

Cassis de Dijon für die Schweiz: Pur oder on the Rocks?

von ???

Im Mai 2005 sprach sich die schweizerische Regierung in ihrer Antwort auf eine Anzahl parlamentarischer Vorstösse dafür aus, die rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit in Anlehnung an das in der EG geltende Cassis de Dijon-Prinzip «für alle Produktbereiche, für welche die Schweiz und die EG unterschiedliche technische Vorschriften haben, die in der EG legal in Verkehr gebrachten Produkte auch in der Schweiz frei zirkulieren dürfen».¹ Der Bundesrat erhofft sich davon eine Belebung des Wettbewerbs und eine Senkung der Kosten in der Hochpreisinsel Schweiz. Inzwischen hat der Bundesrat einen Bericht über die Auswirkungen der Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips in der Schweiz vorgelegt.² Der vorliegende Aktualitätenbeitrag greift einige rechtliche Aspekte dieser Thematik auf.

Das Cassis de Dijon-Prinzip entstammt bekanntlich einem Urteil des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften (EuGH) aus dem Jahr 1979 betreffend deutsche Vorschriften für die Vermarktung alkoholischer Getränke («Cassis de Dijon», Rs. 120/78, Slg. 1979, 649). Danach mussten Fruchtliköre einen Alkoholgehalt von mindestens 25% aufweisen, was im Falle des französischen Cassis de Dijon nicht der Fall war. Es stellte sich die Frage, ob die deutsche Regelung das Verbot der mengenmässigen Beschränkungen von Warenimporten sowie von Massnahmen gleicher Wirkung nach Art. 28 EG verletzt. Diese Bestimmungen gelangen dann zur Anwendung, wenn für einen Bereich kein spezielles EG-Recht besteht. Art. 28 EG steht unter dem Vorbehalt einer Reihe von Ausnahmen, welche in Art. 30 EG abschliessend aufgezählt sind, darunter der Gesundheitsschutz und der Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums. Die *Cassis de Dijon*-Entscheidung betrifft den Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung, welcher vom EuGH bereits früher weit ausgelegt worden war («jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu

¹ Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Bühler (05.3054 vom 9.3.2005).

² Bericht des Bundesrates zur Cassis de Dijon Thematik vom 23. September 2005; Text im Internet abrufbar via www.seco.admin.ch/themen/news/pressecommuniques/index.html?lang=de&PHPSESSID=5c5c9d3876b09162640804c553651f9e.

behindern»; *Dassonville*, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837). *Cassis de Dijon* präzisierte, dass damit bezüglich der Einfuhr von Waren³ nicht nur spezifisch auf eingeführte Waren zielende Handelshemmnisse gemeint sind (z.B. das Erfordernis einer *Einfuhrlizenz*), sondern unter gewissen Umständen auch Massnahmen, welche sich auf alle im Einfuhrstaat vermarkteten Waren ungeachtet ihrer Herkunft richten. Solche unterschiedslos anwendbare Massnahmen stellen dann Massnahmen gleicher Wirkung dar, wenn sie nicht im allgemeinen Interesse zwingend erforderlich sind. In *Cassis de Dijon* erwähnt der EuGH Beispiele, u.a. den Konsumentenschutz.⁴ Liegen keine solchen Interessen vor, so müssen rechtmässig in einem Mitgliedstaat hergestellte Waren in den anderen EG-Ländern zur Einfuhr und Vermarktung zugelassen werden. Als Rechtfertigung für Handelshemmnisse kann dann nur noch Art. 30 EG herangezogen werden.

Daraus ergeben sich zwei wesentliche Charakteristika des *Cassis de Dijon*-Prinzips in seiner ursprünglichen Form («*Cassis de Dijon pur*»): zum einen statuiert *Cassis de Dijon* zwei Grundsätze, welche seither im EG-Recht über den Anwendungsbereich von Art. 28 EG hinaus zentrale Bedeutung erlangt haben, nämlich das Herkunftslandprinzip und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Sie ersparten der EG in vielen Bereichen mühsame Harmonisierungsanstrengungen. Zum anderen gilt es zu unterscheiden zwischen nicht abschliessend bestimmten, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nach Art. 28 EG, welche nur für unterschiedslos anwendbare Massnahmen relevant sein können, und abschliessend geregelten, eng auszulegenden gültigen Rechtfertigungsgründen nach Art. 30 EG, die allgemein zur Verfügung stehen. Auf diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich die schweizerische Diskussion um das *Cassis de Dijon*-Prinzip nicht auf dessen Reinform bezieht. So ist in der Schweiz regelmässig von einem *allgemeinen* Vorbehalt von Gründen des Allgemeininteresses die Rede, also ohne die erwähnte EG-rechtliche Differenzierung⁵ (die übrigens in der EG-rechtlichen Literatur durchaus kritisiert wird). Weitaus wichtiger ist aber die Tatsache, dass die vorgeschlagene schweizerische Version des Prinzips nicht auf *gegenseitige* Anerkennung zielt, sondern als Einbahnstrasse gedacht ist. Sie ist damit in einem entscheidenden Punkt verwässert

³ Dies gilt nur für Art. 28 EG, nicht aber für Art. 29 EG (Ausfuhr); Rs. 15/79 *Groenveld*, Slg. 1979, 3409.

⁴ Die Erwähnung des Gesundheitsschutzes in *Cassis de Dijon* beruht auf einem Versehen, kommt er doch bereits in Art. 30 EG vor; P.J.G. Kapteyn et al. (Hrsg.), *Kapteyn/VerLoren van Themaat. Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer: Deventer 2003, S. 560, FN 596.

⁵ Vgl. dazu auch BGE 118 Ib 367, wo das Bundesgericht den Umweltschutz zu den ausdrücklich geregelten Rechtfertigungsgründen zählte. Im EG-Recht handelt es sich aber um einen klassischen *Cassis de Dijon*-Fall (*Dänische Bierflaschen*, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607).

– also *Cassis de Dijon on the rocks* statt *pur*. Konkret stellt der Bundesrat eine Revision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) in Aussicht, welche die bisherige Strategie zur Bekämpfung von technischen Handelshemmnissen (bestmögliche Harmonisierung der schweizerischen Vorschriften mit dem EG-Recht; Abschluss von Abkommen mit wichtigen Handelspartnern) ergänzen soll. Ein neues Kapitel über den Marktzugang soll bestimmen, dass – unter dem Vorbehalt gewisser Ausnahmen – rechtmässig in der EG/im EWR in Verkehr gebrachte Produkte in der Schweiz ohne zusätzliche Auflagen in den Verkehr gebracht werden dürfen.⁶ Diese einseitige Anerkennung wird auch in der Lehre postuliert, und zwar nicht zuletzt wegen der laschen Praxis der Handhabung von Art. 4 TGH, welcher die Aufgabe der Rechtsangleichung zur Vermeidung von technischen Handelshemmnissen statuiert.⁷ Von anderer Seite wird dagegen vorgebracht, ein einseitiges Prinzip laufe auf einen autonomen Nachvollzug mit Blankocheck für die EG und einen politischen Ausverkauf der Schweiz hinaus.

Kritisch eingestellte Kreise dürften mit einer gewissen Genugtuung zur Kenntnis genommen haben, dass der Bundesrat in seinem eingangs erwähnten Bericht auch die *reziproke* Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips als zu grundsätzlich zu bevorzugende Lösung erwähnt, also die Variante *Cassis de Dijon pur*.⁸ Bis zu einem gewissen Grade gilt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Verhältnis zur EG bereits jetzt, z.B. im bilateralen Abkommen über Konformitätsbewertungen. Dort, wo es aber aus grundsätzlicher Sicht am nützlichsten wäre, nämlich im Rahmen des Freihandelsabkommens von 1972, bestehen Zweifel. Zwar ist das FHA inhaltlich dem damaligen EWG-Vertragsrecht zum freien Warenverkehr nachgebildet, doch wird immer wieder argumentiert, eine Auslegung gleich wie im EG-Recht scheitere an den unterschiedlichen Zielsetzungen der beiden Verträge. Diese Aussage erscheint zu aber allgemein. Es ist zwar richtig, dass ähnlich lautende Verträge im Lichte ihres jeweiligen Systems ausgelegt werden müssen (*Les Rapides Savoyards*, Rs. 218/83, Slg. 1984, 747). Richtig ist auch, dass die unterschiedliche Zielsetzung von Verträgen für die Auslegung von gleichlautenden Bestimmungen Folgen haben kann. Allerdings betreffen die diesbezüglichen Beispiele aus der Recht-

⁶ Presserohstoff des EVD vom 4. Mai 2005, Weiterer Abbau technischer Handelshemmnisse – Übernahme des *Cassis de Dijon* Prinzips, S. 5; www.europa.admin.ch/europapol/themen/cassis/d/medien.htm.

⁷ Zäch spricht von einer missbräuchlichen Verwaltungspraxis, die vom Bundesgericht weitgehend geschützt wird; ROGER ZÄCH, «Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in der Schweiz – nach dem Wettbewerbsrecht nun «*Cassis de Dijon*?», *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, S. 587; auch ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern: Stämpfli 2005, Rz. 236, 316 und 332, mit weiteren Hinweisen.

⁸ Bericht des Bundesrates zur *Cassis de Dijon* Thematik (FN 2), S. 10 und 21.

sprechung – soweit ersichtlich – gerade nicht den Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung, um welchen sich die Cassis de Dijon-Rechtsprechung dreht, sondern z.B. den Anwendungsbereich des Verbotes von mengenmässigen Beschränkungen. So verletzt norwegisches Recht, welches in Bezug auf den Handel mit Waren aus EWR-Drittländern im Markenrecht die internationale Erschöpfung vorsieht, das EWR-Recht mit seinem regionalen Erschöpfungsprinzip darum nicht, weil dieses Recht auf Waren aus Drittländern gar nicht anwendbar ist (*Maglite*, Rs. E-2/97, EFTA Court Reports 1997, 127). In anderer Hinsicht sind die Bestimmungen aber vergleichbar und darum auch gleich auszulegen (*Opel Austria*, Rs. T-115/94, Slg. 1997 II-39). In der Rechtsprechung zu *Freihandelsabkommen* betreffen die Unterschiede vor allem die ausdrücklich im Vertrag geregelten Ausnahmen, z.B. den Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums (z.B. *Polydor*, Rs. 270/80, Slg. 1982, 329, und *Omo*, BGE 105 II 49).⁹ Auf die Auslegung des Begriffes der mengenmässigen Beschränkung als solchen hat dies aber keinen Einfluss. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang die EuGH-Entscheidung *Eurim-Pharm* (Rs. C-207/91, Slg. 1993 I-3723), weil sie eine unterschiedslos anwendbare Massnahme betraf. Hier wies der EuGH das Argument zurück, mit dem EG-Recht gleich lautende Bestimmungen im FHA mit Österreich seien für den Parallelimport von Arzneimitteln nicht gleich auszulegen, weil das FHA weder eine Rechtsangleichung noch eine Verpflichtung zur behördlichen Zusammenarbeit im Arzneimittelsektor vorsehe. Mit anderen Worten: Nach dem EuGH lag sehr wohl eine Handelsbeschränkung vor.

Zu Recht argumentierte Generalanwalt Giuseppe Tesauo, dass eine unterschiedliche Auslegung von praktisch gleichlautenden Bestimmungen internationaler Verträge immer auf besonderen Gründen beruhen muss.¹⁰ Solche liegen aber im Falle von Art. 13 FHA und Art. 28 EG aus den erwähnten Gründen nicht vor. Nach der hier vertretenen Argumentation sollte daher der Ausdruck der «Massnahmen gleicher Wirkung» in Art. 13 FHA wie in *Cassis de Dijon* ausgelegt werden, und zwar auch durch das Bundesgericht. In dessen Rechtsprechung besteht diesbezüglich Klärungsbedarf, z.B. bezüglich der Aussage im *Omo*-Entscheid (BGE 105 II 49), dass mit dem Ausdruck «Massnahmen

⁹ So auch DURIC HANS-PETER, *Die Freihandelsabkommen EG/EFTA. Die rechtliche Problematik*, Baden-Baden: Nomos 1991, S. 87 ff.

¹⁰ *Eurim-Pharm*, Erw. 16, mit Verweisung auf das Urteil *Legros* (Rs. C-163/90, Slg. 1992 I-4625). Danach würde das FHA mit Schweden einen grossen Teil seiner praktischen Wirksamkeit einbüßen, wenn der Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung wie eine Zollabgabe beschränkter auszulegen wäre als derselbe Begriff im EG-Recht. – Vgl. im Zusammenhang mit dem Personenverkehr auch Rs. C-265/03 *Simutenkov*, Urteil vom 12. April 2005 (Slg. 2005, I-2579).

gleicher Wirkung» nur Massnahmen gemeint sein könnten, «welche die Wareneinfuhr unmittelbar betreffen». Zur Zeit des Erlasses dieses Urteils im Jahr 1979 lag die *Cassis de Dijon*-Entscheidung gerade noch nicht vor. Das Bundesgericht täte darum gut daran zu präzisieren, dass auch unterschiedslos anwendbare Massnahmen die Einfuhr unmittelbar betreffen können.

Ein weiterer Punkt betrifft die unmittelbare Wirkung von Art. 13 FHA, wozu eine klare Rechtsprechung nach wie vor fehlt.¹¹ Das Bundesgericht scheint es vorzuziehen, eine völkerrechtskonforme Auslegung des schweizerischen Rechtes für möglich zu erklären und damit einen Konflikt mit dem FHA auszuschliessen.¹² Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 13 FHA könnte also mutiger und klarer sein. Allerdings: Eine solche Anerkennung des *Cassis de Dijon*-Prinzips kann sich nur auf den eingeschränkten Anwendungsbereich des FHA beziehen (industrielle Produkte). Allein schon deshalb genügt *Cassis de Dijon pur* in der Schweiz nicht, sondern muss in anderen Sachbereichen um *Cassis de Dijon on the rocks* ergänzt werden. Man darf gespannt sein, mit welchem Cocktail die schweizerische Politik diesem komplexen Problem zu Leibe rücken wird.

¹¹ Anders als in der EG, wo die unmittelbare Wirkung von Verboten im FHA schon längst anerkannt ist; Rs. 104/81 *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641.

¹² Vgl. CHRISTA TOBLER/PASCAL GROLIMUND, «Gilt für die Schweiz bereits das *Cassis-de-Dijon*-Prinzip?», NZZ vom 12. Juli 2005, bezüglich BGE 1A.71/2004, Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 2005.