

Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, Berlin

## Das Keck-Urteil des EuGH – vom Binnenmarkt zurück zum Freihandel?

Die Keck-Entscheidung scheint in der integrationsfreundlichen Rechtsprechung des EuGH eine Wende einzuleiten. Eine solche Lesart träge zu, wenn man die Keck-Formel als Auslegungsregel interpretiert, die die berühmte Dassonville-Formel tendenziell aufhebt. Der Verfasser plädiert für eine restriktive Auslegung des Keck-Urteils. Er sieht in dem Urteil den Versuch des EuGH, die Mitgliedstaaten und die Wirtschaftsteilnehmer stärker in die Pflicht zu nehmen. Nicht mehr jede nationale Maßnahme zur Regelung der Verkaufsmodalitäten kann am Maßstab des Art. 30 gemessen werden. Die konkreten grenzüberschreitenden Wirkungen der Regelung müssen substantiiert vorgetragen werden, um die Anwendbarkeit des Art. 30 zu begründen. Die Keck-Formel ist als Beweislastregel zu verstehen, die die Dassonville-Formel im Kern unangetastet läßt.

### 1. Dassonville – Cassis – Keck

Am 24. 11. 1993 – Rs. C-267/91 und 268/91 (Tribunal de Grande Instance de Strasbourg) – entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH), daß das französische Verbot des Verkaufes mit Verlust (*vente à perte*), besser bekannt als Verkauf unter Einstandspreis, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV fällt<sup>1</sup>. Der Gegenstand der Auseinandersetzung ist Kennern des Wettbewerbsrechts wohl bekannt<sup>2</sup>. Die französische Ordonnance Nr. 86-1243 hatte den aus dem früheren Gewerbepolizeirecht herrührenden Straftatbestand trotz einer gewissen Liberalisierung nicht vollständig aufgeben wollen. Seine Aufrechterhaltung wird mit der Überlegung gerechtfertigt, daß der Einzelhändler vor Dumpingpreisen großer Handelsketten geschützt werden muß. Eine ähnliche Diskussion um die Beurteilung des Verkaufes unter Einstandspreis nach den Regeln des UWG begleitet den deutschen Verbraucherschutz seit Jahrzehnten<sup>3</sup>. Das eigentlich überraschende des Urteils sind nicht unbedingt das Ergebnis, sondern vielmehr die Urteilsgründe. Der EuGH nimmt die Keck-Entscheidung zum Anlaß, seine bisherige Rechtsprechung zu revidieren<sup>4</sup>:

„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung (Hervorhebung H.-W. M.) die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* (Urteil v. 11. 7. 1974 – Rs. 8/74 Slg. 1974, 837) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell 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 Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“.

Die Praxis des offenen „*overruling*“ hat Vorgänger in der Hag II<sup>5</sup>-Rechtsprechung und den beiden Urteilen zum Klagerrecht des Europäischen Parlaments<sup>6</sup>. Nur berührt die Keck-Entscheidung das Herzstück der Europäischen Rechtsordnung<sup>7</sup>, den Gemeinsamen bzw. seit 1986 den Binnenmarkt. Der Gerichtshof scheint bereit zu sein, seine bisherige Rechtsprechung in Frage zu stellen, mit Hilfe derer er die Eckpfeiler des Binnenmarktes, die vier Grundfreiheiten sukzessive ausgebaut hat<sup>8</sup>. Angesichts der bekannt knappen Begründung wird es Aufgabe der Wissenschaft sein, den Stellenwert des Urteils zu bestimmen<sup>9</sup>. Dies kann nur geschehen im Kontext der Rechtsprechung des Gerichts zu den vier Freiheiten, bei deren Realisie-

rung die Warenverkehrsfreiheit immer eine Vorreiterfunktion erfüllt hat. So mag es angehen, die Reichweite der Keck-Entscheidung für die Europäische Union von der Warenverkehrsfreiheit her zu bestimmen. Wenn sich im Urteil ein verallgemeinerungsfähiger Gedanke findet, wird er vom Art. 30 EWGV aus auf die Dienstleistungsfreiheit und die Freizügigkeit ausstrahlen.

### 1.1 Von Cassis de Dijon zur Einheitlichen Akte

Seit 1974 gilt als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung jede Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar und mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern<sup>10</sup>. Nach dieser als Dassonville-Formel bekannt gewordenen Definition war dem Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV kaum noch eine Schranke gesetzt. Nahezu jeder nationalen Regelung drohte der Prüfstand des Art. 30 EWGV. Die Reichweite dieser Formel hat jedoch erst eine andere Entscheidung ans Licht gebracht, die wohl bekanntere *Cassis de Dijon*-Entscheidung<sup>11</sup>. Rechtlich hat sie zweierlei bewirkt<sup>12</sup>: Eine nochmalige Erweiterung der Dassonville-Formel auf sog. unterschiedslos geltende Maßnahmen und – als Ausgleich für den extrem weiten Anwendungsbereich des Art. 60 EWGV – die Ausdehnung der nach Art. 36 EWGV möglichen Rechtfertigungsgründe. Nach der bis zum Erlaß der Keck-Entscheidung uneingeschränkt gültigen Cassis-Formel können handelshemmende nationale Vorschriften, die unterschiedslos für eingeführte und inländische Waren gelten, nur dann aufrecht erhalten werden, wenn sie notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere des Verbraucher- und des Lauterkeitsschutzes gerecht zu werden. Durchaus konsequent verschob sich die Diskussion vom Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV auf die Ebene der möglichen und zulässigen Rechtfertigung. Den Mitgliedstaaten wurde die Beweislast aufgebürdet, wenn sie nationale handelshemmende Vorschriften aufrecht erhalten woll-

1) Vgl. ISr 1993, 581, et seq. = EuZW 1993, 770 et seq.

2) Vgl. Jean Calais-Auloy, *Droit de la Consommation*, 3<sup>e</sup> éd. 1992, No. 117.

3) Vgl. H.-W. Micklitz/N. Reich, *Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik*, 1980, 75 et seq.

4) A. a. O. Ziffer 16.

5) Slg. 1990, I-3710.

6) Urt. v. 22. 5. 1990, Rs. C-70/88 *Europ. Parlament an Rat der EG*. Slg. 1990, I-2041.

7) Zu Charakter der Rechtsordnung Urt. v. 5. 2. 1963 Rs. 26/1962 *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 et seq.

8) Zuletzt P. Behrens, *Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheit im europäischen Gemeinschaftsrecht*, EuR 1992, 145 et seq.

9) Schon jetzt liegt eine erste Anmerkung von N. Reich, ZIP 1993, 1815 et seq.; derselbe wird das Urteil in der *Common Market Law Review* besprechen, E. Steindorff's Position wird in der ZHR Heft 1/1994 veröffentlicht werden. Andere Kommentare im In- und Ausland werden folgen.

10) Urteil v. 11. 7. 1974 – Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837 et seq.

11) Urteil v. 20. 2. 1979 – Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 et seq. *Rewe-Zentrale*.

12) Die Literatur ist kaum mehr zu überschauen, dennoch herrscht zumindest heute über die Bedeutung der Entscheidung weitgehend Einigkeit; vgl. H.-W. Micklitz, *Technische Normen, Produzentenhaftung und EG-Vertrag*, NJW 1983, 483 et seq.; P. Oliver, *Free Movement of Goods in the EEC*, 1982, with supplement 1984; E. Steindorff, *Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt*, ZHR 150 (1986), 687 et seq.

## AUFSATZ

ten<sup>13</sup>. Praktisch war dies fast nur noch<sup>14</sup> möglich, wenn die Mitgliedstaaten nicht-ökonomische Rechtfertigungsgründe zur Hand hatten, als da sind die Gesundheit und Sicherheit<sup>15</sup>, der Umweltschutz<sup>16</sup>. *Cassis de Dijon* bildete den Auftakt und den Ausgangspunkt für den Ausbau eines Gemeinsamen Marktes, in dem Handelshemmnisse nur noch in den Grenzen der in Art. 36 EWGV niedergelegten Ziele, erweitert um die „zwingenden Erfordernisse“, Bestand haben konnten. Damit schien die endgültige Abkehr von der Konzeption eines bloßen Freihandels vollzogen. Keine der regionalen Wirtschaftsordnungen, weder die NAFTA<sup>17</sup>, noch der MercoSur<sup>18</sup> kennen eine Artt. 30/36 EWGV vergleichbare Regelung. Und auch in den EFTA-Statuten fehlte die Möglichkeit, ökonomische Handelshemmnisse mit rechtlichen Mitteln zu beseitigen<sup>19</sup>. Mit dem Inkrafttreten des EWR-Vertrages haben sich auch in den ehemaligen EFTA-Ländern die Gewichte verschoben. Jede Korrektur an der *Dassonville/Cassis*-Rechtsprechung rührt am Lebensnerv der Europäischen Gemeinschaft, an der Konzeption eines gemeinsamen von gleichen Handelsverkehrs- und Wettbewerbsregeln beherrschten Marktes.

Dabei erschöpft sich die Bedeutung der *Cassis*-Rechtsprechung nicht in den Perspektiven des Abbaus von handelsbeschränkenden nationalen Maßnahmen. Der Gerichtshof setzte im Jahre 1979 ein Zeichen in Richtung europäische Integration, zu einer Zeit als die Europäischen Gemeinschaften in Agonie zu ersticken drohten<sup>20</sup>. Die *Cassis*-Formel schuf die Grundlage für die Einführung des Herkunftslandsprinzips, an dessen Seite das Prinzip der wechselseitigen Anerkennung steht<sup>21</sup>. Mit Hilfe dieser Prinzipien erreichte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften den Aufbruch<sup>22</sup>. Das 1985 verabschiedete Weißbuch baut auf der zentralen Unterscheidung zwischen ökonomischen und nicht-ökonomischen Handelshemmnissen auf<sup>23</sup>. Nur im Bereich der nicht-ökonomischen Handelshemmnisse sollte eine Rechtsangleichung betrieben werden, ansonsten sollte das Herkunftslandprinzip zum Tragen kommen. Selbst die Einheitliche Akte atmet den Geist dieser fundamentalen Unterscheidung. Art. 100b der Einheitlichen Akte sollte ursprünglich den Mechanismus der wechselseitigen Anerkennung mit dem Inkrafttreten des Binnenmarktes rechtlich verbindlich festschreiben<sup>24</sup>. Allein so läßt sich erklären, wieso es möglich war, daß der Gerichtshof die *Dassonville/Cassis*-Formel lange Jahre so erfolgreich judizieren konnte. Mit dem politischen Rückhalt der Vertragsänderung war der Weg geebnet für die sukzessive Erweiterung der Rechtsprechung zu Art. 30 EWGV auf die Dienstleistungsfreiheit<sup>25</sup>.

## 1.2 Prüfungsmaßstab des EuGH: Vom Regel-orientierten zum Einzelfall-orientierten Test

Mit der Ausbildung der *Cassis*-Doktrin war ein Funktionswandel des Gerichts verbunden. Hatte es vor Erlaß der *Cassis*-Entscheidung über die Vereinbarkeit von Gesetzen, Verordnungen, dh. allgemeinen Regeln zu entscheiden, so verschob sich nach Erlaß der *Cassis*-Entscheidung das Aufgabengebiet immer stärker zur Beurteilung von Einzelfallgestaltungen. Dieses Phänomen hat unlängst *W. P. J. Wils*<sup>26</sup> untersucht und den vom Gerichtshof eingeschlagenen methodischen Test mit „rule-like“ (Regel-orientiert) vor 1979 (dem Datum des Erlasses der *Cassis*-Entscheidung) und „standard-like“ (Einzelfall-orientiert)<sup>27</sup> nach 1979 gleichgesetzt. Der entscheidende Unterschied beider Tests soll im Zeitpunkt liegen, zu dem er durchgeführt wird. Der „rule-like“ Test bezieht sich auf eine Beurteilung der nationalen Vorschrift „ex-ante“, der „standard-like“ Test auf eine Beurteilung ex post. Eine ex-ante Betrachtung lege das Schwergewicht auf die Prognose, eine ex-post Betrachtung auf

die Beurteilung des vom EuGH zu beurteilenden konkreten Falles. Die Unterscheidung ist bislang so nicht gebräuchlich. Die (deutsche) Literatur betont mit dem EuGH die herausragende Bedeutung eines ständig verfeinerten Verhältnismäßigkeitsprinzips, mit Hilfe dessen das Gericht den Fall entweder selber entscheide oder dessen Verwendung es den nationalen Gerichten anheimstelle<sup>28</sup>. Der Befund ist derselbe: Der EuGH entwickelte auf der Basis von Art. 30 EWGV und methodisch verborgen im Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 30 EWGV ein Netz von Einzelfallentscheidungen, die sich – in Teilgebieten – zu einer europäischen Rechtsordnung verdichteten. Als Paradebeispiel für diese Tendenz kann die – umstrittene – Neugestaltung des deutschen UWG durch europäisches Richterrecht gelten<sup>29</sup>.

13) Der anfängliche Streit um die Bedeutung der Beweislastverteilung im Bereich der Gesundheit und Sicherheit verlor in dem Maße an Bedeutung, wie der Europäische Gerichtshof seine Bereitschaft signalisierte, eine nachgewiesene mögliche Gefährdung für ausreichend zu erklären.

14) Nicht einzugehen ist hier auf die Versuche, aus Art. 36 „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ eine Einschränkung herauszulesen cf. *Urt. v. 10. 7. 1984, Rs. 72/83 Campus Oil, Slg. 1984, 2727*.

15) Vgl. *Ch. Joerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, 1988.

16) Vgl. *Urteil v. 20. 9. 1988, Rs. 302/86 Slg. 1988, 4607 – Pfandflaschen*.

17) *M.-H. Mewb*, Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA, *EuZW* 1993, 532 et seq.

18) Einige südamerikanische Staaten wollen sich im MercoSur zusammenschließen. Die EG fungiert als Modell, doch fehlt es neben Art. 36 an der notwendigen institutionellen Bindung.

19) Vgl. *H.-W. Micklitz/N. Reich*, Legal Aspects of European Space Activities, *NOMOS* 1989, wo wir einen Bereich analysieren, in dem die Möglichkeiten der ökonomischen Rechtfertigung nationaler Maßnahmen der Industriepolitik von zentraler Bedeutung sind.

20) Zum Gerichtshof als dem Motor der europäischen Integrationsprozesse *J. H. H. Weiler*, *Supranational Law and Supranational System: Legal Structure and Political Processes in the European Community*, *Ph. D. Thesis*, Florence 1982.

21) Auf eine Herleitung beider Prinzipien, sowie auf eine Analyse, inwieweit sie deckungsgleich sind oder unterschiedliche Ziele behandeln, soll nicht eingegangen werden.

22) Vgl. insbesondere *H.-W. Micklitz*, Internationales Produktsicherheitsrecht, *Zur Rechtsverfassung für den internationalen Handel mit risikobehafteten Produkten*, Habilitationsschrift Bremen 1992.

23) Vgl. Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes, *KOM* (85), 310 endg. v. 14. 6. 1985 und dazu *R. Bieber/R. Dehousse/H. Pinder/J. H. H. Weiler* (eds.), 1992: *One European Market?, A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, 1988.

24) Vgl. *C.-D. Ehlermann*, The Internal Market Following the Single European Act, 24 *Common Market Law Review* 1987, 361 et seq.

25) *N. Reich*, Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs als Grundfreiheit, *ZHR* 153 (1989), 571 et seq.; *K. Hailbronner* und *K. Nachbauer*, Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH, *EuZW* 1992, 105 et seq.

26) *The Search for the rule in Art. 30 EEC; much ado about nothing* *European Law Review*, (18) 1993, 475 et seq.

27) Wobei sich der Autor auf *L. Kaplow*, Rules versus standards; an economic analysis, *Discussion Paper No. 108/4/92*, Program in Law and Economics, Harvard Law School, beruft.

28) Vgl. *N. Reich*, *Anm. zu Keck*, a. a. O. (Hrsg.), 1815 r. Sp.

29) Vgl. *E. Steindorff*, Unlauterer Wettbewerb im System des EG-Rechts, *WRP* 1993, 139 et seq. 149, der von dem „Prozess einer weitreichenden Neugestaltung durch Richterrecht“ spricht. In den letzten zwei Jahren sind in namhaften Fachzeitschriften eine ganze Reihe von Aufsätzen erschienen, *J. Möllering*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Europa: eine neue Dimension, *WRP* 1990, 1 et seq.; *G. Schriker*, Zur Wettbewerbspolitik der EG – Liberalisierung und Restriktion im Widerstreit, *GRUR Int.* 1992, 347 et seq. *P. Schothöfer*, Neuere Entwicklung im Werberecht in der EG und den europäischen Ländern, *EuZW* 1992, 760 et seq.; vgl. aber auch *U. Everling*, Die Einwirkungen der Grundfreiheiten des EWG-Vertrages auf das Recht der Mitgliedstaaten, 1992.

## AUFSATZ

Für die Entwicklung läßt sich eine vergleichsweise einfache Erklärung finden. Nationale Vorschriften, die den Warenverkehr behindern, stoßen oder stießen (?) im Prozeß der Verwirklichung des Binnenmarktes auf immer weniger Akzeptanz. Damit veränderte sich der Charakter der Fallgestaltungen, die zum EuGH gelangten. Sie wurden immer komplexer und machten eine Einzelfall-bezogene Betrachtung unabdingbar. Fast automatisch war mit dieser Entwicklung ein Verlust an Rechtsklarheit verbunden. Die scheinbar eindeutige Dassonville/Cassis-Formel erlaubt als solche kaum noch eine Prognose über die Legitimität einer nationalen Regelung, erst der konkrete Fall konnte und mußte Aufschluß über die Vereinbarkeit des nationalen mit dem europäischen Recht geben (präziser formuliert des von der nationalen Rechtsordnung geprägten Falles). Hier setzt ein Teil der geäußerten Kritik an, die ein Zurück des Gerichts zu einem handhabbaren ex-ante Regel-orientierten Test fordert<sup>30</sup>. Die deutsche Diskussion zirkuliert um die Auswirkungen der Art. 30 EWGV Rechtsprechung auf das deutsche Wettbewerbsrecht<sup>31</sup>. Übersetzt in die von *Wils* verwandten Termini verlangen die Kritiker vom EuGH, daß er es aufgibt, über Einzelfall-Entscheidungen, die sich auf Art. 30 EWGV gründen, an einem europäischen, von keiner Vorschrift im primären Gemeinschaftsrecht gedeckten, Wettbewerbsrecht zu arbeiten<sup>32</sup>. Gerechtfertigt wird diese Position mit inhaltlichen Überlegungen, mit der ständig vorgetragenen, aber nie wirklich evaluierten Behauptung, der EuGH unterminiere den konkurrenzlos hohen deutschen Verbraucherschutz<sup>33</sup>. Hier werden sachliche mit methodischen Argumenten verknüpft. Dieselbe Logik, mit leicht veränderten Vorzeichen, findet sich in der Beurteilung der Rechtsprechung des EuGH zur Gleichstellung von Mann und Frau im Arbeitsleben<sup>34</sup>. Der EuGH stößt auf massive Kritik, weil er über das Schutzniveau des deutschen Rechts hinausgeht und so das deutsche Sozialsystem mit Kosten belastet, die bei anderen Mitgliedstaaten nicht anfallen, weil diese kein so weitreichendes Sicherungssystem kennen<sup>35</sup>.

Inhaltlich, um dies vorweg zu nehmen, zeigt die Rechtsprechung des Gerichtshofes ein anderes Leitbild des Verbraucherschutzes<sup>36</sup> und offensichtlich auch ein anderes Leitbild des Arbeitnehmerschutzes<sup>37</sup> als das deutsche Recht. Methodisch verbirgt sich in der Abkehr von der ex-ante Betrachtung der gesetzlichen Regelung hin zur ex-post Betrachtung des Einzelfalles, und das ist der „Clou“ der Analyse von *Wils*<sup>38</sup>, eine Aussage über den inneren Zustand der Gemeinschaft. Der Verlust einer klaren Auslegungsregel, so *Wils*, markiere den Zustand einer in sich fortgeschrittenen Integration. Vor diesem Hintergrund legt die Kritik an der Rechtsprechung des EuGH zum UWG und zur Gleichstellungsproblematik eine zweiseitige Konsequenz offen: Jeder Versuch der Wiedereinführung einer neu-gefaßten allgemeinen Auslegungsregel beschreitet den Weg der europäischen Des-Integration, der Re-Nationalisierung von Teilen einer europäischen Rechtsordnung.

Wiederholt ist in der Literatur geltend gemacht worden, daß sich in der Rechtsprechung selbst eine Tendenzwende andeute<sup>39</sup>, die zwar noch nicht die Ableitung einer neuen Auslegungsregel zulasse, die aber doch Bestandteile derselben beinhalte. Drei Fragenkreise stehen im Vordergrund: (1) Die nach anfänglichen Unsicherheiten ablehnende Haltung des Gerichts zur Beurteilung von Ladenöffnungs- und Verkaufszeiten in Großbritannien<sup>40</sup>, (2) die Entscheidungen, die sich als Anwendungsfall einer de-minimis-Regel verstehen lassen<sup>41</sup> oder als Korrektur überschießender Tendenzen<sup>42</sup> und (3) die Entscheidungen, in denen der EuGH legitime Rechtfertigungsgründe hat durchgreifen lassen<sup>43</sup>. Die Hoffnungen derjenigen, die eine Remedur der Rechtsprechung fordern und sie schon am Hori-

zont vorhergesehen haben, werden sich auf die *Keck*-Entscheidung konzentrieren, eben weil sie explizit von einer Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung spricht.

## 2. Das Keck-Urteil vom 13. 10. 1993

Zwei rein formale Gesichtspunkte unterstreichen die weitreichende Bedeutung der Entscheidung. Das Verfahren wurde von der zweiten Kammer an das Plenum delegiert. Demgemäß hat sich für die *Keck*-Entscheidung eine Mehrheit unter allen Richtern gefunden. Der Generalanwalt *W. van Gerven* hat seine

30) Vgl. *G. Marenco*, „Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative“, *Cah. Dr. Eur.* 1984, 291 et seq.; *G. Marenco/K. Banks*, Intellectual property and the Community rules on free movement discrimination un earthed; *E. White*, In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty, *European Law Review* 26 (1989), 224 et seq.; *K. Morclmanns*, Article 30 of the EEC Treaty and legislation relation to market circumstances; time to consider a new definition, *Common Market Law Review* 28 (1991), 115 et seq.; *J. Steiner*, Drawing the line: uses and abuses of Article 30 EEC Common Market Law Review 1992, 749 et seq.; die *Wils*, a. a. O. (FN 26) sämtlich diskutiert und als ungeeignet verwirft, 488.

31) Exemplarisch für die Stimmung, *M. Kissler*, Das deutsche Wettbewerbsrecht im Binnenmarkt, *WRP* 1994, 1 et seq.

32) Zu dem Bestand der Rechtsregeln vgl. *W. Veelken*, Gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, *EWS* 1993, 377 et seq.

33) Bezeichnend der Aufsatz von *M. Kissler*, *WRP* 1/1994, 1 et seq.

34) *Heither*, Arbeitsrechtsordnung in der Europäischen Gemeinschaft, *EWS* 1993, 168 et seq.

35) Nachweise aus politisch gefärbten Kommentaren zur Rechtsprechung in *Heither*, a. a. O. (FN 34).

36) Vgl. *A. H. Meyer*, *WRP* 1993, 215 et seq.; *W. Leisner*, *EuZW* 1993, 655 et seq.; *Weatherill/Baumont*, *EEC Law* 1993, 428; *G. Schriker*, a. a. O. (FN 29, 347).

37) Ein Gesichtspunkt, der in der deutschen Diskussion noch nicht wirklich entwickelt ist.

38) Vgl. a. a. O. FN 26.

39) Vgl. die Nachweise in FN 30.

40) *Urt. v. 23. 11. 1989*, Rs. C-145/88, *Slg.* 1989, 3851 – *Tosfean Borough Council*; *Urt. v. 28. 2. 1991*, Rs. C-312/89, *Slg.* 1991, I-997 – *Conforma*; *Urt. v. 28. 2. 1991*, Rs. C-332/89, *Slg.* 1991, I-1027 – *Marchandise für Sonntagsbeschäftigungsverbote*, *EuGH EuZW* 1993, 223 et seq. – *B & Q*, mit Anm. von *Davis* und *ders.*, *EuZW* 1992, 569 et seq.; sowie *Steiner*, *Common Market Law Review* 1992, 749 et seq.; *Weatherill/Baumont*, *EC Law* 1993, 470 et seq.

41) *EuGH*, *Urt. v. 13. 10. 1993*, Rs. C 93/92 – *CMC Motorradcenter/Yamaha*, *ZIP* 1993, 1818 et seq. (mit Anm. von *K. Tonner*, *VuR* 1993, 296), aber auch *EuGH* – *Urt. v. 13. 3. 1984*, Rs. 16/83, *Slg.* 1984, 1299, 1326 – *Prantl*, wo der EuGH einen de-minimis Test abgelehnt hat.

42) Vgl. *A. Röhling*, *EWiR* 1993, 1199, der die Entscheidung *CMC Motorradcenter* als Korrektur der *Nissan*-Entscheidung des EuGH versteht, cf. Text u. Nachw. bei FN 64.

43) Hier geht es naturgemäß um ein heterogenes Spektrum von Entscheidungen des EuGH, z. B. Werbeverbot für alkoholische Getränke, Videokassetten, Abgabeverbot von pornographischen Schriften.

Eine sorgfältige Analyse der vorgetragenen Argumente und Entscheidungen liefert *Heermann*, Auswirkungen der Europäischen Rechtsentwicklung auf das deutsche Wettbewerbsrecht, 1993, 581 et seq. für (1) das Nachtbackverbot, *Urt. v. 14. 7. 1981*, Rs. 155/80, *Slg.* 1981, 1993, 2009 – *Oebel*; (2) den Vertrieb alkoholischer Getränke *EuGH* Rs. 75/1981 *Slg.* 1982, 1211, 1229, (3) Beschränkungen des Zugangs zu bestimmten Arzneimitteln, *EuGH* – *Urt. v. 7. 2. 1984*, Rs. 238/82 *Slg.* 1984, 523 et seq. – *Duphar* und (4) Verwertung gleichzeitig von in Filmtheatern vorgeführten Filmen in Form von Videokassetten, *Urt. v. 11. 7. 1985*, Rs. 60 und 61/1984 *Cinéthèque SA* *Slg.* 1985, 2618, 2626 et seq.

*M. Kissler*, a. a. O. 12 et seq. nennt die folgenden Urteile (1) wahre Werbung, *Urt. v. 13. 12. 1989*, Rs. C-204/88, *Slg.* *Paris gn Jean Jacques*, *Slg.* 1989, 4361 und *Urt. v. 15. 1. 1991*, Rs. C-372/89, *Slg.* 1991, 43 – *Gold-Ei*; (2) Sklavische Nachahmung, *Urt. v. 2. 3. 1982*, Rs. 6/81; (3) Nachweis der Sachkunde, *Urt. v. 25. 5. 1993*, Rs. C-271/92; (4) Werbeverbot für alkoholische Getränke, *Urt. v. 25. 7. 1991*, *EuZW* 1991, 630 et seq. (5) Zugabeverbot – *Urt. v. 15. 12. 1992*, *Osthoek*, *GRUR* *Int.* 1993, 648 et seq. (6) Ladenschluß, *Urt. v. 16. 12. 1992* – *B & Q*, *EuZW* 1993, 23 et seq.

## AUFSATZ

Schlußanträge zweimal vorgetragen, einmal am 18. 11. 1992 in der Sitzung der zweiten Kammer, am 28. 4. 1993 in der Sitzung des Plenums. Der Kammer hatte er vorgeschlagen, das französische Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis für unvereinbar mit Art. 30 EWGV zu erklären, dem Plenum gegenüber hatte er unter Hervorhebung des konkreten Ausgangsverfahrens eine Anwendung des Art. 30 EWGV auf das französische Verbot abgelehnt<sup>44</sup> – ein schon für sich gesehen bemerkenswerter Vorgang, daß der Generalanwalt im laufenden Verfahren seinen rechtlichen Standpunkt revidiert.

## 2.1 Botschaften an die nationalen Gerichte und die privaten Wirtschaftsteilnehmer

Relativ deutlich kritisierte der EuGH den wenig strukturierten Vorlagebeschluß des Tribunal de grande instance Strasbourg<sup>45</sup>. Das Gericht stellt einleitend die Frage, ob Art. 32 der Ordonnance, der das Verbot statuiert, gegen die Artt. 3, 7 EWGV sowie gegen die vier Grundfreiheiten verstoße und präziserte die Frage in zweierlei Hinsicht a) mit Blick auf eine mögliche Privilegierung des Herstellers, der, in Grenzen, von dem Verbot nicht betroffen sein soll und b) mit Blick auf eine Wettbewerbsverfälschung im grenznahen Gebiet. Hat nicht das vorliegende Gericht ganz in der Tradition der vor-Cassis-Rechtsprechung die ex-ante Interpretation einer Rechtsregel verlangt? Die ablehnende Haltung signalisiert, daß der EuGH Fakten über die Umstände des Falles vorgetragen haben will, er sucht die Einzelfall-Entscheidung, möglicherweise ein Paradox angesichts des Ergebnisses und der gefundenen Begründung. Jedenfalls will der EuGH mit seiner neuen Interpretation methodisch nicht hinter die Cassis-Rechtsprechung zurück. Er verlangt von dem vorliegenden Gericht eine Prüfung, welche Vorschriften des EWGV zur Anwendung kommen können. Die nationalen Gerichte haben sich mit dem EWGV und der einschlägigen Rechtsprechung vertraut zu machen, damit sie erkennen können, ob der von ihnen zu entscheidende Fall unter die Artt. 3 und 7 bzw. unter Art. 30 EWGV fallen kann. Anders ausgedrückt, der EuGH nimmt die nationalen Gerichte in die Verantwortung<sup>46</sup>. Er entscheidet aufgrund eines konkret gefaßten Vorlagebeschlusses des nationalen Gerichts. Das Vorabentscheidungsverfahren ist kein Normenkontrollverfahren. Es gibt den nationalen Gerichten, so wäre zu schlußfolgern, nicht die Möglichkeit, auf Gutdünken eine Stellungnahme des Europäischen Gerichts einzuholen. So lassen sich in dieser Passage Aussagen über das Verhältnis der nationalen Gerichte zum EuGH finden<sup>47</sup>.

Schärfer noch und direkter ist die Kritik an den (privaten) Wirtschaftsteilnehmern:

„Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger (!) auf Art. 30 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“.

Die drei Ausrufungszeichen bezeichnen drei inhaltlich verschiedene Botschaften. Der Gerichtshof sollte sich angesichts seiner integrationsfreundlichen Rechtsprechung nicht wundern, daß die privaten Wirtschaftsteilnehmer in der Durchsetzung ihrer Rechte mehr denn je auf den Europäischen Gerichtshof setzen. Er hat mit der Begründung der unmittelbaren Wirkung hinreichend konkreter Bestimmungen des EG-Vertrages eine solche Sichtweise erst ermöglicht<sup>48</sup>. Gerade die privaten Wirtschaftsteilnehmer haben sich um den Auf- und Ausbau der europäischen Rechtsordnung verdient gemacht<sup>49</sup>. Das gilt be-

sonders dort, wo das EG-Recht freisetzendes Recht<sup>50</sup> ist, weil es die unternehmerischen Freiheiten im Binnenmarkt fördert. Die Kritik des Gerichts geht fehl. Den Wirtschaftsteilnehmern wäre allenfalls abzuverlangen, daß sie ihren Beitrag leisten, um dem vorlegenden Gericht bei der Formulierung des Beschlusses hilfreich zu sein. Sie hätten Fakten beizubringen, aus denen sich die handelsbeschränkenden Wirkungen konkret ergeben<sup>51</sup>. Doch vielleicht meint der EuGH gar nicht die Wirtschaftsteilnehmer. Vielleicht sind wirklicher Adressat der Kritik die Mitgliedstaaten, die ungelöste Probleme der nationalen Wettbewerbsordnung dem EuGH zur Entscheidung aufzwingen. Die Diskussion um die englischen Ladenöffnungszeiten<sup>52</sup>, um das deutsche Rabattgesetz<sup>53</sup> und um den Stellenwert der abstrakten Gefährdungstatbestände im deutschen UWG<sup>54</sup> legen für eine solche Interpretation Zeugnis ab. So ergibt sich eine Verschiebung der Verantwortlichkeiten: Die nationalen Gesetzgeber packen die heißen Eisen nicht an. Auf EG-Ebene blockieren sie eine gemeinschaftliche sekundärrechtliche Lösung. Unausgesprochen vertrauen sie auf die privaten Wirtschaftsteilnehmer und den EuGH, der dann als „böser Bube“ den Mitgliedstaaten die nicht gewollte gemeinschaftsrechtliche Lösung abverlangt. Wenn dem so wäre, dann würde sich auf EG-Ebene wiederholen, was in der Bundesrepublik hinlänglich bekannt ist. Oberste Gerichte werden als politischer Streitschlichter eingesetzt. So gesehen würde der EuGH in der Keck-Entscheidung nur eine andere Form des judicial self-restraint üben.

## 2.2 Systematische Begründung

Der EuGH wählt als Einstieg in die rechtliche Beurteilung der französischen Ordonnance die *Dassonville*-Formel, ohne sie zu zitieren<sup>55</sup>. Er unterwirft Methoden der Absatzförderung prinzipiell Art. 30 EWGV, stellt dann aber die Frage, ob die bloße „Möglichkeit“ ausreicht, um eine Maßnahme gleicher Wirkung zu bejahen<sup>56</sup>. Nun wäre zu vermuten gewesen, daß der EuGH sich der Frage einer de-minimis Regelung zuwendet, er also präzisiert, wann die „Möglichkeit“ eines Verstoßes ausreicht und wann nicht<sup>57</sup>. Als Begründung für die „notwendige“ Überprüfung und Klarstellung der bisherigen Rechtsprechung verweist der EuGH nicht auf die Urteilskritik, sondern auf das extensive Beschwerdeverhalten der Wirtschaftsteilnehmer<sup>58</sup>. Vor der Neubestimmung der Maßnahmen gleicher Wir-

44) Hier zitiert nach dem Informationsdienst des EuGH Nr. 33/93, Woche vom 22. bis 26. 11. 1993, 6 und 7. Das Urteil ist noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

45) Abgedruckt in IStR 1993, 581; in diesem Sinne auch N. Reich, Anm. zu Keck, der lobend das Yves Rocher-Urteil des EuGH hervorhebt.

46) Vgl. supra 4.

47) Die durchaus mit der Aussage des BVerfG im Maastricht-Urteil korrespondieren, BVerfG, EuZW 1993, 667 et seq.; dazu Götz, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, 1081 et seq.

48) Vgl. van Gend & Loos, a. a. O. (FN 7) glänzend, E. Stein, Lawyers, Judges and the Making of a Supranational Constitution, American Journal of International Law 1981, 1 et seq.

49) Vgl. H.-W. Micklitz, Organisierte Rechtsdurchsetzung im Binnenmarkt, KritV 1992, 172 et seq.; Ch. Harding Who goes to Court in Europe, RLR 1992, 105 et seq.

50) Der Begriff stammt von G. Winter, Perspektiven des Umweltrechts, DVBl. 1988, 659 et seq.

51) Darauf wird noch zurückzukommen sein, vgl. supra.

52) Vgl. Nachweise in FN 43.

53) Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft v. 28. 7. 1993, Aufhebung des Rabattgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 30, EWS 1993, 329 et seq.

54) Vgl. insbesondere G. Schricker, a. a. O.

55) Vgl. a. a. O. (FN 1), Ziffer 11.

56) Vgl. a. a. O. (FN 1), Ziffer 13.

57) Vgl. zur de minimis Rechtsprechung die Nachweise in FN 41.

58) Vgl. a. a. O. (FN 1), Ziffer 14.

## AUFSATZ

kung i. S. d. Art. 30 EWGV steht eine gedrängte Wiederholung der *Cassis*-Formel<sup>59</sup>. Erst jetzt folgt die eingangs zitierte Neufassung der *Dassonville*-Formel, die mit den Worten beginnt „Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung...“ Das Urteil drängt die Rechtsprechung der letzten 20 Jahre auf engstem Raum zusammen. Das Plenum stellt deutlich den systematischen Zusammenhang her, von „*Dassonville*“ über „*Cassis*“ zur Neufassung des Begriffs Maßnahmen gleicher Wirkung in „*Keck*“. Die Entscheidung ist kein Zufallsprodukt<sup>60</sup>. Der EuGH wiederholte die *Keck*-Formel in der *Hünernmund*-Entscheidung vom 15. 12. 1993<sup>61</sup>.

### 2.3 Bereichsausnahmen zu Art. 30 EWGV – bestimmte Verkaufsmodalitäten

Die *Dassonville*-Formel wird jedoch keiner grundsätzlichen Remedur unterzogen. Die Rede ist im Urteil von „bestimmten Verkaufsmodalitäten“, für die Art. 30 EWGV keine Anwendung mehr finden soll. Das Gericht liefert keine Definition dessen, was es unter Verkaufsmodalitäten versteht. Das Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis fällt darunter, eine Begründung hierfür fehlt nahezu völlig. Erste Hinweise liefert die beispielhafte Aufzählung der nationalen Vorschriften, die nach wie vor in den Grenzen der *Cassis*-Formel als potentielle Hemmnisse des Warenverkehrs angesehen werden – Vorschriften, die die Bezeichnung, die Form, die Abmessung, das Gewicht, die Zusammensetzung, die Aufmachung, die Etikettierung und die Verpackung regeln<sup>62</sup>.

Offensichtlich soll eine Bereichsausnahme für „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ geschaffen werden. Neben dem Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis zählt hierzu seit der *Hünernmund*-Entscheidung das in der Berufsordnung der Baden-Württembergischen Apothekerkammer verfügte Verbot, außerhalb der Arbeitsräume für parapharmazeutische Produkte zu werben<sup>63</sup>. Der EuGH scheint bestrebt, eine neue Kategorie von Vorschriften auszubilden, für die Art. 30 EWGV nicht mehr oder nur noch eingeschränkt gelten soll. Das *Keck*-Urteil wäre die Antwort auf die vielfach geäußerte Kritik an der Rechtsprechung<sup>64</sup>.

### 3. Einschätzung und Bewertung der Keck-Formel

Ob die *Keck*-Formel tatsächlich eine Rückkehr zum Freihandel einleitet oder ob sie die *Dassonville*-Formel im Kern unangestastet läßt, hängt davon ab, wie man die *Keck*-Entscheidung einordnet, als bereichsspezifische Ausnahmeregelung mit der das System des einzelfallbezogenen Tests erhalten bleibt, oder als Auftakt für eine Überprüfung der integrationsfreundlichen Rechtsprechung des EuGH, vielleicht verbunden mit der Wiedereinführung eines Regel-orientierten ex-ante Tests.

#### 3.1 Der Vereinbarkeitstest im Keck-Urteil

*N. Reich*<sup>65</sup> geht davon aus, daß der EuGH im *Keck*-Urteil einen dreistufigen Test einführt. Auf der ersten Stufe stehe die uneingeschränkte Anwendbarkeit der *Cassis*-Formel auf nationale Vorschriften, die die Aufmachung des Produktes betreffen; auf der zweiten Stufe würden im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung Regelungen der Mitgliedstaaten, die bestimmte Verkaufsmodalitäten verbieten oder beschränken, wie das Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis, nicht mehr von Art. 30 EWGV erfaßt; auf der dritten Stufe werde im Wege der Rückausnahme geprüft, ob diese Regelungen sich gleichmäßig an alle Produkte richten und in gleicher Weise tatsächlich wie rechtlich den Vertrieb von einheimischen Produkten berühren

oder nicht (Diskriminierungsverbot). Eine solche Sichtweise versucht den Stellenwert des *Keck*-Urteils auf den konkreten Gegenstand der Auseinandersetzung zu reduzieren, auf die Verkaufsmodalitäten. Folglich käme es darauf an, eine genaue Abgrenzung zu finden zwischen Produkten, die die Aufmachung des Produktes betreffen und solchen, die sich auf die Verkaufsmodalitäten beziehen. *N. Reich* liegt mit der Stoßrichtung seiner Interpretation auf der Linie des Generalanwaltes *Tesaro*, der in der *Hünernmund*-Entscheidung herausarbeitet, daß eine Beschränkung des Anwendungsbereiches des Art. 30 EWGV die Rechtsprechung des EuGH insgesamt nicht in Frage stellt<sup>66</sup>.

Gleichwohl ist mit der Einführung eines dreistufigen Tests eine partielle Abkehr von der einzelfallbezogenen Rechtsprechung verbunden. Der Gerichtshof sucht offensichtlich nach einer allgemeinen Regel, mit der er den Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV neu bestimmen will. Das kann nicht geschehen ohne die Wiedereinführung eines qualifizierten Regel-orientierten Tests. Ausdrücklich fordern tut ihn Generalanwalt *Tesaro*. Er denkt an die Anwendung des im *Cassis*-Urteil niedergelegten Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf bestimmte Verkaufsmodalitäten, auf „des mesures qui ont pour objet les modalités d'exercice de l'activité commerciale“<sup>67</sup>. Mit dieser Forderung setzt sich der Generalanwalt aber zu dem rhetorisch hochgehaltenen Ziel der Beibehaltung des „acquis communautaire“ in Widerspruch. Mit der pauschalen Anwendung des Herkunftslandsprinzips wäre einer schematischen Betrachtung zum Durchbruch verholfen, die für eine differenzierte einzelfallbezogene Analyse nur noch Platz läßt, wenn feststeht, daß es sich um keine Vorschriften über bestimmte Verkaufsmodalitäten handelt. Der Vorschlag des Generalanwaltes setzt die Möglichkeit einer klaren Abgrenzung zwischen nationalen Vorschriften voraus, die als bestimmte Verkaufsmodalitäten nicht in den Anwendungsbereich fallen und den Vorschriften über die Aufmachung von Produkten, die weiterhin an Art. 30 EWGV zu messen sind. Die Folge wäre eine Zerteilung der Rechtsprechung und ein je nach Gegenstand unterschiedlicher Vereinbarkeitstest. So oder so rückt die Notwendigkeit in den Vordergrund, eine Abgrenzung der Begrifflichkeiten zu suchen, um bestimmen zu können, ob der EuGH tatsächlich eine neue Auslegungsregel etabliert hat.

#### 3.2 Möglichkeiten der Differenzierung zwischen der Aufmachung von Waren und den verkaufsbezogenen Werberegeln

Die in der Praxis vorherrschende Form des Marketing-Mix setzt sich aus Präsentation, Werbung und Maßnahmen zur Förderung des Produktes zusammen. Sie läßt sich nicht ohne weiteres in ihre Bestandteile zerlegen. Genau das suggeriert der

59) Vgl. a. a. O. (FN 1), Ziffer 15.

60) Deutlich das Plädoyer des Generalanwaltes *Tesaro* in seinem Schlußantrag in der Rs. C-292/92 – *Hünernmund*, der eine solche Umorientierung, ein offenes overruling vom EuGH fordert, Ziffer 26.

61) Urteil v. 15. 12. 1993 Rs. C-292/92 – *Hünernmund*, in diesem Heft auf S. 93.

62) Vgl. a. a. O. (FN 1), Ziffer 15.

63) Vgl. a. a. O. (FN 61).

64) So interpretiert *A. Röbling*, EWIR 1993, 199 et seq. die Entscheidung von *CMC Motorradcenter* als Reaktion auf die Kritik an der *Nissan* Entscheidung des EuGH, Urt. v. 16. 1. 1992 – Rs. C 373/90 ZIP 1992, 719 et seq. mit Anm. von *K. Heinemann* und der Kritik des BGH-Richters *Piper*, WRP 1992, 690/691.

65) Vgl. *N. Reich* a. a. O. (FN 9), 1813.

66) Vgl. Schlußantrag *Hünernmund*, a. a. O. (FN 60), Ziffer 26.

67) Vgl. Schlußantrag *Hünernmund*, a. a. O. (FN 60), Ziffer 20.

## AUFSATZ

EuGH. Wirklich auseinandergesetzt haben sich mit den Möglichkeiten der Abgrenzung die beiden Generalanwälte, *van Gerven* in der Rechtsache *Keck* und *Tesauo* in der Rechtsache *Hünernmund*, mit durchaus gegenteiligen Positionen. Während GA *van Gerven* die Chancen einer handhabbaren Definition skeptisch zu beurteilen scheint, sieht GA *Tesauo* die Möglichkeiten optimistischer<sup>68</sup>.

*Tesauo* kritisiert als Dollpunkt die Kernaussage des *Yves-Rocher*-Urteils, wonach Art. 30 EWGV bereits dann anwendbar sein soll, wenn „der für einen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Absatzförderung und Werbung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben . . . (auch) wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und für eingeführte Erzeugnisse gilt“<sup>69</sup>. *Tesauo* setzt diesem Konzept der dynamischen Betrachtung der Warenverkehrsvorschriften<sup>70</sup> den stationären Charakter der Vorschriften über Verkaufsmodalitäten entgegen, die, wenn überhaupt, die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betreffen, denen es aber an jedem Bezug zum innergemeinschaftlichen Warenverkehr fehle<sup>71</sup>.

„ . . . nous ne pouvons nous empêcher de relever qu'une telle utilisation de l'article 30 finirait par vider de leur contenu ou en tout état de cause déprécier les dispositions du traité relatives à la circulation des services et à la liberté d'établissement. Nous nous expliquerons: Le commerçant qui veut vendre le dimanche ou le pharmacien qui demande à pouvoir faire de la publicité pour des produits parapharmaceutiques invoquent ni plus ni moins le droit au libre exercice de leur activité commerciale: et ce n'est donc que pour se soustraire à certaines obligations déterminées qu'ils arguent de leur incompatibilité avec les dispositions sur la circulation des marchandises. A y bien regarder, toutefois, il s'agit d'obligations plutôt inhérentes aux services et à l'établissement, c'est à dire de règles que ces opérateurs ne pourraient pas invoquer du simple fait qu'ils se trouvent dans une situation purement interne“.

Mit dieser Formulierung könnte der Weg geebnet sein, für eine Unterscheidung zwischen stationären – umfeldbezogenen<sup>72</sup> – und dynamischen – produktbezogenen – Regeln<sup>73</sup>. Nur letztere kämen in den Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV<sup>74</sup>. Die beiden Entscheidungen ließen sich nahtlos einfügen. Offen ist, ob der EuGH die mit GB-INNO<sup>75</sup> begonnene und mit *Yves Rocher*<sup>76</sup> fortgeführte Rechtsprechung mit der *Keck*-Formel aufgeben will, ob er zu einem „overruling“ bereit ist, indem er die Preisgegenüberstellung den stationären umfeldbezogenen Regeln zuordnet, oder ob er sich die Möglichkeit vorbehalten will, Verkaufsmodalitäten – möglicherweise in engeren Grenzen oder unter differenzierten Voraussetzungen – Art. 30 EWGV zu unterwerfen. Anders als der Generalanwalt fordert, halten beide Entscheidungen noch keine Antwort bereit. Letztlich kommt es darauf an, ob der EuGH eine Auslegungsregel einführen will, mit der er sich von dem Einzelfallbezogenen Test verabschiedet.

### 3.3 Die Keck-Formel als Beweislastregel zur Neuinterpretation des Diskriminierungsverbotes

Der EuGH hat sowohl in der *Keck*-Entscheidung als auch in der *Hünernmund*-Entscheidung deutlich gemacht, daß er den mittels Art. 30 EWGV betriebenen Integrationsprozeß nicht prinzipiell in Frage stellen will. Er ist nicht so weit gegangen, wie Generalanwalt *Tesauo* gefordert hat. Das Konzept der Regel-orientierten Einzelfall-Entscheidung scheint der Kritik Stand zu halten. Damit muß der Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV wie bisher als ein einheitliches Ganzes angese-

hen werden, das nicht in unterschiedlichen Integrationsgeschwindigkeiten folgende stationäre und dynamische Regeln zerfällt. Die *Keck*-Formel sollte nicht als Auslegungsregel in der Tradition von *Dassonville* und *Keck* gesehen werden, sondern als widerlegbare Vermutungsregel<sup>77</sup>. Für bestimmte Verkaufsregeln, eben für stationäre an den Absatzort anknüpfende Vermarktungsbestimmungen gilt, daß sie nicht mehr automatisch in den Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV fallen. Methodisch rechtfertigt eine solche Lesart der Entscheidung die Rücknahme, das modifizierte Diskriminierungsverbot. Die Verkaufsmodalitäten fallen nur aus dem Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV heraus, wenn sie „den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich (Hervorhebung H.-W. M.) in der gleichen Weise berühren“<sup>78</sup>. Damit ist der Weg frei, positiv die Anwendbarkeit des Art. 30 EWGV zu begründen, wenn die Voraussetzungen einer rechtlichen und tatsächlichen Diskriminierung vorliegen. Das Problem in der Beurteilung der Auswirkungen einer nationalen Regelung auf den zwischenstaatlichen Warenverkehr ist nicht die Normdiskriminierung<sup>79</sup>. Eine formale Gleichbehandlung von EG-Bürgern kann aber tatsächlich diskriminierend wirken. Hier hatte das *Yves Rocher*-Urteil eine Bresche geschlagen, allerdings auf der Basis eines BGH-Vorlagebeschlusses, der die den Handel beschränkenden grenzüberschreitenden Wirkungen sorgfältig begründet<sup>80</sup>. Eine formale Gleichbehandlung im Gesetz reicht nicht aus, sie darf tatsächlich nicht diskriminierend wirken. Wollen die Wirtschaftsteilnehmer und das vorlegende Gericht eine differenzierte Betrachtung der nationalen Verkaufsmodalitäten erreichen, müssen sie die im *Keck*-Urteil aufgestellte Vermutung widerlegen. Das können sie, indem sie substantiiert darlegen, worin die Diskriminierung der unterschiedslos anwendbaren nationalen Vorschrift über die Verkaufsmodalitäten tatsächlich liegt. Aus dem konkreten Streitfall muß der Gemeinschaftsbezug deutlich sein. Sowohl in *Keck* als auch in *Hünernmund* wäre eine Über-

68) Vgl. Schlußantrag *Hünernmund*, a. a. O. (FN 60), der vorab sehr sorgfältig die gesamte Rechtsprechung des EuGH analysiert, soweit sie unter die Rubrik Verkaufsmodalitäten fallen könnte.

69) EuGH, ZIP 1993, 1028, Ziffer 10; N. Reich, a. a. O. (FN 9), 1816. Eine Analyse der Rechtsprechung findet sich im Schlußantrag, das Fazit in Ziffer 20, vgl. nur die *Yves Rocher* Problematik; zum Ausgangsverfahren BGH, ZIP 1991, 607 et seq.; die Entscheidung des EuGH v. 18. 5. 1993, ZIP 1993, 1028 und BGH *Yves Rocher II*, ZIP 1993, 1725 mit Anm. A. Röhlting, EWiR 1993, 711; J. Keßler, Wettbewerbsrechtliches Irreführungsverbot und Verbraucherinformation – erste Anmerkungen zur *Yves Rocher* Entscheidung des EuGH, WRP 1993, 571 et seq.; Anm. zu *Yves Rocher*, N. Reich, VuR 1994, 215 et seq.

70) So Generalanwalt *van Gerven* in seinem Schlußantrag in der Rs. C-267/91 und 268/91 (noch nicht veröffentlicht).

71) Vgl. a. a. O. (FN 60), Ziffer 27.

72) So die Formulierung von N. Reich, Anm. zu *Keck*, a. a. O. (FN 9), 1817.

73) Für einen solchen Versuch offensichtlich N. Reich, a. a. O. (FN 9), 1813, der überdies auf § 1 Abs. 1 RabG verweist, das gleichermaßen das „Ankündigen“ und das „Gewähren“ von Rabatten verbietet, unter Verweis auf *Schütz*, EuZW 1993, 409 et seq.

74) Vgl. *Hünernmund* a. a. O. (FN 60), Ziffer 19: „Il convient de constater qu'une règle déontologie établie par une chambre professionnelle, qui interdit aux pharmaciens de faire de la publicité, en dehors de l'officine, pour des produits parapharmaceutiques n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises (Hervorhebung H.-W. M.) entre les Etats membres.“

75) EuGH, Slg. 1990, I-667; vgl. EWiR 1990, 473 (*Huff*), zuletzt *Heermann*, WRP 1993, 578 et seq.

76) EuGH, Urt. v. 18. 5. 1993, Rs. C-126/91, ZIP 1993, 1028 = EWiR 1993, 711 = GRUR 1993, 747.

77) So auch N. Reich, Anm. zu *Keck*, a. a. O. (FN 9), 1818.

78) Vgl. *Keck*-Urteil, a. a. O. (FN 1), Ziffer 16 am Ende.

79) Vgl. gerade zu diesem Aspekt E. Steindorff, ZHR Heft 1/1994.

80) Vgl. insbesondere die BGH *Yves Rocher II*-Entscheidung, a. a. O. (FN 69).

## AUFSATZ

prüfbarkeit des Art. 30 EGV in Betracht gekommen. Nur hätten die Wirtschaftsteilnehmer dem vorlegenden Gericht deutlich machen müssen, worin denn die handelsbeschränkende Wirkung des Verbotes des Verkaufes unter Einstandspreis bzw. des Werbeverbots für parapharmazeutische Produkte liegt. Das Verbot des Verkaufes unter Einstandspreis muß den Vertrieb von Produkten aus den Mitgliedstaaten nachweisbar (tatsächlich) behindern, die Werberegulierung der Apothekerkammer EG-Produkten den Zugang zum deutschen Markt erschweren. Die wirkliche Diskriminierung liegt in der formalen Nichtdiskriminierung. Entwicklungsbedürftig ist das Zusammenspiel der nationalen Gerichte mit dem EuGH. Es wäre wünschenswert, wenn der EuGH mit Hilfe von Art. 5 EWGV die notwendige Kooperation rechtlich ausfüllen würde<sup>81</sup>.

#### 4. Fazit und Schlußbemerkung

Das *Keck*-Urteil setzt neue Akzente. In der hier vertretenen Lesart begründet es Perspektiven für die Fortentwicklung der Rechtsprechung, weil der Gerichtshof die Mitgliedstaaten und die Wirtschaftsteilnehmer in Pflicht nimmt. Damit bringt der

Gerichtshof eine Seite des Subsidiaritätsprinzips zur Geltung, die bei der einseitig auf die Beschneidung der Gemeinschaftskompetenzen gerichteten Diskussion zu wenig beachtet wird: Das Subsidiaritätsprinzip nimmt die Mitgliedstaaten in die Verantwortung<sup>82</sup>. Sie können national ungelöste Probleme – und dafür legt das *Keck*-Urteil und das *Hünernmund*-Urteil Zeugnis ab – nicht auf die Gemeinschaftsebene verlagern. Tun sie es ohne Not, ohne Nachweis des Bezuges der Regelung zum grenzüberschreitenden Warenverkehr, delegiert der EuGH die Verantwortung an die Mitgliedstaaten und – an die privaten Wirtschaftsteilnehmer – zurück.

81) Vgl. J. Temple Lang, Community constitutional law: Art. 5 EEC Treaty, *Common Market Law Review* 27, 1991, 645 et seq.; vgl. BVerfG, *EuZW* 1993, 686 [670] spricht von „Kooperationsverhältnis“ zum EuGH.

82) Vgl. H.-W. Micklitz, *The Maastricht Treaty, the principle of subsidiarity and the theory of integration*, *Lakimies*, The periodical of the Association of Finnish lawyers, special issue on European Integration, 4/1993, 508 et seq.; Überblick über die Diskussion bei H.-J. Lambers, *Subsidiarität in Europa – Allheilmittel oder juristische Leerformel*, *EuR* 1993, 229 et seq.