

# NOMOSKOMMENTAR

Prof. Dr. Christoph Vedder |

Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg [Hrsg.]

## Europäisches Unionsrecht

EUV | AEUV | GRCh | EAGV

Handkommentar

2. Auflage

mit den vollständigen Texten  
der Protokolle und Erklärungen

**Dr. Dominik Eisenhut**, LL.M. (UCL), Lehrbeauftragter, Universität der Bundeswehr München | **Prof. Dr. Astrid Epiney**, LL.M., Université de Fribourg | **Prof. Dr. Volker Epping**, Leibniz Universität Hannover | **Prof. Dr. Hans-Peter Folz**, Karl-Franzens-Universität Graz | **Prof. Dr. Ulrich M. Gassner**, Universität Augsburg | **Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg**, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) | **Prof. Dr. Dr. Dr. Waldemar Hummer**, Universität Innsbruck | **Dr. Manuel Indlekofer**, LL.M. (Chicago-Kent), Rechtsanwalt, München | **Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan**, Universität der Bundeswehr München | **Dr. Stefan Lorenzmeier**, LL.M. (Lugd.), Universität Augsburg | **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff**, Ph.D.h.c., MAE, Universität Heidelberg | **Prof. Dr. Eckhard Pache**, Universität Würzburg | **Dr. Szabolcs Petrus**, LL.M., Lehrbeauftragter, Universität Augsburg | **Prof. Dr. Michael Rodi**, Universität Greifswald | **Prof. Dr. Henning Rosenau**, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg | **Prof. Dr. Matthias Rossi**, Universität Augsburg | **Dr. Klaus Schwichtenberg**, Richter, Amtsgericht Göppingen | **Prof. Dr. Christoph Vedder**, Universität Augsburg



Nomos

facultas



DIKE

4. Einzelne Rechtsvorschriften. In der Vergangenheit sind insbesondere Rechtsvorschriften zur Harmonisierung der Mehrwertsteuern und der Verbrauchssteuern erlassen worden. Darüber hinaus sind Bestimmungen zur Harmonisierung der Steuern auf die Ansammlung von Kapital, auf Versicherungssteuern und auf Verkehrssteuern erlassen worden.<sup>7</sup> Auch der Richtlinienvorschlag zur Finanztransaktionssteuer, welche im Wege der verstärkten Zusammenarbeit eingeführt werden soll, wird auf Art. 113 gestützt.<sup>8</sup>

### Kapitel 3 Angleichung der Rechtsvorschriften

#### Artikel 114 (ex-Artikel 95 EGV) [Rechtsangleichung im Binnenmarkt; Schutzklausel]

(1) <sup>1</sup>Soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist, gilt für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26 die nachstehende Regelung. <sup>2</sup>Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer.

(3) <sup>1</sup>Die Kommission geht in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus und berücksichtigt dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen. <sup>2</sup>Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.

(4) Hält es ein Mitgliedstaat nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch das Europäische Parlament und den Rat beziehungsweise durch den Rat oder die Kommission für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten, die durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind, so teilt er diese Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Beibehaltung der Kommission mit.

(5) Unbeschadet des Absatzes 4 teilt ferner ein Mitgliedstaat, der es nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch das Europäische Parlament und den Rat beziehungsweise durch den Rat oder die Kommission für erforderlich hält, auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützte einzelstaatliche Bestimmungen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt aufgrund eines spezifischen Problems für diesen Mitgliedstaat, das sich nach dem Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergibt, einzuführen, die in Aussicht genommenen Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Einführung der Kommission mit.

(6) Die Kommission beschließt binnen sechs Monaten nach den Mitteilungen nach den Absätzen 4 und 5, die betreffenden einzelstaatlichen Bestimmungen zu billigen oder abzulehnen, nachdem sie geprüft hat, ob sie ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen und ob sie das Funktionieren des Binnenmarkts behindern.

Erlässt die Kommission innerhalb dieses Zeitraums keinen Beschluss, so gelten die in den Absätzen 4 und 5 genannten einzelstaatlichen Bestimmungen als gebilligt.

Die Kommission kann, sofern dies aufgrund des schwierigen Sachverhalts gerechtfertigt ist und keine Gefahr für die menschliche Gesundheit besteht, dem betreffenden Mitgliedstaat mitteilen, dass der in diesem Absatz genannte Zeitraum gegebenenfalls um einen weiteren Zeitraum von bis zu sechs Monaten verlängert wird.

<sup>7</sup> Vgl. im Einzelnen Streinz/Kamann, Art. 113 AEUV Rn. 13 ff.; CR/Waldhoff, Art. 113 AEUV Rn. 8 ff.; Schwarze/Stumpf, Art. 113 AEUV Rn. 17 ff.

<sup>8</sup> COM(2013) 71 final. Krit. zur Wahl der Rechtsgrundlage Mayer/Heidfeld, EuZW 2011, 373; aA Wernsmann/Zirkl, EuZW 2014, 167.

(7) Wird es einem Mitgliedstaat nach Absatz 6 gestattet, von der Harmonisierungsmaßnahme abweichende einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, so prüft die Kommission unverzüglich, ob sie eine Anpassung dieser Maßnahme vorschlägt.

(8) Wirft ein Mitgliedstaat in einem Bereich, der zuvor bereits Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen war, ein spezielles Gesundheitsproblem auf, so teilt er dies der Kommission mit, die dann umgehend prüft, ob sie dem Rat entsprechende Maßnahmen vorschlägt.

(9) In Abweichung von dem Verfahren der Artikel 258 und 259 kann die Kommission oder ein Mitgliedstaat den Gerichtshof der Europäischen Union unmittelbar anrufen, wenn die Kommission oder der Staat der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedstaat die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse missbraucht.

(10) Die vorgenannten Harmonisierungsmaßnahmen sind in geeigneten Fällen mit einer Schutzklausel verbunden, welche die Mitgliedstaaten ermächtigt, aus einem oder mehreren der in Artikel 36 genannten nicht wirtschaftlichen Gründe vorläufige Maßnahmen zu treffen, die einem Kontrollverfahren der Union unterliegen.

<b>I. Entwicklung und systematischer Zusammenhang</b> .....	1	2. Verfahren .....	9
1. Entstehung der Norm .....	1	3. Maßnahmen .....	10
2. Rechtsangleichung im Binnenmarkt .....	2	4. Genehmigung staatlicher Schutzregelungen, Abs. 4–6 ..	12
<b>II. Rechtsharmonisierung und Ausnahmen</b> .....	5	5. Anpassung der Harmonisierungsmaßnahmen, Abs. 7 u. 8 .....	19
1. Anwendungsbereich und Voraussetzungen .....	5	6. Anrufung des EuGH, Abs. 9 .....	21

**I. Entwicklung und systematischer Zusammenhang**

- 1 1. Entstehung der Norm. Die Bestimmung übernimmt inhaltsgleich<sup>1</sup> Art. 95 EGV, der als Art. 100a EWGV durch die EEA eingeführt wurde. Sie korrespondiert mit Art. III-65 EVV/KonVE und Art. III-172 EVV.
- 2 2. Rechtsangleichung im Binnenmarkt. Art. 114 enthält eine an nur wenige, noch dazu final ausgerichtete Tatbestandsvoraussetzungen geknüpfte Ermächtigung der Europäischen Union, die mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften durch „Maßnahmen“, also durch alle möglichen verschiedenen Handlungsformen, anzugleichen. Diese Generalermächtigung wirkt für die Mitgliedstaaten umso gefährlicher, als ihre Ausübung nur von einer qualifizierten Mehrheitsentscheidung im Rat abhängt. Der damit drohende Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten konnte politisch nur durch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten erkauf werden, über die europarechtlichen Standards hinaus in bestimmten Fällen nach Maßgabe der Abs. 4–6 strengere nationale Schutzvorschriften zu erlassen, die freilich der Billigung der Europäischen Kommission bedürfen. In der Praxis hat sich die Vorläuferregelung des Art. 95 EGV als besonders bedeutsam erwiesen und zum Teil erheblich zu einer Ausdehnung der gesetzgeberischen Aktivitäten der damaligen Gemeinschaft beigetragen. Die Entscheidung des EuGH zur Tabakwerberichtlinie<sup>2</sup> sowie auch zur Weitergabe von Fluggastdaten<sup>3</sup> hat die Möglichkeiten der Inanspruchnahme dieser Generalklausel ein wenig beschränkt und sie dadurch zugleich wieder mehr in das System der begrenzten Einzelermächtigung und des Subsidiaritätsprinzips zurückgeholt. Allerdings er-

1 AA Fischer, Der Europäische Verfassungsvertrag, 2004, S. 304, der einen Unterschied zwischen Art. 95 Abs. 6 EGV und Art. III-172 Abs. 6 EVV bezüglich des Ermessensspielraums der Kommission ausmachen will.

2 EuGH, Rs C-376/98, Tabakwerbung, Slg 2000, I-8419.

3 EuGH, verb. Rs 317/04 u. 318/04, Parlament/Rat u. Kommission, Slg I-2006, 4721, insbes. Rn. 67 ff.

folgte im Zuge der Finanzkrise häufig ein Rückgriff auf Art. 114.<sup>4</sup> Der EuGH gelangte in diesem Zusammenhang zu dem Ergebnis, die Befugnis der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA), in dringlichen Fällen auf den mitgliedstaatlichen Finanzmärkten einzugreifen, um Leerverkäufe zu regeln oder zu verbieten, stehe im Einklang mit Art. 114.<sup>5</sup>

Art. 114 findet keine Anwendung neben speziellen Harmonisierungsvorschriften, die die Generalklausel als *leges speciales* verdrängen. Die Abgrenzung zu Art. 207 AEUV ist ähnlich schwierig wie die zu Art. 192 AEUV. Maßgeblich ist stets, ob die Harmonisierung nationaler Vorschriften gegenüber Drittstaaten (dann Art. 114) oder die Regelung von Handelsströmen (dann Art. 207 AEUV) bzw. die Regelung des Umweltschutzes (dann Art. 195 AEUV) im Vordergrund steht. Im Verhältnis zu Art. 115 AEUV geht Art. 114 als Spezialvorschrift vor.

Wegen ihres generalklauselartigen Charakters und der Schwierigkeit, ihre Subsidiarität gegenüber anderen, speziellen Harmonisierungskompetenzen abzugrenzen, waren die Beibehaltung und der konkrete Wortlaut der allgemeinen Harmonisierungsvorschrift im Verfassungsvertrag in Politik und Literatur umstritten.<sup>6</sup> Im Schlussbericht der Gruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“ des Verfassungskonvents war man sich einig, dass Unionsmaßnahmen sich stets nur auf solche Kompetenzvorschriften stützen dürfen, die ihr „Gravitationszentrum“ bilden. Diese Formulierung hat freilich keinen Eingang in den Verfassungs- bzw. später in den Vertragstext gefunden, so dass es im Ergebnis Aufgabe des EuGH bleiben wird, die Einhaltung der Kompetenzordnung im Allgemeinen sowie der einzelnen Voraussetzungen der verschiedenen Kompetenzgrundlagen im Besonderen zu überwachen.<sup>7</sup>

## II. Rechtsharmonisierung und Ausnahmen

1. **Anwendungsbereich und Voraussetzungen.** Gegenstand der Harmonisierung sind Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes betreffen. Der Begriff der **Rechts- und Verwaltungsvorschriften** ist weit auszulegen. Erfasst werden jedenfalls **alle Vorschriften mit abstrakt-generellem Charakter**, die von einer staatlichen oder sonstigen, mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle erlassen werden.<sup>8</sup> Auf die unmittelbare Außenwirkung kommt es nicht an, so dass auch Verwaltungsvorschriften von Art. 114 umfasst sind. Gleiches soll im Interesse des *effet utile* des Art. 114 auch für die bloße Verwaltungspraxis gelten.<sup>9</sup> Regelungen Privater unterfallen dem Art. 114 jedenfalls dann, wenn der Staat sich diese zu eigen gemacht hat, etwa durch einen Verweis auf die „anerkannten Regeln der Technik“.

Der **Binnenmarkt** ist gemäß Art. 26 Abs. 2 AEUV ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestim-

4 Vgl. VO (EU) Nr. 1022/2013 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde) hinsichtlich der Übertragung besonderer Aufgaben auf die Europäische Zentralbank gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013, ABl. 2013 L 287/5; VO (EU) Nr. 806/2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. 2014 L 225/1. Krit. zum diesbzgl. Rückgriff auf Art. 114 AEUV Nettekheim, JZ 2014, 585, 587.

5 EuGH, Rs C-270/12, Vereinigtes Königreich/Parlament u.Rat, n.nv, zustimmend Sauerer, DÖV 2014, 549.

6 Vgl. bspw. Vedder, Das System der Kompetenzen in der EU unter dem Blickwinkel einer Reform, in: Götz/Martinez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten, 2002, S. 9, 19 f.; Ludwigs, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung in Europa, ZEuS 2004, 211, 241 ff.; Calliess, Der Binnenmarkt, die europäische Kompetenzordnung und das Subsidiaritätsprinzip im Lichte der neuen Europäischen Verfassung, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), Europarecht im Zeitalter der Globalisierung, FS Peter Fischer, 2004, S. 3, 22 ff.

7 Näher CR/Calliess Art. 1-12 EVV Rn. 35 f.

8 Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 55.

9 CR/Korte, Art. 114 AEUV Rn. 34; HK-EUV/Klein, Art. 100 EGV Rn. 6.

mungen dieses Vertrags gewährleistet ist". Dass die zu harmonisierenden Rechtsvorschriften „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“ müssen, ist nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen. Art. 114 Abs. 1 erlaubt somit auch Maßnahmen, die präventiv auf das weitere Funktionieren des Binnenmarktes gerichtet sind.

- 7 Die Verwirklichung des Binnenmarktes muss **subjektives Anliegen** des europäischen Rechtsetzers sein. Wird bereits aus den Erwägungsgrundlagen eines Rechtsakts deutlich, dass mit ihm keine Binnenmarktziele verfolgt werden, ist Art. 114 keine hinreichende Kompetenzgrundlage.<sup>10</sup> Darüber hinaus muss die Harmonisierungsmaßnahme aber auch objektiv, dh „tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern“.<sup>11</sup> Art. 114 steht für den Erlass von Maßnahmen deshalb nur zur Verfügung, wenn die europarechtlichen Maßnahmen wirklich der Prävention oder Beseitigung von Freiverkehrshindernissen bzw. von Wettbewerbsverfälschungen dienen.<sup>12</sup>
- 8 **Ausdrückliche Ausnahmen** vom Anwendungsbereich der allgemeinen Harmonisierungskompetenz normiert Abs. 2. Danach dürfen Bestimmungen über die Angleichung von Steuern, der Freizügigkeit und der Rechte und Interessen der Arbeitnehmer nicht auf Art. 114 Abs. 1 gestützt werden. Weil für den Dienstleistungsverkehr mit Art. 62 AEUV iVm Art. 53 Abs. 2 AEUV und für den Kapitalverkehr mit Art. 64 AEUV und 66 AEUV vorrangige (→ Rn. 3) Spezialregelungen gelten, bleibt als wichtigster Anwendungsbereich die Materie des freien Warenverkehrs.
- 9 2. **Verfahren.** Die auf Art. 114 Abs. 1 gestützten Harmonisierungsmaßnahmen werden im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV erlassen. Abgesehen von der Beteiligung des Europäischen Parlaments ist demnach hervorzuheben, dass die entsprechenden Rechtsakte vom Rat mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden, wie Art. 16 Abs. 3 EUV als Regelfall anordnet.
- 10 3. **Maßnahmen.** Im Unterschied zu Art. 115 AEUV ermächtigt Art. 114 Abs. 1 nicht nur zum Erlass von **Richtlinien**, sondern generell zum Erlass von **Maßnahmen**. Eine Beschränkung auf zwei mögliche Handlungsformen, wie sie Art. III-172 EKV mit Europäischen Rahmengesetzen und Europäischen Gesetzen, also mit Richtlinien und Verordnungen, vorsah, wird von Art. 114 nicht angeordnet. Gleichwohl sind eben Richtlinien und Verordnungen die beiden wichtigsten Instrumente für die Harmonisierung. Bei der Wahl zwischen diesen beiden Handlungsformen steht der Kommission wie den anderen beteiligten Organen grundsätzlich ein **Einschätzungsspielraum** zu.<sup>13</sup> Die Vorgabe des Nr. 6 S. 3 des Subsidiaritätsprotokolls, nach der „unter sonst gleichen Gegebenheiten eine Richtlinie einer Verordnung vorzuziehen“ ist, enthält das neue Protokoll über die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit nicht mehr.<sup>14</sup> Gleichwohl sind die allgemeinen Kompetenzausübungsschranken der Subsidiarität gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV und der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV auch und gerade bei der Auswahl der Handlungsform zu berücksichtigen.<sup>15</sup>
- 11 Abs. 10 sieht die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedstaaten durch eine Schutzklausel, die mit der jeweiligen Harmonisierungsmaßnahme verbunden wird, zu vorläufigen Maßnahmen zum Schutz der in Art. 36 AEUV genannten Rechtsgüter ermächtigt werden können. Solche Klauseln werden vor allem aufgenommen, um den Mitgliedstaaten ein Instrumentarium an die Hand zu geben, mit dessen Hilfe sie in „Notfällen“ schnell reagieren können.<sup>16</sup> Die Klauseln dürfen die Mitgliedstaaten nur zum Erlass vorläufiger Maßnahmen er-

10 Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 52 mwN.

11 EuGH, Rs C-376/98, Tabakwerbung, Slg 2000, I-8419, Rn. 84.

12 Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 53.

13 Vgl. EuGH, Rs C-270/12, Vereinigtes Königreich/Parlament u. Rat, n.nv, Rn. 102 ff.

14 ABl. 2004 C 310/207.

15 Vertiefend Frenz/Ehrlenz, EuZW 2011, 623; Blanke/Böttner, in: Niedobitek (Hrsg.), Europarecht – Politiken der Union, § 2 Rn. 256.

16 Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 122; GA Tesaro, Rs C-359/92, Deutschland/Rat, Slg 1994, I-3681.

mächtigen, die gerade keinen endgültigen Charakter haben dürfen. Zur Prüfung der Einhaltung dieser Vorgaben muss die Harmonisierungsmaßnahme mit der Schutzklausel zugleich ein Kontrollverfahren vorsehen.

**4. Genehmigung staatlicher Schutzregelungen, Abs. 4–6.** Im Ausgleich zur Mehrheitsentscheidung über die Harmonisierungsmaßnahmen nach Abs. 1 wird den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt, strengere staatliche Vorschriften zum **Schutz von nichtwirtschaftlichen Gütern** nach Abs. 4 beizubehalten oder gemäß Abs. 5 zu erlassen. Den Mitgliedstaaten ist es in diesen Bereichen erlaubt, über den europarechtlichen Standard hinaus ein höheres Schutzniveau vorzusehen, dies bezeichnet man als „**opting-up**“. Allerdings bedürfen die entsprechenden staatlichen Schutzvorschriften nach Abs. 6 der Billigung durch die Kommission. Ein Unterschreiten des europarechtlichen Mindestniveaus wird von Abs. 4–6 nicht getragen, es besteht also **keine Möglichkeit eines „opting-down“**.

Strengere staatliche Schutzregelungen sind nur zulässig im Anwendungsbereich von Harmonisierungsmaßnahmen, die auf der Grundlage des Art. 114 Abs. 1 erlassen worden sind, und auch nur, wenn diese Harmonisierungsmaßnahmen den Mitgliedstaaten noch einen Gestaltungsspielraum belassen und nicht abschließender Natur sind.<sup>17</sup> Auf andere Ermächtigungsgrundlagen gestützte Rechtsangleichungsvorschriften, dürfen hingegen nicht durch staatliche Sonderregelungen derogiert werden.<sup>18</sup> In diesem begrenzten Anwendungsbereich ist jeder Mitgliedstaat zur Beibehaltung bzw. Einführung staatlicher Schutzvorschriften berechtigt, ohne dass es auf sein Abstimmungsverhalten bei der Verabschiedung der Harmonisierungsmaßnahme im Rat ankommt.

Die **Beibehaltung** strengerer mitgliedstaatlicher Vorschriften setzt voraus, dass sie durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Art. 36 AEUV oder durch den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind. Eine Rechtfertigung durch „**zwingende Erfordernisse**“ im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des EuGH kommt dagegen nicht in Betracht. Stets muss die nationale Schutzverstärkung dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** genügen, muss also geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>19</sup>

Die **Einführung** strengerer mitgliedstaatlicher Vorschriften **nach Erlass** einer Harmonisierungsmaßnahme – **entscheidender Zeitpunkt** ist der im Einzelfall notwendige abschließende Akt, nicht das Inkrafttreten oder das Ablauf der Umsetzungsfrist<sup>20</sup> – kommt nur zum Schutz der Arbeitsumwelt und der Umwelt, nicht dagegen zum Schutze der wichtigen Erfordernisse im Sinne des Art. 36 AEUV in Betracht.<sup>21</sup> Darüber hinaus ist erforderlich, dass ein **spezifisches Problem** für den Mitgliedstaat besteht. Solche Probleme können ihre Ursachen in geographischen, geologischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Besonderheiten haben. Treten sie allerdings in mehreren Mitgliedstaaten auf, fehlt es an dem erforderlichen Spezifikum. Die unter diesen Voraussetzungen zulässigen Neuregelungen müssen schließlich auf **neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen** beruhen. Ausreichend sind insofern Zweifel, dass das durch die europarechtlichen Vorschriften gewährleistete Schutzniveau nach aktuellem Wissenstand noch ausreichend ist.

Sowohl die Beibehaltung als auch die Einführung strengerer nationaler Rechtsvorschriften müssen der Kommission bekannt gegeben werden. Die Notifizierung einer mit einer Harmonisierungsmaßnahme voraussichtlich nicht zu vereinbarenden Maßnahme muss gegenüber der Kommission so früh wie möglich erfolgen, wie der EuGH ua aus Art. 4 Abs. 3 EUV bzw. aus Art. 10 EGV ableitet.<sup>22</sup> Im Falle der Neueinführung sind der Kommission die in Aussicht genommenen Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Einführung zu benennen.<sup>23</sup>

17 Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 82; vgl. zu den strengen Anforderungen an die Prüfung der Frage, ob eine Harmonisierung abschließend ist oder nicht, EuGH, Rs 215/87, Schumacher, Slg 1989, 617.

18 Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 85; GKK/Khan, Art. 114 AEUV Rn. 23.

19 CR/Korte, Art. 114 AEUV Rn. 92.

20 Vgl. CR/Korte, Art. 114 AEUV Rn. 83.

21 Vgl. EuGH, Rs 3/00, Dänemark/Kommission, Slg 2003, I-2643.

22 EuGH, Rs C-319/97, Kortas, Slg 1999, I-3143.

23 Vgl. Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 94.

- 17 Ist die Notifizierung ordnungsgemäß erfolgt, prüft die Kommission das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Abs. 4 bzw. 5 im Bewilligungsverfahren und vergewissert sich insbesondere, dass die nationalen Sondervorschriften nicht Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder der verschleierte Beschränkung des Handelsverkehrs darstellen oder ob sie nicht das Funktionieren des Binnenmarks behindern. Für ihre Entscheidung hat die Kommission sechs Monate Zeit, die nach Abs. 6 UA 3 auf insgesamt sechs Monate verlängert werden kann. Wenn die Kommission innerhalb dieser regulären bzw. verlängerten Frist keine Entscheidung trifft, gelten die nationalen Schutzvorschriften als gebilligt. Von dieser Fiktion abgesehen, ist die Bestätigung der Kommission Voraussetzung für die europarechtliche Zulässigkeit der nationalen Schutzmaßnahme.<sup>24</sup> Bei ihrer Entscheidung über die Genehmigung ist die Kommission nicht auf die Prüfung der Voraussetzungen der Abs. 4 und 5 beschränkt, sondern darf die mitgliedstaatliche Sondervorschrift einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle unterziehen.
- 18 Billigt die Kommission die nationale Sondervorschrift, können die anderen Mitgliedstaaten **Nichtigkeitsklage** vor dem EuGH erheben. Lehnt die Kommission die nationalen Sondervorschriften ab, kann diese Versagung von dem betroffenen Mitgliedstaat in derselben Verfahrensart angegriffen werden. Darüber hinaus kommt auch eine **Inzidentüberprüfung** der Kommissionsentscheidung in Betracht, etwa im Vorabentscheidungsverfahren.<sup>25</sup>
- 19 **5. Anpassung der Harmonisierungsmaßnahmen, Abs. 7 u. 8.** Weil jede Billigung eines mitgliedstaatlichen "opting-up" die Gefahr einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes begründet, verbindet Abs. 7 die positive Entscheidung der Kommission nach Abs. 6 mit der Pflicht zu prüfen, ob auch auf Unionsebene ein erhöhtes Schutzniveau und dementsprechend ein entsprechender Rechtsetzungsvorschlag auszuarbeiten ist. Aus der Beschränkung auf eine **bloße Prüfungspflicht** ist deutlich ersichtlich, dass die Kommission keine Anpassungspflicht bzw. keine Pflicht zur Ausarbeitung eines entsprechenden Anpassungsvorschlags trifft, sondern dass sie hier über einen **Einschätzungsspielraum** verfügt.
- 20 Eine **besondere Prüfungspflicht** trifft die Kommission nach Abs. 8 immer dann, wenn sie ein Mitgliedstaat darüber informiert, dass in einem harmonisierten Bereich ein spezielles Problem für die öffentliche Gesundheit auftritt. Die gesonderte Regelung erklärt sich daraus, dass der Mitgliedstaat diesem Gesundheitsproblem nicht durch ein mitgliedstaatliches "opting-up" begegnen kann, weil Abs. 5 nur die Schutzgüter der Arbeit und der Umwelt, nicht aber der Gesundheit erfasst. Kann dem Gesundheitsproblem somit nur auf Unionsebene begegnet werden, räumt Abs. 8 den Mitgliedstaaten ein Quasi-Initiativrecht ein, auf das die Kommission freilich nicht stets mit einem Vorschlag, sondern eben nur mit einer Prüfung reagieren muss, ob etwaige europarechtliche Vorschriften anzupassen oder sonstige Maßnahmen zu treffen sind.<sup>26</sup>
- 21 **6. Anrufung des EuGH, Abs. 9.** Im Interesse einer **Verfahrensbeschleunigung** sieht Abs. 9 die Befugnis der Kommission und der Mitgliedstaaten vor, in Abweichung der Art. 258 AEUV und 259 AEUV ein Vertragsverletzungsverfahren **unmittelbar durch Anrufung des EuGH** einzuleiten, wenn ein Mitgliedsstaat die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse missbraucht. Die Bestimmung rekuriert damit in erster Linie auf die Möglichkeiten nach Abs. 4 bis Abs. 6, nationale Sondervorschriften beizubehalten oder einzuführen. Machen die Kommission bzw. die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit des Abs. 9 Gebrauch, entfallen das gesamte Vorverfahren und mithin die Pflicht, dem betroffenen Mitgliedstaat die Gelegenheit zur Äußerung zu geben, und der Erlass einer begründeten Stellungnahme durch die Kommission nach Art. 258 Abs. 1 AEUV und Art. 259 Abs. 3 AEUV sowie – für den Fall eines von einem Mitgliedstaat eingeleiteten Verfahrens – die Pflicht des klagenden Mitgliedstaats, zunächst die Kommission gemäß Art. 259 Abs. 2 AEUV mit der Angelegenheit zu befassen. Die Sondervorschrift lässt die übrigen Verfahrensvoraussetzungen und andere Rechtsschutzmöglichkeiten unberührt, so dass sich etwa Einzelne inzident auf die Rechtswidrigkeit mitgliedstaatlicher Schutzvorschriften vor den nationalen Gerichten

24 EuGH, Rs C-41/93, Frankreich/Kommission, Slg 1994, I-1829.

25 Vgl. Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 114.

26 Vgl. Streinz/Leible/Schröder, Art. 114 AEUV Rn. 118.

berufen können und diese gegebenenfalls den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens befassen können bzw. müssen.

## Artikel 115 (ex-Artikel 94 EGV) [Rechtsangleichung; Richtlinien]

Unbeschadet des Artikels 114 erlässt der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren einstimmig und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken.

### I. Entwicklung und systematischer Zusammenhang

1. **Entstehung der Norm.** Die Bestimmung knüpft an Art. 94 EGV an, nimmt nun aber nicht mehr den Gemeinsamen Markt, sondern den Binnenmarkt in Bezug. Sie korrespondiert mit Art. III-64 EVV/KonvE und Art. III-173 EVV.

2. **Rechtsangleichung.** Art. 115 enthält eine allgemeine, tatbestandlich sehr weit gefasste Kompetenzgrundlage für den Erlass von Richtlinien. Ausgerichtet auf die Angleichung nationalen Rechts, war die Vorläuferregelung in Art. 94 EGV bzw. in Art. 100 EWGV eine der wichtigsten Vorschriften zur Förderung der Integration. Ihre Bedeutung wurde mit der Einfügung des Art. 100a EWGV, dem späteren Art. 95 EGV und jetzigen Art. 114 AEUV, durch die EEA weitgehend zurückgedrängt.<sup>1</sup> Dieser erlaubt zur Verwirklichung des Binnenmarktes den Erlass nicht nur von Richtlinien, sondern auch von anderen Rechtsakten und verlangt vor allem keine Einstimmigkeit, sondern nur eine Mehrheitsentscheidung im Rat. Diese vorrangige praktische Bedeutung des Art. 114 AEUV gegenüber dem Art. 115 soll im AEUV wohl durch die veränderte Reihung zum Ausdruck gebracht werden: Art. 114 AEUV, die Nachfolgevorschrift des Art. 95 EGV, steht nun vor der Nachfolgevorschrift des Art. 94 EGV, dem Art. 115. Diese Reihenfolge entspricht freilich nicht der üblichen Systematisierung, nach der allgemeine Ermächtigungsgrundlagen regelmäßig vor den spezielleren stehen. In jedem Fall kommt Art. 115 aber nicht zur Anwendung, soweit spezielle Rechtsgrundlagen zur Verfügung stehen, seien es sektoral begrenzte Kompetenzvorschriften, sei es Art. 114 AEUV.

Im Unterschied zu Art. 114 AEUV war die Beibehaltung der Norm nicht umstritten, obwohl auch sie eine Art Generalemächtigung zum Erlass von harmonisierenden Richtlinien enthält. Allerdings können solche Vorschriften nur einstimmig vom Rat erlassen werden, so dass etwaige Vorbehalte der Mitgliedstaaten in jedem Einzelfall durch ein Veto geltend gemacht werden können und sich nicht gegen die Ermächtigung als solche richten müssen.

### II. Bedeutung der Norm

1. **Rechtsangleichung.** Die „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ wird kurz als Rechtsangleichung bezeichnet. Man versteht darunter die Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an einen unionsrechtlich vorgegebenen Standard. Begriffe wie **Koordinierung** oder **Harmonisierung** werden synonym verwendet. Dagegen geht die **Rechtsvereinheitlichung**, die **Unitarisierung**, über die Rechtsangleichung hinaus und ist deshalb von dieser abzugrenzen.

Diese Abgrenzung fällt mitunter schwer, weil nach dem Maßstab der Harmonisierungssintensität bis zu vier verschiedene Methoden der Rechtsangleichung unterschieden werden können. Die absolute Angleichung lässt den Mitgliedstaaten keinen Raum für den Erlass abweichender Vorschriften, die Totalangleichung nur auf der Basis von Schutzklauseln. Beide Angleichungsmethoden sind deshalb im Einzelfall schwer von der Rechtsvereinheitlichung zu unterscheiden. Leichter fällt dies bei den beiden Arten der Teilangleichung: Bei der optionellen Angleichung müssen die Mitgliedstaaten zwar die Einfuhr solcher Produkte zulassen, die den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen, können aber das In-Verkehr-

<sup>1</sup> Blanke/Böttner, in: Niedobitek (Hrsg.), Europarecht – Politiken der Union, § 2 Rn. 213.



Bringen solcher Produkte, die in ihrem Hoheitsgebiet erzeugt wurden, anderen Vorschriften unterwerfen. Bei der fakultativen Angleichung können sich die Produzenten und Händler wahlweise am Standard des Unionsrechts oder am Standard der Vorschriften des Importstaats orientieren. In der Praxis hat sich die Beseitigung nationaler Rechtsunterschiede als Hauptanwendungsfall der Rechtsangleichung erwiesen.<sup>2</sup>

- 6 **2. Materielle Voraussetzungen.** Gegenstand der Angleichung sind Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Diese Begriffe sind weit auszulegen. Erfasst werden jedenfalls alle Vorschriften mit abstrakt-generellem Charakter, die von einer staatlichen oder sonstigen, mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle erlassen werden.<sup>3</sup> Auf die unmittelbare Außenwirkung kommt es nicht an, so dass auch Verwaltungsvorschriften von Art. 115 umfasst sind. Gleiches soll im Interesse des *effet utile* des Art. 115 auch für die bloße Verwaltungspraxis gelten.<sup>4</sup> Regelungen Privater unterfallen dem Art. 115 jedenfalls dann, wenn der Staat sich diese zu eigen gemacht hat, etwa durch einen Verweis auf die „anerkannten Regeln der Technik“.
- 7 Die Rechts- und Verwaltungsvorschriften können auf dieser Grundlage nur harmonisiert werden, wenn sie sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes iSd Art. 26 Abs. 2 AEUV auswirken. Im Unterschied zu Art. 94 EGV stellt Art. 115 konsequenterweise nicht mehr auf den Gemeinsamen Markt ab, der in der EU nach Lissabon keinen Rechtsbegriff mehr darstellt. Ob damit auch der Streit entfallen ist, welche Voraussetzungen an das Kriterium der Unmittelbarkeit zu stellen sind, ist fraglich. Wahrscheinlich werden sich auch hier eine restriktivere und eine weitere Auffassung herauschälen.<sup>5</sup> In der Praxis wird dieser Streit schon deshalb nur von geringer Bedeutung sein, weil harmonisierende Richtlinien eher an dem Einstimmigkeitserfordernis denn an tatbestandlichen Voraussetzungen scheitern werden. Im Übrigen wird sich die Inanspruchnahme des Art. 115 wie die jeder anderen Kompetenzgrundlage auch an den Kompetenzausübungsschranken des Subsidiaritätsprinzips gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV und des Verhältnismäßigkeitsprinzips nach Art. 5 Abs. 4 EUV messen lassen müssen.
- 8 **3. Verfahren.** Das Verfahren zum Erlass von Europäischen Rahmengesetzen auf der Grundlage des Art. 115 ist durch die bloße Anhörung des Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie durch das Einstimmigkeitserfordernis im Rat gekennzeichnet. Letzteres resultiert aus dem generalklauselartigen Charakter der Vorschrift und soll dem Übergriff in die den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Kompetenzbereiche eine prozedurale Schranke setzen, die im Europa der 27 oder mehr Mitgliedstaaten sicherlich noch wirksamer ist als in dem alten Europa der 6, 12 oder 15 Mitgliedstaaten. Die Reduzierung der parlamentarischen Einflussmöglichkeiten auf ein bloßes Anhörungsrecht wird die Akzeptanz der auf der Grundlage des Art. 115 erlassenen Richtlinien nicht fördern und jedenfalls im politischen Diskurs dazu verwendet werden, von Maßnahmen auf der Grundlage dieser Ermächtigungsgrundlage Abstand zu nehmen. Dabei kongruiert dieser zurückgenommene Einfluss des Europäischen Parlaments mit der durch das Einstimmigkeitserfordernis betonten Rolle der Mitgliedstaaten.
- 9 **4. Handlungsform.** Im Unterschied zu Art. 114 AEUV können auf der Grundlage des Art. 115 nur Richtlinien erlassen werden.

## Artikel 116 (ex-Artikel 96 EGV) [Wettbewerbsverzerrungen]

Stellt die Kommission fest, dass vorhandene Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten die Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt verfälschen und dadurch eine Verzerrung hervorrufen, die zu beseitigen ist, so tritt sie mit den betreffenden Mitgliedstaaten in Beratungen ein.

2 CR/Korte, Art. 114 AEUV Rn. 22, 32 f.

3 Streinz/Leible/Schröder, Art. 115 AEUV Rn. 5.

4 CR/Korte, Art. 114 AEUV Rn. 34; HK-EUV/Klein, Art. 100 EGV Rn. 6.

5 Vgl. zu diesen beiden Auffassungen CR/Korte, Art. 114 AEUV Rn. 35 f.; Blanke/Böttner, in: Niedobitek (Hrsg.), *Europarecht – Politiken der Union*, § 2 Rn. 246.

<sup>1</sup>Führen diese Beratungen nicht zur Beseitigung dieser Verzerrung, so erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die erforderlichen Richtlinien. <sup>2</sup>Es können alle sonstigen in den Verträgen vorgesehenen zweckdienlichen Maßnahmen erlassen werden.

## I. Entwicklung und systematischer Zusammenhang

1. **Entstehung der Norm.** Die Bestimmung knüpft an Art. 96 EGV an, unterscheidet sich in Abs. 2 aber wie schon Art. III-174 EVV dadurch von seiner Vorläuferregelung, dass die zur Beseitigung der Verzerrung erforderlichen Richtlinien im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nicht wie zuvor ohne Beteiligung des Europäischen Parlaments erlassen werden. Darüber hinaus sind die weiteren zweckdienlichen Maßnahmen durch die offene Formulierung allen Organen und nicht wie zuvor nur dem Rat und der Kommission überlassen. Es ist gleichwohl nicht zu erwarten, dass Art. 116 und Art. 117 AEUV durch diese Änderungen gegenüber ihren Vorläuferregelungen deutlich an praktischer Bedeutung gewinnen werden.

2. **Behandlung wettbewerbsverzerrender Vorschriften.** Zusammen mit Art. 117 AEUV stellt Art. 116 ein gegenüber dem Art. 114 AEUV vereinfachtes Instrumentarium zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen zur Verfügung, die durch divergierende nationale Vorschriften verursacht werden. Solche Verzerrungen, die sich knapp als besonders intensive Wettbewerbsverfälschungen beschreiben lassen,<sup>1</sup> sollen nach Abs. 1 möglichst durch Beratungen, nach Abs. 2 notfalls auch durch den Erlass von Richtlinien beseitigt werden. Art. 117 AEUV sieht in diesem Zusammenhang die Möglichkeit von vorbeugenden Maßnahmen vor. Art. 114 AEUV bleibt neben Art. 116 und Art. 117 AEUV in vollem Umfang anwendbar.

## II. Wettbewerbsverzerrungen

1. **Voraussetzungen.** Ein Tätigwerden auf der Grundlage des Art. 116 setzt **vorhandene** <sup>3</sup> **Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften** der Mitgliedstaaten voraus. Wettbewerbsverzerrungen, die durch gleich lautende mitgliedstaatliche Vorschriften verursacht werden, können auf der Grundlage des Art. 116 somit nicht beseitigt werden. Die Unterschiede müssen **kausal** für eine Verfälschung des Wettbewerbs sein, die ihrerseits zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen muss. Eine **Wettbewerbsverfälschung** liegt in der Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen zum Vor- oder Nachteil einzelner Wirtschaftszweige. Der Nachweis einer Kostendifferenz ist dabei nicht erforderlich.<sup>2</sup> Welche Anforderungen an das Vorliegen einer **Wettbewerbsverzerrung** zu stellen sind, ist umstritten.<sup>5</sup> Überwiegend wird auf den sog. Spaak-Bericht<sup>4</sup> abgestellt, der zwischen „allgemeinen“ und „spezifischen“ Verzerrungen unterscheidet.<sup>5</sup> Nur die **spezifischen Verzerrungen** erlauben danach ein Tätigwerden auf der Grundlage des Art. 116, wohingegen allgemeine Verzerrungen, etwa solche, die durch unterschiedliche Steuern oder Soziallasten hervorgerufen werden, nicht nach dem vereinfachten Verfahren des Art. 116 und Art. 117 AEUV beseitigt werden können. Zur Bestimmung der Spezifität ist nicht nur das Kriterium der Kostenbelastung, sondern auch jede andere Belastung, etwa durch Werbeverbote oder -beschränkungen, zu berücksichtigen.<sup>6</sup> Schließlich muss ein **Beseitigungsbedürfnis** an den Wettbewerbsverzerrungen bestehen,<sup>7</sup> was im Ergebnis auf bestimmte Intensitätsanforderungen an die Verzerrungen und auf die Formel hinausläuft, dass ein Beseitigungsbedürf-

1 So OCN, § 32 Rn. 18.

2 CR/Korte, Art. 116 AEUV Rn. 8; Streinz/Leible/Schröder, Art. 116 AEUV Rn. 7.

3 Vgl. CR/Korte, Art. 116 AEUV Rn. 9 ff.

4 Schulze/Hoeren (Hrsg.), Dokumente zum Europäischen Recht, Bd. 1, Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses an die Außenminister v. 21.4.1956, S. 789.

5 Vgl. Streinz/Leible/Schröder, Art. 116 AEUV Rn. 8 mwN.

6 CR/Korte, Art. 116 AEUV Rn. 10 mwN.

7 Wortlaut Art. 116 Abs. 1: „die zu beseitigen ist“.

nis umso eher besteht, je gravierender, erheblicher oder nachhaltiger sich die Verzerrung darstellt.

- 4 **2. Beratungen.** Das von Abs. 1 nur angerissene Verfahren beginnt mit einer auf die Wettbewerbsverzerrung bezogenen Feststellung der **Kommission**, die von **Amts wegen** tätig wird. Ihr schließt sich die Beratung mit den „**betreffenden**“ **Mitgliedstaaten** an. Dazu zählt zum einen der Mitgliedstaat, der sich durch seine abweichenden Vorschriften für die Verzerrung verantwortlich zeichnet, dazu zählen darüber hinaus aber auch all diejenigen, die von den Verzerrungen betroffen sind. Entsprechend dem Sinn des Beratungsverfahrens, außerhalb der normalen Rechtsetzungsmöglichkeiten rasch und effizient zu einer wirksamen Beseitigung der Verzerrung zu gelangen, ist es aber gerade **nicht erforderlich**, alle **Mitgliedstaaten** in das Beratungsverfahren einzubinden. Im besten Fall können die Beratungen dazu führen, dass die Mitgliedstaaten eigenständige Maßnahmen treffen, um die Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, etwa durch eine Änderung der die Verzerrung auslösenden nationalen Vorschriften.
- 5 **3. Erlass von Richtlinien.** Bleibt das Beratungsverfahren ohne Erfolg, erlaubt Abs. 2 den Erlass von Maßnahmen in der Form von Richtlinien. Diese Richtlinie wird im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 294 AEUV und das heißt unter Beteiligung des Europäischen Parlaments erlassen. Damit unterscheidet sich die Bestimmung deutlich von Art. 96 EGV, der noch nicht einmal eine Anhörung des Parlaments vorsah und deshalb als „demokratiefeindlich“ qualifiziert wurde.<sup>8</sup> Möglicherweise war dies auch der Grund dafür, weshalb in der Praxis keine Richtlinie auf Art. 96 EGV gestützt, sondern stets das Verfahren nach Art. 94 bzw. Art. 95 EGV vorgezogen wurde.<sup>9</sup>
- 6 Die Richtlinien dürfen nur Harmonisierungsregelungen enthalten, nicht aber Schutzmaßnahmen anordnen oder sonstige Bestimmungen vorsehen.<sup>10</sup> Der Adressatenkreis der Richtlinien dürfte sich regelmäßig auf die betreffenden Mitgliedstaaten beschränken (→ Rn. 4), unter Umständen aber auch auf alle Mitgliedstaaten ausgedehnt werden. Weil die Richtlinien im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden und jeder Mitgliedstaat dadurch erneut die Möglichkeit der Einflussnahme erhält, ist kein Grund dafür ersichtlich, den Adressatenkreis auf diejenigen Mitgliedstaaten zu beschränken, die zuvor am Beratungsverfahren mit der Kommission beteiligt waren.
- 7 **4. Sonstige Maßnahmen.** Nach Abs. 2 S. 2 können auch alle sonstigen in den Verträgen vorgesehenen zweckdienlichen Maßnahmen erlassen werden. Durch diese Klausel wird klar- und sichergestellt, dass Art. 116 die sonstige Kompetenzverteilung der Verträge unberührt lässt und die Wahrnehmung dieser Befugnisse nicht sperrt. Die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen muss also nicht zwingend in dem von Art. 116 vorgesehenen Verfahren erfolgen, sondern kann auch auf andere Weise in Angriff genommen werden. Den beteiligten Organen steht dabei politischer Einschätzungsspielraum zu.

### Artikel 117 (ex-Artikel 97 EGV) [Vermeidung neuer Verzerrungen]

(1) <sup>1</sup>Ist zu befürchten, dass der Erlass oder die Änderung einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift eine Verzerrung im Sinne des Artikels 116 verursacht, so setzt sich der Mitgliedstaat, der diese Maßnahme beabsichtigt, mit der Kommission ins Benehmen. <sup>2</sup>Diese empfiehlt nach Beratung mit den Mitgliedstaaten den beteiligten Staaten die zur Vermeidung dieser Verzerrung geeigneten Maßnahmen.

(2) <sup>1</sup>Kommt der Staat, der innerstaatliche Vorschriften erlassen oder ändern will, der an ihn gerichteten Empfehlung der Kommission nicht nach, so kann nicht gemäß Artikel 116 verlangt werden, dass die anderen Mitgliedstaaten ihre innerstaatlichen Vorschriften ändern, um die Verzerrung zu beseitigen. <sup>2</sup>Verursacht ein Mitgliedstaat, der die Empfehlung der Kommission außer Acht lässt, eine Verzerrung lediglich zu seinem eigenen Nachteil, so findet Artikel 116 keine Anwendung.

8 Streinz/Leible/Schröder, Art. 116 AEUV Rn. 11.

9 So CR/Korte, Art. 116 AEUV Rn. 20.

10 Vgl. Streinz/Leible/Schröder, Art. 116 AEUV Rn. 12; CR/Korte, Art. 116 AEUV Rn. 17.

## I. Entwicklung und systematischer Zusammenhang

1. **Entstehung der Norm.** Die Bestimmung ist identisch mit Art. 97 EGV und korrespondiert mit Art. III-67 EVV/KonvE sowie mit Art. III-175 EVV.

2. **Informationspflicht und Präventivbefugnis.** Art. 117 betrifft den Fall, in dem eine von einem Mitgliedstaat intendierte Änderung einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift möglicherweise zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Für diesen Fall verpflichtet Abs. 1 S. 1 den Mitgliedstaat, die Kommission über die geplante Änderung zu informieren. Der Kommission kommt nach Abs. 1 S. 2 eine **Präventivbefugnis** zu, um die drohende Wettbewerbsverzerrung zu verhindern. Abs. 2 schließlich sperrt die Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach Art. 116 AEUV für den Fall, in dem der betreffende Mitgliedstaat der Empfehlung der Kommission nicht Folge leistet.

## II. Bedeutung der Norm

Ungeachtet der geringen praktischen Bedeutung der Vorläuferregelung ist bei der rechtlichen Anwendung der Bestimmung einiges zu beachten.

1. **Voraussetzungen.** Art. 117 findet nicht bei jeder geplanten Änderung einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift eines Mitgliedstaates Anwendung, sondern steht unter der Voraussetzung, dass die Änderung eine **Verzerrung** im Sinne des Art. 116 AEUV verursacht. Die Verzerrung muss folglich grundsätzlich alle Voraussetzungen erfüllen, die auch zur Anwendung des Art. 116 AEUV erforderlich sind.<sup>1</sup> Entscheidend ist demnach, dass es eine **Wettbewerbsverfälschung** gibt, die zu einer **Wettbewerbsverzerrung** führt, an deren **Beseitigung ein Bedürfnis** besteht. Im Ergebnis liegt eine Verzerrung damit bei allen durch unterschiedliche mitgliedstaatliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften bewirkten Wettbewerbsverfälschungen vor, die einen bestimmten Wirtschaftszweig in einem oder mehreren Mitgliedstaaten in besonders nachhaltiger Weise begünstigen oder benachteiligen.<sup>2</sup> Abweichend von Art. 116 AEUV muss die Verzerrung bei Art. 117 noch nicht eingetreten, sondern nur zu **befürchten** sein, was bereits dann der Fall ist, wenn die Gesetzgebungspläne eines Mitgliedstaates „auch nur entfernt die Gefahr von Verzerrungen mit sich bringen könnten.“<sup>3</sup>

2. **Informationspflicht des Mitgliedstaats.** Handlungs verpflichtet ist zunächst der betreffende Mitgliedstaat. Die reflexive Formulierung „so setzt er sich mit der Kommission ins Benehmen“ täuscht darüber hinweg, dass ihn zunächst eine schlichte **Informationspflicht** trifft. Er hat die Kommission vor Erlass der beabsichtigten Rechtsänderung so umfassend und rechtzeitig zu informieren, dass sie die Möglichkeit hat, innerhalb einer angemessenen Frist zu prüfen, ob tatsächlich eine Wettbewerbsverzerrung zu befürchten steht.<sup>4</sup> Unterlässt er diese Information, begeht er einen **Vertragsverstoß**, der im Wege des Verfahrens nach Art. 258 AEUV verfolgt werden kann.<sup>5</sup> Keinesfalls bedeutet die Formulierung „sich ins Benehmen setzen“, dass der betroffene Mitgliedstaat und die Kommission die Frage unter sich und das heißt ohne Beteiligung der anderen Mitgliedstaaten klären.

3. **Empfehlung der Kommission.** Vielmehr leitet die Kommission nach der Information durch den Mitgliedstaat oder, sollte dieser sie in vertragswidriger Weise unterlassen haben, von sich aus ein **Konsultationsverfahren** ein, an dem **alle Mitgliedstaaten** zu beteiligen sind. Wenn die Kommission unter Berücksichtigung der in diesem Verfahren geäußerten Stellungnahmen aller Mitgliedstaaten zu dem Ergebnis kommt, dass keine Wettbewerbsverzerrung droht, unterrichtet sie den betreffenden Mitgliedstaat, damit dieser sein Rechtssetzungsverfahren unverzüglich fortsetzen kann. Gelangt sie hingegen zu dem Ergebnis, dass tatsächlich eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne des Art. 116 AEUV zu befürchten steht, so ermächtigt Abs. 1 S. 2 sie, den beteiligten Staaten eine **Empfehlung** auszuspre-

1 Streinz/Leible/Schröder, Art. 117 AEUV Rn. 3.

2 Streinz/Leible/Schröder, Art. 116 AEUV Rn. 8; differenzierter CR/Korte, Art. 116 AEUV Rn. 11.

3 EuGH, Rs 6/64, Costa/ENEL, Slg 1964, 1254.

4 EuGH verb. Rs 181 u. 229/78, van Paassen, Slg 1979, 2063.

5 GA Lagrange, Rs 6/64, Costa/ENEL, Slg 1964, 1279.

chen, durch welche Maßnahmen die drohende Verzerrung vermieden werden kann. **Beteiligte Staaten** sind der das Verfahren auslösende Mitgliedstaat sowie die durch die mitgliedstaatliche Regelung benachteiligten bzw. bevorteilten Staaten. Die Empfehlung ist grundsätzlich auf eine **Maßnahme der Rechtsangleichung** beschränkt, wie sich aus der systematischen Stellung des Art. 117 ergibt. Dagegen ist die Kommission nicht verpflichtet, den Mitgliedstaat zu einem Verzicht auf die geplante Maßnahme zu bewegen, sondern kann ebenso die anderen Mitgliedstaaten zu Änderungen ihrer eigenen Rechtsordnungen auffordern, die die drohende Wettbewerbsverzerrung auffangen.<sup>6</sup> Eine eigenständige Befugnis zum Erlass von Richtlinien wird der Kommission durch Art. 117 in keinem Fall eingeräumt.

- 7 **4. Weiteres Procedere.** Erlässt der betreffende Mitgliedstaat die von ihm intendierte Rechts- oder Verwaltungsvorschrift und kommt es dadurch tatsächlich zu einer Wettbewerbsverzerrung, so kann diese grundsätzlich durch eine **Harmonisierung gemäß der allgemeinen Vorschriften**, insbesondere gemäß Art. 116 Abs. 2 AEUV, beseitigt werden.
- 8 In diesem Verfahren können die anderen Mitgliedstaaten gemäß Abs. 2 S. 1 und abweichend von Art. 117 nicht verpflichtet werden, zur Beseitigung der Verzerrung ihre innerstaatlichen Vorschriften zu ändern, wenn der betreffende Mitgliedstaat der Empfehlung der Kommission nicht nachgekommen ist. Auf der Grundlage des Art. 116 AEUV kann in diesem Fall nur der betreffende Mitgliedstaat angehalten werden, seine Rechtsänderung rückgängig zu machen. Dies gilt gemäß Abs. 2 S. 2 freilich nicht, wenn die Verzerrung nur zu seinem eigenen Nachteil wirkt.
- 9 Hat der Mitgliedstaat die Empfehlung der Kommission beachtet und ist es gleichwohl zu einer Verzerrung gekommen, findet Art. 116 AEUV uneingeschränkt Anwendung (*argumentum e contrario*). Die Union kann in diesem Fall durch auf Art. 116 AEUV gestützte Richtlinien den betreffenden Mitgliedstaat zur Rücknahme seiner Rechtsänderungen oder aber die anderen Mitgliedstaaten zur Änderung ihrer Rechtsvorschriften verpflichten. Gleiches gilt, wenn die Kommission überhaupt keine Empfehlung abgegeben hat, weil sie die Wahrscheinlichkeit einer Verzerrung falsch beurteilte.<sup>7</sup>
- 10 Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob Art. 116 AEUV auch für den Fall Anwendung findet, in dem ein Mitgliedstaat es, aus welchen Gründen auch immer, unterlassen hat, die Kommission über die von ihm intendierten Rechtsänderungen zu informieren, und es zu Wettbewerbsverzerrungen gekommen ist. Während vereinzelt die analoge Anwendung des Art. 117 Abs. 2 S. 2 mit dem Ergebnis propagiert wird,<sup>8</sup> dass Art. 116 AEUV keine Anwendung finden dürfe, wird zu Recht überwiegend betont, dass es für eine analoge Anwendung an einer planwidrigen Regelungslücke, jedenfalls aber auch an einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte fehle.<sup>9</sup> Art. 116 AEUV findet in diesen Konstellationen deshalb uneingeschränkte Anwendung.

### Artikel 118 [Schutz des geistigen Eigentums]

Im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union sowie zur Einführung von zentralisierten Zulassungs-, Koordinierungs- und Kontrollregelungen auf Unionsebene.

<sup>1</sup>Der Rat legt gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen die Sprachenregelungen für die europäischen Rechtstitel fest. <sup>2</sup>Der Rat beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments.

6 Streinz/Leible/Schröder, Art. 117 AEUV Rn. 8.

7 CR/Korte, Art. 117 AEUV Rn. 9.

8 WEGS/Everling, Art. 102 EWGV Rn. 102; LB/Röttinger, Art. 97 EGV Rn. 10.

9 CR/Korte, Art. 117 AEUV Rn. 11; Streinz/Leible/Schröder, Art. 117 AEUV Rn. 10; GHN/Tietje, Art. 117 AEUV Rn. 10.

## I. Entwicklung und systematischer Zusammenhang

1. **Entstehung der Norm.** Die Bestimmung ist ein Novum, die weder im EGV noch im EUV eine Vorläuferregelung hat. Sie entspricht Art. III-68 EVV/KonVE und Art. III-176 EVV, bezieht sich im Gegensatz zu diesem aber nicht nur auf die Verwirklichung des Binnenmarktes, sondern auch auf dessen Funktionieren.

2. **Ermächtigungsgrundlage für Rechtsakte zum Schutz geistigen Eigentums.** Die Bestimmung verschafft der Europäischen Union erstmals die explizite Ermächtigung, **europäische Rechtstitel** über einen einheitlichen Schutz des geistigen Eigentums zu erlassen. Einen solchen einheitlichen europarechtlichen Schutz des geistigen Eigentums gibt es bisher allein im Bereich des Markenrechts. Hier wurde durch die Verordnung 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die **Gemeinschaftsmarke**<sup>1</sup> eine einheitliche, für das gesamte Gemeinschaftsgebiet geltende Gemeinschaftsmarke geschaffen, die durch Eintragung beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) in Alicante erworben werden kann. Gestützt wurde diese Verordnung auf die Flexibilitätsklausel des Art. 308 EGV bzw. ex-Art. 235 EWGV. Nunmehr ist die Gemeinschaftsmarke in der Verordnung Nr. 207/2009 niedergelegt, welche ebenfalls auf Art. 308 EGV beruht.<sup>2</sup> Ende 2009 nahm der Rat Schlussfolgerungen zur Verbesserung des Patentsystems in Europa an.<sup>3</sup> Geplant ist die Errichtung des **Europäischen Einheitspatentsystems**,<sup>4</sup> welches sich aus zwei Komponenten zusammensetzt: Dem Einheitspatent und dem Einheitlichen Patentgericht. Aufgrund der Widerstände Italiens und Spaniens gegen die Übersetzungsregelungen wurde bei der Errichtung des Einheitspatents auf das Instrumentarium der Verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 20 EUV, Art. 326 ff. AEUV zurückgegriffen.<sup>5</sup> Die auf Art. 118 Abs. 1 AEUV basierende VO (EU) Nr. 1257/2012 über die Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes und die auf Art. 118 Abs. 2 AEUV basierende VO (EU) Nr. 1260/2012 über die anzuwendenden Übersetzungsregelungen traten am 20.1.2013 in Kraft, werden allerdings erst ab dem Inkrafttreten des Übereinkommens über das Einheitliche Patentgericht (EPGÜ)<sup>6</sup> anwendbar sein. Die **Europäischen Patente**, die vom Europäischen Patentamt in München erteilt werden, beruhen dagegen ausschließlich auf dem Europäischen Patentübereinkommen (EPÜ), einer völkerrechtlichen Übereinkunft der Europäischen Patentorganisation (EPO), deren 38 Mitgliedstaaten über die der Europäischen Union hinausgehen. Im Übrigen bestehen bisher nur Vorschriften, welche die **Harmonisierung des Schutzes geistigen Eigentums** im Rahmen der bestehenden nationalen Rechtstitel vorantreiben.<sup>7</sup>

## II. Bedeutung der Norm

Art. 118 schafft eine neue Rechtsgrundlage für die Sicherstellung eines verbesserten, da einheitlichen Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums in der Union.<sup>8</sup> Zwar war auch bisher anerkannt, dass die Gemeinschaft im Bereich des geistigen Eigentums über eine

1 ABl. 1994 L 11/1.

2 VO (EG) Nr. 207/2009 des Rates v. 26.2.2009 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 2009 L 78/1.

3 Ratsdokument 17229/09.

4 Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. 2012 L 361/1; VO (EU) Nr. 1260/2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. 2012 L 361/89; Staatsvertrag „Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht“ (EPGÜ); Eck GRUR Int. 2014, 114; GHN/Stieper, Art. 118 AEUV Rn. 29 ff.

5 Italien, Spanien und Kroatien nehmen bislang nicht teil. Sa die derzeit anhängigen Verfahren EuGH, Rs. C-146/13 – Spanien/Parlament u. Rat, C-147/13 – Spanien/Rat.

6 ABl EPA 5/2013, 287. Das EPGÜ wurde von allen Mitgliedstaaten bis auf Polen, Spanien und Kroatien unterzeichnet.

7 Wichtigstes Beispiel ist hier die RI. 2004/48 d. Europäischen Parlaments u. d. Rates v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004 L 157/45, berichtigt durch ABl. 2004 L 195/16.

8 So Fischer, Der Europäische Verfassungsvertrag, 2004, S. 306.

Kompetenz zur Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften gem. Art. 94, 95 EGV verfügt und gem. Art. 308 EGV auch neue Titel schaffen kann, die dann die nationalen Titel überlagern.<sup>9</sup> Durch die Regelung des Art. 118 wird diese Kompetenz jedoch explizit festgeschrieben und ausdrücklich auch auf zentralisierte Zulassungs-, Koordinierungs- und Kontrollregelungen ausgedehnt.

- 4 Art. 118 bietet somit die Kompetenzgrundlage, um durch „Maßnahmen“, also insbesondere durch Richtlinien, darüber hinaus aber auch durch Verordnungen oder sonstige Rechtsakte, einen einheitlichen, unionsweiten Schutz für den gesamten Bereich des geistigen Eigentums zu schaffen. Neben dem – bisher bereits teilweise geregelten – Marken- und Patentschutz erstreckt sich diese Kompetenzgrundlage also auch auf Geschmacksmuster-, Gebrauchsmuster, den Halbleiter- und Sortenschutz, das Urheberrecht sowie verwandte Schutzrechte. Zumindest mittelbar wird damit auch die Errichtung eines einheitlichen Patent-, Marken-, Geschmacks- und Gebrauchsmusteramtes für die Europäische Union erleichtert.
- 5 **Benutzt die Vorschrift** auch den weiten Begriff des geistigen Eigentums, bezieht sie sich nach ihrer Konzeption doch in erster Linie auf den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes iES und weniger auf das Urheberrecht. Das wird bereits aus dem besonderen Bezug des zu gewährleistenden Schutzes zur Verwirklichung und zum Funktionieren des Binnenmarktes deutlich, der das Urheberrecht zwar in seiner wirtschaftlichen, nicht aber in seiner kulturellen Bedeutung erfasst und somit insbesondere die Fragen des Urheberpersönlichkeitsrechts unberücksichtigt lässt.<sup>10</sup>
- 6 **Im Übrigen** kann in diesem Bereich jedenfalls die Kompetenz zum Erlass zentralisierter Zulassungsregelungen nicht greifen, da für das Entstehen des Urheberrechts an einem Werk eine Zulassung von vornherein nicht notwendig ist. Der Schutz des Urheberrechts beginnt vielmehr bereits mit Entstehen des urheberrechtlichen Werkes, ohne dass es dafür eines förmlichen Zulassungs- oder Anmeldeverfahrens bedürfte. Diese Formfreiheit des Urheberrechtsschutzes ist nicht nur fester Bestandteil der Rechtstradition der meisten Mitgliedstaaten,<sup>11</sup> sondern darüber hinaus auch durch Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Berner Übereinkommen zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst<sup>12</sup> geboten, die alle EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet haben.<sup>13</sup>
- 7 Während die europäischen Rechtsritel nach Abs. 1 stets im **ordentlichen Gesetzgebungsverfahren** des Art. 294 AEUV erlassen werden, ist die **Regelung der Sprachen** dieser Rechtsritel nach Abs. 2 einem Beschluss des Rates vorbehalten, zu dem das Europäische Parlament lediglich angehört wird. Die VO (EU) Nr. 1260/2012<sup>14</sup> über die Übersetzungsregelungen im Europäischen Einheitspatentsystem wurde auf diese Rechtsgrundlage gestützt.

9 So ausdrücklich EuGH, Gutachten 1/94, WTO, Slg 1994, I-5273.

10 Vgl. zu den bisher fehlenden Harmonisierungstendenzen in diesem Bereich auch Schrickler/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, 4. Aufl., 2010, Einl. Rn. 78; aA GHN/Strieper, Art. 118 AEUV Rn. 11.

11 Für Deutschland vgl. Schrickler/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 33.

12 BGBl. 1973 II, S. 1071, 1985 II, S. 81.

13 Diesen Aspekt betont auch die RL 2004/48 d. Europäischen Parlaments u. d. Rates v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004 L 157/45, berichtigt durch ABl. 2004 L 195/16, Erwägungsgrund (19).

14 VO (EU) Nr. 1260/2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. 2012 L 361/89.