



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht

Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - Paper 1/04

**Die Warenverkehrsfreiheit
im Europarecht –
eine Rekonstruktion**

Franz C. Mayer

Januar 2004

Dieser Beitrag ist erstmals erschienen als

Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht –
eine Rekonstruktion



Europarecht 38 (2003), Heft 5, S. 793-824

Die Veröffentlichung als WHI-Paper erfolgt mit freundlicher
Genehmigung des  NOMOS Verlages, Baden-Baden und
der Herausgeber.

Zitiervorschlag:

Mayer, Franz C. : Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht –
eine Rekonstruktion

Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Pa-
per 1/04 (2004),
<http://www.whi-berlin.de/warenverkehr.htm>

(EuR 2003, S. 793-824)

DIE WARENVERKEHRSFREIHEIT IM EUROPARECHT – EINE REKONSTRUKTION

*von Franz C. Mayer**

Einleitung

Die Warenverkehrsfreiheit nimmt unter den durch das Europarecht gewährleisteten Grundfreiheiten, die auch die Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit umfassen, eine hervorgehobene Stellung ein. Waren bewegen sich leichter über Grenzen als Menschen.¹ Dies erklärt, warum die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit schon sehr früh großen Umfang erreicht und eine Leitfunktion für die Rechtsprechung zu den übrigen Grundfreiheiten entfaltet hat.

Der Umfang an Rechtsprechung und Schrifttum zu dieser Rechtsprechung und zu der Grundfreiheit selbst ist es aber auch, der das Verständnis der Warenverkehrsfreiheit erschwert. Eine gewisse Unübersichtlichkeit erklärt sich zudem daraus, dass Rechtsprechung und Lehre allgemein im Gemeinschaftsrecht weniger aufeinander bezogen sind als in nationalen Rechtssystemen, in denen Lehre und Rechtsprechung sich in der Fortentwicklung des Rechts in gewissem Sinne ergänzen. Eine Rolle spielt dabei möglicherweise, dass ‚die‘ Lehre im Europarecht noch immer nicht wirklich existiert, sondern in den verschiedenen Mitgliedstaaten jeweils eigene, nahezu geschlossene Diskurskreise bestehen,² denen wiederum eine europäische Gerichtsbarkeit gegenübersteht, die von dieser vielstimmigen Lehre weitgehend unberührt bleibt.³ Dass deutsche Beobachter die Rechtsprechung des EuGH dabei als nicht ausreichend dogmatisch oder unklar wahrnehmen, erklärt sich in Teilen daraus, dass der Gerichtshof auch nicht-kontinentale Rechtstraditionen aufnimmt,⁴ in denen die dogmatische Präzision gegenüber der Lösung eines konkreten rechtlichen Problems nachrangig ist. Als weitere europarechtsimmanente Schwierigkeit, nicht nur für den deutschen Beobachter, tritt die

* Dr. jur., LL.M. (Yale). Humboldt-Universität zu Berlin. fmayer@aya.yale.edu. Anne Becker, Anna Golze, Edgar Lenski, sowie Ingolf Pernice und Stephan Wernicke danke ich für hilfreiche Anmerkungen zu früheren Versionen dieses Beitrages.

¹ Dies wird durch die statistischen Zahlen zum innergemeinschaftlichen Handel belegt. Demgegenüber wird die Mobilität der Unionsbürger zwischen den Mitgliedstaaten auf lediglich 0,1 bis 0,2% der Gesamtbevölkerung pro Jahr geschätzt, s. den Bericht der Europäischen Kommission (Hrsg.), *Die soziale Lage in der EU 2002*. Für die fortbestehenden Hürden im freien Personen- und Dienstleistungsverkehr s. etwa *Der freie Arbeitsmarkt ist noch eine Baustelle*, FAZ v. 29.4.2003, S. 21

² Nicht selten beziehen sich jedenfalls deutschsprachige Schriftumsbeiträge ganz überwiegend nur auf andere deutschsprachige Äußerungen.

³ S. allgemein zu methodischen Fragen des Gemeinschaftsrechts *A. v. Bogdandy*, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht*, *Der Staat* 2001, 3.

⁴ S. etwa den Hinweis von *P. Oliver* darauf, dass die Auslegung von Gerichtsentscheidungen nicht ebenso streng am Wortlaut orientiert sein darf wie bei Rechtsnormen, *P. Oliver*, *Free Movement of Goods in the EEC*, 1995, Rn. 6.59.

durch Übersetzungen und gleichrangige Vielsprachigkeit bedingte Unschärfe des europäischen [*794] Rechts hinzu.⁵ Zudem ist mit dem Fortschreiten der Integration die Zahl an EuGH-Entscheidungen, die sich ausschließlich auf Primärrecht, hier Art. 28 EG, stützen, naturgemäß rückläufig, weil im Laufe der Zeit immer mehr Fragen auch der Warenverkehrsfreiheit sekundärrechtlich determiniert sind.⁶ Damit bestehen auch weniger Möglichkeiten der Klarstellung einer Rechtsprechungslinie.

Stellungnahmen aus der Wissenschaft, die unter diesen Bedingungen versuchen, den Formeln und Ansätzen des EuGH allzu bruchlose Metatheorien zu entnehmen und dabei ebenso regelmäßig an einer oder mehreren Stellen in Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH geraten, erweisen sich nicht selten als wenig hilfreich bei der Lösung konkreter Rechtsfragen. Will man sich bei letzterem vorrangig an der Rechtsprechung des Gerichtshofes orientieren, erfordert dies die Durchdringung einer zunehmend dickeren Schicht von diese Rechtsprechung überlagernden Schrifttumsauseinandersetzungen. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich daher so weit wie möglich darauf, die Rechtsprechung des EuGH einschließlich der darin enthaltenen Widersprüche freizulegen und in übersichtlichem Format nachzuzeichnen, um den Stand der Rechtsprechung insoweit zu rekonstruieren.⁷

I. Die Struktur der Warenverkehrsfreiheit nach dem EGV

1. Dassonville als Grundentscheidung gegen jeglichen nationalen Protektionismus

Das Gemeinschaftsrecht schützt den freien Warenverkehr (Art. 3 Abs. 1 lit. a sowie Art 23 ff. EG). Damit sind Ein- und Ausfuhrzölle und vergleichbare Abgaben („Abgaben gleicher Wirkung“, Art. 23 Abs. 1 EG),⁸ alle Import- oder Exportquoten („mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen“) sowie „Maßnahmen gleicher Wirkung“, also Maßnahmen, die - ohne Quoten zu sein - wie solche wirken (Art. 28 und 29 EG), untersagt.

Dem steht zweierlei gegenüber: Zum einen überdauern nationale Regelungen aus der Zeit vor der Öffnung der nationalen Märkte zwecks Errichtung eines Binnen[*795]marktes⁹ viel-

⁵ Zur Unschärfe des Gemeinschaftsrechts wegen des Prinzips der gleichrangigen Mehrsprachigkeit (s. auch Art. 314 EG) *F.C. Mayer*, The language of the European Constitution – beyond Babel?, in: A. Bodnar u.a. (Hrsg.): The Emerging Constitutional Law of the European Union, 2003, S. 359 ff.

⁶ Dem steht ein ‚Prüfungs-‘ oder ‚Lehrbucheuroparecht‘ gegenüber, das vielfach an der Konzentration auf das Primärrecht festhält, während in der Praxis eher Fragen wie die Abgrenzung zwischen Primär- und Sekundärrecht im Vordergrund stehen.

⁷ Zu weiterführender Literatur s., neben der im folgenden zitierten allgemeinen Kommentarliteratur zu Art. 28 ff. EG, die Nachweise bei *Th. Kingreen*, Die Grundfreiheiten, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 631 ff.; *M.P. Maduro*, We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution, 1998; *P. Oliver*, Free Movement of Goods in the European Community, 4. Aufl., 2003. In diesen Beiträgen finden sich auch weiterreichende theoretische Ansätze, auf die der vorliegenden Beitrag bewusst verzichtet. Auch die folgende Rekonstruktion kommt freilich nicht ohne eine ‚Erzählung‘ aus, indem sie immerhin eine bestimmte Rationalität der Rechtsprechung annimmt. Die Darstellung folgt insoweit dem methodischen Ansatz von *J.H.H. Weiler* (The Constitution of the Common Market Place, in: P. Craig/G. de Burca, The evolution of EU law, 1999, S. 349 ff.), der ein politisch-historisierendes Ausgangsverständnis der Rechtsentwicklung im Bereich der Grundfreiheiten zugrunde legt.

⁸ Zur Abgrenzung von Art. 90 EG s. etwa EuGH Rs. C-383/01, *De Danske Bilimportører*, Urt. v. 17.6.2003.

⁹ Gemeinsamer Markt und Binnenmarkt werden hier nicht weiter unterschieden. Der vom Verfassungskonvent erarbeitete Verfassungsentwurf verwendet nur noch das Wort ‚Binnenmarkt‘, s. Art. 3 Abs. 2 und Art. III-14 ff. VE (CONV 850/03 v. 18.7.2003).

fach den Zeitpunkt der Marktöffnung, weil sich Rechtsbestände nicht unvermittelt abbauen lassen. Zum anderen besteht in den Mitgliedstaaten trotz der mit dem EGV eingegangenen Verpflichtung zur Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit eine Tendenz zur Rücksichtnahme auf nationale Interessengruppen. Die Mitgliedstaaten sind daher tendenziell daran interessiert, ihre nationalen Märkte zu schützen, zumindest aber bestehende marktschützende Mechanismen nicht übermäßig schnell abzubauen.

Klassische Behinderungen eines freien Warenverkehrs sind Zölle und mengenmäßige Beschränkungen (Quoten).

Beispiel: Absolute Obergrenze von jährlich aus Frankreich nach Deutschland zu importierenden Videorecordern vor dem Hintergrund einer eigenen Videorecorderproduktion in Deutschland mit dem Ziel des Schutzes dieser Industrie.

Offene Beschränkungen im Bereich des Warenverkehrs wie Zölle oder mengenmäßige Beschränkungen bis hin zu Einfuhrverboten sind allzu offenkundig gemeinschaftsrechtlich unzulässige Maßnahmen. Demgegenüber lassen sich warenverkehrsbeschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die unterhalb der Schwelle von mengenmäßigen Beschränkungen liegen, anschaulich als ‚Tricks‘ von Staaten auffassen, mit denen die Marktöffnung bzw. der Abbau von Handelshemmnissen verzögert, gelegentlich auch verhindert wird. Die allermeisten Fälle im Gemeinschaftsrecht handeln von diesen ‚Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen‘: Maßnahmen also, die zwar keine Quoten für Importe oder Exporte festlegen, jedoch zum gleichen Ergebnis wie solche Quoten führen: dem Schutz des nationalen Marktes. Typische Problemfelder sind dabei neben Gesundheits- und Umweltstandards technische Standards.

Beispiele: Die Pflicht zur Neuabfüllung von H-Milch bei der Einfuhr¹⁰ mit der Folge, dass der Effekt der Hoherhitzung bei der eingeführten Milch verloren ging, kam einem vollständigen Einfuhrverbot gleich und schützte die einheimische Milchproduktion vor Konkurrenz.

Solche mitgliedstaatlichen Regelungen werden durch das Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung nach Art. 28 und 29 EG erfaßt. Da der EuGH keine Abgrenzung mehr zwischen mengenmäßigen Beschränkungen einerseits und Maßnahmen gleicher Wirkung andererseits vornimmt, kann auch für die Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe in aller Regel auf eine Abgrenzung verzichtet werden.¹¹ **[*796]**

Dass hinter einschlägigen staatlichen Maßnahmen wirklich ein protektionistischer Vorsatz steht, wird sich in den wenigsten Fällen nachweisen lassen. Gerade weil die subjektive Seite einer Handelsregelung äußerst schwer aufzuklären ist, hat der EuGH auf die Ergründung der Motivationen hinter einer bestimmten Regelung verzichtet. Die Motivation für eine Regelung spielt damit auch bei der Rechtfertigung einer in Frage stehenden Maßnahme keine Rolle (dazu im einzelnen unten). Im Grundsatz kommt es ebensowenig darauf an, ob die Maßnahmen tatsächlich allgemein oder in bestimmten Umfang Wirkungen auf den Warenverkehr haben: auch hier wäre der Nachweis im einzelnen schwierig bis unmöglich.

Die Definition für mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung, die der EuGH 1974 mit der **Dassonville-Formel**¹² formuliert hat, stellt dementsprechend nur auf

¹⁰ EuGH Rs. 124/81, *Kommission/Vereinigtes Königreich* (UHT-Milch), Slg. 1983, 203.

¹¹ Zur näheren Bestimmung von mengenmäßigen Beschränkungen s. EuGH Rs. 34/79, *Henn und Darby*, Slg. 1979, 3795 (= Hummer/Simma/Vedder (Hrsg.), *Europarecht in Fällen*, 3. Aufl., 1999, S. 650, im Folgenden zit. als HSV).

¹² EuGH Rs. 8/74, *Staatsanwaltschaft/Benoît und Gustave Dassonville*, Slg. 1974, 837 (= HSV S. 598).

objektive Merkmale ab. Danach ist jede (Handels-¹³)regelung, die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell dazu geeignet ist, den gemeinschaftsweiten Warenverkehr zu beeinträchtigen, verboten. Diese Formel erfasst in ihrer Weite, die deutlich über den von der Kommission in der Richtlinie 70/50/EWG vom 22.12.1969 ¹⁴ fünf Jahre zuvor unternommenen Definitionsversuch hinausgeht, nahezu alle überhaupt denkbaren Maßnahmen. Mittelbare oder potenzielle, also auch lediglich hypothetische (dazu aber unten, 5.) Wirkungen für die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten können letztlich für nahezu jede staatliche Maßnahme konstruiert werden – hinreichend ist dabei bereits die Möglichkeit einer nachvollziehbaren Kausalitätsverbindung zwischen einer staatlichen Maßnahme und den Handelsströmen.

Der Vorteil dieser weiten Definition liegt nicht nur darin, dass Sinn und Zweck der staatlichen Maßnahme oder der tatsächliche Grad der Beeinträchtigung des Warenverkehrs keine Rolle spielen. Auch das Merkmal ‚grenzüberschreitend‘ hinsichtlich der in Frage stehenden staatlichen Maßnahme lässt sich weitgehend vernachlässigen: Der EuGH selbst spricht dieses Merkmal sogar in Fällen, in denen der grenzüberschreitende Bezug sich nicht ohne weiteres erschließt, oft gar nicht an, scheint diesem Kriterium also keine gesteigerte Bedeutung beizumessen.

GA *Jacobs* hat hierzu sowohl in seinen Schlussanträgen in der Rs. *Pistre* ¹⁵ als auch in der Rs. *Preussen-Elektra* ¹⁶ ausgeführt, dass der Gerichtshof es ablehnen sollte, „sich zur Anwendung [von Art. 28 EG] auf Einfuhren zu äußern, wenn sich aus den tatsächlichen Umständen klar ergibt, dass sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens völlig auf das Inland beschränkt.“ In Verfahren, die nur einheimische Erzeugnisse betreffen, sei die Auslegung von Art. 28 EG durch den Gerichtshof nämlich entweder nicht erheblich, oder sie erlange nur aufgrund einer nationalen **[*797]** Bestimmung zur Verhinderung einer Inländerdiskriminierung ¹⁷ Bedeutung. In beiden Fällen werde dem Gerichtshof „eine hypothetische, außerhalb des Sachverhalts liegende Frage bezüglich eingeführter Erzeugnisse“ vorgelegt. Der GA schlug deswegen vor, solche Fallgestaltungen bereits im Bereich der Zulässigkeit einer Vorlage ¹⁸ abschlägig zu entscheiden. Der Gerichtshof ist dem indessen bisher nicht gefolgt. Wörtlich heißt es:¹⁹

„Das sich aus Artikel 30 [jetzt Art. 28] des Vertrages ergebende Verbot jeder Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, entfaltet, wenn es um die Anwendung einer solchen Regelung geht, seine volle Wirksamkeit, auch wenn keines der Elemente des Sachverhalts, über den das nationale Gericht zu befinden hat, über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedstaats hinausweist.“

¹³ Die Formulierung hat sich im Laufe der Zeit verallgemeinert, „Handelsregelung“ findet sich in der Originalformel aus der *Dassonville*-Entscheidung, suggerierte aber wohl doch zu sehr eine final auf Handel ausgerichtete Regelung, wo es eher um die Frage nach den Auswirkungen auf den Handel geht, s. auch *Grabitz-Hilf/Leible*, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 28 EGV, Rn. 14.

¹⁴ ABl. 1970 L 13/29 (*Sartorius II* Nr. 175).

¹⁵ EuGH Rs. C-321-324/91, *Pistre*, Slg. 1997, I-2343.

¹⁶ EuGH Rs. C-379/98, *Preussen-Elektra*, Slg. 2001, I-2099 (= EuZW 2001, 242).

¹⁷ So etwa in Österreich, s. *ÖstVerfGH*, Urt. v. 9.12.1999 - G 42/99 u. G 135/99 (s. auch HSV S. 199).

¹⁸ Vgl. dazu, dass - trotz allgemein großzügiger Handhabung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Vorlage-hypothetische Fragen vom EuGH im Rahmen des Vorlageverfahrens nicht angenommen werden, EuGH Rs. C-153/00, *Paul der Weduwe*, EuGH Slg. 2002, I-11319.

¹⁹ EuGH Rs. C-321-324/91, *Pistre*, Slg. 1997, I-2343 Leitsatz 5, s. auch Rn. 44 f.

Hier lässt sich im Sinne der Dassonville-Formel argumentieren, dass eine bestimmte staatliche Maßnahme im Bereich des Warenverkehrs potenziell eben auch ein ausländisches Erzeugnis erfasst, der grenzüberschreitende Bezug also fast immer angenommen werden kann.

2. Die Cassis-Formel: Korrektiv zu Dassonville bei unverdächtigen Maßnahmen

a. Cassis als Korrektiv

Die uferlose Weite der Dassonville-Formel barg für den EuGH folgendes Problem: Einmal unter der Dassonville-Formel als Warenverkehrsbeeinträchtigungen eingeordnete Maßnahmen können jedenfalls nach dem Vertragswortlaut nur in engen Grenzen gerechtfertigt werden, weil Art. 30 EG lediglich einen überschaubaren Katalog an Rechtfertigungsgründen vorsieht:²⁰ Gründe der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, des Gesundheitsschutzes, des Schutzes des Lebens von Menschen, von Tieren und von Pflanzen, des nationalen Kulturguts sowie des gewerblichen und kommerziellen Eigentums.²¹ Dies ist vor allem deswegen problematisch, weil aus Sicht des EuGH gilt, dass Ausnahmen von den Gewährleistungen des EGV und damit auch die in Art. 30 EG aufgeführten Rechtfertigungsgründe eng auszulegen sind.²² Die unbestimmten Rechtsbegriffe ‚öffentliche Ordnung und Sicherheit‘ etwa so weit zu fassen, dass darunter auch sich im Laufe der Zeit neu herausbildende Rechtfertigungsgründe hätten eingeordnet werden können, war dem EuGH damit verschlossen.

Durch die Weite der Dassonville-Formel in Verbindung mit einem eng gefassten, die politischen Präferenzen von 1956/57 spiegelnden²³ Katalog an Rechtfertigungsmöglichkeiten bestand die Gefahr, dass auch sehr mittelbare Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit mangels Rechtfertigungsmöglichkeit in Art. 30 EG im Ergebnis als mit Art. 28 ff. EG für unvereinbar hätten erklärt werden müssen.

Durch die **Cassis-Formel**²⁴ hat sich der EuGH 1979 über Art. 30 EG hinaus die Möglichkeit geschaffen, warenverkehrsbeschränkende Maßnahmen zu rechtfertigen, um so die Weite der Dassonville-Formel aufzufangen:

„Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“.²⁵

²⁰ Weitere Bestimmungen, aufgrund derer Beeinträchtigungen des Warenverkehrs zulässig sind, finden sich in Art. 95, 134, 153, 296, 297, 299 EG.

²¹ Unter kommerzielles Eigentum fällt übrigens auch der Schutz von unmittelbaren Herkunfts- und Ursprungsbezeichnungen, s. etwa EuGH Rs. C-469/00 u. 108/01, *Ravil*, Ur. v. 20.5.2003, Rn. 49 ff. Anders mittelbare geographische Angaben, die ihren geographischen Hinweisscharakter verloren haben und Gattungsbezeichnungen geworden sind oder und solche, die von vornherein nicht geographisch lokalisierbar sind. S. im einzelnen *Grabitz-Hilf/Leible*, Art. 30 EGV, Rn. 19. S. auch Verordnung Nr. 2081/92.

²² EuGH Rs. 29/72, *Marinex/Ital. Finanzverwaltung*, Slg. 1972, 309 Rn. 4.

²³ Heute würde ein solcher Katalog wohl ohne weiteres auch Umweltschutz, Verbraucherschutz, Datenschutz u.ä. enthalten.

²⁴ EuGH Rs. 120/78, *Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649 Rn. 8, 14 (= HSV S. 595). S. dazu auch die Mitteilung der Kommission ABl. 1980 C 256/2, durch die die Bedeutung dieses Urteils unterstrichen wird.

²⁵ Ebd., Rn. 8. Heute prüft der EuGH den Gesundheitsschutz allerdings unter Art. 30 EG. GA *Stix-Hackl*, Rs. C-322/01, *DocMorris*, Schlussanträge v. 11.3.2003, Rn. 105, deutet an, dass der EuGH weiterhin Gesundheit nicht nur im Rahmen von Art. 30 EG, sondern auch als zwingendes Erfordernis im Rahmen von Artikel 28 EG prüft. Die angegebenen EuGH-Entscheidungen tragen dies indessen nicht.

Der Gerichtshof selbst hat die Cassis-Formel später einmal wie folgt zusammengefasst:

„Nach dem Urteil Cassis de Dijon stellen Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, daß Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung), selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Artikel 30 [jetzt 28] verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht.“²⁶ [*799]

Die Liste der im Rahmen der Cassis-Rechtsprechung entwickelten zwingenden Erfordernisse²⁷ des Allgemeininteresses (Rechtfertigungsgründe) ist nicht abschließend und wird ständig weiterentwickelt.²⁸ Dem EuGH steht mit dieser Formel ein Korrektiv zur Verfügung, um die Entwicklung von Recht und Gesellschaft auffangen zu können. Dies wird sehr deutlich beim ‚zwingenden Erfordernis‘ des Umweltschutzes.²⁹ Bei der Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe kann es daher durchaus geboten bzw. im Sachverhalt angelegt sein, ein ‚neues‘ zwingendes Erfordernis zu entwickeln. Ein Beispiel für ein relativ neues zwingendes Erfordernis ist die Wahrung der Medienvielfalt im Familiapress-Fall.³⁰

Wo genau die Cassis-Gründe zu verorten sind, ob sie als tatbestandsimmanente Rechtfertigungsgründe oder aber als Rechtfertigungsgründe auf derselben Stufe wie die Gründe des Art. 30 EG anzusehen sind, ist eine dogmatische Frage, die außerhalb von Deutschland mit geringerer Energie diskutiert wird. Die deutsche Diskussion³¹ mag sich aus einer Orientierung an dogmatischen Mustern des Strafrechts erklären, sie steht bei der Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe jedenfalls nicht im Vordergrund. Die Einführung einer nicht im Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsmöglichkeit war aus Sicht des EuGH wahrscheinlich in Gestalt einer Auslegung des Art. 28 EG – anstatt einer offenen Modifizierung des Art. 30 EG – schlicht unauffälliger. Von Bedeutung ist lediglich, dass bestehende zwingende Erfordernisse nach der Cassis-Formel – anders als die sog. Keck-Formel (s.u.) – nicht bereits den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit verschließen. Hier besteht ein Zusammenhang zur Harmonisierungskompetenz der EG, auf den noch zurückzukommen sein wird.³²

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist in der Cassis-Formel mit der Frage nach der ‚notwendigen Maßnahme‘ angelegt.³³ Typischerweise läuft die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit ihren Teilfragen nach Geeignetheit, Notwendigkeit³⁴ und Angemessenheit einer Maßnahme³⁵

²⁶ EuGH Verb. Rs. C-267 u. 268/91, *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 Rn. 15 (= HSV S. 599).

²⁷ „exigences impératives“, „mandatory requirements“.

²⁸ Möglicherweise ergibt sich auf EuGH Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Urt. v. 12.6.2003, EuZW 2003, 592, ein neues zwingendes Erfordernis ‚Schutz der Grundrechte‘ bzw. die Möglichkeit, Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten unmittelbar aus Grundrechten zu rechtfertigen, s.u.

²⁹ Leitfall hierzu ist der dänische Pfandflaschenfall, EuGH Rs. 302/86, *Kommission/Dänemark*, Slg. 1988, 4607 (= HSV S. 635).

³⁰ EuGH Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 (= HSV S. 644).

³¹ S. zum Streitstand statt aller Schwarze/Becker, Art. 28 EGV, Rn. 107 ff. Die in der deutschen Diskussion gestellte Frage nach der Einordnung als tatbestandsimmanente Rechtfertigungsgründe oder ‚echte‘ Rechtfertigungsgründe ist ganz offensichtlich durch einen stillschweigenden Vergleich mit der Strafrechtsdogmatik geprägt, in anderen Mitgliedstaaten schon sprachlich nicht nachvollziehbar und im Ergebnis gerade wegen fehlender Anschlussfähigkeit an die europaweite Diskussion weitgehend fruchtlos. Für die Falllösung empfiehlt es sich, die Terminologie des EuGH zu verwenden, s.u.

³² S. dazu unten, 3.

³³ S. im einzelnen unten, Fn. 138.

³⁴ Der Sache nach Erforderlichkeit, der EuGH spricht jedoch von ‚notwendig‘.

mit Blick auf ein bestimmtes ‚zwingendes Erfordernis‘ auf die Feststellung hinaus, dass die fragliche nationale Maßnahme wegen der in einem anderen Mitgliedstaat erfolgten Maßnahmen (Kontrollen, technische **[*800]** Regelungen etc.) ‚nicht notwendig‘ ist (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, Herkunftslandprinzip bzw. des *functional parallelism*³⁶).

b. Cassis als Korrektiv nur für bestimmte Maßnahmen

Allerdings sind nach der Cassis-Formel - jedenfalls grundsätzlich (s. unten d.) - nur solche Maßnahmen gerechtfertigt, die unterschiedslos einheimische und eingeführte Erzeugnisse betreffen. Diese Unterscheidung bereitet immer wieder Verständnisschwierigkeiten.

Sie läßt sich mit einem Vergleich zu einer dogmatischen Figur des US-amerikanischen Verfassungsrechts veranschaulichen: Dort wird im Bereich des Gleichheitssatzes u.a. zwischen ‚verdächtigen‘ und ‚unverdächtigen‘ Unterscheidungskriterien differenziert, um je nach Einordnung eines Kriteriums einen anderen Rechtfertigungsmaßstab zu verwenden.³⁷ ‚Verdächtige‘ Unterscheidungskriterien sind etwa Rasse oder Geschlecht und werden einem strengen Rechtfertigungsmaßstab unterzogen. ‚Unverdächtige‘ Maßnahmen dagegen müssen lediglich einem weniger strengen Prüfmaßstab standhalten.

Im Gemeinschaftsrecht ist die Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit bzw. Ursprungsland stets von vornherein eine ‚verdächtige‘ Unterscheidung, weil das Prinzip der Nichtdiskriminierung bzw. der Inländerbehandlung das fundamentale Bauprinzip des Binnenmarktes ist.³⁸ Eine solche ‚verdächtige‘ Unterscheidung kommt nicht in den Genuss des Privilegs einer zusätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen der Cassis-Formel. Solche *prima facie* ‚böartigen‘ Maßnahmen können nur durch die ausdrücklich im - zudem eng auszulegenden - Art. 30 EG niedergelegten Gründe gerechtfertigt werden. Nachdrücklich zu betonen ist, dass diese Unterscheidung zwischen ‚verdächtig‘ und ‚unverdächtig‘ ausschließlich als Merkhilfe herangezogen werden kann; sie ist weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur eingeführt.

c. Grundsatz: Unterscheidung von unterschiedlich und unterschiedslos geltenden Maßnahmen

Entscheidend für die Anwendbarkeit der Cassis-Formel ist damit, ob eine unterschiedlich oder eine unterschiedslos geltende Maßnahme vorliegt. Liegt eine unterschiedlich geltende Maßnahme vor, kommt es auf zwingende Erfordernisse iSd Cassis-Formel gar nicht mehr an. Dann kommt nur eine Rechtfertigung über Art. 30 EG in Betracht. **[*801]**

Wird dagegen eine unterschiedslos geltende Maßnahme bejaht, so ist zunächst nach einem rechtfertigenden ‚zwingenden Erfordernis‘ im Sinne der Cassis-Formel zu suchen. Ist eine Rechtfertigung nach der Cassis-Formel nicht möglich, kann immer noch eine Rechtfertigung

³⁵ In den Worten des EuGH: „Die Regelung muß in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen“, s. etwa EuGH Rs. 302/86, *Kommission/Dänemark*, Slg. 1988, 4607 Rn. 7 (= HSV S. 635).

³⁶ A. *Dashwood*, *Hastening Slowly: The Community's Path Towards Harmonization*, in: H. Wallace/W. Wallace/C. Webb (Hrsg.), *Policy Making in the European Community*, 2. Aufl. 1983, S. 177 ff..

³⁷ S. im einzelnen dazu I. *Richter/G.F. Schuppert/C. Bumke*, *Casebook Verfassungsrecht*, 4. Aufl., 2001, S. 116, mwN. S. dort auch zur sog. ‚neuen Formel‘ des BVerfG und zur Variation des Prüfmaßstabes in Abhängigkeit von der Nähe eines Unterscheidungskriteriums zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten.

³⁸ S. auch Art. 12 EG.

aus den in Art. 30 EG genannten Gründen erfolgen: Wenn nach Art. 30 EG bereits ‚verdächtige‘, weil unterschiedlich anwendbare Maßnahmen gerechtfertigt werden können, müssen erst recht ‚weniger verdächtige‘ - weil unterschiedslos anwendbare - Maßnahmen nach Art. 30 EG zu rechtfertigen sein.

(1) Terminologische Besonderheiten

Die Abgrenzung zwischen unterschiedlich und unterschiedslos geltenden Maßnahmen ist schwierig. Zunächst ist hinsichtlich der Terminologie zu beachten, dass die bei den anderen Grundfreiheiten verwendete Unterscheidung zwischen den drei Kategorien diskriminierender, mittelbar diskriminierender sowie nicht-diskriminierender und (lediglich) beschränkender Maßnahmen im Bereich der Warenverkehrsfreiheit vom EuGH – anders weite Teile der deutschsprachigen Literatur³⁹ - so kaum verwendet wird:⁴⁰ der EuGH gebraucht fast nur die Unterscheidung zwischen ‚unterschiedslos geltenden‘ gegenüber ‚nicht unterschiedslos geltenden‘ mitgliedstaatlichen Maßnahmen.⁴¹ Seltener findet sich die Formulierung ‚unterschiedslos/nicht unterschiedslos *anwendbare* Maßnahmen‘, nur vereinzelt ‚diskriminierende Beeinträchtigung‘.⁴² Es empfiehlt sich für die Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe, an dieser Terminologie des EuGH im Bereich der Warenverkehrsfreiheit festzuhalten und keine eigenen Kategorien einzuführen.⁴³ Die Terminologie knüpft an die in der Richtlinie 70/50/EWG verwendete Unterscheidung an („unterschiedslos anwendbare Maßnahmen“⁴⁴). Kennzeichnend für die Begrifflichkeit ‚unterschiedslos/unterschiedlich anwendbare Maßnahmen‘ ist, dass das Hauptaugenmerk auf die *Maßnahmen* gelenkt wird, auf den *Effekt* der Maßnahmen richtet sich der Blick bei dieser Begrifflichkeit erst an zweiter Stelle.⁴⁵ **[*802]**

Die Cassis-Formel deckt allerdings nicht einfach nur zwei Fälle, die unterschiedlich und unterschiedslos wirkenden Maßnahmen, ab. Näher betrachtet ergibt sich, dass unter dem breiten Etikett der unterschiedslos wirkenden Maßnahmen eine Reihe von in der Realität auftretenden unterschiedlichen Fallgestaltungen eingeordnet werden können, die bei den anderen

³⁹ S. statt aller *S. Hesselhaus*, Rechtfertigung unmittelbar diskriminierender Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit, EuZW 2001, 645. Dort (Fn. 21 und 22) auch weitere Nachweise zu den verschiedenen Positionen im deutschsprachigen Schrifttum zur Reichweite einer Rechtfertigung durch Cassis-Gründe. Zur unpräzisen Verwendung der Begrifflichkeit s. auch LG Frankfurt/Main, EuZW 1995, 746.

⁴⁰ Übrigens verwendet der Vertrag selber den Begriff der Diskriminierung im Bereich der Grundfreiheiten lediglich in Art. 39 EG (Arbeitnehmerfreizügigkeit). S. zur Terminologie auch *C. Hilson*, Discrimination in Community free movement law, 25 ELRev. 1999, 445.

⁴¹ S. etwa EuGH Rs. 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, Slg. 1990, I-889 Rn. 14 („measures indistinctement applicables“, „measures which are applicable ... without distinction“).

⁴² Beispiel: EuGH Rs. C-2/90, *Kommission/Belgien* (Abfalltourismus), Slg. 1992, I-4431 Rn. 34 (= HSV S. 639).

⁴³ Der EuGH verwendet im Bereich der Warenverkehrsfreiheit die Begrifflichkeit ‚unmittelbar‘ oder ‚faktisch‘ diskriminierende ‚Eingriffe‘ beispielsweise nicht, so aber *Hesselhaus* (o. Fn. 39) oder *J. Gundel*, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen, Jura 2001, 79. ‚Eingriff‘ ist ebenso wie ‚Schutzbereich‘ eine aus der deutschen Grundrechtsdogmatik entlehnte Terminologie, die ein bestimmtes (deutsches) Vorverständnis der Grundfreiheiten als grundrechtsähnliche Rechte, die einen individuellen Freiheitsraum schützen, nahelegt, das plausibel sein mag, in der Rechtsprechung indessen nicht wirklich eine Stütze findet. Schon weil bei der Übersetzung in andere Sprachen dieses Vorverständnis nicht transportiert werden kann, empfiehlt sich hier Vorsicht.

⁴⁴ Art. 2, 3 RL 70/50/EWG (Sartorius II Nr. 175). S. auch GA Capotorti, EuGH Rs. 120/78, *Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649 (= HSV S. 595).

⁴⁵ So auch für die englische Terminologie *Hilson* (o. Fn. 40), S. 450.

Grundfreiheiten als ‚mittelbar diskriminierende‘ oder als ‚beschränkende‘ Maßnahme bezeichnet werden. Da diese Unterschiede spätestens in Zusammenhang mit der Keck-Formel (s. unten, 4.) auch im Bereich der Warenverkehrsfreiheit Bedeutung erlangen, empfiehlt es sich schon an dieser Stelle, die verschiedenen Konfigurationen der Cassis-Formel zu veranschaulichen, und sich die Rechtfertigungsmöglichkeiten für den jeweiligen Maßnahmentyp zu vergegenwärtigen.

(2) Die verschiedenen Konfigurationen der Cassis-Formel

(a) *unterschiedlich geltende nationale Maßnahmen*⁴⁶

Am einfachsten nachvollziehbar dürfte die Kategorie der *nicht unterschiedslos geltenden nationalen Maßnahmen* zu erklären sein, die Maßnahmen beschreibt, welche bereits im Tatbestand der jeweiligen nationalen Norm,⁴⁷ also auf einer rechtlichen Betrachtungsebene, offen (ausdrücklich) an die Herkunft der Ware anknüpfen. In der Terminologie der anderen Grundfreiheiten entspräche dies einer offenen oder offensichtlichen Diskriminierung.⁴⁸ Der EuGH fragt hier, ob zwischen einheimischen und importierten Waren offen differenziert wird. Solche Maßnahmen können nur über Art. 30 EG gerechtfertigt werden.

Beispiele: Eingeführte Waren werden einer lebensmittelhygienischen Untersuchung unterzogen, einheimische Waren dagegen nicht. Irland-Souvenirs dürfen nur nach Irland eingeführt werden, wenn sie mit Hinweis auf ihren (ausländischen) Ursprungsort versehen sind, inländische Irland-Souvenirs tragen einen solchen Hinweis nicht.⁴⁹ Sonderbestimmungen für die Preise von importierten Büchern.⁵⁰

(b) *unterschiedslos geltende nationale Maßnahmen I:*

Daneben besteht eine Kategorie von unterschiedslos geltenden nationalen Maßnahmen, die im Tatbestand, also rechtlich betrachtet, *nicht* an die Herkunft der Ware anknüpfen, die aber von der faktischen Rechtsfolge – vom Effekt – her, genauso – identisch – wirken, als sei im Tatbestand bereits das Unterscheidungs[*803]merkmal ‚ausländisches‘ Erzeugnis enthalten. In der Terminologie der anderen Grundfreiheiten entspricht dies der ‚mittelbaren/verdeckten Diskriminierung‘. Eine solche mitgliedstaatliche Regelung differenziert (rechtlich) nicht zwischen einheimischen und importierten Erzeugnissen, erschwert aber im Ergebnis (faktisch) gleichwohl den Absatz importierter Erzeugnisse in identischer Weise. Diese Maßnahmen können durch zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Formel und – erst recht - durch Art. 30 EG gerechtfertigt werden.

Beispiel: Nur Bettlaken einer ganz bestimmten Größe dürfen in einem Mitgliedstaat vertrieben werden,⁵¹ wobei die gesamte inländische Bettlakenproduktion seit jeher auf diese Größen ausgerichtet ist und es sich um Sondermaße handelt, die nirgendwo anders verwendet werden.

(c) *unterschiedslos geltende nationale Maßnahmen II:*

Schließlich besteht eine weitere Kategorie von unterschiedslos geltenden nationalen Maßnahmen, die ebenfalls im Tatbestand *nicht* an die Herkunft der Ware anknüpfen und deren Anwendung *nicht* zu identischen Ergebnissen führt wie ein Tatbestandsmerkmal, das offen an

⁴⁶ S. auch den Beispielskatalog in Art. 2 RL 70/50/EWG.

⁴⁷ Gemeint ist hier die Norm im abstrakten Sinne, deren Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge anordnet.

⁴⁸ Verboten sind dort „nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu den gleichen Ergebnissen führen“, EuGH Rs. 152/73, *Sotgiu*, Slg. 1974, 153 Rn. 11.

⁴⁹ EuGH Rs. 113/80, *Kommission/Irland* (Souvenirs), Slg. 1981, 1625.

⁵⁰ EuGH Rs. 229/83, *Leclerc*, Slg. 1985, 1.

⁵¹ *Oliver* (o. Fn. 7, 3. Aufl.), Rn. 6.37, mit Hinweis auf ein entsprechendes französisches Dekret.

die Herkunft anknüpft, die jedoch trotzdem ein Hemmnis für den freien Warenverkehr darstellen. In den Kategorien der anderen Grundfreiheiten sind dies *beschränkende Maßnahmen*.⁵²

Solche Maßnahmen werden deswegen vom Gemeinschaftsrecht erfaßt, weil sich schon daraus eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes ergibt, dass die einheimischen Erzeugnisse die formal an alle Waren gerichteten Anforderungen von vornherein erfüllen: die nationale Regelung entfaltet dann „in der Praxis Schutzwirkung“, begünstigt eine „typische inländische Produktion“.⁵³ Problematisch an einer solchen auf die Effekte einer Regelung abstellenden Betrachtung ist, dass hier Grenzen des Rechts erreicht werden, weil es letztlich um ökonomisch-empirische Daten geht. Diese Maßnahmen können durch zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Formel und – erst recht - durch Art. 30 EG gerechtfertigt werden.⁵⁴

Beispiele: Margarine muss in eckigen Verpackungen vermarktet werden;⁵⁵ Bier darf nur unter diesem Namen vermarktet werden, wenn es nach einem Reinheitsgebot gebraut ist;⁵⁶ Nudeln müssen aus Hartweizen hergestellt sein;⁵⁷ Gebot des Getränkeverkaufs in Mehrwegflaschen;⁵⁸ Verbot der Videovermarktung von Filmproduktionen im ersten Jahr nach Kinostart;⁵⁹ Nachweis einer Anmelde Nummer bei der einheimischen Lebensmittelbehörde auf Lebensmitteletiketten am Produkt.⁶⁰

(d) *unterschiedslos geltende Maßnahmen III:*

Schließlich lässt sich als letzte Kategorie an unterschiedslos geltende Maßnahmen denken, die unter keinem Gesichtspunkt zu einer Schlechterstellung eingeführter Erzeugnisse führen können, gleichsam ‚echte‘ unterschiedslos geltende Maßnahmen. In der Terminologie der anderen Grundfreiheiten wären dies nicht-diskriminierende nicht-beschränkende Maßnahmen. Solche Maßnahmen geraten überhaupt erst in den Blick der Warenverkehrsfreiheit, weil diese mit der Dassonville-Formel (potenziell) nahezu jede staatliche Maßnahme erfassen kann. Dies ist bei den sonstigen Grundfreiheiten anders, weil dort von vornherein bereits zur Eröffnung des Anwendungsbereiches der jeweiligen Grundfreiheit nach Diskriminierung oder Beschränkung gefragt wird, und selbst die Definition von beschränkenden Maßnahmen⁶¹ doch etwas mehr Kontur aufweist als die Dassonville-Formel. Solche Maßnahmen können durch zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Formel und – erst recht – durch Art. 30 EG gerechtfertigt werden.

Beispiele: Vorvertragliche Aufklärungspflichten des nationalen Zivilrechts im Zusammenhang mit Warenkauf;⁶² Beschränkung des Säuglingsmilchverkaufs auf Apotheken;⁶³ Festlegung eines bestimmten Alkoholgehaltes für Getränkeverkauf in Hotels.⁶⁴

⁵² Da natürlich auch diskriminierende Maßnahmen beschränken, müsste man eigentlich korrekt formulieren *lediglich* (weil nicht diskriminierend) beschränkende Maßnahmen. Die Gegenüberstellung von diskriminierenden Maßnahmen einerseits, beschränkenden Maßnahmen andererseits hat sich mittlerweile jedoch etabliert.

⁵³ EuGH Rs. 16/83, *Prantl* (Bocksbeutel), Slg. 1984, 1299 Rn. 20, 21 (= HSV S. 644).

⁵⁴ Unklar hier die Abgrenzung bei *H. Lecheler/J. Gundel*, Übungen zum Europarecht, 1999, S. 125.

⁵⁵ EuGH Rs. 261/81, *Rau*, Slg. 1982, 3961 (Belgien).

⁵⁶ EuGH Rs. 178/84, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1987, 1227.

⁵⁷ EuGH Rs. 407/85, *Drei Glocken*, Slg. 1988, 4233 (Italien).

⁵⁸ EuGH Rs. 302/86, *Kommission/Dänemark* (Pfandflaschen), Slg. 1988, 4607 (= HSV S. 635).

⁵⁹ EuGH Rs. 60 u. 61/84, *Cinéthèque*, Slg. 1985, 2605.

⁶⁰ EuGH Rs. C-217/99, *Kommission/Belgien*, Slg. 2001, I-10251 (= EuZW 2001, 157).

⁶¹ ‚Nationale Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen‘, EuGH Rs. 55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165 (= HSV S. 765).

⁶² EuGH Rs. C-93/92, *CMC Motorradcenter*, Slg. 1993, 5009. Der Lösungsweg der Kommission in diesem Fall (dazu im einzelnen s. unten) sah eine Rechtfertigung aus Gründen des Verbraucherschutzes vor.

⁶³ EuGH Rs. C-391/92, *Kommission/Griechenland* (Säuglingsmilch), Slg. 1995, 1621. Dazu wäre heute aber wohl die Keck-Formel zu berücksichtigen, dazu unten.

⁶⁴ EuGH Rs. 75/81, *Blesgen*, Slg. 1982, 1211.

Die Unterscheidung der verschiedenen Spielarten unterschiedslos geltender Maßnahmen erscheint möglicherweise grundlos spitzfindig, weil all diese unterschiedslos geltenden Maßnahmen in gleichem Umfange gerechtfertigt werden können, nämlich durch zwingende Erfordernisse *und* durch Art. 30 EG. Die verschiedenen Spielarten sind jedoch für die Veranschaulichung der Keck-Formel von Bedeutung (s. unten, 4 c).

Schon die allgemeinere Abgrenzung zwischen einerseits unterschiedlich geltenden, andererseits unterschiedslos geltenden Maßnahmen hat jedoch immer wieder Probleme bereitet. Ansätze in der neueren Rechtsprechung deuten hier möglicherweise eine Richtungsänderung an: [***805**]

d. Neue Unsicherheiten in der Rechtsprechung: Aufgabe der Unterscheidung zwischen „unterschiedslos“ und „unterschiedlich“ geltenden Maßnahmen?

Spätestens seit der Preussen-Elektra-Entscheidung des EuGH von 2001⁶⁵ bestehen Unsicherheiten darüber, ob die soeben dargestellte überkommene Unterscheidung – unterschiedslos geltende Maßnahmen können durch zwingende Erfordernisse *und* Art. 30 EG gerechtfertigt werden, unterschiedlich geltende Maßnahmen dagegen *nur* durch Art. 30 EG -, die als ständige Rechtsprechung⁶⁶ angesehen wurde, weiter Bestand hat.

(1) Die Preussen Elektra-Entscheidung des EuGH von 2001

Das deutsche Stromeinspeisungsgesetz von 1998 sieht eine Abnahmepflicht von in Deutschland erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien vor. Eine solche Maßnahme stellt unstreitig eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar, indem sie zumindest potenziell den innergemeinschaftlichen Handel mit der Ware ‚Strom‘⁶⁷ im Sinne der Dassonville-Formel behindert: durch die Verpflichtung, einen bestimmten Anteil des Bedarfs an einem bestimmten Erzeugnis bei einem inländischen Lieferanten zu decken, wird die Möglichkeit der Einfuhr dieses Erzeugnisses insoweit beschränkt, als sie die Wirtschaftsteilnehmer daran hindert, einen Teil ihres Bedarfs bei in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Lieferanten zu decken.⁶⁸

Bei der Prüfung, ob eine solche Abnahmepflicht dennoch mit Art. 28 EG vereinbar ist, stellte der EuGH fest, dass das „Ziel der streitigen Regelung und die Besonderheiten des Strommarktes zu beachten“ seien. Er machte dann als Regelungsziel den Umweltschutz aus, eines der zwingenden Erfordernisse der Cassis-Formel (s.o.), und verweist auf Verpflichtungen aus dem Kyoto-Abkommen.⁶⁹ Dann kommt der EuGH unvermittelt auf einen Rechtferti-

⁶⁵ EuGH Rs. C-379/98, *Preussen-Elektra*, Slg. 2001, I-2099 (= EuZW 2001, 242).

⁶⁶ GA Jacobs Rs. C-379/98, *Preussen-Elektra*, Slg. 2001, I-2099 Rn. 220.

⁶⁷ Waren im Sinne des Gemeinschaftsrechts (s. auch Art. 23, 24 EG) sind „Gegenstände, die im Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden“, also beispielsweise auch Abfall („negativer Handelswert“), daneben hat der EuGH auch Strom als Ware eingeordnet, s. auch EuGH Rs. 7/68, *Kunstschätze*, Slg. 1968, 634, 642.

⁶⁸ So EuGH Rs. C-379/98, *Preussen-Elektra*, Slg. 2001, I-2099 Rn. 70 (= EuZW 2001, 242). Vgl. auch EuGH Rs. 72/83, *Campus Oil*, Slg. 1984, 2727 Rn. 16; EuGH Rs. C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, Slg. 1990, I-889 Rn. 11.

⁶⁹ Rahmenabkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen, s. dazu den Beschluss 94/69/EG des Rates vom 15. Dezember 1993 (ABl. 1994, L 33, S. 11) sowie das Protokoll der dritten Konferenz der Vertragsstaa-

gungsgrund aus Art. 30 EG zu sprechen, wenn es heißt, diese (Klimaschutz-) Politik bezwecke zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und von Pflanzen. Weiter werden die Umweltschutzbestimmungen des Art. 174 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 3 EG bzw. Art. 6 EG, die Begründungserwägungen der Richtlinie 96/92, [*806] die Natur der Elektrizität sowie ein Richtlinienentwurf⁷⁰ der Kommission angesprochen. „Nach alledem“ antwortet der EuGH auf die Vorlagefrage, „dass eine Regelung wie das geänderte Stromerzeugungsgesetz beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts nicht gegen Art. 30 [jetzt Art. 28] EG verstößt“.

(2) Die Schlussanträge des Generalanwaltes

Der Grad an Unsicherheit, die das Preussen-Elektra-Urteil ausgelöst hat, erschließt sich erst vor dem Hintergrund der Schlussanträge von GA *Jacobs* vom 26. Oktober 2000. Der GA hatte dort zu einer möglichen Rechtfertigung der Maßnahmen zunächst den Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit und dessen Einordnung in Gründe der öffentlichen Sicherheit (Art. 30 EG) erörtert. Anschließend erst diskutierte er das zwingende Erfordernis des Umweltschutzes. Hierzu führte er aus, dass „nationale Maßnahmen, die nicht unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse galten, bis vor kurzem nach ständiger Rechtsprechung nicht durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden konnten“.⁷¹ Nach dem StrEG 1998 werde in Deutschland erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien insbesondere durch die Abnahmepflicht gefördert, während in den benachbarten Mitgliedstaaten erzeugter Strom derselben Art keine derartigen Vergünstigungen erhalte. Das StrEG 1998 behandle damit Elektrizität inländischer Herkunft rechtlich und tatsächlich anders als eingeführte Elektrizität, eine Rechtfertigung durch Umweltschutzbelange käme daher nach der bisherigen Rechtsprechung nicht in Betracht.

Der GA machte dann aber auf Anzeichen aufmerksam, wonach der Gerichtshof im Begriff sei, seine frühere Rechtsprechung zu überdenken. Er habe in verschiedenen Rechtssachen auf zwingende Erfordernisse zurückgegriffen, obwohl zumindest zweifelhaft gewesen sei, ob die entsprechende staatliche Maßnahme unterschiedslos anwendbar war. Der GA nennt hier die Entscheidungen *De Agostini* von 1997,⁷² sowie *Decker*,⁷³ *Dusseldorp*⁷⁴ sowie *Aher-Waggon*⁷⁵ von 1998.

ten dieses Abkommens in Kyoto vom 11. Dezember 1997, das am 29. April 1998 von der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde (vgl. dazu insbesondere Entschließung 98/C198/01 des Rates vom 8. Juni 1998 über erneuerbare Energieträger, ABl. 1998 C 198/1, und Entscheidung 646/2000/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2000 über ein Mehrjahresprogramm zur Förderung der erneuerbaren Energieträger in der Gemeinschaft, ABl. 2000 L 79/1).

⁷⁰ Vorschlag für eine Richtlinie 2000/C 311 E/22 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt v. 31.5.2000, ABl. 2000, C 311E/320.

⁷¹ GA *Jacobs* Rs. C-379/98, *Preussen-Elektra*, Slg. 2001, I-2099 Rn. 220.

⁷² EuGH Verb. Rs. 34-36/95, *De Agostini und TV-Shop*, Slg. 1997, 3843 Rn. 44 f. Allerdings äußert sich der EuGH hier wohl zu den Voraussetzungen der Keck-Formel, nicht zur Qualifizierung der Maßnahme (Konstellation: Faktische Beeinträchtigung im Sinne der Behinderung des Marktzugangs lässt Keck scheitern, damit ist noch nichts gesagt über die Qualifizierung der Maßnahme als unterschiedlich oder unterschiedslos anwendbar: wohl eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme, da auf der rechtlichen Ebene des Tatbestandes die schwedische Bestimmung keinerlei Unterscheidung nach Herkunft des Erzeugnisses vornimmt).

⁷³ EuGH Rs. C-120/95, C-158/96, *Decker und Kohll*, Slg. 1998, I-1831 Rn. 36 und 39.

⁷⁴ EuGH Rs. C-203/96, *Dusseldorp* u.a., Slg. 1998, I-4075 Rn. 44 und 49.

⁷⁵ EuGH Rs. C-389/96, *Aher-Waggon*, Slg. 1998, I-4473.

Der GA hielt es für möglich, dass die Bedeutung der Unterscheidung zwischen geschützten Interessen nach Art. 30 EG und Ausnahmen nach der Cassis-Formel im Schwinden begriffen sind. Andererseits habe der Gerichtshof den Grundsatz, dass direkt diskriminierende Maßnahmen nicht auf zwingende Erfordernisse gestützt werden können, nicht förmlich aufgegeben. Er forderte den Gerichtshof abschließend zur Klarstellung seiner Auffassung auf.

76

(3) Auswirkungen der Entscheidung für die Fallbearbeitung

Der EuGH ist der Empfehlung des GA offenkundig nicht nachgekommen. Anstatt seine Auffassung klarzustellen, bietet er eine ganze Palette von Gesichtspunkten an. Soweit man nicht annehmen möchte, dass der EuGH hier anders als der GA von einer unterschiedslos geltenden Maßnahme ausging, lässt sich die Entscheidung in verschiedene Richtungen deuten:

- Von einer vollständigen Aufgabe der Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslos geltenden Maßnahmen dürfte nicht auszugehen sein. Dafür ist die Begründung des EuGH zu sehr am Rechtfertigungsgrund ‚Umweltschutz‘ orientiert. Die vom GA angesprochenen Entscheidungen aus dem Jahre 1998 lassen eine Kehrtwende in der Rechtsprechung ebenfalls nicht deutlich erkennen; deren fehlende Aussagen zur möglichen Rechtfertigung können aber auch auf die Formulierung der Vorlagefragen zurückzuführen sein.

- Denkbar ist vielmehr, dass der Umweltschutz als eigenständiger Rechtfertigungsgrund sowohl für unterschiedlich wie unterschiedslos geltende Maßnahmen konzipiert wird. Stützen lässt sich eine solch hervorgehobene Stellung des Umweltschutzes mit dessen herausragender Stellung in Art. 6 EG. Flankierend lassen sich auch die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Gemeinschaft heranziehen. Eine Variante dieser Deutung wäre die Lesart, dass der EuGH versucht, den Umweltschutz über die Hintertür der in Art. 30 EG niedergelegten Rechtfertigungsgründe des Schutzes von Pflanzen, Tieren und Gesundheit auch für nicht unterschiedslos geltende Maßnahmen heranzuziehen. Bereits das Urteil *Kommission/Belgien* von 1992 (Abfalltourismus)⁷⁷ wird vielfach so gedeutet, dass der EuGH die belgische Maßnahme nur deswegen mit einiger Mühe als unterschiedslos geltende Maßnahme einordnete, um überhaupt den (ungeschriebenen) Rechtfertigungsgrund Umweltschutz heranziehen zu können:⁷⁸ solche dogmatischen Verbiegungen wären mit der Aufwertung des Umweltschutzes zum eigenständigen Rechtfertigungsgrund nach Art. 30 EG beseitigt.

- Offen ist damit weiter, ob andere bisher ausschließlich im Bereich der zwingenden Erfordernisse verortete Güter (insbesondere der Verbraucherschutz) ebenfalls unter bestimmten Umständen eine gleichsam höhere Rechtfertigungstufe erreichen können und dann auch unterschiedlich anwendbare Maßnahmen rechtfertigen könnten. **[*808]**

⁷⁶ GA *Jacobs* Rs. C-379/98, *Preussen-Elektra*, Slg. 2001, I-2099 Rn. 229.

⁷⁷ EuGH Rs. C-2/90, *Kommission/Belgien* (Abfalltourismus), Slg. 1992, 4431 Rn. 36 (= HSV S. 639).

⁷⁸ *Hilson* (o. Fn. 40), S. 462 f.; *A. Epiney*, Freiheit des Warenverkehrs, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, S. 202. Andere lesen die Entscheidung so, dass eine diskriminierende Maßnahme durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werde, *Grabitz-Hilf/Leible*, Art. 28 EGV, Rn. 20. Dies findet im Wortlaut der Entscheidung keine Stütze, s. Rn. 36 der Entscheidung („Daraus ergibt sich, daß die beanstandeten Maßnahmen [...] nicht als diskriminierend angesehen werden können.“).

- Nicht auszuschließen ist schließlich, dass es sich bei der Entscheidung um eine Fehlentwicklung handelt, eine Sackgasse, aus der der EuGH nicht mehr herausfindet. In der Vergangenheit finden sich immer wieder Beispiele für Entscheidungen, die zu einer Rechtsprechungslinie hätten werden können, die dann aber vom EuGH nicht weiter verfolgt worden sind.⁷⁹

Für die Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe dürfte sich damit bis auf weiteres empfehlen, diese offene Situation eben als offen und ungeklärt darzustellen. Dabei mag als Gesichtspunkt vor allem heranzuziehen sein, dass der Gerichtshof an anderer Stelle, beispielsweise in der Keck-Entscheidung, eine Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung eindeutig signalisiert hat,⁸⁰ hier ein solches klares Signal aber fehlt.

(4) Exkurs: Die Rechtfertigungsproblematik bei anderen Grundfreiheiten

Inwiefern auch bei den anderen Grundfreiheiten eine vergleichbare Unsicherheit besteht, ist indessen fraglich.⁸¹ Diskutiert wird dort vor allem die Möglichkeit einer Rechtfertigung von indirekten oder mittelbaren Diskriminierungen durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. Eigentlich ist hier die sog. Gebhard-Formel eindeutig, wonach nationale Maßnahmen, die die Ausübung der Personenverkehrs- oder Dienstleistungsfreiheiten *beschränken*, nur gerechtfertigt sein können, wenn u.a. die Voraussetzung erfüllt ist, dass die fraglichen nationalen Maßnahmen in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden:⁸²

„Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich jedoch, daß nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“

Auch hier ergeben sich aus einzelnen abweichenden Entscheidungen in der Rechtsprechung Ansatzpunkte für die Frage, ob nicht doch auch (mittelbar) diskriminierende Maßnahmen durch zwingende Gründe gerechtfertigt werden können,⁸³ was möglicherweise sogar zur Vermeidung von Abgrenzungs- und Einordnungsproblemen sinnvoll wäre. Aber wieder empfiehlt es sich, die Stellungnahmen und Deu[*809]tungen im Schrifttum kritisch mit dem Wortlaut der EuGH-Entscheidungen abzugleichen: In einigen der diskutierten Fälle geht der EuGH genau besehen lediglich auf Parteivorbringen ein und/oder stellt allgemeine Erwägungen zu dort vorgebrachten oder allgemeinen Argumenten an. Nicht selten kommt es gar nicht mehr auf die Festlegung an, ob eine Maßnahme als diskriminierend oder lediglich beschränkend eingeordnet wird.⁸⁴ Ferner ist zu bedenken, dass sich in diesen anderen Grundfreiheiten, jenseits des Warenverkehrs, erst nach und nach eine Entwicklung vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot ergeben hat. Diskriminierungsverbote erfassen im Gemeinschaftsrecht zwar auch verdeckte/mittelbare Diskriminierungen, diese sind allerdings schwer zu bestimmen. Die Entwicklung der Grundfreiheiten zu Beschränkungsverboten war hier hilfreich, weil

⁷⁹ S. nur die Argumentation mit sozio-ökonomischen Besonderheiten im Torfaen-Fall, dazu im einzelnen unten.

⁸⁰ „[E]ntgegen der bisherigen Rechtsprechung“, EuGH Verb. Rs. C-267 u. 268/91, *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 (= HSV S. 599).

⁸¹ Zu den Nachweisen der Diskussion im Schrifttum Grabitz-Hilf/Leible, Art. 28 EGV, Rn. 20.

⁸² EuGH Rs. 55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 (= HSV S. 765).

⁸³ Genannt werden beispielsweise EuGH Rs. 111/91, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1993, 817 Rn. 12; EuGH Rs. 272/92, *Spotti*, Slg. 1993, 5185 Rn. 18; EuGH 350/96, *Clean Car*, Slg. 1998, I-2521 Rn. 39.

⁸⁴ So etwa in bezug auf Dienstleistungen EuGH Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931 Rn. 35 ff.; in der Rs. 111/91 (o. Fn. 83) äußerte der EuGH sich auf Parteivorbringen, ebenso in der Rs. 350/96 (o. Fn. 83).

der Verstoß gegen ein Beschränkungsverbot einfacher zu begründen ist als das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung. Es besteht also auf der Tatbestandsebene wegen dieser Entwicklung - anders als im von vornherein mit der weiten Dassonville-Formel als eine Art Beschränkungsverbot konzipierten Warenverkehr - eine gewisse Grundgegenüberstellung von verdeckten Diskriminierungen und Beschränkungen, mit unterschiedlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten. Nicht auszuschließen ist schließlich, dass der Gerichtshof um der Einzelfallflexibilität willen die Dinge nicht ohne Absicht in der Schwebe hält. Insgesamt kann daher noch nicht davon ausgegangen werden, dass im Bereich von Dienstleistungen und Personenverkehr indirekte Diskriminierungen stets auch durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (zwingende Gründe des Allgemeininteresses) gerechtfertigt werden können.⁸⁵

3. Folgeprobleme zu Dassonville: Der Zusammenhang zwischen Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit und Regelungskompetenz

Es besteht ein zumindest faktischer Zusammenhang zwischen der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit und der Regelungskompetenz der Gemeinschaft im Bereich des Binnenmarktes.⁸⁶ Dieser Zusammenhang lässt sich wie folgt beschreiben: Damit, dass eine mitgliedstaatliche Regelung im Sinne der Dassonville-Formel die zwischenstaatlichen Handelsströme beeinträchtigt, und sei es auch noch so mittelbar und noch so potenziell, lässt sich stets ein Tätigwerden der Gemeinschaft nach den Harmonisierungskompetenzen der Art. 94, 95 EG für diese Art von Maßnahmen begründen. Schließlich ist ein – wenn auch zunächst gemeinschaftsrechtlich hinzunehmendes – Hindernis für den Binnenmarkt mit dem positiven Test nach der Dassonville-Formel ausgemacht. Die naheliegende Lösung zur Überwindung der parzellierten Märkte zwecks Schaffung des Binnenmarktes ist die europaweite Harmonisierung. [*810]

Ob dieser Zusammenhang sich empirisch nachweisen lässt, sei hier einmal dahingestellt.⁸⁷ Jedenfalls erzeugt die Tatbestandlichkeit einer nationalen Maßnahme eine Nähe zum gemeinschaftsrechtlichen Regelungskreis. Der Zusammenhang zwischen Dassonville-Formel und Kompetenzbereich der Gemeinschaft lässt sich zumindest als Merk- und Verständnisstütze für zweierlei heranziehen: Einmal, warum die über die Cassis-Formel⁸⁸ durch den EuGH formulierten Gründe zur Rechtfertigung von Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs nicht den Anwendungsbereich von Art. 28 ff. EG ausschließen, sondern demgegenüber ‚echte‘

⁸⁵ Unabhängig davon ist die Frage, ob eine andere Dogmatik wünschenswert wäre, s. zu den Positionen im Schrifttum die Nachweise bei J. Gundel, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen, Jura 2001, 79.

⁸⁶ S. dazu Weiler (o. Fn. 7); s. auch Th. v. Danwitz, Zur Reichweite der Gemeinschaftskompetenz nach Art. 100a I und III a.F. (Art. 95 I und III EGV n.F.), EuZW 1999, 622 (624 f.).

⁸⁷ Immerhin lässt sich nachweisen, dass bestimmte EuGH-Entscheidungen im Bereich der Warenverkehrsfreiheit den europäischen Gesetzgeber auf den Plan rufen: Nach dem Urteil EuGH Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-6959, bei dem es um die Behinderung von Warenimporten durch französische Bauern ging, erging – gestützt auf Art. 235 (heute 308) EG - 1998 die Verordnung (EG) Nr. 2679/98 v. 7.12.1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, die diese Art von Behinderungen behandelt (ABl. L 337/8). S. auch EuGH Rs. C-379/92, *Peralta*, Slg. 1994, I-3453 einerseits, den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für die Meeresverschmutzung durch Schiffe v. 5.3.2003 andererseits (KOM(2003) 92 endgültig).

⁸⁸ EuGH Rs. 120/78, *Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649 Rn. 8, 14 (= HSV S. 595).

Rechtfertigungsgründe sind.⁸⁹ Zum zweiten, warum die Keck-Formel (dazu sogleich) eine ‚echte‘ Einschränkung der Dassonville-Formel bedeutet hat.⁹⁰

4. Keck als Einschränkung von Dassonville bei unverdächtigen Maßnahmen

a. Ausschluss sozio-kultureller Besonderheiten

Die Keck-Entscheidung⁹¹ vom November 1993 mit ihrer Unterscheidung nach vertriebsbezogenen und produktbezogenen Maßnahmen bereitet regelmäßig besondere Verständnisschwierigkeiten. Diese Unterscheidung zwischen vertriebsbezogenen und produktbezogenen Maßnahmen wird vielfach als unanschaulich⁹² und der Sinn der Keck-Formel als unklar empfunden. Der Ausgangsfall, ein Strafverfahren wegen Verkaufs zum Verlustpreis, noch dazu ohne unmittelbaren grenzüberschreitenden Bezug, trägt auch nicht gerade zur Eingängigkeit dieser Rechtsprechungslinie bei.⁹³ **[*811]**

Der Zugang zur Keck-Formel dürfte sich am besten über die Torfaen-Entscheidung des EuGH vom November 1989⁹⁴ erschließen.⁹⁵ Darin hatte der EuGH sich mit einem britischen Sonntagsverkaufsverbot auseinanderzusetzen. Der EuGH stellte u.a. darauf ab, dass das britische Sonntagsverkaufsverbot nicht dazu bestimmt sei, die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten zu regeln. Ein solches final-voluntatives Element findet sich jedoch gerade nicht in der Dassonville-Formel. Daneben heißt es in der Entscheidung, dass innerstaatliche Regelungen der Verkaufszeiten im Einzelhandel Ausdruck bestimmter politischer und wirtschaftlicher Entscheidungen seien, da sie eine Verteilung der Arbeitszeiten und der arbeitsfreien Zeiten sicherstellen sollten, die den landesweiten oder regionalen *sozialen und kulturellen Be-*

⁸⁹ S. dazu bereits oben.

⁹⁰ Gelegentlich wird allerdings auch vertreten, dass die Einschränkungen aus Keck mit einer Rücknahme richterrechtlichen Ausbaus des Binnenmarktes erst recht den harmonisierenden Gesetzgeber auf den Plan rufen, Nachweise zu dieser Diskussion bei Grabitz-Hilf/Leible, Art. 28 EGV, Rn. 30.

⁹¹ EuGH Verb. Rs. C-267 u. 268/91, *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 (= HSV S. 599). Folgeentscheidungen: EuGH Rs. C-292/92, *Hünernmund*, Slg. 1993, I-6787 (Werbeverbot für bestimmte Erzeugnisse); EuGH Rs. C-69/93 258/93, *Punto Casa*, Slg. 1994, I-2363 (Sonn- und Feiertagsverkauf); EuGH Rs. C-418/93 u.a., *Semeraro*, Slg. 1996, 2975; EuGH Rs. C-401/92 402/92, *'t Heukske*, Slg. 1994, I-2199 (Ladenschluss); EuGH Rs. C-320/93, *Lucien Ortscheit*, Slg. 1994, I-5243; EuGH Rs. 412/93, *Leclerc*, Slg. 1995, I-179; EuGH Rs. C-391/92, *Kommission/Griechenland* (Säuglingsmilch), Slg. 1995, I-1621 Rn. 13 (Vertriebsbeschränkung); EuGH Rs. C-470/93, *Mars GmbH*, Slg. 1995, I-1923 (Werbung); EuGH Rs. C-63/94, *Belgapom*, Slg. 1995, I-2467 (Verkauf unterhalb einer minimalen Gewinnspanne); EuGH Rs. C-387/93, *Banchero*, Slg. 1995, I-4663 (Vertriebsbeschränkung). S. jetzt auch EuGH Rs. 416/00, *Morellato*, Urt. v. 18.9.2003.

⁹² In der Tat spricht einiges dafür, die entscheidende Trennlinie zwischen Maßnahmen, die den Marktzugang verhindern, und solchen, die ihn erschweren zu ziehen, *Weiler* (o. Fn. 7), S. 349 ff.

⁹³ Dabei bestehen solche Verbote aus Wettbewerbsgründen in den meisten Mitgliedstaaten. Es ist vielleicht hilfreich, sich die Marktsituation der von Supermärkten bedrohten Einzelhändler vor Augen zu führen, die sich in Frankreich insbesondere im Bereich des Lebensmittelhandels und der Kulinarik mit bestimmten qualitätsorientierten Verbrauchergewohnheiten verbindet.

⁹⁴ EuGH Rs. C-145/88, *Torfaen Borough Council/B&Q plc*, Slg. 1989, 3851. S. auch EuGH Rs. C-312/89, *CGT/Conforama*, Slg. 1991, I-997; EuGH Rs. C-332/89, *Marchandise*, Slg. 1991, I-1027; EuGH Rs. C-169/191, *Stoke-on-Trent v. B&Q*, Slg. 1992, I-6635; *A. Arnulf*, What shall we do on Sunday?, ELRev 1991, 112.

⁹⁵ S. auch *Weiler* (o. Fn. 7), S. 371, für eine Auflistung möglicher Motivationen des EuGH für die Keck-Wende. Es bestehen durchaus verschiedene Erklärungen für die Kehrtwende in der Rechtsprechung, die jeweils ihre eigene Plausibilität aufweisen.

sonderheiten angepaßt sind, deren Beurteilung beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten sei.⁹⁶

Diese Formulierung von den sozio-kulturellen Besonderheiten, deren Beurteilung nicht Sache der Gemeinschaft ist, ist eine entscheidende Formulierung, um die mit der Keck-Entscheidung eingeleitete Kehrtwende in der Rechtsprechung zu verstehen. Sie veranschaulicht, wie der Gerichtshof wegen der Weite der Dassonville-Formel offenbar zunehmend unter Druck geriet, sich zu mitgliedstaatspezifisch äußerst sensiblen Themen des Wirtschaftslebens wie der Frage des Sonntagsverkaufs zu äussern. Diesem Druck, so lässt sich folgern, hat sich der EuGH durch eine Eliminierung dieser Art von sensiblen Fällen bereits durch die Versperrung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit entziehen wollen. Der EuGH selbst begründet seine Motive im Keck-Urteil wie folgt:

„Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Artikel 30 [heute 28] EWG-Vertrag berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen.“⁹⁷

Nach der **Keck-Formel** ist „entgegen der bisherigen Rechtsprechung“ die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der Dassonville-Formel zu behindern,

„sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der **[*812]** Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 [heute 28] des Vertrages.“

Nun lässt sich fragen, warum der EuGH nicht im Bereich der Cassis-Formel ein neues zwingendes Erfordernis des ‚Schutzes von sozio-kulturellen Besonderheiten‘ formuliert hat, mit dem man bestimmte staatliche Maßnahmen rechtfertigen hätte können. Hier ist eine Erklärungsmöglichkeit der oben beschriebene Zusammenhang zwischen der Feststellung einer Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs im Sinne der Dassonville-Formel einerseits und der Regelungskompetenz der Gemeinschaft andererseits: Vereinfacht dargestellt ist nur durch die Herausnahme solcher Maßnahmen schon aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ein deutliches Signal dagegen gesetzt, dass bestimmte Warenverkehrsbeeinträchtigungen nicht doch später einmal zum Gegenstand gemeinschaftsweiter Harmonisierung werden. Nicht ganz zufällig dürfte dabei auch das zeitliche Zusammentreffen einer zunehmenden Kritik an der Kompetenzfülle der Gemeinschaft, die im Maastricht-Urteil des BVerfG von 1993⁹⁸ ihren deutlichsten Ausdruck fand, und der im Ergebnis auch kompetenzbeschränkend wirkenden Einschränkung der Dassonville Formel durch die Keck-Entscheidung sein. Daneben mag auch die in dieser Zeit verstärkte Kritik an der Dassonville-Formel eine Rolle gespielt haben.⁹⁹

⁹⁶ Rn. 14 der Entscheidung.

⁹⁷ EuGH Verb. Rs. C-267 u. 268/91, *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 Rn. 14 (= HSV S. 599).

⁹⁸ BVerfGE 89, 155 - *Maastricht*.

⁹⁹ S. etwa *E.L. White*, In Search of the Limits to Art. 30 of the EEC Treaty, CMLRev. 89, 235.

Die klare Abkehr des EuGH von seiner bisherigen Rechtsprechung bedeutet auch, dass Fälle, die den Anwendungsbereich von Dassonville zum Gegenstand haben und zeitlich vor der Keck-Entscheidung liegen, nur begrenzten Argumentationswert für die Fallbearbeitung aufweisen und möglicherweise heute anders entschieden würden. Dies gilt beispielsweise für den Argumentationsweg des EuGH in der Torfaen-Entscheidung (s.o.), der heute im wesentlichen nur noch das Verständnis der Rechtsprechungsentwicklung befördert.

b. Prüfschritte der Keck-Formel

Aus der oben wiedergegebenen Urteilspassage lassen sich drei Prüfschritte der Keck-Formel entnehmen:

- liegt eine unterschiedslos geltende Maßnahme vor („für alle Wirtschaftsteilnehmer“), die den Absatz in- und ausländischer Waren rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berührt?
- ist die Maßnahme lediglich vertriebsbezogen (oder doch produktbezogen)?
- wird der Marktzugang auch tatsächlich nicht erschwert?

[*813]

Nur wenn eine Maßnahme rechtlich und tatsächlich unterschiedslos gilt, lediglich vertriebsbezogen wirkt und der Marktzugang nicht tatsächlich erschwert wird, fällt die Maßnahme aus dem Anwendungsbereich der Art. 28 ff. EG heraus.

Das erste Prüfkriterium erschließt sich über die bereits bei der Cassis-Formel angesprochene Merkhilfe: nur die für alle in- und ausländischen Wirtschaftsteilnehmer geltenden Maßnahmen sind ‚unverdächtig‘ im Sinne des Gemeinschaftsrechts. ‚Verdächtige‘ Maßnahmen dagegen sollen auf keinen Fall aus dem Anwendungsbereich der Art. 28 ff. EG bzw. der Dassonville-Formel herausfallen - auf solche Maßnahmen findet auch die Keck-Formel keine Anwendung.¹⁰⁰

Die Unterscheidung produkt- /vertriebsbezogen ist letztlich eine warenverkehrsspezifische Umsetzung der Ausklammerung mitgliedstaatlicher sozio-kultureller und sozio-ökonomischer Besonderheiten (s.o.) aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit: Maßnahmen, die lediglich den Vertrieb betreffen - Öffnungszeiten für Geschäfte, in denen man Waren kaufen kann, Werbung für Waren¹⁰¹ u.ä. - sind in besonderem Maße von sozio-ökonomischen Besonderheiten in den Mitgliedstaaten geprägt und zudem nicht unmittelbar mit der Ware verbunden.¹⁰² Die Abgrenzung zwischen Vertriebs- und Produktbezogenheit kann dabei allerdings im Einzelfall schwierig sein. Hilfreich ist hier die Orientierung an der von Lüder¹⁰³ vorgeschlagenen Unterscheidung zwischen der ‚Hardware‘ und der ‚Software‘ des Warenverkehrs.

Beispiel: Maßnahmen, die sich auf unmittelbar am Produkt angebrachte Hinweise beziehen, sind produktbezogene Maßnahmen (‚Hardware‘). Sind die Hinweise dagegen vom Produkt physisch abgelöst, etwa auf Hinweisschildern neben dem Verkaufsregal, handelt es sich bei darauf bezogenen Maßnahmen dagegen wohl nur um vertriebsbezogene Maßnahmen (‚Software‘).

¹⁰⁰ S. etwa EuGH Rs. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass*, Slg. 2000, I- 151 Rn. 25.

¹⁰¹ Ein totales Werbeverbot wird allerdings vom EuGH als Frage des Marktzuganges gedeutet, EuGH Rs. 405/98, *Gourmet International*, Slg. 2001, I-1795 Rn. 18 ff.

¹⁰² Ob diese Kategorien glücklich gewählt sind, wird bezweifelt, s. etwa *Oliver* (o. Fn. 7, 3. Aufl.), Rn. 6.67.

¹⁰³ *T.E. Lüder*, Die Grenzen der Keck-Rechtsprechung, EuZW 1996, 615 (620). Auch hier ist zu betonen, dass eine solche Merkhilfe keinen Eingang in die Reinschrift einer Fallbearbeitung finden sollte.

Das dritte Kriterium schließlich fragt danach, ob der Marktzugang nicht tatsächlich, d.h. vom Ergebnis her, verunmöglicht oder beeinträchtigt wird:¹⁰⁴ Denkbar, wenn wohl auch selten, sind nämlich Fallgestaltungen, bei denen Maßnahmen unterschiedslos anwendbar sind und auch lediglich vertriebsbezogen sind, jedoch faktisch den Marktzugang behindern oder gar versperren.

Beispiel: Verbot des Cold-Calling in der Rs. *Alpine Investments*.¹⁰⁵ Dort betraf die niederländische Regelung einheimische und ausländische Erzeugnisse bzw. deren Absatzmöglichkeit gleichermaßen, verhinderte durch das Verbot der Telefonwerbung für die Produkte jedoch **[*814]** faktisch den Zugang der niederländischen Erzeugnisse zum Markt anderer Mitgliedstaaten.¹⁰⁶ Ein weiteres Beispiel wäre der Fall, in dem ein bestimmtes Erzeugnis in dem Staat, um dessen Maßnahmen es geht, gar nicht vermarktet wird.

Bei Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe empfiehlt sich, zunächst zu überprüfen, ob eine unterschiedslos für alle Wirtschaftsteilnehmer anwendbare Maßnahme vorliegt, die in- und ausländische Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berührt, weil diese Frage in aller Regel leichter zu beantworten sein dürfte als die Frage, ob eine vertriebs- oder produktbezogene Maßnahme vorliegt. Nur wenn ersteres der Fall ist, die staatliche Maßnahme also *prima facie* unverdächtig erscheint, ist überhaupt noch Raum für die Keck-Formel. Ansonsten kann die Prüfung der Keck-Formel bereits an dieser Stelle beendet werden.¹⁰⁷

c. Problem: „unterschiedslose“ versus „unterschiedlich anwendbare Maßnahmen“ in Tatbestand und Rechtfertigung

Sowohl die Cassis-Formel als auch die Keck-Formel stellen maßgeblich darauf ab, ob eine Maßnahme importierte und einheimische Erzeugnisse gleich behandelt oder nicht und knüpfen entsprechend unterschiedliche Rechtsfolgen an das Ergebnis. Damit stellen sich bereits allgemeine Probleme der Vergleichsgruppenbildung, wie sie bei jedem Gleichheitssatz auftreten, die hier aber nicht vertieft werden können.¹⁰⁸ Die Formulierungen für die Frage nach der Gleichbehandlung sind zudem in den beiden Formeln nicht identisch. Eine mögliche Erklärung für diese unterschiedliche Terminologie findet sich in der Sprache des Ausgangsverfahrens. In der Keck-Entscheidung mag die dem französischen Recht entlehnte Formel „en droits et en faits“ eine naheliegende Formulierung gewesen sein.

Fraglich ist jedenfalls, ob die Gleichheitskonzepte der beiden Formeln stets zu identischen Ergebnissen führen. Anders formuliert: Gibt es eine Ungleichbehandlung im Sinne der Keck-Formel, die keine Ungleichbehandlung im Sinne der Cassis-Formel ist und umgekehrt?

¹⁰⁴ Zum Marktzugang als entscheidendem Kriterium in der Keck-Formel GA *Stix-Hackl*, Rs. C-322/01, *DocMorris*, Schlussanträge v. 11.3.2003, Rn. 74 ff.

¹⁰⁵ EuGH Rs. 384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, 1141 Rn. 33 ff. (= HSV S. 787)

¹⁰⁶ Allerdings ging es hier um Dienstleistungen. Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit könnte sich das Problem so nicht stellen, ist doch die Dassonville-Formel für *Ausführregelungen* (Art. 29 EG) nicht heranzuziehen, vielmehr muss eine nationale Regelung vorliegen, die eine spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme bezweckt oder bewirkt, so dass die nationale Produktion einen Vorteil erlangt; s. EuGH Rs. C-5/94, *Hedley Lomas*, Slg. 1996, I-2553 (= HSV S. 173); EuGH Rs. 15/79, *Groenveld*, Slg. 1979, 3409 Rn. 7; s. auch EuGH Rs. Rs. 155/80, *Oebel* (Nachtbackverbot), Slg. 1981, 1993. S. jetzt auch EuGH Rs. C-12/02, *Grilli*, Urt. v. 2.10.2003.

¹⁰⁷ Bei Prüfungsaufgaben freilich nur, soweit nicht durch den Sachverhalt weitere Ausführungen veranlaßt sind.

¹⁰⁸ Dazu *M. Sachs*, Verfassungsrecht II Grundrechte, B 3. Beispiel für die Vergleichsgruppenproblematik: Ob man bei Maßnahmen, die die Einfuhr französischer Baguettes nach Deutschland betreffen, die Vergleichsgruppe inländisches Brot oder inländisches Weißbrot heranzieht, kann je nach Maßnahme zu unterschiedlichen Antworten führen.

Die Terminologie der Keck-Formel (Gleichbehandlungstest auf Tatbestandsebene) ist, dass „Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten“ und **[*815]** „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“ müssen.¹⁰⁹

Beispiel: Einzelhandel mit Tabakwaren jeder Herkunft wird nur zugelassenen Vertriebshändlern vorbehalten.¹¹⁰

Die Terminologie der Cassis-Formel (Gleichbehandlungstest auf Rechtfertigungsebene) ist durch die Unterscheidung „unterschiedslos/unterschiedlich wirkende Maßnahmen“ gekennzeichnet.

Für die verschiedenen Konfigurationen der Cassis-Formel (s.o., 2 c) gilt danach folgendes:

- *Nicht unterschiedslos geltende Maßnahmen* im Sinne der Cassis-Formel (Tatbestand knüpft bereits an die Herkunft der Ware an) sind offenkundig andere Maßnahmen als die durch die Keck-Formulierung bezeichneten „Bestimmungen, die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten“ und „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“. Diese Cassis-Kategorie berührt den Absatz der Erzeugnisse schon in rechtlicher Hinsicht nicht in der gleichen Weise wie inländische Erzeugnisse.

- Bei *unterschiedslos geltenden Maßnahmen I* (Maßnahmen, die im Tatbestand *nicht* an die Herkunft der Ware anknüpfen, die aber vom Ergebnis her genauso wirken, als sei im Tatbestand das Unterscheidungsmerkmal ‚ausländisches‘ Erzeugnis enthalten) gilt folgendes: Die Keck-Formulierung „Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten“ und „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“ meint diese Art von Maßnahmen nicht, weil diese den Absatz der Erzeugnisse in *tatsächlicher* Hinsicht nicht in der gleichen Weise berühren.

- *Unterschiedslos geltende Maßnahmen II* (Maßnahmen, die ebenfalls im Tatbestand *nicht* an die Herkunft der Ware anknüpfen, deren Anwendung *nicht* zu identischen Ergebnissen führt wie ein Tatbestandsmerkmal ‚ausländische Ware‘, die jedoch trotzdem ein Hemmnis für die Einfuhr von Waren darstellen): Wieder erfasst die Keck-Formulierung „Bestimmungen, die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten“ und „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“ solche Maßnahmen nicht, weil diese Art von Maßnahmen den Absatz von Erzeugnissen in *tatsächlicher* Hinsicht nicht in der gleichen Weise berührt.

- *Unterschiedslos geltende Maßnahmen III* (‚echte‘ unterschiedslos wirkende Maßnahmen, die unter keinem Gesichtspunkt zu einer Schlechterstellung ein**[*816]**geführter Erzeugnisse führen): Hier ergibt die Keck-Frage nach „Bestimmungen, die für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten“ und „den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“ das gleiche Ergebnis. Eine Ungleichbehandlung ist hier sowohl unter der Cassis- wie unter der

¹⁰⁹ EuGH Verb. Rs. C-267 u. 268/91, *Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard*, Slg. 1993, I-6097 (= HSV S. 599); EuGH Rs. C-391/92, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1995, 1621 Rn. 13; EuGH Rs. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass*, Slg. 2000, I-151 Rn. 24 ff.

¹¹⁰ EuGH Rs. C-387/93, *Banchemo*, Slg. 1995, I-4663.

Keck-Formel zu verneinen, weil Maßnahmen dieser Kategorie den Absatz der Erzeugnisse in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht besonders offenkundig in der gleichen Weise berühren.

Das bedeutet im Ergebnis einen Unterschied in den beiden Tests, nämlich für solche Maßnahmen, die nach der Cassis-Formel unterschiedslos anwendbar sind (*unterschiedslos geltende Maßnahme I und II*), aber nach der Keck-Formel dennoch in- und ausländische Erzeugnisse nicht tatsächlich in der gleichen Weise berühren: Der Cassis-Gleichheitstest auf der Rechtfertigungsebene ist bei solchen Maßnahmen positiv, mit der Folge der Anwendbarkeit der ungeschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten aus zwingenden Erfordernissen, der Keck-Gleichheitstest auf der Tatbestandsebene ist dagegen negativ, mit der Folge der Nichtanwendbarkeit der Keck-Formel.

Zu gleichen Ergebnissen kommen die Gleichheitstests aus Keck und Cassis nur in zwei Fällen: Einmal im Falle der unterschiedlich geltenden Maßnahmen aufgrund einer Unterscheidung nach Herkunft schon im Tatbestand der einschlägigen Norm, was die Nichtanwendbarkeit der Keck-Formel und die Nichtanwendbarkeit ungeschriebener Rechtfertigungsmöglichkeiten bedeutet. Zum anderen im Falle der unter jedem Gesichtspunkt, auch in tatsächlicher Hinsicht, unterschiedslos geltenden Maßnahme (*unterschiedslos geltende Maßnahme III*), die bei Vorliegen einer lediglich vertriebsbezogenen Maßnahme schon den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit verschließt, jedenfalls aber auch über ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Formel gerechtfertigt werden kann.

5. Weitere Einschränkungen von Dassonville durch ‚zu ungewisse und zu mittelbare‘ Wirkungen von Maßnahmen?

Neben der Einschränkung durch die Keck-Formel hat die Dassonville-Formel möglicherweise eine weitere Einschränkung erfahren, die allerdings in manchen Darstellungen vernachlässigt oder als Irrweg in der Rechtsprechung dargestellt wird.

Seit der Entscheidung Krantz von 1990¹¹¹ schließt der EuGH bei bestimmten nationalen Maßnahmen einen Zusammenhang zum freien Warenverkehr als zu fernliegend aus. Der EuGH hat diese Formel von den ‚zu ungewissen und zu mittelbaren Wirkungen‘ auch nach der Entwicklung der Keck-Formel bis in die jüngste Zeit verwendet.¹¹² [*817]

Beispiel: Die zivilrechtliche Aufklärungspflicht beim Sachkauf, die zu Ansprüchen aus culpa in contrahendo führen kann.

Der EuGH im Wortlaut:¹¹³

„die restriktiven Wirkungen, die von der Aufklärungspflicht ausgehen können, sind *zu ungewiß und zu mittelbar*, als daß diese Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern“.

¹¹¹ EuGH Rs. C-69/88, *Krantz*, Slg. 1990, I-583.

¹¹² EuGH Rs. C-93/92, *CMC Motorradcenter*, Slg. 1993, 5009; EuGH Rs. C-379/92, *Peralta*, Slg. 1994, I-3453 (Plenumsentscheidung); s. auch: EuGH Rs. C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, Slg. 1995, I-2883 Rn. 41; *DIP u. LIDL Italia*, Rs. C-140-142/94, Slg. 1995, I-3257 (Kammerentscheidung); EuGH Rs. C-134/94, *Esso Española*, Slg. 1995, I-4241; EuGH Rs. C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg. 1998, I-3949 Rn. 31; EuGH Rs. C-44/98, *BASF/Patentamt*, Slg. 1999, I-6269 Rn. 16. Für die Niederlassungsfreiheit EuGH Rs. C-418/93 u.a., *Semeraro*, Slg. 1996, 2975. Für den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit s. EuGH Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493 Rn. 23.

¹¹³ EuGH Rs. C-93/92, *CMC Motorradcenter*, Slg. 1993, 5009 Rn. 12, Hervorhebung hinzugefügt.

Diese Formulierung steht in gewissem Widerspruch zur Dassonville-Formel, die mittelbare Maßnahmen ja gerade einschließt, zumal sich gelegentlich in der Rechtsprechung der Hinweis findet: „eine spürbare Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ist nicht erforderlich“.¹¹⁴

Für die Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe dürfte sich empfehlen, diese Rechtsprechung als Fallgruppe zu verstehen, die evident nicht mit der Warenverkehrsfreiheit in Verbindung stehende allgemeine Institute wie eben die zivilrechtliche Aufklärungspflicht oder den strafbewehrten Schutz der Meeresumwelt aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausschließen möchte. Fälle einer solchen Evidenzprüfung, die auch als Frage der adäquaten Kausalität¹¹⁵ oder unter den Stichworten hypothetische Maßnahme, Spürbarkeitstest oder De minimis-Regel diskutiert wird,¹¹⁶ sind aber insgesamt bisher selten geblieben,¹¹⁷ so dass bei der Lösung eines konkreten Rechtsfalles oder einer Prüfungsaufgabe vorsichtig zu verfahren ist: Ein Eingehen auf diese Fallgruppe sollte nur erfolgen, wenn der Fall eine Maßnahme betrifft, die wie das Institut der *cic* bereits Gegenstand der Rechtsprechung war oder eine vergleichbare Maßnahme eine Rolle spielt bzw. durch den Sachverhalt Ausführungen veranlasst sind.

6. Verhältnismäßigkeit und Grundrechtskonformität

Die entweder nach der Cassis-Formel oder nach Art. 30 EG möglichen Rechtfertigungen von Handelsbeschränkungen unterliegen ihrerseits wieder Schranken. Sie müssen verhältnismäßig sein,¹¹⁸ dürfen nach Art. 30 Satz 2 EG keine verschleierte Beschränkung darstellen und müssen mit den europäischen Grundrechten im Einklang stehen. Das Merkmal der verschleierten Beschränkung nach Art. 30 Satz 2 EG hat vor allem in der spezifischen Fallkonstellation der **[*818]** Umpackfälle Bedeutung erlangt.¹¹⁹ Es ist ansonsten im wesentlichen bereits durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung abgedeckt.

a. Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen mit europäischen Grundrechten

Von aktuellerer Bedeutung ist die Prüfung der Grundrechtsdimension. Nach dem Urteil ERT von 1991 sind Rechtfertigungsgründe „im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen“.¹²⁰ Das bedeutet, dass staatliche Maßnahmen, die sich auf in Art. 30 EG niedergelegte Rechtfertigungsgründe – und auf zwingende Erfordernisse nach der Cassis-Formel¹²¹ – beziehen, an europäischen Grundrechten zu messen sind, die da-

¹¹⁴ EuGH Rs. 16/83, *Prantl* (Bocksbeutel), Slg. 1984, 1299 Rn. 20 (= HSV S. 646).

¹¹⁵ Ch. Zacker/S. Wernicke, *Examinatorium Europarecht*, 2. Aufl., 1999, S. 156 (Frage 148).

¹¹⁶ Von De minimis sprechen z.T. die Generalanwälte, s. etwa GA *Jacobs*, Rs. C-112/00, *Schmidberger/Österreich*, Schlussanträge v. 11.7.2002, Rn. 65 ff. Nachweise bei Grabitz-Hilf/Leible, Art. 28 EGV, Rn. 15. Dort auch der Vorschlag, diese Rechtsprechungslinie als Beweislastregel zu deuten, die eine unzureichende Substantiierung von behaupteten handelsbeschränkenden Auswirkungen einer Maßnahme sanktioniert.

¹¹⁷ Sie finden sich aber auch für den Bereich des Art. 31 EG (Ausfuhr), s. EuGH Rs. C-412/97, *ED/Fenocchio*, Slg. 1999, I-3845.

¹¹⁸ S. im einzelnen unten, Fn. 138.

¹¹⁹ Dazu etwa EuGH Rs. C-143/00, *Boehringer u.a.*, Slg. 2002, I-3759.

¹²⁰ EuGH Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925 Rn. 43 (= HSV S. 893).

¹²¹ EuGH Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 Rn. 24 (= HSV S. 644).

mit gleichsam als ‚Schranken-Schranke‘¹²² der Warenverkehrsfreiheit¹²³ wirken: die Warenverkehrsfreiheit kann zwar durch nationale Maßnahmen zulässigerweise beeinträchtigt werden, allerdings unter Beachtung der Gemeinschaftsgrundrechte. Diese Konstellation ist gemeint, wenn es heißt, dass es für nationale Maßnahmen genügt, dass sie „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“¹²⁴ liegen, damit diese Maßnahmen am Maßstab europäischer Grundrechte gemessen werden können. Als naheliegendste Begründung für diesen Grundrechtsaspekt der Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeschränkungen - neben dem Bedürfnis der einheitlichen Auslegung der gemeinschaftsrechtlich zu bestimmenden Rechtfertigungstatbestände - lässt sich darauf verweisen, dass alle Mitgliedstaaten EMRK-Mitglieder sind, nationale Maßnahmen daher ohnehin mit der EMRK vereinbar sein müssen.¹²⁵ Tatsächlich verweisen die einschlägigen EuGH-Entscheidungen im Schwerpunkt auf EMRK-Rechte, allerdings war dies durch Sachverhalte und Parteivortrag auch naheliegend.

Festzuhalten ist allerdings, dass die Grundfreiheitsfälle, in denen der EuGH auf Grundrechte im Zusammenhang mit der Auslegung nationaler Rechtfertigungen eingegangen ist, bisher insgesamt eher selten geblieben sind. Unter diesen seltenen Fällen sind Warenverkehrsfälle wiederum eher die Ausnahme.¹²⁶ **[*819]**

b. Grundrechte-Charta und Verfassungsentwurf

Die ERT-Konstellation ist indessen trotz ihrer relativen Seltenheit in der Rechtsprechung von grundsätzlicher Bedeutung, weil mit dieser Rechtsprechung richtigerweise das Ziel der einheitlichen Auslegung europarechtlicher Ausnahmetatbestände verfolgt wird. Sie ist zudem von aktueller Bedeutung, weil sie möglicherweise einen Unterschied zwischen der EuGH-Rechtsprechung und der im Dezember 2000 in Nizza als bisher unverbindliche Erklärung verabschiedeten Charta der Grundrechte markiert: Diese gilt nach Art. 51 GRCh für nationale Maßnahmen nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“. Dies deutet zwar eher auf finale nationale Maßnahmen wie etwa Richtlinienumsetzung hin.¹²⁷ Allerdings weisen die Erläuterungen des Präsidiums des ersten Konvents,¹²⁸ der die Charta ausgearbeitet hat, ausdrücklich auf die ERT-Rechtsprechung hin. Damit ist in Anbetracht der Zielrichtung der

¹²² Wieder ist allerdings davor zu warnen, Terminologie aus der deutschen Grundrechtsdogmatik unbesehen zu verwenden, s. oben Fn. 43.

¹²³ Im ERT-Fall stand die Dienstleistungsfreiheit im Vordergrund, s. aber für die Grundrechtsfrage im Warenverkehr EuGH Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689 (= HSV S. 644).

¹²⁴ EuGH Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925 Rn. 42 (= HSV S. 893); s. auch EuGH Rs. C-299/95, *Kremzow*, Slg. 1997, I-2629 Rn. 14 f.; s. GA *Van Gerven*, Rs. C-159/90, *SPUC/Grogan u.a.*, Slg. 1991, I-4685 Rn. 31 zur Gemeinschaftsgrundrechtsbindung nationalen Rechts, sobald es ‚im Rahmen‘ des Gemeinschaftsrechtes liegt (allerdings verwenden die englischen Fassungen dieser Schlussanträge und von ERT im Gegensatz zur deutschen Fassung gleichlautend die Formel ‚within the scope of community law‘).

¹²⁵ S. dazu GA *Lenz* in Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925 Rn. 49, 50; s. auch *D. Thym*, *Finnish Yearbook of European Law* 2002, S. 11, 27 f. Es versteht sich, dass der EuGH nicht für die Überprüfung von EMRK-Verletzungen zuständig ist, daher ist die ERT-Rechtsprechung letztlich doch in die allgemeine Rechtsprechung des EuGH zu den EU/EG-Grundrechten, die als allgemeine Rechtsgrundsätze geschützt werden, einzupassen.

¹²⁶ S. oben Fn. 121.

¹²⁷ Die Formulierung von der Grundrechtsbindung nationaler Stellen bei ‚Durchführung‘ des Gemeinschaftsrechts wird vom EuGH etwa in der Rs. 5/88, *Wachauf*, Slg. 1989, 2609, verwendet.

¹²⁸ ABl. 2000 C 364/1. Freilich stehen diese Erläuterungen unter dem Vorbehalt, dass sie vom Präsidium in eigener Verantwortung formuliert worden sind und keine Rechtswirkung haben, sondern lediglich dazu dienen sollen, die Bestimmungen der Charta zu verdeutlichen (ebd.). S. jetzt aber die ausdrücklich auf diese Erläuterungen hinweisende Ergänzung der Präambel der Grundrechte-Charta im Teil II der Verfassung für Europa, CONV 850/03.

Charta, den Stand des Grundrechtsschutzes in der EU sichtbar zu machen (so die Präambel) und nicht zu reduzieren, „Durchführung“ in Art. 51 GRCh im Sinne der ERT-Rechtsprechung auszulegen. Die Mitgliedstaaten müssen also europäische Grundrechte weiterhin schon dann beachten, wenn sie sich auch nur im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts befinden.¹²⁹ In der neuesten Rechtsprechung des EuGH fehlt ohnehin der Bezug auf das Wort ‚Anwendungsbereich‘, auch wenn der EuGH die ERT-Rechtsprechung der Sache nach weiterführt¹³⁰ – vielleicht nicht ganz zufällig ist dabei die zeitliche Nähe zu den Beratungen des europäischen Verfassungskonvents 2002/2003.

Der vom Verfassungskonvent 2002/2003 vorgelegte Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa (VE)¹³¹ sieht in Art. 7 nunmehr die Rechtsverbindlichkeit der Charta vor, wenn es heißt, dass die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze anerkennt, die in der Charta der Grundrechte als dem Teil II der Verfassung enthalten sind. Auch wenn nun Art. II-51 Abs. 2 VE¹³² von Art. 51 GRCh abweicht und die Zielrichtung dieser Änderung die ERT-Rechtsprechung gewesen sein könnte, bleibt auch nach dem Verfassungsentwurf die Möglichkeit einer Fortführung der ERT-Rechtsprechung: Nach Art. 7 Abs. 3 VE bestehen nämlich weiterhin neben den Charta-Grundrechten auch die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, und diese bleiben von Art. II-51 Abs. 2 VE unberührt. **[*820]**

c. Grundrechtsschutz als zwingendes Erfordernis?

Die ERT-Konstellation ist abzugrenzen von der Rechtsfrage, die der EuGH in der Rs. Schmidberger im Juni 2003 zu entscheidenden hatte:¹³³ In der Rs. Schmidberger berief sich ein Mitgliedstaat gegenüber einem Transportunternehmen zur Rechtfertigung für die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit (Duldung der Blockade der Brenner-Autobahn) auf Grundrechte seiner Staatsangehörigen (Demonstration auf der Brenner-Autobahn aufgrund der Versammlungsfreiheit). Hier stehen sich also – atypischerweise¹³⁴ – europarechtliche Freiheitsgewährleistung (Grundfreiheit) und nationale Freiheitsgewährleistung (Grundrecht) gegenüber. Anders die ERT-Konstellation, weil dort die *europäischen* Grundrechte die Freiheitsgewährleistung aus der Grundfreiheit verstärken helfen. Der EuGH hat eine Rechtfertigung der Grundfreiheitsbeeinträchtigung durch Grundrechte in der Schmidberger-Entscheidung grundsätzlich anerkannt. Wörtlich heißt es:

„Da die Grundrechte demnach sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie dem freien Warenverkehr, bestehen.“¹³⁵

Der EuGH stellt dem gegenüber, dass auch Grundrechte bestimmten, durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen sein können und tritt dann

¹²⁹ S. auch Grabitz-Hilf/Pernice-Mayer, Nach Art. 6 EU (Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze), Rn. 32.

¹³⁰ EuGH Rs. C-159/90; EuGH Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279 (im Bereich der Dienstleistungsfreiheit).

¹³¹ CONV 850/03 v. 18.7.2003.

¹³² „(2) Diese Charta dehnt den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den anderen Teilen der Verfassung festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.“

¹³³ EuGH Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Urt. v. 12.6.2003, EuZW 2003, 592.

¹³⁴ S. aber EuGH Rs. C-62/90, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1992, I-2575.

¹³⁵ Ebd., Rn. 74.

unter Hinweis auf die Umstände des Einzelfalls in eine Abwägung der „bestehenden Interessen“ ein.

Die systematische Einordnung dieses Lösungsweges wird vom EuGH offen gelassen, sie ergibt sich auch nicht ohne weiteres aus den Schlussanträgen des Generalanwaltes.¹³⁶ Am weitreichendsten wäre die Annahme eines neuen zwingenden Erfordernisses - im Sinne der Cassis-Formel - ‚Grundrechtsschutz‘ oder gar einer neuen Kategorie ‚Rechtfertigung unmittelbar aus Grundrechten‘. Denkbar ist aber auch, dass das nationale Grundrecht lediglich als Indiz für ein nach Gemeinschaftsrecht legitimes, im öffentlichen Interesse liegendes Ziel anzusehen sein soll, das dann entweder in die Cassis-Formel oder in Art. 30 EG einzuordnen wäre. Da in der Entscheidung aber sogar undeutlich bleibt, ob der EuGH auf nationale oder europäische (EMRK) Grundrechtsgewährleistungen abstellt, besteht auch die Deutungsmöglichkeit, dass es hier doch nur um eine mit den *europäischen* Grundrechtsgewährleistungen vereinbare Auslegung von Art. 28, 30 EG geht – dass eine inhaltsgleiche Grundrechtsgewährleistung des nationalen Rechts besteht, wäre dann lediglich ein glücklicher Zufall. [*821]

II. Zusammenfassung

Der anfangs vom EuGH im Dassonville-Urteil weit gefasste Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit wurde zunächst durch die Cassis-Formel im Bereich der Rechtfertigung wieder aufgefangen und später durch die Keck-Formel noch weiter eingegrenzt. Der Ausschluß von zu mittelbar mit der Warenverkehrsfreiheit in Verbindung stehenden Maßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fügt sich in die in der Keck-Formel deutlich werdende Tendenz zur Einschränkung des Anwendungsbereichs der Art. 28 ff. EG ein.¹³⁷ [*822]

¹³⁶ GA Jacobs, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Schlussanträge v. 11.7.2002, Rn. 94 ff.

¹³⁷ Dies lässt sich wie folgt in ein Prüfschema fassen. Für Prüfschemata gilt dabei stets, dass sie nur eine Merkhilfe bei der Problembearbeitung darstellen und deswegen keinesfalls starr gehandhabt werden dürfen. Beispielsweise wird der räumliche Anwendungsbereich des EG regelmäßig keine Schwierigkeiten bereiten. Auch die Frage nach vorrangigem Gemeinschaftsrecht führt in einer Falllösung möglicherweise dazu, dass die Reinschrift einer Fallbearbeitung gar nicht mehr auf die Warenverkehrsfreiheit nach dem Primärrecht eingeht. Zu anderen Prüfrastern s. etwa Grabitz-Hilf/Leible, Art. 28 EGV, Rn. 31 mwN.

Anwendungsbereich der Art. 28 ff. EG? (für Einfuhrbeschränkungen, s. speziell zu Ausfuhrverboten oben Fn. 106; zu Ausfuhrkontrollen EuGH, Rs. 426/92, *Deutsche Milch-Kontor*, Slg. 1994, I-2757; EuGH Rs. C-272/95, *Deutsche Milch-Kontor*, Slg. 1997, I-1905; zur Ausfuhr von Dual-Use Gütern EuGH Rs. C-70/94, *Peter Leifer*, Slg. 1995, I-2331; LG Frankfurt, *FAO-Mais*, EuZW 1995, 746; zu Handelsmonopolen nach Art. 31 EG EuGH Rs. C-189/95, *Franzén*, Slg. 1997, I-5909)

1) räumliche Anwendbarkeit des EGV: Art. 299 EG

2) sachliche Anwendbarkeit von Art. 28 ff. EG (Anwendungsbereich, ‚Schutzbereich‘, s. oben Fn. 43)

a) besteht **vorrangiges Gemeinschaftsrecht?** [insbesondere keine **Harmonisierung** durch Sekundärrecht gem. Art. 94 o. 95 EG; Abgrenzung zu vorrangigen Regelungen aus Art. 32 ff. EG (landwirtschaftliche Erzeugnisse), Art. 296 EG (Kriegswaffen) sowie zu Bestimmungen des EAGV; **andere Grundfreiheiten sind nicht einschlägig**; es handelt sich auch nicht um **Zölle und Abgaben gleicher Wirkung**, Art. 23 ff., 25 ff. (die Art. 87 ff. und 28 ff. EG schließen sich nicht aus, zum Verhältnis zu den Wettbewerbs- und Beihilfekontrollbestimmungen Lenz/Lux, Art. 28, Rn. 4 ff.); Sekundärrecht ist allerdings auch an den Gewährleistungen der Art. 28 ff. EG zu messen, gebunden sind insoweit auch die Gemeinschaftsorgane, s. etwa EuGH Rs. C-169/99, *Schwarzkopf*, Slg. 2001, I-5901 Rn. 36 ff. sowie EuGH Rs. C-51/93, *Meyhui*, Slg. 1994, I-3879; EuGH Rs. 315/92, *Clinique*, Slg. 1994, I-317; EuGH Rs. 37/83, *Phytosanitäre Kontrollen*, Slg. 1994, 1229; Beispiel für Sekundärrecht findet sich in EuGH Rs. C-269/99, *Kühne u.a./Justro* (Spreewälder Gurken), EuZW 2002, 311]

b) **Tatbestandsmerkmale erfüllt?**

Grundsätzlich kommt eine Rechtfertigung¹³⁸ mit den nicht im Vertrag festgeschriebenen zwingenden Erfordernissen der Cassis-Formel nur für unterschiedslos geltende Maßnahmen

(1) Vorliegen einer staatlichen Maßnahme, die eine Einfuhrbeschränkung [von Waren, und zwar Gemeinschaftswaren] darstellt oder wie diese wirkt (**mengenmäßige Beschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung**)? Nach der **Dassonville Formel** von 1974 liegt eine mengenmäßige Beschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung vor bei jeder unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potenziellen Handelsbeschränkung (bei **Ausfuhrbeschränkungen** iSd. Art. 29 EG prüft der EuGH eine spezifische Beschränkung der Handelsströme (s.o. Fn. 106): insoweit gilt die Dassonville Formel also nicht).

(2) **grenzüberschreitender Bezug**? Es darf kein rein interner Sachverhalt vorliegen, nach Rs. *Pistre* (s.o. Fn.19) genügt es aber in den Fällen, in denen „keines der Elemente des bei dem nationalen Gericht anhängigen konkreten Falles über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedstaats hinausweist“, dass eine Maßnahme „zumindest potentiell den innergemeinschaftlichen Handel behindert“).

(3) **Waren** iSv Art. 23 Abs. 2 EG? Körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können (auch Elektrizität) (s.o. Fn. 16 und 42; EuGH Rs. C-1/90, C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior*, Slg. 1991, I-4151 (= HSV S. 616); EuGH Rs. C-393/92, *Gemeinde Almelo*, Slg. 1994, I-1508 (= HSV S. 362)).

(4) **staatliche Handelsregelung (Adressatenfrage)**? [(a) *staatlich (auch mittelbar* (EuGH Rs. 249/81, *Kommission/Irland (Buy Irish)*, Slg. 1982, 4005 (= HSV S. 603); EuGH Rs. C-325/00, *Kommission/Deutschland (CMA-Gütezeichen)*, Slg. 2002, I-9977), *auch Unterlassen* (EuGH Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich (Französische Bauern)*, Slg. 1997, I-6959 (= HSV S. 176); EuGH Rs. C-5/94, *Hedley Lomas*, Slg. 1996, I-2553 (= HSV S. 173); s. auch EuGH Rs. C-112/00, *Schmidberger/Österreich*, Urt. v. 12.6.2003, EuZW 2003, 592)); (b) *Regelung, d.h. Maßnahme darf nicht zu ungewiß und zu mittelbar sein* (s.o. Fn. 112), *auch verfestigte Verwaltungspraktiken* (EuGH Rs. 21/84, *Frankiermaschinen*, Slg. 1985, 1355), *auch Maßnahmen ohne zwingenden Charakter* (Rs. *Kommission/Irland (Buy Irish)* (s.o.))]

(5) **Einschränkung des Anwendungsbereiches** von Art. 28 EG durch **Keck-Formel**? (s.o. Fn. 91).

Merkhilfe **Ausschluss von sozio-kulturellen Besonderheiten** (s.o. Fn. 94).

[(a) *rechtlich diskriminierende/tatsächlich unterschiedlich wirkende Maßnahme*? EuGH Rs. 21/88, *Du Pont*, Slg. 1988, 4929 (Merkhilfe: ‚verdächtige‘ oder ‚unverdächtige‘ Maßnahme), falls ja ist nach Keck-Formel schon der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit nicht eröffnet; (b) *vertriebsbezogen* EuGH Rs. C-470/93, *Mars GmbH* (s.o. Fn 91); s. auch OLG Frankfurt WuM E 1976, 337 (Merkhilfe zur Unterscheidung: ‚Hardware oder Software‘? (T.E. Lüder, Zwischen Keck und Cassis, EuZW 1995, 609. S. in dem Zusammenhang einschlägige Fälle aus der Zeit vor der Keck-Entscheidung: EuGH Rs. C-315/92, *Clinique*, Slg. 1994, I-330; EuGH Rs. C-126/91, *Yves Rocher*, Slg. 1993, I-2361); (c) *wird Erzeugnis tatsächlich unterschiedlich behandelt bzw. benachteiligt beim Marktzugang?*]

¹³⁸ I. ‚Rechtfertigung‘/ Tatbestandsausschluss nach Grundsätzen der Cassis-Rspr. (s.o. Fn. 24) durch zwingende Erfordernisse (nur für unterschiedslos geltende Maßnahmen)?

1) Zweck, der im Allgemeininteresse liegt (**anerkanntes Ziel**) (a) *wirksame steuerliche Kontrolle*, (b) *Verbraucherschutz* EuGH Rs. 179/85, *Pétillant de Raisin*, Slg. 1986, 3879, (c) *Lauterkeit des Handelsverkehrs* EuGH Rs. 220/81, *Robertson*, Slg. 1982, 2349, (d) *Umweltschutz* EuGH Rs. 302/86, *Kommission/Dänemark (Pfandflaschen)*, s.o. Fn. 29, (e) *andere Ziele*: z.B. *Aufrechterhaltung von Medienvielfalt* EuGH Rs. C-368/95, *Familiapress*, s.o. Fn. 30, möglicherweise jetzt auch *Schutz der Grundrechte*, s.o. Fn. 28, s. auch die Hinweise bei Grabititz-Hilf/Leible, Art. 28 EGV, Rn. 19]

2) **Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme (a) *geeignet*; (b) *notwendig, um das Ziel zu erreichen*; (c) *angemessen in Anbetracht des Gemeinschaftsinteresses am freien Warenverkehr*

3) Würdigung der Rechtfertigung im Lichte der **Grundrechte**, für die zwingenden Erfordernisse im Bereich des Warenverkehrs geprüft in Rs. *Familiapress* (s.o.). S. auch EuGH Rs. C-260/89, *ERT*, s.o. Fn. 120; EuGH Rs. C-60/00, *Carpenter*, s.o. Fn 130].

II. Rechtfertigung nach Art. 30 EG (für unterschiedlich und unterschiedslos geltende Maßnahmen)?

1) Maßnahme verfolgt ein in **Art. 30 Satz 1 EG genanntes Ziel** (a) *öffentliche Sittlichkeit* EuGH Rs. 34/79, *Henn und Darby*, s.o. Fn. 11; (b) *öffentliche Ordnung* EuGH Rs. C-52/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1995, I-4443; EuGH Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-6959; s. auch Art. 297 EG („schwerwiegende Störung“); (c) *öffentliche Sicherheit* EuGH Rs. 72/83, *Campus Oil*, s.o. Fn. 68; s. auch Art. 223 EG.; (d) *Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen* Der EuGH prüft Gesundheitsschutz nicht mehr unter der Cassis-Formel, EuGH Rs. C-1/90, C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior*, Slg. 1991, I-4151 Rn. 10 (= HSV S. 616) (s. aber oben, Fn. 25). S. auch EuGH Rs. C-120/95, C-158/96, *Decker und Kohll*, s.o. Fn. 73; EuGH Rs. C-157/99, *Smits/Peerbooms*, Slg. 2001, I-5473 (Dienstleistung und Krankenversicherung); allgemein: EuGH Rs. C-5/94, *Hedley Lomas*, s.o. Fn. 106; zum Gesundheitsschutz EuGH Rs. C-358/95, *Tommaso Morellato*, Slg. 1997, I-1431 (Brotzutaten); EuGH Rs. C-13, 113/91, *Michel Debus*, Slg. 1992, I-3617; s. auch EFTA-Gerichtshof Rs. E-3/00, *Cornflakes*, EuZW 2001, 573; EuGH Rs. C-180/96, *Großbritannien/Kommission*, Slg. 1998 I-2265 (Vorsorgeprinzip); (e) *Schutz von Tieren und Pflanzen* EuGH Rs. C-67/97, *Bluhme (Läso-Biene)*, Slg. 1998, 8066 Rn. 34; (f) *Schutz nationalen Kulturgutes* EuGH Rs. 7/68, *Kommission/Italien*, Slg. 1969, 633; (g) *Schutz des gewerblichen und des kommerziellen Eigentums* EuGH Rs. C-9/93, *Ideal-Standard*, Slg. 1994, I-2789 (= HSV S. 670); EuGH Rs. C-71-73/94, *Eurim-Pharm*, Slg. 1996, I-3603; EuGH Rs. C-352/95, *Phyteron International*, Slg. 1997, I-1729; s. auch Anmerkung T.E. Lüder EuZW 1996, 537]

2) **Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme (a) *geeignet*; (b) *notwendig, um das Ziel zu erreichen*; (c) *angemessen in Anbetracht des Gemeinschaftsinteresses am freien Warenverkehr*

3) Würdigung der Rechtfertigung im Lichte der **Grundrechte** (Rs. *ERT*, *Carpenter*, *Familiapress* (s.o.)).

in Betracht. Bei unterschiedlich geltenden Maßnahmen ist kein Raum für die Anwendung der Cassis-Formel. Die Preussen-Elektra Entscheidung hat hier zumindest für den Rechtfertigungsgrund Umweltschutz allerdings neue Fragen aufgeworfen. Maßnahmen, die Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen sollen, müssen im Einklang mit den Grundrechten des Gemeinschaftsrechts stehen. Zur Möglichkeit einer Rechtfertigung von Grundfreiheitsbeeinträchtigungen durch Hinweis auf nationale Grundrechte bestehen nach der Schmidberger-Entscheidung offene Fragen.

III. Ausblick

Für die Zukunft stellt sich neben der oben vertieft angesprochenen Frage nach der Systematik der Rechtfertigungsgründe die Frage nach der Entwicklung der Keck-Formel bzw. einer weiteren Einschränkung der Dassonville-Formel sowie die Frage nach der Ausstrahlung dieser Entwicklungen auf die anderen Grundfreiheiten. Worum es bei diesen Fragen um die Eingrenzung des Anwendungsbereiches [*823] von Grundfreiheiten eigentlich geht, ist die weitere Integration durch Rechtsprechung gegenüber der weiteren Integration durch Rechtsetzung oder einem Weniger an Integration.

Zwar sind die Grundfreiheiten im Ausgangspunkt ähnlich konstruiert,¹³⁹ indem sie bestimmte staatliche Maßnahmen mit dem Ziel der Gewährleistung eines Binnenmarktes, in dem alle Produktionsfaktoren frei zirkulieren können, verbieten. Dies ist schon deswegen folgerichtig, weil sich sonst Ausweicheffekte ergeben würden: bei Gewährleistung nur der Warenverkehrsfreiheit würden sich bestehende Unterschiede in den Rechtsordnungen im Bereich des Produktionsfaktors Arbeit als komparative Vorteile verfestigen. Die Warenverkehrsfreiheit unterscheidet sich jedoch nicht nur in ihrer statistischen Relevanz von den anderen Grundfreiheiten, sondern auch in ihrem terminologischen Zuschnitt.¹⁴⁰

Dogmatische Figuren wie ungeschriebene Rechtfertigungsgründe oder die Keck-Formel können daher nicht unbesehen auf andere Grundfreiheiten übertragen werden. Den Gerichtshof hindert dies freilich nicht, in Fällen, in denen Warenverkehr und Dienstleistungsfreiheit gleichermaßen berührt sind, diese Grundfreiheiten gemeinsam zu prüfen.¹⁴¹ Die Übertragbarkeit der Keck-Formel hat er für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit in der Alpine Investments-Entscheidung¹⁴² offen gelassen. Mit Blick auf die weniger ausgreifenden Rechtsetzungsbefugnisse der Gemeinschaft im Bereich der Personenverkehrsfreiheit mag man zur Begründung von dogmatischen Differenzierungen für die verschiedenen Grundfreiheiten auf

4) kein Mißbrauch gem. Art. 30 Satz 2 EG? s. insbesondere Fallgruppe Umpackfälle (s.o., Fn. 119).

III. Zur Rechtfertigung unmittelbar aus Grundrechten s.o. Fn. 28

¹³⁹ S. GA *Elmer* Rs. 189/95, *Franzen*, Slg. 1997, I-5909 Rn. 62; EuGH Rs. 55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 (= HSV S. 765); GA *Lenz* Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995 I-4921 Rn. 198. *Kingreen* (o. Fn. 7), S. 633, weist zutreffend darauf hin, dass die Suche nach der Konvergenz kennzeichnend für an der deutschen Grundrechtsdogmatik geschulte Juristen ist.

¹⁴⁰ Entsprechend gilt es, in der Fallbearbeitung den Begriff ‚Cassis-Formel‘ nur im Bereich der Warenverkehrsfreiheit zu verwenden, für die anderen Grundfreiheiten lediglich von „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ zu sprechen. In anderen Mitgliedstaaten wird man im Bereich des Warenverkehrs mit dem bloßen Hinweis auf eine ‚Cassis-Formel‘ übrigens auch nicht ohne weiteres verstanden werden.

¹⁴¹ EuGH Rs. 390/99, *Canal Satélite Digital*, Slg. 2002, I-607.

¹⁴² EuGH Rs. 384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-141 Rn. 33 ff. (= HSV S. 787)

den Zusammenhang zwischen Eröffnung des Anwendungsbereiches und Rechtsetzungs-kompetenz zurückkommen.¹⁴³

Der eine Reform der vertraglichen Grundlagen der europäischen Integration vorbereitende Verfassungskonvent hat die Bestimmungen zum Warenverkehr weitgehend unverändert übernommen, sie finden sich jetzt in Teil III des Verfassungsentwurfs.¹⁴⁴ Die Chance zur Modernisierung der Bestimmungen durch Aktualisierung der Rechtfertigungsgründe etwa um Umweltschutz, Verbraucherschutz, Datenschutz und allgemein zur Unterstützung des EuGH bei der Entwicklung eines widerspruchsfreien Systems der Grundfreiheiten hat man dabei nicht **[*824]** genutzt. Zweifellos sind dabei die Kompetenzgehalte und die Gestaltungsmacht, die sich mit den Grundfreiheiten verbinden, im Konvent wenig erkannt worden. Dass die Regierungskonferenz 2003/2004 Begrädnigungen an der Systematik der Grundfreiheiten vornimmt, steht nicht mehr zu erwarten. Ob es danach dem EuGH unter den Bedingungen einer erweiterten EU, in der sich auch die Binnenheterogenität des Gerichtshofes weiter ausdifferenzieren wird, gelingen kann, klarere dogmatische Konturen der Grundfreiheiten zu entwickeln, erscheint offen. ---

¹⁴³ Jedenfalls scheint die für die Warenverkehrsfreiheit bestehende Einschränkung für Ausfuhrregelungen, die schon nicht mehr im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts liegen, wenn sie unterschiedslos gelten (EuGH Rs. 15/79, *Groenveld*, Slg. 1979, 3409) nicht entsprechend für die Dienstleistungsfreiheit herangezogen zu werden: in *Alpine Investments* sah der EuGH den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nämlich als eröffnet an (ähnlich *Hilson* (o. Fn. 40), S. 458).

¹⁴⁴ S. CONV 850/03. Der freie Warenverkehr ist in Art. III-36 ff. VE geregelt. Art. 28 EG findet sich in Art. III-42 VE wieder; Art. 30 EG in Art. III-43 VE.