

JURA Jahrestage

Prof. Dr. Thorsten Kingreen*

50 Jahre Grundfreiheiten: Die EuGH-Entscheidung Dassonville im Kontext

<https://doi.org/10.1515/jura-2024-2048>

I. Dem Leben einen Whisky voraus: Gustave und Benoît Dassonville

»Man muss dem Leben immer um mindestens einen Whisky voraus sein« (Humphrey Bogart). Das mögen sich auch Gustave Dassonville und sein Sohn Benoît im Dezember 1970 gedacht haben, als sie »Scotch Whisky« der Marken »Johnnie Walker« und »VAT 69« aus Frankreich nach Belgien einführen, um ihren belgischen Landsleuten das Leben zu erleichtern. Dass sie damit europäische Rechtsgeschichte schreiben würden, konnten sie allerdings nicht ahnen.

Gustave Dassonville, der in Frankreich eine Zweigniederlassung des belgischen Unternehmens leitete, hatte den Whisky bei französischen Import- und Vertriebsgesellschaften dieser beiden Marken eingekauft. Der Whisky war in Frankreich wesentlich preiswerter als in Belgien; Dassonville konnte also auf einen Gewinn hoffen. Er brachte auf den Flaschen für Verkaufszwecke Etiketten insbesondere mit dem aufgedruckten Vermerk »British Customs Certificate of Origin« an, gefolgt von einer handschriftlichen Angabe der Nummer und des Datums des Freigabeauszuges aus dem französischen Zollabfertigungsregister. Die erforderlichen französischen Begleitdokumente lagen vor, und die edlen Tropfen waren als (von Zöllen befreite) »Gemeinschaftswaren« von den belgischen Zollbehörden abgefertigt worden. Benoît Dassonville ging daher davon aus, den von seinem Vater importierten Whisky rechtmäßig in Belgien verkaufen zu dürfen.

Damit waren Vater und Sohn Dassonville aber dem belgischen Recht mehr als nur einen Whisky voraus. Die belgischen Strafverfolgungsbehörden waren nämlich der Ansicht, diese Dokumente genügten nicht den Anforderungen der Königlichen Verordnung Nr. 57 aus dem Jahre 1934. Danach war es bei Strafe untersagt, Branntwein mit einer

von der belgischen Regierung rechtsgültig zugelassenen Ursprungsbezeichnung einzuführen und zu verkaufen, wenn dem Branntwein kein amtlicher Begleitschein beigelegt war, aus dem sich ergab, dass diese Bezeichnung zu Recht geführt wurde. Da Gustave und Benoît Dassonville den Whisky in Frankreich erworben hatten, war es praktisch unmöglich, an eine solche von den britischen Zollbehörden auszustellende Ursprungsbescheinigung heranzukommen. Gleichwohl wurde gegen die beiden ein Strafverfahren eröffnet. Sie hätten die erwähnten Etiketten auf den Flaschen in betrügerischer Absicht angebracht, um den Eindruck zu erwecken, sie seien für diesen Whisky im Besitz einer amtlichen Ursprungsbescheinigung, die sie in Wirklichkeit nicht besaßen.

Im Verlauf des Strafverfahrens wurde u. a. die Frage aufgeworfen, ob die belgische Verordnung als »Maßnahme gleicher Wirkung« nach Art. 30 EWG-Vertrag (heute: Art. 34 AEUV) anzusehen sei, also als eine Maßnahme, die wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne dieser Vorschrift wirkt. Denn das Erfordernis einer Bescheinigung aus dem Ursprungsland sei, so die Angeklagten, bei einem Erwerb in einem Drittstaat (hier also Frankreich) praktisch nicht zu bekommen. Es würde dazu führen, dass sie den Whisky überhaupt nicht einführen können, was dem Ziel des Binnenmarktes diametral zuwiderlaufe. Das belgische Strafgericht fand das jedenfalls nicht ganz unplausibel und legte dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Wege der Vorabentscheidung (heute: Art. 267 UAbs. 1 lit. a) AEUV) u. a. die folgende Auslegungsfrage vor: »Sind die Artikel 30, 31, 32, 33 und 36 des EWG-Vertrags dahin auszulegen, daß es als mengenmäßige Beschränkung oder als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen ist, wenn eine Bestimmung des nationalen Rechts u. a. die Einfuhr von Waren, wie etwa Branntwein, die einer bestimmten von einer nationalen Regierung rechtsgültig zugelassenen Ursprungsbezeichnung unterliegen, für den Fall untersagt, daß für diese Waren nicht eine von der Regierung des Exportlandes ausgestellte amtliche Urkunde vorliegt, in der die Berechtigung zur Verwendung dieser Bezeichnung bescheinigt wird?«¹

*Kontaktperson: Thorsten Kingreen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

¹ EuGH, Urt. v. 11. 07. 1974, Rs. 8/74 (ECLI:EU:C:1974:82), S. 841 (Dassonville).

II. Zeitumstände und Kernaussagen der Dassonville-Entscheidung

Der EuGH entschied am 11. Juli 1974. Blicken wir zurück auf eine Zeit, in der auch diese Ausbildungszeitschrift² noch nicht existierte:³ Vier Tage vor der EuGH-Entscheidung war Deutschland Fußball-Weltmeister geworden, auf Platz 1 der Single-Charts stand seit Wochen Abbas »Waterloo«, Helmut Schmidt war frisch gewählter Bundeskanzler, es gab noch die DDR, die Schmidts im Mai 1974 zurückgetretenen Vorgänger Willy Brandt ausspioniert hatte, und die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft bestand lediglich aus den sechs Gründungsstaaten und den am 1. Januar 1973 beigetretenen Mitgliedern Dänemark, Irland und dem Vereinigten Königreich.

Nur Eingeweihte kannten damals die Warenverkehrsfreiheit (seinerzeit Art. 30 EWGV; heute Art. 34 AEUV), den Prüfungsmaßstab für den Dassonville-Fall. Der gemeinsame Grundstrukturen andeutende Oberbegriff »Grundfreiheiten«, der heute auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs (Art. 63 AEUV) umfasst, war noch nicht geläufig. Das Europarecht, das noch in einem Atemzug mit dem Völkerrecht genannt wurde, war noch nicht einmal Pflichtfach in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung – obwohl der EuGH bereits ein Jahrzehnt zuvor die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts (wie es damals noch hieß) im Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Bürgerinnen und Bürgern⁴ und den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht⁵ anerkannt hatte und damit absehbar war, dass Gemeinschaftsrecht nationales Recht erheblich beeinflussen und verändern würde.

Die Dassonville-Entscheidung dürfte daher seinerzeit außer den Prozessbeteiligten kaum jemand als bahnbrechend wahrgenommen haben; es gibt keine mir bekannte zeitgenössische Urteilsanmerkung. Im Rückblick ist sie aber ein Meilenstein für das materielle europäische Unionsrecht und für den EuGH im Institutionengefüge der Gemeinschaft. Prüfungsmaßstab war der heutige Art. 34 AEUV,⁶ der

neben den (mittlerweile praktisch nicht mehr bedeutsamen) mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen auch »Maßnahmen gleicher Wirkung«, also Maßnahmen, die wie Einfuhrbeschränkungen wirken, verbietet. Eine Maßnahme gleicher Wirkung sei, so der EuGH in der Dassonville-Entscheidung erstmals, »jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.«⁷ Das ist die sog. Dassonville-Formel.

Die nachfolgende Subsumtion des EuGH unter diese Formel ist, um es vorsichtig zu sagen, nicht sonderlich konsistent. Sie beginnt nämlich mit Art. 36 S. 2 AEUV, wonach auch grundsätzlich rechtfertigungsfähige Beschränkungen (Art. 36 S. 1 AEUV) »weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen« dürfen.⁸ Dieser Zugang klärt zwar die Grenzen der möglichen Rechtfertigung von Eingriffen,⁹ aber nicht die rechtlichen Anforderungen an den Tatbestand des Eingriffs. Ein solcher Fall einer willkürlichen Diskriminierung oder verschleierten Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten könne, so der EuGH, vorliegen, wenn eine nationale Bestimmung den »Nachweis des Ursprungs eines Erzeugnisses an Formalitäten knüpft, denen ohne ernstliche Schwierigkeiten zu genügen praktisch allein die Direktimporteure in der Lage sind.« Daher stelle es eine rechtswidrige Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar, »wenn ein Mitgliedstaat eine Echtheitsbescheinigung verlangt, die sich der Importeur eines in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß im freien Verkehr befindlichen echten Erzeugnisses schwerer zu beschaffen vermag als der Importeur, der das gleiche Erzeugnis unmittelbar aus dem Ursprungsland einführt.«¹⁰

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens beantwortet der EuGH zwar nur Vorlagefragen eines mitgliedstaatlichen Gerichts und überlässt diesem die endgültige Entscheidung.¹¹ Aber die Antwort des EuGH war hinreichend deutlich: Die belgische Königliche Verordnung Nr. 57 vom Jahre 1934, die auch bei Importen aus einem Drittstaat (also nicht dem Ursprungsstaat Großbritannien) eine Echt-

² Zu ihrer 1979 beginnenden Geschichte s. das Editorial in Heft 1/2019.

³ Zur europarechtsspezifischen Kontextualisierung noch unten III.

⁴ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62 (ECLI:EU:C:1963:1), S. 12 ff. – van Gend & Loos.

⁵ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 (ECLI:EU:C:1964:66), S. 593 ff. – Costa/E.N.E.L.

⁶ Im Folgenden werden durchweg die aktuellen Nummerierungen verwendet.

⁷ EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74 (ECLI:EU:C:1974:82), Rn. 5 (Dassonville).

⁸ EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74 (ECLI:EU:C:1974:82), Rn. 5 (Dassonville).

⁹ Art. 36 S. 2 AEUV ist also eine Art Schranken-Schranke, s. T. Kingreen Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, 174 ff.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74 (ECLI:EU:C:1974:82), Rn. 10 (Dassonville).

¹¹ Dazu eingehend J. Buchheim Rechtsprechung ohne Fall, AöR 148 (2023), 521 ff.

heitsbescheinigung verlangt, verstößt gegen Art. 34 AEUV. Zwar mussten nach dieser Verordnung auch Importeure von Whisky aus Großbritannien eine solche Bescheinigung vorlegen; es liegt also keine unmittelbare Ungleichbehandlung vor, wohl aber eine mittelbare, denn der Import aus Drittstaaten wurde durch das Erfordernis der Echtheitsbescheinigung faktisch unmöglich gemacht. Eine mögliche Rechtfertigung nach Art. 36 S. 1 AEUV hat der EuGH nicht geprüft – weil er zum einen nicht danach gefragt wurde und auch, weil er davon ausging, dass ohnehin eine »verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten« (Art. 36 S. 2 AEUV) gegeben war.

Mit dem Verstoß der belgischen königlichen Verordnung gegen die Warenverkehrsfreiheit war das Strafverfahren erledigt: Die Verordnung war zwar nicht nichtig, weil das Unionsrecht keinen Geltungsvorrang vor nationalem Recht beansprucht, aber sie durfte in dem Strafverfahren nicht angewendet werden (Anwendungsvorrang).¹²

III. Kontextualisierung der Dassonville-Entscheidung

Die Dassonville-Formel erfüllt eine Funktion, die wir in Deutschland bisweilen der Dogmatik zuschreiben. Sie soll ein verlässliches, Rechtssicherheit schaffendes Prüfungsprogramm für die Grundfreiheiten bereitstellen, das nicht nur zur Lösung des konkreten Einzelfalls taugt, sondern aufgrund seiner Abstraktion die Zeit überdauert. Das hat sie geschafft, denn sie ist nach wie vor fester Bestandteil der Rechtsprechung des EuGH. Aber diese Dogmatik kann ohne ihren zeitgeschichtlichen europapolitischen Kontext¹³ nicht verstanden werden. Die Freilegung dieses Kontexts kann dazu beitragen, die Anforderungen dieser Formel einzuordnen und sie damit auch auf andere Fälle anzuwenden. Zudem können die konkreten Zeitumstände erklären, warum die Dassonville-Formel knapp 20 Jahre später durch die Keck-Formel beschränkt werden konnte bzw. musste.¹⁴

¹² S. dazu im Kontext der Grundfreiheiten etwa D. Ehlers/C. F. Germelmann Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl., 2023, § 12 Rn. 15.

¹³ Zur Notwendigkeit der Kontextualisierung insbesondere von älteren Gerichtsentscheidungen exemplarisch und lesenswert U. Haltern, 50 Jahre Solange I, JURA 2024, Heft 5.

¹⁴ Dazu IV. 2.

1. Weite der Dassonville-Formel: Nicht nur Diskriminierungs-, sondern auch Beschränkungsverbot

Ausgangspunkt ihrer Kontextualisierung ist die Weite der Dassonville-Formel. Sie knüpft an die Beschränkung des Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten an und nicht an das Vorliegen einer Diskriminierung; auch kommt es nicht darauf an, ob die mitgliedstaatliche Maßnahme protektionistisch motiviert ist.¹⁵ Die Warenverkehrsfreiheit schützt also nicht nur vor Ungleichbehandlungen, sondern sie erfasst auch Beschränkungen der Handelstätigkeit, die unterschiedslos für alle Waren gelten. Dementsprechend hat der EuGH in der Frühphase seiner Rechtsprechung Ladenschlussregelungen und sonntägliche Beschäftigungsverbote für Arbeitnehmer als Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit angesehen, obwohl diese für den Verkauf von Inlands- und Auslandsware sowie für inländische und ausländische Verkäufer gleichermaßen galten.¹⁶ Auch im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat es der EuGH ausreichen lassen, dass auch (aber eben nicht ausschließlich) grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen waren. So wurden die Transferregelungen eines nationalen Fußballverbandes als Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingestuft, obwohl diese den grenzüberschreitenden wie den inländischen Vereinswechsel gleichermaßen betrafen, also nicht diskriminierten.¹⁷

2. Das Verhältnis zwischen positiver und negativer Binnenmarktintegration

Der zugrunde liegende Sachverhalt hat die Weite der Dassonville-Formel nicht veranlasst, denn hier lag auch nach Meinung des EuGH eine Ungleichbehandlung zwischen dem Direktimport des Whiskys aus Großbritannien und dem Import aus anderen Mitgliedstaaten vor. Es hätte also ausgereicht, wenn der EuGH die Warenverkehrsfreiheit als Diskriminierungsverbot interpretiert hätte, das die Un-

¹⁵ Pechstein/Nowak/ Häde/ Haltern Frankfurter Kommentar zu EUV/ GRC/AEUV, 2. Aufl., 2023, Art. 34 AEUV Rn. 73; Calliess/Ruffert/Kingreen EUV/AEUV, 6. Aufl., 2022, Art. 34–36 AEUV Rn. 17.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Rs. C-312/89 (ECLI:EU:C:1991:93), Slg. 1991, I-997, Rn. 8 (Conforama u. a.); ferner: EuGH, Urt. v. 23.11.1989, Rs. C-145/88 (ECLI:EU:C:1989:593), Rn. 10 ff. (Torfaen Borough Council/B & Q PLC); EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Rs. C-332/89 (ECLI:EU:C:1991:94), Rn. 9 f. (Marchandise u. a.); EuGH, Urt. v. 16.12.1992, Rs. C-169/91 (ECLI:EU:C:1992:519), Rn. 16 f. (B & Q).

¹⁷ EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (ECLI:EU:C:1995:463), Rn. 103 (Bosman); zur Entwicklung der Dogmatik der Arbeitnehmerfreizügigkeit näher J. Gundel ZESAR 2023, 151 ff.

gleichbehandlung grenzüberschreitender gegenüber inländischen Sachverhalten verbietet.

Schon mit Blick auf den konkreten Sachverhalt ist die Weite der Dassonville-Formel also überraschend. Aber auch ihr normativer Kontext könnte dafür sprechen, die Warenverkehrsfreiheit und die anderen Grundfreiheiten entgegen der Dassonville-Formel primär als Diskriminierungsverbote anzusehen. Die Grundfreiheiten sind Pfeiler des Binnenmarktes, den Art. 26 Abs. 2 AEUV als »Raum ohne Binnengrenzen« bezeichnet. Sie sollen diese Grenzen abbauen; ihr Fokus sind föderale Gefährdungslagen, die eine typische Begleiterscheinung bündischer Systeme sind.¹⁸ Föderale Gefährdungslagen entstehen entweder dadurch, dass jeder Gliedstaat den Wettbewerb mit anderen Gliedstaaten durch gezielte Bevorzugung seiner Mitglieder zu beeinflussen sucht, oder dadurch, dass der Marktzugang für ausländische Personen oder Produkte erschwert wird, weil für sie ein Umstellungsaufwand anfällt, den Inländer nicht haben. Wenn beispielsweise für in Österreich vertriebene Zeitschriften ein sog. Zugabeverbot gilt (keine Preisausschreiben etc.),¹⁹ so kann das mit der protektionistischen Absicht Österreichs zu tun haben, die Zeitschriften der großen deutschen Verlage, die sich solche Preisausschreiben leisten können, vom österreichischen Markt fernzuhalten. Jedenfalls verursacht das Zugabeverbot für eine Zeitschrift, die in Deutschland mit einem solchen Preisausschreiben aufgelegt wird, einen erheblichen Mehraufwand, weil der Verlag spezielle Ausgaben nur für den österreichischen Markt produzieren müsste. Im Zweifel wird er daher von einem Verkauf in Österreich absehen.

In Reaktion auf diese föderalen Gefährdungslagen schlagen die Grundfreiheiten Brücken zwischen den unterschiedlichen Einzelrechtsordnungen, indem sie solche Hindernisse grundsätzlich unter Rechtfertigungszwang stellen. Sie gewährleisten damit den Zugang zu den Märkten. Das erklärt ihre Funktion als teilhaberechtlich ausgerichtete Diskriminierungsverbote,²⁰ aber nicht, warum sie darüber hinaus auch Beschränkungsverbote sein sollen, die letztlich Maßstab für alle mitgliedstaatlichen Regulierungen sind und sie damit funktional den Grundrechten, insbesondere der Berufs- und Unternehmensfreiheit (heute: Art. 15, 16 GRCh) annähern.

Dass die Dassonville-Formel dennoch auch nicht diskriminierende Beschränkungen erfasst, lässt sich auf die verfassungspolitische Statik der Zeit zurückführen. An sich lässt sich das Ziel, den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital im Binnenmarkt zu gewährleisten, auf zwei Wegen erreichen: durch legislatorische Rechtsangleichung und durch judikatorische Anwendung der Grundfreiheiten. Das oben erwähnte Problem unterschiedlicher wettbewerbsrechtlicher Anforderungen an Zugaben ließe sich entweder durch eine Richtlinie lösen, die insoweit europaweit einheitliche Anforderungen normiert oder eben durch eine EuGH-Entscheidung.

Die Frage der Zuständigkeit für die Verwirklichung des Binnenmarktes wird damit auch zu einer Frage der horizontalen Gewaltenteilung, die sich im Begriffspaar »Positive Integration – negative Integration« abbilden lässt. Als positive Integration kann man die aktiv gestaltende Politik der Harmonisierung bzw. Koordinierung durch Parlament und Rat bezeichnen, die den Binnenmarkt durch Maßnahmen der Rechtsetzung verwirklicht, gestützt insbesondere auf die allgemeine Binnenmarktkompetenz in Art. 114 AEUV. Diese positive Integration meint Art. 26 Abs. 1 AEUV, wenn er die Union anhält, die erforderlichen Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes zu erlassen. Hingegen meint negative Integration die Beseitigung nationaler Handelshemmnisse durch individuelle Aktivierung der Grundfreiheiten im Rahmen von konkreten Gerichtsverfahren.²¹

Die positive Integration durch Rechtsetzung befand sich seit Mitte der 1960er Jahre in einer Phase der Stagnation.²² Supranationale Integrationsvorstellungen mit dem Fernziel eines europäischen Bundesstaates kollidierten mit dem französischen Konzept eines »Europa der Vaterländer«, das nach dem Vorbild klassischer völkerrechtlicher Kooperation eine rein intergouvernementale Zusammenarbeit unter vollständiger Wahrung der mitgliedstaatlichen Souveränität vorgesehen hatte. Frankreich war daran gelegen, am damals ausnahmslosen Erfordernis der Einstimmigkeit im Rat (Art. 100 EWGV a.F.) festzuhalten, obwohl der EWGV vorgesehen hatte, dass ab dem Jahr 1966 in einigen Politikbereichen zu qualifizierten Mehrheitsentscheidungen übergegangen werden sollte. Der Konflikt kulmi-

18 T. Kingreen Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, 27 ff.

19 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 26. 06. 1997, Rs. C-368/95 (ECLI:EU:C:1997:325), Rn. 20 f. (Familiapress); dazu Kühling EuGRZ 1997, 296 ff.

20 Zu Grundlagen und Grenzen des Marktzugangskriteriums näher Calliess/Ruffert/Kingreen EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 34–36 AEUV Rn. 51 ff.

21 M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch/F. Scharpf Europäische Integration, 1996, 109 ff. Die Dichotomie von positiver und negativer Integration geht zurück auf J. Timbergen International Economic Integration, 2. Aufl. 1954, 117, 122, vgl. den Hinweis bei H. D. Faig Genealogie der Grundfreiheiten, 2020, 8.

22 Zum Folgenden etwa U. Haltern Europarecht. Dogmatik im Kontext. Bd. 1: Entwicklung, Institutionen, Prozesse, 3. Aufl. 2017, Rn. 98 ff.; T. Oppermann/C.-D. Classen/M. Nettesheim Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 2 Rn. 6 ff.

nierte schließlich in der Weigerung der französischen Vertreter, an den Beratungen des Rates teilzunehmen (»Politik des leeren Stuhls«). Auch danach wurde die Rechtsetzung, für die im Rat nach wie vor das Einstimmigkeitserfordernis galt, nicht leichter. Die 1973 beigetretenen Mitgliedstaaten Dänemark, Irland und Großbritannien verkomplizierten das politische Entscheidungsverfahren eher noch stärker. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft hatte – zum ersten, aber nicht zum letzten Mal in ihrer Geschichte – neue Mitgliedstaaten aufgenommen, ohne dies mit den notwendigen institutionellen Veränderungen der Gemeinschaft zu verknüpfen.

In diese Zeit fiel die Dassonville-Entscheidung. Die Funktionsschwäche der Legislative (damals vor allem der Rat) begünstigte das Voranschreiten der negativen Integration, die sich jenseits von Kompetenzverteilung und der Mühen der politischen Konsensfindung vollzieht. Im Bereich der Grundfreiheiten trug dazu ein hinreichend flexibler Prüfungsmaßstab bei, mit dem sich der EuGH die notwendige »Beinfreiheit« vermittelte und der ihn institutionell gegenüber den schwachen Legislativorganen (ein unmittelbar von den Unionsbürgern und -bürgerinnen gewähltes Europäisches Parlament gab es noch nicht) stärkte. Am Maßstab und mit Hilfe der Dassonville-Formel konnten auch diejenigen Beschränkungen, die zuvor aus politischen Gründen im Wege positiver Integration nicht hatten beseitigt werden können, abgebaut werden.

In der Literatur wurde zwar immer wieder kritisch vermerkt, dass daraus in einzelnen Politikfeldern eine Asymmetrie zwischen der nur schwach ausgeprägten positiven Integration und der fortschreitenden negativen Integration erwachse, die zu einer problematischen Aufspaltung der Gemeinwohlverantwortung führe: Der Union fehle die Kompetenz zu positiver Rechtsetzung, die für die Rechtsetzung zuständigen Mitgliedstaaten verlieren aber aufgrund des weiten Verständnisses der Grundfreiheiten zunehmend die Fähigkeit, auf sozial und ökologisch unerwünschte Nebenfolgen grenzüberschreitender Transaktionen zu reagieren.²³ Diese Kritik ist zwar noch von der überkommenen Vorstellung einer Monopolisierung der Gemeinwohlverantwortung beim Nationalstaat geprägt. Richtig ist aber jedenfalls die Beobachtung, dass die richterlichen Prüfungsmaßstäbe das Ausmaß der negativen Integration und damit die horizontale und vertikale Gewaltenteilung im europäischen Verfassungsverbund austarieren. Je weiter der EuGH die Grundfreiheiten auslegt, desto geringer werden die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspiel-

räume und desto weniger besteht ein Bedürfnis nach Rechtsetzung durch Rat und Parlament. Durch deren Schwäche schlug 1974 die Stunde des EuGH.

Die Dassonville-Formel war daher kein Instrument der Rechtsdogmatik, das die spezifisch föderale Funktion der Grundfreiheiten reflektierte. Sie war vielmehr der zwar sehr unbestimmte, dafür aber hinreichend flexible Maßstab, mit dem sich der EuGH in die Lage versetzt hat, die Verwirklichung des Binnenmarktes wesentlich mitzugestalten.

IV. Folgerechtsprechung

1. Cassis de Dijon (1979)

Die Dassonville-Formel war aufgrund ihrer tatbestandlichen Weite kaum geeignet, binnenmarktrelevante Beeinträchtigungen von solchen Beschränkungen abzugrenzen, die einfach nur die wirtschaftliche Betätigung betrafen. Auch hatte der EuGH in Dassonville noch nicht zu der Frage Stellung genommen, in welchen Fällen solche Beeinträchtigungen gerechtfertigt werden können.

Alle Grundfreiheiten enthalten Schrankenbestimmungen, die zum Schutze bestimmter Rechtsgüter zu Beeinträchtigungen ermächtigen (vgl. Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62 i. V. m. 52, 65 AEUV). Insbesondere sind bei allen Grundfreiheiten Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und/oder Sicherheit sowie – mit Ausnahme der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit – der Gesundheit zugelassen. Die Schrankenbestimmungen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH wegen ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen.²⁴ Das gilt insbesondere für die Tatbestände der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die wesentlich enger gefasst werden als etwa im deutschen Polizei- und Sicherheitsrecht und im Völkerrecht (vgl. Art. 6 EGBGB). Beide finden nur Anwendung, wenn »eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.«²⁵ Einem weiten Verständnis auf der Schutzbereichs- und Beeinträchtigungsebene steht damit eine vergleichsweise enge Interpretation der grundfreiheitlichen Vorbehalte gegen-

²³ Böckenförde *Welchen Weg geht Europa?*, 1997, 22 ff.; konzise Aufarbeitung der Debatte bei Höpner/Schmidt CYELS 2020, 1 (5 ff.).

²⁴ EuGH, Urt. v. 25.01.1977, Rs. 46/76 (ECLI:EU:C:1977:6), Rn. 12/15 (Bauhuis/Niederlande); EuGH, Urt. v. 19.03.1991, Rs. C-205/89 (ECLI:EU:C:1991:123), Rn. 9 (Kommission/Griechenland).

²⁵ EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02 (ECLI:EU:C:2004:614), Rn. 30 (Omega); vgl. ferner bereits EuGH, Urt. v. 10.07.1984, Rs. 72/83 (ECLI:EU:C:1984:256), Rn. 33 f. (Campus Oil Limited/Minister für Industrie und Energie); EuGH, Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-398/98 (ECLI:EU:C:2001:565), Rn. 29 ff. (Kommission/Griechenland).

über. Da dies die Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten im Hinblick auf entgegenstehende Individual- und Allgemeininteressen unvertretbar beschränken würde, hat der EuGH in der Entscheidung *Cassis de Dijon* weitere Rechtfertigungstatbestände kreiert.

In der 1979 ergangenen Entscheidung ging es erneut um Alkohol. § 100 Abs. 3 des deutschen Branntweinmonopolgesetzes hatte vorgesehen, dass Fruchtliköre nur mit einem Alkoholgehalt von mindestens 25 % in den Verkehr gebracht werden durften. Die Rewe-Unternehmensgruppe beantragte nun bei der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, die Genehmigung für die Einfuhr des französischen Johannisbeerlikörs *Cassis de Dijon*, der einen Weingeistgehalt zwischen 15 und 20 % hat und in Frankreich frei erhältlich ist. Die Bundesmonopolverwaltung lehnte dies unter Hinweis auf § 100 Abs. 3 Branntweinmonopolgesetz ab. Das dagegen angerufene Hessische Finanzgericht legte den Fall dem EuGH vor. Die Entscheidung des EuGH enthält drei wesentliche Aussagen, die jeweils um die Frage ranken, welche Rechtsordnung über die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen des Likörs zu befinden hat, wenn es an einer gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung (positive Integration!) fehlt.²⁶

Die erste Aussage ist kompetenzrechtlicher Natur: Der Erlass von Vorschriften über die Herstellung und Vermarktung von Waren fällt in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, wenn und soweit es an einer Gemeinschaftsregelung fehlt.²⁷ Es gilt also grundsätzlich das Recht des Bestimmungsstaates.

Allerdings müssen, so die zweite Aussage, in einem Mitgliedstaat hergestellte und in den Verkehr gebrachte Waren auch dann gemeinschaftsweit zirkulieren können, wenn es an einer Regelungskompetenz der Union fehlt. Dogmatisch geht es um den Prüfungspunkt »Beeinträchtigung der Grundfreiheiten«: Diese ist gegeben, wenn die Einfuhr von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, und der Zugang von Personen, die im Herkunftsstaat die für eine berufliche Betätigung erforderlichen Voraussetzungen erfüllen, be- oder verhindert werden.²⁸ Das ist auch eine kollisionsrechtliche Aussage: Das Herkunftslandprinzip tritt nämlich mit der Verpflichtung zu gegenseitiger Anerkennung an dasjenige des Bestimmungsstaates, ja es wird eine Vermutung dafür aufgestellt, dass sich eine Ware, die rechtmäßigerweise in einem Mitgliedstaat in Verkehr gebracht

worden ist, auch in anderen Mitgliedstaaten zirkulieren können muss. Das hier erstmals etablierte Prinzip gegenseitiger Anerkennung beruht auf der Grundannahme »wechselseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in den Inhalt und die Wirklichkeit ihrer Rechtssysteme.«²⁹ Ein anderer Begründungsansatz fußt auf der ökonomischen Theorie eines kompetitiven Föderalismus, der zufolge es im Interesse eines Wettbewerbs innerhalb des Gesamtsystems sinnvoll sein kann, Regelungsunterschiede zwischen den konkurrierenden Einzelsystemen beizubehalten. Damit werden einerseits die politischen Akteure angeregt, im Wettbewerb mit anderen Systemen nach den besten Lösungen zu suchen; zugleich wird die Kontrolle durch die privaten Wettbewerber argumentativ gestärkt, weil diese unter Hinweis auf bessere Regelungen in anderen Mitgliedstaaten mit Widerspruch oder gar Abwanderung reagieren.³⁰ In der Nachfolge der *Cassis*-Entscheidung ist das Prinzip gegenseitiger Anerkennung insbesondere auch von der Kommission als neue Strategie für die positive Integration aktiviert worden,³¹ nachdem die Harmonisierung regelmäßig am Einstimmigkeitsprinzips im Rat gescheitert war. Der EuGH war damit, mittels der durch ihn vorangetriebenen negativen Integration, der Vorreiter für eine neue Methode der positiven Integration.

Allerdings gilt das Herkunftslandprinzip, so die dritte Kernaussage der Entscheidung, nicht ausnahmslos: »Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben,« müssen nämlich hingenommen werden, »soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden.«³² Diese Wendung etabliert eine ungewohnte (weil ungeschriebene) Kategorie von Einschränkungenmöglichkeiten (»zwingende Erfordernisse«). Ihre wesentliche Funktion besteht darin, die Weite der *Dassonville*-Formel einzufangen, indem sie einen zweiten Typus von Rechtfertigungsgründen etabliert, die das Bestimmungslandprinzip gegenüber dem Herkunftslandprinzip stärken.

²⁶ Calliess/Ruffert/Kingreen 6. Aufl. 2022, Art. 34–36 AEUV Rn. 45–48.

²⁷ EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78 (ECLI:EU:C:1979:42), Rn. 8 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein).

²⁸ EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78 (ECLI:EU:C:1979:42), Rn. 8 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein).

²⁹ von der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff/Europäisches Unionsrecht. Kommentar, 7. Aufl. 2015, Art. 34 AEUV Rn. 191.

³⁰ Mussler Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, 1998, 68 ff.

³¹ Vgl. das Weißbuch der Kommission an den Rat, KOM 85, 310 endg., 61 (63 ff.).

³² EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78 (ECLI:EU:C:1979:42), Rn. 8 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein).

2. Keck & Mithouard (1993)

Während die Entscheidung *Cassis de Dijon* die Weite der Dassonville-Formel von der Rechtfertigungsseite her kompensiert hat und daher noch als ihre konzeptionelle Ergänzung angesehen werden konnte, bedeutete die 1993 ergangene Entscheidung Keck einen offenen Bruch mit Dassonville.

a) Die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen

Im zugrunde liegenden Fall wurden Bernard Keck und Daniel Mithouard, zwei Leiter von Einkaufszentren in Frankreich, wegen des Verkaufs von Waren unterhalb des Einkaufspreises von französischen Gerichten verurteilt. Beide klagten dagegen und beriefen sich u. a. auf die Unvereinbarkeit des französischen Verbotes mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV), da in anderen Ländern keine Beschränkungen hinsichtlich eines Verkaufes von Waren unterhalb des Einstandspreises vorlagen.

Der EuGH gelangte in dieser Entscheidung zu dem Schluss, »dass die Wirtschaftsteilnehmer nicht jedwede Regelung wegen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit beanstanden können, »die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt«³³. Diese deutlichen Worte haben eine Vorgeschichte in einer Vielzahl von Fällen, deren Binnenmarktbezug kaum mehr erkennbar war, die aber auf der Grundlage der bisherigen Formeln erst auf der Rechtfertigungsebene gelöst werden konnten. So hatte der EuGH in Bezug auf Ladenschlussregelungen zwar eingestanden, es sei wenig wahrscheinlich, dass die Schließung der Läden »die Verbraucher veranlasst, endgültig vom Erwerb von Erzeugnissen abzusehen, die an den anderen Wochentagen erhältlich sind.« Doch könne das fragliche Verbot das Verkaufs- und damit auch das Einfuhrvolumen negativ beeinflussen und sei daher als Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit einzuordnen.³⁴

Die Feststellung negativer Auswirkungen auf das Einfuhrvolumen war eine konsequente Anwendung der Dassonville-Formel, zugleich aber auch der Nachweis ihrer völ-

ligen Substanzlosigkeit. Denn Ladenschlussregelungen treffen in- und ausländische Gewerbetreibende gleichermaßen, und es ist auch nicht ersichtlich, dass Ausländer einen besonderen Umstellungsaufwand hätten, den Inländer nicht haben. Jede wirtschaftsregulierende Maßnahme wird so zu einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten, auch dann, wenn sie inländische Gewerbetreibende genau so trifft wie ausländische.

1993 hat sich der EuGH daher zu einer seiner seltenen Rechtsprechungswenden durchgerungen: Entgegen der bisherigen Rechtsprechung sei daher »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 [...] 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 gleicher Weise berühren.« Derartige Regelungen seien nämlich »nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun.«³⁵ Damit werden für die Warenverkehrsfreiheit bereits auf der Beeinträchtigungsebene zwei formale Kategorien gebildet, die an die Stelle eher kasuistischer Wertungen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Rechtfertigungsebene treten:³⁶ Produktbezogene Regelungen, die Vorschriften über die Ware selbst enthalten (etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung), sind weiterhin als Beeinträchtigungen anzusehen. Bei vertriebsbezogenen Regelungen (sog. Verkaufsmodalitäten) soll das hingegen nur noch gelten, wenn diese den Absatz ausländischer Erzeugnisse im Vergleich zu inländischen Erzeugnissen erschweren.

Die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen beruht auf der Überlegung, dass Regelungen, die bestimmte Anforderungen an das Produkt enthalten, grundsätzlich geeignet sind, bereits den Zugang zum Markt in Frage stellen. Regelungen, die hingegen nur den Vertrieb eines Produktes (oder, bei Übertragung auf die Personenverkehrsfreiheiten, die Berufsausübung) betreffen, greifen hingegen erst nach dem Zugang auf den Markt und treffen zudem die inländischen Marktteilnehmer meis-

33 EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267 u. 268/91 (ECLI:EU:C:1993:905), Rn. 14 (Keck und Mithouard).

34 EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Rs. C-312/89 (ECLI:EU:C:1991:93), Rn. 8 (Conforama u. a.); ferner: EuGH, Urt. v. 23.11.1989, Rs. C-145/88 (ECLI:EU:C:1989:593), Rn. 10 ff. (Torfaen Borough Council/B & Q PLC); EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Rs. C-332/89 (ECLI:EU:C:1991:94), Rn. 9 f. (Marchandise u. a.); EuGH, Urt. v. 16.12.1992, Rs. C-169/91 (ECLI:EU:C:1992:519), Rn. 16 f. (B & Q).

35 EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267 u. 268/91 (ECLI:EU:C:1993:905), Rn. 16 f. (Keck und Mithouard).

36 A. Adrian EWS 1998, 288 (291).

tens ebenso wie die ausländischen. In der Entscheidung *Keck* weist der EuGH dementsprechend im Anschluss an die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen darauf hin, diskriminierungsfreie Regelungen über den Verkauf von Erzeugnissen seien »nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut«³⁷.

Die Sicherstellung des Marktzugangs ist also die Begründung für die Unterscheidung zwischen verkaufs- und vertriebsbezogenen Regelungen. Sie soll die unterschiedliche Eignung von produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen zur Segmentierung der Märkte abbilden. Das zeigt plastisch der Fall *Mars*. Die Mars GmbH vertrieb europaweit in Frankreich rechtmäßig hergestellte Eiskremriegel, die auf der Verpackung den Aufdruck »+ 10 %« erhielten. Das Landgericht Köln, das darin eine Irreführung i.S.v. § 3 UWG sah, legte dem EuGH die Frage vor, ob eine solche Auslegung mit Art. 34 AEUV vereinbar sei. Der EuGH verneint das, da ein Verbot den Importeur dazu zwingen würde, die Ausstattung seiner Erzeugnisse je nach dem Ort des Inverkehrbringens unterschiedlich zu gestalten und demgemäß die zusätzlichen Verpackungs- und Werbungskosten zu tragen.³⁸ Bei nur geringfügiger Abwandlung wird aus diesem produktbezogenen ein vertriebsbezogenes (und damit hier in Ermangelung einer Diskriminierung unproblematisches) Verbot, etwa, wenn eine entsprechende Werbetafel verboten würde. Dieses Verbot würde den Hersteller nämlich nicht an der europaweit einheitlichen Konzeption und Verpackung seiner Ware und damit auch nicht am Marktzugang hindern. Hintergrund der *Keck*-Differenzierung ist also letztlich die marktaufsplitternde Wirkung eines nationalen Verbotes, die nur dann vorliegt, wenn ein Produkt nicht mehr einheitlich für den Binnenmarkt hergestellt werden kann.

b) Spezifizierung und Relativierung der *Keck*-Kriterien

Das *Keck*-Urteil war Auslöser für unzählige rechtswissenschaftliche Publikationen, in denen vor allem die Herausarbeitung gemeinsamer, dogmatischer Strukturen der Grundfreiheiten im Vordergrund stand.³⁹ Allerdings machte

sich alsbald Ernüchterung breit.⁴⁰ Die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen lässt sich einigermaßen bruchlos nur noch auf die anderen Produktverkehrsfreiheiten (namentlich als die Dienstleistungsfreiheit) übertragen,⁴¹ passt aber für die Personenverkehrsfreiheiten nicht.

Vor allem aber zeigten nachfolgende Entscheidungen, dass die *Keck*-Formel in Zweifelsfällen gerade nicht für die erforderliche Klarheit gesorgt hat, weil sie eine Abgrenzbarkeit zwischen der Produktion einer Ware und ihrem Vertrieb suggeriert, die bei modernen Vermarktungskonzepten, bei denen Produktgestaltung und -vermarktung ineinander greifen, undurchführbar ist.⁴² So ist zwar die Werbung meist nicht Teil des Produkts selbst, sondern seiner Vermarktung, also seines Vertriebs. Dennoch können Werbebeschränkungen oder -verbote den Marktzugang in einer für den Binnenmarkt relevanten Weise unterbinden: Ein Werbeverbot für Erzeugnisse, »deren Genuss mit herkömmlichen gesellschaftlichen Übungen sowie örtlichen Sitten und Gebräuchen verbunden ist«, ist nach Ansicht des EuGH geeignet, »den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern, als er dies für inländische Erzeugnisse tut, mit denen der Verbraucher unwillkürlich besser vertraut ist.«⁴³ Diese Begründung lässt sich noch mit der *Keck*-Formel vereinbaren, wenn man sie im Sinne einer diskriminierenden vertriebsbezogenen Maßnahme interpretiert.⁴⁴ Doch davon löst sich der Gerichtshof, wenn er unter Hinweis auf seine Rechtsprechung vor dem Urteil *Keck* formuliert, »dass es ein Einfuhrhindernis darstellt, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer ein Werbesystem aufgeben muss, das er für besonders wirksam

³⁷ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267 u. 268/91 (ECLI:EU:C:1993:905), Rn. 17.

³⁸ EuGH, Urt. v. 06.07.1995, Rs. C-470/93 (ECLI:EU:C:1995:224), Rn. 13 (*Mars*).

³⁹ *Classen* EWS 1995, 97 ff.; *Eberhartinger* EWS 1997, 43 ff.; *Eilmansberger* JBl. 1999, 345 ff., 434 ff.; *Jarass* EuR 1995, 202 ff.; *Kingreen/Störmer* EuR 1998, 263 ff.

⁴⁰ Das Folgende im Wesentlichen aus Festschrift *Jarass/Kingreen* 2015, 54 ff.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 (ECLI:EU:C:1995:126), Rn. 36 (*Alpine Investments*) für die Dienstleistungsfreiheit und EuGH, Urt. v. 13.5.2003, Rs. C-98/01 (ECLI:EU:C:2003:272), Rn. 45 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich) für die Kapitalverkehrsfreiheit. Weitergehend *A. Brigola* Das System der EU-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, 2004, 50 ff., 77 ff., 108 ff., 143 ff.

⁴² *T. Ackermann* RIW 1994, 189 (193); *Schwarze/Becker* EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 34 AEUV Rn. 48 f.

⁴³ EuGH, Urt. v. 8.3.2001, Rs. C-405/98 (ECLI:EU:C:2001:135), Rn. 21 (*Gourmet International Products*). Tendenziell zurückhaltender insoweit noch EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-189/95 (ECLI:EU:C:1997:504), Rn. 58 ff. (Franzén).

⁴⁴ Kritischer GA *Maduro* Schlussantrag zu EuGH, Urt. v. 14.09.2006, Rs. C-158/04 und C-159/04 (ECLI:EU:C:2006:562), *Alfa Vita Vassilopoulos* Ziff. 29. wonach sich der Gerichtshof bereits in dieser Entscheidung »von den Vorgaben der Rechtsprechung *Keck* und *Mithouard* entfernt«.

hält.⁴⁵ Dieser Schluss von der diskriminierungsfreien Vertriebsbeschränkung auf die Behinderung des Produktzugangs untergräbt die Grundlagen der *Keck*-Rechtsprechung: Wenn es eine kategoriale Unterscheidung zwischen dem Produkt und seinem Vertrieb geben soll, so kann nicht von einer Vertriebs- auf die Produktbeschränkung geschlossen werden.

Das letzte Kapitel in der Geschichte der Grundfreiheiten waren dann die sog. Nutzungsbeschränkungen. Diese betreffen nicht die Merkmale eines Produkts, sondern dessen Nutzung.⁴⁶ etwa eine italienische Regelung, die das Ziehen von Anhängern im Wesentlichen vierrädrigen Kraftfahrzeugen vorbehält und damit Motorräder und dreirädrige Kraftwagen von dieser Möglichkeit ausschließt,⁴⁷ eine portugiesische Bestimmung, die die Verwendung von farbigen Folien an den Scheiben von Kraftfahrzeugen verbietet⁴⁸ oder ein schwedisches Gesetz, das die Nutzung von Wassermotorrädern auf öffentliche Wasserstraßen und weitere von den jeweiligen Provinzregierungen zu benennende weitere Wasserflächen beschränkt.⁴⁹ Zwei weitere Generalanwälte haben diese Fälle zum Anlass genommen, sich eingehender mit der *Keck*-Formel zu befassen: Nach Ansicht von Generalanwältin *Kokott* stellt sich bei Nutzungsbeschränkungen die im *Keck*-Urteil aufgeworfene Frage, »ob jede Maßnahme, die sich potenziell auch auf das Volumen des Absatzes von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten auswirkt, als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen ist.«⁵⁰ Würde man das bejahen, wären etwa das Verbot, mit Geländewagen abseits der Verkehrsstraßen im Wald zu fahren, oder Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Autobahnen Maßnahmen gleicher Wirkung, weil sie möglicherweise Personen davon abhielten, Geländewagen oder besonders schnelle Autos zu kaufen.⁵¹ Um das zu verhindern, schlägt sie vor, Nutzungsbeschränkungen ebenso wie Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich von

Art. 34 AEUV herauszunehmen, da sie ebenso wie diese erst nach der Einfuhr eines Produkts eingreifen und daher den Marktzugang nicht behinderten. Für Generalanwalt *Bot* zeigt die schwierige Einordnung der Nutzungsbeschränkungen in die Kategorien der *Keck*-Formel hingegen, dass diese das Ziel, den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV klarzustellen und seine Durchführung zu erleichtern, insgesamt verfehlt hat.⁵² Der EuGH vermeidet eine Einordnung der Nutzungsbeschränkungen in die Kategorien der *Keck*-Formel. Er hält zwar formal nach wie vor an ihr fest,⁵³ entwickelt sie aber zu einer neuen Formel fort, in der die Behinderung des Marktzugangs eine, aber nicht die einzige Kategorie bildet. Maßnahmen gleicher Wirkung sind danach diejenigen Maßnahmen eines Mitgliedstaates, »mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, sowie 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, selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten [...]. Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.«⁵⁴ Das Kriterium der Diskriminierung wird durch diese neue Formel zwar wieder stärker in den Vordergrund gestellt; eine generelle Trendwende hin zu einem gleichheitsrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten dürfte damit aber kaum verbunden sein.

V. Funktionale Abgrenzung der Grundfreiheiten von Unionsgrundrechten

50 Jahre nach *Dassonville* ist es still geworden um die Grundfreiheiten. Die großen Streitfragen sind zwar nicht gelöst, aber es gibt kaum noch Fälle.

Das lässt sich erklären: Die Grundfreiheiten sind in ihrer Existenz von der Unterschiedlichkeit der Rechtsord-

45 EuGH, Urt. v. 15.07.2004, Rs. C-239/02 (ECLI:EU:C:2004:445), Rn. 52 (*Douwe Egberts*) mit Bezug auf EuGH, Urt. v. 12.12.1990, Rs. C-241/89 (ECLI:EU:C:1990:459), Rn. 29 (*SARPP*).

46 Europäische Kommission. Der freie Warenverkehr. Leitfaden zur Anwendung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr, 2010, 15.

47 EuGH, Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05 (ECLI:EU:C:2009:66) (*Kommission/Italien*).

48 EuGH, Urt. v. 10.4.2008, Rs. C-265/06 (ECLI:EU:C:2008:210) (*Kommission/Portugal*).

49 EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-142/05 (ECLI:EU:C:2009:336), (*Mickelsson und Roos*).

50 GA *Kokott*, Schlussantrag zu EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-142/05 (ECLI:EU:C:2009:336), Ziff. 44 (*Mickelsson und Roos*).

51 GA *Kokott*, Schlussantrag zu EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-142/05 (ECLI:EU:C:2009:336), Ziff. 45 (*Mickelsson und Roos*).

52 GA *Bot*, Schlussantrag zu EuGH, Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05 (ECLI:EU:C:2009:66), Rn. 77, 79 ff., 84 (*Kommission/Italien*).

53 EuGH, Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05 (ECLI:EU:C:2009:66), Rn. 36 (*Kommission/Italien*).

54 EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-142/05 (ECLI:EU:C:2009:336), Rn. 24 (*Mickelsson und Roos*) unter Hinweis u.a. auf EuGH, Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05 (ECLI:EU:C:2009:66), Rn. 37 (*Kommission/Italien*), wo das *Keck*-Urteil als Ausgangspunkt für die neue Formel dient (dort Rn. 36).

nungen und den daraus erwachsenden föderalen Gefährdungslagen abhängig. Für sie gilt, was der deutsche Staatsrechtslehrer *Paul Laband* bereits für Art. 3 der Reichsverfassung 1871 (RV) prognostiziert hatte, dass nämlich ihre praktische Bedeutung »die Fortdauer der Partikularrechte der Einzelstaaten zur wesentlichen Voraussetzung hat und dass die praktische Bedeutung in demselben Umfange aufhört, als die Ausbildung des gemeinen Rechts voranschreitet.«⁵⁵ Deshalb fristet etwa Art. 33 Abs. 1 GG, die Nachfolgenorm von Art. 3 RV, heute ein Mauerblümchendasein, weil die grundgesetzliche Kompetenzordnung ein Maß an Zentralisierung der Rechtsetzung ermöglicht hat, dass sich die Frage der föderalen Gefährdungslagen zwischen den deutschen Ländern praktisch kaum mehr stellt – noch unter der Reichsverfassung hatte gerade dieser innerföderale Gleichbehandlungsanspruch (vergleichbar mit den Grundfreiheiten) zu den zentralen Streitfragen gehört.⁵⁶

Die Grundfreiheiten könnten also bald das Schicksal von Art. 33 Abs. 1 GG teilen. Es gibt kaum noch ein Teilrechtsgebiet, das nicht auch durch Rechtsetzung der Union beeinflusst wird, in der mittlerweile Rat und Parlament gleichberechtigte Gesetzgeber sind, die in den meisten Fällen nach dem Mehrheitsprinzip entscheiden. Oftmals war es in der Vergangenheit sogar so, dass die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten diese Rechtsetzung erst begünstigt hat. So hat der EuGH seit 1998 in einer Fülle von Entscheidungen aus der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit Ansprüche auf grundsätzlich diskriminierungsfreie Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in anderen Mitgliedstaaten abgeleitet.⁵⁷ 13 Jahre später erließ

dann der Unionsgesetzgeber die Patienten-Richtlinie 2012/24/EG, die diese Rechtsprechung sehr weitgehend kodifiziert und die mittlerweile auch unmittelbar anwendbar ist. Wenn nunmehr Mitgliedstaaten die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in einem anderen Mitgliedstaat behindern, sind dafür die sachnäheren Bestimmungen der Richtlinie maßgebend; die allgemeinen Grundfreiheiten sind nicht mehr erforderlich.

Die Grundfreiheiten sind damit gewissermaßen das Opfer ihres eigenen Erfolgs geworden. Sie haben in vielen Bereichen die Schaffung von Sekundärrecht und damit eines einheitlichen Rechtsrahmens veranlasst, der sie nunmehr überflüssig macht. An die Stelle der negativen Integration durch die gerichtliche Anwendung der Grundfreiheiten ist die positive Integration durch Rechtsetzung getreten.⁵⁸ Dieses Sekundärrecht ist es nun, das auch grundrechtliche Spannungen erzeugt; es ist daher am Maßstab der Grundrechte der Grundrechtecharta zu messen. Die Bedeutung der Grundrechte nimmt daher in dem Maße zu, in dem diejenige der Grundfreiheiten abnimmt: Was die Grundfreiheiten mitgeschaffen haben (nämlich das den Binnenmarkt konstituierende Sekundärrecht), müssen die Unionsgrundrechte nunmehr legitimieren. Je mehr Rechtsvereinheitlichung durch Sekundärrecht es also gibt, desto mehr spielen die Unionsgrundrechte und desto weniger die Grundfreiheiten eine Rolle.

Der Abstieg der Grundfreiheiten steht damit nun in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Aufstieg der Unionsgrundrechte. Die Dassonville-Entscheidung stand vor 50 Jahren am Beginn dieser Entwicklung. Sie ist ein Meilenstein in der Rechtsprechung des EuGH.

⁵⁵ *P. Laband* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. I, 5. Aufl. 1911, 186.

⁵⁶ Vgl. dazu *T. Kingreen* Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, 28.

⁵⁷ Vgl. dazu mit Nachweisen auf diese Rechtsprechung *Becker/Kingreen* SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 9. Aufl. 2024, § 13 Rn. 38 ff.

⁵⁸ Zu dieser Unterscheidung bereits oben III. 2.