
1. Grundlagen

Die **Anfänge der EU** in den 1950er-Jahren waren wirtschaftlicher Art. Dies veranschaulicht schon die frühe (vom Inkrafttreten der Römer Verträge 1958 bis zum Vertrag von Maastricht im Jahr 1992 gültige) Bezeichnung als Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG).

Bereits die kurz vor der EWG gegründete Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS; existent von 1952 bis 2002) verfolgte Friedens- und Integrationsziele¹ auf einer handfesten ökonomischen Grundlage: Unter der Aufsicht einer überstaatlichen Einrichtung (damals Hohe Behörde, später Kommission) verankerten die Gründerstaaten (BE, DE, FR, IT, LU, NL) gemeinsame Regeln für Produktion und Absatz von Kohle und Stahl und schufen so einen **gemeinsamen Markt** für diese Produkte. Dessen Eckpfeiler waren die Herstellung von **Freiverkehr** für Waren und Arbeitnehmer (heute Grundfreiheiten) und Regeln über **Wettbewerb** und Beihilfen. Auch flankierende Fragen, etwa der Handel mit Drittländern (heute gemeinsame Handelspolitik), waren erfasst.

Der **EWG-Vertrag** erstreckte das auf zwei Warengruppen begrenzte Erfolgsmodell der EGKS auf **sämtliche Bereiche grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit**. Dazu wurden va die Freiverkehrsbestimmungen auf neue Bereiche ausgedehnt (Waren insgesamt, Dienstleistungen, Niederlassung, Kapital), aber auch bereits erste von diesen abweichende Regeln für Sonderbereiche geschaffen (sog gemeinsame **Politiken**; zB Landwirtschaft, Verkehr). Ungeachtet der ab dem Vertrag von Maastricht erfolgten Hinwendung zu einer politischen Union und dem sukzessiven Ausbau der gemeinsamen Politiken bildet die Wirtschaftsintegration bis heute das Rückgrat des europäischen Projekts.

Sowohl Zielvorgabe als auch Ergebnis dieser Wirtschaftsintegration ist der in Art 3 EUV und Art 26 AEUV gleichermaßen verankerte **EU-Binnenmarkt**, verstanden als ein ökonomisch und rechtlich homogener Wirtschaftsraum, in dem der wirtschaftliche Freiverkehr ohne Behinderung durch Binnengrenzen gewährleistet ist. Der homogene Wirtschaftsraum des Binnenmarkts bildet zudem eine **Zollunion**, sodass es einerseits intern keinerlei Zölle geben darf, während andererseits nach außen ein gemeinsamer Außenzoll gilt. Der Rechtsrahmen des EU-Binnenmarkts und die grundlegenden materiellen Regeln der EU-Wirtschaftsordnung sind Gegenstand des vorliegenden Lehrbuchs.

1.1. Begriff Binnenmarkt

Der Begriff Binnenmarkt lässt sich unterschiedlich weit fassen. Art 26 Abs 2 definiert den Binnenmarkt als einen „**Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital [...] gewährleistet ist.**“ Teil der Binnenmarktnormen sind also jedenfalls die in dieser Bestimmung aufgezählten **Grundfreiheiten** (Waren, Arbeitnehmer,

¹ Vgl ErwG 1 und 5 Präambel zum EGKS-Vertrag, wo vom „Weltfriede[n]“ die Rede ist und davon, „an die Stelle der jahrhundertalten Rivalitäten einen Zusammenschluß [der] wesentlichen Interessen zu setzen“, mit der „Errichtung einer wirtschaftlichen Gemeinschaft [als] ersten Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern“.

1. Grundlagen

Niederlassung, Dienstleistungen, Kapital)² und wohl auch die flankierenden personenbezogenen Freizügigkeitsregeln (Nichtdiskriminierung, Unionsbürgerschaft).³

Bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahr 2009 verwendete das Primärrecht häufig auch noch den parallelen Begriff **Gemeinsamer Markt**.⁴ Der EuGH trennte definitorisch Binnenmarkt und Gemeinsamen Markt: Letzterer sei ein Raum, in dem „alle Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel im Hinblick auf die Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarkts möglichst nahekommen, beseitigt werden.“⁵ Der EuGH verstand den Gemeinsamen Markt also als **Minus** gegenüber einem Binnenmarkt.

Die Definition nach Art 26 fokussiert auf den Verwaltungsgrenzen zwischen den MS: Gegenstand und Ziel des Binnenmarkts ist die Herstellung eines Zustands, in dem grenzüberschreitende wirtschaftliche Vorgänge nicht von Grenzen, also von **unterschiedlichen Rechtsvorschriften je MS**, behindert werden. Waren, Personen, Unternehmen, Dienstleistungen und Kapitalflüsse sollen sich im Binnenmarkt grundsätzlich (dh vorbehaltlich Ausnahmen und Rechtfertigungsmöglichkeiten) in ähnlicher Weise bewegen können, als handelte es sich um ein Staatsgebiet im herkömmlichen Sinn: Nationalstaaten umfassen typischerweise (wenngleich mit zahllosen Schattierungen und Abstufungen) einen einheitlichen internen Wirtschaftsraum. Art 26 ordnet derlei auch für die EU an. Art 26 geht daher von der Fiktion aus, dass die politisch real existierenden **Grenzen zwischen den MS für wirtschaftliche Vorgänge nicht spürbar** sein dürfen.

Die simple Logik der Ausblendung der Verwaltungsgrenzen zwischen MS zugunsten vollen wirtschaftlichen Freiverkehrs erklärt die **tragenden Prinzipien aller Grundfreiheiten**. Zu nennen sind vor allem das **Ursprungslandprinzip** (Waren, Dienstleistungen, Personen usw sollen ungeachtet der Grenzen überall mit denselben Eigenschaften wie im Herkunftsstaat zirkulieren können),⁶ die Ausgestaltung als **Beschränkungsverbote** (die grenzüberschreitende Ausübung einer wirtschaftlichen Freiheit soll nicht weniger attraktiv sein als jene im Inland)⁷ und die besondere Bedeutung von effektiven **Marktzutrittschranken** als gemeinsamem Maßstab für die Prüfung aller Beschränkungsverbote (ausländische Wirtschaftstreibende begegnen im Vergleich zu Inländern höheren Hürden für den Zutritt zum heimischen Markt bzw für den dortigen Markterfolg). Ein Anschauungsbeispiel für Letzteres ist die (beim Warenverkehr näher besprochene) *Keck*-Ausnahme:⁸ Sie greift dort ein, wo aus unterschiedlichen Regelungen effektiv keine Verschlechterung der Marktzutrittsbedingungen für Ausländer resultiert (völlig neutral wirkende Verkaufsmodalitäten). Demgegenüber bleiben sämtliche Regelungen vom Verbotstatbestand erfasst, die offensichtlich (Diskriminierungen, produktbezogene Maßnahmen bzw sonstige Negationen des Ursprungslandprinzips) oder bei näherem Hinsehen (ungleich wirkende Verkaufsmodalitäten) die Bedingungen für den Zugang ausländischer Produkte zum heimischen Markt oder für deren Markterfolg verschlechtern.

2 Vgl Art 34, 45, 49, 56 und 63.

3 Vgl Art 18 und 21.

4 ZB in ex-Art 2, 81, 82 oder 87 EGV (Ziele, Kartell-, Missbrauchs- und Beihilfeverbot), während zB in ex-Art 3 oder 14 EGV (Tätigkeiten, Binnenmarktziel) gleichzeitig vom Binnenmarkt gesprochen wurde.

5 Rs C-41/93, *Frankreich/Kommission*, ECLI:EU:C:1994:196, Rn 19.

6 Grundlegend Rs 8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, Rn 5.

7 Grundlegend Rs 120/78, *Cassis*, ECLI:EU:C:1979:42, Rn 8.

8 Vgl Rs C-267/91, *Keck*, ECLI:EU:C:1993:905, Rn 16.

Die Abschaffung von Marktzutrittsschranken und (daher) die Errichtung und Wahrung eines Binnenmarkts sind **Daueraufgaben**: Solange die MS über Regelungskompetenzen in die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit berührenden Bereichen verfügen, weil es sich um eine **geteilte Zuständigkeit** handelt,⁹ kann staatliche Gesetzgebung immer neue Binnenmarkthemmnisse schaffen. Freilich versuchen zahlreiche Mechanismen der Entstehung neuer Binnenmarkthemmnisse aufgrund staatlicher Regulierung entgegenzuwirken, etwa der ua mit praktischen Problemen des Funktionierens des Binnenmarkts befasste beratende Ausschuss für die Koordinierung im Binnenmarkt oder auch die (im Kapitel Warenverkehr besprochene) **Binnenmarkt-TransparenzRL 2015/1535** mit ihrer Notifikationsverpflichtung für neue technische Vorgaben für Waren und Dienstleistungen im Binnenmarkt.

Die Definition des Art 26 umreißt einen engen Binnenmarktbegriff (**Binnenmarktrecht ieS**). Der Binnenmarkt wird dort als eine spezifische Politik der EU verstanden, die im dritten Teil des AEUV neben anderen, dort ebenfalls geregelten Politiken (zB Wettbewerb, Beschäftigung, Soziales, Verbraucherschutz usw) steht.

Daneben lässt sich auch ein umfassenderer Binnenmarktbegriff bilden (**Binnenmarktrecht iwS**). Prot Nr 27 stellt etwa eine Verbindung zum Kapitel Wettbewerbsrecht her, indem dort die „Tatsache, dass der Binnenmarkt ... ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“ herausgestellt wird. Dies anerkennt, dass der dritte Teil des AEUV eine Reihe von Politiken enthält, die für das Funktionieren des Binnenmarkts mitbestimmend und daher zumindest mittelbar relevant sind. Zum Binnenmarktrecht iwS gehören damit neben den Grundfreiheiten sämtliche internen Politiken des dritten Teils des AEUV, also neben dem **Wettbewerbsrecht**¹⁰ zB auch die Bestimmungen über indirekte **Steuern**,¹¹ die **Wirtschafts- und Währungspolitik**,¹² die **Landwirtschaft**,¹³ **Verkehr**,¹⁴ die Regelungen des sog **Raums der Freiheit**¹⁵ (also zB der Abbau von Grenzkontrollen für Personen sowie die Straf- und Zivilrechtsvereinheitlichung) usw. Die äußere Grenze einer solcherart weit verstandenen Definition des Binnenmarktrechts bildet va das Außenhandelsrecht (Gemeinsame Handelspolitik gem Art 207),¹⁶ also die marktbezogenen Regeln in internationalen Abkommen (zB das WTO-Recht).

Die nachstehende **Abb 1** gibt einen Überblick über die Bereiche des Binnenmarktrechts im engeren und im weiteren Sinn und illustriert die **Zusammenhänge** zwischen den Normen. So ist der Bereich der Grundfreiheiten im klassischen Sinn eingebettet in ein Umfeld weiterer für das Funktionieren des Binnenmarkts insgesamt wichtiger Normen. Dazu gehören das Wettbewerbsrecht, aber etwa auch die freizügigkeitsrelevanten Bestimmungen des Raums der Freiheit oder die im Kapitel Sozialpolitik enthaltene Bestimmung des Art 157 zur Entgeltgleichheit von Mann und Frau uvm. Abb 1 zeigt aber va, dass innerhalb der Grundfreiheiten mit der Personenfreizügigkeit einerseits und dem Warenverkehr iwS andererseits zwei große Bereiche zu unterscheiden sind, die jeweils unterschiedliche sachliche Probleme zum Gegenstand haben.

⁹ Vgl Art 4 Abs 2 lit a.

¹⁰ Vgl Art 101 ff.

¹¹ Vgl Art 110 ff.

¹² Vgl Art 119 ff.

¹³ Vgl Art 38 ff.

¹⁴ Vgl Art 90 ff.

¹⁵ Vgl Art 67 ff.

¹⁶ Vgl Art 207.

1. Grundlagen

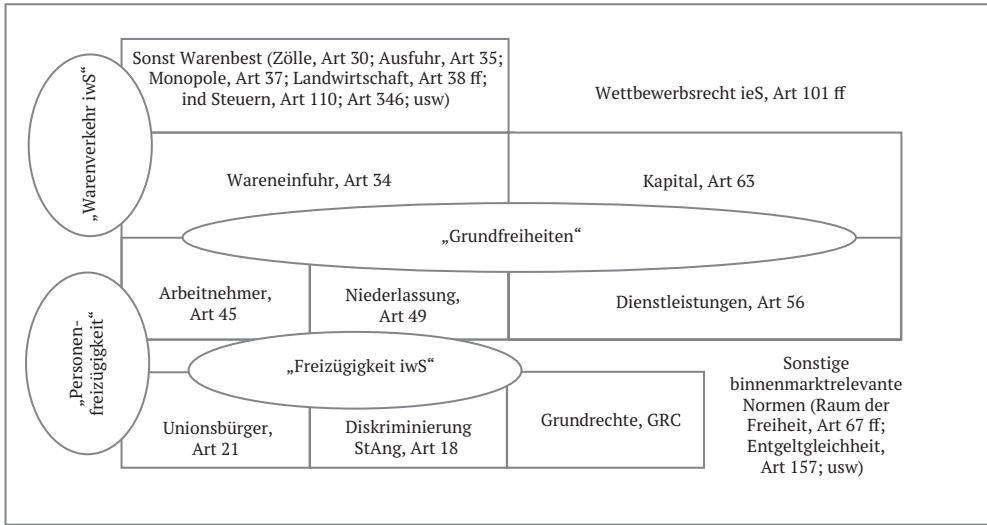


Abb 1

Probleme der **Freizügigkeit** von natürlichen und juristischen Personen betreffen Hinder- nisse für deren physische Bewegung über die Grenze und die Bedingungen des Aufenthalts im Zielstaat. **Natürliche Personen** haben in ihrer Lebensrealität eine Vielzahl von Bedürfnissen, deren Erfüllung oder Nichterfüllung sich auf ihre Ausübung der Freizügigkeitsrechte auswirkt. Sie haben eine Familie, brauchen eine Wohnung, werden krank oder arbeitslos usw. Damit na- türliche Personen ihre Freizügigkeitsrechte tatsächlich ausüben, bedarf es daher einer Inblick- nahme und Lösung all dieser Fragen. Die Grundfreiheiten der Arbeitnehmer (Freizügigkeit ieS) und der Niederlassung (Freizügigkeit iwS) bilden nur einen Teil dieser Fragen und Bedürfnisse ab, nämlich die **ökonomischen Aspekte** der Grenzüberschreitung. Begegnen natürliche Per- sonen außerhalb des ökonomischen Kontexts einer Schlechterstellung, braucht es daher ande- re Normen. Zu nennen sind va das Allgemeine Diskriminierungsverbot, die Aufenthalts- und Gleichbehandlungsrechte der Unionsbürgerschaft sowie die grundrechtlichen Garantien der GRC und das Geschlechter- und Minderheitendiskriminierungsverbot des Art 19. Daher regelt das Unionsrecht zB die Frage des Aufenthaltsrechts in der UnionsbürgerRL 2004/38/EG hori- zontal, also sowohl für wirtschaftlich als auch für nicht wirtschaftlich tätige Personen, ob- schon sich die konkreten Rechte je nach (wirtschaftlichem oder nichtwirtschaftlichem) Kon- text der Grenzüberschreitung unterscheiden. Im Vergleich zu natürlichen Personen haben **juristische Personen**, die von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen wollen, ganz ande- re Probleme der Freizügigkeit. Ihre Mobilität behindern etwa Unterschiede im Gesellschafts- und Steuerrecht der MS, während für natürliche Personen stets relevante Fragen nach dem Aufenthaltsrecht, Familiennachzug oder etwa der Sozialversicherung augenscheinlich keine Rolle spielen.

In einem freizügigkeitsähnlichen Kontext, aber außerhalb der Freizügigkeit ieS, steht die **Dienstleistungsfreiheit**. Auch sie kann mit einer Bewegung des Dienstleisters über die Grenze verbunden sein oder auch nicht (zB Internet- oder Telefondienste). Da Dienstleistungen definiti- onsgemäß vorübergehender Natur sind, ergeben sich für Dienstleister keine Aufenthaltsproble- me oder Fragen der Gleichbehandlung im Aufenthalt. Sehr wohl aber können Dienstleister wäh-

rend der in einem anderen MS verbrachten Zeit als physische Personen Diskriminierungen oder Schlechterstellungen erfahren, die nicht mit der Dienstleistungserbringung in Zusammenhang stehen und die dann zB nach dem Allgemeinen Diskriminierungsverbot zu beurteilen sind. Man denke zB an ungleiche Strafen, Sicherheitsleistungen oder Verfahrensrechte nach einer Geschwindigkeitsüberschreitung am Weg zum Dienstleistungsort.

Die Grenzüberschreitung durch **Waren** bildet den zweiten zusammenhängenden Fragenkomplex. Die Stoßrichtung ist dabei anderen Freiheiten in wichtigen Punkten ähnlich: So soll auch im Warenverkehr die freie Zirkulation des Grundfreiheitenträgers bzw der Tätigkeit (hier Ware, dort Arbeitnehmer, Dienstleister usw) an sich (also vorbehaltlich Ausnahmen und Rechtfertigungsgründen) im gesamten Binnenmarkt unter denselben Bedingungen wie im Herkunftsstaat möglich sein. Bei der Herausbildung von Ursprungslandprinzip, Beschränkungsbegriff und der Doktrin der zwingenden Erfordernisse kam dem Warenverkehr in der frühen Rsp eine wichtige **Vorreiterrolle** zu. Die genannten (und andere) Prinzipien wurden in der Rsp zum Warenverkehr erstmals entwickelt und dann für die anderen Freiheiten übernommen, sodass heute alle Grundfreiheiten von einer **gemeinsamen Grundlogik und gemeinsamen Grundsätzen** getragen sind.

Davon abgesehen ergeben sich beim grenzüberschreitenden Warenvertrieb jedoch völlig **andere faktische Probleme** als bei den personen- und unternehmensbezogenen Freiheiten. Dies führt dazu, dass **va die Prüfung des Beschränkungsbegriffs bei Waren anders strukturiert** ist als im Freizügigkeits- oder Dienstleistungsbereich. Es werden daher andere Fragen gestellt bzw andere Prüfschritte gesetzt, die in ihrer Grundstoßrichtung dem entsprechen, was auch anderswo geprüft wird, in ihrer konkreten Fragestellung aber nur für Waren Sinn ergeben (zB vertriebs- oder produktbezogene Maßnahme als spezifisch warenverkehrsrechtlich formulierte Frage nach der Negation des Ursprungslandprinzips). Zudem ist zu beachten, dass Art 34 nur einen Teilausschnitt des warenverkehrsrelevanten Primärrechts abbildet. ZB fallen auf Waren lastende Abgaben und Steuern nicht unter Art 34, sondern unter die *leges speciales* der Art 30 oder 110. Ebenso bestehen mit den Art 35 und 38 Sondernormen (mit eigenständigen Prüfungsschemata) für Ausfuhrbeschränkungen oder Handelsmonopole.

In gewisser Hinsicht quer zu allen anderen Grundfreiheiten steht der **Kapital- und Zahlungsverkehr**. Der Zahlungsverkehr ist im Grunde eine Hilfsfreiheit zu den Binnenmarktgarantien, ermöglicht er doch grenzüberschreitende Zahlungen zur Erfüllung von Vertragspflichten, die sich aus den wirtschaftlichen Vorgängen anderer Grundfreiheiten ergeben (zB Kauf einer Ware oder Dienstleistung, Entlohnung eines Arbeitnehmers oder Selbständigen). Der Kapitalverkehr weist dagegen einen eigenständigen Freiverkehrsaspekt auf. Er soll grenzüberschreitende Investitionen (in Immobilien, Unternehmen, Veranlagungen usw) ermöglichen und stimulieren.

1.2. Abgrenzung zu Freihandelszonen

Weltweit gibt es etliche einheitliche oder teilharmonisierte Zollgebiete auf Basis internationaler Abkommen. Sie bilden **regionale Freihandelszonen**. Wichtige Beispiele sind die Europäischen (EFTA), Nordamerikanischen (USMCA), Asiatischen (ASEAN) und Arabischen (GAFTA) Freihandelsassoziationen und der Gemeinsame Markt Südamerikas (MERCOSUR). Für Freihandelszonen kennzeichnend ist, dass die Vertragsstaaten Zölle (und zumeist auch vergleichbare Handelsbeschränkungen) untereinander weitestgehend beseitigen. Einige wenige (zB MERCOSUR) bilden darüber hinaus eine Zollunion mit gemeinsamen Außenzöllen gegenüber Drittstaaten, wie auch

1. Grundlagen

die EU eine ist. Besteht keine Zollunion (zB EFTA), kann dagegen jeder Staat seine Zölle gegenüber Drittstaaten eigenständig festlegen und braucht es daher weiterhin Kontrollen zwischen den Staaten, um den Warenursprung (von innerhalb oder außerhalb der Freihandelszone) zu verifizieren.

Freihandelsverträge können sich auf reine Zollregeln zum begünstigten Warenhandel zwischen den Vertragsstaaten beschränken, enthalten heute aber häufig auch manche Regeln zur Vereinheitlichung einzelner Anforderungen an Waren (zB Beschaffenheit) und flankierender Fragen (etwa bestimmter wichtiger Dienstleistungen, Landwirtschaftsprodukte, IP-Schutz, Investitionsschutz usw). Den **globalen Minimumstandard** des Freihandels bildet das System der **Welthandelsorganisation** (WTO). Es enthält Mindestregeln für eine Vielzahl von Materien, va Waren (GATT-Abk), aber auch Dienstleistungen (GATS-Abk), IP-Schutz (TRIPS-Abk), Streitbeilegung (DSU) uvm. Regionale Freihandelszonen und viele bilaterale Handelsabkommen gehen über diesen Minimumstandard hinaus, indem sie umfassendere einheitliche Regelungen festlegen. Einen solchen ambitionierten Ansatz verfolgt die EU heute generell gegenüber Drittstaaten mit den Freihandelsabkommen der sog **Neuen Generation** (seit 2006). Sie sprechen etwa auch Fragen der Niederlassung, Dienstleistungen, Wettbewerb, IP- und Investitionsschutz oder Nachhaltigkeit an (zB CETA).

Der **Binnenmarkt** stellt gegenüber Freihandelszonen (auch solchen mit Zollunion) ein **Mehr** dar. Der Binnenmarkt beseitigt nicht bloß, wie Freihandelszonen, manche (Zoll- und sonstigen) Schranken, sondern zielt auf eine vollwertig integrierte Freiverkehrszone ohne Binnengrenzen ab. Im Binnenmarkt ist daher nach dessen Grundlogik jeder Regelungsunterschied zwischen MS *per se* problematisch und potenziell verboten. Keine andere Freihandelszone stellt einen vollendeten oder qualitativ auch nur der EU vergleichbaren Binnenmarkt her. Der EU-Binnenmarkt ist im globalen Vergleich bei Weitem **am stärksten integriert** und überragt sämtliche anderen Freihandelszonen hinsichtlich der Dichte und Tiefe der geschaffenen einheitlichen Regelungen und ihrer Durchsetzung. Dass das Recht dennoch nicht in allen MS zu 100 % gleich ist, liegt daran, dass bestimmte Unterschiede bewusst hingenommen werden (Ausnahmen, Rechtfertigungsgründe, Irrelevanz des Unterschieds für den effektiven Markterfolg/Marktzutritt usw). Neue Hemmnisse für den Freiverkehr erwachsen zudem, wie zuvor erwähnt, automatisch aus der Gesetzgebungstätigkeit der MS und der Fortentwicklung von Technologien und Marktbedingungen.

Die **Zollunion** wiederum besteht in der EU (EWG) bereits seit 1968 (Auslaufen von Übergangsregelungen). Als Folge sind Binnenzölle und zollgleiche Abgaben jeder Art zwischen den MS *per se* verboten (Art 30). Die Außenzölle für Importe von Waren in die EU sind vereinheitlicht, die Kompetenz dafür liegt nach Art 3 ausschließlich bei der EU. Zentraler Rechtsakt ist die **Unions-Zollkodex-VO 952/2013**. Die Grundlagen und der Rahmen der Zollsätze werden im Regelfall wechselseitig mit den betreffenden Drittstaaten in Handelsabkommen vereinbart und sind dann Teil der **Gemeinsamen Handelspolitik** nach Art 207 Abs 1.

Sowohl der Binnenmarkt als auch die Zollunion ragen **territorial** zumindest teilweise über die EU hinaus. Mitglieder der Zollunion sind va die von der EU umschlossenen Kleinstaaten Monaco, Andorra und San Marino, aber auch die Türkei.

Ebenso ist der Freiverkehrskern des EU-Binnenmarkts seit 1994 durch das EWR-Abk¹⁷ auf die Staaten der EFTA-Freihandelszone (allerdings ohne Schweiz) erweitert. Das EWR-Abk umfasst insbesondere das Allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die Grundfreiheiten, das Wettbewerbsrecht sowie das jeweils zugehörige (und laufend angepasste) Sekundärrecht. Die Bürger der EFTA-Staaten können daher in der EU die Grundfreiheiten im selben Umfang ausüben wie EU-Bürger und umgekehrt (EU-Bürger in den EFTA-Staaten, jedoch mit einzelnen Ausnahmen, zB für Liechtenstein). Dagegen ist der EWR gerade keine Zollunion, dh es gibt keinen gemeinsamen Außenzoll von EU und EFTA für Warenimporte aus Drittstaaten. Daher müssen Waren an den Grenzen der EFTA-Länder weiterhin hinsichtlich ihres Ursprungs kontrolliert werden. Flankiert werden die marktbezogenen Regeln des EWR durch Kooperationen in anderen Bereichen, etwa die Teilnahme der EFTA-Staaten am Schengen-Raum zur Abschaffung der Personenkontrollen an den Grenzen. Über die Einhaltung des EWR-Abk in den EFTA-Staaten wachen als Gegenstücke zu EU-Kommission und GHdEU die Behörde ESA (EFTA Surveillance Authority) und der EFTA-Gerichtshof. Sie verfügen über ihren EU-Pendants nachempfundene, supranationale Entscheidungsbefugnisse.

1.3. Harmonisierungswerkzeuge

Art 26 Abs 1 bestimmt: „Die Union erlässt die erforderlichen Maßnahmen, um nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen der Verträge den Binnenmarkt zu verwirklichen bzw dessen Funktionieren zu gewährleisten.“ Die **EU-Gesetzgebung** hat also den Auftrag, Hemmnisse für den freien Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital sowie für die freie Niederlassung zu identifizieren und durch die Gleichschaltung der dafür einschlägigen Regelungen in den MS zu beseitigen (sog Rechtsangleichung bzw **Harmonisierung**).

1.3.1. Rechtsetzungsgrundlagen

Die sachlich breiteste und daher wichtigste Rechtsetzungsgrundlage zur Harmonisierung von Rechtsvorschriften der MS mit Relevanz für den Binnenmarkt ist **Art 114**.¹⁸ Das Hauptinstrument dieser Angleichung sind **RL**: Sie geben den MS verbindlich vor, in welchen Aspekten das nationale Recht anzupassen ist, belassen ihnen aber gleichzeitig Wahlfreiheit in Bezug auf die legislative Vorgehensweise (also: Welcher nationale Rechtsakt wird wie geändert, welche Wortwahl, wie sehen die Umfeldregelungen aus, darf und soll über die EU-rechtlichen Anforderungen hinausgegangen werden usw).

Neben der allgemeinen Rechtsetzungsgrundlage des Art 114 existieren zahlreiche weitere, **sachspezifische Rechtsetzungsgrundlagen** in Teilbereichen des Binnenmarktrechts. Wichtige Beispiele sind etwa die Rechtsetzungsgrundlagen der Art 113 (indirekte Steuern) und 115 (va direkte Steuern), Art 21 Abs 2 und 77 (Freizügigkeit natürlicher Personen), Art 46 und 48 (Arbeitnehmerfreizügigkeit), Art 50, 52 Abs 2, 53 und 62 (Niederlassung und Dienstleistungen) und Art 118 (binnenmarktweite IP-Rechte). Auch im Wettbewerbsrecht bestehen mit den Art 103 und 109 besondere Rechtsetzungsgrundlagen. Sie sehen gegenüber Art 114 abweichende (idR höhere) Verfahrensanforderungen vor.

¹⁷ Abk über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl 1994/L 1/3.

¹⁸ Näher *Jaeger*, Einführung in das Europarecht⁴ (2023) 143 ff.

Eine wichtige ergänzende Funktion hat zudem die subsidiäre Rechtsetzungsgrundlage des Art 352: Lässt sich für ein Vorhaben keine spezifischere Rechtsetzungsgrundlage im AEUV auffinden, obwohl das Vorhaben an sich noch im Rahmen der Ziele und Aufgaben der EU gem Art 3 EUV liegt, kann Art 352 herangezogen werden. Ein wichtiges Beispiel aus dem Bereich des Binnenmarkts sind etwa vollwertige neue Regelungsregimes der EU (sog *sui generis* Regimes und Rechte), wo also nicht bloß vorbestehendes Recht der MS angeglichen, sondern eine vollwertig neue und in sich geschlossene Regelung auf der EU-Ebene erlassen wird. Auf dieser Basis wurden etwa (vor Einfügung von Art 118) die älteren EU-Regimes für Unionsmarken und Designs geschaffen, aber auch neue vollwertige Gesellschaftsformen wie die Europäische Gesellschaft (SE), die Europäische Genossenschaft (SCE) und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV). Solche Vorhaben gehen über das hinaus, was Art 114 mit seinem Bezugspunkt bloßer Rechtsangleichung erlaubt.

1.3.2. Positiv- vs Negativintegration

Die Harmonisierung des Rechts der MS auf Basis des Art 114 und anderer Rechtsetzungsgrundlagen wird als sog **Positivintegration** bezeichnet:¹⁹ Der EU-Gesetzgeber erlässt positives bzw **gesetztes Recht** (lat *ius positivum*) zur Harmonisierung divergierender Regelungen im Recht der MS. Die daraus resultierende Gleichheit der Rechtsvorschriften im gesamten Binnenmarkt entsteht also aufgrund des Setzens (lat *ponere* bzw *positum*, setzen/gesetzt) von den Rechtsvorschriften der MS übergeordnetem **Sekundärrecht** in Form von RL oder VO.

Voraussetzung der Positivintegration ist es daher, dass der EU-Gesetzgeber aktiv wird: Die Kommission, die Abgeordneten des EU-Parlaments sowie die Vertreter der MS im Ministerrat müssen sich untereinander und wechselseitig auf ein bestimmtes Vorgehen einigen können. Je kontroverser bzw sensibler das Thema, desto schwieriger ist eine solche Einigung. Wenn bzw solange der EU-Gesetzgeber nicht handelt, greift als Gegenstück zur Positivintegration die sog **Negativintegration** ergänzend ein: Negativintegration (lat *negare* bzw *negatum*, verneinen/verneint) bezeichnet die Verdrängung freiverkehrshemmender Vorschriften der MS allein bzw bereits aufgrund deren Widerspruchs zum Primärrecht. Ob ein Widerspruch besteht, ist eine Frage der Auslegung und Anwendung der mit Direktwirkung ausgestatteten Ge- und Verbote (va) der Grundfreiheiten im konkreten Einzelfall. Akteure sind hier die Gerichte der MS unter Anleitung des EuGH (*qua* Vorabentscheidung) bzw auch der EuGH allein (*qua* Vertragsverletzungsverfahren).²⁰ Dadurch, dass Einzelne (oder auch die Kommission) gerichtlich gegen mutmaßlich primärrechtswidrige Regelungen der MS zu Felde ziehen, werden einzelstaatliche Hemmnisse für den Freiverkehr auch ohne Zutun des Sekundärrechtsgesetzgebers zu Fall gebracht.

Das gerichtliche Tätigwerden Einzelner gegen mutmaßlich unionsrechtswidrige Regelungen der MS kann zwei Formen annehmen (sog **Schild- vs Schwertkonstellationen**): Häufig erfolgt eine Berufung auf Unionsrecht zur **Abwehr eigener Verpflichtungen** bzw zur Verteidigung bei Verweigerung eines Vorteils in einem bereits laufenden Behörden- oder Gerichtsverfahren (EU-Recht als Schild). Möglich ist es aber auch, das Unionsrecht als **Anspruchsgrundlage einer aktiv eingebrachten Klage**

19 Näher Jaeger, Einführung in das Europarecht⁴ (2023) 143.

20 Vgl Art 19 Abs 1 EUV und Art 267 bzw 258.

heranzuziehen, um ein unionsrechtswidriges Verhalten des MS oder Dritter abzustellen (EU-Recht als Schwert). Schwert-Konstellationen sind weniger häufig, da Aufwand und Prozesskostenrisiko ungleich größer sind.

Das Unionsrecht vermittelt einem Einwender bzw Kläger vier zentrale Ansprüche. Das Verfahrens- bzw Prozessrecht der MS muss ihre Verfügbarkeit gewährleisten.²¹ Es sind dies die Ansprüche auf **Unterlassung**, **Beseitigung**, **einstweiligen Rechtsschutz** und **Schadenersatz**.²² Die Verfahren zur Durchsetzung dieser unionsrechtsbasierten Ansprüche dürfen dabei nicht weniger günstig gestaltet sein als bei entsprechenden Klagen auf Basis innerstaatlichen Rechts (**Äquivalenzgebot**). Bestimmungen, die eine Durchsetzung dieser Ansprüche verunmöglichen oder auch nur in ihrer praktischen Wirksamkeit herabsetzen, sind unangewendet zu lassen (**Effektivitätsgebot**).²³ Beispiele sind etwa der Ausschluss bestimmter Ansprüche gegen die öff Hand, unangemessen kurze Klags- oder Verjährungsfristen, Deckelungen beim Schadenersatz, ein enger Parteibegriff usw. Soweit sie es jeweils verunmöglichen, dass ein unionsrechtlich fundierter Anspruch faktisch nicht durchgesetzt werden kann, sind solche durchsetzungsrelevanten Normen unionsrechtskonform zugunsten des Berechtigten auszulegen oder andernfalls von der Vorrangwirkung des Effektivitätsgebots verdrängt.

Qualitativ sind die Ergebnisse der **Eröffnung von Marktzugang** durch Negativ- und durch Positivintegration gleich: In beiden Fällen verdrängt das Unionsrecht die diversen Einzelregelungen der MS. Die qualitative Vergleichbarkeit geht nicht zuletzt darauf zurück, dass die betreffenden Urteile des EuGH über den Einzelfall hinaus **Präjudizwirkung** für alle ähnlich gelagerten SV haben.²⁴ Das EuGH-Urteil offenbart also die Rechtswidrigkeit der fraglichen Regelung nicht nur für den Anlassfall bzw in Bezug auf den betroffenen MS, sondern gegenüber allen MS mit vergleichbaren Regelungen.

1.3.3. Voll- vs Mindestharmonisierung

Die **Wahl des Instruments** zur Angleichung der Rechtsvorschriften der MS obliegt (sofern nicht ganz ausnahmsweise im Primärrecht spezifischer vorgegeben) dem EU-Gesetzgeber. Er hat daher die Wahl zwischen VO- oder RL-Harmonisierung. Dies gilt gerade auch für Art 114 als zentraler Rechtsetzungsgrundlage für den Binnenmarkt. Der Gesetzgeber hat nach pflichtgemäßem Ermessen das für das konkrete Vorhaben geeignete Instrument zu wählen.

Die Wahl des Instruments im Einzelfall ist allerdings durch die für den Gesetzgeber gem Art 5 EUV und Art 296 bindenden Grundsätze der **Subsidiarität** und der **Verhältnismäßigkeit** beschränkt. Daher darf der Unionsgesetzgeber im geteilten Zuständigkeitsbereich des Binnenmarkts nur tätig werden, wenn sein Handeln gegenüber den Einzelregelungen der MS einen klaren Mehrwert aufweist.

²¹ Vgl Art 19 Abs 1 UAbs 2 EUV.

²² Vgl zB Rs C-39/94, *SFEI*, ECLI:EU:C:1996:285, Rn 52 f; Rs C-143/88 und Rs C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest*, ECLI:EU:C:1991:65, Rn 16 ff; Rs C-465/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft*, ECLI:EU:C:1995:369, Rn 19 ff; Rs C-305/09, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:2011:274, Rn 43.

²³ Vgl zB Rs C-119/05, *Lucchini*, ECLI:EU:C:2007:434, Rn 46 ff; Rs C-2/06, *Kempter*, ECLI:EU:C:2008:78, Rn 37 ff.

²⁴ Vgl für Österreich zB OGH 17. 1. 2001, 6 Ob 336/00 f.

Daraus ergibt sich, dass eine entsprechende Begründungspflicht,²⁵ der der Unionsgesetzgeber in den Präambeln der Rechtsakte auch regelmäßig nachkommt. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wiederum begrenzt die Eingriffsintensität der Regelung, also die Regelungsmethode und den Umfang. Es darf also nicht mehr harmonisiert werden als das, was zur Erreichung des konkreten Regelungsziels notwendig ist. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit machen damit gemeinsam Vorgaben dafür, mit welchem Rechtsakttyp und in welchem Harmonisierungsumfang vorzugehen ist.²⁶

Die RL ist gegenüber der VO tendenziell das eingriffsschwächere (subsidiaritätsfreundlichere) Instrument, da sie den MS ein gewisses Umsetzungsermessen belässt. Derlei kommt zwar auch bei VO in Betracht (sog. Öffnungsklauseln in VO), ist für diese aber gerade nicht typisch. Dementsprechend ist die RL für die Binnenmarktharmonisierung das in der Praxis viel häufiger verwendete Instrument. Allerdings ist auch die Regelungsdichte von RL im Einzelfall sehr verschieden, dh dass sich das verbleibende Umsetzungsermessen mitunter auch nur auf ein sehr kleines Feld beschränken kann, wenn die Vorgaben der RL bereits sehr detailliert sind.

Je geringer der Spielraum für nationales Ermessen bzw. nationale Abweichungen, desto größer ist die **Harmonisierungsintensität** bzw. die hergestellte Einheitlichkeit. Steuern lässt sich die Harmonisierungsintensität vor allem durch, erstens, die Festlegung auf eine Vollharmonisierung gegenüber bloßer Teil- bzw. Mindestharmonisierung und, zweitens, über enge, weite oder auch ganz fehlende Rechtfertigungsgründe oder Schutzklauseln für Abweichungen der MS in Einzelfällen (dazu sogleich im Folgeabschnitt). Ob im Einzelfall Voll- oder Mindestharmonisierung vorliegt, erschließt sich aus dem konkreten Wortlaut bzw. der Auslegung der Bestimmung durch den EuGH.

Mindestharmonisierung bedeutet, dass eine RL (ausnahmsweise auch eine VO) lediglich einen einheitlichen Mindeststandard bzw. ein Mindestschutzniveau für den gesamten Binnenmarkt festlegt. Die zwingende Harmonisierung beschränkt sich dann auf die grundlegenden und allgemeingültigen Gesichtspunkte von, zB, technischen Standards oder Umwelt-, Gesundheits-, Verbraucher- oder Arbeitnehmerschutzfragen usw. Abweichungen nach oben, also Verbesserungen des Schutzniveaus in Einklang mit dem fraglichen Regelungsziel bzw. zugunsten des betreffenden Begünstigtenkreises, bleiben zulässig.

Ein **Beispiel** bietet etwa die IP-DurchsetzungsRL 2004/48/EG. Die RL normiert ein Bündel an Verfahrensbestimmungen und Rechtsbehelfen zur leichteren Durchsetzung von IP-Rechten durch deren Inhaber. Als Beispiel enthält sie Bestimmungen über Beweise und Beweissicherung, Auskunftsansprüche, einstweilige sowie endgültige Abhilfemaßnahmen oder den Schadenersatzanspruch. Art 2 der RL stellt dazu ausdrücklich klar, dass die RL „[u]nbeschadet etwaiger Instrumente in [EU]-Rechtsvorschriften ... oder der Mitgliedstaaten, die für die Rechtsinhaber günstiger sind“, Anwendung findet. Einzelregelungen im Prozessrecht der MS, die für IP-Rechtsinhaber noch günstiger sind, dürfen daher beibehalten werden. Lediglich ein Unterschreiten der Garantien der RL ist unzulässig.

Vollharmonisierung bedeutet demgegenüber, dass die Vorgaben einer RL (oder VO) innerhalb des geregelten Bereichs abschließend sind. Den MS ist es dann verwehrt, die enthaltenen

²⁵ Vgl etwa verb Rs C-358/14, C-477/14 und C-547/14, *Polen/Parlament und Rat*, ECLI:EU:C:2016:323, Rn 111 ff.

²⁶ Vgl Art 296.