

Jessica Koch

**ENTWICKLUNG, FUNKTIONSWEISE UND
DURCHSETZUNG DES PRINZIPS DER
GEGENSEITIGEN ANERKENNUNG IM
INNERGEMEINSCHAFTLICHEN WARENVERKEHR**

**unter besonderer Einbeziehung der Verordnung
zur Anwendung nationaler technischer Vorschriften**



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

ENTWICKLUNG, FUNKTIONSWEISE
UND DURCHSETZUNG DES PRINZIPS
DER GEGENSEITIGEN
ANERKENNUNG IM
INNERGEMEINSCHAFTLICHEN
WARENVERKEHR –

UNTER BESONDERER EINBEZIEHUNG DER
VERORDNUNG ZUR ANWENDUNG NATIONALER
TECHNISCHER VORSCHRIFTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Trier

Vorgelegt von
Jessica Koch
aus Göttingen

2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2010

Zugl.: Trier, Univ. Diss., 2009

978-3-86955-307-8

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Meinhard Schröder

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Peter Reiff

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 2010

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2010

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2010

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-307-8

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Anfang Juni 2009 berücksichtigt. Der Vertrag von Lissabon, der den EU-Vertrag und den EG-Vertrag reformiert hat, ist zum 1. Oktober 2009 in Kraft getreten. Die für den freien Warenverkehr relevanten Artikel haben sich inhaltlich nicht geändert (Art. 34 – 36 AEUV; ex-Art. 28 – 30 EGV).

Dank sagen möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Meinhard Schröder für die Betreuung meiner Arbeit und die schnelle Korrektur. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei meinen Eltern, ohne deren Unterstützung die Erstellung dieser Arbeit so nicht möglich gewesen wäre.

Freiburg, den 30. März 2010

Jessica Koch

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	i
Abkürzungsverzeichnis	iv
Einleitung.....	1
1. Teil Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	5
A. Innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften als technische Handelshemmnisse	5
B. Methoden zur Handhabung unterschiedlicher innerstaatlicher Vorschriften	6
I. Inländergleichbehandlung.....	6
II. Harmonisierung.....	6
III. Gegenseitige Anerkennung	7
C. Entwicklung der gegenseitigen Anerkennung zu einem grundlegenden Binnenmarktprinzip	8
I. Überlegungen der Kommission zur gegenseitigen Anerkennung in den 60er Jahren	9
II. Der Europäische Gerichtshof in der Rolle des Wegbereiters der gegenseitigen Anerkennung als Integrationsinstrument	11
D. Tatbestandliche Voraussetzungen für die Geltung der gegenseitigen Anerkennung	32
I. Begünstigte Ware	32
II. Maßnahmen gleicher Wirkung.....	41
E. Beweislastverteilung	53
I. Erleichterung der Beweislast.....	55
II. Beweislast- und Kostentragungspflicht	56
F. Prüfung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus	57
I. Mögliche Ergebnisse einer Gleichwertigkeitsprüfung.....	59
II. Anerkennung im Herkunftsland durchgeführter Kontroll- und Prüfverfahren	60
III. Anerkennung der Kompetenz von Konformitätsbewertungsstellen	61
G. Gegenseitiges Vertrauen und gegenseitige Anerkennung	62

H.	Gegenseitige Anerkennung und Harmonisierung	64
I.	Regulatorischer Wettbewerb, „Race to the bottom“ und indirekte Harmonisierung.....	64
II.	Harmonisierungspolitik	68
III.	Das rechtliche Verhältnis zwischen den Integrationsinstrumenten der gegenseitigen Anerkennung und der Harmonisierung	77
I.	Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung	80
I.	Klage- und Vertragsverletzungsverfahren	81
II.	Gleichwertigkeitsklauseln.....	83
III.	Informationsrichtlinie 98/34/EG	88
IV.	Meldeverfahren der Entscheidung 3052/95/EG	92
V.	Frühwarn- und Informationssystem der Verordnung Nr. 2679/98	93
VI.	Informationspolitik der Kommission	95
VII.	Abschließende Bemerkung.....	96
2. Teil	Die Verordnung zur Anwendung technischer Vorschriften	97
A.	Entstehung der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“	97
I.	Mängel bei der Anwendung der gegenseitigen Anerkennung	97
II.	Gewählte Regelungsoption im Verhältnis zur gegenseitigen Anerkennung	103
B.	Vorschriften der Verordnung	105
I.	Rechtsform und Rechtsgrundlage	106
II.	Aufbau der Verordnung.....	106
C.	Systematische Überlegungen zur Verordnung und Bewertung	143
I.	Einordnung in die Systematik des europäischen Produktsicherheitsrechts.....	143
II.	Konzeption unter Einbezug materiell-rechtlicher Aspekte der gegenseitigen Anerkennung.....	144
III.	Abschließende Bemerkung.....	149
D.	Wirkung und Bedeutung der Verordnung.....	150
I.	Effekte der Verordnung.....	150
II.	Einfluss auf Notifizierung und Gestaltung technischer Vorschriften	152
E.	Binnenmarktpolitische Relevanz	153

I. Effekt auf Harmonisierungstendenzen?	153
II. Langfristige Bedeutung für die gegenseitige Anerkennung als Integrationsinstrument im Binnenmarkt.....	154
Schlusswort	155
Anhang	159
Verordnung (EG) Nr. 764/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates	159
Art. 8 der Allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG.....	175
Beispiel für eine detaillierte Klausel über die gegenseitige Anerkennung.....	177
Literaturverzeichnis	178
Monographien und Kommentare	178
Aufsätze.....	181

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
BGH	Bundesgerichtshof
bzw.	Beziehungsweise
CEN	Europäisches Komitee für Normung
CENELEC	Europäisches Komitee für elektrotechnische Normung
CMLR	Common Market Law Review
d.h.	das heißt
DEK	Deutsche Echtheitskommission
DIN	Deutsches Institut für Normung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ed.	edited
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
ELR	European Law Review
endg.	endgültig
ENEPRI	European Network of Economic Policy Research Institutes
EP	Europäisches Parlament
et al.	et alii
ETSI	Europäisches Institut für Telekommunikationsnormen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FS	Festschrift
G	Gesetz

GA	Generalanwältin/Generalanwalt
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement of Tariffs and Trade
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GPSG	Geräte- und Produktsicherheitsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
i.E.	im Ergebnis
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
IMCO	Internal Market Committee des Europäischen Parlaments
Info-RL	Informationsrichtlinie
JEPP	Journal of European Public Policy
KMU	kleinere und mittlere Unternehmen
KOM	Europäische Kommission
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
lit.	Buchstabe
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgütergesetz
MdEP	Mitglied des Europäischen Parlaments
MPI	Max-Planck-Institut
NAFTA	North American Free Trade Agreement
PGA	Prinzip der gegenseitigen Anerkennung
ProdS-RL	Allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie
RAPEX	Rapid Exchange of Information Procedure
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
StPO	Strafprozessordnung
TRIPS	Trade-related aspects of Intellectual Property Rights
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz

V	Vertrag
VO	Verordnung
WTO	World Trade Organisation
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und das gesamte Wirtschaftsrecht

Einleitung

Anfang des Jahres 2008 haben das Europäische Parlament und der Rat die Sekundärrechtsakte des sogenannten „Binnenmarktpakets“ in erster Lesung nach einem rasch durchgeführten Gesetzgebungsverfahren von knapp einem Jahr angenommen. Mit diesem Paket, das aus zwei Verordnungen und einem Beschluss besteht, soll das Zusammenspiel von freiem Warenverkehr, Produktsicherheit und Marktüberwachung sowohl im harmonisierten als auch im nicht-harmonisierten Bereich verbessert werden. Damit verbunden ist die Zielsetzung, Handelsbarrieren innerhalb des europäischen Binnenmarktes abzubauen und zugleich Produktsicherheit zu stärken.

Den dritten Baustein des Pakets neben der Verordnung über Akkreditierung und Marktüberwachung¹ und einem Beschluss über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten zur Vereinheitlichung der einzelnen Konformitätsbewertungsverfahren² bildet die Verordnung zur Anwendung nationaler technischer Vorschriften³ – auch kurz genannt Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ –, die Anlass zu der vorliegenden Dissertation gegeben hat.⁴ Sie gilt für nicht-harmonisierte Produktbereiche wie beispielsweise Fahrräder, Alarmanlagen oder Möbel, die in den Mitgliedstaaten Gegenstand nationaler technischer Vorschriften sein können. Ungefähr 28 % des innergemeinschaftlichen Handels mit

¹ Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und die Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates, ABl. 2008, L 218/30

² Beschluss Nr. 768/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung des Beschlusses 93/465/EWG des Rates, ABl. 2008, L 218/82

³ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter nationaler technischer Vorschriften für Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht worden sind, und zur Aufhebung der Entscheidung 3052/95/EG, ABl. 2008, L 218/21

⁴ Nach sechsmonatiger Implementierungsfrist gilt sie gem. Art. 15 der VO ab dem 13. Mai 2009.

Industrieprodukten sind nach Schätzung der Europäischen Kommission davon betroffen, was einem Anteil von 5,4 % des EU-BIP entspricht.⁵

Dieser nicht-harmonisierte Bereich bildet unabhängig von der Verordnung den Anwendungsbereich des materiell-rechtlichen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, durch welches erreicht werden soll, die trennende Wirkung unterschiedlicher nationaler Produkt- bzw. Qualifikationsstandards in den Mitgliedstaaten zu beseitigen.⁶ Viele Staaten nehmen nach wie vor technische Standards als Vorwand, um ungeliebte Konkurrenz aus anderen Binnenmarktländern an ihrer Grenze abzublocken.⁷ Dies gilt es zu verhindern, um so weit wie möglich freie und ungehinderte Warenzirkulation zwischen den Mitgliedstaaten zu gewährleisten.

Nach einer Einführung zu den verschiedenen Methoden, mit divergierenden technischen Vorschriften in über- oder zwischenstaatlichen Organisationen oder Verbänden umzugehen, wird zunächst die historische Entwicklung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung (PGA) als binnenmarktpolitisch relevantes Instrument dargelegt, die eng verbunden ist mit der Frage nach seiner rechtlichen Grundlage. Welche Rolle dabei der Europäische Gerichtshof (EuGH) und die Kommission in ihrer Funktion als Integrationsmotor gespielt haben, wird schrittweise beleuchtet. Anknüpfend daran wird die Funktionsweise des PGA erläutert, die zu erfüllenden Voraussetzungen für eine Anwendung werden betrachtet sowie die Implementierung in der Praxis durch nationale Behörden. Die damit jeweils in Zusammenhang stehenden Probleme, seien sie rechtlicher oder praktischer Natur, machen deutlich, dass Konzept und Handhabung des PGA als integrationspolitisches Instrument, das gerühmt wird, europäischen „Einheitsbrei“⁸ zu vermeiden, indem nationale Besonderheiten belassen und nicht einem gemeinschaftsrechtlichen Anpassungszwang ausgesetzt werden, äußerst anspruchsvoll sind.

Bewusst einbezogen werden Aspekte der Produktsicherheit, um deutlich zu machen, dass Marktliberalisierung in einem Spannungsfeld steht, geprägt von möglichst freizügiger Warenzirkulation im Binnenmarkt einerseits und andererseits von dem Bestreben, die Sicherheit der in den

⁵ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen - Zusammenfassung der Folgenabschätzung - {KOM(2007)36 endg.} vom 14.2.2007, SEK(2007)113, s. dort unter „Einführung“

⁶ *Streinz*, Europarecht, Rn. 936

⁷ „Bürokratische Hürden fallen weg“, die tageszeitung vom 22.2.2008

⁸ *Streinz*, Europarecht, Rn. 936

Verkehr gebrachten Produkte lückenlos zu gewährleisten. Darüber hinaus soll übergreifend verdeutlicht werden, welchen Einfluss das PGA auf die Gestaltung der europäischen Binnenmarktpolitik genommen hat, insbesondere wie sich dadurch Zielsetzung und Durchführung von Harmonisierungsmaßnahmen geändert haben.

Die Durchsetzung des PGA in den Mitgliedstaaten ist entscheidend dafür, dass es seine Integrationswirkung entfalten kann. Daher ist insbesondere das Interesse der Kommission beständig darauf gerichtet, mangelnde Berücksichtigung oder falsche Anwendung durch mitgliedstaatliche Behörden, die nach wie vor an der Tagesordnung sind, zu minimieren. In einer Umfrage der Kommission gaben 35 % der befragten Unternehmen an, Probleme mit technischen Vorschriften in anderen Mitgliedstaaten zu haben.⁹

Es werden das PGA begleitende Instrumente vorgestellt, die an unterschiedlichen Stellen ansetzen und daher auf verschiedene Art und Weise zu einer verbesserten Durchsetzung beitragen. Dazu gehören neben dem klassischen Rechtsweg die Maßnahmen des Sekundärrechts sowie „soft law“-Ansätze.

Daran schließen sich Überlegungen an, welche Rolle der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ in einer „multi-layered ‘Mutual recognition culture‘“¹⁰ zukommen soll. Die Kernvorschriften der Verordnung werden hinsichtlich der Regelungsmethodik und der rechtstechnischen Formulierungen analysiert und ihr Verhältnis zu anderen Sekundärrechtsakten beleuchtet. Dabei wird sie in Beziehung zu dem materiell-rechtlichen Konzept der gegenseitigen Anerkennung gesetzt, um festzustellen, wie das PGA in den Verordnungsvorschriften rechtlich umgesetzt wurde und wo sich daraus ggf. Konflikte ergeben.

Produktsicherheit und Verbraucherschutz bleiben von der Verordnung nicht unbeeinflusst, da auch die Handhabe von Marktüberwachungsbehörden, Produkte vom Markt zu nehmen, geregelt wird. Hier wird beleuchtet, wie sich die Verordnung im Zusammenspiel mit anderen europäischen Sicherheitsvorschriften in die Balance zwischen freier Produktvermarktung und Produktsicherheit einfügt.

Letztlich soll eine Prognose abgegeben werden, wie die Bedeutung des PGA im Zusammenhang mit Harmonisierungstendenzen langfristig einzu-

⁹ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen - Folgenabschätzung - {KOM(2007) 36 endg.} vom 14.2.2007, SEK(2007)112, Ziff. 2.1

¹⁰ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (711)

schätzen ist, und wie sich die Gestaltung nationaler technischer Vorschriften und technischer Standards im Binnenmarkt nach dem Inkrafttreten des „Binnenmarktpakets“ voraussichtlich entwickeln wird.

Es sei vorsorglich darauf hingewiesen, dass, wenn im Folgenden vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (oder auch schlicht „der gegenseitigen Anerkennung“) gesprochen wird, nicht die gegenseitige Anerkennung nationaler Standards gemeint ist, die sich aufgrund spezifisch festgelegter sekundärrechtlicher Verpflichtungen ergibt, wie das beispielsweise bei der Berufsanerkennungsrichtlinie¹¹ der Fall ist.

¹¹ Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG, ABl. L 255/22

1. Teil Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

A. Innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften als technische Handelshemmnisse

Technische oder nichttarifäre Handelshemmnisse resultieren aus unterschiedlichen inländischen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, die häufig Gesundheits-, Verbraucherschutz- oder Umweltschutzaspekte zum Gegenstand haben. Die nationalen Regelungen sehen etwa Anforderungen zu Form, Verpackung, Bezeichnung, Etikettierung und Zusammensetzung eines Produkts vor. Typischerweise nehmen sie Bezug auf Industrienormen, die von privatrechtlich organisierten Normungsinstituten ausgearbeitet werden und sich entweder auf produktspezifische Charakteristika oder auf Produktionsmethoden beziehen.¹²

Trotz des wirtschaftspolitischen Interesses der EU-Mitgliedstaaten an einer besseren Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes sowie der primärrechtlichen Verpflichtung zur Gewährleistung des freien Warenverkehrs, ist der Abbau technischer Handelshemmnisse oftmals eine zwiespältige Angelegenheit. Nicht selten werden nationale Regelungsziele von protektionistischen Tendenzen beeinflusst – abhängig etwa von wirtschaftspolitischer Lage und Lobby nationaler Interessenverbände.¹³ Daher ist nicht zu verwundern, dass Mitgliedstaaten immer wieder ein hohes Maß an Phantasie und Erfindungsgabe bei der Einführung neuer – oftmals verschleierter – nichttarifärer Handelshemmnisse an den Tag legen.¹⁴

Hinzu kommt, dass Einhaltung und Überwachung der innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zahllosen Kontrollbehörden mit divergierenden Zuständigkeiten obliegt, denen die Grundsätze des freien Warenverkehrs oft nicht klar oder gar unbekannt sind.¹⁵ Hersteller und Importeure sehen sich daher häufig gezwungen, die Produkte den jeweils in einem Mitgliedstaat geltenden Anforderungen anzupassen.¹⁶ Kosten entstehen nicht nur durch eine dafür erforderliche Produktionsumstellung, sondern auch durch zu adaptierende Verkaufs- und Marketingstrategien.¹⁷

¹² z.B. DIN- oder DEK-Normen

¹³ Mayer, EuR, 2003, S. 793 (795)

¹⁴ Dausés/Brigola in Dausés, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 89

¹⁵ Falkenstein, Freier Warenverkehr, Rn. 199

¹⁶ Schmidt, JEPP, 2007, S. 667 (671)

¹⁷ Egan, Constructing a European Market, S. 53

Der Vorteil einer Produktion in großen Serien, den der gemeinsame europäische Markt den Unternehmen bieten soll, wird damit zu einem erheblichen Teil wieder zunichte gemacht.¹⁸ Die Wahrscheinlichkeit dafür, dass grenzüberschreitender Handel nicht nur behindert, sondern im schlimmsten Fall sogar verhindert wird, steigt, je höher die Schutz- und Qualitätsstandards von einem Mitgliedstaat angesetzt werden und je detaillierter die konkreten Anforderungen ausfallen.

B. Methoden zur Handhabung unterschiedlicher innerstaatlicher Vorschriften

I. Inländergleichbehandlung

Die Methode der Inländergleichbehandlung, hinter der das Bestimmungslandprinzip steht, ist am wenigsten integrationsfördernd, schont dafür aber die Souveränität der Mitgliedstaaten, da Rechtsetzung und Kontrolle gänzlich in den Händen der Mitgliedstaaten bleiben. Die Verkehrsfähigkeit einer Ware richtet sich nach den einschlägigen Normen des Bestimmungslandes als Ziel des Imports.¹⁹ Den Mitgliedstaaten ist lediglich vorgegeben, ausländische Produkte nicht zu diskriminieren, indem sie anderen Anforderungen ausgesetzt werden als inländische Produkte.²⁰ Die Märkte bleiben voneinander getrennt, da durch die Anwendung der jeweiligen technischen Vorschriften entstehende Handelshemmnisse hingenommen werden. Grenzüberschreitender Wettbewerb kommt dadurch nur eingeschränkt zustande. Besonders deutlich wird die verheerende Wirkung verschiedener technischer Vorschriften und Industrienormen, wenn man sich deren große Anzahl vorstellt, die von der Europäischen Kommission im Jahr 1985 auf insgesamt über 100.000 geschätzt wurde.²¹

II. Harmonisierung

Eine Möglichkeit, als Handelshemmnisse wirkende innerstaatliche Vorschriften zu überwinden und die dadurch getrennten Märkte zu integrieren, ist das Instrument der Harmonisierung. Die Mitgliedstaaten einigen sich auf eine gemeinschaftliche Regelung, die in das jeweilige nationale

¹⁸ von der Groeben, ZfRV, 1967, S. 120 (135)

¹⁹ Füller, Warenverkehrsfreiheiten, S. 84; Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse S. 33

²⁰ Michaels, Anerkennungspflichten, S. 217; Schmidt, JEPP, 2007, S. 667 (671); Genschel, JEPP, 2007, S. 743 (745)

²¹ Egan, Constructing a European Market, S. 51

Recht übertragen wird. Der innergemeinschaftliche Handel profitiert, da Unternehmen nicht mehr gezwungen werden, ihre Erzeugnisse an verschiedene Marktbedingungen anzupassen. Für die Mitgliedstaaten bedeutet Harmonisierung je nach Regulierungsintensität aber auch mehr oder weniger Einbuße an Kompetenzen, womit einhergeht, dass nationalpolitische Zielsetzungen nur noch eingeschränkt aufrechterhalten werden können. Harmonisierung kommt erst zustande nach intensiven – und je nach Gegenstand der Rechtsetzung äußerst langwierigen – Auseinandersetzungen auf technischer und politischer Ebene, wodurch beträchtliche Verhandlungskosten anfallen. Bis eine gemeinschaftliche Regelung in Kraft tritt, kann viel Zeit vergehen, da sich Entwicklungsdauer für einen Gesetzesvorschlag, Verhandlungsdauer und Umsetzungsfristen addieren.

III. Gegenseitige Anerkennung

Eine weitere Integrationsmethode zur Beseitigung technischer Handelshemmnisse durch innerstaatliche Vorschriften stellt die gegenseitige Anerkennung dar.²² Ihr liegt die Idee zugrunde, dass verschiedene innerstaatliche Vorschriften alternative Lösungen zu einem Problem darstellen, das allen Mitgliedstaaten gemein ist.²³ Kommt etwa ein neues technisches Gerät auf den Markt, darf angenommen werden, dass allgemein ein Interesse daran besteht, Anforderungen festzulegen, die die Sicherheit des technischen Geräts für die Verbraucher gewährleisten. Es soll benutzt werden können, ohne dass eine Gefahr für Gesundheit und Leben besteht. Um dieses Ziel zu erreichen, sehen alle Mitgliedstaaten bestimmte Anforderungen für das Inverkehrbringen vor. Befindet sich das Gerät in einem Mitgliedstaat in Übereinstimmung mit den dort festgelegten Vorschriften rechtmäßig in Verkehr, darf es auch in anderen Mitgliedstaaten vermarktet werden. Darin drückt sich das Herkunftslandprinzip aus, das der gegenseitigen Anerkennung zugrundeliegt.²⁴ Zugunsten einer Öffnung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Vermarktung des Importprodukts im Herkunftsland zugelassen wurde.

²² Seinen rechtlichen Ursprung findet das Anerkennungsprinzip im Völkerrecht, wo es bedeutet, dass ein Staat den von einem anderen Staat geschaffenen Sachverhalt in seiner Rechtsordnung anerkennt. Vgl. *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 85; *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 33

²³ *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (672)

²⁴ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 220

Auf den ersten Blick scheinen sich die Vorteile, die mit den vorgenannten Methoden der Inländergleichbehandlung und der Harmonisierung verbunden sind, in der gegenseitigen Anerkennung zu vereinen: Jeder Mitgliedstaat kann weiterhin souverän seine Rechtsetzungskompetenz ausüben, Harmonisierungsbemühungen können eingespart werden, Unternehmen müssen keine Anpassungskosten auf sich nehmen, um ihre Produkte für einen anderen Markt als dem Herkunftsland fit zu machen. Inwiefern diese Aussagen uneingeschränkt aufrecht erhalten werden können, welche Voraussetzungen und Rahmenbedingungen gegeben sein müssen, damit die gegenseitige Anerkennung wirksam zur Anwendung kommt und ihren Zweck als Integrationsinstrument erfüllt, soll neben historischen Entwicklungsaspekten Gegenstand der folgenden Darstellungen und Überlegungen sein.

C. Entwicklung der gegenseitigen Anerkennung zu einem grundlegenden Binnenmarktprinzip

Für die Entwicklungsgeschichte des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung (PGA) als bedeutender Pfeiler der europäischen Binnenmarktpolitik sind sowohl rechtliche als auch politische Faktoren von Belang. Auf der einen Seite ist die rechtliche Grundlage von Bedeutung, da von ihr und ihrer Auslegung der Umfang der rechtlichen Verpflichtungen des PGA abhängig ist. Auf der anderen Seite spielt die politische Durchsetzbarkeit eine entscheidende Rolle, die maßgeblich von der Haltung der Mitgliedstaaten geprägt ist. Dies wird insbesondere dadurch widerspiegelt, dass das PGA nicht vom EuGH Ende der 70er Jahre im *Cassis de Dijon*-Urteil²⁵ „erfunden“ wurde, wie oft der Eindruck entsteht, sondern bereits in den 60er Jahren Gegenstand der Überlegungen der Kommission war, wie durch verschiedene technische Vorschriften in den Mitgliedstaaten entstehenden Handelshemmnissen beizukommen sei.²⁶ Der entscheidende Beitrag der Rechtsprechung lag darin, dass sie dem PGA mit Art. 28 EG-Vertrag als Verbot von Einfuhrbeschränkungen in der „cause célèbre“²⁷ *Cassis* eine rechtliche Grundlage zusprach und die Mitgliedstaaten dadurch primärrechtlich dazu verpflichtete, die in der Folgerechtsprechung präzisierten Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung zu beachten.

²⁵ EuGH Rs. 120/78 *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, S. 649

²⁶ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (747 f.). *Genschel* führt zudem aus, dass in den 60er Jahre ernsthaft erwägt wurde, das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung für die Umsatzsteuererhebung einzuführen.

²⁷ *Dausies*, EuZW, 1990, S. 8 (10)

I. Überlegungen der Kommission zur gegenseitigen Anerkennung in den 60er Jahren

Die Kommission nahm Ende der 60er Jahre zum PGA vor dem Hintergrund Stellung, dass nach dem Erfolg der Beseitigung innergemeinschaftlicher Zollbarrieren durch Einführung der Zollunion technische Handelshemmnisse durch unterschiedliche Vorschriften in den Mitgliedstaaten als ernst zu nehmendes Problem für die Verwirklichung des gemeinsamen Marktes wahrgenommen wurden.²⁸ Überlegungen gab es sowohl zur gegenseitigen Anerkennung als auch zur Harmonisierung als Instrumente zur Förderung der Integration. Die Schwierigkeiten, die mit einem umfassenden Harmonisierungsprogramm technischer Vorschriften einhergehen würden, wurden schon damals vorausgeahnt. „Die erste Schwierigkeit besteht in der bloßen Anzahl der technischen Vorschriften. (...) Wer weiß, welche Zeit die Ausarbeitung, der Erlass und die Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht erfordern, muß sich sagen, daß die Angleichungsarbeiten sich bei einem schrittweisen Vorgehen über eine Zeit hinziehen würden, die nach dem im Vertrag vorgezeichneten Rhythmus der Entwicklung für die Errichtung des Gemeinsamen Marktes nicht zur Verfügung steht.“²⁹ Als erschwerender Faktor kam hinzu, dass für gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen aufgrund des ex-Art. 100 EWG-Vertrag bis zur Einführung der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) das Einstimmigkeitserfordernis im Rat zu erfüllen war. Dennoch entschloss sich die Kommission dazu, die Harmonisierung energisch voranzutreiben, da im PGA zu dem Zeitpunkt keine Alternative gesehen wurde. Ihren Fahrplan spezifizierte sie in einem allgemeinen Programm zur Beseitigung der technischen Hemmnisse im Warenverkehr von 1968, welches im Jahr darauf vom Rat angenommen wurde.³⁰

Die Lösung der Überwindung technischer Handelshemmnisse unter dem Stichwort „gegenseitige Anerkennung der Kontrollen“ schien zunächst vorteilhaft zu sein: „Würde jeder Mitgliedstaat anerkennen, daß ein von den Behörden eines anderen Mitgliedstaates zugelassenes Erzeugnis sich auch für die eigenen Staatsangehörigen eignet, so wäre das Problem der Be-

²⁸ *Egan, Constructing a European Market*, S. 41

²⁹ *von der Groeben, ZfRV*, 1967, S. 120 (135)

³⁰ Entschließung des Rates vom 28. Mai 1969 über ein Programm zur Beseitigung der technischen Hemmnisse im Warenverkehr mit gewerblichen Erzeugnissen, die sich aus Unterschieden in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ergeben, ABl. Nr. C 076, S. 1 -5; dazu *Genschel, JEPP*, 2007, S. 743 (748); *Egan, Constructing a European Market*, S. 69

hinderung des Warenverkehrs und der Produktion in großen Serien gelöst.“³¹ Das Verständnis der dem PGA zugrundeliegenden Idee war zu diesem Zeitpunkt also bereits vorhanden. Der damalige Kommissar *von der Groeben* kam jedoch zu dem Schluss, dass damit „unüberwindliche Schwierigkeiten“ verbunden seien. Die Unlösbarkeiten wurden zum einen darin gesehen, dass rechtlich neue institutionelle Mechanismen erforderlich seien, die von den Kompetenzen des Vertrags zur Rechtsangleichung nicht gedeckt würden.³² Zum anderen wurde das mit der gegenseitigen Anerkennung einhergehende Problem der „Inländerdiskriminierung“ (bezeichnet auch als „Umkehrdiskriminierung“) erkannt. Zu einem solchen Diskriminierungseffekt kommt es, wenn die im Inland geltenden Vorschriften strenger als die in anderen Mitgliedstaaten sind, weil sie anspruchsvollere Anforderungen aufweisen, und damit eine „Schlechterstellung“ der Inländer bewirken.³³ Dies kann zu Wettbewerbsnachteilen für die heimischen Produzenten führen, da sich die Verkehrsfähigkeit der aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Erzeugnisse nach den dort günstigeren Vorschriften bemisst und sich die heimischen Produzenten wiederum nicht auf Art. 28 EG-Vertrag berufen können. Verursachen die innerstaatlichen Vorschriften etwa höhere Produktionskosten als das gleiche Produkt betreffende Vorschriften in einem anderen Mitgliedstaat, werden die Inlandsproduzenten benachteiligt. Der von Kommissar *von der Groeben* damals als untragbar empfundene Effekt der Inländerdiskriminierung – „Freiheit des Warenverkehrs auf Kosten der Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen“³⁴ – wurde im Vergleich dazu zehn Jahre später, als das PGA durch die *Cassis*-Rechtsprechung im europäischen Rechtsraum seinen Siegeszug antrat, zumindest in Kauf genommen; jedenfalls von der Kommission nicht mehr als herausragend prekär thematisiert. Es wurde davon ausgegangen, dass es sich um ein internes Problem der Mitgliedstaaten handele.

Die vielleicht größte Schwierigkeit für das PGA als Integrationsinstrument für den Binnenmarkt wurde jedoch in den geringen Chancen der politi-

³¹ *von der Groeben*, ZfRV, 1967, S. 120 (136); *Schwartz* in FS von der Groeben S. 333 (352)

³² *von der Groeben*, ZfRV, 1967, S. 120 (136)

³³ *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483; *Hagenmeyer/Teufer* in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.IV, Rn. 66; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 24; *Keßler*, System der Warenverkehrsfreiheit, S. 195 ff.; *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 64; *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 34

³⁴ *von der Groeben*, ZfRV, 1967, S. 120 (136)

schen Durchsetzbarkeit gesehen. „Einzelne Mitgliedstaaten haben darüber hinaus zu erkennen gegeben, daß sie zu dem mit der Anerkennung der Inlandswirkung ausländischer Kontrollen, d.h. ausländischer Hoheitsakte, verbundenen Souveränitätsverzicht nicht bereit seien, und zwar selbst dann nicht, wenn die den ausländischen Kontrollen zugrunde liegenden materiellen und Verfahrensvorschriften mit den inländischen identisch sind.“³⁵ Hier werden zwei Faktoren angesprochen, die bei der Analyse der Funktionsweise des PGA auf europäischer Ebene näher zu beleuchten sind, nämlich inwieweit die gegenseitige Anerkennung eine Einbuße an Souveränität mit sich bringt, obwohl die Mitgliedstaaten ihre regulatorischen Kompetenzen zur Festlegung erforderlicher Standards für die Determinierung der Verkehrsfähigkeit eines Produktes beibehalten, und inwiefern ihre Geltung von der Gleichwertigkeit der inhaltlichen Anforderungen der technischen Vorschriften im Herkunftsland im Vergleich zu denjenigen im Bestimmungsland abhängig ist.

II. Der Europäische Gerichtshof in der Rolle des Wegbereiters der gegenseitigen Anerkennung als Integrationsinstrument

Der Europäische Gerichtshof bereitete mit den Leitentscheidungen *Dassonville*³⁶ und *Cassis* Mitte und Ende der 70er Jahre nicht nur die rechtliche Grundlage für die gegenseitige Anerkennung, sondern leistete damit auch entscheidende Vorarbeit für die politische Durchsetzbarkeit des PGA als binnenmarktpolitisches Integrationsinstrument. Ihm fiel die Rolle zu, Marktintegration durch effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten zu betreiben.³⁷ Der Kommission kam diese Rechtsprechung des EuGH wie gerufen, denn die Ernüchterung hinsichtlich des langsamen Fortschritts der ehrgeizigen Harmonisierungspläne befand sich zum Zeitpunkt des *Cassis*-Urteils im Jahr 1979 auf dem Höhepunkt.³⁸ Mit einer primärrechtlich in Art. 28 EG-Vertrag „untergebrachten“ gegenseitigen Anerkennung bot sich ein Weg aus der Krise, der von der Kommission bereitwillig aufgegriffen und politisch vorangetrieben wurde. Hemmnisse des Warenverkehrs durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Bestimmungsland mussten damit unabhängig von Harmonisierungs-

³⁵ von der Groeben, ZfRV, 1967, S. 120 (136)

³⁶ EuGH Rs. 8/74 *Dassonville*, Slg. 1974, S. 837

³⁷ Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse, S. 33

³⁸ Genschel, JEPP, 2007, S. 743 (749)

anstrengungen nicht mehr uneingeschränkt hingenommen werden. Die massiven Schwierigkeiten, die in den 60er Jahren in der politischen Akzeptanz des PGA gesehen wurden, hatten eine Chance, überwunden werden, weil sich die Mitgliedstaaten durch die *Cassis*-Rechtsprechung mit einer primärrechtlichen Verpflichtung konfrontiert sahen – „je nach dem Standpunkt der Betrachter ein Hoffnungsträger oder ein Alptraum“.³⁹

1. Auslegung des Art. 28 EG-Vertrag als Rechtsgrundlage der gegenseitigen Anerkennung

a. Der erste Schritt: Art. 28 EG-Vertrag als Beschränkungsverbot

Den Grundstein für die entscheidende Auslegung des Art. 28 EG-Vertrag legte der EuGH im *Dassonville*-Urteil von 1974, in dem er das Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung nicht mehr nur als Diskriminierungs-, sondern als allgemeines Beschränkungsverbot interpretierte.⁴⁰ Die aus dem Urteil hervorgehende Formel beinhaltete, dass auch jede nicht-diskriminierende und damit unterschiedslos anwendbare nationale Handelsregelung zumindest potentiell geeignet sei, den freien Warenverkehr unmittelbar oder mittelbar zu behindern.⁴¹

Diese Interpretation bereitete den Boden für die Wende von der Anknüpfung an die Rechtmäßigkeit der im jeweiligen Bestimmungsland geltenden innerstaatlichen Vorschriften – dem Prinzip der Inländergleichbehandlung – zum Herkunftslandprinzip. Erst die Erweiterung des Diskriminierungsverbotes zu einem weitergehenden Beschränkungsverbot machte das Herkunftslandprinzip notwendig, da sich der Fokus bei einer Konfrontation mit unterschiedslos anwendbaren Vorschriften notwendigerweise ändern musste. Es wurde entscheidend, zunächst danach zu fragen, ob ein Produkt den Rechtsvorschriften des Herkunftslandes entspräche.⁴² Eine Auslegung des Art. 28 EG-Vertrag als reines Diskriminierungsverbot hätte es daher unmöglich gemacht, dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

³⁹ *Seidel* in FS Steindorff, S. 1455 (1468)

⁴⁰ U.a. *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 37; *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 34; *Becker* in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 28 EGV, Rn. 44; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 233; *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 33

⁴¹ EuGH Rs. 8/74 *Dassonville*, Slg. 1974, S. 837, Leitsatz 1; dazu *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 37; *Dausès/Brigola* in Dausès, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 91; *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 102

⁴² *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 217

an dieser Stelle eine rechtliche Grundlage zu geben, da dieses maßgeblich auf dem Gedanken des Herkunftslandprinzips beruht.

b. Der zweite Schritt: Die Etablierung der gegenseitigen Anerkennung in Art. 28 EG-Vertrag

Mit dem *Cassis* Urteil wurde erstmals eine unterschiedslos anwendbare nationale Produktregelung als gemeinschaftsrechtswidrig erklärt. Gegenstand der Kontrolle war eine innerstaatliche Vorschrift zur Festsetzung eines Mindestalkoholgehaltes, die daraufhin überprüft wurde, ob das damit verfolgte Regelungsanliegen nicht auch in einer Weise hätte erreicht werden können, welche die Belange des gemeinsamen Marktes weniger beeinträchtigt hätte.⁴³ Die in *Dassonville* angelegte Ausdehnung des Verbots von Maßnahmen gleicher Wirkung auf nicht-diskriminierende nationale Regelungen wurde damit bestätigt. Darüber hinaus enthielt das Urteil weitere dogmatische Aussagen, die sich nicht nur für die Warenverkehrsfreiheit sondern auch für die anderen Grundfreiheiten als strukturell wegweisend erwiesen haben:

i. Regelungshoheit der Mitgliedstaaten

Der EuGH machte sowohl in *Cassis* als auch in Folgeurteilen deutlich, dass es in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liege, bei fehlenden gemeinschaftlichen Harmonisierungsmaßnahmen nationale Regelungen über Herstellung und Vermarktung eines Produktes in ihrem Hoheitsgebiet zu erlassen.⁴⁴ Darin drückt sich die mit der Territorialhoheit verbundene Souveränität der Mitgliedstaaten aus. Solange und soweit die Gemeinschaft darauf verzichtet, auf der Grundlage ihr zugebilligter Rechtsangleichungskompetenzen wie Art. 95 EG-Vertrag Maßnahmen zu treffen, sind die Mitgliedstaaten frei, aus eigener Initiative Produktregelungen vorzusehen, vorausgesetzt, sie stehen mit dem EG-Vertrag und speziell den Grundfreiheiten in Einklang.⁴⁵

⁴³ *Seidel* in FS Steindorff S. 1455 (1469); zum Sachverhalt des *Cassis*-Falles i.ü. etwa *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 187

⁴⁴ EuGH Rs. 120/78 *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, S. 649, Rn. 8; EuGH Rs. 188/84 „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Slg. 1986, S. 419, Rn. 12; EuGH Rs. 130/80 *Keldermann*, Slg. 1981, S. 527, Rn. 5; dazu *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 74

⁴⁵ *Leible* in Streinz, Art. 95 EGV, Rn. 13; *Kahl* in Calliess/Ruffert, Art. 95 EGV, Rn. 8; *Calliess* in Calliess/Ruffert, Art. 5 EGV, Rn. 24 zur Rechtsnatur des Art. 95 EG-Vertrag als konkurrierender Kompetenz

ii. Doktrin des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung

Die entscheidende Aussage zur Anerkennung der gemeinschaftsweiten Verkehrsfähigkeit eines Produkts nach den Vorschriften des Herkunftslandes kommt in *Cassis* in folgendem Satz zum Ausdruck: „(...) Es gibt somit keinen stichhaltigen Grund dafür, zu verhindern, dass in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden; (...).“⁴⁶

Kern dieser Aussage ist, dass das Bestimmungsland die Übereinstimmung mit den technischen Vorschriften zu Produktion und Vermarktung des Herkunftslandes als ausreichend dafür ansehen muss, dass das eingeführte Produkt auch auf dem „eigenen“ Markt zugelassen werden kann. Daraus folgt die Doktrin des PGA, die besagt, dass ein im Einklang mit den Vorschriften des Herkunftslandes hergestelltes und in Verkehr gebrachtes Erzeugnis grundsätzlich in allen Mitgliedstaaten als vermarktungsfähig anzuerkennen ist.⁴⁷ Die Verkehrsfähigkeit einer Ware wird demnach allein an der Rechtsordnung des Herkunftslandes bemessen.⁴⁸ Ist die Ware dort verkehrsfähig, gebietet der Anerkennungsgrundsatz, dass die Ware auch im angestrebten Bestimmungsland frei zu vermarkten ist.⁴⁹ Als Folge darf das innerstaatliche Recht des Bestimmungslandes auf das Importprodukt im Regelfall nicht angewendet werden. Damit wird verhindert, dass sich Unterschiede in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten handelsbehindernd auswirken.

Auf inländische Produkte hat die gegenseitige Anerkennung hingegen keinen Einfluss. Das innerstaatliche Recht bleibt wirksam und anwendbar.⁵⁰ Dadurch kann es zum Effekt der Inländerdiskriminierung kommen, auf den eingangs hingewiesen wurde.⁵¹

Indem die Warenverkehrsfreiheit so ausgelegt wurde, dass sie zur Beachtung des PGA unmittelbar verpflichtet, hat der EuGH aus der *Verbot*snorm

⁴⁶ EuGH Rs. 120/78 *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, S. 649, Rn. 14

⁴⁷ *Dausés*, EuZW, 1990, S. 8, 10

⁴⁸ *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 85; *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 190; *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 74

⁴⁹ *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 85

⁵⁰ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 38; *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 319; *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 85; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 219

⁵¹ Vgl. dazu unter 1. Teil, C. I, S. 9

des Art. 28 EG-Vertrag ein *Gebot* zur Anerkennung der Verkehrsfähigkeit und gemeinschaftsweit freier Vermarktung abgeleitet.⁵² Bei der tatbestandlichen Prüfung des Art. 28 EG-Vertrag hat das zur Folge, dass eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vorliegt, wenn ein Mitgliedstaat die Einfuhr von Waren, die im Herkunftsstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, durch die Anwendung nationaler Vorschriften be- oder verhindert.⁵³

iii. Einschränkung

Im *Cassis*-Fall lehnte der EuGH die Argumentation des Bestimmungslandes ab, dass die obligatorische Einhaltung eines Mindestalkoholgehalts erforderlich sei, um die öffentliche Gesundheit oder den lautereren Handelsverkehr zu schützen.⁵⁴ Allerdings räumten die Richter prinzipiell die Möglichkeit ein, vergleichsweise strengere Anforderungen an ein Importprodukt durch „zwingende Erfordernisse“ zu rechtfertigen. „Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, (...).“⁵⁵

Damit wurde den Mitgliedstaaten über die Bestimmungen des Art. 30 EG-Vertrag hinaus zugebilligt, Gründe des Allgemeinwohls und Schutzanliegen anzuführen, um die Anwendung innerstaatlicher Vorschriften zu rechtfertigen.⁵⁶ Der „Ausdehnung“ des Anwendungsbereichs des Art. 28 EG-Vertrag durch die Auslegung als Beschränkungsverbot wurde auf der Rechtfertigungsebene mit einer Erweiterung der Einschränkungsmöglichkeiten entsprochen. Als zwingende Erfordernisse, die vom Bestimmungsland angeführt werden können, kommen u.a. der Verbraucherschutz, der

⁵² *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 219

⁵³ *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, Art. 28-30 EGV, Rn. 47; deutlich in EuGH Rs. 448/98 *Guimont*, Slg. 2000, I-10663, Rn. 25 f.

⁵⁴ EuGH Rs. 120/87 *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, Rn. 11 und 13

⁵⁵ EuGH Rs. 120/87 *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, Rn. 8

⁵⁶ Dogmatisch ist allerdings umstritten, ob es sich bei den zwingenden Erfordernissen statt um zusätzliche Rechtfertigungsgründe nicht um eine tatbestandliche Begrenzung handelt; dazu *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, Art. 28-30 EGV, Rn. 48; *Schroeder* in *Streinz*, Art. 30 EGV, Rn. 33; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 218 dort Fn. 18; *Dauses/Brigola* in *Dauses*, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 122; *Epiney* in *Ehlers*, § 8, Rn. 59.

Umweltschutz, der Schutz kultureller Belange und der Medienvielfalt sowie die Lauterkeit des Handelsverkehrs in Betracht.⁵⁷

Die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung und zum freien Marktzugang in allen Mitgliedstaaten findet ihre Grenzen folglich dort, wo sich ein Bestimmungsland erfolgreich auf Art. 30 EG-Vertrag oder ungeschriebene zwingende Erfordernisse zur Rechtfertigung berufen kann. Das Bestimmungslandprinzip kann sich damit im Ausnahmefall gegenüber dem Herkunftslandprinzip durchsetzen.⁵⁸ Letztlich konkurriert die Warenverkehrsfreiheit mit dem geltend zu machenden Schutz einzelner Rechtsgüter. Den Ausgleich dieser Konkurrenz nimmt der EuGH über das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor. Die Verfolgung der Schutzanliegen muss in ihrer konkreten Form notwendig, erforderlich und angemessen sein.⁵⁹

c. Resümee

In einer Formel zusammengezogen gebietet das auf *Dassonville* und *Cassis* zurückzuführende PGA, dass der Bestimmungsmitgliedstaat den Verkauf von Produkten auf seinem Hoheitsgebiet, die nicht Gegenstand gemeinschaftsweiter Harmonisierung sind und in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht worden sind, nicht verbieten darf, es sei denn, Beschränkungen des Bestimmungsmitgliedstaats sind aus den in Art. 30 EG-Vertrag aufgeführten Gründen oder aus übergeordneten Gemeinwohlerfordernissen gerechtfertigt.⁶⁰ In dieser komprimierten Form kommt auch die kollisionsrechtliche Komponente des PGA deutlich zum Vorschein.⁶¹

⁵⁷ U.a. *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 35 ff.; *Becker* in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 30 EGV, Rn. 44 ff.; *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 16

⁵⁸ U.a. *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 48; *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 186; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 18; *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 15

⁵⁹ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (124); *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 87 ff.

⁶⁰ *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 190

⁶¹ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 243; *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 47, insb. in Rn. 149 Ausführungen zum Begriff der Kollisionsregel in Verbindung mit dem Herkunftslandprinzip mit Hinweis auf die Unterschiede zu den Kollisionsnormen des IPR; *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 191; *Grandpierre*, Herkunftsprinzip, S. 170 f., 193 ff.; *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 165; *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (131); *Joerges* in FS Steindorff, S. 1247 (1252) spricht von „kollisionsrechtlicher Verfremdung“; *Bernel*, Le principe

Im Ergebnis setzt sich grundsätzlich das Herkunftslandprinzip mittels Akzeptanz der im Herkunftsland festgestellten Verkehrsfähigkeit durch die prima facie bestehende Verpflichtung zu gegenseitiger Anerkennung gegenüber dem Recht des Bestimmungslandes durch, es sei denn ein Mitgliedstaat kann eine vergleichsweise strengere Regelung unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch zwingende Erfordernisse rechtfertigen.⁶² „[Cassis] (...) is, therefore, a judgement about the allocation of regulatory competencies, which sets out criteria to determine which regulatory regime should govern a good: that of the state of production (the home state) or the importing state (the host state). If the measure is found to be in breach of Article 28 EC, it is the former. If there is no breach, it is the latter.“⁶³ Da es sich um ein Verhältnis von Regel und Ausnahme handelt, entbindet die Eventualität der Rechtfertigung einer unterschiedslos anwendbaren Maßnahme gleicher Wirkung durch einen Mitgliedstaat nicht davon, das PGA zu beachten, zumal die Rechtfertigungslast dem Mitgliedstaat obliegt, der sich auf seine Schutzbedürfnisse beruft.⁶⁴

2. Gleichwertigkeitsprämisse der gegenseitigen Anerkennung

Die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung aus Art. 28 EG-Vertrag gewährt Importprodukten den freien Marktzugang im Bestimmungsland.⁶⁵ Beruft sich das Bestimmungsland im Ausnahmefall auf ein zwingendes Erfordernis als Rechtfertigung, muss es zunächst einmal festgestellt haben, dass der Schutzstandard, den das Importprodukt aufgrund der Anforderungen des Heimatlandes mitbringt, von dem der eigenen Vorschriften abweicht – aus der Sicht des Bestimmungslandes besteht dann keine Gleichwertigkeit.

Das bedeutet im Umkehrschluss, dass der EuGH den Regelfall der gegenseitigen Anerkennung auf eine Gleichwertigkeitsvermutung⁶⁶ hinsichtlich

d'équivalence, S. 113 ff.; letztendlich ablehnend *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 186 ff.

⁶² *Schroeder* in *Streinz*, Art. 28 EGV, Rn. 74

⁶³ *Chalmers (et al.)*, *European Union Law*, S. 677

⁶⁴ *Schroeder* in *Streinz*, Art. 28 EGV, Rn. 74; *Michaels*, *Anerkennungspflichten*, S. 219; *Seidel* in *FS Steindorff* S. 1455 (1470); a.A. *Becker* in *Schwarze*, *EU-Kommentar*, Art.28 EGV, Rn. 45; vgl. ebenfalls ausführlich zur Beweislastverteilung unter 1.Teil, E, S. 53

⁶⁵ EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000, Rn. 34

⁶⁶ *von Borries/Petschke*, *DVBl.*, 1996, S. 1343 (1349); *Schmidt*, *JEPP*, 2007, S. 667 (669); *Schroeder* in *Streinz*, Art. 28 EGV, Rn. 74; *Müller-Graff* in *von der Groeben/Schwarze*,

der Vorschriften des Bestimmungslandes und derjenigen des Herkunftslandes stützt: „Because the good has been regulated in France, the Germans must, in principle, accept the good sense of the French regulatory authorities and accept what is good enough for the French is also likely to be good enough for the Germans.“⁶⁷ Die Idee dahinter ist, dass alle Mitgliedstaaten auf das Wohl ihrer Bürger bedacht sind und daher gleichermaßen das Ziel verfolgen, keine unsicheren oder schädigenden Erzeugnisse auf den Markt zu bringen.⁶⁸ Darauf beruht die Annahme, dass ein im Herkunftsland rechtmäßig vertriebenes Produkt auch die – gleichwertigen – Anforderungen eines mitgliedstaatlichen Bestimmungslandes erfüllen können müsste. „[The goods lawfully sold in another member state] (...) are presumed to be the regulatory equivalents of goods allowed on the host’s market.“⁶⁹ Nur unter dieser Ausgangsvoraussetzung ist vertretbar, dass den einzelstaatlichen Schutzinteressen eines Mitgliedstaates bereits dadurch hinreichend Rechnung getragen ist, dass die Prüfung der Verkehrsfähigkeit in einem anderen Mitgliedstaat zu einem positiven Ergebnis geführt hat, und auf eine Anwendung der im Inland geltenden nationalen Vorschriften verzichtet wird.⁷⁰

Diese Gleichwertigkeitsvermutung ist widerlegbar, da die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung nicht schrankenlos gilt.⁷¹ Stellt sich heraus, dass das Schutzniveau der technischen Vorschriften im Bestimmungsland höher liegt und die sich daraus ergebenden Handelshemmnisse durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden können, wird die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung durchbrochen und die Anforderungen der nationalen Vorschriften können durchgesetzt werden. Das Bestimmungslandprinzip setzt sich dann gegenüber dem Herkunftslandprinzip durch. Gehen die Mitgliedstaaten in politisch sensiblen Bereichen jedoch generell und kategorisch von unterschiedlichen Prämissen im Hinblick auf den Umwelt- und Gesundheitsschutz aus, stößt das PGA als Integrations-

Art. 28 EG, Rn. 191; *Millarg*, Schranken des freien Warenverkehrs, S. 80; *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 63

⁶⁷ *Chalmers (et al.)*, European Union Law, S. 679

⁶⁸ *Pelkmans*, Economic perspective, S. 3

⁶⁹ *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (6)

⁷⁰ *Millarg*, Schranken des freien Warenverkehrs, S. 78

⁷¹ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.74; *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (6,12), dort Fn. 44

instrument unweigerlich an seine Grenzen, da insoweit der politische Wille der Mitgliedstaaten zur Anerkennung fehlt.⁷²

„Man sollte die Cassis Rechtsprechung (...) dahin kennzeichnen, daß jedes – auch nicht diskriminierende – Hindernis des freien Warenverkehrs einer Rechtfertigung bedarf *und* daß bei gleichwertigen Normen ein Hindernis nicht gerechtfertigt ist.“⁷³ Der Umstand, dass der gegenseitigen Anerkennung eine regulatorische Gleichwertigkeitsvermutung zugrunde liegt, kommt jedoch deutlicher als in *Cassis* selbst in der Folgerechtsprechung zum Ausdruck. In *Cassis* wurde maßgeblich darauf abgestellt, dass die einseitig festgelegte Anforderung an das Produkt – konkret ein obligatorisch einzuhaltender Mindestalkoholgehalt bei einem alkoholischen Getränk – unverhältnismäßig sei, da mildere Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um das Schutzziel zu erreichen. Mit der Angabe von Herkunft und Alkoholgehalt auf der Verpackung der Erzeugnisse hätte der Verbraucher ebenso gut und unter geringerer Beeinträchtigung für den grenzüberschreitenden Warenverkehr geschützt werden können.⁷⁴ Im Fall *Fietje* stellten die Richter fest, dass eine nationale Vorschrift über eine bestimmte Form der Etikettierung für alkoholische Getränke schon deswegen nicht gerechtfertigt anzuwenden gewesen sei, da die Angaben auf dem Importprodukt im Hinblick auf ihren Informationsgehalt als „gleichwertig“ anzusehen wären.⁷⁵ Das Importprodukt verkörperte bereits das im Bestimmungsland geforderte Schutzniveau – lediglich durch eine andere, aber als gleichwertig einzustufende Beschriftung. Daher verstieß die Regelung des Bestimmungslandes zur Etikettierung nach dem Urteil des EuGH gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁷⁶

Maßgeblich für die Gleichwertigkeit ist, dass ein vergleichbares *Schutzniveau* gewährleistet wird, nicht, dass die technischen Anforderungen in den Vorschriften des Bestimmungslandes buchstabengetreu erfüllt werden, wie der EuGH u.a. im Fall *Holzbearbeitungsmaschinen* deutlich machte.⁷⁷ Es bliebe ansonsten unbeachtet, dass sich ein bestimmtes

⁷² *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1865

⁷³ *Matthies* in FS Steindorff, S. 1287 (1294)

⁷⁴ EuGH Rs. 120/78 *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, S. 649, Rn. 13

⁷⁵ EuGH Rs. 27/80 *Fietje*, Slg. 1980, S. 3839, Leitsatz 2 und Rn. 12

⁷⁶ EuGH Rs. 27/80 *Fietje*, Slg. 1980, S. 3839, Rn. 15; bestätigt durch EuGH Rs. 188/84 „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Slg. 1986, S. 419, Rn. 16; EuGH Rs. 215/87 *Schumacher/Hauptzollamt*, 1998, S. 617, Rn. 20; EuGH Rs. 62/90 *Kommission/Deutschland*, Slg. 1992, S. 2575, Rn. 18

⁷⁷ EuGH Rs. 188/84 „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Slg. 1986, S. 419, Rn. 16

Schutzniveau möglicherweise auf verschiedenen Wegen erreichen ließe.⁷⁸ Zu unterscheiden ist daher grundlegend zwischen den von den Mitgliedstaaten autonom zu bestimmenden Vorschriften im Hinblick auf verschiedene Regelungsziele, wie Gesundheit, Sicherheit, Verbraucher- oder Umweltschutz, und den technischen Bestimmungen, mittels derer die Regelungsziele in den Regelungen konkretisiert werden.⁷⁹ Gleichwertigkeit ist nach der EuGH Rechtsprechung in einem finalen Sinne zu verstehen, indem nicht Gleichartigkeit mit Deckungsgleichheit zu verwechseln ist, sondern ein vergleichbares Schutzniveau der jeweils abgebildeten Schutzziele gemeint ist.⁸⁰ Daher wird in diesem Zusammenhang auch von funktionaler Gleichwertigkeit gesprochen.⁸¹

Sind die mitgliedstaatlichen Konzeptionen zur Erreichung eines Schutzniveaus zu unterschiedlich, hapert es an der Vergleichbarkeit, um zu einer Feststellung der Gleichwertigkeit zu gelangen, so dass eine gegenseitige Anerkennung nicht in Betracht kommt. In der Rechtssache *Holzbearbeitungsmaschinen* beruhten die Schwierigkeiten der Gleichwertigkeitsprüfung darauf, dass in den beteiligten Mitgliedstaaten unterschiedliche Methoden des Arbeitsschutzes angewendet wurden, um die Sicherheit der Holzbearbeitungsmaschinen zu gewährleisten.⁸² In Deutschland wurde das Schutzniveau über eine intensive Benutzerschulung, in Frankreich über eine weitestgehende Automatisierung der Maschinen erzielt.⁸³ Dieser Fall machte deutlich, dass Sicherheitsstandards in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten nicht einfach abstrakt verglichen werden können, sondern der Kontext des jeweiligen sozialen und rechtlichen Umfeldes einzubeziehen ist.⁸⁴ Die konzeptionellen Unterschiede der Sicherheitsvorkehrungen in Deutschland und Frankreich waren im konkreten Fall so groß, dass der

⁷⁸ Beispielsweise lässt sich die Notwendigkeit, dass bei asbesthaltigen Rohren für Trinkwasserleitungen der Asbest nicht mit dem Trinkwasser in Berührung kommen kann, auf unterschiedliche Art und Weise realisieren. *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (126); ebenfalls dazu *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 96; *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (12)

⁷⁹ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 26; *Pelkmans*, Economic perspective, S. 5; *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1349)

⁸⁰ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 96; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 225; *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (125)

⁸¹ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (749); *Maduro*, JEPP, 2007, S. 814 (822)

⁸² EuGH Rs. 188/84 „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Slg. 1986, S. 419, Rn. 10

⁸³ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (126)

⁸⁴ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 225, dort Fn. 59

Gleichwertigkeitstest schon deswegen nicht zu einem positiven Ergebnis führen konnte.⁸⁵ Es wird deutlich, dass die Fusion von Herkunftslandprinzip und Gleichwertigkeit⁸⁶ nur funktionieren kann, wenn zwischen den Mitgliedstaaten ein hinreichender Grad an rechtlicher und politischer Systemidentität besteht, damit das Bestimmungsland auf adäquate regulatorische Standards im Herkunftsland als Basis der gegenseitigen Anerkennung vertrauen kann.⁸⁷ Bestehen unterschiedliche Sicherheitskonzepte, die so stark differieren, dass sie kaum miteinander vergleichbar sind, trägt die an das PGA gekoppelte Gleichwertigkeitsvermutung nicht. Die gegenseitige Anerkennung gelangt in derartigen Konstellationen an die Grenzen, ihren Integrationszweck zu erfüllen.

3. Reaktion der Kommission auf die „Cassis“- Rechtsprechung

a. Mitteilung zum „Cassis“-Urteil von 1980

Das *Cassis*-Urteil nahm die Kommission zum Anlass, in einer unmittelbar darauf folgenden Mitteilung ihre Interpretation dazu vorzulegen.⁸⁸ Nicht überraschend dürfte sein, dass die für die Verwirklichung des Binnenmarktes zentrale Aussage zur Etablierung des Herkunftslandprinzips isoliert in den Vordergrund gestellt wurde, während die vom EuGH prinzipiell eingeräumte Möglichkeit der Rechtfertigung einzelstaatlicher Maßnahmen, die nur unter „sehr beschränkten Voraussetzungen“ zulässig sei⁸⁹, in ihrer Bedeutung geschmälert wurde.⁹⁰ Die Kommission stellte vornehmlich fest, dass daher eine in Ermangelung einschlägiger Gemeinschaftsbestimmungen von einem Mitgliedstaat erlassene Regelung für die

⁸⁵ EuGH Rs. 188/84 „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Slg. 1986, S. 419, Rn. 19

⁸⁶ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (702)

⁸⁷ *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (6 f.); *Maduro*, JEPP, 2007, S. 814 (822); *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (670); *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 191; *Buerfeind*, Produktregelungen und Produktzertifizierungen, S. 79

⁸⁸ Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen der Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 („*Cassis de Dijon*“) vom 3. Oktober 1980, ABl. 1980, Nr. C 256/2

⁸⁹ KOM-Mitteilung - C 256/2, 1980 (s. Fn. 88)

⁹⁰ Eine dem entgegengesetzte Interpretation lautet etwa folgendermaßen: „Der Rechtsprechung des Gerichtshofes, und zwar auch bereits der *Cassis de Dijon*-Entscheidung kann (...) entnommen werden, daß diese Grundaussage [die gegenseitige Anerkennung] nur mit beträchtlichen Einschränkungen gilt.“ *Seidel* in FS Steindorff, S. 1455 (1470)

Vermarktung einheimischer Erzeugnisse nicht für Importware aus anderen Mitgliedstaaten gelte.⁹¹ Anhand der Mitteilung konnte leicht der Eindruck entstehen, die Kommission wolle aus dem Rechtsspruch ein System automatischer Anerkennungspflichten herauslesen, während bei der Lektüre des Urteils unverkennbar ist, dass der EuGH konzeptionell von einem einzelfallorientierten Ausgleich zwischen Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip⁹² ausging.

Im Integrationsinteresse der Kommission lag es, eine möglichst weitgehende Anerkennungspflicht aus Art. 28 EG-Vertrag abzuleiten, da sie darin eine echte Alternative zur bis dato verfolgten klassischen Harmonisierungsmethode erkannte und sich damit ein Ausweg aus dem Harmonisierungsdilemma bot. Dies konnte nur geschehen, indem das Gegenteil einer Interpretation vorgelegt wurde, die der Möglichkeit von Ausnahmen und damit der Einzelfallabhängigkeit eine zu große Bedeutung beigemessen hätte. Die Kommission wurde entsprechend dafür kritisiert, dass sie abweichende staatliche Maßnahmen als Ausdruck von Protektionismus und Ineffizienz stilisiere.⁹³

Es handelte sich also weniger um eine neutrale Analyse des Urteils als eine politisch motivierte Mitteilung der Kommission mit dem primären Anliegen, das PGA als ernst zu nehmendes Instrument des Integrationsfortschritts zu etablieren. Dies kulminierte im 1985 verabschiedeten Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes und der dort vorgestellten Binnenmarktprogrammatisierung sowie der Haltung, die die Kommission kurz darauf vertrat, als ex-Art. 100 b EWG-Vertrag durch die EEA zur wechselseitigen Anerkennung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften 1986 ins Vertragsrecht eingeführt wurde.

b. Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes von 1985

Welche Bedeutung die Kommission dem PGA für die künftige Binnenmarktpolitik einräumte, wird im Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes von 1985 deutlich.⁹⁴ Dort unterschied sie grundsätzlich zwischen Sektoren, in denen die gegenseitige Anerkennung der nationalen Regelun-

⁹¹ KOM-Mitteilung - C 256/2, 1980 (s. Fn. 88)

⁹² *Dausen*, EuZW, 1990, S. 8 (10); *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 221; *Solbach*, Verkaufsmodalitäten, S. 30

⁹³ *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 174

⁹⁴ Weißbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Europäischen Rat – Vollendung des Binnenmarktes, KOM 85 (310) endg. vom 14. Juni 1985

gen und Normen möglich ist, und solchen, in denen Rechtsangleichung notwendig ist.⁹⁵ Das Potential des PGA, die Integration auch unabhängig von Harmonisierung und einem angeglichenen Rechtsraum voranzubringen, sollte als Teil einer neuen Binnenmarktstrategie genutzt werden. Den aus der Rechtsprechung hergeleiteten materiell-rechtlichen Wirkungen des Herkunftslandprinzips wurde damit eine politische Komponente mit weit reichenden Konsequenzen beigemessen.⁹⁶ Bereits in ihrer Mitteilung zum *Cassis*-Urteil hatte die Kommission darauf hingewiesen, Rechtsangleichungsaktivitäten zukünftig darauf konzentrieren zu wollen, Handelshemmnisse zu beseitigen, die nach den Kriterien des Gerichtshofes auf zulässige, weil gerechtfertigte, nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften zurückzuführen seien.⁹⁷

Auch im Weißbuch wurde erneut hervorgehoben, dass nicht einzusehen sei, warum ein in einem Mitgliedstaat hergestelltes und in den Verkehr gebrachtes Erzeugnis nicht überall in der Gemeinschaft verkauft werden sollte. Da sich die Regelungsziele technischer Produktvorschriften in den allermeisten Fällen deckten, könne davon ausgegangen werden, „(...) daß die Vorschriften und Kontrollen, mit denen diese Ziele erreicht werden sollen, zwar verschiedene Formen annehmen können, im Kern aber auf das gleiche hinauslaufen und daher normalerweise in allen Mitgliedstaaten anerkannt werden sollten.“⁹⁸ Damit wurde die in der Rechtsprechung angelegte Gleichwertigkeitsprämisse in der Programmschrift für den Binnenmarkt ausgeführt. Die Kommission vergaß nicht, darauf hinzuweisen, dass auch die Mitgliedstaaten den Gedanken der Gleichwertigkeit in ihren Schlussfolgerungen des Rates zu technischer Harmonisierung und Normung ein Jahr zuvor gebilligt hatten. „Er [der Rat] stellt fest, daß die von den Mitgliedstaaten verfolgten Ziele im Bereich des Schutzes von Sicherheit und Gesundheit der Bürger und ferner im Bereich des Ver-

⁹⁵ *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 169; vgl. dazu auch unter 1. Teil, H. II, S. 68

⁹⁶ *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, Art. 28-30 EGV, Rn. 146 spricht von “verfahrensrechtlicher“ Komponente.

⁹⁷ KOM-Mitteilung - C 256/2 (3), 1980 (s. Fn. 88); dazu *Leible* in *Grabitz/Hilf*, Art. 28 EGV, Rn. 22

⁹⁸ Weißbuch 1985 (s. Fn. 94), Ziff. 65; dazu *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, Art. 28-30 EGV, Rn. 146

braucherschutzes grundsätzlich gleichwertig sind, auch wenn die technischen Mittel zu ihrer Erreichung voneinander abweichen.“⁹⁹

Aus dem Weißbuch geht deutlich hervor, wie entscheidend die Akzeptanz der Mitgliedstaaten für die Effizienz des PGA als Integrationsinstrument sein würde. So formulierte die Kommission im Konjunktiv, die gegenseitige Anerkennung „könnte (...) grundsätzlich eine wirksame Strategie zur Schaffung eines Gemeinsamen Marktes für den Handel sein“ und betonte, die Schaffung des Binnenmarktes hänge „in erster Linie von der Bereitschaft der Mitgliedstaaten ab, den Grundsatz des freien Warenverkehrs, so wie er im Vertrag vorgeschrieben ist, zu beachten“.¹⁰⁰ Darin war die Aufforderung enthalten, das einschlägige Fallrecht zur gegenseitigen Anerkennung, trotz der an sich nur „inter partes“ wirkenden Urteile, als allgemeingültig zu respektieren und sich entsprechend zu verhalten.

4. Art. 100 b EWG-Vertrag – gescheiterte Anerkennungsgrundlage

Der mit der EEA eingeführte und mit dem Vertrag von Amsterdam wieder getilgte Art. 100 b EWG-Vertrag¹⁰¹ steht für den einzigen und gescheiterten Versuch, die gegenseitige Anerkennung ausdrücklich im Primärrecht zu verankern.¹⁰² Die durch die EEA eingeführten Änderungen standen in einem unmittelbaren zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang mit dem Weißbuch der Kommission und dem damit vorgelegten Maßnahmenkatalog.

Mit Art. 100 b EWG-Vertrag¹⁰³ wurde eine die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 100 a EWG-Vertrag (heute Art. 95 EG-Vertrag) ergänzende

⁹⁹ Schlussfolgerungen zur Normung (am 16. Juli vom Rat gebilligt) in der Entschließung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, (85/C 136/01), Anhang I; Weißbuch 1985 (s. Fn. 94), Ziff. 63

¹⁰⁰ Weißbuch 1985 (s. Fn. 94), Ziff. 63, 66

¹⁰¹ Durch den Vertrag von Maastricht änderte sich die Bezeichnung von EWG-Vertrag zu EG-Vertrag.

¹⁰² *Kahl* in Calliess/Ruffert, Art. 94 EGV, Rn. 6; *Streinz*, Europarecht, Rn. 938

¹⁰³ Art. 100 b EWG-Vertrag lautete:

(1) Die Kommission erfasst im Laufe des Jahres 1992 gemeinsam mit jedem Mitgliedstaat dessen unter Artikel 100 a fallende Rechts- und Verwaltungsvorschriften, für die keine Angleichung gemäss diesem Artikel erfolgt ist.

Norm ins Vertragsrecht aufgenommen, die auf den ersten Blick eine zusätzliche Befugnis zur Anerkennung der Gleichwertigkeit nationaler Vorschriften einzuführen schien. Art. 100 b EWG-Vertrag war eng mit der ebenfalls durch die EEA eingeführten Zielsetzung der schrittweisen Verwirklichung des Binnenmarktes bis zum 31. Dezember 1992 verknüpft, um einen Raum ohne Binnengrenzen zu schaffen – charakterisiert durch den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital.¹⁰⁴

In Art. 100 b Abs. 1 UAbs. 1 EWG-Vertrag wurde bestimmt, dass die Kommission unter Mitwirkung der Mitgliedstaaten im Laufe des Jahres 1992 deren binnenmarktrelevante Rechts- und Verwaltungsvorschriften erfassen sollte, für die bis dahin keine Harmonisierung durchgeführt worden wäre. Sodann wurde die Befugnis des Rates in Art. 100 b Abs. 1 UAbs. 2 EWG-Vertrag ausgeführt, mit qualifizierter Mehrheit gem. Art. 100 a EWG-Vertrag festzulegen, welche der nationalen Vorschriften als gleichwertig mit denen in einem anderen Mitgliedstaat geltenden Vorschriften anzuerkennen seien. Die Festlegung eines abweichenden höheren Schutzniveaus sollte durch Verweisung in Art. 100 b Abs. 2 EWG-Vertrag auf die Ausnahmeklausel des Art. 100 a Abs. 4 EWG-Vertrag ermöglicht werden, die vorsah, die Kommission darüber zu unterrichten. Es blieb jedoch unklar, wann sich ein Mitgliedstaat auf die Ausnahmeklausel des Art. 100 a Abs. 4 EWG-Vertrag hätte berufen können, vor allem wenn bereits ein Ratsentschluss zur Anerkennung der Gleichwertigkeit existent gewesen wäre.

Abgesehen von rechtstechnischen Unwägbarkeiten des Art. 100 b EWG-Vertrag stellte die Regelung kompetenzrechtlich keine Erweiterung dar, da dem Rat die Befugnis zur gegenseitigen Anerkennung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften bereits auf der Grundlage des Vertrages von Rom zustand.¹⁰⁵ Die mittels der EEA in Art. 100 a EWG-Vertrag überführte Harmonisierungskompetenz hätte auch die Anerkennung der Gleich-

Der Rat kann gemäss Artikel 100 a beschliessen, dass die in einem Mitgliedstaat geltenden Vorschriften als den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaates gleichwertig anerkannt werden müssen.

(2) Artikel 100 a Absatz 4 findet entsprechende Anwendung. Die Kommission führt die Erfassung nach Absatz 1 Unterabschnitt 1 so rechtzeitig durch und legt die entsprechenden Vorschläge so rechtzeitig vor, dass der Rat vor Ende 1992 beschliessen kann.

¹⁰⁴ Art. 14 Abs. 1 und 2 des EG-Vertrags entsprechen dem mittels Art. 13 der EEA eingeführten Art. 8 a EWG-Vertrag.

¹⁰⁵ *Seidel* in FS Steindorff, S. 1455 (1471)

wertigkeit von Rechts- und Verwaltungsvorschriften abgedeckt. Insofern konnte Art. 100 b EWG-Vertrag lediglich deklaratorische Bedeutung beigemessen werden.¹⁰⁶

a. Hintergrund der Einführung

Die Vorschrift des Art. 100 b EWG-Vertrag ist vor dem Hintergrund zu sehen und zu beurteilen, dass die Kommission ursprünglich eine andere Fassung vorgeschlagen hatte, in der eine automatische Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Anerkennung aller bis Ende 1992 nicht angeglichenen Vorschriften vorgesehen war.¹⁰⁷ Dies hätte der im Weißbuch dargelegten Auffassung entsprochen, dass die gesetzgeberischen Ziele der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Schutzes der Gesundheit, der Sicherheit und der Umwelt im Kern ohnehin gleichwertig seien.¹⁰⁸

Der dann schließlich angenommene Art. 100 b EWG-Vertrag sah hingegen in abgeschwächter Form eine jeweilige Beschlussfassung des Rates zur Anerkennung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften vor.¹⁰⁹ Damit wird deutlich, dass eine globale Äquivalenzanerkennung¹¹⁰, wie die Kommission sie ursprünglich vorgeschlagen hatte, in ihrer Pauschalität und Reichweite für die Mitgliedstaaten keinesfalls tragbar war, auch wenn sie sich in Ratsschlussfolgerungen prinzipiell dazu bekannt hatten, grundsätzlich gleichwertige Regelungsziele zu verfolgen.¹¹¹ Die Kommission musste wohl oder übel „kleinere Brötchen backen“ und Art. 100 b EWG-Vertrag als Kompromissfassung zu dem akzeptieren, was anfänglich von ihr beabsichtigt war, so dass statt automatischer rechtlicher Anerkennung eine deklaratorische Kompetenznorm zur Feststellung der Äquivalenz per Ratsbeschluss in das Primärrecht einging.

Die Kompromissformel war für die Kommission insofern tragbar, als sie aus ihrer Perspektive nur insoweit relevant werden sollte, als im Weißbuch

¹⁰⁶ *Seidel* in FS Steindorff, S. 1455 (1471); *Oliver*, Free movement of goods, 3. Auflage, S. 370; *Buerfeind*, Produktregelungen und Produktzertifizierungen, S. 54 f.

¹⁰⁷ *Matthies* in FS Steindorff, S. 1287 (1288); *Seidel* in FS Steindorff, S. 1455 (1471); *Joerges* in FS Steindorff, S. 1247 (1253); *Buerfeind*, Produktregelungen und Produktzertifizierungen, S. 54 f.

¹⁰⁸ Weißbuch 1985 (s. Fn. 94), Ziff. 65

¹⁰⁹ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 220

¹¹⁰ *Dauses*, EuZW, 1990, S. 8(10); mit verschiedenen Interpretationsansätzen zum Umfang des Art. 100 b EWG-Vertrag *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 171;

¹¹¹ Schlussfolgerungen zur Normung, Anhang I (s. Fn. 99)

angestrebte Harmonisierungsmaßnahmen bis 1992 nicht zu erreichen wären.¹¹² Potentiell handelshemmende nationale Vorschriften sollten gem. Art. 100 b EWG-Vertrag durch Beschlussfassung zur Gleichwertigkeit „entschärft“ werden können, um noch vorhandene Lücken zu schließen.¹¹³ Dadurch hätte – so die Annahme – zumindest erreicht werden können, sowohl die Kommission als auch den EuGH bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit nationaler Vorschriften zu entlasten.¹¹⁴

b. Konzeption der Anerkennung

Eine Gegenüberstellung des Art. 100 b EWG-Vertrag auf der einen Seite und dem auf der *Cassis*-Rechtsprechung fußenden Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auf der anderen Seite, ermöglicht es, die konzeptionellen Unterschiede zu verdeutlichen. Art. 100 b EWG-Vertrag sah vor, dass bestimmte nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften als „sachgerecht für die Bedürfnisse des Binnenmarktes anerkannt“¹¹⁵ und damit als gleichwertig vom Rat gebilligt werden sollten – also die Anerkennung durch legislative Maßnahme.¹¹⁶ Auch de facto nicht gleichwertige Rechtsvorschriften hätten demnach als gleichwertig fingiert anerkannt werden können. Die Möglichkeit eines Mitgliedstaates sich bei der Wareneinfuhr auf zwingende Erfordernisse im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung für eine Rechtfertigung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts im Einzelfall zu berufen, wäre durch die legislative Anerkennung gem. Art. 100 b EWG-Vertrag unterbunden worden.

Die durch Auslegung des Art. 28 EG-Vertrag verankerte Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung bewirkt hingegen, dass ein Mitgliedstaat auf die Anwendung der eigenen nationalen Vorschriften verzichtet, wenn ein Produkt in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gelangt ist, womit er implizit das in jenem Mitgliedstaat eingeforderte Schutzniveau im konkreten Fall als gleichwertig anerkennt – er akzeptiert das Produkt als regulatorisch äquivalent im Vergleich zu einem Inlands-

¹¹² *Matthies* in FS Steindorff, S. 1287 (1293); *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 171. Der Fahrplan des Weißbuchs sah rund dreihundert Vorschläge für Harmonisierungsmaßnahmen zur Vollendung des Binnenmarktes vor.

¹¹³ *Matthies* in FS Steindorff S. 1287 (1294)

¹¹⁴ *Oliver*, Free movement of goods, 2. Auflage, S. 355; *Matthies* in FS Steindorff, S. 1287 (1299 f.); *Buerfeind*, Produktregelungen und Produktzertifizierungen, S. 55

¹¹⁵ *Matthies* in FS Steindorff S. 1287 (1300)

¹¹⁶ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 411

produkt.¹¹⁷ Die primärrechtlich begründete gegenseitige Anerkennung manifestiert sich gerade nicht in einer förmlichen Anerkennung der nationalen Vorschriften des anderen Mitgliedstaates, sondern beruht auf einer akzeptierten Kompetenzeinschränkung hinsichtlich der Anwendung der innerstaatlichen Vorschriften, dadurch dass die Verkehrsfähigkeit des Produkts vor dem Hintergrund der im Herkunftsland geltenden Vorschriften anerkannt wird.

c. Fazit

Die – zumindest zeitweilige – Existenz des Art. 100 b EWG-Vertrag zeigt, dass die Kommission sich von einer Anerkennung auf legislativer Ebene im Gegensatz zu dem auf Art. 28 EG-Vertrag beruhenden PGA mehr Rechtssicherheit und Effizienz versprach. „Ohne Angleichungs- oder Anerkennungsakte [gem. Art. 100 b EWG-Vertrag] ist die Kommission auf die punktuelle und nachträgliche Verfolgung einzelner Vertragsverstöße angewiesen, die (...) in einem langwierigen Verfahren zwischen der Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat „bereinigt“, seltener unter Mitwirkung anderer Mitgliedstaaten oder durch den Gerichtshof entschieden werden. Der Mitgliedstaat, dem ein Verstoß vorgeworfen wird, kann sich in diesen Verfahren jederzeit auf die Gründe des Art. 36 [heute Art. 30 EG-Vertrag] berufen. Im *Anerkennungssystem* [nach Art. 100 b EWG-Vertrag] sind die wesentlichen Fragen bereits vorab geklärt.“¹¹⁸

Dass Art. 100 b EWG-Vertrag in der Praxis nicht griff, mag schon an der schier unüberwindbaren Aufgabe gelegen haben, alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu erfassen und zu analysieren. Das Ergebnis blieb wohl auch deswegen dürftig, weil das Interesse und die Kooperationsbereitschaft der Mitgliedstaaten aus leicht nachvollziehbaren Gründen nicht allzu groß gewesen sein dürfte.¹¹⁹ So stellte die Kommission

¹¹⁷ „The principle of mutual recognition set out in Cassis creates a rebuttable presumption that goods lawfully sold in other Member States have been adequately regulated to meet host state policy goals. They are presumed to be regulatory equivalents of goods allowed on the host’s market.“ *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (6); „Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bezieht sich nur indirekt auf die Vorschriften der Mitgliedstaaten, vielmehr in erster Linie auf die Sicherheit eines konkreten Produkts.“ *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1349); ebenso *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.75; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 26

¹¹⁸ *Matthies* in FS Steindorff, S. 1287 (1299)

¹¹⁹ *Streinz*, Europarecht, Rn. 938; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 415; „It seems doubtful whether Member States that have not managed to arrive at harmonising their

in einer evaluierenden Mitteilung zu Art. 100 b EWG-Vertrag fest, dass die von den Mitgliedstaaten bereitgestellte Information zu ihren technischen Vorschriften – und damit allgemein die Haltung zur Mitarbeit – als ungenügend bewertet wurde.¹²⁰ Unabhängig davon, dass die Vorschrift des Art. 100 b EWG-Vertrag durch Zeitablauf überholt wurde – die Festlegung des Datums 31. Dezember 1992 brachte laut Erklärung zu Art. 8 a EWG-Vertrag ohnehin keine rechtlichen Verpflichtungen mit sich –, blieb sie als „toter Buchstabe“¹²¹ ohne praktische Relevanz und wurde daher etwa zehn Jahre nach ihrer Aufnahme durch den Vertrag von Amsterdam wieder gestrichen.

Die Kommission bestätigte, dass Art. 100 b EWG-Vertrag als Instrument mangelhaft sei, um die grundlegenden Probleme zu lösen, vor allem da Rechts- und Verwaltungsvorschriften damit ohnehin nur punktuell hätten erfasst werden können.¹²² Sie verlegte sich strategisch stattdessen darauf, die Durchsetzung der *Cassis*-Doktrin in den Mitgliedstaaten zu stärken.¹²³ Dazu gehörte neben einer wachsenden Begeisterung für Gleichwertigkeitsklauseln¹²⁴ die Einführung flankierender sekundärrechtlicher Instrumente, u.a. mit dem Ziel der frühzeitigen und reziproken Unterrichtung über den Erlass einzelstaatlicher Maßnahmen.¹²⁵ Die weitere strukturelle und inhaltliche Ausgestaltung der Grundsätze des PGA wurde in den Folgejahren ohne weitere Versuche einer legislativen Regelung vollständig der Jurisdiktion des EuGH überlassen, die darauf gerichtet war, gefestigte Kriterien zu entwickeln.¹²⁶

laws will be ready to decide on the step of bringing about the internal market by mutual recognition of legislation.“ *Joerges/Falke*, Harmonisation Policy, S. 170

¹²⁰ Mitteilung der Kommission zur Handhabung der gegenseitigen Anerkennung einzelstaatlicher Vorschriften nach 1992. Schlussfolgerungen aus der Erfassung noch bestehender Handelshemmnisse nach Art. 100 b EG-Vertrag, KOM(93)669 endg. vom 15.12. 1993, ABl. 1993, Nr. C 353/4; dazu *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 414 f.

¹²¹ *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, Art. 94 EGV, Rn. 6; *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343

¹²² KOM-Mitteilung - C 353/4, 1993 (s. Fn. 120); dazu *Oliver*, Free movement of goods, 3. Auflage, S. 370

¹²³ *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, Art. 94 EGV, Rn. 6

¹²⁴ Gleichwertigkeitsklauseln in nationalen Vorschriften bestätigen, dass diese den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung unterliegen. Vgl. zu Gleichwertigkeitsklauseln unter 1. Teil, I, II, S. 83

¹²⁵ Vgl. zu Durchsetzungsinstrumenten unter 1. Teil, I, S. 80 ff.

¹²⁶ *Streinz*, Europarecht, Rn. 937

5. Begrifflichkeiten und Inhalt: Gleichwertigkeitsprinzip oder Prinzip der gegenseitigen Anerkennung?

Die Kommission griff den Begriff der „gegenseitigen Anerkennung“ mehrfach in ihrem Weißbuch von 1985 auf.¹²⁷ Dabei handelte es sich zu dem Zeitpunkt keinesfalls um eine innovative Begriffsfindung, da die „gegenseitige Anerkennung“ und das damit verbundene Herkunftslandprinzip bereits viel früher diskutiert wurde, um über die integrationsschwache Methode der Inländergleichbehandlung hinauszuwachsen.¹²⁸ Anlässlich der bahnbrechenden *Cassis*-Rechtsprechung wurde der Begriff wieder aufgenommen und neu belebt. Auch der Rat verwendete ihn, indem er ihn in seine Schlussfolgerungen zur Normung vom 16. Juli 1984 aufnahm.¹²⁹ Der EuGH selbst sah davon lange ab, was von einer gewissen Reserviertheit zeugt, sich einem von der Kommission geprägten Begriff zu verschreiben. Erst gut zehn Jahre später – im Urteil *Stopfleber* – griff er ebenfalls offiziell darauf zurück.¹³⁰

Die Terminologie der „gegenseitigen Anerkennung“ als solche ist vielfach als verfehlt und irreführend kritisiert worden, insbesondere was das Adjektiv „gegenseitig“ angeht.¹³¹ Der Bestandteil der „Anerkennung“ bezeichnet schlicht die Akzeptanz als gleichwertig durch das Bestimmungsland. Die Umschreibung als „gegenseitig“ ist weniger leicht einzuordnen. Darunter ist kein reziproker Zusammenhang zu verstehen, indem der Anerkennung durch einen Mitgliedstaat auch in der anderen Richtung eine Anerkennung folgen muss.¹³² Auch bedarf es keines förmlichen und „gegenseitigen“ Anerkennungsaktes.¹³³ Sie erfolgt aufgrund direkten Befehls höher-rangigen Rechts.¹³⁴ Liegen die Voraussetzungen vor, die der EuGH auf der Grundlage von Art. 28 EG-Vertrag für die gegenseitige Anerkennung aufgestellt hat, und greifen keine zwingenden Erfordernisse, steht dem Bestimmungsland kein Anerkennungsermessen zu, ob oder ob er nicht anerken-

¹²⁷ Weißbuch 1985 (s. Fn. 94), Ziff. 63, 65, 77

¹²⁸ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (744); vgl. dazu Ausführungen unter 1. Teil, C. I, S. 9

¹²⁹ Schlussfolgerungen zur Normung, Anhang I (s. Fn. 99)

¹³⁰ EuGH Rs. „*Stopfleber*“, Slg. 1998 S. S. I-6197, Leitsatz 1, Rn. 28; dazu *Leible* in *Grabitz/Hilf*, Art. 28 EGV, Rn. 26

¹³¹ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (131); *Matthies* in FS Steindorff, S. 1287 (1294)

¹³² *Trachtman*, S. 783; *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (131)

¹³³ *Leible* in *Grabitz/Hilf*, Art. 28 EGV, Rn. 26; *Matthies* in FS Steindorff S. 1287 (1294)

¹³⁴ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (131)

nen will.¹³⁵ Die auf „Gegenseitigkeit“ beruhende Anerkennung ist schlicht so zu verstehen, dass sie in den untereinander bestehenden Handelsbeziehungen der Mitgliedstaaten generell zur Anwendung kommt.¹³⁶

Da die Konzeption des EuGH auf einer Gleichwertigkeitsvermutung beruht, ist es gerechtfertigt, von einer äquivalenzgebundenen Pflicht der gegenseitigen Anerkennung zu sprechen. Daher wird in der Literatur teilweise auch vom „Gleichwertigkeits- oder Äquivalenzprinzip“ oder von der „Äquivalenzanerkennung“ gesprochen.¹³⁷ Es wird angeführt, eine solche Bezeichnung sei vorzuziehen, weil sie der Rechtsprechung des EuGH besser Rechnung trage.¹³⁸ Hier ist allerdings insofern Zurückhaltung angebracht, als auch ein abweichendes, aber mangels Verhältnismäßigkeit nicht zu rechtfertigendes Schutzniveau die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung nicht entfallen lässt, obwohl vorneherein keine Gleichwertigkeit bestand. „One example is the largely consensual case law of the Court of Justice which in a series of matters, mainly regarding consumer protection, has struck down national law imposing certain product requirements (...) as unjustified in light of alternative labelling policy.”¹³⁹ Der Begriff eines „Gleichwertigkeitsprinzips“ oder der „Äquivalenzanerkennung“ kann dahingehend missverstanden werden, dass er impliziert, dass die Verpflichtung allein bei festgestellter Gleichwertigkeit greift. Trotz wiederholt geäußelter Kritik an der Terminologie hat sich der zusammengesetzte Begriff der „gegenseitigen Anerkennung“ gegen konkurrierende Bezeichnungen als gängig sowohl in Rechtsprechung¹⁴⁰ als auch Literatur durchgesetzt.

¹³⁵ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (131); *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 221

¹³⁶ *Pelkmans*, Economic perspective, S. 2

¹³⁷ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.70; *Bernel*, Le principe d'équivalence, S. 136 ; *Dausés/Brigola* in Dausés, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 116 („Grundsatz der Äquivalenzanerkennung“); *Müller-Graff* in von der Groeben, Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 191 („Gleichwertigkeitsanerkennung“)

¹³⁸ *Bernel*, Le principe d'équivalence, S. 136, mit weiteren Nachweisen dort in Fn. 472

¹³⁹ *Maduro*, JEPP, 2007, S. 814 (820 f.); *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 17 f. spricht von „unechter Anerkennung“, wenn es auf die Gleichwertigkeit des Schutzniveaus nicht ankommt; vgl. u.a. die Urteile EuGH Rs. 130/80 *Keldermann*, Slg. 1981, S. 527, Rn. 16; EuGH Rs. 788/79 „*Obstessig I*“, Slg. 1980, S. 2071, Rn. 12. In beiden Fällen wurde eine angemessene Produktetikettierung als weniger einschneidendes Mittel zu den jeweiligen nationalen Produktvorgaben angeführt, um den Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu verdeutlichen.

¹⁴⁰ EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000, Rn. 34

D. Tatbestandliche Voraussetzungen für die Geltung der gegenseitigen Anerkennung

Aus der Formel, dass ein Produkt, welches in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurde, in allen Mitgliedstaaten zirkulationsfähig sei, sind die tatbestandlich zu erfüllenden Bedingungen abzuleiten, damit im Binnenmarkt zu vermarktende Erzeugnisse von der gegenseitigen Anerkennung profitieren können.¹⁴¹ Dabei darf die Anbindung an Art. 28 und 30 EG-Vertrag als Rechtsgrundlage nicht außer Acht gelassen werden, denn die primärrechtliche Verpflichtung zur Anerkennung kann zwangsläufig nur im Rahmen des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit wirken, was wiederum eine Frage der Auslegung ist.

I. Begünstigte Ware

Der EG-Vertrag enthält selbst keine Definition der Ware. Der Warenbegriff ist daher vom EuGH einheitlich für alle Regelungen über den freien Warenverkehr entwickelt worden.¹⁴² Als Waren gelten grundsätzlich bewegliche Güter, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können. Können sie im Hinblick auf ein Handelsgeschäft über eine Grenze verbracht werden, unterliegen sie unabhängig von der Natur dieser Geschäfte Art. 28 EG-Vertrag.¹⁴³

Allerdings dürfen diese Erzeugnisse nicht bereits Gegenstand gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierungsmaßnahmen sein, da das Sekundärrecht als spezielleres Recht dem Primärrecht vorgeht. Dazu zählen harmonisierte Marktzulassungsmechanismen – eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsvorschrift kann dabei auch eine Genehmigung durch die national zuständige Behörde vorsehen – und Gemeinschaftsrichtlinien, die für harmonisierte Produktaspekte eine CE-Kennzeichnung vorsehen. Auch soweit Produkte europäischen Industrienormen entsprechen, die von der Kommission veröffentlicht wurden, und dadurch im Hinblick auf die abgedeckten Risiken und Risikokategorien unter die Sicherheitsvermutung der

¹⁴¹ *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 190; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 26; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 219

¹⁴² *Kamann* in Streinz, Art. 23 EGV, Rn. 14

¹⁴³ EuGH Rs. 324/93 *Evans Medical und Macfarlan Smith Ltd.*, Slg. 1995, S. I-563, Rn. 20

allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie fallen,¹⁴⁴ sind sie nicht Gegenstand der gegenseitigen Anerkennung.¹⁴⁵

1. „In einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und/oder in den Verkehr gebracht“

Die gegenseitige Anerkennung begünstigt zunächst unstreitig Waren, die in einem Mitgliedstaat *sowohl* rechtmäßig hergestellt *als auch* dort in den Verkehr gebracht wurden. Dies betrifft die Konstellation des Sachverhalts im *Cassis-Fall*, wo Ort der Herstellung und Ort der erstmaligen Vermarktung des Likörs in einem Mitgliedstaat zusammenfielen. Fraglich ist jedoch, ob daraus gefolgert werden kann, dass es sich um kumulativ zu erfüllende Bedingungen handelt, indem Herstellungs- und Vermarktungsort notwendigerweise im gleichen Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats liegen müssen. Eine eng an den Wortlaut angelehnte Auslegung der *Cassis-Formel*, die kumulativbedingungen annähme, käme jedoch zu unerwünschten Ergebnissen.

Deutlich wird dies anhand eines Beispiels für Exportware. Ein in Deutschland produziertes Bier ist für die Vermarktung in Dänemark bestimmt und erfüllt die dänischen Regelungen, um es dort in Verkehr zu bringen. Soll das Bier von Dänemark auch auf den französischen Markt gebracht werden, könnte Frankreich seine Regelungen geltend machen und dem Importbier entgegenhalten, ohne freien Marktzugang zu gewähren. Die gegenseitige Anerkennung käme nicht in Frage, da das Bier in Deutschland hergestellt, aber erst in Dänemark in Verkehr gebracht worden wäre. Eine derartige Konstellation illustriert, dass die Anerkennung der Verkehrsfähigkeit eines Produkts durch die Forderung nach Identität von Herstellungs- und Vermarktungsort erheblich eingeschränkt wäre.¹⁴⁶

Ausschlaggebend sollte vielmehr die hinter *Cassis* stehende Botschaft sein, dass die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig erlangte *Verkehrsfähigkeit* eines Produkts von anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen ist. Dafür ist nicht erforderlich, dass ein Produkt im gleichen nationalen Hoheitsgebiet hergestellt und auch in Verkehr gebracht worden sein muss, noch, dass

¹⁴⁴ S. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 ProdS-RL

¹⁴⁵ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen – Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung vom 4.11.2003, ABl. 2003, C 265/2, Ziff. 2.1; detaillierte Ausführungen zur allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie unter 1. Teil, D. I. 2.b, S. 39

¹⁴⁶ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff 6.72; *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483 (484)

der Herstellungsort – wie im Fall von Drittlandsware – überhaupt in einem Mitgliedstaat liegt. Vor diesem Hintergrund kristallisiert sich heraus, dass letztlich allein entscheidend ist, ob ein Erzeugnis rechtmäßig in einem Mitgliedstaat *in den Verkehr gebracht* wurde, wohingegen der Ort der Herstellung nicht ausschlaggebend ist.

Da es für die Annahme kumulativer Voraussetzungen der rechtmäßigen Herstellung und des Inverkehrbringens in einem Mitgliedstaat keine sachlich nachvollziehbare Begründung gibt, wird allgemein angenommen, dass die ursprüngliche Formulierung im Ausgangsrechtsstreit schlicht durch den Sachverhalt des Ausgangsfalles bedingt war.¹⁴⁷ Als ausdrücklich bestätigt ansehen kann man ein Alternativverhältnis, seit die Rechtsprechung – etwa in den Urteilen *Greenham und Abel* und *Kommission/Frankreich* – ausdrücklich die Formulierung „rechtmäßig hergestellt und/oder vermarktet“ verwendet hat.¹⁴⁸

a. Drittlandsware

An der eben besprochenen Formulierung, dass ein Erzeugnis in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und/oder in den Verkehr gebracht sein sollte, entzündet sich auch ein Streit darüber, ob die *Cassis*-Rechtsprechung auf Waren aus Drittländern¹⁴⁹ anwendbar sei oder nicht.¹⁵⁰ Würde man davon ausgehen, dass es sich bei der Herstellung *in einem Mitgliedstaat* um eine zwingend zu erfüllende Bedingung handelte, um von der gegenseitigen Anerkennung zu profitieren, würde Drittlandsware zwangsläufig aus dem Rahmen fallen, da sie naturgemäß außerhalb der Gemeinschaft hergestellt wird.¹⁵¹ Erhielte Ware aus einem Drittland zwar

¹⁴⁷ Müller-Graff in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 235; Leible in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 23

¹⁴⁸ EuGH Rs. 95/01 *Greenham und Abel*, Slg. 2004, S. I-1333, Rn. 46; EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, S. I-1277, Rn. 25, 60, 64. In EuGH Rs. 14/02 *Atral SA*, Slg. 2003, S. I-4431, Rn. 61, 63, 65 wird allerdings wiederum von „hergestellt und vermarktet“ gesprochen.

¹⁴⁹ Drittlandserzeugnisse sind Erzeugnisse, die weder aus einem EU-Mitgliedstaat, noch aus einem EFTA-Mitgliedsland, das Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist, oder der Türkei stammen. Vgl. KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 143), Ziff. 2.2 und dort Fn. 18 und 19

¹⁵⁰ Oliver, *Free movement of goods*, 4. Auflage, Ziff. 6.76; Leible in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 23; von Borries/Petschke, DVBl., 1996, S. 1343 (1347)

¹⁵¹ Dauses/Brigola in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 120

den Status der Gemeinschaftsware¹⁵², weil sie die Einfuhrbedingungen des Art. 24 EG-Vertrag erfüllt und damit gem. Art. 23 Abs. 2 EG-Vertrag in den Anwendungsbereich von Art. 28 EG-Vertrag fällt, würde aber dennoch nicht von der gegenseitigen Anerkennung begünstigt, erwüchse daraus eine nicht einsehbare Benachteiligung dieser Produkte und hätte zudem eine unerwünschte Einschränkung des freien Warenverkehrs zur Folge.

Eine Klärung dieser Frage hat sich ebenfalls daraus ergeben, dass die Rechtsprechung bestätigt hat, dass es auf den Herstellungsort einer Ware nicht ankommt. Das bedeutet für Drittlandware, dass sie sich lediglich einmal in einem beliebigen Mitgliedstaat rechtmäßig im freien Verkehr befunden haben muss.¹⁵³ Von diesem Mitgliedstaat aus ist unter Beachtung der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung die Ausfuhr in jeden anderen Mitgliedstaat möglich. Zu beachten ist lediglich, dass die Konformität nicht mit einer beliebigen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ausreichend ist, sondern dass das Territorium der Vermarktung und die dort geltende Rechtsordnung im Zusammenhang stehen müssen.

Bevor Drittlandware in der Gemeinschaft in den Verkehr gelangt, können ihr an der entsprechenden Drittlandsgrenze allerdings nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften entgegengehalten werden, da Art. 28 EG-Vertrag nur für Warenverkehrsbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten gilt.¹⁵⁴ Ob ein mit Art. 28 EG-Vertrag vergleichbares Verbot auch im Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und Drittstaaten gelten sollte, ist eine Frage der internationalen Handelspolitik.¹⁵⁵ Illustriert wird dies anhand eines vom BGH entschiedenen Falles, in dem einem deutschen Importeur einer in Deutschland nicht zugelassenen US-Spirituose der Direktimport verwehrt wurde, der Import über die Niederlande, wo dieses Produkt vermarktungsfähig war, aber erlaubt war.¹⁵⁶

¹⁵² *Kamann* in Streinz, Art. 24 EGV, Rn. 17; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 23; *Dauses*, EuZW, 1990, S. 8 (11)

¹⁵³ *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1347); *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483 (484); *Michaelis*, Anerkennungspflichten, S. 218 dort Fn. 22; KOM zu Drittlandware in ihrer Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145) dort Fn. 21

¹⁵⁴ EuGH Rs. 51/75 *EMI Records/CBS Grammofon*, Slg. 1976, S. 811, Rn. 8 ff; EuGH Rs. 191/90 *Generics und Harris Pharmaceuticals*, Slg. 1992, S. I-5335, Rn. 17; dazu *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 47

¹⁵⁵ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 47

¹⁵⁶ *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483 (484), dort Fn. 3 zum BGH „Cocktail-Urteil“, RIW, 1985, S. 589

b. Exportware

Für einen Exportproduzenten bedeutet das Alternativverhältnis der rechtmäßigen Herstellung oder des rechtmäßigen Inverkehrbringens, dass er bei gezielter Exportproduktion zwischen Einhaltung der technischen Vorschriften des Produktionslandes für die Herstellung oder des Bestimmungslandes für das Inverkehrbringen als Maßstab wählen kann. Dies würde allerdings voraussetzen, dass eine Exportklausel in den inländischen Vorschriften existiert, die ihn davon entbindet, die dort festgelegten Produktionsvorgaben zu beachten, wenn ausschließlich der Export angestrebt wird.¹⁵⁷ Nicht ausreichend wäre hingegen – wie schon bei Drittlandware angemerkt – die Einhaltung einer beliebigen nationalen Rechtsordnung ohne Anknüpfung der Ware an die Territorialität eines Mitgliedstaates.

Hat der Produzent eine der Bedingungen erfüllt, kann das Produkt von dem Mitgliedstaat aus, in dem es rechtmäßig zugelassen wurde, in alle anderen Mitgliedstaaten eingeführt und auch reimportiert werden. Im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Reimporten stellte der EuGH fest, dass ein im Inland hergestelltes Erzeugnis, das ausgeführt wird, bei einer Wiedereinfuhr mit einem in einem anderen Mitgliedstaat hergestellten Erzeugnis gleichzustellen ist.¹⁵⁸ Missbräuchlich sei es hingegen, sich auf Art. 28 EG-Vertrag zu berufen, wenn Warenexport zum alleinigen Zweck des Reimports durchgeführt würde, um nationale Vorschriften im Land der Wiedereinfuhr nicht einhalten zu müssen.¹⁵⁹ In der Rechtsprechung zum freien Warenverkehr hat der Missbrauchsaspekt allerdings im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit keine große Rolle gespielt, wo die Umgehung nationaler Vorschriften offensichtlich attraktiver war, um eine Dienstleistung unabhängig von bestimmten Anforderungen erbringen zu können.¹⁶⁰ Allerdings scheint es nicht abwegig, dass beispielsweise für den Export in Deutschland produziertes Bier in Spanien rechtmäßig in den Verkehr gebracht und von dort aus gezielt wieder in Deutschland vermarktet wird. Da der Ort der Herstellung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung als unerheblich betrachtet werden darf, müsste noch nicht einmal die Fabrik

¹⁵⁷ *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483 (484)

¹⁵⁸ EuGH Rs. 240/95 *Schmitt*, Slg. 1996, S. I-3179, Rn. 10; dazu *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 21

¹⁵⁹ EuGH Rs. 229/83 *Leclerc/Au Blé Vert*, Slg. 1985, S. I-31, Rn. 27; dazu *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.108

¹⁶⁰ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.108

in einen anderen Mitgliedstaat verlegt werden.¹⁶¹ Ein gezielter Missbrauch wird jedoch in den meisten Fällen schwer nachweisbar sein.

c. Inlandsware

Für einheimische Erzeugnisse, die im Inland in den Verkehr gebracht werden, kommt Art. 28 EG-Vertrag und damit auch die gegenseitige Anerkennung nicht zum Tragen, da die für sie geltenden inländischen Vorschriften unabhängig davon gelten, ob diese wegen eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht nicht auf Importwaren aus anderen Mitgliedstaaten angewendet werden dürfen oder nicht.¹⁶² Art. 28 EG-Vertrag stellt schließlich keine allgemeine Liberalisierungsnorm dar, sondern soll lediglich den freien Zugang zu den Märkten anderer Mitgliedstaaten gewährleisten.¹⁶³ Dies lässt sich mit Art. 3 Abs. 1 lit. a EG-Vertrag untermauern, der als eine der Tätigkeiten der Gemeinschaft „das Verbot (...) aller sonstigen Maßnahmen gleicher Wirkung *zwischen* den Mitgliedstaaten“ auflistet, und ebenfalls mit Art. 3 Abs. 1 lit. c EG-Vertrag, wo der Binnenmarkt „durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr *zwischen* den Mitgliedstaaten“ gekennzeichnet wird.

2. Konformität der Ware mit den Vorschriften des Herkunftslandes

Wäre ein Produkt von vornherein nicht in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Herkunftslandes – also nicht *rechtmäßig* – hergestellt worden oder in den Verkehr gelangt, läge eine wesentliche Voraussetzung nicht vor, um zur Anwendung der gegenseitigen Anerkennung zu gelangen. Der Importeur könnte sich nicht auf eine bereits erworbene und anzuerkennende Verkehrsfähigkeit seiner Ware stützen und wäre gezwungen, die innerstaatlichen Vorschriften des Bestimmungslandes einzuhalten, um dort Marktzugang zu erhalten.

Als rechtspraktisches Problem des Herkunftslandprinzips wird in diesem Kontext eine Überforderung der Behörden des Bestimmungslandes thematisiert, tatsächlich sicherstellen zu können, dass eine Übereinstim-

¹⁶¹ So aber *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.108

¹⁶² *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 24; *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483; *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.96; *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 34; vgl. zu Inländerdiskriminierung unter 1. Teil, C. I, S. 9

¹⁶³ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 24

mung des betroffenen Produkts mit den einschlägigen Vorschriften des Herkunftslandes gegeben ist.¹⁶⁴ Die Rechtsprechung hat darin hingegen offensichtlich nie einen Punkt gesehen, zu dem es Veranlassung gegeben hätte, sich zu äußern, denn sie setzt „wie selbstverständlich“ voraus, dass die Anforderungen des Herkunftslandes eingehalten wurden.¹⁶⁵

Zur Beurteilung eines Produkts nach dem Recht des Herkunftslandes im Bestimmungsland kann allenfalls in den seltenen Fällen Anlass bestehen, in denen die Verkehrsfähigkeit im Herkunftsland unklar ist – sprich nicht eindeutig vorliegt, aber auch nicht auszuschließen ist.¹⁶⁶ Die Pflicht zu gegenseitiger Solidarität, die sich aus Art. 10 EG-Vertrag ableiten lässt, würde dem Herkunftsland in einem solchen Fall gebieten, bei einer Aufklärung des Sachverhaltes Hilfe zu leisten.¹⁶⁷

Im Regelfall dürfte auf der Seite des Bestimmungslandes keine Notwendigkeit bestehen, die Übereinstimmung des Produkts mit dem Recht des Herkunftslandes anzuzweifeln und selbst zu überprüfen, denn entweder ist einem Produkt die Verkehrsfähigkeit eindeutig bestätigt worden, etwa durch ein Zertifikat, oder die tatsächliche Vermarktung eines Produktes wurde im Rahmen der Marktaufsicht nicht beanstandet, was bedeuten würde, dass ihm die Verkehrsfähigkeit konkludent zugebilligt wurde. Auch dies lässt sich über Kontakt zum Herkunftsland leicht in Erfahrung bringen. Der Umstand an sich, dass im Herkunftsland keine technischen Vorschriften für ein Produkt oder eine Produktgruppe existieren, verhindert nicht, dass sich das Produkt dort rechtmäßig im Verkehr befunden haben kann.¹⁶⁸ Davon ist regelmäßig dann auszugehen, wenn die Marktaufsichtsbehörde das Produkt nicht wegen Sicherheitsbedenken aus dem Verkehr gezogen hat. Für das Bestimmungsland ist allein entscheidend, dass das in Rede stehende Produkt, „so wie es ist, als das, was es sein soll“, im Herkunftsland als verkehrsfähig gilt, so dass es auch im Bestimmungsland als verkehrsfähig zu gelten hat.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 63

¹⁶⁵ Jarass, EUR, 1995, S. 202 (217), dort Fn. 74

¹⁶⁶ Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 64

¹⁶⁷ Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 64; Kahl in Calliess/Ruffert, Art. 10 EGV, Rn. 79

¹⁶⁸ Oliver, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.74; Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 62 f.

¹⁶⁹ Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 62 f.

a. Feststellung der Konformität im Herkunftsland – Vorab- oder Nachmarktkontrolle im Herkunftsland

Je nach Art des Produkts und der damit verbundenen Risiken gibt es verschiedene Wege, die Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Vorschriften und damit gleichzeitig die Produktsicherheit zu prüfen. Dies kann einerseits vor dem Inverkehrbringen durch Vorabkontrolle der zuständigen Behörde geschehen.¹⁷⁰ Andererseits besteht die Möglichkeit der Nachmarktkontrolle, die durchgeführt wird, wenn sich das Produkt bereits auf dem Markt befindet. In dem Fall gilt der Hersteller als verantwortlich für die Konformität, indem er selbst dafür zu sorgen hat, dass vorgeschriebene Produktionskontrollen oder sonstige Prüfverfahren durch zugelassene Konformitätsbewertungsstellen vor der Vermarktung durchgeführt werden. Trägt der Hersteller die primäre Verantwortung für die Sicherheit, ist die Marktüberwachung in dem Mitgliedstaat, in dem das Produkt erstmalig vermarktet wird, von herausragender Bedeutung.¹⁷¹

Um bei prinzipieller Herstellerverantwortlichkeit und Nachmarktkontrolle zu gewährleisten, dass auf den europäischen Märkten ein bestimmtes Maß an Produktsicherheit und Verbraucherschutz vorhanden ist, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber eine allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG (ProdS-RL) erlassen. Sie gilt für Verbraucher bestimmte oder von ihnen potentiell verwendbare Erzeugnisse und legt allgemeine Sicherheitsanforderungen fest.¹⁷² Es handelt sich dabei ausdrücklich nicht um eine Harmonisierung produkt- oder produktgruppenspezifischer technischer Vorschriften, so dass damit keine sekundärrechtliche Sperrwirkung gegenüber Art. 28 EG-Vertrag eintritt.

b. Exkurs zur allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie

Die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie stellt einen horizontalen Rechtsrahmen der Produktsicherheit für den Bereich der Verbraucherprodukte dar.¹⁷³ Damit ist eine grundlegende Systematik eingeführt worden,

¹⁷⁰ Vgl. unter Vorabgenehmigungserfordernisse als Maßnahmen gleicher Wirkung, 1. Teil, D. II. 2, S. 50

¹⁷¹ Erster Zweijahresbericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in den Waren- und Dienstleistungsmärkten vom 13.7.1999, SEK (1999)1106, Ziff. 4.2.1

¹⁷² Erwägungsgrund 6 ProdS-RL

¹⁷³ *Schieble*, Produktsicherheitsgesetz, S. 41

die primär dem Hersteller die Verantwortung überträgt, sichere Produkte in den Verkehr zu bringen. Die Richtlinie hebt für gemeinschaftsrechtlich speziell nicht erfasste Produkte Sicherheitskriterien und -auflagen auf ein gleiches Niveau und gilt zudem subsidiär neben den sektoralen Harmonisierungsrichtlinien.¹⁷⁴ Für Lebensmittel ist die Verordnung Nr. 178/2002 das vergleichbare Instrument, indem sie darauf abzielt, dass nur sichere Lebens- und Futtermittel auf den Markt kommen.

Gem. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 ProdS-RL *gilt* ein Produkt als sicher, wenn es mit den Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen der speziellen Vorschriften des Mitgliedstaates übereinstimmt, in dessen Hoheitsgebiet es vermarktet wird. Die Verpflichtung, ein Produkt sicher in den Verkehr zu bringen, obliegt nach der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie dem Hersteller und sonstigen Gewerbetreibenden der Absatzkette, soweit ihre Tätigkeit die Sicherheitseigenschaften eines Produktes beeinflussen kann.¹⁷⁵ Bevor ein Produkt in den Verkehr gebracht wird, muss der Hersteller die Konformität mit den einschlägigen nationalen Vorschriften sicherstellen.

Eine Sicherheitsvermutung tritt gem. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 ProdS-RL ebenfalls dann ein, wenn das Produkt nationalen Normen entspricht, die von der Kommission veröffentlichte europäische Normen umsetzen.¹⁷⁶ In anderen Fällen wird die Erfüllung allgemeiner Sicherheitsanforderungen danach beurteilt, ob das Produkt bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung keine oder nur geringe Gefahren birgt, und sein Gebrauch mit der Wahrung eines hohen Schutzniveaus für die Gesundheit und Sicherheit von Personen zu vereinbaren ist.¹⁷⁷ Anhaltspunkte bieten die in Art. 3 Abs. 3 lit. a – f ProdS-RL aufgeführten Elemente, wie etwa im betreffenden Bereich geltende Verhaltenskodizes für die Produktsicherheit.

Die durch die Pflicht des Händlers ergänzte Einstandspflicht des Herstellers wird von den Mitgliedstaaten und unter bestimmten Umständen auch von der Kommission überwacht.¹⁷⁸ Die jeweils in den Mitgliedstaaten zuständi-

¹⁷⁴ *Gausepohl*, Produktsicherheitsrecht, S. 49

¹⁷⁵ Art. 3 Abs. 1 der ProdS-RL i.V.m. Art. 2 lit. e ProdS-RL; dazu *Langner* in *Dauses*, EU-Wirtschaftsrecht, C. VI, Rn. 28

¹⁷⁶ Dann handelt es sich aber nicht um eine Konstellation, die der gegenseitigen Anerkennung unterfällt, da Bezug auf „harmonisierte“ Normen genommen wird.

¹⁷⁷ KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 2.2

¹⁷⁸ *Micklitz* in *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht, S. 861

gen Behörden sind als Marktaufsicht dafür zuständig, durch Nachmarktkontrolle dafür zu sorgen, dass die allgemeinen Sicherheitsanforderungen eingehalten werden.¹⁷⁹ Die Sicherheitseigenschaften können gem. Art. 8 Abs. 1 lit. a ProdS-RL von der Behörde unter Einholung aller erforderlichen Informationen von den Beteiligten in jedem Stadium geprüft werden. Die Behörde kann zudem auf (Eil-) Befugnisse der Produktsicherheitsrichtlinie zurückgreifen, um in dringenden Fällen gefährliche oder möglicherweise gefährliche Produkte aus dem Verkehr zu ziehen und andere notwendige Maßnahmen zu ergreifen.

Die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie trägt dem Umstand Rechnung, dass ein sich stetig vergrößernder Binnenmarkt einen gemeinschaftlichen Rahmen benötigt, um Produktsicherheit und Verbraucherschutz in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen zu gewährleisten. Das betrifft sowohl nicht-harmonisierte Produktbereiche als auch harmonisierte Produktbereiche, wo durch viele Einzelrichtlinien die Gefahr einer Zersplitterung besteht. Ein weiterer Aspekt solch horizontaler Rechtsvorschriften, die eine gemeinschaftsweite Koordinierung der nationalen Nachmarktkontrollsysteme vornehmen, ist der Beitrag zur besseren Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes. Ein unterschiedliches Sicherheitsniveau in den Mitgliedstaaten kann Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt hervorrufen, indem produktsicherheitsrechtliche Probleme in den Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Maßnahmen führen.¹⁸⁰ Ein Produkt wird etwa einem Mitgliedstaat aufgrund von Sicherheitsbedenken vom Markt suspendiert, während es in einem anderen Mitgliedstaat noch unter bestimmten Auflagen zirkulieren darf.¹⁸¹ Dem wirkt ein gemeinschaftliches System der Nachmarktkontrolle und des Informationsaustausches, wie es in der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie vorgesehen ist, entgegen.¹⁸²

II. Maßnahmen gleicher Wirkung

Die Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung wird aus Art. 28 EG-Vertrag abgeleitet und kann daher nicht weiter reichen als die Grundfreiheit zum freien Warenverkehr selbst. Daher muss eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift des Bestimmungslandes, die nach den Grundsätzen der

¹⁷⁹ Art. 6 ProdS-RL

¹⁸⁰ Vgl. 3. Erwägungsgrund ProdS-RL

¹⁸¹ *Schieble*, Produktsicherheitsgesetz, S. 34

¹⁸² *Micklitz* in Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S. 862

gegenseitigen Anerkennung unangewendet bleiben soll, gegen das Beschränkungsverbot verstoßen. Im Gegenzug darf ein Mitgliedstaat Vorschriften, die keine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen, gegenüber eingeführter Ware geltend machen, ohne dabei gegen die Warenverkehrsfreiheit zu verstoßen.

1. Bedeutung von „Keck“

Die *Dassonville*-Formel zur Bestimmung einer Maßnahme gleicher Wirkung besagt, dass mittel- oder unmittelbare, tatsächliche oder potentielle Einfuhrbehinderungen von Art. 28 EG-Vertrag verboten werden.¹⁸³ Sie ist darauf fokussiert, ob eine Vorschrift geeignet erscheint, das Einfuhrvolumen zu verringern und sich damit negativ auf den innergemeinschaftlichen Handel auszuwirken.¹⁸⁴ Die *Keck*-Entscheidung hat eine Differenzierung dahingehend eingeführt, ob es sich bei einer den Handelsverkehr zumindest potentiell beschränkenden innerstaatlichen Maßnahme, um eine solche handelt, die sich direkt auf die Beschaffenheit der Ware bezieht, oder um eine, die Art und Weise der Veräußerung betrifft.¹⁸⁵ Derartige „Verkaufsmodalitäten“ – bei *Keck* ging es um das Verbot des Verkaufs zu Verlustpreisen – werden seitdem von der *Dassonville*-Formel als Bereichsausnahme¹⁸⁶ nicht mehr erfasst, sofern diese Bestimmungen für alle 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.¹⁸⁷ Sie entgehen dem Zugriff des Art. 28 EG-Vertrag also dann, wenn sie weder *de jure* noch *de facto* diskriminieren. Das im Diskriminierungsverbot wurzelnde Vergleichskriterium der stärkeren Behinderung ausländischer Produkte geht auf das Urteil *Oebel* zurück, in dem der EuGH feststellte, dass trotz eines nationalen Verbots, nachts Backwaren auszutragen, der innergemeinschaftliche Handel jederzeit möglich blieb, unter der

¹⁸³ *Schroeder* in *Streinz*, Art. 28 EGV, Rn. 35; *Streinz*, Europarecht, Schaubild 12

¹⁸⁴ *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 38; *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 116 f.

¹⁸⁵ *Michaels*, Anerkennungspflichten S. 228; *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 41

¹⁸⁶ *Albin/Valentin*, EWS, 2007, S. 533 (535)

¹⁸⁷ EuGH Rs. 267/91, 268/91 *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, S. I-6097, Rn. 16

Einschränkung der für alle Backwarenhersteller geltenden Einschränkung der Lieferzeiten.¹⁸⁸

Das *Keck*-Urteil hat zwar den Begriff der „Verkaufsmodalität“ geprägt, definiert ihn jedoch nicht direkt. Verständlich wird er dadurch, indem er produktbezogenen Vorschriften gegenübergestellt wird, die sich dadurch auszeichnen, dass Waren bestimmten Eigenschaften „(...) entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung).“¹⁸⁹ Die beispielhafte Aufzählung macht deutlich, dass es sich dabei um die Ware selbst oder ihr körperlich anhaftende Parameter¹⁹⁰ handelt. Entspricht ein Produkt derartigen Vorgaben nicht, die in einer innerstaatlichen Vorschrift eines Bestimmungslandes vorgegeben sind, wird ihm der Marktzugang versperrt. Eine produktbezogene Regelung hat das Potential, einen „Importeur dazu zu zwingen, die Ausstattung seiner Erzeugnisse je nach dem Ort des Inverkehrbringens unterschiedlich zu gestalten und demgemäß die zusätzlichen Verpackungs- und Werbungskosten zu tragen.“¹⁹¹

Zu den Verkaufsmodalitäten, die sich auf das „wie, wo, wann“ der Vermarktungsmethodik beziehen, gehören etwa die Regelung von Ladenschlusszeiten, das Verbot des Verkaufs zum Verlustpreis oder die Beschränkung von Fernsehwerbung.¹⁹² Sie sind zwar Ausdruck der Beschränkung der geschäftlichen Freiheit, beeinträchtigen jedoch nicht den zu schützenden innergemeinschaftlichen Handel, wenn sie unterschiedslos anwendbar sind.¹⁹³

¹⁸⁸ EuGH Rs. 155/80 *Oebel*, Slg. 1981, S. 1993, Rn. 20; ebenso EuGH Rs. 312/89 *Conforama u.a.*, Slg. 1991, S. I-997, Rn. 9; EuGH Rs. 332/89 *Marchandise u.a.*, Slg. 1991, S. I-1027, Rn. 10

¹⁸⁹ EuGH Rs. 267/91, 268/91 *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, S. I-6097, Rn. 15

¹⁹⁰ *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 118

¹⁹¹ EuGH Rs. 470/93 „*Mars*“, Slg. 1995, S. I-1923, Rn. 13

¹⁹² *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1399; *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 45

¹⁹³ EuGH Rs. 267/91, 268/91 *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, S. I-6097, Rn. 14

a. Folge für die gegenseitige Anerkennung

Die mehrfach bestätigte *Keck*-Rechtsprechung¹⁹⁴ erhält das in der *Dassonville*-Formel enthaltene Beschränkungsverbot für produktbezogene Regelungen aufrecht, während verkaufsmodale Regelungen „nur noch“ Gegenstand des Diskriminierungsverbots des Art. 28 EG-Vertrag sind.¹⁹⁵ Der EuGH hat damit „(...) den Irrweg verlassen, auch unterschiedslos anwendbare Verkaufsmodalitäten unter Rechtfertigungszwang zu stellen.“¹⁹⁶ Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass durch die Warenverkehrsfreiheit der Zugang eines Produkts zum Markt anderer Mitgliedstaaten gewährleisten soll, nicht aber Zugang zu sämtlichen Bedingungen der Rechtsordnung des Herkunftslandes.¹⁹⁷

Indem durch die *Keck*-Restriktion nicht-diskriminierende Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG-Vertrag ausscheiden, ist ebenfalls ausgeschlossen, dass in ihrem Kontext das Herkunftslandprinzip gilt und eine gegenseitige Anerkennung in Betracht kommt.¹⁹⁸ Ein Importeur kann mit seinem Produkt nicht auch die Verkaufsmethoden ins Bestimmungsland „mitnehmen“ und anerkennen lassen, unter deren Anforderungen es im Herkunftsland vertrieben wurde. Er muss sich den im Bestimmungsland geltenden Vorschriften zur Verkaufsmethodik beugen, die aber im Gegensatz zu produktbezogenen Vorschriften nicht geeignet sind, ihn dazu zu zwingen, sein Produkt umzugestalten, um den Bestimmungen zu entsprechen und Marktzugang zu erhalten.

Einem uneingeschränkt geltenden Herkunftslandprinzip, das auch Verkaufsmodalitäten erfassen würde, ständen grundsätzliche Bedenken entgegen, da die Gleichwertigkeitsvermutung, die dem Grundsatz zur gegenseitigen Anerkennung zugrundeliegt, bei Vorschriften, die die Art und

¹⁹⁴ EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000, Rn. 36; EuGH Rs. 34/95, 35/95 und 36/95 *de Agostini und TV-Shop*, Slg. 1997, I-3843, Rn. 40; EuGH Rs. 412/93 *Leclerc-Siplec*, Slg. 1995, I-179, Rn. 21; EuGH Rs. 292/92 *Hünernmund*, Slg. 1993, I-6787, Rn. 21; dazu u.a. *Keßler*, System der Warenverkehrsfreiheit, S. 83 ff.; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 28, 30; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 229

¹⁹⁵ *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 41; i.E. *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 119; *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 62

¹⁹⁶ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 230

¹⁹⁷ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 185

¹⁹⁸ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 242; *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 62

Weise des Verkaufs regeln, nicht tragen würde.¹⁹⁹ Grund dafür ist, dass Verkaufsmodalitäten in den Mitgliedstaaten wesentlich stärker voneinander abweichen als das bei produktbezogenen Vorschriften der Fall ist, die primär darauf ausgerichtet sind, die Verkehrsfähigkeit eines Produkts sicherzustellen. Sie kommen unter gänzlich anderen Vorzeichen zustande. Typischerweise ist ein Mitgliedstaat der Auffassung, er müsse bestimmte Verkaufsmethoden untersagen, um die vorherrschenden sozio-kulturellen Wertvorstellungen zu schützen.²⁰⁰ Es kann beispielsweise nicht angenommen werden, dass es allen Mitgliedstaaten im gleichen Maße ein Anliegen sei, den Sonntag als verkaufsfreien Tag zu erhalten, bestimmte Ladenschlusszeiten vorzusehen, Kinder vor Fernsehwerbung zu schützen oder ein Limit für Alkoholkonsum vorzusehen. „In fact, in *Keck* the Court rightly recognised that the *Cassis* test of regulatory equivalence is misplaced in the context of selling arrangements. This is because marketing rules are often an end in themselves rather than a means to another goal such as consumer protection. (...) The selling rules of the host state are the embodiment of its regulatory choices for its population.“²⁰¹

Vor diesem Hintergrund könnte man argumentieren, dass die *Keck*-Entscheidung nicht nur eine Einschränkung der *Dassonville*-Formel darstellt, sondern geradezu eine Bestätigung der *Cassis*-Rechtsprechung ist. In *Cassis* ist die Anerkennung der Verkehrsfähigkeit eines Produktes angelegt, die sich auf die produktbezogenen Eigenschaften bezieht, worauf auch in *Keck* ausdrücklich hingewiesen wird.²⁰² „An dieser Stelle zeigt sich, daß der Begriff der Anerkennung nicht lediglich ein Aufzäumen des Pferdes der Warenverkehrsfreiheit von hinten – nämlich durch Umformulierung des Verbotes zum Gebot – darstellt, sondern gerade dazu dienen kann, genau abzugrenzen, welche innerstaatlichen Maßnahmen tatsächlich gegen die Warenverkehrsfreiheit (...) verstoßen.“²⁰³

¹⁹⁹ So aber der Lösungsansatz von *Steindorff*, ZHR, 1994, S. 149 (163 ff.); dazu *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 232 f.; ebenfalls zur Thematik des „vertriebsbezogenen Herkunftslandprinzips“ *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, Art. 28-30 EGV, Rn. 185 (i.E. auch ablehnend)

²⁰⁰ *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (14); *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 231

²⁰¹ *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (14)

²⁰² EuGH Rs. 267/91, 268/91 *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, S. I-6097, Rn. 15

²⁰³ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 230. *Michaels* vertritt die These, dass bei einer stärkeren Orientierung am Anerkennungstopos, der sich freilich von der Formulierung des Art. 28 EG-Vertrag als Verbot freigemacht hätte, es auch unter Verzicht auf *Keck*

b. „Marktzugang“ als selbständig zu prüfendes Kriterium?

Mit *Keck* wurde ein Prozess eingeleitet, der die Tendenz des Gerichtshofes verdeutlicht, die Warenverkehrsfreiheit tatbestandlich-funktional auf ein Marktzugangsrecht zurückzuführen.²⁰⁴ Hält man sich dieses Verständnis vor Augen, wird ersichtlich, warum es gar nicht erforderlich ist, Verkaufsmodalitäten gemeinschaftsrechtlich unter ein Beschränkungsverbot zu stellen, wenn der Marktzugang zu anderen Mitgliedstaaten durch derartige Regelungen nicht behindert wird. In der relevanten Passage des *Keck*-Urteils heißt es: „Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen [Verkaufsmodalitäten] auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut.“²⁰⁵ Die erwähnten Voraussetzungen nehmen darauf Bezug, dass verkaufsmodale Vorschriften vom Zugriff des Art. 28 EG-Vertrag nur erfasst werden, wenn sie zu einer verbotenen Ungleichbehandlung führen – also *de iure* oder *de facto* diskriminieren.²⁰⁶ Folge einer solchen innerstaatlichen Maßnahme ist, dass entweder die Möglichkeit, ein Produkt im Bestimmungsland zu vertreiben gänzlich versperrt ist oder eine Schlechterstellung beim Vertrieb im Vergleich zu einheimischer Ware besteht.²⁰⁷ Die Unterscheidung zwischen produkt- und verkaufsmodalen Maßnahmen bietet so gleichsam ein Prüfraster für die marktzugangsbeschränkende *Wirkung* einer Maßnahme.²⁰⁸

Im Fall *Alpine Investments*, der eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit betraf, wurde dem „Kriterium des Marktzugangs“ im Unterschied zu einer reinen Folgeerscheinung eine selbständige, weil bei der Prüfung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheit relevante Bedeutung beigegeben. Einem Unternehmen wurde verboten, „cold calling“ zu betreiben, d.h. Privatleuten ohne deren vorherige schriftliche Zustimmung telefo-

denkbar gewesen, unterschiedslos anwendbare Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG-Vertrag auszuschließen.

²⁰⁴ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, S. 218 f.

²⁰⁵ EuGH Rs. 267/91, 268/91 *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, S. I-6097, Rn. 17

²⁰⁶ Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 118

²⁰⁷ Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 118

²⁰⁸ Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, S. 218. Kingreen in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 52, spricht von dem Marktzugang als „ratio der Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen“.

nisch Finanzdienstleistungen anzubieten.²⁰⁹ Der EuGH stellte fest, dass dem anbietenden Unternehmen dadurch nicht möglich sei, Leistungsempfänger in anderen Mitgliedstaaten zu erreichen und dadurch der Zugang zum Dienstleistungsmarkt verwehrt blieb.²¹⁰ Auch im Bereich der Personenverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit lassen sich Fälle anführen, in denen der Marktzugang als selbständiges Kriterium auszumachen ist.²¹¹

Bei der Warenverkehrsfreiheit hingegen war bis zu den Urteilen *Kommission/Italien* und *Mickelsson und Roos*²¹² davon nicht ohne weiteres auszugehen, da es sich bei den staatlichen Maßnahmen in der Folgeentscheidung zu *Keck* bislang entweder eindeutig um produktbezogene Regelungen gehandelt hat oder um diskriminierende Verkaufsmodalitäten, denen dadurch ohnehin schon eine marktzugangsbeeinträchtigenden Wirkung zukam.²¹³ Deswegen konnte ihnen eine marktzugangsbeschränkende *Wirkung* beigemessen werden. Dennoch wurde in der Literatur überwiegend vertreten, ein Marktzugangskriterium spiele auch bei der Prüfung der Warenverkehrsfreiheit eine selbständige Rolle.²¹⁴

In den genannten Urteilen, die mit Spannung erwartet wurden, weil sie sich zu nationalen Verwendungsbeschränkungen von Gegenständen – also Gebrauchsvorschriften – im Zusammenhang mit Art. 28 EG-Vertrag äußern, hat der Gerichtshof bestätigt, dass er „(...) jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse

²⁰⁹ EuGH Rs. 384/93 *Alpine Investments*, Slg. 1995, S. I-1141, Rn. 2

²¹⁰ EuGH Rs. 384/93 *Alpine Investments*, Slg. 1995, S. I-1141, Rn. 38; dazu *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 54

²¹¹ Vgl. dazu etwa bei *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 232, dort Fn. 92 sowie bei *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 54

²¹² EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000; EuGH Rs. 142/05 *Mickelsson und Roos* (Urteil vom 4. Juni 2009)

²¹³ Vgl. etwa EuGH Rs. 322/01 *Deutscher Apothekerverband*, Slg. 2003, S. I-14887, Rn. 74 (Verbot des Arzneimittelversands); EuGH Rs. 34/95, 35/95 und 36/95 *de Agostini und TV-Shop*, Slg. 1997, I-3843, Rn. 47 (Verbot von Kinderwerbung); EuGH Rs. 405/89 *Gourmet International Products*, Slg. 2001, S. I-1795, Rn. 21 (Werbeverbot für Alkoholika); dazu *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 53

²¹⁴ *Keßler*, System der Warenverkehrsfreiheit, S. 194, mit Darstellung der vertretenen Positionen; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 28; *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 54; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 232 f.; *Mayer*, EuR, 2003, S. 793 (812 f.) stellen den Marktzugang auch bei der Warenverkehrsfreiheit als selbständiges Kriterium dar; a.A. *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 52 f.

aus anderen Mitgliedstaaten behindert (...)“²¹⁵ als Maßnahme gleicher Wirkung betrachtet. Der Wortlaut bestätigt, dass der EuGH den Marktzugang durchaus als eigenständiges Kriterium auch bei der Warenverkehrsfreiheit ansieht. Maßgeblich argumentierten die Richter im Hinblick auf die regulative Beschränkung des Gebrauchs, „(...) dass ein Verbot der Verwendung eines Erzeugnisses im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher hat, das sich wiederum auf den Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaats auswirkt.“²¹⁶

Im Hinblick auf die aus der Warenverkehrsfreiheit abzuleitende Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung ist eine „Verselbständigung“ des Marktzugangskriteriums bei der Prüfung des Anwendungsbereichs des Art. 28 EG-Vertrag allerdings nicht unproblematisch. Konsequenterweise wäre durchaus denkbar, dass auch unterschiedslos anwendbare Verkaufsmodalitäten über das Korrektiv des Marktzugangs als Maßnahme gleicher Wirkung eingestuft werden könnten, was zur Folge hätte, dass auch die gegenseitige Anerkennung zum Tragen kommen würde. Eine vertriebsbezogene Anwendung des Herkunftslandprinzips stände im Raum.²¹⁷ Ein solches Ergebnis liefe der hier dargelegten Argumentation zuwider, dass sich Verkaufsmodalitäten als Gegenstand des Herkunftslandprinzips und der Dogmatik der gegenseitigen Anerkennung nicht eignen.²¹⁸

c. Trend der Entwicklung

Über die *Keck*-Rechtsprechung und deren Fortentwicklung wird seit langem kontrovers diskutiert. Grund dafür sind die als unzulänglich – weil als zu starr und formal empfundenen – Kategorien, in die staatliche Maßnahmen bei der Prüfung von Art. 28 EG-Vertrag einzuordnen sind.²¹⁹ Das Dilemma der Prüfung nach *Keck* ist, dass nicht alle staatlichen Maßnahmen entweder eindeutig als produktbezogen oder als verkaufsmodal zu charak-

²¹⁵ EuGH Rs. 142/05 *Mickelsson und Roos* (Urteil vom 4. Juni 2009), Rn. 24; EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000, Rn. 37, 58

²¹⁶ EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000, Rn. 56

²¹⁷ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 185

²¹⁸ S. unter 1. Teil, D. II. 1.b, S. 46

²¹⁹ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 68; *Solbach*, Verkaufsmodalitäten, S. 183 f.; *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007, S. 649 (674) und dort mit Verweisen in Fn. 114; *Mayer*, EuR, 2003, S. 793 (810); *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (10, 20); *Prete*, LIEI, 2008, S. 133 (139)

terisieren sind.²²⁰ Daher haben sich in der Rechtsprechung etliche Fallgruppen herausgebildet, mittels derer staatliche Handlungen und Anforderungen als Maßnahmen gleicher Wirkung gewertet werden, obwohl sie nicht eindeutig als produktbezogen bezeichnet werden können. Dazu zählen etwa Importkontrollen, deren Zweck es ist, Waren auf ihre Eigenschaften oder Kennzeichnung zu überprüfen, die Durchführung von Vorabgenehmigungsverfahren vor dem Inverkehrbringen der Ware, das Verlangen nach Ursprungs- und Echtheitszertifikaten oder die Verpflichtung zum Erwerb von Einfuhrlizenzen.²²¹

In den letzten Jahren ist der Trend einer Aufweichung der *Keck*-Kategorien auszumachen, indem eine Unterteilung in die Richtung verkaufsmodaler und *anderer* staatliche Maßnahmen – statt ausdrücklich produktbezogener Maßnahmen – beobachtet werden konnte.²²² Verstärkt wird dieser Eindruck durch die bereits erwähnten Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Kommission/Italien* sowie *Mickelsson und Roos*, in denen der Beeinträchtigung des Marktzugangs bei der Prüfung, ob eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliege, ausdrücklich eine eigenständige Bedeutung beigemessen wurde. Dadurch wurde dieses Element deutlich in den Vordergrund gerückt.²²³ Einer von der im Fall *Mickelsson und Roos* zuständigen Generalanwältin vorgeschlagenen Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung auf Verwendungsbeschränkungen und einer damit einhergehenden stärkeren Begrenzung der *Dassonville*-Formel sind die Richter nicht gefolgt.²²⁴ Im Hinblick auf ihre Konsequenzen für die dogmatische Fortentwicklung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit werden die Urteile *Kommission/Italien* und *Mickelsson und Roos* noch einer sorgfältigen Analyse unterzogen werden müssen. Ohne Frage sind diese Entscheidungen rechtspolitisch von großer Bedeutung.²²⁵

²²⁰ *Albin/Valentin*, EWS, 2007, S. 533 (538), dort Fn. 47; *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007, S. 649 (673); *Mayer*, EuR, 2003, S. 793 (813)

²²¹ *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 54 ff.; *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007, S. 649 (673 f.)

²²² *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007, S. 649 (681, 704) unter Bezugnahme u.a. auf die Urteile *Canal Satélite SL*, EuGH Rs. 390/99, Slg. 2002, I-607, Rn. 30 sowie *Alfa Vita*, EuGH Rs. 158/04 und 159/04, Slg. 2006, S. I-8135, Rn. 19

²²³ Vgl. EuGH Rs. 142/05 *Mickelsson und Roos* (Urteil vom 4. Juni 2009), Rn. 24

²²⁴ EuGH Rs. 142/05 *Mickelsson und Roos*, Antrag GA Kokott Rn. 47, 52; dazu *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007, S. 649 (677 ff.); *Prete*, LIEI, 2008, S. 133 (134 f., 141 f.); *Albin/Valentin*, EWS, 2007, S. 533 (535)

²²⁵ *Albin/Valentin*, EWS, 2007, S. 533 (534)

2. Vorabgenehmigungserfordernisse als Maßnahmen gleicher Wirkung

Vorabgenehmigungsverfahren werden in ständiger Rechtsprechung als Maßnahme gleicher Wirkung nach Art. 28 EG-Vertrag angesehen, da sie geeignet sind, den freien Warenverkehr zu behindern.²²⁶ Sie finden an dieser Stelle deshalb besondere Erwähnung, weil in ihrem Zusammenhang mit den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung Besonderheiten zu beachten sind.

Sieht eine nationale technische Vorschrift ein Verfahren der Vorabgenehmigung vor, darf das Erzeugnis erst nach Erteilung einer Genehmigung in Verkehr gebracht werden, die vom Vorliegen der materiellen Genehmigungsvoraussetzungen – etwa Ausschluss einer Gesundheitsgefahr und Erfüllung der technischen Spezifikationen – abhängt.²²⁷ Vorabgenehmigungserfordernisse stellen daher mit Erlaubnisvorbehalt versehene Verbotsregelungen dar.²²⁸ Im Unterschied zur üblichen Nachmarktkontrolle der Marktaufsichtsbehörden findet die Überprüfung am Maßstab der einschlägigen technischen Vorschriften im Vorabgenehmigungsverfahren bereits vor der Vermarktung eines Produktes statt. Zu deutschen Vorschriften, die als Vorabgenehmigungserfordernisse zu qualifizieren sind oder solche ermöglichen, gehört beispielsweise § 3 Abs. 1 BeschlussG zum Inverkehrbringen von Feuerwaffen und Böllern oder § 49 Abs. 1 Nr. 2 LMBG²²⁹ als Ermächtigungsgrundlage dafür, die Einfuhr erfasster Erzeugnissen von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen. Vorabgenehmigungserfordernisse erstrecken sich sowohl auf im Inland hergestellte als auch aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführte Ware.²³⁰ Ein derartig betroffener Wirtschaftsteilnehmer ist daher gezwungen, im Bestimmungsland ein förmliches Verfahren zu durchlaufen, um eine Geneh-

²²⁶ EuGH Rs. 293/94 *Brandsma*, Slg. 1996, S. I-3159, Rn. 6; EuGH Rs. 400/96 *Harpegnies*, Slg. 1998, I-5121, Rn. 30; EuGH Rs. 14/02 *Atral SA*, Slg. 2003, S. I-4431, Rn. 62; EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital SL*, Slg. 2002, S. I-607, Rn. 29 f.; EuGH Rs. 369/88 *Delattre*, Slg. 1991 I-1487, Rn. 65

²²⁷ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 203; *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1345); *Hodges*, Consumer Product Safety, S. 87d

²²⁸ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (132)

²²⁹ Lebensmittel- und Bedarfsgütergesetz

²³⁰ Würde sich ein Vorabgenehmigungserfordernis nur auf eingeführte Erzeugnisse beziehen und nicht auch auf Inlandserzeugnisse, wäre die Vorschrift diskriminierend und verstieße gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 28 EG-Vertrag.

migung mit einer Vermarktungserlaubnis zu erlangen, auch wenn sich sein Produkt bereits in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr befunden hat.

In den *Keck*-Kategorien gesprochen sind Vorabgenehmigungserfordernisse per se nicht direkt produktbezogen, untersagen jedoch unter Erlaubnisvorbehalt die Vermarktung und behindern damit zweifelsohne den freien Warenverkehr.²³¹ Da nationale Vorabgenehmigungssysteme auch schon vor dem *Keck*-Urteil eindeutig als Maßnahmen gleicher Wirkung angesehen wurden, sind die Aussagen der Rechtsprechung dazu entsprechend bescheiden.²³² Im Urteil *Canal Satélite Digital* heißt es dazu knapp, die theoretische Notwendigkeit, die fraglichen Produkte an die im Bestimmungsland geltenden Vorschriften anzupassen, schliesse aus, dass es sich um eine Vertriebsvorschrift handele.²³³ Für einen möglichen Anpassungsdruck ist das Vorabgenehmigungserfordernis an sich allerdings nur mittelbar verantwortlich, denn eigentlich wird dieser Druck durch die technischen Vorschriften erzeugt, die im Rahmen der Vorabkontrolle geprüft werden.²³⁴

Die im Bestimmungsland durchgeführte Prüfung eines Importprodukts am Maßstab der technischen Vorschriften entspricht der Schutzniveauprüfung, die auch bei einer Nachmarktkontrolle durchgeführt wird. Bei Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen der technischen Vorschriften müssen daher die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung vor Marktzugang („ex ante“) berücksichtigt werden. Das heißt, ein Bestimmungsland kann auch im Vorabgenehmigungsverfahren nicht verlangen, dass Importprodukte die technischen Vorschriften exakt – „buchstabengetreu“ – erfüllen, sondern muss auf die funktionale Gleichwertigkeit des Schutzniveaus abstellen.

Besonders deutlich wird das am Fall *Kommission/Belgien*, wo es um die Vereinbarkeit einer belgischen Etikettierungspflicht mit Gemeinschafts-

²³¹ *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 58; *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007, S. 649 (673 f.)

²³² EuGH Rs. 29/87 *Dansk Denkavit*, Slg. 1988, S. 2965, Rn. 25

²³³ EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital SL*, Slg. 2002, S. S. I-607, Rn. 30; dazu *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 58; *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 142; *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007, S. 649 (680)

²³⁴ Die Begründung des EuGH ist problematisch, da ein Importeur generell davon ausgehen muss, dass sein Produkt überprüft wird, ob das im Rahmen einer Vorab- oder einer Nachmarktkontrolle ist. Daher ist ein ggf. vorhandener Anpassungsdruck nicht spezifisch mit einem Vorabgenehmigungserfordernis verbunden.

recht ging. Der EuGH stellte fest, dass eine Verpflichtung zu einer Angabe einer administrativen Anmeldenummer auf dem Etikett vor dem Inverkehrbringen von Lebensmitteln zum Schutz der öffentlichen Gesundheit nicht erforderlich sei, da der Verbraucher aus der Kenntnis der Anmeldenummer keine für ihn nützlichen Informationen ziehen könne.²³⁵ Der Verstoß gegen Art. 28 EG-Vertrag ergab sich hier also aus den nicht gerechtfertigten materiell-rechtlichen Bestimmungen der technischen Vorschrift, nicht der Tatsache, dass diese vor dem Inverkehrbringen in einem Vorabgenehmigungsverfahren zu prüfen waren.

a. Zulässigkeit von Vorabgenehmigungserfordernissen

Nach ständiger Rechtsprechung steht das Gemeinschaftsrecht einer Vorschrift grundsätzlich nicht entgegen, die eine Genehmigung vor Marktzugang vorsieht.²³⁶ Allerdings sind diese Vorschriften Gegenstand strenger Rechtfertigungskriterien. Die Rechtsprechung entwickelte seit Anfang der achtziger Jahre ein differenziertes System verschiedener Aspekte, die bei der Rechtfertigungsprüfung eines Systems vorheriger behördlicher Genehmigung zu beachten sind. Im Urteil *Canal Satélite Digital* legte der EuGH diese zusammenfassend dar:

Die Durchführung einer Kontrolle vor Zugang zum Markt muss erforderlich sein, indem davon ausgegangen werden darf, dass eine Nachmarktkontrolle zu spät erfolgen würde, um zielführend und effektiv zu sein. Dabei ist einerseits ausschlaggebend, ob es möglich ist, Defekte eines Produkts im Vorabgenehmigungsverfahren zu entdecken, und andererseits, wie die Risiken und Gefahren einzuschätzen sind, wenn Mängel erst *nach* der Vermarktung entdeckt würden.²³⁷ Um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, muss das Vorabgenehmigungsverfahren auf im Voraus bekannten, objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, damit dem Ermessen nationaler Behörden Grenzen gesetzt wird, um eine missbräuchliche Ausübung zu verhindern. Die Versagung einer Vorabge-

²³⁵ EuGH Rs. 217/99 *Kommission/Belgien*, Slg. 2000, S. I-10251, Rn. 26, 29, Schlussanträge GA Fennelly Rn. 21; dazu *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, Art. 28-30 EGV, Rn. 203

²³⁶ EuGH Rs. 272/80 „*Biologische Producten*“, Slg. 1981, S. 3277, Rn. 16; EuGH Rs. 188/84 „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Slg. 1986, S. 419, Rn. 10; EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, S. I-1277, Rn. 25; EuGH Rs. 344/90 *Kommission/Frankreich*, Slg. 1992, S. I-4719 Rn. 8; EuGH Rs. 192/01 *Kommission/Dänemark*, Slg. 2003, S. I-9693, Rn. 44

²³⁷ EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital SL*, Slg. 2002, S. I-607, Rn. 39 f.

nehmung muss zudem im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens anfechtbar sein.²³⁸ Verfahren einer vorherigen Zulassung dürfen keine Verdoppelung von Kontrollprüfungen mit sich bringen, wenn diese Analysen bereits in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt wurden und die Ergebnisse zur Verfügung stehen.²³⁹ Die Verfahrensdauer und die damit verbundenen Kosten der Einholung einer Vorabgenehmigung dürfen nicht so unverhältnismäßig sein, dass sie einen Importeur davon abhalten, sein Produkt auf den Markt zu bringen.²⁴⁰ Die Kommission hält mehr als neunzig Tage nicht mehr für verhältnismäßig.²⁴¹

b. Abschließende Bemerkung

In nationalen Vorschriften vorgesehene Vorabgenehmigungserfordernisse, die als Konstruktion eines verschlossenen Tores mit Erteilung einer behördlichen Genehmigung als Schlüssel funktionieren, müssen als Maßnahme gleicher Wirkung einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 28 EG-Vertrag mit besonderen Anforderungen bei der Verhältnismäßigkeit standhalten können. Die Regelung eines Vorabgenehmigungsverfahrens fällt an sich – im Gegensatz zu den in seinem Rahmen zu prüfenden technischen Vorschriften – nicht unter die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung, da damit ein im Übrigen gemeinschaftsrechtskonformes nationales Erfordernis in einem sensiblen Produktbereich eine Vorabgenehmigung zu verlangen, außer Kraft gesetzt würde.

E. Beweislastverteilung

Die Verteilung der Beweislast spiegelt sich in der gegenseitigen Anerkennung als Prinzip wider, das Ausnahmen zulässt.²⁴² Durch das aus der Warenverkehrsfreiheit abzuleitende Gebot, den Marktzugang für Importerzeugnisse nicht zu beeinträchtigen und auf die Anwendung der innerstaatlich festgelegten technischen Vorschriften zu verzichten, wird ein

²³⁸ EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital SL*, Slg. 2002, S. I-607, Rn. 35; EuGH Rs. 205/99 *Analir u.a.*, Slg. 2001, S. I-1271, Rn. 38; EuGH Rs. 157/99 *Smits und Peerbooms*, Slg. 2001, S. I-5473, Rn. 90; EuGH Rs. 95/01 *Greenham und Abel*, Slg. 2004, S. I-1333, Rn. 35, 50

²³⁹ EuGH Rs. 272/80 *“Biologische Producten”*, Slg. 1981, S. 3277, Leitsatz 1; EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital SL*, Slg. 2002, S. I-607, Rn. 36, 43

²⁴⁰ EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital SL*, Slg. 2002, S. I-607, Rn. 41

²⁴¹ KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 Fn. 145

²⁴² *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 219

Mitgliedstaat in Umkehr der Beweislast gezwungen, nachzuweisen, warum es im Einzelfall gerechtfertigt sei, diesem Grundsatz nicht zu entsprechen. Dogmatisch steht dahinter die widerlegbare Gleichwertigkeitsvermutung des Schutzniveaus. Systematische Kontrollen vor Marktzugang im Bestimmungsland sind daher grundsätzlich unzulässig.²⁴³

Einem in der Gemeinschaft rechtmäßig in den Verkehr gelangten Erzeugnis steht in allen Mitgliedstaaten der Markt offen, ohne dass der Wirtschaftsteilnehmer von vorneherein verpflichtet wäre, die Gleichwertigkeit seiner Ware vor Marktzugang nachzuweisen, und ohne dass die zuständige Behörde des Bestimmungslandes berechtigt wäre, ihm innerstaatliches Recht entgegenzuhalten.²⁴⁴ Die Warenverkehrsfreiheit würde anderenfalls in ihrer Eigenschaft als subjektiv-öffentliches Recht beeinträchtigt werden.²⁴⁵

Die prozessuale Beweislastverteilung entspricht im Verwaltungsverfahren dem Umfang der behördlichen Prüfungslast.²⁴⁶ Sie verpflichtet die zuständige Behörde im Bestimmungsland aktiv zu werden, wenn berechtigte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das jeweilige Erzeugnis nicht dem Schutzniveau der innerstaatlichen technischen Vorschriften entspricht.²⁴⁷ Um das betroffene Produkt überprüfen zu können, ist die Behörde berechtigt, relevante Informationen über das Produkt einzuholen und Proben zu entnehmen.²⁴⁸

Die Freiverkehrsfähigkeit eines Produktes bleibt solange unbeeinträchtigt, bis das Bestimmungsland dem Wirtschaftsteilnehmer gegenüber ein höheres Schutzniveau der technischen Vorschriften geltend macht, weil es zu der Auffassung gelangt ist, es könne die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegen und die innerstaatlich vorgesehenen Anforderungen rechtfertigen. Beruft sich ein Mitgliedstaat dafür auf die Ausnahmebestimmungen

²⁴³ EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital*, Slg. 2002, S. I-607, Rn. 37. Gemeinschaftsrechtskonforme Vorabgenehmigungserfordernisse bilden eine Ausnahme.

²⁴⁴ EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000, Rn. 34

²⁴⁵ *Kingreen* in Callies/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 154

²⁴⁶ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (130)

²⁴⁷ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.74; von *Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1349)

²⁴⁸ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (130); Ausführungen zum Recht der zuständigen Behörde, Informationen einzuholen in der KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 4.1.

des Art. 30 EG-Vertrag oder andere zwingende Erfordernisse, ist er beweislasterpflichtig.²⁴⁹ Er muss schlüssig und substantiiert darlegen, dass die vorgesehenen Anforderungen entgegen der Gleichwertigkeitsvermutung notwendig sind und insbesondere keine den freien Warenverkehr weniger belastenden Mittel zu Verfügung stehen, um das Schutzziel zu verwirklichen.²⁵⁰

In dringenden Fällen kann ein eingeführtes Erzeugnis ad hoc vom Markt suspendiert werden, wenn es sich um ein gefährliches oder möglicherweise gefährliches Produkt handelt, welches die Anwendung der Eilbefugnisse in der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie oder der Verordnung Nr. 178/2002 zum Schutz der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel oder Futtermittel rechtfertigt.²⁵¹

Anhand dieser Darstellung wird ersichtlich, dass das PGA im Idealfall funktioniert, ohne „sichtbar“ in Erscheinung zu treten, indem der freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten durch die Anerkennung der Verkehrsfähigkeit unberührt bleibt und nationale Vorschriften nur im Ausnahmefall zur Anwendung kommen.

I. Erleichterung der Beweislast

Erleichtert wird die Beweislast hinsichtlich eines zu rechtfertigenden Schutzniveaus durch die Möglichkeit, auf existierende internationale Schutzstandards bei der wissenschaftlichen Bewertung des Risikos zu verweisen, was die Verhältnismäßigkeitsprüfung vereinfacht oder sogar ersetzen kann.²⁵² Beim aktuellen Stand der Forschung bestehende Unsicherheiten über die Erforderlichkeit einer Regelung im Hinblick auf noch

²⁴⁹ Oliver, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.110; Happe in FS Bleckmann, S. 119 (129); Michaels, Anerkennungspflichten, S. 219

²⁵⁰ EuGH Rs. 14/02 *Atral SA*, Slg. 2003, S. I-4431, Rn. 69; EuGH Rs. 251/78 *Denkavit*, Slg. 1979, S. 3369, Rn. 24; EuGH Rs. 174/82 *Sandoz*, Slg. 1983, S. 2445, Rn. 22; EuGH Rs. 13/91 und 113/91 *Debus*, Slg. 1992, S. I-3617, Rn. 18; dazu Leible in Grabitz/Hilf, Art. 30 EGV, Rn. 26. Im Fall „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Rs. 188/84, scheint dieser Grundsatz der Beweislastverteilung durchbrochen zu sein. Der Gerichtshof erwähne an mehreren Stellen, „(...) daß es der Kommission nicht gelungen sei, die Gleichwertigkeit der verschiedenen Arbeitsschutzkonzepte in Deutschland und Frankreich nachzuweisen. (...) Näherliegend erscheint (...), daß es hier nicht um die Frage der Beweislast, sondern nur um die Frage ging, ob der Parteivortrag substantiiert war.“ Happe in FS Bleckmann, S. 119 (129)

²⁵¹ Vgl. KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 4.1

²⁵² Schroeder in Streinz, Art. 30 EGV, Rn. 57

ungewisse Gefahren für Gesundheit und Umwelt können außerdem durch Verweis auf das Vorsorgeprinzip zur Beweiserleichterung führen.²⁵³

Beim Vorsorgeprinzip handelt es sich um einen von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der den Mitgliedstaaten zugutekommt, wenn sie sich im Rahmen der Rechtfertigung auf Art. 30 EG-Vertrag oder zwingende Erfordernisse berufen.²⁵⁴ Im Urteil *Greenham und Abel* werden die wesentlichen Elemente zur Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips deutlich: Auf der Basis verlässlicher Daten und neuester Forschungsergebnisse werden in einem Mitgliedstaat die Risiken ermittelt, die ein Produkt möglicherweise für ein allgemein zu schützendes Gut mit sich bringt.²⁵⁵ Die Feststellung, dass eine wissenschaftliche Risikobewertung aufgrund zureichender Daten keine hinreichend genaue Bestimmung des betreffenden Risikos zulässt, hindert den Mitgliedstaat nicht, Schutzmaßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu treffen. Eine ungenügende Basis wäre hingegen eine auf rein hypothetischen Erwägungen gestützte Risikobewertung.²⁵⁶ Neu ist die hinter dem Vorsorgeprinzip stehende Beweislastregel jedoch nicht. Bereits im Urteil *Nisin* etliche Jahre zuvor hatte der EuGH festgestellt, dass die Nichterweislichkeit der Unschädlichkeit eines Konservierungsstoffes für Schmelzkäse zugunsten des Mitgliedstaats ausschlägt, der sich zur Rechtfertigung einer Verbotsregelung auf Art. 30 EG-Vertrag (ex-Art. 36) beruft.²⁵⁷

II. Beweislast- und Kostentragungspflicht

Die Kostentragung folgt grundsätzlich der Darlegungs- und Beweislast. Das bedeutet, dass die Kosten, die im Zusammenhang mit einer Prüfung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus auftreten können, wie die Einschaltung

²⁵³ *Schroeder* in Streinz, Art. 30 EGV, Rn. 57; *Schroeder*, DVBl., 2002, S. 213 (218)

²⁵⁴ EuGH Rs. 174/82 *Sandoz*, Slg. 1983, S. 2445, Rn. 17; EuGH Rs. 473/98 *Toolex Alpha*, Slg. 2000, S. I-5681, Rn. 43 – 45; dazu die Mitteilung der Kommission zur Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips vom 2.2.2000, KOM(2000)1; dazu *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, Art. 174 EGV, Rn. 24

²⁵⁵ EuGH Rs. 95/01 *Greenham und Abel*, Slg. 2004, S. I-1333, Rn. 42, 47

²⁵⁶ EuGH Rs. 95/01 *Greenham und Abel*, Slg. 2004, S. I-1333, Rn. 42 f., 47

²⁵⁷ EuGH Rs. 53/80 *Kaasfabriek Eyssen („Nisin“)*, Slg. 1981, S. 409, Rn. 16; dazu *Happe* in *FS Bleckmann*, S. 119 (129 f.)

externer Sachverständiger oder die Erstellung fachlicher Gutachten, von den Behörden des Bestimmungslandes getragen werden müssen.²⁵⁸

Der EuGH hat, ohne auf die Beweislastverteilung abzustellen, aber mit gleichem Ergebnis entschieden, dass von der staatlichen Verwaltung durchgeführte Kontrollprüfungen im Bereich der Nachmarktkontrolle nicht als eine dem Importeur gegenüber erbrachte Dienstleistung angesehen werden dürfen. Durch die Marktaufsichtstätigkeit entstehende Kosten müssten von der Allgemeinheit getragen werden, da sie andererseits vom freien Warenverkehr in der Gemeinschaft profitieren würde.²⁵⁹

F. Prüfung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus

Den nationalen Behörden obliegt die Aufgabe, die Gleichwertigkeit eines Importprodukts im Vergleich zum Schutzniveau der innerstaatlichen Vorschriften zu prüfen. Dabei stehen sie zwar unter Kontrolle der nationalen Gerichte.²⁶⁰ Die Frage, wann bei einer Prüfung im Einzelfall von Gleichwertigkeit auszugehen ist, eröffnet den Behörden jedoch einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum, da es keine eindeutigen Kriterien für Vergleichsmaßstäbe gibt.²⁶¹ „(...) the extent to which equivalence exists is not clearly defined or easily established.“²⁶² Insbesondere bei komplizierteren Sachlagen kann sich ein Gleichwertigkeitstest als schwierig erweisen und dadurch bedingt – sei es auch nur durch Unsicherheit – eine gemeinschaftsfreundliche Auslegung nationaler technischer Vorschriften verhindern.²⁶³ Dieser Umstand wird dadurch begünstigt, dass die politische Verantwortung für Produktsicherheit bei den Mitgliedstaaten bleibt, auf deren Hoheitsgebiet eingeführte Produkte vermarktet werden.²⁶⁴

²⁵⁸ von Borries/Petschke, DVBl., 1996, S. 1343 (1349)

²⁵⁹ EuGH Rs. 277/91, 318/91 und 319/91 *Ligur Carni u.a.*, Slg. 1993, S.I-6621, Rn. 30 f., dazugehöriger Sitzungsbericht Rn. 40; KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), dort Fn. 51

²⁶⁰ EuGH Rs. 27/80 *Fietje*, Slg. 1980, S. 3839, Rn. 15

²⁶¹ *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (125)

²⁶² *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (669); ähnlich *Pelkmans*, Economic perspective, S. 14 f.; *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 43 „Letztlich müßte (...) [der nationale Beamte] beurteilen, ob dieses Schutzniveau, verglichen mit dem von der inländischen Produktregulierung gewährten Schutzniveau, „gleichwertig“ ist, und dies anhand der in diesem Bereich nicht besonders klaren Rechtsprechung des EuGH.“

²⁶³ *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 43

²⁶⁴ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (751)

Tabelle 1: Feststellung durch die Behörden, dass das von der Ware gewährleistete Schutzniveau nicht gleichwertig ist²⁶⁵

<i>Sektor</i>	<i>(A)</i>	<i>(B)</i>
Busse	9 %	26 %
Lastkraftwagen	6 %	19 %
Lieferwagen	22 %	41 %
Anhänger	4 %	9 %
Fahrräder	1 %	3 %
Babyartikel	2 %	12 %
Rauchmeldesysteme	6 %	21 %
Einbruchsicherungssysteme	0 %	0 %
Arbeiten aus Edelmetallen	1 %	5 %
Tanks	5 %	12 %
Container	1 %	1 %

(A) Im Verhältnis zur Anzahl der Versuche, die Ware(n) auf den Markt zu bringen

(B) Im Verhältnis zur Anzahl der Schwierigkeiten

Anhand der Tabelle 1 kann man erkennen, dass die Anzahl negativ ausfallender Gleichwertigkeitstests im Verhältnis zu der Anzahl der Versuche, Waren auf den Markt zu bringen, mit Ausnahme von Lieferwagen nicht auffallend hoch liegt (Spalte A). Der herausragende Wert bei Lieferwagen mit 22 % und der zweithöchste Wert für Busse mit 9 % lassen den Schluss zu, dass die Gleichwertigkeitsprüfung aber insbesondere bei motorisierten Fahrzeugen Schwierigkeiten verursacht. Es handelt sich um technisch kompliziertere Anlagen, bei denen leicht vorstellbar ist, dass nationale Sicherheitsvorstellungen differieren und die Frage nach der Vergleichbarkeit nicht leicht zu beantworten ist.

Wenn es zu Schwierigkeiten kommt, liegen die Ablehnungsraten im Verhältnis dazu auch in anderen Bereichen höher (Spalte B), was die überwie-

²⁶⁵ Zweiter Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuß - Zweiter Zweijahresbericht über die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Binnenmarkt vom 23.7.2002, KOM(2002)419 endg., Tabelle 7.4.6

gend positiven Werte der ersten Spalte relativiert. Bei Lastkraftwagen, Bussen und Lieferwagen, darüber hinaus auch bei Babyartikeln, Rauchmeldesystemen und Tanks neigen die Behörden bei einmal auftauchenden Problemen offensichtlich dazu, die Feststellung der Gleichwertigkeit (eher) negativ zu bescheiden.

I. Mögliche Ergebnisse einer Gleichwertigkeitsprüfung

1. Gleichwertigkeit des Schutzniveaus

Kommt die Behörde des Bestimmungslands bei einer Schutzniveauprüfung zu dem Ergebnis, dass die eingeführte Ware ein gleichwertiges Schutzniveau aufweist, dürfen die innerstaatlichen Vorschriften nicht angewendet werden. Anderenfalls würde sich ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben.

Dies betrifft auch die Konstellation, dass das betroffene Produkt das Schutzniveau des Bestimmungslandes trotz weniger anspruchsvoller Anforderungen des Herkunftslandes erreicht, da die Produkteigenschaften ausschlaggebender Bezugspunkt sind, nicht die Vorschriften des Herkunftslandes als solche. Es ist durchaus möglich, dass sich der Hersteller für eine höhere Qualität entschieden hat, als die, die in einem Herkunftsland als Mindestmaß rechtlich vorgeschrieben ist.²⁶⁶ Die Vorschriften des Herkunftslandes können bei der Prüfung allerdings hilfreich sein, da sie Anhaltspunkte dafür liefern, wo das Schutzniveau für die Verkehrsfähigkeit im Herkunftsland angesetzt wird.²⁶⁷

2. Höheres Schutzniveau im Herkunftsland

Liegt sogar ein höherwertigeres Schutzniveau im Herkunftsland vor, ergibt sich für die zuständige Behörde des Bestimmungslandes ohnehin keine Schwierigkeit, die Verkehrsfähigkeit des Importprodukts anzuerkennen. An dieser Stelle wird ersichtlich, dass die gegenseitige Anerkennung mittels des Herkunftslandprinzips darauf abzielt, nationale Vorschriften als techni-

²⁶⁶ KOM-Mitteilung – C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 4.2.1

²⁶⁷ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.75; *Wilsher*, ELR, 2008, S. 3 (6); *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1349) – vgl. insbesondere die Urteile EuGH Rs. 27/80 *Fietje*, Slg. 1980, S. 3839, Rn. 12 sowie EuGH Rs. 188/84 „*Holzbearbeitungsmaschinen*“, Slg. 1986, S. 419, Rn. 16; vgl. dazu auch KOM-Mitteilung C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 4. Daher ist es auch vorzuziehen, von der Anerkennung der Verkehrsfähigkeit zu sprechen und nicht von der Anerkennung anderer mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften.

sche Handelshemmnisse auszuschalten, nicht aber um den jeweils günstigsten Vorschriften Geltung zu verschaffen.²⁶⁸

3. Höheres Schutzniveau im Bestimmungsland

Ergibt sich eine Differenz, bei der das Schutzniveau der Vorschriften im Bestimmungsland höher liegt als dasjenige, welches das zu importierende Produkt aufweist – fällt der Gleichwertigkeitstest also negativ aus – muss die Behörde anschließend prüfen, ob eine Anwendung der eigenen technischen Vorschriften unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt wäre und notfalls auch einer gerichtlichen Kontrolle standhalten könnte. Wenn sie zu diesem Schluss kommt, können die innerstaatlichen Vorschriften angewendet und damit dem Wirtschaftsteilnehmer entgegengehalten werden. Anderenfalls muss die Behörde auf die Anwendung des inländischen Rechts verzichten. Diese Verpflichtung ergibt sich aus der unmittelbaren Wirkung des Art. 28 EG-Vertrag durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts.²⁶⁹

II. Anerkennung im Herkunftsland durchgeführter Kontroll- und Prüfverfahren

Ebenso wie es Sache der Mitgliedstaaten ist, in Abwesenheit gemeinschaftsrechtlicher Regelungen ein allgemeinverbindliches Schutzniveau in nationalen Vorschriften vorzusehen, liegt es auch in ihrer Kompetenz, die von ihm festgelegten technischen Anforderungen zu kontrollieren. Dabei ist die Verpflichtung zu beachten, doppelte Kontrollverfahren zu vermeiden, indem im Herkunftsland durchgeführte Kontrollen anzuerkennen sind und sie nicht ohne Grund wiederholt werden dürfen.²⁷⁰

Formale Kontroll- und Testanforderungen in technischen Vorschriften sind ebenso wie materielle Produktspezifikationen geeignet, den freien Warenverkehr zu beeinträchtigen.²⁷¹ Sie müssen daher zur Erreichung der damit angestrebten Zielsetzung notwendig und erforderlich sein, beispielsweise zur Feststellung der gesundheitlichen Unbedenklichkeit eines Produkts,

²⁶⁸ Füller, Warenverkehrsfreiheiten, S. 87 ff. dazu mit kritischen Anmerkungen

²⁶⁹ EuGH Rs. 74/76 *Iannelli*, Slg. 1977, S. 557, Rn. 13

²⁷⁰ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 97 mit Hinweis auf das mit dem Herkunftslandprinzip verbundenen Kooperationsprinzip

²⁷¹ EuGH Rs. 42/82 *Kommission/Frankreich*, Slg. 1983, S. 1013, Rn. 50; EuGH Rs. 272/95 *Deutsches Milchkontor*, Slg. 1997, S. I-1905, Rn. 25 f.; dazu *Schroeder* in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 56

und dürfen keine Hindernisse für die Einfuhr schaffen, die außer Verhältnis zu Erreichung des angestrebten Ziels stehen. Der EuGH stellte fest, dass die „(...) Maßnahme eines Mitgliedstaats, mit der im wesentlichen Kontrollen erneut vorgenommen werden, die bereits im Rahmen anderer Verfahren, in demselben Staat oder in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführt worden sind, nicht als zur Erreichung des verfolgten Zieles erforderlich angesehen werden (...)“.²⁷² Sind im Herkunftsland vorgeschriebene Produktionskontrollen oder sonstige Tests mit denen des Bestimmungslandes gleichwertig, weil sie die gleichen Aspekte berücksichtigen und eine vergleichbar verlässliche Methodik der Untersuchung vorsehen, müssen deren Ergebnisse beachtet werden. Auch hier kommt es bei der Gleichwertigkeit auf das repräsentierte Schutzniveau an, das mithilfe der Kontroll- oder Testmethoden sichergestellt werden soll. Der EuGH hob im Urteil *Hedley Lomas* hervor, dass sich „die Mitgliedstaaten hinsichtlich der in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet durchgeführten Kontrollen gegenseitig Vertrauen entgegenbringen [müssten]“.²⁷³

Abschließend bleibt festzuhalten, dass Kontrollbescheinigungen und Testberichte aus dem Herkunftsland, die im Bestimmungsland vorgelegt oder auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden können, zu berücksichtigen sind, es sei denn, sie sind ungültig oder wurden nicht von einer unabhängigen oder nicht kompetenten Bewertungsstelle ausgestellt.

III. Anerkennung der Kompetenz von Konformitätsbewertungsstellen

Schwierigkeiten treten auf, wenn die Behörde im Bestimmungsland bezweifelt, dass vorgelegte Kontroll- oder Prüfbescheinigungen zur Bescheinigung der Verkehrsfähigkeit eines Produkts unter verlässlichen Bedingungen zustande gekommen sind. Sie kann etwa die Kompetenz des Laboratoriums in Frage stellen, das Untersuchungen im Herkunftsland durchgeführt hat. Im ihrem Bericht über die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung bezeichnete die Kommission diesen Problembereich als „Vertrauensfrage bei der Konformitätsbewertung“.²⁷⁴ Die Kommission äußerte sich in ihren Leitlinien dazu folgendermaßen: „(...) eine Weigerung, die von einer im Herkunftsstaat rechtmäßig niedergelas-

²⁷² EuGH Rs. 390/99 *Canal Satélite Digital SL*, Slg. 2002, S. I-607, Rn. 36

²⁷³ EuGH Rs. 5/94 *Hedley Lomas*, Slg. 1996, S. I- 2553, Rn. 19; dazu *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, Art. 10 EGV, Rn. 79

²⁷⁴ Erster Zweijahresbericht der KOM von 1999 (s. Fn. 171), Ziff. 4.2.1

senen Kontrolleinrichtung durchgeführten Tests und ausgestellten Zertifikate anzuerkennen, (kann) nur dann gerechtfertigt sein, wenn diese Einrichtung keine angemessenen und hinreichenden Garantien bezüglich ihrer technischen Fähigkeiten, ihrer Professionalität und ihrer Unabhängigkeit bietet.“²⁷⁵ Ausreichende Garantien sollen nach Auffassung der Kommission auf der Grundlage europäischer Normen (EN 45000) akkreditierte Zertifizierungsstellen bieten, die zwar Anforderungen an Konformitätsbewertungsstellen auführen, aber keinen zwingenden Charakter haben. Für eine eindeutige Rechtslage zur Akkreditierung wird zukünftig die Verordnung zu Akkreditierung und Marktüberwachung Nr. 765/2008 als Teil des „Binnenmarktpakets“ sorgen, wodurch die Grundlage dafür entstanden ist, auch die Anerkennung der Befugnisse akkreditierter Konformitätsbewertungsstellen verbindlich im Sekundärrecht zu regeln.²⁷⁶

G. Gegenseitiges Vertrauen und gegenseitige Anerkennung

Gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten spielt für eine erfolgreiche Implementierung der gegenseitigen Anerkennung eine wichtige Rolle, wie schon bei der Berücksichtigung von im Herkunftsland durchgeführten Kontrollen angemerkt wurde.²⁷⁷ Das Herkunftslandprinzip fußt auf der Anerkennung rechtlicher, technischer und prozessualer Regeln der verschiedenen Mitgliedstaaten als grundsätzlich gleichwertig und damit auf dem Gedanken des wechselseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in den Inhalt und die Wirklichkeit ihrer Rechtssysteme.²⁷⁸ Für einen Mitgliedstaat ist mit der gegenseitigen Anerkennung daher verbunden, sich auf die Fähigkeiten anderer Mitgliedstaaten zu verlassen, angemessene technische Vorschriften zu erlassen und anzuwenden sowie entsprechende Kontrollen zur Gewährleistung der Verkehrsfähigkeit durchzuführen, obwohl – und das ist die Herausforderung – jeder Mitgliedstaat selbst politisch für die Sicherheit der in seinem Hoheitsgebiet vermarkteten Produkte verantwortlich bleibt.²⁷⁹ Daher ist es durchaus berechtigt, das Prinzip der

²⁷⁵ KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 4.1

²⁷⁶ So geschehen in Art. 5 der VO „zur gegenseitigen Anerkennung“ Nr. 764/2008 (s. Fn. 3); ausführlicher dazu unter Überprüfung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus im Vorfeld, 2. Teil, B. II. 6.a.i, S. 129

²⁷⁷ *Woods*, Free movement of goods and services, S. 70; *Maduro*, JEPP, 2007, S. 814 (814 ff.), *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (670, 672); *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse, S. 32

²⁷⁸ *Müller-Graff* in von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG, Rn. 191

²⁷⁹ *Seidel*, Stand des Binnenmarktes, S. 29 (37); *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (669)

gegenseitigen Anerkennung als eine Herausforderung für die Mitgliedstaaten und ihre Behörden zu bezeichnen. „The previous unity of territory, legitimation and the setting of rules is broken up. Governments have to trust other member states to regulate and control their companies sufficiently. Subsequently, we can see that mutual recognition is quite a demanding principle of market integration.“²⁸⁰

Wäre ein grundlegendes Maß an gegenseitigem Vertrauen in andere Mitgliedstaaten nicht vorhanden, wäre die gegenseitige Anerkennung als Integrationsinstrument zum Scheitern verurteilt. Es würde an einer entscheidenden Vorbedingung zur Überwindung technischer Vorschriften fehlen.²⁸¹ Tritt ein Staat der Europäischen Gemeinschaft bei, wird angenommen, dass er mit seinem Beitritt implizit bekundet, dieses erforderliche Vertrauen in die Fähigkeit der anderen Mitgliedstaaten zu haben. Ebenso wird erwartet, dass er selbst in der Lage ist, die Warenherstellung, die Dienstleistung und die berufliche Ausbildung der Wirtschaftsteilnehmer adäquat zu überwachen.²⁸² Diese besondere Verbundenheit der Mitgliedstaaten untereinander lässt sich normativ auf Art. 10 EG-Vertrag stützen.²⁸³

Je stärker ausgeprägt politische und rechtliche Divergenzen in einem bestimmten Bereich sind, umso größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass mangels genügend vorhandenen Vertrauens Widerstand gegenüber den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung geleistet wird. Das äußert sich maßgeblich darin, dass Mitgliedstaaten nicht davon absehen, innerstaatliche Vorschriften auf eingeführte Ware anzuwenden. Bei einem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer steigen dadurch Informations- und Transaktionskosten.²⁸⁴ Maßnahmen der Rechtsangleichung, die allerdings unter dem Vorbehalt stehen, dass eine Einigung der Mitgliedstaaten unter Aufgabe nationaler Präferenzen erreicht werden kann, führen an dieser Stelle zu mehr Rechtssicherheit und zu besseren Vermarktungsbedingungen. Das punktuell fehlende Vertrauen, welches dadurch zum Ausdruck kommt, dass sich Mitgliedstaaten auf Rechtfertigungsgründe zurück-

²⁸⁰ *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (672)

²⁸¹ *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (670); *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 64

²⁸² *Bernel*, Le principe d'équivalence, S. 110

²⁸³ *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, Art. 28-30 EGV, Rn. 148. Im Urteil EuGH Rs. 25/88 *Wurmser* Rn. 18, Slg. 1989, S. 1105, wird der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens ausdrücklich im Zusammenhang mit der Anerkennung als gleichwertig zu betrachtender technischer oder chemischer Analysen oder Laborversuche angeführt.

²⁸⁴ *Maduro*, JEPP, 2007, S. 814 (823)

ziehen, um auf dem Besitzstand nationaler Vorschriften zu beharren, kann durch Harmonisierung überwunden werden. Die Harmonisierungsmethode erhält damit eine spezifische Funktion, nämlich die an ihre Grenzen gelangte Integrationsfähigkeit der gegenseitigen Anerkennung zu überwinden.²⁸⁵

Der ökonomische und politische Integrationsgrad im europäischen Binnenmarkt ist im Vergleich zu Freihandelsorganisationen wie der NAFTA so weit fortgeschritten, dass das notwendige Vertrauen der Mitgliedstaaten als Vorbedingung für ein funktionsfähiges Prinzip der gegenseitigen Anerkennung grundsätzlich in ausreichendem Maße angenommen werden kann. Entscheidend ist als Grundlage dafür insbesondere, dass eine gemeinschaftliche Gesetzgebung institutionalisiert wurde.²⁸⁶ Auf der Basis von Harmonisierungskompetenzen können „Störungen“ des freien Warenverkehrs ausgeglichen werden, wenn sich Mitgliedstaaten auf Art. 30 EG-Vertrag oder zwingende Erfordernisse berufen. Darin liegt auch der Grund, warum dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in einer Organisation wie der WTO Grenzen gesetzt sind. „One must (...) remember that, unlike the GATT, the Treaty did have Article 100 [Art. 95 EG-Vertrag] and a project of harmonization. This (...) is the critical difference between the GATT and the common market, not the nature of the negative integration prohibition.“²⁸⁷ Alle drei Hauptabkommen der WTO stützen sich maßgeblich auf das Prinzip der Inländergleichbehandlung (Art. III GATT, Art. XVII GATS, Art. III TRIPS). Das der NAFTA zugrundeliegende Übereinkommen verweist in Art. 301 beim Marktzugang für Waren entsprechend auf Art. III GATT, wodurch ein hoher Grad an nationaler Kontrolle im Bestimmungsland gewahrt bleibt, andererseits aber Handelsliberalisierung nur sehr begrenzt verwirklicht werden kann.

H. Gegenseitige Anerkennung und Harmonisierung

I. Regulatorischer Wettbewerb, „Race to the bottom“ und indirekte Harmonisierung

Die tragende Bedeutung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung für einen Wirtschaftsteilnehmer liegt auf der Hand: Erzeugnisse, die den tech-

²⁸⁵ Zum Funktionswandel s. unter Harmonisierung nach „Cassis“, 1. Teil, H. II, 2, S. 71

²⁸⁶ *Cobbett*, Deeper North American integration? Putting the horse back before the cart

²⁸⁷ *Weiler*, Constitution of the Common Market Place, S. 349 (361); i.E. *Schmidt*, JEPP 2007, S. 667 (674)

nischen Vorschriften eines Mitgliedstaats entsprechen, müssen nicht zusätzlich den – höheren oder andersartigen – Qualitätsansprüchen eines anderen Mitgliedstaates als Bestimmungsland genügen; kostenaufwendige Sonderproduktionen für die einzelnen nationalen Teilmärkte können somit eingespart werden.²⁸⁸ Jedem individuellen Produkt ist die Möglichkeit gegeben, so wie es einmal verkehrsfähig geworden ist, überall in der Gemeinschaft unter Beibehaltung seiner ursprünglichen Eigenschaften in den Wettbewerb einzutreten.²⁸⁹

Abgesehen von diesen zweifellos positiven Effekten, entfaltet die gegenseitige Anerkennung auch auf der Ebene nationaler Gesetzgebung eine Wettbewerbssituation.²⁹⁰ Für die Mitgliedstaaten ergibt sich eine Konfliktsituation insofern, als sie einerseits anstreben, im Inland politisch gewünschte hohe Sicherheits- und Qualitätsstandards festzulegen, andererseits aber zu beachten haben, dass diese Regelungen ähnliche Standards aufweisen wie andere mitgliedstaatliche Vorschriften. Weicht das Regulierungsniveau der innerstaatlichen Vorschrift zu stark von dem ab, was vergleichbare Vorschriften in anderen Mitgliedstaaten vorsehen, ohne dass erfolgreich auf zwingende Erfordernisse zurückgegriffen werden könnte, kommt es zu einer mehr oder weniger stark ausgeprägten Benachteiligung der inländischen Produzenten, da sie die Vorgaben des innerstaatlichen Rechts ja erfüllen müssen – im Gegensatz zu Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten, die von der gegenseitigen Anerkennung profitieren.²⁹¹ Es könnte politischer Druck auf den nationalen Gesetzgeber entstehen, die einseitige Schlechterstellung der heimischen Produzenten durch Absenkung der gesetzlichen Produktionsanforderungen zu beseitigen, da niedrigere rechtliche Anforderungen als Standortvorteil angesehen werden. Produktionsverlagerungen könnten die Folge sein, indem etwa heimische Produzenten strengere nationale Vorschriften umgehen wollen und ihre Produktion in einen Mitgliedstaat mit einem weniger anspruchsvollen und daher für sie kostengünstigeren Regelungssystem verlegen.²⁹² Das veranlasst die Mitgliedstaaten dazu, die eigenen Vorschrif-

²⁸⁸ *Dauses*, EuZW, 1990, S. 8 (10)

²⁸⁹ *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 62

²⁹⁰ *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 156; *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 64; *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (750); *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667; *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 183; *Hoffmann*, Grundfreiheiten, S. 64

²⁹¹ *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 183

²⁹² *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (672); *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (750)

ten auch im Hinblick auf die Regelungen anderer Mitgliedstaaten unter Wettbewerbsgesichtspunkten auszurichten. „They [the member states] have to take the level of foreign (...) regulations into account, in order to avoid an outflow, or trigger an inflow, of business.“²⁹³

An den Regulierungswettbewerb wird daher die Befürchtung geknüpft, die gegenseitige Anerkennung zwingt einen Mitgliedstaat letztlich dazu, sich zwischen Inländerdiskriminierung und einer Absenkung seiner Standards auf ein niedrigeres Niveau zu entscheiden.²⁹⁴ Die Konkurrenz mitgliedstaatlicher Standards würde dazu führen, dass sich mit der gegenseitigen Anerkennung das niedrigste Schutzniveau durchsetze. Die anderen Mitgliedstaaten könnten ihre eigenen strengeren Produktvorgaben dann nur noch „zu Lasten“ der Inländer aufrecht erhalten oder dem Druck nachgeben und nach unten korrigieren. In diesem Sinne wurde bereits auf deutscher Seite im *Cassis-Fall* argumentiert, indem darauf hingewiesen wurde, dass sich „in der Gemeinschaft als gemeinsamer Standard der niedrigste in irgendeinem Mitgliedstaat zulässige Weingeistgehalt durchsetzen würde“.²⁹⁵ Der Teufel des sogenannten „race to the bottom“²⁹⁶ regulatorischer Standards wurde schon damals an die Wand gemalt und seitdem beständig kultiviert.

Eine derart bezeichnete Abwärtsspirale lässt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis und der damit verbundenen Beweislastkonstellation der gegenseitigen Anerkennung herleiten, indem anzunehmen ist, dass die weniger anspruchsvolle Regelung des Mitgliedstaats, aus dem die Waren eingeführt wird, dem Schutzanliegen der Gesetzgebung ausreichend Rechnung getragen wird, und daher der „kleinste gemeinsame Nenner“²⁹⁷ zum Maßstab wird.²⁹⁸ Nach jahrelanger Analyse der Entwicklung nationaler Rechtssysteme wird die Ansicht, es käme unaufhaltsam zu einem regulatorischen Abwärtstrend der Standards in den Mitgliedstaaten, jedoch nur

²⁹³ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (750)

²⁹⁴ *Buerfeind*, Produktregelungen und Produktzertifizierungen, S. 16 f.; *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483 (487 f.); *Seidel* in FS Steindorff, S. 1455 (1472)

²⁹⁵ EuGH Rs. 120/78 „*Cassis de Dijon*“, Slg. 1979, S. 649, Rn. 12

²⁹⁶ *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (671, 673); *Maduro*, JEPP, 2007, S. 814 (817); *Majone*, Mutual recognition in federal type systems, S. 12; *Dausés/Brigola* in Dausés, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 118; *Leible* in Streinz, Art. 95 EGV, Rn. 46

²⁹⁷ *Millarg*, Schranken des freien Warenverkehrs, S. 81; *Dausés/Brigola* in Dausés, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 118

²⁹⁸ *Streinz*, Europarecht, Rn. 941; *Seidel* in FS Steindorff, S. 1455 (1470); *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.74

noch selten in extremer Form vertreten, da solche Erscheinungen real kaum zu beobachten waren.²⁹⁹ Die Gefahr einer Nivellierung darf unter anderem deswegen nicht überschätzt werden, da auch andere Standortvorteile bzw. -nachteile eine Rolle spielen als mehr oder weniger strenge Produktvorschriften.³⁰⁰

Die gegenseitige Anerkennung fördert tatsächlich eine indirekte Harmonisierung nationaler Rechtsvorschriften, indem der Fokus auf wesentliche Regulierungsaspekte, wie Sicherheit, Gesundheit, Umwelt- und Verbraucherschutz gerichtet wird, die den in Art. 30 EG-Vertrag aufgeführten Rechtfertigungsgründen und anderen anerkannten zwingenden Erfordernissen entsprechen.³⁰¹ Ein solcher Effekt ist durchaus wünschenswert. Damit wird in Verbindung mit sekundärrechtlich bestehenden Notifizierungsverpflichtungen im Hinblick auf Entwürfe nationaler Vorschriften und Normen³⁰² dem Hang zu nationaler Überregulierung frühzeitig entgegengewirkt.

Einem buchstäblichen Verfall von Sicherheits- und Qualitätsstandards, der schon deshalb kaum vorstellbar ist, da er zumindest von einigen Mitgliedstaaten politisch wohl kaum akzeptiert werden würde, wirkt die Rechtsprechung des EuGH als Auffangnetz entgegen, indem sie der gegenseitigen Anerkennung zugunsten des Bestimmungslandprinzips in berechtigten Fällen Grenzen setzt.³⁰³ Im Rahmen der Schutzniveaunklausel des Art. 95 Abs. 3 EG-Vertrag bekennt sich die Gemeinschaft bei der Festlegung von (Mindest-)Standards zudem zu einem hohen Schutzniveau unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Entwicklungen in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz.³⁰⁴ Die Schutzniveaunklausel greift zwar systembedingt nur bei Harmonisierungsmaßnahmen gem. Art. 95 EG-Vertrag,³⁰⁵ weist aber indirekt darauf hin, dass Rechtsangleichung (auch) dazu dienen kann, gemeinschaftsrechtliche Standards auf ein höheres Schutzniveau zu setzen, wenn eine schwache

²⁹⁹ *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667; *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (750)

³⁰⁰ *Streinz*, Europarecht, Rn. 944

³⁰¹ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (708)

³⁰² Vgl. ausführlicher zu den Notifizierungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten nach den Bestimmungen der Informationsrichtlinie 98/34/EG unter 1. Teil, I. III, S. 88

³⁰³ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (750)

³⁰⁴ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (750 f.)

³⁰⁵ *Streinz*, Europarecht, Rn. 942

einzelstaatliche Regelung zu einem gemeinschaftsweiten Maßstab zu werden droht.³⁰⁶

Anhand des vom EuGH entschiedenen Falles *Reinheitsgebot für Bier* wird unter dem Stichwort „Inländerdiskriminierung“ deutlich, dass ein Mitgliedstaat zudem nicht gezwungen ist, nationale Qualitätsanforderungen aufzugeben, die über ein notwendiges Maß an grundlegenden Sicherheitsanforderungen hinausgehen, um eine vermeintlich ungünstigere Wettbewerbslage für inländische Produzenten aufzuheben.³⁰⁷ Nach dem Urteil des EuGH wurde das deutsche Reinheitsgebot und die damit verbundenen Produktionsanforderungen trotz beschiedenem Verstoß gegen Art. 28 EG-Vertrag für die inländischen Produzenten aufrechterhalten. Ob sich ein Produkt gegenüber der Konkurrenz am Markt durchsetzen kann, muss sich nicht notwendigerweise darauf begründen, dass ein Produkt nach möglichst niedrigen Standards und damit möglichst billig hergestellt wird, da letztlich der Verbraucher darüber entscheidet, ob ein Produkt auf dem Markt angenommen wird oder nicht. Die Erfahrung hat gezeigt, dass der Verbraucher eine qualitativ hochwertige oder traditionelle Herstellungsart – wie bei einem traditionell hergestellten Bier – besonders zu schätzen weiß und Produkte aus „Niedrigstandardländern“³⁰⁸ daher für ihn nicht zwangsläufig vorzugswürdig sein müssen, nur weil sie billiger sind.³⁰⁹ Durch die gegenseitige Anerkennung werden zwar formale Schranken abgebaut, doch werden keine gleichen im Sinne identischer Standards geschaffen, wodurch weiterhin Raum für Abnehmerpräferenzen besteht.³¹⁰

II. Harmonisierungspolitik

Das *Cassis*-Urteil und die darauf aufbauende Folgerechtsprechung haben die Rolle und Bedeutung der Rechtsangleichung als Integrationsinstrument verschoben. Die Etablierung des Herkunftslandprinzips stellte „eine Absage an die bis dahin verbreitete Ansicht [dar], daß Hemmnisse für den Freiverkehr von Waren bis zu einer Harmonisierung durch die Gemein-

³⁰⁶ *Millarg*, Schranken des freien Warenverkehrs, S. 81; *Leible* in *Streinz*, Art. 95 EGV, Rn. 46

³⁰⁷ EuGH Rs. 178/84 *Reinheitsgebot für Bier*, Slg. 1987, S. 1227

³⁰⁸ *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990 S. 483 (488)

³⁰⁹ *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 157; *Streinz*, Europarecht, Rn. 944

³¹⁰ *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 183

schaft hingenommen werden müssen“.³¹¹ Der Abbau von Marktschranken erfolgte nun unmittelbar auf der Grundlage von Art. 28 EG-Vertrag, ohne dass dafür notwendig gewesen wäre, durch Harmonisierung gleiche rechtliche Bedingungen in den Mitgliedstaaten zu schaffen.³¹² Die Kommission leitete daraus ab, dass Rechtsangleichung als Mittel der Integrationspolitik künftig nicht mehr in dem Maße notwendig sei, wie sie zuvor betrieben wurde. Dank der Rechtsprechung wurde dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung eine unglaubliche Karriere zu einem neuen Paradigma regulatorischer Integration zuteil.³¹³

Hinter der Motivation der Kommission, die gegenseitige Anerkennung rasch in eine „neue Strategie“³¹⁴ der Integrationspolitik einzubeziehen, stand die Einsicht darüber, dass die bis dahin verfolgte Rechtsangleichungstaktik aus mehreren Gründen nicht in dem Maße den gewünschten Erfolg im Hinblick auf eine Intensivierung der Integration brachte. Der Berg an Rechtsangleichungsprojekten wurde kaum kleiner, was an den langwierigen Gesetzgebungsverfahren lag. Zum Abschluss gebrachtes Sekundärrecht war im Ergebnis häufig nur unzureichend.³¹⁵ Die von der Kommission im Weißbuch von 1985 präsentierte neue Harmonisierungsstrategie, deren Vorbote bereits in der Mitteilung zum *Cassis*-Urteil³¹⁶ erschien, kündigte sowohl eine Einschränkung des Umfangs zukünftiger Harmonisierungsaktivitäten als auch eine Reduzierung der Harmonisierungsintensität an.

³¹¹ *Kingreen* in Calliess/Ruppert, Art. 28-30 EGV, Rn. 146; *Schwartz* in FS von der Groeben, S. 333 (355 f.)

³¹² *Dauses/Brigola* in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 117; *Kingreen* in Calliess/Ruppert, Art. 28-30 EGV, Rn. 146

³¹³ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (749)

³¹⁴ Weißbuch 1985 (s. Fn. 94) Ziff. 61; dazu u.a. *Kahl* in Calliess/Ruppert, Art. 95 EGV, Rn. 2; *Schweizer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1859; *Majone*, Mutual recognition in federal type systems, S. 1 f.; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 403; *Falkenstein*, Freier Warenverkehr, Rn. 104

³¹⁵ *Langner* in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.VI, Rn. 2; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 111; *Millarg*, Schranken des freien Warenverkehrs, S. 82; *Gausepohl*, Produktsicherheitsrecht, S. 20

³¹⁶ KOM-Mitteilung - C 256/2 (3), 1980 (s. Fn. 88)

1. Harmonisierung vor „Cassis“

a. Totalharmonisierung

Ausgangspunkt für die Harmonisierungsbestrebungen in den 60er Jahren war eine möglichst umfassende und detaillierte Angleichung nationaler Regelungen, um die als Handelshemmnisse erkannten Divergenzen in den nationalen Rechtsordnungen mit der Wirkung nichttarifärer Handelshemmnisse mittels eines gemeinschaftlichen, harmonisierten Regelwerks zu beseitigen.³¹⁷ Die dahinter stehende Methodik der Totalharmonisierung bzw. Detailharmonisierung zeichnet sich dadurch aus, dass sie anstrebt, für einen eng definierten Produktbereich technische Anforderungen bis hin zu spezifischen Einzelheiten festzulegen, wodurch sie eine hohe Regulierungsintensität aufweist.³¹⁸ Eine lückenlose Harmonisierung hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf den erfassten Sachbereich keine Regelungen beibehalten oder neu einführen können, die nicht in den sektoralen Richtlinien genannt werden.³¹⁹

Die Ausarbeitung technischer Detailregelungen für einzelne Produktgruppen und die Schwierigkeit, auf einen gemeinsamen Nenner zu kommen, machte den Rechtsangleichungsprozess auf Gemeinschaftsebene schwerfällig, da sich der Rat häufig mit technischen Einzelfragen befassen musste.³²⁰ Erschwerend kam hinzu, dass die Befugnis zur Durchführung der Rechtsangleichung Art. 100 EWG-Vertrag bis zur Einführung der EEA die Einstimmigkeit im Rat erforderte.³²¹ Der Aufbau eines Regulationssystems zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes wurde dadurch erheblich verlangsamt. Nach langen Verhandlungsrunden lagen letztendlich oft veraltete EG-Regelungen auf dem Tisch, die kaum noch Verwendung finden konnten, da sie technisch nicht mehr aktuell waren³²² und dadurch auch noch innovationshemmendes Potential in sich trugen.

³¹⁷ *Majone*, Mutual recognition in federal type systems, S. 1 f.

³¹⁸ *Langner* in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, C.VI, Rn.2; *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (702)

³¹⁹ *Tietje* in Grabitz/Hilf, vor Art. 94-97 EGV, Rn. 39; *Leible* in Streinz, Art. 95 EGV, Rn. 39; *Kahl* in Calliess/Ruffert, Art. 94, Rn. 5

³²⁰ *Gausepohl*, Produktsicherheitsrecht, S. 49; *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 155; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 404

³²¹ Nach Inkrafttreten der EEA am 1. Juli 1987 konnten Rechtsangleichungsmaßnahmen gem. Art. 100 a EWG-Vertrag mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden.

³²² *Langner* in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, C.VI, Rn. 2

b. Optionale Harmonisierung

Die optionale Rechtsangleichung ist im Unterschied zur Totalharmonisierung dadurch gekennzeichnet, dass sie den Mitgliedstaaten freistellt, parallel zu den Harmonisierungsvorgaben weiterhin eigene Rechtsvorschriften auf ihrem Hoheitsgebiet aufrecht zu erhalten.³²³ Nationale Produktstandards können so neben den europäischen Vorgaben bestehen bleiben. Der inländische Hersteller hat die Wahl, sein Produkt nach den nationalen Vorschriften herzustellen und sich damit auf den nationalen Markt zu beschränken, oder aber sein Produkt nach dem einschlägigen EG-Recht zu gestalten und sich auf diese Weise einen größeren Markt zu erschließen.³²⁴ Neben der optionalen Harmonisierung kann theoretisch auch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zur Anwendung kommen, wenn ein Produkt in einen anderen Mitgliedstaat eingeführt werden soll, in dem nach wie vor nationale Vorschriften gelten.³²⁵

Kurz- und mittelfristig gesehen, hat die optionale Harmonisierung den Vorteil, flexibler zu sein als eine striktere Totalharmonisierung. Insbesondere kleinere Produzenten, die nur für den heimischen Markt herstellen, bräuchten ihre bislang an nationalen Standards ausgerichtete Orientierung nicht umzustellen.³²⁶ Allerdings läuft diese Methode dem eigentlichen Ziel einer Harmonisierung zuwider, einheitliches Recht mit gleichen (Mindest-) Standards für einen störungsfrei funktionierenden Binnenmarkt zu schaffen.³²⁷ Daher ist die optionale Harmonisierung nie so populär geworden wie die Mindestharmonisierung, mit der sie gemeinsam hat, eine geringere Regulierungsintensität als die totale Rechtsangleichung aufzuweisen und in Kombination mit der gegenseitigen Anerkennung anwendbar zu sein.

2. Harmonisierung nach „Cassis“

Kern der im Weißbuch von 1985 vorgestellten „neuen Strategie“ auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und Normung ist eine Kombination aus den Ansätzen der gegenseitigen Anerkennung und einer auf

³²³ *Kahl* in Calliess/Ruffert, Art. 94 EGV, Rn. 5; *Tietje* in Grabitz/Hilf, vor Art. 94-97 EGV, Rn. 41; *Langner* in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, C.VI, Rn. 2

³²⁴ *Langner* in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, C.VI, Rn. 2

³²⁵ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.109 f.

³²⁶ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.71

³²⁷ *Schwartz* in FS von der Groeben, S. 333 (354)

Mindestvoraussetzungen reduzierten Rechtsangleichung, die bis heute die europäische Integrationspolitik prägt. Die primärrechtliche Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung soll es ermöglichen, Rechtsangleichung auf die Bereiche zu beschränken, in denen die gegenseitige Anerkennung an ihre Grenzen gelangt, innerstaatliche Vorschriften in ihrer Wirkung als technische Handelshemmnisse zu überwinden.³²⁸ Die Grenzen werden durch die von der Rechtsprechung anerkannten Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EG-Vertrag oder der zwingenden Erfordernisse bestimmt. Primär dort, wo sich die Mitgliedstaaten unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Schutzbereiche wie Sicherheit, Gesundheit, Verbraucher- oder Umweltschutz berufen und die gegenseitige Anerkennung als Mittel des von Hemmnissen freien Warenverkehrs ausscheidet, ist Harmonisierung aus Sicht des Gemeinschaftsgesetzgebers unumgänglich, um die Verkehrsfähigkeit und störungsfreie Vermarktung der Produkte sicherzustellen.³²⁹

In ihrer Intensität soll die Rechtsangleichung auf Detailregelungen für jedes einzelne Produkt verzichten und sich auf die notwendigerweise zu beseitigenden Handelshemmnisse beschränken.³³⁰ Daher rührt auch der Trend, lieber wenige „horizontale“ anstelle vieler „vertikaler“ – sprich produktspezifisch ausgerichteter – Richtlinien zu erlassen, die wie etwa die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie nur Grundanforderungen festlegen.³³¹ Die Beschränkung auf Kernbereiche sah die Kommission als vertretbar an, „(...) weil sie davon ausging, daß die Freiheit des Warenverkehrs im nicht-harmonisierten Bereich durch die Anwendung des Primärrechts (...) gewährleistet werden kann, soweit besondere Gründe („zwingende Erfordernisse“) des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung nationaler Sonderregelungen nicht vorliegen.“³³² Auch der Rat hatte sich in Übereinstimmung mit der Kommission kurz vor Annahme des Weißbuchs

³²⁸ *Winkler*, Achillesferse des Regulierungswettbewerbs, S. 10; *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (702); *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 156; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 403

³²⁹ U.a. *Schweizer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1859; *Dauses/Brigola* in *Dauses*, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 117; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 111; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 404

³³⁰ *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, Art. 95 EGV, Rn. 2; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 111; *Pelkmans*, Economic perspective, S. 6

³³¹ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 404; *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, Art. 95 EGV, Rn. 2

³³² *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1344)

zu einer auf grundlegende Sicherheitsanforderungen beschränkten Harmonisierung bekannt.³³³

a. Mindestharmonisierung und überschießende Maßnahmen

Die Beschränkung der Harmonisierung auf Mindeststandards ist im Gesetzgebungsverfahren nicht nur politisch leichter verhandelbar, sondern auch unter rechtlichen Aspekten verträglicher als Totalharmonisierung.³³⁴ Ein Minimum an Harmonisierung ist aufgrund einer geringeren Regeldichte souveränitätsschonender und entspricht daher eher den Grundsätzen des in Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag verankerten Verhältnismäßigkeitsprinzips.³³⁵ Die Forderung nach einer inhaltlichen Ausgestaltung von Harmonisierungsmaßnahmen, die auf ein erforderliches Maß zu begrenzen ist, spiegelt sich auch in Art. 3 Abs. 1 lit. h EG-Vertrag wider, in dem es heißt, die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasse „die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist“.

Auf Mindeststandards beschränkte Richtlinien können den Mitgliedstaaten ausdrücklich oder implizit Spielraum für strengere nationale Gesetzgebung bieten.³³⁶ Dieser kann sich auch daraus ergeben, dass eine angleichende Gemeinschaftsregelung nur Teilaspekte der möglichen Schutzmaßnahmen regelt.³³⁷ Derartige „überschießende Maßnahmen“, die zusätzliche Anforderungen festlegen, sind nur unter dem Vorbehalt ihrer Konformität mit dem Primärrecht akzeptabel und müssen folglich einem vom Gemeinschaftsrecht anerkannten Ziel dienen und hierzu geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.³³⁸ Entsprechende Hinweise in Richtlinien auf die notwendige Übereinstimmung weiterer mitgliedstaatlicher Anforderungen mit Gemeinschaftsrecht sind daher rein deklaratorischer Natur.

³³³ Leitlinien einer neuen Konzeption für die technische Harmonisierung und Normung in der Entschließung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung (85/C 136/01), Anhang II

³³⁴ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (702); *Möstl*, DÖV, 2006, S. 281 (284)

³³⁵ *Calliess in Calliess/Ruffert*, Art. 5 EGV, Rn. 57

³³⁶ *Schroeder in Streinz*, Art. 30 EGV, Rn. 7; *Calliess in Calliess/Ruffert*, Art. 5 EGV, Rn. 57; *Leible in Grabitz/Hilf*, Art. 28 EGV, Rn. 57; *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.72; a.A. etwa *Majone*, Mutual recognition in federal type systems, S. 5

³³⁷ *Schroeder in Streinz*, Art. 30 EGV, Rn. 7

³³⁸ *Leible in Streinz*, Art. 95 EGV, Rn. 43

Die Rechtfertigung einer überschießenden Maßnahme, die das für einen Schutzbereich in der Richtlinie bestimmte Niveau überschreitet, wird jedoch nur in den seltensten Fällen erfolgreich sein. Der Einhaltung des sekundärrechtlich geforderten Minimumstandards wird man eine Indizwirkung für die Annahme zusprechen müssen, dass damit dem verfolgten Schutzziel als Ausprägung des Allgemeininteresses genüge getan ist und darüber hinausgehende nationale Anforderungen unverhältnismäßig sind.³³⁹

Ein Rückgriff auf zwingende Erfordernisse zur Rechtfertigung ist ohnehin ausgeschlossen, wenn Richtlinien erschöpfende Maßnahmen vorsehen, die zur Verwirklichung eines konkreten Ziels, das durch eben diesen Rückgriff erreicht werden soll, erforderlich sind.³⁴⁰ Soweit eine harmonisierende Regelung einen Bereich abschließend regelt, gilt der Anwendungsvorrang des Sekundärrechts. Die Möglichkeit, davon abzuweichen, kann sich dann nur aus Schutzklauseln ergeben, die in dem Angleichungsakt selbst enthalten sein müssen.³⁴¹ Eine Sonderregelung gilt für Binnenmarktvorschriften, die auf der Grundlage von Art. 95 Abs. 1 EG-Vertrag erlassen werden. Den Mitgliedstaaten ist nach Maßgabe des Art. 95 Abs. 4 EG-Vertrag gestattet, strengere staatliche Schutzvorschriften vorzusehen.³⁴²

b. Industrienormen als Bestandteil der „neuen Strategie“

Die Förderung europäischer Industrienormen wurde im Weißbuch als Bestandteil der zukünftigen Binnenmarktstrategie genannt, um den grenzüberschreitenden Warenverkehr dadurch zu begünstigen.³⁴³ Damit wurde der Tatsache Rechnung getragen, dass nicht nur Rechts- und Verwaltungsvorschriften, sondern auch national unterschiedliche Normen als Bezugswerte wesentliche Hindernisse für den freien Warenverkehr bilden können.³⁴⁴

³³⁹ *Leible* in Grabitz/Hilf Art. 28 EGV, Rn. 57 mit Hinweis auf die Schutzniveaunklausel des Art. 95 Abs. 3 EG-Vertrag

³⁴⁰ EuGH Rs. 350/97 *Monsees*, Slg. 1999 I-2921, Rn. 24; vgl. dazu *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.105

³⁴¹ *Kingreen* in Callies/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 18

³⁴² *Schroeder* in Streinz, Art. 30 EGV, Rn. 8; *Kingreen* in Callies/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 18

³⁴³ Weißbuch 1985 (s. Fn. 94) Ziff. 65

³⁴⁴ *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 159

Europäische Normen werden von beauftragten europäischen Normungsorganisationen wie CEN, CENELEC oder ETSI ausgearbeitet, die nach einer Mandatserteilung durch die Kommission aktiv werden.³⁴⁵ Sie beinhalten die technischen Spezifikationen, die von den horizontal ausgelegten, auf allgemeine Sicherheitsanforderungen beschränkten Richtlinien ausgespart werden.³⁴⁶ Erst durch die entsprechenden Verweisvorschriften in den jeweiligen Sekundärrechtsakten erhalten die Normen konkretisierenden Charakter, bedingt dadurch, dass die privaten Normungsorganisationen an sich über keinerlei Rechtsetzungskompetenz verfügen.³⁴⁷ Eine wichtige Rolle spielen Normen etwa in den Sektoren Elektrogeräte, Maschinen und Bauprodukte.

Entspricht ein Produkt vorgegebenen technischen Normen, sind die mitgliedstaatlichen Verwaltungen verpflichtet, die Richtlinienkonformität des Produkts anzunehmen, wodurch den Normen eine erhebliche Bedeutung zukommt.³⁴⁸ Unabhängig davon haben sie jedoch keinen obligatorischen Charakter.³⁴⁹ Hat ein Hersteller beispielsweise neue Techniken entwickelt oder neues Material verwendet, kann er von den freiwilligen Normen abweichen und sein Produkt direkt an den grundlegenden Sicherheitsanforderungen messen lassen. Die Beweislast liegt in diesem Fall bei ihm, da er nicht auf die Vermutungswirkung zurückgreifen kann, die durch die Übereinstimmung mit den Normen ausgelöst wird.³⁵⁰

Europäische Normen entlasten den Rechtsetzungsprozess, bilden klare technische Bezugswerte und gewähren den Herstellern dennoch Flexibilität.³⁵¹ Über den Kontext des europäischen Binnenmarktes hinaus ist ein

³⁴⁵ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (703)

³⁴⁶ *Tietje* in Grabitz/Hilf, vor Art. 94-97 EGV, Rn. 42; *Kahl* in Calliess/Ruffert, Art. 95 EGV, Rn. 2; *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 159; *Pelkmans*, Economic perspective, S. 6; *Schwartz* in FS von der Groeben, S. 333 (354 f.)

³⁴⁷ *Tietje* in Grabitz/Hilf vor Art. 94-97 Rn. 42; *Gausepohl*, Produktsicherheitsrecht, S. 49; *Osterheld*, Konformitätsbewertungen, S. 38

³⁴⁸ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 407; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 111; *Langner* in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, C.VI, Rn. 35

³⁴⁹ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (703); *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 111; *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 160

³⁵⁰ *Schlecht*, Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, S. 158; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 111

³⁵¹ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 406 f.; *Pelkmans*, Economic perspective, S. 6. Kritisch diskutiert wird im Zusammenhang mit europäischen Normen die gewichtige

einheitliches europäisches Normungssystem von Bedeutung dafür, um im internationalen Wettbewerb zu konkurrieren, wie auch in dem jüngsten Binnenmarktstrategiepapier der Kommission hervorgehoben wird.³⁵²

3. Fazit

Die im Weißbuch der Kommission vorgestellte Harmonisierungspolitik hat die gegenseitige Anerkennung als Integrationsinstrument mit der integrierend wirkenden Rechtsangleichung verbunden – eine Neuausrichtung, die aber im Grunde auf einer alten Idee beruht hat. Erinnern wir uns an die Einschätzung des ehemaligen Kommissars *von der Groeben* zur Überwindung technischer Handelshemmnisse, der Ende der 60er Jahre ein großes Problem in dem erforderlichen Souveränitätsverzicht der Mitgliedstaaten sah – zu groß seiner Meinung nach, um die gegenseitige Anerkennung als Integrationsinstrument politisch durchsetzen zu können.³⁵³ Dennoch kam er zumindest auf dem Papier schon damals zu dem Schluss, dass „Weder die schrittweise Angleichung der einzelnen technischen Vorschriften noch die Einführung der gegenseitigen Anerkennung (...) also für sich allein geeignet [sind], die bestehenden Handelshemmnisse abzubauen. Ein gangbarer Weg wird zwischen diesen beiden Ansätzen zu suchen sein, der ihre Vorteile kombiniert und ihre Nachteile vermeidet.“³⁵⁴ Damit drückte *von der Groeben* bereits das aus, was etliche Jahre später die neue Konzeption der Harmonisierungspolitik im Weißbuch maßgeblich prägte. Die Umsetzung dieses Gedankens konnte erst Mitte der 80er Jahre realisiert werden, was wiederum der Rechtsprechung zu verdanken war. „By reading the logic of mutual recognition into the text of the Treaty, it [the Court of Justice] prepared the legal basis for mutual recognition’s final political triumph.“³⁵⁵ Das andere, frühzeitig ausgemachte Problem der Inländerdiskriminierung konnte nicht gelöst werden – es war und blieb

Rolle, die private Normungsorganisationen außerhalb des regulären Gesetzgebungsverfahrens einnehmen.

³⁵² Mitteilung der Kommission „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“ vom 20.11.2007, KOM(2007)724 endg., ABl. 2008, C 55/11, S. 8 f.

³⁵³ S. ausführlich dazu unter 1. C. I, S. 9

³⁵⁴ *von der Groeben*, ZfRV, 1967, S. 120 (129, 136)

³⁵⁵ *Genschel*, JEPP, 2007, S. 743 (748)

dauerhafter „Pferdefuß“³⁵⁶ der gegenseitigen Anerkennung – deklariert als interne Angelegenheit der Mitgliedstaaten.³⁵⁷

III. Das rechtliche Verhältnis zwischen den Integrationsinstrumenten der gegenseitigen Anerkennung und der Harmonisierung

Das Primärrecht der Art. 28 bis 30 EG-Vertrag in der Auslegung des EuGH zur gegenseitigen Anerkennung auf der einen Seite und Harmonisierung auf der anderen Seite sind Integrationsinstrumente, die in einem dynamischen Verhältnis zueinander stehen. Sie ergänzen sich. Der Gerichtshof konstituiert „negative Integration“, indem er entscheidet, dass nationale Maßnahmen gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßen. Harmonisierung bewirkt „positive Integration“, indem gemeinschaftsweit gleiche Standards eingeführt werden. Der primärrechtliche Weg betrifft Rechtsanwendung im Gegensatz zur voluntativ geprägten Rechtsetzung beim Erlass von Sekundärrecht.³⁵⁸

Bei der Entwicklung der „neuen Strategie“ hat sich die Kommission neben praktischen Überlegungen erkennbar auch auf den Gedanken gestützt, dass die soziale und wirtschaftliche Vielgestaltigkeit der Gemeinschaft nach Möglichkeit zu erhalten sei.³⁵⁹ Es stellt sich die Frage, ob das Verhältnis der beiden Integrationsinstrumente zueinander und ihre „Ingebrauchnahme“ durch die in Art. 5 Abs. 2 und 3 EG-Vertrag verankerten Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit rechtlich bestimmt werden, oder ob es im freien Ermessen der Gemeinschaftsorgane liegt, ob sie sich allein auf die Integrationswirkung primärrechtlich verpflichtender gegenseitiger Anerkennung stützen oder auf Harmonisierung zurückgreifen.

Möglicherweise ist die Gemeinschaft in Anwendung des Subsidiaritätsprinzips rechtlich dazu verpflichtet, auf Rechtsangleichung (etwa

³⁵⁶ Hoffmann, Grundfreiheiten, S. 64

³⁵⁷ In erster Linie liegt die Verantwortung für die Beseitigung untragbarer Inländerdiskriminierung in der Hand des jeweils betroffenen Mitgliedstaats. Auch durch gemeinschaftsrechtliche Rechtsangleichung können ungleiche rechtliche Wettbewerbsbedingungen in den Mitgliedstaaten theoretisch abgebaut werden, ohne dass darauf jedoch ein Rechtsanspruch bestünde. Vgl. dazu Schroeder in Streinz, Art. 28 EGV, Rn. 22; Leible in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 57; Millarg, Schranken des freien Warenverkehrs, S. 82

³⁵⁸ Michaels, Anerkennungspflichten, S. 401 f.

³⁵⁹ Michaels, Anerkennungspflichten, S. 418

gem. Art. 95 EG-Vertrag) zu verzichten, solange die gegenseitige Anerkennung nationaler Regelungen zur Funktionssicherung des Binnenmarktes im Rahmen einer gewissen Ermessensausübung ausreicht.³⁶⁰ Das wäre der Fall, wenn das in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag niedergelegte Subsidiaritätsprinzip auch in der Situation gilt, dass bei mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln, die für die Erhaltung der Souveränität der Mitgliedstaaten weniger einschneidende Wahl zu treffen ist.³⁶¹

Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag setzt voraus, dass eine konkurrierende Kompetenz vorliegt, auf deren Grundlage Maßnahmen in Betracht gezogen werden, deren Ziele auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend umgesetzt werden können. Auf Art. 95 EG-Vertrag darf der Gemeinschaftsgesetzgeber zur Rechtsangleichung etwa nur dann zurückgreifen, wenn dies nach Prüfung der Subsidiarität gem. Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag erforderlich ist.³⁶²

Art. 28 EG-Vertrag als Rechtsgrundlage der gegenseitigen Anerkennung enthält als Grundfreiheit und als transnationale Integrationsnorm zwar materielle Vorgaben für Rechtsetzung und -anwendung³⁶³, stellt aber an sich keine Kompetenznorm dar, so dass eine Auslegung unter der Prämisse des Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag schon aus diesem Grund nicht in Betracht kommt.³⁶⁴ Darüber hinaus ist generell abzulehnen, originäres Vertragsrecht, vor allem die unmittelbar anwendbaren Vorschriften, als Maßnahme der Gemeinschaft i.S. des Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag zu verstehen.³⁶⁵

Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag betrifft die Kompetenzausübung gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzen, nicht die der Kompetenzverteilung.³⁶⁶ Daher kann das Subsidiaritätsprinzip nicht dazu beitragen, die eingangs gestellte Frage zu lösen, ob in einem Konkurrenzverhältnis der gegenseitigen An-

³⁶⁰ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 415; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 57 spricht von einem „Vorzug“ der gegenseitigen Anerkennung vor der Rechtsangleichung, der sich aus der grundsätzlichen Priorität der Vorschriften über den freien Warenverkehr gegenüber Harmonisierungsmaßnahmen ergäbe.

³⁶¹ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 419

³⁶² Nach h.M. handelt es sich bei Art. 95 EG-Vertrag um eine konkurrierende Kompetenzgrundlage. *Kahl* in Calliess/Ruffert, Art. 95 EGV, Rn. 8

³⁶³ *Kingreen* in Calliess/Ruffert, Art. 28-30 EGV, Rn. 17, 66

³⁶⁴ i.E. *Müller-Graff*, ZHR, 1995, S. 34 (74, 77); *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 422; *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 96

³⁶⁵ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 422

³⁶⁶ *Calliess* in Calliess/Ruffert, Art. 5 EGV, Rn. 2; *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 423

erkenntnis der Vorzug vor der Inanspruchnahme von Harmonisierungskompetenzen gegeben werden müsste.

Das in Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag verkörperte Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt ebenfalls auf den Erlass sekundärer Maßnahmen ab. Es kommt als zusätzliche Kompetenzausübungsschranke zum Zuge, wenn die Gemeinschaftsorgane zu dem Schluss gelangt sind, dass die Gemeinschaft unter Einhaltung der Grundsätze des Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag von einer ihr vertraglich zustehenden Handlungskompetenz Gebrauch machen kann. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist dann die Frage aufzuwerfen, welche das für die Souveränität der Mitgliedstaaten mildeste Maßnahme hinsichtlich der Regelungsintensität darstellt.³⁶⁷ Als allgemeiner Rechtsgrundsatz verpflichtet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber auch über den unmittelbaren Kontext des Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag hinaus. Grundsätzlich ist daher nach dem „Prinzip des schonendsten Ausgleichs“ die Frage zu stellen, welches das jeweils am wenigsten beeinträchtigende *Mittel* ist, das für die Erreichung der gesetzten Ziele ausreichend ist. Welches Integrationsinstrument zum Tragen kommen soll, ob gegenseitige Anerkennung oder Harmonisierung, kann demnach als eine Frage der „Mittelhierarchie“³⁶⁸ eingeordnet werden, die unter das Verhältnismäßigkeitsprinzip fällt.³⁶⁹ Demnach wäre entscheidend, ob gegenseitige Anerkennung die Kompetenzen der Mitgliedstaaten weniger beeinträchtigt als Harmonisierung. Auf den ersten Blick scheint das Ergebnis relativ eindeutig zu sein. Harmonisierung greift durch die gesetzliche Verpflichtung zur Umsetzung gleicher Standards im innerstaatlichen Recht vergleichsweise stark in die Souveränität der Mitgliedstaaten ein. Je größer die Regulierungsintensität der Rechtsangleichung ist, umso größer ist der Einschnitt.³⁷⁰

Die Kompetenzeinbuße zu bestimmen, die mit der gegenseitigen Anerkennung einhergeht, ist im Vergleich zum vertikalen Kompetenztransfer, der für eine Rechtsangleichung erforderlich ist, wesentlich schwieriger. Liegen die Voraussetzungen der gegenseitigen Anerkennung vor, setzt sich das Recht des Herkunftslandes kollisionsrechtlich insoweit durch, als die dort direkt oder konkludent festgestellte Verkehrsfähigkeit der Ware bei der Einfuhr im Bestimmungsland anzuerkennen ist und das Bestimmungsland

³⁶⁷ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 433; *Streinz* in *Streinz*, Art. 5 EGV, Rn. 45

³⁶⁸ *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EGV, Rn. 56; *Streinz* in *Streinz*, Art. 5 EGV, Rn. 51

³⁶⁹ *Michaels*, Anerkennungspflichten, S. 433 f.

³⁷⁰ *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, Art. 5 EGV, Rn. 56

auf die Anwendung seines innerstaatlichen Rechts verzichtet. Insofern bewirkt die gegenseitige Anerkennung eine Einschränkung der Kompetenzausübung im Bestimmungsland. Die Einheit von Gesetzgebungskompetenz und Anwendung des Rechts im Hoheitsgebiet wird durchbrochen.³⁷¹

Insofern ließe sich fragen, wie viel die im Zusammenhang mit der gegenseitigen Anerkennung gepriesene Aufrechterhaltung nationaler Regelungsvielfalt wert ist, wenn sie gegenüber importierenden Wirtschaftsteilnehmern nicht behauptet werden kann. Der Vorteil der Integrationsmethode der gegenseitigen Anerkennung ist und bleibt jedoch die von der „Gleichschaltung“ der Harmonisierung unbeeinträchtigte Ausübung der staatlichen Kompetenz zur Rechtsetzung, auch wenn das möglicherweise bedeutet, dass das in nationalen Vorschriften verkörperte Qualitätsniveau nur im Inland aufrecht erhalten werden kann. Die mit der gegenseitigen Anerkennung verbundene Einschränkung ist zudem begrenzt, da sie mit der Schranke zwingender Erfordernisse und in Art. 30 EG-Vertrag aufgeführter Rechtfertigungsgründe versehen ist, die es dem Bestimmungsland unter Umständen ermöglicht, innerstaatliches Recht in einem verhältnismäßigen Rahmen auch gegenüber eingeführter Ware durchzusetzen.

Unter diesen Gesichtspunkten ist die gegenseitige Anerkennung daher als schonenderes Integrationsinstrument gegenüber einer Harmonisierung vorzuziehen.³⁷² Die Kommission äußerte sich dazu entsprechend in ihrer Mitteilung zur Handhabung des Art. 100 b EWG-Vertrag, indem „der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Ergänzung des (...) Subsidiaritätsprinzips von der Gemeinschaft eine Handhabung des Anerkennungsgrundsatzes [erfordere], die jedes Übermaß an Reglementierung vermeidet.“³⁷³

I. Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung

Um die Durchsetzung der auf Fallrecht basierenden gegenseitigen Anerkennung zu stützen, stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung. Sie unterscheiden sich charakteristischerweise dadurch, dass sie in verschiedenen Stadien ansetzen: Zum einen wirken sie im Vorfeld, bevor es zu

³⁷¹ Schmidt, JEPP, 2007, S. 667 (672)

³⁷² Calliess in Calliess/Ruffert, Art. 5 EGV, Rn. 56; i.E. Leible in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 57

³⁷³ KOM-Mitteilung - C 353/4, 1993 (s. Fn. 120), Ziff. I-6; vgl. dazu Michaels, Anerkennungspflichten, S. 434

einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit durch Missachtung der gegenseitigen Anerkennung kommt. Zum anderen können Mittel ergriffen werden, wenn „das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist“ und eine Rechtsverletzung eingetreten ist, wozu klassischerweise der Rechtsweg gehört.

I. Klage- und Vertragsverletzungsverfahren

1. Vorabentscheidungsverfahren

Einzelne Wirtschaftsteilnehmer können nach einem obligatorischen Vorverfahren Klage vor einem nationalen Gericht unter Berufung auf die unmittelbare Wirkung des Art. 28 EG-Vertrag und die Verletzung individuellen materiellen Rechts erheben. Das nationale Gericht kann zur Prüfung einer einschlägigen Frage ein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG-Vertrag beim EuGH einleiten.³⁷⁴ Letztinstanzliche Gerichte sind gem. Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag zur Vorlage beim EuGH verpflichtet, es sei denn, über die Rechtsfrage wurde in einem gleichgelagerten Fall entschieden, es liegt eine gesicherte Rechtsprechung zu der zu stellenden Frage vor oder die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist im Sinne der „*acte clair*“-Theorie „offenkundig“.³⁷⁵ Ein im Rahmen der Vorabentscheidung ergangenes Urteil über die Auslegung des Art. 28 EG-Vertrag bindet das vorliegende Gericht und die Instanzgerichte „*inter partes*“.

Klage zu erheben bedeutet für einen betroffenen Wirtschaftsteilnehmer einen langwierigen Prozess und ein teures Unterfangen.³⁷⁶ Im Vergleich zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens ist eine formlose Beschwerde bei der Kommission schneller und günstiger durchzuführen.³⁷⁷ Als Hüterin der Verträge ist die Kommission verpflichtet, für die korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu sorgen, und muss daher derartigen Hinweisen nachgehen.³⁷⁸ Seit ein paar Jahren gibt es zudem die Möglichkeit, sich gebührenfrei an das europäische SOLVIT- Netzwerk zu wenden, das aus nationalen Ansprechpartnern in den Behörden der Mitgliedstaaten be-

³⁷⁴ *Leible* in Grabitz/Hilf Art. 28 EGV, Rn. 61, 63

³⁷⁵ *Streinz*, Europarecht, Rn. 639; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 63

³⁷⁶ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (710)

³⁷⁷ *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 60

³⁷⁸ *Cremer* in Calliess/Ruffert, Art. 226 EGV, Rn. 44

steht und Beschwerden über die Verletzung von Gemeinschaftsrecht in konkreten Fällen innerhalb einer zehnwöchigen Frist lösen soll.³⁷⁹

2. Vertragsverletzungsverfahren

Die Kommission kann zur Durchsetzung des Art. 28 EG-Vertrag ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG-Vertrag gegen einen Mitgliedstaat einleiten. Einzelne Wirtschaftsteilnehmer haben keinen Anspruch darauf, dass die Kommission in dieser Richtung tätig wird, da es sich um ein Verfahren objektiver Rechtskontrolle handelt. Es liegt im Ermessen der Kommission, wann sie ein Vertragsverletzungsverfahren einleitet. Im Einzelfall kann sich das Ermessen zu einer Rechtspflicht verdichten, wenn schwerwiegende und evidente Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht vorliegen.³⁸⁰

Um die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale technische Vorschriften zu unterbinden, sind oft bereits die Vorstufen des Vertragsverletzungsverfahrens ausreichend. Etliche Verfahren werden bereits nach der Abgabe eines Mahnschreibens oder einer mit Gründen versehenen Stellungnahme eingestellt.³⁸¹ Auch die Mitgliedstaaten haben gem. Art. 227 EG-Vertrag die Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, um die Vertragsverletzung durch einen anderen Mitgliedstaat zu ahnden. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis aber nahezu kein Gebrauch gemacht.³⁸²

Die Problematik des Vertragsverletzungsverfahrens als Instrument zur Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung liegt darin, dass die Kommission eine Vertragsverletzung nur dann verfolgen kann, wenn sie den Regelbruch zuvor entdeckt hat.³⁸³ Die Kommission ist also auf Informationen von außen über nationale Vorschriften angewiesen. An diese gelangt sie zum einen über Beschwerden betroffener Wirtschaftsteilnehmer.³⁸⁴ Zum anderen sind die Mitgliedstaaten selbst eine Informationsquelle. Auf-

³⁷⁹ http://ec.europa.eu/solvit/site/index_de.htm

³⁸⁰ *Cremer* in *Callies/Ruppert* Art. 226 Rn. 42

³⁸¹ *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 59; *Falkenstein*, Freier Warenverkehr, Rn. 303

³⁸² *Cremer* in *Callies/Ruffert*, Art. 227 EGV, Rn. 1

³⁸³ *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 59

³⁸⁴ *Falkenstein*, Freier Warenverkehr, Rn. 299, 303; *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 60

grund der Informationsrichtlinie 98/34/EG sind sie verpflichtet, der Kommission Entwürfe von technischen Vorschriften und Normen mitzuteilen.

3. Staatshaftung

Ein Mitgliedstaat ist zum Ersatz der Schäden verpflichtet, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen. Die wichtigsten Voraussetzungen dafür sind, dass ein „hinreichend qualifizierter Verstoß“ vorliegt und dieser kausal für den geltend gemachten Schaden ist.³⁸⁵ Staatshaftung kann eine wirksame Sanktion für die Nichtbeachtung des Art. 28 EG-Vertrag darstellen und dadurch als Druckmittel zur umgehenden Beseitigung von Verstößen gegen Art. 28 EG-Vertrag wirken.³⁸⁶

II. Gleichwertigkeitsklauseln

Zur Klarstellung der gemeinschaftsrechtlichen Erfordernisse, die sich aus der gegenseitigen Anerkennung ergeben, verlangt die Kommission von den Mitgliedstaaten bei der Prüfung notifizierter Entwürfe von technischen Vorschriften regelmäßig die Aufnahme von Gleichwertigkeitsklauseln ins nationale Recht.³⁸⁷ Diese Klauseln haben die Funktion, die Durchsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung sicherzustellen, indem Rechte und Pflichten, die sich daraus für alle Beteiligten ergeben – Behörden wie Wirtschaftsteilnehmer –, in innerstaatlichen Vorschriften schwarz auf weiß aufgeführt werden.³⁸⁸

Es soll damit Fällen vorgebeugt werden, in denen ausländische Hersteller von der Lieferung ihrer Produkte in andere Mitgliedstaaten Abstand nehmen, weil sie angesichts unterschiedlicher nationaler Regelungen Zweifel an deren Vermarktungsfähigkeit haben. Auch um zu verhindern, dass zuständige Behörden innerstaatliche Vorschriften gemeinschaftswidrig auf ausländische Produkte anwenden, wird die Aufnahme von Gleichwertigkeitsklauseln als Hinweis auf bestehende Rechtspflichten befürwor-

³⁸⁵ *Streinz*, Europarecht, Rn. 419

³⁸⁶ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 64; *Streinz*, Europarecht, Rn. 418 zum Urteil EuGH Rs. 46/93 und 48/93 *Brasserie du Pêcheur*, Slg. 1996, S. I-1029

³⁸⁷ *Leible* in Grabitz/Hilf Art. 28 EGV, Rn. 26; *Dauses/Brigola* in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 115; *Langner* in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.IV, Rn. 24

³⁸⁸ *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343

tet.³⁸⁹ Zudem sollen innerstaatliche Gerichte in eine bessere Lage versetzt werden, eine dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Anwendung der nationalen Vorschriften zu gewährleisten.³⁹⁰ Insgesamt wird mit diesen Klauseln angestrebt, die mangelnde Transparenz auszugleichen, die sich daraus ergibt, dass sich die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung, die bei der Anwendung technischer Vorschriften zu beachten sind, im Fallrecht verbergen und nicht offen zu Tage treten.

1. Gestaltung

Eine Gleichwertigkeitsklausel enthält üblicherweise den Hinweis, dass die Regelung auf importierte Produkte, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden, keine Anwendung findet, es sei denn nationale Behörden können Belege dafür vorlegen, dass die Äquivalenz tatsächlich nicht gegeben ist. Damit gibt sie den für die gegenseitige Anerkennung typischen Grundsatz der grundsätzlichen Freiverkehrsfähigkeit eines einmal in einem Mitgliedstaat rechtmäßig zugelassenen Produkts wieder, der auf der widerlegbaren Gleichwertigkeitsvermutung des Schutzniveaus basiert.³⁹¹ Das detaillierte Beispiel einer Klausel, das die Kommission in ihren Leitlinien zur praktischen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung aufgeführt hat, enthält darüber hinaus verfahrenstechnische Angaben, wie die nationale Behörde im Falle einer Gleichwertigkeitsprüfung vorzugehen hat. Sie sieht etwa Mitteilungspflichten und Anhörungsrechte des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers unter Einhaltung bestimmter Fristen vor.³⁹²

³⁸⁹ von Borries/Petschke, DVBl., 1996, S. 1343 (1344); KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 6.1

³⁹⁰ KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 6.1

³⁹¹ Dauses/Brigola in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, C.I, Rn. 115

³⁹² Formulierungsvorschlag der KOM für eine detaillierte Gleichwertigkeitsklausel, s. Anhang, S. 177. Als Beispiel für eine Gleichwertigkeitsklausel im deutschen Recht kann § 47 a Abs. 1 LMBG zu Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten oder anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum angeführt werden:

(1) Abweichend von § 47 Abs. 1 Satz 1 dürfen Erzeugnisse im Sinne dieses Gesetzes, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum rechtmäßig hergestellt und rechtmäßig in den Verkehr gebracht werden oder die aus einem Drittland stammen und sich in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum rechtmäßig im Verkehr befinden, in das Inland verbracht und hier in

2. Rechtliche Verpflichtung

Umstritten ist, ob Mitgliedstaaten rechtlich verpflichtet sind, Gleichwertigkeitsklauseln in innerstaatliche Rechtsvorschriften aufzunehmen.³⁹³ Das Urteil, das eine solche Annahme hervorrief, betrifft die Rechtssache *Stopfleber*. Es ging um ein französisches Gesetz, das nach Auffassung der Kommission Stopfleberzubereitungen aus anderen Mitgliedstaaten den Marktzugang in Frankreich verwehrte. Anlass für den Rechtsstreit war eine Klage der Kommission, die sich aus einem Notifizierungsverfahren über eine Stellungnahme entwickelte, und zu einer abstrakten Prüfung der französischen Vorschrift führte.³⁹⁴ Es gab keinen konkreten grenzüberschreitenden Anlass, in dem ein Erzeugnis aus einem anderen Mitgliedstaat unter der Anwendung der französischen Stopflebervorschriften hätte leiden müssen. Abgestellt wurde auf die potentielle Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs. Da die französischen Bestimmungen dazu geeignet waren, Importprodukte bei einer Vermarktung auf französischem Hoheitsgebiet unangemessen zu benachteiligen, aber keine Gleichwertigkeitsklausel enthielten, erklärte der EuGH sie für rechtswidrig.³⁹⁵

An dieser Entscheidung ist frappierend, dass Gleichwertigkeitsklauseln, abgesehen von möglicherweise aufgenommenen verfahrenstechnischen Vorgaben, sich inhaltlich üblicherweise auf die Wiedergabe der elementaren Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung beschränken, und daher lediglich von deklaratorischem Charakter sind.³⁹⁶ Denn die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Anerkennung mit dem

den Verkehr gebracht werden, auch wenn sie den in der Bundesrepublik Deutschland geltenden lebensmittelrechtlichen Vorschriften nicht entsprechen. Satz 1 gilt nicht für Erzeugnisse, die

1. den Verboten der § 30 nicht entsprechen oder
2. anderen zum Schutz der Gesundheit erlassenen Rechtsvorschriften nicht entsprechen, soweit nicht die Verkehrsfähigkeit der Erzeugnisse in der Bundesrepublik Deutschland nach Absatz 2 durch eine Allgemeinverfügung des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit im Bundesanzeiger bekanntgemacht worden ist.

³⁹³ So *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (706); Winkler, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 19, 21; offen gelassen von *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.78

³⁹⁴ EuGH Rs. 184/96 „*Stopfleber*“, Slg. 1998 S. S. I-6197, Rn. 2 bis 11

³⁹⁵ EuGH Rs. 184/96 „*Stopfleber*“, Slg. 1998 S. S. I-6197, Rn. 28

³⁹⁶ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 26; *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996, S. 1343 (1348); *Happe* in FS Bleckmann, S. 119 (126); EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, S. I-1277, Schlussanträge GA *Mischo* Rn. 54

materiell-rechtlichen Gehalt ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Primärrecht.³⁹⁷ Wenn einer Gleichwertigkeitsklausel aber eine rein deklaratorische Bedeutung zukommt, könnte durch ein Fehlen ihrerseits keine Rechtsverletzung entstehen. Dem Mitgliedstaat würde bei dem Erlass von Vorschriften ohne Gleichwertigkeitsklausel vielmehr ein in der Zukunft liegender Rechtsverstoß angelastet, der über eine unterstellte Anwendung der nationalen Vorschriften entgegen den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung fingiert würde.

Eine eindeutige Bestätigung oder Abkehr von der *Stopfleber*-Rechtsprechung erfolgte nicht wie erwartet in der Rechtssache *Kommission/Frankreich*, in der es um die Rechtmäßigkeit einer französischen Vorschrift zu Nahrungsergänzungsmitteln ging. Die Kommission argumentierte mit Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache *Stopfleber*, dass das französische Gesetz gegen Art. 28 EG-Vertrag verstoße, da es keine Formulierung zur Sicherstellung der gegenseitigen Anerkennung enthielte.³⁹⁸ Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass im konkreten Fall das zu prüfende Gesetz die Hinzufügung von Nahrungsergänzungsmitteln zum Gegenstand einer vorherigen Zulassung mache und ein solches Vorabgenehmigungserfordernis nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoße, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt seien. In der Sache der Verpflichtung zur Aufnahme von Gleichwertigkeitsklauseln gibt dieses Urteil also nichts her, bestätigt aber indirekt, dass in nationalem Recht vorgesehene Vorabgenehmigungsverfahren, die unstrittig eine Maßnahmen gleicher Wirkung darstellen, nicht Gegenstand der gegenseitigen Anerkennung sind, sondern vielmehr unter bestimmten von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien gerechtfertigt sein können.³⁹⁹

Der zuständige Generalanwalt in der Rechtssache *Kommission/Frankreich* wies entsprechend darauf hin, dass der Fall *Stopfleber* nicht dazu geeignet sei, verallgemeinernde Schlüsse im Hinblick auf eine Verpflichtung zur Aufnahme von Gleichwertigkeitsklauseln zu ziehen. Insbesondere betonte er, dass die betroffenen Vorschriften für Stopfleberzubereitungen ein Vertriebsverbot enthielten, das untersagte, aus anderen Mitgliedstaaten stammende Erzeugnisse, die den dortigen Bestimmungen entsprechen, in den Verkehr zu bringen, wenn sie die in der französischen Regelung

³⁹⁷ von Borries/Petschke, DVBl., 1996, S. 1343 (1348)

³⁹⁸ EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, S. I-1277, Rn. 16; vgl. dazu Oliver, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 6.78

³⁹⁹ Vgl. unter Zulässigkeit von Vorabgenehmigungserfordernissen, 1. Teil, D. II. 2.a, S. 52

aufgestellten Bedingungen nicht *vollständig* erfüllten.⁴⁰⁰ Ein solch umfassendes Veräußerungsverbot würde bedeuten, dass Produkten aus anderen Mitgliedstaaten der Marktzugang verwehrt bliebe – es sei denn, sie entsprächen gänzlich den gesetzlichen Vorgaben –, ohne dass die Gleichwertigkeit des Schutzniveaus eine Rolle spielen würde. Damit sei von vorneherein ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit anzunehmen, der durch die Aufnahme einer Gleichwertigkeitsklausel, welcher in *dieser* Konstellation materiell-rechtliche Wirkung zugekommen wäre, hätte „geheilt“ werden können.

3. Stellungnahme

Es wird deutlich, dass die Frage zur Verpflichtung der Aufnahme von Klauseln zur gegenseitigen Anerkennung nicht auf eine pauschale Antwort hinausläuft. Festzuhalten bleibt, dass die Gleichwertigkeitsklausel primär als Instrument der Rechtssicherheit anzusehen ist, was der ihr von Beginn an zgedachten Bestimmung entspricht, die primärrechtliche Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung im nationalen Rechtsakt für alle Beteiligten sichtbar zu machen. Daher sollte vermieden werden, ihr darüber hinaus eine generelle materiell-rechtliche Wirkung zuzuschreiben, wodurch bei einem Fehlen automatisch ein Verstoß gegen Art. 28 EG-Vertrag anzunehmen wäre. Für eine dahingehende Auffassung, von der mittlerweile auch die Kommission Abstand genommen hat, mangelt es nach dem *Stopfleber*-Urteil allemal an einer Bestätigung durch die Rechtsprechung.

Die Kommission reagierte, indem sie in ihren Leitlinien zur praktischen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung aus dem Jahr 2003 davon Abstand nahm, von einer Verpflichtung zur Aufnahme von Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung in einzelstaatliche Rechtsvorschriften zu sprechen. Sie distanzierte sich also von der Haltung, der sie kurz nach dem Urteil *Stopfleber* in der Mitteilung zur gegenseitigen Anerkennung von 1999 Ausdruck verliehen und die sie in der Rechtssache *Kommission/Frankreich* argumentativ vertreten hatte.⁴⁰¹ Vielmehr empfahl sie

⁴⁰⁰ EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, S. I-1277, Schlussanträge GA *Mischo* Rn. 41 f., ebenso in der Rs. 95/01 *Greenham und Abel*, Slg. 2004, S. I-1333, Schlussanträge GA *Mischo* Rn. 78 f. jeweils mit Bezug auf EuGH Rs. 184/96 „*Stopfleber*“, Slg. 1998 S. I-6197, Rn. 18, 26; dazu *Oliver*, *Free movement of goods*, 4. Auflage, Ziff. 6.78

⁴⁰¹ Mitteilung der Kommission – Die gegenseitige Anerkennung im Rahmen der Folgemaßnahmen zum Aktionsplan für den Binnenmarkt vom 16.6.1999, KOM(1999)299 endg., ABl. 1999, C 183/3, S. 13; EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, S. I-1277, Schlussanträge GA *Mischo* Rn. 29, 36

Gleichwertigkeitsklauseln in den Leitlinien als nützliches Instrument zur Umsetzung der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und hob die Aspekte der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes hervor, die hinter der Forderung ständen, solche Klauseln in nationale Vorschriften aufzunehmen.⁴⁰²

III. Informationsrichtlinie 98/34/EG

Die Informationsrichtlinie 98/34/EG⁴⁰³ (Info-RL), die auf der ursprünglichen Richtlinie 1983/189/EG basiert, ist ein wesentliches Instrument der Präventivkontrolle nationaler technischer Vorschriften und Normungsvorhaben der Mitgliedstaaten.⁴⁰⁴ Für eine bessere Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung wirken die Notifizierungspflichten der Informationsrichtlinie im Vorfeld, indem nationale Regelungsvorhaben als potentielle Handelshemmnisse in einem frühen Stadium geprüft werden können.

1. Kernvorschriften

Jeder Mitgliedstaat ist verpflichtet, der Kommission Entwürfe technischer Vorschriften, deren Inkraftsetzung er beabsichtigt, gem. Art. 8 der Info-RL zu melden, es sei denn der Entwurf dient der Verpflichtung zur Umsetzung von Gemeinschaftsrecht.⁴⁰⁵ Ausgenommen sind ebenfalls Entwürfe technischer Vorschriften, die nur eine bestehende und bei der Kommission bereits notifizierte technische Vorschrift ersetzen, ohne dass neue oder ergänzende Spezifikationen hinzugefügt werden.⁴⁰⁶ Die Notifizierungspflicht erfasst gem. Art. 2 der Info-RL ebenfalls von nichtstaatlichen Organisationen entwickelte Normen.

Die Notifizierung löst gem. Art. 9 der Info-RL eine Sperrfrist aus – variierend von 3 bis 18 Monaten –, die den Mitgliedstaat daran hindert, die

⁴⁰² KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 6.1

⁴⁰³ Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. 1998, L 204/37, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, ABl. 1998, L 217/18

⁴⁰⁴ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn. 1861 f.; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 66; *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.77 ff.; *Osterheld*, Konformitätsbewertungen, S. 40 f.; *Buerfeind*, Produktregelungen und Produktzertifizierungen, S. 26 f.

⁴⁰⁵ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 66; *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage Ziff. 12.84; *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 67 ff.

⁴⁰⁶ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 66

betroffenen technischen Vorschriften anzunehmen.⁴⁰⁷ Dadurch wird der Kommission und den Mitgliedstaaten, die ebenfalls über den Entwurf informiert werden, Möglichkeit gegeben, Bemerkungen oder ausführliche Stellungnahmen abzugeben, indem sie beispielsweise auf eine damit verbundene handelshemmende Wirkung hinweisen. Bei der weiteren Ausarbeitung der technischen Vorschrift ist der Mitgliedstaat gehalten, Änderungsvorschläge zu berücksichtigen, Art. 8 Abs. 2 der Info-RL.

Insbesondere anhand der Sperrfrist lässt sich deutlich machen, dass mit der Informationsrichtlinie ein erheblicher Einschnitt in die Souveränität der Mitgliedstaaten einhergeht, denn die technische Vorschrift kann in dieser Zeit nicht angenommen werden und in Kraft treten.⁴⁰⁸ Dass sich die Mitgliedstaaten einer solchen Einschränkung der Gesetzgebungshoheit unterworfen haben, ist bemerkenswert. Daraus lässt sich schließen, dass sie dem erwarteten Nutzen der Informationsrichtlinie offensichtlich mehr Gewicht beigemessen haben als der damit einhergehenden Belastung einer Souveränitätseinbuße bei der Gesetzgebungshoheit. Dennoch bedeutet dies keinesfalls, dass alle von der Kommission eingeforderten Änderungen technischer Vorschriften im Rahmen einer Notifizierung in jedem Fall ohne weiteres umgesetzt werden, wie der Fall *Stopfleber*⁴⁰⁹ illustriert.

Die Kommission verfuhr lange so, „ausführliche Stellungnahmen“ im Rahmen der Informationsrichtlinie gleichzeitig als Mahnschreiben zur Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EG-Vertrag auszugeben. Das Notifizierungsverfahren sollte unmittelbar in ein Vertragsverletzungsverfahren münden können, wenn der Mitgliedstaat die technische Vorschrift ohne Korrektur der Beanstandungen in Kraft setzen würde.⁴¹⁰ Der EuGH lehnte diese Praxis schließlich mit dem Hinweis ab, es könne kein Mahnschreiben geben, ohne dass – mangels Inkrafttreten der technischen Vorschrift – die von der Kommission vertretene Verletzung des Gemeinschaftsrechts überhaupt eingetreten sei.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Art. 9 Abs. 7 der Info-RL sieht eine Dringlichkeitsklausel vor, die es den Mitgliedstaaten unter bestimmten Umständen ermöglicht, eine Sperrfrist zu vermeiden.

⁴⁰⁸ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (706)

⁴⁰⁹ EuGH Rs. 184/96 „*Stopfleber*“, Slg. 1998 S. I-6197, vgl. Ausführungen zu dem Fall unter 2. Teil, I. II. 2, S. 85

⁴¹⁰ *Leible* in *Grabitz/Hilf*, Art. 28 EGV, Rn. 66; *Falkenstein*, *Freier Warenverkehr*, Rn. 301; *Winkler*, *Grenzen des Regulierungswettbewerbs*, S. 69

⁴¹¹ EuGH Rs. 341/97 *Kommission/Niederlande*, Slg. 2000, S. I-6611, Rn. 19; dazu *Oliver*, *Free movement of goods*, 4. Auflage, Ziff. 12.88

2. Stellungnahme

Die Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung profitiert vom Notifizierungsverfahren der Informationsrichtlinie in mehrfacher Hinsicht. Einerseits kann die Kommission in diesem Rahmen darauf achten, dass nationale Vorschriften Gleichwertigkeitsklauseln enthalten, die Rechte und Pflichten der gegenseitigen Anerkennung in nationalen Vorschriften sichtbar werden lassen⁴¹²; andererseits erhält sie die Möglichkeit, Mitgliedstaaten darauf hinzuweisen, dass eine gemeldete technische Vorschrift ohne bestimmte Änderungen geeignet wäre, ein nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbares Handelshemmnis darzustellen, indem sie etwa Anforderungen zum Verbraucherschutz vorsieht, die nach Auffassung der Kommission über das Ziel hinausschießen und den freien Warenverkehr unverhältnismäßig einschränken. Der Entstehung gemeinschaftsrechtswidriger technischer Vorschriften wird damit vorgebeugt, bevor sie in Kraft treten und sich handelshemmend auswirken können. Durch die Kenntnis geplanter technischer Vorschriften wird es der Kommission zudem erleichtert, Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, wenn sie dies nach Abschluss des Notifizierungsverfahrens für notwendig erachten sollte.⁴¹³

Dadurch dass auch die anderen Mitgliedstaaten von den Entwürfen informiert werden, erhalten sie einen umfassenden Eindruck von der Entwicklung nationaler Regelungspraktiken, die sie bei der Formulierung eigener technischer Vorschriften berücksichtigen können. Differenzen zwischen nationalen Rechtsordnungen wird damit vorgebeugt und indirekte Harmonisierung gefördert, wodurch für die Anwendung der gegenseitigen Anerkennung günstige Verhältnisse geschaffen werden. Indem die anderen Mitgliedstaaten ebenfalls auf eine geplante technische Vorschrift reagieren können, wird die Kommission in eine gute Ausgangslage versetzt, zu beurteilen, ob und unter Berücksichtigung welcher Aspekte ggf. Harmonisierungsvorschläge ausgearbeitet werden sollten.

Statistiken zeigen, dass die Anzahl an Notifikationen von Jahr zu Jahr ansteigt.⁴¹⁴ Dieser Anstieg beruht einerseits auf der fortschreitenden Erweiterung der Gemeinschaft und andererseits auf rascher technischer Entwicklung, die den Erlass technischer Vorschriften notwendig machen. „(...) technical progress has caused almost all laws and decrees to be

⁴¹² *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 68; *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (706)

⁴¹³ *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 161

⁴¹⁴ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (707)

revisited sooner or later. This is one explanation of the enormous number of notifications to the 98/34 committee.”⁴¹⁵ Im Jahr 2005 gab es nach Erhebungen der Kommission 739 Notifizierungen.⁴¹⁶ Die Steigerung zum Vorjahr lag bei 30 %.⁴¹⁷ Mit 264 Bemerkungen und 77 ausführlichen Stellungnahmen im Jahr 2005, machte die Kommission zudem in nicht geringem Umfang davon Gebrauch gemacht, notifizierte Entwürfe zu kritisieren. Anhand der aufgeführten Zahlen wird deutlich, welche Bedeutung einer präventiven Kontrolle nationaler technischer Vorschriften und Normen zukommt. „It goes without saying that infringement procedures and judicial review can never be expected to resolve more than a tiny fraction of this regulatory avalanche.”⁴¹⁸

Die geschilderten positiven Effekte des Notifizierungsverfahrens setzen allerdings voraus, dass nationale Regelungsentwürfe auch tatsächlich an die Kommission übermittelt werden. Insbesondere in der Anfangsphase der Informationsrichtlinie wurde eine sehr hohe Dunkelziffer nicht notifizierter technischer Vorschriften vermutet.⁴¹⁹ Das EuGH-Urteil des *CIA Security International* bestätigte im Hinblick auf derartige Erkenntnisse, dass nicht notifizierte technische Vorschriften unanwendbar seien.⁴²⁰ Die Richter führten aus, dass Ziel der Informationsrichtlinie sei, den Schutz des freien Warenverkehrs durch eine vorbeugende Kontrolle zu erreichen, und dass die Mitteilungspflicht ein wichtiges Mittel zur Verwirklichung dieser gemeinschaftlichen Kontrolle darstelle. Die Wirksamkeit sei umso größer, wenn der Verstoß gegen die Meldepflichten als wesentlicher Verfahrensfehler zur Unanwendbarkeit der fraglichen technischen Vorschriften führen würde.⁴²¹ Trotz dieses Urteils und der Tatsache, dass gegen einen Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Verletzung der aus der Informationsrichtlinie erwachsenen Pflichten eingeleitet werden kann,

⁴¹⁵ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (713)

⁴¹⁶ Statistiken über die 2005 im Rahmen des Notifizierungsverfahrens der Richtlinie 98/34 notifizierte technischen Vorschriften, ABl. 2006, C 166/2

⁴¹⁷ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (707)

⁴¹⁸ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (706 f.); *Winkler*, Regulierungswettbewerb S. 67

⁴¹⁹ *Schellberg*, Technische Harmonisierung, S. 161; *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 70

⁴²⁰ EuGH Rs. 194/94 *CIA Security International*, Slg. 1996, S. I-2201, Leitsatz 3, Rn. 54; dazu *Streinz*, Europarecht, Rn. 948

⁴²¹ EuGH Rs. 194/94 *CIA Security International*, Slg. 1996, S. I-2201, Rn. 48; dazu *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.80; *Leible* in Grabitz Hilf Art. 28 Rn. 66; *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 72

ist nach wie vor davon auszugehen, dass einiges an nationalen Regelungen unter dem Tisch landet, was eigentlich notifizierungspflichtig wäre.

IV. Meldeverfahren der Entscheidung 3052/95/EG

Das als defizitär eingestufte Meldeverfahren der Entscheidung 3052/95/EG⁴²² diente zur Einführung eines Verfahrens der gegenseitigen Unterrichtung über einzelstaatliche Maßnahmen mit beeinträchtigender Wirkung gegenüber dem Warenverkehr. Es war als weiteres Mittel zur besseren Kenntnis und Durchsetzung des Warenverkehrs im nicht harmonisierten Bereich in den Mitgliedstaaten gedacht. Mit Geltung der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ ab dem 13. Mai 2009 wurde die Entscheidung gem. Art. 14 der VO aufgehoben, da die Verordnung eigene Mechanismen zur Vorbeugung der Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs vorsieht, die Meldepflichten einschließen.

Ziel der Entscheidung 3052/95/EG war es, einen Überblick über einzelstaatliche – tatsächlich getroffene – Maßnahmen zu gewinnen und die Entstehung von Handelshemmnissen transparenter zu machen, um ihre zügige Beseitigung durch Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission zu erleichtern.⁴²³ Das Meldeverfahren verpflichtete die Mitgliedstaaten, handelshemmende Maßnahmen ihrer Behörden der Kommission zu melden. Dazu gehörte die Notifizierung aller Maßnahmen, mit denen der freie Warenverkehr oder das Inverkehrbringen eines Musters oder einer bestimmten Art von Waren verhindert wird, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt oder auf den Markt gebracht wurden, sofern diese Maßnahme ein grundsätzliches Verbot, die Verweigerung der Genehmigung zum Inverkehrbringen, die Änderung der Ware als Bedingung für ihre Zulassung oder die Rücknahme vom Markt bewirkt hat.⁴²⁴

Die in der Entscheidung 3052/95/EG vorgesehenen Mechanismen brachten als Ergänzung zur Informationsrichtlinie nicht die gewünschten Ergebnisse. Die Kommission kritisierte, dass vorgesehene Meldesystem habe nur

⁴²² Entscheidung 3052/95/EG des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung eines Verfahrens der gegenseitigen Unterrichtung über einzelstaatliche Maßnahmen, die vom Grundsatz des freien Warenverkehrs in der Gemeinschaft abweichen, ABl. I 1995, Nr. L 321/1

⁴²³ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.90 ff.; *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 67

⁴²⁴ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 67

unzureichend über Probleme des Warenverkehrs in nicht-harmonisierten Sektoren Aufschluss ergeben, um dafür geeignete Lösungen zu finden.⁴²⁵

V. Frühwarn- und Informationssystem der Verordnung Nr. 2679/98

Die Verordnung Nr. 2679/98 etabliert ein Frühwarn- und Informationssystem bei einer bestehenden oder drohenden Behinderung des Warenverkehrs – unabhängig davon, ob diese durch ein Handeln oder ein Unterlassen eines Mitgliedstaats verursacht wurde. Ihr Erlass stand unmittelbar mit dem Urteil *Kommission/Frankreich („Agrarblockaden“)* von 1997 in Zusammenhang.⁴²⁶ In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um Ausschreitungen französischer Bauern, die den freien Warenverkehr beeinträchtigten. Der Gerichtshof stellte fest, dass ein Mitgliedstaat gegen seine aus Art. 28 i.V.m. Art. 10 EG-Vertrag resultierende Handlungspflicht verstoßen würde, wenn er nicht die notwendigen Maßnahmen ergriffe, um den freien Warenverkehr vor störenden Eingriffen durch Privatpersonen zu schützen.⁴²⁷ Daher betrifft die Verordnung Nr. 2679/98 auch weniger die Implementierung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung als die Durchsetzung der durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigten Warenverkehrsfreiheit. Der Vollständigkeit halber sollen ihre Mechanismen hier dennoch kurz erläutert werden.

Die Verordnung Nr. 2679/98 soll ein schnelles und wirksames Vorgehen der Gemeinschaft ermöglichen, wenn in einem Mitgliedstaat der freie Warenverkehr behindert wird und der jeweilige Staat nicht einschreitet. In einem solchen Fall ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, alle Informationen, die er darüber besitzt, zur Verfügung zu stellen. Die Kommission kann den betroffenen Mitgliedstaat auffordern, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen und zwar innerhalb einer der „Dringlichkeit“ angepassten Frist, Art. 5 Abs. 1 der VO Nr. 2679/98.⁴²⁸ Die Mitteilung der Kommission kann im Amtsblatt veröffentlicht werden. Die Mitgliedstaaten sollen im Anschluss die Kommission innerhalb einer fünftägigen Frist darüber informieren, welche Maßnahmen ergriffen wurden oder durchgeführt

⁴²⁵ Vgl. dazu Erwägungsgrund 36 der VO „zur gegenseitigen Anerkennung“

⁴²⁶ EuGH Rs. 265/95 *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, S. I-6959

⁴²⁷ *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 68; *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.96

⁴²⁸ Bulletin EU 9-2001 Binnenmarkt (3/11)

werden sollen oder weshalb aus ihrer Sicht keine Handelshemmnisse (mehr) bestehen.

Der Regelungsmechanismus der Verordnung soll allerdings nicht zum Schutz des freien Warenverkehrs eingreifen, soweit dieser von Personen behindert wird, die Grundrechte in Anspruch nehmen.⁴²⁹ In erster Linie dachte man an dieser Stelle an Recht und Freiheit zum Streik – etwa zum Streik der Hafentarbeiter, der die Entladung eines Schiffes mit Waren aus einem anderen Mitgliedstaat verhindert. Unterdessen hat sich jedoch gezeigt, dass es auch zu Kollisionen mit anderen Grundrechten kommen kann. Es geht dann darum, eine Konkordanz zwischen den Binnenmarktfreiheiten und den Grundrechten herzustellen, wie beispielsweise auch im Fall zur Brennerblockade.⁴³⁰

Wenn der betreffende Mitgliedstaat nicht die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und Sicherstellung des freien Warenverkehrs getroffen hat, kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG-Vertrag einleiten. Ob die Mitteilung der Kommission gem. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2679/98 als erste Stufe im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG-Vertrag behandelt werden kann, ist umstritten.⁴³¹ Dafür spricht, dass es ein Mahnschreiben darstellt und die notwendige Gelegenheit zur Äußerung gibt, Art. 5 Abs. 4 der VO Nr. 2679/98.⁴³² Zudem ist die Sachlage hier anders als in der parallel gelagerten Fragestellung im Zusammenhang mit der Informationsrichtlinie, da das Notifizierungsverfahren im Vorfeld einer möglichen Vertragsverletzung angesiedelt ist. Die Verordnung Nr. 2679/98 deckt Fälle ab, in denen eine Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs bereits eingetreten ist. Dagegen spricht, dass in Art. 5 der VO Nr. 2679/98 selbst keine Verbindung zum Vertragsverletzungsverfahren aufgeführt wird. Dieser Umstand erhält zusätzliches Gewicht dadurch, dass die Kommission die Einführung eines beschleunigten Verfahrens zur Anrufung des Gerichtshofes bei Nichtbeachtung der Pflichten nach Art. 5 der VO Nr. 2679/98 gefordert hatte, damit aber auf Widerstand im Rat gestoßen war. Die Mitteilung gem. Art. 5 Abs. 1 der VO Nr. 2679/98 als erste Stufe im Vertragsverletzungsverfahren auszulegen, ist daher abzulehnen. In

⁴²⁹ Entschließung des Rates über den freien Warenverkehr vom 7. Dezember 1998, ABl. 1998, L 337/10, Ziff. 1

⁴³⁰ EuGH, Rs. 112/00 „Brennerblockade“, Slg. 2003, S. I-5659

⁴³¹ *Oliver*, Free movement of goods, 4. Auflage, Ziff. 12.96

⁴³² *Leible* in Grabitz/Hilf, Art. 28 EGV, Rn. 68

ihrem Bericht zur Anwendung der Verordnung Nr. 2679/98 von 2001 forderte die Kommission vor diesem Hintergrund erneut die Einführung eines solchen Verfahrens, um die Effektivität der Verordnung zu steigern.⁴³³

VI. Informationspolitik der Kommission

Um Unkenntnis und Unsicherheit auszuräumen, die im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung bestehen, betreibt die Kommission verstärkt Öffentlichkeitsarbeit, indem sie etwa Mitteilungen publiziert oder Informationsveranstaltungen anbietet. Mitteilungen der Kommission können einerseits eine gute Informationsquelle sein, auf der anderen Seite sind sie mit Vorsicht zu handhaben, da sie keinen Konsens der EU-Organe darstellen, sondern eben „nur“ von der Kommission verfasst werden, die damit durchaus politische Zielsetzungen verfolgen mag.

Eines der jüngsten Produkte derartiger „soft law“-Praktiken sind etwa die bereits mehrfach erwähnten Leitlinien zur praktischen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung.⁴³⁴ Diese Leitlinien versuchen, relevantes Fallrecht in den wesentlichen Aspekten geordnet darzustellen und daraus abzuleitende Rechte und Pflichten von Behörden und Wirtschaftsteilnehmern systematisch zu verdeutlichen. Sie stellen ein Informationsangebot dar und sind daher darauf angewiesen, freiwillig in Anspruch genommen zu werden, was ihr Potential als Durchsetzungsinstrument relativiert.

Die Kommission organisiert des weiteren Seminare und Tagungen, um Unternehmen und Behörden zu sensibilisieren, und versucht im Internet zugängliche Information zu verbessern, wie etwa die der TRIS⁴³⁵ website.⁴³⁶ Solche Angebote werden oft allerdings nur zum Teil wahr- und angenommen, wodurch ihre Wirksamkeit begrenzt ist. Gerade kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) neigen dazu, branchenübergreifend angelegte Informationsveranstaltungen oder Leitlinien zu ignorieren.⁴³⁷

⁴³³ Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Anwendung der Verordnung Nr. 2679/98 vom 22. März 2001, S. 16, KOM(2001)160

⁴³⁴ KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (Fn. 145)

⁴³⁵ TRIS – Technical Regulation Information System. TRIS sammelt Informationen über die Prävention und Beseitigung regulatorischer Barrieren im freien Warenverkehr.

⁴³⁶ Verordnungsvorschlag KOM(2007)36 endg. vom 14.2.2007, S. 3

⁴³⁷ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (710)

VII. *Abschließende Bemerkung*

Auf dem Rechtsweg können die sich aus Art. 28 EG-Vertrag ergebenden Verpflichtungen gegenüber staatlichen Behörden punktuell durchgesetzt werden. Auf dem Wege der Vorabentscheidungsverfahren werden nationale Gerichte bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu „Erfüllungsgehilfen“ des EuGH.⁴³⁸ Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist die Möglichkeit für einen Importeur, den Rechtsweg zu beschreiten, allerdings wenig attraktiv. „Litigation may, of course, ensue; victory may even be achieved. But from a commercial point of view this is a nonsense. One cannot plan, produce, and market product lines hoping that eventually a court decision will vindicate a claim of mutual recognition or functional parallelism.“⁴³⁹ Außergerichtliche Problemlösungsmechanismen wie SOLVIT gewinnen zunehmend an Popularität – stark gefördert durch die Kommission –, da sie die Nachteile vermeiden, die mit gerichtlichen Verfahren verbunden sind, und auf rasche ergebnisorientierte Lösungen mittels direkter Kooperation zwischen den mitgliedstaatlichen Behörden setzen.

Deutlich wurde, dass Präventivkontrolle durch die Notifizierungspflichten der Informationsrichtlinie ein wertvolles Mittel zur Verwirklichung des Binnenmarktes darstellt. Auf staatliche Maßnahmen gerichtete Informations- und Meldesysteme sind nur bedingt wirkungsvoll. Verbesserungswürdig im Hinblick auf ihre Effizienz ist insbesondere die Verordnung Nr. 2679/98. Ihre Durchsetzungskraft nach den Vorstellungen der Kommission zu stärken, dürfte allerdings schwer umzusetzen sein, da aufgrund der einschlägigen Rechtsgrundlage des Art. 308 EG-Vertrag politischer Konsens für eine Änderung der Verordnung im Rat herrschen müsste, um die erforderliche Einstimmigkeit zu erreichen.

Ein Meldeverfahren einzelstaatlicher Maßnahmen hat in der Form der Entscheidung 3053/95/EG nicht die gewünschten Effekte erbracht. Es stellte zudem in der Form nicht sicher, dass mitgliedstaatliche Behörden sich so verhalten, wie es die Rechtsprechung zur Auslegung des Art. 28 EG-Vertrag vorgibt. Auch der Vorschlag der Kommission, verfahrenstechnische Aspekte, die Darlegungs- und Beweislastverteilung auf Verwaltungsebene berücksichtigen, in Gleichwertigkeitsklauseln aufzunehmen, ist nicht ausreichend, da Mitgliedstaaten allenfalls empfohlen werden kann, dem

⁴³⁸ *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 103

⁴³⁹ *Weiler*, Constitution of the Common Market Place, S. 349 (368)

nachzukommen. Dieses Defizit soll nun mit der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ behoben werden.

2. Teil Die Verordnung zur Anwendung technischer Vorschriften

A. Entstehung der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“

I. Mängel bei der Anwendung der gegenseitigen Anerkennung

In den zwei Jahresberichten über die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung (PGA) von 1999 und 2002 stellte die Kommission fest, dass die gegenseitige Anerkennung in einigen Mitgliedstaaten als schlecht funktionierendes Mittel wahrgenommen wird, das den Zugang zu den gemeinschaftlichen Märkten nicht auf genügend zuverlässige Weise gewährleisten könne.⁴⁴⁰

Das der Auslegung des Primärrechts entspringende PGA – bislang weder primär- noch sekundärrechtlich erkennbar als allgemeinverbindliches Prinzip – wird in seiner Wirksamkeit durch verschiedene korrelierende Probleme beeinträchtigt. Dazu gehören neben rechtlichen Unsicherheiten mangelnde Kenntnisse, die sich sowohl auf die rechtlichen Grundsätze an sich beziehen als auch auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen in der Praxis. Derartige Defizite sind sowohl bei nationalen Behörden zu beobachten als auch bei Unternehmen, die davon Abstand nehmen, sich auf die gegenseitige Anerkennung als unsicheres Integrationsinstrument zu verlassen.

Für nationale Behörden stellt die Systematik der gegenseitigen Anerkennung eine große Herausforderung dar. Sie verlangt bei der Berücksichtigung der materiell-rechtlichen Grundsätze selbstkontrolliertes Handeln, welches der originären Disposition staatlicher Verwaltung, innerstaatliches Recht anzuwenden und durchzusetzen, entgegensteht. Auch wenn importierte Erzeugnisse nicht den in den heimischen Vorschriften vorgesehenen technischen Standards entsprechen, dürften die Behörden entsprechend der funktionalen Gleichwertigkeitsvermutung den Marktzugang nicht ver-

⁴⁴⁰ Erster Zweijahresbericht der KOM von 1999 (s. Fn. 169); Zweiter Zweijahresbericht der KOM von 2002 (s. Fn. 265)

wehren oder beeinträchtigen – das zumindest so lange, bis eine gerechtfertigte Entscheidung getroffen wurde. Stattdessen sollen sie auf in einem anderen Mitgliedstaat vorgesehene Regelungen und durchgeführte Kontrollen vertrauen. Anhand der Tabellen 2 und 3 wird ersichtlich, dass sich teilweise erhebliche Probleme bei der grenzüberschreitenden Vermarktung zu Lasten der Wirtschaftsteilnehmer in verschiedenen Produktkategorien ergeben, die in Zusammenhang mit einer defizitären Anwendung des PGA stehen.

Tabelle 2: Anteil der Wirtschaftsteilnehmer, die Schwierigkeiten hatten, ihre Waren in einem anderen Mitgliedstaat auf den Markt zu bringen⁴⁴¹

Busse	34 %
Lastkraftwagen	34 %
Lieferwagen	53 %
Anhänger	39 %
Fahrräder	33 %
Babyartikel	18 %
Rauchmeldesysteme	28 %
Einbruchsicherungssysteme	43 %
Arbeiten aus Edelmetallen	27 %
Tanks	41 %
Leitern und Gerüste	29 %
Lebensmittelkonserven	33 %
Alkoholfreie Getränke und Bier	41 %
Angereicherte Erzeugnisse	89 %
Bauprodukte	54 %
Container	18 %

⁴⁴¹ Zweiter Zweijahresbericht der KOM von 2002 (s. Fn. 265), Tabelle 7.4.1

Tabelle 3: Nationale Behörden, die auf Probleme im Zusammenhang mit der gegenseitigen Anerkennung gestoßen sind⁴⁴²

<i>Warentyp</i>	<i>Nationale Behörden</i>
Busse und Lastkraftwagen	59 %
Alarmsysteme	32 %
Fahrräder	45 %
Getränke	50 %
Tanks und Container	43 %
Leitern und Gerüste	29 %
Edelmetalle	50 %
Bauprodukte	35 %
Babyartikel	24 %
Konserven	53 %
Nahrungsmittelergänzungen	87 %

1. Folgenabschätzung der Kommission

Die von der Kommission durchgeführte Folgenabschätzung⁴⁴³ hat kurz zusammengefasst folgende Ergebnisse erbracht, die letztlich dazu geführt haben, für die Option der Einführung eines Sekundärrechtsakts zur gegenseitigen Anerkennung zu votieren:

- Fehlende Kenntnis des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen auf Seiten von Unternehmen und einzelstaatlichen Behörden.
- Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Geltungsumfang des Grundsatzes und die Beweislast.
- Mit Kosten verbundene Risiken der Unternehmen, dass ihr Produkt keinen Zugang zum Markt des Bestimmungslandes erhält.
- Fehlen eines Dialogs zwischen den zuständigen Behörden der einzelnen Mitgliedstaaten.

⁴⁴² Zweiter Zweijahresbericht der KOM von 2002 (s. Fn. 265), Tabelle 7.3.4

⁴⁴³ Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Probleme“, Ziff. 1-4

2. Im Einzelnen

a. Fehlende oder mangelhafte Kenntnisse

Wirtschaftsteilnehmer haben oft nur mangelhafte Kenntnisse darüber, ob das PGA für sie relevant ist und wie es funktioniert. Dadurch sinken die Chancen, sich gegenüber nationalen Behörden durchzusetzen.

Die Beeinträchtigung des Warenverkehrs äußert sich nach Einschätzung der Kommission häufig darin, dass Importeure von den nationalen Behörden dazu verpflichtet werden, in Verkennung der Beweislast die Übereinstimmung mit den technischen Vorschriften des Bestimmungslandes vor Marktzugang zu belegen. Verlangt werden etwa die wiederholte Durchführung von Konformitätskontrollen wie Test- und Zertifizierungsverfahren entsprechend der nationalen Vorschriften, oder es werden andere administrative Zulassungsanforderungen gestellt. Die Importeure reagieren darauf, indem sie sich den Anforderungen des Bestimmungslandes unterwerfen oder ganz und gar davon Abstand nehmen, den Markt eines anderen Mitgliedstaates für eine Erweiterung ihres Absatzes in Betracht zu ziehen. Sie nehmen damit die Rechte, die ihnen durch die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung eingeräumt werden, nicht wahr.

Aus dem zweiten Jahresbericht der Kommission geht hervor, dass sich ein unzureichender Wissensstand insbesondere bei neuen oder komplexen Produkten auswirkt, die einem staatlichen Genehmigungsverfahren oder irgend einer anderen Form von Konformitätskontrolle unterzogen werden, bevor sie auf den Markt des Bestimmungsmitgliedstaates gebracht werden. Dies betrifft sowohl die im Rahmen der Marktüberwachung für die Konformitätskontrollen zuständigen Behörden als auch die Unternehmen, die ihre Erzeugnisse nicht an den Markt des Bestimmungsmitgliedstaats anpassen wollen.⁴⁴⁴ Bei einfacheren Erzeugnissen, die nur geringe Gefahren für Gesundheit, Sicherheit und Umwelt bergen, wirken sich mangelnde Kenntnisse kaum aus. Hier gewährleistet ein stabilisiertes gegenseitiges Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Behörden den freien Warenverkehr.

b. Rechtsunsicherheit

Rechtliche Unsicherheiten sind unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Rechtsprechung angesichts der schieren Menge an Urteilen zu

⁴⁴⁴ Zweiter Zweijahresbericht der KOM von 2002 (s. Fn. 265), Ziff. 5.5

dem Themenkreis der Warenverkehrsfreiheit und der verschiedenen Aspekte, die von der gegenseitigen Anerkennung erfasst werden, ein alles andere als übersichtliches Terrain darstellt.⁴⁴⁵ Fragen zur Anwendung der gegenseitigen Anerkennung betreffen schließlich nicht nur technische Vorschriften und Spezifikationen, sondern spielen gerade auch bei der Konformitätsbewertung, bei damit in Verbindung stehenden technischen und chemischen Prüfungen, Zertifizierungen und Bescheinigungen eine Rolle. Trotz des Bemühens des EuGH, relativ gefestigte Kriterien zu entwickeln, bleiben Unwägbarkeiten, die zwangsläufig der sich an einzelnen Fällen ausrichtenden Rechtsprechung anhaften.⁴⁴⁶

Hinzu kommt, dass Urteile lediglich „inter partes“ wirken und daher keine generelle Verbindlichkeit entstehen lassen. Erfahrungsgemäß ist der Drang bei den Mitgliedstaaten nicht übermäßig groß, gerichtliche Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes ohne weiteres inhaltlich zu akzeptieren, geschweige denn einfach ihr Verhalten danach auszurichten. Gerade bei der gegenseitigen Anerkennung handelt es sich um einen Bereich der Rechtsprechung mit stark ausgeprägtem Rechtsfortbildungscharakter, der nicht unerheblich in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung und Anwendung technischer Vorschriften eingreift. Protektionistische und gegenüber fortschreitender Integration restriktive Tendenzen in den Mitgliedstaaten spielen eine nicht unerhebliche Rolle. Die Entwicklung derartiger Widerstände steht nicht selten im Zusammenhang mit dem Wirken von Interessengruppen, denen sich die nationale Regierungspolitik naturgemäß verpflichtet fühlt.⁴⁴⁷

Nicht zu unterschätzen ist daher die Tatsache, dass ein allgemeingültiges PGA im Warenverkehr des Binnenmarktes weder primär- noch sekundärrechtlich durch die Mitgliedstaaten nachhaltig bestätigt wurde. Dies geht auch aus dem Begleitdokument der Kommission zur Folgenabschätzung hervor.⁴⁴⁸ Es mangelte bislang an einem Signal durch die Mitgliedstaaten die vom Gerichtshof mit ihrer Rechtsprechung betriebene „negative“ Integration im freien Warenverkehr politisch und sichtbar anzuerkennen

⁴⁴⁵ Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit und der gegenseitigen Anerkennung existieren in etwa dreihundert relevante EuGH-Fälle. *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (713)

⁴⁴⁶ *Streinz*, Europarecht, Rn. 937

⁴⁴⁷ *Winkler*, Grenzen des Regulierungswettbewerbs, S. 11

⁴⁴⁸ Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Probleme“, Ziff. 1

und die Durchsetzung des PGA auf der Verwaltungsebene stärker zu unterstützen.

c. Kosten

Wirtschaftsteilnehmern können sowohl Kosten für Informationsbeschaffung und Beratung entstehen als auch für Konformitätsbewertung und Anpassung, wenn sie außerhalb des Produktionslandes vermarkten wollen.⁴⁴⁹

Diese Kosten haben ihren Ursprung in genereller Unkenntnis sowie der bereits geschilderten Lage rechtlicher Unsicherheit. Dabei handelt es sich teilweise um erhebliche Aufwendungen, die das Potential haben, den Export in andere Mitgliedstaaten zu unterbinden. „Man geht davon aus, dass je nach Produkt die unterschiedlichen technischen Vorschriften auf den einzelnen nationalen Märkten sowie die Auflagen für vielfältige Prüf- und Zertifizierungsverfahren zwischen 2 % und 10 % der gesamten Produktionskosten ausmachen können.“⁴⁵⁰ Die Höhe der Investitionen für die Produktvermarktung in einem anderen Mitgliedstaat und das Risiko für eine Marktzugangssperre oder die Produktsuspendierung vom Markt müssen sich aber die Waage mit dem zu erwartenden Profit halten, damit ein Unternehmen den Schritt geht, seinen Vertrieb auf einen anderen Mitgliedstaat auszuweiten.

Gerade KMU werden durch eine mangelhafte Anwendung der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und übermäßige Anforderungen der Behörden des Bestimmungslandes erheblich belastet.⁴⁵¹ Sie haben oft nicht die Kapazität zu erkennen, inwiefern das PGA in ihrem Fall überhaupt von Relevanz ist. Kosten für den Marktzugang in einem anderen Mitgliedstaat machen für KMU einen fast doppelt so hohen Anteil am Gesamtumsatz aus wie für große Unternehmen. Einer Fallstudie zufolge exportieren die meisten kleineren Betriebe mit einem Umsatz von höchstens 15 Mio. € nur in Mitgliedstaaten mit geringer Regelungsdichte.⁴⁵² Ökonomische Folgen, die aus einer defizitären Implementierung der gegenseitigen Anerkennung erwachsen, sind die Dämpfung des innergemeinschaftlichen Handels, ein geschwächter Wettbewerb und weniger Wahlmöglichkeiten für den Ver-

⁴⁴⁹ Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Kosten, die diese Probleme verursachen“; *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (709 f.)

⁴⁵⁰ Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Kosten, die diese Probleme verursachen“

⁴⁵¹ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (708)

⁴⁵² Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Kosten, die diese Probleme verursachen“

braucher. All das sind Aspekte, die sich auf die gesamte Wirtschaftsleistung in der EU negativ auswirken.

d. Informations- und Beurteilungsprobleme der Behörden

Um festzustellen, ob ein eingeführtes Produkt einen gleichwertigen Schutzstandard im Vergleich zu dem Niveau aufweist, das in den innerstaatlichen Vorschriften des Bestimmungslandes vorgesehen ist, haben die nationalen Beamten das Recht, Auskünfte über das betroffene Erzeugnis einzuziehen. Dafür ist die Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten erforderlich. Auskünfte sind über das Produkt selbst und die einschlägigen technischen Vorschriften des Herkunftslandes nötig, um das Schutzniveau des Erzeugnisses verlässlich bestimmen zu können. Die Behörde muss sich hinreichend Klarheit verschaffen können, um die Gleichwertigkeit des Schutzniveaus zu beurteilen.

Selbst wenn die Behörde verlangen kann, dass vorgelegte Konformitätsnachweise übersetzt werden, bleibt die Schwierigkeit, sich mit ausländischen Ansprechpartnern in einer gemeinsamen Sprache über anspruchsvolle Sachverhalte auszutauschen.⁴⁵³ Mit ansteigender Komplexität wird die Sachlage für die nationale Behörde nicht nur arbeitsaufwendiger und anspruchsvoller, umfassende Informationen einzuholen und zu erschließen. Es ist anzunehmen, dass damit auch die Neigung sinkt, sich darauf zu verlassen, dass ein Erzeugnis in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gelangt ist, zumal wenn wichtige Schutzgüter betroffen sind. Die Wahrscheinlichkeit steigt also, dass zumindest vorübergehend ein Marktzugangsverbot ausgesprochen wird.

II. Gewählte Regelungsoption im Verhältnis zur gegenseitigen Anerkennung

Nach Durchführung der Folgenabschätzung kam die Kommission zu dem Schluss, dass es für eine verbesserte Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung eines Sekundärrechtsaktes bedürfe. Die bislang genutzten Durchsetzungsinstrumente konnten ihrer Auffassung nach nicht ausreichend gewährleisten, dass die rechtlich verpflichtenden Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung in der Praxis entsprechend der im Fallrecht entwickelten Vorgaben angemessen und umfassend respektiert und angewendet wurden. Allein diese Mittel weiter auszubauen und nicht-legislative Maßnahmen wie die Informationspolitik zu verbessern, sah die

⁴⁵³ Erster Bericht der KOM von 1999 (s. Fn. 171), Ziff. 4.2.1

Kommission als nicht hinreichend zielführend an, um wesentliche Fortschritte zu erreichen.⁴⁵⁴

Dennoch wurde überraschenderweise eine umfassende und klarstellende Kodifizierung der materiell-rechtlichen Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung mit Rückgriff auf das relevante Fallrecht nicht thematisiert und damit als Regelungsoption von vorneherein ausgeschlossen. Der Fokus sollte vor allem auf Verfahrensvorschriften zur Beweislastumkehr als einem entscheidenden Aspekt der gegenseitigen Anerkennung gerichtet werden, um deren Beachtung sicherzustellen. Favorisiert wurden „gesetzgeberische Maßnahmen, d. h. Verabschiedung eines Gesetzgebungsvorschlages, durch die die gegenseitige Anerkennung im nicht harmonisierten Bereich geregelt wird (...). Für den Fall, dass die zuständigen Behörden das Inverkehrbringen eines Produkts, das bereits in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurde, gemäß nationalen technischen Vorschriften beschränken wollen, würde der Gesetzgebungsvorschlag die Rechte und Pflichten der nationalen Behörden und der Unternehmen festlegen, die dieses Produkt in dem betreffenden Mitgliedstaat verkaufen wollen.“⁴⁵⁵ In dem offiziellen, sperrig geratenen Titel der Verordnung⁴⁵⁶ taucht der Begriff der gegenseitigen Anerkennung auch gar nicht auf, da wohl gerade der Eindruck vermieden werden sollte, dass es sich tatsächlich um eine sekundärrechtliche Kodifizierung der materiell-rechtlichen Grundsätze handele. Im verfügenden Teil der Verordnung wurde gänzlich auf eine positivrechtliche Normierung des PGA und der sich daraus ergebenden Rechte verzichtet – damit aber möglicherweise auch auf eine stärkere Außenwirkung der Verordnung.⁴⁵⁷

Das vom EuGH zur gegenseitigen Anerkennung entwickelte Fallrecht sollte möglichst unberührt von sekundärrechtlicher Gestaltung bleiben, obwohl

⁴⁵⁴ Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Politische Möglichkeiten“

⁴⁵⁵ Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Politische Möglichkeiten“

⁴⁵⁶ S. Fn. 3

⁴⁵⁷ Beispiel für eine solche Kodifikation ist etwa im Art. 9 des australischen „Mutual Recognition Act 1992“ No. 198 zu finden: The mutual recognition principle is that, subject to this Part, goods produced in or imported into the first State, that may lawfully be sold in that State either generally or in particular circumstances, may, because of this Act, be sold in the second State either generally or in particular circumstances (as the case may be), without the necessity for compliance with further requirements as described in section 10.

zweifelsohne erkannt wurde, dass sich gerade daraus Unübersichtlichkeit, mangelnde Transparenz und fehlende Rechtssicherheit ergeben. Die Kommission wies in ihrer Folgenabschätzung selbst auf die unübersichtliche Menge an Urteilen mit Bezug auf die gegenseitige Anerkennung hin: „(...) the text of Articles 28 and 30 EC Treaty is so concise that its interpretation has produced abundant jurisprudence of the Court of Justice.“⁴⁵⁸ Der damit im Grunde im Raum stehende gesetzgeberische – klarstellende – Regelungsbedarf wurde ignoriert, obwohl sich die Unsicherheiten, die sich zwangsläufig durch eine Orientierung an einer mit einzelnen Fällen befassten Rechtsprechung ergeben, „an sich nur durch eine ausdrückliche gegenseitige Anerkennung mittels Rechtsakt“⁴⁵⁹ hätten beseitigen lassen.

Selbst bei einer Beschränkung auf Verfahrensregelungen, die der Durchsetzung materiell-rechtlicher Grundsätze dienen sollen, kann eine Einbeziehung dieser Grundsätze aber nicht vermieden werden. Bei der anschließenden Analyse der Verordnung wird deutlich, an welchen Stellen und auf welche Art und Weise verfahrensrechtliche Bestimmungen und materielles Recht miteinander in Bezug gesetzt werden.

B. Vorschriften der Verordnung

Im Folgenden sollen die wesentlichen Vorschriften der Verordnung vorgestellt und analysiert werden. Dies betrifft insbesondere das erste Kapitel zu Gegenstand und Anwendungsbereich sowie das zweite Kapitel der VO⁴⁶⁰ zum Verfahren zur Anwendung einer nationalen technischen Vorschrift. Dort werden die verbindlichen Verfahrensschritte aufgeführt, die für mitgliedstaatliche Behörden in den Fällen gelten, in denen sie der gegenseitigen Anerkennung nicht nachkommen wollen.

Dem notwendigerweise gegebenen Bezug zu den von der Rechtsprechung entwickelten materiell-rechtlichen Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung gilt ein wesentliches Interesse. Daher soll untersucht werden, an welchen Stellen diese Verknüpfungen sichtbar werden, wie die Verordnungsvorschriften das Prinzip umsetzen und schließlich welche Bedeutung die Verordnung für die primärrechtlich verankerten Richtsätze der gegenseitigen Anerkennung hat.

⁴⁵⁸ Folgenabschätzung, SEK(2007)112 (s. Fn. 9), Ziff. 2.3.1

⁴⁵⁹ *Streinz*, Europarecht, Rn. 937

⁴⁶⁰ Wortlaut der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ s. Anhang S. 159

I. Rechtsform und Rechtsgrundlage

Als Rechtsform wurde die Verordnung ausgewählt, die zwar grundsätzlich stärker in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingreift als Richtlinien, welche einen gewissen Freiraum bei der Umsetzung in nationales Recht gewähren. Die Kommission zog nach anfänglichen Sympathien für eine Richtlinie die Form der Verordnung vor. Die Verfahrensregelungen, die normiert werden sollten, weisen ein hohes Maß an Regelungsintensität auf, so dass bei der Wahl einer Richtlinie für die Mitgliedstaaten kaum ein Umsetzungsspielraum bestanden hätte. Damit stellte sich eine Verordnung als effizienteres Mittel dar, da die mit einer Richtlinie verbundene Umsetzung in nationales Recht in den Mitgliedstaaten in diesem Fall nur eine wenig sinnvolle administrative Belastung dargestellt hätte.

Die Verordnung stützt sich auf die Rechtsgrundlagen des Art. 95 EG-Vertrag als Rechtsangleichungskompetenz für Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten mit dem Ziel der besseren Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes (ausdrücklich benannt in Art. 1 Abs. 1 der VO⁴⁶¹) sowie auf Art. 37 EG-Vertrag anlässlich der Einbeziehung von Agrarprodukten. Die Verordnung zielt darauf ab, Rechte und Pflichten auf Seiten der nationalen Behörden und der Wirtschaftsteilnehmer bei der Anwendung der gegenseitigen Anerkennung festzulegen, um sicherzustellen, wann und wie nationale technische Vorschriften auf Seiten eines Mitgliedstaats gegenüber eingeführten Erzeugnissen geltend gemacht werden können, ohne dass dabei die Warenverkehrsfreiheit verletzt wird.⁴⁶²

II. Aufbau der Verordnung

Der verfügende Teil der Verordnung kann in zwei Blöcke unterteilt werden. Dies ergibt sich aus Art. 1 der VO, der Zielsetzung und Inhalt der Verordnung aufzeigt. Der erste Block, der hier insbesondere von Interesse ist, befasst sich mit Gegenstand und Anwendungsbereich der Verordnung sowie den Verfahrensregelungen zur Anwendung technischer Vorschriften (Art. 2 bis Art. 8 der VO). Der zweite Block befasst sich im Wesentlichen mit der Einrichtung von Produktinformationsstellen in den Mitgliedstaaten sowie mit den Berichtspflichten der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Verordnung (Art. 9 bis Art. 13 der VO). In Art. 12 Abs. 3 der VO ist eine

⁴⁶¹ Auch im Folgenden wird in dieser Form (...der VO) Bezug genommen auf die Vorschriften der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“, wenn nicht explizit eine andere Verordnung genannt wird.

⁴⁶² Verordnungsvorschlag KOM(2007)36 endg. vom 17.2.2007, S. 7

Revisionsklausel vorgesehen. Art. 14 der VO regelt die Streichung der Entscheidung 3052/95/EG, da das darin enthaltene Meldeverfahren für handelshemmende nationale Maßnahmen durch die Verfahrensvorschriften der Verordnung überflüssig geworden ist. Art. 15 der VO regelt Inkrafttreten und Geltung der Verordnungsvorschriften.

Die in großer Anzahl vorhandenen und vielfach voluminösen Erwägungsgründe der Verordnung sind (leider) ein typisches Merkmal für gemeinschaftliche Rechtsetzungsakte des Sekundärrechts. Jeder der 27 Mitgliedstaaten hat bestimmte Anliegen, die im Verordnungstext verankert werden sollen. Gelingt es nicht, diese im verfügenden Teil unterzubringen, werden sie als nächstbeste Lösung in die Erwägungsgründe verlagert. So ist die Anzahl der Erwägungsgründe von ursprünglich 27 im Verordnungsvorschlag auf 39 in der verabschiedeten und im Amtsblatt veröffentlichten Fassung angewachsen. Die Erwägungsgründe werden bei der Untersuchung der Vorschriften des verfügenden Teils an relevanter Stelle einbezogen.

1. Geltungsbereich

Art. 2 der VO legt den Geltungsbereich fest, in dem die Verfahrensregelungen zur Anwendung technischer Vorschriften bei marktzugangsbeschränkenden Entscheidungen beachtet werden müssen. Gegenstand der Verordnung sind gem. Art. 2 Abs. 1 der VO an Wirtschaftsteilnehmer gerichtete Verwaltungsentscheidungen über Produkte, einschließlich Agrar- und Fischereierzeugnisse, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden. Dass es sich dabei um Entscheidungen in einer Konstellation handelt, in denen ein Produkt von der gegenseitigen Anerkennung profitieren sollte, ergibt sich aus der Gegenstandsbestimmung der Verordnung, Art. 1 Abs. 2 der VO.

a. Verwaltungsentscheidungen

Von der Verordnung erfasste Handlungen sind Verwaltungsentscheidungen, die auf der Grundlage technischer Vorschriften getroffen werden und eine den freien Warenverkehr einschränkende Wirkung entfalten. Die beeinträchtigenden Effekte können sich direkt oder indirekt in einer Vermarktungsuntersagung als Marktzugangsverbot äußern, in der Forderung der Rücknahme vom Markt oder der Produktveränderung als Vermarktungsbedingung, Art. 2 Abs. 1 lit. a – c der VO. Die enge Anbindung an den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit macht Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Erwägungsgrund 2 der VO deutlich: Die Regeln und Verfahren der Verordnung sind zu beachten, wenn zuständige Behörden in Mitgliedstaaten

Verwaltungsentscheidungen treffen oder zu treffen beabsichtigen, die den freien Warenverkehr für ein in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebrachtes Produkt behindern würden. Gegenstand der Verordnung sind also Verwaltungsentscheidungen, die gem. Art. 28 EG-Vertrag als Maßnahme gleicher Wirkung einzuordnen sind.

b. Adressaten

Die Verordnung betrifft nur Verwaltungsentscheidungen, die an Wirtschaftsteilnehmer gerichtet sind, welche in Art. 8 der VO definiert werden. Dabei handelt es sich gem. Art. 8 lit. a der VO in erster Linie um den Hersteller des Produkts oder die Person, die das Produkt in Verkehr bringt. Lassen sich deren Identität und Kontaktdaten nicht ermitteln, kommen subsidiär der Vertreter des Herstellers oder jeder Geschäftstätige der Absatzkette entsprechend den Vorgaben des Art. 8 lit. b – d der VO in Betracht. Ausgeschlossen ist der Fall, dass am Ende der Absatzkette stehende Endverbraucher von den Verordnungsbestimmungen erfasst werden. Dies ergibt sich ausdrücklich aus Art. 2 Abs. 1 der VO, aber auch aus dem gesamten Kontext der Verordnung, der allein die Phase der Vermarktung betrifft, welche abgeschlossen ist, wenn das Produkt einen Endverbraucher erreicht hat.

c. Erfasste Produkte

Eine Produktdefinition gibt die Verordnung nicht vor. In Anlehnung an einen europäischen Produktbegriff, der sich aus der Produkthaftungsrichtlinie 1999/34/EG⁴⁶³ und der Verbrauchsgüterrichtlinie 1999/44/EG⁴⁶⁴ ableiten lässt, kann ein Produkt grundlegend als bewegliche Sache definiert werden.⁴⁶⁵ Diese Aussage ist mit der Begriffsbestimmung der Ware nach der Rechtsprechung vereinbar, die darauf abstellt, dass es sich um körperliche Objekte handelt, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können. Diese Definition des Warenbegriffs gilt für alle Vorschriften über den freien Warenverkehr gleichermaßen.⁴⁶⁶ Die in der Verordnung erwähnten Merkmale, die für Produkte in technischen Vorschriften vorgesehen werden können, wie Bezeichnung, Form, Größe, Gewicht, Zusammensetzung,

⁴⁶³ Art. 1 Abs. 1 der Produkthaftungsrichtlinie

⁴⁶⁴ Art. 1 Abs. 2 lit. b der Verbrauchsgüterrichtlinie

⁴⁶⁵ *Schieble*, Produktsicherheitsgesetz, S. 122 ff. ausführlich zum europäischen Produktbegriff; *Micklitz* in Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S. 909

⁴⁶⁶ *Meesenburg* in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 23 EGV, Rn. 15 f.

Aufmachung, Etikettierung und Verpackung,⁴⁶⁷ weisen darauf hin, dass es sich um räumlich abgrenzbare Gegenstände handeln muss. Elektrizität ist daher mangels expliziter Einbeziehung nicht als Produkt im Sinne der Verordnung anzusehen. Landwirtschaftliche Naturprodukte und Fischereiprodukte bezieht Art. 2 Abs. 1 der VO ausdrücklich mit ein. Auf die Zweckbestimmung der Produkte zur privaten Nutzung kommt es anders als im Kontext der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie nicht an. Es kann sich daher entweder um Grundstoffe, Zwischenprodukte oder Endprodukte handeln.⁴⁶⁸

Im Vergleich zur Informationsrichtlinie 98/34/EG wurde auf eine Einschränkung der Produktbestimmung, die sich auf die gewerbliche Herstellung bezieht, verzichtet. In Art. 1 Ziff. 1 der Info-RL heißt es noch „Erzeugnisse, die *gewerblich* hergestellt werden“, während in Art. 2 Abs. 1 der VO auf einen derartigen Zusatz verzichtet wurde, abgesehen von den als identisch zu betrachtenden Begriffen „Produkt“ und „Erzeugnis“. Der Begriff der gewerblichen Herstellung kann so verstanden werden, dass damit zumindest auch wirtschaftliche Motive verbunden sind und eine gewisse Nachhaltigkeit vorauszusetzen ist.⁴⁶⁹ Ein entsprechender Hinweis in Art. 2 Abs. 1 der VO, wie im ursprünglichen Verordnungsvorschlags auch vorgesehen war, hätte verdeutlichen können, dass etwa handwerkliche oder künstlerische Einzelgegenstände von der Verordnung nicht erfasst werden sollen. Auf Anregung des parlamentarischen Berichtstatters sollte jedoch mittels Streichung einer unerwünschten Einschränkung des Geltungsbereichs vorgebeugt werden.⁴⁷⁰ Es wurde befürchtet, dass die englische Fassung mit „industrially manufactured“ anders als etwa die Übersetzung mit „*gewerblich* hergestellt“ auch restriktiver im Sinne einer rein „*industriellen*“ Herstellung hätte verstanden werden können, was unterbunden werden sollte.⁴⁷¹

Letztlich ist davon auszugehen, dass technische Vorschriften in aller Regel nur für gewerblich hergestellte Produkte bestehen, so dass im privaten Kontext hergestellte und nicht kommerziell vertriebene Gegenstände von

⁴⁶⁷ Vgl. Erwägungsgrund 2 der VO

⁴⁶⁸ *Schieble*, Produktsicherheitsgesetz, S. 129

⁴⁶⁹ Vgl. *Schieble*, Produktsicherheitsgesetz, S. 130 zum Begriff „gewerbsmäßig“ im Kontext des ProduktsicherheitsG

⁴⁷⁰ Änderungsantrag 33 des Berichtstatters für den IMCO (Internal Market Committee) MdEP Stubb (EVP-ED), 2007/0028(COD)

⁴⁷¹ Auch die Kommission befürwortete in Abweichung ihres Verordnungsvorschlags die Streichung dieser Ergänzung.

der Verordnung ohnehin nicht betroffen sein dürften, so dass sich der Verzicht auf den Hinweis der gewerblichen Herstellung kaum negativ auswirken dürfte. Zudem wird die Kommission gem. Art. 12 Abs. 4 der VO aufgefordert, eine Liste der Produkte zu erstellen und zu veröffentlichen, die nicht Gegenstand von Harmonisierungsvorschriften der Gemeinschaft sind und damit in den Geltungsbereich der Verordnung fallen, was zusätzlich für Klarheit sorgen wird.

d. „In einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht“

Als Voraussetzung der Geltung der Verordnung wird in Art. 2 Abs. 1 der VO darauf abgestellt, dass ein Produkt in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sein muss. Es besteht also eine fast wortgetreue Parallele zur *Cassis*-Formel. Allerdings wurde davon abgesehen, die rechtmäßige *Herstellung* eines Produktes einzubeziehen.

Die Alternative „rechtmäßig in einem Mitgliedstaat *hergestellt*“ hatte die Kommission bereits im ursprünglichen Verordnungsvorschlag nicht mehr aufgeführt. In den Leitlinien zur praktischen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung hatte sie hingegen nicht lange zuvor darauf Bezug genommen.⁴⁷² Auch in Art. 1 Abs. 2 der VO wird jedoch nur auf ein „rechtmäßig in Verkehr“ gebrachtes Produkt abgestellt, woraus zu schließen ist, dass von dem Merkmal der Herstellung im Kontext der Verordnung bewusst abgesehen werden sollte. Dieser Verzicht entspricht der dargelegten Ansicht, dass es für die Feststellung der Verkehrsfähigkeit eines Produkts maßgeblich auf das rechtmäßige Inverkehrbringen in einem Mitgliedstaat ankommt.⁴⁷³ Der Herstellungsort ist demnach für die Anerkennung der Verkehrsfähigkeit eines Produkts nicht ausschlaggebend. Nimmt man den Fall an, dass in einem Mitgliedstaat für ein Produkt getrennte Regelungen für Herstellung und Inverkehrbringen existierten, und der Produzent zwar „rechtmäßig hergestellt“ aber nicht „rechtmäßig in Verkehr gebracht“ hätte, könnte sein Produkt vom Markt suspendiert werden, weil keine in einem anderen Mitgliedstaat aner kennenswerte Verkehrsfähigkeit vorläge. Daher ist es nur konsequent, auf den Aspekt der Herstellung zu verzichten und die *Cassis*-Formel insoweit zu bereinigen.

⁴⁷² KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 2.2

⁴⁷³ Vgl. dazu unter „In einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig herstellt und/oder in den Verkehr gebracht“, 1. Teil, D. I. 1, S. 33

Produkte aus Drittländern, die rechtmäßig in einem Mitgliedstaat nach dessen Vorschriften in den Verkehr gelangen, werden unproblematisch von der Verordnung erfasst.⁴⁷⁴ Ebenso profitieren Exportprodukte, nachdem sie in einem beliebigen Mitgliedstaat nach dessen Vorschriften rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden.⁴⁷⁵ Ausreichend ist hingegen nicht, dass Exportprodukte allein mit den *Herstellungsvorschriften* in einem Mitgliedstaat übereinstimmen, wenn auf dem Hoheitsgebiet die Vermarktung nicht gestattet ist. Das gilt ebenso für den Fall, dass die Vermarktung dort zwar erlaubt ist, vom Hersteller aber nicht tatsächlich angestrebt und durchgeführt wird. Es könnte so nicht vorausgesetzt werden, dass ein (Export)Produkt tatsächlich verkehrsfähig ist.⁴⁷⁶

Fände die Verordnung keine Anwendung, weil die Voraussetzung „in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht“ nicht erfüllt wäre, kämen die Verfahrensvorschriften zur Beweislastumkehr nicht zum Zuge, weil entsprechend auch die primärrechtliche Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung nicht greifen würde. Die Behörde des Bestimmungslandes könnte in einem solchen Fall eine restriktive Entscheidung treffen, die sich allein auf eine mangelnde Konformität mit den eigenen nationalen Vorschriften stützt.

e. Einholung von Informationen über ein Produkt und Nachweispflicht

Ob und wie das rechtmäßige Inverkehrbringen eines Produktes im Herkunftsland vom Importeur gegenüber den Behörden des Bestimmungslandes nachzuweisen ist, bleibt in der Verordnung dahingestellt. Insofern ist auf die Ausführungen zu diesem Punkt bei den tatbestandlichen Voraussetzungen des PGA hinzuweisen, wo es um die Konformität mit den nationalen Vorschriften des Herkunftslandes geht.⁴⁷⁷ Es ist daher mangels Bestimmung einer entsprechenden Pflicht davon auszugehen, dass ein expliziter Nachweis des rechtmäßigen Inverkehrbringens nicht erforderlich ist, um den Geltungsbereich der Verordnung zu eröffnen.

⁴⁷⁴ Vgl. zu Drittlandware unter 1. Teil, D. I. 1.a, S. 34

⁴⁷⁵ Vgl. zu Exportware unter 1. Teil, D. I. 1.b, S. 36

⁴⁷⁶ *Woods*, Free movement of Goods and Services, S. 69 f. "(...) this could lead to a gap in protection in the situation in which the Member State of production did not permit the marketing (but permitted the production) of the products in question."

⁴⁷⁷ S. unter 1. Teil, D. I. 2, S. 37

Die zuständige Marktaufsichtsbehörde des Bestimmungslandes ist zwar berechtigt, von dem gem. Art. 8 der VO ermittelten Wirtschaftsteilnehmer Informationen über ein eingeführtes Erzeugnis einzuholen, wenn sie in Betracht zieht, eine den Marktzugang beschränkende Verwaltungsentscheidung zu erlassen: In Art. 4 lit. b der VO wird bestimmt, dass die Behörde zur Bewertung des Produkts von dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer verlangen kann, relevante und leicht verfügbare Informationen über das rechtmäßige Inverkehrbringen in einem anderen Mitgliedstaat zur Verfügung zu stellen. Das bloße Einholen von Informationen über ein Produkt gem. Art. 4 der VO hat jedoch nichts damit zu tun, ob ein Nachweis über die Konformität mit den Vorschriften des Herkunftslandes vorzulegen ist oder nicht. Es besteht keine Verbindung zu den Voraussetzungen des Geltungsbereichs der Verordnung gem. Art. 2 der VO.

Nicht umsonst ist Art. 4 der VO bereits in dem Kapitel über das Verfahren zur Anwendung einer technischen Vorschrift angesiedelt und ist als einleitender Verfahrensschritt einer mitgliedstaatlichen Behörde dazu anzusehen, einem Produkt gegenüber die Anerkennung der Verkehrsfähigkeit zu verweigern und innerstaatliche Vorschriften anzuwenden. Bei Art. 4 der VO geht es in erster Linie darum, dass Informationen über ein Produkt eingeholt werden können, um zu einer Bewertung der Gleichwertigkeit am Maßstab der innerstaatlichen Vorschriften zu kommen. Allerdings ist durchaus auch vorstellbar, dass sich während der Informationsbeschaffung über ein bestimmtes Produkt herausstellt, dass es sich im Herkunftsland gar nicht rechtmäßig im Verkehr befand, was bedeuten würde, dass die Verordnung nicht gelten würde und folglich eine Entscheidung auf Basis des nationalen Rechts getroffen werden dürfte.

f. Technische Vorschriften als Rechtsgrundlage

Von der Verordnung erfasst werden allein administrative Entscheidungen, die auf Basis einer technischen Vorschrift getroffen werden, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 der VO. Die technischen Regelungen *selbst* sollen bei Anwendung der Verordnung nicht auf den Prüfstand gestellt oder gerechtfertigt werden. Dies wird deklaratorisch auch in Erwägungsgrund 21 der VO klargestellt. Ob die betroffene technische Vorschrift, auf deren Basis eine restriktive Entscheidung getroffen wird, gemeinschaftsrechtskonform ist oder nicht, bleibt bei Anwendung der Verordnungsregelungen folglich dahingestellt.⁴⁷⁸ Der Fokus der Verordnung liegt vielmehr darauf,

⁴⁷⁸ Technische Vorschriften werden zwar nicht im Rahmen der Verordnung auf ihre Gemeinschaftsrechtskonformität überprüft, müssen sich aber etwa im Rahmen eines

dass die *Anwendung* innerstaatlicher Vorschriften, die zu einer marktzugangsbeschränkten Entscheidung gem. Art. 2 Abs. 1 lit. a und c der VO führen oder gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b der VO zusätzliche Bedingungen für die Vermarktung vorsehen, nur unter Einhaltung der obligatorischen Verfahrensschritte des Art. 6 der VO durch die zuständige Behörde im Bestimmungsland vorgenommen werden kann.

i. Vertriebsbehindernde Wirkung

Die technischen Vorschriften im Sinne der Verordnung müssen charakteristischerweise handelshemmendes Potential aufweisen. Anderenfalls könnten auf ihrer Grundlage keine marktzugangsbeschränkende Verwaltungsentscheidungen getroffen werden. Art. 2 Abs. 2 lit. b der VO bestimmt daher, dass es sich bei technischen Vorschriften um Gesetze, Verordnungen oder sonstige Verwaltungsvorschriften zu handeln hat, die den Vertrieb eines Produkts auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates untersagen oder deren Anforderungen erfüllt sein müssen, damit ein Produkt dort vermarktet werden darf. Daraus geht hervor, dass es sich entweder um eine Verbotsvorschrift handeln muss, die eine Vermarktung verhindert oder um eine Regelung, die eine Vermarktung von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig macht.

ii. Zu erfüllende Merkmale oder Anforderungen

Unter Art. 2 Abs. 2 lit. b i und ii der VO werden Merkmale oder Anforderungen aufgeführt, die von den technischen Vorschriften geregelt werden müssen, um im Kontext der Verordnung relevant zu sein. Es handelt sich dabei um eine Bedingung, die zusätzlich zu der vertriebsbeschränkenden Wirkung erfüllt sein muss.

An der Formulierung der Merkmale und Anforderungen lässt sich erkennen, dass sie in Anlehnung an die Informationsrichtlinie 98/34/EG vorgenommen wurde. Die Verwandtschaft mit der Informationsrichtlinie liegt auf der Hand, da sie von den Mitgliedstaaten fordert, potentiell handelsbeschränkend wirkende Vorschriften zu melden, damit sie geprüft werden können. Vom Geltungsbereich der Verordnung sollen gerade Verwaltungsentscheidungen erfasst werden, die auf der Grundlage eben solcher Vorschriften getroffen werden.

Vertragsverletzungsverfahren oder eines Vorabentscheidungsverfahrens als rechtmäßig erweisen.

Art. 2 Abs. 2 lit. b der VO stimmt mit den Begriffsbestimmungen in Art. 1 Ziff. 11 („technische Vorschrift“) i.V.m. Art. 1 Ziff. 3 („technische Spezifikation“) und Ziff. 4 („sonstige Vorschrift“) der Info-RL überein. Betroffen sind demnach zum einen Vorschriften, die bestimmte Produktmerkmale vorschreiben, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung (Art. 2 Abs. 2 lit. b i der VO), und zum anderen Vorschriften, die den Lebenszyklus nach dem Inverkehrbringen beeinflussen, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Entsorgung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung, die Art oder den Vertrieb des Produkts oder Produkttyps wesentlich beeinflussen können (Art. 2 Abs. 2 lit. b ii der VO). Die Auflistung der Eigenschaften ist für die jeweils charakterisierte Vorschriftenskategorie nur beispielhaft und kann durch eine daran orientierte Auslegung ergänzt werden.⁴⁷⁹

Während es sich bei der ersten Kategorie (Art. 2 Abs. 2 lit. b i der VO) eindeutig um produktbezogene Merkmale handelt, die sich auf körperliche Eigenschaften eines Produkts und ergänzend deren Prüfung einbeziehen, ist die zweite Kategorie (Art. 2 Abs. 2 lit. b ii der VO) weniger klar zu kennzeichnen. Die Anforderungen einer technischen Vorschrift an ein Produkt sollen zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erfüllt werden und kumulativ geeignet sein, den Lebenszyklus eines Produkts nach dem Inverkehrbringen zu beeinflussen (1), aber nur wenn sie Zusammensetzung, Art oder Vertrieb des Produktes wesentlich beeinflussen können (2). Es sollen also technische Vorschriften erfasst werden, die quasi unter einen erweiterten Produktbezug gestellt werden können.

Die Kriterien für die zweite Kategorie bleiben jedoch unscharf und sind kaum dazu geeignet, irgendwelche technischen Vorschriften als in Frage kommende Rechtsgrundlage für Verwaltungsentscheidungen gem. Art. 2 Abs. 1 der VO *auszuschließen*, indem sie nicht unter diese zweite Kategorie subsumiert werden können. Von den meisten technischen Vorschriften kann wohl gesagt werden, dass sie in irgendeiner Weise dem Verbraucherschutz dienen und den Lebenszyklus eines Produktes beeinflussen. Das zusätzlich eingebrachte Kriterium, das fordert, nur technische Vorschriften zu erfassen, die Zusammensetzung, Art und Vertrieb „wesentlich beeinflussen können“, führt ein Spürbarkeitsmoment ein, das per se Gegenstand einer Abwägungsentscheidung ist und daher wenig Rechtssicherheit

⁴⁷⁹ Dies lässt sich den verwendeten Formulierungen „Merkmale (...) wie...“ und „Anforderungen (...) wie...“ in Art. 2 Abs. 2 lit. b der VO entnehmen.

bietet. Auch wenn insoweit eine Übereinstimmung der Formulierungen mit Art. 1 Ziff. 4 der Info-RL zur Definition einer „sonstigen Vorschrift“ in Abgrenzung zu einer technischen Spezifikation besteht, ist dies nicht aussagekräftig. Denn im Hinblick auf die Informationsrichtlinie muss davon ausgegangen werden, dass die Formulierungen dort im Zweifel eher so gewählt wurden, dass möglichst wenige nationale Regelungen aus der Notifizierungspflicht herausfallen.

iii. Einbeziehung technischer Vorschriften als Maßnahmen gleicher Wirkung – Bezug zur Rechtsprechung

Anhand der Kriterien, die unter Art. 2 Abs. 2 lit. b der VO aufgeführt werden, wird deutlich, dass technische Vorschriften gemeint sind, die entsprechend der *Keck*-Rechtsprechung als „produktbezogen“ zu bezeichnen sind. Da es bei der Verordnung um die „richtige Anwendung der gegenseitigen Anerkennung durch die Mitgliedstaaten“⁴⁸⁰ geht, ist davon auszugehen, dass der Geltungsbereich der Verordnung nicht weiter sein soll als der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit, auf der die Auslegung zum Gebot zur gegenseitigen Anerkennung beruht. Das bestätigt auch die Gegenstandsbestimmung der Verordnung in Art. 1 Abs. 2 der VO, die ausdrücklich auf Art. 28 EG-Vertrag hinweist. Insofern kommen als Rechtsgrundlage für Verwaltungsentscheidungen i.S. der Verordnung auch nur technische Vorschriften in Frage, die ihrerseits als Maßnahmen gleicher Wirkung unter das Beschränkungsverbot des Art. 28 EG-Vertrag fallen. Anderenfalls ergäbe sich beispielsweise die Situation, dass eine restriktive Verwaltungsentscheidung auf der Basis einer unterschiedslos anwendbaren Verkaufsmodalität, die nach *Keck* nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 EG-Vertrag fiel, von der Verordnung erfasst würde. Ein Importeur sollte in einem solchen Fall aber gerade nicht von der gegenseitigen Anerkennung und damit auch nicht von den Verfahrensregeln der Verordnung profitieren.

Technische Vorschriften i.S. der Verordnung zeichnen sich durch ihre vertriebsbehindernde Wirkung aus und die in der Verordnung beispielhaft aufgeführten Merkmale oder Anforderungen. Hingegen wird darauf verzichtet, Vorschriften wie bestimmte Verkaufsmodalitäten explizit auszuschließen, um sicherzustellen, dass sie als potentielle Grundlage für Verwaltungsentscheidungen im Rahmen der Verordnung nicht in Betracht kommen.

⁴⁸⁰ Erwägungsgrund 4 der VO

Zwischen diskriminierenden und unterschiedslos anwendbaren technischen Vorschriften unterscheidet die Verordnung in Art. 2 Abs. 2 der VO hingegen nicht.⁴⁸¹ Unterstrichen wird dies durch Erwägungsgrund 2 der VO, der besagt, dass die Anwendung technischer Vorschriften auf Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebracht worden sind, gegen Art. 28 und Art. 30 EG-Vertrag verstoßen kann, „(...) selbst dann, wenn sie unterschiedslos für alle einschlägigen Produkte gelten.“ Sowohl bei diskriminierenden als auch bei unterschiedslos anwendbaren Vorschriften, die zu einer Behinderung des freien Warenverkehrs führen, liegt die Rechtfertigungslast für eine darauf basierende restriktive Entscheidung bei den mitgliedstaatlichen Behörden. Die Verfahrensregeln des Art. 6 der VO beruhen gerade auf dem Gedanken der Beweislastumkehr und sind daher auch bei diskriminierenden Vorschriften anwendbar und für Wirtschaftsteilnehmer von Vorteil, obwohl sie dogmatisch betrachtet nicht Gegenstand der gegenseitigen Anerkennung sind, sondern des Diskriminierungsverbots.⁴⁸²

iv. Ausschluss von Verkaufsmodalitäten als technische Vorschriften?

Fraglich ist, ob die in Art. 2 Abs. 2 der VO gewählten Kriterien gewährleisten, dass nicht-diskriminierende Verkaufsmodalitäten aus dem Geltungsbereich der Verordnung auszuschließen sind, um eine Übereinstimmung mit der gängigen Auslegung nach *Keck* zum Anwendungsbereich des Art. 28 EG-Vertrag zu erzielen.

Die in Art. 2 Abs. 2 lit. b der VO formulierte vermarktungsbeschränkende Wirkung einer technischen Vorschrift stellt auf den untersagten „Vertrieb“⁴⁸³ ab bzw. auf die Anforderungen, die erfüllt werden müssen, damit ein Produkt „vertrieben“ werden kann. Dieses Kriterium kann mit dem Verständnis der Warenverkehrsfreiheit als Marktzugangsrecht assoziiert

⁴⁸¹ Eine solche Differenzierung wäre im Hinblick auf den Anwendungsbereich von Art. 28 EG-Vertrag nur bei Verkaufsmodalitäten von Bedeutung, da für produktbezogene Vorschriften ohnehin das über das Diskriminierungsverbot hinausgehende Beschränkungsverbot gilt.

⁴⁸² Vgl. EuGH Rs. 110/05 *Kommission/Italien*, Slg. 2009, S. I-0000, Rn. 34: „Aus (...) ständiger Rechtsprechung geht hervor, dass Art. 28 EG die Verpflichtung widerspiegelt, sowohl die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden, einzuhalten (...).“

⁴⁸³ Die englische Fassung gebraucht an dieser Stelle das Wort „marketing“.

werden. Der Begriff „Marktzugang“ vermittelt hingegen deutlicher als der des „Vertriebs“, dass Art. 28 EG-Vertrag gerade nicht dazu dient, Vertriebsrechte in jedweder Form wie etwa Verkaufsmodalitäten zu schützen. An dieser Stelle zeigt sich generell die Schwierigkeit, ein sich auf den Marktzugang beziehendes Kriterium zu formulieren, das verlässlich (weil differenziert genug) geeignet wäre, bestimmte staatliche Maßnahmen auszuschließen.⁴⁸⁴

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die in Art. 2 Abs. 2 lit. b i und ii der VO aufgeführten Merkmale oder Anforderungen, die technische Vorschriften zu erfüllen haben, nicht so eindeutig formuliert wären, dass Verkaufsmodalitäten sicher aus dem Geltungsbereich ausgeschlossen werden könnten. Das betrifft insbesondere die zweite Kategorie (Art. 2 Abs. 2 lit. b ii der VO), die in einem erweiterten Sinne den produktbezogenen Charakter einer technischen Vorschrift charakterisieren soll. Die verwendeten weichen Formulierungen spiegeln die Problematik der post-*Keck*-Rechtsprechung wider, zwischen produktbezogen und verkaufsmodal nicht eindeutig differenzieren zu können, was gerade dazu geführt hat, dass sich in diesem Bereich der Rechtsprechung etliche Fallgruppen herausgebildet haben.⁴⁸⁵

Das Ziel, unterschiedslos anwendbare Verkaufsmodalitäten vom Zugriff des Art. 28 EG-Vertrag zu entfernen, erreicht die Rechtsprechung, indem sie ausdrücklich prüft, ob eine *de iure* oder *de facto* Diskriminierung vorliegt. Die Verordnung, die diesem Weg nicht folgt, ist an dieser Stelle wesentlich schwächer aufgestellt. Vorzuziehen gewesen wäre vor diesem Hintergrund eine eindeutige(re) Regelung des Art. 2 Abs. 2 lit. b der VO, die spezifischere Kriterien für die zu erfassenden technischen Vorschriften vorgesehen hätte oder – besser noch – unterschiedslos anwendbare Verkaufsmodalitäten als Rechtsgrundlage für Verwaltungsentscheidungen i.S. der Verordnung explizit ausgeschlossen hätte.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Zur Diskussion um das Marktzugangskriterium s. unter 1. Teil, D. II. 1.b, S. 46

⁴⁸⁵ Zur Entwicklung spezifischer Fallgruppen im Rahmen der *Keck*-Rechtsprechung s. unter 1. Teil, D. II. 1.c, S. 48

⁴⁸⁶ So beispielsweise im australischen „Mutual Recognition Act 1992“ No. 198 in Art. 11 (2): „The first exception is that the principle [of mutual recognition] does not affect the operation of any laws (...) that regulate the manner of the sale of goods (...) or the manner in which sellers conduct or are required to conduct their business (...), so long as those laws apply equally to goods produced or imported (...).“

v. Ausschluss harmonisierter Vorschriften und Folgen partieller Harmonisierung

Gem. Art. 2 Abs. 2 lit. a der VO darf es sich nicht um technische Vorschriften handeln, die Gegenstand gemeinschaftsweiter Harmonisierung sind. Dies wirft die Frage auf, ob die Verordnung auch in der Konstellation von Teil- und Mindestharmonisierung anwendbar ist, wo den Mitgliedstaaten Spielraum für weitere, über die gemeinschaftsweit festgelegten Teilaspekte eines Produkts oder Mindeststandards hinausgehende technische Spezifikationen bleibt.⁴⁸⁷

Als Auslegungshilfe kann sowohl Erwägungsgrund 3 der VO als auch Erwägungsgrund 35 der VO herangezogen werden. In Erwägungsgrund 3 der VO wird darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf Produkte oder auf *Produktaspekte* anzuwenden ist, die nicht den Harmonisierungsvorschriften der Gemeinschaft unterliegen. In Erwägungsgrund 35 der VO heißt es zum Geltungsbereich der Verordnung, dass über Harmonisierungsbestimmungen hinausgehende technische Anforderungen für das Inverkehrbringen eines Produkts in den Anwendungsbereich des Art. 28 und 30 EG-Vertrag fallen und zudem Gegenstand der Verordnung sind.⁴⁸⁸ Insofern besteht Übereinstimmung mit der dazu in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung, dass nicht harmonisierte Produktaspekte und dafür von den Mitgliedstaaten (zusätzlich) vorgesehene Anforderungen von den materiell-rechtlichen Grundsätzen der gegenseitigen Anwendung erfasst werden.⁴⁸⁹ Daher ist Art. 2 Abs. 2 lit. a der VO so zu lesen, dass für die Zwecke der Verordnung unter einer technischen Vorschrift jedes Gesetz, jede Verordnung oder sonstige Verwaltungsvorschrift eines Mitgliedstaats zu verstehen ist, *soweit* sie nicht Gegenstand gemeinschaftsweiter Harmonisierung ist.

⁴⁸⁷ Ein Beispiel für Teilharmonisierung bilden Arzneimittel. In der Europäischen Gemeinschaft werden Arzneimittel während ihres gesamten Lebenszyklus geregelt. Ändert sich nach ihrem Inverkehrbringen z.B. das Herstellungsverfahren, die Verpackung oder die Anschrift des Herstellers, so gelten hierfür entweder einzelstaatliche Vorschriften oder Regeln der Gemeinschaft – die Verordnungen (EG) Nr. 1084/2003 und 1085/2003.

⁴⁸⁸ In der englischen Fassung des Erwägungsgrundes 35 der VO heißt es: „(...) Such additional conditions [on the placing of a product on the market] should be subject to Articles 28 and 30 of the Treaty and to the provisions of this Regulation. (...)”

⁴⁸⁹ Vgl. dazu unter Mindestharmonisierung und überschießende Maßnahmen, 1. Teil, H. II. 2.a, S. 73

g. Andere staatliche Maßnahmen

Erwägungsgrund 10 der VO stellt deklaratorisch klar, dass staatliche Maßnahmen, die zwar in den Anwendungsbereich von Art. 28 und 30 EG-Vertrag fallen können, aber keine technischen Vorschriften darstellen, nicht von der Verordnung erfasst werden. Genannt werden ausdrücklich technische Spezifikationen für öffentliche Vergabeverfahren oder Verpflichtungen zum Gebrauch der Amtssprachen, die nicht als technische Vorschriften im Sinne der Verordnung behandelt werden sollen. Verfahren öffentlicher Aufträge werden auf europäischer Ebene durch Vergaberichtlinien koordiniert, wodurch Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr in diesem Bereich verhindert und somit die Interessen der Wirtschaftsteilnehmer aus einem Mitgliedstaat geschützt werden sollen, die den öffentlichen Auftraggebern in anderen Mitgliedstaaten Waren oder Dienstleistungen anbieten.⁴⁹⁰ Die Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ zielt nicht darauf ab, diesen spezifisch geregelten Bereich der Vergabeverfahren einzubeziehen. Ohnehin sind Spezifikationen zur Präzisierung der Leistungsbeschreibung im Rahmen von Vergabeverfahren nicht als Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschrift gem. Art. 2 Abs. 2 der VO einzuordnen.

2. Ausnahmen vom Geltungsbereich

In Art. 2 Abs. 3 lit. a der VO wird deklaratorisch klargestellt, dass die Verordnung nicht für gerichtliche Entscheidungen der einzelstaatlichen Gerichtsbarkeit gilt. Deklaratorisch deshalb, da in Art. 2 Abs. 1 der VO bestimmt wird, dass die Vorschriften der Verordnung nur *Verwaltungsentscheidungen* betreffen, so dass gerichtliche Entscheidungen den Geltungsbereich gar nicht erst eröffnen. Eine entsprechende Erläuterung der Bestimmung des verfügenden Teils ergibt sich aus Erwägungsgrund 13 der VO. Sprachlich verunglückt wirkt die Doppelung in der Formulierung des Art. 2 Abs. 3 lit. a der VO „*gerichtliche* Entscheidungen der einzelstaatlichen *Gerichtsbarkeit*“, die sich auf die Übersetzung aus dem Englischen des Begriffes „*judicial*“ in das Deutsche zurückführen lässt. Von rechtlicher Bedeutung ist sie aber nicht.

Komplexer ist die Regelung des Art. 2 Abs. 3 lit. b der VO, die vorsieht, dass „*gerichtliche* Entscheidungen von *Strafverfolgungsbehörden* im Rahmen von Untersuchungen oder Verfolgungen von Straftaten im Zusammenhang mit der Verwendung von Terminologie, Symbolen oder sonstigen sachli-

⁴⁹⁰ Fischer in Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, nach Art. 49-55 EGV, Rn. 5

chen Hinweisen auf verfassungsfeindliche oder kriminelle Organisationen oder rassistische oder fremdenfeindliche Straftaten“ nicht in den Geltungsbereich der Verordnung fallen. Die mit der Aufgabe der Strafverfolgung betraute Staatsanwaltschaft ist im deutschen System dem Apparat der Justiz zuzuordnen. Auch hier spricht einiges für eine rein deklaratorische Bedeutung, wenn man davon ausgeht, dass durch die Staatsanwaltschaft keine *Verwaltungsentscheidungen* gem. Art. 2 Abs. 1 der VO erlassen werden. Hinzu kommt, dass von ihr angeordnete Maßnahmen nicht auf der Grundlage technischer Vorschriften erlassen werden, sondern auf strafprozessualen oder strafrechtlichen Vorschriften beruhen.⁴⁹¹ Dennoch sind bei der Formulierung des Art. 2 Abs. 3 lit. b der VO im Vergleich zu Art. 2 Abs. 3 lit. a der VO weitere Aspekte einzubeziehen.

Der Hinweis auf den *justiziellen* Charakter der Entscheidungen im Zusammenhang mit Strafverfolgungsbehörden in Art. 2 Abs. 3 lit. b der VO ist durchaus von Relevanz, wenn man sich vor Augen führt, dass in anderen Mitgliedstaaten Marktaufsicht und Strafverfolgung nicht unbedingt in klar voneinander getrennten Institutionen angesiedelt sind. Der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte offensichtlich verhindern, dass durch Spezifika nationaler Behördenorganisation die Anwendung der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ zu umgehen ist.

Die Übersetzung auch hier von „*decisions of a judicial nature*“ in „*gerichtliche Entscheidungen*“ anstatt „*justizielle Entscheidungen*“ ist jedoch im Bezug auf das deutsche System nicht unproblematisch. Der Wortlaut könnte so verstanden werden, dass staatsanwaltliche Entscheidungen, die ohne richterliche Anordnung ergehen und den Effekt haben, ein Produkt vom Markt zu entfernen, durchaus von der Verordnung erfasst werden sollen. Als Beispiel wäre eine Beschlagnahme zu nennen, die bei Gefahr im Verzug auch ohne richterliche Anordnung ergehen kann, § 98 Abs. 1 StPO. Eine weitere Einschränkung der Ausnahmebestimmung des Art. 2 Abs. 3 lit. b der VO ergibt sich zudem daraus, dass nur Entscheidungen im Kontext bestimmter Straftaten abgedeckt werden.

Wie bereits angedeutet, ist die Fassung dieser Ausnahme, mal abgesehen von der Übersetzungsproblematik, wohl der Tatsache geschuldet, dass die Mitgliedstaaten ihre staatlichen Systeme für Marktaufsicht und Strafverfolgung unterschiedlich aufgebaut haben. Abschließend ist daher festzuhalten, dass im deutschen Rechtsraum getroffene staatsanwaltschaftliche Maßnahmen den Geltungsbereich der Verordnung schon mangels Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 der VO

⁴⁹¹ Zu nennen wären etwa Beschlagnahme, Verfall oder Einziehung.

nicht eröffnen. Dieses Ergebnis entspricht auch der Intention der Verordnung, *administrative* Entscheidungen der Marktaufsichtsbehörden als zuständige Behörden im Sinne der Verordnung zu erfassen, deren Aufgabe es ist, die Einhaltung produktspezifischer Vorschriften zu prüfen, was bei der Staatsanwaltschaft nicht der Fall ist.

3. Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten

Die Vorschrift des Art. 3 der VO regelt das Verhältnis zur allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG sowie zu sektoralen Richtlinien oder Verordnungen, die wegen spezifischer Charakteristika der gegenseitigen Anerkennung schwer zugänglich sind und eine eigene Systematik aufweisen, die von der Verordnung nicht beeinträchtigt werden soll. Es geht dabei um die staatlichen Maßnahmen, die auf Grundlage dieser Gemeinschaftsrechtsakte getroffen werden. An dieser Stelle sei nochmals wiederholt, dass Maßnahmen, die sich auf technische Vorschriften beziehen, die Gegenstand gemeinschaftsweiter Harmonisierung sind, ohnehin nicht vom Geltungsbereich der Verordnung erfasst werden.

a. Richtlinie zum transeuropäischen Hochgeschwindigkeitssystem und Richtlinie zum konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystem

Art. 3 Abs. 1 der VO bezieht sich auf Systeme und Interoperabilitätskomponenten der Richtlinie 96/48/EG zum transeuropäischen Hochgeschwindigkeitssystem und der Richtlinie 2001/16/EG zum konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystem, die eine stufenweise Harmonisierung vorsehen. Die Einbeziehung dieser Bereiche in die Verordnung ist mit der darin vorgesehenen graduellen Verwirklichung einer Harmonisierung nicht vereinbar.

b. Sofortmaßnahmen nach der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie

In Art. 3 Abs. 2 lit. a und b der VO werden mit der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie und der Verordnung Nr. 178/2002 zum Lebensmittelrecht und zur Lebensmittelsicherheit Rechtsgrundlagen erfasst, auf deren Grundlage mitgliedstaatliche Behörden marktzugangsbeschränkende

Maßnahmen in Produktsicherheitsnotfällen treffen können.⁴⁹² Dies betrifft Güter, die für Sicherheit und Gesundheit ein Risiko bedeuten, und somit eine Gefahrenlage erzeugen.

Die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie, die ergänzend zu den sektoralen Richtlinien gilt, ist anwendbar, soweit es sich um Produkte handelt, die für Verbraucher bestimmt sind oder voraussichtlich von Verbrauchern benutzt werden können.⁴⁹³ Wenn bereits spezifische gemeinschaftliche Sicherheitsbestimmungen für ein Produkt existieren, treten die Bestimmungen der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie hinter den dort geregelten Aspekten zurück.⁴⁹⁴ Sie weist jedoch insofern einen engeren Schutzbereich gegenüber den sektoralen Richtlinien auf, als sie auch den voraussehbaren Fehlgebrauch eines Produktes in ihre Sicherheitsdefinition einbezieht.⁴⁹⁵ Auf ausschließlich gewerblich genutzte Produkte findet die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie hingegen keine Anwendung. Dazu zählen etwa Produktionsanlagen, Investitionsgüter oder andere zur beruflichen Nutzung bestimmte (Zwischen-) Produkte.⁴⁹⁶

Um zu gewährleisten, dass die Hersteller grundlegende Sicherheitsanforderungen beim Inverkehrbringen ihrer Produkte einhalten, stellt die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie den Mitgliedstaaten Eingriffsbefugnisse zur Verfügung. Diese ermöglichen es den Behörden in Notfällen, vorübergehende Vermarktungsbeschränkungen, Verkehrsverbote sowie Rücknahme oder Rückruf eines Produktes vom Markt anzuordnen.⁴⁹⁷ Den Marktzugang einschränkende Befugnisse zu Sofortmaßnahmen gestatten den Behörden gem. Art. 8 Abs. 1 lit. d – f, Abs. 3 ProdS-RL, potentiell

⁴⁹² Die Bestimmungen der allgemeinen ProdS-RL sind durch das Geräte- und ProduktsicherheitsG (GPSG) in deutsches Recht umgesetzt worden. Die Eingriffsbefugnisse befinden sich in § 8 Abs. 4 GPSG.

⁴⁹³ *Langner* in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, C.VI, Rn. 28; s. auch unter Ausführungen zur allgemeinen ProdS-RL, 1. Teil, D. I. 2.b, S. 39

⁴⁹⁴ *Micklitz* in Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S. 910

⁴⁹⁵ *Gausepohl*, Produktsicherheitsrecht, S. 49; *Micklitz* in Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S. 911

⁴⁹⁶ *Micklitz* in Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S. 909

⁴⁹⁷ Die Rücknahme vom Markt umfasst nur die Einziehung von Produkten, die sich noch irgendwo in der Absatzkette befinden, sei es im Lager des Zwischenhändlers oder im Regal des Einzelhändlers. Sobald das Produkt in die Hände des Verbrauchers übergegangen ist, wird es von einer Rücknahme nicht mehr erfasst. Es muss ein Rückruf angeordnet werden. *Micklitz* in Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S. 916

gefährliche Produkte zumindest so lange vom Markt fernzuhalten bis die entsprechenden Sicherheitsprüfungen durchgeführt wurden (lit. d), das Inverkehrbringen gefährlicher Produkte zu verbieten (lit. e) oder Rücknahme und Rückruf beim Verbraucher durchzuführen (lit. f).⁴⁹⁸ Gem. Art. 8 Abs. 3 ProdS-RL sind diese Maßnahmen insbesondere dann zu ergreifen, wenn von einer ernststen Gefahrenlage auszugehen ist.

Tritt also eine Konstellation ein, die das sofortige Eingreifen einer mitgliedstaatlichen Behörde aufgrund der in Art. 8 Abs. 1 lit. d – f, Abs. 3 ProdS-RL genannten Befugnisse zum Schutz der Verbraucher erforderlich macht, geht die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie der Anwendung der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ vor, da die verordnungsrechtlichen Verfahrensvorschriften zur Entschärfung einer Gefahrenlage bei Produktsicherheitsnotfällen hinderlich wären. Die Kommission bekommt Mitteilung über eingeleitete Maßnahmen mittels des Schnellwarnsystems RAPEX.⁴⁹⁹

c. Verordnung zum Lebensmittelrecht und zur Lebensmittelsicherheit

Ähnlich gelagert ist die Konstellation bei der in Art. 3 Abs. 2 lit. b der VO genannten Verordnung Nr. 178/2002, die im Bereich der Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit angesiedelt ist. Art. 54 Abs. 1 der VO Nr. 178/2002 betrifft von den Mitgliedstaaten in Notfällen vorläufig getroffene Schutzmaßnahmen bei ernststen Risiken für Gesundheit und Umwelt, von denen die Kommission unverzüglich zu unterrichten ist. Die Erwähnung von Art. 50 Abs. 3 lit. a der VO Nr. 178/2002 ist nicht ohne weiteres ersichtlich, da es sich um eine Regelung zur Meldung von Maßnahmen über das spezielle Schnellwarnsystem zur Gewährleistung der gemeinschaftsweiten Sicherheit von Lebens- und Futtermitteln handelt. Zwar geht es um Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Beschränkung des Inverkehrbringens von Lebens- und Futtermitteln in Fällen, in denen aus Gründen des Gesundheitsschutzes rasches Handeln erforderlich ist. Allerdings stellt Art. 50 Abs. 3 lit. a der VO Nr. 178/2002 nicht die Rechtsgrundlage für die mitgliedstaatlichen Behörden dar, sondern spezifiziert lediglich die Meldepflichten der Mitgliedstaaten über das Schnellwarnsystem. Auch der sich darauf beziehende erläuternde Erwägungsgrund 16 der VO bringt hier keine Aufklärung. Es ist davon auszugehen, dass Art. 50 Abs. 3 lit. a der VO

⁴⁹⁸ Vgl. dazu auch Erklärung in Erwägungsgrund 15 der VO; Wortlaut des Art. 8 ProdS-RL s. Anhang S. 175

⁴⁹⁹ RAPEX - Rapid Exchange of Information Procedure, Art. 12 ProdS-RL

Nr. 178/2002 aufgeführt wurde, um hervorzuheben, dass die betroffenen Maßnahmen gerade deswegen nicht in den Geltungsbereich der Verordnung fallen sollen, weil sie in ein eigenes Melde- und Kontrollsystem zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission eingebunden sind.

d. Verordnung zur Einhaltung des Futtermittel- und Lebensmittelrechts

Auch im Bezug auf Art. 54 der Verordnung Nr. 882/2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung und Einhaltung des Futtermittel- und Lebensmittelrechts stellt sich die Frage, warum diese Bestimmung in den Ausnahmekatalog des Art. 3 Abs. 2 der VO aufgenommen wurde. Es handelt sich um eine Harmonisierungsvorschrift zur der Verhängung von Maßnahmen durch zuständige Behörden, wenn die Bestimmungen der Verordnung Nr. 882/2004 zur Gewährleistung einer sicheren Handhabung von Futtermittel- und Lebensmitteln vom Unternehmer nicht eingehalten werden.⁵⁰⁰ Die zu treffenden Maßnahmen werden in Art. 54 Abs. 2 der VO Nr. 882/2004 aufgeführt. Da es sich also um eine spezialgesetzliche Regelung zur Harmonisierung handelt, käme eine Anwendung der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ auch ohne die Erwähnung im Ausnahmekatalog des Art. 3 Abs. 2 der VO nicht in Betracht. Eine daher nur deklaratorische Berücksichtigung mag vorrangig aus politischen und verbraucherfreundlichen Erwägungen heraus erwünscht gewesen sein, um hervorzuheben, dass die mit dem betroffenen Bereich in Zusammenhang stehenden Maßnahmen außen vor bleiben.⁵⁰¹

e. Richtlinie zur Eisenbahnsicherheit

Art. 14 der Richtlinie 2004/49/EG zur Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft legt ein spezielles Zulassungsverfahren für die Inbetriebnahme von Fahrzeugen fest, die in einem anderen Mitgliedstaat zur Inbetriebnahme bereits zugelassen wurden. Damit ist eine Art Vorabprüfung vorgesehen, bei dem die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung keine Rolle spielen sollten, da es sich um ein mit spezifischen Anforderungen verbundenes Verfahren handelt.

⁵⁰⁰ Rechtsgrundlage für die Verordnung Nr. 882/2004 sind die Harmonisierungskompetenzen Art. 95 und 37 EG-Vertrag.

⁵⁰¹ Dazu wurde im Bulletin Quotidien folgende Anmerkung gemacht: „*The EP is being urged to make a move in the Council's direction to ensure the regulation does not cover national coercive measures to remedy shortcomings in EU legislation on food and feed (Regulation 882/2004/EC).*“ Bulletin Quotidien Europe 9601 vom 14.2.2008 , S. 9

4. *Ausschluss nationaler Vorabgenehmigungserfordernisse*

Während des Gesetzgebungsverfahrens gab es mehrfach Bestrebungen der Mitgliedstaaten, sensible Produktbereiche vom Geltungsbereich der Verordnung auszunehmen, um die Verfahrensanforderungen für restriktive Entscheidungen in diesen Bereichen vermeiden zu können, da sie mit einem gewissen Aufwand für die zuständigen Behörden und mit der Einhaltung von bestimmten Auflagen verbunden sind. Dies betraf unter anderem die Punzierung mit Prägungsstempeln von Schmuck und anderen Edelmetallprodukten. Neben obligatorischer Punzierung bestehen in der EU sowohl Systeme fakultativer Punzierung als auch reiner Eigenpunzierung, die durch den Hersteller, Händler oder Importeur vorgenommen wird, wie es beispielsweise in Deutschland der Fall ist.⁵⁰² Es handelt sich um ein Gebiet, das besonders stark von nationalen Interessen besetzt ist, was dadurch illustriert wird, dass eine Harmonisierung mangels Einigung der Mitgliedstaaten bislang nicht zustande kam, obwohl es sich um einen stark zersplitterten Regelungsbereich handelt, in dem eine Rechtsangleichung unbedingt erstrebenswert wäre.⁵⁰³ Wie andere Kontrollverfahren auch unterfallen Prägeverfahren aber immerhin der gegenseitigen Anerkennung. Der EuGH stellte fest, dass wenn Prägungen aus einem Mitgliedstaat den gleichen Informationswert haben wie die im Bestimmungsland verwendeten Prägungsstempel und für den Verbraucher verständlich sind, sie anzuerkennen sind.⁵⁰⁴

Nationalen Begehrlichkeiten für eine Aufnahme von Ausnahmebestimmungen für Edelmetallprodukte oder andere jeweils als sensibel erachtete Produktbereiche im Rahmen der Ausnahmebestimmungen nachzugeben, hätte bedeutet, den Geltungsbereich der Verordnung zu schmälern und damit die Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung entgegen der Zielsetzung der Verordnung zu gefährden. Dies war der Grund dafür, auf Initiative des Rates in die Erwägungsgründe eine Klarstellung zum Geltungsbereich der Verordnung im Hinblick auf nationale Vorabgenehmi-

⁵⁰² <https://www.bmf.gv.at/Finanzmarkt/Punzierung/EUMitgliedstaaten>

⁵⁰³ Ein entsprechender Richtlinienvorschlag der KOM für Edelmetallgegenstände vom 1.12.1975 wurde 1977 zurückgezogen, ein weiterer [KOM(1993)322] wurde am 14.10.1993 vorgelegt und 2005 zurückgenommen.

⁵⁰⁴ EuGH Rs. 293/93 *Houtwipper*, Slg. 1994, S. I-4249; EuGH Rs. 220/81 *Robertson*, Slg. 1982, S. 2349. Fünfzehn EU-Mitgliedstaaten sind zudem Mitglieder des Wiener Übereinkommens betreffend die Prüfung und Bezeichnung von Edelmetallgegenständen von 1972, die die gegenseitige Anerkennung von Prägungen ihrer Mitglieder vorsieht und insofern die EuGH-Rechtsprechung vorweggenommen hat.

gungserfordernisse vorzunehmen. U.a. auch Edelmetallpunzierung darf im Rahmen einer genehmigungsgebundenen Vorabprüfung kontrolliert werden.⁵⁰⁵

a. Klarstellung in den Erwägungsgründen

Erwägungsgrund 11 der VO führt aus, dass im Vorabgenehmigungsverfahren technische Vorschriften geprüft werden können, wenn sich das zugrundeliegende Vorabgenehmigungserfordernis entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien als gemeinschaftsrechtskonform erweist. Die entscheidende Aussage wird in Erwägungsgrund 12 der VO getroffen, wo dargelegt wird, dass Vorabgenehmigungserfordernisse keine technische Vorschrift i.S. der Verordnung darstellen. Eine markt-zugangsbeschränkende Verwaltungsentscheidung, die darauf beruht, dass keine gültige Vorabgenehmigung vorliege – weil etwa kein formaler Antrag auf Vorabgenehmigung gestellt wurde –, soll folglich nicht vom Regime der Verordnung erfasst werden. Denn eine solche Entscheidung bezieht sich allein auf die formale Regelung des Vorabgenehmigungsverfahrens, die per se nicht als technische Vorschrift behandelt wird.

Anders sieht es hingegen aus, wenn eine Vorabgenehmigung aufgrund inhaltlicher Bestimmungen der produktbezogenen technischen Vorschrift nicht erteilt wird, die im Vorabgenehmigungsverfahren auf ihre Konformität hin geprüft werden. Denn dann handelt es sich im Ergebnis um eine Verwaltungsentscheidung mit restriktiver Wirkung gem. Art. 2 Abs. 1 der VO. Es handelt sich um eine Konstellation, in der die gegenseitige Anerkennung Anwendung findet, denn es ist unerheblich, dass die Prüfung der technischen Vorschriften im Rahmen eines Vorabgenehmigungsverfahrens vor Marktzugang („ex ante“) stattgefunden hat.⁵⁰⁶

Bei den genannten Erwägungsgründen handelt es sich allerdings nur um Vorschriften deklaratorischer Natur, wenn es darum geht, dass Vorabgenehmigungserfordernisse nicht als technische Vorschriften gem. Art. 2 Abs. 2 der VO eingestuft werden. Bestimmungen zu formal einzuhaltenden Vorabgenehmigungsverfahren mangelt es schon an den produktbezogenen Merkmalen oder Anforderungen, die eine technische Vorschrift entsprechend der Definition des Art. 2 Abs. 2 der VO als Rechtsgrundlage aufweisen muss.

⁵⁰⁵ Als Argument dafür wird angeführt, dass nur so illegaler Handel mit Edelmetallprodukten sicher zu unterbinden sei.

⁵⁰⁶ S. unter Vorabgenehmigungserfordernisse als Maßnahmen gleicher Wirkung, 1. Teil, D. II. 2, S. 50

Auch bei Waffen handelt es sich um einen besonders sensiblen Produktbereich für die meisten Mitgliedstaaten. Waffen finden daher besondere Erwähnung in Erwägungsgrund 14 der VO. Auf europäischer Ebene gibt es bisher kein Rechtsinstrument, das vereinheitlichte technische Sicherheitsstandards für das Inverkehrbringen von Waffen vorsieht. Die bestehende Waffen-Richtlinie 2008/51/EG zur Änderung der Richtlinie 91/477/EWG des Rates über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen ist in erster Linie ein kriminalpräventives Instrument. Sie sieht Vorschriften zu generellen Waffenverboten, individuellen Nutzungsberechtigungen oder Markierungspflichten zur Rückverfolgung der Waffenverbreitung vor, aber nicht zu einem einheitlich geregelten Inverkehrbringen von Waffen. Der Erwägungsgrund 14 der VO weist auf die ernsthafte Gefahr hin, die Waffen für Gesundheit und Sicherheit darstellen können. Daher sollte es den Mitgliedstaaten gestattet sein, Vorabgenehmigungsverfahren für das Inverkehrbringen von Waffen auf ihrem Hoheitsgebiet vorzusehen. Es wird insofern die politische Aussage getroffen, dass auf Waffen bezogene nationale Vorabgenehmigungserfordernisse grundsätzlich mit Art. 28 und 30 EG-Vertrag als vereinbar angesehen werden sollen. Im deutschen Recht ist ein solches Erfordernis für Feuerwaffen bereits in § 3 Abs. 1 BeschlussG vorgesehen.⁵⁰⁷

b. Kommentar

Die Frage stellt sich, ob es für die Liberalisierung des Warenverkehrs nicht günstiger gewesen wäre, auch Vorabgenehmigungserfordernisse selbst in den Geltungsbereich der Verordnung einzubeziehen, stellen sie doch zweifelsohne Maßnahmen gleicher Wirkung dar und bieten sie durch ihren Ausschluss scheinbar Schlupflöcher für eine Umgehung der Verordnungsvorschriften. Bei genauerer Betrachtung wird jedoch schnell deutlich, dass eine Einbeziehung in die Verfahrensvorschriften der Verordnung kaum gerechtfertigt wäre, da auch die Rechtsprechung Vorabgenehmigungserfordernisse nicht in die materiell-rechtlichen Grundsätze der gegenseitigen

⁵⁰⁷ § 3 Abs. 1 BeschlussG steht im Zusammenhang mit dem Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Beschuszeichen für Handfeuerwaffen von 1969, dem außer Deutschland zehn weitere Mitgliedstaaten der EU angehören. Es sieht vor, dass Feuerwaffen getestet und markiert werden, bevor sie in den Verkehr gelangen. Auch andere Mitgliedstaaten, die derartige Erfordernisse nicht vorsehen, müssen die Anforderungen des § 3 Abs. 1 BeschlussG vor Marktzugang erfüllen.

Anerkennung einbezieht.⁵⁰⁸ Insofern stimmen der Umfang des Geltungsbereichs der Verordnung und der Anwendungsbereich des PGA überein.

Kommt es innerhalb des Vorabgenehmigungsverfahrens zur technischen Überprüfung des Produkts, profitiert der Wirtschaftsteilnehmer ja zweifelsohne von der gegenseitigen Anerkennung und auch den Verordnungsvorschriften, wie in Erwägungsgrund 12 der VO klargestellt wird. Auch an diesem Punkt geht die Verordnung konform mit der einschlägigen Rechtsprechung zu Vorabgenehmigungsverfahren. Allerdings muss der Wirtschaftsteilnehmer – wie bisher auch – in Kauf nehmen, dass sein Produkt bis zur endgültigen Entscheidung der Behörde vom Marktzugang ausgeschlossen ist – die Funktion einer Vorabprüfung als Vertriebsverbot mit Genehmigungsvorbehalt wird durch die Verordnung ja nicht unterbunden.

Zu befürchten ist, dass die Attraktivität von Vorabgenehmigungserfordernissen in Zukunft ansteigen wird, um ein Produkt während seiner Überprüfung durch die Behörde vom Markt fernhalten zu können. Dies würde einen Rückschritt für die Marktliberalisierung bedeuten. Allerdings sind derartige Bestimmungen notifizierungspflichtig und müssen bei einer Prüfung den vom Gerichtshof aufgestellten strengen Kriterien standhalten. Gerechtfertigt dürften sie in der Regel nur bei Produkten sein, durch die wichtige Schutzgüter unzumutbar gefährdet scheinen, wenn sie unkontrolliert auf den Markt gelangten. Durch den verschärften Begründungszwang ist möglichem Missbrauch durch (inflationär) eingeführte Vorabgenehmigungserfordernisse daher Grenzen gesetzt. In welchen Produktsektoren die Einführung von Vorabgenehmigungserfordernissen letztlich wirklich berechtigt ist, wird in strittigen Fällen vom EuGH zu entscheiden sein.

5. Anschließende oder sich wiederholende Maßnahmen

Hat die zuständige Behörde nach dem in der Verordnung vorgesehen Verfahren beschlossen, ein Produkt vom Markt zu nehmen, so sind weitere Maßnahmen, die im Zusammenhang mit dieser Entscheidung getroffen werden, nicht mehr von der Verordnung erfasst, wie aus Erwägungsgrund 27 der VO hervorgeht. Es würde keinen Sinn machen, den Wirtschaftsteilnehmer erneut zu privilegieren, da er bereits die Gelegenheit hatte, zu dem Vorgang Stellung zu nehmen. Voraussetzung ist allerdings, dass die administrativen Maßnahmen stets das gleiche Produkt und die gleiche technische Vorschrift zum Gegenstand haben. Davon ist

⁵⁰⁸ Vgl. dazu unter Vorabgenehmigungserfordernisse als Maßnahmen gleicher Wirkung, 1. Teil, D. II. 2, S. 50

ebenfalls der Fall erfasst, dass ein Marktteilnehmer nach einer ablehnenden Entscheidung erneut versucht, sein Erzeugnis in den Verkehr zu bringen, da die Behörde bei unveränderter Sachlage dann ebenfalls auf die bereits getroffene Entscheidung verweisen kann.

6. Verfahrensregelungen zum Erlass einer marktzugangsbeschränkenden Entscheidung

a. Überblick

Die entscheidenden Verfahrensregelungen, die für die zuständigen Behörden des Bestimmungslandes bei Erlass einer marktzugangsbeeinträchtigenden Entscheidung gegenüber Importprodukten einzuhalten sind, beinhaltet Art. 6 der VO. Sie bestehen im Wesentlichen darin, dass der Wirtschaftsteilnehmer vor Erlass einer solchen Entscheidung über die Absicht der zuständigen Behörde zu unterrichten ist, ihm die Gründe dargelegt werden müssen, warum eine solche Maßnahme aus Sicht der Behörde gerechtfertigt und verhältnismäßig sei, und ihm eine Frist für eine Stellungnahme eingeräumt wird. Die Behörde muss danach innerhalb einer ggf. zu verlängernden Maximalfrist reagieren. Tut sie dieses nicht, tritt automatisch eine Genehmigungsfiktion ein, die die Übereinstimmung mit den in der Unterrichtung genannten technischen Vorschriften unterstellt.

i. Überprüfung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus im Vorfeld

Bevor die zuständige Behörde zu der Absicht gelangen kann, einem Produkt den Marktzugang gem. Art. 2 Abs. 1 der VO zu beschränken und den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer darüber gem. Art. 6 Abs. 1 der VO in Kenntnis zu setzen, hat sie eine Bewertung des Produkts dahingehend durchgeführt, ob eine funktionale Gleichwertigkeit des Schutzniveaus anhand des Maßstabes der einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften anzunehmen ist. Dafür hat sie gem. Art. 4 der VO die notwendigen Informationen über das Produkt eingeholt. Sie muss festgestellt haben, dass das Produkt bestimmten innerstaatlichen Anforderungen funktional nicht entspricht, und muss aufgrund dessen Erwägungen dazu angestellt haben, ob eine Anwendung dieser Vorschriften mit restriktivem Resultat gerechtfertigt wäre.

Die Überprüfung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus ist ein Zwischenschritt, der in den Verordnungsregelungen nicht genannt wird und deshalb

„hinzugedacht“ werden muss.⁵⁰⁹ Art. 5 der VO ist dabei zu beachten, in dem die anzuerkennende Kompetenz akkreditierter Konformitätsbewertungsstellen geregelt wird. Mitgliedstaaten dürfen demnach im Rahmen ihrer Überprüfung Bescheinigungen oder Prüfberichte nicht aus Gründen, die sich auf die Befugnisse einer für den jeweiligen Produktbereich akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle beziehen, zurückweisen.⁵¹⁰

Die Regelung des Art. 5 der VO ist dem Umstand geschuldet, dass die ebenfalls als Teil des „Binnenmarktpaketes“ verabschiedete Verordnung zu Akkreditierung und Marktüberwachung Nr. 765/2008⁵¹¹ in Art. 11 Abs. 2 festlegt, dass nationale Behörden die von akkreditierten Konformitätsbewertungsstellen innerhalb ihrer Befugnisse ausgestellten Bestätigungen anzuerkennen haben. Daher ist es nur folgerichtig gewesen, einen entsprechenden Hinweis in die Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ aufzunehmen, was im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geschah. Es wurde damit verbindlich ein Bereich geregelt, der von der Kommission bereits im ersten Jahresbericht als Problemfaktor bei der gegenseitigen Anerkennung identifiziert wurde. Sie hatte unter der Überschrift „Vertrauensfrage bei der Konformitätsbewertung“ darauf hingewiesen, dass nationale Behörden in einem anderen Mitgliedstaat durchgeführte Prüfungen und Tests entsprechend den Vorgaben der Rechtsprechung zu berücksichtigen hätten, aber bei Zweifeln über Verlässlichkeit und Qualität der Prüfergebnisse dem nicht immer nachkämen.⁵¹²

ii. Unterrichtung des Wirtschaftsteilnehmers – Begründung der Absichtserklärung

Gem. Art. 6 Abs. 1 der VO hat die zuständige Behörde den Wirtschaftsteilnehmer von der Absicht, eine restriktive Entscheidung gem. Art. 2 Abs. 1 der VO zu treffen, schriftlich zu unterrichten. Diese Absicht stellt das Ergebnis der durchgeführten Produktbewertung und der erläuterten Gleichwertigkeitsprüfung dar. Die Behörde hat bei der Notifizierung bestimmte

⁵⁰⁹ Die KOM-Mitteilung, C 265/2, 2003 (s. Fn. 145) zur praktischen Anwendung der gegenseitigen Anerkennung nennt drei Stufen: Einholung von Informationen (1), Überprüfung der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus (2), Ergebnisse der Bewertung und Unterrichtung (3), Ziff. 4.1 – 4.3

⁵¹⁰ Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 20 der VO

⁵¹¹ S. Fn. 1

⁵¹² Erster Zweijahresbericht der KOM von 1999 (s. Fn. 171), S. 14

Anforderungen zu erfüllen. Sie muss die technische Vorschrift angeben, auf die sie eine restriktive Entscheidung stützen will und muss anhand der Merkmale des betroffenen Produktes technische oder wissenschaftliche Belege dafür vorlegen, dass ein legitimer Grund besteht (Art. 6 Abs. 1 lit. a der VO), und dass die Entscheidung verhältnismäßig im Verhältnis zur damit verfolgten Zielsetzung ist (Art. 6 Abs. 1 lit. b der VO). Als Gründe können die in Art. 30 EG-Vertrag genannten oder andere zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls angeführt werden.

Zwei Aspekte sind an dieser Stelle besonders hervorzuheben. Der Hinweis in Erwägungsgrund 21 der VO, dass der in Art. 6 Abs. 1 der VO verwendete Begriff „*Belege*“ nicht als rechtlicher Beweis verstanden werden soll, ist auf den Umstand zurückzuführen, dass in der englischen Fassung dafür der Ausdruck „*evidence*“ gebraucht wird, der auch mit „*Beweis*“ übersetzt werden kann. Für die zuständigen Behörden hätte eine erhebliche Belastung und Einschränkung entstehen können, wenn die Möglichkeit bestanden hätte, vorgelegte Dokumente als ungenügend im Sinne eines rechtlichen Beweises zurückzuweisen.

In Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 der VO wird klargestellt, dass als Grundlage für eine beabsichtigte Entscheidung der zuständigen Behörde die Merkmale des fraglichen Produkts ausschlaggebend sind. Damit wird ein Aspekt des materiell-rechtlichen PGA verdeutlicht, der oft nicht hinreichend beachtet wird. Es geht um eine Überprüfung des konkreten Produktes anhand der technischen Vorschriften des Bestimmungslandes, nicht um einen theoretischen Vergleich der Vorschriften des Bestimmungs- und des Herkunftslandes.⁵¹³

iii. Einbeziehung der Stellungnahme des Wirtschaftsteilnehmers

Der Wirtschaftsteilnehmer hat nach seiner Unterrichtung das Recht, innerhalb der von der befassen Behörde festgesetzten Frist, die mindestens 20 Arbeitstage umfassen muss, eine Stellungnahme abzugeben, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 der VO. Trifft die Behörde danach eine restriktive Entscheidung, muss sie diese dem Wirtschaftsteilnehmer innerhalb von 20 Arbeitstagen nach Ablauf der dem Wirtschaftsteilnehmer gesetzten Frist mitteilen. Dabei ist die Entscheidung unter Einbeziehung der ggf. abgegebenen Stellungnahme zu begründen und mit einer Rechtsbehelfserklärung zu versehen. Die Kommission muss von jeder Einzelentscheidung, die getroffen

⁵¹³ S. Fn. 117

wurde, unterrichtet werden, Art. 6 Abs. 2 UAbs. 1 der VO. Diese Mitteilungspflicht wurde auf Vorschlag des Europäischen Parlaments in die Verordnung übernommen, um eine verstärkte Kontrolle zu ermöglichen.⁵¹⁴

Die Behörde kann den Zeitraum, innerhalb dessen sie ihre Entscheidung treffen und mitteilen muss, um bis zu 20 Arbeitstage verlängern, wenn ein technisch komplizierter Sachverhalt dies rechtfertigt. Entsprechend muss der Wirtschaftsteilnehmer informiert werden und ihm gegenüber die Notwendigkeit einer Fristverlängerung begründet werden, Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 der VO. Kommt die Behörde zu der Einsicht, dass eine negative Entscheidung gem. Art. 2 Abs. 1 der VO trotz ihrer ursprünglichen Absichtserklärung nicht gerechtfertigt ist, informiert sie den Wirtschaftsteilnehmer gem. Art. 6 Abs. 3 der VO davon unverzüglich.

iv. Genehmigungsfiktion

Der Behörde steht also nach erstmaliger Unterrichtung des Wirtschaftsteilnehmers eine Maximalfrist von 20 plus 20 Arbeitstagen nach Fristablauf für den Wirtschaftsteilnehmer zur Verfügung, um zu einer abschließenden Entscheidung zu kommen. Die Möglichkeit der Fristverlängerung ist im Hinblick auf die Genehmigungsfiktion bedeutsam, die Art. 6 Abs. 4 der VO festlegt. Teilt die Behörde innerhalb der in Art. 6 Abs. 2 der VO genannten (ggf. verlängerten) Frist dem Wirtschaftsteilnehmer keine Entscheidung mit, gilt das Produkt als in dem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gelangt, soweit die technischen Vorschriften betroffen sind, die dem Wirtschaftsteilnehmer bei der Absichtserklärung der Behörde gem. Art. 6 Abs. 1 der VO notifiziert wurden.

Es tritt eine Genehmigungsfiktion ein, die allerdings nicht im Sinne einer fingierten Konformitätsgenehmigung zu verstehen ist, sondern in der Systematik des Art. 6 der VO als fingierter Verzicht auf eine negative, da restriktive Entscheidung, die auf Grundlage der einschlägigen technischen Vorschriften den Marktzugang des Produkts beschränken würde. Die Genehmigungsfiktion tritt nicht umfassend ein, sondern beschränkt sich auf das jeweils bestimmte Produkt und die technischen Vorschriften, auf die in

⁵¹⁴ Erwartungsgemäß gab es einige Mitgliedstaaten, die in dieser zusätzlichen Mitteilungspflicht lediglich eine zusätzliche Belastung der Verwaltung erkannten und den Nutzen gering einschätzten: „*Under pressure from the EP (vgl. Änderungsantrag 51 des Stubb-Berichts (IMCO) vom 28.11.2007, A6-0000/2007), member states agreed to measures requiring them to notify to the Commission of any decision they take, despite many countries, like France, objecting at such an increase in red tape.*“ Bulletin Quotidien Europe 9601 vom 14.2.2008, S. 9

dem Zusammenhang eine Entscheidung ursprünglich gestützt werden sollte. Versäumt die Behörde lediglich die Kommission zu unterrichten, wie es in Art. 6 Abs. 2 UAbs. 1 der VO vorgesehen ist, tritt die Genehmigungsfiktion nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 4 der VO nicht ein, solange zumindest der gem. Art. 8 der VO ermittelte Wirtschaftsteilnehmer unterrichtet wurde.

v. Stellungnahme

Die Genehmigungsfiktion stellt eine im Gesetzgebungsverfahren erreichte Kompromissregelung dar, bei der verschiedene Faktoren berücksichtigt werden mussten. Einerseits sollte mit einer derartigen Bestimmung erreicht werden, die Rechtssicherheit zugunsten des Wirtschaftsteilnehmers zu stärken, dem es ein Anliegen ist, möglichst schnell zu wissen, ob sein Produkt dauerhaft vermarktungsfähig ist. Andererseits sollte sichergestellt werden, dass trotz einer raschen Entscheidungsfindung der Marktaufsichtsbehörde Produktsicherheit und Verbraucherschutz hinreichend gewährleistet werden. Schließlich kann auf keiner Seite ein Interesse daran bestehen, dass sich fehlerhafte Produkte wegen einer eingetretenen Genehmigungsfiktion unabänderlich im freien Verkehr befinden.

Für den Wirtschaftsteilnehmer ist wichtig, dass er sich darauf verlassen kann, dass die Behörde nur innerhalb eines vorgegeben Zeitraums zu einer für ihn negativen Entscheidung kommen kann. Die Produktvermarktung ist für ihn schließlich mit Maßnahmen und Kosten verbunden. So lohnt sich Werbung für ein Produkt nur, wenn es tatsächlich auch langfristig vermarktet werden darf. Gerade auch bei Produkten, die saisonal bedingt ihren stärksten Absatz haben, sind schnelle Entscheidungen seitens der Marktaufsicht für den Wirtschaftsteilnehmer von großer Bedeutung. Daher ist von Vorteil, wenn die Behörde aufgrund drohender Genehmigungsfiktion eine Entscheidung nicht zu lange hinauszögern kann. Auch für die Behörde selbst und die Verbraucher ist eine schnelle Entscheidungsfindung durchaus von Interesse, da ein Produkt während des Verfahrens gem. Art. 6 der VO grundsätzlich nicht vom Markt suspendiert werden darf. Ausnahmen sind Vorabgenehmigungserfordernisse und Eilmaßnahmen gem. Art. 7 der VO.

Die Gefahr einer Genehmigungsfiktion liegt darin, dass sie theoretisch auch bei einem tatsächlich fehlerbehafteten Produkt eintreten kann, was zu Folge hätte, dass ausgeschlossen wäre, gegen eine fortgesetzte Vermarktung auf der Basis der betroffenen technischen Vorschrift vorzugehen. Insbesondere bei der Überprüfung komplexer Produkte, wie hoch-

technischen Maschinen, werden die zuständigen Behörden einem nicht unerheblichen Zeitdruck ausgesetzt, wenn das Verfahren gem. Art. 6 der VO durch eine Unterrichtung des Wirtschaftsteilnehmers über die Absicht, eine den Marktzugang einschränkende Entscheidung zu treffen, eingeleitet wurde. Andererseits darf nicht aus den Augen verloren werden, dass eine Behörde bereits vor der Notifizierung umfangreiche Ermittlungen durchgeführt hat. Andererseits wäre sie nicht in der Lage, technische oder wissenschaftliche Belege gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 der VO gegenüber dem Wirtschaftsteilnehmer zur Begründung anzuführen. Sollte die Stellungnahme des Wirtschaftsteilnehmers die Beurteilung der Sachlage so stark beeinflussen, dass die Behörde in Zeitnot gerät, zu einer endgültigen Entscheidung zu kommen, kann sie immer noch die Möglichkeit einer Fristverlängerung gem. Art. 6 Abs. 2 UAbs. 2 der VO in Anspruch nehmen, wenn dies wirklich gerechtfertigt sein sollte.

Eine Gesamtbetrachtung lässt den Schluss zu, dass hinreichend Gründe dafür sprechen, eine zuständige Behörde in einem Mitgliedstaat mit einer Maximalfrist zu konfrontieren, die dazu zwingt, zu einer abschließenden Entscheidung zu kommen. Die Fristenregelung ist so flexibel gestaltet, dass eine angemessene Beurteilung auch in schwierigen Fällen gewährleistet ist, und der Eintritt einer Genehmigungsfiktion als Druckmittel – auch unter den Aspekten der Produktsicherheit und des Verbraucherschutzes – nicht unverhältnismäßig erscheint.

b. Ausdruck der Beweislastumkehr auf der Verwaltungsebene

Die Vorgaben für die Unterrichtung des Wirtschaftsteilnehmers gem. Art. 6 der VO machen deutlich, dass die Darlegungs- und Beweislastpflicht auf der Seite der zuständigen Behörde liegt, die beabsichtigt, eine marktzugangsbeschränkende Entscheidung zu treffen. Darin findet der materiell-rechtliche Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung Ausdruck, dass ein rechtmäßig in den Verkehr gelangtes Produkt frei vermarktet werden kann, solange im Bestimmungsland nicht eine begründete Entscheidung dagegen getroffen wird, die sich auf technische Vorschriften stützt, ein legitimes Ziel anführt und dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügt.⁵¹⁵ Entsprechend soll die Behörde, wenn sie gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 der VO eine solche Entscheidung beabsichtigt, technische oder wissenschaftliche Belege für ihre Rechtmäßigkeit vorlegen. Unter Einbeziehung der Stellungnahme des Wirtschaftsteilnehmers muss auch

⁵¹⁵ Vgl. KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 4.3

die endgültige Entscheidung gem. Art. 6 Abs. 2 UAbs. 1 der VO so begründet werden. Darin und in den von der Behörde einzuhaltenden Fristen konkretisiert sich die Darlegungs- und Beweislastpflicht.

Die mit der Rechtfertigungsebene verknüpfte Beweislastumkehr, deren Beachtung durch die Verfahrensregelungen der Verordnung auf der Verwaltungsebene sichergestellt werden soll, stellt kein Novum dar, sondern ein in der Rechtsprechung zu Art. 28 und 30 EG-Vertrag etablierten Aspekt.⁵¹⁶ Die Verfahrensregelungen gem. Art. 6 der VO lenken die Beweislastumkehr lediglich in formal verbindliche Bahnen, indem bestimmt wird, wie eine zuständige Behörde zu reagieren hat, wenn sie von der Regel der freien Vermarktung abweichen will und entgegen dem PGA beabsichtigt, innerstaatliche technische Vorschriften zur Anwendung kommen zu lassen. Es handelt sich in Verbindung mit der Bestimmung des Geltungsbereichs gem. Art. 2 der VO um das „Herzstück“ der Verordnung.

Es ist festzustellen, dass der Aufbau der ersten beiden Absätze des Art. 6 der VO stark angelehnt ist an das von der Kommission in vorangegangenen Leitlinien aufgeführte Beispiel für eine detaillierte Gleichwertigkeitsklausel.⁵¹⁷ Dort empfiehlt sie bereits, eine derartige Klausel dahingehend zu erweitern, dass die jeweils zuständige Behörde bestimmte Verfahrensschritte einzuhalten hat, bevor sie das Inverkehrbringen eines Erzeugnisses verbietet oder es vom Markt nimmt. Das schließt die Unterrichtung des Herstellers oder Vertreibers ein, die Darlegung aller relevanten wissenschaftlichen Fakten zur Begründung, die Frist von 20 Tagen für den Wirtschaftsteilnehmer zur Stellungnahme, die Vorlage der begründeten Endentscheidung mit Rechtsbehelfsbelehrung. Unabhängig davon, dass Art. 6 der VO noch ausdifferenzierter ist, ist vielmehr der entscheidende Unterschied, dass schlicht durch die Rechtsnatur der Verordnung ein ver-

⁵¹⁶ Anders lautete oftmals die Darstellung in der Presse anlässlich der Akzeptanz der Verordnung im Rat, die vermittelte, es handele sich bei der Beweislastumkehr um eine neuartige Regelung: *„Die (...) neue Binnenmarkt-Verordnung will dieses Unwesen durch eine Umkehr der Beweislast beenden. Künftig müssen die nationalen Behörden nachweisen, dass zusätzliche Auflagen für Produkte aus anderen EU-Ländern aus wichtigen Gründen (...) nötig sind. (...) Bisher war die Beweislage genau umgekehrt.“* Handelsblatt vom 20.2.2008, „EU erleichtert Firmen die Ausfuhr von Waren“

„Abhilfe schaffen soll nun vor allem eine Umkehr der Beweislast: Will ein Mitgliedstaat einem anderswo zugelassenen Produkt die Zulassung verweigern oder entziehen, muss er präzise und detailliert objektive Gründe nennen und dem betroffenen Unternehmen vor einer endgültigen Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme geben.“ Neue Zürcher Zeitung vom 22.2.2008, „Die EU stärkt den Güter-Binnenmarkt“

⁵¹⁷ S. Text der Klausel im Anhang, S. 177

gleichsweise höherer Effektivitätsgrad erreicht wird, als das durch die bloße Empfehlung einer bestimmten Gestaltung von Gleichwertigkeitsklauseln geschehen kann, da die Verordnung in allen Mitgliedstaaten und für die Anwendung aller technischen Vorschriften gleichermaßen in rechtsverbindlicher Form gilt.

7. Eilmaßnahmen

Art. 7 der VO regelt die Möglichkeit, während des Verfahrens zur Anwendung technischer Vorschriften das Inverkehrbringen eines Produkts zeitweilig zu untersagen, bis eine endgültige Entscheidung getroffen worden ist. Es handelt sich um ein Instrument der Marktüberwachung in Anlehnung an die in der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie vorgesehenen Sofortmaßnahmen, um risikobehaftete Produkte schnell aus dem Verkehr ziehen zu können.

Eine Befugnis für Eilmaßnahmen war im ursprünglichen Verordnungsvorschlag der Kommission nicht vorgesehen. Rat und Europäisches Parlament setzten sich während des Gesetzgebungsverfahrens für die Aufnahme einer solchen Regelung in die Verordnung ein.⁵¹⁸ Art. 95 EG-Vertrag, auf dem die Verordnung beruht, deckt eine darauf gerichtete Rechtsangleichung ab, da auch ein einheitliches System der Abwehr gefährlicher Produkte die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes zum Gegenstand haben und den freien Warenverkehr erleichtern kann. Dies bestätigte der EuGH im Zusammenhang mit der ersten Fassung der Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit 92/59/EWG, bei der in Frage gestellt wurde, ob Anwendungsbereich der Richtlinie und aufgestellter Maßnahmenkatalog bei Produktgefahren von der Gemeinschaftszuständigkeit gedeckt seien oder ob es sich nicht vielmehr um einen Eingriff in den Verantwortungsbe- reich der Mitgliedstaaten handele.⁵¹⁹ Die Richter argumentierten, dass der freie Warenverkehr nicht gewährleistet werden könne, wenn die Bedin- gungen für Sicherheit der Produkte zwischen den Mitgliedstaaten erheb- lich divergierten. Ein hohes Sicherheitsniveau könne nur erreicht werden,

⁵¹⁸ „The Council and the EP introduced the option of the member state of destination temporarily suspending, subject to certain conditions, the sale of product before any final decision is taken. The Commission had not included this in its draft regulation.“ Bulletin Quotidien Europe 9601 vom 14.2.2008, S. 9; vgl. Vorschlag des EP mit Änderungsantrag 55 des Stubb-Berichts (IMCO) vom 28.11.2007, A6-0000/2007

⁵¹⁹ Micklitz in Reich/Micklitz S. 906 f.

wenn gefährliche Produkte entsprechenden Maßnahmen in allen Mitgliedstaaten unterlägen.⁵²⁰

Die Formulierung des Art. 7 der VO und des einschlägigen Erwägungsgrundes 24 der VO macht deutlich, dass es sich bei der Suspendierung eines Produkts um eine Ausnahmesituation handelt. Das entspricht dem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz der generellen Freiverkehrsfähigkeit eines einmal rechtmäßig in Verkehr gelangten Produkts, der außer in der Konstellation eines Vorabgenehmigungsverfahrens nicht gestattet, dass der Marktzugang von vorneherein eingeschränkt wird, sondern vielmehr impliziert, dass die Überprüfung des Produkts Gegenstand der Nachmarktkontrolle zu sein hat. Gem. Art. 7 Abs. 3 der VO stellt die Aussetzung des Inverkehrbringens eine von der nationalen Gerichtsbarkeit zu kontrollierende Verwaltungsentscheidung dar.

a. Voraussetzungen

Voraussetzung für das Suspendieren eines Produkts ist gem. Art. 7 Abs. 1 der VO entweder, dass sich bei gewöhnlichem Gebrauch des betroffenen Gegenstandes erhebliche Risiken für Sicherheit und Gesundheit des Benutzers⁵²¹ ergeben (Art. 7 Abs. 1 lit. a) oder ein generelles Verbot aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung besteht (Art. 7 Abs. 1 lit. b), wobei der Begriff der öffentlichen Sicherheit auch den Aspekt der Kriminalprävention einschließt.⁵²² Für die Einschätzung der Risiken gibt es in der Verordnung keine Bezugspunkte, so dass sie im Ermessen der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörde steht. Als Richtschnur ist dabei von einer potentiell geeigneten Verwendung des Produkts auszugehen („normale oder sinnvoll vorhersehbare Gebrauchsumstände“ heißt es in Art. 7 Abs. 1 lit. a der VO). Der Rückgriff auf die Parameter einer Sicherheitsbeurteilung nach der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie gem. Art. 2 lit. b ProdS-RL ist nur eingeschränkt möglich, da diese sich ausschließlich auf Verbraucherprodukte bezieht, während die Verordnung „zur gegenseitig-

⁵²⁰ EuGH Rs. 359/92 „Produktsicherheit“ Rn. 34; dazu *Schieble*, Produktsicherheitsgesetz, S. 106

⁵²¹ Art. 7 Abs. 1 der VO verwendet den Begriff „Benutzer“, nicht „Verbraucher“, da anders als im Kontext der allgemeinen ProdS-RL gerade auch rein gewerblich verwendete Produkte von der Befugnis zu Eilmaßnahmen erfasst werden sollen.

⁵²² Die ausdrücklich Erwähnung von Kriminalprävention ist dem Umstand geschuldet, dass die Definition von öffentlicher Sicherheit in der englischen Fassung („public security“) diesen Aspekt nicht eindeutig erfasst, was aber an dieser Stelle sichergestellt werden sollte.

gen Anerkennung“ Produkte unabhängig davon erfasst, für wen sie bestimmt sind. Ein Beispiel für eine Verbotsvorschrift im Sinne eines generellen Verbots i.S. von Art. 7 Abs. 1 lit. b der VO wäre § 2 Abs. 3 WaffnG, welcher den Umgang mit bestimmten in einem Anhang zum WaffnG aufgeführten Waffen und Munition untersagt.

Über eine Suspendierung hat die zuständige Behörde Wirtschaftsteilnehmer und Kommission unverzüglich zu informieren. Im Fall einer Gefahrenlage für Sicherheit und Gesundheit gem. Art. 7 Abs. 1 lit. a der VO muss die Behörde diese technisch oder wissenschaftlich begründen, Art. 7 Abs. 2 der VO. Die zeitweilige Untersagung des Inverkehrbringens kommt maximal so lange in Betracht, bis eine endgültige Entscheidung der Behörde getroffen worden ist. Eingeleitete Maßnahmen müssen selbstverständlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen und dürfen den freien Warenverkehr daher nicht stärker einschränken, als unbedingt erforderlich ist.⁵²³

Die Formulierung in Art. 7 Abs. 1 der VO macht deutlich, dass Eilmaßnahmen zur Suspendierung „bei Anwendung des in diesem Kapitel beschriebenen Verfahrens“ nur nach Maßgabe dieser Vorschrift möglich sind. Damit werden Fragen aufgeworfen, die sich zum einen darauf richten, ab welchem Zeitpunkt auf die Befugnis für Eilmaßnahmen zurückgegriffen werden kann, und zum anderen darauf, in welchem Verhältnis die Eilmaßnahmen zu den Sofortmaßnahmen steht, die auf der Rechtsgrundlage der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie durchgeführt werden können.

b. Relevanter Zeitpunkt

Der entscheidende Zeitpunkt, ab dem Eilmaßnahmen gem. Art. 7 der VO durchführbar sind, kann zum einen bei der Notifizierung der Absicht der Behörde zum Erlass einer restriktiven Entscheidung gem. Art. 6 Abs. 1 der VO angesetzt werden, da es sich damit um die Einleitung des in Art. 6 der VO bestimmten Verfahrens handelt. Andererseits besteht im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 der VO, der sich auf das zweite Kapitel der VO bezieht („(...) bei Anwendung des in diesem Kapitel beschriebenen Verfahrens (...)“), auch die Möglichkeit, den relevanten Zeitpunkt bereits in dem Stadium anzusetzen, in dem die Behörde die Bewertung eines Produkts veranlasst und dazu relevante Informationen einholt (vgl. Art. 4 der VO), da es sich dabei um den ersten Artikel nach der Kapitelüberschrift („Verfahren zur Anwendung einer technischen Vorschrift“) handelt. Hätte

⁵²³ Vgl. *Micklitz* in Reich/Micklitz S. 917

der Gemeinschaftsgesetzgeber den Anwendungsbereich der Eilmaßnahmen nach der Verordnung stärker eingrenzen wollen, wäre es ohne weiteres möglich gewesen, direkt auf Art. 6 der VO zu verweisen. Von daher ist hier von einer bewusst gewählten Formulierung zugunsten des früheren Zeitpunkts auszugehen.

c. „Inverkehrbringen“

Art. 7 Abs. 1 der VO beschränkt sich darauf, die zuständigen Behörden zu ermächtigen, das Inverkehrbringen eines Produktes unter bestimmten Voraussetzungen bei Anwendung des Ordnungsverfahrens zeitweilig zu untersagen. Eine Definition des Begriffes „Inverkehrbringen“ ist weder in der Verordnung noch in der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie vorgesehen. Letztere nimmt grundsätzlich eine Unterscheidung zwischen Maßnahmen vor, die das Inverkehrbringen eines Produktes *oder* bereits in Verkehr gebrachte Produkte betreffen und Rücknahme vom Markt⁵²⁴ bzw. Rückruf beim Verbraucher⁵²⁵ erfordern (Art. 3 Abs. 4 ProdS-RL). Diese Differenzierung spiegelt sich in den Befugnissen für Sofortmaßnahmen gem. Art. 8 Abs. 1 ProdS-RL wider.⁵²⁶ Auch die Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ unterscheidet beim Geltungsbereich zwischen Entscheidungen, die bewirken, dass das Inverkehrbringen eines Produktes untersagt wird, Art. 2 Abs. 1 lit. a der VO, und solchen, die zum Gegenstand haben, dass Produkte – nachträglich – vom Markt genommen werden müssen, Art. 2 Abs. 1 lit. c der VO.⁵²⁷ Allerdings ist fraglich, ob auch bei Art. 7 Abs. 1 der VO davon auszugehen ist, dass der Begriff des „Inverkehrbringens“ so verstanden werden muss, dass bereits im Verkehr befindliche Produkte nicht erfasst werden sollen. Das hieße, dass in den Fällen Eilmaßnahmen nicht getroffen werden könnten.

Unter systematischen Gesichtspunkten ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum sie gerade in der Konstellation ausgeschlossen werden sollten. Der

⁵²⁴ Legaldefinition in Art. 2 lit. h ProdS-RL

⁵²⁵ Legaldefinition in Art. 2 lit. g ProdS-RL

⁵²⁶ Untersagung des Inverkehrbringens (Art. 8 Abs. 1 lit. e ProdS-RL) und andererseits Rücknahme vom Markt und Warnung der Verbraucher sowie Rückruf beim Verbraucher oder Vernichtung bei bereits in Verkehr befindlichen Produkten (Art. 8 Abs. 1 lit. f ProdS-RL)

⁵²⁷ In der englischen Fassung der Verordnung wird noch deutlicher, dass die Terminologie der allgemeinen ProdS-RL übernommen wurde, da hier der Begriff „withdrawal“ in Art. 2 Abs. 1 lit. c der VO – also „Rücknahme“ – verwendet wird, der dann einschlägig ist, wenn ein Produkt bereits auf den Markt gelangt ist.

Anwendungsradius des Art. 7 Abs. 1 der VO wäre dadurch äußerst eingeschränkt, denn der Regelfall sieht ja gerade so aus, dass sich die betroffenen Produkte bereits auf dem Markt befinden, wenn das Ordnungsverfahren zur Anwendung technischer Vorschriften nach den in Art. 6 der VO aufgeführten Schritten durchgeführt wird.

Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht eindeutig für eine erweiterte Auslegung. Mit der Einführung des Art. 7 Abs. 1 der VO sollte insofern eine Sicherheitslücke geschlossen werden, als diese Befugnisse auch rein gewerblich genutzte (Zwischen-) Produkte oder industrielle Investitionsprodukte abdecken, wohingegen solche Erzeugnisse vom Anwendungsbereich der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie mangels Verbraucherrelevanz nicht erfasst werden. Würde man von einer restriktiveren Auslegung ausgehen, hätte man unter diesem Aspekt keinen wesentlichen Fortschritt erzielt, um die Sicherheitslücke auch für bereits auf dem Markt befindliche Produkte zu beseitigen. Vieles spricht also dafür, dass der Begriff des „Inverkehrbringens“ in Art. 7 Abs. 1 der VO erweitert ausgelegt werden sollte, um der Zielsetzung der Regelung genüge zu tun.

d. Sperrwirkung

Bei der Regelung zur vorübergehenden Aussetzung der Produktvermarktung gem. Art. 7 Abs. 1 der VO ist entsprechend dem Wortlaut von einer Sperrwirkung gegenüber suspendierenden Maßnahmen auf der Grundlage anderer Vorschriften auszugehen. Es heißt dort, die Behörde dürfe nach Einleitung des Verfahrens außer unter den aufgeführten Bedingungen keine derartigen Maßnahmen treffen. Damit soll garantiert werden, dass der gesamte Vorgang nach Verfahrenseinleitung zur Entscheidung über die Vermarktung eines Produkts ausschließlich nach den Vorschriften der Verordnung geregelt wird. Der Rückgriff zuständiger Behörden auf nationale technische Vorschriften, aber auch auf Eingriffsbefugnisse, die in der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie vorgesehen sind, ist entsprechend ausgeschlossen.

An dieser Stelle ist nicht von Belang, dass Art. 3 Abs. 2 lit. a der VO bestimmt, dass für Maßnahmen, die bei gefährlichen oder möglicherweise gefährlichen Produkten gem. Art. 8 Abs. 1 lit. d - f, Abs. 3 ProdS-RL getroffen werden, die Ordnungsvorschriften nicht zur Anwendung kommen. Damit soll für den Geltungsbereich der Verordnung sichergestellt werden, dass für den Fall derartiger Sofortmaßnahmen auf der Grundlage der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie die Verfahrensvorgaben der VO – maßgeblich des Art. 6 der VO zur Beweislastumkehr –, nicht beachtet

werden müssen, da sie das Vorgehen der Behörden in Notlagen kontraproduktiv verlangsamen würden.

Eine Sperrwirkung des Art. 7 Abs. 1 der VO setzt immer voraus, dass zum einen das Verfahren zur Anwendung einer technischen Vorschrift gem. Kapitel 2 der VO eingeleitet wurde, und dass es ausschließlich darum ginge, die Vermarktung eines Produktes vorübergehend zu untersagen. Ob es sich um ein verbraucherrelevantes Produkt handelt oder nicht ist nicht von Bedeutung, da die Verordnung alle Produkte unabhängig von ihrer Bestimmung erfasst.

Anders als die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie verlangt Art. 7 Abs. 2 der VO, dass eine suspendierende Eilmaßnahme, die aufgrund eines erheblichen Risikos für Sicherheit und Gesundheit durchgeführt werden soll, von der Behörde technisch oder wissenschaftlich begründet werden muss, wenn sie ihrer Meldepflicht gegenüber Wirtschaftsteilnehmer und Kommission nachkommt. Diese verschärften Begründungsaufgaben gem. Art. 7 Abs. 2 der VO sollen verhindern, dass ein Produkt missbräuchlich vom Markt ferngehalten wird bis die Behörde ihre Prüfung im Rahmen des Verfahrens von Art. 6 der VO am Maßstab der technischen Vorschriften abgeschlossen hat, es sei denn, es besteht ein Notfall, der eine Eilmaßnahme rechtfertigt.

e. Abschließende Bemerkung zu Eilmaßnahmen

Festzuhalten bleibt, dass Eilmaßnahmen mit suspendierender Wirkung während des Verfahrens zur Prüfung der technischen Vorschriften im Rahmen der Verordnung, nur auf der Grundlage von Art. 7 der VO durchgeführt werden können, da sonst die dort genannten Bedingungen – wie die Melde- und Begründungspflichten gem. Art. 7 Abs. 2 der VO – von den zuständigen Behörden umgangen werden könnten. Die Existenz dieser Befugnis bestätigt, dass die freie Vermarktung eingeführter Produkte, auch wenn es zu einer Überprüfung der Marktaufsicht anhand der technischen Vorschriften kommt, von Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich zu gewähren ist. Anderenfalls würde die Beweislastumkehr zugunsten des Wirtschaftsteilnehmers nicht respektiert, die sich in den Vorgaben des Art. 6 der VO widerspiegelt.

Die Einräumung der Befugnis, während des Verfahrens Eilmaßnahmen gem. Art. 7 Abs. 1 der VO zu treffen, ist positiv zu werten, da sie nationalen Behörden über den Anwendungsbereich der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie hinaus gestattet, auch ausschließlich gewerblich genutzte (Zwischen)-Produkte vorübergehend zu suspendieren. Zudem ist im Sinne einer rechtssicheren Lösung klargestellt, dass auf dieser Grundlage die ein-

zige Möglichkeit besteht, Eilmaßnahmen mit Wirkung der Aussetzung der Vermarktung zu treffen, bevor die Behörde zu einer endgültigen Entscheidung über die Vermarktungsfähigkeit des Produkts gelangt.

8. Rechtsbehelfe

Die Verordnung stellt dem Wirtschaftsteilnehmer keine neuen Rechtsbehelfe zur Verfügung, die er nicht schon vor einem Inkrafttreten der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ gehabt hätte, nämlich die Anfechtung von negativen Bescheiden vor einzelstaatlichen Gerichten oder (zunächst) anderen Beschwerdestellen – je nach Aufbau des nationalen Rechtssystems. Allerdings wird die Anfechtung erleichtert, indem die Behörde verpflichtet ist, den Betroffenen gem. Art. 6 Abs. 2 UAbs. 3 der VO in der an ihn ergehenden Entscheidung ausdrücklich auf Rechtsbehelfe und damit verbundene Fristen hinzuweisen. Zudem wird es erleichtert, gegen die Entscheidung rechtlich vorzugehen, dadurch dass die Behörde umfassende Begründungspflichten zu erfüllen hat, die auch bereits die vorgebrachten Einwände seitens des Betroffenen zu berücksichtigen haben.⁵²⁸

Auf die Möglichkeit, Eilmaßnahmen anzufechten, die eine vorübergehende Aussetzung des Inverkehrbringens eines Produkts gem. Art. 7 Abs. 1 der VO bewirken, weist Art. 7 Abs. 3 der VO hin. Der Wirtschaftsteilnehmer soll zudem auf die Möglichkeit außergerichtlicher Problemlösungsmechanismen wie das SOLVIT-Netzwerk aufmerksam gemacht werden, um Rechtsunsicherheit und Kosten für Rechtsverfolgung zu vermeiden bzw. schnell zu beseitigen, worauf Erwägungsgrund 26 der VO hinweist.

9. Produktinfostellen und Telematiknetz

Neben den bisher aufgeführten Regelungen ist weiterhin Ziel der Verordnung, durch die Errichtung von Produktinformationsstellen in allen Mitgliedstaaten, Art. 1 Abs. 3 der VO i.V.m. Art. 9 ff. der VO, insbesondere die Wirtschaftsteilnehmer besser und im Rahmen ihrer zentralen Aufgaben kostenfrei über die Rechtslage zu informieren, um den innereuropäischen Warenverkehr zu fördern. Die jeweiligen Produktinformationsstellen informieren über die im konkreten Fall geltenden technischen Vorschriften, ggf. über die Erforderlichkeit einer Vorabgenehmigung, die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung, die Kontakte zu zuständigen Behörden und

⁵²⁸ Zur Begründung einer Verwaltungsentscheidung als notwendige Voraussetzung, um Klage zu erheben weist vgl. u.a. das Urteil EuGH Rs. 249/88 *Kommission/Belgien*, Slg. 1991, S. I-1275, Rn. 25, hin.

über die verfügbaren Rechtsbehelfe, Art. 9 Abs. 1 der VO. Die Produktinformationsstellen sollen in Deutschland voraussichtlich unter dem Dach des Bundesamtes für Materialforschung (BaM) mit Zweigstellen in den Bundesländern angesiedelt werden.⁵²⁹

Gem. Art. 11 der VO wird die Kommission ermächtigt, über das Ausschussverfahren der Komitologie⁵³⁰ die Einrichtung eines Telematiknetzes zwischen den Produktinfostellen und/oder den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten einzurichten, um die Durchsetzung der Verordnung durch Vernetzung und damit intensiverer Kooperation zu unterstützen.

C. Systematische Überlegungen zur Verordnung und Bewertung

I. Einordnung in die Systematik des europäischen Produktsicherheitsrechts

Die Verordnung schafft einen gemeinschaftsweit geltenden Rahmen, der die einheitliche Vorgehensweise der Marktüberwachungsbehörden bei der Anwendung einzelstaatlicher Vorschriften des Produktsicherheitsrechts im nicht-harmonisierten Bereich garantiert. Dies betrifft die Anwendung nationaler technischer Vorschriften, die auf Produktsicherheit abzielen und das Ergreifen von Eilmaßnahmen auf Grundlage des Art. 7 der VO. Das Instrumentarium nationaler Behörden wird durch Art. 7 der VO dahingehend erweitert, auch ausschließlich gewerblich genutzte Produkte, die risikobehaftet sind, ad hoc vom Markt zu nehmen, und die Einhaltung nationaler Verbote in Bezug auf öffentliche Sittlichkeit und Sicherheit durchzusetzen, bis eine endgültige Entscheidung vorliegt.

Die Systematik der Sicherstellung von Produktsicherheit und Verbraucherschutz, die etwa durch die allgemeine Produktsicherheitsrichtlinie und die Verordnung Nr. 178/2002 zum Lebensmittelrecht und zur Lebensmittelsicherheit gewährt werden, bleiben von der Verordnung unberührt. Das betrifft die Schutzmaßnahmen, die aufgrund der in Art. 3 Abs. 2 der VO aufgeführten Grundlagen dieser Rechtsakte getroffen werden können, und unabhängig davon auch die jeweils vorgesehenen Schnellinformationssysteme.

⁵²⁹ Informationsstand Juli 2008 – Auskunft des BMWi

⁵³⁰ S. Art. 11, Art. 13 Abs. 2 der VO i.V.m. Art. 3 des Komitologiebeschlusses 1999/468/EG

II. Konzeption unter Einbezug materiell-rechtlicher Aspekte der gegenseitigen Anerkennung

Der Geltungsbereich der Verordnung wird für Verwaltungsentscheidungen geöffnet, die den Marktzugang auf Grundlage bestimmter technischer Vorschriften beeinträchtigen und damit handelshemmend wirken. Die legislative Ebene der nationalen Gesetzgebung an sich bleibt von der Verordnung unberührt. Die Verordnung bestätigt damit konkludent die Devise des PGA, dass die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten für technische Vorschriften und die Festsetzung eines eigenen Schutzniveaus unter Einhaltung der Konformität mit Gemeinschaftsrecht nicht beeinträchtigt wird. Um den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf der Verwaltungsebene zu wahren, ist die Feststellung der Rechtmäßigkeit der technischen Vorschriften selbst auch gar nicht erforderlich, da es darum geht, die rechtswidrige *Anwendung* technischer Vorschriften zu verhindern. Auch auf Basis einer rechtmäßigen technischen Vorschrift kann schließlich durch Missachtung des PGA eine unverhältnismäßige Entscheidung ergehen.

Die Eröffnung des Geltungsbereichs der Verordnung bedeutet für einen Wirtschaftsteilnehmer, dass er von den in Art. 6 der VO vorgesehenen Verfahrensanforderungen profitiert, wenn sein Produkt rechtmäßig in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht wurde. Er kann sein Produkt grundsätzlich so lange in einem anderen beliebigen Mitgliedstaat vertreiben, bis die zuständige Marktaufsichtsbehörde ihn entsprechend ihrer Beweislast auf eine möglicherweise anstehende beschränkende Entscheidung hinweist und diese unter Einhaltung der obligatorischen Anforderungen begründet und belegt. Die Unterrichtungs- und Begründungspflichten bestehen nicht erst bei Erlass der eigentlichen Entscheidung, sondern schon im Vorfeld. Die Behörde muss dem Wirtschaftsteilnehmer ihre Absicht kundtun, wodurch er frühzeitig informiert wird, sich auf den Vorgang einstellen und Anhörungsrechte geltend machen kann.

Einzuhaltende Fristen und der drohende Eintritt einer Genehmigungsfiktion bei Überschreitung einer Maximalfrist, in der die Behörde zu einer Entscheidung kommen muss, sorgen dafür, dass die Rechte eines Wirtschaftsteilnehmers, die sich aus der gegenseitigen Anerkennung ergeben, nicht durch eine administrative „Hinhaltetaktik“ vereitelt werden.

1. Gegenüberstellung mit Art. 100 b EWG-Vertrag

Mit dem gescheiterten Art. 100 b EWG-Vertrag, der zum Gegenstand hatte, die Anerkennung der Gleichwertigkeit mitgliedstaatlicher Produktregelungen im Primärrecht zu verankern, verbindet die Verordnung „zur

gegenseitigen Anerkennung“ konzeptionell kaum etwas. Eine Gemeinsamkeit besteht lediglich darin, dass die gegenseitige Anerkennung in beiden Fällen primär- bzw. sekundärrechtlich als Mittel der Integration gefördert werden sollte – aber auf unterschiedlichen Ebenen und mit verschiedenen Zielsetzungen. Mit Art. 100 b EWG-Vertrag als Kompetenzgrundlage sollte die Anerkennung der Gleichwertigkeit von Rechts- und Verwaltungsvorschriften durch Ratsbeschluss auf legislativer Ebene erreicht werden. Im Unterschied dazu bezieht sich die Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur gegenseitigen Anerkennung, die sich auf die Anerkennung der im Herkunftsland explizit oder konkludent erworbenen Verkehrsfähigkeit eines konkreten Produkts beschränkt.

Die Verordnung stellt eine das materiell-rechtliche Prinzip der gegenseitigen Anerkennung begleitende Maßnahme zur besseren Durchsetzung dar, indem Verfahrensvorschriften vorgesehen werden, die mitgliedstaatliche Behörden dazu zwingen, die Beweislastumkehr einzuhalten, um damit zu erreichen, dass die sich aus Art. 28 und 30 EG-Vertrag ergebenden Grundsätze korrekt angewendet werden. Darüber hinaus werden Maßnahmen vorgesehen, die die Informationslage für Wirtschaftsteilnehmer und die grenzüberschreitende Verwaltungskooperation verbessern sollen. Im Zusammenhang mit der Verordnung kann man auch das Modewort der „governance“ heranziehen, das allgemein als die Unterstützung der sachlichen, normativen und politischen Komplexität der „Durchführung“ des Gemeinschaftsrechts definiert wird.⁵³¹ Es wurde darauf abgezielt, die „governance“ des PGA mit der Verordnung sekundärrechtlich auszubauen, um dessen Funktionsfähigkeit und Effektivität auf Verwaltungsebene zu stützen und zu fördern.

2. Akzeptanz des Herkunftslandprinzips in der Verordnung – ein Vergleich mit dem Gesetzgebungsverfahren der Dienstleistungsrichtlinie

Auf eine positivrechtliche Normierung des PGA selbst unter Bezug auf die Rechtsprechung wird in der Verordnung, wie bereits festgestellt wurde, verzichtet. Stattdessen wird (lediglich) in Erwägungsgrund 3 der VO auf das einschlägige Fallrecht hingewiesen. Trotz dieses selbstverständlich scheinenden Rückgriffs auf die vom EuGH entwickelten Grundsätze ist

⁵³¹ Zur Definition des Begriffs „governance“ s. Joerges, „Good governance“ im Europäischen Binnenmarkt, S. 26 f.; vgl. Pelkmans, JEPP, S. 699 (713) zu „governance“ im Zusammenhang mit gegenseitiger Anerkennung

bemerkenswert, dass das hinter der gegenseitigen Anerkennung stehende Herkunftslandprinzip und die darauf bezogenen Kernregelungen der Verordnung zur Beweislastumkehr von den Mitgliedstaaten in einem horizontal angelegten Sekundärrechtsakt letztlich mit einem Geltungsbereich – angelegt ohne sektorspezifische Ausnahmen – gebilligt wurde. Dies wird daran deutlich, dass darauf bezogene protektionistische Bestrebungen während des Gesetzgebungsverfahrens durchaus bestanden.

Interessant ist im Vergleich dazu ein Blick auf das Legislativverfahren der Dienstleistungsrichtlinie 2006/132/EG. Die Dienstleistungsrichtlinie ist insofern parallel zur Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ im Warenverkehr gelagert, als sie ebenfalls den Abbau zwischenstaatlicher Hemmnisse sowie die Förderung des grenzüberschreitenden Handels im Dienstleistungsverkehr zum Ziel hat. Das im ursprünglichen Kommissionsvorschlag in Art. 16 vorgesehene Herkunftslandprinzip rief im Gesetzgebungsverfahren Protest und Ablehnung in den Mitgliedstaaten und insbesondere auch im Europäischen Parlament hervor, was sich zum einen auf das Herkunftslandprinzip selbst bezog und zum anderen auf Anwendungsbereich und Ausnahmen der Richtlinie.⁵³² Nach Art. 16 des Kommissionsvorschlags sollte ein Dienstleistungserbringer – von einigen abschließend definierten Ausnahmen abgesehen – in Analogie zum *Cassis*-Urteil – grundsätzlich nur noch den Vorschriften des Mitgliedstaates unterliegen, in dem er niedergelassen ist. Gegenüber der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hätte sich damit über das Sekundärrecht eine materiell-rechtliche Erweiterung gegenüber der bis dato verfolgten richterlichen Auslegung der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG-Vertrag ergeben, die darin zwar eine Pflicht zum Abbau von Marktzugangsbeschränkungen erkannt hatte, aber – im Unterschied zur Warenverkehrsfreiheit – ohne eine Maßgabe zur Umsetzung des Herkunftslandprinzips.

Die Rechtsprechung geht bei der Dienstleistungsfreiheit lediglich so weit, eine grundsätzliche Pflicht zur Prüfung einer etwaigen Gleichwertigkeit und damit Anerkennungsfähigkeit zu sehen. Zudem sollen in einer Parallelität zur Warenverkehrsfreiheit im Herkunftsland bereits durchgeführte Kontrollen und geleistete Sicherheiten nicht noch einmal verlangt werden dürfen.⁵³³ Das bedeutet aber eben nicht den „Geltungsvorrang“ der Rechtsordnung des Herkunftslandes, indem die Verkehrsfähigkeit eines Produkts grundsätzlich nur nach den technischen Vorschriften bemessen wird. „(...) such a country of origin principle is categorically different from

⁵³² *Griller*, The Services Directive, S. 225 (228)

⁵³³ *Kluth* in Calliess/Ruffert, Art. 49, 50 EGV, Rn. 63

the (...) proportionality test national restrictions have to pass under „horizontal“ EC primary law as it stands.“⁵³⁴

Ein beträchtlicher Unterschied zwischen Waren- und Dienstleistungsverkehr ist, dass Dienstleistungen im Allgemeinen nicht unabhängig vom Dienstleister gehandelt werden können, wodurch eine vom Herkunftsland gesteuerte Kontrolle schwierig ist, wenn eine Dienstleistung in einem anderen als dem Herkunftsland erbracht wird.⁵³⁵ Es ist äußerst fraglich, ob die Annahme einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit nationaler Regelungsziele, die der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Binnenmarkt zugrundeliegt und das mit Schranken versehene Herkunftslandprinzip im freien Warenverkehr annehmbar macht, im Bereich der Dienstleistungen gerechtfertigt und darüber hinaus politisch tragfähig wäre – die Angst einer regulatorischen Abwärtsspiele – Stichwort „Lohn- und Sozialdumping“ – kam während des Gesetzgebungsverfahrens der Dienstleistungsrichtlinie massiv zum Vorschein.

Letztlich wurden Überschrift und kritische Passage des Art. 16 zum Herkunftslandprinzip gestrichen und Zuflucht dazu genommen, zu wiederholen, was bereits Inhalt der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG-Vertrag ist, nämlich dass das Recht der Dienstleistungserbringer zu respektieren sei, in anderen Mitgliedstaaten Dienstleistungen zu erbringen und dort Dienstleistungstätigkeiten auszuführen. „Consequently, what would have been the most spectacular and substantial – although highly problematic – regulatory change the original proposal had foreseen [the introduction of the country of origin principle], was deleted from the final version and consequently will not take place.“ Darüber hinaus enthält Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie in der letztlich akzeptierten Kompromisslösung kodifiziertes Fallrecht, indem statuiert wird, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht eingeschränkt werden darf, wenn sie nicht die aufgeführten Regelungen einhält, wozu das Diskriminierungsverbot, Rechtfertigungsgründe und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zählen.⁵³⁶ Darüber inwieweit das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie tatsächlich noch zu finden ist, kann man streiten. Deutlich wird anhand dieses Beispiels, dass die Übertragung des Herkunftslandprinzips und der gegenseitigen Anerkennung in andere Politikfelder – und handelt es sich dabei auch „nur“ um eine andere Grundfrei-

⁵³⁴ *Griller*, The Services Directive, S. 225 (228 f.)

⁵³⁵ *Schmidt*, JEPP, 2007, S. 667 (675)

⁵³⁶ *Hatje*, Services Directive – a Legal Analysis, S. 17 f.

heit – mit etlichen Schwierigkeiten verbunden ist.⁵³⁷ Das Gesetzgebungsverfahren zur Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ hat zudem deutlich gemacht, dass selbst die sekundärrechtliche Festlegung von Verfahrensregelungen zur Beweislastumkehr im klassischen Feld der *Cassis*-Rechtsprechung des Warenverkehrs in ihrem Anspruch an den Gemeinschaftsgesetzgeber keineswegs zu unterschätzen gewesen ist.

3. Geltungsbereich der Verordnung im Verhältnis zum Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit

Die Verbindung zwischen dem materiell-rechtlichen Gehalt der Art. 28 und 30 EG-Vertrag einerseits und den sekundärrechtlich festgelegten Verfahrensregelungen andererseits, aus der sich durchaus Reibungspunkte ergeben können, kommt besonders bei der Festlegung des Geltungsbereichs der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ zum Ausdruck. Die Schwierigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers hat darin gelegen, die Reichweite der Verordnung mit derjenigen in Übereinstimmung zu bringen, die sich aus der Auslegung der Warenverkehrsfreiheit ergibt, denn die Verordnung sollte ja gerade dafür entwickelt werden, die anerkannten Grundsätze des PGA besser durchzusetzen – ohne eine davon gelöste Eigenständigkeit zu entwickeln. Es bleibt jedoch problematisch, dass das materielle Recht des PGA ohne primär- oder sekundärrechtlicher Fixierung auf Fallrecht beruht, wodurch es im Positiven wie im Negativen wandelbar und je nach Konstellation des Sachverhalts mehr oder weniger einzelfallabhängig ist, auch wenn das Bemühen des EuGH auf Kohärenz und eine systematische Vorgehensweise bei seiner Rechtsprechung gerichtet ist.

Ergäben sich etwa relevante Änderungen im Hinblick auf die *Keck*-Rechtsprechung, wäre es möglicherweise erforderlich, Art. 2 Abs. 2 lit. b der VO entsprechend anzupassen, da dort die Anforderungen aufgeführt sind, die eine (produktbezogen ausgerichtete) technische Vorschrift i.S. der Verordnung ausweisen. Darüber hinaus wurde bereits bei der Analyse des Geltungsbereichs der Verordnung angemerkt, dass die für technische Vorschriften aufgeführten Kriterien zur Bestimmung potentieller Grundlagen i.S. der Verordnung für marktzugangsbeschränkende Entscheidungen nicht so dezidiert ausfallen, dass nicht-diskriminierende Verkaufsmodalitäten nach *Keck* mit Sicherheit ausgeschlossen werden könnten. Im Zweifel müsste davon ausgegangen werden, dass eine technische Vorschrift, die

⁵³⁷ Zur gegenseitigen Anerkennung im Politikfeld Justiz und Inneres etwa *Lavenex* „Mutual recognition and monopoly of force: limits of the single market analogy“, JEPP, Bd. 14, Nr. 5, 2007, S. 762 ff.

nach der Rechtsprechung eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt, auch in den Geltungsbereich der Verordnung fällt. Dennoch bietet die Verordnung aber möglicherweise (zusätzlichen) Anlass dafür, Unklarheiten, die sich aus der *Keck*-Rechtsprechung ergeben, einer eindeutigeren Lösung zuzuführen. Dies betrifft zum einen die angesprochene Bedeutung des Marktzugangskriteriums im Rahmen von Art. 28 EG-Vertrag und die Differenzierung zwischen produktbezogenen und vertriebsbezogenen Vorschriften.⁵³⁸

III. Abschließende Bemerkung

Mit der Verordnung gibt es erstmals einen Sekundärrechtsakt, der „die Existenz des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung im Warenverkehr ausdrücklich bestätigt“.⁵³⁹ Diese Aussage bezieht sich auf die eindeutige Beweislastzuweisung als Kern der Verordnung, die im Einklang mit dem Verbot der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit steht, wohingegen auf eine positivrechtliche Normierung des PGA verzichtet wurde.⁵⁴⁰ In technische Vorschriften eingefügte Gleichwertigkeitsklauseln als Durchsetzungsinstrument konnten das Problem der Missachtung der Beweislastumkehr auf breiter Basis nicht verlässlich lösen, da sie zwar grundsätzlich auf das PGA hinweisen, aber nicht generell verpflichtend spezifizieren, wie es implementiert werden soll.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Transparenz wäre es im Rahmen des vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählten Konzepts der Verfahrensregelungen bei der Beweislastumkehr allerdings erfreulich gewesen, wenn zumindest Rechte und Pflichten bei der Einholung von Informationen über ein Produkt und Kriterien zur Bewertung des Schutzniveaus eines Produkts eindeutig festgelegt worden wären. Dazu gehören etwa die Forderung nach Übersetzung von Nachweisen, das Recht zur Entnahme von Produktproben, die Wiederholung von Kontrollprüfungen oder die Durchführung zusätzlicher Tests. Es handelt sich hier um Aspekte, die bereits mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung waren und ohne weiteres hätten gewinnbringend für alle Beteiligten festgelegt werden können.⁵⁴¹ Die Regelung der Anerkennung von Bescheinigungen und Prüf-

⁵³⁸ Vgl. dazu unter 1. Teil, D. II. 1, S. 42 ff.

⁵³⁹ Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2007)113 (s. Fn. 5), s. dort unter „Probleme“, Ziff. 1

⁵⁴⁰ Vgl. Verordnungsvorschlag KOM(2007)36 endg. vom 14.2.2007, S. 3

⁵⁴¹ KOM-Mitteilung - C 265/2, 2003 (s. Fn. 145), Ziff. 4.1 mit Hinweisen auf die einschlägigen EuGH-Urteile in den dort aufgeführten Fußnoten

berichten akkreditierter Konformitätsbewertungsstellen in Art. 5 der VO bildet in dieser Hinsicht eine lobenswerte Ausnahme.

Ungenauigkeiten bei rechtstechnischen Formulierungen, wie sie bei der Analyse der Hauptvorschriften der Verordnung stellenweise zum Vorschein gekommen sind, stellen keine Seltenheit beim Erlass von Sekundärrecht dar, sind sie doch oftmals den Gegebenheiten des europäischen Gesetzgebungsverfahrens geschuldet. Es ist davon geprägt, Kompromisslösungen zu finden, um die widerstreitenden Interessen der beteiligten Organe Kommission, Europäisches Parlament und Rat zum Ausgleich zu bringen, wodurch rechtstechnische Systematik und saubere Terminologie oftmals in den Hintergrund geraten. Hinzu kommen Übersetzungsungenauigkeiten, die trotz juristisch-linguistischer Überprüfung nicht immer vermieden werden können, aber gerade deswegen problematisch sind, weil letztlich alle Sprachfassungen der Verordnung verbindlich sind. Bei einer Revision können derartige Ungenauigkeiten, die sich als rechtlich und/oder praktisch problematisch erweisen, im Nachgang aufgearbeitet werden.

D. Wirkung und Bedeutung der Verordnung

I. Effekte der Verordnung

Die verbindlich einzuhaltenden Verfahrensschritte zum Erlass marktzugangsbeschränkender Entscheidungen und ein zusätzliches „monitoring“ disziplinieren nationale Behörden sekundärrechtlich, die Beweislastbürde nicht dem Wirtschaftsteilnehmer zuzuschieben. Der gegenseitigen Anerkennung entgegenstehende protektionistische Neigungen und Vertrauensdefizite auf Seiten der Behörden, bedingt durch Misstrauen gegenüber den technischen Regelungen und der Kontrollhoheit anderer Mitgliedstaaten, können damit überwunden werden. Es ist anzunehmen, dass aufgrund erschwerter Umstände – durch die eindeutige Zuweisung der „burden of effort and proof“⁵⁴² –, die Mitgliedstaaten künftig mehr Zurückhaltung üben werden, marktzugangsbeschränkende Entscheidungen zu erlassen.

Hält sich der betroffene Mitgliedstaat nicht an die Verordnungsvorschriften, setzt er sich nicht nur der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens aufgrund der Missachtung von Sekundärrecht aus. Die Unanwendbarkeit nationaler technischer Vorschriften droht – und das nicht nur bei Eintritt

⁵⁴² *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (712)

der in Art. 6 Abs. 4 der VO vorgesehenen Genehmigungsfiktion.⁵⁴³ „The stick behind such a set-up is not so much a legal measure as such at EU level, but the ‘inapplicability’ of national provisions (hence automatic market access) if the disciplines have not been properly executed.“⁵⁴⁴ Eine solche Wirkung ist zwar in der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ selbst nicht vorgeschrieben, ergibt sich jedoch aus einer Parallele zum Urteil *CIA Security International*.⁵⁴⁵ Diese Entscheidung bezog sich zwar auf die Informationsrichtlinie 98/34/EG und damit auf ein von der Rechtsnatur her anders geartetes Instrument. Aber die Schlussfolgerung, dass der Verstoß gegen die unmittelbar anwendbaren Notifizierungspflichten dazu führt, dass betroffene technische Vorschriften gegenüber einem Wirtschaftsteilnehmer nicht geltend gemacht werden können, müsste auch bei einem Verstoß gegen die unmittelbar anwendbaren Verordnungsvorschriften zur Geltendmachung technischer Vorschriften zu ziehen sein.

Für Wirtschaftsteilnehmer bedeuten die Verordnungsregelungen mehr Rechtssicherheit und Transparenz durch verbindliche Verfahrensschritte und die eindeutige Zuweisung der Rechtfertigungs- und Beweislast. Die Abhängigkeit der Funktionsfähigkeit der gegenseitigen Anerkennung von (Un-)Kenntnis und (ungenügender) Selbstdisziplin der staatlichen Behörden werden mit der Verordnung reduziert. Durch diese Faktoren soll das Vertrauen der Wirtschaftsteilnehmer darin gestärkt werden, ihre sich aus der gegenseitigen Anerkennung ergebenden Rechte wahrzunehmen.

Transaktionskosten, die bisher dadurch entstanden sind, dass Unternehmer ihre Produkte von vorneherein den technischen Vorschriften eines anderen Mitgliedstaates angepasst haben oder dem ungerechtfertigt ausgesetzt wurden, werden somit vermieden. Zudem werden Informationskosten gesenkt, indem Wirtschaftsteilnehmer sich bei den einzurichtenden Produktinfostellen in den Mitgliedstaaten grundsätzlich kostenlos und gezielt vermarktungsrelevant beraten lassen können. Allerdings wird der Wirtschaftsteilnehmer immer das (Kosten-)Risiko tragen, dass von ihm eingeführte Erzeugnisse nachträglich vom Markt genommen werden, wenn die Behörde eines Mitgliedstaates begründen und nachweisen kann, dass eine marktzugangsbeschränkende Entscheidung gerechtfertigt ist. Das liegt in der Rechtsnatur der gegenseitigen Anerkennung. Allerdings

⁵⁴³ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (712)

⁵⁴⁴ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (712)

⁵⁴⁵ EuGH Rs. 194/94 *CIA Security International*, Slg. 1996, S. I-2201; dazu unter 1. Teil, I. III. 2, S. 90

wird auch dieses Risiko mit der Verordnung gesenkt, da von vorneherein bessere Informationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, um einen dahingehende Abwägung vorzunehmen.

Neben einer besseren Gewährleistung des freien Warenverkehrs werden in der Verordnung auch Aspekte der Produktsicherheit bedacht, was zum einen in dem Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten wie der allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie zum Ausdruck kommt, aber auch in der Regelung zur vorübergehenden Suspendierung eines Produkts bei Einleitung des Verfahrens zur Anwendung technischer Vorschriften. Verbraucherschutz und Gewährleistung der Produktsicherheit sollen durch die Verordnung nicht eingeschränkt, sondern optimiert sichergestellt werden.

II. Einfluss auf Notifizierung und Gestaltung technischer Vorschriften

Zum einen kann davon ausgegangen werden, dass durch die Verordnung der Druck auf die Mitgliedstaaten verstärkt wird, die Notifizierungsverpflichtungen, die aufgrund der Informationsrichtlinie 98/34/EG bestehen, noch disziplinierter einzuhalten. Wie bereits dargelegt, ist von einer Dunkelziffer an nationalen Vorschriften auszugehen, die an der Notifikation, bewusst oder unbewusst, vorbeirutschen. Durch die von der Verordnung vorgesehenen Meldepflichten, ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass auch nicht notifizierte technische Vorschriften früher oder später an die Oberfläche gelangen. Daher ist zu erwarten, dass sich die Verordnung ebenfalls positiv auf die Effektivität der Informationsrichtlinie als Instrument der Präventivkontrolle auswirken und die Beobachtung der Einhaltung von Notifizierungsverpflichtungen erleichtern wird.

Das gesteigerte Maß an Transparenz erhöht die Wahrscheinlichkeit einer nachträglichen Kontrolle sowohl der Verwaltungsentscheidungen als auch der technischen Vorschrift durch die Kommission. Selbst wenn ein Wirtschaftsteilnehmer eine ihn betreffende negative Entscheidung auf nationalstaatlicher Ebene nicht angreift, sich aber bei der Kommission der Eindruck verstärken sollte, es handele sich um eine rechtswidrige Entscheidung, kann eine umfassende Überprüfung einschließlich der technischen Vorschrift eingeleitet werden, die möglicherweise auf ein Vertragsverletzungsverfahren hinausläuft.

Der schon durch die Informationsrichtlinie erzeugte Druck könnte erhöht werden, im Entwurfsstadium technischer Vorschriften darauf zu achten,

keinen „überrissenen Rückgriff auf eine Ausnahmeregel“⁵⁴⁶ – sprich zwingende Gründe des Allgemeinwohls – zu nehmen. Denkbar und wünschenswert wäre zudem der sich nachträglich einstellende Effekt, Mitgliedstaaten dazu zu veranlassen, geltende technische Vorschriften von sich aus zu ändern oder zurückziehen, da zuständige Behörden gezwungen wären, auf deren Grundlage eine gerechtfertigte Anwendung zu prüfen und diese zu begründen.⁵⁴⁷

E. Binnenmarktpolitische Relevanz

I. Effekt auf Harmonisierungstendenzen?

Die Verordnung bestimmt im Hinblick auf Harmonisierung ausdrücklich Neutralität gegenüber der Harmonisierung technischer Vorschriften. Laut Erwägungsgrund 9 der VO soll sie einer etwaigen weiteren Harmonisierung nicht im Wege stehen. Damit soll ausgedrückt werden, dass mit verbesserten Bedingungen für die Durchsetzbarkeit der gegenseitigen Anerkennung durch die Verordnung nicht gleichzeitig eine Einschränkung für Harmonisierung verbunden ist, wenn eine Rechtsangleichung sich positiv auf das Funktionieren des Binnenmarkts in einem bestimmten Bereich auswirken würde.

In Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der sich auch bei der „Mittelhierarchie“⁵⁴⁸ bemerkbar macht, könnte jedoch davon ausgegangen werden, dass zu erwartende Effekte der Verordnung – eine insgesamt bessere Funktionsfähigkeit des PGA, die sich etwa im Rückgang marktzugangsbeschränkender staatlicher Maßnahmen und in einer selbstkritischeren Formulierung und Handhabung technischer Vorschriften bemerkbar macht – dazu führen, dass Harmonisierung in einem stärkeren Maße als zuvor in einigen Sektoren nicht oder wenn, dann nur eingeschränkt erforderlich wäre, da die gegenseitige Anerkennung das mildere Mittel im Verhältnis zur Erreichung der Zielsetzung darstellt. Dies entspricht auch der Maxime der „better regulation“, die mit einem „weniger ist mehr“ im Hinblick auf europäische Regelungsaktivität zu charakterisieren ist.

Auf der anderen Seite wird es für Harmonisierungsmaßnahmen – werden sie denn angestrebt – von Vorteil sein, dass die Kommission durch die

⁵⁴⁶ „Die EU stärker den Güter-Binnenmarkt“, Neue Zürcher Zeitung vom 22.2.2008

⁵⁴⁷ Entsprechende Aussage von MdEP Schwab (EVP-ED), Handelsblatt vom 20.2.2008, EU erleichtert Firmen die Ausfuhr von Waren

⁵⁴⁸ Erläuterung des Begriffs unter 1. Teil, H. III, S. 77

Meldepflichten auf Seiten der Mitgliedstaaten hinsichtlich marktzugangsbehindernder Verwaltungsentscheidungen in die Lage versetzt wird, genauere Informationen über die Behinderung des freien Warenverkehrs in einzelnen Sektoren des nicht-harmonisierten Bereichs zu sammeln. Das könnte sich positiv darauf auswirken, gezielt und passgenau Harmonisierungsvorschläge zu entwickeln.⁵⁴⁹ In politisch schwierigen Bereichen, wie etwa der Regelung von Zulassungserfordernissen für Waffen, für die bislang keine Harmonisierung mangels politischer Einigkeit der Mitgliedstaaten erreicht werden konnte, könnte sich die Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ möglicherweise als Katalysator erweisen, eine gemeinschaftsweit einheitliche Lösung zu erarbeiten. Dies wäre denkbar, wenn eine strikte Einhaltung der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung den Mitgliedstaaten als ein größeres „Übel“ erscheinen würde als ein gemeinsames Mindestniveau für Zulassungsbestimmungen festzulegen. Stattdessen Vorabgenehmigungserfordernisse einzuführen, „umginge“ die gegenseitige Anerkennung nur scheinbar. Zwar haben Mitgliedstaaten damit den Vorteil, den Marktzugang unter die Bedingung der Erteilung einer Zulassungsgenehmigung zu stellen, andererseits bleibt aber die Verpflichtung, bei der Prüfung des Schutzniveaus die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung zu berücksichtigen.

II. Langfristige Bedeutung für die gegenseitige Anerkennung als Integrationsinstrument im Binnenmarkt

Angesichts der fortgeschrittenen Rechtsangleichung nach dem Konzept der „neuen Strategie“ könnte man meinen, dass Harmonisierung über kurz oder lang der gegenseitigen Anerkennung den Rang abliefere. Die beständig hohe Anzahl der bei der Kommission eingehenden Notifizierungen nationaler Vorschriften und Normen dürfte diese These jedoch widerlegen. Mit günstigeren Bedingungen für die Effektivität der gegenseitigen Anerkennung durch die Verordnung ist im Gegenteil sogar mit einer wachsenden Bedeutung zu rechnen, da davon auszugehen ist, dass auch die Akzeptanz des PGA durch die Unternehmerschaft wachsen wird, von deren Seite aus es bislang regelmäßig Beschwerden über Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung der gegenseitigen Anerkennung gab.⁵⁵⁰ Im Hinblick auf

⁵⁴⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 3 der VO. Er verpflichtet die Kommission zu einem Bericht über die Anwendung der Verordnung in regelmäßigen Abständen, dem sie Vorschläge zur Verbesserung des freien Warenverkehrs beifügen kann.

⁵⁵⁰ „Mutual recognition is at work today and, as noted above, will gradually gain significance.“ *Pelkmans*, JEPP, S. 699 (713)

eine rasche technische Entwicklung und Innovation ist die gegenseitige Anerkennung unverzichtbar, indem sie – zumindest bis eine angestrebte Rechtsangleichung für einen neuen Produktbereich durchgeführt wurde – den freien Warenverkehr und die breite Vermarktungsfähigkeit eines Produktes gewährleisten kann.

Harmonisierung und gegenseitige Anerkennung treten ohnehin häufig in Mischformen auf, indem Mindeststandards oder Teilaspekte durch sektorspezifische Richtlinien festgelegt werden, darüber hinaus aber die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung gelten. Das entspricht ebenfalls dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, das vorgibt, Harmonisierung auf das notwendige Maß zu reduzieren. Umgekehrt könnte man auch davon sprechen, dass die gegenseitige Anerkennung durch Richtlinien an die Erfüllung bestimmter materieller Mindestvoraussetzungen geknüpft wird, wodurch deutlich wird, wie eng diese beiden Integrationsinstrumente verbunden sind und gerade in ihrer Ergänzung zueinander die Strukturen des Binnenmarkts seit Mitte der 80er Jahre nachhaltig prägen – auch in Zukunft. Festzuhalten bleibt, dass der Binnenmarkt insgesamt von einer verbesserten Durchsetzung der gegenseitigen Anerkennung profitieren wird.

Schlusswort

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ist ein Integrationsinstrument, dem der ökonomische und politische Entwicklungsstand der EU angemessen ist, um technische Handelshemmnisse durch nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften im grenzüberschreitenden Warenverkehr auch ohne Harmonisierung zu überwinden. "The European Union followed the sequence of regional integration steps, from a customs union, as was seen in the European Community for Coal and Steel, to applying the "four freedoms" of a common market – free movement of goods, services, financial capital, and labour – and ultimately instituting an economic union."⁵⁵¹ Insbesondere die Institutionalisierung gemeinschaftlicher Entscheidungsprozesse und Gesetzgebung auf der Basis übertragener Kompetenzen haben den derzeitigen Integrationsstand ermöglicht, der den europäischen Binnenmarkt von einem reinen Freihandelsübereinkommen wie etwa der NAFTA unterscheidet.

Der EU anzugehören heißt jedoch keinesfalls, dass Mitgliedstaaten zwangsläufig „europäisch“ denken und handeln. Das von dem Wunsch

⁵⁵¹ *Cobbett*, Deeper North American integration? Putting the horse back before the cart

nach Handelsliberalisierung und koordinierter Wirtschaftspolitik auf der einen Seite und von dem Hang zu Protektionismus und Nationalstaatlichkeit auf der anderen Seite gekennzeichnete Dilemma, hat sich beständig auf jeder Integrationsstufe als problematisch erwiesen. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung brauchte nicht umsonst einen „Geburtshelfer“, in dessen Rolle sich der EuGH fand, als es zum *Cassis*-Urteil kam. Durch Auslegung des von den Mitgliedstaaten vereinbarten Vertragsrechts wurden die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung entwickelt, was einer gewissen Ironie nicht entbehrt, denn auf dem Wege „positiver“ Integration wäre das PGA mangels Zustimmung aller Mitgliedstaaten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gescheitert – zumindest in den 70er und 80er Jahren.

Auch auf verwaltungstechnischer Ebene wirken sich nationalstaatlich geprägte Denk- und Verhaltensmuster hemmend aus, was die Berücksichtigung der gegenseitigen Anerkennung in der Praxis angeht, worunter Funktionsfähigkeit und Effizienz des Integrationsinstruments leiden. Die Kommission bemerkte in ihrer Folgenabschätzung zu den wirtschaftlichen Konsequenzen: „Wenn es morgen gelänge, den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung innerhalb der EU perfekt anzuwenden, könnte das dem EU-BIP zu einem einmaligen Wachstumsschub von bis zu 1,8 % verhelfen.“⁵⁵²

Mit der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ gewinnt das PGA zur Überwindung technischer Handelshemmnisse ein Stück mehr an Verlässlichkeit für Wirtschaftsteilnehmer, die den Export in andere Mitgliedstaaten anstreben, da Willkür mitgliedstaatlicher Behörden eingegrenzt wird. Dies erreichen die Verordnungsvorschriften neben Maßnahmen zur Verbesserung der Informations- und Kooperationspolitik wesentlich durch obligatorische Verfahrensvorgaben für die jeweils zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten zur Einhaltung der Beweislastumkehr. Ein mit der Verordnung aufpoliertes Image des PGA – gekennzeichnet durch mehr Rechtssicherheit und weniger Unwägbarkeiten – sollte Wirtschaftsteilnehmer ermutigen, ihre Rechte uneingeschränkt in Anspruch zu nehmen, die sich aus der gegenseitigen Anerkennung ergeben. Ein Allheilmittel wird die Verordnung jedoch nicht sein, ebenso wenig wie das ihr zugrunde liegende PGA selbst ein Integrationswunder ist, bleibt es doch unweigerlich verbunden mit Inländerdiskriminierung und zumindest potentiell denkbaren Abwärtsspiralen mitgliedstaatlicher Produktstandards. Allerdings haben sich diese oft thematisierten Szenarien in der Praxis als weit weniger gravierend erwiesen, als es in der Literatur gelegentlich

⁵⁵² Zusammenfassung der Folgenabschätzung (s. Fn. 5)

dargestellt wird. Für die Durchsetzung des PGA und der eingangs erwähnten „multi-layered ‘Mutual recognition culture‘“⁵⁵³ wurde mit den Verordnungsvorschriften in Ergänzung zu bereits etablierten Instrumenten definitiv ein wesentlicher Schritt getan – so viel kann bereits an dieser Stelle trotz noch ausstehender Bewährung in der Praxis und Evaluierung gesagt werden, auch ohne zu verschweigen, dass mit der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ durchaus kein in jeder Hinsicht perfektes Rechtsinstrument aus der Taufe gehoben wurde.

Eine Aufarbeitung und Gestaltung des viel beschworenen und umfangreichen Fallrechts zu den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung hat es sekundärrechtlich nicht gegeben. Das Herkunftslandprinzip konnte bei der Verordnung „zur gegenseitigen Anerkennung“ mit der Festlegung von Verfahrensregelungen zur Beweislastumkehr quasi über die Hintertür ins Sekundärrecht eingeführt werden, ohne sich unnötig weit aus dem Fenster lehnen. Die wesentliche Zielsetzung konnte somit erreicht werden.

Insofern aber wird sich für ein umfassendes Verständnis des PGA ein Studium der einschlägigen Entscheidungen und relevanter Sekundärliteratur auch in Zukunft nicht erübrigen. Zu beobachten wird sein, wie sich die bei der Analyse festgestellten rechtstechnischen Ungenauigkeiten – insbesondere was den Geltungsbereich der Verordnung angeht – auswirken und wie gegebenenfalls Reaktionen der Rechtsprechung aussehen werden.

⁵⁵³ S. Fn. 10

Anhang

Verordnung (EG) Nr. 764/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates

vom 9. Juli 2008

zur Festlegung von Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter nationaler technischer Vorschriften für Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind, und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 3052/95/EG

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf die Artikel 37 und 95,

auf Vorschlag der Kommission,

nach Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses⁵⁵⁴,

nach Anhörung des Ausschusses der Regionen,

gemäß dem Verfahren des Artikels 251 des Vertrags⁵⁵⁵,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Der Binnenmarkt ist ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Warenverkehr durch den EG-Vertrag gewährleistet ist, der Maßnahmen verbietet, die die gleiche Wirkung haben wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Das Verbot erfasst alle nationalen Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Warenhandel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.
- (2) In Ermangelung harmonisierter Rechtsvorschriften kann es geschehen, dass die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten unzulässige Hindernisse für den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten errichten, wenn sie auf Produkte, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind, technische Vorschriften mit Merkmalen anwenden, die diese Produkte besitzen müssen; dazu gehören auch Vorschriften in Bezug auf Bezeichnung, Form, Größe, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung der betreffenden Produkte. Die Anwendung solcher Vorschriften auf Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind,

⁵⁵⁴ ABl. C 120 vom 16.5.2008, S. 1.

⁵⁵⁵ Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 21. Februar 2008 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht) und Beschluss des Rates vom 23. Juni 2008.

kann gegen die Artikel 28 und 30 des Vertrags verstoßen, selbst dann, wenn sie unterschiedslos für alle einschlägigen Produkte gelten.

- (3) Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ableitet, stellt eines der Mittel dar, die den freien Warenverkehr im Binnenmarkt gewährleisten. Er wird auf Produkte angewendet, die nicht den Harmonisierungsvorschriften der Gemeinschaft unterliegen oder auf Produktaspekte, die nicht in den Anwendungsbereich solcher Vorschriften fallen. Dieser Grundsatz besagt, dass ein Mitgliedstaat auf seinem Hoheitsgebiet den Verkauf von Produkten, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden, auch dann nicht verbieten darf, wenn bei der Erzeugung dieser Produkte technische Vorschriften zur Anwendung kamen, die sich von denen unterscheiden, die bei einheimischen Produkten eingehalten werden müssen. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur bei Beschränkungen möglich, die ihre Rechtfertigung in Artikel 30 EG-Vertrag oder in anderen übergeordneten Gründen des Allgemeininteresses finden und die überdies in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.
- (4) Bei der richtigen Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung durch die Mitgliedstaaten bestehen noch zahlreiche Probleme. Es sind deshalb Verfahren notwendig, die die Gefahr minimieren, dass technische Vorschriften rechtswidrige Hindernisse für den freien Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten nach sich ziehen. Das Fehlen solcher Verfahren in den Mitgliedstaaten behindert den freien Warenverkehr zusätzlich, denn es schreckt Unternehmen davon ab, ihre Erzeugnisse, die sie in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht haben, auch in dem Mitgliedstaat anzubieten, der technische Vorschriften auf diese anwendet. Umfragen haben gezeigt, dass viele, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU), entweder ihre Erzeugnisse anpassen, damit sie die technischen Vorschriften von Mitgliedstaaten erfüllen, oder ganz darauf verzichten, sie in diesen Mitgliedstaaten anzubieten.
- (5) Den zuständigen Behörden fehlen im Übrigen geeignete Verfahren für die Anwendung ihrer technischen Vorschriften auf bestimmte Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind. Dies beeinträchtigt die Fähigkeit dieser Behörden, die Konformität von Erzeugnissen im Einklang mit den Bestimmungen des Vertrags zu beurteilen.
- (6) In seiner Entschließung vom 28. Oktober 1999 zur gegenseitigen Anerkennung⁵⁵⁶ wies der Rat darauf hin, dass Wirtschaftsakteure und Bürger nicht immer erschöpfend und korrekt von der gegenseitigen Anerkennung Gebrauch machten, da ihnen der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und die damit verbundenen praktischen Auswirkungen nicht genügend bekannt seien. Er forderte die Mitgliedstaaten auf, geeignete Maßnahmen auszuarbeiten, damit Wirtschaftsakteuren und Bürgern ein wirkungsvoller Rahmen für die gegenseitige Anerkennung geboten werde, der unter anderem eine effiziente Bearbeitung ihrer Anträge und die zügige Beantwortung dieser Anträge gewährleisten.
- (7) Auf seiner Tagung vom 8. und 9. März 2007 hat der Europäische Rat dazu aufgerufen, dem Binnenmarkt für Waren durch Stärkung der gegenseitigen

⁵⁵⁶ ABl. C 141 vom 19.5.2000, S. 5.

Anerkennung neuen Schwung zu geben und dabei ein hohes Sicherheits- und Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Auf seiner Tagung vom 21. und 22. Juni 2007 hat er hervorgehoben, dass die weitere Stärkung der vier Freiheiten des Binnenmarkts (freier Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr) und die Verbesserung seines Funktionierens nach wie vor von größter Bedeutung für Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung sind.

- (8) Ein reibungslos funktionierender Binnenmarkt für Waren braucht angemessene und transparente Verfahren zur Lösung der Probleme, die daraus resultieren, dass technische Vorschriften eines Mitgliedstaats auf bestimmte Erzeugnisse angewandt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat bereits rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind.
- (9) Diese Verordnung sollte einer etwaigen weiteren Harmonisierung technischer Vorschriften zur Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarkts nicht im Wege stehen.
- (10) Zu Handelsbeschränkungen kann es auch infolge anderer Maßnahmen kommen, die in den Anwendungsbereich von Artikel 28 und 30 des Vertrags fallen. Zu diesen Maßnahmen können beispielsweise technische Spezifikationen für öffentliche Vergabeverfahren oder Verpflichtungen zum Gebrauch der Amtssprachen in den Mitgliedstaaten zählen. Bei diesen Maßnahmen sollte es sich jedoch nicht um technische Vorschriften im Sinne dieser Verordnung handeln; sie sollten deshalb nicht in ihren Anwendungsbereich fallen.
- (11) Technische Vorschriften im Sinne dieser Verordnung kommen bisweilen im Rahmen obligatorischer Vorabgenehmigungsverfahren zur Anwendung, die gemäß den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats erlassen werden und festlegen, dass die zuständige Behörde des betreffenden Mitgliedstaats zunächst auf Antrag eine förmliche Genehmigung erteilt haben sollte, ehe ein Produkt oder Produkttyp in diesem Mitgliedstaat oder einem Teil desselben in den Verkehr gebracht werden kann. Das Bestehen solcher Verfahren an sich behindert den freien Warenverkehr. Um nach dem Grundsatz des freien Warenverkehrs im Binnenmarkt gerechtfertigt zu sein, sollte ein obligatorisches Vorabgenehmigungsverfahren deshalb ein vom Gemeinschaftsrecht anerkanntes Ziel des öffentlichen Interesses verfolgen, nicht zu Diskriminierungen führen und verhältnismäßig sein; das bedeutet, es sollte dazu geeignet sein, das Erreichen des verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne dabei über das dazu erforderliche Maß hinauszugehen. Ob bei einem solchen Verfahren der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wird, sollte anhand der in der Rechtsprechung des Gerichtshofes angeführten Erwägungen bewertet werden.
- (12) Ein Erfordernis der Vorabgenehmigung für das Inverkehrbringen eines Produkts sollte als solches keine technische Vorschrift im Sinne dieser Verordnung darstellen, so dass eine Entscheidung, ein Erzeugnis allein mit der Begründung vom Markt auszuschließen oder vom Markt zu nehmen, dass es über keine gültige Vorabgenehmigung verfügt, keine Entscheidung darstellen sollte, auf die diese Verordnung anwendbar ist. Wird jedoch solch eine zwingende Vorabgenehmigung eines Erzeugnisses beantragt, so sollten bei jeder beabsichtigten Entscheidung zur Ablehnung des Antrags aufgrund einer technischen Vorschrift die Bestimmungen dieser Verordnung zum Tragen kommen, so dass der Antragsteller in den Genuss des Verfahrensschutzes dieser Verordnung kommen könnte.

- (13) Entscheidungen der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit über die Rechtmäßigkeit von Fällen, in denen Produkten, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden, aufgrund einer technischen Vorschrift der Zugang zum Markt eines anderen Mitgliedstaats verwehrt wird, oder in denen Sanktionen verhängt werden, sollten vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen werden.
- (14) Waffen sind Erzeugnisse, die für die Gesundheit und die Sicherheit von Menschen und für die öffentliche Sicherheit der Mitgliedstaaten eine ernsthafte Gefahr darstellen können. Mehrere spezifische Waffentypen, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht werden, können im Interesse des Schutzes der Gesundheit und der Sicherheit des Menschen und der Kriminalitätsprävention in einem anderen Mitgliedstaat restriktiven Maßnahmen unterliegen. Solche Maßnahmen können in spezifischen Kontrollen und Genehmigungen bestehen, die greifen, bevor Waffen, die zunächst in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht werden, dann auch auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats in den Verkehr gebracht werden. Es sollte den Mitgliedstaaten daher gestattet werden, zu verhindern, dass Waffen auf ihrem heimischen Markt in den Verkehr gebracht werden, bevor ihre nationalen Verfahrensanforderungen in vollem Umfang erfüllt sind.
- (15) Nach der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit⁵⁵⁷ dürfen nur sichere Produkte in den Verkehr gebracht werden; gleichzeitig werden in der Richtlinie die Verpflichtungen festgelegt, denen die Hersteller und Händler im Hinblick auf die Sicherheit der Produkte unterliegen. Die Richtlinie erlaubt den Behörden, alle gefährlichen Erzeugnisse unmittelbar zu verbieten oder alle potenziell gefährlichen Erzeugnisse so lange zu verbieten, bis die verschiedenen Sicherheitsbewertungen, Prüfungen und Kontrollen abgeschlossen sind. Sie erlaubt den Behörden ferner, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um unverzüglich geeignete Maßnahmen entsprechend denen im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben b bis f der Richtlinie zu ergreifen, wenn von Produkten eine ernste Gefahr ausgeht. Deshalb sollten Maßnahmen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, die sich auf die nationalen Umsetzungsvorschriften des Artikels 8 Absatz 1 Buchstaben d bis f und des Artikels 8 Absatz 3 jener Richtlinie stützen, vom Geltungsbereich der vorliegenden Verordnung ausgenommen werden.
- (16) Mit der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit⁵⁵⁸ wurde unter anderem ein Schnellwarnsystem für von Lebensmitteln oder Futtermitteln ausgehende unmittelbare oder mittelbare Gefahren für die menschliche Gesundheit eingeführt. Sie verpflichtet die

⁵⁵⁷ ABl. L 11 vom 15.1.2002, S. 4.

⁵⁵⁸ ABl. L 31 vom 1.2.2002, S. 1. Zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 202/2008 der Kommission (ABl. L 60 vom 5.3.2008, S. 17).

Mitgliedstaaten, der Kommission über das Schnellwarnsystem unverzüglich alle von ihnen ergriffenen Maßnahmen zur Beschränkung des Inverkehrbringens von Lebensmitteln oder Futtermitteln oder zu ihrer Marktrücknahme oder ihres Rückrufs zu melden, falls der Schutz der menschlichen Gesundheit rasches Handeln erfordert. Deshalb sollten Maßnahmen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 50 Absatz 3 Buchstabe a und Artikel 54 jener Verordnung vom Anwendungsbereich der vorliegenden Verordnung ausgenommen werden.

- (17) Die Verordnung (EG) Nr. 882/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über amtliche Kontrollen zur Überprüfung der Einhaltung des Futtermittel- und Lebensmittelrechts sowie der Bestimmungen über Tiergesundheit und Tierschutz⁵⁵⁹ enthält allgemeine Regeln für die Durchführung amtlicher Kontrollen, mit denen überprüft werden soll, ob Bestimmungen eingehalten werden, die insbesondere darauf abzielen, unmittelbar oder über die Umwelt auftretende Risiken für Mensch und Tier zu vermeiden, zu beseitigen oder auf ein annehmbares Maß zu senken, die ferner lautere Gepflogenheiten im Futtermittel- und Lebensmittelhandel gewährleisten und die den Verbraucherschutz, einschließlich der Kennzeichnung von Futtermitteln und Lebensmitteln und sonstiger Formen der Verbraucherinformation, sicherstellen sollen. Sie legt ein besonderes Verfahren fest, das gewährleisten soll, dass die betreffenden Unternehmen Verstöße gegen das Futtermittel- und Lebensmittelrecht sowie das Veterinär- und Tierschutzrecht abstellen. Deshalb sollten Maßnahmen der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Artikel 54 jener Verordnung vom Geltungsbereich der vorliegenden Verordnung ausgenommen werden. Maßnahmen, die von den zuständigen Behörden auf der Grundlage nationaler technischer Vorschriften eingeleitet wurden oder eingeleitet werden sollen, ohne dass die Ziele der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 hiervon betroffen sind, sollten jedoch in den Geltungsbereich der vorliegenden Verordnung fallen.
- (18) Die Richtlinie 2004/49/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft (Richtlinie über die Eisenbahnsicherheit)⁵⁶⁰ sieht ein Zulassungsverfahren für die Inbetriebnahme von in Betrieb befindlichen Fahrzeugen vor, das Raum für die Anwendung bestimmter nationaler Vorschriften lässt. Maßnahmen der zuständigen Behörden gemäß Artikel 14 jener Richtlinie sollten daher vom Anwendungsbereich der vorliegenden Verordnung ausgenommen werden.
- (19) Die Richtlinie 96/48/EG des Rates vom 23. Juli 1996 über die Interoperabilität des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems⁵⁶¹ und die Richtlinie

⁵⁵⁹ ABl. L 165 vom 30.4.2004, S. 1. Berichtigte Fassung im ABl. L 191 vom 28.5.2004, S. 1. Geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1791/2006 des Rates (ABl. L 363 vom 20.12.2006, S. 1).

⁵⁶⁰ ABl. L 164 vom 30.4.2004, S. 44. Berichtigte Fassung im ABl. L 220 vom 21.6.2004, S. 16.

⁵⁶¹ ABl. L 235 vom 17.9.1996, S. 6. Zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/32/EG der Kommission (ABl. L 141 vom 2.6.2007, S. 63).

2001/16/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems⁵⁶² sehen die stufenweise Harmonisierung der Bahnsysteme und des Betriebs durch die schrittweise Verabschiedung technischer Spezifikationen für die Interoperabilität vor. Systeme und Interoperabilitätskomponenten, die in den Anwendungsbereich der genannten Richtlinien fallen, sollten daher vom Anwendungsbereich der vorliegenden Verordnung ausgenommen werden.

- (20) Mit der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen von Produkten⁵⁶³ wird ein System der Akkreditierung eingeführt, das die gegenseitige Anerkennung der Befugnisse der Konformitätsbewertungsstellen sicherstellt. Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sollten deshalb nicht länger Prüfberichten und Bescheinigungen einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle aus befugnisbezogenen Gründen die Anerkennung verweigern. Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auch Prüfberichte und Bescheinigungen anderer Konformitätsbewertungsstellen anerkennen.
- (21) Nach der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft⁵⁶⁴ müssen die Mitgliedstaaten der Kommission und den übrigen Mitgliedstaaten jeden Entwurf einer technischen Vorschrift für gewerblich hergestellte Erzeugnisse, einschließlich landwirtschaftlicher Erzeugnisse und Fischprodukte, übermitteln und die Gründe mitteilen, die die Festlegung dieser Vorschrift erforderlich machen. Nach Erlass einer solchen technischen Vorschrift muss jedoch sichergestellt werden, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in Einzelfällen korrekt auf spezifische Erzeugnisse angewandt wird. Mit der vorliegenden Verordnung wird ein Verfahren für die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in Einzelfällen eingeführt, bei dem die zuständigen Behörden die technischen oder wissenschaftlichen Gründe angeben müssen, aus denen dem betreffenden Erzeugnis in seiner gegenwärtigen Form der Zugang zum nationalen Markt im Einklang mit den Artikeln 28 und 30 des Vertrags nicht gewährt werden kann. Im Rahmen dieser Verordnung sollte der Ausdruck „Beleg“ nicht als rechtlicher Beweis verstanden werden. Ferner sind die Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen dieser Verordnung nicht verpflichtet, die technische Vorschrift an sich zu rechtfertigen. Sie sollten nach dieser Verordnung jedoch die mögliche

⁵⁶² ABl. L 110 vom 20.4.2001, S. 1. Zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/32/EG der Kommission.

⁵⁶³ Siehe Seite 30 dieses Amtsblatts.

⁵⁶⁴ ABl. L 204 vom 21.7.1998, S. 37. Zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/96/EG des Rates (AbI. L 363 vom 20.12.2006, S. 81).

- Anwendung technischer Vorschriften auf ein Produkt, das in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurde, begründen.
- (22) Im Einklang mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung sollte mit dem Verfahren nach dieser Verordnung vorgesehen werden, dass die zuständigen Behörden dem Wirtschaftsteilnehmer auf der Grundlage der einschlägigen technischen oder wissenschaftlichen Erkenntnisse im Einzelfall mitteilen, dass es für die nationalen technischen Vorschriften, die dem Produkt oder Produkttyp auferlegt werden, zwingende Gründe des Allgemeininteresses gibt und dass weniger restriktive Maßnahmen nicht angewandt werden können. Der Wirtschaftsteilnehmer sollte anhand der schriftlichen Mitteilung zu allen relevanten Aspekten der beabsichtigten Entscheidung, den Marktzugang zu beschränken, Stellung nehmen können. Es steht der zuständigen Behörde frei, tätig zu werden, nachdem die dem Wirtschaftsteilnehmer gesetzte Frist abgelaufen ist, ohne dass dieser geantwortet hat.
- (23) Bei dem Begriff der „übergeordneten Gründe des Allgemeininteresses“, auf den in einigen Bestimmungen dieser Verordnung Bezug genommen wird, handelt es sich um einen in der Entwicklung befindlichen Begriff, den der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Artikeln 28 und 30 des Vertrags entwickelt hat. Dieser Begriff bezieht sich unter anderem auf die Wirksamkeit der Steueraufsicht, den redlichen Handelsverkehr, den Verbraucherschutz, den Umweltschutz, die Wahrung der Pressevielfalt und das Risiko einer ernsten Untergrabung des finanziellen Gleichgewichts des Sozialversicherungssystems. Derartige übergeordnete Gründe des Allgemeininteresses können die Anwendung technischer Vorschriften durch die zuständigen Behörden rechtfertigen. Eine solche Anwendung darf aber nicht ein Mittel willkürlicher Diskriminierung oder eine versteckte Handelsbeschränkung zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Außerdem sollte immer der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden, wenn geprüft wird, ob die zuständigen Behörden auch wirklich die am wenigsten restriktive Maßnahme gewählt haben.
- (24) Bei der Anwendung des Verfahrens nach dieser Verordnung sollte keine zuständige Behörde eines Mitgliedstaats ein Produkt oder einen Produkttyp, das bzw. der in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, vom Markt nehmen oder das Inverkehrbringen auf seinem Markt beschränken. Die zuständige Behörde kann zweckmäßigerweise allerdings vorläufige Maßnahmen ergreifen, wenn ein rasches Eingreifen erforderlich ist, um die Sicherheit und Gesundheit der Benutzer zu schützen. Solche vorläufigen Maßnahmen können von der zuständigen Behörde auch ergriffen werden, um das Inverkehrbringen eines Erzeugnisses, dessen Inverkehrbringen aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit oder der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Kriminalitätsprävention, generell verboten ist, zu verhindern. Die Mitgliedstaaten sollten daher in jeder Phase des Verfahrens nach dieser Verordnung das Inverkehrbringen von Produkten oder Produkttypen in ihrem Hoheitsgebiet unter diesen Gegebenheiten zeitweilig untersagen können.
- (25) Jede Entscheidung, auf die diese Verordnung anwendbar ist, sollte eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten, damit Wirtschaftsteilnehmer das zuständige Gericht des Mitgliedstaats anrufen können.
- (26) Die Wirtschaftsteilnehmer sollten ferner über die zur Verfügung stehenden außergerichtlichen Problemlösungsmechanismen wie das SOLVIT-Netz informiert

werden, damit Rechtsunsicherheit und das Anfallen von Kosten für die Rechtsverfolgung vermieden werden.

- (27) Hat eine zuständige Behörde die Entscheidung getroffen, ein Produkt wegen einer technischen Vorschrift gemäß den Verfahrensanforderungen dieser Verordnung vom Markt zu nehmen, so sollte in Bezug auf dieses Produkt jedes weitere Vorgehen, das auf diese Entscheidung und auf die gleiche technische Vorschrift gestützt ist, nicht den Bestimmungen dieser Verordnung unterliegen.
- (28) Der Binnenmarkt für Waren ist darauf angewiesen, dass der Zugang zu technischen Vorschriften der Mitgliedstaaten gewährleistet ist, so dass sich die Wirtschaft, und insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, ein genaues und zuverlässiges Bild von der Rechtslage verschaffen können.
- (29) Es ist daher notwendig, Grundsätze der Verwaltungsvereinfachung umzusetzen, unter anderem durch Einführung eines Systems von Produktinfostellen. Dieses sollte so ausgelegt sein, dass für Unternehmen ein transparenter und korrekter Informationszugriff gewährleistet ist, damit sich Verzögerungen, Kosten und Abschreckungseffekte aufgrund nationaler technischer Vorschriften vermeiden lassen.
- (30) Zwecks Erleichterung des freien Warenverkehrs sollten die Produktinfostellen kostenlos Informationen über ihre nationalen technischen Vorschriften und über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Produkte bereitstellen. Die Produktinfostellen sollten über die geeignete Ausrüstung und die geeigneten Ressourcen verfügen und dazu angehalten werden, die Informationen auch auf einer Website und in anderen Gemeinschaftssprachen zur Verfügung zu stellen. Die Produktinfostellen könnten den Wirtschaftsteilnehmern während des Verfahrens nach dieser Verordnung ferner zusätzliche Informationen oder Bemerkungen zur Verfügung stellen. Für sonstige Informationen können die Produktinfostellen Gebühren erheben; diese müssen im Verhältnis zu den beim Erteilen dieser Informationen anfallenden Kosten stehen.
- (31) Die Einrichtung dieser Stellen sollte die Aufteilung der behördlichen Zuständigkeiten innerhalb der Regelungssysteme der Mitgliedstaaten unberührt lassen; deshalb sollten die Mitgliedstaaten Produktinfostellen entsprechend der regionalen oder lokalen Zuständigkeitsverteilung einrichten können. Die Mitgliedstaaten sollten bestehende Infostellen, die gemäß anderen Gemeinschaftsinstrumenten errichtet wurden, mit der Funktion der Produktinfostellen betrauen können, damit nicht unnötig viele Infostellen errichtet, sondern damit Verwaltungsverfahren vereinfacht werden. Ferner sollten die Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit haben, nicht nur bestehende Dienststellen der öffentlichen Verwaltung mit der Funktion der Produktinfostellen zu betrauen, sondern auch nationale SOLVIT-Zentren, Handelskammern, Berufsverbände und private Einrichtungen, damit keine zusätzlichen Verwaltungskosten für die Unternehmen und die zuständigen Behörden anfallen.
- (32) Die Mitgliedstaaten und die Kommission sollten dazu angehalten werden, eng zusammenzuarbeiten, um die Schulung der Mitarbeiter der Produktinfostellen zu erleichtern.
- (33) Im Hinblick auf die Entwicklung und Inbetriebnahme europaweiter elektronischer Behördendienste und diesbezüglicher interoperabler Telematiknetze sollte die

Möglichkeit eines elektronischen Systems für den Informationsaustausch zwischen den Produktinfostellen in Betracht gezogen werden, entsprechend dem Beschluss 2004/387/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über die interoperable Erbringung europaweiter elektronischer Behördendienste (eGovernmentDienste) für öffentliche Verwaltungen, Unternehmen und Bürger (IDABC)⁵⁶⁵

- (34) Um Informationen über die Anwendung dieser Verordnung zu gewinnen, die Kenntnisse hinsichtlich des Funktionierens des Binnenmarkts für Waren in nicht harmonisierten Bereichen zu verbessern und dafür zu sorgen, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ordnungsgemäß angewandt wird, sollten zuverlässige und wirksame Überwachungs- und Bewertungsverfahren eingeführt werden. Diese Verfahren sollten nicht über das zur Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinausgehen.
- (35) Diese Verordnung gilt nur für Produkte oder besondere Merkmale von Produkten, die nicht unter die Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft zur Beseitigung von Handelshemmnissen zwischen den Mitgliedstaaten fallen, die auf das Bestehen unterschiedlicher nationaler technischer Vorschriften zurückgehen. Die Vorschriften solcher Harmonisierungsmaßnahmen haben oftmals einen erschöpfenden Charakter, so dass die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von Produkten, die diesen Maßnahmen entsprechen, in ihrem Hoheitsgebiet nicht verbieten, einschränken oder erschweren können. Bestimmte Harmonisierungsvorschriften der Gemeinschaft ermöglichen es den Mitgliedstaaten jedoch, zusätzliche technische Bedingungen für das Inverkehrbringen eines Produkts festzulegen. Solche Bedingungen sollten vorbehaltlich der Artikel 28 und 30 des Vertrags und der Bestimmungen dieser Verordnung festgelegt werden. Für eine wirksame Anwendung dieser Verordnung ist es deshalb zweckmäßig, dass die Kommission eine nicht erschöpfende Liste derjenigen Produkte aufstellt, die keiner Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene unterliegen.
- (36) Mit der Entscheidung Nr. 3052/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung eines Verfahrens der gegenseitigen Unterrichtung über einzelstaatliche Maßnahmen, die vom Grundsatz des freien Warenverkehrs in der Gemeinschaft abweichen⁵⁶⁶, war ein Überwachungsverfahren eingeführt worden, das sich insofern als weitgehend ungeeignet erwiesen hat, als es der Kommission keine hinreichenden Erkenntnisse über die Bereiche lieferte, in denen sich eine Harmonisierung anbietet. Es hat auch nicht zur raschen Lösung bestimmter Probleme im Bereich des freien Warenverkehrs geführt. Deshalb sollte die Entscheidung 3052/95/EG aufgehoben werden.
- (37) Es ist zweckmäßig, für die Anwendung dieser Verordnung einen Übergangszeitraum festzulegen, damit sich die zuständigen Behörden an ihre Bestimmungen anpassen können.

⁵⁶⁵ ABl. L 144 vom 30.4.2004. Berichtigte Fassung im ABl. L 181 vom 18.5.2004, S. 25.

⁵⁶⁶ ABl. L 321 vom 30.12.1995, S. 1.

- (38) Da das Ziel dieser Verordnung, nämlich die Beseitigung technischer Hindernisse für den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden kann und daher wegen seines Umfangs und seiner Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen ist, kann die Gemeinschaft im Einklang mit dem in Artikel 5 EG-Vertrag niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Verordnung nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus.
- (39) Die zur Durchführung dieser Verordnung erforderlichen Maßnahmen sollten gemäß dem Beschluss 1999/468/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse⁵⁶⁷ erlassen werden —

haben folgende Verordnung erlassen:

KAPITEL 1

GEGENSTAND UND ANWENDUNGSBEREICH

Artikel 1

Gegenstand

- (1) Ziel dieser Verordnung ist es, durch eine Verbesserung des freien Warenverkehrs das Funktionieren des Binnenmarkts zu stärken.
- (2) Diese Verordnung beinhaltet die Regeln und Verfahren, die die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats beachten müssen, wenn sie eine Entscheidung im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 treffen oder zu treffen beabsichtigen, die den freien Warenverkehr für ein in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebrachtes Produkt behindern würde und Artikel 28 des Vertrags unterliegt.
- (3) Sie sieht ferner die Einrichtung von Produktinfostellen in den Mitgliedstaaten vor, deren Aufgabe es ist, zur Verwirklichung des Ziels dieser Verordnung gemäß Absatz 1 beizutragen.

Artikel 2

Geltungsbereich

- (1) Diese Verordnung gilt für an Wirtschaftsteilnehmer gerichtete Verwaltungsentscheidungen über Produkte, einschließlich Agrar- und Fischereiprodukte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden, sofern diese Entscheidungen auf der Grundlage einer technischen Vorschrift gemäß Absatz 2 getroffen wurden oder getroffen werden sollen und unmittelbar oder mittelbar bewirken, dass:
- das Inverkehrbringen dieses Produkts oder Produkttyps untersagt wird;
 - dieses Produkt oder dieser Produkttyp geändert oder zusätzlich getestet werden muss, um in den Verkehr gebracht werden oder im Verkehr bleiben zu können;

⁵⁶⁷ ABl. L 184 vom 17.7.1999, S. 23. Geändert durch den Beschluss 2006/512/EG (ABl. L 200 vom 22.7.2006, S. 11).

- c. dieses Produkt oder dieser Produkttyp vom Markt genommen werden muss.

Für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe b ist unter Änderung eines Produkts oder eines Produkttyps jede Änderung mindestens eines der Merkmale zu verstehen, die in Absatz 2 Buchstabe b Ziffer i aufgeführt sind.

(2) Für die Zwecke dieser Verordnung ist unter einer technischen Vorschrift jedes Gesetz und jede Verordnung oder sonstige Verwaltungsvorschrift eines Mitgliedstaats zu verstehen,

- a. die nicht Gegenstand gemeinschaftsweiter Harmonisierung ist und
- b. die den Vertrieb eines Produkts- oder Produkttyps auf dem Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats untersagt oder deren Anforderungen erfüllt sein müssen, damit ein Produkt oder Produkttyp auf dem Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats vertrieben werden darf, und die einen der folgenden Punkte regelt:
 - i. die Merkmale, die das Produkt oder der Produkttyp erfüllen muss, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, oder
 - ii. andere Anforderungen, die das Produkt oder der Produkttyp zum Schutz der Verbraucher oder der Umwelt erfüllen muss und die seinen Lebenszyklus nach dem Inverkehrbringen beeinflussen, wie Vorschriften für Gebrauch, Wiederverwertung, Wiederverwendung oder Entsorgung, sofern diese Vorschriften die Zusammensetzung, die Art oder den Vertrieb des Produkts oder Produkttyps wesentlich beeinflussen können.

(3) Diese Verordnung gilt nicht für:

- a. gerichtliche Entscheidungen der einzelstaatlichen Gerichtsbarkeit;
- b. gerichtliche Entscheidungen von Strafverfolgungsbehörden im Rahmen von Untersuchungen oder Verfolgungen von Straftaten im Zusammenhang mit der Verwendung von Terminologie, Symbolen oder sonstigen sachlichen Hinweisen auf verfassungsfeindliche oder kriminelle Organisationen oder rassistische oder fremdenfeindliche Straftaten.

Artikel 3

Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten

(1) Diese Verordnung gilt nicht für Systeme oder Interoperabilitätskomponenten, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/48/EG und der Richtlinie 2001/16/EG fallen.

(2) Diese Verordnung gilt nicht für Maßnahmen, die mitgliedstaatliche Behörden auf folgender Grundlage ergreifen:

- a. Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben d bis f und Artikel 8 Absatz 3 der Richtlinie 2001/95/EG;
- b. Artikel 50 Absatz 3 Buchstabe a und Artikel 54 der Verordnung (EG) Nr. 178/2002;
- c. Artikel 54 der Verordnung (EG) Nr. 882/2004;
- d. Artikel 14 der Richtlinie 2004/49/EG.

KAPITEL 2

VERFAHREN ZUR ANWENDUNG EINER TECHNISCHEN VORSCHRIFT

Artikel 4

Informationen über das Produkt

Veranlasst eine zuständige Behörde die Bewertung eines Produkts oder Produkttyps, damit festgestellt wird, ob eine Entscheidung gemäß Artikel 2 Absatz 1 zu treffen ist, so kann sie von dem betreffenden, gemäß Artikel 8 ermittelten Wirtschaftsteilnehmer unter gebührender Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit insbesondere folgende Informationen verlangen:

- a) relevante Informationen über die Merkmale des fraglichen Produkts oder Produkttyps;
- b) relevante und leicht verfügbare Informationen über das rechtmäßige Inverkehrbringen in einem anderen Mitgliedstaat.

Artikel 5

Gegenseitige Anerkennung der Befugnisse akkreditierter Konformitätsbewertungsstellen

Die Mitgliedstaaten dürfen von einer Konformitätsbewertungsstelle, die für eine entsprechende Konformitätsbewertungstätigkeit gemäß Verordnung (EG) Nr. 765/2008 akkreditiert wurde, ausgestellte Bescheinigungen oder Prüfberichte nicht aus Gründen, die sich auf die Befugnisse dieser Konformitätsbewertungsstelle beziehen, zurückweisen.

Artikel 6

Prüfung der Notwendigkeit der Anwendung technischer Vorschriften

(1) Beabsichtigt eine zuständige Behörde, eine Entscheidung im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 zu erlassen, unterrichtet sie den gemäß Artikel 8 ermittelten Wirtschaftsteilnehmer schriftlich von dieser Absicht; dabei gibt sie die technische Vorschrift an, auf die sich die Entscheidung stützen soll und legt technische oder wissenschaftliche Belege dafür vor, dass:

- a) die beabsichtigte Entscheidung durch einen in Artikel 30 des EG-Vertrags aufgeführten Grund des Allgemeininteresses oder durch andere übergeordnete Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und
- b) die beabsichtigte Entscheidung geeignet ist, das damit verfolgte Ziel zu verwirklichen, ohne über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinauszugehen.

Die beabsichtigten Entscheidungen werden auf der Grundlage der Merkmale des fraglichen Produkts oder Produkttyps getroffen.

Der betroffene Wirtschaftsteilnehmer verfügt nach Empfang einer solchen Mitteilung über eine Frist zur Stellungnahme von mindestens 20 Arbeitstagen. Die Mitteilung enthält genaue Angaben darüber, innerhalb welcher Frist Stellungnahmen eingereicht werden können.

(2) Jede Entscheidung im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 wird innerhalb eines Zeitraums von 20 Arbeitstagen nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Stellungnahmen durch

den Wirtschaftsteilnehmer gemäß Absatz 1 dieses Artikels getroffen und dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und der Kommission mitgeteilt. Die Entscheidung berücksichtigt diese Stellungnahme in angemessener Art und Weise und nennt die Gründe, auf denen sie beruht, einschließlich der Gründe einer etwaigen Zurückweisung der Einwände des Wirtschaftsteilnehmers, sowie die technischen oder wissenschaftlichen Belege gemäß Absatz 1 dieses Artikels.

Sofern die Komplexität des Sachverhalts dies rechtfertigt, kann die zuständige Behörde den in Unterabsatz 1 genannten Zeitraum einmalig um höchstens 20 Arbeitstage verlängern. Diese Verlängerung ist angemessen zu begründen und dem Wirtschaftsteilnehmer vor Ablauf des ursprünglichen Zeitraums mitzuteilen.

Jede Entscheidung nach Artikel 2 Absatz 1 beinhaltet ferner einen Hinweis auf die nach dem geltenden Recht des Mitgliedstaats verfügbaren Rechtsbehelfe und die dafür geltenden Fristen. Solch eine Entscheidung kann vor einzelstaatlichen Gerichten oder anderen Beschwerdestellen angefochten werden.

(3) Verzichtet die zuständige Behörde nach schriftlicher Benachrichtigung des Wirtschaftsteilnehmers gemäß Absatz 1 auf eine Entscheidung im Sinne des Artikels 2 Absatz 1, unterrichtet sie den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer hiervon unverzüglich.

(4) Unterrichtet die zuständige Behörde den Wirtschaftsteilnehmer nicht innerhalb des in Absatz 2 dieses Artikels festgelegten Zeitraums von einer Entscheidung nach Artikel 2 Absatz 1, so gilt das Produkt in diesem Mitgliedstaat als rechtmäßig in den Verkehr gebracht, soweit es um die Anwendung der hierfür geltenden technischen Vorschrift nach Absatz 1 geht.

Artikel 7

Vorübergehende Aussetzung des Inverkehrbringens eines Produkts

(1) Die zuständige Behörde darf bei Anwendung des in diesem Kapitel beschriebenen Verfahrens keine Maßnahmen ergreifen, um das Inverkehrbringen eines Produkts oder Produkttyps zeitweilig zu untersagen, es sei denn:

- a) das fragliche Produkt oder der fragliche Produkttyp stellen unter normalen oder sinnvoll vorhersehbaren Gebrauchsumständen ein erhebliches Risiko für die Sicherheit und Gesundheit der Benutzer dar, oder
- b) das Inverkehrbringen des fraglichen Produkts oder Produkttyps ist in einem Mitgliedstaat aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit oder der öffentlichen Sicherheit generell verboten.

(2) Die zuständige Behörde benachrichtigt den gemäß Artikel 8 ermittelten Wirtschaftsteilnehmer und die Kommission unverzüglich über eine Aussetzung gemäß Absatz 1. In den in Absatz 1 Buchstabe a genannten Fällen enthält diese Benachrichtigung die technische oder wissenschaftliche Begründung hierfür.

(3) Eine Aussetzung des Inverkehrbringens eines Produkts im Sinne dieses Artikels kann vor einzelstaatlichen Gerichten oder anderen Berufungsinstanzen angefochten werden.

Artikel 8

Informationen für den Wirtschaftsteilnehmer

Bezugnahmen auf die Wirtschaftsteilnehmer in den Artikeln 4, 6 und 7 gelten als Bezugnahmen auf

- a) den Hersteller des Produkts, wenn er seinen Sitz in der Gemeinschaft hat, oder die Person, die das Produkt in den Verkehr bringt oder die bei der zuständigen Behörde das Inverkehrbringen beantragt;
- b) sofern die zuständige Behörde die Identität und die Kontaktinformationen der Wirtschaftsteilnehmer gemäß Buchstabe a nicht ermitteln kann, den Vertreter des Herstellers, wenn dieser seinen Sitz nicht in der Gemeinschaft hat, oder, falls kein Vertreter mit Sitz in der Gemeinschaft vorhanden ist, den Einführer des Produkts;
- c) sofern die zuständige Behörde die Identität und die Kontaktinformationen der Wirtschaftsteilnehmer gemäß den Buchstaben a und b nicht ermitteln kann, jeden Geschäftstätigen der Absatzkette, sofern seine Tätigkeit eine Eigenschaft des Produkts beeinflussen kann, das der technischen Vorschrift unterliegt, die auf das fragliche Produkt angewandt wird;
- d) sofern die zuständige Behörde die Identität und die Kontaktinformationen der Wirtschaftsteilnehmer gemäß den Buchstaben a, b und c nicht ermitteln kann, jeden Geschäftstätigen der Absatzkette, dessen Tätigkeit keinerlei Auswirkungen auf die Eigenschaften des Produkts hat, das der technischen Vorschrift unterliegt.

KAPITEL 3

PRODUKTINFOSTELLEN

Artikel 9

Errichtung der Produktinfostellen

(1) Die Mitgliedstaaten benennen Produktinfostellen in ihrem Hoheitsgebiet und übermitteln den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission die Kontaktinformationen dieser Stellen.

(2) Die Kommission erstellt eine Liste der Produktinfostellen, aktualisiert diese regelmäßig und veröffentlicht sie im *Amtsblatt der Europäischen Union*. Die Kommission macht diese Informationen auch auf einer Website zugänglich.

Artikel 10

Aufgaben

(1) Die Produktinfostellen stellen auf Anfrage zum Beispiel eines Wirtschaftsteilnehmers oder einer zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaats folgende Informationen zur Verfügung:

- a) die für einen bestimmten Produkttyp auf dem jeweiligen Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats der Produktinfostellen geltenden technischen Vorschriften sowie Informationen darüber, ob für diesen Produkttyp gemäß den gesetzlichen Bestimmungen ihres Mitgliedstaats eine Vorabgenehmigung erforderlich ist, einschließlich Informationen über den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und die Anwendung dieser Verordnung im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats;
- b) die Kontaktinformationen der zuständigen Behörden in diesem Mitgliedstaat zwecks direkter Kontaktaufnahme, einschließlich der Angabe der Behörden, die

die Anwendung der jeweiligen technischen Vorschriften im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats überwachen;

- c) allgemein im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats verfügbare Rechtsbehelfe bei Streitigkeiten zwischen den zuständigen Behörden und einem Wirtschaftsteilnehmer.

(2) Die Produktinfostellen beantworten alle Anträge gemäß Absatz 1 binnen 15 Arbeitstagen ab deren Eingang.

(3) Produktinfostellen des Mitgliedstaats, in dem der betreffende Wirtschaftsteilnehmer das fragliche Produkt rechtmäßig in den Verkehr gebracht hat, können dem Wirtschaftsteilnehmer oder der zuständigen Behörde gemäß Artikel 6 die entsprechenden Informationen oder Stellungnahmen zukommen lassen.

(4) Für die Bereitstellung von Informationen gemäß Absatz 1 dürfen die Produktinfostellen keine Gebühren erheben.

Artikel 11

Telematiknetz

Die Kommission kann nach dem Beratungsverfahren des Artikels 13 Absatz 2 ein Telematiknetz für die Durchführung der Vorschriften dieser Verordnung über den Informationsaustausch zwischen den Produktinfostellen und/oder den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten einrichten.

KAPITEL 4

SCHLUSSBESTIMMUNGEN

Artikel 12

Berichterstattungspflichten

(1) Jeder Mitgliedstaat übermittelt der Kommission jährlich einen Bericht über die Anwendung dieser Verordnung. Dieser Bericht enthält mindestens folgende Angaben:

- a) die Zahl der schriftlichen Benachrichtigungen gemäß Artikel 6 Absatz 1 und die betroffenen Produkttypen;
- b) hinreichende Informationen über gemäß Artikel 6 Absatz 2 erlassene Entscheidungen mit der dazugehörigen Begründung und die betroffenen Produkttypen;
- c) die Zahl der gemäß Artikel 6 Absatz 3 erlassenen Entscheidungen und die betroffenen Produkttypen.

(2) Unter Berücksichtigung der Informationen, die von den Mitgliedstaaten gemäß Absatz 1 vorgelegt wurden, prüft die Kommission die gemäß Artikel 6 Absatz 2 erlassenen Entscheidungen und bewertet deren Begründung.

(3) Spätestens zum 13. Mai 2012 und anschließend alle fünf Jahre überprüft die Kommission die Anwendung dieser Verordnung und legt dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht darüber vor. Gegebenenfalls kann die Kommission dem Bericht Vorschläge zur Verbesserung des freien Warenverkehrs beifügen.

(4) Die Kommission erstellt und veröffentlicht eine nicht erschöpfende Liste derjenigen Produkte, die nicht Gegenstand von Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemein-

schaft sind, und aktualisiert diese in regelmäßigen Abständen. Die Kommission macht diese Liste auf einer Website zugänglich.

Artikel 13

Ausschussverfahren

(1) Die Kommission wird von einem Ausschuss unterstützt, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt und in dem der Vertreter der Kommission den Vorsitz führt.

(2) Wird auf diesen Absatz Bezug genommen, so gilt das in Artikel 3 des Beschlusses 1999/468/EG vorgesehene Beratungsverfahren unter Einhaltung von Artikel 7 Absatz 3 und Artikel 8 jenes Beschlusses.

Artikel 14

Aufhebung

Die Entscheidung Nr. 3052/95/EG wird mit Wirkung vom 13. Mai 2009 aufgehoben.

Artikel 15

Inkrafttreten und Geltung

Diese Verordnung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

Sie gilt ab 13. Mai 2009.

Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Geschehen zu Straßburg am 9. Juli 2008.

Art. 8 der Allgemeinen Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG

(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie und insbesondere des Artikels 6 verfügen die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten über die Befugnis, unter anderem die Maßnahmen zu ergreifen, die in nachstehendem Buchstaben a) und in den Buchstaben b) bis f), soweit anwendbar, aufgeführt sind.

- a) Für jedes Produkt
 - i) die Sicherheitseigenschaften - auch nachdem es als sicher in Verkehr gebracht wurde - in angemessenem Umfang bis zur letzten Stufe des Gebrauchs oder Verbrauchs zu überprüfen,
 - ii) von allen Beteiligten alle erforderlichen Informationen zu verlangen,
 - iii) im Hinblick auf Sicherheitsprüfungen Produktmuster zu entnehmen;
- b) für jedes Produkt, das unter bestimmten Bedingungen eine Gefahr darstellen kann,
 - i) das Anbringen geeigneter Warnhinweise über Gefährdungen zu verlangen, die von dem Produkt ausgehen; diese Warnhinweise müssen klar und leicht verständlich in den Amtssprachen des Mitgliedstaats abgefasst sein, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wird,
 - ii) das Inverkehrbringen Vorbedingungen zu unterwerfen, um das Produkt sicher zu machen;
- c) für jedes Produkt, das für bestimmte Personen eine Gefahr darstellen kann, zu veranlassen, dass diese Personen rechtzeitig in geeigneter Form, auch durch die Veröffentlichung spezieller Warnungen, auf diese Gefahr hingewiesen werden;
- d) für jedes möglicherweise gefährliche Produkt für den Zeitraum, der für die entsprechenden Prüfungen, Untersuchungen oder Sicherheitsprüfungen erforderlich ist, vorübergehend zu verbieten, dass es geliefert, zur Lieferung angeboten oder ausgestellt wird;
- e) für alle gefährlichen Produkte das Inverkehrbringen zu verbieten und notwendige Begleitmaßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung dieses Verbots festzulegen;
- f) für alle bereits in Verkehr gebrachten gefährlichen Produkte
- g) die tatsächliche und unmittelbare Rücknahme und die Warnung der Verbraucher vor den Gefahren, die davon ausgehen, anzuordnen oder zu organisieren,
- h) den Rückruf beim Verbraucher und die Vernichtung unter geeigneten Bedingungen anzuordnen oder zu koordinieren oder gegebenenfalls gemeinsam mit den Herstellern und Händlern zu organisieren.

(2) Wenn die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die in Absatz 1 genannten Maßnahmen, insbesondere die Maßnahmen nach den Buchstaben d) bis f), ergreifen, handeln sie unter Einhaltung des Vertrags und insbesondere der Artikel 28 und 30

entsprechend dem Grad der Gefährdung und unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips.

Im Rahmen dieser Maßnahmen fördern und begünstigen sie das freiwillige Tätigwerden der Hersteller und Händler entsprechend ihren Verpflichtungen aus dieser Richtlinie, insbesondere aus Kapitel III, gegebenenfalls auch durch die Ausarbeitung von Verhaltenskodizes.

Erforderlichenfalls organisieren sie die in Absatz 1 Buchstabe f) vorgesehenen Maßnahmen oder ordnen diese an, falls Vorkehrungen, die von den Herstellern und Händlern aufgrund ihrer Verpflichtungen getroffen wurden, nicht zufrieden stellend oder nicht ausreichend sind. Der Rückruf wird als letztes Mittel eingesetzt. Er kann im betreffenden Mitgliedstaat gegebenenfalls im Rahmen von Verhaltenskodizes in diesem Bereich durchgeführt werden.

(3) Insbesondere verfügen die zuständigen Behörden über die Befugnis, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um unverzüglich geeignete Maßnahmen, wie die Maßnahmen im Sinne von Absatz 1 Buchstaben b) bis f), zu ergreifen, wenn von Produkten eine ernste Gefahr ausgeht. Derartige Umstände werden von den Mitgliedstaaten von Fall zu Fall, nach jeweiliger Sachlage und unter Berücksichtigung der Leitlinien in Anhang II Ziffer 8, ermittelt und beurteilt.

(4) Die von den zuständigen Behörden gemäß diesem Artikel zu ergreifenden Maßnahmen richten sich je nach Lage des Falles

- a) an den Hersteller,
- b) im Rahmen ihrer jeweiligen Geschäftstätigkeit an die Händler und insbesondere an den Verantwortlichen der ersten Vertriebsstufe auf dem Inlandsmarkt;
- c) an jede andere Person, wenn sich dies im Hinblick auf deren Mitwirkung an den Maßnahmen zur Abwendung der sich aus einem Produkt ergebenden Gefährdung als nötig erweist.

Beispiel für eine detaillierte Klausel über die gegenseitige Anerkennung

Die Erfordernisse dieser Vorschrift gelten nicht für Erzeugnisse, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder der Türkei oder einem EFTA-Staat, der Vertragspartei des EWR-Abkommens ist, rechtmäßig hergestellt und/oder in Verkehr gebracht werden. Wenn den zuständigen Behörden ein Nachweis darüber vorliegt, dass ein bestimmtes Erzeugnis, das in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder der Türkei oder in einem EFTA-Staat, der Vertragspartei des EWR-Abkommens ist, rechtmäßig hergestellt und/oder in Verkehr gebracht wird, kein Schutzniveau bietet, das dem in dieser Vorschrift vorgeschriebenen entspricht, können sie das Inverkehrbringen dieses Erzeugnisses verbieten oder es vom Markt nehmen lassen, nachdem sie:

- dem Hersteller oder Vertreiber schriftlich mitgeteilt haben, aufgrund welcher Teile der nationalen technischen Vorschriften das betreffende Erzeugnis nicht in Verkehr gebracht werden darf; und

- anhand aller relevanten wissenschaftlichen Fakten dargelegt haben, aus welchen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses diese Teile der technischen Vorschrift auf das Erzeugnis angewandt werden müssen und warum weniger einschränkende Maßnahmen nicht akzeptabel sind; und

- den Wirtschaftsteilnehmer aufgefordert haben, etwaige Anmerkungen binnen einer Frist (von mindestens vier Wochen oder 20 Arbeitstagen) mitzuteilen, bevor eine individuelle Maßnahme zur Beschränkung der Vermarktung des Erzeugnisses gegen ihn getroffen wird; und

- diese Anmerkungen bei der Begründung ihrer endgültigen Entscheidung gebührend berücksichtigt haben. Anschließend muss die zuständige Behörde die Einzelmaßnahme zur Einschränkung der Vermarktung des Erzeugnisses dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer unter Angabe der verfügbaren Rechtsbehelfe mitteilen.

Quelle: Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen – Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung vom 4.11.2003, ABl. 2003, C 265/2 unter Ziff. 6.1

Literaturverzeichnis*

Monographien und Kommentare

Ahlfeld, Martin: Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV, Baden-Baden, 1. Auflage 1997

Bernel, Alexandre: Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire, Zürich/Bern, 1996

Buerfeind, Horst: Die gegenseitige Anerkennung von Produktregelungen und Produktzertifizierungen im europäischen Recht, ZERP, Bremen, 1990

*Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, München, 3. Auflage 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in Calliess/Ruffert)*

Chalmers, Damian (et al.): European Union law: text and materials, Cambridge, 2006

*Dauses, Manfred A. (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, Loseblattkommentar, München, Stand Juni 2008 (zitiert: *Bearbeiter* in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht)*

Egan, M.P.: Constructing a European Market. Standards, regulation and governance, Oxford, 2001

*Ehlers, Dirk (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin, 2. Auflage 2005 (zitiert: *Bearbeiter* in Ehlers)*

Enchelmaier, Stefan: Europäisches Wirtschaftsrecht, Stuttgart, 2005

Falkenstein, Alfred: Freier Warenverkehr in der EG: staatliche Handelsbehinderungen und Wettbewerbsverzerrungen - Erkennen und Abwehren, Baden-Baden, 1. Auflage 1989

Füller, Jens Thomas: Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, Baden-Baden, 2000

* Kursivsetzungen im Titel einzelner Werke bezeichnen die im Text verwendete, gekürzte Zitierweise.

Gausepohl, Ulrike: Freier Warenverkehr für fehlerhafte Produkte? Produktsicherheitsrecht und Produkthaftungsrecht unter dem Einfluß des Europäischen Binnenmarktes, Frankfurt a.M., 2000

Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Loseblattkommentar, München, Stand Januar 2008 (zitiert: Bearbeiter in Grabitz/Hilf)

Grandpierre, Andreas: Herkunftsprinzip contra Marktortanknüpfung – Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Kollisionsregeln im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a.M., 1999

von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 6. Auflage 2003 (zitiert: Bearbeiter in von der Groeben/Schwarze)

Hodges, Christopher: European Regulation of Consumer Product Safety, Oxford, 2005

Hoffmann, Michael: Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, Baden-Baden, 1999

Joerges, Christian: „Good governance“ im Europäischen Binnenmarkt: über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und deren Aufhebung, EUI Working Papers RSC (Robert Schuman Center) Nr. 29, San Domenico, 2001

Keßler, Jutta,: Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht: zwischen Produktbezug und Verkaufsmodalitäten, Berlin, 1997

Lenz, Carl Otto; Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.): EU- und EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Köln, 4. Auflage 2006 (zitiert: Bearbeiter in Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag)

Majone, Giandomenico: Mutual recognition in federal type systems, EUI Working Papers SPS (Political and Social Sciences Department) Nr. 1, San Domenico, 1993

Michaels, Sascha: Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin, 2004

Millarg, Ivo: Die Schranken des freien Warenverkehrs in der EG, Baden-Baden, 2001

Mühl, Axel: Diskriminierung und Beschränkung, Berlin, 2004

*Oliver, Peter: Free movement of goods in the E.E.C., London, 2. Auflage 1988, 3. Auflage 1996, 4. Auflage 2003 (zitiert: *Oliver*, Free movement of goods, jeweilige Auflage)*

Osterheld, Bernhard: Abkommen der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen: zwischen Liberalisierung des Welthandels und Sicherheit des Bürgers, Hamburg, 2002

Pelkmans, Jacques: Mutual Recognition in goods and services: an economic perspective, ENEPRI Working Paper, Nr. 16, 2003

*Reich, Norbert; Micklitz, Hans-W.: Europäisches Verbraucherrecht, Baden-Baden, 4. Auflage 2003 (zitiert: *Bearbeiter* in Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht)*

Schellberg, Klaus Ulrich: Technische Harmonisierung in der EG – Ökonomie und Politik der gegenseitigen Anerkennung, Rechtsangleichung und Normung, Frankfurt a.M., 1992

Schlecht, Otto: Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, Tübingen, 1990

*Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, Baden-Baden, 1. Auflage 2000 (zitiert: *Bearbeiter* in Schwarze, EU-Kommentar)*

Schweitzer, Michael; Hummer, Waldemar; Obwexer, Walter: Europarecht – Das Recht der Europäischen Union, Wien, 2007

Solbach, Thomas: Staatliche Regelungen von Verkaufsmodalitäten als Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne des Artikels 30 EGV, München, 1996

Streinz, Rudolf: Europarecht, Heidelberg, 7. Auflage 2005

*Streinz, Rudolf: EUV/EGV — Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, Bd. 57, 2003 (zitiert: *Bearbeiter* in Streinz)*

Winkler, Tobias D.: Die gegenseitige Anerkennung - Achillesferse des Regulierungswettbewerbs, MPI zur Erforschung von Wirtschaftssystemen, Jena, 1998

Winkler, Tobias D.: Grenzen des Regulierungswettbewerbs – Die Verwirklichung der gegenseitigen Anerkennung von Produktregulierungen in der Europäischen Gemeinschaft, Jena, 1998

Woods, Lorna: Free movement of goods and services within the European Community, Aldershot u.a., 2004

Schieble, Christoph: Produktsicherheitsgesetz und europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden, 2003

Aufsätze

Albin, Wolf; Valentin, Florian: Dassonville oder doch Keck – zwei anstehende Urteile des EuGH zur Anwendung des Art. 28 EG auf Verwendungsbeschränkungen, EWS, 2007, S. 533-540 (zitiert: *Albin/Valentin*, EWS, 2007)

von Borries, Reimer; Petschke, Matthias: Gleichwertigkeitsklauseln als Instrument zur Gewährleistung des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, DVBl., 1996, S. 1343-1350 (zitiert: *von Borries/Petschke*, DVBl., 1996)

Cobbett, Elizabeth: Deeper North American integration? Putting the horse back before the cart, Internet-Quelle: (Stand vom März 2009)

Dauses, Manfred A.: Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, in: EuZW, 1990, S. 8-11 (zitiert: *Dauses*, EuZW, 1990)

Genschel, Philipp: Why no mutual recognition of VAT? Regulation, taxation and the integration of the EU's internal market for goods, in: JEPP, Bd. 14 Nr. 5, 2007, S. 743-761 (zitiert: *Genschel*, JEPP, 2007)

Griller, Stefan: The Services Directive: Two steps forward, how many back? Concluding remarks, in: Beuss, Fritz; Fink, Gerhard; Griller, Stefan (Hrsg.): *Services Liberalisation in the Internal Market*, Wien u.a., 2008, S. 225-241

von der Groeben, Hans: Zur Politik der Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: ZfRV, 1967, S. 120-140 (zitiert: *von der Groeben*, ZfRV, 1967)

Happe, Claus-Michael: Überlegungen zur Rolle von Art. 100 b EWGV im System der

Happe, Claus-Michael: Warenverkehrsfreiheit des EWGV, in: Coen, Martin; Hölscheidt, Sven; Pieper, Stefan Ulrich (Hrsg.): Europa '93 – Auf dem Weg zur Europäischen Union, Festschrift für Prof. Dr. Dr. Albert Bleckmann zum 60. Geburtstag, Herne, 1993, S. 119-139 (zitiert: *Happe* in FS Bleckmann)

Hatje, Armin: Services Directive – a Legal Analysis, in: Beuss, Fritz; Fink, Gerhard; Griller, Stefan (Hrsg.): Services Liberalisation in the Internal Market, Wien u.a., 2008, S. 2-20

Jarass, Hans D.: Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, in: EuR, 1995, S. 202-226 (zitiert: *Jarass*, EuR, 1995)

Joerges, Christian: Die Verwirklichung des Binnenmarktes und Europäisierung des Produktsicherheitsrechts, in: Baur, Jürgen F. (et al.) (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a., 1990, S. 1247-1267 (zitiert: *Joerges* in FS Steindorff)

Joerges, Christian; Falke, Josef: „Traditional“ Harmonisation Policy, European Consumer Protection Programmes and the New Approach, in: Joerges, Christian (ed.), European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards, Vol. 4, San Domenico, 1990

Lavenex, Sandra: Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy, in: JEPP, Bd. 14 Nr. 5, 2007, S. 762-779

Maduro, Miguel Poiares: So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition, in: JEPP, Bd. 14 Nr. 5, 2007, S. 814-825 (zitiert: *Maduro*, JEPP, 2007)

Matthies, Heinrich: Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Art. 100 b EWG-Vertrag), in: Baur, Jürgen F. (et al.) (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a., 1990, S. 1287-1301 (zitiert: *Matthies* in FS Steindorff)

Mayer, Franz C.: Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – Eine Rekonstruktion, in: EuR, Bd. 4, 2003, S. 793-824 (zitiert: *Mayer*, EuR, 2003)

Michaelis, Jochen: Gegenseitige Anerkennung nationaler Regelungen in der EG, in: Wirtschaftsdienst – Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, Bd. 70, 1990, S.483-488 (zitiert: *Michaelis*, Wirtschaftsdienst, 1990)

Möstl, Markus: Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt – Grundsätzliche Überlegungen aus Anlass der Pläne für eine EU-Dienstleistungsrichtlinie in: DÖV, 2006, S. 281-288 (zitiert: *Möstl*, DÖV, 2006)

Oliver, Peter; Enchelmaier, Stefan: Free movement of goods: recent developments in the case law, in: CMLR, Bd. 44, 2007, S. 649-704 (zitiert: *Oliver/Enchelmaier*, CMLR, 2007)

Pelkmans, Jacques: Mutual Recognition in goods. On promises and disillusion, in: Journal JEPP, Bd. 14, Nr. 5, 2007, S. 699-716 (zitiert: *Pelkmans*, JEPP, 2007)

Müller-Graff, Peter-Christian: Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip, in: ZHR, 1995, S. 34-77 (zitiert: *Müller-Graff*, ZHR, 1995)

Prete, Luca: Of motorcycles, trailers and personal watercrafts: the *Battle over Keck*, in: LIEI, Bd. 34, 2008, S. 133-155 (zitiert: *Prete*, LIEI, 2008)

Schmidt, Susanne K.: Mutual recognition as a new mode of governance, in: Journal of European Public Policy, Bd. 14, Nr. 5, 2007, S. 667-681 (zitiert: *Schmidt*, JEPP, 2007)

Schroeder, Werner: Die Sicherung eines hohen Schutzniveaus für Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz im europäischen Binnenmarkt, in: DVBl., Heft 4, 2002, S. 213-284 (zitiert: *Schroeder*, DVBl., 2002)

Schwartz, Ivo: 30 Jahre EG-Rechtsangleichung, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim; Möller, Hans; Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.): Eine Ordnungspolitik für Europa
Festschrift für Hans von der Groeben seinem 80. Geburtstag, Baden-Baden, 1987, S. 333-368 (zitiert: *Schwartz* in FS von der Groeben)

Seidel, Martin: Die Vollendung des Binnenmarkts der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsetzungsprozeß, in: Baur, Jürgen F. (et al.) (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin u.a., 1990, S. 1455 – 1476 (zitiert: *Seidel* in FS Steindorff)

Seidel, Martin: Nach Nizza und Stockholm: *Stand des Binnenmarktes* und Prioritäten für die Zukunft, in: Der unvollendete Binnenmarkt, Caesar, Rolf; Scharrer, Hans-Eckart (Hrsg.), Baden-Baden, 2003, S.29-49

Steindorff, Ernst: Unvollkommener Binnenmarkt, in: ZHR, Bd. 158, 1994, S. 149-169 (zitiert: *Steindorff*, ZHR, 1994)

Trachtman, Joel P.: Embedding mutual recognition at the WTO, in: Journal of European Public Policy, Bd. 14, Nr. 5, 2007, S. 780-799 (zitiert: *Trachtman*, JEPP, 2007)

Wilsher, Daniel: Does Keck discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market, in: ELR, Bd. 33, 2008, S. 3-21 (zitiert: *Wilsher*, ELR, 2008)

Weiler, J.H.H.: *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, in: Craig, Paul; de Búrca, Gráinne (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, S. 349-376

