

1

DER GESTALTUNGSSPIELRAUM DER
EG-MITGLIEDSTAATEN IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN
UMWELTSCHUTZ UND FREIEM WARENVERKEHR

Ulrich Becker

1990

LAW
ECwJ9
BEC

European University Library



3 0001 0015 0499 4

ECwj3
ECndJ

BEC

LAW
ECWj9
BEC

**DER GESTALTUNGSSPIELRAUM DER
EG-MITGLIEDSTAATEN IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN
UMWELTSCHUTZ UND FREIEM WARENVERKEHR**

Ulrich Becker

1990

"Die Teilnehmerstaaten stellen fest, daß Umweltbelange in ihrer wirtschaftlichen Zusammenarbeit einen immer wichtigeren Platz einnehmen. Sie erkennen an, daß die Umweltverträglichkeit der wirtschaftlichen Entwicklung gewährleistet werden muß."

Punkt C 4 des Dokuments der Bonner KSZE-Konferenz über wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
-----------------------	----

Einleitung

1. Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr	13
2. Ziel und Gang der Untersuchung	19

Erster Teil: Grundlegung

1. Abgrenzung des Umweltschutzrechts	23
2. Systematisierung des Umweltschutzrechts	27
2.1 Verschiedene Systematisierungsansätze	27
2.2 Produktbezogenes Umweltschutzrecht im einzelnen	29
2.2.1 Nähere Abgrenzung	29
2.2.2 Mögliche Regelungstechniken	30

Zweiter Teil: Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch EG-Primärrecht

1. Vorbemerkung	35
1.1 Allgemeines zur Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums	35
1.1.1 Anwendungsvorrang	35
1.1.2 Kompetenzverteilung	37
1.2. Umweltschutzkompetenz der EG	39
1.2.1 Umweltschutzrechtliche Kompetenzverteilung	39
1.2.2 Kompetenzen zur Regelung des produktbezogenen Umweltschutzrechts	42
2. Beschränkende Wirkung von EG-Primärrecht auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts	44
2.1 Art. 30 EWGV	44
2.1.1 Beschränkende Wirkung	44
2.1.2 Ware	45
2.1.2.1 Begriff	45
2.1.2.2 Verpackung als Ware	47

2.1.2.3	Abfall als Ware	48
2.1.3	Maßnahmen gleicher Wirkung	53
2.1.3.1	Begriff	53
2.1.3.2	Folgerungen für nationales produktbezogenes Umweltschutzrecht	58
2.2	Sonstige Vorschriften	62
2.2.1	Art. 34 EWGV	62
2.2.2	Art. 85 und 86 EWGV	63
2.2.3	Art. 92 EWGV	64
2.2.4	Art. 95 EWGV	68
2.2.5	Art. 9, 12 EWGV	69
3.	Ausnahmemöglichkeiten für mitgliedstaatliches Umweltschutzrecht	71
3.1.	Art. 36 EWGV	71
3.1.1	Allgemeines	71
3.1.2	Einzelne Rechtfertigungsgründe	72
3.1.2.1	Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	72
3.1.2.2	Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen	73
3.1.2.3	Schutz der Gesundheit und des Lebens von Tieren oder Pflanzen	74
3.1.3	Voraussetzungen der Rechtfertigung	75
3.2.	"Zwingende Erfordernisse" im Rahmen des Art. 30 EWGV	77
3.2.1	Schöpfung durch die Rechtsprechung des EuGH	77
3.2.2	Dogmatische Einordnung	77
3.2.3	Umweltschutz als zwingendes Erfordernis	80
3.2.4	Voraussetzungen der Inanspruchnahme zwingender Erfordernisse	81
3.3	Gemeinsame Voraussetzung: Die Verhältnismäßigkeit	82
3.3.1	Geeignetheit	82
3.3.2	Erforderlichkeit	82
3.3.2.1	Allgemeines	82
3.3.2.2	Berücksichtigung nationaler Besonderheiten	83
3.3.2.3	Festlegung des Schutzniveaus	84
3.3.2.4	Verhältnis zu Regelungen anderer Mitgliedstaaten	85
3.3.3	Nachweisanforderungen	88
3.3.4	Angemessenheit	89

Dritter Teil: Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch EG-Sekundärrecht

1.	Rechtsgrundlagen des EG-Sekundärrechts auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts	93
1.1	Vorbemerkung	93
1.2.	Grundsätze der Harmonisierung aufgrund des Art. 100 EWGV	93
1.2.1	Allgemeiner Anwendungsbereich	93
1.2.2	Rechtsgrundlage für umweltschützende Vorschriften	94
1.3.	Grundsätze der Harmonisierung aufgrund des Art. 100 a EWGV	95
1.3.1	Allgemeiner Anwendungsbereich	95
1.3.2	Rechtsgrundlage für umweltschützende Vorschriften	96
1.3.3	Verhältnis zu Art. 100 EWGV	97
1.4	Sonstige Vorschriften	99
1.4.1	Art. 43 EWGV	99
1.4.2	Art. 75, 84 II EWGV	101
1.4.3	Art. 99 EWGV	101
2.	Beschränkende Wirkung von Harmonisierungsmaßnahmen	102
2.1	Allgemeines zur beschränkenden Wirkung einer Harmonisierung	102
2.2	Verschiedene Formen der Harmonisierung	104
2.3	Ausnahmemöglichkeiten nach Art. 100 a IV EWGV	106
2.3.1	Anwendungsbereich und Wirkung	106
2.3.1.1	Abgrenzung des Anwendungsbereichs	106
2.3.1.2	Wirkung im Integrationsprozeß	108
2.3.2	Voraussetzungen	109
2.3.2.1	Zustimmung des Mitgliedstaates	109
2.3.2.2	Mehrheitsbeschluß	111
2.3.2.3	Übrige Voraussetzungen	112
2.3.3	Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten	113
2.3.4	Zeitliche Anwendungsmöglichkeit	116
2.3.5	Notifizierungsverfahren	117
2.3.6	Vereinfachtes Überprüfungsverfahren	118
3.	Produktbezogenes EG-Umweltschutzsekundärrecht	119
3.1	Allgemeines	119
3.2	Notifizierung	121
3.3	Gefahrstoffrecht	123
3.4	Lärmschutznormen	127

3.5	Luftreinhaltensnormen	132
3.6	Wasserschutznormen	136
3.7	Gentechnische Normen	138
3.8	Vorschläge für produktbezogene Umweltschutznormen	139
3.9	Zwischenbilanz und Perspektive	140
3.9.1	Zwischenbilanz	140
3.9.2.	Perspektive	141

Vierter Teil: Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Binnenmarktrealisierung

1.	Die neue Harmonisierungsstrategie	145
1.1	Grundsätze der neuen Strategie	145
1.2	Bewertung	147
1.3	Bedeutung für das produktbezogene Umweltschutzrecht	149
2.	Art. 100 b EWGV	152
2.1	Allgemeines	152
2.2	Bedeutung für das produktbezogene Umweltschutzrecht	154
3.	Abschaffung der Grenzkontrollen	155
	Zusammenfassung	157
	Literaturverzeichnis	163

Abkürzungsverzeichnis

<i>a.A.</i>	anderer Ansicht
<i>a.a.O.</i>	am angegebenen Ort
<i>ABl.</i>	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
<i>Abs.</i>	Absatz
<i>Anm.</i>	Anmerkung
<i>Art.</i>	Artikel
<i>Bd.</i>	Band
<i>ber.</i>	berichtigt
<i>BGBI.</i>	Bundesgesetzblatt
<i>BVerfG</i>	Bundesverfassungsgericht
<i>BVerfGE</i>	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<i>BT Dr.</i>	Drucksache des Deutschen Bundestages
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CEE</i>	Communauté économique européenne
<i>CELEX</i>	Communitatis Europaeae Lex (= EG-Datenbank)
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>DB</i>	Der Betrieb
<i>DCSI</i>	Diritto Comunitario e degli scambi internazionali
<i>ders.</i>	derselbe
<i>Diss.</i>	Dissertation
<i>DVBt.</i>	Deutsches Verwaltungsblatt
<i>EA</i>	Europa-Archiv
<i>EEA</i>	Einheitliche Europäische Akte
<i>EEC</i>	European Economic Community
<i>EG</i>	Europäische Gemeinschaften
<i>EG-Bull.</i>	Bulletin der Kommission der EG
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EuGH</i>	Europäischer Gerichtshof
<i>EuGRZ</i>	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
<i>EuR</i>	Europarecht
<i>EuZW</i>	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>EWG</i>	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
<i>EWGV</i>	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
<i>f.</i>	für bzw. folgende (Seite oder Vorschrift)
<i>FAZ</i>	Frankfurter Allgemeine Zeitung
<i>ff.</i>	folgende (Seiten oder Vorschriften)
<i>Fußn.</i>	Fußnote
<i>G</i>	Gesetz
<i>GA</i>	Generalanwalt
<i>GVBl.</i>	Gesetz- und Verordnungsblatt
<i>Hrsg.</i>	Herausgeber
<i>i.d.F.</i>	in der Fassung der Bekanntmachung

<i>JuS</i>	Juristische Schulung
<i>JZ</i>	Juristenzeitung
<i>KSE</i>	Kölner Schriften zum Europarecht
<i>LG</i>	Landgericht
<i>lit.</i>	littera
<i>m.Änd.</i>	mit Änderungen
<i>m.w.N.</i>	mit weiteren Nachweisen
<i>NJB</i>	Nederlands Juristenblad
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>Nr.</i>	Nummer
<i>NuR</i>	Natur + Recht
<i>NVwZ</i>	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
<i>ÖZöRV</i>	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
<i>Rdnr.</i>	Randnummer
<i>RIW</i>	Recht der internationalen Wirtschaft
<i>RL</i>	Richtlinie
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun
<i>Rs.(C)</i>	Rechtssache (Cour)
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle du droit européen
<i>S.</i>	Seite bzw. Satz
<i>SA</i>	Schlußantrag
<i>Slg.</i>	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
<i>sog.</i>	Sogenannte(r)
<i>Sp.</i>	Spalte
<i>SZ</i>	Süddeutsche Zeitung
<i>u.a.</i>	und andere bzw. unter anderem
<i>UAbs.</i>	Unterabsatz
<i>UPR</i>	Umwelt- und Planungsrecht
<i>UTR</i>	Umwelt- und Technikrecht
<i>VO</i>	Verordnung
<i>Vol.</i>	Volume
<i>Vorbem.</i>	Vorbemerkung
<i>ZaöRV</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
<i>ZfU</i>	Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht
<i>ZHR</i>	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
<i>ZRP</i>	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

1. Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr

Umweltverschmutzung macht vor Grenzen nicht halt. Es genügt, an weltweite Klimaveränderungen, grenzüberschreitende Luftverschmutzung und die Problematik der Müllexporte zu erinnern, um die Notwendigkeit internationaler Maßnahmen zum Schutz der Umwelt zu offenbaren.¹ Insofern ist es ebenso verständlich wie notwendig, daß in den letzten Jahren das Interesse verstärkt auf die Umweltschutzaktivitäten der Europäischen Gemeinschaft gelenkt worden ist.

Schon der Euratom-Vertrag² enthält in den Art. 30 ff. Vorschriften, die zwar mit der Bezeichnung "Gesundheitsschutz" überschrieben sind, in der Sache aber umweltschützenden Charakter besitzen.³ Erste umweltschutzrechtliche Aktivitäten der EG auf der Grundlage des EWG-Vertrags⁴ stammen aus den sechziger Jahren.⁵ Als Ausgangspunkt⁶ eines umfassenderen EG-Umweltschutzrechts erscheint die Gipfelkonferenz der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten vom Oktober 1972 in Paris,⁷ deren Schlußerklärung folgende Passage enthält: "Die Staats- bzw. Regierungschefs betonen die Bedeutung einer Umweltpolitik in der Gemeinschaft. Sie fordern daher die Organe der Gemeinschaft auf, bis zum 31. Juli 1973 ein Aktionsprogramm mit einem genauen Zeitplan auszuarbeiten."⁸ Die Mitgliedstaaten haben sich wenige Monate später verpflichtet, ihre nationalen, den Umweltschutz betreffenden Vorhaben abzustimmen.⁹ Die weitere Entwicklung ist insbesondere gekennzeichnet durch die vier Aktionsprogramme der Gemeinschaft für den Umweltschutz. Bei dem ersten Programm handelt es sich um eine gemeinsame Erklärungen des Rates der EG und der im Rat vereinigten Vertreter

1 Vgl. nur *Bryde*, in: *Gedächtnisschrift f. Martens*, S. 770 ff.

2 Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft v. 25.3.1957, BGBl. II, S. 1014 m.Änd.

3 Vom 2.2.1959 datiert die RL des Rates zur Festlegung der Grundnormen für den Gesundheitsschutz der Bevölkerung und der Arbeitskräfte gegen die Gefahren ionisierender Strahlungen, ABl. L 11 v. 20.2.1959, S. 221. Vgl. im übrigen zu der Rechtsentwicklung auf der Grundlage der Art. 30 ff. EWGV *Glaesner*, in *Rengeling*, *Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik*, S. 1 f.

4 Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957, BGBl. II, S. 766 m.Änd.

5 Bereits im Jahre 1967 hat die EG die RL 67/548/EWG über die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gefährlicher Stoffe erlassen. Vgl. zu der ersten Phase gemeinschaftlicher Umweltpolitik *Rehbinder/Stewart*, *Environmental Protection Policy*, S. 16 f.

6 Vgl. *Krämer*, *EuGRZ* 1988, S. 287 ("entscheidender politischer Durchbruch").

7 Zu den 1970 begonnenen Vorarbeiten der Kommission *Krämer*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, *EWGV*, Anhang Umweltpolitik, Rdnr. 1 ff.

8 *EG-Kommission*, 6. Gesamtbericht 1972, S. 14.

9 Vereinbarung der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten v. 5.3.1973, ABl. C 9 v. 15.3.1973, S. 1.

der Regierungen der Mitgliedstaaten, während die anderen Programme durch Entschliefungen des Rats und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten verabschiedet wurden.¹⁰ Das erste Aktionsprogramm¹¹ legte die Ziele und Grundsätze einer Umweltpolitik der Gemeinschaft fest und enthielt eine Beschreibung der auf Gemeinschaftsebene durchzuführenden Aktionen. Zu letzteren gehörten auch spezifische Aktionen im Bereich bestimmter Erzeugnisse und insbesondere Harmonisierungsarbeiten im Rahmen der Verwirklichung des Allgemeinen Programms zur Beseitigung technischer Hemmnisse im Warenverkehr.¹² Es galt von 1973 bis 1976. Durch das zweite Aktionsprogramm¹³, das bis 1981 lief, wurde das erste Programm in erster Linie erweitert und ergänzt. Das dritte Aktionsprogramm¹⁴ - ebenfalls mit einer Laufzeit von vier Jahren - baute auf den vorhergehenden Umweltschutzaktionen auf, legte aber besonderen Wert auf eine vorsorgende Umweltpolitik und in diesem Rahmen auf die Erhaltung der natürlichen Ressourcen. Bis 1992 gilt das vierte Aktionsprogramm¹⁵; bezugnehmend auf die Ziele und Grundsätze des ersten Programms, stellt es die Notwendigkeit umweltschützender Maßnahmen für die Erhaltung des Lebensraums und für eine industrielle Weiterentwicklung in den Vordergrund.¹⁶ Rechtsvorschriften zum Schutze der Umwelt hat die EG bisher vor allem auf die Rechtsgrundlage der Art. 100, 235 EWGV gestützt.¹⁷ Ob der von diesen Vorschriften geforderte Bezug zum Gemein-

10 Diese Programme besitzen keinen rechtlich verbindlichen Charakter, vgl. *Bothe*, in: Festschrift f. Schlochauer, S. 761 ff., insbesondere S. 763 f. u. 770; *Glaesner*, in *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 4 f.; denkbar ist nach *Everling*, in: *Bieber/Ress*, Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 425, daß sie als Formulierung politischer Zielvorstellungen zur Auslegung der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsakte herangezogen werden.

11 ABl. C 112 v. 20.12.1973, S. 1.

12 ABl. C 112 v. 20.12.1973, S. 18: "Um den Menschen und seine Umwelt zu schützen, muß Erzeugnissen, deren Verwendung eine Gefährdung des Menschen oder der Umwelt mit sich bringen kann, besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Eine unterschiedliche Einschätzung dieser Gefahren durch die einzelnen Mitgliedstaaten könnte ferner zur Folge haben, daß Handelshemmnisse, durch die das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigt wird, geschaffen oder wieder eingeführt werden."

13 ABl. C 139 v. 13.6.1977, S. 1.

14 ABl. C 46 v. 17.2.1983, S. 1.

15 ABl. C 328 v. 7.12.1987, S. 1.

16 ABl. C 328 v. 7.12.1987, S. 6: "Die anhaltende und in vielen Fällen zunehmende Umweltverschlechterung hat die Kommission davon überzeugt, daß die Einführung strenger Normen für den Umweltschutz nicht mehr bloß wünschenswert sondern lebenswichtig ist. Darüber hinaus ist die Kommission der Auffassung, daß die Gemeinschaftsindustrie - angesichts der zunehmenden öffentlichen Forderung nach verbesserten Normen für den Umweltschutz und umweltfreundlichen Gütern - sowohl innerhalb der Gemeinschaft als auch weltweit keinen Erfolg haben wird, wenn sie nicht selbst derartige Normen erfüllt und solche Güter produziert." Vgl. auch die Aussagen zur Einbeziehung der Umweltpolitik in andere Gemeinschaftspolitiken, a.a.O., S. 9 ff.

17 Wobei oftmals eine ökonomische Motivation ausschlaggebend war, so *Cartou*, Communautés européennes, S. 462; vgl. zur Entwicklung *Murphy*, in: EG-Kommission, 30 Jahre Gemeinschaftsrecht, S. 541 ff.; *Koppen*, The European Community's Environmental Policy.

samen Markt vorlag, war eine im Schrifttum kontrovers diskutierte Frage.¹⁸ Immerhin hat der EuGH die grundsätzliche Möglichkeit zum Erlass umweltschutzrechtlicher Normen auf der genannten Grundlage bestätigt.¹⁹ Dennoch stellte die rechtsschöpferische Tätigkeit der Gemeinschaft unbestritten zumindest eine Ausweitung der bis dahin existierenden Gemeinschaftskompetenzen dar.²⁰ Die Situation hat sich geändert durch das Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte²¹; Bestimmungen über die Umwelt wurden in den Dritten Teil des EWG-Vertrags, der die Politik der Gemeinschaft betrifft, eingefügt (Art. 130 r - 130 t EWGV), und diese Bestimmungen regeln auch die Kompetenzen der EG.²² Sie ermöglichen nunmehr insbesondere Tätigkeiten der EG-Organe auf jenen Gebieten, in denen die Umweltschutzpolitik in keinem direkten Zusammenhang zu der Marktfreiheit steht,²³ umreißen den Inhalt gemeinschaftlicher Umweltschutzaktivitäten und stellen vor allem eine verbesserte Legitimationsbasis für diese Aktivitäten dar.²⁴

Die verstärkten Umweltschutzaktivitäten auf EG-Ebene fordern nicht nur eine effektive Umsetzung des gemeinschaftlichen Umweltschutzrechts durch nationales Recht,²⁵ sondern haben auch die Frage aufgeworfen, wie sich das Ziel des Umweltschutzes zu den übrigen Vertragszielen verhält.²⁶ Nach der Reform des EWG-Vertrags durch die Einheitliche Europäische Akte ist der Umweltschutz als integraler Bestandteil aller Gemeinschaftspolitiken anzusehen (Art. 130 r II 2 EWGV), und für die zukünftige Entwicklung gewinnt die Einsicht, daß Wirtschaftswachstum und Umweltschutz keine Gegensätze darstellen, sondern ökonomischer Fortschritt ökologische Anforderungen

18 Darauf wird im Teil 3 noch kurz einzugehen sein.

19 EuGH v. 18.3.1980, Rs. 92/79 (Kommission/Italien - Schwefelhöchstgehalt flüssiger Brennstoffe), Slg. 1980, S. 1115, 1122 (Rdnr. 8).

20 Vgl. *Usher*, in: *Schwarze/Schermers*, Structure and Dimensions of European Community Policy, S. 28 ff.

21 ABl. L 169 v. 29.6.1987, S. 1; BGBl. 1986 II, S. 1102, 1104.

22 Vgl. insofern auch *Jacqué*, RTDE 1986, S. 604 ff., zu den unterschiedlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten bei der Ausarbeitung der EEA.

23 Vgl. in diesem Zusammenhang die VO 1210/90/EWG zur Errichtung einer Europäischen Umweltagentur und eines Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetzes, ABl. L 120 v. 11.5.1990, S. 1, und die RL 90/313/EWG über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABl. L 158 v. 23.6.1990, S. 56.

24 Vgl. nur *Seidel*, DVBl. 1989, S. 446.

25 Vgl. nur *Krämer*, RMC 1988, S. 22 ff., der darauf hinweist, daß die Kommission mittlerweile auch die Umsetzungsmaßnahmen auf deren Effektivität hin untersucht (S. 25); *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 38 ff.; zu der Bedeutung des Vollzugs von EG-Umweltrecht im Binnenmarkt *Pernice*, NVwZ 1990, S. 422 ff.; am 14.5.1990 waren vor dem EuGH 29 Umweltverfahren anhängig, von denen 18 Fragen der Umsetzung von Umweltschutzrichtlinien betrafen, Quelle: Informationsdienst des EuGH.

26 Zum Verhältnis zwischen Umweltschutz und Subventionspolitik etwa *Grabitz/Zacker*, NVwZ 1989, S. 300.

berücksichtigen muß, entscheidende Bedeutung.²⁷ Das ändert aber nichts daran, daß weiterhin ein Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr bestehen bleiben wird.²⁸ Beispielhaft verdeutlichen läßt sich dies anhand der Debatte um das sog. Katalysatorauto.²⁹ Die Richtlinie 70/220/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Maßnahmen gegen Verunreinigung der Luft durch Abgase von Kraftfahrzeugmotoren vom 20.3.1970³⁰ bestimmt in der 1977 geänderten Fassung Grenzwerte für Kohlenmonoxid, unverbrannte Kohlenwasserstoffe und Stickoxid aus Kraftfahrzeugmotoren. Nach schrittweiser Senkung³¹ wurden diese Grenzwerte durch die am 3.12.1987 verabschiedete Richtlinie 88/76/EWG, der ein über zweijähriges politisches Ringen vorausgegangen war,³² neu festgelegt, allerdings unter dem Vorbehalt, bis spätestens Ende 1987 strengere Werte für Fahrzeuge der Hubraumklasse unter 1.400 ccm einzuführen.³³ Der daraufhin von der Kommission ausgearbeitete Richtlinienvorschlag³⁴ entsprach nicht den Vorstellungen der Bundesrepublik, Dänemarks, Griechenlands und der Niederlande, die alle die Einhaltung niedrigerer Grenzwerte forderten. Dennoch einigten sich die Umweltminister auf ihrer Tagung im Juni 1988 - gegen die Stimmen Dänemarks, Griechenlands und der Niederlande - auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags.³⁵ Keine drei Wochen später zog Frankreich

27 Vgl. nur Punkt C 4 des Dokuments der Bonner KSZE-Konferenz über wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa, Bulletin des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung Nr. 46/1990, S. 46: "Die Teilnehmerstaaten stellen fest, daß Umweltbelange in ihrer wirtschaftlichen Zusammenarbeit einen immer wichtigeren Platz einnehmen. Sie erkennen an, daß die Umweltverträglichkeit der wirtschaftlichen Entwicklung unbedingt gewährleistet werden muß."

28 Vgl. die Beispiele bei Nicolaysen, in: Thieme, Umweltschutz im Recht, S. 203.

29 Zu dieser Debatte Hailbronner, EuGRZ 1989, S. 101 ff.; sehr kritisch zu der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklung Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die EG, S. 259 f. Die Debatte um die Luftverschmutzung durch Kraftfahrzeuge hat auch deshalb zu besonderen Spannungen geführt, weil die EG grundsätzlich auf dem Kraftfahrzeugsektor von der Notwendigkeit einer weitgehenden Rechtsangleichung ausgegangen war, vgl. Corcelle, RMC 1985, S. 259.

30 ABl. L 76 v. 6.4.1970, S. 1; geändert durch ABl. L 2 v. 1.1.1973, S. 1; RL 74/290/EWG, ABl. L 159 v. 15.6.1974, S. 61; RL 77/102/EWG, ABl. L 32 v. 3.2.1977, S. 32; RL 78/665/EWG, ABl. L 223 v. 14.8.1978, S. 48; RL 83/351/EWG, ABl. L 197 v. 20.7.1983, S. 1; RL 88/76 EWG, ABl. 36 v. 9.2.1988, S. 1; RL 88/436/EWG, ABl. L 214 v. 6.8.1988, S. 1, ber. ABl. L 303 v. 8.11.1988, S. 36; RL 89/458/EWG, ABl. L 226 v. 3.8.1989, S. 1; RL 89/491/EWG, ABl. L 238 v. 15.8.1989, S. 43.

31 RL 78/665/EWG; RL 83/351/EWG.

32 Vgl. zu den 1985 geleisteten Vorarbeiten und Diskussionen Corcelle, RMC 1986, S. 125 ff.; Glatz, in: Schwarzel/Bieber, Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, S. 166 ff.; zum Zustandekommen Corcelle, RMC 1989, S. 514 f.

33 Art. 4 Spiegelstrich 1 RL 88/76/EWG.

34 Vorschlag für eine RL des Rates zur Änderung der RL 70/220/EWG (Emissionsnormen für Kraftfahrzeuge unter 1,4 Liter), ABl. C 56 v. 27.2.1988, S. 9.

35 Im einzelnen zu den beschlossenen Werten Umwelt Nr. 7/1988, S. 265 f., wobei die Bundesrepublik Deutschland, Frankreich und Italien Prüfvorbehalte einbrachten. Vgl. zu der diesbezüglichen Haltung der Bundesrepublik Lötz, in: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder, Umwelt- und Technikrecht in den Europäischen Gemeinschaften, UTR Bd. 7, S. 136 ff.

seine Zustimmung zu dem neuen Kompromiß zurück.³⁶ Auf der nächsten EG-Umweltministerkonferenz im November 1988 wurden deshalb erneute Verhandlungen nötig; dem dort erzielten gemeinsamen Standpunkt stimmte zwar Frankreich zu, jedoch wurde er weiterhin von den drei Staaten, die sich bereits im Juni gegen die damals getroffene Regelung ausgesprochen hatten, abgelehnt.³⁷ Die Bundesrepublik Deutschland, Dänemark und die Niederlande kündigten an, die strengeren US-Grenzwerte bereits vor 1992/93 für Kleinwagen durch steuerliche Vergünstigungen einzuführen, worauf die EG-Kommission mit der Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren reagierte. Erst die am 18.7.1989 erlassene Richtlinie 89/458/EWG des Rates³⁸, für deren Zustandekommen insbesondere die Mitwirkung des Europaparlaments im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der Zusammenarbeit von Bedeutung war, brachte die Festsetzung von akzeptablen Grenzwerten³⁹ und führte damit weitgehend⁴⁰ zum Abschluß der Debatte um die Einführung von Katalysator-Kraftfahrzeugen.⁴¹

Für die Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr ist die Frage nach dem Gestaltungsspielraum, der den Mitgliedstaaten verbleibt, um die jeweils erforderlich erscheinenden umweltschützenden Vorschriften auf nationaler Ebene zu erlassen und durchzusetzen, von besonderer Bedeutung.⁴² Das liegt zum einen daran, daß nationale Regelungen, die im Hinblick auf die Umweltverträglichkeit an Produkte besondere Anforderungen stellen, regelmäßig zu Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit führen werden. Denn solche produktbezogenen Regelungen erscheinen weniger alleine deshalb problematisch, weil sie zu höheren Produktionskosten führen; Schwierigkeiten ergeben sich vielmehr dadurch, daß die umweltbedingten Mehrkosten eine Veränderung der Wettbewerbssituation zwischen den

36 Vgl. dazu und zu der daraufhin abgegebenen Erklärung des Staatssekretärs im Bundesumweltministerium, *Stroetmann*, der die Entscheidung der französischen Regierung als "Rückfall in die Dinosaurierzeit des Umweltschutzes" bezeichnete, Umwelt Nr. 7/1988, S. 267; vgl. zu dem Hintergrund der Interessengegensätze aber auch *Weizsäcker/Schreiber*, in: *Gündling/Weber*, Dicke Luft in Europa, S. 168 f.

37 Vgl. *Corcelle*, RMC 1989, S. 521 f.

38 ABl. L 226 v. 3.8.1989, S. 1; ihr ging ein veränderter Vorschlag der Kommission voraus, ABl. C 134 v. 31.5.1989, S. 8.

39 Vgl. zur Einschätzung dieser RL als substantielle Umweltschutzmaßnahme *Corcelle*, RMC 1989, S. 522 ff.

40 Von Bedeutung für die tatsächliche Verwirklichung der neuen Grenzwerte ist insbesondere das geplante neue Testverfahren, vgl. COM (89) 662 fin.

41 Vertragsverletzungsverfahren wurden aber eingeleitet gegen Dänemark und Griechenland wegen der jeweiligen nationalen steuerlichen Vorschriften, die einen Anreiz zum Einbau von Katalysatoren schaffen sollen, vgl. *Europe Environment* No. 338, 1990, S. 1.

42 Zu diesem Problem *Montag*, RIW 1987, S. 936. Allgemein zu Fragen der mitgliedstaatlichen Eigenständigkeit im Umweltschutzrecht *Sönnichsen*, ZfU 1989, S. 111 ff. Vgl. zu der Frage, ob Umweltschutz besser auf nationaler Ebene oder auf auf EG-Ebene zu verwirklichen sei, und in diesem Zusammenhang zu der Forderung nach "bestmöglichem Umweltschutz" *Gündling*, in: *Gündling/Weber*, Dicke Luft in Europa, S. 37 ff.; die zumindest derzeit bestehende Notwendigkeit nationaler Alleingänge betont *Bryde*, Gedächtnisschrift f. Martens, S. 777.

betroffenen Produkten zur Folge haben.⁴³ Will der handelnde Staat einen Substitutionswettbewerb zugunsten umweltgefährdender ausländischer Produkte, der im Ergebnis zu einer Unwirksamkeit seiner Umweltschutzbestimmungen führen würde, verhindern, so muß er gesetzgeberische Maßnahmen treffen und den Marktzugang der unerwünschten Produkte unterbinden. Insofern läßt sich die Schaffung von Handelsbeschränkungen kaum vermeiden.⁴⁴ Andererseits spielt die Schaffung strenger Umweltschutznormen auf nationaler Ebene eine wichtige Rolle für die Weiterentwicklung des Umweltschutzrechts in der gesamten Gemeinschaft. Denn Ziel dieser Normen ist nicht nur die Bekämpfung der Umweltverschmutzung auf dem nationalen Hoheitsgebiet.⁴⁵ Die sog. "nationalen Alleingänge" beeinflussen vielmehr auch den europäischen Integrationsprozeß, indem sie ökonomische Anreize zur Verwirklichung eines EG-weiten höheren Umweltschutzniveaus schaffen. Bei richtigem Verständnis ist deshalb nicht von Alleingängen im Sinne eines Außerachtlassens der europäischen Entwicklung zu sprechen. Strengere nationale Umweltschutzbestimmungen gewinnen ihren Sinn vor allem aus dem Umstand, daß sie vorläufig, nämlich solange in anderen Mitgliedstaaten die Durchsetzung von Mindestnormen noch erkämpft werden muß,⁴⁶ zur Ermöglichung eines bestmöglichen Umweltschutzes auf begrenztem Raum beitragen. Modellhaft betrachtet verlieren sie ihre Bedeutung, wenn das eigentliche Ziel, die Geltung strenger Standards auf der gesamten EG-Ebene, erreicht worden ist. Insgesamt gesehen lösen mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume also einen auf die Verwirklichung eines Ziels gerichteten Prozeß der gegenseitigen Einflußnahme aus, ohne daß das anzustrebende Ziel bereits im Sinne einer Festschreibung bestimmter Werte konkretisiert sein müßte.

Dennoch ist zu erwarten, daß die Frage nach dem Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr in Zukunft verstärkt Gegenstand von Auseinandersetzungen sein wird.⁴⁷ Die Einheitliche Europäische Akte sieht die schrittweise Verwirklichung des Binnenmarkts⁴⁸ bis zum

43 Vgl. *Simson*, in: Festschrift f. Kutscher, S. 492 f.: "Gesamtwirtschaftlich erforderliche, aber für das einzelne Unternehmen unwirtschaftliche Schritte müssen getan werden. Diese Schritte sind nur vereinbar mit dem Prinzip der freien Konkurrenz, von dem die Gemeinschaft abhängt, wenn sie wettbewerbsneutral gemacht werden können, neutral in dem Rahmen dann aber, in dem der Wettbewerb sich tatsächlich abspielt."

44 Vgl. näher zur Entstehung von Handelshindernissen durch produktbezogenes Umweltschutzrecht *Gröner*, in: *Gutzler*, Umweltpolitik und Wettbewerb, S. 146 ff.

45 Vgl. etwa zur beschränkten Wirkungsmöglichkeit strengerer nationaler Abgasvorschriften für Kraftfahrzeuge *Glatz*, in: *Schwarze/Bieber*, Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, S. 170.

46 Vgl. zu dem unterschiedlichen Umweltbewußtsein in den Mitgliedstaaten nur *Seidel*, DVBl. 1989, S. 443 f., und *DER SPIEGEL*, Heft 16/1990, S. 186 ff.

47 Vgl. *Gündling*, in: Jahrbuch der Europäischen Integration 1988/89, S. 162; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 201 f.; *Kohlhepp*, DB 1989, S. 1456.

48 Vgl. Art. 8 a II EWGV: "Der Binnenmarkt umfaßt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist".

31.12.1992 vor (Art. 8 a I EWGV). Zur Verfolgung dieses Ziels hat die EG-Kommission in ihrem Weißbuch an den Europäischen Rat aus dem Jahre 1985⁴⁹ ein umfangreiches Programm vorgelegt, das zwischenzeitlich aktualisiert und geändert worden ist.⁵⁰ Von den geplanten 279 Maßnahmen waren bis September 1989 100 Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen und Empfehlungen verabschiedet, wenn auch erst sechs der darin enthaltenen 68 Richtlinien in allen Mitgliedstaaten umgesetzt worden waren.⁵¹ Der angestrebte Zustand, nämlich die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen⁵² und die Beseitigung nationaler Einfuhrbeschränkungen, wird sich voraussichtlich auf die Frage nach der Durchsetzung strengerer nationaler umweltrechtlicher Produktstandards auswirken.⁵³

2. Ziel und Gang der Untersuchung

Die zentrale Fragestellung der vorliegenden Arbeit lautet: Welche Möglichkeiten bleiben den EG-Mitgliedstaaten, um, gemessen an dem bestehenden Gemeinschaftsrecht, strengere Umweltschutzvorschriften einzuführen bzw. bestehende strengere Umweltschutzvorschriften weiterhin anzuwenden, wobei sich die Untersuchung lediglich auf die Vorschriften des EWG-Vertrags und die auf der Grundlage dieses Vertrags ergangenen EG-Vorschriften bezieht. Nicht angesprochen wird der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Umsetzung von Umweltschutzrichtlinien.⁵⁴

49 *EG-Kommission*, Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, Luxemburg 1985.

50 Vgl. zur Bedeutung des Programms nur *Dausers*, EuZW 1990, S. 8.

51 COM (89) 422 fin. v. 7.9.1989, Communication from the Commission on Implementation of the legal acts required to build the Single Market, S. 1; vgl. jetzt auch 5. Report of the Commission to the Council and the European Parliament concerning the implementation of the White Paper on the Completion of the Internal Market, COM (90) 90 fin.

52 Vgl. dazu auch *EG-Kommission*, Die Abschaffung der Grenzkontrollen, Die Vollendung des Binnenmarktes, Luxemburg 1990.

53 Vgl. allgemein zu den möglichen Auswirkungen des Binnenmarkts auf die Umweltpolitik ("static and dynamic effects") *Task Force*, Task Force Report on the Environment and the Internal Market, S. III ff.; speziell zu den technischen Schranken a.a.O., S. 2.13 f.

54 Hingewiesen werden soll nur darauf, daß sich Umsetzungsprobleme insbesondere hinsichtlich der Wahl der Rechtsform stellen, vgl. zur Problematik der Umsetzung durch Verwaltungsvorschriften *Scheuing*, EuR 1985, S. 238 f.; *Zuleeg*, NVwZ 1987, S. 281 f. m.w.N. Im einzelnen sind noch viele Fragen offen; der EuGH scheint vor allem darauf abzustellen, daß der Verwaltung keine Möglichkeit zur beliebigen Änderung verbleiben darf, so zur nicht ausreichenden Umsetzung durch Verwaltungspraxis EuGH v. 23.2.1988, Rs. 429/85 (Kommission/Italien - Gefährliche Stoffe), Slg. 1988, S. 843, 852 (Rdnr. 12), und hat deshalb eine Umsetzung durch "technische Regelungen", denen er keine rechtliche Bedeutung beigemessen hat, für unzureichend erklärt, EuGH v. 14.10.1987, Rs. 208/85 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Gefährliche Stoffe: technische Regeln zur VO über gefährliche Abfallstoffe), Slg. 1987, S. 4045, 4066 (Rdnr. 30). Anhängig ist zur Zeit vor dem EuGH ein Vertragsverletzungsverfahren (Rs. C-59/89, ABl. C 107 v. 27.4.1989, S. 6), in dem die Kommission davon ausgeht, daß die Umsetzung der RL 82/884/EWG betreffend einen

a) Erforderlich ist die Umschreibung des zu untersuchenden Rechtsbereichs. Im ersten Teil werden deshalb die Begriffe der Umwelt und des Umweltschutzrechts umrissen, um das Umweltschutzrecht von anderen Rechtsgebieten, mit denen Überschneidungen bestehen, abgrenzen zu können. Darauf aufbauend wird kurz eine Systematisierung der Umweltschutznormen vorgenommen mit dem Ziel, diejenigen Vorschriften, die eine Verbindung zur Warenverkehrsfreiheit aufweisen, herauszufiltern. Schließlich sind in dem derart konkretisierten Rechtsbereich, der mit dem Begriff des produktbezogenen Umweltschutzrechts umschrieben werden kann, die grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten der nationalen Gesetzgeber darzustellen.

b) Der zweite Teil behandelt die Beschränkungen des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch EG-Primärrecht. Diese Beschränkungen können sich aus dem Anwendungsvorrang des EG-Rechts an sich bzw. aus der dem EWGV zugrundeliegenden Kompetenzverteilung ergeben. Eingegangen wird deshalb auch auf die Umweltkompetenzen der EG. Im Anschluß daran werden die Beschränkungen des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch Art. 30 EWGV und durch weitere vertragliche Bestimmungen untersucht, wobei zu berücksichtigen ist, daß auch nicht im 2. Teil, Titel 1 des EWG-Vertrags enthaltene Vorschriften der Absicherung der Warenverkehrsfreiheit dienen. Erst nach Abhandlung der grundsätzlichen Beschränkungen erfolgt die Darstellung derjenigen Vorschriften, die den Mitgliedstaaten ausnahmsweise Erlaß und Anwendung strikteren Umweltschutzrechts erlauben. Diese Aufteilung beruht auf zwei Gründen: zum einen ermöglicht sie einen generellen Überblick über die Wirkungen der gemeinschaftsrechtlichen Beschränkungen; zum anderen erlaubt sie die zusammenhängende Betrachtung der Rechtfertigungsmöglichkeiten unter der Annahme, daß deren Struktur weitgehend ähnlich ist. Deshalb werden nacheinander Art. 36 EWGV und die "zwingenden Erfordernisse" im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EWGV abgehandelt.

c) Auch der dritte Teil, der sich mit der Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch EG-Sekundärrecht beschäftigt, basiert grundsätzlich auf der Unterscheidung zwischen dem Erlaß gemeinschaftsrechtlicher Normen und der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, von diesen Normen abzuweichen, wobei allerdings die Besonderheiten des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts zu einer Modifizierung führen. Begonnen wird mit den gemeinschaftlichen Befugnissen zum Erlaß produktbezogenen Umweltschutzrechts. Da sich diese insbesondere auf die Rechtsangleichungsvorschriften stützen, ist anschließend auf das Einwirken von Harmonisierungsmaßnahmen in die

Grenzwert für den Bleigehalt in der Luft durch die TA-Luft (1. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes) nicht ausreichend ist; ähnlich liegt die Problematik in den anhängigen Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich hinsichtlich der Umsetzung der RL 85/203/EWG über Luftqualitätsnormen für Stickoxid (Rs. C-14/90) und der Umsetzung der RL 80/779/EWG über Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebstaub (Rs. C-64/90).

mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einzugehen; in diesem Rahmen wird der Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV, deren Wirkungsbereich im einzelnen umstritten ist, besondere Beachtung gewidmet. Abschließend erfolgt ein Überblick über das bestehende EG-Sekundärrecht auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts unter dem Blickwinkel einer möglichen Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums.

d) Der letzte Teil der Arbeit geht, wenn auch kurz, im Sinne eines rechtspolitischen Ausblicks auf die Rechtsprobleme ein, die sich speziell durch die angestrebte Verwirklichung des Binnenmarktes stellen. Der Grund dafür ist die oben angestellte Überlegung, wonach die Durchsetzung strikteren nationalen Umweltschutzrechts zukünftig vor neue Schwierigkeiten gestellt wird. Zuerst wird die sog. neue Harmonisierungsstrategie der EG-Kommission behandelt. Nach Darstellung der Grundzüge der neuen Strategie ist die Frage zu erörtern, inwieweit durch diese der Gestaltungsspielraum der EG-Mitgliedstaaten im Bereich des produktbezogenen Umweltschutzrechts verändert wird. Als zweiter Punkt wird auf die durch Art. 100 b EWGV aufgeworfenen Fragen eingegangen. Schließlich sind Probleme zu erörtern, die sich aus dem angestrebten Wegfall der Binnengrenzen für die Durchsetzung nationalen Umweltschutzrechts ergeben können.

Erster Teil

Grundlegung

1. Abgrenzung des Umweltschutzrechts

Heute ist unbestritten, daß das Umweltschutzrecht als eigenständiges Rechtsgebiet anzusehen ist.¹ Dessen Außenabgrenzung kann nach finalen Kriterien erfolgen.² Danach sind Umweltschutzvorschriften von anderen Rechtsvorschriften nach der Frage zu unterscheiden, ob die Zielsetzung der zu untersuchenden Norm zumindest auch der Umweltschutz ist.³ In diesem Zusammenhang ist kurz auf den Begriff der Umwelt einzugehen. Eine allgemeingültige legislative Definition des Begriffs der Umwelt existiert bis heute nicht. Sowohl politische Programme⁴ als auch spezielle Rechtsvorschriften⁵ enthalten verschiedene Umschreibungen,⁶ wobei nicht einmal die umweltschützenden Normen der Bundesrepublik Deutschland eine einheitliche Begriffsbildung aufweisen. Ebenso hat die Europäische Gemeinschaft in dem neu in den EWG-Vertrag eingefügten Titel "Umwelt" auf eine Begriffsdefinition verzichtet.⁷ Im Hinblick auf diese Ausgangslage erscheint es schwierig, das Feld des Umweltschutzrechts von einem bestimmten

1 Vgl. *Breuer*, Umweltschutz, in: *v.Münch*, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 622. Einschränkend *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 41: "Rechtsgebietscharakter hat allerdings nur das Umweltrecht i.e.S., das sich auf umweltspezifisches Recht, insbesondere das Sonderrecht der staatlichen Umweltschutzaktivitäten, beschränkt."

2 *Steiger*, in: *Salzwedel*, Grundzüge des Umweltrechts, S. 10 f.; für eine allgemeine Abgrenzung nicht ausreichend ist die Aufzählung von Normen, die zum Kernbestand des Umweltschutzrechts zählen, vgl. insofern *Storm*, Umweltrecht, S. 24 f.

3 So *Erbguth*, Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts, S. 57, der auch auf die Gegenargumente eingeht, a.a.O., S. 51, 56 f. m.w.N. Ähnlich die Umschreibung im 1. Umweltschutzprogramm der EG, ABl. 1973 Nr. C 112, S. 49, wo unter der Überschrift "Umweltschutznormen" ausgeführt wird: "Die "Normen" werden mit dem Ziel festgesetzt, die Objekte vor einer Exposition zu schützen oder die Exposition in Grenzen zu halten ...".

4 Vgl. das Umweltprogramm der Bundesregierung aus dem Jahre 1971, BT Dr. VI, 2710.

5 Vgl. die Nachweise bei *Lersner*, Umwelt, in: *Kimmich/Lersner/Storm*, Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. II, Sp. 551; *Kloepfer/Bosselmann*, Zentralbegriffe des Umweltchemikalienrechts, S. 136.

6 Zu den unterschiedlichen Begriffen in einschlägigen Gesetzen der Bundesrepublik Deutschland *Dempfle/Müggenborg*, NuR 1987, S. 301 ff.

7 Vgl. zu der Definition der Umwelt in den früheren Verlautbarungen der EG *Krämer*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Anhang Umweltpolitik, Rdnr. 10. Nach Art. 2 I lit. c der RL 67/548/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gefährlicher Stoffe v. 27.6.1967, ABl. L 196 v. 16.8.1967, S. 1 m.Änd., wird Umwelt definiert als Wasser, Luft und Boden sowie die Beziehungen unter ihnen einerseits und zu Lebewesen andererseits; zu möglichen Interpretationsunterschieden zwischen der englischen und der deutschen Fassung dieser RL *Kloepfer/Bosselmann*, Umweltchemikalienrecht, S. 143 f.

Begriff der Umwelt her zu bestimmen.⁸ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll - ohne etwa auf die Frage nach den eigenen Rechten der Natur einzugehen⁹ - die sog. "engere Auffassung" der Umwelt, die sich auf die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen und deren Beziehungen untereinander sowie zu den Menschen bezieht einschließlich der vom Menschen geprägten Umwelt,¹⁰ zugrundegelegt werden.

Hinsichtlich der Außenabgrenzung des Umweltschutzrechts ist für die vorliegend behandelte Fragestellung nach dem Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und dem freien Warenverkehr in der EG vor allem die Abgrenzung des Umweltschutzrechts von anderen Gemeinschaftspolitiken erforderlich. Diese Abgrenzung dient lediglich der Bestimmung der später zu behandelnden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften. Keineswegs werden damit inhaltliche Folgerungen verbunden; insbesondere darf nicht übersehen werden, daß der Umweltschutz auch im Rahmen der übrigen Rechtsgebiete Bedeutung entfalten muß. Da an dieser Stelle jedoch nur eine Stoffabgrenzung beabsichtigt ist, kann von folgender Überlegung ausgegangen werden: Auch wenn grundsätzlich Normen, die als Zielsetzung den Umweltschutz aufweisen, als umweltschützend bezeichnet werden, so ist das Abstellen auf die Zielsetzung alleine nicht ausreichend, um eine Trennlinie zwischen dem Gebiet des Umweltschutzrechts und anderen etablierten Rechtsgebieten zu ziehen.¹¹ Das liegt daran, daß eine Vorschrift zugleich mehreren Zielsetzungen dienen kann. Im weiteren werden deshalb in bewußter Verkürzung nur solche Bestimmungen als dem Umweltschutzrecht zugehörig behandelt, deren Hauptziel nicht bereits auf die Verwirklichung anderer, speziellen Rechtsgebieten zuzuordnender Zwecke gerichtet ist.

Aus dem Untersuchungsgegenstand ausgegrenzt werden dementsprechend Verbraucherschutzrechtliche Normen. Mittlerweile ist die Verbraucherschutzpolitik Gegenstand der Gemeinschaftspolitiken geworden.¹² Der EWG-Vertrag selbst erwähnt die Verbraucher nur in Art. 39 I lit. e, 40 III S. 2, 85 III, 86 S. 2 lit. b und 92 II lit. a EWGV. Darüber hinausgehend hat aber die Europäische Gemeinschaft eine Anzahl unterschiedlicher Rechtsvorschriften geschaffen, die zum Teil auf Art. 100, 235 EWGV gestützt

8 *Kimminich*, Umweltschutz - Prüfstein der Rechtsstaatlichkeit, S. 104.

9 Vgl. dazu nur *Bosselmann*, NuR 1987, S. 3 ff.

10 *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 20, 22; *HoppelBeckmann*, Umweltrecht, S. 4; ähnlich *Winter*, DVBl. 1988, S. 659, der darauf hinweist, daß die Einbeziehung des Verhältnisses der den Menschen umgebenden Natur zu diesem selbst schon über das eigentliche sprachliche Verständnis der "Umwelt" hinausgeht. Vgl. auch Beispiele der Bezugnahme auf einen weitgefaßten Umweltbegriff bei *Lersner*, Umwelt, in: *Kimminich/Lersner/Storm*, Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. II, Sp. 551.

11 Vgl. *Lukes*, Technisches Sicherheitsrecht, in: *Kimminich/Lersner/Storm*, Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. II, Sp. 508.

12 Vgl. das 1. und 2. Verbraucherschutzprogramm, Entschließung des Rates v. 14.4.1975, ABl. C 92 v. 25.4.1975, S. 1 und Entschließung des Rates v. 19.5.1981, ABl. C 133 v. 3.6.1981, S. 1; hervorzuheben ist außerdem die Entschließung des Rates über die Integration der Verbraucherpolitik in die anderen Politiken v. 15.12.1986, ABl. C 1 v. 7.1.1987, S. 1.

wurden,¹³ ohne daß von einer zusammenhängenden Politik etwa im Hinblick auf den Gesundheitsschutz oder die Sicherheit von Verbrauchern gesprochen werden könnte.¹⁴ Allgemein umfaßt der Verbraucherschutz Maßnahmen zum Schutze des Verbrauchers vor Schäden, Gefahren, Nachteilen und Irreführungen.¹⁵ Er zielt also darauf ab, Rechtsgüter oder Freiheiten bestimmter Personengruppen¹⁶ vor Beeinträchtigung zu bewahren. Die Abgrenzung zwischen Umwelt- und Verbraucherschutzrecht läßt sich am Beispiel der Richtlinie 88/378/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Sicherheit von Spielzeug¹⁷ erläutern.¹⁸ Zwar werden im Anhang II der Richtlinie u.a. chemische Merkmale von Spielzeugen, etwa der zulässige Höchstgehalt an Arsen, Chrom, Blei festgelegt, jedoch sind diese Bestimmungen auf die grundlegende und den Schutzzweck umschreibende Vorschrift des Art. 2 bezogen, die lautet: "Spielzeug darf nur dann in den Verkehr gebracht werden, wenn es die Sicherheit und/oder Gesundheit von Benutzern oder Dritten bei einer bestimmungsgemäßen oder vorhersehbaren Verwendung unter Berücksichtigung des üblichen Verhaltens von Kindern nicht gefährdet." Grundsätzlich enthält damit die Richtlinie keine umweltschützende Zielbestimmung im zuvor genannten Sinn, denn ein Schutz wird lediglich hinsichtlich des direkten Kontakts zwischen Verbraucher und Produkt angestrebt, und dieser Kontakt ist dem speziellen Verbraucherschutzrecht zuzuordnen. Ebenso verhält es sich im Ergebnis mit Rechtsakten, welche die Gesundheitskontrollen von Pflanzen und Tieren betreffen, um dadurch Verbraucher vor Gesundheitsgefährdungen zu schützen.¹⁹

Abgrenzungsprobleme zwischen Umweltschutzrecht und Sozialpolitik können sich außerdem auf dem Feld des Arbeitsschutzes ergeben. Dort hat die EG, gestützt auf Art. 100 EWGV, Richtlinien erlassen.²⁰ Der durch die Einheitliche Europäische Akte eingefügte Art. 118 a EWGV, der den Begriff der Arbeitsumwelt enthält, hat in seinem Abs. 2 die Möglichkeiten zum Erlaß von Rechtsvorschriften im Sinne von Mindestvorschriften erleichtert.²¹ Arbeitsschutzvorschriften sollen, wie auch der dem Begriff der Arbeitsumwelt beigefügte Nebensatz bestätigt, dem Schutz der Sicherheit und der Gesundheit von Arbeitnehmern dienen. Sie zielen also nicht auf die Erhaltung der Lebens-

13 Vgl. zu den insofern umstrittenen Rechtsgrundlagen nur *Close*, in: *Woodroffe*, Consumer Law in the EEC, S. 2 ff.; zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insbesondere die RL 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte v. 25.7.1985, ABl. L 210 v. 7.8.1985, S. 29.

14 *Krämer*, EEC Consumer Law, S. 187.

15 *Bieber*, in: *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 500.

16 Dazu im Rahmen der verschiedenen Vorschriften *Krämer*, EEC Consumer Law, S. 1 ff.

17 ABl. L 187 v. 16.7.1988, S. 1.

18 Vgl. zweite Begründungserwägung.

19 Vgl. zu diesen Gesundheitskontrollen im Hinblick auf den Binnenmarkt *EG-Kommission*, Gesundheitskontrollen von Pflanzen und Tieren, Die Vollendung des Binnenmarktes, Luxemburg 1989.

20 Vgl. *Jansen*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 118, Rdnr. 31.

21 Vgl. dazu *Jansen*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 118 a, Rdnr. 3.

grundlagen und damit den Umweltschutz ab. Dies verdeutlichen insbesondere die Bestimmungen zur Verwendung von Asbest in der Gemeinschaft. Die Richtlinie 87/217/EWG des Rates zur Verhütung und Verringerung der Umweltverschmutzung durch Asbest vom 19.3.1987²² wurde auf Art. 100, 235 EWGV gestützt und hat zum Ziel, Maßnahmen vorzusehen und bereits bestehende Vorschriften zu ergänzen, um die Verunreinigung durch Asbest zum Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt zu verringern und zu verhindern (Art. 1 I); im einzelnen werden die Einschränkung und Verhinderung von Asbestemissionen in die Luft, von Asbestableitungen in Gewässer und der Erzeugung von Asbestabfällen vorgesehen (Art. 3 I). Daneben existiert die Richtlinie 83/477/EWG des Rates über den Schutz der Arbeitnehmer gegen Gefährdung durch Asbest am Arbeitsplatz vom 19.9.1983²³; sie ist auf der Rechtsgrundlage des Art. 100 EWGV ergangen und bezweckt den Schutz von Arbeitnehmern vor Gesundheitsgefährdungen (Art. 1). Sie gilt für Tätigkeiten, bei denen Arbeitnehmer bei ihrer Arbeit Asbeststaub oder Staub von asbesthaltigen Materialien ausgesetzt sind oder ausgesetzt sein können (Art. 3) und sieht in diesem Zusammenhang insbesondere Maßnahmen zur Messung der Asbestbelastung an Arbeitsplätzen, ein Verbot bestimmter Tätigkeiten und Informationspflichten vor. Vergleicht man die beiden Richtlinien, dann wird deutlich, daß der mit diesen jeweils angestrebte Schutzzweck unterschiedlich ist, obwohl in beiden Fällen den durch Asbest verursachten Gefahren begegnet werden soll; die auf die Verwendung von Asbest am Arbeitsplatz abzielende Richtlinie erfaßt die Gefährdung, die für einen bestimmten Personenkreis, nämlich die Arbeitnehmer, auftreten. Sie ist insofern Bestandteil des spezielleren Arbeitsschutzrechts und nicht dem allgemeinen Umweltschutzrecht zuzuordnen.

Weder nützlich noch sinnvoll erscheint hingegen eine Abgrenzung des Umweltschutzrechts zum Gesundheitsschutz. Das kann an einem konkreten Beispiel, bei dem die Frage nach der Zuordnung zum Umweltschutzrecht aufgeworfen wurde, veranschaulicht werden. In fast allen deutschen Bundesländern existieren sog. Smog-Verordnungen, die auf § 40 BImSchG gestützt sind und größtenteils auf einem Musterentwurf aus dem Jahre 1984 beruhen.²⁴ Diese Verordnungen sehen, unter leicht voneinander abweichenden Voraussetzungen, vor, daß bei austauscharmen Wetterlagen im Rahmen der Alarmstufe unter anderem Verkehrsbeschränkungen angeordnet werden, wobei für schadstoffarme Kraftfahrzeuge Ausnahmeregelungen bestehen. Allgemein haben die Smog-Verordnungen das Ziel, durch eine rasche Senkung der Emissionen Gefahren in den betroffenen Gebieten abzuwehren;²⁵ dabei wird heutzutage davon ausgegangen, daß

22 ABl. L 85 v. 28.3.1987, S. 40.

23 ABl. L 263 v. 24.9.1983, S. 25.

24 Vgl. zu dem Verhältnis zwischen der Ermächtigungsgrundlage und den Regelungen der Verkehrsbeschränkung durch die Landesverordnungen *Hansmann*, Gesellschaft für Umweltrecht, Die neuen Smog-Verordnungen, Berlin 1987, S. 20 f., und zu dem Musterentwurf S. 24 ff.

25 *Feldhaus*, Bundesimmissionsschutzrecht, Anm. 2 zu § 40 BImSchG.

für die Gefahrenabwehr ein allgemein geartetes gesundheitliches Risiko für vorgeschädigte Personen als Risikoschwelle ausreicht.²⁶ Aus dem dargestellten Schutzzweck ist gefolgert worden, die Smog-Verordnungen seien nicht als Umweltschutzvorschriften einzuordnen, wobei davon ausgegangen wird, daß Gesundheitsschutz stelle ein gegenüber dem Umweltschutz spezifischeres Ziel dar.²⁷ Nach der oben verwendeten Definition erfaßt aber der Umweltbegriff auch die Beziehungen der natürlichen Lebensgrundlagen zum Menschen.²⁸ Es ist wenig zweifelhaft, daß in vielen Fällen Umweltschutznormen erlassen werden, um die menschliche Gesundheit zu schützen; dabei erscheint eine Differenzierung nach der Frage, ob dieser Schutz auf längere oder kürzere Frist angelegt ist, kaum durchführbar. Die vorstehend vorgenommene Abgrenzung des Umweltschutzrechts zu anderen Gemeinschaftspolitiken wurde im Sinne einer Stoffabgrenzung lediglich deshalb vorgenommen, weil Verbraucherschutz- und Arbeitssicherheitspolitik bereits als eigenständige Rechtsbereiche existieren und spezielle Gefährdungslagen abdecken. In entsprechendem Sinne kann jedoch von einem speziellen Rechtsgebiet des Gesundheitsschutzes nicht gesprochen werden.

2. Systematisierung des Umweltschutzrechts

2.1 Verschiedene Systematisierungsansätze

Häufig ist Ausgangspunkt einer Systematisierung des Umweltschutzrechts²⁹ die mediale Betrachtung, d.h. es wird darauf abgestellt, ob umweltschützende Vorschriften den Schutz von Boden, Wasser oder Luft zum Gegenstand haben. Dieses Schema läßt sich erweitern durch die weitere Unterscheidung von kausalem Umweltschutz mit stoffbezogenem Ansatz, dem auf Schutz von Tieren und Pflanzen ausgerichteten vitalen Umweltschutz und dem in übergreifende Aufgabenstellungen eingebundenen integrierten Umweltschutz.³⁰ In der Europäischen Gemeinschaft wird zur Einteilung des Umweltschutzrechts zwischen sechs Bereichen differenziert, dem Gewässerschutz, der

26 *Hansmann*, a.a.O., S. 22.

27 *Moench*, NVwZ 1989, S. 337.

28 Vgl. oben, 1.1.

29 Soweit als Ausfluß der "Einsicht in die Komplexität der natürlichen Welt und die Wechselwirkung aller ihrer Faktoren" eine Aufteilung des Umweltschutzrechts als überholt angesehen wird, so *H. Hofmann*, JZ 1988, S. 276, bezieht sich diese Kritik auf die Tätigkeit des Gesetzgebers, ändert aber nichts an der Notwendigkeit einer Zusammenstellung der bestehenden Umweltschutzvorschriften.

30 So *Breuer*, Umweltschutz, in: *v.Münch*, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 623 ff.

Luftreinhaltung, der Lärmbekämpfung, der Abfallbeseitigung, der Behandlung chemischer Erzeugnisse und dem Schutz natürlicher Ressourcen.³¹

Das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Untersuchung läßt es ratsam erscheinen, der Systematisierung des Umweltschutzrechts nach Regelungsgegenständen bzw. Gefahrenquellen zu folgen.³² Als Ausgangspunkt kann deshalb hier die Unterscheidung zwischen anlagenbezogenem und produktbezogenem Umweltschutzrecht herangezogen werden.³³ Unter anlagenbezogenem Umweltschutzrecht können diejenigen Normen zusammengefaßt werden, die sich auf umweltbelastende Anlagen wie etwa Kraftwerke oder Tiermästereien beziehen; dazu zählt insbesondere ein Großteil raumbedeutsamer Bestimmungen.³⁴ Produktbezogenes Umweltschutzrecht erfaßt hingegen diejenigen Vorschriften, die auf die Beschaffenheit von Produkten abzielen, und zwar im Hinblick auf die durch deren Verwendung hervorgerufenen Umweltbelastungen.³⁵ Im Rahmen einer Abgrenzung von "Verfahrensnormen"³⁶ hat die EG-Kommission im 1. Umweltschutzprogramm von "Produktnormen" gesprochen³⁷ und deren Aufgabe folgendermaßen umschrieben: sie "legen die Grenzwerte hinsichtlich der Menge an Schadstoffen oder des Grades der Belästigung fest, der in der Zusammensetzung oder bei den Emissionen eines Produkts nicht überschritten werden darf, spezifizieren die Eigenschaften oder Konzeptionsmerkmale eines Produkts oder betreffen die Verwendungsmodalitäten eines Produkts; Produktnormen können, soweit dies zweckmäßig ist, Spezifikationen

31 *Seidel*, DVBl. 1989, S. 444; vgl. jetzt aber auch die Zielbeschreibung der gemeinschaftlichen Umweltpolitik in Art. 130 r I EWGV und in diesem Zusammenhang den detaillierten Vorschlag für eine Beschreibung der EG-Umweltschutzaktivitäten, den die Kommission unterbreitet hatte, bei *Vandermeersch*, ELR 1987, S. 413.

32 Die grundsätzlich an dieser Systematisierung geübte Kritik, vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 47, ist für die hier vorgenommene, funktionale Aufteilung ohne Bedeutung.

33 Eine im Grundsatz ähnliche, nicht "als kategoriale, sondern als typisch" gedachte Unterscheidung legt *Prümm*, Umweltschutzrecht, S. 56 f., vor. Er nennt neben den genannten und der zusätzlichen Gruppe des "verkehrsbezogenen Umweltschutzrechts" noch "verhaltensbezogenes und gebietsbezogenes Umweltschutzrecht". Die beiden letztgenannten Gruppen können schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie offensichtlich in keinem Zusammenhang zur Warenverkehrsfreiheit stehen.

Zum Teil wird neben anlagen- und produktbezogenem Umweltschutzrecht auch eine dritte Normengruppe, die des verfahrens- bzw. produktionsbezogenen Rechts, erwähnt, vgl. *Scheuing*, EuR 1989, S. 186; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 205.

34 Siehe dazu *Erbguth*, Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts, S. 65 ff.

35 Vgl. *Gröner*, in: *Gutler*, Umweltpolitik und Wettbewerb, S. 145; *Krämer*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 304.

36 Unter denen "Emissionsnormen", "Bauartnormen" und "Betriebsnormen" für ortsfeste Anlagen verstanden werden sollen, ABl. C 112 v. 20.12.1973, S. 50.

37 Ähnlich die Unterscheidung von *Rehbinder/Stewart*, Environmental Protection Policy, S. 10, zwischen "product regulation" und "regulation of industrial process". Einen identischen Begriff der Produktnorm verwendet *Storm*, Umweltrecht, S. 50.

über die Untersuchungsmethode, die Verpackung, die Bezeichnung und die Etikettierung einschließen."³⁸

2.2 Produktbezogenes Umweltschutzrecht im einzelnen

2.2.1 Nähere Abgrenzung

Wenn im weiteren die Untersuchung auf produktbezogenes Umweltschutzrecht konzentriert wird, so bedarf die grundsätzliche Unterscheidung von anlagenbezogenen und produktbezogenen Umweltschutznormen einer Präzisierung. Nationale Bestimmungen können, wie das etwa bei § 3 V des Bundes-Immissionsschutzgesetzes³⁹ der Fall ist, den Anlagenbegriff sehr weit fassen,⁴⁰ wobei die spezifische Eigenschaft von Anlagen auf das Betreiben reduziert wird. Dann unterfallen grundsätzlich⁴¹ auch Kraftfahrzeuge dem Anlagenbegriff, für die lediglich bezüglich des Gebrauchszwecks die Unterkategorie der verkehrsbezogenen Anlagen gebildet werden könnte.⁴² Die hier in Frage stehende Abgrenzung zu produktbezogenen Regelungen ist aber nicht im Hinblick auf unter Umständen weit gefaßte gesetzgeberische Ziele, sondern im Hinblick auf denkbare Kollisionen mit der Warenverkehrsfreiheit vorzunehmen. Unter Anlagen sollen deshalb nur ortsfeste technische Einrichtungen verstanden werden, womit insbesondere die Problembereiche der grenzüberschreitenden Luftverschmutzung und der Raumplanung aus der vorliegenden Untersuchung ausgeschlossen werden, während andere Einrichtungen, insbesondere Kraftfahrzeuge, die Gegenstand eines grenzüberschreitenden Handels sein können, dem Produktbegriff unterfallen.⁴³

Kurz einzugehen ist zudem noch auf die Unterscheidung von Produkten und Stoffen. Während Produkte allgemein als Ergebnisse eines Herstellungsprozesses bezeichnet werden können,⁴⁴ ist unter dem Begriff des Stoffs im Sinne von Chemikaliengesetzen⁴⁵

38 ABl. C 112 v. 20.12.1973, S. 49 f.; von den obengenannten Kategorien werden die sog. "Umweltqualitätsnormen", welche die Belastungswerte für Umweltmedien festlegen sollen, unterschieden.

39 Gesetz zum Schutze vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge v. 15.3.1974 (BGBl. I, S. 721, zuletzt geänd. durch G v. 12.2.1990, BGBl. I, S. 205; Neufassung BGBl. 1990 I, S. 881).

40 So ist danach z.B. das Vorhandensein baulicher Einrichtungen nicht begriffsnotwendig, *Feldhaus*, Bundesimmissionsschutzrecht, Anm. 11 zu § 3 BImSchG.

41 Dieser Grundsatz wird durch die ausdrückliche Ausnahme in § 3 V Nr. 2 des Bundesimmissionsschutzgesetzes bestätigt.

42 So *Prümm*, Umweltschutzrecht, S. 56 f., für "Autos und Flugzeuge".

43 Vgl. auch die Unterscheidung zwischen anlagenbezogenem und produktbezogenem Immissionsschutzrecht bei *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 37 ff. einerseits und Rdnr. 124 ff. andererseits.

44 *Kloepfer/Bosselmann*, Umweltchemikalienrecht, S. 100 ff., auch zu den Begriffen Erzeugnis und Artikel.

grundsätzlich der Ausgangsstoff, der im Produktionsverfahren be- oder verarbeitet wird, zu verstehen.⁴⁶ Was die Entstehungsform angeht, so wird neben dem natürlichen Vorkommen zumeist, insbesondere auch in der 6. Änderungsrichtlinie⁴⁷ zu der Richtlinie 67/548/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gefährlicher Stoffe⁴⁸, der Anfall in der Produktion umfaßt.⁴⁹ Zwar läßt sich demnach begrifflich zwischen Produkt einerseits und Stoff oder Zubereitung im Sinne der Kombination von Stoffen⁵⁰ andererseits unterscheiden, jedoch hat die enge Verbindung zwischen diesen Begriffen zur Folge, daß produktbezogenes Umweltschutzrecht auch das Recht der Umweltchemikalien zu berücksichtigen hat.

Zusammenfassend lassen sich folgende Regelungsbereiche, die im Sinne der vorstehenden Ausführungen produktbezogene Regelungen enthalten, aufzählen:

- Bestimmungen über gefährliche Stoffe;
- Lärmschutznormen,⁵¹ soweit diese die allgemeine Lärmbelastung betreffen;⁵²
- Medienbezogene Normen, die einen direkten Bezug zur Verwendung oder Zusammensetzung von Produkten aufweisen, so etwa Luftreinhaltevorschriften, die Emissionswerte für Motoren festlegen oder Wasserschutznormen, die das Inverkehrbringen bestimmter Stoffe regeln.

2.2.2 Mögliche Regelungstechniken

Eine Untersuchung der Gestaltungsmöglichkeiten der EG-Mitgliedstaaten im Spannungsfeld zwischen freiem Warenverkehr und Umweltschutzrecht kann nicht nur auf bestehende nationale Rechtsvorschriften abstellen, sondern muß grundsätzlich verschie-

45 So definierte § 3 Nr. 1 des Gesetzes zum Schutz vor gefährlichen Stoffen v. 16.9.1980 (BGBl. I, S. 1718, geändert durch G v. 15.9.1986, BGBl. I, S. 1505) den Begriff Stoff folgendermaßen: "ein chemisches Element oder eine chemische Verbindung, nicht weiter be- oder verarbeitet, einschließlich der Verunreinigungen und der für die Vermarktung erforderlichen Hilfsstoffe". Mittlerweile wurde die Definition erweitert; sie lautet nach der Neufassung durch G v. 14.3.1990, BGBl. I, S. 521: "chemische Elemente oder chemische Verbindungen, wie sie natürlich vorkommen oder hergestellt werden, einschließlich der Verunreinigungen und der für die Vermarktung erforderlichen Hilfsstoffe."

46 Vgl. den internationalen Vergleich bei *Kloepfer/Bosselmann*, Umweltchemikalienrecht, S. 67 ff.

47 RL 79/831/EWG vom 18.9.1979, ABl. L 259 v. 15.10.1979, S. 10.

48 Vom 27.6.1967, ABl. 196 v. 16.8.1967, S. 1.

49 Art. 2 I lit. a RL 79/831/EWG.

50 Zu dem Begriff der Zubereitung *Kloepfer/Bosselmann*, Umweltchemikalienrecht, S. 81 ff., wonach Produkte "allein durch die herstellende Tätigkeit als solche und nicht wie der Zubereitungsbegriff durch die spezifische Kombination von Stoffen" charakterisiert sind.

51 Zu den Lärmschutznormen als Umweltschutzrechtsnormen *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 60.

52 Eine spezielle Norm zum Gesundheitsschutz für bestimmte Personen stellt die RL 77/311/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Geräuschpegel in Ohrenhöhe der Fahrer von land- und forstwirtschaftlichen Zugmaschinen auf Rädern vom 29.3.1977, ABl. L 105 v. 28.4.1977, S. 1, geändert durch RL 82/890/EWG, ABl. L 378 v. 31.12.1982, S. 45, dar.

dene Regelungsmöglichkeiten auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts berücksichtigen, wobei sich allerdings prinzipiell diese Möglichkeiten durch eine Systematisierung der bereits angewendeten Regelungstechniken darstellen lassen. Dabei wird im folgenden lediglich von rechtlichen Regelungsinstrumenten zu sprechen sein. Außer Betracht bleiben insbesondere die sog. freiwilligen Absprachen zwischen Staat und Industrieverbänden,⁵³ wie allgemein auf die Frage, ob das Ziel des Umweltschutzes effektiver durch marktwirtschaftliche Regelungsansätze auf der einen Seite oder hoheitliche Eingriffe in Form von zwingenden Rechtsvorschriften andererseits erreicht werden kann,⁵⁴ nicht Gegenstand der Ausführungen sein wird. Zu dieser hier nicht behandelten Problematik sind auch eventuelle Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Vorgaben für eine umweltgerechte Produktgestaltung aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu zählen.⁵⁵ Schließlich bleibt, ohne daß an dieser Stelle im einzelnen darauf eingegangen werden muß, anzumerken, daß die Gestaltungsfreiheit der nationalen Gesetzgeber durch das jeweilige nationale Verfassungsrecht begrenzt ist.⁵⁶

-- Als einschneidendste gesetzgeberische Maßnahme erscheint das Verbot des Herstellens oder Inverkehrbringens von bestimmten Produkten, wobei sich solche Verbote in den bestehenden Gesetzen allerdings zumeist auf umweltschädigende Stoffe beziehen.⁵⁷ Eine schwächere Form des Eingriffs stellen die gesetzlichen Verbote mit Erlaubnis- oder Genehmigungsvorbehalt dar,⁵⁸ wie sie etwa im Pflanzenschutzrecht der Bundesrepublik Deutschland vorgesehen sind.⁵⁹

-- Davon zu unterscheiden sind Anmelde- oder Anzeigepflichten für Produkte. Sie beziehen sich regelmäßig entweder auf die Eröffnungs- oder die Befolgungskontrolle⁶⁰

53 Vgl. dazu z.B. *Murswiek*, JZ 1988, S. 988, der allgemein skeptisch anmerkt, daß die "ökonomischen Wirksamkeitsbedingungen" freiwilliger Absprachen "nur relativ selten gegeben sein werden." Zu den rechtsgeschäftlichen Absprachen *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 236 ff.

54 Vgl. dazu etwa *Vogel*, National Styles of Regulation, der die Regulierungsansätze auf dem Gebiet des Umweltschutzes in Großbritannien und den USA vergleicht.

55 Dazu *Ringelisen*, Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung ökologischer Gesichtspunkte bei der Produktgestaltung, passim; zu der Problematik der Wirksamkeit von Auflagen *Zohlhöfer*, in: *Gutzler*, Umweltpolitik und Wettbewerb, S. 33 ff.

56 Vgl. zu den "negativen grundrechtlichen Schranken des Umweltschutzes" in der Bundesrepublik Deutschland nur *Breuer*, Umweltschutz, in: *v.Münch*, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 618 ff., insbesondere S. 619, zu den Schranken produktbezogener Kontrollen des Umweltschutzes im Hinblick auf deren mögliche wettbewerbsverzerrende und vermögensschädigende Wirkung.

57 So etwa § 1 I des Gesetzes über den Verkehr mit DDT v. 7.8.1972 (BGBl. I, S. 1385, zul. geänd. durch G v. 15.9.1986, BGBl. I, S. 1505), der das Herstellen, Einführen, Ausführen, Inverkehrbringen, Anwenden sowie den Erwerb von DDT verbietet.

58 Vgl. dazu und zu der Unterscheidung von präventiven und repressiven Verboten *Breuer*, Umweltschutz, in: *v.Münch*, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 637 ff.

59 Vgl. §§ 1 und 7 der VO über Anwendungsverbote für Pflanzenschutzmittel v. 27.7.1988, BGBl. I, S. 1196, die auf § 7 I des Pflanzenschutzgesetzes v. 15.9.1986, BGBl. I, S. 1505, gestützt ist. Weitere produktbezogene Genehmigungen sieht z.B. § 33 des Bundesimmissionsschutzgesetzes (Fußn. 39) vor.

60 Zu dieser Unterscheidung *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 34 ff.

und dienen in erster Linie der Information der Verwaltung, die dann gegebenenfalls die notwendigen Maßnahmen ergreift. Dieser Regelungsform bedient sich, vor allem im Hinblick auf die Menge der in den Verkehr gebrachten Stoffe und Zubereitungen, z.B. das Chemikaliengesetz.⁶¹

-- Daneben können durch Verhaltensgebote bestimmte Leistungs-, Unterlassungs- oder Duldungspflichten eingeführt werden,⁶² zu denen sich im produktbezogenen Bereich etwa eine Sortimentspflicht rechnen ließe.⁶³ Ebenfalls zu den Leistungspflichten können die Rücknahme- und Pfanderhebungspflichten gezählt werden, obwohl diese hinsichtlich der durch das Zwangspfand auferlegten Kosten auch zu einer Verringerung des Verbrauchs bestimmter Verpackungsmaterialien beitragen sollen, wie im Fall der Verordnung über die Rücknahme und Pfanderhebung von Getränkeverpackungen aus Kunststoffen vom 20.12.1988.⁶⁴

-- Außer den eben genannten Hauptinstrumenten der direkten Verhaltenssteuerung existiert eine breite Palette an indirekt wirkenden Regelungsinstrumenten.⁶⁵ Die letztgenannten Instrumente haben zum Ziel, durch ökonomische Anreize umweltschonendes Verhalten zu fördern; mit ihnen kann zwar nicht unmittelbar Gefahren für die Umwelt begegnet werden, jedoch vermeiden sie andererseits bestimmte Nachteile der direkten Steuerung wie z.B. Unwirtschaftlichkeit oder Vollzugsdefizite und stellen deshalb eine wichtige Ergänzung des klassischen sicherheitsrechtlichen Instrumentariums dar.⁶⁶ Dazu zählen neben dem zivilen Haftungsrecht⁶⁷ sowie den sog. ökonomischen Instrumenten der Umweltpolitik⁶⁸ insbesondere Umweltabgaben,⁶⁹ Subventionen oder steuerliche Anreize, so, wenn Haltern von schadstoffarmen Kraftfahrzeugen Vergünstigungen bei der Kraftfahrzeugsteuer eingeräumt werden.⁷⁰ Außerdem lassen sich für die

61 Die Anmeldepflicht in §§ 4 ff. des Chemikaliengesetzes (Fußn. 45) ist mit Prüf- und Nachweispflichten der Anmelder verbunden.

62 Dazu *Bender/Sparwasser*, Umweltrecht, S. 25.

63 Als Alternative zu einem Produktverbot, dazu *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 126 ("neuartige Umweltleistungspflicht").

64 BGBl. I, S. 2455; vgl. dazu und zu der Einbettung der VO in das Mehrwegsystem *Donner*, ZfU 1990, S. 125.

65 Vgl. auch die Unterscheidung zwischen "eingrenzendem" und "freisetzendem Recht" bei *Winter*, DVBl. 1988, S. 664 f., der vor dem Hintergrund des veränderten Verhältnisses zwischen dem Menschen und seinen Lebensbedingungen eine diesem Wandel angepaßte Veränderung allen Rechts in Umweltrecht fordert.

66 Vgl. dazu nur *HoppelBeckmann*, JuS 1989, S. 433; *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 144 ff.

67 Vgl. zu dem Entwurf eines Umwelthaftungsgesetzes (Regierungsvorlage) ZRP 1990, S. 164 f.

68 Vgl. nur *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 218 ff., der dazu rechnet: Zertifikatslösungen, Kompensationslösungen, Privatisierung von Umweltgütern, Schaffung individueller Verfügungsrechte an öffentlichen Umweltgütern und Stärkung umweltrelevanter Eigentumsrechte.

69 Vgl. dazu *Grabitz*, RIW 1989, S. 633 f.

70 Vgl. nur in der Bundesrepublik die Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes i.d.F. v. 1.2.1979 (BGBl. I, S. 132 m. Änd.) durch das Gesetz über steuerliche Maßnahmen zur Förderung des schadstoffarmen Personenwagens v. 22.5.1985 (BGBl. I, S. 784) und das Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Förderung schadstoffarmer Personenkraftwagen v. 22.12.1989 (BGBl. I, S. 2436).

Benutzung von umweltfreundlichen Produkten bestimmte Vorteile vorsehen; solche Vorteile werden etwa im Rahmen der Smog-Verordnungen⁷¹ den Fahrern von Personenkraftwagen mit Katalysatoren im Hinblick auf deren Gebrauch bei austauscharmen Wetterlagen oder im Rahmen der Rasenmäherlärmverordnung⁷² den Benutzern von emissionsarmen Rasenmähern im Hinblick auf zeitliche Betriebsbeschränkungen gewährt.⁷³ Das indirekt wirkende Regelungsinstrumentarium wird abgerundet durch administrative Weisungen und Empfehlungen,⁷⁴ durch die in der Form schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns die Bürger über die Umweltverträglichkeit von Produkten informiert und beraten werden können.⁷⁵

71 Zu den Smog-Verordnungen bereits oben, 1.

72 Achte Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes v. 23.7.1987 (BGBl. I, S. 1687).

73 Zu den Benutzungsvorteilen *Kloepfer*, Umweltrecht, Rdnr. 157 ff.

74 *Breuer*, Umweltschutz, in: *v.Münch*, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 642 f.

75 Diese Form des Verwaltungshandelns beinhaltet gerade bei produktbezogenen Informationen und Warnungen oftmals Eingriffe in den Wettbewerb und in subjektive Rechte der Produzenten; der spektakulärste Fall war in letzter Zeit die Warnung des Stuttgarter Regierungspräsidiums vor dem Verzehr bestimmter Nudelsorten, vgl. zu der Haftung LG Stuttgart, NJW 1989, S. 2257 (nicht rechtskräftig).

Zweiter Teil

Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch EG-Primärrecht

1. Vorbemerkung

1.1 Allgemeines zur Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums

Eine Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums ist theoretisch unter zwei verschiedenen Aspekten denkbar. Sie kann sich zum einen aus der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts mit Anwendungsvorrang, und zum anderen aus der ebenfalls am Vorrang teilhabenden gemeinschaftsrechtlichen Verteilung der Kompetenzen zwischen den EG-Organen einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits ergeben. Nach allgemeinen Grundsätzen ist zwischen diesen beiden Instituten im Hinblick auf deren Rechtswirkungen im einzelnen zu unterscheiden. Ein verbindendes Element ergibt sich aber, wenn der Begriff der Beschränkung so verstanden wird, daß die EG-Mitgliedstaaten rechtlich gehindert sind, nationales Recht anzuwenden.

1.1.1 Anwendungsvorrang

Weitgehend anerkannt¹ ist heute die Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums, die sich aus der Geltung und dem Rang des Gemeinschaftsrechts ergibt.² EG-Primärrecht ist nach der Rechtsprechung des EuGH dann unmittelbar anwendbar, d.h. durch die nationalen Gerichte und Behörden anzuwenden,³ wenn es ge-

1 Vgl. etwa die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG vom "Solange"-Beschluß, BVerfGE 37, 231, 280 ff., über den "Vielleicht"-Beschluß, BVerfGE 52, 187, 202 f., bis zum "Mittlerweile"-Beschluß, BVerfGE 73, 339, 378 (auch "Solange II"-Beschluß genannt), die auf der Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes in der EG beruht. Diese Rechtsprechung, die im Schrifttum bereits vorausgesehen worden war, so *Scheuing*, EuR 1985, S. 270, ist aber auch auf Kritik gestoßen, vgl. zuletzt *Rupp*, ZRP 1990, S. 2. Zur neueren Rechtsprechung des Conseil d'Etat in Frankreich - v. 20.10.1989, Nr. 108243, EuGRZ 1990, S. 99 ff. - *Ludet/Stotz*, EuGRZ 1990, S. 93 ff.

2 Vgl. EuGH v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (F. Costa/E.N.E.L. - Staatliches Monopol), Slg. 1964, S. 1251. 1269: "Zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen hat der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen und von ihren Gerichten anzuwenden ist."

3 Vgl. zu dem Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit *Bleckmann*, Europarecht, S. 250; eine andere Frage ist es, ob eine unmittelbar anwendbare Norm Rechte und Pflichten des Individuums begründet; dafür ist neben der unmittelbaren Anwendbarkeit Voraussetzung: die prinzipielle Anerkennung der Rechtssubjektivität einzelner, die Fähigkeit der Norm, von ihrer Rechtsnatur her individuelle Rechte bzw. Pflichten zu begründen, und eine entsprechende inhaltliche Geeignetheit der Norm,

wisse Kriterien erfüllt; es muß klar und uneingeschränkt und darf nicht von einem internen Rechtssetzungsakt abhängig sein, wie der Gerichtshof bereits grundlegend in der Rechtssache *Van Gend & Loos* ausgesprochen hat.⁴ Nach Inkorporation der Gründungsverträge⁵ kann als Beurteilungsmaßstab für die unmittelbare Anwendbarkeit von EG-Sekundärrecht das Gemeinschaftsrecht selbst herangezogen werden.⁶ Die Verordnung hat nach Art. 189 II EWGV allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Den Begriff der unmittelbaren Geltung hat der EuGH in dem Urteil *Simmenthal II* folgendermaßen umschrieben: "Unmittelbare Geltung bedeutet unter diesem Blickwinkel, daß die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ihre volle Wirkung einheitlich in allen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen."⁷ Richtlinien sind nach Art. 189 III EWGV für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet werden, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen den innerstaatlichen Stellen jedoch die Wahl der Form und der Mittel.⁸ Das Erfordernis der Umsetzung entbindet die Mitgliedstaaten nicht von ihrer Pflicht, den Richtlinieninhalt anzuwenden.

Die genannte Anwendbarkeit gewinnt ihren Vorrang vor der Anwendung von nationalem Recht durch die Höherrangigkeit, die dem Gemeinschaftsrecht zukommt. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof bereits in dem Verfahren *Costa/ENEL* ausgeführt: "Aus alledem folgt, daß dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine

vgl. *Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 16.

4 EuGH v. 5.2.1963, Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung - Zölle für Einfuhr*), Slg. 1963, S. 1, S. 25; vgl. auch die vorangestellte Begründung, die eine Verknüpfung mit der Frage nach subjektiven Rechtspositionen erkennen läßt: "Aus alledem ist zu schließen, daß die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränität eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind."

5 Die für die unmittelbare Anwendbarkeit vorausgesetzte Geltung kann bei EG-Primärrecht über eine Self-executing-Wirkung erklärt werden, vgl. *Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 11.

6 Diese Möglichkeit eröffnet sich in der Bundesrepublik durch Art. 24 I GG, vgl. BVerfGE 22, 293, 295 ff.

7 EuGH v. 9.3.1978, Rs. 106/77 (*Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal S.p.A. - Gegen Gemeinschaftsrecht verstoßendes Gesetz*), Slg. 1978, S. 629, 643 (Rdnr. 14/16). Auch hier erfolgt eine Verknüpfung mit der unmittelbaren Wirkung von Gemeinschaftsrecht, wenn der EuGH im nächsten Satz ausführt: "Diese Bestimmungen sind somit unmittelbare Quelle von Rechten und Pflichten für all diejenigen, die sie betreffen, einerlei, ob es sich um die Mitgliedstaaten oder um solche Einzelpersonen handelt, die an Rechtsverhältnissen beteiligt sind."

8 Vgl. dazu, daß nach der Rspr. des EuGH die nationalen Umsetzungsbestimmungen wegen der sich aus Richtlinien ergebenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten von den nationalen Gerichten im Licht des Wortlauts und des Zwecks der zugrundeliegenden Richtlinie auszulegen sind, zuletzt EuGH v. 7.11.1989, Rs. 125/88 (*Strafverfahren gegen H.F.M. Nijman - Verwendungsverbot für Pflanzenschutzmittel*), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“⁹ Rechtsfolge eines Widerspruchs zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ist nicht, wie teilweise angenommen wird, die Nichtigkeit der widersprechenden mitgliedstaatlichen Vorschrift, sondern deren Unanwendbarkeit.¹⁰

1.1.2 Kompetenzverteilung

Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts steht naturgemäß in enger Beziehung zur Kompetenzverteilung.¹¹ Bereits vor Übertragung der ausschließlichen Zuständigkeit an die EG-Organe oder vor Inanspruchnahme einer konkurrierenden Zuständigkeit durch diese Organe bestehende nationale Regelungen werden unanwendbar, soweit sie wirksam gesetztem EG-Recht widersprechen. Andererseits setzt eine aus der Kompetenzverteilung abgeleitete Unanwendbarkeit nationalen Rechts nicht einen Normwiderspruch im Einzelfall voraus. Ob aber bundesstaatlich geprägte Modelle auf die Verteilung der Zuständigkeiten¹² zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Gemeinschaft übertragen werden können, ist umstritten.

Staaten besitzen grundsätzlich kraft ihrer Souveränität eine umfassende Regelungskompetenz.¹³ Im Gegensatz zu den Mitgliedstaaten kommt der EG nach einhelliger Meinung kein staatlicher Charakter zu.¹⁴ Durch die Gründung der Europäischen Gemeinschaften haben aber die Mitgliedstaaten Kompetenzen der EG-Organe geschaffen.¹⁵ Dabei bestehen weder generelle Normen über die Zuständigkeitsverteilung noch ist diese Verteilung in allen Einzelheiten festgelegt. Sie ergibt sich im Hinblick auf das Prinzip der enumerativen Einzelermächtigungen (Art. 4 I EWGV) aus sämtlichen Einzelregelungen der Gründungsverträge,¹⁶ wobei allerdings die bisherige Entwicklung

9 EuGH v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (F. Costa/E.N.E.L. - Staatliches Monopol), Slg. 1964, S. 1251, 1270.

10 Für die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit spricht, daß auf diese Art dem Anwendungsvorrang bei möglichst geringfügigem Eingriff in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Genüge getan wird; vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 285 ff.; *Tomuschat*, in: Bonner Kommentar, Art. 24, Rdnr. 81; vgl. dazu und zu den anderen Meinungen auch *Bleckmann*, Europarecht, S. 228 ff.

11 Vgl. dazu und zu der Unterscheidung von der Kompetenzverteilung an sich nur *Bieber*, ELR 1988, S. 149.

12 Vgl. *Glaesner*, in: *Schwarze*, Der Gemeinsame Markt - Bestand und Perspektive in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 12, der allgemein von einem "Spannungsverhältnis zwischen Kompetenzkompetenz der Mitgliedstaaten und den Zuständigkeiten der Gemeinschaft" spricht.

13 In Bundesstaaten spielt die Frage nach der internen Verteilung von Gesetzgebungszuständigkeiten eine Rolle, vgl. etwa Art. 70 ff. des Grundgesetzes.

14 Vgl. nur *Bleckmann*, Europarecht, S. 298.

15 *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. I, S. 238, unterscheidet in dieser Hinsicht drei Methoden: die Kompetenzbeschränkung und den Kompetenzverlust auf seiten der Mitgliedstaaten; die Kompetenzübertragung; die prozedural-institutionelle Methode.

16 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 212.

unter verschiedenen Gesichtspunkten eine Ausweitung der Gemeinschaftszuständigkeit,¹⁷ vor allem durch Gebrauch der Kompetenzen aus Art. 100 und 235 EWGV,¹⁸ zeigt.¹⁹

Zum Teil wird davon ausgegangen, auch im Gemeinschaftsrecht könne zwischen ausschließlichen und konkurrierenden Kompetenzen der EG-Organen unterschieden werden.²⁰ Nach anderer Ansicht wird die Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten als solche aber durch Gemeinschaftsrecht nicht eingeschränkt; die Zuständigkeiten in dieser Hinsicht seien vielmehr nach dem Prinzip kumulativer Kompetenz aufgeteilt.²¹ Dieses Ergebnis wird damit begründet, daß sich keine Anhaltspunkte für eine Kompetenzausscheidung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten finden lassen.²² Die Rechtsprechung scheint zumindest von dem Vorhandensein ausschließlicher Gemeinschaftskompetenzen auszugehen. So soll die EG nach Ablauf der Übergangszeit auf dem Gebiet der Handelspolitik (Art. 113 EWGV) nach allerdings nicht unbestrittener Ansicht²³ des EuGH²⁴ ausschließliche Zuständigkeiten besitzen.²⁵ Rechtsfolge einer ausschließlichen EG-Zuständigkeit müßte es sein, daß die Mitgliedstaaten in dem betroffenen Rechtsgebiet grundsätzlich keine eigenen Vorschriften mehr erlassen dürfen. Weiterhin finden sich in der Rechtsprechung des EuGH auch Anhaltspunkte für die Annahme konkurrierender Kompetenzen. Eine solche Kompetenz bedeutet prinzipiell, daß auf einem Gebiet sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten zur Rechtsetzung befugt sind;²⁶ macht allerdings die Gemeinschaft von dieser Befugnis Gebrauch, so darf entgegenstehendes nationales Recht nicht mehr beibehalten oder erlas-

17 Eine Systematisierung von Kompetenzverschiebungen findet sich bei *Weiler*, *Supranational law and the supranational system*, S. 264 ff. ("Internal Mutation"), S. 334 ff. ("Powers implied by the Court"), S. 351 ff. ("External Mutation").

18 Vgl. nur *Usher*, in: *Schwarze/Schermers*, *Structure and Dimensions of European Community Policy*, S. 25 ff.

19 Vgl. zu der Kompetenzkonzeption auch *Bleckmann*, *Europarecht*, S. 58 ff., 61.

20 Vgl. *Schwarze*, *NJW* 1979, S. 459; *Bieber*, *ELR* 1988, S. 147, ohne daß aber der EWGV eine ausdrückliche Auflistung der jeweiligen Zuständigkeiten enthalten würde. Vgl. auch *Pernice*, *NVwZ* 1990, S. 202. Zur dogmatischen Konstruktion der Übertragung ausschließlicher Kompetenzen an die EG *Pechstein*, *Die Mitgliedstaaten der EG als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses"*, S. 23 ff.

21 *Grabitz*, *NJW* 1989, S. 1776 f.; *Zuleeg*, *NvWZ* 1987, S. 281.

22 Vgl. *Grabitz*, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, S. 64 ff.

23 Krit. zu der Ansicht des EuGH *Bleckmann*, *Europarecht*, S. 462.

24 Vgl. EuGH v. 18.2.1986, Rs. 174/84 (*Builck-Oil/Sun International Ltd. - Ausfuhr von Rohöl in Drittländer*), *Slg.* 1986, S. 559, 586 (Rdnr. 30 f.) m.w.N., insbesondere Rdnr. 31: "... wurde durch Art. 113 I die Zuständigkeit für die Handelspolitik insgesamt auf die Gemeinschaft übertragen, so daß nationale handelspolitische Maßnahmen seit dem Ende der Übergangszeit nur mit einer besonderen Ermächtigung durch die Gemeinschaft zulässig sind."

25 Zweifelnd, ob sich die Rechtsprechung des EuGH überhaupt auf dem Gebiet der Handelspolitik verallgemeinern läßt, aber *Gilsdorf*, *RMC* 1989, S. 197; vgl. aber auch die Begründung bei *Schwarze*, *NJW* 1979, S. 459 f.

26 *Constantinesco*, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Bd. I, S. 245.

sen werden.²⁷ In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof im *Simmenthal II*-Urteil ausgeführt: "Darüber hinaus haben nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane in ihrem Verhältnis zum internen Recht der Mitgliedstaaten nicht nur zur Folge, daß allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch - da diese Bestimmungen und Rechtsakte vorrangiger Bestandteil der im Gebiet eines jeden Mitgliedstaats bestehenden Rechtsordnung sind -, daß ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar wären."²⁸ Offensichtlich sollen damit aus dem Anwendungsvorrang weitere Rechtsfolgen für die Frage nach der Zuständigkeit zum Erlaß nationaler Normen abgeleitet werden. Hinzuweisen ist jedenfalls darauf, daß die Gründungsverträge keine Bestimmung zu der Frage enthalten, ob kompetenzwidriges nationales Recht als nichtig angesehen werden muß; eine solche Bestimmung ist aber für die Annahme der nach den geschilderten Prinzipien funktionierenden Kompetenzverteilung nicht wesensnotwendig.²⁹ Verbleibt es im Ergebnis bei der Unanwendbarkeit kompetenzwidriger mitgliedstaatlicher Vorschriften und wird die Zuständigkeit nur abgesprochen, soweit ansonsten dem Gemeinschaftsrecht widersprochen würde, so ergeben sich aus dem auf das Verhältnis zwischen EG und Mitgliedstaaten übertragenen Kompetenzmodell keine weitergehenden Folgen als aus dem Anwendungsvorrang.

1.2 Umweltschutzkompetenz der EG

1.2.1 Umweltschutzrechtliche Kompetenzverteilung

Durch die Einheitliche Europäische Akte wurden erstmals den EG-Organen ausdrücklich Umweltkompetenzen eingeräumt; damit erhielten die umweltpolitischen Tätigkeiten auf Gemeinschaftsebene, die bisher auf die allgemeinen Rechtsangleichungskompetenzen der Art. 100, 235 EWGV gestützt worden waren,³⁰ eine eigene Rechtsgrundlage.

27 Vgl. *Bieber*, ELR 1988, S. 148; vgl. für die bundesstaatliche Zuständigkeitsverteilung bereits *v.Mangoldt/Klein*, GG, Bd. II, Art. 31, Anm. III, 6, a, die bei abschließender bundesrechtlicher Normierung eines der konkurrierenden Zuständigkeit unterfallenden Bereichs von einer "nachträglichen ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes" sprechen.

28 EuGH v. 9.3.1978, Rs. 106/77 (*Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal S.p.A. - Gegen Gemeinschaftsrecht verstoßendes Gesetz*), Slg. 1978, S. 629, 644 (Rdnr. 17/18).

29 Vgl. dazu *Pechstein*, Die Mitgliedstaaten der EG als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses", S. 35.

30 Vgl. zu der Entwicklung des Umweltschutzes in der EG oben, Einleitung, 1., und zu den Art. 100, 235 EWGV als Rechtsgrundlage Teil 3, 1.2.2.

Die Ziele der Umweltpolitik der Gemeinschaft werden in Art. 130 r I EWGV umschrieben; danach soll angestrebt werden, die Umwelt zu erhalten, zu schützen und ihre Qualität zu verbessern, zum Schutz der menschlichen Gesundheit beizutragen sowie eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen zu gewährleisten. Art. 130 r IV EWGV bestimmt: "Die Gemeinschaft wird im Bereich der Umwelt insoweit tätig, als die in Absatz 1 genannten Ziele besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können als auf der Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten. Unbeschadet einiger Maßnahmen gemeinschaftlicher Art tragen die Mitgliedstaaten für die Finanzierung und Durchführung der anderen Maßnahmen Sorge." Daneben ist die auswärtige Kompetenz auf dem Gebiet des Umweltschutzes in Art. 130 r V EWGV geregelt.³¹

Zur kompetenzrechtlichen Bedeutung des Art. 130 r IV EWGV werden verschiedene Meinungen vertreten. Während zum einen die genannte Norm im Sinne einer Einräumung subsidiärer Kompetenzen an die EG-Organen ausgelegt wird,³² soll diese Vorschrift nach anderer Ansicht gar keine kompetenzverteilende Bestimmung darstellen. Zur Begründung wird einerseits ausgeführt, es handle sich vielmehr um eine bloße politische Orientierung, denn die Voraussetzungen des Art. 130 r IV EWGV ließen sich im einzelnen kaum ausreichend bestimmen.³³ Andererseits wurde behauptet, Art. 130 r IV S. 1 EWGV enthalte nur eine Aufgabenzuweisung, während sich die Kompetenz der EG zum Tätigwerden allein aus Art. 130 s EWGV ergebe; nach dieser Vorschrift komme dem Rat die Befugnis zu, einstimmig zu entscheiden, wann ein Ziel des Umweltschutzes besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann.³⁴ Begründet wird dies im wesentlichen damit, die Einheitliche Europäische Akte habe keine allgemeine Zuständigkeitsverteilung nach ausschließlicher und konkurrierender Zuständigkeit vor-

31 Auf diese Bestimmung soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden; hinzuweisen ist nur auf die von der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten abgegebene Erklärung, wonach Unterabsatz 2 "die sich aus dem AETR-Urteil des Gerichtshofs ergebenden Grundsätze nicht berührt", ABl. L 169 v. 29.6.1987, S. 25; BGBl. 1986 II, S. 1113, 1114. Vgl. zu der fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit dieser Erklärung, die aber eine Orientierungshilfe für die Auslegung darstellen kann, *Langeheine*, EuR 1988, S. 238; enger *Toth*, CMLR 1986, S. 810 ff. Zu der Bedeutung des Art. 130 r V EWGV auch *Jessurun d'Oliveira*, in: *Schwarze/Schermers*, Structure and Dimensions of European Community Policy, S. 123 f.; allgemein zu den Außenkompetenzen der EG auf dem Gebiet des Umweltschutzrechts *Nollkaemper*, Legal issues of European Integration, No. 2/1987, S. 55 ff.

32 *De Ruyt*, L'Acte Unique Européen, S. 215; *Pescatore*, EuR 1986, S. 164; *Jacqué*, RTDE 1986, S. 606; *Glaesner*, in: *Schwarze*, Der Gemeinsame Markt - Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 22; *Zuleeg*, NVwZ 1987, S. 281; *Bieber*, ÖZÖRV Bd. 39 (1988), S. 232 f.; *Koppen*, The European Community's Environmental Policy, S. 54, 56; *Lietzmann*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 172 ff.; *Beyerlein*, UPR 1989, S. 363; *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 34; *Soell*, NuR 1990, S. 156. Kritisch zu dem Begriff der Subsidiarität *Roelants du Vivier/Hannequart*, RMC 1988, S. 228; kritisch zu dem Kompetenzverteilungsprinzip *Jacobs*, in: *Schwarze/Schermers*, Structure and Dimensions of European Community Policy, S. 120.

33 *Krämer*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 142 ff.; *ders.*, CMLR 1987, S. 666 f.

34 *Grabitz*, in: *ders.*, EWGV, Art. 130 r, Rdnr. 73; dagegen *Scheuing*, EuR 1989, S. 161, Fußn. 53.

genommen.³⁵ Es ist aber weder überzeugend, daß die notwendige Beurteilung der besseren Zielverwirklichung auf EG-Ebene eine rechtlich verbindliche Entscheidung über die Zuständigkeit ausschließt, weil dieser Begriff wie jeder andere unbestimmte Rechtsbegriff auslegungsfähig ist und eine ex-ante-Betrachtung für die Zuständigkeitsverteilung herangezogen werden kann.³⁶ Noch steht der dynamische Charakter des Gemeinschaftsrechts schon im Grundsatz einer Verteilung von ausschließlichen und konkurrierenden Kompetenzen zwischen der EG und den Mitgliedstaaten entgegen. Vielmehr zeigt die bisherige Praxis, daß die notwendige Auslegung von Zuständigkeitsnormen durchaus zu Kompetenzverschiebungen führen kann.³⁷ Dieses Phänomen läßt sich - allerdings in geringerem Ausmaß - auch für die bundesstaatliche Kompetenzverteilung feststellen.³⁸ Was die grundsätzliche Seite des Einwandes betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß auch die vor der Einheitlichen Europäischen Akte bestehenden Befugnisse der EG im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten teilweise als Einräumung konkurrierender Kompetenzen verstanden werden können,³⁹ eine Einführung dieser Art der Kompetenzverteilung also zumindest nach auch vertretener Ansicht nicht erforderlich war. Selbst wenn aber grundsätzlich das Vorhandensein konkurrierender Kompetenzen im Verhältnis zwischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten verneint wird, ist nicht erkenntlich, warum eine EG-Kompetenz nicht durch das Subsidiaritätsprinzip beschränkt werden sollte.⁴⁰ Im Ergebnis ist deshalb Art. 130 r IV EWGV so zu verstehen, daß er den EG-Organen eine Kompetenz zum Erlaß umweltschützender Vorschriften einräumt, und zwar unter der Voraussetzung der besseren Zielverwirklichung auf Gemeinschaftsebene.⁴¹ Für die Auslegung dieser Voraussetzung ist ein Beurteilungsspielraum der EG-Organen anzunehmen, wobei die Beurteilung sachgerecht aus ex-ante-Sicht vorzunehmen ist.⁴²

35 *Grabitz*, a.a.O., Rdnr. 71.

36 So auch *Grabitz*, a.a.O., Rdnr. 72.

37 Schwer verständlich ist auch das Argument, die tatsächlich nicht zu leugnenden Parallelen zu Art. 100, 235 EWGV stünden dem Verständnis des Art. 130 r IV EWGV als kompetenzverteilender Vorschrift entgegen, so aber *Krämer*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 145.

38 Im übrigen ist auf kritische Überlegungen hinzuweisen, nach denen Art. 100 und 235 EWGV auch statische Elemente enthalten, vgl. *Bruha*, *ZaöRV* Bd. 46 (1986), S. 18 ff.

39 Vgl. oben I.1.2.

40 Vgl. zu anderen Erscheinungen dieses Prinzips im Gemeinschaftsrecht *Glaesner*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 8.

41 Vgl. dazu *Beyerlein*, UPR 1989, S. 363, der in Art. 130 r EWGV auch ein "Kooperationsprinzip", nach dem gegebenenfalls EG und Mitgliedstaaten bei der Lösung von Umweltproblemen zusammenarbeiten müssen, und ein "Erforderlichkeitsprinzip", nach dem die Vorschrift auch Art, Umfang und Intensität des Handelns der Gemeinschaftsorgane gegenüber den Mitgliedstaaten bestimmt, sieht und in diesem Zusammenhang auf den Art. 5 EWGV zu entnehmenden Grundsatz der Gemeinschaftstreue verweist.

42 Vgl. auch *Scheuing*, EuR 1989, S. 165, der in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 72 II GG verweist, so schon *Vandermeersch*, ELR 1987, S. 422 f.

1.2.2 Kompetenzen zur Regelung des produktbezogenen Umweltschutzrechts

Nachdem die grundsätzliche Bedeutung des Art. 130 r IV EWGV hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten dargestellt worden ist, bleibt zu untersuchen, ob diese Verteilung den Bereich des produktbezogenen Umweltschutzrechts erfaßt.

Produktbezogene Umweltschutzvorschriften weisen die Eigenart auf, daß sie sich unmittelbar auf die Schaffung des Gemeinsamen Marktes und des Binnenmarktes beziehen. Sie legen Anforderungen an Produkte und damit an Waren im Sinne der Art. 9 ff. EWGV fest und berühren insofern die Voraussetzungen des freien Warenverkehrs in der Gemeinschaft. Für die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken bzw. die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben, sehen Art. 100 EWGV bzw. Art. 100 a EWGV Kompetenzen der EG-Organen vor. Nach Art. 100 a III EWGV hat die Kommission bei der Harmonisierung nach Art. 100 a I EWGV von einem hohen Schutzniveau im Bereich des Umweltschutzes auszugehen. Diese Bestimmung zeigt, daß Binnenmarktregelungen zumindest grundsätzlich auch umweltschutzrechtliche Regelungen enthalten können.⁴³ Da jedoch insbesondere Art. 100 a I EWGV einerseits und Art. 130 s EWGV andererseits unterschiedliche Voraussetzungen normieren, ist eine nähere Abgrenzung vorzunehmen.⁴⁴ Ausgangspunkt dieser Abgrenzung ist, daß Art. 100 a EWGV erleichterte Möglichkeiten zur Harmonisierung geschaffen hat, um den Binnenmarkt zu verwirklichen. Berühren umweltschutzrechtliche Regelungen die genannten Zielbestimmungen, wie dies für produktbezogenes Umweltschutzrecht anzunehmen ist,⁴⁵ dann müssen die Kompetenzen aus Art. 100 a EWGV Vorrang vor den Kompetenzen aus Art. 130 r EWGV haben.⁴⁶ Anderes kann auch in den Fällen, in denen Mehrheitsbe-

43 So auch *Roelans du Vivier/Hannequart*, RMC 1988, S. 229; *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 104.

44 Vgl. in diesem Zusammenhang die aus Art. 190 EWGV folgende Begründungspflicht, dazu EuGH v. 26.3.1987, Rs. 45/86 (Kommission/Rat - Allgemeine Zollpräferenzen), Slg. 1987, S. 1493, 1519 (Rdnr. 5).

45 Für die Einbeziehung anlagen- und produktbezogener Regelungen *Pernice*, NVwZ 1990; dagegen auf der Grundlage eines anderen Binnenmarktbegriffs *Grabitz/Zacker*, NVwZ 1989, S. 301, entgegen der zuvor von *Grabitz*, in: *ders.*, EWGV, Art. 130 s, Rdnr. 22, geäußerten Ansicht.

46 *De Ruyt*, L'Acte Unique Européen, S. 218; *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 383; *Breuer*, in: *Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1989, UTR Bd. 9, S. 87 f.; *Scheuing*, EuR 1989, S. 186; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 206. Die Praxis weicht jedoch von diesem Grundsatz vielfach ab, vgl. die Nachweise bei *Pernice*, a.a.O., S. 205, und die Klage der Kommission gegen den Rat, Rs. C-300/89, ABl. C 288 v. 16.11.1989, S. 8, bei der es um die richtige Rechtsgrundlage für die RL 89/428/EWG über die Modalitäten zur Vereinheitlichung der Programme zur Verringerung und späteren Unterbindung der Verschmutzung durch Abfälle der Titandioxidindustrie (Abl. L 201 v. 14.7.1989, S. 56) geht; der Rat bezog sich auf Art. 130 s EWGV, während der zugrundeliegende Kommissionsvorschlag auf Art. 100 a EWGV gestützt war. Allgemein zu dem Problem, daß Mitgliedstaaten oder Institutionen wegen bestimmter Verfahrensunter-

schlüsse nach Art. 130 s EWGV möglich sind, nicht gelten;⁴⁷ schon die jeweils unterschiedlich ausgestalteten Möglichkeiten des Abweichens nationaler Regelungen⁴⁸ und die unterschiedlichen Beteiligungsformen des Europäischen Parlaments⁴⁹ bedingen, daß die Kompetenzen aus Art. 100 a EWGV einerseits und aus Art. 130 r EWGV andererseits nicht wahlweise angewendet können.⁵⁰ Inwieweit gemeinschaftsrechtliche Umweltschutznormen tatsächlich den Bezug zur Errichtung des Binnenmarktes aufweisen, läßt sich nach der Sachnähe der zu beurteilenden Bestimmung zu diesem Ziel ermitteln.⁵¹ Dabei wird, der neueren Rechtsprechung des EuGH folgend, gemessen an objektiven Kriterien⁵² danach zu entscheiden sein, ob der Inhalt dieser Bestimmung in den Wirkungsbereich einer Spezialvorschrift fällt.⁵³

Produktbezogenes Umweltschutzrecht ist demnach auf Gemeinschaftsebene grundsätzlich auf der Grundlage der Art. 100, 100 a EWGV zu schaffen.⁵⁴ Das schmälert zwar die Eigenständigkeit der in den EWG-Vertrag eingefügten Umweltschutzbestimmungen,⁵⁵ ist aber systematisch nicht zu beanstanden, weil die Rechtsangleichungsvorschriften nach der Einteilung des Vertrags zu den gemeinsamen Regeln gehören, die vor

schiede ein Interesse haben, eine ganz bestimmte Ermächtigung des EWG-Vertrags heranzuziehen, *Bieber*, NJW 1989, S. 1399.

- 47 Diese Ansicht vertritt *Lietzmann*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 179.
- 48 Vgl. einerseits Art. 100 a IV EWGV und andererseits Art. 130 t EWGV.
- 49 Während Art. 100 a I S. 2 EWGV die Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament fordert, für welche das Verfahren gemäß Art. 149 II EWGV gilt, sieht Art. 130 s EWGV lediglich die (obligatorische) Anhörung des Parlaments vor.
- 50 Siehe aber zur oftmals abweichenden Praxis bei gleicher Problemstellung im Hinblick auf andere Rechtsgrundlagen *Bieber*, ÖZöRV Bd. 39 (1988), S. 226 ff.
- 51 So *Krämer*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 158 f.; *Grabitz*, in: *ders.*, EWGV, Art. 130 s, Rdnr. 21; *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 133; a.A. *Glaesner*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 10, nach dessen Ansicht die Zielsetzung entscheidend sein soll, weshalb Maßnahmen mit umweltschützendem Ziel nicht auf Art. 100 a EWGV gestützt werden könnten; ebenso *Montag*, RIW 1987, S. 941.
- 52 EuGH v. 26.3.1987, Rs. 45/86 (Kommission/Rat - Allgemeine Zollpräferenzen), Slg. 1987, S. 1493, 1520 (Rdnr. 11): "Im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft kann die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nicht allein davon abhängen, welches nach der Überzeugung eines Organs das angestrebte Ziel ist, sondern muß sich auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen."
- 53 Vgl. EuGH v. 23.2.1988, Rs. 68/86 (Vereinigtes Königreich/Rat - Stoffe mit hormonaler Wirkung), Slg. 1988, S. 855, 896 (Rdnr. 14 u. 16), S. 898 (Rdnr. 24); EuGH v. 23.2.1988, Rs. 131/86 (Vereinigtes Königreich/Rat - Schutz von Legehennen), Slg. 1988, S. 905, 929 ff. (Rdnr. 12 ff.); *Scheuing*, EuR 1989, S. 185 (entscheidend der "rechtstechnische Wirkungsbereich"). Soweit mehrere Bereiche betroffen sind, muß eine Maßnahme auf die jeweils einschlägigen Rechtsgrundlagen gestützt werden, vgl. EuGH v. 30.5.1989, Rs. 242/87 (Kommission/Rat - Erasmus-Programm), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht (Rdnr. 37), wobei bei einheitlichen Maßnahmen offensichtlich die jeweils strengsten Voraussetzungen zu erfüllen sind.
- 54 Zu diesem Ergebnis unter anderen auch *Koppen*, The European Community's Environmental Policy, S. 61; *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 104; *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 5 ff.
- 55 So der Einwand von *Lietzmann*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 179.

die Bestimmungen über die sektoralen Politiken gezogen worden sind. Fraglich kann nur sein, inwieweit der Art. 130 r IV EWGV zu entnehmende Grundsatz der besseren Zielverwirklichung auf Gemeinschaftsebene auch die umweltschutzrechtliche Harmonisierungstätigkeit der EG-Organe beeinflusst.⁵⁶ Darauf muß an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.⁵⁷ Zu erwähnen bleibt, daß sich auch die Außenkompetenzen der Gemeinschaft auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts nicht nach Art. 130 r V EWGV richten,⁵⁸ sondern weitgehend durch Art. 113 EWGV bestimmt werden.⁵⁹

Aus diesem Ergebnis folgt zugleich, daß auf die Schutzklausel des Art. 130 t EWGV, nach der die aufgrund des Art. 130 s EWGV getroffenen Schutzmaßnahmen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, soweit diese mit dem Vertrag vereinbar sind, im folgenden grundsätzlich⁶⁰ nicht näher einzugehen sein wird.⁶¹

2. Beschränkende Wirkung von EG-Primärrecht auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts

2.1 Art. 30 EWGV

2.1.1 Beschränkende Wirkung

Art. 30 EWGV lautet: "Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind unbeschadet der nachstehenden Bestimmungen zwischen den Mitgliedstaaten verboten." Unstreitig enthält Art. 30 EWGV ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes Verbot, dessen Einhaltung durch die Kommission im Klagewege nach Art. 169 EWGV durchgesetzt werden kann; außerdem kommt der Vorschrift, spätestens nachdem die in Art. 32, 33 EWGV vorgesehene Übergangszeit abgelaufen

56 Angesprochen von *Beyerlein*, UPR 1989, S. 363.

57 Vgl. dazu unten, Teil 3, 1.3.2.

58 Vgl. oben, Fußn. 31.

59 Vgl. dazu EuGH v. 29.3.1990, Rs. C-62/88 (Griechenland/Rat - Einfuhrbeschränkung von radioaktiv verseuchten landwirtschaftlichen Erzeugnissen aus Drittländern), noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht; *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 13 ff. m.w.N.

60 Vorbehaltlich der in Teil 3 nachzugehenden Frage, ob produktbezogenes Umweltrecht nicht entgegen der dargestellten Lage bereits auf Art. 130 s EWGV gestützt worden ist.

61 Vgl. zur Nichtanwendbarkeit des Art. 130 t EWGV auf binnenmarktbezogene Vorschriften nur *Pernice*, NVwZ 1990, S. 206.

ist,⁶² nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Anwendbarkeit zu, was in diesem Sinne bedeutet, daß sie Rechte des einzelnen zu begründen vermag.⁶³

Art. 30 EWGV verbietet Behinderungen der Einfuhr von Waren, zielt also auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr ab. Dabei wird es für nicht erforderlich gehalten, daß die Waren tatsächlich im Rahmen des Handelsverkehrs über die Grenzen verbracht werden; vielmehr werden auch Einfuhren zum privaten Gebrauch miterfaßt.⁶⁴

2.1.2 Ware

2.1.2.1 Begriff

Art. 30 EWGV findet sich im 2. Kapitel des Titels mit der Bezeichnung: "Der freie Warenverkehr". Nach Art. 9 II EWGV, einer allgemeinen, vor das 1. Kapitel dieses Titels gezogenen Vorschrift, gilt Art. 30 EWGV "für die aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren sowie für diejenigen Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden."⁶⁵ Erste Tatbestandsvoraussetzung des Art. 30 EWGV ist, daß eine mitgliedstaatliche Maßnahme überhaupt eine Ware betrifft.

Der EuGH verzichtet in seiner neueren Rechtsprechung auf eine genaue Definition des Begriffs "Ware". Jedoch hat er bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1968 festgestellt, unter Waren im Sinne des Art. 9 EWGV seien "Erzeugnisse zu verstehen, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können."⁶⁶ Im Anschluß daran beschäftigte sich der Gerichtshof mit der Abgrenzung der Waren-

62 Diese Übergangszeit wurde durch verschiedene Maßnahmen verkürzt, vgl. Beschluß der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten über die beschleunigte Verwirklichung der Vertragsziele v. 12.5.1960, ABl. 1960, S. 1217; Entscheidung 66/532 des Rates über die Abschaffung der Zölle und das Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten v. 26.7.1966, ABl. 1966, S. 2971; von der Kommission aufgrund der Ermächtigung in Art. 33 VII EWGV erlassene Richtlinien: RL 64/486 EWG v. 28.7.1964, ABl. 1964, S. 2253; RL 66/682/EWG und RL 66/683/EWG v. 7.11.1966, ABl. 1966, S. 3745, 3748; RL 70/32/EWG v. 17.12.1969, ABl. 1970 Nr. L 13, S. 1; RL 70/50 EWG v. 22.12.1969, ABl. Nr. L 13, S. 29.

63 EuGH v. 23.3.1977, Rs. 74/76 (Jannelli u. Volpi S.p.A./Meroni - Papiererzeugnisse), Slg. 1977, S. 557, 576 (Rdnr. 13); EuGH v. 8.11.1979, Rs. 251/78 (Denkavit Futtermittel GmbH/Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen - Gesundheitspolizeiliche Kontrollen), Slg. 1979, S. 3369, 3384 (Rdnr. 3).

64 EuGH v. 7.3.1989, Rs. 215/87 (H. Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt a.M.-Ost - Einfuhr von Arzneimitteln zum persönlichen Gebrauch), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht; *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S 21; *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Vorbem. zu Art 30 - 37, Rdnr. 33, 37.

65 Vgl. zu der letztgenannten Kategorie Art. 10 EWGV und die Ausnahmemöglichkeiten nach Art. 115 EWGV.

66 EuGH v. 10.12.1968, Rs. 7/68 (Kommission/Italien - Abgabe auf die Ausfuhr bestimmter Gegenstände), Slg. 1968, S. 633, 642.

verkehrsfreiheit von der Dienstleistungs-⁶⁷ und der Kapitalverkehrsfreiheit⁶⁸, ohne aber erneut den Begriff der Ware zu umschreiben.

In der Literatur wird, soweit überhaupt ein Eingehen auf das Tatbestandsmerkmal der Ware erfolgt, überwiegend keine eigene Begriffsbestimmung angeboten.⁶⁹ An dieser Stelle soll, ebenfalls in Anlehnung an die Rechtsprechung, der Begriff der Ware im Sinne der Art. 9 und 30 EWGV zumindest durch Aufzählung der begriffsnotwendigen Eigenschaften präzisiert werden.⁷⁰ Erstens muß es sich um einen körperlichen Gegenstand handeln.⁷¹ Zweitens muß dieser Gegenstand einen Geldwert verkörpern; und drittens muß er Objekt eines Handelsgeschäfts sein können. Auch wenn der EuGH die Ware als Erzeugnis umschrieben hat,⁷² so ist darüber hinaus nicht notwendig, daß ein Verarbeitungsprozeß stattgefunden hat. Vielmehr unterfallen auch Stoffe und Zubereitungen⁷³ der Warenverkehrsfreiheit. Dafür spricht die Funktion dieser Freiheit, die der Förderung des grenzüberschreitenden Handels dient;⁷⁴ zudem stand eine entsprechende Einschränkung des Warenbegriffs in dem vom EuGH beurteilten Fall nicht zur Entscheidung an.

Gewisse Waren sind vom Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV ausgenommen. Dabei handelt es sich zum einen um Waren, die gem. Art. 232 EWGV unter den EGKS-Vertrag oder den Euratom-Vertrag fallen. Zum anderen bestehen vor allem Besonderheiten für landwirtschaftliche Erzeugnisse. Auf diese ist Art. 30 EWGV nach Art. 38 II

67 EuGH v. 30.4.1974, Rs. 155/73 (G. Sacchi - Ausstrahlung von Fernsehsendungen), Slg. 1974, S. 409, 428 (Rdnr. 4 ff.), wonach Fernsehsendungen "ihrer Natur nach als Dienstleistungen" im Sinne von Art. 60 EWGV anzusehen sind, während z.B. der Handel mit Tonträgern der Warenverkehrsfreiheit unterliegt.

68 EuGH v. 23.11.1978, Rs. 7/78 (Thompson, Johnson u. Woodiwiss - Zahlungsmittel), Slg. 1978, S. 2247, 2275 (Rdnr. 26, 30/31).

69 Vgl. *Grabitz*, in: *ders.*, EWGV, Art. 9, Rdnr. 8; *Ehle/Meier*, EWG-Warenverkehr, C 107 (S. 335); *Colliard/Herzog*, in: *Smüt/Herzog*, The Law of the EEC, Vol. 1, 9.05 (S. 2-24); *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Vorbem. zu Art. 30 - 37, Rdnr. 31 ff.; *Burrows*, Free Movement in European Community Law, S. 4 ff.; anders aber *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 45 ff.

70 Ähnlich wie hier aber *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S 12: "'Goods' means 'products which can be valued in money and which are capable, as such, of forming the subject of commercial transactions'".

71 Vgl. EuGH v. 11.7.1985, Rs. 60 u. 61/84 (Cinéthèque S.A. u.a./Fédération national des cinémas français - Videokassetten), Slg. 1985, S. 2605, 2623 (Rdnr. 10), zur Abgrenzung von der Dienstleistungsfreiheit.

72 EuGH v. 10.12.1968, Rs. 7/68, Slg. 1968, S. 633, 642.

73 Vgl. zu diesen Begriffen und dem Unterschied zu Produkten oben, Teil 1, 2.2.1.

74 Auch wenn es in der englischsprachigen Fassung des Art. 9 II EWGV nur "products" sowie in der französischsprachigen Fassung nur "produits" heißt und grundsätzlich alle sprachlichen Versionen als authentisch anzusehen sind, muß berücksichtigt werden, daß gemeinschaftsrechtliche Begriffe in ihrem jeweiligen Sinnzusammenhang auszulegen sind, der von der nationalen Begrifflichkeit abweichen kann, siehe zu diesen Interpretationsgrundsätzen EuGH v. 6.10.1982, Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T. u.a./Ministero della sanità - Gebühren für Gesundheitsuntersuchung von Wolle), Slg. 1982, S. 3415, 3430 (Rdnr. 18 - 20).

EWGV nur anwendbar, soweit in den Art. 39 - 46 nichts anderes bestimmt ist. Das bedeutet im Ergebnis, daß nach Ablauf der Übergangszeit Art. 30 ff. EWGV dann einschlägig sind, wenn die entsprechende landwirtschaftliche gemeinsame Marktorganisation keine Ausnahmen zuläßt.⁷⁵

2.1.2.2 Verpackung als Ware

Im Hinblick darauf, daß sich umweltschützende Vorschriften in einer Reihe von Fällen auf Verpackungen von Gegenständen beziehen bzw. beziehen könnten, etwa auf Plastikflaschen oder Blechdosen für Getränke, läßt sich die Frage aufwerfen, inwieweit Verpackungen überhaupt der Warenverkehrsfreiheit unterfallen. Eindeutig liegt der Fall, wenn die Verpackung selbst Objekt von Handelsgeschäften ist, also etwa Kunststoffbehälter für Fastfood-Restaurants importiert werden sollen; hier beinhaltet die Verpackung selbst alle eine Ware kennzeichnenden Elemente und ist deshalb als Ware anzusehen.

Regelmäßig wird aber die Verpackung einen, wenn auch abtrennbaren, Teil des Handelsgegenstandes darstellen. Dann bleibt zu überlegen, ob sie von der verpackten Sache unterschieden werden kann nach dem finalen Aspekt, daß der Handelswert nur von dieser Sache an sich, nicht aber von der Verpackung verkörpert wird. Der EuGH hat sich mit Warenverpackungen in dem sog. "Margarinefall" beschäftigt; in diesem Vorabentscheidungsverfahren stand eine Königliche Verordnung aus dem Jahre 1953, die im Jahre 1980 auf eine Klage der Kommission gegen Belgien hin abgeändert worden war,⁷⁶ im Mittelpunkt, nach der in Belgien Margarine nur in Würfelform angeboten werden durfte.⁷⁷ Der Gerichtshof führte aus, es werde "dadurch, daß ein Mitgliedstaat die Verpflichtung, eine bestimmte Verpackungsform zu benutzen, auf eingeführte Erzeugnisse erstreckt, die Einfuhr von Erzeugnissen mit Ursprung in anderen Mitgliedstaaten in diesem Mitgliedstaat nicht vollkommen ausgeschlossen".⁷⁸ Daraus läßt sich immerhin auf eine Differenzierung zwischen Ware und Verpackung schließen;⁷⁹ jedoch fehlt es an einer näheren Auseinandersetzung. Im Ergebnis sprechen jedenfalls die besseren Argumente für eine einheitliche Betrachtung von Verpackung und verpacktem Gegenstand als Ware. Zwar könnte man dem Hinweis, die Verpackung bestimme aus

75 Vgl. nur EuGH v. 20.4.1978, Rs. 80 u. 81/77 (*Société Les Commissionaires Réunis/Receveur des douanes - Abgabe auf italienischen Wein*), Slg. 1978, S. 927, 946 f. (Rdnr. 25 ff.).

76 Vgl. zu der Vorgeschichte *Falkenstein*, Freier Warenverkehr in der EG, S. 64 f.

77 EuGH v. 10.11.1982, Rs. 261/81 (*Rau/De Smendt Pv.b.A. - Margarineverpackung*), Slg. 1982, S. 3961.

78 EuGH a.a.O., S. 3972 f. (Rdnr. 13).

79 Auch in dem Urteil des EuGH v. 13.3.1984, Rs. 16/83 (*Strafverfahren gegen K. Prantl - Bocksbeutel*), Slg. 1984, S. 1299, 1327 (Rdnr. 21), in dem es um die Abfüllung von Wein in Flaschen mit bestimmten Formen ging, hat der Gerichtshof eine Unterscheidung erkennen lassen, soweit er darauf hinwies, daß ein Zwang zur Abfüllung in andere Flaschen die Vermarktung der Ware erschwere.

Sicht des Verbrauchers zu einem erheblichen Teil die Gebrauchseigenschaften des Gesamtprodukts,⁸⁰ entgegenhalten, dies gelte keineswegs für alle Erzeugnisse; jedoch würde damit zugleich eine im einzelnen schwer durchzuführende Abgrenzung verlangt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß die Verpackung von Gegenständen oftmals Teil eines einheitlichen Produktionsvorgangs ist, womit an eine Differenzierung auch produkt- und produktionsspezifische Anforderungen zu stellen wären. Entscheidend sollte deshalb sein, daß Objekte des grenzüberschreitenden Handels nicht nur lose, sondern eben auch verpackte Erzeugnisse sind und die Handelspartner schon aus Gründen der Preisgestaltung und der Transportmöglichkeiten nicht zwischen Verpackung und der verpackten Ware selbst unterscheiden.

2.1.2.3 Abfall als Ware

Eine für den Umweltschutz bedeutsame Frage ist es, ob Abfall als Ware angesehen werden kann⁸¹ und damit in den Genuß der Warenverkehrsfreiheit kommt.⁸² Angesprochen sind damit insbesondere die durch Müllexporte hervorgerufenen Probleme.⁸³ Die allgemeine Bedeutung der Abfallwirtschaft wird dadurch verdeutlicht, daß bereits im Jahre 1982 in der Gemeinschaft über 2000 Personen im Bereich der Abfallbehandlung beschäftigt waren und dort jährlich Geschäftstätigkeiten in einer Größenordnung von zwischen 100 und 200 Milliarden ECU abgewickelt wurden.⁸⁴

Die EG-Kommission scheint die gestellte Frage bejahen zu wollen. Indiz dafür ist, daß sowohl in der Präambel des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 75/442/EWG über Abfälle⁸⁵ als auch in der Präambel des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates über gefährliche Abfälle⁸⁶ auf Art. 100 a EWGV Bezug genommen wird.⁸⁷ Außerdem hat die Kommission ein

80 So *Schutt/Steffens*, RIW 1989, S. 449.

81 Offengelassen von *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 8, der diese Frage aber mittlerweile bejaht, NVwZ 1990, S. 416 f.; ebenso offensichtlich auch *Corcelle*, RMC 1990, S. 126 und *Leroy*, EEC Waste Management Policy, S. 18..

82 Die Bedeutung dieser Frage mag sich dadurch relativieren, daß grenzüberschreitender Mülltransport auch der Dienstleistungsfreiheit unterfallen könnte; jedoch bleibt bei dieser Annahme das Vorliegen der Voraussetzungen der Art. 59 ff. EWGV im einzelnen zu prüfen, vgl. dazu *Pernice*, NVwZ 1990, S. 416.

83 Vgl. zum Umfang der Verbringung besonders überwachungsbedürftiger, nach Bundesrecht nachweispflichtiger Abfälle in andere Staaten *Umweltbundesamt*, Daten zur Umwelt 1988/89, S. 459.

84 Bull. CE 9/1989, S. 8.

85 ABl. C 295 v. 19.11.1988, S. 3; weiter heißt es dort: "Unterschiedliche Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beseitigung von Abfällen können zu Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen führen."

86 ABl. C 295 v. 19.11.1988, S. 8.

87 Diese Position wird in der gemeinschaftlichen Strategie für die Behandlung von Abfällen aufgenommen, vgl. Bull. CE 9/1989, S. 8, und zwar in Zusammenhang mit dem Hinweis, Abfälle stellen eine potentielle Quelle von Verschmutzungen dar, seien aber zugleich auch Sekundärrohstoffe. Hin-

Vertragsverletzungsverfahren gegen Belgien eingeleitet, das ein Gesetz betrifft, nach dem in der Region Wallonien nur noch wallonische Abfälle entsorgt werden dürfen; dieses Verfahren wird mit einer angeblichen Verletzung der Warenverkehrsfreiheit begründet.⁸⁸ Eine Antwort läßt sich aber nur finden, wenn der Begriff des Abfalls klargestellt wird, wobei im Rahmen der Untersuchung einer möglichen Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums auf die bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften abzustellen ist.⁸⁹

In Art. 1 lit. a der Rahmenrichtlinie 75/442/EWG des Rates über Abfälle vom 15.7.1975⁹⁰, die auf Art. 100, 235 EWGV gestützt wurde und das Ziel hat, "ein wirksames und zusammenhängendes System der Abfallbeseitigung, welches den innergemeinschaftlichen Warenverkehr nicht hemmt und die Wettbewerbsbedingungen nicht beeinträchtigt", zu schaffen,⁹¹ wird der Begriff der Abfälle folgendermaßen umschrieben: "Alle Stoffe oder Gegenstände, deren sich der Besitzer entledigt oder gemäß den einzelstaatlichen Vorschriften zu entledigen hat." Gemäß Art. 1 lit. b gehören zur Beseitigung auch "die erforderlichen Umwandlungsvorgänge zu ihrer Wiederverwendung, Rückgewinnung oder Verwertung." Die Abfallrichtlinie enthält also einen subjektiven und einen objektiven Abfallbegriff,⁹² wobei für die Definition des letzteren auf die mitgliedstaatlichen Bestimmungen Bezug genommen wird.⁹³ Den oben genannten Abfallbegriff nimmt die Richtlinie 78/319/EWG des Rates über giftige und gefährliche Abfälle vom 20.3.1978⁹⁴ auf (Art. 1 lit. a), erweitert diesen jedoch in Art. 1 lit. b, wonach giftige und gefährliche Abfälle beschrieben werden als "alle Abfälle, die im Anhang zu dieser Richtlinie aufgeführten Stoffe oder Materialien enthalten oder durch sie verseucht sind, und zwar in einer solchen Beschaffenheit, in solchen Mengen oder Konzentrationen, daß sich daraus eine Gefahr für die Gesundheit oder die Umwelt ergibt."⁹⁵

sichtlich der Schaffung des Binnenmarktes beabsichtigt die Kommission die Abfallbeseitigung so weit wie möglich in den nächstgelegenen Entsorgungsanlagen vornehmen zu lassen, welche von ihrem technischen Stand her gesehen ein hohes Umweltschutzniveau garantieren sollen, a.a.O., S. 10. Vgl. auch die Entschließung des Rates über die Abfallpolitik v. 7.5.1990, ABl. C 122 v. 18.5.1990, S. 2.

88 Rs. C-2/90, vgl. dazu Europe Environment No. 337/1990, S. 7.

89 Vgl. zu den Definitionen der gefährlichen Abfälle in den Mitgliedstaaten *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Safety Aspects Relating to the Handling and Monitoring of Hazardous Wastes*, Luxemburg 1989, S. 7 ff.

90 ABl. L 194 v. 25.7.1975, S. 47.

91 Vgl. Präambel der RL.

92 Ebenso auch § 1 des Abfallgesetzes v. 27.8.1986, BGBl. I, S. 1410, ber. 1509; vgl. zu den dortigen Abfallbegriffen nur *Herkommer/Kreßel/Wollenschläger*, UPR 1989, S. 258 f.

93 Dies soll in der von der Kommission vorgeschlagenen Änderungsrichtlinie, ABl. C 295 v. 19.11.1988, S. 3, durch Verweis auf eine Anhang ersetzt werden. Gemäß der Präambel des Vorschlags geht die Kommission von "einem hohen Umweltschutzniveau ... sowohl hinsichtlich der Definition als auch hinsichtlich der Beseitigung der Abfälle" aus.

94 ABl. L 84 v. 31.3.1978, S. 43.

95 Nach Art. 8 der RL steht es den Mitgliedstaaten jederzeit frei, für giftige und gefährliche Abfälle strengere Vorschriften festzulegen als sie in der Richtlinie vorgesehen sind.

Zum gemeinschaftsrechtlichen Abfallrecht wird auch die Richtlinie 75/439/EWG des Rates über die Altölbeseitigung vom 16.6.1975⁹⁶, geändert durch Richtlinie 87/101/EWG vom 22.12.1986⁹⁷, gerechnet.⁹⁸ Nach deren Art. 1 ist unter Altöl "jedes mineralische Schmier- oder Industrieöl, das für den Verwendungszweck, für den es ursprünglich bestimmt war, ungeeignet geworden ist, insbesondere gebrauchte Verbrennungsmotoren- und Getriebeöle, mineralische Maschinen-, Turbinen- und Hydrauliköle", zu verstehen. Ergänzt werden die genannten Vorschriften durch weitere Spezialregelungen, insbesondere die Richtlinie 76/403/EWG des Rates über die Beseitigung polychlorierter Biphenyle und Terphenyle vom 6.4.1976⁹⁹ und die Richtlinie 78/176/EWG des Rates über Abfälle aus der Titandioxid-Produktion vom 20.2.1978¹⁰⁰. Bezüglich des Abfalltransports ist hinzuweisen auf die Richtlinie 84/631/EWG des Rates über die Überwachung und Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle in der Gemeinschaft vom 6.12.1984¹⁰¹.

Bevor auf Einzelheiten eingegangen wird, ist zu bemerken, daß der Interpretation des Warenbegriffs im Sinne des Art. 30 EWGV mit Hilfe der Abfallrichtlinien dogmatische Bedenken entgegenstehen können. Grundsätzlich besteht innerhalb des Gemeinschaftsrechts, ebenso wie im nationalen Recht, eine Rangordnung; nach dieser geht das Primärrecht dem Sekundärrecht als höherrangiges Recht vor. Insofern fragt sich, ob EG-Sekundärrecht überhaupt herangezogen werden kann, um das Recht der Gemeinschaftsverträge auszulegen. Entsprechende Überlegungen sind aus dem nationalen Verfassungsrecht bekannt; dort ist zu beachten, daß Verfassungsnormen nicht anhand einfachgesetzlicher Vorschriften ausgelegt werden können, andererseits aber eine auch durch einfachgesetzliche Bestimmungen vereinheitlichte juristische Begriffsbildung für die Wortlautinterpretation ihre Bedeutung entfaltet. Wird berücksichtigt, daß auch die EG-Organe bei der Schaffung von Sekundärrecht die vertraglichen Bestimmungen zu

96 ABl. L 194 v. 25.7.1975, S. 31.

97 ABl. L 42 v. 12.2.1987, S. 43.

98 Vgl. *Offermann-Clas*, DVBl. 1981, S. 1128 f.

99 ABl. L 108 v. 26.4.1976, S. 41.

100 ABl. L 54 v. 25.2.1978, S. 19, geändert durch Richtlinie 83/29/EWG, ABl. L 32 v. 3.2.1983, S. 28. Vgl. dazu auch Richtlinie 82/883/EWG des Rates vom 3.12.1982 über Einzelheiten der Überwachung und Kontrolle der durch die Ableitungen aus der Titandioxid-Produktion betroffenen Umweltmedien, ABl. L 378 v. 31.12.1982, S. 1.

101 ABl. L 326 v. 13.12.1984, S. 31, ber. ABl. L 305 v. 18.11.1985, S. 72; geändert durch RL 85/469/EWG, ABl. L 272 v. 12.10.1985, S. 1, durch RL 86/121/EWG, ABl. L 100 v. 16.4.1986, S. 20, durch RL 86/279/EWG, ABl. L 181 v. 4.7.1986, S. 13.

Zum gemeinschaftsrechtlichen Abfallrecht wird auch die Richtlinie 75/439/EWG des Rates über die Altölbeseitigung vom 16.6.1975⁹⁶, geändert durch Richtlinie 87/101/EWG vom 22.12.1986⁹⁷, gerechnet.⁹⁸ Nach deren Art. 1 ist unter Altöl "jedes mineralische Schmier- oder Industrieöl, das für den Verwendungszweck, für den es ursprünglich bestimmt war, ungeeignet geworden ist, insbesondere gebrauchte Verbrennungsmotoren- und Getriebeöle, mineralische Maschinen-, Turbinen- und Hydrauliköle", zu verstehen. Ergänzt werden die genannten Vorschriften durch weitere Spezialregelungen, insbesondere die Richtlinie 76/403/EWG des Rates über die Beseitigung polychlorierter Biphenyle und Terphenyle vom 6.4.1976⁹⁹ und die Richtlinie 78/176/EWG des Rates über Abfälle aus der Titandioxid-Produktion vom 20.2.1978¹⁰⁰. Bezüglich des Abfalltransports ist hinzuweisen auf die Richtlinie 84/631/EWG des Rates über die Überwachung und Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle in der Gemeinschaft vom 6.12.1984¹⁰¹.

Bevor auf Einzelheiten eingegangen wird, ist zu bemerken, daß der Interpretation des Warenbegriffs im Sinne des Art. 30 EWGV mit Hilfe der Abfallrichtlinien dogmatische Bedenken entgegenstehen können. Grundsätzlich besteht innerhalb des Gemeinschaftsrechts, ebenso wie im nationalen Recht, eine Rangordnung; nach dieser geht das Primärrecht dem Sekundärrecht als höherrangiges Recht vor. Insofern fragt sich, ob EG-Sekundärrecht überhaupt herangezogen werden kann, um das Recht der Gemeinschaftsverträge auszulegen. Entsprechende Überlegungen sind aus dem nationalen Verfassungsrecht bekannt; dort ist zu beachten, daß Verfassungsnormen nicht anhand einfachgesetzlicher Vorschriften ausgelegt werden können, andererseits aber eine auch durch einfachgesetzliche Bestimmungen vereinheitlichte juristische Begriffsbildung für die Wortlautinterpretation ihre Bedeutung entfaltet. Wird berücksichtigt, daß auch die EG-Organe bei der Schaffung von Sekundärrecht die vertraglichen Bestimmungen zu

96 ABl. L 194 v. 25.7.1975, S. 31.

97 ABl. L 42 v. 12.2.1987, S. 43.

98 Vgl. *Offermann-Clas*, DVBl. 1981, S. 1128 f.

99 ABl. L 108 v. 26.4.1976, S. 41.

100 ABl. L 54 v. 25.2.1978, S. 19, geändert durch Richtlinie 83/29/EWG, ABl. L 32 v. 3.2.1983, S. 28. Vgl. dazu auch Richtlinie 82/883/EWG des Rates vom 3.12.1982 über Einzelheiten der Überwachung und Kontrolle der durch die Ableitungen aus der Titandioxid-Produktion betroffenen Umweltmedien, ABl. L 378 v. 31.12.1982, S. 1.

101 ABl. L 326 v. 13.12.1984, S. 31, ber. ABl. L 305 v. 18.11.1985, S. 72; geändert durch RL 85/469/EWG, ABl. L 272 v. 12.10.1985, S. 1, durch RL 86/121/EWG, ABl. L 100 v. 16.4.1986, S. 20, durch RL 86/279/EWG, ABl. L 181 v. 4.7.1986, S. 13.

beachten haben,¹⁰² dann können die genannten Grundsätze auf die Auslegung des Art. 30 EWGV übertragen werden.

Der EuGH hat sich im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit in vier Entscheidungen mit Altölregelungen beschäftigt.¹⁰³ Diese Fälle betrafen französische Rechtsvorschriften zur Umsetzung der RL 75/439/EWG über die Altölbeseitigung. Der Gerichtshof hat jeweils eine Verletzung des Art. 30 EWGV geprüft, ohne zu der Frage Stellung zu nehmen, ob Altöle überhaupt als Waren angesehen werden können; auch in den Schlußanträgen der Generalanwälte¹⁰⁴ werden dazu keine Ausführungen gemacht, was wohl nur so interpretiert werden kann, daß diese Frage nicht als problematisch empfunden wurde.¹⁰⁵ Im Ergebnis erscheint es auch durchaus als richtig, Altölen im Sinne der genannten Richtlinie nicht grundsätzlich die Wareneigenschaft abzusprechen. In dieser Richtlinie wird die Altöleigenschaft nämlich durch die Ungeeignetheit für den ursprünglich vorgesehenen Verwendungszweck bestimmt. Wird ein Öl für den einen Verwendungszweck untauglich, so kann es jedoch, eventuell nach Verarbeitungsprozessen, anderen Zwecken dienen. In diesen Fällen besitzt es den nach der allgemeinen Warendefinition erforderlichen Geldwert. Die Abgrenzung kann im einzelnen nach dem Grund für die angestrebte Grenzüberschreitung vorgenommen werden; liegt dieser in einem Verkauf bzw. der Bestimmung zum Verkauf, d.h. wird der dem Altöl als Sekundärrohstoff immanente Geldwert realisiert, dann handelt es sich jedenfalls bei dem betreffenden Altöl um eine Ware im Sinne des Art. 30 EWGV.

-
- 102 Vgl. dazu den Schlußantrag von GA Rozès in Rs. 172, 82, Slg. 1983, S. 568, 571. Allerdings ist zu beachten, daß die EG-Organen trotz Bindung an Primärrecht insofern einen weiteren Gestaltungsspielraum haben können, als manche Maßnahmen, die auf einzelstaatlicher Ebene eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen würden, auf Gemeinschaftsebene gerade zu deren Effektivierung beitragen; vgl. EuGH v. 8.11.1979, Rs. 251/78 (Denkavit/Minister f. Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen - Gesundheitspolizeiliche Kontrollen), Slg. 1979, S. 3369, 3387 f. (Rdnr. 11): "Denn das einseitig von einem Mitgliedstaat vorgeschriebene Erfordernis der Vorlage einer Bescheinigung, von der dieser Mitgliedstaat Rechtsfolgen abhängig macht, die er für angebracht hält, läßt sich - unter dem Gesichtspunkt der beschränkenden Wirkung auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr - nicht mit der durch eine Richtlinie allen Mitgliedstaaten auferlegten Verpflichtung vergleichen, zur Erleichterung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten eine vereinheitlichte gesundheitsbehördliche Bescheinigung im Rahmen eines Systems auszustellen ..., das mehrfache Kontrollen an der Grenze überflüssig macht ...".
- 103 EuGH v. 10.3.1983, Rs. 172/82 (Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage u.a./Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" u.a. - Altöle), Slg. 1983, S. 555; EuGH v. 9.2.1984, Rs. 295/82 (Groupement d'intérêt économique "Rhône Alpes Huiles" u.a./Syndicat national des fabricants raffineurs - Altöle), Slg. 1984, S. 575; EuGH v. 7.2.1985, Rs. 173/83 (Kommission/Frankreich - Altöle), Slg. 1985, S. 491; EuGH v. 7.2.1985, Rs. 240/83 (Procureur de la République/Association de défense des brûleurs d'huiles usagées - Altöle), Slg. 1985, S. 531.
- 104 Schlußanträge des GA Rozès, Rs. 172/82, Slg. 1983, S. 568 ff. (Hinweis auf die 7. Begründungserwägung der RL 75/439, die ihrerseits auf die Bestimmungen über den freien Warenverkehr Bezug nimmt), u. Rs. 295/82, Slg. 1984, S. 586 ff.; Schlußanträge des GA Lenz, Rs. 173/83, Slg. 1985, S. 491 ff., u. Rs. 240/83, Slg. 1985, S. 532 ff.
- 105 Nähere Ausführungen fehlen auch in EuGH v. 6.10.1987, Rs. 118/86 (Openbaar Ministerie/Nertsvoederfabriek Nederland BV - Geflügelschlachtabfälle), Slg. 1987, S. 3883, 3907 (Rdnr. 8 ff.), wo im Ergebnis die Wareneigenschaft von Schlachtabfällen bejaht wird.

Damit sind jedoch noch keine Aussagen über die anderen Abfallsorten getroffen worden. Der subjektive Abfallbegriff der RL 75/442/EWG setzt voraus, daß sich der Besitzer seines Stoffes oder Gegenstandes entledigen will; in einem solchen Fall kann dem Abfall objektiv gesehen sowohl Geldwert als auch die Eignung zum Austausch im Handelsverkehr zukommen.¹⁰⁶ Fraglich ist aber, ob eine Grenzüberschreitung mit dem Ziel der Entledigung von Waren unter die im EWG-Vertrag gewährleistete Warenverkehrsfreiheit fällt. Zwar stellen Art. 9 ff. EWGV nicht auf eine Einfuhr zu Handelszwecken ab; die grenzüberschreitende Warenverbringung zu diesem Zweck wird von der Warenverkehrsfreiheit umfaßt, ohne daß umgekehrt damit schon das Ergebnis für eine Verbringung zu anderen Zwecken feststehen würde. Das bedeutet aber andererseits nicht, daß der Schutzbereich der genannten Vorschriften jeden Einfuhrzweck abdeckt. Die Bestimmung soll, wie sich aus der allgemeinen Aufgabenumschreibung in Art. 2 EWGV und spezieller aus Art. 9 I EWGV, der auf den "Warenaustausch" Bezug nimmt, ergibt, der wirtschaftlichen Betätigung dienen. Wenn zusätzlich der private Gebrauch mitumfaßt wird, dann liegt der Sinn dieser Aussage in der Überlegung, daß auch der Gebrauch von erworbenen Waren in anderen Mitgliedstaaten gesichert werden muß, weil ohne diese Garantie der Warenhandel, welcher der Versorgung mit Gütern dient, in seinen Zielen teilweise wieder auf das nationale Hoheitsgebiet begrenzt würde. Es entspricht dieser Überlegung, eine funktionale Begrenzung der Eignung zu Handelszwecken auf wirtschaftliche Tätigkeiten und die mit dieser Eignung im Zusammenhang stehenden Gebrauchsfreiheit, bezogen auf den Gebrauchszweck der Ware, anzunehmen.¹⁰⁷ In diesem Sinne wird die grenzüberschreitende Verbringung von Waren zu deren Entledigung nicht von Art. 9 ff. umfaßt.¹⁰⁸ Nach dem objektiven Abfallbegriff besteht eine Pflicht des Besitzers, sich der als Abfall eingestuften Stoffe zu entledigen. Grund dafür ist der Umstand, daß der Stoff in seiner aktuellen Gestalt einer besonderen Behandlung aus Umweltschutzgründen bedarf. Das heißt nicht, daß entsprechende Stoffe immer endgültig zu beseitigen sind, sondern schließt die Möglichkeit einer Verarbeitung mit ein. Durch Verarbeitungsprozesse können Abfälle in neue, sekundäre Rohstoffe umgewandelt werden. In vielen Fällen stellt somit Abfall im objektiven Sinn eine potentielle Rohstoffquelle dar und besitzt dann als solcher insgesamt Geldwert,¹⁰⁹ weil eine Tren-

106 Vgl. dazu EuGH v. 28.3.1990, Rs. C-206 u. 207/88 (Strafverfahren gegen G. Vessoso u. G. Zanetti - Begriff der Abfälle), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht; *Krämer*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 300.

107 So im Ergebnis auch *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 54 f., der allerdings lediglich darauf abstellt, daß der Besitzer durch die Deklaration eines Gegenstandes zu Abfall diesen aus dem Handelsverkehr zurückzieht.

108 Nach anderer Ansicht ist dies nur deshalb der Fall, weil Entsorgungshandlungen den Mittelpunkt unternehmerischer Leistungen darstellen und deshalb Abfalltransporte zu Entsorgungszwecken von Art. 59 ff. EWGV erfaßt werden.

109 Überlegungen, den Geldwert an den ursprünglichen Gebrauchszweck des Gegenstandes anzuknüpfen, führen im Hinblick auf den eigenständigen Geldwert des Abfalls nicht weiter, vgl. *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 52 f.

nung zwischen wertvollen und wertlosen Bestandteilen nicht durchführbar ist. Was aber die dritte Tatbestandsvoraussetzung, die Eignung zum Handelsverkehr, angeht, so ist zu berücksichtigen, daß ein solcher Transport erfolgt, um die Abfälle einer Weiterbehandlung zuzuführen, und erst nach dieser Weiterbehandlung Teile der Abfälle zu neuen Gegenständen oder Stoffen verarbeitet werden, die ohne weitere Bearbeitungsvorgänge gehandelt werden können. Insofern ist anzunehmen, daß in den Fällen des Abfalltransports zur Aufbereitung von Abfällen die Aufbereitungshandlung als Dienstleistung im Vordergrund steht, denn erst durch diese Dienstleistung läßt sich der Geldwert des Abfalls aktualisieren. Im Ergebnis ist der Geldwert des Abfalls also an die Dienstleistung gekoppelt, eine Eignung des Abfalls zu Handelszwecken ohne die Dienstleistung erscheint im Hinblick auf die oben angenommene funktionale Begrenzung der Warenverkehrsfreiheit als ausgeschlossen.¹¹⁰ Im übrigen ist einzuräumen, daß sich die Begründung ohne diese Beschränkung als schwierig erweist, weil Abfälle nicht direkt nach dem Grenzübertritt entsorgt werden müssen, sondern auch ein weiteres Mal gehandelt werden können, und insofern grundsätzlich eine Eignung zu Handelszwecken gleich welcher Art vorliegt. Auch die Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit würde auf Bedenken stoßen, soweit man die Maßstäbe heranzieht, die der EuGH in dem Verfahren *Sacchi* angelegt hat; dort wurden Fernsehsendungen als der Dienstleistungsfreiheit und Filme sowie Tonträger etc. als der Warenverkehrsfreiheit unterfallend angesehen, ohne daß eine Differenzierung nach der Frage, ob die Filme bzw. Tonträger nur über die Grenze gebracht wurden, um einer Rundfunksendung und damit einer Dienstleistung zu dienen, eine Rolle gespielt hätte.¹¹¹

2.1.3 Maßnahmen gleicher Wirkung

2.1.3.1 Begriff

Art. 30 EWGV verbietet "mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung". Während sich die mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen relativ leicht umschreiben lassen¹¹² und außerdem auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts keine Rolle spielen, stand und steht der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung immer wieder im Mittelpunkt der in zunehmendem Umfang vom

110 Vgl. *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 53 f., der ohne eine funktionale Beschränkung argumentiert.

111 EuGH v. 30.4.1974, Rs. 155/73 (*G. Sacchi - Ausstrahlung von Fernsehsendungen*), Slg. 1974, S. 409, 428 (Rdnr. 7/8).

112 Vgl. *Waelbroeck*, in: *Mégret/Louis/Vigne/Waelbroeck, Le Droit de la CEE*, Vol. 1, Art. 30, Anm. 1; *Colliard/Herzog*, in: *Herzog/Smit, The Law of the EEC*, 30.03.

EuGH zu entscheidenden Fälle, die eine mögliche Verletzung der Warenverkehrsfreiheit betreffen.¹¹³

In dem grundlegenden *Dassonville*-Urteil aus dem Jahre 1974, dessen Gegenstand eine belgische Vorschrift war, die eine Echtheitsbescheinigung über den Ursprung von schottischem Whisky forderte, hat der Gerichtshof diesen Begriff folgendermaßen umschrieben: "Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen."¹¹⁴ Diese Formel findet in ständiger Rechtsprechung Anwendung.¹¹⁵ Aus ihr ergibt sich zum einen, daß es auf eine konkrete Behinderung nicht ankommt, vielmehr die Eignung zur Behinderung für die Beurteilung einer Maßnahme entscheidend ist. Zum anderen ist die Maßnahme als solche weit zu fassen. "Jede Handelsregelung" läßt zum Ausdruck kommen, daß nicht nur gesetzliche Regelungen, sondern auch eine Verwaltungspraxis in das Verbot des Art. 30 EWGV mit einbezogen wird,¹¹⁶ soll aber nicht bedeuten, daß es sich um eine nationale Regelung zu Handelszwecken handeln muß.¹¹⁷ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs wurde weiterentwickelt in dem *Cassis de Dijon*-Urteil aus dem Jahre 1979, in dem es um eine Bestimmung des bundesdeutschen Branntweinmonopolgesetzes ging, nach der Trinkbranntweine nur mit einem Mindestweingeistgehalt von 32 % in den Verkehr gebracht werden durften.¹¹⁸ In dieser Entscheidung stellte der EuGH zum einen klar, daß sich Maßnahmen gleicher Wirkung nicht auf die sog. unterschiedlich anwendbaren Maßnahmen, worunter Maßnahmen verstanden werden, die sich auf importierte Waren, nicht aber auf einheimische beziehen, beschränken; vielmehr erfaßt Art. 30 EWGV auch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen. Insbesondere früher wurden von der Kommission¹¹⁹ und im Schrifttum¹²⁰ an-

113 Bisher hat der EuGH 419 Fälle entschieden, in denen Art. 30 EWGV angesprochen wurde, wovon wiederum 170 Maßnahmen gleicher Wirkung betreffen, Quelle CELEX, Abfrage vom 2.2.1990.

114 EuGH v. 11.7.1974, Rs. 8/74 (Staatsanwaltschaft/B.u.G. Dassonville - Herkunftsbezeichnung von Whisky), Slg. 1974, S. 837, 852 (Rdnr. 5).

115 Vgl. nur *Masclat*, RTDE 1986, S. 254 ff.

116 Vgl. dazu EuGH v. 9.5.1985, Rs. 21/84 (Kommission/Frankreich -), Slg. 1985, S. ; zum Einschluß von Regierungsakten nicht zwingenden Charakters EuGH v. 24.11.1982, Rs. 249/81 (Kommission/Irland - Förderung inländischer Waren, "Buy Irish"), Slg. 1982, S. 4005, 4023 (Rdnr. 28).

117 Vgl. *Matthies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 14.

118 EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein - Mindestweingeistgehalt von alkoholischen Getränken), Slg. 1979, S. 649, 662 (Rdnr. 8).

119 So hatte die Kommission Art. 2 und 3 der auf Art. 33 VII EWGV gestützten Richtlinie 70/50/EWG v. 22.12.1969, ABl. L 13 v. 19.1.1970, S. 29, derart unterschieden, daß unterschiedslos anwendbare Maßnahmen nur als Maßnahmen gleicher Wirkung angesehen werden sollten, wenn ihnen eine besondere handelsbeschränkende Wirkung zukommt; vgl. dazu und den früheren Richtlinien *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 9 ff.

120 *Börner*, in: *ders.*, Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht Bd. 3 (KSE Bd. 30), S. 65 (Erstpublikation 1977).

dere Auffassungen vertreten,¹²¹ und auch heute wird vereinzelt Kritik an dem weiten Begriffsverständnis laut.¹²² Festzuhalten bleibt demgegenüber, daß der zum Teil geforderten Rückbesinnung auf das Verbot der Diskriminierung ausländischer Erzeugnisse, unter der die sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verstanden werden kann,¹²³ nicht zu folgen ist, weil Diskriminierung kein Tatbestandsmerkmal des Art. 30 EWGV darstellt,¹²⁴ sondern lediglich im Rahmen der Rechtfertigung nationaler handelsbeschränkender Regelungen eine Rolle spielt.¹²⁵ Zum anderen kam der Gerichtshof in seiner *Cassis*-Entscheidung zu folgendem Ergebnis: "Es gibt somit keinen stichhaltigen Grund dafür zu verhindern, daß in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die andern Mitgliedstaaten eingeführt werden".¹²⁶ Aus dieser Formulierung wurde der Schluß gezogen, grundsätzlich müßten alle in einem Mitgliedstaat der EG zugelassenen Waren auch in jedem anderen Mitgliedstaat zugelassen werden.¹²⁷ Jedoch hat der EuGH die zitierte Aussage an den Schluß der Überprüfung im konkreten Fall gestellt. Schon daraus wird ersichtlich, daß zwar die mangelnde Verkehrsfähigkeit eines in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellten Produkts als Handelsbeschränkung angesehen werden kann,¹²⁸ eine Rechtfertigung der verkehrsbeschränkenden Vorschriften aber nicht ausschließt und gerade in dem Bereich der nach Art. 30 ff. EWGV gerechtfertigten Beschränkungen deshalb auch nicht eine Rechtsangleichung überflüssig macht.¹²⁹

121 Vgl. insofern auch den Überblick bei *Pipkorn*, in: *Fuß*, Der Beitrag des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes, S. 13 f.

122 Vgl. den Versuch von *Marenco*, CDE 1984, S. 313 ff., den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung auf ein Diskriminierungsverbot zurückzuführen, das aber im Sinne einer materiellen Diskriminierung auch die unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen umfassen soll, die im Ergebnis besondere Nachteile für Einfuhren begründen.

123 Vgl. *Dausés*, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, S. 37; allerdings wird zum Teil auf das Kriterium der Unsachlichkeit verzichtet, vgl. *Burrows*, Free Movement in European Community Law, S. 50.

124 Vgl. *Bleckmann*, Europarecht, S. 315 f.; *Pipkorn*, in: *Fuß*, Der Beitrag des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes, S. 13.

125 Sieht man davon ab, daß die Diskriminierung bereits ein Indiz für einen Verstoß gegen Art. 30 EWGV geben kann, vgl. zu den Zusammenhängen *Steindorff*, ZHR Bd. 148 (1984), S. 339 f., Fußn. 9.

126 EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 649, 664 (Rdnr. 14).

127 Weitergehende Folgerungen etwa bei *Lötz*, in: *Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder*, Umwelt- und Technikrecht in den Europäischen Gemeinschaften, UTR Bd. 7, S. 132. Vgl. auch die Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des EuGH v. 20.2.1979 in der Rs. 120/78 ("Cassis de Dijon"), ABl. C 256 v. 3.10.1980, S. 2.

128 Vgl. *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. Rdnr. 39.

129 Vgl. insoweit die Darstellung bei *Matthies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 22 ff.; *Gormley*, Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, S. 46 ff. m.w.N.

Entgegen zum Teil anderslautenden Ansichten¹³⁰ kommt es für die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 30 EWGV auf eine Spürbarkeit der Handelsbeschränkungen nicht an; das hat der EuGH mittlerweile ausdrücklich festgestellt.¹³¹ Fraglich kann hingegen sein, ob solche mitgliedstaatliche Maßnahmen, die aus allgemeinen innerstaatlichen wirtschafts- oder sozialpolitischen Gründen ein Verwendungsverbot für bestimmte einheimische und ausländische Produkte vorsehen ohne die Einfuhr unmittelbar zu betreffen, ebenfalls als Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 30 EWGV charakterisiert werden können.¹³² Der EuGH hatte im Fall *Blesgen*, in dem es um ein belgisches Verbot ging, alkoholische Getränke ab einem gewissen Alkoholgehalt an der Öffentlichkeit zugänglichen Orten zu genießen bzw. zum sofortigen Verzehr zu verkaufen oder anzubieten, zuerst darauf hingewiesen, daß "Rechtsvorschriften über die Vermarktung eines Erzeugnisses auch dann, wenn sie die Einfuhr nicht unmittelbar regeln, je nach Lage des Falles die Möglichkeit, Erzeugnisse aus anderen Staaten einzuführen, beeinträchtigen und dadurch unter das Verbot von Art. 30 EWGV fallen",¹³³ kam dann aber zu folgendem Schluß: "Eine derartige gesetzgeberische Maßnahme steht daher in Wirklichkeit in keinem Zusammenhang mit der Einfuhr der Waren und ist aus diesem Grund nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen."¹³⁴ In einem späteren Verfahren wurde eine niederländische Bestimmung, nach der im Hinblick auf den jeweiligen Preis nur bestimmte Arzneimittel im Rahmen der Krankenversicherung gewährt wurden, vom Gerichtshof ebenfalls "nicht als Beschränkung der durch Art. 30 EWGV gewährleisteten Einfuhrfreiheit angesehen", jedoch im Hinblick auf die mit dieser Bestimmung verbundene Auswirkung auf Absatzmöglichkeiten nur unter der Einschränkung "sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind".¹³⁵ Die damit angesprochene Einschränkung kommt klarer in einem wiederum späteren Urteil zum Ausdruck; der EuGH hatte ein einjähriges französisches Verbot für den Vertrieb von Videokassetten zu beurteilen und stellte dieser Beurteilung folgende grundsätzliche Ausführungen voran: "Die Anwendung einer derartigen Rege-

130 Vgl. SA des GA *Mancini v.* 14.9.1983, Rs. 238/82 (Duphar BV u.a./Niederländischer Staat - Arzneimittel), Slg. 1984, S. 546, 548; *Rabe*, in: *Schwarze*, Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, S. 51.

131 EuGH v. 13.3.1984, Rs. 16/83 (Strafverfahren gegen K. Prantl - Bocksbeutel), Slg. 1984, S. 1299, 1326 (Rdnr. 20).

132 Im Hinblick auf diese Fragestellung wurde die nachfolgend zitierte Rechtsprechung zum Nachtbackverbot und im Fall *Blesgen* von *Dausés*, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, S. 27, als Beispiel für die "Tendenz, einer uferlosen Ausweitung des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung" zu wehren, verstanden.

133 EuGH v. 31.3.1982, Rs. 75/81 (*Blesgen*/Belgischer Staat - Vertrieb alkoholischer Getränke), Slg. 1982, S. 1211, 1229 (Rdnr. 7).

134 EuGH, a.a.O., Rdnr. 9; ebenso das Ergebnis bereits in EuGH v. 14.7.1981, Rs. 155/80 (Bußgeldverfahren gegen S. Oebel - Nachtbackverbot), Slg. 1981, S. 1993, 2010 (Rdnr. 20).

135 EuGH v. 7.2.1984, Rs. 238/82 (Duphar BV u.a./Niederländischer Staat - Arzneimittel), Slg. 1984, S. 523, 541 (Rdnr. 18, 20); geprüft hat der EuGH hier das Diskriminierungsverbot und das Beruhen der Vorschrift auf objektiven Kriterien, a.a.O., S. 542 (Rdnr. 22).

lung kann jedoch wegen der Unterschiede zwischen den in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Systemen und den Voraussetzungen, unter denen Filme dort in Filmtheatern vorgeführt werden, zu Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels mit Videokassetten führen. Unter diesen Umständen ist ein in dieser Regelung enthaltenes Verwertungsverbot nur dann mit dem im Vertrag vorgesehenen Grundsatz des freien Warenverkehrs vereinbar, wenn die etwaigen Behinderungen, die es im innergemeinschaftlichen Handel verursacht, nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und wenn dieses Ziel nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt ist."¹³⁶ Die Entwicklung der Rechtsprechung verdeutlicht, daß der EuGH von einer weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Maßnahme gleicher Wirkung" ausgeht. Grundsätzlich fallen darunter auch die Vertriebs- und Absatzbeschränkungen, die sich nicht direkt auf die Einfuhr von Waren beziehen;¹³⁷ entscheidend ist, ob entsprechende nationale Regelungen im Ergebnis zu einer Behinderung des Imports führen können,¹³⁸ wobei jeweils die Rechtfertigung solcher Beschränkungen zu prüfen bleibt.¹³⁹ Diese Interpretation wird durch die jüngsten Entscheidungen des Gerichtshofs zu Ladenschlußzeiten bestätigt. Im konkreten Fall betroffen war ein Sonntagsverkaufsverbot; dazu hat der EuGH grundsätzlich bemerkt, Regelungen von Verkaufszeiten im Einzelhandel unterfielen Art. 30 EWGV; sie stellten aber eine legitime wirtschafts- und sozialpolitische Entscheidung dar, die mit den vom EWG-Vertrag verfolgten Zielen des allgemeinen Interesses in Einklang stehe, dürften jedoch nicht über das, was notwendig ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, hinausgehen.¹⁴⁰ Der Verweis auf das Verhältnismäßigkeitsgebot ist auch in dieser Entscheidung nur dann verständlich, wenn zuvor eine Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 30 EWGV bejaht wird.¹⁴¹

136 EuGH v. 11.7.1985, Rs. 60 u. 61/85 (Cinéthèque SA u.a./Fédération nationale des cinémas français - Videokassetten), Slg. 1985, S. 2605, 2626 (Rdnr. 22).

137 Für eine entsprechende Eingrenzung *Matthies*, in: *Schwarze/Bieber*, Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, S. 28 f.

138 Vgl. zu diesem Verständnis der Rechtsprechung *Gormley*, Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, S. 263 ff.; *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 79.

139 Nur angesprochen werden soll in diesem Zusammenhang, daß Art. 30 ff. EWGV bei weiter Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen dazu führen kann, daß inländische Hersteller, die höhere nationale Standards befolgen müssen, gegenüber ausländischen Produzenten einer Ungleichbehandlung ausgesetzt werden. Diese Problematik ist als sogenannte "umgekehrte Diskriminierung" bezeichnet worden; sie kann an dieser Stelle nicht vertieft werden, vgl. dazu nur *Steindorff*, ZHR Bd. 148 (1984), S. 352 ff.; eine Lösung über Gemeinschaftsrecht, insbesondere Art. 7 und 30 EWGV, wurde vom EuGH abgelehnt, vgl. EuGH v. 23.10.1986, Rs. 355/85 (Commissaire de Police/M. Cognet - Preisbindung von Büchern), Slg. 1986, S. 3231, 3241 f. (Rdnr. 8 ff.); EuGH v. 18.2.1987, Rs. 98/86 (Ministère public/A. Mathot - Kennzeichnung von Butter), Slg. 1987, S. 809, 821 ff.

140 EuGH v. 23.11.1989, Rs. C 154/88 (Torfaen Borough Council/B. u. Q. PLC - Öffnungszeiten), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

141 Anders insofern *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 43 f., der das Übermaßverbot als tatbestandsausschließend ansieht; die damit dem EuGH eingeräumte Befugnis zur Überprüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit nationaler Maß-

2.1.3.2 Folgerungen für nationales produktbezogenes Umweltschutzrecht

In Anknüpfung an die im ersten Teil dargestellten Regelungsinstrumente¹⁴² soll im folgenden der Frage nachgegangen werden, ob solche Instrumente Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen darstellen. Vorweg kann auf die Problematik der mitgliedstaatlichen *Kontrollmöglichkeiten* eingegangen werden, weil sich diese im Zusammenhang mit allen produktbezogenen Umweltschutzvorschriften stellt. Insbesondere ist daran zu denken, daß die Zusammensetzung oder Kennzeichnung von Produkten bereits bei der Einfuhr durch geeignete Kontrollen zu überprüfen sein wird. Für den ähnlich gelagerten Fall der Gesundheitskontrollen hat der EuGH mehrfach betont,¹⁴³ daß es sich hierbei hinsichtlich der mit den Untersuchungen verbundenen Erschwernisse der Einfuhr um zumindest potentiell handelsbeschränkende Maßnahmen handelt.¹⁴⁴ Der mehrfach ausgedrückte Grundsatz einer möglichst wenig den Handel beeinträchtigenden Durchführung von Untersuchungen¹⁴⁵ entfaltet dementsprechend nur im Rahmen der Rechtfertigungsmöglichkeiten Bedeutung. Hinzuweisen bleibt darauf, daß die Belastungen, die durch die mit Untersuchungen verbundenen Gebühren hervorgerufen werden, hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht ausschließlich nach den Sonderregeln der Art. 9, 12 EWGV oder des Art. 95 EWGV zu beurteilen sind.¹⁴⁶

Was *Produktverbote* oder *Verbote bestimmter Produktteile, Inhalts- bzw. Zusatzstoffe* angeht, so stellen diese im Hinblick auf die damit ausgesprochenen Handelsbeschränkungen unzweifelhaft Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 30 EWGV dar.¹⁴⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht¹⁴⁸ gilt dies auch für das Verbot be-

nahmen läßt sich aber nur dann begründen, wenn überhaupt die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 30 EWGV erfüllt sind. Richtigerweise wird man z.B. auch wirtschaftspolitische Maßnahmen, die etwa der Bekämpfung der Inflation dienen, unter die Vorschrift des Art. 30 EWGV zu subsumieren haben. Wie hier *Gormley*, *Legal issues of European integration* No. 1/1989, S. 15 f.

142 Teil 1, 2.2.2.

143 EuGH v. 15.12.1976, Rs. 35/76 (*Simmenthal S.p.A./Italienisches Finanzministerium - Gesundheitskontrollen*), Slg. 1976, S. 1871, 1884 (Rdnr. 12 - 16), unter Hinweis auf den mit Kontrollen verbundenen Zeitaufwand und die zusätzlichen Beförderungskosten; EuGH v. 22.3.1983, Rs. 42/82 (*Kommission/Frankreich - Einfuhr italienischen Weins*), Slg. 1983, S. 1013, 1046 f. (Rdnr. 50).

144 Wobei man auch das Vorliegen einer mengenmäßigen Beschränkung annehmen könnte, vgl. *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Vorbem. zu Art. 30 - 37, Rdnr. 23.

145 Vgl. EuGH v. 27.3.1985, Rs. 73/84 (*Denkavit Futtermittel GmbH/Land Nordrhein-Westfalen - Gesundheitskontrollen*), Slg. 1985, S. 1013, 1025 (Rdnr. 14).

146 Vgl. EuGH v. 14.6.1988, Rs. 29/87 (*Dansk Denkavit ApS/Landbrugsministeriet - Kontrollen für Zusatzstoffe*), Slg. 1988, S. 2965, 2992 (Rdnr. 33).

147 Vgl. nur EuGH v. 2.2.1989, Rs. 274/87 (*Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Wurstwaren*), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 4, für das Verbot von Zusatzstoffen; EuGH v. 13.3.1986, Rs. 54/85 (*Ministère public/X. Mirepoix - Verwendung von Pflanzenschutzmitteln*), Slg. 1986, S. 1067, 1078 (Rdnr. 12), für das Verbot der Einfuhr von mit bestimmten Pflanzenschutzmitteln behandelten Lebensmitteln.

148 Oben, 2.1.2.2.

stimmter Warenverpackungen¹⁴⁹, weil diese Verpackungen von der Ware als solcher nicht getrennt werden können.¹⁵⁰

Auch *Genehmigungsvorbehalte* unterliegen grundsätzlich dem Verbot des Art. 30 EWGV. Voraussetzung für die Erteilung einer Genehmigung ist, daß ein der Genehmigungspflicht unterfallendes Produkt auf seine Zusammensetzung oder allgemein auf seine Umweltverträglichkeit hin überprüft wird. Ähnlich wie im Fall der Untersuchungen an der Grenze führen solche Maßnahmen zu einer Erschwerung der Einfuhr entsprechender Produkte und damit zu einem zumindest potentiellen Handelshindernis. Anderes könnte für *Anmeldepflichten* gelten, soweit diese nur darin bestehen, Umfang und Inhalt der eingeführten Waren mitzuteilen. Soll die Einfuhr von der Erfüllung der Anmeldepflicht abhängig gemacht werden, so stellt das nach der Rechtsprechung des EuGH aber auch dann eine Maßnahme gleicher Wirkung dar, wenn die Anmeldung lediglich aus der Erfüllung von Formalien besteht.¹⁵¹ Stellt man auf die weite Auslegung des Art. 30 EWGV ab, nach der handelsbeschränkende Regelungen keinen direkten Bezug zu der Wareneinfuhr aufweisen müssen, dann kann auch für die Fälle, in denen lediglich der Vertrieb von der vorherigen Anmeldung abhängt, kein anderes Ergebnis gelten.

Hinsichtlich der Leistungs-, Unterlassungs- und Duldungspflichten soll auf zwei Erscheinungsformen eingegangen werden. Zum einen handelt es sich um *Kennzeichnungspflichten*; diese weisen allerdings einen starken Bezug zum Verbraucherschutzrecht auf, weil sie zumeist der Verbraucherinformation dienen. Sie beinhalten die Verpflichtung, ein Produkt in dem Mitgliedstaat, das aus Umweltschutzgründen Kennzeichnungsvorschriften erlassen hat, nur mit einer den jeweiligen Vorschriften entsprechenden Etikettierung in den Verkehr zu bringen. Der damit begründete Zwang zur Anbringung von Kennzeichnungen auf der Verpackung führt zu einem besonderen Aufwand und insofern zu einer Erschwerung der Vermarktung, weshalb es sich im Ergebnis um eine Maßnahme mit gleicher Wirkung im Sinne des Art. 30 EWGV handelt.¹⁵² Zum anderen verdienen *Rücknahme- und Pfanderhebungspflichten* besondere Beachtung. Sowohl die Verpflichtung, Produkte, d.h. in diesem Zusammenhang Getränke, in wieder-

149 Vgl. in diesem Zusammenhang die Pläne des Bundesumweltministeriums, nach denen nur noch solche Verpackungen auf den Markt gebracht werden dürfen, die für den ursprünglichen Zweck wiederverwendet, verwertet oder verbrannt werden können, SZ v. 10.5.1990, S. 33.

150 Vgl. zu dem Ergebnis nur EuGH v. 13.3.1984, Rs. 16/83 (Strafverfahren gegen K. Prantl - Bocksbeutel), Slg. 1984, S. 1299, 1327 (Rdnr. 21 ff.).

151 EuGH v. 15.12.1971, Rs. 51 - 54/71 (International Fruit Company/Produktschap voor Groenten en Fruit - Lizenzen für Ein- und Ausfuhr), Slg. 1971, S. 1107, 1117 f. (Rdnr. 16/18); EuGH v. 16.3.1977, Rs. 68/76 (Kommission/Frankreich - Kartoffeln), Slg. 1977, S. 515, 531 (Rdnr. 14/16); EuGH v. 7.4.1981, Rs. 132/80 (NV United Foods u.a./Belgischer Staat - Gesundheitspolizeiliche Kontrolle), Slg. 1981, S. 995, 1024 (Rdnr. 28).

152 Vgl. EuGH v. 16.2.1980, Rs. 27/80 (Strafverfahren gegen Fietje - Apfelkorn), Slg. 1980, S. 3839, 3853 (Rdnr. 10).

verwendbare Behältnisse abzufüllen¹⁵³ als auch die Verpflichtung zur Rücknahme von Behältnissen und zur Pfanderhebung, wie sie etwa in §§ 2 und 3 der bundesdeutschen Verordnung über die Rücknahme und Pfanderhebung von Getränkeverpackungen aus Kunststoffen vom 20.12.1988¹⁵⁴ vorgesehen sind,¹⁵⁵ erschweren die Vermarktung der betroffenen Waren und stellen deshalb eine behindernde Handelsregelung dar.

Im Rahmen der aus Umweltschutzgründen eingeräumten *Benutzungsvorteile* haben insbesondere die in der Bundesrepublik Deutschland existierenden Smog-Verordnungen¹⁵⁶ Anlaß zu Zweifeln über die Vereinbarkeit mit Art. 30 EWGV gegeben.¹⁵⁷ Diese Verordnungen sehen unter bestimmten Voraussetzungen bei austauschbaren Wetterlagen eine Einschränkung der Benutzungsmöglichkeit von solchen Kraftfahrzeugen vor, die keinen Otto-Motor mit geregelter Katalysator besitzen. Damit wird der bestimmungsgemäße Gebrauch von Waren, wenn auch nur in sehr geringem Umfang, eingeschränkt. Grundsätzlich ist eine Verwendungsbeschränkung dazu geeignet, Schwierigkeiten bei der Vermarktung der durch die Beschränkung betroffenen Waren hervorzurufen, und muß deshalb als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen beurteilt werden.¹⁵⁸ Ein anderes Ergebnis läßt sich auch für die Smog-Verordnungen im Hinblick auf deren relativ geringfügig belastenden Inhalt nicht annehmen, weil es auf die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels nicht ankommt.¹⁵⁹

Administrative Empfehlungen können dazu dienen, dem Verbraucher Informationen über umweltfreundliche Produkte zu geben. Auf den ersten Blick scheinen solche Maßnahmen nicht dem Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV zu unterfallen, denn sie nehmen keinen direkten Einfluß auf die Vermarktungsmöglichkeit von Produkten. Jedoch darf nicht übersehen werden, daß es gerade Sinn dieser Empfehlungen ist, das Verhalten der Verbraucher zu lenken. In diesem Zusammenhang ist auf die Entschei-

153 Vgl. EuGH v. 20.9.1988, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark - Behälter für Bier und Erfrischungsgetränke), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht, wo die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 30 EWGV gar nicht mehr im einzelnen geprüft werden.

154 BGBl. I, S. 2455.

155 Gegen diese Verordnung hat die Kommission am 24.1.1990 ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 169 EWGV eingeleitet, und zwar im Hinblick auf das Sammelsystem, das keine eigenen Sammelstellen der Getränkeabfüller und -vertreiber vorsieht; in diesem Punkt wurde mit einem Einlenken der Bundesregierung gerechnet, vgl. Europe Environment No. 338/1990, S. 2, das allerdings bis jetzt ausblieb, vgl. SZ v. 18.4.1990, S. 32; vgl. auch FAZ v. 17.4.1990, S. 15.

156 Vgl. dazu Teil 1, 1.

157 Bei den derzeit vor dem EuGH anhängigen Umweltverfahren spielen die Smog-Verordnungen aber nur insoweit eine Rolle, als deren Geeignetheit für die Umsetzung der RL 80/779/EWG über Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebstaub überprüft werden soll, Rs. C-361/88, ABl. C 20 v. 26.1.1989, S. 7.

158 Vgl. nur die neue Rechtsprechung zum Verkaufsverbot an Sonntagen, EuGH v. 23.11.1989, Rs. C 154/88 (Torfaen Borough Council/B. u. Q. PLC - Öffnungszeiten), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

159 So ohne Prüfung auch unterstellt von *Moench*, NVwZ 1989, S. 337.

dung des EuGH in einem Verfahren, in dem es um eine irische Kampagne zum Absatz inländischer Waren ging ("Buy Irish"), hinzuweisen; hier wurde angenommen, daß hoheitliche Maßnahmen, die durch gezielte Information der Verbraucher zum Kauf bestimmter Waren führen sollten, als Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 30 EWGV anzusehen seien.¹⁶⁰ Dieses Ergebnis kann nicht von dem jeweiligen Grund für die verhaltenssteuernde Maßnahme abhängig gemacht werden; entsprechende Überlegungen betreffen lediglich die Möglichkeit der Rechtfertigung. Bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 30 EWGV wird aber zu unterscheiden sein zwischen Empfehlungen, die sich auf die Verwendung bestimmter Produkte richten, und solchen, die lediglich in allgemeiner Art über Produkte informieren. Eine Lenkung des Händler- und Verbraucherverhaltens und damit eine Maßnahme gleicher Wirkung stellt nur die erstgenannte Variante dar, während die zweite insofern als neutral anzusehen ist, als sie lediglich Informationen bereitstellt und damit die Entscheidungsgrundlage der Verbraucher verbessert, deren Entscheidung selbst jedoch nicht direkt beeinflusst. Eine andere Frage ist, ob Art. 30 EWGV auch administrative Empfehlungen für spezielle Einzelfälle betrifft. Das wäre zu verneinen, wenn die Vorschrift nur Maßnahmen allgemeinen Charakters erfassen würde.¹⁶¹ In diese Richtung geht die Entscheidung des EuGH betreffend *postalische Frankiermaschinen*, wo angenommen wird, eine Verwaltungspraxis müsse "sich hinreichend verfestigt" haben und einen "bestimmten Grad der Allgemeinheit" aufweisen, um unter Art. 30 EWGV zu fallen.¹⁶² Eine solche Einschränkung läßt sich aber weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck des Art. 30 EWGV rechtfertigen.¹⁶³

Zum Abschluß soll kurz auf *fiskalische Steuerungsinstrumente* eingegangen werden. Für steuerrechtliche Vorschriften enthält der EWG-Vertrag Sondervorschriften, insbe-

160 EuGH v. 24.11.1982, Rs. 249/81 (Kommission/Irland - Förderung inländischer Waren), Slg. 1982, S. 4005, 4023 (Rdnr. 28). Vgl. auch EuGH v. 10.7.1980, Rs. 152/78 (Kommission/Frankreich - Werbung für alkoholische Getränke), Slg. 1980, S. 2299, 2314 (Rdnr. 11); EuGH v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 (GB-INNO-BM/Confédération du Commerce Luxembougeois - Verbot der Veröffentlichung von Dauer und früherem Preis eines Verkaufsangebots), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht, wo der EuGH das Argument, Regelungen der geschäftlichen Werbung betreffen nicht den zwischenstaatlichen Warenverkehr, ausdrücklich zurückgewiesen hat, weil solche Regelungen geeignet seien, die Absatzmöglichkeiten zu beeinflussen.

161 So *Matthies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 5, der Einzelfälle nach Art. 7 EWGV beurteilen will; a.A. ohne nähere Begründung *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Vorbem. zu Art. 30 - 37, Rdnr. 28.

162 EuGH v. 9.5.1985, Rs. 21/84 (Kommission/Frankreich - Frankiermaschinen), Slg. 1985, S. 1355, 1364 (Rdnr. 13); kritisch dazu im Hinblick auf die im Rahmen der Allgemeinheit der Maßnahme getroffene Unterscheidung zwischen verschiedenen Märkten, aber dem Ausschluß von kurzlebigen Maßnahmen zustimmend *Oliver*, *Free Movement of Goods in the EEC*, S. 73.

163 Aus praktischen Gründen mögen Einzelverstöße gegen Art. 30 EWGV von der Kommission und dem Gerichtshof kaum zu verhindern sein; jedoch darf nicht der grundrechtsähnliche Gehalt des Art. 30 EWGV übersehen werden, der den von Handelsbeschränkungen betroffenen Einzelpersonen auch ein im jeweiligen Mitgliedstaat selbst durchsetzbares Recht verleiht.

sondere in Art. 95 ff.,¹⁶⁴ die Art. 30 EWGV vorgehen. Dennoch ist nicht ausgeschlossen, daß Art. 30 EWGV auch auf mitgliedstaatliche Vorschriften in diesem Regelungsbereich Anwendung findet. Als Beispiel sind die nationalen Steuervergünstigungen für Katalysatorfahrzeuge zu nennen. Soweit diese Steuervergünstigungen als Beihilfemaßnahmen anzusehen sind,¹⁶⁵ tritt Art. 30 EWGV hinter Art. 92 EWGV als spezieller Vorschrift zurück. Dies gilt vor allem auch dann, wenn es sich um eine nach Art. 92 EWGV erlaubte Beihilfe handelt.¹⁶⁶ Soweit jedoch unterstellt wird, daß der Beihilfecharakter der genannten Steuervergünstigungen zu verneinen ist,¹⁶⁷ spricht der das Verbraucherverhalten lenkende Charakter der steuerlichen Regelungen dafür, eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 30 EWGV grundsätzlich zu bejahen.

2.2 Sonstige Vorschriften

2.2.1 Art. 34 EWGV

Nach Art. 34 I EWGV sind zwischen den Mitgliedstaaten mengenmäßige Ausführbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verboten. Die Bestimmung stellt eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbotsnorm dar, die zugleich geeignet ist, unmittelbare Wirkung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu entfalten.¹⁶⁸

Die von der Rechtsprechung herausgearbeitete Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 EWGV weicht von der Bestimmung des gleichlautenden Begriffs in Art. 30 EWGV ab.¹⁶⁹ Der EuGH hat folgende Formel benutzt: "Wie der Gerichtshof wiederholt bekräftigt hat, sind sämtliche nationale Maßnahmen verboten, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel eines Mitgliedstaats und seinen

164 Vgl. dazu unten, 2.2.4.

165 Darauf wird später einzugehen sein, vgl. unten 2.2.3.

166 Vgl. *Mathies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 47; *Burrows*, *Free Movement in European Community Law*, S. 49.

167 Zwar kann Art. 30 EWGV auch im Hinblick auf bestimmte Modalitäten einer Beihilfemaßnahmen Anwendung finden, vgl. nur EuGH v. 24.11.1982, Rs. 249/81 (Kommission/Irland - Förderung inländischer Waren), Slg. 1982, S. 4005, 4021 (Rdnr. 18), wo zwischen der Finanzierung einer Kampagne zur Förderung des inländischen Warenabsatzes (die Art. 92 EWGV unterfällt) und der Kampagne als solcher (die Art. 30 EWGV zuzuordnen ist) unterschieden wird; jedoch sind im Fall der Steuervergünstigungen für Katalysatorkraftfahrzeuge keine über die steuerliche Sonderbehandlung hinausgehenden Maßnahmen erkennlich. Vgl. zu der neueren Rechtsprechung des EuGH auch *Oliver*, *Free Movement of Goods in the EEC*, S 79 f.

168 EuGH v. 29.11.1978, Rs. 83/78 (Pigs Marketing Board/R. Redmond - Vermarktung von Schweinen), Slg. 1978, S. 2347, 2374 (Rdnr. 66/67).

169 Vgl. dazu und zu der Entwicklung in der Rechtsprechung *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 34, Rdnr. 14 ff.

Außenhandel schaffen, so daß die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betreffenden Staates einen besonderen Vorteil erlangt."¹⁷⁰

Art. 34 EWGV wird regelmäßig für die Schaffung und Anwendung von produktbezogenen Umweltschutzvorschriften der Mitgliedstaaten keine Rolle spielen, weil eine Verbesserung des Umweltschutzes durch Ausfuhrbeschränkungen kaum denkbar ist. Anderes könnte lediglich gelten für den Bereich des Abfallexports. Hier mag es sinnvoll erscheinen, in Erkenntnis der Tatsache, daß die Umwelt nicht durch Staatsgrenzen geteilt ist und die Abfallentsorgung in anderen Ländern auf die Lebensbedingungen im eigenen Hoheitsgebiet zurückwirkt, auf dem Wege von Exportbeschränkungen die Entsorgung von Abfall auf dem eigenen Hoheitsgebiet zu kontrollieren und damit zugleich Anreize zur Abfallvermeidung zu schaffen.¹⁷¹ Soweit aber Abfall nicht als Ware im Sinne der Art. 9 ff. EWGV angesehen wird,¹⁷² verstoßen entsprechende nationale Vorschriften der Mitgliedstaaten nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit, so daß lediglich ihre Übereinstimmung mit abfallrechtlich bedeutsamen Richtlinien zu überprüfen bliebe. Soll auch die Abfallverbringung in das Rahmenziel der Schaffung eines Binnenmarktes mit einbezogen werden, wäre dies durch Harmonisierungsmaßnahmen zu verwirklichen.

2.2.2 Art. 85 und 86 EWGV

Art. 85 ff. EWGV regeln das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht. Zu der Bestimmung der Vorschriften gehört es auch, im Rahmen des Gemeinsamen Marktes die Warenverkehrsfreiheit abzusichern.¹⁷³ Art. 85 und 86 EWGV als Kernvorschriften der Wettbewerbsregelungen wenden sich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Das schließt aber im Einzelfall nicht aus, daß wegen der Vorrangigkeit des Gemeinschaftsrechts auch das Kartellrecht der Mitgliedstaaten unanwendbar werden kann.¹⁷⁴ Soweit der Umweltschutz angesprochen ist, mögen - ganz allgemein gesprochen und unter Zugrundelegung der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie von den Zugangsschranken zu Märkten - Wettbewerbsverstöße in Bestimmungen erblickt werden, die zeitlich gestaffelt im Sinne einer Altfallregelung verschieden strenge Emissions-

170 EuGH v. 10.3.1983, Rs. 172/82 (Syndicat national des fabricants d'huile de graissage u.a./Groupement d'intérêt économique "Inter-Huiles" u.a. - Altöle), Slg. 1983, S. 555, 566 (Rdnr. 12).

171 Vgl. die grundsätzliche Genehmigungspflicht nach § 2 I der VO über die grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen v. 18.11.1988 (BGBl. I, S. 2126), gestützt auf §§ 13 V, 13 c I des Abfallgesetzes (Fußn. 92).

172 Vgl. oben, 2.1.2.3.

173 Vgl. insofern nur *Schröter*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Vorbem. zu den Art. 85 - 89, Rdnr. 40.

174 Grundlegend EuGH v. 13.2.1969, Rs. 14/68 (Walt Wilhelm/Bundeskartellamt - Anilinkartell), Slg. 1969, S. 1, 14 (Rdnr. 6 ff.).

werte vorsehen und damit den bereits in einem Markt ansässigen Unternehmen Wettbewerbsvorteile gegenüber den in den Markt strebenden Unternehmen einräumen.¹⁷⁵ Im Bereich des produktbezogenen Umweltschutzrechts scheiden solche Differenzierungen aber aus, weshalb auf die EG-Wettbewerbsregelungen nicht näher einzugehen ist.

2.2.3 Art. 92 EWGV

Art. 92 I EWGV lautet: "Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährleistete Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen." Als Teil der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregelungen sichert die Vorschrift zugleich die Warenverkehrsfreiheit ab.¹⁷⁶ Auch wenn Art. 92 EWGV schon wegen der zahlreichen Ausnahmen nicht unmittelbar anwendbar ist,¹⁷⁷ stellt die Bestimmung eine an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbotsnorm dar und schränkt damit deren Gestaltungsspielraum ein.¹⁷⁸ Das Verhältnis zwischen Art. 92 EWGV und Art. 30 EWGV ist dadurch gekennzeichnet, daß Art. 92 EWGV als speziellerer Vorschrift Vorrang zukommt.¹⁷⁹ Zu beachten ist aber, daß Modalitäten einer Beihilfe, die als solche gesehen gegen Art. 30 EWGV verstoßen würden und die nicht zur Verwirklichung des Zwecks oder Funktionierens der Beihilfe unerlässlich sind, gesondert am Maßstab der Art. 30 ff. EWGV gemessen werden müssen.¹⁸⁰

Der Begriff der Beihilfe wird weit ausgelegt und umfaßt neben Zuschüssen etwa auch Steuerbefreiungen, Leistungen zu Vorzugsbedingungen oder die Übernahme von Verlusten.¹⁸¹ Erforderlich ist, daß die Begünstigungen staatliche Maßnahmen darstel-

175 Vgl. allgemein zur Auswirkung von Auflagen, Geboten und Verboten bzw. von Subventionen und Abgaben auf den Wettbewerb *Bonus*, in: *Gutzler*, *Umweltpolitik und Wettbewerb*, S. 107 ff.

176 Vgl. nur *Ehle/Meier*, *EWG-Warenverkehr*, S. 25 f.

177 *Thiesing*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, *EWGV*, Vorbem. zu den Art. 92 - 94, Rdnr. 4.

178 *Constantinesco*, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, Bd. I, S. 240.

179 Vgl. EuGH v. 22.3.1977, Rs. 74/76 (*Iannelli u. Volpi S.p.A./Meroni - Papiererzeugnisse*), Slg. 1977, S. 557, 575 (Rdnr. 9/10): "So weit der Anwendungsbereich von Art. 30 auch sein mag, so erfaßt er doch solche Beeinträchtigungen nicht, für die sonstige spezifische Vertragsvorschriften gelten. ... Wenn ein System staatlicher oder aus staatlichen Mitteln gespeister Beihilfen lediglich infolge der Begünstigung bestimmter einheimischer Unternehmen oder Produkte geeignet ist, die Einfuhr ähnlicher oder konkurrierender Erzeugnisse aus den übrigen Mitgliedstaaten zumindest mittelbar zu beeinträchtigen, so genügt dieser Umstand für sich allein genommen gleichfalls nicht, um eine Beihilfe als solche einer Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne von Art. 30 gleichzustellen."

180 EuGH, a.a.O., S. 576 (Rdnr. 14).

181 Vgl. nur *Rengeling*, in: *Börner/Neundörfer*, *Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt*, KSE Bd. 32, S. 26 f.

len,¹⁸² wenn auch mittelbare Zuwendungen dem Anwendungsbereich des Art. 92 EWGV unterfallen.¹⁸³ Um Beihilfen handelt es sich nicht bei allgemeinen staatlichen Förderungsmaßnahmen im Hinblick auf das Erfordernis der zumindest drohenden Wettbewerbsverfälschung und in den Fällen, in denen der Empfänger von Leistungen nach allgemeinen Bestimmungen einen Rechtsanspruch auf die Leistung hat oder diese Leistung eine Gegenleistung darstellt.¹⁸⁴ Sondervorschriften bestehen für die Landwirtschaft (Art. 42 EWGV), das Verkehrswesen (Art. 77, 80 EWGV) und die Handelspolitik (Art. 112 EWGV).

Soweit die Zulässigkeit nationaler Umweltschutzbeihilfen fraglich ist, muß grundsätzlich der Zusammenhang zwischen Beihilfeverbot und Verursacherprinzip im Umweltschutzrecht beachtet werden.¹⁸⁵ Nachdem das Verursacherprinzip in Art. 130 r II EWGV ausdrücklich verankert worden ist, hat auch die bisher durch Kommissionsmitteilungen gesteuerte gemeinschaftliche Praxis der Gewährung von Beihilfen¹⁸⁶ diesem Prinzip zu entsprechen und die gebotene Belastung des Verursachers mit wirtschaftlichen Zumutbarkeitsgesichtspunkten abzuwägen.¹⁸⁷ Wenn auch die meisten der staatlichen Beihilfen, die aus Gründen des Umweltschutzes gewährt werden,¹⁸⁸ nicht den Bereich des produktbezogenen Umweltschutzrechts betreffen, so verbleibt jedoch eine Reihe von Fällen, in denen Umweltschutzbeihilfen als auf Produkte bezogen einzustufen sind. Dabei ist zu beachten, daß diese Beihilfen materiell-rechtlich nach Art. 92 III lit. b¹⁸⁹ oder lit. c¹⁹⁰ EWGV als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden können;¹⁹¹ ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat gemäß Art. 93 EWGV die Kommission zu entscheiden.¹⁹² Wichtig ist dabei, daß nationale Umweltschutzsubventionen auch formell gemeinschaftsrechtskonform sein müssen, d.h. daß insbesondere die

182 Wobei "staatlich" alle aus öffentlichen Mitteln finanzierten Leistungen einschließt, vgl. EuGH v. 14.10.1987, Rs. 248/84 (Bundesrepublik Deutschland/Kommission - Regionalförderungsprogramm), Slg. 1987, S. 4013, 4041 (Rdnr. 17).

183 *Thiesing*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 92, Rdnr. 13 ff.

184 *Thiesing*, a.a.O., Rdnr. 3 u. 16 ff.; etwas enger für den Fall einer nicht marktmäßigen Gegenleistung *Rengeling*, a.a.O., S. 27 f.

185 Vgl. dazu bereits vor Einfügung der EEA *Behrens*, EuR 1977, S. 256 f.

186 Zum Gemeinschaftsrahmen *EG-Kommission*, 16. Bericht über die Wettbewerbspolitik, S. 171 f. (Rdnr. 259); *Wallenberg*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 92, Rdnr. 79 ff.

187 Dazu ausführlich *Grabitz*, RIW 1989, S. 631 f., der für die notwendige Konkretisierung des Verursacherprinzips die Schaffung von Rechtsnormen für erforderlich hält.

188 Vgl. für die Bundesrepublik Deutschland die Aufzählung der gesetzlich und nicht gesetzlich geregelten Umweltschutzsubventionen bei *Grabitz*, RIW 1989, S. 624 ff.

189 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der Umweltschutz als wesentliches Gemeinschaftsziel anzusehen ist.

190 Vgl. insoweit *Grabitz*, RIW 1989, S. 628.

191 Vgl. zu den Anforderungen EuGH v. 17.9.1980, Rs. 730/79 (Philip Morris Holland BV/Kommission - Beihilfe für Zigarettenhersteller), Slg. 1980, S. 2671, 2691 f. (Rdnr. 24 ff.).

192 Vgl. etwa die den Umweltschutz betreffenden spanischen Beihilfemaßnahmen, die im Rahmen eines Programms zur rationellen Energienutzung erlassen worden waren, EG-Bull. 3/1989, S. 27.

verfahrensrechtlichen Vorschriften einzuhalten sind (vgl. Art. 93 III EWGV).¹⁹³ Art. 92 EWGV hat im produktbezogenen Umweltschutzrecht zuletzt eine Rolle gespielt hinsichtlich nationaler Steuervorschriften, mit denen ein Anreiz für die Ausrüstung von Kraftfahrzeugen mit Katalysatoren geschaffen werden sollte. Die Niederlande hatte 1988 entsprechende Vorschriften eingeführt, die insbesondere eine Verringerung der besonderen Verbrauchsbelastung für Pkw unter 1400 ccm vorsahen, soweit diese Pkw die strengeren US-Abgaswerte einhielten; gegen diese Vorschriften leitete die Kommission ein Verfahren nach Art. 93 II EWGV ein.¹⁹⁴ Die Niederlande reagierten mit einer Klage gegen die Kommission, die sich neben der Rüge des Verfahrensverstößes insbesondere darauf stützte, daß die streitige Anpassung des Steuertarifs keine Beihilfemaßnahme im Sinne des Art. 92 EWGV darstelle.¹⁹⁵ Am 8.3.1989 hat dann die Kommission beschlossen, das Verfahren nach Art. 93 II EWGV zu beenden, und zwar mit der Begründung, die niederländischen Bestimmungen erfüllten nicht die Voraussetzungen einer Beihilfe nach Art. 92 EWGV.¹⁹⁶ Diese pauschale Begründung bedarf einer Präzisierung, um allgemein die Vereinbarkeit von steuerlichen Anreizen für den Kauf umweltfreundlicher Produkte mit Art. 92 I EWGV beurteilen zu können. Fraglich ist schon, ob Art. 92 ff. überhaupt zur Anwendung gelangen, weil grundsätzlich die Art. 95 ff. EWGV eine abschließende Regelung in steuerrechtlicher Hinsicht enthalten, die auch möglicherweise wettbewerbsverfälschende Steuervergünstigungen umfaßt.¹⁹⁷ Diese Hürde kann nur übersprungen werden, wenn man die Unterscheidung zwischen systemimmanenten und außerordentlichen steuerlichen Regelungen teilt,¹⁹⁸ woraus aber in jedem Fall folgt, daß eine Charakterisierung von Steuervorteilen aus Umweltschutzgründen als Beihilfemaßnahme nur in dem Umfang angenommen werden kann, in dem die Steuervorteile eine Sonderstellung in dem jeweiligen nationalen Steuersystem einnehmen. Nicht von Art. 92 EWGV berührt wird deshalb ein Kraftfahrzeugsteuersystem, in dem die Steuertarife insgesamt nach dem Schadstoffausstoß ausgerichtet sind.¹⁹⁹ Zweitens stellt sich die Frage, ob in den genannten Fällen Leistungen an bestimmte Unternehmen gewährt werden. Dies ist zu bejahen, wenn man grundsätzlich davon ausgeht, daß die Unterstützung von Verbrauchern mit dem Ziel, diese zur Ab-

193 Dazu *Grabitz*, RIW 1989, S. 631.

194 Vgl. zum ganzen *Sevenster*, NJB 1989, S. 558 ff.

195 Rs. 35/89, ABl. C 80 v. 31.3.1989, S. 5; der Kommission wurde unterstellt, sie habe mit ihrer Entscheidung lediglich Zeit gewinnen wollen, um eine mögliche Verletzung des Art. 30 EWGV überprüfen zu können.

196 EG-Bull. 1989, S. 28.

197 *Soell*, in: *Salzwedel*, Grundzüge des Umweltrechts, S. 652.

198 Vgl. dazu *Glatz*, in: *Schwarze/Bieber*, Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, S. 179 f.; *Commission of the EC*, First Survey on State Aids in the European Community, 1989, S. 7.

199 Einen entsprechenden Gesetzentwurf plant die Bundesregierung, so ihre Antwort in BT Dr. 11/7365 auf eine Kleine Anfrage der SPD-Fraktion, BT Dr. 11/7161.

nahme von Waren des begünstigten Unternehmens zu veranlassen, ausreicht;²⁰⁰ begünstigt wäre dann etwa im Beispiel der niederländischen Steuervorschrift zur Förderung von Katalysatorfahrzeugen die Automobilindustrie.²⁰¹ Drittens ist zu überlegen, ob der aus staatlichen Mitteln gewährten Leistung insoweit eine Leistung der begünstigten Unternehmer gegenübersteht, als diese umweltschützende Produkte anbieten. Zumindest für die durch die erhöhte Umweltverträglichkeit verursachten Mehrkosten ist das Vorliegen einer Gegenleistung angenommen worden;²⁰² darüber hinaus wurde erwogen, ob weitergehende Steuervergünstigungen als Kaufpreis für Leistungen des Umweltschutzes, die Hersteller und Käufer an die Allgemeinheit erbringen, qualifiziert werden können.²⁰³ Diese Argumentation erscheint aber zweifelhaft, weil es der Rechtsnatur von Beihilfen entspricht, das öffentliche Interesse zu fördern.²⁰⁴ Soweit staatliche Leistungen der Verbesserung des Umweltschutzes als öffentlichem Interesse dienen, läßt sich die Umweltverträglichkeit von Produkten kaum als Gegenleistung ansehen. Schließlich bleibt das Tatbestandsmerkmal der drohenden Wettbewerbsverfälschung im zwischenstaatlichen Handel zu untersuchen. Dessen Vorliegen kann nicht bereits deshalb bejaht werden, weil die Beihilfen für Erzeugnisse, die Gegenstand des innergemeinschaftlichen Handels sind und auf deren Gebiet Wettbewerb besteht, gewährt werden.²⁰⁵ Anderenfalls verlöre die Tatbestandsvoraussetzung weitgehend ihre Bedeutung. Vielmehr liegt eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels vor, wenn die Stellung eines Unternehmens im Vergleich zu den konkurrierenden Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten verstärkt wird.²⁰⁶ Gerade an der damit geforderten Beeinflussung der Konkurrenzsituation fehlt es jedoch im Fall der Steuervergünstigungen für umweltfreundliche Produkte, weil alle in Konkurrenz zueinander stehenden Unternehmen die Beihilfe erlangen können;²⁰⁷ die genannten Steuervergünstigungen lassen sich im Ergebnis als Innovationsförderung auffassen, der strukturpolitischer Charakter zukommt.²⁰⁸

200 *Wallenberg*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 92, Rdnr. 8; zur Individualisierbarkeit des Empfängers, nämlich des indirekt begünstigten Unternehmens *Hoischen*, Die Beihilferegulation in Art. 92 EWGV, S. 35.

201 So für diese Form der Steuervergünstigung *Steindorff*, RIW 1984, S. 771; a.A. mit dem unzutreffenden Argument, es würden nur Privatpersonen begünstigt *Grabitz*, RIW 1989, S. 627.

202 *Steindorff*, RIW 1984, S. 771.

203 *Steindorff*, a.a.O.

204 *Hoischen*, Die Beihilferegulation in Art. 92 EWGV, S. 37 f.

205 Vgl. zu diesem weiten Verständnis der Kommission *Hoischen*, a.a.O., S. 68.

206 v. *Wallenberg*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 92, Rdnr. 30; *Falkenstein*, Freier Warenverkehr in der EG, S. 145.

207 Vgl. dazu *Rengeling*, in: *Börner/Neundörfer*, Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, KSE Bd. 32, S. 30.

208 Dabei ist zu beachten, daß die Automobilindustrie, insbesondere auch in Frankreich, zur Produktion von geregelten Katalysatoren in der Lage war und lediglich Absatzprobleme im Hinblick auf die relativ hohen Kosten für eine Ausrüstung von Kleinwagen mit den genannten Katalysatoren be-

2.2.4 Art. 95 EWGV

Obwohl Art. 95 EWGV zu den steuerrechtlichen Vorschriften des EWG-Vertrags gehört, dient er insbesondere dazu, abgabenrechtliche Beschränkungen des freien Warenverkehrs zu verhindern.²⁰⁹ Die Vorschrift bezieht sich auf produktbezogene Steuern²¹⁰ und geht als Sondervorschrift Art. 30 EWGV vor.²¹¹ Beide Absätze der Vorschrift entfalten nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Wirkung.²¹²

Art. 95 I EWGV verbietet es den Mitgliedstaaten, auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art zu erheben, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben. Nach Art. 95 II EWGV dürfen keine inländische Abgaben, die geeignet sind, andere Produktionen mittelbar zu schützen, auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten erhoben werden; die Bestimmung bezieht sich auf die Fälle, in denen andere als gleichartige Waren²¹³ mit den eingeführten Erzeugnissen im Wettbewerb stehen.²¹⁴ Art. 95 EWGV erfaßt Abgaben aller Art, die jedoch, wie die Bezeichnung "inländisch" und die Regelungen in Art. 9, 12, 13 und 16 EWGV zum Ausdruck bringen, nicht auf die Einfuhr und Ausfuhr selbst bezogen sein dürfen.

Bezogen auf nationales produktbezogenes Umweltrecht ist darauf hinzuweisen, daß neben den nationalen Umweltabgaben auch die Erhebung von Gebühren für eine Überprüfung von Produkten unter die Vorschrift fällt, sofern diese Überprüfung Teil einer allgemeinen inländischen Regelung ist und nicht an den Grenzübertritt von Waren anknüpft.²¹⁵ Es stellt aber keinen Vertragsverstoß dar, wenn die ausländischen Waren

fürchtete; gerade diese Schwierigkeiten sollten durch die Steuervergünstigungen behoben werden, ohne zwischen verschiedenen Erzeugnissen zu differenzieren.

- 209 Zu der Bedeutung für den Warenverkehr nur *Falkenstein*, Freier Warenverkehr in der EG, S. 37.
- 210 *Andel*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Vorbem. zu Art. 95 - 99, Rdnr. 2.
- 211 Vgl. nur EuGH v. 3.3.1988, Rs. 252/86 (G. Bergandi/Directeur général des impôts - Steuern auf Spielautomaten), Slg. 1988, S. 1343, 1376 (Rdnr. 33 f.): "Exklusivität des Art. 95 EWGV". Das schließt auch ein, daß bei fehlendem Verstoß gegen Art. 95 EWGV nicht mehr auf Art. 30 EWG zurückgegriffen werden darf, wenn der Anwendungsbereich des Art. 95 EWGV betroffen ist, *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Vorbem. zu Art. 30 - 37, Rdnr. 61.
- 212 Zu Abs. 1 EuGH v. 16.6.1966, Rs. 57/65 (A. Lütticke GmbH/Hauptzollamt Saarlouis - Umsatzausgleichsteuer), Slg. 1966, S. 257, 266. Zu Abs. 2 EuGH v. 4.4.1968, Rs. 27/67 (Fink-Frucht GmbH/Hauptzollamt München-Landsbergerstr. - Umsatzausgleichsteuer), Slg. 1968, S. 333, 346 f.
- 213 Vgl. zu dem Begriff der Gleichartigkeit EuGH v. 17.2.1976, Rs. 45/75 (REWE/Hauptzollamt Landau - Monopolausgleich), Slg. 1976, S. 183, 193 (Rdnr. 12): "... vielmehr sind die Abgaben für Erzeugnisse zu vergleichen, die auf der gleichen Produktions- oder Vertriebsstufe in den Augen des Verbrauchers gleiche Eigenschaften haben und den gleichen Bedürfnissen dienen."
- 214 Zum Wettbewerbsverhältnis etwa EuGH v. 27.2.1980, Rs. 170/78 (Kommission/Großbritannien - Besteuerung von Wein I), Slg. 1980, S. 417, 434 f. (Rdnr. 14 ff.); EuGH v. 12.7.1983, Rs. 170/78 (Kommission/Großbritannien - Besteuerung von Wein II), Slg. 1983, S. 2265, 2286 ff. (Rdnr. 7 ff.).
- 215 Vgl. nur EuGH v. 14.6.1988, Rs. 29/87 (Dansk Denkvit SpA/Landbrugsministeriet - Kontrollen hinsichtlich Zusatzstoffen), Slg. 1988, S. 2965, 2992 (Rdnr. 33); in diesem Zusammenhang ging es um jährliche Abgaben, welche die Kosten für stichprobenweise erfolgte Untersuchungen decken sollten.

nicht durch ungleiche Behandlung benachteiligt werden;²¹⁶ dazu hat der EuGH ausgeführt: "Es genügt, daß die inländische Abgabe die inländischen und eingeführten Erzeugnisse nach den gleichen, durch den Zweck, zu dem die Abgabe eingeführt wurde, objektiv gerechtfertigten Kriterien erfaßt, so daß sie nicht dazu führt, daß das importierte Erzeugnis mit einem höheren Betrag belastet wird als das gleichartige Erzeugnis."²¹⁷ Ähnliches gilt, wenn Mitgliedstaaten aus Gründen des Umweltschutzes gleichermaßen importierte und inländische Waren mit Abgaben oder Steuern belasten bzw. steuerlich begünstigen.²¹⁸ Nach ständiger Rechtsprechung schränkt das Gemeinschaftsrecht beim derzeitigen Stand seiner Entwicklung die Freiheit der Mitgliedstaaten, für bestimmte Erzeugnisse nach Maßgabe objektiver Kriterien eine differenzierende Abgaberegulierung einzuführen, nicht ein.²¹⁹ Solche Maßnahmen dürfen lediglich keine Diskriminierung enthalten; dazu hat der EuGH festgestellt: "Um zu entscheiden, ob eine angefochtene steuerliche Differenzierung mit Art. 95 EWGV vereinbar ist, ist somit zu prüfen, ob sie nach Maßgabe eines objektiven Kriteriums eingeführt worden ist, ob sie zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung führt und ob sie geeignet ist, inländische Produktionen gegenüber Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten zu schützen."²²⁰ Im Ergebnis sind deshalb grundsätzlich nationale Umweltabgaben, die sowohl einheimische als auch ausländische Waren betreffen, mit dem EWG-Vertrag vereinbar,²²¹ es sei denn, daß solche Maßnahmen, obwohl sie nach ihrem formalen Inhalt auf alle betroffenen Produkte gleich welcher Herkunft angewendet werden, im Ergebnis ausländische Erzeugnisse diskriminieren sollen.²²²

2.2.5 Art. 9, 12 EWGV

Art. 9 und 12 EWGV verbieten Einfuhr- oder Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung. Die Vorschriften enthalten an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbote und ent-

216 Wobei auch die Einzelheiten der Erhebung zu berücksichtigen sind, vgl. EuGH v. 8.1.1980, Rs. 21/79 (Kommission/Italien - Aufbereitete Mineralölzeugnisse), Slg. 1980, S. 1, 14 f. (Rdnr. 22).

217 EuGH v. 28.1.1981, Rs. 32/80 (Strafverfahren gegen J. Kortmann - Pharmazeutische Erzeugnisse), Slg. 1981, S. 251, 271 (Rdnr. 28).

218 Zu der steuerlichen Vergünstigung von Inlandswaren EuGH v. 10.10.1978, Rs. 148/77 (H. Hansen jun. u.a./Hauptzollamt Flensburg - Branntweinabgabe), Slg. 1978, S. 1787, 1806 f. (Rdnr. 14 ff.).

219 EuGH v. 16.12.1986, Rs. 200/85 (Kommission/Italien - Mehrwertsteuer für Diesel-Kfz), Slg. 1986, S. 3953, 3971 (Rdnr. 8).

220 EuGH, a.a.O., S. 3971 (Rdnr. 9). Vgl. zur Überprüfung einer diskriminierenden oder protektionistischen Wirkung auch EuGH v. 5.4.1990, Rs. C-132/88 (Kommission/Griechenland - Besteuerung von Kraftfahrzeugen), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

221 So auch *Grabitz*, RIW 1989, S. 635.

222 Vgl. *Steindorff*, RIW 1984, S. 770; *Glatz*, in: *Schwarze/Bieber*, Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, S. 176 f.; dies hängt in den Fällen, in denen ausländischen Produkten keine vergleichbaren inländischen Produkte gegenüberstehen, wesentlich davon ab, ob der EuGH davon überzeugt werden kann, daß die Abgabenregelung tatsächlich aus Umweltschutzgründen getroffen worden ist.

falten außerdem im Sinne der Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Wirkung.²²³ Unter einer Abgabe ist jede Belastung zu verstehen, die eine eingeführte Ware wegen des Grenzübertritts verteuert,²²⁴ so daß im Ergebnis Art. 12 EWGV im Zusammenspiel mit Art. 95 EWGV einen weitgehenden Schutz gegen hoheitliche finanzielle Belastungen im Warenverkehr gewährt.²²⁵ Zollgleiche Abgaben sind nur dann als mit dem EWG-Vertrag vereinbar anzusehen, wenn ihnen eine tatsächlich gewährte Leistung gegenübersteht; dies darf aber nur ausnahmsweise bei geleisteten Diensten angenommen werden, wobei die Zulassung der Einfuhr als solche nicht als Dienstleistung anzusehen ist.²²⁶

Im Hinblick auf produktbezogenes Umweltschutzrecht ist hervorzuheben, daß nationale Vorschriften, durch die Gebühren für Kontrollen erhoben werden, als zollgleiche Abgaben anzusehen sind, wenn die Maßnahmen an den Grenzübertritt anknüpfen.²²⁷ Werden hingegen nur im Rahmen eines einheitlichen Systems die gleichen gebührenpflichtigen Kontrollen, etwa im Hinblick auf die Umweltverträglichkeit, vorgenommen, denen auch einheimische Produkte unterliegen, dann sind daraus resultierende Abgaben an Art. 95 EWGV zu messen.²²⁸ Ebenfalls nach Art. 12 EWGV verboten sein können die sog. parafiskalischen Abgaben. Darunter sind Abgaben zu verstehen, die für ausländische und einheimische Produkte gleichermaßen erhoben und in einen Fonds eingestellt werden, um Absatz bzw. Erzeugung entsprechender Produkte zu fördern. Die Verwendung der Abgaben kann unter Umständen eine Beihilfemaßnahme im Sinne des Art. 92 EWGV darstellen.²²⁹ Deren Erhebung wird zumeist nach Art. 95 EWGV zu beurteilen sein, stellt aber eine verdeckte zollgleiche Abgabe dar, wenn sie ausschließlich den ebenfalls belasteten einheimischen Erzeugnissen zugute kommt und Abgabenlast und Vorteilsgewährung einander genau entsprechen, so daß letztlich der Grenzübertritt als Auslöser der Abgabe angesehen werden muß.²³⁰

223 Vgl. nur EuGH v. 5.2.1963, Rs. 26/62 (Van Gend & Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen - Zölle für Einfuhr), Slg. 1963, S. 1, 25 f.

224 Ehle/Meier, EWG-Warenverkehr, S. 119.

225 Beschel, in: Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, EWGV, Art. 12, Rdnr. 1.

226 Vgl. Falkenstein, Freier Warenverkehr in der EG, S. 33 f.

227 Vgl. EuGH v. 15.12.1976, Rs. 35/76 (Simmenthal S.p.A./Italienisches Finanzministerium - Gesundheitskontrollen), Slg. 1976, S. 1871, 1888 (Rdnr. 42); EuGH v. 11.7.1989, Rs. 170/88 (Ford España SA/Spanien), noch nicht in der aml. Sammlung veröffentlicht.

228 Vgl. näher EuGH v. 31.5.1979, Rs. 132/78 (Sarl Denkavit Loire/Französische Zollverwaltung - Abgaben gleicher Wirkung), Slg. 1979, S. 1923, 1934 (Rdnr. 7).

229 Vgl. EuGH v. 25.6.1970, Rs. 47/69 (Frankreich/Kommission - Beihilfen für Textilerzeugnisse), Slg. 1970, S. 487, 495 (Rdnr. 11/14) = Eur 1971, S. 136 m. Anm. Scheuing.

230 Vgl. EuGH v. 22.3.1977, Rs. 78/76 (Fa. Steinike und Weinlig/Bundesrepublik Deutschland - Beitrag zur Finanzierung eines Fonds), Slg. 1977, S. 595, 614 (Rdnr. 28); zu den strengen Nachweisanforderungen EuGH v. 25.5.1977, Rs. 105/76 (Interzuccheri S.p.A./Fa. Rezzano e Cavassa - Beitrag zur Zuckerausgleichskasse), Slg. 1977, S. 1029, 1042 (Rdnr. 10). Vgl. allgemein zu der im einzelnen schwierigen Abgrenzung Beschel, in: Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, EWGV, Art. 12, Rdnr. 24; Wägenbaur, in: Grabitz, EWGV, Art. 95, Rdnr. 78.

3. Ausnahmemöglichkeiten für mitgliedstaatliches Umweltschutzrecht

3.1 Art. 36 EWGV

3.1.1 Allgemeines

Art. 36 EWGV lautet: "Die Bestimmungen der Artikel 30 bis 34 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen."

Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, Art. 36 EWGV sei als Ausnahmevorschrift restriktiv zu interpretieren, indem er etwa ausführt: "Art. 36 ist als Ausnahme einer grundlegenden Vorschrift des Vertrages eng auszulegen; er kann nicht auf Zielsetzungen ausgedehnt werden, die dort nicht ausdrücklich genannt sind."²³¹ Dieser Feststellung wird im Schrifttum regelmäßig zugestimmt.²³² Nicht ganz bedenkenfrei erscheint der methodische Ansatz, den der EuGH wählt, indem er den alten "Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmevorschriften" anwendet. Mittlerweile hat sich in der juristischen Methodenlehre die Ansicht durchgesetzt, daß dieser Grundsatz als solcher für die Auslegung von Rechtsnormen nicht aussagekräftig ist.²³³ Erst wenn im Einzelfall festgestellt wird, daß eine Norm tatsächlich als Ausnahme zu der entsprechenden Regel konzipiert worden ist, kann dieser Umstand einen Anhaltspunkt für die Interpre-

231 So etwa EuGH v. 17.6.1981, Rs. 113/80 (Kommission/Irland - Ursprungsangabe für Souvernirs), Slg. 1981, S. 1625, 1638 (Rdnr. 7); EuGH v. 10.1.1985, Rs. 229/83 (Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc/Sàrl "Au blé vert" u.a. - Preisbindung im Buchhandel), Slg. 1985, S. 1, 35 (Rdnr. 30).

232 *Wägenbauer*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 36, Rdnr. 2; *Matthies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 36, Rdnr. 3. Krit. dazu aus integrationspolitischer Sicht aber *Börner*, in: *ders.*, Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, Bd. 3, KSE Bd. 30, S. 63: "... läßt aber unerwähnt, daß die Integration auch nicht hinausgetrieben werden darf über jene Linie, die durch die angemessene Berücksichtigung der Interessen der Einzelstaaten gezogen wird." Im Ergebnis a.A. als der EuGH *Zuleeg*, NVwZ 1987, S. 283.

233 *F. Müller*, Juristische Methodik, S. 166: "Die pseudo-normative Regel 'Ausnahmevorschriften sind eng auszulegen' arbeitet demgegenüber mit zwei Unterstellungen: Die eine betrifft (wie die Unterstellung beim 'Zirkelschluß') den konkreten Fall und behauptet, es liege tatsächlich eine 'Ausnahme' vor. Die andere liegt in der generellen Formulierung des Satzes selbst, die auf die normative Lage keine Rücksicht nehmen zu müssen meint."

tation bieten,²³⁴ jedoch lediglich im Rahmen der allgemein geltenden Auslegungsgrundsätze, insbesondere bei der Bestimmung des Normzwecks.

Art. 36 EWGV bezieht sich seinem Wortlaut nach allgemein auf die Vorschriften der Art. 30 - 34 EWGV. Er gilt sowohl für unterschiedlich wie auch für unterschiedslos anwendbare Maßnahmen,²³⁵ d.h. es wird im Ansatz nicht danach unterschieden, ob eine nationale Regelung auf alle oder nur auf ausländische Waren Anwendung findet. Dabei hat der Bezug auf Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote oder -beschränkungen keine einengende Bedeutung, denn nach der Rechtsprechung können ebenfalls sonstige Maßnahmen gleicher Wirkung unter Art. 36 EWGV fallen. Dieses Ergebnis erscheint insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der Entscheidungspraxis zu Art. 30 EWGV gerechtfertigt. Hinzuweisen ist ferner darauf, daß der EuGH aus Art. 36 S. 2 EWGV geschlossen hat, S. 1 der Vorschrift erfasse nur Tatbestände nicht wirtschaftlicher Art.²³⁶

3.1.2 Einzelne Rechtfertigungsgründe

3.1.2.1 Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit können vielgestaltig sein. Als polizei- und sicherheitsrechtliche Generalklausel umfassen sie z.B. im deutschen Recht den Schutz der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates sowie die Einhaltung ungeschriebener Verhaltensregeln.²³⁷ Ein solches Verständnis kann Art. 36 EWGV nicht angemessen sein;²³⁸ das erklärt sich - auch ohne Rückgriff auf das Argument der eng auszulegenden Ausnahmenvorschrift - schon aus der Tatsache, daß diese Vorschrift eine Aufzählung anderer Schutzgüter enthält, die anderenfalls überflüssig wäre. Der EuGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung auf eine Definition der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verzichtet. Auch besteht in der Gemeinschaft kein einheitliches Begriffsverständnis.²³⁹

234 So *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 339 f., der aber hinzufügt: "Das bedeutet aber nicht, die Ausnahmebestimmung sei 'so eng wie möglich' auszulegen oder Analogie sei in jedem Fall ausgeschlossen. Entscheidend ist auch hier wieder der Grund, aus dem der Gesetzgeber gerade diese Fälle ausgeschlossen hat."

235 *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 166; zweifelnd *Rabe*, in: *Schwarze*, Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, S. 56.

236 Vgl. nur EuGH v. 9.6.1982, Rs. 95/81 (Kommission/Italien - Kaution), Slg. 1982, S. 2187, 2204 (Rdnr. 27).

237 *Drews/Wackel/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, S. 232 ff., 245 ff.

238 So fallen nationale Vorschriften nicht schon deshalb unter den Rechtfertigungsgrund, weil sie mit Strafsanktionen bewehrt sind, EuGH v. 13.3.1984, Rs. 16/83 (Strafverfahren gegen K. Prantl - Bocksbeutel), Slg. 1984, S. 1299, 1329 f. (Rdnr. 32 ff.).

239 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 777; vgl. zu der sprachlich abweichenden englischen Fassung des Art. 36 EWGV *Burrows*, Free Movement in European Community Law, S. 65, deren Interpretationsansatz über die Wiener Vertragsrechtskonvention aber nicht zu folgen ist.

Betrachtet man die bisher zu den Rechtfertigungsgründen ergangene Entscheidungen,²⁴⁰ so läßt sich aus ihnen schließen, daß die Begriffe öffentliche Sicherheit und Ordnung staatlichen Interessen von fundamentalem Charakter vorbehalten sind.²⁴¹

Wie allgemein, so wird den Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung keine große Bedeutung für die Rechtfertigung nationalen produktbezogenen Umweltschutzrechts zukommen. Zu denken wäre höchstens an besondere Gefahrenlagen, die zur Bedrohung grundlegender nationaler Interessen führen könnten. Soweit diese bis zu einer zumindest konkreten Gefährdung der inneren Sicherheit reichen, greift allerdings bereits die Vorschrift des Art. 224 EWGV ein.²⁴² In den meisten anderen Fällen werden mitgliedstaatliche Ausnahmen von Art. 30 EWGV auf andere, konkreter gefaßte Rechtfertigungsgründe, etwa den Schutz der menschlichen Gesundheit, gestützt werden können.²⁴³

3.1.2.2 Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen

Der EuGH hat zu dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen grundsätzlich ausgeführt: "Unter den in Art. 36 EWGV geschützten Gütern und Interessen nehmen die Gesundheit und das Leben von Menschen den ersten Rang ein, und es ist Sache der Mitgliedstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie deren Schutz gewährleisten wollen".²⁴⁴ Eine nähere Inhaltsbestimmung der Rechtsgüter läßt sich der umfangreichen Rechtsprechung²⁴⁵ jedoch nicht entnehmen.

Der Ausnahmegrund hat für mitgliedstaatliche Maßnahmen, die zum Zweck des Umweltschutzes ergriffen werden, besondere Bedeutung. Anerkannt ist z.B. die besondere Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Pestizide.²⁴⁶ Weitgehend lassen

240 Zu der öffentlichen Ordnung etwa EuGH v. 23.1.1978, Rs. 7/78 (Thompson, Johnson u. Woodiwiss - Zahlungsmittel), Slg. 1978, S. 2247, 2275 f. (Rdnr. 32 - 34); EuGH v. 9.6.1982, Rs. 95/81 (Kommission/Italien - Kautions), Slg. 1982, S. 2187, 2204 (Rdnr. 26 ff.). Zu der öffentlichen Sicherheit vor allem EuGH v. 10.7.1984, Rs. 72/83 (Campus Oil Ltd. u.a./Minister f. Industrie u. Energie u.a. - Versorgung mit Erdölerzeugnissen), Slg. 1984, S. 2727, 2751 f. (Rdnr. 33 ff.); kritisch dazu *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S 177, und zu dessen Kritik wiederum *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 779:

241 *Gormley*, Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, S. 132 f., 139; *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 36, Rdnr. 30.

242 Diese Vorschrift sieht ein abgestimmtes Vorgehen der Mitgliedstaaten u.a. "bei einer schwerwiegenden innerstaatlichen Störung der öffentlichen Ordnung" vor, vgl. auch *Zuleeg*, NVwZ 1987, S. 282.

243 Vgl. insofern für die öffentliche Sicherheit allgemein *Matthies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 36, Rdnr. 13.

244 EuGH v. 20.5.1976, Rs. 104/75 (De Peijper - pharmazeutische Erzeugnisse), Slg. 1976, S. 613, 635 (Rdnr. 14 - 18).

245 Vgl. nur *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 187 ff.

246 *Van Rijn*, CMLR 1988, S. 598.

sich auch Lärmschutznormen dem Gesundheitsschutz zurechnen, und das im Hinblick auf die Auswirkungen des Lärms nicht nur dann, wenn unter Gesundheit auch das menschliche Wohlbefinden²⁴⁷ verstanden wird. Fraglich ist aber, wie weit die Rechtfertigungsmöglichkeiten reichen. Auf lange Sicht gesehen, können die meisten umweltschützenden Regelungen dazu beitragen, Menschen vor Gesundheitsschäden zu bewahren. Auf der anderen Seite muß der EuGH die Möglichkeit haben, die zulässigen Ausnahmen von unzulässigen Handelsbeschränkungen zu unterscheiden. Es ist deshalb zu fordern, daß zwischen einer zu rechtfertigenden nationalen Regelung und dem Gesundheitsschutz nachvollziehbare Zusammenhänge bestehen,²⁴⁸ während es auf das zu erwartende Ausmaß der Gesundheitsschäden nicht ankommt.²⁴⁹ Diese Voraussetzung liegt etwa im Fall der Smog-Verordnungen²⁵⁰ vor,²⁵¹ wie sie allgemein immer dann gegeben ist, wenn zumindest potentielle²⁵² Gefahren für das Leben oder die Gesundheit des Menschen bestehen. Eingeschlossen ist damit auch die Möglichkeit zur Rechtfertigung präventiver umweltpolitischer Maßnahmen.²⁵³ Je mehr umweltschützende Vorschriften der (notwendigen) Vorsorge dienen, desto weniger wird sich allerdings im Hinblick auf die komplizierten Wirkungsketten zwischen Umweltbeeinträchtigungen und menschlicher Gesundheit ein ausreichender Zusammenhang zu den genannten Schutzgütern vortragen lassen; Art. 36 S. 1 EWGV ist dann nicht mehr anwendbar.

3.1.2.3 Schutz der Gesundheit und des Lebens von Tieren oder Pflanzen

Ebenso wie für die anderen, bereits erwähnten Rechtfertigungsgründe festgestellt, hat sich der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung auch einer näheren Inhaltsbestimmung der Schutzgüter Gesundheit und Leben von Tieren und Pflanzen enthalten. Hinzuweisen ist nur darauf, daß nach einer Entscheidung des Gerichtshofs nationale Vorschriften, die Standardmaße für die Erstellung von Boxen für Mastkälber vorsehen, unter Berufung auf den Schutz von Tieren gerechtfertigt sein können.²⁵⁴ Das Urteil läßt

247 Für einen entsprechenden Gesundheitsbegriff *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 36 ff.

248 Eine andere, unten im Rahmen der Nachweislast zu behandelnde Frage ist es, inwieweit für diese Zusammenhänge wissenschaftlich gesicherte Forschungsergebnisse vorliegen müssen.

249 *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 188.

250 Vgl. Teil 1, 1.

251 Insofern ist *Moench*, NVwZ 1989, S. 337, zuzustimmen.

252 So auch *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 36, Rdnr. 35.

253 Vgl. dazu *Dausers*, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, S. 31, im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zum Gesundheitsschutz von Verbrauchern.

254 EuGH v. 1.4.1982, Rs. 141 - 143/81 (Strafverfahren gegen G. Holdijk u.a. - Schutz von Mastkälbern), Slg. 1982, S. 1299, 1314 (Rdnr. 13 f.).

sich dahingehend verstehen, daß die Gesundheit von Tieren auch deren Wohlbefinden mit umfaßt.²⁵⁵ Der Pflanzenschutz schließt den Schutz von Bäumen mit ein.²⁵⁶

Sieht man von den Fällen ab, in denen der Schutz von Tieren und Pflanzen artenschützenden Charakter hat,²⁵⁷ so entfaltet die Ausnahmevorschrift in erster Linie umweltschutzrechtliche Bedeutung für das Recht gefährlicher Chemikalien²⁵⁸ und speziell im Hinblick auf produktbezogenes Umweltschutzrecht Bedeutung auf dem Gebiet des Pflanzenschutzmittelrechts. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der EuGH bereits mehrfach betont hat, Pflanzenschutzmittel stellen erhebliche Gefahren für die Gesundheit von Mensch und Tier dar.²⁵⁹ Damit ist grundsätzlich für nationale Maßnahmen, die ein Verbot des Inverkehrbringens und der Anwendung von Pflanzenschutzmitteln vorsehen, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 36 S. 1 EWGV zu bejahen.²⁶⁰

3.1.3 Voraussetzungen der Rechtfertigung

Nach Art. 36 S. 2 EWGV dürfen mitgliedstaatliche Handelsbeschränkungen "weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen." Es ist nach Ansicht des EuGH Zweck dieser Vorschrift "zu verhindern, daß auf Gründe des Art. 36 S. 1 EWGV gestützte Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels mißbraucht und zur Diskriminierung von Waren aus anderen Mitgliedstaaten oder zum mittelbaren Schutz bestimmter nationaler Produktionen verwandt werden."²⁶¹ Der Begriff willkürlicher Diskriminierung wird im Sinne einer objektiv nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von einheimischen und importierten Waren verstanden, ohne daß dem Adjektiv "willkürlich" eine eigenständige, etwa auf subjektive Kriterien abstellende Bedeutung zukommt.²⁶² Schwieriger erscheint die Definition der verschleierten Handelsbe-

255 *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 199; *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 101.

256 *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 199.

257 Vgl. in diesem Zusammenhang *Matthies*, in: *Grabitz*, EWGV, Rdnr. 15.

258 Vgl. *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 89 f.

259 EuGH v. 19.9.1984, Rs. 94/83 (Strafverfahren gegen A. Heijn B.V. - Verbot von Schädlingsbekämpfungsmitteln), Slg. 1984, S. 3263, 3279 (Rdnr. 13); EuGH v. 7.11.1989, Rs. 125/88 (Strafverfahren gegen H.F.M. Nijman - Verwendungsverbot für Pflanzenschutzmittel), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

260 Gegenstand der vorgenannten Rechtssache 125/88 war Art. 2 des niederländischen Pflanzenschutzmittelgesetzes (*Bestrijdingsmiddelenwet*) von 1962, der verbietet, ein Pflanzenschutzmittel zu verkaufen, vorrätig zu halten oder anzuwenden, das nicht nach diesem Gesetz zugelassen ist.

261 EuGH v. 14.12.1979, Rs. 34/79 (Strafverfahren gegen M.D. Henn u. J.F.E. Darby - Einfuhrverbot für pornografische Artikel), Slg. 1979, S. 3795, 3815 (Rdnr. 21).

262 Vgl. *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 168 ff.; *Dausés*, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, S. 32; a.A. *Weber*, Schutznormen und Wirtschaftsintegration, S. 119 f.; wird der Begriff der Diskriminierung entgegen dem all-

schränkung. Entsprechende Handelsbeschränkungen werden in erster Linie bei Vorliegen von Umgehungstatbeständen anzunehmen sein,²⁶³ wie z.B. bei überflüssigen Zulassungsmodalitäten.²⁶⁴ Jedoch kann eine solche Beurteilung nicht allein auf das Vorliegen von protektionistischen Motiven gestützt werden.²⁶⁵

Art. 36 S. 2 EWGV ist nach alledem nur in besonders gelagerten Fällen anwendbar. Von sehr viel größerer Bedeutung erscheint,²⁶⁶ daß der EuGH in ständiger Rechtsprechung mitgliedstaatliche Handelsbeschränkungen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mißt.²⁶⁷ Auf diese Art werden der Schutz der in Art. 36 S. 1 enthaltenen Rechtsgüter einerseits und die Warenverkehrsfreiheit andererseits für den konkreten Sachverhalt in Übereinstimmung gebracht und damit Spannungsverhältnisse auf zwei Ebenen ausgeglichen: zum einen dasjenige zwischen den als Potential zur Durchsetzung einzelstaatlicher Interessen dienenden Regelungsbefugnissen der Mitgliedstaaten und dem Gemeinschaftsinteresse an der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes; zum anderen dasjenige zwischen dem durch Beschränkungsmaßnahmen wahrgenommenen öffentlichen Interesse und dem durch Art. 30 EWGV geschützten Individualinteresse. Der EuGH begründet die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zusätzlich damit,²⁶⁸ daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Art. 36 S. 2 EWGV zugrundeliege.²⁶⁹ Da der Verhältnismäßigkeitsprüfung

gemeinen juristischen Sprachgebrauch weiter gefaßt und auf alle unterschiedlich anwendbaren Maßnahmen bezogen, wie dies offensichtlich in dem Urteil des EuGH v. 17.6.1981, Rs. 113/80 (Kommission/Irland - Ursprungsangabe für Souvenirs), Slg. 1981, S. 1625, 1639 (Rdnr. 11), angenommen wurde, dann wird man "willkürlich" mit "objektiv ungerechtfertigt" gleichzusetzen haben, womit auch in diesem Fall auf spezielle subjektive Voraussetzungen verzichtet würde.

- 263 So *Dausies*, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, S. 32 f.
- 264 Vgl. EuGH v. 17.12.1981, Rs. 272/80 (Strafverfahren gegen Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten B.V. - Zulassung von Schädlingsbekämpfungsmitteln), Slg. 1981, S. 3277, 3291 (Rdnr. 14).
- 265 Vgl. EuGH v. 15.7.1982, Rs. 40/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich - Schutz der Gesundheit von Tieren), Slg. 1982, S. 2793; diese Entscheidung wurde kritisiert von *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 171, weil sie eine Maßnahme allein aus subjektiven Gründen für ungerechtfertigt halte. Jedoch hat der EuGH, a.a.O., S. 2826 (Rdnr. 40) ausgeführt: "Alle diese Umstände beweisen, daß die Maßnahmen von 1981 eine verschleierte Beschränkung der Einfuhr von Geflügelerzeugnissen aus anderen Ländern und insbesondere aus Frankreich darstellen, es sei denn, es stellt sich heraus, daß das Vereinigte Königreich aus Gründen, die sich auf den Schutz der Gesundheit von Tieren beziehen, keine andere Wahl hatte, als die in Rede stehenden strengen Maßnahmen zu ergreifen ...".
- 266 Dazu *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 769.
- 267 Vgl. nur EuGH v. 20.5.1976, Rs. 104/75 (De Peijper - Pharmazeutische Erzeugnisse), Slg. 1976, S. 613, 635 (Rdnr. 14 - 18); EuGH v. 14.7.1983, Rs. 174/82 (Strafverfahren gegen Sandoz B.V. - Zusatz von Vitaminen), Slg. 1983, S. 2445, 2463 (Rdnr. 18).
- 268 Zu der Begründung aus dem Kriterium der "Erforderlichkeit" in Art. 36 S. 1 EWGV *Waelbroeck*, in: *Mégret/Louis/Vigne/Waelbroeck*, Le Droit de la CEE, Vol. 1, Anm. 5 zu Art. 36.
- 269 Vgl. EuGH v. 10.12.1985, Rs. 247/84 (Strafverfahren gegen Motte - Färbende Zusatzstoffe), Slg. 1985, S. 3887, 3905 (Rdnr. 20).

zentrale Bedeutung zukommt, soll sie im Anschluß an die folgenden Ausführungen gesondert behandelt werden.

3.2 "Zwingende Erfordernisse" im Rahmen des Art. 30 EWGV

3.2.1 Schöpfung durch die Rechtsprechung des EuGH

Grundlegend hat der EuGH in seinem *Cassis-de-Dijon*-Urteil ausgeführt: "Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen ... ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes."²⁷⁰ Diese Formel ist der Ausgangspunkt einer mittlerweile ständigen Rechtsprechung, nach der Regelungen, die im Grundsatz Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen darstellen, im Ergebnis nicht gegen Art. 30 EWGV verstoßen, soweit sie aus zwingenden Erfordernissen getroffen worden sind.²⁷¹

3.2.2 Dogmatische Einordnung

Schwierigkeiten bei der dogmatischen Einordnung der zwingenden Erfordernisse ergeben sich deshalb, weil sich dem Wortlaut des Art. 30 EWGV kein Anhaltspunkt für die durch die Rechtsprechung geschaffene Einschränkung entnehmen läßt. Bezeichnenderweise hatte Generalanwalt *Capotorti* in seinem Schlußantrag zu dem *Cassis-de-Dijon*-Fall die in Frage stehenden nationalen Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem im Lichte des Art. 3 der Richtlinie 70/50/EWG²⁷² ausgelegten Art. 36 EWGV überprüft.²⁷³ Überwiegend wird im Schrifttum davon ausgegangen, die zwingenden Erfordernisse seien als negatives Tatbestandsmerkmal des Art. 30 EWGV anzusehen; zur Begründung wird auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen.²⁷⁴ In der Tat hat der

270 EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 (*Rewe Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein - Mindestweingeistgehalt von alkoholischen Getränken*), Slg. 1979, S. 649, 662 (Rdnr. 8).

271 Vgl. zur neueren Rechtsprechung *Masclat*, RTDE 1986, S. 265 ff.; *Van Rijn*, CMLR 1988, S. 609 ff.; allgemein *Gormley*, Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, S. 51 ff.; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 765 ff.

272 V. 22.12.1969, ABl. L 13 v. 19.1.1970, S. 29.

273 SA v. 16.1.1979 in der Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 666, 671 ff., wobei er allerdings Bedenken äußerte: "... noch zweifelhafter scheint mir, ob der Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 36 so weit ausgedehnt werden kann" (S. 672).

274 *Wägenbaur*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 40; *Matthies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 30, Rdnr. 20; *Burrows*, Free Movement in European Community Law, S. 59; *Slynn*, in: *Schwarze*, Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, S. 20 f.; *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit

Gerichtshof auch in seiner jüngsten Rechtsprechung zwischen den in Art. 36 EWGV genannten Rechtfertigungsgründen und den zwingenden Erfordernissen unterschieden.²⁷⁵

Es fragt sich, ob der eben dargestellten Ansicht zuzustimmen ist. Insbesondere zwei Überlegungen geben Anlaß zu Zweifeln. Zum einen ist die Struktur des Art. 36 EWGV, der rechtfertigenden Charakter hat, mit der Struktur der zwingenden Erfordernisse identisch.²⁷⁶ Insbesondere müssen nationale Maßnahmen, die aus zwingenden Erfordernissen getroffen werden, verhältnismäßig sein;²⁷⁷ die damit ausgedrückte Einschränkung verträgt sich schlecht mit der Annahme eines negativen Tatbestandsmerkmals, das als solches typischerweise aus sich heraus bestimmbare, nicht vom Tatbestand erfaßte Ausnahmen umschreibt.²⁷⁸ Die strukturelle Gleichheit kommt mittlerweile auch in der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck.²⁷⁹ Zum anderen sind die zwingenden Erfordernisse nicht im Wortlaut des Art. 30 EWGV enthalten, und es lassen sich unter Berücksichtigung aller allgemein anerkannten Auslegungsregeln keinem einzigen Tatbestandsmerkmal dieser Vorschrift auch nur Anhaltspunkte für deren Berücksichtigung entnehmen.

Die geschilderten Umstände geben Anlaß, nach einem anderen Weg zur dogmatischen Einordnung der zwingenden Erfordernisse zu suchen.²⁸⁰ Hilfreich erscheint dabei

von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 312; *Moench*, NVwZ 1989, S. 337; *Binder*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 166; kritisch dazu, aber im Ergebnis ebenso *Rabe*, in: *Schwarze*, Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, S. 52.

275 Vgl. EuGH v. 23.2.1988, Rs. 216/84 (Kommission/Frankreich - Milchpulver), Slg. 1988, S. 793, 811 (Rdnr. 7).

276 Das ist auch der Grund, warum beide Sorten von Ausnahmen bei *Oliver*, Free Movement of Goods in the EEC, S. 167 ff., als gleichwertig in einem Kapitel behandelt werden.

277 Vgl. nur EuGH v. 23.2.1988, Rs. 216/84 (Kommission/Frankreich - Milchpulver), Slg. 1988, S. 793, 811 (Rdnr. 7).

278 Während der Tatbestand in allgemeiner Weise die geschützten Rechtsgüter definiert, haben Schrankenbestimmungen oder, allgemeiner ausgedrückt und nicht auf grundrechtliche Schutzbereiche bezogen, Rechtfertigungsgründe den Zweck, einen Ausgleich für bestimmte Wertkollisionen vorzunehmen; insbesondere setzt die im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmende Güterabwägungen voraus, daß es sich bei den gegeneinander abzuwägenden Gütern um rechtlich geschützte Güter handelt.

279 Vgl. EuGH v. 2.2.1989, Rs. 274/87 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Wurstwaren), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht, wo nach folgender Bemerkung: "Vorab ist darauf hinzuweisen, daß die beanstandete Regelung unstrittig die Wirkung einer Einfuhrbeschränkung für in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Fleischerzeugnisse hat. Der Streit zwischen den Beteiligten geht darum, ob die fraglichen Maßnahmen ... gerechtfertigt sind", eine Prüfung der Voraussetzungen des Art. 36 EWGV und der zwingenden Erfordernisse erfolgt; ebenso EuGH v. 14.7.1988, Rs. 90/86 (Strafverfahren gegen G. Zoni - Pata), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht (Rdnr. 15).

280 Nicht ausreichend ist auch der Hinweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen freiem Warenverkehr und mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahmen, so *Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die EG, S. 69, weil dieser Hinweis die Anwendbarkeit der genannten Grundsätze nicht begründet.

ein Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung. Im Jahre 1974 hat der EuGH den Begriff der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen weit ausgelegt, die Bedeutung dieser Auslegung aber vor allem im Jahre 1979 durch die *Cassis de Dijon*-Entscheidung hervorgehoben. Zur gleichen Zeit wurde die Bestimmung des Art. 36 EWGV eng interpretiert.²⁸¹ Es liegt nahe, die Motive für diese Entscheidungspraxis vor dem Hintergrund des politischen Integrationsprozesses zu deuten. Die Rechtsprechung bildete sich in einem Zeitraum heraus, in dem dieser Prozeß nur mühsam voranschritt. Damit kam dem EuGH die Funktion zu, die fehlenden Harmonisierungsfortschritte durch eine weite Auslegung des Art. 30 EWGV zumindest teilweise zu kompensieren und damit den gemeinschaftlichen Integrationsprozeß voranzutreiben.²⁸² Gleichzeitig kristallisierte sich das Erfordernis heraus, bestimmte, in Art. 36 S. 1 EWGV nicht ausdrücklich genannte Rechtsgüter zu schützen. Die insofern bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Lücken wurden durch die Rechtsfigur der "zwingenden Erfordernisse" geschlossen.²⁸³ Man hätte erwarten können, daß der EuGH zum Zweck der Lückenfüllung seine ständige Rechtsprechung von der engen Auslegung des Art. 36 S. 1 EWGV zu revidieren bereit gewesen wäre,²⁸⁴ insbesondere wenn man bedenkt, daß diese Auslegung teilweise zu weit geführt hatte.²⁸⁵ Gegen eine weite Interpretation der öffentlichen Sicherheit und Ordnung spricht aber zum einen die Unbestimmtheit der Begriffe, die in einem solchen Fall eine kaum mehr zu kontrollierende Fülle von Ausnahmen zulassen würde, und zum anderen läßt sich vor allem dieser Ansatz nicht mit der Aufzählung einer Reihe bestimmter Schutzgüter in Art. 36 S. 1 in Einklang bringen.²⁸⁶ Soweit der Schutz anderer, auf Gemeinschaftsebene für schutzwürdig gehaltener Rechtsgüter für erforderlich gehalten wurde, mußte ein neuer Weg eingeschlagen werden. Da aber die zwingenden Erfordernisse nicht als negatives Tatbestandsmerkmal angesehen werden können, sondern im Verhältnis zwischen EG-Kompetenzen und mitgliedstaatlichen Kompetenzen als Ausnahmemöglichkeit mit rechtfertigendem Charakter und im Verhältnis zwischen hoheitlichem Eingriff und grundrechtsähnlichem sub-

281 Vgl. dazu oben 2.1.3 und 3.1.1.

282 Vgl. *Capelli*, DCSI 1988, S. 398 f.; *Steindorff*, ZHR Bd. 150 (1986), S. 692.

283 So auch *Gormley*, *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC*, S. 52 f. m.w.N., der die Lückenfüllung weitergehend auf das Prinzip der "equity" zurückführt.

284 Dafür *Masclat*, RTDE 1986, S. 267.

285 So hatte der EuGH anfänglich den Schutz der "öffentlichen Gesundheit" als zwingendes Erfordernis eingestuft, etwa noch im Urteil v. 26.6.1980, Rs. 788/79 (Strafverfahren gegen Gilli u. Andres - Obstessig I), Slg. 1980, S. 2071, 2078 (Rdnr. 6), obwohl dieses Schutzgut in Art. 36 S. 1 EWGV enthalten ist, soweit man bedenkt, daß dem Begriff der "Öffentlichkeit" in diesem Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung zukommen kann; mittlerweile hat sich der EuGH korrigiert, vgl. Urteil v. 28.2.1984, Rs. 247/81 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Pharmazeutische Erzeugnisse), Slg. 1984, S. 1111, 1120 (Rdnr. 7).

286 Die abschließende Aufzählung wird vom EuGH besonders betont, vgl. Urteil v. 17.6.1981, Rs. 113/80 (Kommission/Irland - Ursprungsangabe für Souvenirs), Slg. 1981, S. 1625, 1638 (Rdnr. 7), allerdings wiederum begründet mit dem Erfordernis der engen Auslegung.

jektivem Recht als Schrankenbestimmung erscheinen, liegt es nahe, sie als ungeschriebene, gemeinschaftsrechtsimmanente Schranken der Warenverkehrsfreiheit zu bezeichnen.²⁸⁷

3.2.3 Umweltschutz als zwingendes Erfordernis

Die vom EuGH im *Cassis-de-Dijon*-Urteil und den späteren Entscheidungen genannten zwingenden Erfordernisse stellen keine abschließende Aufzählung dar. Das ergibt sich schon aus der Formulierung, nach der "insbesondere" die vom Gerichtshof genannten Gründe Ausnahmen von der Beachtung des Art. 30 EWGV rechtfertigen können.²⁸⁸ Der Katalog von zwingenden Erfordernissen ist also offen und kann an die Rechtsentwicklung angepaßt werden, wobei allerdings die ausdrücklich genannten Erfordernisse Anhaltspunkte dafür geben, welches Gewicht einem Schutzgut zukommen muß, wenn aus diesem eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit hergeleitet werden soll.²⁸⁹

In einem bereits zitierten Urteil aus dem Jahre 1985, in dem es um die französische Umsetzung der Richtlinie 75/439/EWG des Rates über die Altölbeseitigung²⁹⁰ ging, hat der EuGH zu den durch diese Richtlinie verursachten Beschränkungen des Handelsverkehrs Stellung genommen und in diesem Zusammenhang ausgeführt, die Beschränkungen seien gerechtfertigt, weil die Altölbeseitigungsrichtlinie "in den Rahmen des Umweltschutzes, eines wesentlichen Zieles der Gemeinschaft" falle.²⁹¹ Dabei dürfte sich der Gerichtshof insbesondere von der Kommission haben leiten lassen, die zu diesem Fall erklärte, der Schutz der Umwelt gegen die Verunreinigungsverfahren liege unbe-

287 Zwar enthält Art. 36 EWGV geschriebene Ausnahmen zu Art. 30 - 34 EWGV, jedoch sind diese zu eng gefaßt, um alle Interessenskollisionen zu lösen. Ein weitergehender Begründungsansatz wäre derjenige von *Pipkorn*, in: *Fuß*, Der Beitrag des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes, S. 24 f., nach dem Art. 36 EWGV den Schutz von Sonderinteressen eines Staates und die 'zwingenden Erfordernisse' den Schutz von "ihrer Natur nach allen Staaten gemeinsamen und von der Gemeinschaft im Rahmen ihrer Kompetenz zu schützenden Interessen" bezwecken. Diese Unterscheidung ist allerdings fraglich, weil gewisse Interessen (wie z.B. der Umweltschutz) von beiden Ausnahmemöglichkeiten erfaßt werden können, ohne daß eine strikte Unterscheidung zwischen mitgliedstaatlichen und gemeinschaftlichen Interessen erkennbar wäre.

288 EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 (*Rewe Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein - Cassis de Dijon*), Slg. 1979, S. 649, 662 (Rdnr. 8).

289 Am Rande soll erwähnt werden, daß die Entscheidungen zum Reinheitsgebot für Bier und zur Hartweizenpasta die Frage aufgeworfen haben, ob typische Lebensmittel nicht mit bestimmten Inhalten verbunden bleiben sollen, vgl. *Capelli*, DCSI 1988, S. 398, wobei sich die Frage nach einem Schutz kultureller Eigenheiten aufdrängen würde; ablehnend insoweit *Gormley*, *Legal issues of European integration* No. 1/1989, S. 17, obwohl kulturelle Aspekte in der Entscheidung "Videokassetten" eine entscheidende Rolle gespielt haben, vgl. *Masclat*, RTDE 1986, S. 266.

290 RL v. 16.6.1975, ABl. L 194 v. 25.7.1975, S. 31.

291 EuGH v. 7.2.1985, Rs. 240/83 (*Procureur de la République/Association de défense des brûleurs d'huiles usagées - Altöle*), Slg. 1985, S. 531, 549 (Rdnr. 13).

streitbar im allgemeinen Interesse und stelle ein Ziel dar, das die Gemeinschaft berechtigterweise verfolgen könne.²⁹² Betraf das vorstehend zitierte Urteil auch nicht die zwingenden Erfordernisse, sondern die Rechtsetzungstätigkeit der EG, so sah der Gerichtshof in dem *Dänischen Pfandbehälter*-Fall seine grundsätzliche Position bezüglich der Bedeutung des Umweltschutzes durch die Einfügung der Umweltschutzvorschriften in den EWG-Vertrag (Art. 130 r - 130 t EWGV) bestätigt; er hat daraus nunmehr ausdrücklich geschlossen, daß der Umweltschutz ein zwingendes Erfordernis darstellt, das zur Einschränkung der Anwendung des Art. 30 EWGV führen kann.²⁹³

Diese Feststellung bedarf der Präzisierung. Aus den Darlegungen zu Art. 36 EWGV ergibt sich, daß Teilbereiche des umfassenden Ziels Umweltschutz bereits von dieser Vorschrift abgedeckt sind. Insofern besteht eine ausdrückliche vertragliche Regelung. Soweit der Schutzbereich des Art. 36 EWGV reicht, kann auf die zwingenden Erfordernisse im Sinne des Art. 30 EWGV, die von ihrer Struktur her als ungeschriebene Schranken der Warenverkehrsfreiheit mit den geschriebenen Schranken des Art. 36 EWGV übereinstimmen und lediglich die dort genannten Schutzgüter im Hinblick auf die gesellschaftliche und rechtliche Entwicklung fortschreiben, nicht zurückgegriffen werden.²⁹⁴ Eine Rechtfertigung der den Warenverkehr beeinträchtigenden Maßnahmen ist aber dann im Rahmen der zwingenden Erfordernisse möglich, wenn der Umweltschutz über die in Art. 36 EWGV enthaltenen Rechtsgüter hinausgeht.²⁹⁵

3.2.4 Voraussetzungen der Inanspruchnahme zwingender Erfordernisse

Zum einen ist nach der Rechtsprechung des EuGH Voraussetzung der Inanspruchnahme zwingender Erfordernisse, daß die in Frage stehende mitgliedstaatliche Regelung eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme darstellt.²⁹⁶ Zum anderen muß die nationale Regelung verhältnismäßig sein.²⁹⁷ Auch die in Art. 36 S. 2 EWGV genannten Voraussetzungen, die als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts erscheinen,²⁹⁸ sind einzuhalten.²⁹⁹

292 Slg. 1985, S. 541.

293 EuGH v. 20.9.1988, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark - Behälter für Bier und Erfrischungsgetränke), noch nicht in der aml. Sammlung veröffentlicht (Rdnr. 9).

294 a.A. *Binder*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 168.

295 Vgl. auch *Montag*, RIW 1987, S. 938.

296 EuGH v. 17.6.1981, Rs. 113/80 (Kommission/Irland - Ursprungsangabe für Souvenirs), Slg. 1981, S. 1625, 1639 (Rdnr. 11); EuGH v. 3.3.1988, Rs. 434/85 (Allen u. Hanburys Ltd./Generics (UK) Ltd. - Patente), Slg. 1988, S. 1245, 1277 (Rdnr. 35).

297 EuGH v. 14.7.1988, Rs. 298/87 (Vergleichsverfahren SMANOR S.A. - tiefgefrorener Joghurt), Slg. 1988, S. 4489, 4511 (Rdnr. 15); vgl. im übrigen nur *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 766 ff.

298 *Mathies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 36, Rdnr. 8.

299 EuGH v. 16.2.1980, Rs. 27/80 (Strafverfahren gegen Fietje - Apfelkorn), Slg. 1980, S. 3839, 3854 f. (Rdnr. 14).

3.3 Gemeinsame Voraussetzung: Die Verhältnismäßigkeit

3.3.1 Geeignetheit

Grundsätzlich ist unter der Voraussetzung der Geeignetheit im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu verstehen, daß eine Maßnahme tauglich sein muß, um das angestrebte Ziel zu erreichen.³⁰⁰ Diese Forderung wird auch vom EuGH bei Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit erhoben.³⁰¹ Dabei ergibt es sich bereits aus Art. 36 EWGV bzw. den zwingenden Erfordernissen im Sinne des Art. 30 EWGV, daß das jeweils angestrebte Ziel gemeinschaftsrechtlich anerkannt sein muß.³⁰² Eine Maßnahme erscheint nur dann geeignet, wenn sie objektiv unter Berücksichtigung aller Umstände der Zielerreichung dient.³⁰³ Ein Mitgliedstaat, der handelsbeschränkende produktbezogene Umweltschutzvorschriften anwendet, hat diese Zusammenhänge darzulegen.

3.3.2 Erforderlichkeit

3.3.2.1 Allgemeines

Nach allgemein anerkannter Definition bedeutet die Erforderlichkeit im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, daß eine Maßnahme notwendig sein muß, um das mit ihr intendierte Ziel zu erreichen, also keine das betroffene Rechtsgut weniger belastende Alternative bestehen darf, die ebensogut zur Zielerreichung führen würde.³⁰⁴

300 Vgl. nur *Ress*, in: *Kutscher/Ress/Teitgen/Ermacora/Ubertazzi*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, S. 17.

301 Vgl. nur *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd, II, S. 833 f. Der EuGH bedient sich im einzelnen unterschiedlicher Begriffe, vgl. Urteil v. 28.2.1984, Rs. 247/81 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Pharmazeutische Erzeugnisse), Slg. 1984, S. 1111, 1120 (Rdnr. 7), in dem der Gerichtshof zwar von der "Notwendigkeit" einer mitgliedstaatlichen Maßnahme spricht, damit aber zugleich die Geeignetheit anspricht; dieses Ergebnis folgt aus dem Zusammenhang, nach dem solche Maßnahmen nur gerechtfertigt sind, wenn "sie zur Erfüllung des in Art. 36 EWGV genannten Zwecks des Schutzes der öffentlichen Gesundheit notwendig sind und (sic!) dieses Ziel nicht durch Mittel erreicht werden kann, die den Warenaustausch innerhalb der Gemeinschaft weniger beschränken."

302 Vgl. EuGH v. 11.7.1985, Rs. 60 u. 61/84 (Cinéthèque SA u.a./Fédération nationale des cinémas français - Videokassetten), Slg. 1985, S. 2605, 2626 (Rdnr. 22).

303 Als Fall der fehlenden Geeignetheit erscheint es, wenn z.B. Nudelsorten, die nicht ausschließlich aus Hartweizen bestehen, unter der Bezeichnung "Pasta" nicht zugelassen werden mit dem Argument, solche Nudelsorten müßten zwangsweise Zusatzstoffe enthalten, sich aber kein Beleg für die Verwendung von Zusatzstoffen findet und deshalb kein Zusammenhang zum Gesundheitsschutz besteht, vgl. EuGH v. 14.7.1988, Rs. 90/86 (Strafverfahren gegen G. Zoni - Pasta), Slg. 1988, S. 4285, 4304 (Rdnr. 13 f.); vgl. zur Geeignetheitsprüfung auch EuGH v. 12.7.1979, Rs. 153/78 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Fleischzubereitungen), Slg. 1979, S. 2555, 2567 (Rdnr. 15).

304 Vgl. *Ress*, in: *Kutscher/Ress/Teitgen/Ermacora/Ubertazzi*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, S. 19.

Der EuGH benutzt eine gleichlautende Begriffsbestimmung, um diese Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Maßnahme, welche in die Warenverkehrsfreiheit eingreift, zu umreißen. So formuliert er, ausgehend von dem Urteil im Fall *de Peijper*,³⁰⁵ in seiner neueren Rechtsprechung: "Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich jedoch aus Art. 30 ff. EWGV, daß die Anwendung einer innerstaatlichen Regelung auf aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte Erzeugnisse mit dem Vertrag nur insoweit vereinbar ist, als sie notwendig ist, um in Art. 36 EWGV aufgeführten Gründen des Gemeinwohls, wie z.B. dem wirksamen Schutz der menschlichen Gesundheit, oder zwingenden Erfordernissen unter anderem des Verbraucherschutzes zu genügen", und weiter: "das gleiche Ziel nicht mit anderen, unter dem Gesichtspunkt des freien Warenverkehrs weniger einschneidenden Maßnahmen erreicht werden kann."³⁰⁶ Die Überprüfung der Erforderlichkeit nimmt regelmäßig in der Rechtsprechung den breitesten Raum im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein. Das zeigt auch das für den hier behandelten Zusammenhang grundlegende Urteil des EuGH vom 20.9.1988 zum dänischen Pfandsystem für Bier und Erfrischungsgetränke.³⁰⁷

3.3.2.2 Berücksichtigung nationaler Besonderheiten

In Fragen des nationalen Gesundheitsschutzes hat es der EuGH zugelassen, daß Mitgliedstaaten im Rahmen der Regelungen, welche Abweichungen vom Verbot des Art. 30 EWGV beinhalten, die in ihrem Land herrschenden Besonderheiten berücksichtigen. Dies gilt etwa für die Verwendung von Stoffen und die Ernährungsgewohnheiten³⁰⁸ wie auch für das Verhalten der Verbraucher,³⁰⁹ wobei dieses Verhalten allerdings nicht vor

305 EuGH v. 20.5.1976, Rs. 104/75 (*De Pijper* - Pharmazeutische Erzeugnisse), Slg. 1976, S. 613, 635 (Rdnr. 14 - 18): "Aus Art. 36 ergibt sich jedoch, daß eine nationale Regelung oder Praxis, die eine die Einführen pharmazeutischer Erzeugnisse beschränkende Wirkung hat oder haben kann, mit dem Vertrag nur vereinbar ist, soweit sie für einen wirksamen Schutz der Gesundheit und des Lebens erforderlich ist."

306 EuGH v. 23.2.1988, Rs. 216/84 (*Kommission/Frankreich* - Milchpulver), Slg. 1988, S. 793, 811 (Rdnr. 7); vgl. bereits zuvor EuGH v. 15.12.1976, Rs. 35/76 (*Simmenthal I* - Gesundheitskontrollen), Slg. 1976, S. 1871, 1885 (Rdnr. 18/19); EuGH v. 6.6.1984, Rs. 97/83 (*Strafverfahren gegen CMC Melkunie BV* - Milcherzeugnisse), Slg. 1984, S. 2367, 2384 (Rdnr. 12); zuletzt EuGH v. 23.11.1989, Rs. C 145/88 (*Torfaen Borough Council/B. u. Q. PLC* - Öffnungszeiten), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

307 EuGH v. 20.9.1988, Rs. 302/86 (*Kommission/Dänemark*), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht (Rdnr. 12 ff.).

308 Vgl. EuGH v. 5.2.1981, Rs. 53/80 (*Strafverfahren gegen Koninklijke Kaasfabriek Eysen BV* - Verbot von Nisin in Schmelzkäse), Slg. 1981, S. 409, 422 (Rdnr. 13 f.).

309 EuGH v. 6.6.1984, Rs. 97/83 (*Strafverfahren gegen CMC Melkunie BV* - Milcherzeugnisse), Slg. 1984, S. 2367, 2386 (Rdnr. 19).

Änderungen geschützt werden darf.³¹⁰ Insbesondere können auch die im jeweiligen Mitgliedstaat vorhandenen klimatologischen Bedingungen Berücksichtigung finden.³¹¹

Diese Grundsätze sind allgemeiner Natur und lassen sich deshalb auf die Rechtfertigung umweltschützender Regelungen der Mitgliedstaaten übertragen. So kann es etwa eine Rolle spielen, daß in einem Staat die Luftverschmutzung ein höheres Ausmaß angenommen hat als in anderen Staaten, oder im Hinblick auf eine große Bevölkerungsdichte strengere Schutzmaßnahmen vonnöten sind. Schwierigkeiten ergeben sich aber aus dem Umstand, daß innerhalb des Gebiets von Mitgliedstaaten starke regionale Unterschiede herrschen können. Im Grundsatz erscheint es erstrebenswert, diese Unterschiede bei der Ausgestaltung von Umweltschutzbestimmungen zu berücksichtigen; andererseits ist das aber gerade hinsichtlich produktbezogener Vorschriften in vielen Fällen unmöglich. So können z.B. Produktverbote angesichts des freien innerstaatlichen Warenflusses nicht regional ausdifferenziert werden. Anderes gilt weitgehend für indirekte Steuerungsinstrumente,³¹² insbesondere etwa die Smog-Verordnungen³¹³, die sich auf die Wetterlage in bestimmten, lokal begrenzten Räumen beziehen. Wollte man nationale Besonderheiten nur bei hinreichender Differenzierung zwischen regionalen Unterschieden berücksichtigen, so würde dies im Ergebnis bedeuten, daß über die Verhältnismäßigkeitsprüfung das gesetzgeberische Ermessen der Mitgliedstaaten stark eingeschränkt würde. Eine solche Einschränkung ist aber unter dem Gesichtspunkt des gemeinschaftlichen Systems der Befugnisverteilung nicht gerechtfertigt,³¹⁴ insbesondere auch deshalb, weil direkte und indirekte Steuerungsmittel verschiedene Wirkungsmöglichkeiten besitzen und damit im Umweltschutzrecht ein sich gegenseitig ergänzendes Instrumentarium darstellen.³¹⁵

3.3.2.3 Festlegung des Schutzniveaus

Wenn eine Maßnahme nur dann verhältnismäßig ist, soweit sie zur Zielerreichung erforderlich ist, so fragt sich, wie das angestrebte Ziel näher zu bestimmen ist. Das Erfordernis der gemeinschaftsrechtlichen Anerkennung sagt noch nichts darüber aus, von welchem Schutzniveau ausgegangen werden darf. Soll etwa ein bestimmter Grenzwert hinsichtlich der Luftverschmutzung durch Stickoxidemissionen von Kraftfahrzeugmoto-

310 Vgl. EuGH v. 12.3.1987, Rs. 178/84 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Reinheitsgebot für Bier), Slg. 1987, S. 1227, 1270 f. (Rdnr. 32)

311 EuGH v. 19.9.1984, Rs. 94/83 (Strafverfahren gegen A. Heijn - Verbot von Schädlingsbekämpfungsmitteln), Slg. 1984, S. 3263, 3279 (Rdnr. 13); EuGH v. 13.3.1986, Rs. 54/85 (Ministère public/X. Mirepoix - Verwendung von Pflanzenschutzmitteln), Slg. 1986, S. 1067, 1079 (Rdnr. 15).

312 Vgl. Teil 1, 2.2.2.

313 Dazu Teil 1, 1.

314 Vgl. in diesem Zusammenhang unter föderalistischen Aspekten auch *Steindorff*, ZHR Bd. 148 (1984), S. 344 ff., 346.

315 Vgl. dazu *Zohlhöfer*, in: *Gutzler*, Umweltpolitik und Wettbewerb, S. 55.

ren eingehalten werden, so kann dafür eine Regelung erforderlich sein, die andererseits nicht notwendig und damit unverhältnismäßig wäre, sofern der Grenzwert höher angesetzt wird. Grundsätzlich hat dazu der EuGH in dem Urteil *Melkunie*, in dem es um die Übertragung innerstaatlich geforderter mikrobiologischer Anforderungen auf die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig erzeugten und in den Verkehr gebrachten Milcherzeugnisse ging, festgestellt, es sei Sache der Mitgliedstaaten, "unter Berücksichtigung der Erfordernisse des freien Warenverkehrs das Niveau zu bestimmen, auf dem sie den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gewährleisten wollen."³¹⁶ Dieser Grundsatz gilt auch, wie der EuGH bestätigt hat, für den Bereich des Umweltschutzrechts.³¹⁷ Es bleibt deshalb den Mitgliedstaaten überlassen, das Schutzniveau, das für einen wirksamen Umweltschutz erforderlich erscheint, selbst festzulegen. Anderes ist nur dann denkbar, wenn eine entsprechende gemeinschaftsrechtliche Regelung besteht, von der nicht abgewichen werden darf und die Schutzstandards genau festlegt; diese Folgerung ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts.

3.3.2.4 Verhältnis zu Regelungen anderer Mitgliedstaaten

In der EG gilt es, nicht nur die Beziehungen zwischen den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten, sondern auch die Beziehungen der Mitgliedstaaten untereinander zu betrachten. Auf die letzteren abstellend erscheint fraglich, wie es sich auswirkt, wenn in verschiedenen Mitgliedstaaten für bestimmte Produkte Umweltschutzbestimmungen bestehen; in solchen Fällen stellt sich das Problem, ob ein Mitgliedstaat seine eigenen Vorschriften auf diejenigen Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat entsprechend dessen Umweltschutznormen hergestellt worden sind, anwenden und diese Anwendung durch Kontrollen überprüfen kann.

Zu diesen ähnlich gelagerten Sachverhalten hat der EuGH konkret³¹⁸ zuerst im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 ff. EWGV Stellung genommen.³¹⁹ Mit

316 EuGH v. 6.6.1984, Rs. 97/83 (Strafverfahren gegen CMC Melkunie BV - Milcherzeugnisse), Slg. 1984, S. 2367, 2386 (Rdnr. 18). Auf die Einschränkung, daß dieser Grundsatz nur solange gilt, als gemeinschaftsrechtlich kein bestimmtes Schutzniveau festgelegt worden ist, wird später im Teil 3 einzugehen sein.

317 EuGH v. 7.11.1989, Rs. 125/88 (Strafverfahren gegen H.F.M. Nijman - Verwendungsverbot für Pflanzenschutzmittel), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

318 Vgl. zum Urteil *Cassis de Dijon*, v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 649, das nicht auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Schutzmaßnahmen direkt eingeht, oben 3.1.3.1. Trotz Erwähnung dieser Entscheidung ordnen auch *Forwood/Clough*, ELR 1986, S. 385, das "principle of equivalence" als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein.

319 EuGH v. 18.1.1979, Rs. 110 u. 111/78 (Ministère public u. Chambre Syndicale des Agents artistiques et Impresarii de Belgique/W. van Wesemael u.a. - Gewerbliche Stellenvermittlungsbüros), Slg. 1979, S. 35, 54 (Rdnr. 39), wonach die Genehmigung aus einem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen ist, wenn deren Voraussetzungen der an sich geforderten Genehmigung "vergleichbar" sind; EuGH v. 17.12.1981, Rs. 279/80 (Strafverfahren gegen A.J. Webb - Überlassung von Arbeitnehmern), Slg. 1981, S. S. 3305, 3325 (Rdnr. 17): "Jedoch darf der Dienstleistungsverkehr als funda-

Ausführungen zur Warenkontrolle³²⁰, zu Kennzeichnungsvorschriften³²¹ und vor allem im Urteil *Holzbearbeitungsmaschinen*³²² entwickelte der Gerichtshof diese Rechtsprechung für den Bereich des freien Warenverkehrs fort; in dem letztgenannten Erkenntnis führte er aus, ein Mitgliedstaat dürfe "das Inverkehrbringen aus einem anderen Mitgliedstaat stammender Erzeugnisse nicht verhindern, die hinsichtlich des Niveaus des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen dem entsprechen, was mit der nationalen Regelung erreicht werden soll. Daher würde es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwiderlaufen, wenn eine nationale Regelung verlangen würde, daß die eingeführten Erzeugnisse den Bestimmungen und technischen Anforderungen, die für die in dem betreffenden Mitgliedstaat hergestellten Erzeugnisse gelten, buchstaben genau entsprechen, obwohl sie dasselbe Schutzniveau für die Benutzer gewährleisten."³²³

Aus der Rechtsprechung läßt sich ableiten, daß produktbezogene Umweltschutzvorschriften der Einfuhr von solchen Waren nicht mehr entgegengehalten werden dürfen, die nach gleichwertigen Normen in einem anderen Mitgliedstaat hergestellt worden sind.³²⁴ Dies fordert von dem nationalen Gesetzgeber im Prinzip eine Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts mit Blick auf die anderen mitgliedstaatlichen Rechtsord-

mentaler Grundsatz des Vertrags nur durch Regelungen eingeschränkt werden, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des genannten Staates tätigen Personen und Unternehmen verbindlich sind, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist."

320 EuGH v. 17.12.1981, Rs. 272/80 (Strafverfahren gegen Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten - Zulassung von Schädlingsbekämpfungsmitteln), Slg. 1981, S. 3277, 3291 (Rdnr. 14 f.); EuGH v. 27.3.1985, Rs. 73/84 (Denkavit/Land Nordrhein-Westfalen - Gesundheitskontrollen), Slg. 1985, S. 1013, 1025 (Rdnr. 14): "In demselben Zusammenhang hat der Gerichtshof mehrfach betont, daß es im Interesse des freien Warenverkehrs liegt, wenn die gesundheitlichen Kontrollen im Herstellungsland durchgeführt werden, und daß es zweckmäßig ist, wenn die Gesundheitsbehörden der betroffenen Mitgliedstaaten zusammenarbeiten, um die Wiederholung von bereits im Herstellungsland vorgenommenen Kontrollen im Bestimmungsstaat zu vermeiden."

321 EuGH v. 22.6.1982, Rs. 220/81 (Strafverfahren gegen T.F. Robertson u.a. - Prägestempel für versilberte Waren), Slg. 1982, S. 2349, 2361 (Rdnr. 12), wonach eine Vorschrift, die eine Prägung aus Gründen der Information von Verbrauchern vorschreibt, nicht erforderlich ist, wenn die im Exportland angebrachte Prägung zwar der Vorschrift nicht genügt, aber alle Informationen enthält, die den im Importland geforderten Informationen entsprechen.

322 Der Fall betrifft Anforderungen, die nach französischen Vorschriften an Maschinen im Hinblick auf den Arbeitsschutz gestellt werden; dabei geht die französische Arbeitsschutzkonzeption davon aus, die Maschinen seien so zu gestalten, daß auch nicht speziell unterrichtete Arbeitnehmer ausreichend geschützt sind, während die von der Kommission zum Vergleich herangezogene deutsche Konzeption ein stärkeres Gewicht auf die Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmer legt.

323 EuGH v. 28.1.1986, Rs. 188/84 (Kommission/Frankreich - Holzbearbeitungsmaschinen), Slg. 1986, S. 419, 436 (Rdnr. 16).

324 Ebenso Montag, RIW 1987, S. 939.

nungen,³²⁵ wobei allerdings technisch die aus Art. 30 EWGV fließenden Anforderungen durch die Einfügung einer allgemeinen Öffnungsklausel in produktbezogene Regelungenwerke erfüllt werden können. Hervorzuheben ist aber, daß der Gerichtshof für die gegenseitige Anerkennung - anders als die auf weitergehende Rechtsfolgen drängende Kommission - relativ hohe Hürden errichtet hat: zum einen müssen alle für eine Gleichwertigkeit bedeutsamen Faktoren in die Betrachtung mit einbezogen werden, wozu ein detaillierter Vergleich der Regelungen erforderlich ist;³²⁶ zum anderen bedeutet Vergleichbarkeit in diesem Sinne, daß tatsächlich dasselbe Schutzniveau erreicht wird; und schließlich obliegt der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren der Nachweis dieser Gleichwertigkeit.³²⁷ Außerdem wird nicht ausgeschlossen, daß ein Mitgliedstaat zur Überprüfung auch diejenigen Waren erneut kontrolliert, die in einem anderen Mitgliedstaat bereits zugelassen worden sind.³²⁸

Dennoch bleibt zu überlegen, ob die Rechtsprechung des EuGH mit der vertraglichen Konzeption der Warenverkehrsfreiheit in Einklang steht. Immerhin erscheint es auf den ersten Blick nicht selbstverständlich, daß die Anwendung nationalen Rechts über den Hebel der Art. 30 ff. EWGV von dem Stand korrespondierender Vorschriften in den Mitgliedstaaten abhängig gemacht und damit je nach zu vergleichenden Mitgliedstaaten letztendlich relativiert wird. Das Ergebnis entspricht aber insofern der Zielrichtung der Grundfreiheit, als in den Fällen, in denen grundsätzlich staatliche Schutzmaßnahmen zulässig sind, wenigstens im Verhältnis zu gleichwertig schützenden Mitgliedstaaten der Warenaustausch nicht erschwert wird. Zudem werden die Voraussetzungen der Gleichwertigkeit so eng gefaßt, daß das jeweilig angestrebte nationale Schutzniveau nicht verwässert werden kann. Auch kann nicht davon gesprochen werden, die Notwendigkeit von gemeinschaftlichen Harmonisierungsmaßnahmen würde sozusagen durch die Hintertür umgangen.³²⁹ Zum einen wirkt die Gleichwertigkeit nur relativ, womit weiterhin Vorschriften für die gesamte EG sinnvoll bleiben. Zum anderen bleibt es den Mitgliedstaaten nach wie vor - soweit die übrigen Voraussetzungen gegeben sind - überlassen, das Schutzniveau auf der eigenen staatlichen Ebene festzulegen, also durch Anhebung dieses Niveaus aus eigener Kraft eine Gleichwertigkeit zu vermeiden.

325 In dem gleichen Maß, in dem der EuGH die Berücksichtigung der in allen Mitgliedstaaten existierenden, einen bestimmten Fall betreffenden Vorschriften in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbringt, vgl. *Masclat*, RTDE 1986, S. 264.

326 Insbesondere hat sich der EuGH, a.a.O., S. 437 (Rdnr. 21), nicht von statistischen Angaben beeindrucken lassen.

327 EuGH, a.a.O., S. 436 (Rdnr. 17 f.).

328 Bestätigung der früheren Rspr. in EuGH, a.a.O., S. 436 (Rdnr. 16).

329 Vgl. zur Unterscheidung von Harmonisierungsmaßnahmen für den Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Kontrollen nur *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 258, Fußn. 68.

Schließlich ist die Anerkennung von mitgliedstaatlichen Vorschriften als gleichwertig mit erheblichen Nachweisproblemen verbunden.³³⁰

3.3.3 Nachweisanforderungen

Besondere Bedeutung für die Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen erlangt die Frage nach der Nachweislast und den in diesem Rahmen zu stellenden Anforderungen. Nach der Rechtsprechung des EuGH haben die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Geeignetheit und Erforderlichkeit der abweichenden nationalen Regelungen nachzuweisen.³³¹ Dabei sind im Rahmen der Darlegung des für erforderlich gehaltenen Schutzzumfangs wissenschaftliche Erkenntnisse heranzuziehen;³³² das bedeutet, daß insbesondere dann, wenn Waren in anderen Mitgliedstaaten zugelassen sind, der Stand der internationalen Forschung zu berücksichtigen ist,³³³ wobei - wenn auch ohne bindende Wirkung - die Stellungnahmen der wissenschaftlichen Ausschüsse der Gemeinschaft eine Rolle spielen.³³⁴

Ein besonderes Problem stellt es dar, daß gerade im Bereich des Umweltschutzes oftmals keine gesicherten Forschungsergebnisse vorliegen, obwohl die wissenschaftlichen Erkenntnisse ausreichenden Anlaß bieten, präventiv Maßnahmen zu ergreifen.³³⁵ In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung zum Gesundheitsschutz aufschlußreich, in welcher der EuGH in Fällen von "bei der wissenschaftlichen Beurteilung bestehenden Unsicherheiten" Mitgliedstaaten ein Abweichen von der Warenverkehrsfreiheit gestattet und somit einen Beurteilungsspielraum einräumt.³³⁶ An diesem Grundsatz hat sich auch durch die Entscheidung zum *Reinheitsgebot für Bier* nichts geändert.³³⁷ Zwar hat der Gerichtshof die Einlassung der Bundesrepublik Deutschland, nach der

330 Vgl. dazu auch *Sedemund/Montag*, NJW 1987, S. 548.

331 EuGH v. 28.2.1984, Rs. 247/81 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Pharmazeutische Erzeugnisse), Slg. 1984, S. 1111, 1120 (Rdnr. 7); EuGH v. 6.5.1986, Rs. 304/84 (Ministère Public/C. Muller - Zusatzstoffe in Lebensmitteln), Slg. 1986, S. 1511, 1529 (Rdnr. 25); EuGH v. 14.7.1988, Rs. 90/86 (Strafverfahren gegen G. Zoni - Pasta), noch nicht in der amtli. Sammlung veröffentlicht (Rdnr. 13 f.). Vgl. auch *Steindorff*, ZHR Bd. 150 (1986), S. 694 f.

332 Vgl. EuGH v. 10.12.1985, Rs. 247/84 (Strafverfahren gegen Motte - Färbende Zusatzstoffe), Slg. 1985, S. 3887, 3904 (Rdnr. 19).

333 EuGH v. 12.3.1987, Rs. 98/86 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Reinheitsgebot für Bier), Slg. 1987, S. 1227, 1274 f. (Rdnr. 41 ff.).

334 EuGH, Rs. 247/84, Slg. 1985, S. 3887, 3904 (Rdnr. 20).

335 Dazu allgemein *Sedemund*, in: *Schwarze*, Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, S. 25 f.

336 EuGH v. 14.7.1983, Rs. 174/82 (Strafverfahren gegen Sandoz B.V. - Zusatz von Vitaminen), Slg. 1983, S. 2445, 2436 (Rdnr. 17).

337 Vgl. auch *Stynn*, in: *Schwarze*, Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, S. 23 f., der ebenfalls keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erkennt, diese aber enger interpretiert, ohne direkt auf das Problem des unsicheren wissenschaftlichen Nachweises einzugehen; a.A., auch auf das hier behandelte Problem bezogen *Sedemund*, a.a.O., S. 27 f.

Zusatzstoffe in Lebensmitteln aus Gründen des vorbeugenden Gesundheitsschutzes allgemein möglichst weitgehend zu vermeiden seien, zurückgewiesen; Grund dafür war aber nicht der mangelnde wissenschaftliche Nachweis, sondern der Umstand, daß in der Bundesrepublik diejenigen Zusatzstoffe, die im Bier als verboten galten, in fast allen anderen Getränken zugelassen sind.³³⁸ Ein konsequenter durchgeführter Schutz mit präventivem Charakter hätte also durchaus die Chance gehabt, vor der gerichtlichen Überprüfung zu bestehen.³³⁹ Da spätestens nach Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte auch dem Umweltschutz ein besonderer Rang zukommt, lassen sich die dargestellten Grundsätze übertragen. In dem grundlegenden Fall³⁴⁰ zur Beurteilung mitgliedstaatlicher Umweltschutzvorschriften, die mit der Warenverkehrsfreiheit kollidieren, dem *Dänischen Pfandflaschen-Urteil*, hat der Gerichtshof die einzelnen Maßnahmen daraufhin überprüft, ob sie tatsächlich notwendig sind, um ihre Zielsetzung zu erreichen. Insofern nahm der EuGH eine eigene Beurteilung vor, die aber als Maßstab das von dem Mitgliedstaat dargelegte Umweltschutzkonzept zugrundelegt.³⁴¹ Ist demnach prinzipiell den Mitgliedstaaten ein weitgehender Beurteilungsspielraum zugestanden, so entspricht diesem die Verpflichtung, mitgliedstaatliche Vorschriften zu revidieren, wenn neue Forschungsergebnisse zeigen, daß sich die Gründe für den Erlass handelsbeschränkender Maßnahmen geändert haben.³⁴² Insgesamt verbleibt damit ein ausreichender mitgliedstaatlicher Spielraum für die Anwendung präventiver produktbezogener Umweltschutzbestimmungen.

3.3.4 Angemessenheit

Grundsätzlich bedeutet Angemessenheit, die auch mit dem Terminus Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne umschrieben wird, daß eine geeignete und erforder-

338 EuGH v. 12.3.1987, Rs. 178/84 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Reinheitsgebot für Bier), Slg. 1987, S. 1227, 1275 (Rdnr. 48 f.).

339 Vgl. allgemein auch *Breuer*, in: *Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1989, UTR Bd. 9, S. 83: "Eine nähere Betrachtung der einschlägigen Urteile zeigt jedoch, daß der Gerichtshof dabei lediglich die Rationalität und Plausibilität der überprüften Regelungen verneint hat."

340 In einem anderen Urteil aus jüngster Zeit, in dem es um ein kommunales Verbot ging, Verbrauchern für die Mitnahme gekaufter Waren Tüten und andere nicht biologisch abbaubare Behältnisse zu liefern, hatte der EuGH keine Gelegenheit, auf die Vereinbarkeit der umweltschützenden Maßnahme mit Art. 30 EWGV einzugehen, weil das nach Art. 177 EWGV vorliegende Gericht keine dementsprechende Frage gestellt hatte, EuGH v. 13.7.1989, Rs. 380/87 (*Eniden Base u.a./Comune di Cinisello Balsamo*), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

341 EuGH v. 20.9.1988, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark - Behälter für Bier und Erfrischungsgetränke), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht (Rdnr. 12 ff.), eingeleitet durch: "Es ist daher zu prüfen, ob sämtliche durch die beanstandete Regelung bedingten Beschränkungen des freien Warenverkehrs zur Erreichung der Ziele dieser Regelung erforderlich sind."

342 EuGH v. 13.3.1986, Rs. 54/85 (*Ministère public/X. Mirepoix - Verwendung von Pflanzenschutzmitteln*), Slg. 1986, S. 1067, 1079 (Rdnr. 16).

liche Maßnahme nicht außer Verhältnis zu der durch sie verursachten Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter stehen darf. Für diese Beurteilung bedarf es einer Abwägung zwischen den Vorteilen, die für das geschützte Rechtsgut durch die zu überprüfende Maßnahme erzielt werden, und den gleichzeitig durch diese verursachten Nachteilen für das eingeschränkte Rechtsgut.³⁴³

Wenn auch die Rechtsprechung des EuGH zur Angemessenheit mitgliedstaatlicher Maßnahmen weniger umfassend als diejenige zur Erforderlichkeit ist, so hat der Gerichtshof dennoch die Notwendigkeit von Abwägungen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips betont. Das gilt nicht nur für den Bereich der Grundrechtsjudikatur,³⁴⁴ sondern auch für Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit im allgemeinen³⁴⁵ und für solche Einschränkungen aus Gründen des Umweltschutzes im besonderen.³⁴⁶ Jedoch hat sich der EuGH offensichtlich bei der Überprüfung der Angemessenheit Zurückhaltung auferlegt,³⁴⁷ wobei eine Rolle spielen dürfte, daß eine strengere Prüfung zu weitgehenden Eingriffen in das gesetzgeberische Ermessen der Mitgliedstaaten führen würde. Zudem ist zu berücksichtigen, daß eine Güterabwägung zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr bereits von den Mitgliedstaaten vor dem Erlass strikteren produktbezogenen Umweltschutzrechts vorzunehmen ist; aus rechtlichen Gründen, weil diese an die Beachtung der Art. 30 ff. EWGV gebunden sind, und aus praktischen Gründen, deren Bedeutung für den politischen Entscheidungsprozeß nicht zu unterschätzen ist, weil höhere nationale Umweltschutzstandards zu erheblichen Mehrkosten für die Industrie, damit zu einer Verteuerung von Produkten und schließlich zu einer verschärften Wettbewerbssituation führen.

Was die vorzunehmende Abwägung selbst betrifft, so sollen hier nur einige Hinweise allgemeiner Art gegeben werden, weil eine Entscheidung letztlich nur im Einzelfall getroffen werden kann und muß. Ein wesentliches Kriterium für die Prüfung der Angemessenheit ist die Frage nach der Bedeutung der Maßnahme im Hinblick auf den Schutz

343 Vgl. dazu und zu den unterschiedlichen begrifflichen Ansätzen nur *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, S. 929 f.

344 Vgl. etwa EuGH v. 13.12.1979, Rs. 44/79 (L. Hauer/Land Rheinland-Pfalz - Neuanpflanzung von Weinreben), Slg. 1979, S. 3727, 3747 (Rdnr. 23); Gegenstand war der Eingriff in das Eigentumsgrundrecht durch EG-Recht.

345 Vgl. EuGH v. 22.3.1983, Rs. 42/82 (Kommission/Frankreich - Einfuhr italienischen Weins), Slg. 1983, S. 1013, 1047 (Rdnr. 54): "Die vorgenommenen Kontrollen müssen jedoch zur Erreichung der genannten Ziele erforderlich sein und dürfen keine Hindernisse für die Einfuhr schaffen, die zu diesen Zielen außer Verhältnis steht."

346 EuGH v. 20.9.1988, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark - Behälter für Bier und Erfrischungsgetränke), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht (Rdnr. 6): "Die Regelung muß allerdings in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen." Diesem Satz folgt allerdings wieder eine Standardformulierung zur Erforderlichkeit: "Hat ein Mitgliedstaat die Wahl zwischen verschiedenen zur Erreichung desselben Ziels geeigneten Mitteln, so hat er das Mittel zu wählen, das den freien Warenverkehr am wenigsten behindert."

347 Eine strengere Überprüfung wurde insbesondere von GA *Slynn* gefordert, vgl. SA in Rs. 302/86 v. 24.5.1988, vorletzter Absatz.

der Umwelt einerseits und im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit andererseits. Betrachtet man letzteren Punkt, also sozusagen die "negative Seite" einer Regelung zuerst, dann kann hinsichtlich der Schwere eines Eingriffs eine grobe Skala von der Kennzeichnungspflicht von Waren über die zwangsweise Einführung bestimmter Verpackungsarten bis zum Produktverbot aufgestellt werden, in welche die Anwendung indirekter Steuerungsinstrumente je nach konkreter Auswirkung einzustellen ist; eine zweite Differenzierung erscheint erforderlich hinsichtlich des Umfangs, in dem die Warenverkehrsfreiheit eingeschränkt wird.³⁴⁸ Für die "positive Seite", den angestrebten Umweltschutz, wird man auf das Ausmaß der Schutzwirkungen abzustellen haben. Dabei verbieten sich aber vielfach schematische Betrachtungen, etwa im Sinne einer Abstufung von der konkreten Gefahr bis zum Restrisiko.³⁴⁹ Auf lange Sicht gesehen muß insbesondere präventiven umweltpolitischen Maßnahmen eine besondere Bedeutung zugemessen werden,³⁵⁰ und diese Ansicht wird durch Art. 130 r II 1 EWGV in Verbindung mit Art. 130 II 2 EWGV für die Abwägung zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr bestätigt. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß Umweltschutzvorschriften langfristig auch zu ökonomischen Vorteilen führen³⁵¹ und damit in Einklang mit dem auf Gemeinschaftsebene zu verfolgenden Ziel eines qualitativen Wachstums stehen;³⁵² darauf, daß nationale Sondervorschriften einer entsprechend ausgerichteten Integration nicht unbedingt entgegenstehen, wurde bereits in der Einleitung hingewiesen.³⁵³ Sofern von einem Vorrang des Umweltschutzes im Konfliktfall ausgegangen wird,³⁵⁴ sollte das nicht so verstanden werden, daß auf eine Abwägung zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr gänzlich verzichtet wird. Das würde auch minimalen umweltschützerischen Fortschritten einen Vorrang vor schwersten Warenverkehrsbeschränkungen erlauben. Vielmehr bietet sich an, aufgrund der vorstehenden Überlegungen dem Umweltschutz im Rahmen der Abwägung eine hervorgehobene Rolle zukommen zu lassen, also die Gewichtung zwischen positiven und negativen Auswirkungen zugunsten des Umweltschutzes zu verschieben, und auf eine exakte Quantifizierung der Vorteile, die durch Umweltschutzmaßnahmen voraussichtlich zu erzielen sind, in schwierigen Fällen zu verzichten.

348 Hier spielt also insbesondere die "Spürbarkeit" von Einschränkungen eine Rolle.

349 Vgl. zu solchen Schemata *Rehbinder*, in: *Simonis*, Präventive Umweltpolitik, S. 131 ff.

350 Vgl. zu möglichen immanenten Schranken des Vorsorgeprinzips *Rengeling*, Umweltvorsorge und ihre Grenzen im EG-Recht, S. 14 ff.

351 Vgl. zum Wirtschaftsfaktor Umweltschutz nur Sozialpolitische Umschau Nr. 512/1989 und den Umweltbericht 1990, vorgelegt in BT Dr. 11/7168; zur Notwendigkeit der Anpassung an geändertes Verbraucherverhalten am Beispiel des Chemikalieneinsatzes in der niederländischen Landwirtschaft SZ v. 19.4.1990, S. 3.

352 Vgl. zu dem Argument der Wettbewerbsfähigkeit *Møller*, EA 1987, S. 498.

353 Vgl. Einleitung, 1.

354 So *Scheuing*, EuR 1989, S. 176 f. m.w.N.

Dritter Teil:

Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch EG-Sekundärrecht

1. Rechtsgrundlagen des EG-Sekundärrechts auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts

1.1 Vorbemerkung

Bereits bei den Ausführungen zu den umweltrechtlichen Kompetenzen der EG-Organen¹ wurde festgestellt, daß auch nach Einfügung der Umweltschutzbestimmungen der Art. 130 r - 130 t in den EWG-Vertrag durch die Einheitliche Europäische Akte sich die EG-Organen bei Erlass produktbezogenen Umweltschutzrechts auf die Harmonisierungsbestimmungen der Art. 100, 100 a EWGV zu stützen haben. Daneben enthält der Vertrag einige Spezialvorschriften, die im Rahmen bestimmter Gemeinschaftspolitiken ebenfalls als Rechtsgrundlage für die Schaffung von Produktnormen mit umweltschützendem Charakter herangezogen werden könnten.²

1.2 Grundsätze der Harmonisierung aufgrund des Art. 100 EWGV

1.2.1 Allgemeiner Anwendungsbereich

Nach Art. 100 EWGV erläßt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.

Der Begriff des Gemeinsamen Marktes, der nach Art. 2 EWGV für die Aufgabenbestimmung der Gemeinschaft von besonderer Bedeutung ist und durch die Aufzählung der Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft in Art. 3 EWGV eine Präzisierung erfährt, wird im EWG-Vertrag nicht definiert. Ansätze einer Begriffsbestimmung lassen sich aber der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, der etwa in dem Urteil *Schul* ausgeführt hat: "Der Begriff Gemeinsamer Markt - so wie ihn der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung herausgearbeitet hat - stellt ab auf die Beseitigung aller Hemmnisse im

1 Teil 2, 1.2.

2 Vgl. zu den ebenfalls speziellen Art. 30 ff. Euratom-Vertrag im Hinblick auf den Erlass umweltschützender Vorschriften nur *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 27 ff.; nicht eingegangen wird im vorliegenden Zusammenhang auf Art. 113 EWGV.

innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahekommen."³

Umstritten ist, wie das Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Auswirkung auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu verstehen ist. Nach der einen Ansicht werden von Art. 100 EWGV nur diejenigen Maßnahmen erfaßt, die im Wege der Rechtsangleichung Hindernisse für den Gemeinsamen Markt beseitigen; danach besteht - auch bezogen auf die Angleichungsinstrumente und die Regelungsdichte - eine Voraussetzung der Erforderlichkeit für Harmonisierungsmaßnahmen.⁴ Nach anderer Ansicht wird durch Art. 100 EWGV die Zuständigkeit der EG-Organe in weiterem Umfang begründet, weil eine unmittelbare Auswirkung schon dann vorliegen soll, wenn die anzugleichenden mitgliedstaatlichen Vorschriften das Errichten oder Funktionieren des Gemeinsamen Marktes nicht fördern.⁵ Weitgehende Einigkeit besteht aber insoweit, als Art. 100 EWGV nicht nur die erstmalige Rechtsangleichung, sondern auch die spätere Änderung von Harmonisierungsmaßnahmen erfaßt.⁶

1.2.2 Rechtsgrundlage für umweltschützende Vorschriften

Die EG hat in der Vergangenheit weitaus die meisten der zum Ziele des Umweltschutzes erlassenen Rechtsakte auf Art. 100 EWGV und - entweder alleine oder zusätzlich⁷ - auch auf Art. 235 EWGV gestützt.⁸ Sowohl die gleichzeitige Abstützung auf zwei verschiedene Rechtsgrundlagen⁹ als auch die Frage, ob diese Vorschriften überhaupt für die umweltschutzrechtlichen Aktivitäten der EG eine ausreichende Grundlage bieten,¹⁰ waren im Schrifttum sehr umstritten, ohne daß allerdings dieser Streit einen

3 EuGH v. 5.5.1982, Rs. 15/81 (G. Schul Douane Expeditur BV/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen, Roosendaal - Mehrwertsteuer bei privater Einfuhr), Slg. 1982, S. 1409, 1431 f. (Rdnr. 33).

4 *Bruha*, ZaöRV Bd. 46 (1986), S. 13 f.; *Bleckmann*, Europarecht, S. 441; jeweils unter Hinweis auf Art. 3 h EWGV.

5 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 689 f.; auf die "Spürbarkeit" von "Rechtsgegensätzen aufgrund der Unterschiedlichkeit oder der territorialen Beschränkung der nationalen Rechtssysteme" abstellend *Bieber*, in: *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 376.

6 Vgl. dazu nur *Scheuing*, EuR 1989, S. 155 m.w.N.

7 Beispiel bei *Vandermeersch*, ELR 1987, S. 412; vgl. zu den oftmals dahinter stehenden politischen Gründen *Rehbinder/Stewart*, Environmental Protection Policy, S. 245 ff.

8 Vgl. nur *Grabitz/Zacker*, NVwZ 1989, S. 298; zur Abgrenzung der genannten Rechtsgrundlagen *Glaesner*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 6.

9 Art. 235 EWGV ist eine nur subsidiär anwendbare Rechtsgrundlage, vgl. dazu und zur gegenteiligen Praxis nur *Dorn*, Art. 235 EWGV, S. 133.

10 Stark einschränkend z.B. *Grabitz/Sasse*, Umweltkompetenz der Europäischen Gemeinschaften, S. 93, 96 f.; vgl. ausführlich *Rehbinder/Stewart*, Environmental Protection Policy, S. 21 ff. (zu Art. 100 EWGV) u. S. 26 ff. (zu Art. 235 EWGV), und *Binder*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 169, Fußn. 32, jeweils m.w.N.

nennenswerten Einfluß auf die Praxis entfaltet hätte.¹¹ Zumindest auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzes ist das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 100 EWGV zu bejahen.¹² Dieses Ergebnis entspricht der Rechtsprechung des EuGH, der zu der Richtlinie 75/716/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schwefelgehalt bestimmter flüssiger Brennstoffe vom 24.11.1975¹³ im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Italien festgestellt hat: "Außerdem ist keineswegs ausgeschlossen, daß Umweltschutzbestimmungen ihre Rechtsgrundlage in Art. 100 EWGV finden können. Gesundheits- und umweltschutzrechtliche Vorschriften können die von ihnen betroffenen Unternehmen belasten; mangels einer Angleichung der diesbezüglichen einzelstaatlichen Bestimmungen könnte der Wettbewerb spürbar verfälscht werden."¹⁴

Art. 100 EWGV erfordert einstimmige Ratsbeschlüsse und ermöglicht lediglich den Erlaß von Richtlinien. Gerade das Einstimmigkeitserfordernis hat dazu geführt, daß Angleichungsmaßnahmen oftmals erst nach langem Zögern oder gar nicht getroffen werden konnten.¹⁵ Durch die Einheitliche Europäische Akte ist deshalb Art. 100 a EWGV in den Vertrag eingefügt worden, der eine schnellere und flexiblere Harmonisierungstätigkeit gewährleisten soll.

1.3 Grundsätze der Harmonisierung aufgrund des Art. 100 a EWGV

1.3.1 Allgemeiner Anwendungsbereich

Art. 100 a I S. 2 EWGV sieht vor, daß der Rat auf Vorschlag der Kommission, in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses mit qualifizierter Mehrheit die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erläßt, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Der Begriff der Maßnahme umschließt auch die Möglichkeit, Harmonisierungsmaßnahmen in Form von Verordnungen zu erlassen.¹⁶ Die genannte Regelung bezieht sich nach Art. 100 a I S. 1

11 Vgl. *Krämer*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 138 f.; *ders.*, CMLR 1987, S. 660 f.

12 Zu dem Vorliegen des ausreichenden Zusammenhangs zum Gemeinsamen Markt im Hinblick auf die potentielle Erhöhung der Produktionskosten *Weinstock*, in: *Grabitz*, Abgestufte Integration, S. 318 f.

13 ABl. L 307 v. 27.11.1975, S. 22.

14 EuGH v. 18.3.1980, Rs. 92/79 (Kommission/Italien - Schwefelhöchstgehalt flüssiger Brennstoffe), Slg. 1980, S. 1115, 1122 (Rdnr. 8).

15 Vgl. das Beispiel bei *De Ruyt*, L'Acte Unique Européen, S. 167, das ein Paket von 17 Richtlinienvorschlägen zum Lärmschutz betrifft.

16 Allerdings hat die Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zu Art. 100 a EWGV folgende, in der Schlußakte zu EEA angenommene Erklärung abgegeben: "Die Kommission

EWGV ausdrücklich auf die Verwirklichung der Ziele des Art. 8 a EWGV. Gemäß Art. 8 a Abs. 1 EWGV trifft die Gemeinschaft die erforderlichen Maßnahmen, um bis zum 31.12.1992 den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen. Für den Begriff des Binnenmarktes enthält Art. 8 a Abs. 2 EWGV eine Legaldefinition, wonach dieser Markt einen Raum ohne Binnengrenzen umfaßt, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des EWG-Vertrages gewährleistet ist.¹⁷

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 100 a EWGV soll es, da die Regelung nach ihrem Wortlaut im Gegensatz zu Art. 100 EWGV kein "unmittelbares Auswirken" voraussetzt, grundsätzlich genügen, daß anzulegende nationale Vorschriften die für den Binnenmarkt relevanten Bereiche regeln, ohne daß es auf eine spezielle Auswirkung dieser mitgliedstaatlichen Vorschriften auf das Ziel der Binnenmarktrealisierung ankäme.¹⁸ Auch ist davon auszugehen, daß Verwendungsbeschränkungen für Produkte auf Art. 100 a EWGV gestützt werden können.¹⁹ Dafür spricht neben dem Ziel der Binnenmarktrealisierung insbesondere die neuere Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EWGV, nach der solche Beschränkungen grundsätzlich Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen darstellen.²⁰

1.3.2 Rechtsgrundlage für umweltschützende Vorschriften

Wie die Ausführungen zu den Voraussetzungen des Art. 100 a I EWGV und zu dem Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und Art. 130 r EWGV zeigen, können produktbezogene Umweltschutzvorschriften grundsätzlich auf Art. 100 a EWGV gestützt werden.²¹

Fraglich ist, ob auch bei der Schaffung umweltschützender Normen auf der Grundlage des Art. 100 a EWGV der Subsidiaritätsgedanke des Art. 130 r IV EWGV Anwendung findet. Dann wäre jeweils zu prüfen, ob im produktbezogenen Bereich der Umweltschutz besser auf Gemeinschaftsebene geschützt werden kann.²² Begründet wird

wird bei ihren Vorschlägen nach Art. 100 a EWGV der Rechtsform der Richtlinie den Vorzug geben, wenn die Angleichung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Änderung gesetzlicher Vorschriften erfordert."

17 Sehr kritisch zu der Definition *Pescatore*, EuR 1986, S. 157 mit Fußn. 4.

18 *Glaesner*, CDE 1989, S. 617; vgl. auch *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 385; auch hier kann es aber eine Rolle spielen, ob Art. 3 h EWGV als kompetenzbeschränkend angesehen wird. Zu der Frage des Vorhandenseins nationaler Regelungen *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 129.

19 So *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 130; vgl. auch die entsprechenden rechtspolitischen Überlegungen bei *Seidel*, EA 1987, S. 554; a.A. *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 367.

20 Vgl. Teil 2, 2.1.3.1.

21 Vgl. Teil 2, 1.2.2.

22 Auf der Basis des "Erforderlichkeits- und Kooperationsprinzips" hält *Beyerlein*, UPR 1989, S. 363, insbesondere folgende Aspekte für überprüfungsbedürftig: Verzicht auf eine Rechtsangleichung in

diese Ansicht mit dem Argument, jede Rechtsangleichungsmaßnahme müsse sich an den Vertragszielen messen lassen, und diese Vertragsziele würden gerade auch durch Art. 130 r EWGV konkretisiert,²³ nachdem der EuGH bereits vor Einfügung der Art. 130 r - 130 t in den EWG-Vertrag den Umweltschutz als Gemeinschaftsziel im Sinne des Art. 2 EWGV anerkannt hatte.²⁴ Die Argumentation übersieht aber, daß der Subsidiaritätsgedanke spezifisch auf Umweltschutzaktivitäten bezogen ist und nicht daneben zu einer Einschränkung der Rechtsangleichungskompetenzen führen kann.²⁵ Im übrigen kommt diesem Gedanken auch gar keine Bedeutung zu, wenn gemeinschaftsrechtliche Umweltschutznormen als Mindestnormen verstanden werden.²⁶ Eindeutig ist hingegen, daß die sogenannte Querschnittsklausel des Art. 130 r II 1 EWGV, nach der die Erfordernisse des Umweltschutzes Bestandteil der anderen Gemeinschaftspolitiken sind,²⁷ auch im Rahmen der Gemeinschaftsaktivitäten nach Art. 100 a EWGV zu beachten ist.²⁸ Dieser Grundsatz wird verstärkt in Art. 100 a III EWGV, wonach die Kommission in ihren Vorschlägen nach Abs. 1 u.a. im Bereich Umwelt von einem hohen Schutzniveau ausgeht.²⁹

1.3.3 Verhältnis zu Art. 100 EWGV

Das Verhältnis des Art. 100 a EWGV zu Art. 100 EWGV ist nicht frei von Zweifelsfragen. Legt man die oben wiedergegebene Definition des Gerichtshofs dem Begriff des Gemeinsamen Marktes zugrunde, so scheint der Begriff des Binnenmarktes keine grundsätzlich neuen Elemente zu enthalten.³⁰ Er soll allerdings im einzelnen enger gefaßt sein als der Begriff des Gemeinsamen Marktes, weil er auf einen bestimmten Zeitpunkt, nämlich den 31.12.1992, hin ausgerichtet ist und weil er nicht die Befugnis zur

den Fällen, in denen bestehende nationale Vorschriften als gleichwertig anerkannt werden können; Befristung von Harmonisierungsrichtlinien, um Schutzstandards nicht länger als nötig festzuschreiben; Prüfung, ob Mitgliedstaaten in einer Richtlinie alternative Harmonisierungsmaßnahmen angeboten werden können. Regelmäßig sollen keine Verordnungen, sondern nur Richtlinien erlassen werden dürfen.

23 *Beyerlein*, a.a.O.

24 Diese Einschätzung wird vielfach geteilt, vgl. nur *Krämer*, EuGRZ 1988, S. 287 f.; *Glaesner*, CDE 1989, S. 615.

25 So auch *Pernice*, NVwZ 1990, S. 204.

26 Vgl. dazu unten 2.3.1.2.

27 Vgl. zu der auch institutionell zu fordernden Integration der Umweltpolitik *Koppen*, The European Community's Environmental Policy, S. 51 f.

28 Vgl. nur *Scheuing*, EuR 1989, S. 177 f. m.w.N.

29 Zu weitgehend *Kohlhepp*, DB 1989, S. 1457, nach dessen Ansicht offensichtlich eine Richtlinie, deren Inhalt kein "hohes Schutzniveau" beinhaltet, keine Sperrwirkung gegenüber nationalem Recht entfalten können soll.

30 Vgl. *Glaesner*, in: *Schwarze*, Der Gemeinsame Markt - Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 16 f.; *Steindorff*, ZHR Bd. 150 (1986), S. 689, betont als Unterscheidung aber "das klare Bekenntnis zum Binnenmarkt".

Formulierung der für den Gemeinsamen Markt "erforderlichen Gemeinschaftspolitiken" umfasse.³¹ Nach anderer Ansicht ist er weiter gefaßt, weil er die funktionale Begrenzung des freien Personenverkehrs nicht enthalte.³² Die damit angesprochenen Fragen³³ sind im vorliegenden Zusammenhang ohne Interesse, weil sie für den Bereich des Warenverkehrs keine weiterführenden Überlegungen enthalten. Einen Hinweis für die Abgrenzung von Art. 100 und 100 a EWGV bietet die dritte Erklärung der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, die der Schlußakte der Einheitlichen Europäischen Akte beigelegt und von der Konferenz angenommen wurde; sie lautet in ihrem ersten Absatz: "Die Konferenz möchte mit Art. 8 a den festen politischen Willen zum Ausdruck bringen, vor dem 1.1.1993 die Beschlüsse zu fassen, die zur Verwirklichung des in diesem Artikel beschriebenen Binnenmarktes erforderlich sind, und zwar insbesondere die Beschlüsse, die zur Ausführung des von der Kommission in dem Weißbuch über den Binnenmarkt aufgestellten Programms notwendig sind."³⁴ Auch wenn der Erklärung kein rechtsverbindlicher Charakter zukommt,³⁵ kann sie zur Auslegung des Begriffs "Binnenmarkt" herangezogen werden.³⁶ Dabei bringt die Formulierung "insbesondere" zum Ausdruck, daß die Fortschreibung des im Weißbuch vorgelegten Programms zu berücksichtigen ist. Im Ergebnis bezieht sich deshalb Art. 100 a EWGV praktisch gesehen in erster Linie auf diejenigen Harmonisierungsmaßnahmen, die zur Durchführung des von der Kommission vorgeschlagenen Programms mit dem Ziel der Errichtung des Binnenmarktes notwendig sind,³⁷ ohne daß damit aber eine Beschränkung verbunden wäre.³⁸

Nach Art. 100 a I S. 1 EWGV findet die nachstehende Regelung des Art. 100 a EWGV "in Abweichung von Art. 100 für die Verwirklichung der Ziele des Art. 8 a EWGV" Anwendung, "soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist". Für das Verhältnis der Vorschrift zu anderen Bestimmungen des EWG-Vertrags gilt damit: spezielle Rechtsgrundlagen, die sich auf bestimmte Grundlagen oder Politiken der Gemeinschaft beziehen, gehen weiterhin den allgemeinen Rechtsangleichungsbestimmungen vor;³⁹ bezieht sich eine Harmonisierungsmaßnahme entsprechend den oben dargestell-

31 *Beutler*, in: *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 47 f.; *Forwood/Clough*, ELR 1986, S. 385.

32 Vgl. *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 364 ff.; zu der Position des weitergefaßten Begriffs auch *Pernice*, NVwZ 1990, S. 204 f., der insofern auf Art. 43 III lit. b EWGV hinweist.

33 Ausführlich dazu *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 123 ff. m.w.N.

34 ABl. L. 169 v. 29.6.1987, S. 24; BGBl. 1986 II, S. 1113, 1114.

35 Die Erklärungen stellen entgegen der von *Pescatore*, EuR 1986, S. 167 f., geäußerten Ansicht keine Vorbehalte dar, vgl. dazu *Toth*, CLMR 1986, S. 804 ff.

36 *De Ruyt*, L'Acte Unique Européen, S. 168; *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 367; *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 124; a.A. *Toth*, CMLR 1986, S. 810 ff.

37 Vgl. *Glaesner*, CDE 1989, S. 382; skeptisch zur Aussagekraft des Programms *Everling*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1170.

38 Vgl. insofern *Vandermeersch*, ELR 1987, S. 418 f.

39 Vgl. nur *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 382.

ten Grundsätzen auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes, so ist Art. 100 a EWGV im Hinblick auf die abweichenden Bestimmungen über die Beschlußfassung des Rates und die Beteiligung des Parlaments als *lex specialis* gegenüber Art. 100 EWGV anzusehen.⁴⁰

1.4 Sonstige Vorschriften

1.4.1 Art. 43 EWGV

Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften mit Produktbezug können auch auf Art. 43 EWGV gestützt werden. Da es sich bei dieser Rechtsgrundlage um eine Spezialvorschrift handelt, darf in ihrem Anwendungsbereich nicht - auch nicht zusätzlich⁴¹ - auf die allgemeinen Rechtsangleichungskompetenzen zurückgegriffen werden. Art. 43 EWGV ermöglicht den Erlass gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften durch den Rat mit qualifizierter Mehrheit, soweit die Bereiche Landwirtschaft und Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen im Sinne von Art. 38 I EWGV betroffen sind, und zwar unter Beachtung der in Art. 39 EWGV niedergelegten Ziele. Die dadurch geschaffenen Regelungsbefugnisse umfassen grundsätzlich auch die Schaffung umweltschützender Normen.⁴² Das Verhältnis der Gemeinschaftskompetenzen zu den Kompetenzen der Mitgliedstaaten ist auf dem Agrarsektor im einzelnen nicht endgültig geklärt;⁴³ hinsichtlich der Wirkung von produktbezogenem Umweltschutzrecht ist aber davon auszugehen, daß dieses nur im Falle von Normwidersprüchen mitgliedstaatliche Maßnahmen unanwendbar werden läßt.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, wann gemeinschaftliches Umweltrecht aufgrund von Art. 43 EWGV erlassen werden muß und wann andererseits die Rechtsangleichungsvorschriften als Rechtsgrundlage herangezogen werden können. Diese Frage ist aktuell geworden durch einen Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über das Inverkehrbringen von EWG-zugelassenen Pflanzenschutzmitteln.⁴⁴ Der genannte Vorschlag basiert auf Art. 43 EWGV. Er stößt auf die Kritik der Bundesrepublik

40 *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 382; *Brammer*, Die Kompetenzen der EG im Bereich Binnenmarkt nach der EEA, S. 75; *Glaesner*, CDE 1989, S. 616; *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 132; a.A. *Gulmann*, CMLR 1987, S. 37; *Steindorff*, ZHR Bd. 150 (1986), S. 701; *Mathies*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1291 f.

41 Dies war früher allerdings höchst umstritten, vgl. zur früheren Praxis der Abstützung auf Art. 43 EWGV und Art. 100 EWGV nur *Rehbinder/Stewart*, Environmental Protection Policy, S. 19 f.

42 Vgl. insofern zur bisherigen Gemeinschaftstätigkeit *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 23 f.

43 Vgl. im einzelnen *Gilsdorf/Sack*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 43, Rdnr. 36 ff.; *Boest*, Die Agrarmärkte im Recht der EWG, S. 259 ff., der allerdings der grundsätzlichen Übertragungsmöglichkeit bundesstaatlicher Kompetenzmodelle ablehnend gegenübersteht.

44 ABl. C 89 v. 10.4.1989, S. 22.

Deutschland, Dänemarks und der Niederlande, die die vorgesehenen Anforderungen an die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln aus Umweltschutzgründen nicht für ausreichend halten; zu befürchten ist insbesondere ein Widerspruch zu der Trinkwasserrichtlinie⁴⁵, da deren strenge Werte bei unzureichender Kontrolle des Gebrauchs von Pestiziden nicht eingehalten werden können.⁴⁶ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß im Rahmen des Art. 43 EWGV die Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV keine Anwendung findet, Mitgliedstaaten von einer gemeinschaftsrechtlichen Maßnahme also nicht abweichen dürfen.⁴⁷ Insofern liegt es nahe, der Kommission zu unterstellen, sie habe den Richtlinienvorschlag gerade auch unter diesem Aspekt auf Art. 43 EWGV gestützt.⁴⁸ Über die Richtigkeit der Wahl der Rechtsgrundlage gibt diese Überlegung jedoch keinen Aufschluß. Für eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche des Art. 43 EWGV einerseits und des Art. 100 a I EWGV andererseits ist vielmehr von der neueren Rechtsprechung des EuGH auszugehen. In einem Verfahren nach Art. 173 EWGV hatte der Gerichtshof über die Wirksamkeit der Richtlinie 85/649/EWG des Rates zum Verbot des Gebrauchs von bestimmten Stoffen mit hormonaler Wirkung im Tierbereich vom 31.12.1985⁴⁹ zu entscheiden. Dabei stellte er grundsätzlich fest: "Aus der Gesamtheit der vorstehend analysierten Bestimmungen ergibt sich, daß Art. 43 EWGV die geeignete Rechtsgrundlage für jede Regelung über die Produktion und die Vermarktung der im Anhang II des Vertrages aufgeführten landwirtschaftlichen Erzeugnisse ist, die zur Verwirklichung eines oder mehrerer der in Art. 39 EWGV genannten Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik beiträgt. Solche Regelungen können die Harmonisierung der innerstaatlichen Bestimmungen auf diesem Gebiet einschließen, ohne daß es des Rückgriffs auf Artikel 100 EWGV bedarf."⁵⁰ Selbst wenn es auch Ziel einer angestrebten Maßnahme ist, eine Rechtsangleichung aus umweltpolitischen Gesichtspunkten herbeizuführen, ist Art. 43 EWGV als Rechtsgrundlage der Maßnahme zu wählen, soweit der Wirkungsbereich der Landwirtschaftspolitik betroffen ist.⁵¹ Dem-

45 RL 80/778/EWG des Rates über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch v. 15.7.1980, ABl. L 229 v. 30.8.1980, S. 11 m.Änd.

46 Vgl. SZ v. 10./11.3.1990, S. 33. Zu dem Zusammenhang zwischen der Verwendung von Pflanzenschutzmitteln und der Qualität des Grundwassers *Fleischhauer*, in: *Urff/Meyer*, Landwirtschaft, Umwelt und Ländlicher Raum, S. 239 f.; vgl. zu der Problematik auch *Umweltbundesamt*, Daten zur Umwelt 1988/89, S. 190, wo darauf hingewiesen wird, daß flächendeckende Daten zum Vorkommen von Pflanzenschutzmitteln im Rohwasser der Wasserwerke derzeit nicht vorliegen; Ergebnisse einer Einzeluntersuchung aber a.a.O., S. 303 f.

47 Vgl. allgemein unten 2.3.1.1 und für die hier angesprochene Situation *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 390.

48 Vgl. zu einem entsprechenden allgemeinen Bestreben der Kommission *Gottsmann*, Der Gemeinsame Agrarmarkt, II A 2, S. 9 f.

49 ABl. L 382 v. 31.12.1985, S. 228.

50 Vgl. EuGH v. 23.2.1988, Rs. 68/86 (Vereinigtes Königreich/Rat - Stoffe mit hormonaler Wirkung, Slg. 1988, S. 855, 896 (Rdnr. 14).

51 Vgl. insoweit bereits Teil 2, 1.2.2.

nach entspricht es der vertraglichen Konzeption, daß Richtlinien über das Verbot des Inverkehrbringens und der Anwendung von Pflanzenschutzmitteln⁵² allein auf Art. 43 EWGV gestützt werden.⁵³

1.4.2 Art. 75, 84 II EWGV

Für den Bereich der Verkehrspolitik sieht Art. 75 EWGV eine spezielle Rechtsgrundlage vor. Die Verkehrspolitik erfaßt den gesamten Vorgang der Erstellung von Beförderungsleistungen einschließlich der Maßnahmen zur Regelung des Verkehrs.⁵⁴ Sie bezieht sich auf Beförderungen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr (Art. 84 I EWGV), kann aber nach Art. 84 II EWGV auch auf die Bereiche der Schifffahrt und Luftfahrt ausgedehnt werden. Auch Art. 75 EWGV ist gegenüber den Art. 100, 100 a EWGV als spezielle Rechtsgrundlage anzusehen. Die Vorschrift eignet sich - nach Maßgabe der vorstehend genannten Grundsätze - auch für den Erlass umweltschützender Vorschriften.⁵⁵ Für die Einengung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch gemeinschaftliche, auf Art. 75 EWGV gestützte Vorschriften gelten die allgemeinen Regeln.

1.4.3 Art. 99 EWGV

Nach dem Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte sieht Art. 99 EWGV den Erlass von Bestimmungen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern vor, soweit diese Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes innerhalb der in Art. 8 a gesetzten Frist notwendig ist.⁵⁶ Damit wird eine rechtliche Verpflichtung des Rats zur Rechtsangleichung ausgesprochen. Auch wenn bisher entsprechende Maßnahmen nicht getroffen worden sind,⁵⁷ so wird in Zukunft der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten zur Schaffung fiskalisch gesteuerter Umweltpolitik im Produktbereich erheblich abnehmen, insbesondere weil Art. 99 EWGV keine Schutzklauseln enthält

52 Zur Notwendigkeit einer Harmonisierung auf diesem Gebiet aus ökologischen Gründen *Fleischhauer*, in *Urff/Meyer*, Landwirtschaft, Umwelt und Ländlicher Raum, S. 248.

53 *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 24; *Gilsdorf/Sack*, in *Grabitz*, EWGV, Art. 38, Rdnr. 18; auf "landwirtschaftliche Pflanzenschutzmittel" abstellend auch *Grabitz/Sasse*, Umweltkompetenz der Europäischen Gemeinschaften, S. 92.

54 *Frohnmeyer*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 74, Rdnr. 1.

55 Vgl. *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 25; ein Beispiel ist etwa die Begrenzung der Lärmbelästigung durch Flugzeuge.

56 Zu dieser Vorschrift als eigenständige Rechtsgrundlage *Wägenbaur*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 99, Rdnr. 20 ff.

57 Vgl. zu einer möglichen Standstillverpflichtung, wenn die geplante Richtlinie zur Einführung eines Annäherungsprozesses der Mehrwert- und Verbrauchssteuersätze (Vorschlag v. 7.8.1987, KOM (87) 324 endg.) erlassen worden sein wird, *Grabitz*, RIW 1989, S. 635 f.

und auch die Einfügung von solchen Klauseln in abgeleitete steuerrechtliche Vorschriften kaum zu erwarten ist.⁵⁸

2. Beschränkende Wirkung von Harmonisierungsmaßnahmen

2.1 Allgemeines zur beschränkenden Wirkung einer Harmonisierung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Berufung der Mitgliedstaaten auf die Schutzklausel des Art. 36 EWGV ausgeschlossen, wenn gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen eine abschließende Regelung im Hinblick auf die in dieser Vorschrift genannten Schutzgüter vorsehen.⁵⁹ Dabei ist von Bedeutung, daß Art. 36 EWGV nicht die Funktion hat, bestimmte Sachgebiete der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten vorzubehalten;⁶⁰ deshalb darf eine Normierung zum Schutz der in Art. 36 EWGV enthaltenen Güter auch auf EG-Ebene erfolgen. In diesem Zusammenhang hat der EuGH die unterschiedlichen Zielsetzungen von Art. 30 EWGV einerseits und Art. 100 EWGV andererseits folgendermaßen umschrieben: "Während [Art. 30] darauf gerichtet ist, abgesehen von genau bestimmten Ausnahmen unverzüglich alle mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen und alle Maßnahmen gleicher Wirkung zu beseitigen, liegt [Art. 100] die allgemeine Zielsetzung zugrunde, durch die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten die sich aus der Unterschiedlichkeit dieser Vorschriften ergebenden Hindernisse aller Art zu mildern."⁶¹ Die genannten Grundsätze gelten wegen der strukturellen Vergleichbarkeit⁶² ebenso für die sog. zwingenden Erfordernisse im Rahmen des Art. 30 EWGV; auch für deren Regelung besteht keine ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten.

Was die dogmatische Konstruktion für das Einwirken von Harmonisierungsmaßnahmen auf die nationalen Rechtsordnungen angeht, so wäre das Kompetenzmodell

58 Vgl. *Grabitz*, a.a.O., S. 636; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 203 f.; *Task Force*, Task Force Report on the Environment and the Internal Market, S. 2.22 ff.

59 EuGH v. 8.11.1979, Rs. 251/78 (Denkavit/Minister f. Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen - Gesundheitspolizeiliche Kontrollen), Slg. 1979, S. 3369, 3388 f. (Rdnr. 14): "Wenn in Anwendung des Art. 100 EWGV Richtlinien der Gemeinschaft die Harmonisierung der zur Gewährleistung des Schutzes der Gesundheit von Menschen und Tieren notwendigen Maßnahmen vorsehen und gemeinschaftliche Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung regeln, ist der Rückgriff auf Art. 36 EWGV nicht mehr gerechtfertigt"; EuGH v. 26.6.1980, Rs. 788/79 (Strafverfahren gegen Gilli u. Andres - Obstessig I, Slg. 1980, S. 2071, 2078 (Rdnr. 5); EuGH v. 23.3.1988, Rs. 216/84 (Kommission/Frankreich - Milchpulver), Slg. 1988, S. 793, 811 (Rdnr. 6).

60 EuGH v. 5.10.1977, Rs. 5/77 (C. Tedeschi/Denkavit Commerciale s.r.l. - Zusatzstoffe in Futtermitteln), Slg. 1977, S. 1555, 1576 (Rdnr. 35).

61 EuGH v. 9.12.1981, Rs. 193/80 (Kommission/Italien - Obstessig II), Slg. 1981, S. 3019, 3033 (Rdnr. 17).

62 Vgl. dazu Teil 2, 4.2.2.

immerhin dazu geeignet, Erklärungshilfe zu leisten, wenn die über Art. 100 und 100 a EWGV den EG-Organen eingeräumten Befugnisse als Einräumung einer konkurrierenden Kompetenz für die von der Rechtsangleichung erfaßten Materien angesehen werden.⁶³ Dann hätte folgendes zu gelten: Sobald die EG Rechtsangleichungskompetenzen ausübt, sind die Mitgliedstaaten nicht mehr zum Erlaß nationaler Regelungen befugt, und zwar in dem Umfang, der durch die gemeinschaftliche Regelung erfaßt wird. Die Reichweite wird für Richtlinien generell durch Art. 189 Abs. 3 EWGV festgelegt; danach dürfen Mitgliedstaaten von dem Ziel, d.h. von dem substantiellen Inhalt einer Richtlinie, nicht mehr abweichen, sondern dürfen lediglich die Richtlinie umsetzen. Konkret richtet sich die Beschränkung der mitgliedstaatlichen Kompetenz nach dem Richtlinieninhalt aus.⁶⁴ Jedoch ist nicht nur allgemein,⁶⁵ sondern insbesondere auch im Hinblick auf Begründung und Umfang der Sperrwirkung von Harmonisierungsmaßnahmen die Annahme nachträglich ausschließlicher Gemeinschaftskompetenzen umstritten.⁶⁶ Außerdem kann der Erklärungsansatz des Kompetenzmodells zu mißverständlichen Folgerungen gegenüber dem anerkannten Konzept des Anwendungsvorrangs führen, wenn Maßstäbe der nationalen Kompetenzordnung zur Beurteilung der verbleibenden Zuständigkeit verwendet werden.⁶⁷ Denn es ist nach der Rechtsprechung des EuGH keineswegs ausreichend, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber einen Bereich abschließend regeln wollte;⁶⁸ vielmehr entfaltet EG-Sekundärrecht Sperrwirkung für die Mitgliedstaaten nur dann, wenn tatsächlich Regelungen getroffen worden sind. Insofern muß der genaue Inhalt des Sekundärrechts einer Prüfung unterzogen werden.⁶⁹ Dies bedeutet im Ergebnis, daß im Sinne des Grundsatzes vom Anwendungsvorrang eine Ver-

63 *Schmeder*, Die Rechtsangleichung als Integrationsmittel der Europäischen Gemeinschaft, S. 61; *Bieber*, ELR 1988, S. 153 f.; *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 6.

64 Dabei soll an dieser Stelle nicht auf die Frage eingegangen werden, ob die inhaltliche Ausgestaltung von Richtlinien durch deren auf Umsetzung abstellende Rechtsnatur eingeschränkt wird; ausführlich zu der Problematik der Regelungsintensität *Bleckmann*, Europarecht, S. 69 f.

65 Vgl. Teil 2, 1.1.2.

66 Vgl. insofern den Diskussionsbericht von *Rabe*, EuR 1987, S. 179; zur Kritik an dem Kompetenzabgrenzungsmodell *Huthmacher*, Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei indirekten Kollisionen, S. 149 ff.

67 Zur Auslegung des Art. 72 I GG durch das Bundesverfassungsgericht, das bei der Frage, ob der Bundesgesetzgeber im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung eine abschließende Regelung für eine bestimmte Materie getroffen hat, insbesondere auf die gesetzgeberischen Motive abstellt: BVerfGE 1, 283, 296; 7, 342, 347; kritisch dazu *v.Olshausen*, Landesverfassungsbeschwerde und Bundesrecht, S. 159.

68 Obwohl grundsätzlich der EuGH bei Auslegung von Sekundärrecht auch subjektive Auslegungsgrundsätze, insbesondere die Motive des Gemeinschaftsgesetzgebers berücksichtigt, wenn er auf Begründungserwägungen Bezug nimmt, vgl. nur EuGH v. 22.3.1983, Rs. 42/82 (Kommission/Frankreich - Einfuhr italienischen Weins), Slg. 1983, S. 1013, 1041 (Rdnr. 26).

69 Vgl. zu der erforderlichen inhaltlichen Prüfung etwa EuGH v. 5.4.1979, Rs. 148/78 (Strafverfahren gegen Ratti - Gefährliche Zubereitungen), Slg. 1979, S. 1629, 1643 (Rdnr. 27); EuGH v. 8.11.1979, Rs. 251/78 (Denkavit Futtermittel GmbH/Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen - Gesundheitspolizeiliche Kontrollen), Slg. 1979, S. 3369, 3388 f. (Rdnr. 14).

drängung nationaler Vorschriften nur in den Fällen von Normwidersprüchen in Betracht kommt. Ein solcher Widerspruch liegt grundsätzlich auch vor, wenn Normen verschiedener Sachbereiche auf einen Sachverhalt anwendbar sind und zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen.⁷⁰ Gerade für den Bereich der Regelung der Schutzgüter des Art. 36 EWGV und der zwingenden Erfordernisse im Sinne des Art. 30 EWGV ist diese Formel jedoch zu modifizieren; Gemeinschaftsrecht kommt im Hinblick auf die erforderliche Sicherstellung des Schutzes nur insoweit ein Vorranganspruch zu, als das jeweils in Frage stehende Schutzgut tatsächlich geregelt worden ist.⁷¹

Hinsichtlich der Prüfungsreihenfolge für die Klärung der Frage, ob mitgliedstaatliche Maßnahmen mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, gilt zusammenfassend folgendes: Es ist immer zuerst zu untersuchen, ob der durch die in Frage stehende nationale Bestimmung angestrebte Schutz bereits durch gemeinschaftsrechtliche Vorschriften abschließend im oben dargestellten Sinn geregelt worden ist; fehlt eine gemeinschaftliche Regelung, so ist es nach ständiger Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich "Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, jeweils für ihr Hoheitsgebiet alle betreffenden Vorschriften zu erlassen."⁷² Im letztgenannten Fall bleibt zu prüfen, ob die nationale Bestimmung mit EG-Primärrecht in Einklang steht,⁷³ insbesondere ob eine Rechtfertigung über Art. 36 EWGV oder zwingende Erfordernisse im Sinne des Art. 30 EWGV möglich ist, wenn Art. 30 oder 34 EWGV berührt sind.⁷⁴

2.2 Verschiedene Formen der Harmonisierung

Grundsätzlich kann im Bereich der Rechtsangleichung zwischen totaler und optioneller Harmonisierung unterschieden werden.⁷⁵ Daß darüber hinaus weitere Ab-

70 *Huthmacher*, Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei indirekten Kollisionen, S. 127 f. m.w.N.

71 Vgl. *Langeheine*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 100, Rdnr. 70; so hat der EuGH in seinem Urteil v. 2.12.1980, Rs. 815/79 (Strafverfahren gegen G. Cremoni u. M.C. Vrankovich - Elektrische Betriebsmittel), Slg. 1980, S. 3538, 3609 (Rdnr. 10), den freien Verkehr von Betriebsmitteln als gewährleistet angesehen, wenn diese Betriebsmittel "den Sicherheitsanforderungen entsprechen, auf die sich die angeführten Vorschriften beziehen".

72 Vgl. nur EuGH v. 23.2.1988, Rs. 216/84 (Kommission/Frankreich - Milchpulver), Slg. 1988, S. 793, 811 (Rdnr. 6).

73 Vgl. auch *Steindorff*, RIW 1984, S. 768 ff., der meint, die EG könne grundsätzlich durch eigene Regeln hinsichtlich der Schutzgüter des Art. 36 EWGV und der zwingenden Erfordernisse keine ausschließliche Zuständigkeit erlangen; zu überprüfen bleibe lediglich, ob die mitgliedstaatliche Maßnahme erforderlich sei; anderes habe aber zu gelten, wenn Harmonisierungsvorschriften erlassen worden sind.

74 Vgl. etwa EuGH v. 28.1.1986, Rs. 188/84 (Kommission/Frankreich - Holzbearbeitungsmaschinen), Slg. 1986, S. 419, 435 (Rdnr. 13).

75 *Bieber*, in: *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 384; *Krämer*, EEC Consumer Law, S. 43. Bei den im folgenden behandelten Harmonisierungsstrategien handelt es sich nach der Definition von *Grabitz/Iliopoulos*, in: *Grabitz*, Abgestufte Integration, S. 33 ff., um Formen der vollständigen Integration; die unvollständige Integration soll hingegen durch gemein-

stufungen möglich sind, wird insbesondere durch die Rechtsetzungspraxis auf dem Gebiet des Umweltschutzrechts bestätigt.⁷⁶ Diese Abstufungen sind für die Bestimmung des Gestaltungsspielraums, der den Mitgliedstaaten nach erfolgter Rechtsangleichung verbleibt, von Bedeutung.⁷⁷ Nicht eingegangen wird im folgenden auf die sog. neue Harmonisierungsstrategie, die aus den in der Einleitung genannten Gründen⁷⁸ später gesondert darzustellen ist.⁷⁹

-- *Totale Harmonisierung* bedeutet, daß die Voraussetzungen für das Inverkehrbringen eines Produkts auf Gemeinschaftsebene verbindlich festgesetzt werden, ein Abweichen der Mitgliedstaaten von diesen Voraussetzungen also nicht zulässig ist.⁸⁰ Beziehen sich die Rechtsangleichungsvorschriften etwa auf das Inverkehrbringen von bestimmten Produkten, so muß jeder Mitgliedstaat die den Vorschriften entsprechenden Produkte zulassen, während andererseits in der gesamten Gemeinschaft die übrigen Produkte der betreffenden Art vom Markt zu nehmen sind.⁸¹

-- *Optionelle Harmonisierung* überläßt die Wahl zwischen den von der EG geforderten Voraussetzungen und denen des Mitgliedstaates; ein Mitgliedstaat muß aber in jedem Fall die Einfuhr derjenigen Produkte eines anderen Mitgliedstaates zulassen, die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen entsprechen, umgekehrt ein Importeur also entweder den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen oder denjenigen des Importstaates nachkommen. Das bedeutet im Ergebnis zwar keine Einschränkung der mitgliedstaatlichen Gestaltungsmöglichkeiten, aber eine Einschränkung der Wirkungen von nationalem Recht im Hinblick auf die notwendige Zulassung von Produkten, die den EG-Bestimmungen entsprechen.⁸²

schaftsrechtliche Ausnahmen von einzelnen Integrationsmaßnahmen gekennzeichnet sein, wobei im Fall von unbefristeten Ausnahmen von "abgestufter Integration" gesprochen wird, a.a.O., S. 40 ff.; auf entsprechende Ausnahmen ist an dieser Stelle nicht näher einzugehen.

76 Die folgenden Ausführungen basieren auf der Studie von *Rehbinder/Stewart*, Environmental Protection Policy, S. 7 ff.; vgl. auch *Binder*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 171 f., und für das Produktsicherheitsrecht *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 254 ff.

77 Zu der Erforderlichkeit der Abstufungen im Sinne des Umweltschutzes *Weinstock*, in: *Grabitz*, Abgestufte Integration, S. 319 ff.

78 Einleitung, 2.

79 Vgl. unten Teil 4.1.

80 *Grabitz/Iliopoulos*, in: *Grabitz*, Abgestufte Integration, S. 33, bezeichnen diese Form der Harmonisierung als "Einheitsregelung".

81 Vgl. nur *Waelbroeck*, CDE 1988, S. 248.

82 Deshalb und wegen der Möglichkeit, nationale Vorschriften zu erlassen, die das EG-Schutzniveau unterschreiten, äußert *Scheuing*, EuR 1989, S. 167 f., Kritik an der Verwendung dieser Rechtsangleichungsmethode im Umweltschutzrecht. Zu dem grundsätzlichen Vorteil der Anpassungsmöglichkeiten für die Industrie *Schmeder*, Die Rechtsangleichung als Integrationsmittel der Europäischen Gemeinschaft, S. 72.

-- *Harmonisierung von Mindestanforderungen* bedeutet, daß gemeinschaftsrechtlich lediglich die minimalen Erfordernisse festgesetzt werden; den Mitgliedstaaten verbleibt die Möglichkeit, strengere Voraussetzungen zu fordern.⁸³

-- *Alternative Harmonisierung* liegt in den Fällen vor, in denen verschiedene Kontrollmaßstäbe oder Überwachungsmöglichkeiten gemeinschaftsrechtlich vorgesehen werden.⁸⁴

2.3 Ausnahmemöglichkeiten nach Art. 100 a IV EWGV

2.3.1 Anwendungsbereich und Wirkung

2.3.1.1 Abgrenzung des Anwendungsbereichs

Die in Art. 100 a IV EWGV vorgesehenen Möglichkeiten des nationalen Abweichens von Harmonisierungsmaßnahmen sind grundsätzlich nur dann eröffnet, wenn diese Harmonisierungsmaßnahmen auf Art. 100 a I EWGV gestützt worden sind. Die Nichtanwendbarkeit auf im Rahmen des Art. 100 EWGV erlassene Richtlinien ergibt sich eindeutig aus der Stellung der Vorschrift. Wurden also gemeinschaftsrechtliche Vorschriften auf der Rechtsgrundlage des Art. 100 EWGV getroffen und später auf der Grundlage des Art. 100 a EWGV geändert, so besteht eine Möglichkeit zur Anwendung strikteren nationalen Umweltschutzrechts grundsätzlich nur in dem Umfang, in dem Änderungen eingetreten sind. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig eine Beschränkung auf die Änderungsvorschriften selbst. Vielmehr können auch einzelne Änderungen in der Sache bedeuten, daß auch die unveränderten Normen neu überdacht worden sind und damit eine Bestätigung auf der Rechtsgrundlage des Art. 100 a EWGV erfahren haben. Allerdings muß sich ein entsprechender Wille aus den Änderungsvorschriften ableiten lassen. Dies ist nicht bereits bei jeder Änderung einzelner Vorschriften der Fall, kann aber etwa dann angenommen werden, wenn ein bestimmtes Rechtsgebiet einer durchgreifenden Änderung unterzogen wird.⁸⁵

Was die Harmonisierungstätigkeit im Rahmen des Art. 100 a I EWGV angeht, so ist die Anwendbarkeit der Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV auch zu bejahen, wenn die Rechtsangleichungsmaßnahmen abschließende Regelungen darstellen; das ergibt sich aus dem Zweck dieser Bestimmung, die gerade Ausnahmen von harmonisiertem

83 Vgl. zu dieser Harmonisierungsmethode im Umweltschutzrecht *Krämer*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Anhang Umweltpolitik, Rdnr. 41.

84 Vgl. zu dieser auch als "alternative Regelungen" beschriebenen Methode *Grabitz/Iliopoulos*, in: *Grabitz*, Abgestufte Integration, S. 36.

85 Insofern kann auf die allerdings nicht unumstrittene Rechtsprechung des BVerfG, die den ähnlich gelagerten Fall der Übernahme vorkonstitutioneller Regelungen betrifft, verwiesen werden, grundlegend BVerfGE 11, 126, 129 ff. (ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 44, 322, 337).

Recht zulassen soll.⁸⁶ Umgekehrt werden die bisher bestehenden mitgliedstaatlichen Möglichkeiten eines "opting out" in den Fällen, in denen der nationale Gestaltungsspielraum wegen nicht abschließender Harmonisierung von vornherein unberührt bleibt, nicht eingeschränkt.⁸⁷

Fraglich ist aber das Verhältnis des Art. 100 a IV EWGV zu Durchführungsmaßnahmen der Kommission. Gemäß Art. 145 EWGV, der durch die Einheitliche Europäische Akte ergänzt worden ist,⁸⁸ überträgt der Rat der Kommission die Befugnisse zur Durchführung derjenigen Rechtsakte, die er erläßt (Spiegelstrich 3);⁸⁹ er kann dabei die Modalitäten für die Ausübung dieser Befugnisse festlegen. Zwar besteht für den Rat die Möglichkeit, die Durchführung zu kontrollieren, jedoch gehört die Ausübung der übertragenen Befugnisse nach Art. 155 Spiegelstrich 4 EWGV zu den Aufgaben der Kommission.⁹⁰ Deshalb wird zum Teil Art. 100 a IV EWGV bei Durchführungsmaßnahmen der Kommission für nicht anwendbar gehalten.⁹¹ Gegen diese Ansicht spricht aber, daß bei einer Delegation nicht mehr Rechte übertragen werden können, als dem Übertragenden zustehen. Die gesetzgeberischen Möglichkeiten des Rates sind von vornherein durch die mitgliedstaatlichen Abweichungsmöglichkeiten beschränkt, und von dieser Beschränkung kann der Rat die Kommission nicht im Wege der Befugnisübertragung freistellen. Im übrigen ist - ungeachtet des Hinweises, daß die Kommission praktisch das vom Rat beschlossene Schutzniveau, etwa bei Anpassung von Richtlinien an den technischen Fortschritt, nicht absenken wird⁹² - allgemein davon auszugehen, daß der Erlaß von Durchführungsmaßnahmen nur in dem Umfang zulässig ist, in dem durch diesen inhaltliche Positionen nicht abgeschwächt werden.⁹³

86 Vgl. nur *Scheuing*, EuR 1989, S. 167; die gegenteilige Ansicht wird, soweit ersichtlich, nur von *Mathies*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 36, Rdnr. 9 a, vertreten, ohne aber auf den Schutzzweck des Art. 100 a IV EWGV abzustellen.

87 Dazu nur *Montag*, RIW 1987, S. 940.

88 Vgl. zum vorher schon bestehenden Verfahren zum Erlaß von Durchführungsrecht *Bieber*, in: *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 196 f.

89 Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob der Rat zur Übertragung verpflichtet ist, vgl. dazu *Schweitzer*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 145, Rdnr. 20 ff.; bejahend *Blumann*, RTDE 1988, S. 23 ff.

90 Für die tatsächliche Durchführung ist der Beschluß 87/373/EWG des Rates vom 13.7.1987, ABl. L 197 v. 8.7.1987, S. 33 von Bedeutung; bei der EG-Kommission sind Ausschüsse gebildet worden, die mit Beamten der Mitgliedstaaten besetzt sind und dadurch die Einflußmöglichkeit des Rates erhöhen, vgl. dazu *Meng*, ZaöRV Bd. 48 (1988), S. 208 ff. Das Parlament hat versucht, den genannten Beschluß im Wege einer Klage nach Art. 173 EWGV anzufechten; diese Klage hat der EuGH aber wegen fehlender Aktivlegitimation als unzulässig abgewiesen, EuGH v. 27.9.1988, Rs. 302/87 (Parlament/Rat), noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht.

91 So im Ergebnis *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 390 f.; *Glaesner*, CDE 1989, S. 620.

92 *Langeheine*, EuR 1988, S. 247, der hinzufügt, daß im gegenteiligen Fall die "Anwendung des Gedankens aus Art. 100 a IV EWGV zu erwägen" sei.

93 *Bieber*, ÖZöRV Bd. 39 (1988), S. 232; vgl. allgemein zur Abgrenzung von Grund- und Durchführungsmaßnahmen *Bruha/Münch*, NJW 1987, S. 544.

2.3.1.2 Wirkung im Integrationsprozeß

Bevor auf die Voraussetzungen des Art. 100 a IV EWGV im einzelnen eingegangen wird, soll dessen Wirkung im Integrationsprozeß beleuchtet werden. Grund dafür ist zum einen der Umstand, daß an dieser Vorschrift zum Teil harsche Kritik geübt wurde, und zum anderen die allgemeine Erwägung, daß ein angemessenes Verständnis der Norm deren Bedeutung für den politischen Einigungsprozeß mitberücksichtigen muß.

Die Kritik an Art. 100 a IV EWGV und der durch die Einheitliche Europäische Akte eingeführten Harmonisierungsvorschrift allgemein wurde besonders vehement von *Pescatore* vorgetragen. Nach dessen Ansicht stellen die neuen Bestimmungen darauf ab, die "bestehende Rechtsprechung lahmzulegen"; die Aufzählung der in Art. 100 a IV EWGV enthaltenen Schutzgüter wird folgendermaßen kommentiert: "Die Tür scheint weit geöffnet für den Einbruch einer Flut des Protektionismus in den Gemeinsamen Markt, und das große Versprechen des 'Raums ohne Binnengrenzen' droht in sein Gegenteil verkehrt zu werden."⁹⁴ Diese Kritik verkennt, daß die Möglichkeit des Abweichens von Harmonisierungsmaßnahmen zuerst einmal eine Kompensation für die durch Art. 100 a I EWGV eingeführten Mehrheitsentscheidungen des Rates darstellt; solange der einstimmige Ratsbeschluß Voraussetzung einer Rechtsangleichungsmaßnahme war, konnten Harmonisierungen von den Staaten verhindert werden, die ein Absinken des Schutzniveaus befürchteten. Dies belegt das Beispiel der Haltung Dänemarks in den Jahren 1985/86 zur Modifizierung der Richtlinie 70/220/EWG über Maßnahmen gegen Verunreinigung der Luft durch Kraftfahrzeugmotoren;⁹⁵ die damals geplanten Maßnahmen sahen eine Verringerung des Schadstoffausstoßes von sog. Kleinwagen (Hubraum unter 1400 ccm) vor, die der dänischen Regierung als unzureichend erschienen. Das paradoxe Ergebnis der verweigerten Zustimmung war, daß weiterhin die Werte der Änderungsrichtlinie aus dem Jahre 1983 galten,⁹⁶ die gegenüber dem Ratskompromiß von 1985 um fast 50 % schlechtere Werte vorsah.⁹⁷ Die jetzt bestehende Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen, die dazu beitragen soll, ähnliche Fälle zu vermeiden,⁹⁸ wäre politisch ohne entsprechenden Minderheitenschutz nicht durchsetzbar gewesen.

In der Zeit nach Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte hat sich daneben aber auch ein weiterer Effekt der Schutzklausel nach Art. 100 a IV EWGV gezeigt. Die Kommission bemüht sich regelmäßig schon bei ihren Vorschlägen,⁹⁹ die Inanspruch-

94 EuR 1986, S. 160 f.

95 Vom 20.3.1970, ABl. L 76 v. 6.4.1970, S. 1 m. Änd.

96 RL 83/351/EWG v. 16.6.1983, ABl. L 197 v. 20.7.1983, S. 1.

97 Vgl. dazu *Corcelle*, RMC 1986, S. 125, 127, 130.

98 Die Wirkung hat sich bestätigt durch den Erlaß der RL 88/76/EWG zur Änderung der RL 70/220/EWG, vgl. *Corcelle*, RMC 1989, S. 517.

99 Vgl. zu den Einflußmöglichkeiten der Kommission *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 391.

nahme des Art. 100 a IV EWGV durch Mitgliedstaaten zu verhindern.¹⁰⁰ Grund dafür ist die Überlegung, daß eine Harmonisierungsmaßnahme die mit ihr intendierte Wirkung nur erzielen kann, wenn sie möglichst weitgehend von allen Mitgliedstaaten akzeptiert wird. Der drohende nationale Alleingang an sich führt also dazu, daß ganz im Sinne von Art. 100 a III EWGV bei Rechtsangleichungsvorschlägen von einem hohen Umweltschutzniveau ausgegangen wird.¹⁰¹ Betrachtet man es auf der Grundlage der Querschnittsklausel des Art. 130 r II 2 EWGV als Ziel der Gemeinschaft, qualitatives Wachstum zu fördern und einen Binnenmarkt unter ausreichender Berücksichtigung ökologischer Erfordernisse zu schaffen,¹⁰² so entfaltet Art. 100 a IV EWGV keine des-integrative, sondern vielmehr eine an den erforderlichen Qualitätszielen gemessene integrative Wirkung. Gerade der letztgenannte Umstand sollte als ausreichender Grund dafür angesehen werden, daß die methodisch zweifelhafte Regel der engen Auslegung von Ausnahmevorschriften¹⁰³ auf die Interpretation von Art. 100 a IV EWGV keine Anwendung finden kann.¹⁰⁴ Der Zusammenhang mit Art. 100 a III und Art. 130 r II 2 EWGV führt zu der Folgerung, Art. 100 a IV EWGV nicht nur als Minderheitenschutz-klausel, sondern auch als sachliche Mindestschutzklausel aufzufassen.¹⁰⁵

2.3.2 Voraussetzungen

2.3.2.1 Zustimmung des Mitgliedstaates

Nach einer verbreiteten Auffassung soll sich ein Mitgliedstaat dann nicht mehr auf Art. 100 a IV UAbs. 1 EWGV berufen dürfen, wenn er selbst der Harmonisierungsmaßnahme zugestimmt hat, d.h. diese entweder nicht abgelehnt oder sich der Stimme enthalten hat.¹⁰⁶ Diese Ansicht kann sich nicht auf den Wortlaut der Vorschrift berufen, denn eine solche Einschränkung ist nicht ausdrücklich festgelegt worden. Gestützt wird das Ergebnis vielmehr mit dem bereits angesprochenen Zweck des Art. 100 a IV EWG. Wenn die Bestimmung dem Schutz der überstimmten Mitgliedstaaten dient, scheint es

100 Auch heute gilt noch die von *Van Voorst tot Voorst/Van Dam*, CMLR 1988, S. 703, getroffene Feststellung, daß die Schutzklausel bisher nicht in Anspruch genommen wurde.

101 Zu diesem Zusammenhang *Scheuing*, EuR 1989, S. 169; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 206.

102 So auch *Soell*, NuR 1990, S. 157.

103 Vgl. bereits Teil 2, 3.1.1.

104 Ähnlich *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 143.

105 Vgl. *Scheuing*, EuR 1989, S. 171 m.w.N.

106 *Langeheine*, EuR 1988, S. 248; *Glaesner*, CDE 1989, S. 621, unter Aufgabe der zuvor in: *Schwarze*, *Der gemeinsame Markt - Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive*, S. 26 f., geäußerten Ansicht; *Meier*, NJW 1987, S. 540; *Matthies*, in: *Festschrift f. Steindorff*, S. 1297. Daß die Stimmenthaltung nicht zu einem Verlust der Abweichungsmöglichkeit führen kann, ergibt sich schon aus deren Funktion nach Art. 148 EWGV im Rahmen von mit qualifizierter Mehrheit zu fällenden Beschlüssen.

nicht beabsichtigt, auch den Staaten, die der jeweiligen Abstimmungsmehrheit angehören, ein Abweichen zu gestatten.¹⁰⁷

Jedoch wurde bereits eingangs festgestellt, daß sich der Zweck des Art. 100 a IV EWGV nicht auf den Minderheitenschutz beschränkt. Deshalb ist zu berücksichtigen, welche Auswirkungen die Vorschrift auf den politischen Einigungsprozeß haben wird, wenn sie gemäß der genannten Auffassung ausgelegt wird.¹⁰⁸ Erkennt ein Mitgliedstaat bei den Verhandlungen im Rat, daß eine Harmonisierung auf dem für erforderlich gehaltenen Schutzniveau nicht zustandekommen und auch eine ausreichende Schutzklausel nach der Maßgabe des Art. 100 a V EWGV¹⁰⁹ nicht eingefügt werden wird, so bliebe ihm nur übrig, der geplanten Maßnahme nicht zuzustimmen, weil sonst auch die Möglichkeit ausgeschlossen wäre, auf Art. 100 a IV EWGV zurückzugreifen. Das kann dazu führen, daß der Rechtsakt insgesamt nicht zustande kommen wird, also auch ein Mindestschutz für die Umwelt nicht erzielt werden kann, und zwar insbesondere dann, wenn mehrere Mitgliedstaaten einen höheren Schutz wünschen.¹¹⁰ Im Ergebnis besteht damit die Gefahr einer Verhinderung jeglicher Rechtsangleichung, Art. 100 a IV EWGV würde eine kontraproduktive Wirkung entfalten.¹¹¹ Diese Überlegungen sprechen dafür, das Abweichen gemäß Art. 100 a IV EWGV nicht nur den majorisierten Mitgliedstaaten zu gestatten.¹¹² Zwar wird dagegen eingewendet, eine Rechtsangleichung bringe nur dann einen Vorteil, wenn zumindest "ein harter Kern von Mitgliedstaaten ... zur Anwendung der gemeinschaftlichen Maßnahmen bereit ist."¹¹³ Diese Bereitschaft ist jedoch keineswegs ausgeschlossen. Zum einen besteht sie insofern, als Mindestregelungen jedenfalls eingehalten werden sollen. Zum anderen ist es insbesondere der Sinn der hier befürworteten Auslegung, einem Mitgliedstaat die Zustimmung schon dann zu erleichtern, wenn er sich nicht sicher sein kann, ob ohne seine Zustimmung der Rechtsakt überhaupt erlassen würde.¹¹⁴

107 So *Jacqué*, RTDE 1986, S. 600; *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 394 f.

108 In der Tat kommt es daneben nicht darauf an, den vom EuGH zu Art. 173 EWGV herausgearbeiteten Grundsatz, daß auch ein im Rat zustimmender Mitgliedstaat eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit des entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Akts erreichen kann, zu übertragen, vgl. *Glaesner*, CDE 1989, S. 621.

109 Eine solche Schutzklausel würde die Mitgliedstaaten nur ermächtigen, vorläufige Schutzmaßnahmen zu treffen.

110 Vgl. auch in diesem Zusammenhang die Stimmengewichtung nach Art. 148 II EWGV.

111 Vgl. zur Bedeutung des "effet utile" bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts nur *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 109 m.w.N.

112 So auch *Montag*, RIW 1987, S. 942; *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 369 f.; *Grabitz/Zacker*, NVwZ 1989, S. 300 f.; *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 11; *Scheuing*, EuR 1989, S. 171; *Soell*, NuR 1990, S. 160.

113 *Langeheine*, EuR 1988, S. 248; zustimmend *Binder*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 176 f.

114 Nach *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 146, ist jedoch "im Interesse der Klarheit des Entscheidungsprozesses und der Rechtssicherheit eine entsprechende substantiierte Erklärung des Vorbe-

2.3.2.2 Mehrheitsbeschluß

Nach dem Wortlaut des Art. 100 IV UAbs. 1 EWGV kann ein Mitgliedstaat abweichende nationale Bestimmungen anwenden, "wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit eine Harmonisierungsentscheidung erlassen hat." Das spricht dafür, daß bei einstimmigen Beschlüssen ein Abweichen ausgeschlossen ist.¹¹⁵ Begründet wird dieses Ergebnis auch mit dem Zweck der Vorschrift, der im wesentlichen darin besteht, einem majorisierten Mitgliedstaat die Möglichkeit des Beibehaltens eines höheren Schutzniveaus einzuräumen.¹¹⁶

Da nach der hier vertretenen Ansicht der genannten Zwecksetzung keine entscheidende Bedeutung im Rahmen der teleologischen Auslegung zukommen kann, ist es angebracht, auf das Wortlautargument näher einzugehen. Gegen das obenstehende Verständnis des auf den ersten Blick klar scheinenden Wortlauts wurde folgendes eingewendet: im Hinblick auf den Umstand, daß Art. 100 a IV EWGV von den Regierungsvertretern selbst unter politischem Druck und dementsprechend nicht mit besonderer sprachlicher Sorgfalt formuliert worden ist,¹¹⁷ könne der Hinweis auf die "qualifizierte Mehrheit" auch lediglich als Rückbezug auf Art. 100 a I EWGV zu verstehen sein; Art. 100 a I EWGV schließe aber nach einhelliger Ansicht einstimmige Beschlüsse nicht aus.¹¹⁸ Diese entstehungsgeschichtlich begründeten Zweifel können methodisch gesehen deshalb Berücksichtigung finden, weil die Bestimmungen der Einheitlichen Europäischen Akte - anders, als es für die Auslegung der Römischen Verträge angenommen wird¹¹⁹ - eine stärker am Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers orientierte grammatikalische Auslegung erlauben.¹²⁰ Auch im Zusammenhang mit der vorliegenden Problemstellung ist deshalb einer zweckgerichteten Interpretation der Vorzug zu geben. Was aber den Entscheidungsprozeß betrifft, so unterscheidet sich die Lage nicht grundsätzlich von derjenigen, die im Zusammenhang mit der Frage der Abweichungsmöglichkeit von zustimmenden Mitgliedstaaten erörtert wurde. Nach der 1987 erfolgten Än-

halts der Anwendung eines höheren eigenen Schutzniveaus vor der Abstimmung zu fordern"; ebenso *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 121; dagegen *Scheuing*, EuR 1989, S. 171, Fußn. 113.

115 *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 391; *Joerges/Falkel/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 369, Fußn. 257; *Glaesner*, CDE 1989, S. 620; *Matthies*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1297.

116 So *De Ruyt*, L'Acte Unique Européen, S. 171; *Langeheine*, EuR 1988, S. 246.

117 Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 389.

118 So die Argumentation von *Scheuing*, EuR 1989, S. 172.

119 Vgl. nur *Bleckmann*, Europarecht, S. 95 ff., 99.

120 In diesem Sinne dient die Entstehungsgeschichte als Interpretationsmittel für das Verständnis des Wortlauts selbst, ohne daß damit ein Vorrang der sog. subjektiven Auslegung verbunden wäre; ein anderes Ergebnis würde dem Haupteinwand gegen die historische Interpretation von Vertragsbestimmungen, der sich nicht auf die Nichtveröffentlichung der Materialien, sondern auf den dynamischen Charakter des auf Dauer angelegten Primärrechts gründet, widersprechen.

derung sieht die Geschäftsordnung des Rates¹²¹ erstmals Regelungen über die Abstimmung vor.¹²² Die Gewichtung der Stimmen der Ratsmitglieder bei Beschlüssen, für die eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, ergibt sich aus Art. 148 II EWGV. Eine Stimmenthaltung wirkt nicht als Zustimmung und erleichtert damit, anders als bei einstimmig zu fassenden Beschlüssen (Art. 148 III EWGV), das Zustandekommen von Rechtsakten nicht. Die Abstimmungsmodalitäten können dazu führen, daß bei der Abgabe von Gegenstimmen zumindest Unsicherheit über das Zustandekommen eines in Frage stehenden Rechtsaktes besteht. Soll aber die Inanspruchnahme der Schutzklausel bei einstimmigen Beschlüssen ausgeschlossen sein, so müßten sicherheitshalber alle Mitgliedstaaten, die zwar eine Harmonisierung für erforderlich, aber in der vorgeschlagenen Form noch nicht für ausreichend halten, auf eine Zustimmung verzichten und damit das Risiko eingehen, daß auch eine geringere Schutzverbesserung nicht erzielt werden kann.¹²³ Das spricht dafür, Art. 100 a IV EWGV auch bei einstimmigen Beschlüssen nach Art. 100 a I EWGV für anwendbar zu halten.¹²⁴ Im übrigen zeichnet sich im Schrifttum eine pragmatische Lösung ab, die den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumen will, einer geplanten Harmonisierungsmaßnahme unter dem Vorbehalt der Inanspruchnahme des Art. 100 a IV EWGV zuzustimmen.¹²⁵

2.3.2.3 Übrige Voraussetzungen

Nach Art. 100 a IV UAbs. 1 wird vorausgesetzt, daß ein Mitgliedstaat nationale Bestimmungen für erforderlich hält, die durch den Umweltschutz gerechtfertigt sind. Ermöglicht werden also nationale Sondervorschriften nur insoweit, als sie ein höheres Schutzniveau anstreben. Insoweit kann von Art. 100 a IV EWGV als von einer "Schutzverstärkungsklausel" gesprochen werden.¹²⁶ Aus der Formulierung des UAbs. 1 und dem in UAbs. 2 der Vorschrift niedergelegten Überprüfungsmaßstab, der sich auf Diskriminierungen und verschleierte Handelsbeschränkungen bezieht und damit die in

121 Geschäftsordnung vom 24.7.1979, ABl. L 268 v. 25.10.1979, S. 1; geändert durch Beschluß vom 20.7.1987, ABl. L 291 v. 15.10.1987, S. 27.

122 *Bieber*, ÖZöRV Bd. 39 (1988), S. 223, erscheint es allerdings fraglich, ob es überhaupt zu Abstimmungen im Rat kommen wird, obwohl er dies im Hinblick auf das zu verabschiedende Programm für erforderlich hält.

123 Dieses Argument hält auch *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 117 f., für ausschlaggebend. Zu der Gefahr des Nichtzustandekommens von Maßnahmen auch *Gulmann*, CMLR 1987, S. 38 f.

124 Vgl. zu diesem Ergebnis mit dem Argument, es sei Zweck des Art. 100 a IV EWGV, die Verwirklichung des Binnenmarktes mit dem Ziel des stets zu optimierenden, effektiven Umweltschutzes zu vereinbaren, *Pernice*, NVwZ 1990, S. 207; in der Tat spielt die Anwendbarkeit der Schutzklausel bei einstimmig gefaßten Beschlüssen insbesondere dann eine Rolle, wenn den Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit zu späterem Erlaß von strengerem nationalem Umweltschutzrecht eingeräumt wird, vgl. dazu unten 2.3.3.

125 *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 145.

126 *Scheuing*, EuR 1989, S. 167 ff., 170.

Art. 36 S. 2 EWGV niedergelegten Voraussetzungen aufgreift, ist ferner abzuleiten, daß entsprechende mitgliedstaatliche Bestimmungen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einhalten müssen.¹²⁷ Bei sachgerechter Anwendung dieses Grundsatzes werden alle angesprochenen Aspekte, mithin nicht nur Erforderlichkeit und Geeignetheit, sondern auch fehlende diskriminierende Wirkung, erfaßt. Insofern kann auf die Ausführungen im zweiten Teil¹²⁸ verwiesen werden.¹²⁹ Das gilt auch für die dort genannten Nachweisanforderungen,¹³⁰ die im Hinblick auf die vorgesehene Überprüfung durch die Kommission (Art. 100 a IV UAbs. 2 EWGV) und den Gerichtshof (Art. 100 a IV UAbs. 3 EWGV) nicht schon deshalb modifiziert werden, weil Art. 100 a IV UAbs. 1 EWGV nur davon spricht, daß der Mitgliedstaat die in Frage stehenden Bestimmungen für erforderlich hält.¹³¹

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Einfügung einer Schutzklausel nach Art. 100 a V EWGV die Inanspruchnahme des Art. 100 a IV EWGV im Hinblick auf die unterschiedlichen Funktionen beider Vorschriften und im Hinblick auf die unterschiedliche Reichweite der Möglichkeiten einer Abweichung nicht ausschließt.¹³²

2.3.3 Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten

Art. 100 a IV UAbs. 1 EWGV spricht davon, daß es ein Mitgliedstaat für erforderlich hält, "einzelstaatliche Bestimmungen anzuwenden." Daraus ergibt sich die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten bei Inanspruchnahme der Schutzklausel bestehen.

127 *Glaesner*, in: *Schwarze*, Der Gemeinsame Markt - Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 27 f.; *De Ruyt*, L'Acte Unique Européen, S. 174; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 207 f.; zu den dahinterstehenden integrationspolitischen Überlegungen *Møller*, EA 1987, S. 502; zu eng *Kohlhepp*, DB 1989, S. 1457.

128 Teil 2, 3.3.

129 Einschränkung für die Anerkennung der Gleichwertigkeit aber *Montag*, RIW 1987, S. 942, der insoweit in Art. 100 b EWGV eine Sondervorschrift sieht. Die genannte Vorschrift geht jedoch denkbarerweise in ihren Wirkungen über die bisherigen Anerkennungspflichten hinsichtlich eines tatsächlich gleichen Schutzniveaus in bestimmten Mitgliedstaaten hinaus; selbst wenn solche Wirkungen verneint werden, vgl. *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 138, so kann Art. 100 b EWGV jedenfalls nicht dazu dienen, bereits bestehende gegenseitige Anerkennungspflichten zu unterlaufen.

130 Vgl. zur Beweislast der Mitgliedstaaten nur *Pernice*, NVwZ 1990, S. 208; a.A. (Beweislast der Kommission) *Pescatore*, EuR 1986, S. 158.

131 Für eine Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Schutzkonzepts *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 118; diese ergibt sich aber schon aus allgemeinen Grundsätzen, vgl. Teil 2, 3.3.2.3.

132 Vgl. *Jacqué*, RTDE 1986, S. 599 f.; *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 150; a.A. mit der Behauptung, der durch beide Vorschriften jeweils verfolgte Schutzzweck sei gleich, *Glaesner*, in: *Schwarze*, Der Gemeinsame Markt - Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 26, und mit der Behauptung, die Inanspruchnahme des Art. 100 a IV EWGV erscheine bei bestehender Schutzklausel nach Art. 100 a V EWGV mißbräuchlich, *Meier*, NJW 1987, S. 540.

Der Wortlaut¹³³ soll nach einer Ansicht dafür sprechen, daß den Mitgliedstaaten lediglich das Recht eingeräumt worden ist, schon bestehende Vorschriften weiterhin zur Grundlage der innerstaatlichen Verwaltungstätigkeit zu machen.¹³⁴ Gestützt wird dies durch den Vergleich mit anderen Vorschriften;¹³⁵ im Gegensatz zu Art. 100 a IV UAbs.1 EWGV heißt es in Art. 130 t EWGV, die Mitgliedstaaten seien nicht gehindert, "verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen." Auch Art. 118 a III EWGV nennt ausdrücklich die Möglichkeit, Maßnahmen "beizubehalten oder zu treffen".¹³⁶ Andererseits wird der Wortlaut des Art. 100 a IV UAbs. 1 EWGV auch gegenteilig aufgefaßt.¹³⁷ Richtigerweise ist jedenfalls nicht zu leugnen, daß der Text selbst nicht eine Einführung strengere nationaler Schutzmaßnahmen nach zuvor erfolgter Harmonisierung ausschließt.¹³⁸ Gegen die Aussagekraft des Verweises auf Art. 130 t und 118 a III EWGV ist einzuwenden, daß in den letzteren Bestimmungen ausdrücklich von "Beibehalten und Ergreifen" nationaler Vorschriften gesprochen wird, weshalb im Vergleich dazu das "Anwenden" mitgliedstaatlicher Vorschriften als umfassenderer Begriff erscheint.¹³⁹

Die Regierung des Königreichs Dänemark hat zu Art. 100 a EWGV folgende Erklärung abgegeben:¹⁴⁰ "Die dänische Regierung stellt fest, daß in Fällen, in denen gemäß Art. 100 a erlassene Harmonisierungsmaßnahmen nach Ansicht eines Mitgliedstaats nicht höhere Erfordernisse in bezug auf die Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz oder im Sinne des Art. 36 sicherstellen, durch Art. 100 a IV gewährleistet wird, daß der betreffende Mitgliedstaat einzelstaatliche Maßnahmen treffen kann. Diese dienen der Verwirklichung der genannten Erfordernisse und dürfen keinen verschleierte Protektionismus darstellen."¹⁴¹ Aus der Erklärung kann nicht gefolgert werden, diese setze voraus, daß Art. 100 a IV EWGV nicht den Erlaß neuer Umweltschutzbestimmungen

133 In der englischen Fassung "apply", in der französischen "appliquer" und in der italienischen "applicare".

134 So *Langeheine*, EuR 1988, S. 249; *Krämer*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 155 f.; mit Hinweis auf die "Legitimation der Sperrwirkungs-Doktrin" *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 373; ohne Begründung *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 395; *Dauses*, EuZW 1990, S. 9.

135 *Bieber*, ÖZöRV Bd. 39 (1988), S. 232; *Grabitz/Zacker*, NVwZ 1989, S. 300. *Glaesner*, CDE 1989, S. 621, beruft sich für dieses Ergebnis auf Art. 5 EWGV, der als grundsätzliche Bestimmung aber gar nicht verletzt werden könnte, wenn Art. 100 a IV EWGV den Mitgliedstaaten weitergehende Handlungsmöglichkeiten eröffnet.

136 Ebenso spricht der schon vor Inkrafttreten der EEA bestehende Art. 109 I S. 1 EWGV davon, ein Staat könne "vorsorglich die erforderlichen Schutzmaßnahmen treffen."

137 So *Møller*, EA 1987, S. 503.

138 In diesem Sinn *Flynn*, CMLR 1987, S. 696.

139 Vgl. *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 109; *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 148.

140 Vgl. zum politischen Hintergrund dieser Erklärung *Gulmann*, CMLR 1987, S. 32 f.

141 ABl. L 169 v. 29.6.1987, S. 27; BGBl. 1986 II, S. 1113, 1115.

erlaube.¹⁴² Vielmehr kann sie nur den Sinn haben, das Verständnis der dänischen Regierung über die Auslegung des Art. 100 a IV EWGV zu dokumentieren, denn es ist kaum anzunehmen, daß die Vertreter Dänemarks der Ansicht waren, einen bereits festgestellten Inhalt einer Vertragsbestimmung durch ihre Erklärung ändern zu können. Die genannte Erklärung ist von der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten "zur Kenntnis genommen" worden. Sie besitzt keinen verbindlichen rechtlichen Charakter¹⁴³ und kann zur Auslegung des Art. 100 a IV EWGV auch deshalb nicht herangezogen werden, weil sie einseitig abgegeben wurde.¹⁴⁴

Da die Wortlautinterpretation zu keinem eindeutigen Ergebnis führt und auch die Erklärung Dänemarks rechtlich unergiebig ist, muß für die Beantwortung der hier gestellten Frage nach den Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten entscheidend auf Sinn und Zweck des Art. 100 a IV EWGV abgestellt werden. Wie bereits ausgeführt, sind diese darin zu sehen, daß zum einen Befürchtungen von Mitgliedstaaten vor Verwässerung des Schutzniveaus begegnet werden sollte, und zum anderen, daß die Vorschrift Teil eines Regelungsmechanismus ist, der die Verwirklichung des Binnenmarktes insbesondere auch mit der Durchsetzung erhöhter Umweltschutzstandards verbindet.¹⁴⁵ Diesen Zielen wird dadurch gedient, daß die Mitgliedstaaten nach dem Erlaß von auf Art. 100 a I EWGV gestützten Rechtsangleichungsmaßnahmen auch zur Einführung strengerer Umweltschutzbestimmungen befugt bleiben.¹⁴⁶ Denn Rechtsangleichungsmaßnahmen sind im Sinne einer effektiven Umweltschutzpolitik nicht nur zukünftig den neuen Entwicklungen der Technik und Forschung anzupassen,¹⁴⁷ sondern es spricht auch viel für die grundsätzliche Annahme, daß im Hinblick auf den sinkenden Integrationsdruck eine Fortschreibung auf Gemeinschaftsebene schwerer fällt als die erstmalige Angleichung von Rechtsvorschriften.¹⁴⁸ Dieses Ergebnis führt auch nicht zu einer übermäßigen Einschränkung der angestrebten wirtschaftlichen Integration in der EG,

142 So aber *Krämer*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 156; *Grabitz/Zacker*, NVwZ 1989, S. 300.

143 *Langeheine*, EuR 1988, S. 238, der es aber für nicht ausgeschlossen hält, "daß vom Inhalt dieser Erklärungen Einfluß auf das Verhalten der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten ausgeht."

144 Vgl. insofern EuGH v. 30.1.1985, Rs. 143/83 (Kommission/Dänemark - Lohngleichheit von Mann und Frau), Slg. 1985, S. 427, 436 (Rdnr. 13); *Everling*, in: *Bieber/Ress*, Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 426 ff.; ebenso im Ergebnis *Pernice*, NVwZ 1990, S. 207; a.A. *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 111 f.

145 Vgl. auch *Molkenbur*, DVBl. 1990, S. 681. Zu eng, lediglich auf die Beschleunigung einer Harmonisierung abstellend *Binder*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 177.

146 Im Ergebnis ebenso *Meier*, NJW 1987, S. 538; *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 10; *Scheuing*, EuR 1989, S. 171. Für eine Beschränkung auf die durch die jeweilige Umsetzungsfrist eingeräumte Zeitspanne *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 373.

147 Vgl. *Zuleeg*, NVwZ 1987, S. 284.

148 *Scheuing*, EuR 1989, S. 169.

wenn beachtet wird, daß durch diese Integration letztendlich nicht mehr lediglich ein quantitatives, sondern ein qualitatives Wachstum anzustreben ist.¹⁴⁹

Nur klarstellend soll darauf hingewiesen werden, daß die Abweichungsmöglichkeiten des Art. 100 a IV UAbs. 1 EWGV nicht die Bindung der Mitgliedstaaten an die vertraglichen Vorschriften über den freien Warenverkehr beeinflussen.

2.3.4 Zeitliche Anwendungsmöglichkeit

Zum Teil wird angenommen, die Mitgliedstaaten könnten die Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV nur zeitlich beschränkt in Anspruch nehmen. Dies wird gefolgert aus dem Bezug des Art. 100 a EWGV auf die Errichtung des Binnenmarktes und damit aus Art. 8 a I EWGV, nach dem die Gemeinschaft die erforderlichen Maßnahmen trifft, um bis zum 31.12.1992 den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen. Daraus ergebe sich, daß ab dem 1.1.1993 keine mitgliedstaatlichen Vorschriften mehr auf Art. 100 a IV EWGV gestützt werden dürfen; ein anderes Verständnis gefährde die gesamte Zielsetzung des gemeinschaftlichen Binnenmarktes.¹⁵⁰

Wenig überzeugend ist aber der Ausgangspunkt dieser Überlegung, wonach Art. 8 a EWGV einen zeitlichen Automatismus für die Vollendung des Binnenmarktes vorsehen soll. Dagegen spricht zum einen die von der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten abgegebene Erklärung zu dieser Vorschrift, auf die bereits hingewiesen wurde¹⁵¹ und deren Abs. 2 folgendermaßen lautet: "Die Festsetzung des Termins '31. Dezember 1992' bringt keine automatische rechtliche Wirkung mit sich." Darauf, daß diese Erklärung zur Auslegung des Art. 8 a EWGV herangezogen werden kann, wurde ebenfalls obenstehend eingegangen. Daneben spricht auch die Einfügung des Art. 100 b EWGV, der ein bestimmtes Verfahren für Vorschriften, die bis 1993 noch nicht angegelichen worden sind, dafür, dem in Art. 8 a genannten Termin keine strikte Bindungswirkung zukommen zu lassen.¹⁵² Da demnach die Einheitliche Europäische Akte keine zeitliche Automatik für die Schaffung des Binnenmarktes vorsieht, fällt die Anwendung des Art. 100 a EWGV nach dem 31.12.1992 nicht weg, und es bleiben dementsprechend die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten zur Abweichung von Harmonisierungsmaßnahmen nicht an einen festen Zeitpunkt gebunden.¹⁵³

149 Mit dem Argument, die Marktfreiheiten seien "qualitativ determiniert" auch *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 114 ff.

150 *Krämer*, in: *Rengeling*, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, S. 154 f.

151 Oben, 1.3.3.

152 Vgl. *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 141; *Dausies*, EuZW 1990, S. 10; dieser Aspekt wird auch als Frage nach einem Direkteffekt des Art. 8 a EWGV diskutiert, insofern ablehnend *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 370 ff.; *Van Voorst tot Voorst/Van Dam*, CMLR 1988, S. 695.

153 So auch *Gulmann*, CMLR 1987, S. 36 f.; *Langeheine*, EuR 1988, S. 250; zuzustimmen ist allerdings der Ansicht von *Glaesner*, CDE 1989, S. 622, der eine zeitliche Beschränkung insofern annimmt,

2.3.5 Notifizierungsverfahren

Will ein Mitgliedstaat die Vorschrift des Art. 100 a IV UAbs. 1 EWGV in Anspruch nehmen, so hat die Kommission nach Art. 100 a IV UAbs. 2 EWGV die betreffenden nationalen Bestimmungen zu bestätigen. Dieses Verfahren unterscheidet sich von anderen, durch nichtvertragliche Bestimmungen begründete Informationsverfahren,¹⁵⁴ weshalb die dort jeweils geregelten mitgliedstaatlichen Pflichten nicht auf das hier behandelte Notifizierungsverfahren übertragen werden können.¹⁵⁵ Die Kommission überprüft in dem Verfahren nach Art. 100 a IV UAbs. 2, daß die abweichenden nationalen Bestimmungen "kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und keine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen." Im Ergebnis bezieht sich die Überprüfung - wie bereits ausgeführt - auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wobei auch die in diesem Rahmen allgemein geltenden Nachweisanforderungen¹⁵⁶ gelten.¹⁵⁷

Art. 100 a IV UAbs. 2 EWGV nennt keinen Zeitpunkt für die Durchführung des Bestätigungsverfahrens. Es ist im Hinblick auf die erforderliche Rechtssicherheit davon auszugehen, daß ein Mitgliedstaat, der striktere Umweltschutzvorschriften anwenden will, die Kommission zuvor über diese Vorschriften unterrichten muß.¹⁵⁸ Bei Weiteranwendung bestehender Vorschriften trotz erfolgter Harmonisierung sollte die Unterrichtung spätestens bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist, bei Neuerlaß strikteren Umweltschutzrechts vor dessen Inkrafttreten erfolgen. Kommt ein Mitgliedstaat seiner Unterrichtungspflicht nicht nach, so wird man die betreffenden nationalen Bestimmungen wegen eines Verstoßes gegen wesentliche Verfahrensvorschriften für gemeinschaftsrechtswidrig halten müssen.¹⁵⁹ Unterschiedliche Ansichten bestehen über die Frage, ob der Bestätigung der Kommission konstitutiver oder lediglich deklaratorischer Charakter zukommt. Im erstgenannten Fall würde der Kommission die Befugnis zustehen, über die Wirksamkeit einer zu prüfenden mitgliedstaatlichen Vorschrift zu entscheiden. Zur Begründung wird auf die Vorschrift des Art. 93 III 2 EWGV¹⁶⁰, auf das in Art. 100 a IV UAbs. 3 vorgesehene Überprüfungsverfahren¹⁶¹ und das Erfordernis der Rechtssicher-

als die Gründe für abweichende nationale Maßnahmen noch nicht beseitigt sind, denn diese Einschränkung steht mit dem Zweck des Art. 100 a IV EWGV in Einklang.

154 Vgl. unten 3.2.

155 *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 119 f.

156 Vgl. oben, Teil 2, 3.3.

157 Dazu auch *Langeheine*, EuR 1988, S. 253, nach dem der abweichende Mitgliedstaat in jedem Fall die Beweislast für die Erforderlichkeit und Angemessenheit der strengeren Regeln trägt; a.A. für die Beweislast im Bestätigungsverfahren *Meier*, NJW 1987, S. 540.

158 Vgl. *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 395 f.; nach *Gulmann*, CMLR 1987, S. 39, soll hingegen eine spätere Bestätigung ausreichen.

159 So *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 149.

160 *Meier*, NJW 1987, S. 540.

161 *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 396 ff.

heit¹⁶² verwiesen.¹⁶³ In Art. 93 III 2 EWGV, der auf Art. 93 II EWGV verweist, ist aber der Kommission ausdrücklich das Recht eingeräumt worden, darüber zu entscheiden, ob der unterrichtende Mitgliedstaat seine Maßnahme aufzuheben oder umzugestalten hat; dem Wortlaut des Art. 100 a IV EWGV sind hingegen keine Anhaltspunkte für ein solch weitgehendes Entscheidungsrecht zu entnehmen. Das in Art. 100 a IV UAbs. 3 vorgesehene Überprüfungsverfahren vor dem EuGH kann von der Kommission oder einem Mitgliedstaat eingeleitet werden, um den behaupteten Mißbrauch der Befugnisse eines "anderen Mitgliedstaats" zu klären; da eine Aktivlegitimation des von den Harmonisierungsvorschriften abweichenden Mitgliedstaates nicht vorgesehen ist, spricht die Einführung des abgekürzten Vertragsverletzungsverfahrens eher umgekehrt dafür, daß die Kommission nach von ihr abgelehnter Bestätigung gegen die Anwendung der geprüften nationalen Bestimmung zur endgültigen Klärung den EuGH anrufen kann.¹⁶⁴ Gegen eine konstitutive Wirkung der Bestätigung durch die Kommission ist vor allem einzuwenden, daß die Kommission nach der Konzeption des EWG-Vertrags zwar als Hüterin der Verträge angesehen werden kann, ihr aber nicht die Entscheidung über die Rechtswirksamkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen zukommt.¹⁶⁵ Die Unsicherheit über eine mögliche Gemeinschaftswidrigkeit solcher Maßnahmen ist grundsätzlich alleine durch eine Entscheidung des Gerichtshofs zu beseitigen; hätte an diesem institutionellen Gefüge etwas durch Art. 100 a IV UAbs. 2 EWGV geändert werden sollen, so hätte es einer ausdrücklichen Klarstellung bedurft. Im Ergebnis ist deshalb die Wirksamkeit von solchen nationalen Regelungen, die auf Art. 100 a IV UAbs. 1 EWGV gestützt werden, nicht von einer Bestätigung der Kommission abhängig.¹⁶⁶ Vielmehr erweist sich das in Art. 100 a IV UAbs. 2 EWGV vorgesehene Verfahren als besonderes Informationsverfahren.¹⁶⁷

2.3.6 Vereinfachtes Überprüfungsverfahren

Nach Art. 100 a IV UAbs. 3 EWGV kann der EuGH von der Kommission oder einem Mitgliedstaat unmittelbar angerufen werden, wenn diese der Auffassung sind, daß ein anderer Mitgliedstaat die in Art. 100 a EWGV vorgesehenen Befugnisse mißbraucht. Ein weiteres Vorverfahren ist also nicht mehr erforderlich. Mitgliedstaaten steht die unmittelbare Klagemöglichkeit auch dann offen, wenn die Kommission die

162 *Flynn*, CMLR 1987, S. 698 ff.

163 Im Ergebnis auch *De Ruyt*, L'Acte Unique Européen, S. 172 f.

164 So auch *Montag*, RIW 1987, S. 942; *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 121.

165 *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 121.

166 Ebenso *Pernice*, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 12.

167 Nach *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 150, ist aber die Anwendung strikteren nationalen Rechts bis zur Entscheidung der Kommission aufzuschieben, ohne daß aber eine Lösung für den Fall, in dem die Kommission die Bestätigung verweigert, gegeben wird; a.A. insofern offensichtlich *Steindorff*, ZHR Bd. 150 (1986), S. 701.

betreffenden nationalen Bestimmungen eines anderen Mitgliedstaates nach Art. 100 a IV UAbs. 2 bestätigt hat.¹⁶⁸

Denkbar ist, daß die Kommission nach Anhebung des gemeinschaftlichen Schutzniveaus gegen die zuvor bestätigte Bestimmung gemäß Art. 100 a IV UAbs. 3 vorgeht, weil in einem solchen Fall die grundsätzliche Bindung an die eigene Entscheidung im Hinblick auf die geänderten Tatsachen entfallen kann.¹⁶⁹

3. Produktbezogenes Umweltschutzsekundärrecht

3.1 Allgemeines

Im folgenden sollen wichtige EG-Vorschriften auf dem Gebiet des produkt- und stoffbezogenen Umweltschutzrechts kurz dargestellt werden. Außer Betracht bleiben dabei weitgehend insbesondere lebensmittelrechtliche und arzneimittelrechtliche Bestimmungen;¹⁷⁰ ebenfalls verzichtet wird auf eine Darstellung des gemeinschaftlichen Abfallrechts.¹⁷¹ Der Grund dafür liegt zum einen in dem Umstand, daß diese Bestimmungen nach der einleitend vorgestellten Definition des Umweltschutzrechts nicht zum Kernbestand umweltschützender Normen gehören;¹⁷² dem läßt sich allerdings entgegenhalten, entsprechendes Gemeinschaftsrecht könne auch Auswirkungen auf mitgliedstaatliche Umweltschutzvorschriften haben, wenn es etwa um Inhaltsstoffe geht, die insgesamt verboten werden sollen und die z.B. in Arzneimitteln enthalten sind. Der andere und angesichts des möglichen Einwands gegen die erste Erwägung ausschlaggebende Grund ist, daß im Rahmen der vorliegenden Untersuchung eine Beschränkung erforderlich erscheint. Der dadurch in Kauf zu nehmende Nachteil der Unvollständigkeit wird aber zumindest teilweise dadurch ausgeglichen, daß die allgemeinen Grundsätze für die Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums auch für die nicht im einzelnen behandelten Probleme gelten.

Die Beantwortung der Frage, ob neben EG-Sekundärrecht mitgliedstaatliches Recht zur Anwendung gelangen kann, hängt nach den vorangestellten grundsätzlichen Ausführungen wesentlich von der Regelungsdichte der gemeinschaftlichen Vorschriften ab. In diesem Zusammenhang lassen sich einige generelle Aussagen treffen. Soweit EG-Sekundärrecht ausdrücklich die Regelung einzelner Stoffe oder Produkte nicht umfaßt,

168 Soweit wie hier die Bestätigung der Kommission nicht als konstitutiv angesehen wird, kann sich ein Mitgliedstaat auch gegen die Anwendung nationaler Schutzmaßnahmen durch einen Mitgliedstaat wenden, wenn die Entscheidung der Kommission noch aussteht, vgl. *Flynn*, CMLR 1987, S. 705.

169 *Langeheine*, EuR 1988, S. 254.

170 Vgl. zu der Bestimmung der jeweiligen Rechtsbereiche *Rabe*, NJW 1990, S. 1390 ff., 1393 f.

171 Siehe dazu Teil 2, 2.1.2.3 und die dort enthaltenen Nachweise.

172 Vgl. Teil 1, 1.

verbleibt den Mitgliedstaaten hinsichtlich dieser Ausnahmen der volle gesetzgeberische Gestaltungsspielraum.¹⁷³ Ebenso existieren weiterhin nationale Regelungsmöglichkeiten, wenn gemeinschaftsrechtlich nur einzelne Verwendungsarten von Stoffen oder Produkten harmonisiert worden sind. So beziehen sich zum einen Anforderungen für das Inverkehrbringen von Produkten nicht schon immer zugleich auf deren innerstaatliche Einsatzbedingungen; letztere sind vielmehr in den genannten Fällen anhand des Primärrechts auf ihre Vereinbarkeit mit EG-Recht hin zu überprüfen.¹⁷⁴ Zum anderen führt auch die gemeinschaftsrechtliche Zulassung bestimmter Stoffe nicht dazu, daß deren Verwendung in Produkten keinen nationalen Einschränkungen mehr unterliegen darf;¹⁷⁵ produktbezogene Regelungen haben die jeweilige Zusammensetzung und den Gebrauch von Produkten zu berücksichtigen, weshalb die grundsätzliche Zulassung von Stoffen einzelnen Verboten von Produkten, welche die zugelassenen Stoffe enthalten, nicht unbedingt entgegensteht.¹⁷⁶ Schließlich sind Mitgliedstaaten nicht gehindert, nationale Maßnahmen zum Schutz vor Gefahren zu treffen, wenn EG-Sekundärrecht diese Gefahren nicht berücksichtigt. In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgeworfen worden, ob dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn gemeinschaftsrechtlich zwar ein Schutz vor Umweltgefährdungen vorgesehen ist, sich dieser Schutz aber vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen als unzureichend erweist. Angesprochen ist damit die zutreffende Regelungsebene. Prinzipiell obliegt es nach getroffener Harmonisierung der EG, die gesetzten Standards zu verschärfen.¹⁷⁷ Dennoch sollen nach einer Ansicht die Mitglied-

173 Insofern kann von "Bereichsausnahmen" gesprochen werden, vgl. *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 128 f.; vgl. auch zu den "Negativlisten" a.a.O., S. 133 ff.

174 Vgl. zur Begünstigung umweltfreundlicher Produkte *Seidel*, DVBl. 1989, S. 448: "... das Schutzzanliegen einer produktbezogenen Regelung des Umweltschutzes beschränkt sich nämlich darauf, diejenigen Erzeugnisse, die dem von ihr garantierten Standard nicht entsprechen, vom Markt fernzuhalten; es garantiert aber nicht zugleich, daß Absatzbedingungen von Waren, die mit den zugelassenen Erzeugnissen konkurrieren, nicht durch staatliche Regelungen begünstigt werden."

175 Vgl. in diesem Zusammenhang EuGH v. 6.5.1986, Rs. 304/84 (Ministère Public/G. Muller - Zusatzstoffe in Lebensmitteln), Slg. 1986, S. 1511, 1525 (Rdnr. 12), wo darauf hingewiesen wird, daß die RL 74/329/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Emulgatoren, Stabilisatoren, Verdickungs- und Geliermittel, die in Lebensmitteln angewendet werden dürfen, v. 18.6.1974, ABi. L 189 v. 12.7.1974, S. 1 m.Änd., nur Stoffe aufzählt, die in Lebensmitteln verwendet werden dürfen, und somit den Mitgliedstaaten die Befugnis beläßt, eigene Rechtsvorschriften über die Verwendung der Stoffe zu erlassen.

176 Vgl. *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 131 f., der aber eine faktische Umgehung der Stoffzulassung durch Produktregelungen ausschließt: "Ein vollständiges Verbot liegt nicht nur vor, wenn formal jede Verwendung des Stoffes als unzulässig erklärt wird; es liegt auch dann vor, wenn Verwendungen nur zum Schein zugelassen sind, ohne jedoch die Basis für eine gewerbsmäßige Herstellung und Inverkehrbringen des Stoffes anzubieten." Die gegenteilige Ansicht, nach der die grundsätzliche Zulassung bereits eine abschließende negative Harmonisierung darstellt, ist abzulehnen, vgl. die Zusammenfassung des von *Rehbinder* auf der 13. Jahrestagung der Gesellschaft für Umweltrecht 1989 gehaltenen Referats über "Auswirkungen des Europäischen Binnenmarkts 1992 auf das Umweltrecht: chemische Endprodukte".

177 Zum Teil sind für die Anpassung an den technischen Fortschritt spezielle Änderungsverfahren vorgesehen, nach denen die Kommission unter Mitwirkung von Ausschüssen tätig wird, vgl. etwa RL

staaten zur Nachbesserung befugt bleiben, soweit auch nach durchgeführtem Gerichtsverfahren die EG-Organen untätig bleiben.¹⁷⁸ Mit dieser Einschränkung erscheint die genannte Ansicht vertretbar,¹⁷⁹ insbesondere auch, weil sie praktisch nicht zu einer Verschiebung der jeweiligen Regelungsbefugnisse führt.¹⁸⁰

3.2 Notifizierung

Durch die Vereinbarung der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten über die Unterrichtung der Kommission und der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die etwaige Harmonisierung von *Dringlichkeitsmaßnahmen im Bereich des Umweltschutzes* vom 5.3.1973¹⁸¹ war man übereingekommen, die Kommission so bald wie möglich über jeden Entwurf von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften sowie über jede internationale Initiative zum Umweltschutz oder zur Umweltverbesserung zu unterrichten, soweit diese insbesondere unmittelbare Auswirkungen auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes oder unter bestimmten Annahmen Auswirkungen für andere Mitgliedstaaten haben können. In den erstgenannten Fällen sollen Umweltschutzvorschriften nur erlassen werden, wenn die Kommission nicht innerhalb von zwei Monaten mitteilt, daß sie entsprechende gemeinschaftliche Maßnahmen vorschlagen will

67/769/EWG über Beschränkungen des Inverkehrbringens und der Verwendung gewisser gefährlicher Stoffe und Zubereitungen, ABl. L 262 v. 27.9.1976, S. 201 m.Änd., in der durch RL 89/678/EWG, ABl. L 398 v. 30.12.1989, geänderten Fassung (Art. 2 a).

178 So *Skordas*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, S. 171, mit dem Argument, Art. 36 EWGV besitze einen "kooperativen Charakter" und die Mitgliedstaaten könnten in den entsprechenden Fällen als "subsidiäres Gemeinschaftsorgan" handeln.

179 Sie setzt immerhin die Feststellung einer Handlungspflicht von Rat oder Kommission durch den EuGH voraus, womit die Voraussetzungen für die Nachbesserung auf Gemeinschaftsebene beurteilt werden. Zu einer dogmatischen Begründung *Pechstein*, Die Mitgliedstaaten der EG als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses", S. 166 ff., der die "Sachwalterfigur" auch im Falle einer "erforderlichen, jedoch durch Funktionsversagen des Rates unterbliebenen Abänderung bereits bestehender Richtlinien" für anwendbar hält (S. 218), aber grundsätzlich für die Begründung der Rechtsetzungsbefugnis der Mitgliedstaaten einen Delegationsakt der Kommission fordert, deren Befugnis ihrerseits aus einer ungeschriebenen Notstandsklausel abgeleitet wird (S. 209). Ähnlich auch EuGH v. 15.12.1987, Rs. 332/85 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Festsetzung von Fischfangquoten), Slg. 1987, S. 5143, 5169, wo angenommen wird, daß Mitgliedstaaten in Bereichen ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeit Maßnahmen nur in Zusammenarbeit mit der Kommission treffen können. Nicht auf einen Akt der Kommission abstellend *Bleckmann*, in: *Bieber/Ress*, Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 205, der unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH im Agrarsektor meint: "Soweit die Mitgliedstaaten überhaupt noch über eine "Notzuständigkeit" für den Erlass einseitiger Hoheitsakte verfügen, sind diese Zuständigkeiten in enger Fühlungnahme mit den politischen Organen und den anderen Mitgliedstaaten im Rahmen des sich allmählich abzeichnenden Konsenses über Inhalt und das Gewicht der europäischen Interessen auszuüben"; gerade wenn sich ein Konsens nicht abzeichnet, sollte allerdings die Möglichkeit eingeräumt werden, einen Gesetzgebungsstillstand durch Anrufung des EuGH zu verhindern.

180 Ablehnend aber *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 107, der auf den extremen Ausnahmecharakter der mitgliedstaatlichen Nachbesserung aber nicht eingeht.

181 ABl. C 9 v. 15.3.1973, S. 1

oder wenn fünf Monate nach diesbezüglicher Mitteilung der Kommission an den Rat kein Vorschlag unterbreitet wird bzw. der Rat in diesem Zeitraum über einen Kommissionsvorschlag nicht entscheidet; Abweichungen von diesem Verfahren sind zulässig, sofern sie aus wichtigen Gründen der Sicherheit oder der Gesundheit dringend erforderlich sind. Die Vereinbarung wurde ausdrücklich als "Gentleman's Agreement" bezeichnet und hat keinen verbindlichen rechtlichen Charakter.¹⁸² In den achtziger Jahren nahm die Zahl der Mitteilungen an die Kommission ab¹⁸³ und mittlerweile gehen praktisch gar keine Mitteilungen mehr ein.¹⁸⁴

Verbindliche Wirkung entfaltet hingegen die Richtlinie 83/189/EWG über ein *Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften* vom 28.3.1983.¹⁸⁵ Diese Richtlinie begründet seit ihrer Änderung im Jahre 1988 Informations- und Stillhaltepflichten der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Schaffung von Normen für alle Erzeugnisse, die gewerblich hergestellt werden, sowie alle landwirtschaftlichen Erzeugnisse (Art. 1 Nr. 7). Die Mitgliedstaaten haben der Kommission unverzüglich jeden Entwurf einer technischen Vorschrift zu übermitteln (Art. 8 I UAbs. 1), wobei unter technischen Vorschriften alle technischen Spezifikationen¹⁸⁶ einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften verstanden werden (Art. 1 Nr. 5). Solche Vorschriften dürfen erst sechs Monate nach der Übermittlung angenommen werden, wenn die Kommission oder ein anderer Mitgliedstaat innerhalb von drei Monaten verlangen, daß die geplante Maßnahme geändert werden sollte, um etwaige Handelshemmnisse zu verhindern oder zu begrenzen (Art. 9 I); die Stillhaltepflicht verlängert sich auf zwölf Monate, wenn die Kommission ihre Absicht mitteilt, eine Richtlinie für den betreffenden Bereich vorzuschlagen oder zu erlassen (Art. 9 II). Diese Pflicht entfällt aber in den Fällen, in denen ein Mitgliedstaat aus dringenden Gründen des allgemeinen Gesundheitsschutzes oder der Sicherheit gezwungen ist, ohne Möglichkeit vorheriger Konsultation in kürzester Frist technische Vorschriften auszuarbeiten, um sie unverzüglich zu erlassen und durchzuführen (Art. 9 III). Die wachsende Zahl der Notifizierungen¹⁸⁷ zeigt, daß sich die Informationsrichtlinie in der Praxis bewährt. Sie erfaßt

182 *Grabitz*, in: *ders.*, EWGV, vor Art. 130 r, Rdnr. 14; *Hailbronner*, EuGRZ 1989, S. 120; zweifelnd *Montag*, RIW 1987, S. 939.

183 Nachdem von 1973 - 1981 227 Mitteilungen eingegangen waren, vgl. *Krämer*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Anhang Umweltpolitik, Rdnr. 30.

184 *EG-Kommission*, 23. Gesamtbericht, S. 239 (Rdnr. 498).

185 ABl. L 109 v. 26.4.1983, S. 8; geändert durch RL 88/182/EWG, ABl. L 81 v. 26.3.1988, S. 75.

186 Eine technische Spezifikation ist nach Art. 1 Nr. 1 eine "Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale eines Erzeugnisses vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich der Festlegungen über Terminologie, Bildzeichen, Prüfung und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung oder Beschriftung sowie Produktionsmethoden und -verfahren für landwirtschaftliche Erzeugnisse im Sinne von Art. 38 I EWGV, für Nahrungs- und Futtermittel sowie für Arzneimittel im Sinne des Art. 1 der RL 65/65/EWG, zuletzt geändert durch RL 87/21/EWG."

187 Vgl. *Gormley*, *Legal issues of European Integration* No. 1/1989, S. 13, Fußn. 2.

aber auch im Bereich des produktbezogenen Umweltschutzrechts nicht alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen.¹⁸⁸ Soweit allerdings solche Maßnahmen ihrem Anwendungsbe-
reich unterfallen,¹⁸⁹ stellen die Informations- und Stillhaltepflichten wesentliche Ver-
fahrensvorschriften dar, deren Nichtbeachtung nach Auffassung der Kommission zur
Unanwendbarkeit der betroffenen Vorschriften im Verhältnis zu Dritten führt.¹⁹⁰

3.3 Gefahrstoffrecht

Die auf Art. 100 EWGV gestützte Richtlinie 67/548/EWG des Rates zur An-
gleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die *Einstufung, Verpackung und
Kennzeichnung gefährlicher Stoffe* vom 27.6.1967¹⁹¹ sah in ihrer ursprünglichen Fas-
sung nur die Vereinheitlichung von Einstufungs-, Verpackungs- und Kennzeichnungs-
vorschriften vor. Eine wesentliche Erweiterung der Rahmenrichtlinie wurde aber durch
die 6. Änderungsrichtlinie 79/831/EWG vorgenommen,¹⁹² mit der auch die Anmeldung
chemischer Stoffe geregelt wurde. Stoffe werden definiert als "chemische Elemente und
deren Verbindungen, wie sie natürlich vorkommen oder in der Produktion anfallen und
die gegebenenfalls einen für ihre Vermarktung erforderlichen Zusatzstoff enthalten"; als
Zubereitungen "Gemenge, Gemische und Lösungen, die aus zwei oder mehreren Stoff-
en bestehen"; als gefährlich Stoffe und Zubereitungen solche, die bestimmte Eigen-
schaften aufweisen, insbesondere umweltgefährlich¹⁹³ sind (Art. 2). Die Feststellungen
der Gefahr für die Umwelt, auch in potentieller Form, wird aufgrund der in Anhang VII

188 Deshalb und weil sich die vorstehend genannte Vereinbarung v. 5.3.1973 als wenig wirksam erwie-
sen hat, wird im 4. Umweltschutzprogramm die Ausarbeitung einer Informationsrichtlinie für Um-
weltvorschriften geplant, ABl. L 328 v. 7.12.1987, S. 8 (Rdnr. 2.1.7.).

189 Vgl. das Beispiel des in der Bundesrepublik Deutschland geplanten Verbots von PCP bei
Hey/Jahns-Böhm, *Ökologie und freier Binnenmarkt*, S. 28.

190 Mitteilung der Kommission betreffend die Nichteinhaltung gewisser Bestimmungen der RL
83/189/EWG, ABl. C 245 v. 1.10.1986, S. 4; dazu *Mattera*, RMC 1990, S. 86.

191 ABl. 196 v. 16.8.1967, S. 1; Änderungen: RL 69/81/EWG, ABl. L 68 v. 19.3.1969, S. 1; RL
70/181/EWG, ABl. L 59 v. 14.3.1970, S. 33; RL 71/144/EWG, ABl. L 74 v. 29.3.1971, S. 15; ABl.
L 2 v. 1.1.1973, S. 1; RL 73/146/EWG, ABl. L 167 v. 25.6.1973, S. 1; RL 75/409/EWG, ABl. L 183
v. 14.7.1975, S. 22; RL 76/907/EWG, ABl. L 360 v. 30.12.1976, S. 1; RL 79/370/EWG, ABl. L 88
v. 7.4.1979, S. 1; RL 79/831/EWG, ABl. L 259 v. 15.10.1979, S. 10; RL 80/1189/EWG, ABl. L 366
v. 31.12.1980, S. 1; RL 81/957/EWG, ABl. L 351 v. 7.12.1981, S. 5; RL 82/232/EWG, ABl. L 106
v. 21.4.1982, S. 18; RL 83/467/EWG, ABl. L 257 v. 16.9.1983, S. 1; RL 84/449/EWG, ABl. L 251
v. 19.9.1984, S. 1; RL 86/431/EWG, ABl. L 247 v. 1.9.1986, S. 1, ber. ABl. L 271 v. 23.9.1986, S.
31 u. ABl. L 50 v. 19.2.1987, S. 38; RL 87/432/EWG, ABl. L 239 v. 21.8.1987, S. 1, ber. ABl. L 38
v. 11.2.1988, S. 34; RL 88/302/EWG, ABl. L 133 v. 30.5.1988, S. 1, ber. ABl. L 136 v. 2.6.1988, S.
20; RL 88/490/EWG, ABl. L 259 v. 19.9.1988, S. 1.

192 Diese RL geht auf ein französisches Modell zurück, vgl. *Rehbinder/Stewart*, *Environmental Protec-
tion Policy*, S. 93.

193 Stoffe und Zubereitungen, deren Verwendung sofortige oder spätere Gefahren für die Umwelt dar-
stellen oder darstellen können (Art. 2 II lit. k); Umwelt wird definiert als Wasser, Luft und Boden
sowie die Beziehungen unter ihnen einerseits und zu Lebewesen andererseits (Art. 2 I lit. c).

und VIII genannten Merkmale anhand internationaler Parameter - sofern solche bestehen - durchgeführt (Art. 3 II).¹⁹⁴ Spätestens 45 Tage vor dem Inverkehrbringen muß jede Person, die einen neuen Stoff herstellt oder in die Gemeinschaft einführt, diesen bei den zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten unter Vorlage bestimmter Unterlagen anmelden; auf frühere Anmeldungen kann Bezug genommen werden (vgl. im einzelnen Art. 6).¹⁹⁵ Auf der Grundlage der Anmeldeunterlagen wird eine Prüfung durch die nationalen Behörden durchgeführt (Art. 7). Ausnahmen von der Anmeldepflicht, insbesondere bei Inverkehrbringen von Mengen unter 1 Tonne, sieht Art. 8 vor. Über die Anmeldeunterlagen, die Prüfung und deren Ergebnisse wird die Kommission unterrichtet (Art. 9), die ihrerseits die anderen Mitgliedstaaten informiert (Art. 10). Die Kommission führt eine Liste aller gemäß der Richtlinie angemeldeten Stoffe (Art. 13 II).¹⁹⁶ Eine Liste der gemäß Art. 4 eingestuften Stoffe und gegebenenfalls der Empfehlungen für die Verwendungssicherheit wird als Anhang I geführt (Art. 14). Art. 15 enthält Vorschriften über die Verpackung, Art. 16 - 18 über die Kennzeichnung.¹⁹⁷ Nach Art. 22 dürfen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von Stoffen wegen der Anmeldung, Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung im Sinne der Richtlinie weder verbieten noch beschränken oder verhindern, wenn die Stoffe den Richtlinienbestimmungen und ihren Anhängen entsprechen. Stellt ein Mitgliedstaat auf der Grundlage einer ausführlichen Begründung fest, daß ein Stoff trotz Einhaltung der Vorschriften eine Gefahr für den Menschen oder die Umwelt darstellt, so kann er dessen Inverkehrbringen vorläufig untersagen oder besonderen Bedingungen unterwerfen; darüber ist die Kommission unverzüglich zu unterrichten, die nach Konsultation der Mitgliedstaaten eine Stellungnahme abgibt und die entsprechenden Maßnahmen trifft (Art. 23 I, II). Der EuGH hat betont, daß die Richtlinie abschließende Regelungen enthält: "Aus der vorstehenden Schilderung des Systems der Richtlinie ergibt sich, daß der Rat die Anmeldung, die Einstufung, die Verpackung und die Kennzeichnung sowohl alter wie neuer Stoffe erschöpfend geregelt und den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit gelassen hat, in ihre nationalen Rechtsvorschriften weitere Maßnahmen aufzunehmen."¹⁹⁸ Herstellungs- oder Verwendungsbeschränkungen bleiben daneben aber möglich, weil die Richtlinienbestimmungen keine allgemeine Zulassung von Stoffen vorschreiben.¹⁹⁹

194 Wobei nach der Änderung durch die RL 88/302/EWG die im geänderten Anhang V enthaltenen Prüfmethode anwendbar sind.

195 Gemäß Art. 5 II UAbs. 2 bestehen Sonderregelungen für sog. Altstoffe, kritisch dazu *Pernice*, NVwZ 1990, S. 418 f.

196 Vgl. dazu den Beschluß 85/71/EWG der Kommission über die Liste der angemeldeten Stoffe gemäß der RL 67/548/EWG, ABl. L 30 v. 2.2.1985, S. 33.

197 Vgl. zu dem Richtlinieninhalt näher *Rehbinder/Stewart*, Environmental Protection Policy, S. 93 ff.

198 EuGH v. 14.10.1987, Rs. 278/85 (Kommission/Dänemark - Gefährliche Stoffe), Slg. 1987, S. 4069, 4087 (RdNr. 12).

199 Vgl. insofern *Lötz*, in: *Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder*, Umwelt und Technikrecht in den Europäischen Gemeinschaften, UTR Bd. 7, S. 141 f.; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 419.

Die Richtlinie 73/173/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die *Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung von Zubereitungen gefährlicher Stoffe (Lösemittel)* vom 4.6.1973²⁰⁰ basiert auf der ursprünglichen Konzeption der RL 67/548/EWG. Die Beschränkung der mitgliedstaatlichen Möglichkeiten zur Verhinderung oder Beschränkung des Inverkehrbringens (Art. 8) entspricht hinsichtlich Verpackung, Einstufung und Kennzeichnung Art. 22 RL 67/548/EWG. Ebenfalls der Rahmenrichtlinie nachgebildet ist die in Art. 9 enthaltene Schutzklausel, die entsprechend der Schutzrichtung der Richtlinie als Schutzgüter nur die Gesundheit und Sicherheit nennt. Hinsichtlich der Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums hat der EuGH folgendes festgestellt: "Aus dem System der Richtlinie 73/173/EWG ergibt sich somit, daß ein Mitgliedstaat in bezug auf die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung von Lösemitteln keine einschränkenden oder auch nur detaillierteren und jedenfalls keine anderen Voraussetzungen als die in dieser Richtlinie genannten in seine nationalen Rechtsvorschriften aufnehmen darf und daß dieses Verbot der Auferlegung nicht vorgesehener Beschränkungen sowohl für die unmittelbar auf dem Binnenmarkt in den Verkehr gebrachten als auch für die eingeführten Erzeugnisse gilt."²⁰¹ Dem Aufbau der gerade genannten RL 73/173/EWG entspricht die Richtlinie 77/728/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die *Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung von Anstrichmitteln, Lacken, Druckfarben, Klebstoffen und dergleichen* vom 7.11.1977²⁰², auf deren Vorschriften deshalb nicht mehr eingegangen werden muß. Diese Feststellung gilt auch für die Richtlinie 78/631/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die *Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gefährlicher Zubereitungen (Schädlingsbekämpfungsmittel)* vom 26.6.1978²⁰³. Für alle Einzelrichtlinien gilt das bereits zur Rahmenrichtlinie 67/548/EWG Gesagte, nämlich daß die abschließenden Regelungen nicht die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten einschränken, Herstellen, Verwenden und Inverkehrbringen von chemischen Stoffen zu beschränken oder zu verbieten, soweit dies aus anderen Gründen als den in den Richtlinien normierten Anforderungen geschieht.

Rechtsgrundlage der Richtlinie 76/769/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für *Beschränkungen des Inverkehrbringens und der Verwendung gewisser gefährlicher Stoffe und Zubereitungen* (Benzol;

200 ABI. L 189 v. 11.7.1973, S. 7; Änderungen: RL 80/781/EWG, ABI. L 229 v. 30.8.1980, S. 57; RL 80/1271/EWG, ABI. L 375 v. 31.12.1980, S. 70; RL 82/473/EWG, ABI. L 213 v. 21.7.1982, S. 17.

201 EuGH v. 5.4.1979, Rs. 148/78 (Strafverfahren gegen T. Ratti - Gefährliche Zubereitungen), Slg. 1979, S. 1629, 1643 (Rdnr. 27).

202 ABI. L 303 v. 28.11.1977, S. 23; Änderungen: RL 81/916/EWG, ABI. L 342 v. 28.11.1981, S. 7; RL 83/265/EWG, ABI. L 147 v. 6.6.1983, S. 11; RL 86/508/EWG, ABI. L 295 v. 18.10.1986, S. 31; RL 89/451/EWG, ABI. L 216 v. 27.7.1989, S. 75.

203 ABI. L 206 v. 29.7.1978, S. 13; Änderungen: RL 81/187/EWG, AbI. L 88 v. 2.4.1981, S. 29; RL 84/291/EWG, ABI. L 144 v. 30.5.1984, S. 1.

Asbest; PCB/PCT) vom 27.6.1976²⁰⁴ ist Art. 100 EWGV. Die Richtlinie betrifft unbeschadet anderer einschlägiger Gemeinschaftsvorschriften Beschränkungen des Inverkehrbringens und der Verwendung von im Anhang aufgeführten gefährlichen Stoffen und Zubereitungen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft (Art. 1).²⁰⁵ Die Mitgliedstaaten haben hinsichtlich dieser Stoffe und Zubereitungen die ebenfalls im Anhang niedergelegten Bedingungen für Inverkehrbringen und Verwendung umzusetzen (Art. 2). Hingegen enthält die Richtlinie keine Bestimmung über die Frage, ob Mitgliedstaaten weitergehende Verbote für die im Anhang enthaltenen Stoffe treffen dürfen. Nach einer Auffassung soll ein Ausschluß weitergehender nationaler Beschränkungsmöglichkeiten anzunehmen sein, weil die Richtlinie abschließende Beschränkungen des Inverkehrbringens und der Verwendung der erfaßten Stoffe enthalte.²⁰⁶ Dann könnten weitergehende mitgliedstaatliche Vorschriften lediglich auf Art. 100 a IV EWGV gestützt werden.²⁰⁷ Auch wenn die Richtlinie nicht zuletzt das Ziel hat, die durch unterschiedliche nationale Vorschriften entstehenden Handelshemmnisse abzubauen, so ist den Richtlinienbestimmungen selbst eine entsprechende Beschränkung der mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnisse nicht zu entnehmen. Wäre anderes beabsichtigt gewesen, dann hätte zumindest die Aufnahme einer Schutzklausel erwartet werden können. Dies spricht für die Annahme einer Mindestharmonisierung, weshalb in den fraglichen Fällen kein Normwiderspruch zwischen nationalem Recht und EG-Recht besteht.

Die Richtlinie 79/117/EWG des Rates über das *Verbot des Inverkehrbringens und der Anwendung von Pflanzenschutzmitteln, die bestimmte Wirkstoffe enthalten*, vom 21.12.1978²⁰⁸ ist auf Art. 100 EWGV gestützt. Nach Art. 3 tragen die Mitgliedstaaten Sorge dafür, daß Pflanzenschutzmittel (definiert in Art. 2 Nr. 1), die einen oder mehrere der im Anhang aufgeführten Wirkstoffe enthalten, weder in den Verkehr gebracht noch angewendet werden können. Vorübergehende, auf das jeweilige Hoheitsgebiet beschränkte Ausnahmen sind nach Maßgabe der im Anhang enthaltenen Bedingungen zulässig, müssen aber der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten mitgeteilt werden (Art. 4); weitere Ausnahmen können bis zu einer Dauer von 120 Tagen gestattet

204 ABl. L 262 v. 27.9.1976, S. 201; Änderungen: RL 79/6636/EWG, ABl. L 197 v. 3.8.1979, S. 37; RL 82/306/EWG, ABl. L 339 v. 1.12.1982, S. 55; RL 82/828/EWG, ABl. L 350 v. 3.12.1982, S. 34; RL 83/264/EWG, ABl. L 147 v. 6.6.1983, S. 9; RL 83/478/EWG, ABl. L 263 v. 24.9.1983, S. 33; RL 85/467/EWG, ABl. L 269 v. 11.10.1985, S. 56; RL 85/610/EWG, ABl. L 375 v. 31.12.1985, S. 1; RL 89/677/EWG u. 89/678/EWG, ABl. L 398 v. 30.12.1989, S. 19 u. 24.

205 Vgl. im einzelnen *Johnson/Corcelle*, *The Environmental Policy of the European Communities*, S. 190 ff.

206 *Pernice*, NVwZ 1990, S. 419.

207 Vgl. die bei *Pernice*, a.a.O., genannte bundesdeutsche Verordnung über ein vollständiges PCP-Verbot.

208 ABl. L 33 v. 8.2.1979, S. 36; Änderungen: RL 83/131/EWG, ABl. L 91 v. 9.4.1983, S. 35; RL 85/298/EWG, ABl. L 154 v. 13.6.1985, S. 48; RL 86/214/EWG, ABl. L 152 v. 6.6.1986, S. 45; RL 86/355/EWG, ABl. L 212 v. 2.8.1986, S. 33; RL 87/181/EWG, ABl. L 71 v. 14.3.1987, S. 33; RL 87/477/EWG, ABl. L 273 v. 26.9.1987, S. 40.

werden, wenn sie sich aufgrund einer unvorhersehbaren Gefahr für die Pflanzenerzeugung als notwendig erweisen (Art. 7). Ausfuhren in Drittländer werden von der Richtlinie nicht berührt (Art. 5 lit. b). Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Inverkehrbringen und Anwendung aller nicht verbotenen Pflanzenschutzmittel zu erlauben, enthält die Richtlinie nicht.

Gestützt auf Art. 100 a EWGV wurde die Richtlinie 88/379/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die *Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gefährlicher Zubereitungen* vom 7.6.1988²⁰⁹ erlassen.²¹⁰ Die Richtlinie bezieht sich auf die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung der Zubereitungen, die für Mensch und Umwelt gefährlich sind, wenn sie in Verkehr gebracht werden (Art. 1 D). Weitgehend wird, mit einigen Ergänzungen, für die Durchführung auf die RL 67/548/EWG und deren Anhänge verwiesen. Nach Art. 13 dürfen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von gefährlichen Zubereitungen wegen der Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung im Sinne der Richtlinie weder verbieten noch beschränken oder behindern, wenn die Richtlinie und deren Anhang II eingehalten sind. Art. 11 enthält eine arbeitsschutzrechtliche Schutzklausel, die aber nur insoweit angewendet werden kann, als entsprechende Maßnahmen keine Änderung der Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gegenüber der Richtlinie zur Folge haben. Eine allgemeine Schutzklausel findet sich in Art. 14; danach kann ein Mitgliedstaat auf seinem Hoheitsgebiet das Inverkehrbringen gefährlicher Zubereitungen vorläufig untersagen oder besonderen Bedingungen unterwerfen, wenn er auf der Grundlage einer ausführlichen Begründung feststellt, daß eine Zubereitung trotz Einhaltung der Richtlinienbestimmungen eine Gefahr darstellt. Wird von der Klausel Gebrauch gemacht, so ist dies wiederum unverzüglich der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten mitzuteilen; die Kommission gibt nach Konsultation der betreffenden Staaten ihre Stellungnahme ab und trifft die entsprechenden Maßnahmen. Für den Umfang der Sperrwirkung gelten die Ausführungen zur Richtlinie 67/548/EWG entsprechend, wobei zudem noch die Möglichkeit besteht, die Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV in Anspruch zu nehmen.²¹¹

3.4 Lärmschutznormen

Die Richtlinie 70/157/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *zulässigen Geräuschpegel und die Auspuffvorrichtung von*

209 ABl. L 187 v. 16.7.1988, S. 14, geändert durch RL 89/178/EWG, ABl. L 64 v. 8.3.1989, S. 8.

210 Zu deren Entstehung *Johnson/Corcelle*, *The Environmental Policy of the European Communities*, S. 189 f.

211 Vgl. *Pernice*, NVwZ 1990, S. 419, der allerdings meint, daß sich ein Alleingang sachlich "kaum rechtfertigen" läßt.

Kraftfahrzeugen vom 6.2.1970²¹² wurde auf Art. 100 EWGV gestützt. Sie bezieht sich auf alle zur Teilnahme am Straßenverkehr bestimmten Fahrzeuge mit oder ohne Aufbau, mit mindestens vier Rädern und einer bauartbedingten Höchstgeschwindigkeit von mehr als 25 km/h, mit Ausnahme von Schienenfahrzeugen, landwirtschaftlichen Zug- und Arbeitsmaschinen sowie anderen Arbeitsmaschinen (Art. 1). Entsprechen diese Fahrzeuge den im Anhang enthaltenen Vorschriften, so dürfen ihnen die Mitgliedstaaten aus Gründen des zulässigen Geräuschpegels eine Betriebserlaubnis nicht versagen (Art. 2). Die einzuhaltenden Grenzwerte wurden mehrfach verändert und die Zulassungsmodalitäten unter Setzung bestimmter Fristen angepaßt.²¹³ Außerdem wurde eingefügt, daß weder der Erwerb noch die Zulassung, das Inverkehrbringen oder die Benutzung von Fahrzeugen unter Hinweis auf den Geräuschpegel verweigert oder untersagt werden kann, wenn der Geräuschpegel der Fahrzeuge den festgelegten Anforderungen entspricht (Art. 2 a). Die Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten nicht die Einführung bestimmter Lärmgrenzen vor, verpflichtet sie aber zur Zulassung von Kraftfahrzeugen, die den gemeinschaftlichen Vorschriften genügen.

Ebenfalls auf Art. 100 EWGV basiert die Richtlinie 78/1015/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *zulässigen Geräuschpegel und die Auspuffanlage von Krafträdern* vom 23.11.1978²¹⁴. Krafträder werden definiert als zur Teilnahme am Straßenverkehr bestimmte maschinell angetriebene Fahrzeuge mit zwei Rädern, mit oder ohne Beiwagen und einer bauartbedingten Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h (Art. 1). Ergeben die vorgesehenen Prüfungen, daß die Krafträder den im Anhang niedergelegten Erfordernissen²¹⁵ entsprechen, so werden die Prüfnachweise den zuständigen Behörden der anderen Mitgliedstaaten übersandt, die diese Nachweise anerkennen und auf eigene Prüfungen verzichten (Art. 3, 4). Ein Hersteller oder Beauftragter kann die Anwendung der harmonisierten Vorschriften für die Ausstellung einer Betriebserlaubnis mit nationaler Geltung verlangen; ist eine solche Betriebserlaubnis in einem Mitgliedstaat nicht vorgesehen, dann darf dieser Staat die Zulassung, den Verkauf, die Inbetriebnahme oder die Benutzung von Krafträdern nicht aus dem Grunde verweigern oder verbieten, daß anstelle der entsprechenden nationalen Vorschriften die harmonisierten technischen Vorschriften eingehalten wurden (Art. 5). Durch die RL 89/235/EWG wurde die EWG-Betriebserlaubnis in die Bestimmungen

212 ABl. L 42 v. 23.2.1970, S. 16; Änderungen: ABl. L 2 v. 1.1.1973, S. 1; RL 73/350/EWG, ABl. L 321 v. 22.11.1973, S. 33; RL 77/212/EWG, ABl. L 66 v. 12.3.1977, S. 33; RL 81/334/EWG, ABl. L 131 v. 18.5.1981, S. 6; RL 84/372/EWG, ABl. L 196 v. 26.7.1984, S. 47; RL 84/424/EWG, ABl. L 238 v. 6.9.1984, S. 31; RL 87/354/EWG, ABl. L 192 v. 11.7.1987, S. 43.

213 Vgl. Art. 1, 2 RL 73/350/EWG; Art. 1, 2 RL 77/212/EWG; Art. 1, 2 RL 81/334/EWG; Art. 1, 2 RL 84/372/EWG; Art. 1, 2 RL 84/424/EWG.

214 ABl. L 349 v. 13.12.1978, S. 21; geändert durch RL 87/56/EWG, ABl. L 24 v. 27.1.1987, S. 42; RL 89/235/EWG, ABl. L 98 v. 11.4.1989, S. 1.

215 Verschärft durch RL 87/56/EWG u. RL 89/235/EWG.

einbezogen. Insgesamt basiert auch die geänderte Richtlinie 78/1015/EWG auf dem Konzept der optionellen Harmonisierung.

Rechtsgrundlage der Richtlinie 80/51/EWG des Rates zur *Verringerung der Schallemissionen von Unterschallflugzeugen* vom 20.12.1979²¹⁶ ist Art. 84 II EWGV. Die Richtlinie sieht Schallemissionswerte für verschiedene Luftfahrzeuge vor,²¹⁷ die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß Flugzeuge in ihrem Hoheitsgebiet nur eingesetzt werden, wenn hinreichende Nachweise über die Einhaltung der Emissionswerte vorliegen, wobei die von einem Mitgliedstaat ausgestellten Urkunden über die Lärmprüfung, die sog. Lärmbescheinigungen, von den anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden (Art. 1 - 5). Vorübergehende Benutzung von Flugzeugen, die den Richtlinienbestimmungen nicht entsprechen, ist in einzelnen Ausnahmefällen gestattet, ebenso der Einsatz spezieller propellerbetriebener Transportflugzeuge (Art. 6). Damit verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten grundsätzlich zur Einhaltung der festgelegten Lärmgrenzen.

Auch die Richtlinie 89/629/EWG des Rates zur *Begrenzung der Schallemissionen von zivilen Unterschallstrahlflugzeugen* vom 4.12.1989²¹⁸ basiert auf Art. 84 II EWGV.²¹⁹ Die Richtlinie ist nicht anwendbar auf Flugzeuge mit einer maximalen Abflugmasse von höchstens 34.000 kg und einer Kapazität von höchstens 19 Plätzen (Art. 1 II). Im übrigen entsprechen die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten denen der vorgenannten Richtlinie 80/51/EWG, wenn auch gemäß Art. 4 und 5 Freistellungsmöglichkeiten bestehen, deren Anwendung der Kommission mitzuteilen sind (Art. 6 I).

Auf Art. 100 EWGV gestützt wurde die Richtlinie 84/533/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *zulässigen Schalleistungspegel von Motorkompressoren* vom 17.9.1984²²⁰. Sie bezieht sich auf Motorkompressoren, die zu Arbeiten auf Baustellen des Baugewerbes dienen und ist Einzelrichtlinie im Sinne von Art. 3 II RL 84/532/EWG²²¹ (Art. 1). Motorkompressoren, deren Schalleistungspegel die im Anhang niedergelegten Werte nicht übersteigen, erhalten von den zugelassenen Stellen eine auf fünf Jahre begrenzte und einmal verlängerbare EWG-Baumusterprüfbescheinigung (Art. 3). Die Baumusterprüfung ist nach Art. 8 I RL 84/532/EWG eine Vorbedingung für das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme und die

216 ABl. L 18 v. 24.1.1980, S. 26; geändert durch RL 83/206/EWG, ABl. L 117 v. 4.5.1983, S. 15.

217 Diese Werte basieren auf von der ICAO (International Civil Aviation Authority) beschlossenen Empfehlungen, vgl. *Johnson/Corcelle*, *The Environmental Policy of the European Communities*, S. 231 f.

218 ABl. L 363 v. 13.12.1989, S. 27.

219 Vgl. zum Ausschluß Berlins vom Geltungsbereich Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland, ABl. L 363 v. 13.12.1989, S. 29.

220 ABl. L 300 v. 19.11.1984, S. 123, geändert durch RL 85/406/EWG, ABl. L 233 v. 30.8.1985, S. 11.

221 Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend gemeinsame Bestimmungen für Baugeräte und Baumaschinen vom 17.9.1984, ABl. L 300 v. 19.11.1984, S. 111 m.Änd.; vgl. dazu und zu der Rahmenrichtlinie v. 31.12.1974 über die Methode zur Messung von Lärmmissionen (ABl. L 105 v. 28.4.1977) *Johnson/Corcelle*, *The Environmental Policy of the European Communities*, S. 228 f.

Verwendung eines Geräts; die Mitgliedstaaten dürfen diese Handlungen nicht aus Gründen seiner Bau- oder Arbeitsweise verbieten, verweigern oder einschränken, wenn das Gerät den Vorschriften der Rahmenrichtlinie und der einschlägigen Einzelrichtlinien entspricht (Art. 19 I RL 84/532/EWG). In Fällen der Gefahr für Sicherheit oder Gesundheit kann davon vorläufig abgewichen werden, wobei dies der Kommission mitzuteilen ist, die dann die entsprechenden Maßnahmen trifft (Art. 20 RL 84/532/EWG). Daneben gestattet Art. 4, daß die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen können, um die Verwendung von Motorkompressoren in als empfindlich geltenden Gebieten zu regeln. Den in der Richtlinie 84/533/EWG enthaltenen Grundsätzen folgen die anderen Lärmschutzrichtlinien für Baugeräte und Baumaschinen; bei diesen Einzelrichtlinien handelt es sich um die Richtlinie 84/534/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend den *zulässigen Schalleistungspegel von Turmdrehkränen* vom 17.9.1984^{222,223}; die Richtlinie 84/535/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *zulässigen Schalleistungspegel von Schweißstromerzeugern* vom 17.9.1984²²⁴; die Richtlinie 84/536/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *zulässigen Schalleistungspegel von Kraftstromerzeugern* vom 17.9.1984²²⁵; die Richtlinie 84/537/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *zulässigen Schalleistungspegel handbedienter Betonbrecher und Abbau-, Aufbruch- und Spatenhämmer* vom 17.9.1984²²⁶; die Richtlinie 86/662/EWG des Rates zur *Begrenzung des Geräuschemissionspegels von Hydraulikbaggern, Seilbaggern, Planiermaschinen, Ladern und Baggerladern* vom 22.12.1986^{227,228}

Die Richtlinie 84/538/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *zulässigen Schalleistungspegel von Rasenmähern* vom

222 ABL L 300 v. 19.11.1984, S. 130, ber. ABL L 41 v. 12.2.1985, S. 15; geändert durch RL 87/405/EWG, ABL L 220 v. 8.8.1987, S. 60.

223 Diese Richtlinie gilt nach Art. 1 I für den zulässigen Schalleistungspegel der an die Umwelt abgegebenen Luftschallemissionen von Turmdrehkränen, die auf Baustellen der Bauindustrie und des Baugewerbes eingesetzt werden, und für den zulässigen Schalldruckpegel der Luftschallemissionen am Bedienungsstand dieser Kräne. Vgl. zu den Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten Art. 4: "Die Bestimmungen dieser Richtlinie berühren nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Vertrag, insbesondere den Art. 30 bis 36, die Geräuschexposition am Bedienungsplatz von Turmdrehkränen zu begrenzen, sofern damit keine Verpflichtung verbunden ist, Turmdrehkräne, die dieser Richtlinie entsprechen, anderen Emissionswerten als im Sinne des Anhangs I anzupassen", und den Art. 4 RL 84/533/EWG nachgebildeten Art. 5.

224 ABL L 300 v. 19.11.1984, S. 142; geändert durch RL 85/407/EWG, ABL L 233 v. 30.8.1985, S. 16.

225 ABL L 300 v. 19.11.1984, S. 149; geändert durch RL 85/408/EWG, ABL L 233 v. 30.8.1985, S. 18.

226 ABL L 300 v. 19.11.1984, S. 156, ber. ABL L 41 v. 12.2.1985, S. 17; geändert durch RL 85/409/EWG, ABL L 233 v. 30.8.1985, S. 20.

227 ABL L 384 v. 31.12.1986, S. 1; Änderung: RL 89/514/EWG, ABL L 253 v. 30.8.1989, S. 35.

228 Die letztgenannte RL stellt insofern eine Weiterentwicklung dar, als sie nach einem Zeitraum von 6 Jahren Messungen des Luftschalleistungspegels unter den vorgesehenen Bedingungen für den tatsächlichen dynamischen Betrieb vorsieht, Art. 3 I lit. b; vgl. zur Entwicklung auch *Johnson/Corcelle*, *The Environmental Policy of the European Communities*, S. 230.

17.9.1984²²⁹ legt Grenzwerte für den zulässigen Schalleistungspegel und das Verfahren zu seiner Messung fest. Ihre Rechtsgrundlage ist Art. 100 EWGV. Nach Art. 1 II ist ein Rasenmäher "jede motorbetriebene Vorrichtung, die speziell für die Pflege grasbewachsener Flächen für Freizeit-, Dekorations- oder ähnliche Zwecke durch Schneiden - ungeachtet des Schneidemechanismus - bestimmt ist."²³⁰ Gemäß Art. 2 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit Rasenmäher nur in den Verkehr gebracht werden können, wenn sie die zulässigen Schalleistungspegel nicht überschreiten. Die Übereinstimmung mit den Richtlinienbestimmungen bestätigt der Hersteller oder der in der Gemeinschaft ansässige Einfuhrhändler durch eine Eigenbescheinigung (Art. 3). Die Mitgliedstaaten dürfen den Verkauf, die Inbetriebnahme oder die Verwendung von Rasenmähern, die der Richtlinie entsprechen und mit einer Übereinstimmungserklärung sowie den in Art. 4 vorgesehenen Kennzeichnungen versehen sind, grundsätzlich nicht wegen ihres Schalleistungspegels ablehnen, verbieten oder beschränken; jedoch können sie Bestimmungen erlassen, um die Verwendung solcher Geräte in als empfindlich geltenden Gebieten zu regeln (Art. 5). Außerdem enthält Art. 9 eine Klausel, welche die Einführung strengerer Arbeitsschutznormen erlaubt.²³¹

Die Richtlinie 86/594/EWG des Rates über die *Geräuschemissionen von Haushaltsgeräten* vom 1.12.1986²³² bezieht sich auf die allgemeinen Grundsätze der Veröffentlichung von Informationen über die Geräuschemissionen von Haushaltsgeräten²³³ sowie das zur Emissionsbestimmung anwendbare Meßverfahren und Modalitäten der Kontrolle (Art. 1 I). Ihre Rechtsgrundlage ist Art. 100 EWGV, wobei insofern die sog. neue Harmonisierungskonzeption²³⁴ zur Anwendung kommt, als nur die Anforderungen für die Messung der Geräuschemissionen und zur Überprüfung des angegebenen Geräuschpegels festgelegt werden; harmonisierte Normen sollen durch die europäischen Normungsinstitutionen CEN und CENELEC ausgearbeitet werden und nach Ausarbeitung dieser Normen wird die Übereinstimmung von Geräten mit den in der Richtlinie enthaltenen Anforderungen vermutet, wenn die harmonisierten Normen eingehalten

229 ABl. L 300 v. 19.11.1984, S. 171; Änderungen: RL 87/252/EWG, ABl. L 117 v. 5.5.1987, S. 22, ber. ABl. L 158 v. 18.6.1987, S. 31; RL 88/180/EWG u. 88/181/EWG, ABl. L 81 v. 26.3.1988, S. 69 u. 71.

230 Art. 1 III enthält einen Katalog von Mähern, auf welche die RL keine Anwendung findet.

231 Art. 9: "Die Bestimmungen dieser Richtlinie berühren nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Vertrag, insbesondere den Art. 30 - 36, die Geräuschexposition am Bedienungsplatz von Rasenmähern für berufliche Zwecke mit einer Schnittbreite von über 120 cm zu begrenzen, sofern damit keine Verpflichtung verbunden ist, Rasenmäher, die dieser Richtlinie entsprechen, anderen Emissionswerten als im Sinne des Anhangs I anzupassen."

232 ABl. L 344 v. 6.12.1986, S. 24.

233 Haushaltsgeräte sind nach Art. 2 lit. a: "Maschinen, Maschinenteile oder Anlagen, die hauptsächlich zur Verwendung im Inneren einer Wohnstätte einschließlich Keller, Garagen und anderer Nebenräume bestimmt sind, insbesondere Haushaltsgeräte zur Wartung, Reinigung, zur Zubereitung von Lebensmitteln, zur Erzeugung und Verbreitung von Wärme und Kälte, Klimatisierung und andere Geräte zu nichtgewerblicher Verwendung."

234 Vgl. dazu näher unten, Teil 4, 1.

worden sind (Begründungserwägung 4 - 6). Im einzelnen gilt folgendes: Nach Art. 3 können die Mitgliedstaaten für bestimmte Familien von Haushaltsgeräten die Veröffentlichung von Angaben über die Geräuschemission dieser Geräte verlangen; diese Angaben werden vom Hersteller bzw. vom in der Gemeinschaft ansässigen Einfuhrhändler gemacht. Aus Gründen der Unterrichtung über die Geräuschemission dürfen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von Haushaltsgeräten nicht verweigern, verbieten oder einschränken, soweit die Unterrichtung gemäß den Richtlinienbestimmungen erfolgt (Art. 5 I) Dabei gehen die Mitgliedstaaten davon aus, daß die Veröffentlichung der Angaben über die Geräuschemission im Einklang mit der Richtlinie geschieht; jedoch können zur Überprüfung Stichproben durchgeführt werden, wenn die Haushaltsgeräte den Kaufinteressenten feilgeboten werden (Art. 5 II). Werden Messung und Kontrollen hinsichtlich des Geräuschpegels gemäß den harmonisierten, in das innerstaatliche Recht übernommenen Normen oder - soweit harmonisierte Normen nicht bestehen - gemäß den von der Kommission als den Anforderungen entsprechend eingestuft innerstaatlichen Normen vorgenommen, sind Geräte als mit den Richtlinienbestimmungen übereinstimmend zu betrachten (Art. 8). Bestehen Bedenken gegen die Übereinstimmung der in Art. 8 genannten Normen mit den grundlegenden Anforderungen der Richtlinie, so sind diese Bedenken in einem gemeinschaftlichen Verfahren unter Beteiligung eines Ständigen Ausschusses zu überprüfen (Art. 9). Im Ergebnis regelt die Richtlinie nur Fragen der Verbraucherinformation, schreibt aber keine Grenzwerte für Geräuschemissionen vor.

3.5 Luftreinhaltenormen

Auf die Richtlinie 70/220/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über *Maßnahmen gegen die Verunreinigung der Luft durch Emissionen von Kraftfahrzeugen*²³⁵ vom 20.3.1970²³⁶ wurde bereits in der Einleitung hingewiesen.²³⁷ Sie wurde, ebenso wie die bis 1983 erlassenen Änderungsrichtlinien, auf Art. 100 EWGV gestützt, während die ab 1987 ergangenen Änderungen auf der Rechtsgrundlage des Art. 100 a EWGV erfolgten. Die Richtlinie bestimmt Grenzwerte für Emissionen von Kohlenmonoxid, unverbrannten Kohlenwasserstoffen und Stickoxid aus Kraftfahrzeugmotoren, die stufenweise herabgesetzt worden sind; sie bezieht sich seit der RL 83/351/EWG nicht mehr nur auf Kraftfahrzeuge mit Fremdzündungsmotor,

235 Titel in der Fassung gemäß Art. 1 Nr. 1 RL 88/436/EWG.

236 ABl. 76 v. 6.4.1970, S. 1; Änderungen: ABl. L 2 v. 1.1.1973, S. 1; RL 74/290/EWG, ABl. L 159 v. 15.6.1974, S. 61; RL 77/102/EWG, ABl. L 32 v. 3.2.1977, S. 32; RL 78/665/EWG, ABl. L 223 v. 14.8.1978, S. 48; RL 83/351/EWG, ABl. L 197 v. 20.7.1983, S. 1; RL 88/76 EWG, ABl. 36 v. 9.2.1988, S. 1; RL 88/436/EWG, ABl. L 214 v. 6.8.1988, S. 1, ber. ABl. L 303 v. 8.11.1988, S. 36; RL 89/458 EWG, ABl. L 226 v. 3.8.1989, S. 1; RL 89/491/EWG, ABl. L 238 v. 15.8.1989, S. 43.

237 Vgl. Einleitung, 1.

sondern auch auf solche mit Kompressionszündungsmotoren (Dieselmotoren). Seit der RL 88/76/EWG wird zwischen Motoren unter 1400 ccm, bis 2000 ccm und über 2000 ccm unterschieden. Grundsätzlich gilt, daß die Mitgliedstaaten aus Gründen, die sich auf die Verunreinigung der Luft durch Motorabgase oder die Anforderungen des Motors in bezug auf Kraftfahrzeuge beziehen, weder die EWG-Betriebserlaubnis noch die Bescheinigung gemäß Art. 10 I letzter Spiegelstrich der RL 70/156/EWG²³⁸ noch eine Betriebserlaubnis mit nationaler Geltung verweigern oder das erstmalige Inverkehrbringen von Fahrzeugen untersagen dürfen, soweit diese den Richtlinienanforderungen entsprechen. Die derzeit jeweils geltenden Grenzwerte und zeitlichen Abstufungen hinsichtlich der Verweigerung von Betriebserlaubnissen oder des Verbots des Inverkehrbringens bestimmen sich wie folgt: für alle Fahrzeuge gemäß Art. 2 II, III RL 88/76/EWG, speziell für Dieselfahrzeuge einschließlich der Emission luftverunreinigender Partikel gemäß Art. 2 II, III RL 88/436/EWG²³⁹ und speziell für Fahrzeuge mit Motoren von weniger als 1400 ccm Hubraum gemäß Art. 2 II, III RL 89/458/EWG.²⁴⁰ In die letztgenannte Richtlinie, die im Gegensatz zu ihren Vorgängern die Verweigerung der Betriebserlaubnis und das Verbot des Inverkehrbringens zwingend vorschreibt,²⁴¹ wurde eine Vorschrift in bezug auf steuerliche Anreize für Kleinwagen aufgenommen (Art. 3). Solche Anreize sind zulässig, wenn sie im Einklang mit dem Vertrag stehen und zusätzlich folgende Bedingungen erfüllen: sie müssen für die gesamte Automobilproduktion des betreffenden Mitgliedstaates und solche eingeführten Fahrzeuge gelten, die auf dem Markt eines Mitgliedstaates in Verkehr gebracht werden sollen und so ausgerüstet sind, daß sie den 1992 einzuhaltenden Normen schon vorzeitig genügen können; sie entfallen, sobald Emissionswerte als verbindliche Vorschrift gemäß Art. 2 III in Kraft getreten sind; sie müssen bei jedem Fahrzeugtyp deutlich geringer sein als die tatsächlichen Kosten für die zur Einhaltung der festgesetzten Werte eingeführten Vorrichtungen und deren Einbau im Fahrzeug.²⁴² Über entsprechende mitgliedstaatliche Maßnahmen ist die Kommission rechtzeitig zu unterrichten, damit sie dazu Stellung nehmen kann.

238 RL des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Betriebserlaubnis für Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger v. 6.2.1970, ABl. L 42 v. 23.2.1970, S. 1, zuletzt geändert durch RL 87/403/EWG, ABl. L v. 220 v. 8.8.1987, S. 44.

239 Näher dazu *Corcelle*, RMC 1989, S. 519 f.

240 Damit werden im Ergebnis die US-Grenzwerte eingehalten, vgl. zur Entstehung *Corcelle*, RMC 1989, S. 520 ff.

241 Insofern handelt es sich um eine totale Harmonisierung; für andere Kraftfahrzeugarten besteht eine optionelle Harmonisierung, weil lediglich die Ausstellung der EWG-Betriebserlaubnis untersagt wird, während die national wirksamen Betriebsgenehmigungen weiterhin erteilt werden können; vgl. dazu im Hinblick auf die verschiedenen zeitlichen Stufen *Hey/Jahns-Böhm*, Ökologie und freier Binnenmarkt, S. 95 f.

242 Hinsichtlich der letztgenannten Voraussetzung geht die Kommission davon aus, daß die steuerlichen Vergünstigungen mindestens 15 % unter den Kosten für einen geregelten Katalysator liegen müssen, vgl. Europe Environment No. 338/1990, S. 1.

Neben den eben beschriebenen Bestimmungen gelten für Dieselfahrzeuge Sondervorschriften, die alle auf dem Konzept der optionellen Harmonisierung beruhen. Die auf Art. 100 EWGV gestützte Richtlinie 72/306/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über *Maßnahmen gegen die Emission verunreinigender Stoffe aus Dieselmotoren zum Antrieb von Fahrzeugen* vom 2.8.1972²⁴³ legt Grenzwerte für die Rußemissionen fest. Die Richtlinie 88/77/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über *Maßnahmen gegen die Emission gasförmiger Schadstoffe aus Dieselmotoren zum Antrieb von Kraftfahrzeugen* vom 3.12.1987²⁴⁴ bezieht sich auf die im Titel genannten Schadstoffe und gilt im wesentlichen für Lastwagen und Busse, nämlich für Fahrzeuge mit einer Gesamtmasse von mehr als 3,5 Tonnen.²⁴⁵ Für die aus dem Anwendungsbereich der anderen Richtlinien ausgeschiedenen land- und forstwirtschaftlichen Zugmaschinen werden Grenzwerte für die Emission verunreinigender Stoffe durch die Richtlinie 77/537/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über *Maßnahmen gegen die Emission verunreinigender Stoffe aus Dieselmotoren zum Antrieb land- und forstwirtschaftlicher Zugmaschinen auf Rädern* vom 28.6.1977²⁴⁶ festgelegt.

Die auf Art. 100 EWGV gestützte Richtlinie 75/716/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *Schwefelgehalt bestimmter flüssiger Brennstoffe* vom 24.11.1975²⁴⁷ sieht vor, daß der Gehalt an Schwefelverbindungen von Gasölen, die in Art. 1 definiert werden,²⁴⁸ nicht mehr als 0,3 Gewichtshundertteile betragen darf (Art. 2 I). Ab dem 1.1.1989 dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 das Inverkehrbringen der Gasöle, die der Bestimmung des Art. 2 I entsprechen, nicht aufgrund des Schwefelgehalts untersagen, einschränken oder behindern;²⁴⁹ in bestimmten Ausnahmefällen kann aber ein Grenzwert von 0,2 Gewichtshundertteilen vorgeschrieben werden, wobei die Kommission über entsprechende Maßnahmen zu unterrichten ist (Art. 5). Zur Kontrolle haben die Mitglieder Stichproben nach einer vorgeschriebenen Referenzmethode durchzuführen (Art. 7).

Die Richtlinie 85/210/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den *Bleigehalt des Benzins* vom 20.3.1985²⁵⁰ wurde auf Art. 100,

243 ABl. L 190 v. 20.8.1972, S. 1, geändert durch RL 89/491/EWG, ABl. L 238 v. 15.8.1989, S. 43.

244 ABl. L 36 v. 9.2.1988, S. 33.

245 Vgl. dazu *Corcelle*, RMC 1989, S. 518 f.

246 ABl. L 220 v. 29.8.1977, S. 38, geändert durch RL 82/890/EWG, ABl. L 378 v. 31.12.1982, S. 45.

247 ABl. L 307 v. 27.11.1975, S. 22; geändert durch RL 87/219/EWG, ABl. L 91 v. 3.4.1987, S. 19.

248 Durch die RL 87/219/EWG ist die Unterscheidung von zwei verschiedenen Gasöltypen weggefallen. Die Richtlinie bezieht sich insbesondere auf Heizöle und Dieselmotoren.

249 Die in Art. 3 vorgesehene Möglichkeit der schnelleren Durchsetzung der Grenzwerte ist zur Zeit ohne Bedeutung.

250 ABl. L 96 v. 3.4.1985, S. 25; geändert durch RL 85/581/EWG, ABl. L 372 v. 31.12.1985, S. 37; RL 87/416/EWG, ABl. L 225 v. 13.8.1987, S. 33.

die 1987 vorgenommene Änderung auf Art. 130 s EWGV gestützt.²⁵¹ Grundsätzlich tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, daß verbleites und unverbleites Benzin auf ihrem Hoheitsgebiet in ausreichender Streuung verfügbar ist (Art. 2 I, 3 I).²⁵² Für beide Sorten von Benzin gilt eine Beschränkung des Benzolgehalts auf nicht mehr als 5,0 % vol. (Art. 4). Für unverbleites Benzin werden in Art. 5 bestimmte Mindest-Oktanzen vorgeschrieben (Superbenzin), wobei daneben auch bleifreies Normalbenzin zugelassen werden darf. Hinsichtlich des verbleiten Benzins bestehen folgende Vorschriften: Nach Art. 2 III senken die Mitgliedstaaten, sobald sie es für angezeigt halten, den zulässigen Gehalt an Bleiverbindungen des in ihrem Hoheitsgebiet auf den Markt gebrachten Benzins auf 0,15 g Pb/l. Ferner können sie das Inverkehrbringen von verbleitem Normalbenzin verbieten, wenn eine derartige Maßnahme zum Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt gerechtfertigt und der Verfügbarkeit und Streuung von unverbleitem Benzin förderlich ist (Art. 2 IV); diese Verbote sind der Kommission mitzuteilen und werden von dieser auf ihre Vereinbarkeit mit der Richtlinie und anderen gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften überprüft (Art. 2 V). Gemäß Art. 7 dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr und die freie Vermarktung von Benzin, das den Vorschriften der Richtlinie entspricht, nicht aus Gründen des Blei- oder Benzolgehalts verhindern oder begrenzen, wobei der zulässige Höchstgehalt an Blei des in einem Mitgliedstaat auf den Markt gebrachten Benzins auf 0,15 g Pb/l festgesetzt wird, wenn dieser Mitgliedstaat Art. 2 III anwendet.

Rechtsgrundlage der Richtlinie 87/217/EWG des Rates zur *Verhütung und Verringerung der Umweltverschmutzung durch Asbest* vom 19.3.1987²⁵³ bilden Art. 100 und 235 EWGV. Diese Richtlinie bezweckt nicht nur die Luftreinhaltung, sondern dient auch dem Gewässerschutz und der Abfallvermeidung (Begründungserwägung 5). Dementsprechend treffen die Mitgliedstaaten nach Art. 3 die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß Asbestemissionen in die Luft, Asbestableitungen in Gewässer und die Erzeugung von Asbestabfällen soweit wie möglich am Erzeugerort eingeschränkt und verhindert werden. Art. 9 stellt den Mitgliedstaaten frei, unter Einhaltung der Bestimmungen des Vertrags im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit und der Umwelt strengere Vorschriften festzulegen. Die Richtlinie enthält im einzelnen eine Reihe von anlagenbezogenen Vorschriften, bezieht sich aber nicht auf das Inverkehrbringen oder die Verwendung von Asbest als Produkt.

Die Verordnung 3322/88/EWG des Rates über *bestimmte Fluorchlorkohlenwasserstoffe und Halone, die zu einer Abnahme der Ozonschicht führen*, vom

251 Außer Kraft gesetzt wurde damit die RL 78/611/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Bleigehalt des Benzins v. 29.6.1978, ABl. L 197 v. 20.7.1978, S. 19.

252 Art. 2 II, 3 II sehen vorübergehende Abweichungen infolge von Versorgungsschwierigkeiten vor.

253 ABl. L 85 v. 28.3.1987, S. 40.

14.10.1988²⁵⁴ wurde auf Art. 130 s EWGV gestützt.²⁵⁵ Die Verordnung betrifft die Einfuhr, Ausfuhr Produktion und den Verbrauch der in Anhang I aufgeführten Flourchlorkohlenwasserstoffe (FCKW) und Halone (Art. 1). Für die Einfuhr werden mengenmäßige Beschränkungen festgelegt (Art. 3 ff.). Hinsichtlich der Produktion sind zeitlich gestaffelte Produktionsbeschränkungen vorgesehen, wobei in der letzten Stufe die FCKW-Produktion ab dem 1.7.1998 jährlich höchstens 50 % der Produktion von 1986 und die Halonproduktion ab dem 1.1.1992 jährlich diejenige von 1986 nicht übersteigen darf (Art. 8 I, II); davon sind Abweichungen möglich, insbesondere auch zum Zwecke der industriellen Rationalisierung, sofern der im Montrealer Protokoll vorgesehene Produktionsumfang in einem Mitgliedstaat nicht überschritten wird (Art. 8 III). Daneben gewährleisten die Hersteller, daß die von ihnen in Verkehr gebrachten Mengen an FCKW und Halonen nicht vergrößert und im Anschluß schrittweise verringert werden (Art. 9). Spezielle Verwendungsverbote enthält die Verordnung nicht, weil sie von dem Konzept ausgeht, den Verbrauch von FCKW und Halonen durch Angebotskontrollen zu steuern (Begründungserwägung 7). Wollen die Mitgliedstaaten aus Gründen des Umweltschutzes verstärkte Schutzmaßnahmen ergreifen, so ist das im Rahmen des Art. 130 t EWGV möglich.²⁵⁶ Die Vorschrift gestattet die Beibehaltung und den Erlaß entsprechender Maßnahmen, soweit diese mit dem Vertrag vereinbar sind.²⁵⁷

3.6 Wasserschutznormen

Auf Art. 100 EWGV gestützt wurde die Richtlinie 73/404/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über *Detergentien* vom

254 ABl. L 297 v. 31.10.1988, S. 1; vgl. auch die Entscheidung des Rates 88/540/EWG über den Abschluß des Wiener Übereinkommens zum Schutz der Ozonschicht und des Montrealer Protokolls über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen, v. 14.10.1988, ABl. L 297 v. 31.10.1988, S. 8, mit der die vorgenannten Abkommen (a.a.O. im Anschluß abgedruckt) genehmigt wurden, und den Änderungsvorschlag der Kommission, KOM (90) 3 endg.

255 Nach *Scheuing*, EuR 1989, S. 189, hätten richtigerweise zwei Verordnungen ergehen müssen: eine nach Art. 113 EWGV, bezogen auf die Einfuhr, und die zweite nach Art. 100 a EWGV für die gemeinschaftsinterne Regelung. Vgl. zu der Empfehlung 89/439 der Kommission, die sich nach Aufforderung durch den Rat um weitergehende freiwillige Selbstbeschränkungsabkommen mit der Industrie bemüht, *Pernice*, NVwZ 1990, S. 421 f.

256 Darauf wird auch in der Begründungserwägung 6 ausdrücklich hingewiesen. Entscheidend für die Anwendbarkeit des Art. 130 t ist die tatsächlich vom Rat gewählte Rechtsgrundlage.

257 Vgl. zu den in Dänemark geplanten Maßnahmen, ab 1990 ein gestaffeltes Herstellungsverbot für Produkte, die FCKW enthalten oder mit ihnen hergestellt worden sind, zu erlassen *Pernice*, NVwZ 1990, S. 422; vom Bundeskabinett wurde am 30.5.1990 eine Verordnung beschlossen, die ab 1995 ein Verbot für die Verwendung und Herstellung von FCKW vorsieht, dazu und zu den unterschiedlichen Positionen in der EG SZ v. 31.5.1990, S. 29; ausführlich zu der auf der Grundlage des Chemikaliengesetzes verabschiedeten VO Sozialpolitische Umschau Nr. 226/1990.

22.11.1973²⁵⁸. Die Richtlinie wurde erlassen, weil der steigende Verbrauch an Detergentien als einer der Gründe für die Verunreinigung der natürlichen Umwelt im allgemeinen und für die Verunreinigung der Gewässer im besonderen angesehen wurde (Begründungserwägung 2). Als Detergens im Sinne der Richtlinie gilt nach Art. 1 "jedes Erzeugnis, dessen Zusammensetzung speziell auf das Zusammenwirken von Reinigungsvorgängen abgestellt ist und das außer den Hauptbestandteilen (grenzflächenaktive Substanzen) im allgemeinen ergänzende Bestandteile enthält (Zusatzstoffe, Stilmittel, Streckmittel, Beimengungen und andere Nebenbestandteile)." Nach Art. 2 I untersagen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und die Verwendung von Detergentien, wenn die durchschnittliche biologische Abbaubarkeit der darin enthaltenen grenzflächenaktiven Substanzen für jede der Kategorien anionische, kationische, nicht ionische und ampholytische Substanzen unter 90 % liegt; auch solche Detergentien dürfen unter normalen Verwendungsbedingungen die Gesundheit von Menschen und Tieren nicht gefährden Art. 2 II). Gemäß Art. 2 a²⁵⁹ können die Mitgliedstaaten bestimmte Detergentien von den Anforderungen des Art. 2 I ausnehmen. Art. 3 spricht ein an die Mitgliedstaaten gerichtetes Verbot aus, das Inverkehrbringen und die Verwendung derjenigen Detergentien, die der Richtlinie entsprechen, aus Gründen der biologischen Abbaubarkeit oder der Giftigkeit grenzflächenaktiver Substanzen zu untersagen, einzuschränken oder zu behindern. Die Feststellung, ob Detergentien den Anforderungen des Art. 2 genügen, wird aufgrund der in anderen Richtlinien festgelegten Kontrollmethoden von den zuständigen nationalen Behörden geprüft, wobei den Unsicherheiten der Methoden mittels geeigneter Toleranzen Rechnung zu tragen ist (Art. 4). Entsprechende Richtlinien sind für anionische grenzflächenaktive Substanzen die Richtlinie 73/405/EWG²⁶⁰ und für nichtionische grenzflächenaktive Substanzen die Richtlinie 82/242/EWG.²⁶¹ Spricht ein Mitgliedstaat nach durchgeführter Kontrolle ein Verbot für das Inverkehrbringen oder die Verwendung von Detergentien aus, so hat er den Herstellerstaat und die Kommission davon zu unterrichten und es wird eine Art gemeinschaftlichen Schlichtungsverfahrens durchgeführt (Art. 5).

258 ABl. L 347 v. 17.12.1973, S. 51. Änderungen: RL 82/242/EWG, ABl. L 109 v. 22.4.1982, S. 1; RL 86/94/EWG, ABl. L 80 v. 25.3.1986, S. 51.

259 Zeitlich befristet eingefügt durch RL 82/242/EWG; geändert durch RL 86/94/EWG.

260 Vom 22.11.1973, ABl. L 347 v. 17.12.1973, S. 53, geändert durch RL 82/243/EWG, ABl. L 109 v. 22.4.1982, S. 18. Nach deren Art. 2 führen die notwendigen Toleranzen zu einer Herabsetzung des Grenzwerts von 90 % auf 80 %.

261 Vom 31.3.1982, ABl. L 109 v. 22.4.1982, S. 1. Auch nach deren Art. 2 wird der Grenzwert um 10 % herabgesetzt.

3.7 Gentechnische Normen

Die auf Art. 100 a EWGV gestützte Richtlinie 90/220/EWG des Rates über die *absichtliche Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen in die Umwelt* vom 23.4.1990,²⁶² die ein Teil neuartiger, von der Gemeinschaft in einer Vorreiterrolle geschaffener gentechnischer Vorschriften ist,²⁶³ enthält produktbezogene Umweltschutzvorschriften.²⁶⁴ Ziel der Richtlinie ist der Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt u.a. beim Inverkehrbringen von Produkten, die gentechnisch veränderte Organismen (GVO) enthalten oder aus solchen bestehen, wobei die Produkte und die Organismen zur absichtlichen Freisetzung in die Umwelt bestimmt sind (Art. 1 I Spiegelstrich 2). GVO sind vor der absichtlichen Freisetzung anzumelden (Art. 5), worauf von den zuständigen nationalen Behörden die Übereinstimmung der Anmeldung mit der Richtlinie überprüft wird (Art. 6).²⁶⁵ Die Kommission richtet ein System für den Austausch der in den Anmeldungen enthaltenen Informationen ein (Art. 9). Das Inverkehrbringen von GVO enthaltenden Produkten regeln Art. 10 ff.; danach hat der Hersteller oder Importeur in die Gemeinschaft entsprechende Produkte anzumelden. Befürwortet die zuständige nationale Behörde das Inverkehrbringen, so hat sie die Akte der Kommission zu übermitteln; diese unterrichtet die anderen Mitgliedstaaten, die innerhalb von 60 Tagen gegenteilige Bemerkungen vorbringen können. Werden keine Einwände erhoben, so erteilt die nationale Behörde die Zustimmung zum Inverkehrbringen und unterrichtet davon wiederum die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten; anderenfalls entscheidet die Kommission über die Zulassung. Die schriftliche Zustimmung gilt für die angegebenen Bedingungen in der gesamten Gemeinschaft. Nach Art. 15 dürfen Mitgliedstaaten aus Gründen, die die Anmeldung und schriftliche Zustimmung zu einer absichtlichen Freisetzung nach der Richtlinie betreffen, das Inverkehrbringen eines Produkts, das GVO enthält oder aus solchen besteht, nicht verbieten, einschränken oder behindern, wenn dieses den Vorschriften der Richtlinie entspricht. Art. 16 enthält eine Schutzklausel, nach der ein Einsatz und/oder Verkauf eines angemeldeten und zugelassenen Produkts durch einen Mitgliedstaat auf dessen Gebiet vorübergehend eingeschränkt und verboten werden kann, wenn berechtigte Gründe zu der Annahme bestehen, daß dieses Produkt eine Gefahr für die menschliche Gesundheit

262 ABl. L 117 v. 8.5.1990, S. 15.

263 Vgl. *Pernice*, NVwZ 1990, S. 420 f.; in der Bundesrepublik Deutschland wurde zwischenzeitlich am 20.6.1990 das Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik erlassen (BGBl. I, S. 1080).

264 Anlagenbezogene Bestimmungen sieht die RL 90/219/EWG über die Anwendung gentechnisch veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen v. 23.4.1990, ABl. L 117 v. 8.5.1990, S. 1, vor.

265 Liegen neue Informationen vor, so können die Bedingungen für die Freisetzung geändert oder kann die Freisetzung vorübergehend oder endgültig eingestellt werden (Art. 6 VI). Nach Art. 7 können die Mitgliedstaaten die Anhörung bestimmter Gruppen oder der Öffentlichkeit zu jedem Aspekt der vorgeschlagenen absichtlichen Freisetzung vorschreiben.

oder die Umwelt darstellt. Von entsprechenden Maßnahmen sind die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten unverzüglich zu unterrichten; eine Entscheidung ergeht unter Mitwirkung eines Ausschusses in einem gemeinschaftlichen Verfahren nach Art. 21.²⁶⁶ Neben diesem Schutzklauselverfahren steht den Mitgliedstaaten in geeigneten Fällen die Inanspruchnahme des Art. 100 a IV EWGV offen.

3.8 Vorschläge für produktbezogene Umweltschutznormen

Auf Vorschläge für produktbezogenes Umweltschutzrecht kann an dieser Stelle nicht umfassend eingegangen werden. Solche Vorschläge existieren zum einen mit dem Ziel, die in den Richtlinien geforderte Anpassung an den technischen Fortschritt zu realisieren, betreffen zum anderen aber auch die Einführung neuer Bestimmungen.²⁶⁷ Erwähnt werden soll lediglich der geänderte Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über das Inverkehrbringen von (EWG-zugelassenen) Pflanzenschutzmitteln.²⁶⁸ Mit diesem Vorschlag²⁶⁹ wird die Beendigung der nunmehr fast 14 Jahre währenden Bemühungen um die Harmonisierung des Pflanzenschutzmittelrechts angestrebt.²⁷⁰ Er sieht im Kern die Zulassung von Wirkstoffen, die in einer sog. Positivliste zusammengefaßt werden (Art. 4), ein entsprechendes Zulassungsverfahren (Art. 5 ff.),²⁷¹ Verpackungsvorschriften (Art. 15) und insbesondere grundsätzlich die gegenseitige Anerkennung der von den Mitgliedstaaten vorgenommenen Zulassung (Art. 10) vor.

Anders als existierendes Gemeinschaftsrecht berühren Vorschläge für den Erlass von Richtlinien und Verordnungen das Recht der Mitgliedstaaten nicht. Jedoch fragt sich, ob neben ausdrücklich festgelegten Stillhaltepflichten, so insbesondere nach Art. 76

266 Vgl. zu den verschiedenen Verfahren Art. 21 III - V.

267 So betrifft zum Beispiel der auf Art. 100 a EWGV basierende Vorschlag der Kommission für eine RL des Rates betreffend gefährliche Stoffe enthaltende Batterien und Akkumulatoren, ABl. C 6 v. 7.1.1989, S. 3, nicht nur das Abfallrecht, sondern sieht in Art. 3 ein Vermarktungsverbot für Alkali-Mangan-Batterien mit einem Quecksilbergehalt von mehr als 0,30 Gewichtsprozent sowie Vorschriften zur Kennzeichnung von Batterien und Akkumulatoren hinsichtlich deren Beseitigung vor. Ebenfalls auf Art. 100 a EWGV gestützt ist der Vorschlag zur Ergänzung der RL 76/769/EWG, KOM (89) 548 endg., der Beschränkungen für den Gebrauch und die Vermarktung von Cadmium zum Gegenstand hat.

268 ABl. C 89 v. 10.4.1989, S. 22; die Wörter "EWG-zugelassen" sollen gestrichen werden.

269 Vgl. zu der Rechtsgrundlage des Art. 43 EWGV oben, 1.4.1.

270 Der ursprüngliche Vorschlag war im ABl. C 212 v. 9.9.1976, S. 3, veröffentlicht worden; vgl. zu den unterschiedlichen Reformvorstellungen *Rehbinder/Stewart*, Environmental Protection Policy, S. 95.

271 Die Zulassung wird von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ausgesprochen (Art. 9); sie ist grundsätzlich von den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen, es sei denn, ein Mitgliedstaat beruft sich auf die Notwendigkeit weiterer Untersuchungen (Art. 10 II); erkennt ein Mitgliedstaat die Vergleichbarkeit der Testergebnisse nicht an, so kann über die Zulassung in einem Verfahren nach Art. 18 unter Mitwirkung des Ständigen Ausschusses für Pflanzenschutz von der Kommission entschieden werden (Art. 10 III).

EWGV und nach der Richtlinie 83/189/EWG,²⁷² auch allgemeine Stillhaltepflichten bestehen. Prinzipiell ist die Frage sowohl für den Bereich der Rechtsangleichung als auch den Bereich der Landwirtschaftspolitik zu verneinen, weil anderenfalls die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bereits durch die Planung gemeinschaftlicher Rechtsvorschriften weitgehend eingeschränkt würden.²⁷³ Ausnahmen können sich aus Art. 5 II EWGV bzw. aus dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 40 I EWGV²⁷⁴ ergeben.²⁷⁵ Danach soll entweder ein Stillhaltegebot bestehen, d.h. die Mitgliedstaaten sind nicht mehr zur Änderung oder zum Erlaß von Gesetzen befugt, wenn die Kommission einen Vorschlag eingebracht hat,²⁷⁶ oder nach anderer Ansicht, wenn ein Rechtsakt der Gemeinschaft kurz vor der Verabschiedung steht.²⁷⁷ Bedenkt man, daß zwischen der Einbringung von Vorschlägen und deren Verabschiedung ein längerer Zeitraum vergehen kann, dann erscheint ein Blockieren mitgliedstaatlicher Gesetzgebungstätigkeit höchstens ab dem Zeitpunkt gerechtfertigt, in dem mit dem Erlaß gemeinschaftsrechtlicher Vorschläge tatsächlich gerechnet werden muß.²⁷⁸

3.9 Zwischenbilanz und Perspektive

3.9.1 Zwischenbilanz

Eine **Beschränkung** des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums begründen:

- im Bereich des *Gefahrstoffrechts* RL 67/548/EWG, RL 73/173/EWG, RL 77/728/EWG, RL 78/631/EWG, RL 88/379/EWG, jeweils lediglich für Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung, nicht aber für Herstellen, Verwenden und Inverkehrbringen;
- im Bereich der *Lärmschutznormen* durch optionelle Harmonisierung bezüglich der Zulassung von Produkten RL 70/157/EWG, RL 78/1015/EWG, RL 80/51/EWG, RL 89/629/EWG; bezüglich des Inverkehrbringens, der Inbetriebnahme und der Verwen-

272 Siehe dazu oben 3.2.

273 Vgl. *Gottsmann*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 40, Rdnr. 6: "Damit sind die Mitgliedstaaten in diesem Bereich - wie auch in allen anderen, nicht im Vertrag konkret angesprochenen Bereichen - lediglich dann einer derartigen Verpflichtung unterworfen, wenn sie im Rahmen der gegebenen Kompetenzverteilung für eine bestimmte Materie und auf die Dauer einer bestimmten Verhandlungsfrist vereinbart wird."

274 Zu Art. 40 I EWGV als Konkretisierung des Art. 5 EWGV *Gottsmann*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV, Art. 40, Rdnr. 6; a.A. offensichtlich *Gilsdorf/Priebe*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 40, Rdnr. 1, nach denen der Vorschrift "nur noch historische Bedeutung" zukommt.

275 Vgl. *Grabitz*, Stillhalte-Verpflichtungen vor dem Binnenmarkt, S. 43 f.

276 *Bleckmann*, Europarecht, S. 443.

277 So *Langeheine*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 100, Rdnr. 63.

278 Nach *Grabitz*, Stillhalte-Verpflichtungen vor dem Binnenmarkt, S. 48 ff., kommt eine Stillhalteverpflichtung nur insoweit in Betracht, als "die Einschränkung mitgliedstaatlicher Befugnisse in Relation zum Gewicht der Gemeinschaftsinteressen verhältnismäßig ist" (S. 48).

dung RL 84/534/EWG, RL 84/535/EWG, RL 84/536/EWG, RL 84/537/EWG, RL 86/662/EWG, RL 84/538/EWG; lediglich bezüglich der Unterrichtung von Verbrauchern RL 86/594/EWG;

-- im Bereich der *Luftreinhaltenormen* bezüglich des Inverkehrbringens RL 70/220/EWG und zusätzlich bezüglich der steuerlichen Anreize für Kleinwagen RL 89/458/EWG; bezüglich der Erteilung der Betriebserlaubnis RL 72/306/EWG; bezüglich der Zulassung, des Verkaufs, der Inbetriebnahme und der Benutzung RL 77/537/EWG und RL 88/77/EWG; bezüglich des Inverkehrbringens RL 75/716/EWG; bezüglich des freien Verkehrs und der Vermarktung RL 85/210/EWG;

-- im Bereich der *Wasserschutznormen* bezüglich des Inverkehrbringens und der Verwendung RL 73/404/EWG in Verbindung mit RL 73/405/EWG und RL 82/242/EWG;

-- im Bereich der *gentechnischen Normen* bezüglich des Inverkehrbringens RL 90/220/EWG.

Diese Beschränkung wird in folgenden Vorschriften durch die Existenz von **Schutzklauseln** oder die Einräumung **bestimmter Spielräume** abgeschwächt:

-- in den abschließenden Richtlinien auf dem Gebiet des *Gefahrstoffrechts* im Hinblick auf den Umweltschutz;

-- im Bereich des *Lärmschutzrechts* durch RL 89/629/EWG, RL 84/534/EWG, RL 84/535/EWG, RL 84/536/EWG, RL 84/537/EWG, RL 86/662/EWG, RL 84/538/EWG, wobei letztgenannte RL nur Abweichungen hinsichtlich der Verwendung in empfindlichen Gebieten vorsieht;

-- im Bereich der *Luftreinhaltenormen* durch RL 75/716/EWG und RL 85/210/EWG hinsichtlich der Absenkung der Grenzwerte;

-- im Bereich der *gentechnischen Normen* durch RL 90/220/EWG hinsichtlich von Einsatz und Verkauf.

Abweichungsmöglichkeiten nach Art. 100 a IV EWGV existieren zudem im Rahmen der RL 88/379/EWG, der ÄnderungsRL 89/458/EWG, der RL 88/77/EWG und der RL 90/220/EWG, nach Art. 130 t im Rahmen der VO 3322/88/EWG.

Ein **Gestaltungsspielraum** verbleibt in vollem Umfang für Einführung und Anwendung strengerer Umweltschutzrechts:

-- aufgrund einer vorgenommenen Mindestharmonisierung nach der hier vertretenen Ansicht im Bereich des *Gefahrstoffrechts* im Rahmen der RL 76/769/EWG und ebenso im Ergebnis bei der RL 79/117/EWG;

-- im Bereich der *Luftreinhaltenormen* im Rahmen der RL 87/217/EWG.

3.9.2 Perspektive

Der vorstehende Überblick zeigt eine Reihe von Beschränkungen des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums auf. Für die zukünftige Entwicklung wird der Ausnahme-

vorschrift des Art. 100 a IV EWGV verstärkte Bedeutung zukommen. Diese Vorschrift erhält den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auch nach dem Erlass von binnenmarktrelevanten Harmonisierungsmaßnahmen strengere Umweltschutznormen einführen und anwenden zu können. Eine derartige primärrechtliche Absicherung besteht aber nicht, wenn die Gemeinschaft Rechtsvorschriften auf der Grundlage der Art. 43, 75 oder 99 EWGV erläßt. Insofern stellt sich die Frage, ob nach Änderung des EWG-Vertrages durch die Einheitliche Europäische Akte eine Pflicht der EG-Organen besteht, den Mitgliedstaaten die Anhebung der gemeinschaftlichen Umweltschutzstandards durch sekundärrechtliche Schutzklauseln zu ermöglichen.

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist Art. 130 r II 2 EWGV, nach dem die Erfordernisse des Umweltschutzes Bestandteil der anderen Gemeinschaftspolitiken sind. Auch ohne direkt auf Art. 100 a III EWGV abzustellen, der an sich ein hohes Umweltschutzniveau nur im Rahmen der Harmonisierung gemäß Art. 100 a EWGV fordert, kann kaum Zweifel bestehen, daß der Zielsetzung des Umweltschutzes nur eine Politik gerecht wird, die in allen Bereichen von einem hohen Schutzniveau ausgeht. Eine andere Betrachtung würde die Bedeutung der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen mißachten. Von diesem Standpunkt aus gesehen ist es zweifelhaft, ob die Europäische Gemeinschaft allein in der Lage ist, einen ausreichenden Umweltschutz zu gewährleisten. Die gegenwärtige Situation ist gekennzeichnet durch sehr unterschiedliches Umweltbewußtsein und eine ebenso unterschiedliche Umweltschutzbereitschaft in den EG-Mitgliedstaaten. Solange Schwierigkeiten bestehen, EG-weit Mindestvorschriften durchzusetzen, kann kaum erwartet werden, daß die EG in vollem Umfang die für einen effektiven Umweltschutz erforderlichen Maßnahmen trifft. Die Existenz von Schutzklauseln in gemeinschaftlichen Vorschriften würde vor diesem Hintergrund wenigstens umweltschutzbereiten Mitgliedstaaten Handlungsspielräume für beschränkt wirksame Schritte belassen. Gerade im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr entfalten diese Schritte Wirksamkeit, weil die Erreichung eines hohen Umweltschutzniveaus auf gemeinschaftlicher Ebene durch gezielte Eingriffe in den Handelsverkehr mit ökonomischen Anreizen versehen wird.

Aufgrund des letztgenannten Umstands wird die These der Notwendigkeit von Schutzklauseln allerdings dem Einwand begegnen, daß Schutzklauseln grundsätzlich die Marktintegration beeinträchtigen und damit der Zielsetzung gemeinschaftlicher Maßnahmen zuwiderlaufen. Jedoch sprechen die besseren Gründe für die Erhaltung der mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume auf diesem Wege. Soll das Ziel des qualitativen Wachstums ernst genommen werden, dann müssen Beeinträchtigungen des Warenverkehrs in Kauf genommen werden, solange mit dem Austausch von Gütern Umweltbeeinträchtigungen einhergehen. Die Inanspruchnahme von Schutzklauseln ist nur in dem Umfang und in dem Ausmaß zulässig, in dem sie der Verbesserung des Umweltschutzes dient; insbesondere bleibt die Bindung der Mitgliedstaaten an vertragliche Be-

stimmungen wie Art. 12, 30, 92 und 95 EWGV bestehen. Zudem unterliegt sie der Überwachung durch EG-Institutionen. Das bedeutet eine Europäisierung des Umweltschutzes auf verfahrensrechtlichem Weg, und die Beschreitung dieses Wegs ist deshalb erforderlich, weil eine substantiell ausreichende Vergemeinschaftung des Umweltschutzes zumindest in der nächsten Zeit nicht zu erwarten ist.

Vierter Teil:

Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Binnenmarktrealisierung

1. Die neue Harmonisierungsstrategie

1.1 Grundzüge der neuen Strategie

Die sog. neue Harmonisierungsstrategie basiert im wesentlichen auf den Überlegungen, welche die Kommission in ihrem Weißbuch an den Rat über die Vollendung des Binnenmarktes unterbreitet hat. Ausgegangen wird von einer Unterscheidung der Bereiche, "in denen eine Harmonisierung unerlässlich ist, und den Bereichen, bei denen man sich auf eine gegenseitige Anerkennung der nationalen Regelungen und Normen verlassen kann", und dann angekündigt, daß sich die Harmonisierung künftig darauf beschränken wird, "zwingende Erfordernisse für Gesundheit und Sicherheit festzulegen, die in allen Mitgliedstaaten vorgeschrieben sein müssen und bei deren Beachtung ein Erzeugnis frei verkehren kann".¹ Die in diesem Rahmen zu verfolgende Harmonisierungstechnik stellt die Kommission folgendermaßen dar: "In den Sektoren, in denen Handelshemmnisse durch gerechtfertigte, unterschiedliche nationale Regeln zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Bürger sowie zum Schutz der Verbraucher und der Umwelt entstehen, wird sich die gesetzgeberische Harmonisierung in Zukunft darauf beschränken, die Grundvoraussetzungen für die Verkehrsfähigkeit eines Produkts in der ganzen Gemeinschaft festzulegen. Die Definition der technischen Spezifikationen derjenigen Produkte, die als den gesetzlich festgelegten Erfordernissen gemäß gelten, erfolgt über europäische Normen, die vom Europäischen Komitee für Normung (CEN) oder von sektoralen europäischen Normungsgremien im Bereich der Elektrogeräte und Baumaterialien wie CENELEC, UEAtc oder RILEM, die mit qualifizierter Mehrheit beschließen, herausgegeben werden."² Die so umschriebene Strategie geht vor allem zurück auf die EntschlieÙung des Rates über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung vom 7.5.1985.³

Rückblickend erscheint die sog. neue Harmonisierungsstrategie einen Lösungsansatz für eine keineswegs neue Debatte bezwecken zu wollen. Bereits Ende der sechziger Jahre bestanden Bestrebungen, die Rechtsangleichung im Bereich der technischen Handelshemmnisse effektiver zu gestalten.⁴ Auch über die Möglichkeit eines Verweises auf

1 *EG-Kommission*, Vollendung des Binnenmarktes, S. 19 (Rdnr. 65).

2 *EG-Kommission*, Vollendung des Binnenmarktes, S. 19 f. (Rdnr. 68).

3 ABl. C 136 v. 4.6.1985, S. 1.

4 Vgl. *I. Schwartz*, in: Festschrift für v.d.Groeben, S. 351 ff.; zu dem entsprechenden Programm v. 28.5.1969 *Waelbroeck*, CDE 1988, S. 249.

technische Regelungen von Normungsinstitutionen wurde schon früher nachgedacht,⁵ und als Vorläufer der neuen Strategie kann die Richtlinie 73/23/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen (Niederspannungsrichtlinie) vom 19.2.1973⁶ angesehen werden.⁷ Ihre besondere Bedeutung erhält die neue Harmonisierungsstrategie aber dadurch, daß sie die Verkehrsfähigkeit von Gütern in einem europaweiten Wirtschaftsraum gewährleisten soll, ohne zwangsläufig die Schaffung von Einheitswaren vorauszusetzen.⁸ Im Rahmen der angestrebten Realisierung des Binnenmarktes sind mittlerweile auf ihrer Grundlage eine Reihe von Richtlinien erlassen worden,⁹ so die Richtlinie 87/404/EWG des Rates über einfache Druckbehälter vom 25.6.1987¹⁰, die Richtlinie 88/378/EWG des Rates über die Sicherheit von Spielzeug vom 3.5.1988¹¹, die Richtlinie 89/106/EWG des Rates über Bauprodukte vom 21.12.1988¹² und die Richtlinie 89/392/EWG des Rates für Maschinen¹³. Die verfolgte Konzeption besitzt drei Hauptmerkmale: der Rat entscheidet nur über die grundlegenden Sicherheitsanforderungen;¹⁴ technische Spezifikationen werden von privaten europäischen Normungsinstitutionen¹⁵ ausgearbeitet;¹⁶ Konformitätsnachweise werden gegenseitig anerkannt¹⁷. Ihre Wirkungsweise kann am Beispiel der Maschinenrichtlinie dargestellt werden. Diese Richtlinie legt in Anhang I die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen fest (Art. 1 I), welche Maschinen erfüllen müssen (Art.

5 Vgl. *Börner*, in: *ders.*, Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, KSE Bd. 17, S. 242 ff.

6 ABl. L 77 v. 26.3.1973, S. 29.

7 Vgl. dazu ausführlich *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 326 ff.

8 Vgl. *Waelbroeck*, CDE 1988, S. 253 f.

9 Vgl. auch *EG-Kommission*, Eine neue gemeinsame Normungspolitik.

10 ABl. L 220 v. 8.8.1987, S. 48.

11 ABl. L 187 v. 16.7.1988, S. 1.

12 ABl. L 40 v. 11.2.1989, S. 12.

13 ABl. L 183 v. 29.6.1989, S. 9; vgl. dazu auch den Änderungsvorschlag der Kommission v. 15.12.1989, COM (89) 624 fin.

14 Die allerdings ihrerseits ausreichend konkret gefaßt werden müssen, vgl. *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 346 ff.; die dahinterstehenden Überlegungen werden ohne Eingehen auf die praktischen Umsetzungsprobleme dargestellt bei *Van Voorst tot Voorst/Van Dam*, CMLR 1988, S. 697 f.

15 Vgl. zu der Tätigkeit von CEN (Europäisches Komitee für Normung) und CENELEC (Europäisches Komitee für Elektrotechnische Normung) sowie zu den neuen, mit CEN, CENELEC und ETSI (Europäisches Institut für Telekommunikationsnormen) geschlossenen Rahmenverträgen *EG-Kommission*, 23. Gesamtbericht, S. 116 f. (Rdnr. 200).

16 Vgl. dazu *Waelbroeck*, CDE 1988, S. 257 ff.

17 Vgl. zu den Bestrebungen, die Konformitätsbewertung in den Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen, die Mitteilung der Kommission an den Rat über ein globales Konzept für Zertifizierungen und Prüfwesen - Instrument zur Gewährleistung der Qualität bei Industrieerzeugnissen, ABl. C 267 v. 19.10.1989, S. 3.

3). Mit der Ausarbeitung harmonisierter Normen zur Konkretisierung der allgemeinen Anforderungen werden die Normungsinstitutionen CEN und CENELEC beauftragt. Gemäß Art. 4 dürfen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von Maschinen, die den Bestimmungen der Richtlinie entsprechen, nicht verbieten, beschränken oder behindern. Bei Maschinen mit EG-Zeichen oder EG-Konformitätserklärung gemäß Anhang II gehen die Mitgliedstaaten von der Übereinstimmung mit den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen aus (Art. 5 I UAbs. 1); das insofern vorgesehene Bescheinigungsverfahren (Art. 8) wird von Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten aufgrund der harmonisierten Normen¹⁸ durchgeführt (Art. 9). Art. 7 enthält ein Schutzklauselverfahren. Ist ein Mitgliedstaat oder die Kommission der Auffassung, daß harmonisierte Normen nicht den grundlegenden Anforderungen entsprechen, so wird ein Ständiger Ausschuß eingeschaltet, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt und unter dem Vorsitz eines Kommissionsvertreters tagt (Art. 6).

1.2 Bewertung

Die bisherige Rechtsangleichungspraxis hat in dem Bestreben einer umfassenden Normierung vielfach eine Fülle von Einzelvorschriften hervorgebracht.¹⁹ Eine solche Rechtsetzungstätigkeit bedeutet selbst dann, wenn wirksamere Entscheidungsverfahren eingeführt²⁰ und der Erlaß von Durchführungsvorschriften auf die Kommission verlagert werden,²¹ eine kaum zu bewältigende Belastung von Rat und Kommission.²² Zugleich führen die bis in letzte technische Einzelheiten gehenden Regelungen dazu,²³ daß eine Anpassung an den technischen Entwicklungsprozeß erschwert, wenn nicht

18 Vgl. dazu Art. 5 II: "Entspricht eine nationale Norm in Umsetzung einer harmonisierten Norm, deren Fundstelle im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden ist, einer oder mehreren grundlegenden Sicherheitsanforderungen, wird bei der entsprechend dieser Norm hergestellten Maschine davon ausgegangen, daß sie den betreffenden Anforderungen genügt." Art. 6 I räumt insofern die Möglichkeit eines Überprüfungsverfahrens ein. Nach Art. 6 II wird ein Ständiger Ausschuß gebildet, der mit jeder Frage im Zusammenhang mit der Durchführung und praktischen Anwendung der Richtlinie befaßt werden kann.

19 Vgl. zu dem bekannten Beispiel des "Euro-Trecker" *Scharrer*, Jahrbuch der Europäischen Integration 1988/89, S. 133 ("interministerielles Gesamtkunstwerk").

20 Wie es grundsätzlich durch das Verfahren des Mehrheitsbeschlusses in Art. 100 a EWGV geschehen ist.

21 Vgl. Art. 145 Spiegelstrich 3 EWGV.

22 Vgl. zu den Schwächen der bisherigen Lösungsansätze *Joerges*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1252 f.

23 Dazu das dem erwähnten "Euro-Trecker" entnommene und bei *Bruha*, *ZaöRV* Bd. 46 (1986), S. 2, Fußn. 7, erwähnte Beispiel eines 80 Druckseiten umfassenden Kommissionsvorschlags zur "Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über vor dem Fahrersitz montierte Umsturzvorrichtungen mit zwei Pfosten für Schmalspurmaschinen mit Luftbereifung" (ABl. C 222 v. 2.9.1985, S. 1).

unmöglich gemacht wird.²⁴ Andererseits besteht bei unzureichender Harmonisierung das Risiko, daß Handelsbeschränkungen nicht ausgeräumt werden können und damit das Funktionieren des Binnenmarktes in Gefahr gerät.²⁵ An die geschilderte Problemlage anknüpfend versucht die neue Harmonisierungsstrategie, die Rechtsangleichung flexibler zu gestalten, ohne auf die Schaffung gemeinschaftlicher Normen weitgehend verzichten zu müssen.²⁶ Fraglich kann sein, ob damit zugleich ein Deregulierungseffekt zu erreichen ist.²⁷ Jedenfalls ergibt sich insbesondere das Problem, die grundlegenden Sicherheitsanforderungen so zu formulieren, daß sie einerseits einen ausreichenden Schutzstandard gewähren, andererseits aber genügend Raum für die Tätigkeit der Normungsinstitutionen belassen.²⁸

Grundsätzlich vorausgeschickt, daß auch die Verwendung der Verweisungstechnik nicht dazu führen darf, den vertraglich festgelegten Handlungsrahmen der EG auf dem Gebiet der Rechtsvereinheitlichung zu überschreiten,²⁹ wirft die neue Strategie eine Reihe von rechtlichen Problemen auf, die hier unter Verzicht auf eine vertiefende Darstellung lediglich angesprochen werden sollen.³⁰ Zum einen handelt es sich um die Frage der Zulässigkeit des Normenverweises. Im innerstaatlichen Recht wird eine gleitende Verweisung, d.h. eine Verweisung auf die jeweils geltende Fassung der in Bezug genommenen technischen Regeln, dann wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip für verfassungswidrig gehalten, wenn ihr eine normergänzende und nicht nur eine normkonkretisierende Funktion zukommt.³¹ Im Gemeinschaftsrecht sind für die Begrenzung von Verweisungsmöglichkeiten ebenfalls die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu beachten, wobei insbesondere auch die Befugnisaufteilung zwischen Rat und Kommission eine Rolle spielt.³² Diese Grundsätze sind im Rahmen der neuen Harmonisierungsstrategie nicht schon deshalb irrelevant, weil den von den Normungsgremien ausgearbeiteten Normen kein rechtlich verbindlicher Charakter zukommt;³³ recht-

24 Vgl. *Bruha*, ZaöRV Bd. 46 (1986), S. 3.

25 Vgl. zu solchen Befürchtungen *I. Schwartz*, in: Festschrift für v.d.Groeben, S. 361.

26 Insbesondere insofern, als eine gegenseitige Anerkennung nicht als ausreichend angesehen werden kann, vgl. *Schmitt von Sydow*, in: *Bieber/Dehoussel/Pinder/Weiler*, 1992: One European Market?, S. 96.

27 Zu dieser Frage *Bruha*, ZaöRV Bd. 46 (1986), S. 26 ff.

28 Vgl. dazu *Breuer*, in: *Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1989, UTR Bd. 9, S. 111 ff., der vor allem auf den fehlenden Orientierungsrahmen des neuen Harmonisierungskonzepts für die Ausarbeitung von Normen hinweist.

29 Vgl. *Bruha*, ZaöRV Bd. 46 (1986), S. 20 ff., wobei die Grenzen aber sehr durch das Verständnis der Rechtsangleichungsbestimmungen des EWG-Vertrags und den Fragen nach Natur, Aufgabe und Ziel der Harmonisierung bestimmt werden.

30 Vgl. auch *Joerges*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1261 f.

31 *Marburger*, Technische Regeln, in: *Kimminich/Lersner/Storm*, Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. II, Sp. 502.

32 Vgl. dazu *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 380 ff.

33 So aber *Gormley*, Legal Issues of European integration No. 1/1989, S. 13, Fußn. 18.

liche Wirkung erlangen die Normen nämlich dadurch, daß ihre Einhaltung eine Vermutung für die Übereinstimmung des Produkts mit den Anforderungen der Richtlinie begründet.³⁴ Zum anderen muß die Position der durch die Richtlinien mitbetroffenen Personen berücksichtigt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁵ folgen aus den Grundrechten Schutzpflichten des Staates gegenüber seinen Bürgern.³⁶ Soweit Gemeinschaftsrecht durch seinen Anwendungsvorrang die effektive Wahrnehmung mitgliedstaatlicher Schutzpflichten verhindert, wird man unter Berücksichtigung der Grundrechtsjudikatur des EuGH davon ausgehen müssen, daß ähnliche Schutzpflichten auch im Verhältnis zwischen Gemeinschaftsgesetzgeber und Angehörigen der EG-Mitgliedstaaten angenommen werden können. Hinsichtlich der Konzeption der neuen Harmonisierungsstrategie bestehen unter dem genannten Gesichtspunkt deshalb keine Bedenken, weil die Anerkennung von Konformitätsnachweisen in erster Linie den grenzüberschreitenden Verkehr von Gütern gestattet, entsprechende Schutzklauseln aber vorsehen,³⁷ daß die Mitgliedstaaten nicht an der Wahrnehmung ihrer Verantwortung für den Schutz der Bürger gehindert werden.

1.3 Bedeutung für das produktbezogene Umweltschutzrecht

Soweit die Anwendung der neuen Harmonisierungsstrategie für die Rechtsangleichung umweltschützender Vorschriften diskutiert wird, überwiegt eine skeptische Haltung. Insbesondere wird gefürchtet, daß sich infolge von auf der genannten Strategie basierenden gemeinschaftsrechtlichen Maßnahmen das Niveau des Umweltschutzes verschlechtern könnte. Diese Befürchtungen lassen sich nicht zuletzt auf den Umstand, daß Vertreter von Umweltschutzverbänden nicht ausreichend bei der Besetzung der Normungsausschüsse berücksichtigt werden und der Prozeß der Normung von Industrieverbänden und der Kommission bestimmt wird, zurückführen.³⁸

34 Was dazu führt, daß im Falle des Abweichens ein Hersteller die Richtlinienkonformität seines Produkts beweisen muß, vgl. *Bruha*, ZaöRV Bd. 46 (1986), S. 10; im Ergebnis ebenso *Pernice*, NVwZ 1990, S. 210.

35 BVerfGE 39, 1 (Fristenlösung für Schwangerschaftsabbrüche); zur Kernkraft: BVerfGE 49, 89, 141 ff. ("Kalkar"-Beschuß); 53, 30, 57 ff. ("Mühlheim-Kärlich"-Beschuß); zum Fluglärm BVerfGE 56, 54, 73 ff.

36 Vgl. dazu näher nur *Klein*, NJW 1989, S. 1633 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, S. 728 ff., jeweils m.w.N.

37 Vgl. zu diesen Schutzklauseln *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 394 f.

38 *Hey/Jahns-Böhm*, Ökologie und freier Binnenmarkt, S. 126; *Binder*, in: *Korinek/Rill*, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 186; vgl. zu dem schwierigen Versuch einer Beteiligung von Verbraucherverbänden bei der Ausarbeitung von Normen im Verbraucherschutzrecht *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 401 ff.

Fraglich ist aber, ob die neue Harmonisierungsstrategie auf dem Feld des produktbezogenen Umweltschutzrechts überhaupt Bedeutung entfalten wird.³⁹ Die Kommission hatte in ihrem Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes aus dem Jahre 1985 im Zusammenhang mit der neuen Harmonisierungsstrategie ausgeführt: "Die Kommission trägt den eigentlichen Ursachen von Handelshemmnissen Rechnung und stellt fest, daß die gesetzgeberischen Ziele der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Schutzes der Gesundheit, der Sicherheit und der Umwelt im Kern gleichwertig sind."⁴⁰ Damit war die grundsätzliche Anwendbarkeit der neuen Strategie im Umweltschutzrecht angesprochen, wenn auch die Umweltpolitik nicht als einer derjenigen Bereiche genannt wurde, in denen sich das Harmonisierungskonzept besonders auswirken sollte.⁴¹ Im vierten Aktionsprogramm für den Umweltschutz aus dem Jahre 1987 werden Überlegungen zur neuen Harmonisierungsstrategie nicht aufgenommen, vielmehr stellte die Kommission lediglich allgemein fest: "Im Bereich der Umweltpolitik werden sich die größten potentiellen Auswirkungen der Vollendung des Binnenmarktes bei den Produktnormen bemerkbar machen. In wichtigen Fällen könnten nationale Normen wesentlich voneinander abweichen, insbesondere im Umweltschutz. In diesem Fall ist es von größter Bedeutung, daß eine Harmonisierung dieser Normen, die sich aus Umweltschutzgründen als erforderlich erweisen sollte, so früh wie möglich auf Gemeinschaftsebene erreicht wird."⁴² Dies läßt vermuten, daß an eine Weiterentwicklung der neuen Strategie für den Bereich des produktbezogenen Umweltschutzrechts wenigstens zur Zeit nicht gedacht ist.⁴³ Soweit ersichtlich, folgt bis jetzt lediglich die Richtlinie 86/594/EWG über die Geräuschemissionen von Haushaltsgeräten⁴⁴ mit Einschränkungen⁴⁵ diesem Rechtsangleichungskonzept, und zwar nur insofern, als die Information der Verbraucher betroffen ist.⁴⁶ Fraglich kann aber sein, ob die nicht direkt auf den Umweltschutz abzielenden Richtlinien, welche die Verkehrsfähigkeit bestimmter Arten von Gütern regeln, insbesondere Produktsicherheitsvorschriften, auch in das Umweltschutzrecht hineinwirken. Insofern ist festzustellen, daß sowohl die Richtlinie über einfache Druckbehälter⁴⁷ als

39 Skeptisch insofern für den gesamten Bereich des Umweltschutzrechts *Pernice*, NVwZ 1990, S. 210.

40 *EG-Kommission*, Vollendung des Binnenmarktes, S. 19 (Rdnr. 65).

41 *EG-Kommission*, Vollendung des Binnenmarktes, S. 20 f. (Rdnr. 71).

42 ABl. C 328 v. 7.12.1987, S. 12 f. (Rdnr. 2.3.22.).

43 Vgl. zu verschiedenen Ansätzen und zu Gründen für eine Weiterentwicklung *Hey/Jahns-Böhm*, Ökologie und freier Binnenmarkt, S. 57 ff.

44 Vom 1.12.1986, ABl. L 344 v. 6.12.1986, S. 24.

45 Vgl. *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 357, Fußn. 210, die von einer "eigenständigen Regelungstechnik" sprechen.

46 Vgl. Teil 3, 3.4.

47 RL 87/404/EWG, ABl. L 220 v. 8.8.1987, S. 48, Art. 2 I: "Die Mitgliedstaaten treffen alle erforderlichen Maßnahmen, damit die in Art. 1 aufgeführten Behälter nur in den Verkehr gebracht und in Betrieb genommen werden dürfen, wenn sie die Sicherheit von Personen, Haustieren und Gütern bei angemessener Anbringung und Wartung und bestimmungsgemäßem Betrieb nicht gefährden."

auch die Spielzeugrichtlinie⁴⁸ und die Maschinenrichtlinie⁴⁹ ausdrücklich oder implizit auf den Verbraucherschutz abstellen, Harmonisierungen unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes also nicht enthalten. Anderes gilt für die Bauproduktenrichtlinie⁵⁰, die Anforderungen auch im Hinblick auf den Umweltschutz festlegt, jedoch insofern als geschützten Personenkreis nur die Bewohner und Anwohner von Bauwerken berücksichtigt.⁵¹ Weitergehend formuliert ist allerdings der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die allgemeine Produktsicherheit.⁵² Art. 2 lit. b definiert als "sicheres Produkt: ein Produkt, das in bezug auf seine Konstruktion, Zusammensetzung, Ausführung, Funktionsweise, Verpackung, Bedingungen für den Zusammenbau, Wartung oder Beseitigung, Gebrauchs- und Bedienungsanleitung oder jede andere seiner sonstigen Eigenschaften weder unmittelbar noch mittelbar, insbesondere aufgrund seiner Einwirkung auf andere Produkte oder seine Verbindung mit solchen Produkten keine unvermeidbare Gefahr für die Gesundheit und die Sicherheit von Personen darstellt." Der Einbezug von mittelbar hervorgerufenen Gesundheitsgefährdungen und der Verzicht auf eine Beschränkung des geschützten Personenkreises müßten zu einer unbeschränkten Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten führen. Andererseits werden aber grundlegende Umweltschutzanforderungen im Anhang des Richtlinienvorschlags nicht genannt. Im Hinblick auf die mit einem Konformitätsnachweis verbundene Möglichkeit des Inverkehrbringens von Produkten erscheint die insofern hervorgerufene Schutzlücke nicht akzeptabel,⁵³ weshalb eine Präzisierung der Definition der Produktsicherheit dringend geboten ist.

Sieht man von dem nachbesserungsbedürftigen Vorschlag über die Produktsicherheitsrichtlinie ab, so ist im Ergebnis aus allgemeinen Erwägungen die Bedeutung der neuen Harmonisierungsstrategie für das produktbezogene Umweltschutzrecht als gering

48 RL 88/873/EWG, ABl. L 187 v. 16.7.1988, S. 1, Begründungserwägung 2, Art. 2 I: "Spielzeug darf nur dann in den Verkehr gebracht werden, wenn es die Sicherheit und/oder Gesundheit von Benutzern oder Dritten bei einer bestimmungsgemäßen Verwendung unter Berücksichtigung des üblichen Verhaltens von Kindern nicht gefährdet."

49 RL 89/392/EWG, ABl. L 183 v. 29.6.1989, S. 9, Art. 1 I: "Diese Richtlinie findet Anwendung auf Maschinen und legt in Anhang I die einschlägigen grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen fest"; die im Anhang I enthaltenen Anforderungen beziehen sich nicht auf den Umweltschutz.

50 RL 89/106/EWG, ABl. L 40 v. 11.2.1989, S. 12.

51 Art. 2 I i.V.m. Art. 3 I und dem Anhang I, der als wesentliche Anforderung auch unter Nr. 3 den Umweltschutz nennt, im Untertitel aber einschränkt: "Das Bauwerk muß derart entworfen und ausgeführt sein, daß die Hygiene und die Gesundheit der Bewohner und Anwohner insbesondere durch folgende Einwirkungen nicht gefährdet werden ..."

52 ABl. C 193 v. 31.7.1989, S. 1.

53 Die Kommission selbst ordnet den Vorschlag über die allgemeine Produktsicherheit auch dem Verbraucherschutz zu, *EG-Kommission*, 23. Gesamtbericht über die Tätigkeiten der Europäischen Gemeinschaften, S. 252 (Rdnr. 544).

einzustufen.⁵⁴ Zum einen bestehen von der praktischen Seite her gesehen Schwierigkeiten bei der Ausarbeitung umweltschutzrelevanter Normung.⁵⁵ Zum anderen existiert eine rechtliche Schranke für die sich auf Minimaleingriffe beschränkende Harmonisierung;⁵⁶ diese Schranke ergibt sich aus Art. 100 a III EWGV, der die Kommission verpflichtet, bei der Rechtsangleichung von einem hohen Umweltschutzniveau auszugehen.⁵⁷

2. Art. 100 b EWGV

2.1 Allgemeines

Nach Art. 100 b I EWGV erfaßt die Kommission im Laufe des Jahres 1992 gemeinsam mit jedem Mitgliedstaat dessen unter Art. 100 a EWGV fallende Rechts- und Verwaltungsvorschriften, für die keine Angleichung nach dieser Bestimmung erfolgt ist;⁵⁸ der Rat kann gemäß Art. 100 a beschließen, daß die in einem Mitgliedstaat geltenden Vorschriften als den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats gleichwertig anerkannt werden müssen. Art. 100 b EWGV hat den ursprünglichen Vorschlag der Kommission, nach dem ab dem 1.1.1993 alle bis dahin nicht harmonisierten nationalen Vorschriften ohne weitere Entscheidung gegenseitig anerkannt werden sollten, ersetzt.⁵⁹

Die rechtliche Bedeutung des Art. 100 b EWGV im einzelnen ist nicht immer eindeutig.⁶⁰ Einigkeit besteht jedenfalls darüber, daß diese Vorschrift keine automatischen Anerkennungspflichten erzeugt und der Rat nicht zur Beschlußfassung verpflichtet ist.⁶¹ Fraglicher ist schon, ob sich Ratsentscheidungen nur auf solche mitgliedstaatlichen Vorschriften beziehen dürfen, die von der Kommission zuvor erfaßt worden sind, oder

54 Dies ergibt sich auch schon aus den Motiven für eine Europäisierung des Umweltschutzes, so *Joerges*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1256.

55 So fehlen nach *Lötz*, in *Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder*, Umwelt- und Technikrecht in den Europäischen Gemeinschaften, UTR Bd. 7, S. 135 f., Herstellerbezug des Risikos, Umwelt-"Vorarbeiten" für die Normung, haftungsrechtliche Anstöße; außerdem stelle sich die Frage, ob im Sinne des Umweltschutzes statt einer Reglementierung von Produkteinsätzen nicht schon im Vorfeld die Zulassung von Stoffen geregelt werden sollte.

56 Und natürlich erst recht für das Unterlassen einer Harmonisierung, vgl. insoweit *Sedemund*, in: *Schwarze*, Der Gemeinsame Markt - Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 46, der auf die wechselseitige Beeinflussung von neuer Harmonisierungsstrategie und gegenseitiger Anerkennung im Hinblick auf die Frage der regelungsbedürftigen Materien hinweist.

57 *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 136 f.; vgl. auch *Corcelle*, RMC 1990, S. 127 f.

58 Nach Art. 100 b III EWGV ist diese Erfassung so rechtzeitig durchzuführen und sind die entsprechenden Vorschläge so rechtzeitig vorzulegen, daß der Rat vor Ende 1992 beschließen kann.

59 Vgl. *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 399.

60 Vgl. auch *Forwood/Clough*, ELR 1986, S. 399 ff.

61 *Ehlermann*, CMLR 1987, S. 401; *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 138.

ob auch eine generelle gegenseitige Anerkennung für bestimmte Sachbereiche ausgesprochen werden kann.⁶² Letzteres wäre nach dem Wortlaut des Art. 100 b UAbs. 2 EWGV, der zum einen von "geltenden Vorschriften" und zum anderen von der Anerkennung als "gleichwertig" spricht, zu verneinen, denn diese Begriffe deuten darauf hin, daß die zu beschließende Anerkennung an mitgliedstaatliche Vorschriften, nicht aber an Sachgegenstände anknüpft; wird hingegen eine sachlich bezogene gegenseitige Anerkennung angestrebt, so scheint dafür die Rechtsangleichungsvorschrift des Art. 100 a EWGV die richtige Grundlage zu sein.⁶³ Andererseits ist das Verhältnis zwischen einer Rechtsangleichung nach Art. 100 a EWGV und dem Anerkennungsbeschluß nach Art. 100 b EWGV kaum geklärt;⁶⁴ wollte man die Anerkennung nur auf die zum Beschlußzeitpunkt bestehenden nationalen Vorschriften beziehen, so verliert diese viel von ihrer Bedeutung, weil dann der Neuerlaß mitgliedstaatlicher Vorschriften von vornherein nicht ausgeschlossen wäre.⁶⁵ Der in Art. 100 b II EWGV enthaltene Verweis auf Art. 100 a IV EWGV hätte dann ausschließlich den Sinn, eine weitere Anwendung schon bestehender strikterer Bestimmungen zu ermöglichen. Sofern davon ausgegangen wird, daß dem in Art. 8 a I EWGV enthaltenen Termin keine automatische rechtliche Wirkung zukommt und deshalb eine Rechtsangleichung gemäß Art. 100 a EWGV noch nach dem 31.12.1992 zulässig und geboten bleibt, wird man diesem auf den Wortlaut gestützten Verständnis des Art. 100 b EWGV keine entscheidenden Argumente entgegenhalten können. Jedenfalls geht ein Beschluß über die Anerkennung als gleichwertig über die bestehende Rechtslage hinaus;⁶⁶ zwar spielt die Gleichwertigkeit auch im Rahmen der Art. 30 ff. EWGV eine Rolle, jedoch hat die Untersuchung im zweiten Teil ergeben, daß dadurch die Mitgliedstaaten nur insofern gebunden werden, als diese Gleichwertigkeit tatsächlich vorliegt und nachgewiesen werden kann.⁶⁷ Sinn des Art. 100 b EWGV ist es hingegen, einen seiner Wirkung nach zumindest oftmals konstitutiven Beschluß über die Gleichwertigkeit bestimmter Rechtsvorschriften zu ermöglichen, ohne daß in diesem Rahmen die jeweilige Höhe des Schutzniveaus noch

62 Zweifelnd *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, S. 376.

63 Zu dieser Möglichkeit auch schon vor dem 31.12.1992 *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 138.

64 Sicher ist zumindest, daß eine Harmonisierung noch nicht stattgefunden haben darf; dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 100 b I UAbs. 1, vgl. auch *Waelbroeck*, CDE 1988, S. 266.

65 Es sei denn, man wollte soweit gehen, daß andere als die nicht gemäß Art. 100 b EWGV erfaßten Vorschriften eine Beschränkung des Freiverkehrs nicht mehr rechtfertigen dürfen, so *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 138, gegen dessen Ansicht aber spricht, daß er alleine der Erfassung eine negative Ausschlußwirkung zukommen lassen will, die ihrerseits zu Abweichungen von anderen Vertragsbestimmungen wie etwa Art. 36 EWGV führt.

66 Anders wohl *Meier*, NJW 1987, S. 541; selbst im Falle schon tatsächlich gleichwertiger Vorschriften käme aber Art. 100 b EWGV die Wirkung einer eindeutigen Klärung zu und würde insofern den Gleichwertigkeitsnachweis erleichtern, vgl. *Forwood/Clough*, ELR 1986, S. 402.

67 Vgl. Teil 2, 3.3.2.4.

eine Rolle spielt.⁶⁸ Der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bleibt trotzdem weitgehend erhalten, weil Art. 100 b II EWGV die Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV für anwendbar erklärt; liegen deren Voraussetzungen vor,⁶⁹ so können striktere nationale Vorschriften angewendet werden.⁷⁰ Unwesentlich erschwert wird dies nur insoweit, als das Notifizierungsverfahren des Art. 100 a IV UAbs. 2 durchzuführen ist.⁷¹

2.2 Bedeutung für das produktbezogene Umweltschutzrecht

Art. 100 b EWGV bezieht sich auf den Anwendungsbereich von Art. 100 a EWGV, erfaßt also alle mitgliedstaatlichen Vorschriften, die zum Zwecke der Schaffung des Binnenmarktes harmonisiert werden müssen. Unter diese Vorschriften fallen auch die nationalen produktbezogenen Umweltschutzbestimmungen,⁷² soweit sie bisher mit Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen.⁷³ In diesem Zusammenhang hat sich im Hinblick auf die allgemeine Problematik einer gegenseitigen Anerkennung nationaler Umweltschutzstandards⁷⁴ die Frage gestellt, ob Art. 100 a III EWGV, der die Kommission verpflichtet, bei Harmonisierungsvorschlägen von einem hohen Umweltschutzniveau auszugehen, auch im Rahmen des Art. 100 b EWGV Anwendung findet. Dies wurde mit dem Hinweis darauf bejaht, daß man für Art. 100 b EWGV keinesfalls von dem Ausschluß der Anwendbarkeit des Art. 100 a II EWGV ausgehen könne.⁷⁵ Letztgenannte Bestimmung beschränkt aber den Anwendungsbereich des Art. 100 a I EWGV und ist insofern bereits deshalb bei Beschlüssen über eine Anerkennungspflicht beachtlich, weil sich Art. 100 b EWGV nach seinem Abs. 1 UAbs. 1 gerade nur auf den Anwendungsbereich des Art. 100 a EWGV bezieht. Nach anderer Argumentation ist Art. 100 a III EWGV deswegen zu berücksichtigen, weil er Ausdruck des Grundsatzes sei, daß Umweltschutz in der Gemeinschaft auf einem hohen Niveau zu gewährleisten ist.⁷⁶ Dies erscheint aber deshalb höchst zweifelhaft, weil sich Art. 100 a III EWGV auf die Rechtsangleichung bezieht, während Art. 100 b EWGV nur auf die mitgliedstaatliche Verpflichtung zur Anerkennung der Gleichwertigkeit von bestimmten Vorschriften ab-

68 Hey/Jahns-Böhm, Ökologie und freier Binnenmarkt, S. 37; a.A. wohl Forwood/Clough, ELR 1986, S. 402.

69 Vgl. dazu Teil 3, 2.3.2.

70 So auch Langeheine, in: Grabitz, EWGV, Art. 100 b, Rdnr. 7.

71 Vgl. Meier, NJW 1987, S. 542, der aber die hier zugrundegelegten, im 3. Teil, 2.3.5 dargelegten Grundsätze des Notifizierungsverfahrens nicht teilt.

72 Vgl. Teil 2, 1.2.2, und Teil 3, 1.3.2.

73 Es ist nicht Aufgabe des Art. 100 b EWGV, das Vertragsverletzungsverfahren zu ersetzen, so zu Recht Ehlermann, CMLR 1987, S. 400.

74 Vgl. dazu Binder, in: Korinek/Rill, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, S. 183 f.

75 Ehlermann, CMLR 1987, S. 401 f.

76 Hey/Jahns-Böhm, Ökologie und freier Binnenmarkt, S. 40.

zielt; soweit die Anerkennungswirkung Ziel des Handelns der Kommission ist, besteht kein Spielraum für eine Anhebung des jeweils bestehenden Schutzniveaus.⁷⁷ Denkbar wäre es immerhin, aus Art. 130 r I, II 2 EWGV eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung aller EG-Organen zur Realisierung des effektiven Umweltschutzes zu entnehmen⁷⁸ und deshalb eine Anerkennung solcher mitgliedstaatlichen Vorschriften als gleichwertig, die einem gehobenen Umweltschutzniveau nicht entsprechen, für gemeinschaftsrechtswidrig zu halten;⁷⁹ verneint man gleichzeitig die Möglichkeit, Vorschriften einzelner Mitgliedstaaten nicht in den Anerkennungsbeschluß einzubeziehen,⁸⁰ dann scheidet in den entsprechenden Fällen eine Anerkennung überhaupt aus. Jedoch lassen sich aus diesen zwangsläufig allgemein gehaltenen Überlegungen kaum konkrete Grenzen im Einzelfall ableiten. Trotz allem dürfte die Besorgnis, Art. 100 b EWGV könne im Ergebnis ein Absinken des Umweltschutzniveaus bewirken, unbegründet sein. Wie bereits angesprochen, steht den Mitgliedstaaten auch im Rahmen der Anerkennungsbeschlüsse die Anwendung der Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV offen, und es kann angenommen werden, daß diese Möglichkeit - ähnlich wie bei der Rechtsangleichung nach Art. 100 a I EWGV - schon im Vorfeld dafür sorgen wird, daß eine Anerkennung von mitgliedstaatlichem Recht mit niedrigem Umweltschutzstandard als gleichwertig - wenn nicht schon aus rechtlichen, so aus politischen Gründen - ausscheidet.

3. Abschaffung der Grenzkontrollen

Die Verwirklichung des geplanten Binnenmarktes setzt eine Abschaffung der Binnengrenzen voraus (vgl. 8 a II EWGV). Das bedeutet, daß in Zukunft grundsätzlich Kontrollen, die an den Grenzübertritt anknüpfen, zu beseitigen sind. Zwar bestimmt Art. 8 a I EWGV einen zeitlichen Rahmen für die Schaffung dieses Ziels. Jedoch wurde bereits oben ausgeführt, daß die Vorschrift keine automatischen Wirkungen hervorruft.⁸¹ Demnach fallen nach dem 31.12.1992 die Grenzkontrollen nicht schon deswegen weg, weil bis zu diesem Zeitpunkt der Binnenmarkt errichtet werden soll.⁸² Vielmehr ist dafür Voraussetzung, daß entsprechende Bestimmungen tatsächlich erlassen werden.

77 Vgl. *Pernice*, NVwZ 1990, S. 203, Fußn. 29.

78 Vgl. nur *Scheuing*, EuR 1989, S. 176 f.

79 Vgl. auch *Matthies*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1288, der allerdings auf mögliche Rechtsfolgen nicht eingeht.

80 So *Heyl/Jahns-Böhm*, Ökologie und freier Binnenmarkt, S. 42 f.; a.A. offensichtlich *Matthies*, in: Festschrift für Steindorff, S. 1298.

81 Vgl. Teil 3, 2.3.4.

82 So aber *Müller-Graff*, EuR 1989, S. 149.

Die EG bemüht sich allerdings, bis Ende 1992 eine Abschaffung der Warenkontrollen an den Grenzen zu erreichen.⁸³ Dazu tragen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften über die Anerkennung von Kontrollen im Herstellungsland und über die Erleichterung von Grenzformalitäten bei. Wie ein vollständiger Ausschluß der Untersuchungen an der Grenze erreicht werden kann, zeigt das Beispiel der auf der Rechtsgrundlage des Art. 75 EWGV ergangenen VO 4060/89/EWG über den Abbau von Grenzkontrollen der Mitgliedstaaten im Straßen- und Binnenschiffsverkehr vom 21.12.1989⁸⁴. Diese Verordnung erfaßt auch Stichproben und Formalitäten, die zu einem Aufenthalt an der Grenze führen (Art. 2 b), bezieht sich jedoch nur auf gemeinschaftliche Vorschriften, welche die Beschaffenheit der Fahrzeuge betreffen, und auf solche einzelstaatlichen Bestimmungen, die Führerscheinkontrollen zum Gegenstand haben (Art. 3 in Verbindung mit dem Anhang). Im Ergebnis ist es unwesentlich, auf welchem Weg die Abschaffung der Grenzkontrollen vorgeschrieben wird. Es wird den Mitgliedstaaten in weiten Bereichen verwehrt sein, unter die Warenverkehrsfreiheit fallende Produkte an der Grenze zu untersuchen. Diese zu erwartende Beschränkung beeinträchtigt die Durchsetzung strengeren nationalen Umweltschutzrechts. Zulässig bleiben aber in jedem Fall diejenigen Kontrollen, die im Rahmen der Wirtschaftsaufsicht allgemein und üblicherweise vorgenommen werden, ohne an den Grenzübertritt als solchen anzuknüpfen. Mag insofern auch die Überwachung ausländischer Waren erschwert werden, weil insbesondere Herstellungsprozesse nicht beaufsichtigt werden können, so entspricht dieses Ergebnis aber dem Gedanken des Binnenmarkts. Immerhin bleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, durch strengere oder effektivere allgemeine Kontrollmaßnahmen für die Befolgung der geltenden Produktnormen zu sorgen und damit die abgeschafften Grenzkontrollen zumindest teilweise zu kompensieren. In jedem Fall beeinträchtigen die mit der Abschaffung der Kontrollen an den Grenzen verbundenen Durchsetzungsprobleme als solche den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum weit weniger, als solche gemeinschaftliche Maßnahmen, die das Inverkehrbringen und Verwenden von Produkten zwingend vorschreiben.

83 Vgl. nur *EG-Kommission*, Die Abschaffung der Grenzkontrollen, S. 5.

84 ABl. L 390 v. 30.12.1989, S. 18.

Zusammenfassung

I.1. Als Umwelt werden die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen und deren Beziehungen untereinander sowie zu den Menschen einschließlich der vom Menschen geschaffenen Umwelt verstanden.

2. Das Umweltschutzrecht, das ein eigenständiges Rechtsgebiet darstellt, läßt sich nach außen von anderen Rechtsgebieten abgrenzen, indem grundsätzlich unter Umweltschutznormen Normen verstanden werden, die zumindest auch den Umweltschutz von ihrem Ziel her berücksichtigen. Ergänzend dazu wird die Abgrenzung zu anderen Gemeinschaftspolitiken unter dem Gesichtspunkt vorgenommen, ob der Schutz von Risiken unter spezielle Politikbereiche fällt. Entsprechende Bereiche stellen das Verbraucherschutzrecht im Hinblick auf die direkt von Produkten ausgehenden Gesundheitsgefährdungen für Personen, die mit diesen Produkten regelmäßig in Berührung kommen, und das Arbeitsschutzrecht im Hinblick auf die Gefährdungen der Gesundheit von Arbeitnehmern dar. Hingegen gehören zum Umweltschutzrecht auch solche Vorschriften, die vor einer konkreten Gesundheitsgefährdung schützen sollen, soweit diese Gefährdung über die Vermittlung durch Umweltmedien einwirkt.

3. Für die Systematisierung des Umweltschutzrechts wird unter Berücksichtigung des vorliegenden Erkenntnisinteresses auf eine Unterscheidung zwischen anlagenbezogenen und produktbezogenen Vorschriften abgestellt. Produktbezogenes Umweltschutzrecht erfaßt alle Normen, die auf die Beschaffenheit von Produkten abzielen, wobei der Begriff des Produkts Kraftfahrzeuge und Flugzeuge einschließt. Hinsichtlich des Regelungsinstrumentariums steht ein breites Spektrum an Gestaltungsmöglichkeiten offen. Zu den direkten Regelungsinstrumenten zählen insbesondere Produktverbote mit oder ohne Genehmigungsvorbehalt, Anmelde- und Anzeigepflichten und Verhaltensgebote; zu den indirekten Instrumenten gehören vor allem Umweltabgaben, Subventionen, steuerliche Anreize, Benutzungsvorteile und administrative Weisungen und Empfehlungen.

II.1. Der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum wird durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts beschränkt, d.h. daß unmittelbar anwendbares EG-Recht kraft seiner Höherrangigkeit zur Nichtanwendbarkeit von widersprechendem nationalen Recht führt. Umstritten ist, ob Grundsätze der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung auf das Verhältnis zwischen EG-Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft übertragen werden können; soweit das angenommen wird, lassen sich aber daraus keine weitergehenden Rechtsfolgen für die Wirksamkeit mitgliedstaatlichen Rechts ableiten. Gemäß Art. 130 r IV EWG besitzt die EG auf dem Gebiet des Umweltschutzrechts nur insofern Kompetenzen, als die gemeinschaftlichen Ziele der Umweltpolitik (Art. 130 r I EWGV) besser auf Gemeinschaftsebene als auf einzelstaatlicher Ebene erreicht werden

können. Produktbezogenes Umweltschutzrecht ist wegen seines Bezugs zu der Warenverkehrsfreiheit und damit zum Binnenmarkt nicht auf der Grundlage des Art. 130 s EWGV, sondern auf derjenigen des Art. 100 a EWGV zu schaffen.

2. Von besonderer Bedeutung für die Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums ist Art. 30 EWGV. Die Vorschrift stellt auf Waren, d.h. auf Gegenstände mit Geldwert, die zu Handelszwecken benutzt werden können, ab. Unter den Warenbegriff fallen auch Warenverpackungen und Abfallstoffe, die ohne Bearbeitung Sekundärrohstoffe darstellen; wird jedoch eine besondere Behandlung des Abfalls vorausgesetzt, so kommen solche Abfälle nicht in den Genuß der Warenverkehrsfreiheit. Art. 30 EWGV verbietet mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung; unter letzteren sind alle Regelungen zu verstehen, die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern. Insbesondere zählen dazu auch Verwendungsverbote, die aus allgemeinen wirtschafts-, sozial- oder umweltpolitischen Gründen getroffen werden. Dementsprechend sind mitgliedstaatliche Maßnahmen, die sich der genannten Instrumente zur Regelung produktbezogenen Umweltschutzes bedienen, unter den Tatbestand des Art. 30 EWGV zu subsumieren, soweit keine speziellere Vertragsvorschrift einschlägig ist. Art. 34 EWGV entfaltet Bedeutung für aus Umweltschutzgründen getroffene Ausfuhrbeschränkungen. Art. 92 EWGV verbietet bestimmte Arten von Beihilfen; in diesem Rahmen kommt der Beachtung des Verursacherprinzips besondere Bedeutung zu. Steuerliche Anreize für den Kauf umweltverträglicher Produkte stellen ebenfalls Beihilfen dar, erfüllen jedoch vielfach nicht die Voraussetzungen der vertraglichen Verbotsnorm. Art. 95 EWGV verbietet diskriminierende produktbezogene Abgaben, ohne aber regelmäßig die Erhebung von Umweltschutzabgaben einzuschränken. Art. 9, 12 EWGV beziehen sich nur auf solche Abgaben, die im Zusammenhang mit der Einfuhr erhoben werden; auch diese Vorschrift wird durch nationales Umweltschutzrecht kaum verletzt sein.

3. Ausnahmemöglichkeiten für mitgliedstaatliches Umweltschutzrecht, das unter den Anwendungsbereich der Art. 30 und 34 EWGV fällt, bieten Art. 36 EWGV und die zwingenden Erfordernisse im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EWGV. Dabei kann sich ein Mitgliedstaat auf die in Art. 36 EWGV genannten Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Gesundheit und des Lebens von Menschen oder der Gesundheit und des Lebens von Tieren und Pflanzen stützen, soweit sich ein ausreichender Zusammenhang zu diesen Schutzgütern vortragen läßt. Anderenfalls kommt eine Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen durch die zwingenden Erfordernisse in Betracht; diese sind als gemeinschaftsrechtsimmanente Schranken anzusehen und umfassen auch den Umweltschutz als geschütztes Rechtsgut. In keinem Fall dürfen nationale produktbezogene Umweltschutzvorschriften aber eine willkürliche Diskriminierung oder eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellen. Schließlich -

und dies ist der wichtigste Punkt - müssen sie verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen sein. In diesem Rahmen spielen die Berücksichtigungsmöglichkeit nationaler Besonderheiten, die Freiheit zur Festlegung des Schutzniveaus, die gegenseitige Anerkennung tatsächlich gleichwertiger Schutzvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten und der Spielraum bei der Beurteilung noch nicht eindeutig gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse eine Rolle. Hinsichtlich der Güterabwägung ist auf das besondere Gewicht, das dem Umweltschutz bei der Verwirklichung eines in der Gemeinschaft anzustrebenden qualitativen Wachstums zukommt, hinzuweisen.

III.1. Sekundäres produktbezogenes EG-Umweltschutzrecht kann auf der Grundlage der Rechtsangleichungsvorschriften der Art. 100 und 100 a EWGV erlassen werden, wobei die letztgenannte Bestimmung eine Spezialvorschrift für diejenigen Rechtsakte darstellt, die der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen. Gegenüber anderen vertraglichen Rechtsgrundlagen, die sich auf die Verwirklichung bestimmter Politiken beziehen, sind Art. 100, 100 a EWGV subsidiär. Produktbezogenes Umweltschutzrecht hat deshalb auf Gemeinschaftsebene auf der Grundlage des Art. 43 EWGV zu ergehen, wenn der Wirkungsbereich der Landwirtschaftspolitik betroffen ist, und auf der Grundlage der Art. 75, 84 II, wenn ein Bezug zur Verkehrspolitik vorliegt. Von Bedeutung für den zukünftigen mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum im Hinblick auf ökofiskalische Steuerungsinstrumente werden außerdem auf Art. 99 EWGV gestützte gemeinschaftliche Maßnahmen sein.

2. Durch Harmonisierungsmaßnahmen wird der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum insoweit beschränkt, als die Gemeinschaft abschließende Regelungen getroffen hat. Diese Sperrwirkung setzt nur ein, wenn tatsächlich EG-Regelungen bestehen, weshalb der Inhalt des entsprechenden Sekundärrechts im einzelnen einer Prüfung zu unterziehen ist, ohne daß allerdings eine fehlende Sperrwirkung mit der Freistellung der sich aus dem EG-Primärrecht ergebenden Beschränkungen des Gestaltungsspielraums verbunden wäre. Hinsichtlich der Regelungsdichte des Gemeinschaftsrechts können verschiedene Harmonisierungsformen unterschieden werden. Eine Schutzklausel im Hinblick auf das nach Art. 100 a EWGV geschaffene EG-Recht stellt Art. 100 a IV EWGV dar; diese Vorschrift bezweckt nicht nur einen Minderheitenschutz, sondern vor allem einen umweltbezogenen Mindestschutz. Sie kann auch von Mitgliedstaaten angewendet werden, die der betreffenden Harmonisierungsmaßnahme zugestimmt haben, selbst wenn es sich um einstimmig gefaßte Maßnahmen handelt. Art. 100 a IV erlaubt, grundsätzlich ohne feste zeitliche Beschränkung, die Beibehaltung und den Erlaß mitgliedstaatlicher Umweltschutzvorschriften, soweit die Vorschriften verhältnismäßig sind und keine willkürlichen Diskriminierungen oder verschleierte Handelsbeschränkungen darstellen. Entsprechende Vorschriften sind der Kommission mitzuteilen; dieser steht jedoch im Rahmen des in Art. 100 a IV UAbs. 2 vorgesehenen Notifizierungsverfahren nicht die Möglichkeit zu, über die Wirksamkeit der Vorschriften mit bindender Kraft

für die Mitgliedstaaten zu entscheiden. Eine solche Entscheidung bleibt dem EuGH in dem verkürzten Verfahren nach Art. 100 a IV UAbs. 3 vorbehalten.

3. Die Darstellung des EG-Sekundärrechts beschränkt sich auf die Gebiete der Notifizierung und des Gefahrstoffrechts sowie der produktbezogenen Lärmschutz-, Luftreinhalte- und Wasserschutznormen. Im Bereich des Gefahrstoffrechts schränken die wenigsten Vorschriften die Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten hinsichtlich chemischer Endprodukte oder Produktzusammensetzungen ein. Lärmschutzvorschriften sind regelmäßig mit besonderen Schutzklauseln versehen. Luftreinhaltenormen beschränken den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum in einer Reihe von Fällen, während im Bereich der Wasserschutznormen nur die Detergentienrichtlinie zu Beschränkungen führt. Das Inverkehrbringen von Produkten, die gentechnisch veränderte Organismen enthalten oder aus solchen bestehen, unterliegt einem gemeinschaftlichen Zulassungsverfahren. In sehr beschränktem Umfang kann sich aus Vorschlägen für EG-Umweltschutznormen eine Stillhalteverpflichtung der Mitgliedstaaten ergeben, die aus Art. 5 II EWGV abzuleiten ist.

IV.1. Die sog. neue Harmonisierungsstrategie, die im wesentlichen auf dem Weißbuch der Kommission an den Rat zur Vollendung des Binnenmarktes basiert, zeichnet sich durch drei Merkmale aus: Rechtsangleichung wird beschränkt auf die wesentlichen Anforderungen; dem rechtlichen Charakter nach unverbindliche technische Normen werden durch europäische Normungsinstitutionen ausgearbeitet; Nachweise der Konformität mit diesen Normen werden als Nachweis der Übereinstimmung mit den Harmonisierungsvorschriften anerkannt. Sieht man von dem Vorschlag zur Schaffung einer Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit, der sehr unbestimmt abgefaßt ist, ab, so wird die neue Strategie im Bereich des produktbezogenen Umweltschutzrechts keine große Bedeutung erlangen, weil die Kommission nach Art. 100 a III EWGV verpflichtet ist, von einem hohen Umweltschutzniveau auszugehen und damit die Umweltschutzanforderungen im einzelnen festzulegen.

2. Art. 100 b EWGV sieht Beschlüsse des Rates über die gegenseitige Anerkennung derjenigen nationalen Vorschriften vor, die nach dem 31.12.1992 noch nicht auf der Grundlage des Art. 100 a EWGV harmonisiert worden sind. Zwar läßt sich Art. 100 a III EWGV nicht im Rahmen des Art. 100 b EWGV berücksichtigen, jedoch ist durch die gegenseitige Anerkennung ein Absinken des Umweltschutzniveaus kaum zu befürchten, weil auch in diesem Rahmen die Schutzklausel des Art. 100 a IV EWGV Anwendung findet.

3. Die geplante Abschaffung der Grenzkontrollen, deren Wegfall nicht bereits automatisch ab dem 1.1.1993 eintritt, wird die Durchsetzung nationalen produktbezogenen Umweltschutzrechts erschweren. Zulässig bleiben aber Kontrollmaßnahmen im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftsaufsicht.

V. Die Einräumung von mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und freiem Warenverkehr vermag im Ergebnis den Umweltschutzbemühungen auf gemeinschaftlicher Ebene einen Impuls zur Weiterentwicklung zu geben. Aus Art. 130 r II 2 EWGV läßt sich schließen, daß sie beim Erlaß gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen sogar zwingend geboten ist. Soweit nicht im Einzelfall striktere Beschränkungen bestehen, dürfen entsprechende Spielräume nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgenutzt werden; die dadurch ermöglichten Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit sind im Hinblick auf die Notwendigkeit eines effektiven Umweltschutzes hinzunehmen. Im übrigen sollte beachtet werden, daß eine sinnvolle Europäisierung des Umweltschutzes nicht nur durch die Festsetzung abschließender Vorschriften, sondern auch durch eine gemeinschaftliche Kontrolle der von den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des produktbezogenen Umweltschutzrechts ergriffenen Maßnahmen erreicht werden kann.

Literaturverzeichnis

- Behrens, Fritz*, Umweltschutzsubventionen, Verursacherprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EuR 1977, S. 240 ff.
- Bender, Bernd/Sparwasser, Reinhard*, Umweltrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1990.
- Beutler, Bengt/Bieber, Roland/Pipkorn, Jörn/Streil, Jochen*, Die Europäische Gemeinschaft Rechtsordnung und Politik, 3. Aufl., Baden-Baden 1987.
- Beyerlein, Ulrich*, Die "neue" Umweltpolitik der Europäischen Gemeinschaften, UPR 1989, S. 361 ff.
- Bieber, Roland*, On the Mutual Completion of the Overlapping Legal Systems: The Case of the European Communities and the National Legal Orders, ELR 1988, S. 147 ff.
- Bieber, Roland*, Zur Bedeutung der Einheitlichen Europäischen Akte für Rechtsentwicklung und Integrationskonzept der Europäischen Gemeinschaft, ÖZÖRV Bd. 39 (1988), S. 211 ff.
- Binder, Christine*, Wege der Rechtsangleichung am Beispiel des Umweltschutzrechts, in: *Korinek, Karl/Rill, Heinz Peter* (Hrsg.), Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, Wien 1990, S. 163 ff.
- Bleckmann, Albert*, Europarecht, 4. Aufl., Köln 1985.
- Bleckmann, Albert*, Die Bindungswirkung der Praxis der Organe und der Mitgliedstaaten der EG bei der Auslegung und Lückenfüllung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *Bieber, Roland/Ress, Georg* (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts/The dynamics of EC-law, Baden-Baden 1987, S. 161 ff.
- Blumann, Claude*, Le pouvoir exécutif de la commission à la lumière de l'Acte unique européen, RTDE 1988, S. 23 ff.
- Boest, Reinhard*, Die Agrarmärkte im Recht der EWG, Baden-Baden 1984.
- Bonus, Holger*, Theoretisch-empirische Analyse umweltpolitischer Instrumente und ihre wettbewerbspolitische Implikation, in: *Gutzler, Helmut* (Hrsg.), Umweltpolitik und Wettbewerb, Baden-Baden 1981, S. 103 ff.
- Börner, Bodo*, Die Harmonisierung der Regeln der Technik in der EWG, in: *ders.*, Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht (=KSE Bd. 17), Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 231 ff.
- Börner, Bodo*, Schutzmaßnahmen auf dem Gebiet des Warenverkehrs, in: *ders.*, Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, Dritter Band (=KSE Bd. 30), Köln/Berlin/Bonn/München 1980, S. 43 ff.
- Bosselmann, Klaus*, Die Natur im Umweltrecht, NuR 1987, S. 1 ff.
- Bothe, Michael*, "Soft Law" in den Europäischen Gemeinschaften?, in: Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin/New York 1981, S. 761 ff.
- Brammer, Silke*, Die Kompetenzen der EG im Bereich Binnenmarkt nach der Einheitlichen Europäischen Akte, EUI Working Paper No. 88/365, San Domenico di Fiesole 1988.
- Breuer, Rüdiger*, Die internationale Orientierung von Umwelt- und Technikstandards im deutschen und europäischen Recht, in: *Breuer, Rüdiger/Kloepfer, Michael/Marburger, Peter/Schröder, Meinhard* (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1989 (=UTR Bd. 9), Düsseldorf 1989, S. 43 ff.
- Bruha, Thomas*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZaÖRV Bd. 46 (1986), S. 1 ff.
- Bruha, Thomas/Münch, Wolfgang*, Stärkung der Durchführungsbefugnisse der Kommission, NJW 1987, S. 542 ff.
- Bryde, Brun-Otto*, Völker- und Europarecht als Alibi für Umweltschutzdefizite?, in: Gedächtnisschrift f. Wolfgang Martens, Berlin 1987, S. 769 ff.
- Burrows, F.*, Free Movement in European Community Law, Oxford 1987.

- Capelli, Fausto*, "Yogourt francese e pasta italiana" (Due sentenze e una proposta di soluzione), DCSI 1988, S. 389 ff.
- Cartou, Louis*, communautés européennes, 8. Aufl., Paris 1986.
- Close, George*, The Legal Basis for the Consumer Protection Programme of the EEC and Priorities for Action, in: *Woodroffe, Geoffrey* (Hrsg.), Consumer Law in the EEC, London 1984, S. 1 ff.
- Commission of the European Communities*, First Survey on State Aids in the European Community, Luxemburg 1989.
- Constantinesco, Léontin-Jean*, Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. I, Baden-Baden 1977.
- Corcelle, Guy*, L'introduction de la "voiture propre" en europe, RMC 1985, S. 258 ff.
- Corcelle, Guy*, L'introduction de la "voiture propre" en europe: suite et fin?, RMC 1986, S. 125 ff.
- Corcelle, Guy*, La "voiture propre" en europe: le bout du tunnel est en vue!, RMC 1989, S. 513 ff.
- Corcelle, Guy*, La dimension "environnement" du marché unique, RMC 1990, S. 125 ff.
- Dauses, Manfred A.*, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut/Nr. 23), Saarbrücken 1984.
- Dauses, Manfred A.*, Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes, EuZW 1990, S. 8 ff.
- De Ruyt, Jean*, L'Acte Unique Européen, 2. Aufl., Brüssel 1989.
- Dempfle, Ulrich/Müggenborg, Hans-Jürgen*, Die "Umwelt", ein Rechtsbegriff?, NuR 1987, S. 301 ff.
- Donner, Hartwig*, Instrumente des Umweltschutzes im Bereich der Getränkeverpackungssysteme, ZfU 1990, S. 119 ff.
- Dorn, Dietrich W.*, Art. 235 EWGV - Prinzipien der Auslegung, Kehl/Straßburg/Arlington, 1986.
- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang*, Gefahrenabwehr, 9. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1986.
- EG-Kommission*, Sechster Gesamtbericht über die Tätigkeiten der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel/Luxemburg 1972.
- EG-Kommission*, Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, Luxemburg 1985.
- EG-Kommission*, Sechzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel/Luxemburg 1987.
- EG-Kommission*, Eine neue gemeinsame Normungspolitik, Die Vollendung des Binnenmarktes, Luxemburg 1989.
- EG-Kommission*, Gesundheitskontrollen für Pflanzen und Tiere, Die Vollendung des Binnenmarktes, Luxemburg 1989.
- EG-Kommission*, Die Abschaffung der Grenzkontrollen, Die Vollendung des Binnenmarktes, Luxemburg 1990.
- EG-Kommission*, Dreiundzwanzigster Gesamtbericht über die Tätigkeiten der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel/Luxemburg 1990.
- Ehle, Dietrich/Meier, Gerd*, EWG-Warenverkehr, Köln 1971.
- Ehlermann, Claus-Dieter*, The internal market following the Single European Act, CMLR 1987, S. 361 ff.
- Erbguth, Wilfried*, Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts, Berlin 1987.
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, Safety Aspects Relating to the Handling and Monitoring of Hazardous Wastes, Luxemburg 1989.
- Everling, Ulrich*, Probleme atypischer Rechts- und Handlungsformen bei der Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *Bieber, Roland/Ress, Georg* (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts/The dynamics of EC-law, Baden-Baden 1987, S. 417 ff.
- Everling, Ulrich*, Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin/New York 1990, S. 1155 ff.

- Falkenstein, Alfred*, Freier Warenverkehr in der EG, Baden-Baden 1989.
- Feldhaus, Gerhard*, Bundesimmissionsschutzrecht, 2. Aufl., Wiesbaden, Stand 8/1989.
- Fleischhauer, Ekkehard*, Suche nach dem ökologischen Weg' aus der Agrarkrise - Eine Herausforderung für die europäische Politik, in: *Urff, Winfried v./Meyer, Heino v.* (Hrsg.), Landwirtschaft, Umwelt und Ländlicher Raum, Baden-Baden 1987, S. 217 ff.
- Flynn, James*, How will Article 100 A (4) work? A comparison with Article 93, CMLR 1987, S. 689 ff.
- Forwood, Nicholas/Clough, Mark*, The Single European Act and Free Movement, ELR 1986, S. 383 ff.
- Glaesner, Hans-Joachim*, Die Einheitliche Europäische Akte - Versuch einer Wertung, in: *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt - Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, Baden-Baden 1987, S. 9 ff.
- Glaesner, Hans-Joachim*, Umwelt als Gegenstand einer Gemeinschaftspolitik, in: *Rengeling, Hans-Werner* (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 1 ff.
- Glaesner, Hans-Joachim*, L'Article 100 a: un nouvel instrument pour la réalisation du Marché Commun, CDE 1989, S. 615 ff.
- Glatz, Hans R.*, Die Verträglichkeit nationaler umweltpolitischer Initiativen mit dem EWG-Vertrag: Das Beispiel der Pkw-Schadstoffbegrenzung, in: *Schwarze, Jürgen/Bieber, Roland* (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, Baden-Baden 1985, S. 161 ff.
- Gilsdorf, Peter*, Portée et délimitation des compétences communautaires en matière de politique commerciale, CDE 1989, S. 195 ff.
- Gormley, Laurence W.*, Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, Amsterdam/New York/Oxford 1985.
- Gormley, Laurence W.*, Some reflections on the internal market and free movement of goods, Legal issues of European integration No. 1/1989, S. 9 ff.
- Gottsmann, Ortwin*, Der Gemeinsame Agrarmarkt, Baden-Baden, Stand 1989.
- Grabitz, Eberhard*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, Hamburg 1966.
- Grabitz, Eberhard*, Stillhalte-Verpflichtungen vor dem Binnenmarkt - Unvereinbarkeit der Erdgassteuer mit Gemeinschaftsrecht, Kehl/Straßburg/Arlington 1988.
- Grabitz, Eberhard*, Europäisches Verwaltungsrecht - Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, S. 1776 ff.
- Grabitz, Eberhard*, Handlungsspielräume der EG-Mitgliedstaaten zur Verbesserung des Umweltschutzes - Das Beispiel der Umweltabgaben und -subventionen, RIW 1989, S. 623 ff.
- Grabitz, Eberhard* (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, München, Stand 1989.
- Grabitz, Eberhard/Sasse, Christoph*, Umweltkompetenz der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 1977.
- Grabitz, Eberhard/Iliopoulos, Constantin*, Typologie der Differenzierungen und Ausnahmen im Gemeinschaftsrecht, in: *Grabitz, Eberhard* (Hrsg.), Abgestufte Integration, Kehl 1984, S. 31 ff.
- Grabitz, Eberhard/Zacker, Christian*, Die neuen Umweltkompetenzen der EWG, NVwZ 1989, S. 297 ff.
- Groeben, Hans v.d./Boeckh, Hans v./Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter*, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl., Bd. 1 u. 2, Baden-Baden 1983.
- Gröner, Helmut*, Umweltschutzbedingte Produktnormen als nichttarifäres Handelshemmnis, in: *Gutzler, Helmut* (Hrsg.), Umweltpolitik und Wettbewerb, Baden-Baden 1981, S. 143 ff.
- Gulmann, Claus*, The Single European Act - Some remarks from a danish perspective, CMLR 1987, S. 31 ff.
- Gündling, Lothar*, Umweltschutz in einer übernationalen Wirtschaftsgemeinschaft, in: *Gündling, Lothar/Weber, Beate* (Hrsg.), Dicke Luft in Europa, Heidelberg 1988, S. 21 ff.
- Gündling, Lothar*, Umweltpolitik, in: *Weidenfeld, Werner/Wessels, Wolfgang* (Hrsg.), Jahrbuch der europäischen Integration 1988/89, Bonn 1989, S. 161 ff.

- Hailbronner, Kay*, Der "nationale Alleingang" im Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Abgasstandards für PKW, EuGRZ 1989, S. 101 ff.
- Hansmann, Klaus*, Entstehungsgeschichte der neuen Smog-Verordnungen und Erfahrungen aus der bisherigen Vollzugspraxis, Gesellschaft für Umweltrecht, Die neuen Smog-Verordnungen, Berlin 1987, S. 11 ff.
- Herkommer, Erwin/Kreßel, Eckhard/Wollenschläger, Michael*, Rechtsprobleme bei der Genehmigung von Anlagen zur Verwertung fester Verbrennungsrückstände aus der Hausmüllverbrennung, UPR 1989, S. 257 ff.
- Hey, Christian/Jahns-Böhm, Jutta*, Ökologie und Freier Binnenmarkt, Freiburg 1989.
- Hofmann, Hasso*, Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts, JZ 1988, S. 265 ff.
- Hoischen, Stefan*, Die Beihilferegelung in Art. 92 EWGV, Köln/Berlin/Bonn/München 1989.
- Hoppe, Werner/Beckmann, Martin*, Grundfragen des Umweltrechts, JuS 1989, S. 425 ff.
- Hoppe, Werner/Beckmann, Martin*, Umweltrecht, München 1989.
- Ipsen, Hans-Peter*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Jacobs, Francis G.*, The protection of the environment under the Single European Act, in: *Schwarze, Jürgen/Schermers, Henry G. (Hrsg.)*, Structure and Dimensions of European Community Policy - Structure et dimensions des politiques communautaires, Baden-Baden 1988, S. 117 ff.
- Jacqué, Jean-Paul*, L'Acte unique européen, RTDE 1986, S. 575 ff.
- Jessurun d'Oliveira, Ulrich*, Single European Act (SEA) and environmental policy - some questions, in: *Schwarze, Jürgen/Schermers, Henry G. (Hrsg.)*, Structure and Dimensions of European Community Policy - Structure et dimensions des politiques communautaires, Baden-Baden 1988, S. 123 ff.
- Joerges, Christian*, Die Verwirklichung des Binnenmarktes und die Europäisierung des Produktsicherheitsrechts, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin/New York 1990, S. 1247 ff.
- Joerges, Christian/Falke, Josef/Micklitz, Hans-Wolfgang/Brüggemeier, Gert*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1988.
- Johnson, Stanley P./Corcelle, Guy*, The Environmental Policy of the European Communities, London/Dordrecht/Boston 1989.
- Kimminich, Otto*, Umweltschutz - Prüfstein der Rechtsstaatlichkeit, Linz 1987.
- Kimminich, Otto/Lersner, Heinrich v./Storm, Peter-Christoph*, Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. I und II, Berlin 1988
- Klein, Eckart*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut/Nr. 119), Saarbrücken 1988.
- Klein, Eckart*, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, S. 1633 ff.
- Kloepfer, Michael*, Umweltrecht, München 1989.
- Kloepfer, Michael/Bosselmann, Klaus*, Zentralbegriffe des Umweltchemikalienrechts, Berlin 1985.
- Kohlhepp, Kay H.*, Beschränkung des freien Warenverkehrs in der EG durch nationale Umweltschutzbestimmungen, DB 1989, S. 1455 ff.
- Koppen, Ida*, The European Community's Environmental Policy, EUI Working Paper No. 88/328, San Domenico di Fiesole 1988.
- Krämer, Ludwig*, EEC Consumer Law, Brüssel 1986.
- Krämer, Ludwig*, The Single European Act and environment protection: reflections on several new provisions in Community Law, CMLR 1987, S. 659 ff.

- Krämer, Ludwig*, Du contrôle de l'application des directives communautaires en matière d'environnement, RMC 1988, S. 22 ff.
- Krämer, Ludwig*, Einheitliche Europäische Akte und Umweltschutz: Überlegungen zu einigen neuen Bestimmungen im Gemeinschaftsrecht, in: *Rengeling, Hans-Werner* (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 137 ff.
- Krämer, Ludwig*, Grundrecht auf Umwelt und Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1988, S. 285 ff.
- Krämer, Ludwig*, Stand und Entwicklungschancen der inhaltlichen Harmonisierung des Umweltschutzrechts in den Europäischen Gemeinschaften, in: *Korinek, Karl/Rill, Heinz Peter* (Hrsg.), Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, Wien 1990, S. 295 ff.
- Langeheine, Bernd*, Rechtsangleichung unter Art. 100 a EWGV - Harmonisierung vs. nationale Schutzinteressen, EuR 1988, S. 235 ff.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1983.
- Leroy, O.*, EEC Waste Management Policy, Rixensart 1985.
- Lietzmann, Kurt*, Einheitliche Europäische Akte und Umweltschutz: Die neuen Umweltbestimmungen im EWG-Vertrag, in: *Rengeling, Hans-Werner* (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 163 ff.
- Lötz, Walter*, Europäische Produktnormen als Instrumente des freien Warenverkehrs, des Umweltschutzes und der technischen Sicherheit - aus der Sicht der Verwaltung, in: *Breuer, Rüdiger/Kloepfer, Michael/Marburger, Peter/Schröder, Meinhard* (Hrsg.), Umwelt- und Technikrecht in den Europäischen Gemeinschaften - Antrieb oder Hemmnis (=UTR Bd. 7), Düsseldorf 1989, S. 129 ff.
- Ludet, Daniel/Sotz, Rüdiger*, Die neue Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge, EuGRZ 1990, S. 93 ff.
- Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich*, Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1964.
- Marengo, G.*, Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, CDE 1984, S. 291 ff.
- Masclat, Jean-Claude*, La libre circulation des marchandises dans les Communautés européennes, RTDE 1986, S. 243 ff.
- Mattera, A.*, L'élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle, RMC 1990, S. 80 ff.
- Mathies, Heinrich*, Aktuelle Rechtsentwicklungen auf dem Binnenmarkt der EG, in: *Schwarze, Jürgen/Bieber, Roland* (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft, Baden-Baden 1985, S. 25 ff.
- Mathies, Heinrich*, Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Art. 100 b EWG-Vertrag), in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin/New York 1990, S. 1287 ff.
- Mégret, Jacques/Louis, Jean-Victor/Vignes, Daniel/Waelbroeck, Michel*, Le Droit de la Communauté Économique Européenne, Vol. 1, Brüssel 1973.
- Meier, Gert*, Einheitliche Europäische Akte und freier EG-Warenverkehr, NJW 1987, S. 537 ff.
- Meng, Werner*, Die Neuregelung der EG-Verwaltungsausschüsse: Streit um die "Comitologie", ZaöRV Bd. 48 (1988), S. 208 ff.
- Moench, Christoph*, Die Fahrverbotsregelungen der Smog-Verordnungen auf dem Prüfstand des EG-Rechts, NVwZ 1989, S. 335 ff.
- Møller, Ørstrom*, Binnenmarkt und Umweltschutz, EA 1987, S. 497 ff.
- Molkenbur, Gerhard*, Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, DVBl. 1990, S. 677 ff.
- Monag, Frank*, Umweltschutz, Freier Warenverkehr und Einheitliche Europäische Akte, RIW 1987, S. 935 ff.
- Müller, Friedrich*, Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976.

- Müller-Graff, Peter-Christian*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, S.107 ff.
- Münch, Ingo v.* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Berlin und New York 1988.
- Murphy, Finbarr*, Für bessere ausgewogene Verhältnisse und für eine bessere Lebensqualität, in: *EG-Kommission* (Hrsg.), 30 Jahre Gemeinschaftsrecht, Luxemburg 1983, S. 533 ff.
- Murswiek, Dietrich*, Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, JZ 1988, S. 985 ff.
- Nicolaysen, Gert*, Umweltschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Thieme, Werner* (Hrsg.), Umweltschutz im Recht, Berlin 1988, S. 197 ff.
- Nollkaemper, André*, The European Community and international environmental co-operation: Legal aspects of external community powers, Legal issues of European integration No. 2/1987, S. 55 ff.
- Offermann-Clas, Christel*, Das Abfallrecht der Europäischen Gemeinschaften, DVBl. 1981, S. 1125 ff.
- Oliver, Peter*, Free Movement of Goods in the EEC, 2. Aufl., London 1988.
- Olshausen, Henning v.*, Landesverfassungsbeschwerde und Bundesrecht, Baden-Baden 1980.
- Pechstein, Matthias*, Die Mitgliedstaaten der EG als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses" - Gesetzgebungsnotstand im Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1987.
- Pernice, Ingolf*, Kompetenzordnung und Handelsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und Technikrechts, Die Verwaltung Bd. 22 (1989), S. 1 ff.
- Pernice, Ingolf*, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht - Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, S. 201 ff.
- Pernice, Ingolf*, Gestaltung und Vollzug des Umweltschutzes im europäischen Binnenmarkt - Europäische Impulse und Zwänge für das deutsche Umweltrecht, NVwZ 1990, S. 414 ff.
- Pescatore, Pierre*, Die "Einheitliche Europäische Akte" - Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt, EuR 1986, S. 153 ff.
- Pipkorn, Jörn*, Das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, in: *Fuß, Ernst-Werner* (Hrsg.), Der Beitrag des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes, Baden-Baden 1981, S. 9 ff.
- Prümm, Hans Paul*, Umweltschutzrecht, Frankfurt a.M. 1989.
- Rabe, Hans-Jürgen*, Garantien und Sicherungen des freien Warenverkehrs im Lichte der neuesten Rechtsprechung des EuGH - Cassis de Dijon und die Folgerechtsprechung, in: *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, Baden-Baden 1983, S. 41 ff.
- Rabe, Hans-Jürgen*, Vorbehaltene Kompetenzen der Mitgliedstaaten der EG auf dem Gebiete des Umweltschutzes, EuR 1987, S. 177 ff.
- Rabe, Hans-Jürgen*, Arzneimittel und Lebensmittel - Abgrenzungsproblematik und europarechtliche Dimension, NJW 1990, S. 1390 ff.
- Rehbinder, Eckard*, Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik, in: *Simonis, Udo Ernst* (Hrsg.), Präventive Umweltpolitik, Frankfurt a.M./New York 1988, S. 129 ff.
- Rehbinder, Eckard/Stewart, Richard*, Environmental Protection Policy, Integration Through Law, Series A (hrsg. von *Cappelletti, Mauro/Seccombe, Monica/Weiler, Joseph*), Vol. 2, Berlin/New York 1985.
- Reich, Norbert*, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1987.
- Rengeling, Hans-Werner*, Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaften, in: *Börner, Bodo/Neundörfer, Konrad* (Hrsg.), Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, KSE Bd. 32, Köln/Berlin/Bonn/München 1984, S. 23 ff.

- Rengeling, Hans-Werner*, Umweltvorsorge und ihre Grenzen im EWG-Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1989.
- Ress, Georg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht, in: *Kutscher, Hans/Ress, Georg/Teitgen, Francis/Ermacora, Felix/Ubertazzi, Giovanni*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, Heidelberg 1985, S. 5 ff.
- Ringeisen, Peter*, Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung ökologischer Gesichtspunkte bei der Produktgestaltung, Diss. St. Gallen 1988.
- Roelants de Vivier, François/Hannequart, Jean-Pierre*, Une nouvelle stratégie européenne pour l'environnement dans le cadre de l'acte unique, RMC 1988, S. 225 ff.
- Rupp, Hans H.*, Verfassungsprobleme auf dem Weg zur Europäischen Union, ZRP 1990, S. 1 ff.
- Scharrer, Hans-Eckart*, Binnenmarktpolitik, in: *Weidenfeld, Werner/Wessels, Wolfgang* (Hrsg.), Jahrbuch der europäischen Integration 1988/89, Bonn 1989.
- Scheuing, Dieter H.*, Rechtsproblematik bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, EuR 1985, S. 229 ff.
- Scheuing, Dieter H.*, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, EuR 1989, S. 152 ff.
- Schmeder, Winfried*, Die Rechtsangleichung als Integrationsmittel der Europäischen Gemeinschaften, Köln/Berlin/Bonn/München 1978.
- Schmitt von Sydow, Helmut*, The Basic Strategies of the Commission's White Paper, in: *Bieber, Roland/Dehousse, Renaud/Pinder, John/Weiler, Joseph H.H.* (Hrsg.), 1992: One European Market?, Baden-Baden 1988, S. 79 ff.
- Schutt, Wolfgang/Steffens, Joachim*, EuGH-Entscheidung zu Verpackungsvorschriften in Dänemark, RIW 1989, S. 447 ff.
- Schwartz, Ivo E.*, 30 Jahre EG-Rechtsangleichung, in: Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, Baden-Baden 1987, S. 333.
- Schwarze, Jürgen*, Die EWG in ihren völkerrechtlichen Beziehungen - Grundfragen und aktuelle Rechtsprobleme, NJW 1979, S. 456 ff.
- Schwarze, Jürgen*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. II, Baden-Baden 1988.
- Sedemund, Jochim*, "Cassis de Dijon" und das neue Harmonisierungskonzept der Kommission, in: *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt, Baden-Baden 1987, S. 37 ff.
- Sedemund, Jochim*, Statement on the concept of the free movement of goods and the reservation for national action under Art. 36 EEC Treaty, in: *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, Baden-Baden 1988, S. 25 ff.
- Sedemund, Jochim/Montag, Frank*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1987, S. 546 ff.
- Seidel, Martin*, Grundsätzliche rechtspolitische Probleme bei der Verwirklichung des Binnenmarkts, EA 1987, S. 553 ff.
- Seidel, Martin*, Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft - Träger oder Hemmnis des Fortschritts?, DVBl. 1989, S. 441 ff.
- Sevenster, H.G.*, Van schone auto's en EEG-dingen, die voorbij gaan, NJB 1989, S. 556 ff.
- Simson, Werner v.*, Wachstumsprobleme einer europäischen Verfassung, in: Festschrift für Hans Kutscher, Baden-Baden 1981, S. 481 ff.
- Skordas, Achilles*, Umweltschutz und freier Warenverkehr im EWG-Vertrag und GATT, Steinbach i.Ts. 1986.
- Slynn, Gordon*, The concept of the free movement of goods and the reservation for national action under Article 36 EEC Treaty, in: *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty, Baden-Baden 1988, S. 17 ff.

- Smit, Hans/Herzog, Peter*, The Law of The European Economic Community, Vol. 1, New York/Oakland/Albany, Stand
- Soell, Hermann*, Finanz- und steuerrechtliche Fragen des Umweltschutzes, in: *Salzwedel, Jürgen* (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Berlin 1982, S. 635 ff.
- Soell, Hermann*, Überlegungen zum europäischen Umweltrecht, NuR 1990, S. 155 ff.
- Sönnichsen, Ferdinand*, Umweltschutz als Gemeinschaftsaufgabe der EG, ZfU 1989, S. 111 ff.
- Steiger, Heinhard*, Begriff und Geltungsebenen des Umweltrechts, in: *Salzwedel, Jürgen* (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Berlin 1982, S. 1 ff.
- Steindorff, Ernst*, Probleme des Art. 30 EWG-Vertrag, ZHR Bd. 148 (1984), S. 338 ff.
- Steindorff, Ernst*, Umweltschutz in Gemeinschaftshand?, RIW 1984, S. 767 ff.
- Steindorff, Ernst*, Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR Bd. 150 (1986), S. 687 ff.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.
- Storm, Peter-Christoph*, Umweltrecht, 3. Aufl., Berlin 1988.
- Task Force*, Task Force Report on the Environment and the Internal Market, 1989.
- Tomuschat, Christian*, Kommentierung des Art. 24 GG (Zweitbearbeitung 1981), in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Hamburg, Stand 1987.
- Toth, A.G.*, The Legal Status of the Declarations annexed to the Single European Act, CMLR 1986, S. 803 ff.
- Umweltbundesamt*, Daten zur Umwelt 1988/89, Berlin 1989.
- Usher, John A.*, The gradual widening of European Community policy on the basis of Articles 100 and 235 of the EEC Treaty, in: *Schwarze, Jürgen/Schermers, Henry G.* (Hrsg.), Structure and Dimensions of European Community Policy - Structure et dimensions des politiques communautaires, Baden-Baden 1988, S. 25 ff.
- Vandermeersch, Dirk*, The Single European Act and the environmental policy of the EEC, ELR 1987, S. 407 ff.
- Vogel, David*, National Styles of Regulation, Environmental Policy in Great Britain and the United States, Ithaca/London 1986.
- Van Rijn, Thomas*, A review of the case law of the Court of Justice on Articles 30 to 36 EEC in 1986 and 1987, CMLR 1988, S. 593 ff.
- Van Voorst tot Voorst, B.J.M. Baron/ Van Dam, J.S.*, Europe 1992: Free Movement of Goods in the wider context of a changing Europe, CMLR 1988, S. 693 ff.
- Waelbroeck, Denis*, L'Harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE, CDE 1988, S. 243 ff.
- Weber, Albrecht*, Schutznormen und Wirtschaftsintegration, Baden-Baden 1982.
- Weiler, Joseph H.H.*, Supranational law and the supranational system: Legal structure and political process in the European Community, Ph.D. Thesis, EUI, Florenz 1982.
- Weinstock, Ulrich*, Nur eine europäische Umwelt? - Europäische Umweltpolitik im Spannungsverhältnis von ökologischer Vielfalt und ökonomischer Einheit, in: *Grabitz, Eberhard* (Hrsg.), Abgestufte Integration, Kehl 1984, S. 301 ff.
- Weizsäcker, Ernst Ulrich/Schreiber, Helmut*, Luftreinhaltung - Der schwierige Konsens, in: *Gündling, Lothar/Weber, Beate*, Dicke Luft in Europa, Heidelberg 1988, S. 163 ff.
- Winter, Gerd*, Perspektiven des Umweltrechts, DVBl. 1988, S. 659 ff.

Zohlnhöfer, Werner, Umweltschutz und Wettbewerb - grundlegende Analyse, in: *Gutzler, Helmut* (Hrsg.), *Umweltpolitik und Wettbewerb*, Baden - Baden 1981, S. 15 ff.

Zuleeg, Manfred, Vorbehaltene Kompetenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umweltschutzes, *NVwZ* 1987, S. 280,ff.



1103-01

LAW
ECONOMICS
SCJ

European University Library



3 0001 0015 1180 9

ECwdg

sc0

David L. Scott

LL.M. Thesis

LAW
ECwd9
SCO

Adjudication and Enforcement
of Fundamental Social and Economic Rights
at European Level

CONTENTS

Introduction	1
I Collective Agreements	3
A - Agreements not reached	3
B - Inadequate agreements reached	6
(i) Imposing an agreement	8
C - Agreement violation	12
II Parties to the Agreement	13
A - The position of workplace organizations	14
III Access and Filters	17
A - Distinctions	17
(i) Individual and Collective Labour Disputes	17
(ii) Disputes of Rights and of Interests	19
B - Usefulness of the Distinctions	20
(i) Individuals	20
(ii) Parties to the Agreement	21
(iii) Non-union members	21
(iv) Union refuses to act	22
C - Enforcement Agency	22
D - The European Approach	23
(i) Preliminary References	24
E - A Combination of Approaches	25
IV Conciliation and Arbitration	27
A - Conciliation	27
B - The Conciliatory role of the Tribunal	28
C - Relationship with Conciliation Bodies	29
(i) Conciliation before trial	29
(ii) Conciliation as a supplement to a court	30

D - Arbitration	31
E - The American Experience	31
(i) U.S. Arbitrators	32
(ii) Arbitration and the U.S. Courts	33
F - Enforcement of Arbitration	34
G - Assessment of Arbitration	35
(i) Arbitration and Collective Bargaining	36
(ii) Arbitration Bodies and a European Tribunal	36
V Tripartism	38
A - Composition	38
(i) Selection of Judges	39
(ii) Wing-persons	39
(iii) Status	40
B - The Tripartite Option	41
VI The Court of Justice of the European Communities	43
A - Reference Procedures	43
B - Structure and Organization	43
(i) Functions and Procedures	44
C - Problems of Delay and Overload	45
D - Sources of Law and Judicial Flexibility	48
(i) Human Rights	49
VII A Body of Experts	54
A - The Council of Europe's European Social Charter	54
(i) Outline	54
(ii) The Committee of Independent Experts	55
(iii) Social Partner Involvement	55
(iv) The Sub-Committee of the Governmental Social Committee	56
(v) Recommendations	56

B - Problems with the Supervision Mechanism	57
C - The Hepple Proposal	58
VIII A New Tribunal	60
A - The Structure	60
B - Relationship with other bodies	62
C - Relationship with Member States	63
(i) Reference Procedures	63
(ii) Appeals	64
D - Conciliation	65
(i) Conciliation procedure	65
(ii) Conciliatory procedures	66
IX Conclusion	67
A - The Options	67
(i) Additional Layers of adjudication	67
(ii) Delays	67
(iii) Different Countries, Different Systems	68
B - The Best of the Three	69
C - An interim Solution	71
Bibliography.....	74

David L. Scott

ADJUDICATION AND ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS

Introduction

The creation of the Single European Market will provide for four fundamental freedoms; free movement of persons, goods, capital and services. These 'freedoms' are complemented by provisions to ensure free competition and to co-ordinate economic policies. The creation of a free trade zone may however actuate serious problems for the European labour movement, potentially restricting their freedom in order to secure the economic future of Europe.

In an address to the British TUC in 1988 conference Jacques Delors, suggested that although the business community would be the main beneficiaries of the "European economic renaissance" the interest of employees should not be completely ignored. Delors claimed economic success depended upon worker co-operation. '1992 is much more than the creation of an internal market abolishing barriers to the free movement of goods, services and Investment. In my opinion social dialogue and collective bargaining are essential pillars of our democratic society.' He called upon the British trade union movement to join him as architects of Europe so that social progress can be assured.

Provisions regulating Capital and Labour relations vary from Member State to Member State. Trade unions, particularly in the North of the Community, are apprehensive that jobs will flow from their more tightly regulated countries to the cheaper and less regulated South. Others fear a faster rate of technical change will put less skilled workers on the scrap heap; and that cross-boarder take overs will ride roughshod over workers' rights. The potential of the opening up of Eastern Europe brings an as yet unknown variable into any evaluation of the future..

It is in this context that the ETUC, representing some 44 million members in 21 countries, is calling for the upward harmonisation of national laws. This involves the levelling up member state regulation to that of the more socially progressive countries. In the early foundation period of the Community it was hoped that upward harmonisation would occur

naturally and spontaneously within the community; it was however quickly realised, culminating in a summit conference at the Hague in December 1969, that a more interventionist role from a supranational level would be needed to achieve this.

The social dimension of the '1992 movement' is perhaps best represented by the Community Charter of Fundamental Social and Economic Rights. Whilst only a political declaration, it does provide a base from which proposals can be framed and action taken. The report to the Commission by Brian Bercusson on 'Fundamental Social and Economic Rights'¹ proposes using the 'essential pillars', social dialogue and collective bargaining, as one possible method of protecting workers in a progressive and more flexible method.²

It is proposed that a Community Instrument will define the right, which is then left to the social partners to implement, by agreement. Many questions and problems will arise with this approach; including, how to define the rights, their legal basis, choosing the appropriate Community Instrument, defining the parties, problems of application amongst others. It is thus hoped that through the promotion of social dialogue the social partners may become 'architects' rather than 'fire-fighters'.

Assuming however that these initial problems can be overcome, one final obstacle remains, adjudication and enforcement. This problem remains no matter which solutions to the other problems are adopted. Should the European Court of Justice adjudicate or perhaps a new body be created? What should the composition be of any new European Tribunal, which of the Member States systems might such a tribunal be modelled upon? Which enforcement mechanisms are to be considered appropriate? What, perhaps above all, is to be the objective of this Tribunal?³

¹ Prof. B. Bercusson, (1989)

² Much of this paper relies upon the solutions proposed in the Bercusson Report to the Commission (1989). The Report is therefore commended to the reader.

³ For the purpose of this paper the term "European Tribunal" will be used to refer to the body which will be determined to adjudicate social and economic rights. The term is used however as a form of shorthand, it is meant to encompass the broader concepts of such an organ. This might include more than one body/organ, each of which will have a specific role within the variety of functions, for example, the conciliatory and arbitration functions might be conducted by an organ different from that which actually adjudicates the issues.

I Collective Agreements

In assessing the problems likely to be encountered in the adjudication of social and economic rights, the best starting point might perhaps be the 3 scenarios suggested by Bercusson⁴:

- a - Bargaining machinery in the Member States has not reached agreements embodying and developing the fundamental rights outlined in the Community instrument.
- b - Bargaining machinery has reached agreements - but the agreements are challenged as inadequate and hence in violation of Community standards.
- c - The agreements reached by bargaining machinery have been violated.

These 3 scenarios will be used throughout this paper as a basis of assessment and analysis of the various aspects of adjudication.

A - Agreements not reached

When is an agreement reached? This question must be addressed by the tribunal at some point. Although it may seem a relatively easy matter to determine as a matter of evidence differing national practices of Member States serve to complicate the process. This would not be a new situation for labour law: national labour courts have frequently been called upon to decide whether or not an agreement or contract exists. In Germany the labour court has exclusive jurisdiction⁵ over civil disputes between parties to a collective agreement or between parties to a collective agreement and third parties where questions are raised concerning the existence or non-existence of such an agreement.⁶

The situation would be further complicated should a defence to an action of 'no agreement reached' be filed that there is an agreement in existence but that the agreement does not cover certain areas at all, or to a sufficiently high standard, resulting not in there being no agreement but rather an inadequate agreement. The spectrum of "failing to reach agreement" is wide, stretching from, on the one hand, a total abstention by one of the social partners to take part in any negotiations, to on the other where there exists only one aspect which prevents an agreement being concluded. Towards the latter end of this spectrum the distinction between an agreement in existence runs the risk of becoming blurred.

This could easily be avoided by accepting that an agreement may only be considered to be in existence should all elements laid down in the Community instrument be covered by the agreement. It may, however, become desirable for the tribunal to accept that an agreement

⁴ See Page 41, B. Bercusson, (1989)

⁵ Labour Court Law, Section 2, par 1.

⁶ See T. Hanami & R Blaupain (1984), page 100, for further details of this and other jurisdictions of the Labour Court.

David L. Scott

may come into existence if certain criteria are met. It may be considered necessary to adopt this approach if it was found, for example, that collective agreements were not being concluded either rapidly enough or at all, so as to encourage the parties. This may be agreement of key elements (or a 'substantial part'⁷) of the Instrument.

In the United Kingdom the Employment Protection (Consolidation) Act 1978, (EPCA), allows for collective agreements to be substituted for certain statutory rights. For example, minimum standards are laid down in sections 12-18 EPCA with regard to guaranteed payments. Section 18 provides both the criteria and procedure to be adopted if exemption is to be granted, by the Secretary of State, from the guaranteed payments provision of the Act because of the existence of a collective agreement. Such a provision enables greater flexibility than the statutory provisions. Thus certain provisions made by the collective agreement may be less favourable than the statutory provisions in certain aspects whilst balancing this with advantages in others, enabling the social partners to adapt provisions to best suit their environment.⁸

A similar debate was encountered during the formation of the Council of Europe's European Social Charter. The debate focused upon whether a contracting party was to accept all the articles in the Charter, only a core of obligations, or a selection from that core. The European Social Charter allows contracting parties a flexible approach; a contracting party must either accept, in their entirety 5 out of a core of 7 articles, or alternatively accept a specified number of paragraphs from those core articles. This is perhaps the most flexible approach possible whilst still maintaining a minimum level of protection. There is however, an obligation upon contracting parties to work towards the acceptance of all core articles, and they must report their progress in achieving this goal as part of their normal reporting requirements. (It should be borne in mind that this flexibility reflects the need to attract contracting parties to ratify the Charter. Only if a sufficient number ratify could the Charter stand any chance of success.)⁹

If it is accepted that an agreement can come into existence when certain criteria are met, although not covering all the areas addressed by the Community instrument, is it possible that this agreement might be also considered adequate, despite being only partial? In his report to the Commission, Bercusson envisages a balancing act, similar to that in the EPCA (described above), whereby certain area may be given a greater emphasis for protection whilst others

⁷ A term which itself would need to be defined.

⁸ For further details see B. Bercusson, (1979) page 44/18

⁹ For an excellent discussion of the policy considerations behind the ratification requirements see Harris, The European Social Charter, Page 20.

enjoy less favourable terms¹⁰, which suit the social dialogue engaged in. There must be an implicit assumption that in those areas which enjoy less favourable terms there must have been some agreement in order that the recompense in other areas can be adequate. There can be no 'balancing act' if unfavourable terms are unilaterally imposed.¹¹

A further issue that arises in this particular scenario is in the matter of what recourse there should be if no social dialogue takes place. Bercusson avoids the complications and legalistic tendencies of the 'duty to bargain in good faith' to be found in the United States by clearly stating that the violation would be the 'failure to reach an agreement' not the failure to negotiate. If there is no duty to negotiate, is it possible for an employer to unilaterally impose an agreement upon his employees? Supposing also that these unilaterally imposed conditions are of a sufficient standard to meet the requirements of the Community instrument, could a challenge still be made that an agreement has not been reached?¹²

Bercusson endorses the Ruskin study¹³ approach aimed at encouraging best practice, 'rather than trying to devise very specific guide-lines the Commission might aim for a loose set of principles, complemented by a Programme of Action to enable the parties at workplace and higher levels to use the principles and develop best practice'.¹⁴ Clearly this still leaves the way open for unwilling employers to avoid taking part in social dialogue should they so choose, despite the incentives that may be on offer.¹⁵ However, it should be acknowledged that social dialogue is wider than collective bargaining alone, "it implies a flexible relationship between social dialogue at all level and Community and national instruments".¹⁶

The question of who should have the power to conclude such agreements cannot be viewed in total isolation from the matters discussed above. At the outset there is a need for a basic level of certainty concerning the parties to ensure a sufficient degree of independence from the employer; it is not enough to trust to the phrase "according to national practice". There is an abundance of national experience, whether enshrined in constitutions, as is the case of France, or through legislation, as with Germany where the parties who are able to conclude

¹⁰ Less favourable, not only relative to other aspects covered in the agreement but also, and perhaps more significantly, less favourable than this instrument may indicate. It would however be the responsibility of the social partners to fully justify this divergence should a challenge be made to the adequacy of the agreement, (discussed below).

¹¹ This, like the Council of Europe's Social Charter, might be subject to the continuing obligation of progressive betterment.

¹² There are many examples, in most countries throughout the world, of companies willing to provide better terms and conditions than their unionised counterparts in order to avoid unionisation in their organisation.

¹³ Final Report presented to the Directorate General for Internal Market and Industrial Affairs and the Directorate General for Employment, Social Affairs and Education of the European Commission, The Control of Frontiers: Workers and New Technology: Disclosure and Use of Company Information, Ruskin College, Oxford, October 1984.

¹⁴ Paper by Hugo Levie to Directorate General V/A/2 of the Commission, Jan. 1985 in Bercusson (1989), Page 22.

¹⁵ Bercusson (1989), Page 16.

¹⁶ Schmidt, (1977) page 57

collective agreements are defined in the Collective Agreements Act 1949, as amended in 1969. It would then be a matter for a tribunal to decide according to the criteria laid down, whilst still being able to take into account national industrial relations characteristics when applying such a criteria.¹⁷ Drawing upon, and adapting, comparative experience to take into account national characteristics to aid the judging of a national situation.

Ultimately the tribunal will be called upon to impose an agreement upon the parties. This may well be after conciliation, mediation or arbitration attempts ordered by the court have failed. This will be the most difficult aspect of the tribunal's role as it will also be called upon, as a last resort, to perform the same task when dealing with inadequate agreements. Though the Tribunal may well be aided in formulating a solution where an agreement can be shown, albeit defective. It is proposed to deal with them as one, below.

B - Inadequate agreements reached

Perhaps the most difficult aspect for the tribunal in this situation is how to determine whether or not an agreement is adequate. This is made especially so as the Bercusson report proposes breaking away from 'seeking common denominators for the purpose of harmonisation [sic]. It should attempt . . . to define the characteristics to the best solutions to the problem to be found in Member States, and then propose formulation of rights best suited to achieve the policy objective'.¹⁸ Nor is the standard to be set in concrete, it is, ideally, to change as time progresses and as economic conditions prosper. Different member States may have different levels of standards relative to one another, but, in turn the standards in one member State may be compared to that in another to help determine its adequacy. Bercusson also proposes the possibility of transnational extension of collective agreements to equivalent sectors, industries or even enterprises.

The tribunal will no longer be faced with a Community instrument that provides a uniform standard to be applied throughout the Member States against which it can evaluate provisions in a member State. Instead it will be faced with a much more complex task. It will only be given a 'formulation of rights best suited to achieve the policy objective'.¹⁹ Flexibility is perhaps the most essential dimension to the implementation of social and economic rights. The very essence of implementation of the Community instrument through social dialogue is its flexibility. The task will be to set the minimum standard required for a particular country, taking into account that country's systems and problems, thus maintaining the malleability of the implementation technique. This will require an advanced and more in-depth approach. A

¹⁷ To be discussed in greater detail later.

¹⁸ Bercusson (1989), Page 22.

¹⁹ Op. Cit.

David L. Scott

knowledge of the industrial relations circumstances of each of the member States is needed; and it is possible to argue that such rights require a different approach altogether from that which has been traditionally expected from a tribunal. By the very nature of the task, an essentially empirical approach is needed.

Empirical investigation is essential both for the parties and the tribunal. Two situations in particular are worthy of note:

i) where an agreement is textually adequate but substantively in practice wholly inadequate.

and,

ii) where the agreement is textually inadequate but substantively adequate.

In the former, adjustments will be needed in the implementation of the agreement, while in the latter textual changes to the agreement may only be required.

A particularly good example of the need for an empirical approach can be found in the field of equal opportunities, none more so than the use of collective bargaining as a means of implementation of equal opportunities. An Equal Opportunities Commission report by Dickens, (et al)²⁰ into the impact of section 6 of the Sex Discrimination Act 1986 and the relationship between collective agreements and employment discrimination in the United Kingdom is an example. From the very outset the EOC Report warns:

To understand how collective bargaining, and agreements which result from it, might be used to tackle discrimination, it is necessary to understand the system of collective bargaining in Britain, to appreciate its nature, extent and the changing context which affects its outcomes²¹

In the pursuit of discrimination, one needs to look beyond the agreement itself, for while direct discrimination is over and is easily visible in the text, indirect discrimination is much less visible and can perhaps only truly be evaluated through empirical research. 'The removal of overt discrimination . . . from collective agreements does not mean necessarily that discrimination in this area has been eliminated'.²²

²⁰ Linda Dickens, Barbara Townley, David Winchester, Tackling Sex Discrimination through Collective Bargaining, Equal opportunities Commission Research Series. For simplicity this report will be referred to throughout the rest of this paper as the 'EOC Report'.

²¹ EOC Report, Page 3.

²² EOC Report, page 36.

This can perhaps be explained in relation to wage differentials, the EOC report points out that:

It is difficult to know whether a wage structure is discriminatory simply by looking at the collective agreement. It is necessary to examine the distribution of men and women across the range of grades, to consider whether the pay attached to the lowest grade is likely to attract male workers, and to assess the likely impact of uneven differentials within the grading structure.²³

A typical example of indirect discrimination can be found in differential pay-boosting opportunities attached to different jobs, such as overtime, while they 'may reflect neutral operation considerations but may be discriminatory in practice as job segregation means such opportunities are open only to men.'²⁴ To fully appreciate if such discrimination occurs one must look beyond payment techniques employed and consider other areas such as job access and job security. This was a view endorsed by the Central Arbitration Committee in their 1977 Annual Report. Defending its broad interpretation of section 3 of the Equal Pay Act 1970, it said 'discrimination does not always appear on the face of the agreement'.²⁵

Not only must the tribunal be prepared to take the initiative with empirical research, have a knowledge of the individual industrial relation systems within its jurisdiction and be aware of the European objective and harmonization but it must also be prepared to be presented with contextual and statistical research by the parties. The courts in the United States have become very capable of coping with such evidence, known as a 'Brandeis Brief', while courts in other countries, for example the United Kingdom,²⁶ have been somewhat reluctant to take on board such developments.

(i) Imposing an agreement

Ultimately, when other attempts at bringing the parties to conclude an adequate agreement have failed either because they do not conclude an agreement at all or that the agreement that they do conclude is inadequate, the tribunal must have the residual power to impose upon the parties an agreement it thinks fit. This imposed agreement must be by definition 'adequate'. To be so must reflect all the considerations discussed above with respect to an empirical approach needed to make an assessment as to whether an agreement is adequate.

²³ EOC Report, page 36.

²⁴ EOC Report, Page 58.

²⁵ Central Arbitration Committee, 1977 Annual Report, Para 2.16. For further discussion on the role of the Central Arbitration Committee, and section 3 of the Equal Pay Act 1970 see below.

²⁶ In the past, courts in the U.K. have been remarkable reluctant to accept such presentations, this is especially evident in the sphere of discrimination cases. though there are indications of an increasing willness to accept them.

The task is however multiplied in difficulty because of the need to examine the parties' circumstances together with the legal requirements of the Community Instrument, as well as the results which will be obtained through the operation of the particular industrial relations system through the agreement imposed. (As noted above there can be no guarantee that what may seem a textually adequate agreement, the result of negotiations or imposed by the tribunal, will result in 'adequate' practice.) This task of the tribunal might be said to lie somewhere in between the commonly used distinction of the jurisdiction of labour courts, that of disputes over 'rights' and 'interests'.²⁷ While it would be more creatively active than merely interpreting rights under a collective agreement, it would still have the requirements of the Community instrument to satisfy.²⁸

While most Western European countries shy away from such an actively creative role for tribunals, especially in the field of industrial relations, there are still numerous examples to be found in Member States from which inspiration can be drawn. The Central Arbitration Committee's role under section 3 of the Equal Pay Act 1970 may prove an excellent example. It was prepared to find substantive violations within agreement despite textual compliance, using empirical techniques and knowledge of industrial relations realities to reach its conclusions, whilst making use of flexible remedies.

The Central Arbitration Committee is a tripartite standing arbitration body. Section 3 of the Equal Pay Act 1970, (now repealed by the Sex Discrimination Act 1986) 'stipulates certain situations in which a collective agreement²⁹ may be referred to the Committee (either by a party to it or by the Secretary of State) and the types of remedial action the Committee may take in respect to a discriminatory agreement'.³⁰ Such a situation arises where a collective agreement or an employer's pay structure contains 'any provision apply[ing] specifically to men or women only'.³¹ This procedure can be seen as an alternative remedy complementing the individual's recourse to an industrial tribunal.

Commentators on section 3 believed that it was too restrictive for the Committee to be of much practical help in the war against discrimination:

The agreements which may be referred to the Committee under this section are those which contain 'any provision applying specifically to men only or to

²⁷ Though this distinction has been described by Aaron (1985) as 'more analogous to a semipermeable membrane' rather than an 'impregnable wall'. For further discussion on the distinction of 'interests' and 'rights' see below.

²⁸ The possibility cannot be discounted that an agreement imposed by the Tribunal may have to be revised by the Tribunal should subsequent experience show deficiencies are present.

²⁹ Section 3 also includes employers pay structures not the result of a collective agreement. Though these may only be referred by the employer or the Secretary of State to the Committee.

³⁰ P. L. Davies (1980), at page 169

³¹ Section 3, Equal Pay act 1970.

women only.' This suggests that, if the agreement were not to contain provisions applying specifically to one sex or the other, then there can be no reference. . . . This interpretation makes a mockery of the stated purpose of the legislation, but the wording is such that it is hard to see any other tenable view.³²

The Committee however, rose to the challenge. In its Annual Report of 1977 it stated:

Discrimination does not always appear on the face of the agreement. For example, an agreement may have been re-negotiated or altered with Grade 1 and Grade 2 replacing the previous male clerks and female clerks with no other change. Such a change cannot be said to have ended the matter. The Committee has to ensure that discrimination has been truly removed and replaced with unisex grades bearing the appropriate rates.³³

In stating this, the Committee is showing its willingness to take a broader approach than allowed to industrial tribunals under section 1 of the same act. The Committee felt able to infer from the actions of parties, through the conclusion of a collective agreement, that certain results were a logical consequence of their actions in terms of industrial relations. If the parties to an agreement classified differing jobs as equal then equal pay could be required by the Committee for these jobs. Industrial tribunals dealing with the individual claim could not be as certain, as they may not have necessarily been presented before them all the relevant background and would need the evidence of a full job evaluation.

The Committee was also willing to be more creative than a strict interpretation of section 3 would allow. An employer may not only have removed labels attached to wage rates but may also have taken steps to change the actual discriminatory differentials. Here the Committee was prepared to hold that the employer had not gone far enough - that it was in essence inadequate. '[T]he employer may claim that he is paying the rate of the job, but his assessment of what the work is worth to him may be unconsciously biased by the status of the people who are performing the work.'³⁴ The approach adopted by the Committee needed empirical techniques and a knowledge of the industrial relations realities, which permitted it to make the necessary assumptions about the practice of the parties.

The creativity of the Central Arbitration Committee . . . in detecting discrimination in collective agreements and pay structures has been paralleled by its inventiveness in fashioning remedies to correct the discrimination.³⁵ Section 3 (4) specifies the remedial techniques that may be employed by the Committee. However, not only was this provision wholly inadequate but would also result in a 'nonsense . . . in industrial relations terms. . . . The fatal defects of the proviso are that it applies so as to equate the rates attached to two

³² Breen Creighton, Working Women and the Law, (1979), pages 121-2 - in P. L. Davies, (1980)

³³ Central Arbitration Committee, 1977 Annual Report, Para 2.16.

³⁴ P. L. Davies, (1980) at page 175.

different jobs irrespective of whether the content of the jobs is comparable and that it provides only a single standard to which perhaps a number of different female rates have to be assimilated.³⁶ In the frequent cases where the Committee saw 'nonsenses' arising it took a different approach.

It became apparent that there were times when the Committee could not merely adapt the existing agreement to remove the discrimination but that what was needed was a job evaluation exercise. The Committee adopted three approaches; in a few instances the Committee could carry out the job evaluation itself. More typically however, the parties were encouraged to carry out their own job evaluation exercise.³⁷ Failure by the parties to reach an agreement would result in the imposition by the Committee of an agreement, this the Committee believed to be the greatest incentive of all for the parties to reach agreement, it being far better to come to a reasonable compromise than to suffer a less desirable agreement being imposed. Thirdly the parties might be able to place jobs in an appropriate number of grades but be unable to agree upon appropriate rate of pay for each grade. The Committee has been prepared to attach the rates for the parties, thus completing the agreement for the parties.³⁸ The emphasis of the Committee was upon the parties to be involved. 'Solutions have to be operated successfully and those that are jointly evolved, albeit with guidance, stand the best chance of success - certainly more than those arbitrarily imposed.'³⁹

The approach of the Committee might be contrasted to the approach taken by the Divisional Court in R v CAC ex parte Hy-Mac Ltd [1979] IRLR 461, where a decision of the Committee was challenged. The Divisional Court took a strict literal approach to section 3. The Court's decision cast doubt on the legitimacy of the Committee to use its 'declaratory powers to effect job-valuation solutions to equal pay problems', while at the same time taking a narrow interpretation of when an agreement can be said to contain provisions applying specifically to one sex, narrowing the scope of the jurisdiction of the Committee. The result was a dramatic decrease in cases brought before it. In 1986 the Sex Discrimination Act repealed section 3 and gave the Committee an advisory role only where both parties agreed.

35 Op. Cit. at page 177.

36 Op. Cit., at page 179.

37 This was often done with the advice of the Committee and the aid of a local ACAS official. Procedures before the Committee enabled it to put pressure upon the parties to engage in a job evaluation exercise if the Committee thought it to be the best solution. Discussed further below.

38 Some parties did however use this procedure to avoid incomes policy restraints imposed by the Government. If the Committee agreed to the rates suggested by the parties then restriction imposed by the incomes policy were overridden.

39 Central Arbitration Committee, 1977 Annual Report, Para 2.19

C - Agreement violation

Upon a violation of an agreement by one of the social partners the European Tribunal would face a task familiar to most courts, examining an agreement, examining evidence as to an alleged breach including any counterclaims and mitigation. However, the Tribunal must still take the same approach as it would with an application based upon a failure to agree or an inadequate agreement reached.

The Tribunal should approach the application with empirical industrial logic, taking not only the words of any agreement into account but the objects of the Community Instrument upon which it is based and its application to the particular social partners. In such a way the Tribunal will not only be able to correctly understand the violation, including its seriousness, but also select the appropriate remedy to rectify the position.⁴⁰

⁴⁰ It may be possible once the Tribunal has decided that there has been a violation to allow the parties to rectify the position on their own, with any compensation they may seem fit.

II Parties to the Agreement

Who should have the power to conclude a collective agreement? The answer to this must lie with the Community Instrument and the Right itself. Adopting an approach to maximise flexibility must result in agreements being concluded at different levels within Member States bargaining machinery, varying according to the Right to be protected and national practice. This would enable the social partners to conclude agreements at the level to best suit the Right. Thus certain Rights may be concluded at national, regional, sectoral, local or plant level. (It must also be possible that the level may not be the same for each Member State. While generally it can be left to the discretion of Member States as to what is the appropriate level, it may be necessary on some occasions to specify the level of negotiations to be the same for every Member State. This would only be imposed for the promotion of best practice and harmonization.

Allowing such a flexible approach will lead to complications in respect to which bodies will have the requisite power to conclude the agreement at a given level. In Germany a well structured system of collective bargaining exists, whereby bargaining takes place at all levels. To avoid problems of who may or may not conclude a collective agreement section 2 of the Law on the Collective Agreement provides a list of those who are deemed to have such capacity. These include unions, single employers and associations of employers. A federation of unions or employers' associations may enter into agreements on behalf of their affiliated organizations, provided it has the power from its constitution to do so.

A single employer is deemed to have the capacity to enter into an agreement. On the employee side it is only a union which has the bargaining capacity. While no legal definition of a union exists certain conditions do have to be met for Tariffahigkeit. Aaron summaries⁴¹ German academics analysis of the Law on the Collective Agreement and Article 9 of the German Federal republics Constitution to produce a list of these conditions. Members must join the organization freely. The organization must be independent and free from the influence of the other side. (A union must also be independent politically and religiously, though this does not exclude it from having either political or religious aims.) A union, in an attempt to distinguish it's role from that of the works council, must also represent the employees of more than one firm. Recently the Federal Labour Court ruled (1 ABR 93/89 and 1ABR 10/89 that the Christian Union for Woodworking and Construction Workers (Christliche Gewerschaft Hiltz und Bau) and the Christian Union for Mining, Chemical and Energy Workers (Chritliche Gewerkschaft Bergbau-Energie-Chemie) did not have the prerequisites in order to have the right to conclude an agreement. The Court found that they did not have a sufficiently adequate degree of power to put them in a position as to enable

⁴¹ See Aaron (1985), at page 42

them to put pressure on the other side, despite the fact they already had thousands of members and concluded numerous agreements. The Court 'reasoned that for a system of free collective bargaining to function effectively a bargaining party must be in a position to exert pressure on the other side'.⁴²

Other Member States, notably Italy, Spain and France, use the concept of representativity. In France a union is only able to conclude an agreement if it is recognised as representative on the national level, is affiliated to a representative union, or is able to prove its 'quality as representative within the trade or region or enterprise concerned'.⁴³ The Labour Code art L 133-2 lays down the criteria to determine whether a union is most representative, this applies for national collective agreements to be susceptible to extension. They include: membership, independence, contributions, experience and age and attitude during the period of occupation. Schmidt and Neal point to an additional factor, which he considers to be more important than those enumerated in the Labour Code,⁴⁴ that is the effective influence exerted by the union upon industrial relations. To that end, the results obtained by a union in the enterprise elections is taken as a good indication.

It is worthy of note the surprising similarity in criteria adopted by the French Labour Code and German Tariffhigkeit, considering the vast differences in union structure and organization. Perhaps the extent to which both systems place weight upon the need to be a recognisable force in industrial relations is the most decisive factor. It would seem therefore that the possibility exists for agreement upon which organization can be considered to have the capacity to bargain and conclude agreements.

A - The position of workplace organizations

The question will arise as to the status and capacity of work organizations. Such organizations range from on the one hand, a consultative committee formed at the express wish of the employer to, on the other, an elected works council set-up by legislation and which posses certain statutory functions and powers. Likewise, the members of such workplace organization varies from a strictly non-trade union body, such as a consultative committee, to an all trade union body, such a shop-stewards committee, or even a de facto union body, as exists in the West German works councils. Is it desirable that certain of these organizations should be capable to negotiate and conclude agreements?

⁴² EIRR 194 March 1990, at page 25.

⁴³ Aaron (1985), page 65

⁴⁴ See page 65, Schmidt and Neal, (1984).

In West Germany a strict hierarchical structure is in place, the roles and powers of trade unions and works councils are clearly defined. Works councils are free to conclude works agreements in matters relating to labour management relations, however on issues such as remuneration and working conditions they are not to conclude agreements unless they are 'not regulated or are not normally regulated by collective agreement'.⁴⁵ There is a clear desire that works councils should not conflict with or undermine collective agree. Unlike a union a works council has no power to induce management to sign works agreements - they may not instigate industrial action. In the operation of their rights of co-determination (in social matters) they do have the power to force management either to take certain action or to refrain from it. 'Here the works council has the right to conclude works agreements on specific matters only in so far as the subject is not regulated in detail in a collective agreement'.⁴⁶

Unfortunately not every work organization is as well defined and structured as the West German works council. Some criteria will have to be developed to assure that some basic safeguards are met. Firstly, any agreement concluded must not interfere with or derogate from that agreed at a higher level between the social partners, without either express permission or prior consent. It must also be appropriate for the Right to be regulated at plant or works level. Some sort of test criteria might be introduced to assess a workplace organizations suitability to conclude such an agreement, perhaps some derivative of the West German 'ability to exert pressure on the other side' test for a trade union or the ability to withstand pressure from the other side

The supremacy of the collective agreement must be recognised and preserved. The formation of a workplace organization⁴⁷ should be seen not as a method of avoiding collective agreements but as means of adapting them to best suit local conditions, where necessary. In such a way it might be possible for the social partners to negotiate framework agreements at industrial, sectoral or national levels leaving either the workplace organization to negotiate further or elect from a list of available options⁴⁸ as best suits local conditions.

Workplace organisations [sic] might be called to play an innovative role. . . The Combination of bargaining and union activity in one body, or the duplication of works' representatives at plant level, does not seem an insurmountable problem of comparison, as long as their functions are clear. Functions are specified

⁴⁵ T. Hanami & R. Blaupain,(1984) at page 109

⁴⁶ Op. Cit at page 101

⁴⁷ The questions that need to be addressed therefore are, what are the criteria for deciding whether a workplace organization should have the power to make agreements and to what extent they may vary/derogate from 'higher' level agreements or conclude agreements not covered by other agreements.

⁴⁸ I. G. Metall has recently made extensive use of this method which has been termed by observers as 'a la carte' negotiations. Regional negotiations take place resulting in a framework agreement. Local negotiations concluding agreements by opting for one or more of the options available. In this way a certain degree of flexibility is achieved while control of the various options is maintained.

David L. Scott

through expertise, especially developed within the unions and through the interaction of hierarchy and "semi-bureaucracy", which describes effectively intermediate organisational solutions, able to guarantee both efficiency and democracy within organisation.⁴⁹

⁴⁹ S. Sciarra, (1989) at page 16.

III Access and Filters

The questions of who may bring an action before the tribunal and under which circumstances will be of crucial importance. In most countries of the EEC distinctions are made between different kinds of labour disputes; the ability to bring an action by an individual or an organization varies according to the classification of the dispute. The use of strict distinctions of this kind may serve as a filtering mechanism resulting in few actions being brought while no distinctions may result in frivolous and vexatious actions - unless some other suitable filter can be used. With the use of any filter mechanism a balance needs to be struck; the procedures and practices of Member states are useful in trying to resolve this dilemma.

A - Distinctions

The distinctions most commonly found are between individual and collective labour disputes and between disputes of rights and of interests. While the definitions of these terms are not the same in each of the Member States, certain trends can be detected.

(i) Individual and Collective Labour Disputes

Generally, individual labour disputes can be characterized as those which are essentially concerned with the individual contract of employment. A collective labour dispute is one with a collective character, where the rights or interests of a group of workers are to be affected and are likely to affect the rights or interests of all the members of a group, of whom the claimants may only be a subset. The prime example of the application of this distinction is France. French labour courts, conseils de prud'hommes, are competent to adjudicate over individual disputes only. A dispute is considered to be individual if it involves one employer and one employee and the matter in dispute does not effect a group or 'collectivity'.⁵⁰ It will therefore only be a dispute of rights and will typically originate from an individual contract of employment. It cannot be, as in the United States, a dispute concerning the interpretation or application of a collective agreement from which individual rights arise. However, terms of a collective agreement are frequently incorporated into the individual contract of employment, therefore 'disputes over the interpretation or application of a collective agreement are commonly heard by a labor court if they have arisen from the individual contracts of employment'.⁵¹ It is possible that a number of similar actions may be brought by a group of plaintiffs before the conseils de prud'hommes, involving the same breach of contract, without necessarily becoming a collective dispute.

⁵⁰ B. Aaron (1985), Page 15

⁵¹ Op. Cit.

A labour dispute becomes collective according to Blanc-Jouvan,⁵²

when it turns on the rights or interests of a group of workers, and when its solution is likely to affect the situation or terms of employment of all members of that group. . . . [T]o render the conflict collective it is also necessary that a group of workers. . . be effectively a party to the dispute.

These workers need not be organised and may vary in size, ranging from a plant to an entire industry, from local through to national level. The action may be against a single employer or a group of employers, who may or may not be members of an association.

Under Labour Code art. L 135-4, a union has a right to intervene directly where the case involves the interpretation of a collective agreement but only with the individual's consent. Labour Code art. L 411-11 does however empower a union 'to constitute itself a 'partie civile' and to intervene directly wherever there is to be found anything of a direct or indirect prejudice to the collective interests of the group it represents.'⁵³

The distinction of individual and collective disputes is hard to maintain. The simple question of the payment of overtime, as provided for in a collective agreement may - as Ramm points out⁵⁴ - be considered both individual and collective. If an individual demands payment for overtime worked this may be considered an individual dispute. But should the dispute be founded upon a disagreement upon the interpretation of a provision of the collective agreement then the dispute may now be considered collective, especially if the collective organizations are involved. During the 1950's and '60's an increasingly broad interpretation was given to the concept of an 'individual dispute', to permit the greatest number of disputes to be brought under the jurisdiction of the labour court. The multiplicity of sources of authority does nothing to aid these distinction difficulties.⁵⁵ While the labour courts, ordinary courts and the Cour de Cassation defined the individual dispute, ordinary courts and arbitrators defined the concept of the collective labour dispute. This, together with a union's ability to constitute itself a 'partie civile' serves to make the distinction extremely ambiguous. As Hepple points out,⁵⁶

It seems that the characterisation as individual or collective depends very much on the way in which the parties see their dispute. . . . According to Blanc-Jouvan parties often classify the dispute as "individual" because of the existence of more satisfactory procedures for settlement of such disputes than there are for

⁵² Blanc-Jouvan, Page 10, The Settlement of Labour disputes in France, cited in B. Aaron, Op. Cit.

⁵³ B. Aaron, Page 16, Op. Cit.

⁵⁴ See Ramm (1969), Page 17

⁵⁵ There being no single hierarchical labour court system.

⁵⁶ B. Hepple (1988)

collective ones. Better still, wherever possible they classify the dispute as both individual and collective so allowing them to choose the procedure they regard as most suitable and even to use both procedures simultaneous or successively.

(ii) Disputes of Rights and of Interests

Disputes of rights involve the interpretation of already established norms, which may be based upon the text of a collective agreement, statute or individual contract of employment. It is a dispute of rights that are already in existence. A dispute of interests however, is a dispute concerning either the establishment of collective norms which do not already exist or the amendment of norms that do. Hence, such disputes are sometimes termed 'social' or 'economic' conflicts.

This distinction is particularly important in Sweden, Denmark and Germany. German labour courts have virtually exclusive jurisdiction over collective and individual disputes. Labour Court Law, section 2, par. 1, defines the scope of jurisdiction of the West German labour courts with respect to collective disputes. The court has jurisdiction in the disputes over the existence or non existence of a collective agreement between either parties to the collective agreement or between such parties and third parties. Tort actions resulting from an industrial dispute or a question of freedom of association, including activity of such association, is also considered part of the labour court's collective jurisdiction. 'This provision covers all disputes over both consensual and mandatory provision of collective agreements, including the peace obligation (friedenspflicht), relating to strikes and lockouts, as well as disputes over attempts of either employers' associations or unions to coerce membership.'⁵⁷ All other collective disputes, i.e. disputes of interests, are left to the parties to resolve themselves through arbitration or industrial action.

In Denmark the distinction is used to determine which will be the competent body to deal with the dispute. A dispute of interests is dealt with by the Forligsinstitution, a conciliation board. (This consists of a board of 3 conciliators and 21 mediators.) Where there is a dispute of rights a further distinction is made as to, whether the dispute involves a question of interpretation or a breach of an agreement. Disputes of interpretation are to be settled by mediation which is binding. A dispute over a breach is handled by the Labour Court. Should either party reject the arbitration award then the dispute of interpretation becomes a dispute of breach of agreement.⁵⁸

⁵⁷ B. Aaron, Page 24, Op. Cit.

⁵⁸ For further discussion on the role of Labour Courts in Denmark see 'Industrial Action and the Law: Denmark', E.I.R.R 175, August 1988, at page 13.

B - Usefulness of the Distinctions

The distinction between individual and collective disputes would seem both difficult to maintain and largely unhelpful. While it may act as an efficient filter in that it will reduce the number of cases that appear before the tribunal, it would not appear to be reliable: a large number of cases may be classified as 'individual' when there is a large collective element. Assuming that the European tribunal would use this distinction to accept only collective disputes, this ambiguity could be exploited by both collective parties to avoid its jurisdiction.

Likewise interests and rights dispute distinction would seem to be of little use as a filter in this instance. While it would again reduce the number of cases before the tribunal, it would also take away a great deal of the Tribunal's vital work. One of the Tribunal's functions would be to adjudicate in disputes of interests, ultimately to resolve such a dispute through the imposition of an agreement.⁵⁹

The question still remains however of which filter, if any, to use. If the type of dispute is to be discounted as a method, then could a limitation on who may be eligible to bring an action provide a suitable alternative? It is possible to limit actions to be brought by individuals, the parties to the agreement, an enforcement organization or a combination of these, as well as some procedural requirements such as time limits.

(i) Individuals

The advantage of allowing individuals⁶⁰ to bring an action is that all workers covered by a collective agreement would then become its guardians. This has the added advantage of encouraging workers to be an active part of the monitoring, enforcement and adjudicating process. Problems arise with other restraints placed upon the individual's ability to bring an action. They may not have the necessary financial resources, their legal advisers may not be fully conversed in all the options available (especially where a Community dimension is involved) as well as restriction placed upon them by national legal systems.

Many countries do allow individuals to bring actions directly, though a number do impose restrictions upon their ability to do so.⁶¹ In Germany a distinction is made between the parties to a collective agreement and those who are bound by it. Those who are bound by the agreement are made so by the concept of "tarifgebunden". Tarifgebunden enables the parties

⁵⁹ This distinction may however prove useful in the classification of cases before a European tribunal, for example to give certain 'types' of cases priority. This will be discussed more fully later.

⁶⁰ For the purposes of this section an individual is deemed to be a person covered by a Community right. He or she may or may not belong to a trade union. In many instances, it would be hoped, that this right would be implemented through a collective agreement.

⁶¹ For example, an individual may have to first prove that a union has refused to bring a claim - this will be discussed in greater detail below.

to a collective agreement to regulate, to some extent, the relationships of their members without acting as their direct agents.

The Law on the collective agreement, section 328 allows collective agreements for the benefit of third parties; this provides the right for members of organizations who conclude the agreement to bring an action for breach of contract against the defaulting party.⁶² This is distinct from other remedies available for breach of individual contract of employment and the rules governing it.⁶³ It should be noted that an employer is under no duty to apply the terms of a collective agreement to non-union members. Should he do so (as is usually the case) the non-members will not be tarifgebunden and not enjoy the same right of action - unless they have become tarifgebunden through the extension mechanism.

(ii) Parties to the Agreement

Some countries, notably Sweden and the United States allow only parties to the agreement to bring an action or to initiate grievance procedures on behalf of their constituents. While this ensures that a collective agreement maintains its collective dimension, allowing collective considerations to be brought into the adjudication process even where the dispute may appear to be solely individual, it also contains some dangers. It may be that an individual case is not brought because of collective issues which are deemed more important.⁶⁴ The issue is therefore raised of the individual worker who is either not a member of a trade union or a union's constituent where the union refuses to act.

(iii) Non-union members

Two different approaches can be seen to this problem. On the one hand a non-union member has a separate recourse available whilst on the other the trade union is placed under a duty to represent all employees covered by the collective agreement it concluded. In Sweden, the union only represents its members, and not every employee within what may be termed the 'bargaining unit' of the union. Non-union members must bring an action before the District Court at first instance. An appeal may then be available to the Labour Court. Union members enjoy the right of their union bringing actions on their behalf directly before the

⁶² According to Neal, this right has so far only been exercised by employers against a trade union calling for an unlawful strike. Though Neal points out that it would be possible for a union member to bring an action against an employers' federation where their employer has become bankrupt. (Schmidt and Neal (1984), at page 41)

⁶³ Rules differ on who may bring an action according to the construction of the collective agreement and whether the breach is part of the 'normative' or 'contractual provisions' - See Neal, page 46, Op. Cit.)

⁶⁴ For example, a union may decide not to bring an action on behalf of an individual because of delicate negotiations which are taking place at the time. It may be feared that the bringing of such an action may be inappropriate. While it may be argued that this will produce the greatest benefit for the largest number, this will be of little comfort to the individual without any effective recourse. Likewise an action may not be pursued because of some dispute between the individual and the union. A union may not wish to object to an unfair dismissal because it would prefer for the dismissal to stand. This may be with or without the collusion of the employer.

David L. Scott

Labour Court. Schmidt⁶⁵ attributes this as a logical corollary of the union's power to conclude a legally enforceable agreement which binds not only the union but its members as well.

In the United States, the union which concludes the agreement is designated as the majority union. The union is deemed to represent **all** employees and not only those who are its members. As such it is bound by a 'duty of fair representation'. Under such a duty a union may not unfairly refuse to enforce the rights of a non-member. However the burden of proof is upon the individual to show that such a violation took place. The action in such circumstances would be brought before the National Labour Relations Board alleging an unfair labour practice. Relief available would be against the union and not the employer and this may not always be satisfactory.

(iv) Union refuses to act

In Sweden, if a Union refuses to bring an action for one of its members, that member may bring an action before the Labour Court. But he or she must establish the association's refusal to act. In the United States, as previously noted,⁶⁶ the individual member has an right of action against the union for failure in its duty of fair representation. (An individual may have his grievance heard before a court, but only after he has first exhausted the remedies available under the collective agreement. A court will, however, only disturb an arbitrators award under certain limited conditions.)

Such a problem could be most acute where an extension mechanism extends an agreement to workers who are neither members the union who negotiated the extended agreement or who are not employed by the same employer who negotiated the agreement⁶⁷. Some mechanism needs to be available for these workers to enforce the agreement. Some form of locus standi must be given, otherwise the extension mechanism would become useless.

C - Enforcement Agency

Enforcement agencies are not new to the field of labour law. Public labour inspectorates can be found in all Member States. Their jurisdictions vary from the narrow enforcement of specific areas of regulation to a broader, more general power. Bercusson promotes the idea of encouraging their 'use to enforce fundamental rights contained in collective agreements'⁶⁸

⁶⁵ Schmidt (1977), at page 57

⁶⁶ Supra

⁶⁷ This would may also include a corporate relationship between employers.

⁶⁸ Bercusson (1989), Page 40.

David L. Scott

together with the introduction of a 'Community inspectorate charged with securing the application and enforcement of the Community Instrument'.⁶⁹

Such enforcement agencies would be able to respond to complaints from individuals and collective organizations, using its own resources to bring an action. However, problems may arise where such agencies are not properly resourced. Under-resourcing may result in the enforcement agencies making expedient decisions as to whether or not to bring a case: the agency would then be deciding case instead of the court. Likewise, covert attempts at conciliation and enforcement may be effective both in terms of results obtained and resources used but may bring the agency into disrepute. There will be instances where justice will need to be seen to be done.⁷⁰ Any link with other government bodies, in the case of national agencies, and Community organs, in the case of a Community inspectorate, may prove problematical. It might be felt in these bodies that certain actions might best be stayed to facilitate national/Community initiatives.⁷¹

D - The European Approach

Very similar problems are faced by the European Community as a whole in its enforcement of Community legislation. Examining how the Community tries to address these problems may show that only through a combination of the options examined above can access to the court be ensured whilst preserving some method of filtering cases.

Article 169 allows only for the Commission to bring proceedings under it. Article 173 - action for annulment - has two classes of applicants, 'privileged' and 'non-privileged'.⁷² 'Privileged' applicants are able to bring an action unconditionally. Such applicants are Member States, the Council and the Commission. Here the role of the ECJ is that of a constitutional court. 'Non-privileged' applicants are private individuals. When dealing with such applications the Court acts in an administrative court capacity - providing protection for individual rights and interests which are adversely affected by illegal acts of the Community. However such protection is only afforded to private individuals if certain requirements can be satisfied.

These requirements are centred around the applicant's interest in the act complained of; the applicant must be affected adversely by the act and in such a way as to be directly traceable

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ This is a very fine line on which the agencies would have to tread. In many instances in industrial relations the best results can be obtained through covert actions, even positively rely upon it, but instances may arise when the best result in terms of industrial relations may have to be foregone to show 'justice' at work.

⁷¹ Who will watch the watches?

⁷² A term used by Schwarze to make a distinction between the two classes - see page 18, Jurgen Schwarze, "The role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities".

to the Community act and not indirectly through a third party, offsetting the burden imposed upon it, where it has a discretion not to do so. The basic criterion is that the act complained of must be of direct effect upon the applicant or have an effect as if he was the addressee, (as though in some domino effect). Should however the effect be dependent upon the discretion of another then this is considered to be indirect. As Schwarze summarises this,⁷³ Community acts may only be attacked if they constitute:

- a - a decision addressed directly to the applicant;
- b - a decision addressed to another person but is of direct and individual concern to the applicant;
- c - a decision is in the form of a regulation which is of direct and individual concern to the applicant.

The distinction between 'privileged' and 'non-privileged' applicant is repeated in Article 175. 'Non-privileged' applicants may only bring an action for 'failure to act' when it is a failure to issue a binding act.

(i) Preliminary References

The function and functioning of the preliminary reference is of particular importance to the Community. It is the mechanism designed to combat divergencies in interpretation of Community law in Member States' national courts. Should a national court be called upon to adjudicate an issue involving Community law, it may⁷⁴ isolate the question of Community law involved and refer this question of law to the ECJ. The case is dealt with no further by the national court until the ECJ has given its ruling. The ECJ does not decide the case, it only gives the authoritative interpretation of the Community law involved. It is then for the national court to decide the case according to the facts before it while taking into account the ECJ's ruling.⁷⁵

Interestingly, the Community has been able to combine the concepts of direct action and preliminary references so that each may help to overcome the problems associated with the other. For example the main problem associated with direct actions where an individual does not have locus standi is that such an arrangement leaves enforcement to either the

⁷³ See page 16 of Schwarze, Op. Cit..

⁷⁴ There is a discretion for lower courts of a Member State which allows them to decide whether or not to make a referral to the ECJ, however should a Community law issue be raised at a national court from which there is no appeal then that court is obliged to make a reference to the ECJ.

⁷⁵ While a reference is meant to be answered in the abstract, if the ECJ does find it in order to give an answer which is of help to the national court, it needs knowledge of the underlying facts. Only then is it possible for the Court to assess the significance of its reply. For further discussion see Everling (82-84), at page 1300.

Commission or another Member State.⁷⁶ The Commission clearly does not have sufficient resources to detect every non-compliance of the Treaty by a Member State. Neither does it have the resources to go through the lengthy procedures to secure compliance. It should also be borne in mind that the Commission may also have other considerations which may outweigh the need to secure compliance. But perhaps the major problem is that should the lengthy process of compliance securement be gone through at the end of the day the judgement of the ECJ is only declaratory. Individuals, however, may bring an action at a national court that will ultimately be brought before the ECJ for a preliminary ruling, under Article 177. Each individual then becomes the guardian of the treaty, without the political and other considerations which burden the Commission and Member States.⁷⁷ In addition to this their remedy lies at national level and can be enforced with all the power national courts possess.⁷⁸

E - A Combination of Approaches

Perhaps the most significant requirement of any procedure adopted is that it must afford to the social partners a significant role if it is to be successful.⁷⁹ One method of achieving such importance would be to ascribe to the social partners some sort of ownership of the grievance. This might be done through the concept of 'privileged' and 'non-privileged' applicants. A group of privileged applicants might be the parties to the agreement: Member States and enforcement agencies, together with other Community Organs. As such these organizations would have the automatic right to bring an action for either failure to reach agreement, inadequate agreement or breach of agreement. Minority unions, who are not a party to the agreement but whose members are nevertheless covered by such an agreement should not be given 'privileged' status. Since to do so would give that union the benefits of the agreement without any of the burdens.⁸⁰

Non-privileged applicants, such as individuals, would have to show that they have an interest in bringing such an action, perhaps according to the same criteria adopted for Article 173 &

⁷⁶ Member States will only rarely, twice in the history of the Treaty, bring an action against another Member State. They cannot therefore reasonably be relied upon to act as guardians and enforcers of the Treaty.

⁷⁷ Though again must be noted that individuals are limited in the same way as before from bringing an action. See 'Individuals' supra.

⁷⁸ This includes, as last resort, the use of the Member State's Police force and Bailiffs to bring home the power of the Court.

⁷⁹ Harris points to the relative failure of the enforcement mechanism of the European Social Charter largely because of the lack of significant trade union involvement. The mechanism adopted did not give trade unions any significant voice. This has been compounded through the lack of participation by the unions, which choose not to take part in the process rather than be a part of an inadequate one. (See Later.) Equally there is no reason to believe that employer representatives would participate in a system which did not afford them sufficient benefit and involvement to for compensate from the possible detrimental effect such participation may have. Harris (1988)

⁸⁰ It is conceivable that the extension mechanism by which the minority union's members were covered may allow for the union to become a party to the agreement through accession. This could afford the minority union 'privileged' status without giving it a right of negotiation.

175.⁸¹ This would help to reduce the disadvantages associated with the exclusion of a particular group and sole rights of access. The availability of an enforcement agency may reduce the number of individual applicants. The agency would not only be a 'privileged' applicant, it would also enjoy knowledge of European requirements and procedures, as well as sufficient resources to pursue an action. It is assumed that those belonging to the 'privileged' group will be able to be heard before the tribunal in any instance where they perceive their interests are involved, similar to the 'partie civile' concept of French law.

This could be used in conjunction with the Preliminary Reference procedure. In some instances an action might be considered that the appropriate forum will be the European Tribunal, as first instance court, the concept of 'privileged' applicant would become an extremely useful filter. Other action might be brought through the national court systems of Member States, either directly or as a supplementary issue to another action⁸². Where the national court requires guidance then the Preliminary Reference procedure⁸³.

⁸¹ See the criteria expounded by Schwarze, *supra*.

⁸² This too might be subject to the conditions of the 'privileged / non-privileged' applicant.

⁸³ See Later.

IV Conciliation and Arbitration

Conciliation and arbitration grew from parties to civil and commercial cases wishing to avoid the costs and delays associated with judicial procedure. From the end of the 19th century, conciliation and arbitration had taken on increasing importance in the area of labour disputes. Many countries encouraged this form of dispute resolution through the provision of permanent mediation and conciliation services. Comparative studies of national experience produced an increasing recognition during the beginning of the 20th century 'that industrial conflict was an important feature of modern society and that there was a need for its peaceful resolution. This has involved the establishment of ad hoc or permanent machinery for the settlement of labour disputes by the parties thereto or by government.'⁸⁴

Conciliation and Arbitration can be grouped into two broad categories. The first can be described as voluntary, the second, compulsory. Voluntary conciliation or arbitration allows the parties to decide whether or not they wish to conciliate or arbitrate at any given time. Both parties must be willing to make use of the service. When compulsory, the parties are required to make use of the machinery provided once a predefined procedural stage or event occurs in a dispute.

Bercusson in his report⁸⁵ recognises the need to help the social partners to reach agreement. He suggests that this might be done through collaboration with existing national machinery or through the creation of new machinery at Community and/or national levels.⁸⁶ One such method would be the use of conciliation. The interaction between such conciliation bodies and a European tribunal and the conciliatory role of a European tribunal cannot be neglected. Should the European tribunal have any conciliatory function at all? If so who should be responsible for that role? What, if any, should the relationship be between a European tribunal and any other conciliation body?

A - Conciliation

The aim of conciliation in both instance is the use of a third party to help the parties in dispute to reach an agreement themselves. Some countries differentiated between conciliation and mediation. Conciliation is aimed at bringing the parties together and assisting them to develop their own solution. Mediation, however, involves a much more active third party intervention, to the extent that the mediator may submit his own proposals for a settlement to the parties. It would seem that this is more 'differences of degree, not

⁸⁴ ILO, *Conciliation and Arbitration in Labour Disputes*, at page 2.

⁸⁵ See page 39, Bercusson (1989).

differences of kind⁸⁷ and may usefully be disregarded for present purposes. The activeness of a conciliator is likely to depend more on the particular circumstances of the dispute rather than job description.

B - The Conciliatory role of the Tribunal

In West Germany there is a statutory obligation placed upon labour courts both at the *Arbeitsgerichte* (local labour court) and *Landesarbeitsgerichte* (appellate court) level. This obligation is placed upon the court throughout the proceedings and not only during a pre-trial hearing. Every case commences with a conciliation session (*Guterverhandlung*) whereby the chairman, without the aid of the wing-persons, discusses with the parties all the details of the dispute, 'under free consideration of all the circumstances'⁸⁸ This hearing is essentially informal: the chairman has broad discretionary power to develop the facts, though he may not interrogate anyone under oath. If at the end of the hearing a compromise solution is not found the chairman may indicate his legal opinion of the case to the parties. The result of this may be the withdrawal of the claim or a compromise being reached. It is between the end of this hearing and the commencement of a full hearing that most compromise solutions are found.⁸⁹ Failing this, a full hearing should take place immediately after *Guterverhandlung* or as soon after as possible. (There is usually a delay of some 3 months.)

Throughout the subsequent proceedings, there is an obligation to try and settle disputes by compromise. The rules regarding costs favour a compromise solution. If a compromise settlement is recorded, even after trial, then no fees will be charged. (The losing party doesn't pay the winners costs at local level.) If a compromise is reached after any appeal, either from the local court or from the appellate court to federal level, costs will normally be reduced. It is clear however that the role of the chairman is crucial, the more so since it is the chairman who has the responsibility for the preparation of litigation proceedings, summons witnesses, experts and documents as well as asking for opinions (without being bound to the petition of the parties) and requests the appearances of the conflicting parties.

Likewise, in France, labour courts are required to attempt to conciliate disputes before it. This is done in a conciliation procedure carried out before a judgement session. Each section of a labour court has a conciliation board. The board is made up of all the judges of the

86 If conciliation, mediation or arbitration is considered desirable, then whether or not this should be compulsory in every case must be questioned. Should parties apply for such services to be afforded them, or should they apply for exemption from any such procedures. Is it possible for different procedures to apply, according to the violation of the Community Instrument.

87 ILO study, *Conciliation and Arbitration Procedures in Labour Disputes*, at page 14

88 *Labour Court Law*, Section 54, Para 1, Sent. 2

89 In 1979 37% of all cases at first instance were settled and of those cases that went to appeal some 25-30% were settled. (See T. Hanami & R. Blaupain. (1984))

labour court save the president and vice-president. From this board, two conciliators, one 'employer' judge and one 'employee' judge, hold conciliation sessions which are informal and not generally open to the public.

The number of cases to be conciliated varies from court to court. Where a court has a high workload, the result can be that there is a 'tendency . . . to pass quickly over cases in which the parties show any substantial reluctance to settle, and to concentrate on the easier ones in which a reasonable compromise solution is obvious and likely to be acceptable'.⁹⁰ Should conciliation fail the case is referred for judgement, the conciliators will indicate during the conciliation the parties' probable chances of success and advise the parties as to the kind of evidence they will need. The advice is made all the more poignant as these conciliators may be the judges in the judgement session to come, though this is not necessarily so.⁹¹ Around 50% of cases are resolved through a compromise settlement.

While not all labour courts in Europe take a conciliatory role, (for example the Swedish Labour Court takes a strictly legal view of its role) there is an undeniable benefit in helping the parties to come to an agreement on their own accord. The Court is then merely a guiding hand to the parties and serves to ensure that any compromise reached is acceptable to the tribunal, in respect of the right to be protected. Such a conciliatory function may also serve to endear the tribunal to the parties. Ramm suggests⁹² that trade union support for the West German labour courts is increased because of its conciliation function. A conciliation function may help to allay the fears of the social partners that any European tribunal is bent upon the regulation of their relationship in the utmost detail.

C - Relationship with Conciliation Bodies

In a number of countries conciliation is offered as a supplement to labour court jurisdiction, and may be statutorily or voluntarily based. In others it is a prerequisite that conciliation by an outside body be undergone before a dispute may proceed to trial or industrial action.

(i) Conciliation before trial

In the United Kingdom, the conciliation function is not the responsibility of the industrial tribunal but of the Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS). It is separate from the adjudicative process. It is the responsibility of the conciliation officer from ACAS to

⁹⁰ Aaron (1985), at page 17

⁹¹ A link between the conciliation and judgement sessions can be seen with the clerk, who will be present for each and usually participate actively in both proceedings. Though his role is essentially neutral, the power of this linking element should be underestimated. The clerk is sometimes used by the conciliators to advise the party with little chance of success the strength of their case.

⁹² Ramm (1969), at page 19.

make contact with the parties and try and promote the settlement of the case. The conciliation officer may only intervene if requested to do so by both parties or when he considers that to do so would meet with a reasonable chance of success. Anything communicated to the ACAS conciliation officer during efforts to reach a compromise is not admissible as evidence before the industrial tribunal without the express consent of the person who communicated it. The conciliation and the adjudicative stages are therefore kept quite distinct. Despite this distinctness, conciliation does meet with a certain amount of success; in excess of 50% of the cases are settled or withdrawn during this stage.

(ii) Conciliation as a supplement to a court.

In a number of countries the jurisdiction of national courts, be they special labour courts or ordinary courts of law, may be either supplemented or restricted by the parties to a dispute through the use of either voluntary or statutory machinery for conciliation. In France, conciliation in collective disputes is a mandatory step. By virtue of Art L 323-2 of the French Labour Code, a collective agreement must contain a procedure to deal with potential collective conflicts that may arise. The agreement may establish a conciliation procedure providing for the establishment of a conciliation committee or such a committee may be formed on an ad hoc basis. Alternatively, a statutorily based system may be relied upon. While in neither instances can the parties be prevented from taking their complaint before the appropriate court,⁹³ there is clearly a desire on behalf of the French legislature to obviate the need for recourse to industrial action and promoting the use of specialised agencies which embody the flexibility required by the parties and need not follow ordinary rules of judicial procedure.

The use of conciliation would seem to act as an efficient filter for a large proportion of cases. It would also seem that this role could be performed usefully by the European tribunal. It need not involve the whole court and at best will serve to encourage the parties to reach their own compromise, while at worst it may serve an opportunity for a judge rapporteur to establish certain facts and speed the case to trial. Though much will depend upon the tribunal; its structure, method of access to it, judicial staffing and the rights to be adjudicated by it and whether it be the violation of right or the failure to reach an agreement at all or an adequate one. For example if the jurisdiction of a European tribunal is restricted to appeal from National Courts only, then the success of any conciliation by it of the parties will be decreased. It will have the greatest numerical success if direct access was allowed.⁹⁴

⁹³ It should be remembered that while the French Labour Court has jurisdiction over individual disputes, disputes of a collective nature are the jurisdiction of the ordinary courts.

⁹⁴ This question, as well as whether conciliation could be taken on board by national courts of the Member States, will be discussed later.

While outside conciliation should not be discouraged, some notion of the tribunal as the ultimate protector of rights should be maintained, therefore its jurisdiction should not be capable of being ousted by such conciliation. The danger with conciliation is that it is founded upon compromise, especially that of the weaker party.⁹⁵ In each instance there must be regard to the minimum level of protection afforded to the parties by the right. The role of the tribunal must therefore be to ensure that any conciliate compromise reaches this minimum. The settlement of the dispute cannot be the only criteria for the disposal of the case.

D - Arbitration

Arbitration differs from conciliation in that while it too involves the intervention of a third party, be it an individual arbitrator, a board of arbitrators or an arbitration court, the third party is empowered to take a decision which will determine the dispute. There is no compromise between the parties, the award may be based upon the position of one of the parties or lie somewhere between the two extremes, but the decision is the decision of the arbitrator rather than through agreement. Arbitration may be either binding or non-binding. Binding arbitration will bind the parties according to the arbitral award, though recourse to a normal court of law for enforcement will usually be necessary. Non-binding arbitration allows the parties to decide whether or not to accept the award.

E - The American Experience

Perhaps the greatest exponent of the arbitration of labour disputes is the United States of America. There, grievance arbitration accounts for the final stage in grievance procedures in an estimated 95% of collective agreements in the private sector.⁹⁶ As might be expected in such a large and heterogeneous society, while arbitration is most 'widely used', 'most pervasive' and 'most extensively developed'⁹⁷ it is also extremely varied in its manifestations.

The origins of arbitration in the United States can be traced as far back as 1865. However, its growth can be attributed to the period following the passing of the Wagner Act in 1935. Trade Union membership dramatically increased in the period following the Act together with the conclusion of hundreds of collective agreements. Some 63% contained grievance arbitration provisions.⁹⁸ The Taff-Hartley Act amended the Wagner Act in 1947, by which time arbitration had been firmly established. It provided a statutory basis for the new federal

⁹⁵ This may not always mean the weaker legally, but for example financially or even in terms of industrial strength.

⁹⁶ The U.S. Department of Labour.

⁹⁷ Aaron, (1985), at page 61.

substantive law of grievance arbitration.⁹⁹ The Act also established the Federal Mediation and Conciliation Service, an independent federal agency with the statutory function of mediation and conciliation as well as providing the names of qualified arbitrators to parties in dispute - upon request. The American Arbitration Association was already formed with the aim of the promotion of voluntary arbitration, as a method of avoiding costly commercial litigation which in turn had a knock-on effect in labour management relations.

It is hardly surprising that with their roots in voluntary collective bargaining, the systems used by the parties are so varied. Though certain similarities can be detected. On the whole arbitration will be the last stage in a grievance procedure. The union will control the grievance procedure, no settlement of any grievance can be reached without the union's participation. While no grievance can be 'processed' without union participation a duty of fair representation is imposed upon the unions by the courts. The grievance procedure acts as a filter, since the preceding steps serve to provide a number of opportunities for the dispute to be settled at an early stage.

The grievance procedure is exclusive, to the extent that a grievant may not rely upon 'self help' (i.e. refuse to carry out an order) unless the grievance complained of involves serious danger to life and limb. The U.S. Supreme Court stated that 'the agreement to arbitrate grievance disputes is the quid pro quo for an agreement not to strike'.¹⁰⁰ This is extended to other aspects of 'self help'. As a response most agreements contain a clause which allow strikes or lockouts where there is no compliance of a fundamental aspect of the collective agreement by one of the parties. Except in the area of employment discrimination, an individual must exhaust the grievance and arbitration procedures provided for under the collective agreement before an action may be brought before a court, though the grounds are severely restricted.

(i) U.S. Arbitrators

Arbitration may be undertaken by permanent umpires who will however arbitrate all cases arising from the agreement. Though the use of umpires is relatively rare, they can be found in industries where a substantial number of grievances can be expected to be filed each year. The 'Umpires' salary and other costs are met equally by both parties, a substantial number of arbitration must therefore be expected if such provisions are to be cost effective. The advantage to the parties is to have arbitration conducted by a person who already has or can

98 Op. Cit., at page 62.

99 See later

100 Textile Workers v Lincoln Mills 353 U.S. 448 (1957)

be expected to accumulate extensive knowledge of the industry. The tenure of the Umpire is for only as long as he remains mutually acceptable to both parties.

Ad hoc arbitrators are by and large the most widely used. Arbitrators are appointed for a particular grievance or group of grievances. Such arbitrators are therefore usually less familiar with both parties and the industry itself. As with permanent umpires, the role of the ad hoc arbitrator is defined by the parties themselves in their terms of reference, though unlike permanent umpires, ad hoc arbitrators are less likely to attempt to mediate between the parties because of his essential knowledge void.¹⁰¹ The principle task will therefore be restricted by the terms of reference, the strict interpretation of the language of the collective agreement and the dispute at hand. The role of the arbitrator has thus become increasingly quasi judicial in nature.

An alternative to either a permanent umpire or an ad hoc arbitrator lies with the establishment of a permanent panel of ad hoc arbitrators. Cases are awarded to members of the panel according to some predefined procedure and their availability. This avoids the annual salary costs of a permanent umpire whilst allowing the arbitrators to gain some knowledge of a particular industry.

Arbitrators and permanent umpires may either arbitrate alone, as a single neutral person, or may be joined by one or more representatives of the disputants, forming a tripartite body. (The arbitrator will then usually act as a neutral chairman.) Decisions are taken on a majority vote basis, and a written opinion is then prepared by the chairman. The activeness of the role played by the wing-persons varies according to local custom. On the one extreme, some will take a very active role throughout the proceedings, culminating in a private session after the hearing when the proposed award is discussed. On the other extreme their presences will be nominal, taking no active part in the proceedings and waiving the right to a private session. After the hearing, they will only record their concurrence or dissent to the award proposed.

(ii) Arbitration and the U.S. Courts

At common law, both federal and state courts rejected any contention that arbitration clauses in collective agreements could oust their jurisdiction and refused to enforce executory agreements to arbitrate. At the state level, a number of state legislatures provided statutes to override the courts. At federal level, the chief support for the enforcement of arbitration agreements came from the Labour Management Relations Act (the Taff-Hartley Act). The Supreme Court held, by a majority, in Textile Workers v Lincoln Mills¹⁰² that Congressional intention behind section 301 of the Act was to create a substantive right of

¹⁰¹ This is lack of knowledge of the parties, their general relationship, the plant or enterprise and the industry itself.

David L. Scott

enforcement of collective agreements, thus impliedly rejecting the common law rule against the enforcement of executory agreements. Jurisdiction in such instances was to be for federal courts save where state law was compatible with federal law and could be used to 'best effectuate the federal policy'.¹⁰³

During the following decade, the Supreme Court enunciated 'the basic elements of federal substantive law applicable to the arbitration of grievances'.¹⁰⁴ State courts could have concurrent jurisdiction of cases arising under section 301, but they must apply federal law. The courts could imply a no strike clause as a quid pro quo for an arbitration agreement (unless expressly specified to the contrary). At the same time, federal substantive law placed a strict limitation upon the role of federal and state courts. This was confirmed when the Supreme Court declared¹⁰⁵ that both federal and state courts must refrain from interfering with the arbitration procedures. Courts may only examine the validity of the collective agreement, whether there is a grievance arbitration clause and whether the grievance in question is arguably covered by that clause. If there is any doubt then arbitration should be given the benefit of that doubt. Providing these conditions are met, the court must order arbitration no matter how unmeritorious the grievance may appear. The court may only review whether or not the arbitrator has based his decision according to the terms of the collective agreement. In United Steelworkers v Warrior & Gulf Nav. Co. the Supreme Court recognised the abilities which the arbitrator brought to a dispute, which were unable to be matched by the 'ablest judge ... because he cannot be similarly informed'.¹⁰⁶

F - Enforcement of Arbitration

Specific performance, declaratory judgements, damages for breach of contract and injunctions are all available to the courts, in appropriate circumstances, to enforce arbitration agreements. The emphasis is upon the enforcement of arbitration clauses and preventing illegal strikes arising from disputes, not replacing arbitration with a court action. The issue in such cases is not the dispute but whether the collective agreement has been violated.

¹⁰² 353 U.S. 228 (1957).

¹⁰³ Op. Cit. at page 465.

¹⁰⁴ Aaron, Encyclopedia, at page 74

¹⁰⁵ In a trio of cases known as the 'Steelworkers' Trilogy': (United Steelworkers v Enterprise Wheel & Car Corp. 363 U.S. 593 (1960); United Steelworkers v Warrior Gulf Nav. Co. 363 U.S. 574 (1960); United Steelworkers v American Mfg. Co. 363 U.S. 564 (1960).

¹⁰⁶ Op. Cit., at page 581.

G - Assessment of Arbitration

Grievance arbitration procedures allow workers a limited degree of direct participation in the proceedings: spectators are generally permitted, giving employees and management the opportunity to view events. This not only has an educative effect but also shows 'justice' being done. The remedies available to an arbitrator are equal to that of a labour court. Sometimes, in the area of reinstatement, it is more effective. It is also rare for an arbitrator to award punitive damages.

Perhaps the system's greatest weakness in the U.S. is its coverage, though this is a failure of the U.S. bargaining structure rather than of arbitration. This is compounded by the possibility of abuse by the trade union (with or without the duplicity of the employer) of its exclusive bargaining representative position, despite the duty of fair representation. Despite its informal nature great delays exist between a dispute reaching the ultimate stage of the grievance procedure (itself a time consuming exercise) and the commencement of arbitration. Much of the delay can be ascribed to the selecting of an arbitrator and the scheduling of a hearing. High costs are another general failing.

In France and Germany it might be said that labour courts suppress arbitration by their very nature. There is no arbitration of individual disputes in Germany and only exceptionally in France, although arbitration exists in collective disputes.¹⁰⁷ Ramm suggests that the conciliation and mediation function of labour courts make them more akin to arbitration boards.¹⁰⁸ One of the greatest advantages Ramm sees with arbitration rather than recourse to labour courts is in the ability to choose arbitrators and wing-persons appropriate to the individual circumstances of the dispute at hand. Rather than having a legally educated judge and a 'salaried public employee as one wingman and, for instance, a master tailor as the other'¹⁰⁹ adjudicating in a labour court on a matter involving the steel industry. With arbitration, the ability of the neutral chairman can be judged by the parties, which may then determine whether or not to re-employ him in future disputes. Fear of job loss is raised by Ramm as a possible deterrent to workers from bringing an action against their employer. Ramm suggests that the more informal and internal procedures of grievance arbitration are more likely to be perceived as acceptable methods of dispute resolution.

¹⁰⁷ See generally Ramm (1969)

¹⁰⁸ Op. Cit. at page 19.

¹⁰⁹ Op. Cit. at page 23.

(i) Arbitration and Collective Bargaining

In the context of collective disputes, the object of arbitration is to 'resolve the dispute' and not to 'determine and apply the law'.¹¹⁰ Though, in doing so, the arbitrator must have 'regard to the power relationship of the parties'.¹¹¹ The arbitral award will necessarily reflect this. 'It is a fairly general rule in arbitration - to which of course there are exceptions - that the award should be such that both parties can be persuaded, even if only reluctantly, to accept it.'¹¹² Mortimer also points to some dangers of obligatory arbitration within procedural agreements. He claims the use of frequent arbitration in labour management relations can lead to a reluctance of the parties to reach a voluntary agreement. Negotiated agreements are less likely to be accepted as either side tends to believe they have nothing to lose by referral to arbitration. He sums this up in the following attitude:¹¹³

If the arbitrator does not award in our direction, we can always express dissatisfaction at the outcome and put the responsibility on the arbitrator. On the other hand if the arbitrator pronounces in our favour we will have received more than we had been offered in negotiations.

Either side may be tempted to build in a margin in their negotiations for arbitration, thus decreasing the likelihood of a realistic ultimate offer and the chances of a negotiated settlement. Arbitration may then work against the conclusion of voluntary agreements rather than to encourage them. Though this may very well depend upon the extent to which the parties continue to be happy with the results of arbitration. The more formal and legalistic an approach is taken, the less arbitration will be seen as a viable solution. Arbitration which takes a broad interpretation of its terms of reference, investigating all that is relevant to them - essentially an empirical approach - the more likely the award will be considered more acceptable to the parties.

(ii) Arbitration Bodies and a European Tribunal

Considering the likely functions of a European tribunal, as envisaged by Bercusson for example, there would seem to be a possibility of an overlap of function. Whether this overlap could become a clash is open to speculation. Arbitration may be used as a method of avoiding a European tribunals jurisdiction. While this in itself cannot be considered undesirable, it would become so if the arbitral awards reflect not so much the rights in the Community Instrument but rather the power relationship of the parties. It would be equally

¹¹⁰ R. W. Rideout (1982), at page 51.

¹¹¹ G. S. Bain, interview, May 1990, London Business School.

¹¹² J. Mortimer, (1982) at page 63.

¹¹³ Op. Cit.

as undesirable if at the same time the parties became discouraged from finding a solution and became "arbitration dependent".

Doubt must also be voiced concerning any arbitration body's ability to take into account the relative public interest considerations at a European level.¹¹⁴ If arbitration is to exist alongside a European tribunal then a minimum level of regulation must be required. Ultimately a European tribunal must be able to set aside an arbitral award for non-compliance with a Community Instrument. The parties to arbitration must be encouraged to look upon it as the last possible step in a search for a solution and not as a calculated step in negotiations. This might best be done through restricting the possibilities in which obligatory arbitration may be agreed upon, or the encouragement of a more legalistic approach by arbitrators. This may in turn result in a decrease in flexibility and may be viewed by some as rather self-defeating. Arbitration may, however, solve a problem in Member States lacking labour courts, if the increased use of arbitration by the social partners at national level create a quasi-labour court structure capable of connecting with a newly created European tribunal¹¹⁵

114 See generally, R. W. Rideout (1982)

115 To be discussed in greater detail later.

David L. Scott

V Tripartism

Recent writings¹¹⁶ have assumed that any new court with jurisdiction of labour matters would inevitably be tripartite in composition. The concept of tripartite composition can be traced to the industrial courts of the Weimar Republic. The jurisdiction for the use of tripartism has varied according to the particular attraction of it needed to be portrayed. In the case of the Weimar Republic there was a need to demonstrate that the workers were "for the first time . . . recognised by the state as equal partners in the employment relationship".¹¹⁷ Later tripartism was seen as an "important part of the growth of a form of corporations".¹¹⁸

This may however be contrasted with the conseil de prud'homme, the first labour court, dating back to 1806, which under normal circumstances is bipartite. Members are elected to the court, with parity between manufacturers and workers. Decisions are taken by a majority vote, in the event of deadlock a professional judge from the tribunal d'instance (an ordinary court) will intervene. (In such a situation the court thus modifies itself from bipartite to tripartite.) Blanc-Jouvan comments¹¹⁹ that the 'threat of intervention of a professional judge motivates the lay judges to impartiality and objectivity. In other words, it is the fear of tripartism that makes bipartism successful or that permits it to operate'.

Similar arrangements exist through industrial agreements, regulating a given industry or sector. Such a situation exist in the dock industry in the U.K. When a dispute arises over the level of difficulty of the stow of the cargo a bipartite body is set up to adjudicate over a potential dispute.¹²⁰ This consists of representatives from the trade union (shop stewards) and first line managers. The chair alternates between the two, shop stewards give evidence to the state of the cargo. The matter is considered by the body and decisions taken by a majority vote.

A - Composition

Should it be decided that a completely new body be formed then its composition would have to be determined. (If the ECJ is chosen to take jurisdiction the composition of that may need to be re-evaluated.)¹²¹ Size and composition will largely be determined by the extent of the

¹¹⁶ See the U.K. Labour Party's Policy Document (1990) and Lord W. E. J. McCarthy (1989)

¹¹⁷ R. v Chief Constable of the Devon and Cornwall Constabulary, ex. parte C.E.G.B. [1981] 3 All E.R. 826, at page 833 in Hepple at page 181

¹¹⁸ Hepple (1988) at page 181

¹¹⁹ Op. Cit., at page 180

¹²⁰ According to the determined level of difficult of the stow the level of bonus payable varies.

¹²¹ This will be discussed in greater detail later.

David L. Scott

jurisdiction, the level of operation and role proposed. It is possible that the judges might be chosen from the present judiciary of Member States, though having consideration to any qualifying limitations which might be imposed. Only those with suitable experience might be considered for nomination. Traditionally, these wing-persons have been used to introduce industrial logic to proceedings through their respective specialised knowledge.

(i) Selection of Judges

Most Member States elect to have at least one member of the court to be legally qualified, usually in the capacity of chairman. (Even in France, failure of the elected judges of the conseil de prud'hommes to reach an agreement results in a judge from the tribunal d'instance, a professional judge without necessarily having an specialist industrial knowledge, being introduced to break the deadlock.) In Germany, the legally qualified judge will begin his career in the labour courts shortly after graduation. Tenure is for life following a four probationary period. Likewise, in Sweden, the Chairman and the Vice-Chairman of the Labour Court must be legally qualified and have experience as judges.

(ii) Wing-persons

The concept of wing-persons is to introduce their lay experience to the case before them, the inclusion of such persons for both commercial and labour cases has become widely accepted. Largely they will 'represent' employees and employers, usually chosen from lists drawn up by their respective associations. These association might include public corporations and their associations as well as employee and employer associations. In Sweden local authorities, county councils and the state are also eligible to nominate suitable experts to the lists, enabling a wider spectrum of knowledge to be included.

Compensation, in respect of wages foregone, may be payable to the wing-person as well as compensation to his employer. In recent years there has been a marked reluctance amongst perspective wing-persons to accept nomination to the lists. This has been explained as a response to the low-level of compensation offered rather than a negative attitude toward the role of wing-persons. The net result has been to reduce the number upon the lists advanced by the various associations to the bare minimum.

At national level selection from these lists is usually undertaken by the government department responsible for labour matters, and not those responsible for the administration of ordinary courts. Hepple concludes his search for a 'feature' which differentiates labour courts from the ordinary courts,

one is bound to say that the only features which clearly demarcate labour courts from the ordinary courts are their expertise and specialism.

David L. Scott

This 'expertise' and 'specialisation' is derived from the use of specialised judges and wing-persons.

(iii) Status

The roles and relative status of wing-person to their legally qualified counterparts varies from country to country. In some countries while formally wing-persons enjoy the same status as other members of the labour courts procedures and practices can result in the diminishing of the responsibilities of the wing-person. In most countries the legally qualified member of the court is the chair. Through the use of this position, the legally qualified member can exert a greater influence upon the proceedings before the court than his one third position would indicate. The danger of allowing such a dominant position to the legally qualified member is that the input of the wing-person may be viewed more as information to be taken into consideration along with other facts of the case, to be interpreted judicially rather than helping to form a method of interpretation suitable for the industrial setting in which it is placed. While it is still possible for the wing-person to out-vote the legally qualified member, the role of chairman can prove decisive. In such a situation the wing-persons' influence may move from the intrinsic to the extrinsic.

The enhanced role of the chairman is exemplified in Germany. There, the legally qualified chairman hears the first oral pleas alone, without the aid of the wing-person. The aim of this stage of the proceedings is to bring about a settlement between the parties.¹²² This not only puts the chairperson in control of any subsequent proceedings, through the issuing of Orders, but also in the relative states of knowledge of the case with respect to the wing-person and the chair. It should not also be discounted that a great number of settlements are achieved during this period, where only the chairperson had any input.¹²³

Clearly, this can have a lowering effect upon the role and status of the wing-persons. The varying role of the wing-persons is demonstrated, at both extremes in the United States. Local custom and practice of tripartite arbitration bodies allow great diversity. Roles vary from a purely nominal one to a highly active one. Perhaps the highest status given to a wing-person is that given by Sweden. While a legally qualified member holds the chair, other lay members of the court have the right to issue opinions by way of dissension.

At European level the status of the wing-persons may be raised. Each may be considered as a judge in their own right and equal to any other member of the court. Consideration might be given to the offering of training to wing-person in appropriate court procedures. The chair

¹²² The object of this procedure was discussed earlier.

¹²³ To the exclusion of the wing-persons.

may therefore be either legally qualified or allocated upon a rota system. It is important that all members of the court are perceived as equal, to encourage the involvement of the social partners in the selection of judge and their continuing confidence in using the Tribunal.

B - The Tripartite Option

Should a strict tripartite tribunal be set up it would seem that, in the absence of strong employer and employee association bodies at European level, the most likely method of selecting judges is a system of national nomination. While it would be possible to nominate all tripartite members of the tribunal in this way a more radical method would be to split the system of nomination between lay members and legally qualified members.

The lay members may be nominated by national employer and employee associations. This might be through either selection from a list or direct nomination. (In practice it has been found that such bodies will only submit enough names on the lists to fill the available places. Though where lists are large this has been mainly attributed to the difficulty of the organizations to find enough suitably qualified people willing to perform such duties.)

While the legally qualified members could be selected in the same way an alternative they might be selected by a European body, such as the Commission¹²⁴. Rather than selecting a legally qualified member from each of the Member States, free reign might be given to the selection body to select any suitably qualified person, not dependent upon nationality. (It may therefore be determined that not every Member State will be represented in a direct way.) The selection criteria that might be followed is that specified in Article 167, EC Treaty; Article 167 states that judges for the ECJ must be chosen 'from persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial offices in their own countries or who are jurisconsults of competence'. (As a matter of note Article 167 does not necessitate that there should be one judge from each of the Member States at the ECJ¹²⁵ - though in practice this is the case.) This does not necessarily mean that Member States should have no role in this process, it may well be that they communicate a list of 'suitable' people to the European body.

Such a split in methods of nomination would have the added advantage of encouraging a more European perspective for the tribunal. Thus enabling it to divorce itself from any one national legal approach, whilst at the same time leaving the way clear for direct European level nomination of lay members, should suitable organizations develop which are able to provide the required input for the drawing up of lists. (Such organisations may well be

¹²⁴ Or vice versa, the lay members could be selected initially by this method.

¹²⁵ Nor does any other part of the Treaty.

VI The Court of Justice of the European Communities

The Court of Justice of the Communities (ECJ) origins can be found in the European Coal and Steel Community Treaty (ECSC), where it was first constituted. The signing later of the Treaties creating the European Economic Community (EEC) and the European Atomic Energy Community (Euratom) provided that the Court, (and the Assembly), should be a common organ to all three Communities.¹²⁶ The principle task for the ECJ is announced in Article 164, EEC Treaty, to "ensure that in the interpretation and implementation of this Treaty the law is observed".

The 1990's however represent a new challenge to the Court - as the Community faces a period of transformation, the Single European Act produces a timetable for the Completion of the internal market. While it too faces changes with the introduction of the Court of First Instance as well as new members to the Community. It is proposed to examine the ECJ's suitability for the adjudication of fundamental social and economic rights in 3 areas, delay, locus standi and structure and organization.

A - Reference Procedures

The reference procedures¹²⁷ available to the ECJ would appear to be adaptable to be able to meet the needs of individuals, social partners, enforcement agencies and Member States alike. The expansion of the concept of 'privileged' applicant to cover the social partners would clearly be desirable. The social partners would thereby be given a right of direct action before the ECJ, albeit in limited circumstances. The combination by the ECJ of the concepts of direct action and preliminary references has obvious advantages.¹²⁸

B - Structure and Organization

At present the ECJ is composed of 13 judges which are appointed by the Member States. Article 167, EEC Treaty, states that judges must be chosen "from persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial offices in their own countries or who are jurisconsults of recognised competence". Once appointed though the Judges are deemed to be European Judges and not representatives of their respective countries.¹²⁹

¹²⁶ The "Merger" Treaty of 1965 established for there to be likewise one Commission and one Council for the three Communities.

¹²⁷ See earlier for a discussion upon the operation of locus standi of the ECJ and reference procedures.

¹²⁸ For a fuller discussion upon this see earlier.

¹²⁹ In the past the Bench has been made up of governmental legal advisers, academics, judges and practicing lawyers.

David L. Scott

They may not however hold any office of an administrative or political nature during this time; nor may they be engaged in any occupation or profession, (whether paid or unpaid), without the express permission of the Council, which is given only in exceptional cases.¹³⁰ A Judge may be removed from Office if, in the unanimous opinion of his fellow Judges and Advocates-General, he "no longer fulfils the conditions required or meets the obligations resulting from his office".¹³¹

The Court is assisted by six Advocates-General. These are appointed according to Article 167, EEC Treaty. Their duties are, "...acting with complete impartiality and independence, to make in open court reasoned submissions in cases brought before the Court of Justice".¹³²

(i) Functions and Procedures

Schwarze divides the Court's functions into two main types, comparable at national level to that of a constitutional court and an administrative court.¹³³ As a constitutional court it is to adjudicate disputes arising either between the Community institutions themselves; or between Member States and the Community Institutions; or between Member State and Member State. In addition, it may be called upon to give rulings upon preliminary references from Courts of Member States¹³⁴ and to give opinions on international agreements concluded by the Community.

Irrespective of the procedure invoked to bring a case before the ECJ each case must pass through three stages at the ECJ. A case is initiated by a written procedure whereby the parties exchange views by way of written pleadings.¹³⁵ A preliminary report is prepared by the Judge-Rapporteur¹³⁶ for the consideration by the Court. This preliminary report serves as the basis of a decision of "whether to assign the case to a Chamber or whether to hold a preparatory inquiry".¹³⁷

A second report is then prepared to ready the judges for the oral hearing. If a preparatory inquiry was deemed necessary then this is completed before the second report. This report

¹³⁰ See Article 4, Protocol on the Statute of the Court of the European Economic Community.

¹³¹ Page 158, Lasok & Bridge, "Law and Institutions of the European Communities".

¹³² Article 166, EEC Treaty.

¹³³ Page 13, Jurgen Schwarze, "The role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities".

¹³⁴ See later.

¹³⁵ These pleadings go far beyond the scope of English judicial pleadings, with arguments set out fully and the nature of the evidence contained within them. (See page 161 of Lasok for a more detailed description.)

¹³⁶ Appointed by the President of the Court.

¹³⁷ Page 15, Schwarze, Supra.

David L. Scott

encouraged to flourish in this environment.) While such lists could be created through a national system of nomination to another larger European wide list a truly European perspective would not be achieved. Only when the actors have a European dimension to them can this be said to be so.

summarizes the facts and issues of the case - written observations may also be given by the parties on this report. Neither this report, nor the initial report prepared by the Judge-Rapporteur provide any provisional conclusion on the case, unlike "most continental national courts",¹³⁸ e.g. the Bundesverfassungsgericht.¹³⁹

At the oral hearing parties may put forward their views and respond to questions from the Bench and Advocates-General. At the conclusion of the case the parties make their closing speeches to the Court; this is followed, some 3-6 weeks, later by the submissions of the Advocate-General.

There then commences a time consuming and burdensome process of discussing and drafting the judgement. This is initiated by a preliminary deliberation in which the Judge-Rapporteur plays a crucial role, indicating the general line of reasoning. This discussion forms the basis of a draft judgement submitted by the Judge-Rapporteur. This draft judgement is then considered "sentence by sentence".¹⁴⁰ Difficult cases "may involve several readings and last many weeks".¹⁴¹ It should be remembered that this process is undergone concurrently with other cases. The Judges must constantly think themselves anew into each case, which involves considerable cost in work and time'.¹⁴² Everling however perceives that the advantage to this is "...opinions [are] clarified gradually by repeated reflection and discussion and [are] refined in response to each other. This method improves the cases to achieve wide-ranging agreement."¹⁴³

C - Problems of Delay and Overload

Delay is one of the more obvious problems associated with the jurisdiction of the ECJ. As early as 1978 a memorandum was sent to the Council from a working group set up, by the ECJ, to examine the question of case load and working practices of the Court. It declared

The Courts workload is constantly increasing and at an ever faster rate. It is already near the limit of what can be done with the Court's present manpower and on the basis of present legislation¹⁴⁴

¹³⁸ Page 1297, Ulrich Everling, 82:1294 (1982-84) Michigan Law Review.

¹³⁹ The argument in favour of such a provisional conclusion is to enable the Court to link the parties argument from the outset to those questions which seem important and which are highlighted by this conclusion.

¹⁴⁰ Page 1298, Everling, Supra.

¹⁴¹ Page 1298, Everling, Supra.

¹⁴² Page 1298, Everling, Supra.

¹⁴³ Page 1298, Everling, Supra.

¹⁴⁴ Memorandum to the Council of July 21, 1978, published in "Europe" 20th December 1978.

Not only the number of cases were increasing but the length of time to deal with them was also rising as the cases became more complex. In 1978 the ECJ was able to give its decisions 'within a reasonably short time, that is to say on the average 7 months for references for preliminary rulings and 12 to 18 months for direct actions.'¹⁴⁵

For the Court of Justice the most worrying aspect of the increasing delays¹⁴⁶ was the trebling of time to deal with preliminary rulings, from 6 months in 1978 to 18 months in 1987. Such a delay it was feared would result in the procedure for preliminary reference falling into disrepute as national courts became discouraged from making preliminary references.¹⁴⁷

Table: The work-load of the ECJ¹⁴⁸

Year	Cases Delivered Brought	Pending Judgements	Average time for		
			Cases on 31 Dec.	Direct (in months)	References
1978	268	97	265	9	6
1979	230	138	245	18	9
1980	279	132	318	18	9
1981	323	128	432	12	12
1982	345	185	459	13	12
1983	297	151	486	14	12
1984	312	165	458	17	14
1985	433	211	575	20	14
1986	329	174	510	21	15
1987	395	208	527	22	18
1988	334	231	542	n/a	n/a

In the 1978 memorandum a number of measures were proposed to help ease the case-load. For the most part they could be introduced without the need for a treaty amendment. It was proposed to increase the number of judges from the then 9 to 12 and to increase the number of Advocates-General from 4 to 6. It was estimated that by the year 1984 a minimum of 17 judges and 8 Advocates-General would be needed.

¹⁴⁵ Page 8, T Kenedy, (1989)

¹⁴⁶ See the table taken from Kenedy (1989), below.

¹⁴⁷ The slowing of the increase in delays in the latter period of the Kenedy table can be attributed to the rise in the number of Judges in the ECJ from the accession of Spain and Portugal to the Treaty. It is envisaged that this will quickly be negated as these two countries begin to contribute fully to the ECJ's workload.

¹⁴⁸ Taken from Kenedy *op. cit.*, above, page 8.

In passing jurisdiction to the Court of First Instance the ECJ decided to transfer jurisdiction only in certain enumerated and distinct areas; rather than to transfer the widest possible jurisdiction whereby only certain areas would be excluded from Court of First Instance's jurisdiction. The advantage to the ECJ's approach is that it 'made it possible to forecast with greater certainty the number of cases which the Court of First Instance would have to hear and prevent it from having to adjudicate in proceedings which it would seem preferable to reserve to the European Court itself....[and] reduce the risk of related cases being brought simultaneous [before the two courts], which might pose certain problems and lead to inconsistencies.'¹⁴⁹

The areas chosen to be transferred were staff cases, competition and anti-dumping cases and cases arising from the ECSC Treaty. Provisions are however available whereby jurisdiction of the Court of First Instance may be increased by the ECJ should experience prove it to be necessary.

While the Court of First Instance is free to establish its own Rules of Procedure, (in agreement with the ECJ together with the unanimous consent of the Council),¹⁵⁰ it seems "inevitable that....they will be closely modelled on those of the European Court".¹⁵¹ Article 168(a) provides for appeal from the Court of First Instance to the ECJ, limited to points of law only. The ECJ may, on appeal, quash the decision of the Court of First Instance and either substitute a decision of its own or refer the case back to the Court of First Instance.

Delay is clearly a problem. Even in 1978 the time taken, on average, to deal with cases would be considered too high. The establishment of a Court of First Instance represents the culmination of a process stretching back for at least a decade. Lord Mackenzie Stuart referred to those proposals as being the 'essential minimum required for the preservation of a high standard of judicial review in the Community legal order. An evaluation of the effectiveness of the establishment of a Court of First Instance in securing that objective must await further developments.'¹⁵² Its introduction seems likely to reduce these delays, but also seems highly unlikely to be of such a magnitude required. (Its suitability as an adjudicator of social and economic rights will be discussed later.) Should the product of the Court of First Instance reducing the ECJ's delays merely going to be the imposition of further jurisdiction upon the ECJ thereby one again increasing its workload and delays?

¹⁴⁹ Page 21, T. Kennedy (1989).

¹⁵⁰ See Article 168(a)(4).

¹⁵¹ Page 25, T. Kennedy (1989).

¹⁵² Page 27, T. Kennedy (1989).

D - Sources of Law and Judicial Flexibility

A look to the jurisprudence of the ECJ shows that it has not been tied solely to the Treaty in attempting to deal with the problems created by the movement towards European integration. It could not be, the Treaty left gaps that needed to be filled - if European integration was to be achieved the ECJ would have to fill them. A set of values derived from the treaties could not always be relied upon to be a sufficient resource to provide justice in every instance. "Unless the Court is to deny justice it is therefore obliged to solve the problem by reference to rules acknowledged by the legislation, the learned writing and the case law in the member countries."¹⁵³ The ECJ was capable of doing this through the utilization and expansion of a concept to be found already in the EEC Treaty, albeit relating to different circumstances. Article 215(2), EEC Treaty allows the Court to uncover "general principles common to the laws of the Member States" and apply them at Community level.

Two approaches to the derivation of general principles in Community Law can be detected. The first is according to Article 215, common to laws of Member States. General principles derived from national systems cannot however be directly applied in the Community context, they must be re-evaluated in the light of Community objectives and structure. (It is not however necessary for a general principle to be present in all Member States, though it must be in the majority¹⁵⁴ - this remains true even if the minority are a significant minority who's legal concepts and national legal systems have proved to have a disproportionate effect upon the creation and forging of Community law.) The problem of variations in different Member States in application and interpretation of the same general principle is somewhat overcome through the elevation of the "principle" to the Community level. As Everling noted, the actual composition of the Bench also promotes this process, while the Judges have different judicial traditions which influence their perspective upon cases the 'European element' to their task results in "a strong awareness of a common responsibility for fulfilling the task assigned".

The second is adopting a general jurisprudence technique derived from looking at the nature, structure, relationship and purpose of norms belonging to and conforming to this specific system of law. This inevitably allows the court more flexibility than would be available to national courts; a necessary flexibility if the task of European integration was to be achieved. The culmination of this process came with the judgement of the Court in the Van Gend en Loos¹⁵⁵ and the Costa v ENEL¹⁵⁶ cases. Here for the first time was a declaration that the

¹⁵³ Cases 7/56, 3/57 - 757,55 in Schwarze at page 26, Supra.

¹⁵⁴ See Mills v European Investment Bank.

¹⁵⁵ Case 26/62, Algemene Transport en Expeditie onderneming Van Gend en Loos v Nederlandse Tarief Commissie (1963) ECR I f.

Community was not a legal order of national or international identity but it was a new legal order - a supranational creation. The Doctrines of Direct Effect, Supremacy of Community Law and Implied powers establish clearly the Community legal order, with the ECJ prepared to forge the way ahead.

The period between 1958 and 1973 has been characterized as the "Foundation" period. This period was to set the stage for the whole Community, including the ECJ's approach to subsequent events. Weiler suggests that another period from 1973 to the Mid 1980s can also be compartmentalized, which he terms "Expansion" - this can be seen concurrently with an erosion in the doctrine of enumerated powers in the Community. This Weiler suggests occurred through several processes: extension, absorption, incorporation, implied powers and expansion. During this second period the Court remained activist though a change could be detected in emphasis, "the Court of Justice seems to have become increasingly cautious about laying down general principles and has concentrated to a greater extent on the problem to be solved in the individual case".¹⁵⁷

This cannot be viewed in isolation; the action of the Court should be seen along side the political and institutional changes which accompanied it. It should also be noted that there was no great clamour of discontent concerning its actions; though approval may have been tacit. Perhaps nowhere is this as evident as in the ECJ's experience with the protection of human rights.

(i) Human Rights

While there is no European Community Bill of Rights, and while neither the Treaty of Paris nor the Treaty of Rome mention fundamental human rights, the ECJ has managed to develop a jurisprudence upon this important issue, reversing its initial jurisprudence of 1958 in the Stork & Co. case. The culmination of the ECJ approach can be seen in Hauer.¹⁵⁸ The case of Hauer was, however, to demonstrate not only the ECJ's approach to the problem but also the dilemma they faced. The Court found that as a matter of Supremacy it was necessary for the Court to protect fundamental human rights. (Since the Van Gend en Loos case Community law was to have supremacy over national law; national constitutional courts could no longer be relied upon to strike down Community law for a breach of human rights protected by their own constitutions.) Secondly the Court declared that fundamental rights formed an integral part of Community law.

¹⁵⁶ Case 6/64, ECR [1964].

¹⁵⁷ Page 1298, Everling.

¹⁵⁸ Case 44/79, ECR [1979].

The actual wording in the Hauer judgement is however a little curious; the ECJ chose to combine, within the same sentences, both imperative and permissive language. Paragraphs 14 and 15 demonstrate this tension perhaps better than any other. At Paragraph 15 the ECJ states "fundamental rights form an integral part of the general principles of the law, the observance of which it ensures"; in the same paragraph it continues "the court is **bound**¹⁵⁹ to draw **inspiration** from the constitution traditions common to Member States". It is the use of both the imperative, "bound", and permissive, "inspiration" language that shows the Court dilemma. Yet again in Paragraph 15 the court states that general principles "can supply **guide-lines** which **should be** followed", using again both imperative and permissive language in conjunction with each other. The use of variable concepts such as 'guide-lines' and 'inspiration' which are then bolstered with more imperative words seems to be an attempt by the court to demonstrate its commitment to the protection of human rights, particular to national constitutional courts.

In paragraphs 18 and 19 of the judgement the ECJ reject the idea that they need follow the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Though as Foster notes the ECJ "gave detailed consideration"¹⁶⁰ to Article 1 of the first Protocol of the ECHR.

While the Court has made reference to the ECHR and declared that it and other international treaties can supply guide-lines for the formulation of, and guidance to Community law individuals would be ill advised to rely solely upon them - indeed the Court has often chosen to neglect any mention of the ECHR even though it had been pleaded and taken up by the Advocate-General. "The case law of the European Court has appeared to make steady progress in the realization of fundamental rights within the Community legal order by increasing reference to the ECHR."¹⁶¹ Though as Foster concludes this is done on a piecemeal case by case approach were "[w]aiting for suitable cases is a very slow and uncertain way to promote the provision of fundamental rights within the Community ...[The] citation of the ECHR merely saves the comparative investigation which would otherwise be necessary."¹⁶² 29

The preamble to the Single European Act provides the first legal text with which to base actions concerning human rights upon. It states:

Determined to work together to promote democracy on the basis of the fundamental rights recognized in the constitutions and laws of the Member

¹⁵⁹ Bold and underlining added.

¹⁶⁰ Page 247, Foster (1987).

¹⁶¹ Page 270, Foster (1987).

¹⁶² Page 271, Foster (1987).

David L. Scott

States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Social Charter, notably freedom, equality and social justice."

But was this a backward step? It was a result of a political compromise and does little to promote the advancement of the protection of human rights which is already given. It is possible that such a text could act to restrain the ECJ from further advancements.

The Heylens¹⁶³ case is however another step forward. In paragraph 14 the ECJ again made specific reference to the ECHR. The Court held that there should be not only substantive guarantees but also procedural guarantees.

It is clear that the Court of Justice has come a long way since 1958 in its protection of human rights. But this can be seen as paralleled in the need to be active to ensure the completion of the ultimate objective, European Integration, as well as political pressures from throughout the Community that the Court need to be seen to be acting and protecting human rights, especially in the eyes of Member States' constitutional courts.¹⁶⁴ However the Court has only so far ventured to 'protect' human rights of the traditional nature and not the more 'progressive' rights of the economic and social dimension. Traditional human rights are accepted by all Member States as necessary and as such would find extreme difficulty in attacking even a judicially creative/activist court protecting these rights - especially when the issue of Supremacy is bound into the equation. Fundamental economic and social rights do not enjoy the same level of consensus both in definition and scope of application. It would therefore seem highly unlikely that the ECJ would dare to promote such rights without a firm legal basis from which to do so. How and to what extent its experience in the field of human rights will effect the interpretation and creativity will be discussed below.

Though the ECJ has had increasing experience of human rights issues that in itself does not guarantee that social and economic rights will be adequately protected. Though the ECHR is very familiar with the issues of Human Rights it has proved to be unreliable in the protection of rights concerning trade unionism. Professor Hepple points out, "Consider the dismal history of trade union claims in respect to freedom of association under art. 11 of the ECHR by the Commission on Human Rights and the Court of Human Rights, and note the inability of those bodies to 'craft' the closed shop to national exigencies in the Young, James & Webster case, Series A, Vol 44,4 EHRR 38 (1982)."¹⁶⁵ While some of the problems may be alleviated by having a basic written text, in the form of a Community instrument, upon which

¹⁶³ Case 222/86, judgement 15.10.87.

¹⁶⁴ The great wave of feelings which swept through the population of the Western world during the 1960's should not be underestimated in it's effect on the establishment and institutions of that time.

¹⁶⁵ Page 5, Prof. B. Hepple, Community Legal Instruments: Application and enforcement. (1989)

the ECJ can rely there is still somewhat of a leap from protecting traditional human rights (and the promotion of European integration) to fundamental economic and social rights.

For these rights to be adequately protected and advanced a more in-depth approach is needed. A knowledge of the industrial relation circumstances of each of the Member States is needed; it is possible to argue that such rights require a different approach altogether, which the more traditionally orientated judges would find it hard to adapt. Unlike the field of traditional human rights the Court would not be able to draw upon a document similar to the ECHR as a short hand for contextual research. The history of the ECJ and empirical investigation in Member States has been somewhat chequered in the field of labour law and not wholly satisfactory.¹⁶⁶ This would be particularly problematic when assessing whether or not an agreement is of sufficient standard, and implicitly setting an appropriate standard for the right(s) covered in the agreement. As Bercusson points out the envisaged standard is not concrete, it is no one which can be applied throughout the Community. It is to be flexible, setting the minimum required for that country, taking into account that countries particular systems and problems. This requires more than the interpreting of a Community instrument, indeed the very essence of implementation of the Community instrument through social dialogue is its flexibility. A much deeper understanding of the Member States industrial relations system is needed. To assess the adequacy of an agreement alone will require an in-depth knowledge to determine the results as well as essentially empirical approach. Imposing an agreement multiplies the problem. This is especially true if Bercusson's proposal that standards may be derived from the experience of other Member States is followed; a method which would hopefully lead towards an upward harmonization.

It is, without doubt, possible for the ECJ to acquire such knowledge. The parties pleading their cases would impart knowledge, as well as other Member States expressing their opinion to the Court. It is feasible that the Court could be assisted by industrial relation experts, who might take a similar role to that of an Advocate-General. This would however seem both wasteful and not wholly satisfactory. While the ECJ might have a better knowledge of the problems involved it is still doubtful whether it could have a satisfactory understanding for it to be able to ultimately impose a new agreement upon the parties. Devoting a particular Chamber to the task of determining social and economic right conflicts may prove more beneficial in the long term but would still encounter the same "learning process" problems discussed above.

¹⁶⁶ The history of the ECJ taking a contextual approach to matters before it concerning Collective agreements has not been all that it might have been. In *Commission v Denmark*, case 143/83 it chose to not take the contextual approach. While it did take a more contextual approach in *Commission v France*, case 312/86, 20th October 1988. In that particular case while the Court did make a more detailed examination of the context in which the collective agreement operated it was only partial and could have been both wider in scope and of greater depth.

The use of the Court of First Instance would probably result in similar problems as arise with the ECJ - the Court of First Instance make-up being very similar in character to that of the ECJ. The Court of First Instance may serve as a useful model should it be decided that the introduction of a new European tribunal should be established, specifically designed to cope with the problems of social and economic fundamental rights.

The process of coming to a decision in the ECJ by its very nature is compromise generating. It may well be that compromises would not be suitable in an area which, like the early days of the Community, requires that the Court lead the way. A further problem arises due to the fact that neither the ECJ nor the Court of First Instance, at the moment, possess suitable remedies for essentially labour law issues - the holds true for all the scenarios mentioned. A glance at national courts show the need for specialized remedies. These might include appointment of negotiators, information disclosure and injunctions to mention but a few.¹⁶⁷

A final, and perhaps most powerful question, also remains to be answered: should judges be put into such a powerful position. Is it the role of a court to adjudicate these issues, enforcing their judgements in an arena which is clearly governed as much by political considerations as it is legal. Will not putting a court into such a position only lead to discontent at its decision,¹⁶⁸ which may only lead the court into disrepute. This may be especially dangerous for a court such as the ECJ, whose role in the Community is both crucial to the Community, wider than the enforcement of social and economic rights. Indeed the ECJ enjoys a truly privileged position, it is not only well respected but as Weiler notes "in virtually all books about the Court published to date, the underlying ethos is one of praise and admiration. The tradition of books about the Court has been to acknowledge the singular contribution of the Court in the process of European integration".¹⁶⁹ The balance that must be struck is the enforcement of social and economic rights by a body with sufficient respect to make enforcement effective, but at the same time to avoid diminishing the respect of that body.

¹⁶⁷ To be discussed in greater detail later.

¹⁶⁸ Taking into account the still wide variations in opinions on social and economic rights

¹⁶⁹ Page 555, J. H. H. Weiler, (1987).

VII A Body of Experts

Hepple suggests that the appropriate organ would be staffed by a body of experts. Hepple points to the ILO and the Council of Europe's Social Charter as example where such bodies operate. The nature of the body's function would however change; it would move, in Hepple's proposal, from one of a judicial nature to an investigative body which would look at infringements and examine reports submitted by Member States. The experts would have the advantage of having a wider view of the situation than a traditional court.

It is envisaged by Hepple that the body of experts would not operate procedures similar to that of a court, and would not be bound by legal procedure and argument. Procedures would be 'open ended', and more flexible - including the facility for conciliation. Perhaps the most likely duties of the tripartite body would be to examine yearly or biyearly reports submitted by the Member States and provide 'conclusions' upon them. In addition to which the possibility may still exist for the right of petition (similar to that enjoyed with the European Convention of Human Rights) by individuals and/or representative groups. As the body would be essentially investigatory in nature, the adversarial characteristic of a judicial system might be overcome.¹⁷⁰

To reinforce this move away from a judicial approach Hepple proposes that the body of experts only have the power to make recommendations and not give a judgement. This therefore moves the enforcement away from the Community or Member State mechanisms towards the political sphere. While this would solve many of the problems associated with the enforcement of judgements of a European tribunal¹⁷¹ results cannot be guaranteed. After issuing an opinion it then becomes the responsibility of a Member State's government to implement the decision. Failure to do so may result may result in pressure being applied by other Member States and/or opposition parties within that Member State. However, while Hepple believes that the political forum is the most appropriate, the political forum thrives upon compromise. The question arises whether compromises in fundamental social and economic rights are desirable.

A - The Council of Europe's European Social Charter

(i) Outline

Parties to the European Social Charter have an obligation to submit biennial reports. These reports are then examined by the Committee of Independent Experts. The Committee of Independent Experts then adopts 'conclusions' based upon the reports. The reports together

¹⁷⁰ The provision of a right of petition may however have the effect of inducing an adversarial approach by the parties.

with the 'conclusions' are then examined by the Governmental Committee, who, in their turn, adopt a report. This report then goes to the Council of Ministers, together with conclusions and an opinion based upon the Conclusions and Report. The Council of Ministers makes to each contracting party 'any necessary recommendations'.¹⁷²

(ii) The Committee of Independent Experts

The Committee is made of 7 members who are selected so as to represent a wide geographical representation, they need only be from a Country who is a member of the Council of Europe and not necessarily one which is a contracting party to the European Social Charter. Article 25(1) provides that the "independent experts of the highest integrity and of recognised competence in international social questions". The selection is made by the Ministers of the Council of Europe.

The Committee of Independent Experts adopts conclusions upon the submitted reports. The role of the Committee is 'to determine whether the legislation and practice of the contracting states are in conformity with the undertakings accepted'.¹⁷³

The first part of the Committee's conclusion includes general comments on the social and economic situation within the framework of the Charter and identify particular social problems that have arisen. A commentary is also made of each of the undertakings of Part II of the Charter. The conclusions also include the Committee's interpretation of various Articles of the Charter as well as compliance determination. (Though the Committee is not bound by its own previous interpretations.) The second part contains a summary position of each contracting party in turn. In determining the position of the contracting party the Committee may use any information it has to hand, allowing it to use its own knowledge and experience beyond that supplied by the Contracting Party. The conclusions are then pasted with the Contracting Party's report to the Governmental Committee.

(iii) Social Partner Involvement

Copies of the contracting parties reports are sent to 'such of its national organizations as are members of international organizations of employers and trade unions'¹⁷⁴ that are entitled to be represented at the meeting of the Governmental Committee of the Social Charter. These national organizations may then make comments upon their states reports. These comments

¹⁷¹ The judgements would not be personally enforceable.

¹⁷² See Part V of the European Social Charter, Page 16 of Harris (1988)

¹⁷³ See Harris (1988), page 229.

David L. Scott

must be transmitted by Contracting Party to the Secretary General of the Council of Europe, if asked to do so by the organization.

In addition to which, by virtue of Article 26 of the European Social Charter, participation by the International Labour Organization is allowed. The ILO is invited to nominate a representative to participate in the deliberations of the Committee of Experts, though only in a consultative capacity.

(iv) The Sub-Committee of the Governmental Social Committee

The Sub-Committee is made up of 13 members¹⁷⁵ of the Governmental Social Committee (now referred to as the Steering Committee for Social Affairs). Though there is no formal link between the 2 committees, there are nonetheless an informal link, this is stressed in the sub-committee's title - 'Governmental Committee of the European Social Charter'. Its sole role is the supervision of the implementation of the Charter. Its meetings are held in private and is not assisted by any ILO official. The conclusion of the Independent Experts and the Contracting Parties reports are passed to the Sub-Committee, who then in turn, adopt a report, which is presented directly to the Council of Ministers,¹⁷⁶ together with any appendix submitted by the observers.

(v) Recommendations

Ultimately the Council of Ministers may make to each contracting party to the European Social Charter "any necessary recommendations".¹⁷⁷ This is only after consultation with the Parliamentary Assembly. It is however surprising that this ultimate sanction has not been exercised once throughout the first seven cycles. This is despite 'several cases of clear and persistent infringements of the charter in which it is evident that the contracting party does not propose to take action as matters stand in which a recommendation from the Council of Ministers might be less easily ignored'.¹⁷⁸ It is all the more surprising since the Committee of Experts has suggested that it might have been appropriate to do so at various times. This

¹⁷⁴ Article 23 of the European Social Charter.

¹⁷⁵ All of these are civil servants.

¹⁷⁶ There is a possibility for international trade union and employer organizations participation. (Each side is limited to a maximum of two representatives.) Their role is however limited to that of observers. This does provide great scope participation however, the observers may circulate papers on any topic under discussion, including discussions leading up to the adoption of the Report. Their observations may also be included as an appendix to the sub-committees report.

¹⁷⁷ Article 29

¹⁷⁸ Harris (1988), at page 260.

David L. Scott

has 'cast doubt'¹⁷⁹ upon the Council of Ministers intention to protect economic and social rights.

B - Problems with the Supervision Mechanism

A distinct tension exists between the Committee of Independent Experts and the Governmental Committee. This largely revolves around the issue of which of the two committees has the right to interpret the Charter. The Committee of Independent Experts claims to have the authority to interpret the charter and that their interpretation should be followed the other organs of the Charter. The Governmental Committee does not accept this and in turn claims that each organ has an equal competence. A further dispute exists over the competence of organs to propose recommendations. Again, the Governmental Committee disputes the Committee of Independent Experts competence in this area.

The heart of these disputes can be seen as a conflict of interest between the two committees *raison d'ete*. The founding fathers of the Social Charter followed the pattern of the International Labour Organization. The Governmental Committee is a second committee, originally it was envisaged as a tripartite committee, equivalent to the ILO's Conference Committee. The aim of such a Committee is according to Harris¹⁸⁰ to insulate the Committee of Independent Experts from the "actual enforcement process and by providing a forum in which states can be made to answer, orally as well as in writing, the criticisms of the Committee of Experts". However, the Governmental Committee's composition was changed during the drafting process of the Charter, the result of which was for it to be staffed by civil servants, with social partners involvement severely restricted. "The consequence is a body whose natural instinct is to defend its ministers rather than to call them to account."¹⁸¹ This 'defence' can only lead to tension and conflict between the two committees.

Harris believes that the Charter does not afford a sufficiently high degree of tripartite involvement. This in turn has resulted in less participation by the social partners. As the tripartite role was seen as insignificant the social partners did not take up what facility was afforded to them. This is compounded because of the lack of a system of petitions and the non-self-executing character of the Charter. "The opinion bluntly expressed by one trade union official was that there was that there was "nothing in it" for trade unions'.¹⁸²

¹⁷⁹ Op. Cit.

¹⁸⁰ Op. Cit. at page 262.

¹⁸¹ Op. Cit.

¹⁸² Op. Cit. at page 295.

Delay is a significant problem. There is a long lapse of time between the submission of reports and the decision of the Council of Ministers. Harris suggests each of the first 6 cycles involved a time scale of approximately 4 years; even when processed "more expeditiously" the cycle was completed in 3 years and 3 months.¹⁸³ Apart from the obvious need for a quick resolution in such instances of derogation from the Charter, such a delay does nothing to aid the contracting parties to comply with the Charter and to complete subsequent reports.

Harris sees the 'inherent cumbersome nature of the system of implementation, which involves a consideration, in varying degrees of detail, of the national reports and/or other documents by four supervisory organs' as the cause of this delay. This is only made worse by the small secretariat and the lack of urgency placed by the contracting parties upon the presenting of adequate reports on time.

C - The Hepple Proposal

Hepple's proposal follows a very distinguished tradition, the standard being set by the International Labour Office. Nevertheless, those proposals advanced by Hepple, for the introduction of a body of experts to adjudicate upon fundamental social and economic rights, will be susceptible to the same problems encountered by the Social Charter.

Without careful safeguards delay could become a serious drawback. Though Hepple does not admit that the time scale would have to be different, especially the examination of submitted reports. He recognises that the remedy offered is not an immediate remedy. (This would be equally so where a right to petition the committee is given to the individual or representative organisations.) Unless strict time limits are imposed for the completion of the various stages, submission of reports by Member States, examination by the Body of Experts etc., then cycle times will be variable and delays will occur.

The remedy itself relies upon political action. Such action cannot be guaranteed, either in quality or quantity. It is not unknown for political solution to be a compromise rather than an enforcement of a right. (This is not to say that in certain circumstances pressure from other will not be of such a magnitude as to force the offending state to rectify the infringement.) Solutions dependent upon the Political arena are more likely to be based upon the lowest acceptable minimum or even a play-off between two different matters. Bercusson's proposal does accept the possibility of flexible rights whereby certain rights may be derogated, to a limited extent, if, on the whole the benefit from other rights compensate for the derogation. However it is questionable whether this balancing act can properly be claimed where the social right is set at a lower level and weighed against another Community initiative, for

¹⁸³ Op. Cit. at page 264.

example budget commitments. Equally, is it appropriate that the acceptance and implementation of a social right should be held out as a bargaining chip to avoid other Community initiatives. While this is seen by its proponents as its strength, a political remedy for a political problem, while others would voice great concern about the uncertainty of enforcement.

It is clear from the operation of the European Social Charter that where the social partners have only limited involvement in it, it is likely to be dismissed as irrelevant. Is it not likely therefore that where the social partners only have an indirect and unpredictable influence, the social partners will dismiss the entire process. This results in less and less involvement, the beginning of a vicious circle, which ends in what procedures that are available falling into disrepute. While a procedure for a right of petition may give the social partners a greater sense of involvement, as they take a greater in bringing infringements before the committee, this may only prove frustrating; if after being supported by an independent body of experts the political process did not result in the vindication of the complainant.¹⁸⁴ One need only look at the failure of the British Government to take any notice of the ILO's¹⁸⁵

¹⁸⁴ While it is quite conceivable that the failure by a Member State to implement a decision/recommendation of the independent experts would prove strong political ammunition 'at home', it can, on occasions, be used by Governments to demonstrate their strength. One need only look to the now infamous "Brugge speech" made by Mrs Thatcher at the College of Europe in 1988. Or the conflict in the Conservative party following the resignation of the Deputy Prime Minister, Sir G. Howe, in November 1990.

¹⁸⁵ See further Ewing (1989)

VIII A New Tribunal

A third option which might be considered is the formation of a completely new tribunal at European level. This would involve both not only court structures but also revised links with Member States judicial structures. Though it must be admitted that this option is by far the most radical of the options and perhaps the most difficult to introduce - practically and politically. The advantage of such a new tribunal is just that - it is a new tribunal. It need not feel judicially restrained in its investigatory/adjudicative role or bound by activity in other areas of E.C. integration. This task will be made smoother, if not easier, through the experience of Member States' 'industrial' courts, the European Court of Justice and the more recent introduction of the Court of First instance. It is argued that by constructing a new tribunal it will be easier to reflect the special nature of Fundamental Social and Economic Rights and their close connecting with social dialogue and the task of their adjudication and enforcement.

A - The Structure

Bercusson recommends that any European Tribunal should be a 'specialist Community'¹⁸⁶ body and be in 'parallel to national labour court systems'.¹⁸⁷ Bercusson proposes that the Community tribunal would comprise of 'expert judges from national labour court systems'.¹⁸⁸ This example, proposed by Bercusson, cannot be seen to exclude the possibility of wing-persons sitting with such judges. Indeed, it would seem that the best solution would be for the inclusion of such a dimension. From the experience of Member States it would seem there is effectively little difference between a tripartite or bipartite structure. Politically, acceptance of a tripartite structure it would be more likely to be obtained rather than that of a bipartite arrangement. For the social partners too, some involvement would be highly desirable - even if it is initially only of symbolic importance.

With this in mind, selection of the judges and wing-persons may be done along the lines of the European Court of Justice. Article 167¹⁸⁹ would perhaps serve as suitable guide-lines for the criteria for the legally qualified member, while wing-persons selection might be considered analogous to that of an Advocate General. The wing-persons should take an active part, both in open court and deliberations in chambers. Their status should be equal to that of the legally qualified member, this might be symbolised through the title given to them,

¹⁸⁶ See Bercusson (1989), at page 2

¹⁸⁷ Op. Cit.

¹⁸⁸ Op. Cit.

¹⁸⁹ Consideration might also be given to the wording of Article 25(1) of The European Social Charter - See earlier.

each member of the court - whether wing-persons or legally qualified member - could hold the position of 'judge'.¹⁹⁰

The design of the tribunal should be orientated towards a comparative investigative adjudicative process. To adjudicate in an industrial relations setting upon Social and Economic Rights, formulating and where necessary, imposing 'agreements' upon parties when parties either fail to reach agreement or when the adequacy of the agreement is brought into question. It will also need to adjudicate upon alleged violation of agreements. Emphasis is needed upon a comparative approach to the issues before the court and not to be restricted to the issues placed before it by the pleadings - allowing it to investigate the broader concepts involved. For example, while an action might be brought because of a believed violation of an agreement, the Tribunal should still be at liberty to hold not only that there was a violation but also that the agreement is inadequate.

To enable any tribunal to take such a comparative analysis great support will be required. Extensive Research facilities would have to be available. Bercusson suggests that a database be set-up containing details of collective agreements 'on specific groups of rights'¹⁹¹ throughout Europe. Bercusson also endorses to the Commission¹⁹² the merits of high quality comparative research, similar to that of the Ruskin study. A comprehensive programme of 'comparative research and analysis of groups of Social and Economic Rights which will produce results . . . to develop the appropriate bargaining machinery and procedures with the qualities needed to formulate and apply fundamental rights'.¹⁹³

Such a wealth of information would be beneficial, not only to a tribunal, who might use such reports as a form of shorthand for concepts to be applied, but also extremely useful to the social partners. The social partners may then use the reports as guide-lines to aid them develop social dialogue to implement the social and economic rights in accordance with the Community Instrument. This, in turn, helps to alleviate the need for recourse to national/european tribunals.

Equally, the approach of the ECJ to the area of the derivation of general principles of Community law cannot be ignored. It may be extremely useful to adopt this technique upon occasions; general principals derived from national systems may be elevated to Community level, whereby they will be evaluated in the context of the Community objectives and

¹⁹⁰ This is demonstrated quite vividly by the recent renaming of registrars and deputy registrars to 'district judges' in England and Wales. This change of title serves to highlight the reforms in which the 'district judge will play a pivotal role'. (See further, The Times 3-1-91, 'New breed of judge for a people's court'.)

¹⁹¹ Bercusson (1989), at page 107.

¹⁹² Op. Cit. at page 203

¹⁹³ Op. Cit. at page 103.

structure. This tool will become all the more flexible in the hands of a tribunal who will take an contextual investigatory approach to the cases before it.

Of equal importance must be the dissemination of information from the European Tribunal itself. Accurate and speedy case reporting must be available. At present, official case reports for the ECJ are not available until some 18 months after the case; this would need to be radically improved. Extension of the already wide-ranging publicly available E.C. databases, so as to include social and economic rights cases, must be considered.¹⁹⁴

Assuming each Member State nominates 3 members to the court, the tribunal would consist of some 36 members. The need to nominate a further member to resolve a deadlock situation may be avoided by allowing the chair a double vote. Alternatively the full sitting need not consist of all 32 members but some other, more manageable, number who might be chosen by the court itself, on a rota basis or perhaps selected by a body such as the Commission.¹⁹⁵

In most instances, however, it would appear inappropriate for a full sitting of the tribunal for every case; though it would still remain possible to refer the matter to a full sitting of the Tribunal. It would seem more productive for the tribunal to sit in chamber, perhaps numbering between 3 and 9 - whilst maintaining the 2:1 tripartite makeup. Where a matter of particular importance is brought before it, for example, an instance whereby the development of law is necessary - though how to indemnify such cases may prove difficult.¹⁹⁶

B - Relationship with other bodies

Bercusson proposes that any new tribunal should be given the aid of specialised bodies to help it fulfil its task. Two of particular importance is firstly, a body to promote fundamental social and economic rights in the Community, and secondly, the body charged with the task of inspectorate of these rights.

It is essential that a European tribunal adjudicating upon fundamental social and economic Rights does not see itself in isolation. It must aid and be aided by these bodies. Both these bodies have a vital role in avoiding the need for recourse to the tribunal. It is important therefore that whilst in the promotion of fundamental social and economic rights a consistent application is maintained. Consideration could perhaps be given to allow questions of application of rights, including the elaboration of the outline standards contained in the

¹⁹⁴ Though it should be noted the compatibility problems encountered by the E.C. in this respect. Different interrogation languages are used for many of the different databases publicly available, none of which are as 'user friendly' as the commercial LEXIS system.

¹⁹⁵ Though the tribunal would still maintain its 2:1 tripartite structure.

¹⁹⁶ A criterion similar to that of the House of Lords may however suffice, 'a case of general public importance'.

Community Instrument, to be referred from these bodies to the Tribunal. This might be done in the abstract, as well as with particular reference to an instance case. Such a reference mechanism might avoid much litigation, whilst reducing uncertainty for the social partners. Such a procedure may also serve to increase the stature of these bodies, which in turn may help the bodies to promote appropriate standards and settlements.

C - Relationship with Member States

The two most important contacts the tribunal will have with Member States will be in relation to how cases come before the tribunal and how its decisions will be enforced. It should not be forgotten that the two are intrinsically linked to each other, depending upon which reference procedures are considered desirable, the enforcement procedure varies - in effectiveness and the scope of application.

(i) Reference Procedures

Two issues need to be resolved. The first is whether or not the Tribunal is a court of first instance or a court of appeal. As a court of appeal its role would be similar to that enjoyed by the European Court of Justice. It could quite conceivably be added to the existing 'labour' court structures of Member States.¹⁹⁷ Reference should be made where no further appeal exists and the matter concerned relates to the matter concerned relates to the interpretation and/or application of these rights.

It would seem that a reference procedure is more desirable than asking the tribunal to be a separate body of appeal, adjudicating upon the Member State. As an Appeal Court the Tribunal would be adding an extra tier upon existing systems rather than integrating the court into Member State systems. A system of reference has the advantage of involving Member States' judiciary in the decision making process.

This participation may enable Member States courts to learn about the application and enforcement of the rights. The history of the European Court of Justice demonstrates that Member States' courts have increasingly used the reference procedures in such a way as to test their own solutions to the problem they refer. This is done in the way the courts phrase their references. They are phrased so as to indicated within the wording of the reference the courts own opinion as to the solution of the problem. This, in the long run, may encourage the courts of the Member States to trust their own interpretation of the rights - though this in turn may need greater vigilance by both the 'promotion' agency and 'enforcement' agency, as well as the European tribunal, in monitoring standards in the Member States. Such a learning

¹⁹⁷ Or whichever courts are deemed competent to deal with fundamental social and economic rights.

process is not just desirable but essential. Without it, delays will become intolerable and rights cannot be guaranteed to be enforced.¹⁹⁸

It may however be decided that certain rights may need direct enforcement by a European Tribunal. Should such a determination be made the Tribunal would become a court of first instance. It may however prove difficult to define which are to be adjudicated directly by the European tribunal. An alternative may lie with the mirroring the concept of a core rights. It might also be considered that once a sufficiently high degree of acceptance, both in the definition of the right and its implementation, the jurisdiction of the court may lapse into the reference procedure.

Allowing direct jurisdiction of the European tribunal does create a number of problems. Clear locus standi and other applicant filters would be required. In its early stages the tribunal can expect voluminous cases efficient filters and administrative structures will be need to cope with the potentially large influx. The role of the 'promotion' and 'enforcement' agencies may also prove decisive. Adoption of the concept of 'privileged' applicant may be of some help. Any collective organization should be afforded such a status. Individuals, while 'non-privileged' applicants, would nevertheless be able to bring an action should a basic criteria of standing be fulfilled. This puts a great responsibility upon the social partners and their collective organization. It is to be hoped that they will rise to the challenge and not use these procedures vexatiously and contumaciously. (Though a facility for orders as to costs should go a long way in discouraging such conduct.) Such a responsibility will enforce to the social partners the need for their continual involvement, both in the reaching of agreements and their enforcement.¹⁹⁹

(ii) Appeals

A further question arises as to whether the tribunal would be the court of first and final instant. While the European tribunal acts in a reference capacity, similar to that of the ECJ, there can be little need for a further appeal; save where a Member State's court does not follow the lead sent to it by the Tribunal. However, where the tribunal is used as a court of first instance, where there is no involvement of Member State courts, then whether or not there should be a further appeal and to whom takes on vital importance.

¹⁹⁸ In this learning process may lie the key to shorter reference periods and the need for fewer references.

¹⁹⁹ It might also be hoped that in this role that the social partners will see the need for a European dimension in their roles. As such better co-operation with their community counterparts can be envisaged, as well as the promotion of trans-european bodies.

David L. Scott

It might seem unjust for there to be a single court adjudicating upon certain issues with no possibility of appeal,²⁰⁰ especially as those rights likely to be determined directly by the European Tribunal are those considered of paramount importance.²⁰¹ Consideration might therefore be given to the possibility of a limited appeal to either another body or differently composed Tribunal. It may be possible for there to be a role for the ECJ to play - though in view of the factors which weigh against the ECJ being the court responsible for the adjudication and enforcement of social and economic rights in the first place such a move might be considered unwise. Alternately an appeal might be possible to the full Tribunal, who would have the power to review the decision of one of its chambers.

D - Conciliation

Conciliation should play an important role in the task of the Tribunal. This might be achieved explicitly, through an actual conciliation procedure which must be gone through in all but the most urgent interlocutory application; or, implicitly in the way the procedures adopted by the court are framed and pursued.

(i) Conciliation procedure

A rigid requirement of a conciliation procedure can have the beneficial effect of directing the parties mind to the need for compromise. Member state experience shows that the role of the conciliator is vital. A balance needs to be struck between on the one hand the conciliator who will push for a settlement at all costs, thus putting greater pressure on the weaker party to make concessions²⁰², and a conciliator who is merely perfunctory, merely going through the motions rather than helping the parties to address their minds to the problem.

A great deal must depend upon who it is decided should be the conciliator. There are obvious advantages in appointing a member or members of the Tribunal as conciliators. Their position as a Judge of the Tribunal may demonstrate the seriousness of the conciliation provision, though equally it may be interpreted as a move to exert undue pressure informally upon the parties.²⁰³ Great controversy may arise if any one side of the social partner 'representatives' are chosen to the exclusion of the other side, while concern might also be expressed if this was left in the sole domain of the legally qualified members of the

²⁰⁰ One should note that Member States' courts will be watching to ensure that rights are adequately protected, ensuring that whichever Tribunal adjudicates can be trusted.

²⁰¹ See above.

²⁰² The weaker party may not always be the party who is weakest in terms of legal argument but e.g. in terms of strength - monetary, politically or otherwise, such that they are more likely to concede to a compromise than the other party. It might then be possible to ask the question if such a compromise might be considered to be an inadequate agreement.

²⁰³ It would also need to be resolved as to whether or not the judge conciliator(s) would also be a member(s) of the adjudicating panel. To do so would follow the lead of the German Labour Courts, while the French Labour Court does not guarantee this to be so.

Tribunal.²⁰⁴ While there are obvious advantages of combining this conciliation with that of 'Judge rapporteur' deliberation might be given to the possible use of outside conciliators, who might be appointed on an ad hoc basis or from an independent conciliation body.²⁰⁵ This outside conciliator may then make a report to the Tribunal either giving details of the compromise agreement for its approval or a brief resume of the facts and issues as it sees them.

(ii) Conciliatory procedures

Either as an alternative to or complementary to a set conciliation meeting/period, procedures of the Tribunal can be devised so as to implicitly promote a solution by the parties themselves. Avoiding an confrontational adversarial approach would obviously aid this. though this is difficult to achieve where trained advocates are involved. The role of the chair may prove crucial in this aspect; though he must respect legal procedures to some extent and the concept of natural justice strict rules on evidence and amendments to pleadings might be relaxed. Informality in the Tribunal may help to achieve this.

Giving the parties ample opportunity to meet and discuss the issues, even as they are being heard before the tribunal will perhaps increase the likelihood of a negotiated settlement. Equally, it may be possible to allow the parties to come to agreement at a stage after the Tribunal has found there to be a violation of a Community Instrument²⁰⁶ and before imposing its own decision upon the parties. This might be achieved by requiring the successful applicant to re-apply to the Tribunal for a compensation type order from the tribunal,²⁰⁷ this is the approach taken in the U.K. where a tribunal find that a union member has been unjustifiably disciplined by his Union.

German Labour Court offer a financial inducement to the parties to reach their own settlement through the spectrum of different costs order they may make. A sliding scale of costs would act as an inducement to the parties to re-evaluate their positions and the relevant strength of their arguments. This may act as a catalyst to making full use of conciliation facilities. The use of outside conciliators in conjunction with conciliatory procedures should not be discounted.

²⁰⁴ See earlier the debate surrounding the use of the legally qualified member as conciliator in the German Labour Courts and the advantage this puts him in with respect to his lay members when trying the case.

²⁰⁵ Such a body may well prove an excellent body from which to appoint future judges of the tribunal from.

²⁰⁶ Whether that be a failure to reach an agreement, reaching an inadequate agreement or violation of an agreement.

²⁰⁷ Though in urgent cases this might be done directly after the Tribunal has reached its decision upon the merits of the case, should the Tribunal believe it to be just in the circumstance to do so.

IX Conclusion

A - The Options

The three most favoured options available to the Community have been examined above, none may necessarily be acceptable to the Member States or the Community Organs - though each will favour one particular option over the others. Whilst the European Trade Unions, on the whole²⁰⁸, favour the option of a Body of Experts, the Commission expressed a preference towards the ECJ.²⁰⁹ Equally, the establishment of a completely new body has its supporters. Evaluation of the three cannot be done devoid of the political and social realities of the Community; it is therefore impossible for a direct comparison to result in an overall "winner". What to some may seem as a great strength, to others it will seem a great weakness.²¹⁰

(i) Additional Layers of adjudication

It may however be wise to voice some reservations concerning the whole idea of a European Tribunal adjudicating on such matters. The question must be raised as to whether the Tribunal will be just another layer of the judicial structure, a layer that can best be done without. While it can be acknowledged that there is a need to have some form of co-ordination between the Member States, concern can also be expressed at the increasing layers of bureaucracy, moving the matter further and further away from those directly affected by the rights. Decisions and their implications thus become more and more remote from those at "grass root" level.

(ii) Delays

Implicit in this argument must be the problem of delay. It must be admitted that the more judicial layers one must plough through the greater the delay that occurs. The more successful a Tribunal is, the more it is called upon, the longer the 'cause lists' become. Massive delays cause problems to all parties, beyond those which might be associated with the parties directly involved.

To the Parties to the action gross delays in certain circumstance may prove disastrous. While delay may cause some problems where the issue of whether or not an agreement has been

²⁰⁸ This was taken to be the consensus of the Trade Unionists at the Conference held at the EUI in December 1989; though this was the prevailing view of those present it was by no means unanimous, nor can it be certain that those present were representative of the European trade unions. Indeed, the largest trade union in the U.K., the T.&G.W.U., positively favoured a set of rights that could be enforced by a European Court - be that a new tribunal or the ECJ.

²⁰⁹ This was noted at the Conference held at the EUI in December 1989.

²¹⁰ Contrast the views of those who believe the enforcement of the decision of the tribunal should be in the Political arena with those who advance a sure and directly enforceable judgement should be made.

concluded or whether an agreement is inadequate these can be subject to a degree of delay, which while inconvenient need not necessarily result in the undoing of the agreement. The social partners are all too familiar with the situation of continuing interaction while negotiations continue and terms questioned. The most likely cause of a flash-point would be a violation of an agreement. While this too need not prove fatal to the agreement, it has the greatest potential for undermining it. A speedy resolution is needed to avoid industrial action²¹¹. Any form of delay, other than that which might be considered minimal, would therefore render the Tribunal useless in this aspect. It will prove cold comfort to a Plaintiff for a court to uphold his position after a long period of delay, during which time injustice through the violation of a Community Right has been endured.

While this is of importance to those directly involved in an action, it is perhaps of more importance in the broader concept. Such a delay could be seen to set the scene for the whole of the system of rights, formulation, adjudication and enforcement. If one or more aspect is perceived as deficient, then that deficiency will always be available to critics of the system as a device by which to undermine it²¹². Likewise, a single deficiency may lead to the whole system to be perceived in the same light as that deficiency. As a result the social partners take a less and less active part in the various other parts of the system of rights. It is perhaps all the more so where the deficiency lies in the enforcement of those rights, as all other involvement becomes increasingly futile as the failure to enforce leaves the rights more declaratory than actual.

(iii) Different Countries, Different Systems

Europe is divided by more than lines on a map. It consists of different countries, not merely different states of a single federal country. Each country is different in more than their legal systems, each has its own traditions - which its government support and sometimes even foster. Difficulties can arise in any initiatives which may be seen to infringe upon national sovereignty. Judicial systems are equally sensitive to such an assault.²¹³

Two issues may arise, the first refers to whether a labour court system exists to meet the European Tribunal. In those countries where no labour court systems exist Bercusson hopes that national systems will adjust to and grow to meet the European Tribunal - to what extent

²¹¹ It is assumed for these purposes that industrial action should be avoided. While concluded agreements may reflect the relative industrial strengths of the parties this must always be subject to the proviso that the agreement is adequate in the light of the Community Instrument and the Rights contained therein. Thus industrial action would become of less importance in the enforcement of rights, though perhaps not completely redundant, as the European Tribunal and other Pan-European bodies assume the role of enforcement.

²¹² This is not to say that any system need be perfect, but rather it should not possess flaws so fundamental that render it effectively inept.

²¹³ Perhaps the more so, as the judges tend to be more conservative towards change, whilst holding a position of power which enables them to draw attention to 'impending doom'. See for example the Article of Lord Denning, 'Farewell to our sovereignty'.

can this be relied upon. The link between to the national and European system needs to be efficient, amicable and maintain the vital component of mutual trust.

Second, and to a certain extent inherent in the first, is to what extent the national systems can be said to be self contained. It is important for the success of the rights that specialist bodies adjudicate these rights throughout the adjudicative process. Without this, it would be possible for Member States' adjudicative machinery to undermine these Rights either intentionally or because they are unable to relate to the task before it. The autonomy of the labour court system, which the European Tribunal would be the flagship, is of paramount importance if unfavourable influences are to be avoided or counteracted.²¹⁴

B - The Best of the Three

The question therefore remains which of the three options available will maximise benefits. The main criteria must be the ability of the European Tribunal to conduct a contextual inquiry, where procedures and powers which reflect the special nature and relationship of the social and economic rights with social dialogue. It must be able to impose a workable agreement upon the parties, if necessary. (Though this agreement need not be equal to that which the parties themselves might have achieved had they applied themselves positively to doing so - indeed, the avoidance of an imposition of this kind of agreement is considered an excellent motivation to the parties to conclude their own superior, and hence more desirable, agreements.) Such a contextual approach is also needed if the Tribunal is not only to apply Rights at a level at the time of legislation, but at a time in the future. The Tribunal must ensure than the Rights do not take a static character, ensuring instead that the rights adjust progressively as needs change.

It would seem that the most favoured method of achieving this is through a tripartite composition, whereby legally qualified members of the Tribunal sit with wing-persons. The wing-persons are selected from nominations by bodies²¹⁵ representing both sides of industry for their knowledge, not only of the industrial relations system of a particular Member state, but also for their knowledge of other European industrial relations system and how they can (or perhaps should) interact. This enables the Tribunal to gain a deeper knowledge of the issues involved, introducing an industrial logic to their reasoning. In addition to which, the presence of wing-persons serve to reassure the social partners that their interest are at least being understood.²¹⁶

²¹⁴ See Wedderburn, "From Here to Autonomy" (1987).

²¹⁵ Either National or European.

²¹⁶ This is not the same as their interests being protected, the role of the wing-persons is not to represent their respective side but increasing understanding.

For the ECJ to do this would require a radical change in its composition, with all that this implies to its governing articles. It might be argued that new Advocate Generals could be introduced to give such advice to the court. While this would certainly aid the Court in gaining further information, the input from these officials are essential external to the decision making process. New judges, with 'industrial' knowledge would also be needed,²¹⁷ this would probably necessitate the forming of a special 'social' chamber within the ECJ. While it is possible for the present judges of the ECJ to meet the new challenge of the interpretation of fundamental social and economic rights, the learning process may be painful and long.²¹⁸ It must be admitted that the ECJ's history is somewhat mixed, whilst making daring decisions in furthering the objects of the Community during the foundation period it has nevertheless chosen to be unpredictable in the protection of human rights in general and refused to carry out empirical research in relation to collective agreements and Community Instruments.

Clearly, forming a New tribunal would be the most expedient, ensuring that the Tribunals composition is liable to produce the desired result in adjudicative methods and processes. Both a Body of Experts and a New Tribunal could therefore be chosen. The choice between the two will become a question of style, character and the nature of the 'judgements' delivered. A New Tribunal could adopt an informal judicial style, delivering enforceable judgements on specific issues brought before it by interested parties. Whereas a Body of Experts take the format more of a committee of enquiry than a court. It would give opinions upon violations either generally, from submitted reports, or from a particular complaint. The enforcement of their conclusions lies in political forum.

This is largely a question of objectives. While both perspective Tribunals are capable of furthering social and economic rights, their time-scales are radically different. The role of the Tribunal will initially be a pioneering one, as such, a more forceful role is envisaged. The method of enforcement should therefore be quick and certain.

The Body of Experts composition for the Tribunal would not be so certain in its enforcement nor in its timescale. While it would be capable of setting high levels of adjudication standards, it would not have an method of immediate enforcement. Whilst ever its enforcement lies in the Political arena, a large delay will result between the preparation of reports, conclusions of the body of experts and Member States governments acting upon them.

²¹⁷ While this will to some extent alleviate some of the problems of the absence of wing-persons it cannot be completely relied upon as an adequate replacement. This is particularly evident in relation to social partner full involvement in the adjudicative process.

²¹⁸ During which the credibility of the rights and the Tribunal may then be called into question.

A new Tribunal, as suggested by Bercusson, would have the advantage of being of providing equally high quality adjudication with quick and effective enforcement mechanisms. During the early stages of the formation and adjudication of the social and economic rights it would seem that a Tribunal with the more traditional enforcement mechanisms is more desirable. While the Tribunal as suggested by Bercusson cannot be considered desirable by everyone, especially those who fear the power of the judiciary in adjudicating fundamental social and economic rights, it would nevertheless seem to be the most appropriate forum for the adjudication of these rights. Not only will it provide the style of judicial investigation and interpretation considered desirable, but may also provide a method of enforcement.²¹⁹ Accordingly it would best meet the needs of the parties, the social partners, Member States and the Commission.²²⁰

C - An interim Solution

Inevitably, there will be a delay in the setting up of a European Tribunal, it cannot be established overnight. An interim measure might be proposed to help fill this gap, the example of the United States of America might be followed. Might it not be possible to encourage the social partners to create their own adjudicative procedures and machinery, through grievance arbitration. This might be done by encouraging the social partners to introduce their own procedures.

Alternatively, a Community Instrument might be used to specify a general requirement for the social partners to conclude their own agreement, agreeing their own appointment procedures, structure and decision making process. Such decisions could be enforcement through Member States ordinary judicial systems. This would be the most flexible approach. It allows the social partners to agree procedures which are best adapted to their individual circumstances and traditions.

A less flexible approach might be to impose either a completely defined system of arbitration upon either all, or selected, social partners²²¹. A midway might be to insist upon specified key features, for example, a tripartite arbitration body. Further support might be given through preparing and maintaining lists of appropriately accredited arbitrators. While this is not as flexible and personally adaptable for the social partners it does allow for a certain amount of consistency in formation, if not in judicial adjudication.²²²

Insisting upon the formation of some form of grievance arbitration agreement will at least ensure that should problems arise a minimum level of adjudication will be provided. By leaving the introduction of the agreements to the social partners it is possible to allow for a variable amount of local flexibility still to be maintained.

²¹⁹ Which has not only proven to be effective but which may also follow the model of the ECJ, which has the added advantage of being

known to the Member States.

- 220 Support structures will also be needed to complement the work of the new Tribunal. These include conciliation, arbitration and enforcement agencies/services, as well as research facilities.
- 221 Selected perhaps by size of constituency.
- 222 Both within the Member States and between Member States. Though it might be argued that these bodies can however reflect the individual industrial circumstances of the parties.

Such a measure would not, however, remove the need for a central European Tribunal to be established. Whilst grievance arbitration bodies have the facility to provide a high quality of local adjudication there still remains the need for co-ordination of adjudication and a body to lead the interpretation of Community Instruments. Grievance arbitration would be a stopgap which could perhaps be extended. Might it not then be possible for the central European Tribunal to link up with these independent arbitration bodies. This could prove especially valuable in those Member States where either no local tribunal exists or no adequate tribunal exists.²²³

Fundamental social and economic rights are an implicit part of the completion of the Single European Market. To protect these rights present structures need to be adjusted and new structures formed. Key to these changes is the establishment of a new tribunal. 1992 has become the key word for the advancement of Europe into the twenty-first century, but economic advancement cannot be accomplished without protection for various vulnerable groups. The establishment of fundamental social and economic rights need to be more than a formulation of words, a completely new central European Tribunal needs to be created to guide the 'Architects'²²⁴ beyond the year 2000 away from the pitfalls of social neglect.

Fundamental social and economic rights cannot be fully protected by the Community at present. Should the problems associated with deciding which right to include, their legal basis and formulating and defining the rights be overcome the Community will fail itself in its adjudication and enforcement of the rights. The European Court of Justice, despite its best effort cannot meet the challenge. Its very composition and workload prevent it.

An new tripartite tribunal needs to be created, with the sole aim of adjudicating these rights in a way sympathetic with their objectives. New procedures will need to be introduced to provide the social partners involvement in operation of the court, including the selection of wing-persons, and 'privileged' locus standi. Equally, support structures need to reflect this objective. This will, of course, require amendment to the Treaty, but without such a body the protection of social and economic rights will fail at the last hurdle. Without this, the 'architects' of Europe in the 1990's will become 'fire-fighters' in the Twenty-first century.

²²³ An inadequate tribunal might be considered those tribunals which do not allow specialist judges/wing-persons. The independence of those tribunals from other parts of the Member States judicial structure.

²²⁴ J. Delors, TUC Conference 1988.

David L. Scott

Bibliography

- B. Aaron Labour Courts and Organs of Arbitration, Vol XV, Chapter 16, International Encyclopedia of Comparative Law B. A. Hepple (Chief Ed.) (1985)
- A. Adinolfi 'The Implementation of Social Policy Directives Through Collective Agreements?' (1988) 25 C.M.L.Rev. 555
- B. Bercusson Employment Protection (Consolidation) Act 1978 London (1979)
- B. Bercusson Fundamental Social and Economic Rights in the Community EUI October 1989
- P. Bassett 'ACAS Chief call for new industrial relations court' Financial Times 25.X.1986
- X. Balnc-Jouvan 'The Status of the Unorganized Worker' in Dispute Settlement Procedures in 5 Western European Countries B. Aaron (ed) Institute of Industrial Relations (1969)
- R. Blaupain 'Prevention and Settlement of Collective Labour Disputes in the EEC Countries - A Comparative Study' [1972] ILJ 74
- K. ST.C.Bradley 'European Court: Legal Basis of Community Legislation' 13 E.L.Rev. 379
- Cappelletti 'The Expanding Role Judicial Review in Modern Societies' 58 Revista Juridica UPR (1989) 1
- J. Clark 'Towards a sociology of labour law' in Building on Kahn-Freund, Wedderburn, Lewis & Clark. (1983) Oxford University Press
- P. L. Davies 'The Central Arbitration Committee and Equal Pay' (1988) 34 Current Legal Problems 164
- Lord Denning 'Farewell to our Sovereignty' The Times, 3.XI.86
- L. Dickens
B. Townley
D. Winchester Tackling Sex Discrimination through Collective Bargaining, Equal opportunities Commission Research Series.
- J. Donaldson 'Lessons from the Industrial Court' (1975) 91 LQR 181
- U. Everling 82:1294 (1982-84) Michigan Law Review.
- Keith Ewing Britain and the ILO, The Institute of Employment Rights, (1989)

David L. Scott

- S. Erbes-Seguin Public Policies and Employment - Warwick Working Papers in Industrial Relations (1989)
- N. Foster 'The European Court of Justice and the European Convention for the Protection of Human Rights' (1987) 8 Human Rights Law Journal 245
- J. Fulcher 'On the Explanation of Industrial Relations Diversity: Labour Movements, Employers and the State in Britain and Sweden' (1988) British Journal of Industrial Relations 246
- F. Gibb 'New Breed of judge for a peoples court' The Times 3.I.1991
- S. Goodwin 'Speaker stresses sovereignty fears over EC ruling' - The Independent 21.VI.1990
- M. Gould 'The European Social Charter and Community Law - a comment' 15 E.L.Rev 222
- D. Harris The European Social Charter, (1988)
- F. Hase
& M. Ruetten 'Constitutional Court and Constitutional Ideology' (1982) 10 International Journal of the Sociology of Law
- T. Hanami &
R. Blaupain Industrial Conflict Resolution in Market Economies (1984)
- B. A. Hepple 'Restructuring Employment Rights' (1986) 15 ILJ 69
- B. A. Hepple 'The Crisis in EEC Labour law' (1987) 16 ILJ 77
- B. A. Hepple 'Labour Courts: Some Comparative Perspectives' (1988) 41 CLP 169
- B. A. Hepple Community Legal Instruments: Application and Enforcement. EUI Conference, Florence (4-6 Dec 1989)
- M. Hile 'The Protection of Fundamental Rights in the Community' in European law and the individual F.G. Jacobs (1976)
- D. Howarth 'The Autonomy of Labour Law: A response to Professor Wedderburn' (1988) 17 ILJ 11
- I.L.O. Conciliation and Arbitration Procedures in Labour Disputes: A Comparative Study, (1980)
- O. Kahn-Freund 'The Impact of Constitutions on Labour Law' [1976] Cambridge Law Journal 240

David L. Scott

- O. Kahn-Freund 'The European Social Charter' in European law and the individual F.G. Jacobs (1976)
- T. Kennedy 'The Essential Minimum: The Establishment of the Court of First Instance' (1989) 2 E.L.Rev 7
- Lord W McCarthy The Case for Labour Courts (Oct 1989) Industrial Law Society Paper
- J. Mortimer, 'Arbitration, the Public Interest and Labour Relations' in Labour Law and the Community Perspectives - Institute of Advanced Studies (1982)
- E. Osieke 'Majority voting systems in the International Labour Organisation and the International Monetary Fund' (1984) 33 ICLQ 381
- T. Ramm 'The Structure and Function of Labour Courts' in Dispute Settlement Procedures in 5 Western European Countries B. Aaron (ed) Institute of Industrial Relations (1969)
- H. Rasmussen 'Between Self-Restrain and Activism: A Judicial Policy for the European Court' (1988) 13 E.L.Rev. 28
- R.W. Rideout 'Arbitration and the Public Interest: Regulated Arbitration' in Labour Law and the Community Perspectives - Institute of Advanced Studies (1982)
- A. J. Riley 'The European Social Charter and Community Law' (1989) 19 E.L.Rev.80
- R. Rogowski 'Meso-Corporation and Labour Conflict Resolution: The theory and its application to the analysis of labour judiciaries in France, the Federal Republic of Germany, Great Britain and the United States'
- S. Sciarra Industrial Relations, Labour Law and Employment - Regulating the Unions: An Issue for 1992, Public Lecture, University of Warwick. 30th May 1989
- F. Schmidt Conciliation, Adjudication and Administration: 3 Methods of Decision-Making in Labour Disputes in Dispute Settlement Procedures in 5 Western European Countries B. Aaron (ed) Institute of Industrial Relations (1969)
- F. Schmidt Law and Industrial Relations in Sweden, Stockholm (1977)

David L. Scott

- F. Schmidt
& A. C. Neal 'Collective Agreements and Collective Bargaining', Vol XV, Chapter 12, International Encyclopedia of Comparative Law, B. A. Hepple (Chief Editor) (1984)
- Jurgen Schwarze 'The role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities'. EUI
- V. Shruballsall 'The Additional Protocol to the European Social Charter' (1989) 18 ILJ 39
- G. Slynn 'The Court of Justice and the European Communities' (1984) 33 ICLQ
- Lord Wedderburn 'Labour Law: From Here to Autonomy' (1987) 16 ILJ 1
- Lord Wedderburn
& S. Sciarra 'Collective Bargaining s Agreement and as Law: Neo-Contractual and Neo-Corporate Tendencies of our Age' in Law in the Making - Pizzorusso (ed.) (1988))
- Lord Wedderburn 'Legislative and Judicial Restrictions on Trade Union Action and the Right to Strike' - International Society of Labour Rights and Social Welfare (1989)
- J. H. H. Weiler 'Review Essay: The Court of Justice on Trial' [1987] C.M.L.Rev 291
- Sir J. Wood 'The collective Will and the Law' (1985) 17 ILJ 1
- 'Judicial Organisation in Europe', Council of Europe, Strasbourg (1975)
- Central Arbitration Committee, Annual Report, (1977)
- 'Tribunal plan angers railmen' - labour staff, Financial Times 14.XI.1983
- 'Conseils de prud'hommes: role and operation' (1988) 168 EIRR 18
- 'The use of courts in collective disputes' (1988) 173 EIRR 12
- 'Industrial Action and the Law - Denmark' (1988) 175 EIRR 13
- 'Recent trends in collective bargaining - France' (1988) 175 EIRR 11
- 'Who should judge the judges' - Editorial, New Law Journal, 9 Dec. 1988

Pickstone v Freeman [1988] IRLR 357 (House of Lords)

The role of the European Trade Union Confederation (1989) 187 EIRR 19

'Collective Bargaining in 1988 - France' (1989) 188 EIRR 21

'Employers' Organisations - West German' (1989) 188 EIRR

'The Court of First Instance' - Editorial (1989) 10 E.L.Rev. 265

The regulation of industrial conflict in Europe' EIRR Report No. 2 (Dec. 1989)

'Social Charter: Action Programme released' (1990) 192 EIRR 11

'Commission adopts 1990 work programme' (1990) 194 EIRR 2

'Labour Court case round-up - West Germany' (1990) 194 EIRR 24

Looking to the Future - The Labour Party, Policy Document, May 1990

'EC 'rewrites' British Constitution' The Independent 20.VI.1990

