

Vorlesung Europarecht II

Freitag, den 22. April 2005

Organisatorisches

Die Skripten zu dieser Vorlesung werden in das Internet auf meiner Lehrstuhlseite eingestellt.

Für Erasmus-, LLM- und Teilgebietsstudierende gibt es am Ende dieser Vorlesung eine mündliche Prüfung, zu der ab Mitte Juni individuell Termine vereinbart werden. Die Abschlussklausur, die nach dieser Vorlesung geschrieben wird, betrifft diesen Personenkreis nicht.

Studierende, die diese Vorlesung im Rahmen der Schwerpunktbereichsausbildung im Hauptfach Rechtswissenschaft belegen, können eine Abschlussklausur schreiben, wobei ich bitte, organisatorische Fragen im Studien- und Prüfungsbüro zu klären. Der Stoff der Abschlussklausur wird im Schwerpunkt dieser Vorlesung entnommen sein; es wird aber auch der Stoff der Vorlesung Europarecht I vorausgesetzt.

Diese Ankündigung mag kompliziert klingen. Sie hat immerhin einen europarechtlichen Hintergrund, den Bologna-Prozess, der bei der Juristenausbildung perspektivisch dazu führen wird, dass das Staatsexamen, jedenfalls das 1. Staatsexamen, als deutscher Sonderweg von europaweit einheitlichen, modularisierten Bachelor- und Master-Studiengängen abgelöst wird.

I. Rechtsangleichung

In der vergangenen Woche haben wir uns mit dem Binnenmarkt als Ziel der Europäischen Gemeinschaft und mit Rechtsangleichung als Mittel zur Erreichung dieses Zieles befasst. Im Mittelpunkt standen dabei 2 Ermächtigungen zu Rechtsangleichung, die in der

Regel durch Richtlinien erfolgt: Art. 94 und Art. 95 EG. Neben diesen gegenständlich weit gefassten Rechtsangleichungs-Generalklauseln gibt es speziellere Regelungen, insbesondere in den Bereichen, die Art. 95 II EG ausdrücklich ausspart. Zu nennen sind hier:

--> Art. 93 EG betreffend die indirekten Steuern. So beruht das deutsche Umsatzsteuerrecht weitgehend auf Gemeinschaftsrecht.

--> Art. 44 II lit. g) EG betreffend das Recht der Kapitalgesellschaften.

--> Art. 47 I EG zu Richtlinien über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise.

--> Art. 47 II EG zu Richtlinien über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Ausübung selbstständiger Tätigkeiten.

Davon zu unterscheiden ist die Rechtsangleichung durch völkerrechtlichen Vertrag. Rechtsgrundlage ist Art. 293 EG, der ergänzend zu den vorgenannten Rechtsangleichungsermächtigungen der Europäischen Gemeinschaft hinzutritt. Als mögliche Themen werden dort genannt: die Doppelbesteuerung, die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften, Fragen des Zivilprozessrechts.

Die Bedeutung von Art. 95 I EG wird deutlich, wenn man Rechtsbereiche in den Blick nimmt, in denen er nicht gilt. Dort ist die Rechtsangleichung schwächer. Das gilt insbesondere für das Steuerrecht, dessen Binnenmarktrelevanz unbestreitbar ist. Art. 95 I EG gilt hier gemäß Art. 95 II EG nicht; es bleibt bei der Einstimmigkeit.

Auf der Grundlage von Art. 94 EG hat es lange Zeit nur zwei Richtlinien der EG auf dem Gebiet der direkten Steuern gegeben, die Fusionsrichtlinie zur Behandlung stiller Reserven bei grenzüberschreitenden Unternehmensfusionen und die Mutter-Tochter-Richtlinie zur steuerlichen Behandlung von Gewinnen, die Tochter- an Mutterunternehmen grenzüberschreitend überweisen. Zum 1. Januar 2005 ist nach zähen Verhandlungen eine

Zinsrichtlinie hinzugekommen, die die Ausschreibung grenzüberschreitender Kontrollmitteilungen zu Zinseinkünften betrifft, zu der Belgien, Luxemburg und Österreich sich Sonderregelungen vorbehalten haben, die andererseits aber auch die Schweiz berücksichtigen will.

Art. 293 EG hat zu keinen Rechtsetzungsaktivitäten der EG geführt. Um Doppelbesteuerungsabkommen kümmert sich die OECD.

Praktisch am wichtigsten ist die Umsatzsteuerharmonisierung gemäß Art. 93 EG. Auch hier gilt das Einstimmigkeitsprinzip, was erklärt, dass der maßgebende Rechtsakt, die 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie aus dem Jahr 1977 stammt, ein für ein deutsches Steuergesetz unvorstellbares Alter.

II. Die Grundfreiheiten

1. Der Binnenmarktbezug

Eine weitere wichtige rechtliche Ausgestaltung des Binnenmarktes erfolgt durch die Marktfreiheiten. Gemäß Art. 14 II EG ist der Binnenmarkt gekennzeichnet durch den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Diese vier eng mit dem Binnenmarkt verbundenen Freiheiten werden als Grundfreiheiten bezeichnet. Hinzu kommt die Freiheit des Zahlungsverkehrs; sie wird teilweise als fünfte Grundfreiheit eingestuft. Eine Differenzierung erfolgt bei der Freiheit des Personenverkehrs. Sie untergliedert sich in die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen und Unternehmen. Die vorgenannten Freiheiten beziehen sich sämtlich auf wirtschaftliche Tätigkeiten. In diesem Bezug kommt zum Ausdruck, dass die EG nach wie vor schwerpunktmäßig ökonomische Aufgaben und Ziele verfolgt. Die allmähliche Lösung aus einer rein ökonomischen Ausrichtung schlägt sich nun auch in den Grundfreiheiten nieder. Mit dem Maastrichter Vertrag ist die allgemeine Freizügigkeit als Art. 18 I in den EG aufgenommen worden. Die Besonderheit dieser Regelung besteht darin, dass sie die Mobilität des Unionsbürgers von seiner wirtschaftlichen

Betätigung abkoppelt. Art. 18 I EG gibt z.B. einem deutschen Rentner das Recht, seinen Lebensabend auf Mallorca zu verbringen. Auf die schwierige Frage, ob Art. 18 EG eine Grundfreiheit ist, wird noch einzugehen sein.

2. Die normativen Grundlagen

Die Warenverkehrsfreiheit ist in den Art. 23 bis 31 EG geregelt, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in den Art. 39 bis 42, das Niederlassungsrecht der Selbstständigen und Unternehmen in Art. 43 bis 48, die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs in Art. 49 bis 55 und die Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs in Art. 56 bis 60.

Der sachliche Zusammenhang dieser Grundfreiheiten wird unterstrichen durch Verweisungen. So nimmt Art. 55 für die Dienstleistungsfreiheit die Art. 45 bis 48 in Bezug. Wichtig ist hier Art. 46 EG, der zu Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ermächtigt. In der Terminologie der deutschen Grundrechtsdogmatik handelt es sich hier um einen Schrankenvorbehalt. Ein anderer Schrankenvorbehalt ist Art. 30 EG. In dieser Vorschrift kommt nicht nur für die Freiheit des Warenverkehrs, sondern für alle Grundfreiheiten zum Ausdruck, aus welchen Gründen und mit welchen Maßgaben mitgliedstaatliche Einschränkungen der EG-Grundfreiheiten gerechtfertigt sein können.

3. Allgemeine dogmatische Fragen

Bevor ich auf einzelne Grundfreiheiten eingehe, wobei ich mit der Freiheit des Warenverkehrs beginne, möchte ich vor die Klammer zwei Fragen ziehen, die alle Grundfreiheiten betreffen und die man in der Dogmatik der Grundrechte des Grundgesetzes den allgemeinen Grundrechtslehren zurechnen würde.

a) Die Funktion der Grundfreiheiten

Die erste Frage betrifft die Funktion der Grundfreiheiten. Was ich damit meine, sei durch einen Vergleich mit den Grundrechten des Grundgesetzes verdeutlicht (zu Letzteren Böckenförde, NJW 1974, 1529). Die (Freiheits-)Grundrechte des Grundgesetzes haben in erster Linie die Funktion, Abwehrrechte gegen Eingriffe der Staatsgewalt zu sein. Sodann konstituieren die Grundrechte eine objektive Wertordnung, die in die gesamte Rechtsordnung ausstrahlt. In diesem Rahmen entfalten die Grundrechte drittens mittelbare Drittwirkung für Private. Die Grundrechte begründen viertens Schutzpflichten, d.h. dass der Staat nicht nur eigene Eingriffe in Grundrechte unterlassen, sondern die Grundrechtsträger auch gegen Übergriffe von Seiten Dritter in Schutz nehmen muss. Die Grundrechte können fünftens Grundlage für Ansprüche auf staatliche Leistungen sein. In dieser Konstellation verpflichten sie den Staat nicht zu einem Unterlassen, sondern zu einem positiven Tun. Die Liste der Grundrechtsfunktionen ist damit noch nicht erschöpft. Wohl hat sich ihr Demonstrationszweck im Hinblick auf die EG-Grundfreiheiten erfüllt.

Geht man mit derselben Fragestellung an die EG-Grundfreiheiten heran, so lassen sich bei inzwischen allen Grundfreiheiten zwei grundlegende Funktionen unterscheiden. Dies sind das Diskriminierungsverbot und das Beschränkungsverbot. Beide Funktionen sind nach dem Wortlaut des EG bei den einzelnen Grundfreiheiten unterschiedlich ausgeprägt. Während Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbote formuliert sind, steht bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit das Diskriminierungsverbot im Vordergrund. Der Unterschied lässt sich damit rechtfertigen, dass die zuletzt genannten Grundfreiheiten auf eine Vollintegration in einen anderen Mitgliedstaat zielen und dass bei einer solchen Vollintegration die Gleichbehandlung die sinnvollste Lösung ist, nicht die punktuelle Ausräumung einzelner, beschränkend wirkender Normen. Der EuGH hat aber mit seiner Rechtsprechung inzwischen eine Angleichung der einzelnen Grundfreiheiten bewirkt.

Diskriminierungsverbot bedeutet, dass den Mitgliedstaaten im Schutzbereich der jeweiligen Grundfreiheit verboten wird, eigene Staatsangehörige besser zu behandeln als Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten. Diese Funktion steht bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und bei der Niederlassungsfreiheit im Vordergrund. Gemäß Art. 39 II EG umfasst die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Als Diskriminierungsverbot haben die Grundfreiheiten den Charakter von Gleichheitsrechten.

Beschränkungsverbot bedeutet, dass den Mitgliedstaaten im Schutzbereich der jeweiligen Grundfreiheit Beschränkungen grenzüberschreitender Betätigung verboten werden, die sich vertraglich nicht rechtfertigen lassen. So verbietet Art. 28 EG neben den mengenmäßigen Beschränkungen des freien Warenverkehrs, denen heute keine große Bedeutung mehr zukommt, Maßnahmen gleicher Wirkung. Das sind staatliche Regelungen, welche die Freiheit des Warenverkehrs einschränken, ohne mengenmäßige Beschränkungen zu sein. Dieses Verbot steht unter dem Vorbehalt, dass Einschränkungen sich vor dem EG nach Maßgabe des Art. 30 EG rechtfertigen lassen. Als Beschränkungsverbot haben die Grundfreiheiten den Charakter von Freiheitsrechten mit Schrankenvorbehalt.

Heute sind alle Grundfreiheiten sowohl Diskriminierungs- als auch Beschränkungsverbote. Nationale Vorschriften, welche die Ausübung einer durch den Vertrag garantierten Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, werden, dies zusammenfassend, vom EuGH unter vier Voraussetzungen geprüft: **(1)** Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. **(2)** Sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. **(3)** Sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu

gewährleisten. (4) Sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Diese Quadriga kombiniert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, jedenfalls dessen Stufen eins und zwei, und das Diskriminierungsverbot.

Zur Erläuterung ist darauf hinzuweisen, dass neben offenen auch versteckte Diskriminierungen erfasst sind. Versteckt ist eine Diskriminierung, wenn eine Norm zwar nicht ihrem Wortlaut nach negative Folgen an die Staatsangehörigkeit knüpft, aber sich tatsächlich zum Nachteil von EG-Ausländern auswirkt. Sodann: Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung wirken zwei Maßstäbe konturierend: erstens ein Vergleich der angegriffenen nationalen Regelung mit dem, was in den Mitgliedstaaten überwiegend zu der geregelten Frage für erforderlich gehalten wird; zweitens die Wertungen der EMRK.

Zu dem Diskriminierungs- und dem Beschränkungsverbot treten in der neueren Rechtsprechung des EuGH weitere Funktionen hinzu: die Drittwirkung der Grundfreiheiten und Schutzpflichten aus Grundfreiheiten. Dies möchte ich anhand der jeweiligen Entscheidungen kurz vorstellen.

Für die Drittwirkungsproblematik steht nach wie vor die Bosman-Entscheidung (NJW 1996, 505). Dort hat der EuGH Regelungen von privaten Sportverbänden, konkret die Transfer- und Ausländerregelungen von Fußballverbänden, an Art. 39 EG gemessen und verworfen. Dies darf man jedoch nicht im Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer verallgemeinern. In der Bosman-Entscheidung wird die wirtschaftliche Überlegenheit der Fußballverbände gegenüber den Spielern stark hervorgehoben. Die Rechtsprechung bezieht sich auf Vertragsbeziehungen, die durch Verbandsmacht asymmetrisch ausgestaltet sind. In ähnlicher Weise ist der EuGH schon früher Bestrebungen privater Unternehmen entgegengetreten, durch vertragliche Vereinbarungen oder die Ausnutzung gewerblicher Schutzrechte nationale Märkte abzuschotten.

Entgegen der Bosman-Entscheidung hat der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung aber deutlich gemacht, dass die Warenverkehrsfreiheit sich in erster Linie gegen die Mitgliedstaaten richte, die solchen Praktiken durch Gesetzgebung und Rechtsanwendung Vorschub leisten. In eine entgegengesetzte Richtung weist eine Entscheidung, die zu Art. 39 II EG ergangen ist (EuZW 2000, 468 ff.), wonach diese Vorschrift auch private Arbeitgeber bindet und sie bei Auswahlverfahren für Personal verpflichtet, es zu unterlassen, von Bewerbern zu fordern, dass sie ihre Sprachkenntnisse ausschließlich durch ein einziges in einer einzigen Provinz eines Mitgliedstaates ausgestelltes Diplom nachweisen.

In der zweiten neueren Entscheidung (DVBl. 1998, 228) ist Frankreich vom EuGH wegen eines Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit verurteilt worden, weil es zu wenig gegen organisierte Übergriffe französischer Bauern gegen Lebensmittelimporte insbesondere aus Spanien unternehme. Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, dass die Freiheit des Warenverkehrs die Mitgliedstaaten nicht nur verpflichte, eigene Beschränkungsmaßnahmen zu unterlassen, sondern auch dazu anhalte, positiv tätig zu werden, um die Freiheit des Warenverkehrs gegen Übergriffe Dritter zu schützen. Art. 28 EG statuiert für die Mitgliedstaaten damit nicht nur eine Unterlassungs-, sondern auch eine Handlungspflicht. In Analogie zur deutschen Grundrechtsdogmatik kann man von einer Schutzpflicht sprechen.

b) Grundfreiheiten und Grundrechte

Die dogmatischen Überlegungen führen zu der Frage, ob die Grundfreiheiten des EG als Grundrechte bezeichnet werden können. Dafür spricht, dass dogmatische Strukturierungen, die im nationalen Recht für Grundrechte entwickelt werden, auf sie passen. Dafür spricht weiter, dass sie als Primärrecht Vorrang vor allem sekundären Gemeinschaftsrecht und vor dem nationalen Recht haben, mit Ausnahme möglicherweise des nationalen Verfassungsrechts. Dafür spricht schließlich, dass mit dem EuGH

ein Gericht über sie wacht, das Funktionen eines Verfassungsgerichtes hat.

Dagegen spricht, dass die Grundfreiheiten auf ein ökonomisches Ziel bezogen sind, den Binnenmarkt. Dagegen spricht weiter, dass die Grundfreiheiten in erster Linie die Mitgliedstaaten verpflichten, nicht die Gemeinschaft selbst. Dagegen spricht schließlich, dass es neben den Grundfreiheiten auf EU-Ebene auch Grundrechte gibt. Gemäß Art. 6 II EU achtet die Union die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den allgemeinen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Die Grundrechtsjudikatur des EuGH lehnt sich mithin nicht an die Grundfreiheiten des EG, sondern an die EMRK an. Umgekehrt spielen Grundrechte bei der Prüfung von Grundfreiheiten auf der Rechtfertigungsebene eine Rolle. Die Trennung von Grundrechten und Grundfreiheiten wird in dem vorliegenden Entwurf einer europäischen Verfassung beibehalten.

III. Die Freiheit des Warenverkehrs

1. Tarifäre und nicht-tarifäre Handelshemmnisse

Die Freiheit des Warenverkehrs ist Gegenstand umfangreicher Regelungen in den Art. 23 bis 31 EG. Von diesen Regelungen standen in der Anfangszeit der EWG die Art. 23 bis 27 des heutigen EG im Vordergrund. Sie beschäftigen sich mit der Zollunion und den sogenannten tarifären Handelshemmnissen. Die Kernaussage ist Art. 25 EG. Die Mitgliedstaaten erheben untereinander weder Einfuhr- noch Ausfuhrzölle noch Abgaben gleicher Wirkung. Diese Verbotsregelung gehört zu denjenigen Vertragsbestimmungen, welchen der EuGH frühzeitig unmittelbare Wirkung zugesprochen hat (Slg. 1963, 1 - van Gend & Loos). An die Stelle nationaler Regelungen über Zölle und Abgaben gleicher Wirkung ist nach Art. 26 der Gemeinsame Zolltarif der EG getreten. Auf diese Weise ist ausgeschlossen, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch Zölle, in der Sprache des EG durch Tarife, behindert wird.

Die Regelungen über die Zollunion werden ergänzt durch Regelungen über nichttarifäre Handelshemmnisse. Grundnorm ist Art. 28 EG, der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet. Hinzu kommt in Art. 29 EG eine entsprechende Regelung über Ausfuhrbeschränkungen. Man spricht hier von nichttarifären Handelshemmnissen, weil die Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nicht durch die Erhebung daran geknüpfter Abgaben erfolgt, sondern durch andere Regelungen. Der Schwerpunkt hat sich dabei im Laufe der Zeit immer weiter auf die Maßnahmen gleicher Wirkung verlagert. Dies ist verständlich, weil offener Protektionismus angesichts des heutigen Standes der Integration nicht mehr vertretbar ist. Die Mitgliedstaaten greifen darum zu subtileren, zu versteckteren Mitteln, eben zu Maßnahmen, die nicht dem Inhalt, sondern nur der Wirkung nach den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern.

2. Maßnahmen gleicher Wirkung

a) Dassonville-Formel

Für das Verständnis des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung (MgW) ist die Entscheidung des EuGH im Fall Dassonville grundlegend (Slg. 1974, 837). Dort ging es um folgenden Fall: Ein belgischer Händler hatte schottischen Whisky in Frankreich gekauft und nach Belgien eingeführt. Da es sich nicht um einen Direktimport aus Großbritannien handelte, war der Händler nicht im Besitz einer Ursprungsbescheinigung der britischen Zollbehörden. Durch diese Bescheinigung sollte die Echtheit des importierten Erzeugnisses nachgewiesen werden; nur Direktimporteure konnten sie sich ohne Schwierigkeiten beschaffen. Wegen des Fehlens der Ursprungsbescheinigung wurde der Händler von einem belgischen Gericht verurteilt. Der EuGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die belgischen Regelungen, die der Verurteilung zugrunde lagen, Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG seien.

Dies hat der EuGH bejaht. Eine mengenmäßige Beschränkung des Whisky-Imports nach Belgien liege zwar nicht vor. Der Import sei mengenmäßig unbegrenzt zulässig, sofern nur die Formalitäten des belgischen Rechts eingehalten würden. Diese Formalitäten stellten aber eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar, weil sie den Whisky-Import faktisch auf den Direktimport beschränkten. Seine Überlegungen hat der EuGH in einer Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung zusammengefasst, der sogenannten Dassonville-Formel. "Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen."

Diese Definition ist sehr weit gefasst. An ihr sind zwei Punkte besonders hervorzuheben.

Sie stellt erstens in keiner Weise auf Absichten oder sonstige subjektive Merkmale der Mitgliedstaaten ab, sondern auf etwas Objektives: die Behinderungseignung. Dies ist verständlich, weil die Motive, die Staaten bei Regelungen verfolgen, schwer feststellbar sind und manipuliert werden können.

Die Definition erfasst zweitens auch Regelungen, die unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren angewandt werden, die aber von inländischen Waren leichter erfüllt werden können. Ein Beispiel ist eine britische Regelung, dass alle in Großbritannien vermarktete H-Milch in einer inländischen Molkerei sterilisiert und verpackt sein muss. Dies gilt für britische und EG-ausländische Milch in gleicher Weise, führt aber dazu, dass der Milchimport nach Großbritannien praktisch zum Erliegen kommt (EuGH Slg. 1983, 203).

b) Keck-Entscheidung

In einer Hinsicht ist die Dassonville-Formel zu weit geraten. Das hat den EuGH in der Keck-Entscheidung zu einer Korrektur

veranlasst (EuGH NJW 1994, 121). Es geht um Verkaufsbeschränkungen, die nicht zwischen inländischen und EG-ausländischen Waren differenzieren und die von ihrer Wirkung ersichtlich nicht auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr einwirken. Im Fall Keck ging es um französische Regelungen, durch welche ein Weiterverkauf von Waren unter dem Einkaufspreis des Verkäufers verboten wird. Zu entscheiden war, ob dieses Verbot gegen Art. 28 EG verstieß, soweit es ausländische Waren betraf und deren Weiterverkauf einschränkte. Der EuGH hat hierzu ausgeführt, dass nationale Regelungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, keine Maßnahmen gleicher Wirkung sind, sofern diese Regelungen für inländische und ausländische Erzeugnisse in gleicher Weise gelten und sich auf beide in gleicher Weise auswirken.

Die Keck-Entscheidung ist seinerzeit in Deutschland von den Befürwortern der damaligen Regelungen über den Ladenschluss mit Erleichterung zur Kenntnis genommen worden. Bis dahin war nämlich streitig, ob die deutschen Ladenschlussregelungen Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG seien, weil sie den Verkauf EG-ausländischer Produkte in Deutschland behindert. Dieser Argumentation wurde mit der Keck-Entscheidung die Grundlage entzogen.

Die Keck-Entscheidung hat dazu geführt, den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung auf Regelungen zu konzentrieren, die produktbezogen sind oder sich auf Absatz und Vermarktung eines Produktes beziehen. Verkaufsmodalitäten, die dagegen in keinem Zusammenhang mit bestimmten Produkten stehen, fallen nicht mehr darunter.

Um die Grenzlinie zu skizzieren, sei noch eine andere Entscheidung des EuGH vorgestellt. Dieses betrifft ein Vermarktungsverbot für Mars-Schokoriegel, die im Rahmen einer Werbekampagne mit dem Aufdruck "+ 10 %" versehen waren. Das sollte bedeuten, dass der Verbraucher für denselben Preis einen um 10 % größeren Schokoriegel erhalten sollte. Dieser Aufdruck

war in dem betreffenden Mitgliedstaat verboten worden, weil er die Verbraucher irreführe. Dem ist der EuGH entgegengetreten. Es handele sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung, weil mit dieser Regelung eine europäeinheitliche Werbekampagne von Mars durchkreuzt werde. Mars würde gezwungen, je nach dem Ort des Inverkehrbringens seine Erzeugnisse unterschiedlich zu gestalten und demgemäß die zusätzlichen Verpackungs- und Werbekosten zu tragen. Slg. 1995 - I, 1923. Diese Entscheidung ist in dem Sinne zu verstehen, dass trotz der Bereichsausnahme für Verkaufsmodalitäten in der Keck-Entscheidung Fragen der Werbung nach wie vor in den Schutzbereich von Art. 28 EG fallen.

Ob man die Keck-Formel für die anderen Grundfreiheiten verallgemeinern kann, ist fraglich. Dies würde dazu führen, dass staatliche Maßnahmen, welche die Grundfreiheiten nicht direkt und nicht erheblich beeinträchtigen, nicht an ihnen zu messen sind (vgl. Herdegen, EuR, 5. Aufl., 2003, Rn. 291).

c) Die Cassis-de-Dijon-Entscheidung

Die Weite der Dassonville-Formel führt zu Problemen. In der Keck-Entscheidung hat der EuGH diese Probleme teilweise gelöst, indem er den Schutzbereich von Art. 28 EG zurückgenommen und eine Bereichsausnahme zu Art. 28 EG entwickelt hat. In einer anderen, wichtigeren Entscheidung ist der EuGH einen dogmatisch anderen Weg gegangen. Er hat es bei der Dassonville-Formel gelassen, aber die Möglichkeit von Beschränkungen der Freiheit des Warenverkehrs eröffnet. Diese Beschränkungen müssten sich ihrerseits am Maßstab von Art. 28 EG messen lassen. Auf europarechtlicher Ebene hat sich damit etwas wiederholt, was Ihnen schon von den Grundrechten des Grundgesetzes, insbesondere von Art. 2 I GG, her geläufig ist. Je weiter man nämlich den Schutzbereich eines Rechtes fasst, desto weiter muss man auch den Schrankenvorbehalt fassen. Schranken sind in Art. 30 EG ausdrücklich zugelassen, sofern sie nicht diskriminierend wirken und verhältnismäßig sind.

Über diese Schranken ist der EuGH in einer Entscheidung hinausgegangen, die zum eisernen Rüstzeug europarechtlicher Grundkenntnisse gehört. Dies ist die Cassis-de-Dijon-Entscheidung (Slg. 1979, 649 ff.).

(1) Sachverhalt

Nach einer deutschen Vorschrift durften Trinkbranntweine nur mit einem Mindestalkoholgehalt von 30 %, Fruchtliköre ausnahmsweise mit einem Mindestalkoholgehalt von 25 % in den Verkehr gebracht werden. Diese Vorschrift wurde gesundheitspolitisch begründet. Geringere Alkoholgehalte würden nämlich einen verstärkten Konsum anregen; sie seien verführerischer und darum gefährlicher als höhere Alkoholgehalte. Die Regelung bedeutete für den französischen Johannisbeerlikör Cassis de Dijon ein Vermarktungsverbot in Deutschland, da er nur einen Weingeistgehalt von 15 - 20 % aufweist. Das Hessische Finanzgericht legte dem EuGH gemäß Art. 234 EG die Frage vor, ob die geschilderte deutsche Vorschrift unter Art. 30 EG falle.

(2) Die Lösung des EuGH

Cassis de Dijon ist eine Ware im Sinne von Art. 23 II EG, da er aus Frankreich stammt. Die deutsche Vorschrift ist eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG, da sie den Absatz von Cassis de Dijon in Deutschland unmöglich macht. Es hätte nahegelegen, nun Art. 30 EG anzuwenden und zu fragen, ob die Vorschrift aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder des Schutzes der Gesundheit gerechtfertigt ist. Diesen Weg geht der EuGH jedoch nicht. Art. 30 EG wird in dem Urteil nicht erwähnt.

Vielmehr versieht der EuGH die Dassonville-Formel mit einer immanenten Schranke. Keine unzulässige Maßnahme gleicher Wirkung liege vor, wenn es, in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen, Sache der Mitgliedstaaten sei, die Herstellung und Vermarktung von Waren zu regeln und Hemmnisse aus unterschiedlichen Regelungen resultieren, die 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. Anders als bei Art. 30 EG ist der Katalog zwingender Gründe nicht abschließend. Der EuGH hat nachträglich den Umweltschutz und den Schutz kultureller Güter akzeptiert.

Dass Art. 30 EG nicht zur Anwendung gelangt, mag man zum Teil mit dessen restriktiver Auslegung durch den EuGH rechtfertigen. Dogmatisch kann man es damit rechtfertigen, dass Art. 30 EG nur auf Maßnahmen passt, die sich gezielt gegen ausländische Erzeugnisse richten, nicht aber auf Maßnahmen, die unterschiedslos wirken, die also inländische und EG-ausländische Waren gleichermaßen treffen. Unterschiedslos wirkende Maßnahmen können keine Einfuhr-, Ausfuhr- oder Durchfuhrverbote sein, und es ist schwer vorstellbar, dass unterschiedslos wirkende Maßnahmen ein Mittel für willkürliche Diskriminierungen sind.

Die Anwendung der Cassis-Formel auf den zu entscheidenden Fall führt den EuGH zu dem Ergebnis, dass Art. 28 EG eingreift, dass mit anderen Worten die Voraussetzungen für eine immanente Schranke nicht erfüllt sind. Das Argument, der Verbraucher solle vor Getränken mit einem mittleren Alkoholgehalt geschützt werden, erklärt der EuGH für nicht stichhaltig, weil dem Verbraucher ein äußerst umfangreiches Angebot unterschiedlicher Erzeugnisse mit geringem und mittlerem Alkoholgehalt zur Verfügung stehe und weil überdies ein erheblicher Teil der auf dem deutschen Markt frei gehandelten Getränke mit hohem Wein-gehalt üblicherweise verdünnt genossen würde.

Da auch eine Rechtfertigung nach Art. 30 EG nicht in Betracht kommt, lautet das Ergebnis, die deutsche Vorschrift verstoße gegen Art. 30 EG.

d) Prüfungsschema bei Art. 30 EG

(1) Keine spezielleren Vorschriften, etwa für

landwirtschaftliche Waren (Art. 38 ff. EG)

(2) Staatliche Maßnahme, keine Drittwirkung (EuGH Slg. 1987, 3801)

(3) Ware im Sinne von Art. 9 II EG

(4) Eignung zur unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potentiellen Einfuhrbeschränkung (Dassonville); bei Ausfuhrbeschränkungen entsprechend Art. 34

(5) Ist die Maßnahme unterschiedslos anwendbar oder differenziert sie nach Inlands- und Importprodukten?

Bei unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen:

(6) Ist die Maßnahme produktbezogen oder betrifft sie Verkaufsmodalitäten (Keck-Formel)?

(7) Lässt die Maßnahme sich nach der Cassis-de-Dijon-Formel rechtfertigen? Zusätzlich wird noch Art. 30 EG geprüft, was aber i.d.R. wenig einbringt.

Bei differenzierenden Maßnahmen:

(6) Ist die Maßnahme produktbezogen oder betrifft sie Verkaufsmodalitäten (Keck-Formel)?

(7) Liegt ein Rechtfertigungsgrund gemäß Art. 36 S. 1 EG vor? Wird Art. 36 S. 2 EG beachtet? Die Cassis-Formel wird bei differenzierenden Maßnahmen nicht geprüft.