regelungsautonomie belassen als unter Zugrundelegung der bislang praktizierten Strategie. Die damit verbundene Zunahme von Recht in Gestalt unterschiedlicher nationaler Regelungen ist geradezu der Sinn solcher Deregulierung, so daß nur ein rein quantitatives Problemverständnis¹²⁴ den deregulativen Effekt in Frage stellen könnte¹²⁵. Was die Technik des Normenverweises betrifft, wird man dagegen eher von *delegalization* denn *deregulation* sprechen müssen, da im wesentlichen nur der Normgeber ausgewechselt und unmittelbar rechtliche durch mittelbar rechtliche und faktische Verbindlichkeit ersetzt wird. (Überdies werden mit dieser Technik erhöhte Zuwachsraten gemeinschaftlicher Regulierung angestrebt.) Immerhin wird in Zukunft der Wirtschaft – und mit Einschränkungen auch den Verwaltungsbehörden – die rechtliche Möglichkeit eingeräumt, von den *soft law*-Normen abzuweichen. Ob damit die gerade von der Wirtschaft geforderte Innovationsfähigkeit gesichert werden kann, wird erst im Laufe der Anwendung der neuen Technik erkennbar werden.

Wie fruchtbar das neue Konzept tatsächlich sein wird, läßt sich zur Zeit noch nicht sagen. Die bislang vorliegenden Dokumente nennen nur einige wenige, prioritäre Bereiche¹²⁶. Zunächst wird die Kommission weitere Implementierungsstudien anzufertigen haben¹²⁷. Zwei Grundsätze wird man jedoch jetzt schon aufstellen können: Erstens, gegenseitige Anerkennung ist prinzipiell dort das angemessene Instrument, wo gleichwertige

¹²³ Siehe Anm.25.

¹²⁴ Siehe Text zu Anm.21 ff.

¹²⁵ Auf ausschließlich quantitative Aspekte stellt etwa E. a Campo, *Dérégulation par harmonisation*, *Revue du Marché Commun* 28 (1985), S.255 ff., ab, wenn er die bisherige zentralisierende Rechtsangleichung *per se* als Beitrag zur Deregulierung preist (harmonisation = *dérégulation*, S.257).

¹²⁶ So ist die gegenseitige Anerkennung berufsqualifizierender Abschlüsse auch für die Lehrlingsausbildung vorgesehen, Weißbuch (Anm.5), Rdnr.91. Die Normenverweisteknik soll vor allem für die Bereiche Informationstechnologien, Fernmeldewesen und Bauwirtschaft, nach Auffassung der Kommission auch für den Lebensmittelsektor, eingesetzt werden, weniger dort, wo die Gemeinschaft bereits harmonisierend tätig geworden ist (vor allem Kraftfahrzeuge und Meßwesen). Siehe Weißbuch, Rdnr.71 und die Entschließung des Rates (Anm.4), S.9.

¹²⁷ Siehe EG-Bulletin 1985/6, S.22.

nationale Standards vorliegen und nicht Bereiche betroffen sind; in denen erfahrungsgemäß *ordre public*-Schutzmaßnahmen oder sonstige, den Wettbewerb spürbar beeinträchtigende Regelungen getroffen werden. Je geringer die Kooperationsbereitschaft der Mitgliedstaaten und das tatsächliche Ausmaß gegenseitigen Vertrauens ist, desto größer ist also der potentielle Verlust an Rechtsetzungszuständigkeiten durch Rechtsangleichungsmaßnahmen der Gemeinschaft. Zweitens, die Technik des Normenverweises setzt voraus, daß man zwischen den »grundlegenden Anforderungen«, die hoheitlich festzulegen sind, und den »Fertigungsspezifikationen«, die privaten Normungsgremien übertragen werden, wirklich unterscheiden kann¹²⁸. Wo die grundlegenden Anforderungen des Allgemeinwohls erst in technisch-wissenschaftlichen Detailproblemen Konturen gewinnen, scheidet diese Technik also ganz oder teilweise aus¹²⁹. Private Gremien sind nicht legitimiert, Entscheidungen zu treffen, die wegen ihrer Wesentlichkeit den hierfür demokratisch ermächtigten Organen vorbehalten sind.

Schließlich sollten die für die Anwendung der »Neuen Strategie« verantwortlichen Organe sie nicht zu eindimensional als bloßes Instrument zur Erreichung der im Kommissionsweißbuch aufgeführten Ziele ansehen. Sie ist viel grundsätzlicher ein notwendiger Schritt in Richtung auf eine generell sparsamere Dosierung gemeinschaftlicher Rechtsetzung. Deregulierung ist nicht nur aus der Gemeinschaftsperspektive als funktionsfördernde legislative Maßnahme zur Entlastung der Rechtsetzungsorgane und ihrer Rechtsakte zu begreifen. Sie ist vor allem auch aus der Sicht der territorialen und funktionalen Subsysteme zu verstehen, denen sie die für die Stabilität des Gesamtsystems unverzichtbaren Freiräume für Selbstregulierung gewährleisten soll. So ist etwa die Umstellung bisheriger Rechtsangleichung auf bloße gegenseitige Anerkennung bei Hochschuldiplomen auch eine Maßnahme zum Schutz der kulturellen Selbstbestimmung der Mitgliedstaaten, in der Bundesrepublik auch der Bundesländer, und die Verweisungstechnik ist auch ein Beitrag zur Gewährleistung ausreichender Selbststeuerungsmöglichkeiten des Wirtschaftssystems usw. Die in Wis-

¹²⁸ So ausdrücklich der Rat (Anm.4), S.8.

¹²⁹ So hält der Rat den Lebensmittelbereich grundsätzlich für die Verweisteknik ungeeignet, die Kommission räumt ein, daß hier die konkreten Anforderungen im Hinblick auf den Gesundheitsschutz im wesentlichen in der Richtlinie zu regeln und die Referenznormen auf wirkliche Detailbestimmungen zu beschränken seien, siehe Anm.126; ganz anders der Vorschlag von G. Meier, Zur gegenseitigen Anerkennung lebensmittelrechtlicher Standards. Ein Beitrag zum Europa mehrerer Geschwindigkeiten, RIW 31 (1985), S.209ff.

senschaft und Praxis¹³⁰ wachsende Erkenntnis, daß nur eine den Subsystemen beträchtlichen Spielraum lassende Ordnung die Stabilität und Weiterentwicklung des Gesamtsystems sicherzustellen vermag, sollte auch die Politik der Gemeinschaftsorgane leiten. Insbesondere Kompetenzfragen sind mehr als bisher unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Gesamtverbandes zu beurteilen¹³¹. Anzustreben ist eine möglichst große Kongruenz zwischen Entscheidungs- und Problemstrukturen¹³².

So rückständig es sein mag, sich an dezentrale Entscheidungsautonomen zu klammern, wo die Probleme längst transnational sind, so ist es andererseits nur vermeintlich fortschrittlich, die Zuständigkeiten der Gemeinschaft ohne Rücksicht darauf wachsen zu lassen, ob ihnen auch eine entsprechende transnationale Problemstruktur entspricht. Der Gemeinschaft sind die Aufgaben zu übertragen, die ihre Mitgliedstaaten und sonstigen Subsysteme dezentral gar nicht oder weniger effektiv wahrnehmen können¹³³. Insoweit spricht der Entwurf einer Unionsverfassung des Parlaments, indem er den Integrationsprozeß an das Subsidiaritätsprinzip¹³⁴ bindet, eine jetzt schon politisch zu berücksichtigende Ordnungsmaxime aus¹³⁵. Die Gemeinschaftspolitik leidet nicht an einem Defizit an Rechtsakten, sie leidet an Realisationsdefiziten. Quantitatives Wachstum allein

¹³⁰ Siehe etwa den Vorschlag des baden-württembergischen Ministerpräsidenten Späth, die EWG solle sich im Agrarbereich auf »das Setzen von Rahmenrichtlinien zurückziehen«, um das Marktsystem wieder zur Anwendung zu bringen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.8.1985, S.13.

¹³¹ So für das föderative System der Bundesrepublik – mit entsprechenden Forderungen nach stärkerer dezentraler Struktur – G. Kisker, Ideologische und theoretische Grundlagen der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland – zur Rechtfertigung des Föderalismus, in: Probleme des Föderalismus (1985), S.23 ff., 27.

¹³² F. Scharpf, Die Theorie der Politikverflechtung: ein kurzgefaßter Leitfaden, in: J. Hesse (Hrsg.), Politikverflechtung im föderativen Staat (1978), S.21 ff., 23.

¹³³ Für die zu treffende Auswahl haben systemorientierte Theoretiker und Analytiker der »Politikverflechtung«, aber auch der, vor allem amerikanischen, »ökonomischen Theorie« des Föderalismus, wichtige theoretische und empirische Vorarbeiten geleistet. Siehe etwa Politikverflechtung im föderativen Staat, *ibid.*, und die Hinweise bei Kisker (Anm.131), S.26f.

¹³⁴ Anm.72. Der letzte Absatz der Präambel und Art.12 Abs.2 legen das Subsidiaritätsprinzip ausdrücklich fest, siehe den Präambelwortlaut: »In der Absicht, gemeinsamen Institutionen nach dem Grundsatz der Subsidiarität nur die Zuständigkeiten zu übertragen, die sie benötigen, um die Aufgaben zu bewältigen, die sie wirkungsvoller wahrnehmen können als jeder einzelne Mitgliedstaat für sich«. Indirekt ist das Prinzip auch in Art.36 Abs.1 und 66 Ziffer 3 statuiert.

¹³⁵ Der Grundsatz bedarf allerdings der Absicherung durch Aufwertung, Verschärfung, Konkretisierung und Sicherstellung seiner Justitiabilität. Er ist ein »direkt-demokratisches Korrektiv zur defizitären parlamentarischen Repräsentation« (Zellentin, Anm.102). Dies bedenkend, sollte in geeigneter Form deutlich gemacht werden, daß das europäische

macht daher noch keinen Fortschritt aus¹³⁶. Es kann sogar das Gegenteil bewirken¹³⁷.

Ob die nach Abschluß dieses Artikels bekannt gewordenen, aber noch nicht offiziell publizierten, »Luxemburger Reformbeschlüsse« der Staats- und Regierungschefs vom 2./3. Dezember 1985 (sog. Einheitliche Europäische Akte) insofern der Weisheit letzter Schluß sind, ist fraglich. Nach einem Bekenntnis zur Idee der Subsidiarität sucht man bis auf einen neuen Art. Art.130r Abs.4 EWGV betreffend die Umweltpolitik (Art.25 der Akte) jedenfalls vergeblich. Statt dessen soll als Kern der Vorschriften über Rechtsangleichung ein neuer Art.100a EWGV (Art.18 der Akte, siehe ferner Art.6, 7 und 18) bestimmen, daß der Rat im neuen Verfahren der Zusammenarbeit mit dem Parlament Angleichungsmaßnahmen prinzipiell mit qualifizierter Mehrheit beschließen kann, ein Ziel, das sogar Vertragsbestandteil werden soll (Art.8a)–c) EWGV, Art.13 der Akte). Dabei sollen die Gemeinschaftsorgane nicht einmal mehr auf Richtlinien beschränkt sein. Es könnten sogar Verordnungen erlassen werden, es sei denn, die Angleichung erfordere eine Änderung gesetzlicher Vorschriften (Gemeinsame Erklärung Nr.4 der Schlußakte). Für nicht bis 1992 angegliche nationale Regelungen ist schließlich vorgesehen, daß der Rat im Verfahren nach Art.100a) ihre Gleichwertigkeit feststellen kann (Art.100b) EWGV, Art.19 der Akte). Es bleibt abzuwarten, welchen Einfluß diese jüngste Entwicklung auf die »Neue Strategie« haben wird, bzw. haben könnte.

Einigungswerk auf zwei komplementären Ordnungsprinzipien beruht: dem der Integration und dem der Subsidiarität.

¹³⁶ Vgl. auch Adonnino-Ausschuß (Anm.46), Einleitung, Ziffer 3: »Fortschritte sind nicht immer eine Frage der Einführung neuer Vorschriften und Regelungen«.

¹³⁷ Siehe den ebenso amüsanten wie zynischen Vorschlag von N. L u h m a n n, zitiert bei Teubner (Anm.18), S.295, zu großes Wachstum mit »wachstumsfördernden Hormonspritzen« zu bekämpfen: »Man habe es am Unkraut ausprobiert: Wachstumsbeschleunigung über das zuträgliche Maß hinaus sei ein sicheres Mittel der Vertilgung«. Dem ist nichts hinzuzufügen, außer: »Honny soit qui ...!«.

Summary*

Approximation of Laws within the European Economic Community

Deregulation by "New Strategy"?

The quantitative growth of the EEC both in membership and competences has caused serious problems in its legislative process, which does not seem to correspond fully to the present extent and complexity of the matters to be regulated. Although the absolute number of legislative acts continues to increase (see note 19), important tasks of the Community remain unaccomplished or are decided upon only after unacceptable delays. In particular, approximation of laws, a key to the establishment and smooth functioning of the common market (cf. Arts.3 (h) and 100 of the EEC Treaty), is carried out too inefficiently. Above all, the directives concerning technical standardization necessitate time-wasting bargaining rounds on rather technical problems, due to their highly detailed content and the requirement to reach unanimity. The same is, in principle, true for the coordination of professional qualifications (Art.57 (2) of the EEC Treaty), a sub-category of approximation of laws. Here, too, the legislative output lags far behind the expectations of the Commission.

In the course of current efforts to provide for the completion of the internal market by 1992, the legislative organs of the EEC have developed a modified approach to approximate laws, the "New Strategy". This approach is delineated in three documents of 1985: a communication of the Commission entitled "Technical Harmonization and Standards: a New Concept" (COM (85) 19 final), a resolution of the Council on a "New Approach to Technical Harmonization and Standards" (OJ C 136, 4.6.1985), and finally a White Paper of the Commission on the "Completion of the Internal Market" (COM (85) 310, for further references see notes 3 to 6).

In order to evaluate the new approach, the author first outlines the deficiencies of the previous policy with regard to approximation of laws (section I) in the light of criticisms made on the part of trade and commerce, State actors, and science. It seems that an extensive interpretation of the pertinent competences of the EEC has led to a considerable degree of partial over-regulation through centralized Community legislation, entailing unfavourable inflexibility and slowness of the law-making process.

There follows an analysis of the "New Strategy" (section II). Developed

* Summary by the author.

for the whole area of abolition of barriers to the freedoms of the common market, the "New Strategy" is composed of three main elements: a guiding principle and two regulative instruments. According to the principle (necessity criterion), the Community organs will henceforth renounce harmonization or standardization at any cost. Instead, for most cases a mere approximation (*sic*) of parameters is deemed to be sufficient to reduce differences to an acceptable level. Where detailed common regulations are indispensable, as is particularly the case with safety requirements relating to industrial products, they should be elaborated as far as possible as legally non-mandatory standards by private regulative agencies, as already practiced within the framework of the "low voltage" Directive 73/23 EEC of 19 February 1973 (reference standards technique). On the other hand, regarding certain obstacles to the freedom of movement of persons and services, mutual recognition of the national standards should totally (education diplomas) or partly, i.e. combined with mere basic harmonization (realm of services), replace more intensive measures of approximation of laws.

The author next turns to an evaluation of the "New Strategy" (section III) from a juridical and legal policy point of view. Particular attention is drawn to the question whether the necessity criterion is merely a principle of policy or whether it is also required by law (sub-section 1). At variance with other opinions, the author holds that the necessity of envisaged acts of approximation is a dual legal condition which the Community organs have to examine both when deciding whether (causes) and how intensively (regulative density) to approximate laws. This conclusion is based on a specific understanding of the legal interrelation between Community law and national laws, which is in part to be regarded as a constitutional phenomenon. In the author's view, the normative basis of the European integration process in the sense of an evolving constitutional framework is to be found both in the fundamentals of the constitutive treaties and in the principles common to the constitutions of the member States, including among others the principles of democracy and of the rule of law. On these premises, a strictly dynamic and extensive interpretation of the provisions delimitating the competences of the Community is rejected, because it fails to respect sufficiently the static function which such provisions necessarily display besides their dynamic potential, when seen from the viewpoint of such a multi-dimensional constitutional concept.

Concerning the instruments of the new approach (sub-section 2), the technique of mutual recognition is classified as a sub-category of approximation of laws to which the Community organs must confine themselves when more intensive measures are not required. Thereby, political and economic implications may also be taken into account. Thus, common standards seem to be indispensable for many industrial products because national regulations are often not equivalent (e.g. dangers of distortions of competitions, of reductions of safety and environ-

mental standards, etc.) and because practices of protectionism via screening are not exceptional (danger of improper use of Art.36 of the EEC Treaty). As regards the reference standards technique, the author points to the parallels with the German *Normenverweistchnik*, which has served as a model. Whether on the national or the international plane, the legality of the practice of referring to future private-made rules depends upon the strictly non-binding character of such rules, both *vis-à-vis* private persons and public authorities. As this requirement seems to be met, an important task for the future is to provide for a proper pluralistic composition of the standardization agencies such as CEN and CENELEC (see note 38), and to avoid such agencies functioning merely as technocracy-oriented "clearing houses" of the interested industries. In addition, some secondary legal problems await careful examination (liability for inexpert standards, judicial remedies, etc.).

Finally, the possible deregulative effect (sub-section 2) of the "New Strategy" is considered, i.e. its capacity to bring about more room for self-regulation of the sub-systems concerned. On the whole, such a deregulative potential of the new approach can be asserted, but not without reservations regarding the reference standards technique, which in its present mode is more a means of delegalization than deregulation, and thus is narrowly limited in application. Last but not least, it is recommended that the "New Strategy" be understood, not merely as an emergency measure to achieve in time the completion of the internal market, but more generally as a contribution designed to reconcile the needs of integration with the renascent principle of subsidiarity.