

## § 8

### Freiheit des Warenverkehrs

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

**Astrid Epiney, § 8, Freiheit des Warenverkehrs, in: Ehlers, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, S. 270-304. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

**Leitentscheidungen:** EuGH, Slg 1974, 837 ff – Dassonville; Slg 1979, 649 ff – Cassis de Dijon; Slg 1993, I-6097 ff – Keck; Slg 1995, I-1923 ff – Mars; Slg 1997, I-3843 ff – de Agostini; EuGH, Slg. 2003, I-14887 ff – DocMorris; EuGH, Slg. 2005, I-4133 ff – Burmanjer.

**Schrifttum:** *Ahlfeld* Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art 30 EGV, 1997; *Frenz* Handbuch Europarecht. Bd. I, Europäische Grundfreiheiten, 2004; *Füller* Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, 2000; *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004; *Hoffmann* Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, 2000; *Kingreen* Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; *Oliver/Jarvis*, Free Movement of Goods in the European Community, 4. Aufl., London 2003; *Oliver/Enchelmaier*, Free movement of goods: Recent developments in the case law, CMLRev. 2007, 649 ff.; *Mayer*, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion, EuR 2003, 793 ff.; *Millarg* Die Schranken des freien Warenverkehrs in der EG, 2001; *Woods*, Free Movement of Goods and Services within the European Community, 2004.

- 1 Die Freiheit des Warenverkehrs wird nach der Konzeption des EG-Vertrages durch drei „Kategorien“ von Bestimmungen bzw. Vorgaben gewährleistet: die Verwirklichung der Zollunion, das Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie das Gebot der Umformung staatlicher Handelsmonopole.
- 2 Art 25 ff EGV (Art 30 ff AEUV-E) enthalten die für die Zollunion maßgeblichen Vorschriften. Im Einzelnen ist hier einerseits der **Abbau von Ein- und Ausfuhrzöllen** sowie von **Abgaben gleicher Wirkung** (Art 25 EGV / Art 30 AEUV-E), andererseits die Einführung eines **Gemeinsamen Zolltarifs** gegenüber Drittstaaten (Art 26 EGV / Art 31 AEUV-E) vorgesehen. Während Art 25 EGV (Art 30 AEUV-E) unmittelbar wirksam ist, Einzelnen entsprechende Rechte verleiht und insofern dieselben Charakteristika wie die

Grundfreiheiten<sup>1</sup> aufweist,<sup>2</sup> wird der Gemeinsame Zolltarif (notwendigerweise) durch gemeinschaftliches Sekundärrecht eingeführt.<sup>3</sup>

3 Das **Verbot der mengenmäßigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen** und der **Maßnahmen gleicher Wirkung** (Art 28-30 EGV/Art 34-36 AEUV-E) ergänzt das in Art 25 EGV (Art 30 AEUV-E) ausgesprochene Verbot der tarifären durch ein solches der nichttarifären Handelshemmnisse und liefert somit einen wesentlichen Beitrag zur Öffnung der Märkte in Bezug auf die grenzüberschreitende Warenzirkulation.

4 Art 31 EGV (Art 37 AEUV-E) schließlich sieht die **Umformung staatlicher Handelsmonopole** vor. Diese die Verbote der tarifären und nicht tarifären Handelshemmnisse ergänzende Bestimmung soll verhindern, dass das Verhalten staatlicher Handelsmonopole die Wirksamkeit der Regeln über den freien Warenverkehr einschränkt.<sup>4</sup>

5 Die folgenden Ausführungen beschränken sich – im Sinne der Anlage dieses Bandes – auf den an zweiter Stelle genannten Aspekt, dem im Übrigen auch in der (gerichtlichen) Praxis die weitaus größte Bedeutung zukommt. In Bezug auf die inhaltliche Tragweite der Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) kann – entsprechend den ausgeführten allgemeinen Lehren (→ § 7 Rn 50 ff) – zwischen Schutzbereich (I.), Beeinträchtigung (II.) und Rechtfertigung (III.) unterschieden werden. Dabei werden die bereits allgemein ausgeführten Probleme nur am Rande angesprochen, so dass der Akzent auf den für den Bereich des Warenverkehrs spezifischen oder besonders relevanten Fragestellungen liegt.

## I. Schutzbereich

### 1. Räumlicher Schutzbereich

6 Der **räumliche Anwendungsbereich** der Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) ergibt sich aus Art 299 EGV (Art 52 EUV-E, Art 355 AEUV-E) und entspricht damit dem Geltungsbereich des EG-Vertrags.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> → Zum Begriff § 7 Rn 7.

<sup>2</sup> Während der Begriff der Zölle relativ kalr ist, wirft derjenige der Abgaben gleicher Wirkung einige Fragen auf. Hierzu mwN aus der Rspr *Epiney* in: Bieber/Epiney/Haag EU § 11 Rn 13 ff.

<sup>3</sup> Vgl hierzu ausf Voß in: Grabitz/Hilf Art 23 EGV Rn 17 ff.

<sup>4</sup> Allerdings werden staatliche Handelsmonopole nicht verboten, sondern (auch) den Regeln des freien Warenverkehrs unterstellt. Vgl im Einzelnen zu der Bestimmung und ihrer Auslegung durch den EuGH mwN *Kingreen* in: Calliess/Ruffert Art 31 EGV.

<sup>5</sup> → Im Einzelnen § 7 Rn 48.

## 2. Sachlicher Schutzbereich

### a) Aus den Mitgliedstaaten stammende oder sich im freien Verkehr befindende Waren

7 Nach Art 25 II EGV (Art 28 II AEUV-E) findet das Kapitel über den freien Warenverkehr auf **Waren** Anwendung, die aus den **Mitgliedstaaten stammen** oder sich in den Mitgliedstaaten im **freien Verkehr** befinden.

8 Der Begriff der **Ware** wird im Vertrag nicht definiert; allerdings ist er durch die Rechtsprechung des EuGH<sup>6</sup> einer gewissen Klärung zugeführt worden. Danach sind unter Waren bewegliche körperliche Sachen zu verstehen, denen grundsätzlich ein Geldwert zukommt, so dass sie Gegenstand von Handelsgeschäften sein können. Der EuGH legt hier teilweise aber auch eine pragmatische Sicht zugrunde, so wenn er die Warenqualität von Abfall wegen ansonsten auftretender Abgrenzungsschwierigkeiten – Abfall kommt manchmal, aber nicht immer ein Geldwert zu, und diese Beurteilung kann sich auch recht schnell ändern – bejaht.<sup>7</sup> Elektrischer Strom und Gas sind ebenfalls als Ware anzusehen,<sup>8</sup> wofür insbesondere ihre Handelsfähigkeit und ihre praktische Handhabung als geldwertes Gut sprechen.

9 Auch wenn es um bewegliche Sachen geht, kann die Wareneigenschaft und damit die Einschlägigkeit von Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) dann zu verneinen sein, wenn der beweglichen Sache als solcher gar keine Bedeutung und kein bzw ein vergleichsweise zu vernachlässigender Wert zukommt, insb weil der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit auf einem anderen Gebiet zu suchen ist. So ist etwa die Beschlagnahme von Lotterielosen und des diesbezüglichen Werbematerials im Gefolge der Anwendung eines allgemeinen Verbots von Lotterieveranstaltungen nicht unter dem Gesichtspunkt der Warenverkehrs-, sondern demjenigen der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen, steht doch die Versendung der Materialien in untrennbarem Zusammenhang mit der Durchführung von Lotterieveranstaltungen.<sup>9</sup> Ebenso steht nach Ansicht des EuGH bei der Lieferung eines Laserspiels die Dienstleistungsfreiheit dann im Vordergrund, wenn die Einfuhr von Waren nur hinsichtlich der speziell für die untersagte Laserspielvariante entwickelten Ausrüstung beschränkt und dies eine zwangsläufige Folge der Beschränkung der erbrachten Dienstleistung ist.<sup>10</sup> Hingegen berühre ein nationales Verbot des „ambulanten“ Verkaufs von Zeitschriftenabonnements ohne

---

<sup>6</sup> Vgl etwa EuGH, Slg 1999, I-7319, Rn 30 ff – Jägerskiöld.

<sup>7</sup> EuGH, Slg 1992, I-4431, Rn 22 ff – Kommission/Belgien = *Kunig* JK 93, EWGV Art 30/3.

<sup>8</sup> EuGH, Slg. 1994, I-1477, Rn 28 – Almelo; AuGH, Slg. 2001, I-2099, Rn 68 ff. – Preussen Elektra.

<sup>9</sup> EuGH, Slg 1994, I-1039, Rn 22 f – Schindler.

<sup>10</sup> EuGH, Slg 2004, I-9609, Rn 26 f – Omega.

Genehmigung schwerpunktmäßig Art. 28 EGV, während die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV zurücktrete.<sup>11</sup> Die Wareneigenschaft ist ebenfalls zu bejahen, wenn ein Produkt als „Speicherungsbehälter“ dient, wie etwa bei Schallplatten.<sup>12</sup>

10 Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass diesen Abgrenzungsfragen insofern keine große praktische Relevanz zukommen dürfte, als im Falle der Verneinung der Einschlägigkeit des Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) die Dienstleistungsfreiheit (Art 49 EGV/Art 56 AEUV-E) zum Zuge käme.

11 Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob die Wareneigenschaft (und ggf. die Einschlägigkeit auch anderer Grundfreiheiten) aus **ethischen Gründen** ausgeschlossen werden soll.<sup>13</sup> Diese Problematik wird etwa bei Leichen oder auch bei Embryonen oder Stammzellen relevant und kann sich entsprechend auch im Rahmen anderer Grundfreiheiten stellen. Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe gegen eine grundsätzliche Einschränkung des Warenbegriffs aus ethischer Sicht: Zunächst ist die Frage der möglichen Reichweite einer solchen Einschränkung kaum wirklich allgemein-abstrakt und damit vorhersehbar zu beantworten, differieren doch die Ansichten darüber, was „ethisch“ ist und was nicht, erheblich, wie die derzeitige Diskussion über die Stammzellen exemplarisch aufzuzeigen vermag. Weiter und insbesondere geht die Systematik der Art 28 ff EGV (Art 34 ff. AEUV-E) davon aus, dass solche Probleme im Rahmen der Rechtfertigung zu lösen sind, nimmt doch Art 28 EGV (Art. 34 AEUV-E) grundsätzlich gerade keine Rücksicht auf die rechtliche Einordnung eines bestimmten Produkts in einem Mitgliedstaat. Diesem Aspekt wird vielmehr auf der Rechtfertigungsebene (Art 30 EGV/Art 36 AEUV-E und zwingende Erfordernisse, insbesondere öffentliche Ordnung) Rechnung getragen. Daher erscheint es sinnvoller, die möglicherweise bestehende ethische Fragwürdigkeit des Handels mit bestimmten Produkten auf dieser Ebene zu lösen; auf diese Weise kann dann auch der unterschiedlichen Beantwortung solcher Fragen durch die Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden. Auch die Rechtsprechung des EuGH geht im Zusammenhang mit den Personenverkehrsfreiheiten in diese Richtung, so wenn der Gerichtshof die Einschlägigkeit des Art 49 EGV (Art 56 AEUV-E) für Abtreibungen<sup>14</sup> oder diejenige der Art 39, 43 EGV (Art 45/49 AEUV-E) für die Tätigkeit als Prostituierte<sup>15</sup> bejaht, wobei er die Erwägung, dass diese Tätigkeiten unethisch sein könnten bzw. nach dem Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verboten sind, offenbar nicht für ausschlaggebend ansieht.

---

<sup>11</sup> EuGH, Slg 2005, I-4133 – Burmanjer.

<sup>12</sup> Hierzu und zur Abgrenzung von den „Erfindungen“ Voß in: Grabitz/Hilf Art 23 EGV Rn 12.

<sup>13</sup> Zu diesem Problem Frenz Handbuch Europarecht Bd I Rn 701 f.

<sup>14</sup> EuGH, Slg. 1991, I-4685 – Grogan.

<sup>15</sup> EuGH, Slg. 2001, I-8015 – Jany.

12 Art 28 ff. EGV (Art 34 ff. AEUV-E) finden jedoch nur auf solche Waren Anwendung, die entweder **aus den Mitgliedstaaten stammen** oder aber – im Fall von aus Drittstaaten stammenden Waren – sich **in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr** befinden. Der Nachweis des Gemeinschaftscharakters der Waren ist im Einzelnen im Zollkodex geregelt.<sup>16</sup>

13 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang schließlich auf **Sonderregelungen** für spezifische Waren und **Bereichsausnahmen**: Erstere bestehen hinsichtlich der dem EAG-Vertrag unterfallenden Waren, wobei aber dieser Vertrag ebenfalls den Abbau der Binnenschranken vorsieht. In Erwägung ziehen könnte man, die Vorschriften des EG-Vertrages jedenfalls subsidiär anzuwenden,<sup>17</sup> was dann in Betracht kommt, wenn die konkreten Garantien des EG-Vertrages weiter gehen.<sup>18</sup> Auf die landwirtschaftlichen Erzeugnisse finden ua die Vorschriften über den freien Warenverkehr soweit Anwendung, als Art 33-38 EGV (Art 39-44 AEUV-E) nichts Abweichendes bestimmen (Art 32 II EGV/Art 38 II AEUV-E). Weiter ist von Bedeutung, dass der Handel mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial gemäß Art 296 I lit b) EGV (Art 346 I lit b AEUV-E) eingeschränkt werden kann.

b) Zum Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs

14 Auch die Anwendbarkeit der Art 28 ff EGV (Art 34 ff. AEUV-E) setzt im Übrigen nach der Rechtsprechung des EuGH einen **grenzüberschreitenden Sachverhalt** voraus.<sup>19</sup> Sog „umgekehrte Diskriminierungen“ – dh solche Fälle, in denen inländische Erzeugnisse im Gefolge der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (zB des Art 28 EGV/Art. 34 AEUV-E) schlechter gestellt sind als aus dem EU-Ausland eingeführte Waren – sind danach aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zulässig. In Anbetracht der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts – insb der Einführung des Ziels der Errichtung eines „grenzenlosen“ Binnenmarktes – dürfte jedoch das ausschließliche Abstellen auf eine Grenzüberschreitung als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts seinem Stand nicht mehr Rechnung tragen. Angemessener wäre hier eine differenzierendere Betrachtungsweise, so

---

<sup>16</sup> VO 2913/92, ABl 1992 L 302, 1. Hierzu aus Voß in: Grabitz/Hilf Art 23 EGV Rn 16 ff. Der Zollkodex wurde jüngst revidiert, was einerseits zu einer Vereinfachung und Neuordnung der Rechtsvorschriften, andererseits zu einer Straffung des Zollverfahrens führt. Der neue Zollkodex ist zwar bereits in Kraft getreten, kann aber vor Erlass der Durchführungsverordnung durch die Kommission – wofür sie fünf Jahre Zeit hat – nicht angewendet werden. Vgl. ABl. 2008 L 145, 1.

<sup>17</sup> So Voß in: Grabitz/Hilf Art 23 EGV Rn 14.

<sup>18</sup> So enthält der EAG-Vertrag etwa nur ein Verbot mengenmäßiger Beschränkungen, nicht aber Maßnahmen gleicher Wirkung.

<sup>19</sup> →Hierzu bereits im Einzelnen § 7 Rn 20, 25; vgl. aus der Rechtsprechung speziell zu Art 28 EGV EuGH, Slg. 1987, 809, Rn 12 – Mathot; EuGH, Slg. 1987, 995, Rn 7 – Rousseau.

dass das Fehlen eines grenzüberschreitenden Elements zwar bei der Art und Weise der Prüfung des Art 28 EGV (Art. 34 AEUV-E) auf der Rechtfertigungsebene von Bedeutung sein könnte (insbesondere in Bezug auf den den Mitgliedstaaten einzuräumenden Gestaltungsspielraum), nicht jedoch schon von vornherein die Anwendung dieser Bestimmung ausschliesse.<sup>20</sup> Letztlich dürfte auch die Rechtsprechung des EuGH die Fragwürdigkeit des Abstellens auf die „Grenzüberschreitung“ als Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Grundfreiheiten illustrieren: Denn dieser<sup>21</sup> fasst das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements immer weiter, so dass es letztlich ausreicht, dass irgendein Element des Ausgangssachverhalts einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, ohne dass etwa die grenzüberschreitende Wahrnehmung der Freiheit selbst notwendig wäre.<sup>22</sup> Zudem reicht offenbar bereits die Möglichkeit der Inanspruchnahme zumindest gewisser Grundfreiheiten für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs aus;<sup>23</sup> eine Möglichkeit der Wahrnehmung bestimmter Rechte besteht aber fast immer. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist nicht erkennbar, durch welche voraussehbaren Kriterien das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs festgestellt werden kann und unter welchen Voraussetzungen ein – in den Worten des Gerichtshofs – „relevantes Element“, das über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausreicht, vorliegen soll; vielmehr legt die Rechtsprechung die Annahme nahe, dass nicht ein „relevantes Element“ grenzüberschreitend sein muss, sondern dass „irgendein“, wenn auch sehr schwach ausgeprägter, Bezug zum EU-Ausland ausreicht. Bei einer derart weiten Auslegung des Erfordernisses des grenzüberschreitenden Bezugs erscheint jedoch eine Differenzierung zwischen „grenzüberschreitenden“ und „internen“ Sachverhalten kaum mehr sachdienlich.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Ausf zu diesem Ansatz *Epiney* Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, insb S 200 ff; zum Problemkreis auch *Hammerl* Inländerdiskriminierung, 1997; *Epiney* in: Calliess/Ruffert Art 12 EGV Rn 27 ff.

<sup>21</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit insbesondere EuGH, Slg. 2002, I-6279, Rn 28 ff. – Carpenter = Ehlers JK 12/02, EGV Art 49/6; EuGH, Slg. 2003, I-11613 – Garcia Avello; EuGH, Rs. C-208/05, EuZW 2007, 220 – ITC; EuGH, Slg. 2005, I-6421 – Schempp. Zu

<sup>22</sup> Insbesondere zum zuletzt genannten Aspekt *Bernhard Hofstötter*, A Cascade of Rights, or who shall care for little Catherine? Some reflections on the *Chen* case, ELJ 2005, 548 (551 ff.); *Alina Tryfonidou*, C-200/02, Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department: Further Cracks in the „Great Wall“ of the European Union?, EPL 2005, 527 (536 ff.).

<sup>23</sup> Hierauf ausdrücklich hinweisend *Armin von Bogdandy/Stephan Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, FS Manfred Zuleeg, 2005, 309 (319 f.).

<sup>24</sup> Vgl. schon *Epiney* Umgekehrte Diskriminierungen, insb S 200 ff.; spezifisch mit Bezug zur Unionsbürgerschaft *Bode* Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten. Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots im Hochschulbereich unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft, 2005, S 237; *Shuibhne*, CMLRev. 2002, 731 ff.; *Spaventa*, CMLRev. 2008, 13 ff.; *Toner*, MJ 2000, 158 ff.; *Kämmerer*, EuR 2008, 45 (49), jeweils m.w.N. S. neuerdings die überzeugende Untersuchung von *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im

### 3. Persönlicher Schutzbereich

#### a) Berechtigte

15 Der Schutzbereich der Art 28 ff. EGV (Art 34 ff. AEUV) knüpft entscheidend an den Warenbegriff an und ist insofern ausschließlich als Produktverkehrsfreiheit ausgestaltet; im Gegensatz zu den Personenverkehrsfreiheiten fehlt jeglicher Hinweis darauf, dass sich nur Unionsbürger sowie juristische Personen, die gewissen Anforderungen genügen, auf diese Bestimmungen berufen könnten. Diese Sachbezogenheit der Warenverkehrsfreiheit und ihr Sinn und Zweck, im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktes den freien Verkehr von Waren im Binnenmarkt zu gewährleisten (eine Zielsetzung, die in Bezug auf die vom Schutzbereich erfassten Waren, unabhängig von deren Eigentümer, zum Zuge kommen muss), legen es nahe, dass sich auch Drittstaatsangehörige auf die Gewährleistung des freien Warenverkehrs berufen können.<sup>25</sup>

#### b) Verpflichtete

16 **Fall 1:** (EuGH, Slg 2003, I-5659 – Schmidberger/Österreich)

Auf der Brenner-Autobahn, eine zentrale Nord-Süd-Transitachse, kam es 1998 zu einer Demonstration von Umweltschützern, die sich gegen den (wachsenden) Transitverkehr wandten. Die Demonstration wurde von den zuständigen österreichischen Behörden (nach Einreichung eines entsprechenden Antrags) nicht untersagt und führte zu einer 30-stündigen Blockade der Autobahn. Die österreichischen Behörden informierten einige Zeit vor der Demonstration umfassend über diese und schlugen verschiedene Ausweichstrecken vor. Eugen Schmidberger, ein Spediteur, klagte vor dem OLG Innsbruck gegen die Republik Österreich und beantragte Schadensersatz dafür, dass seine LKWs während dieser Zeit nicht genutzt werden konnten und er dadurch einen genauer bezifferten Verdienstausschlag erlitten habe. Das OLG Innsbruck stellt sich im Rahmen dieses Verfahrens die Frage, ob die Republik Österreich gegen ihre gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen hat, da sie die Demonstration nicht untersagt hat.

17 Normadressaten der Art 28 ff EGV (Art 34 ff AEUV-E) sind in erster Linie die **Mitgliedstaaten**, von denen auch in der Praxis der weitaus größte Teil der Beschränkungen dieser Grundfreiheiten ausgeht. In Verbindung mit Art 10 EGV (Art 4 EUV-E) ergibt sich im Übrigen auch eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, unter bestimmten Voraussetzungen

---

Gemeinschaftsrecht, 2008, insb 245 ff. A.A. aber in der neueren Literatur etwa *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 ff.

<sup>25</sup> Ebenso etwa *Frenz* Handbuch Europarecht Bd I Rn 222 f.; a.A. etwa *Kingreen* in: Calliess/Ruffert Art 28-30 EGV Rn 32 f.

gegen Handelshindernisse einzuschreiten, die von Privaten ausgehen.<sup>26</sup> Unklar ist hier auf der Grundlage der Formulierungen in der jüngeren Rechtsprechung<sup>27</sup>, ob es für die tatbestandliche Einschlägigkeit der Art 28 iVm Art 10 EGV (Art 34 AEUV-E iVm Art 4 EUV-E) ausreicht, dass das Verhalten Privater zu irgendeiner, wenn auch nur minimalen Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs führt oder ob eine bestimmte Beeinträchtigungsschwelle notwendig ist. Angesichts des Umstandes, dass letztlich auch verschiedene grundsätzlich legale Geschäftspraktiken (z.B. das Anpreisen lokaler Produkte in der Werbung) regelmäßig „irgendwelche“ Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Warenverkehr entfalten können, sprechen die besseren Gründe für das Erfordernis zumindest einer gewissen „Beeinträchtigungswahrscheinlichkeit und-schwelle“, wobei letztlich an das sich auch in der Rechtsprechung findende Kriterium, dass jedenfalls rein hypothetische Ereignisse nicht zu berücksichtigen sind,<sup>28</sup> angeknüpft werden kann, so dass die Beeinträchtigung bzw. ihre Kausalität jedenfalls mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und damit wohl auch einer gewissen Intensität zu erwarten sein muss. Dieses Erfordernis lässt sich im Übrigen auch aus den tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen der hier relevanten staatlichen Schutzpflicht bzw. den Anforderungen an die zu treffenden Schutzmaßnahmen ableiten: Letztlich geht es hier lediglich um die Pflicht zur Ergreifung der nach den Umständen erforderlichen Maßnahmen; liegt nur eine sehr geringfügige Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs vor, dürften aber bereits keine Umstände gegeben sein, die staatliche Schutzmaßnahmen erforderlich machten. Jedenfalls ist im Rahmen der Rechtfertigung anderen Interessen, so insbesondere grundrechtlichen Gewährleistungen, Rechnung zu tragen. Weiter geht der EuGH auf der Rechtfertigungsebene in Bezug auf die Frage, ob die Staaten die notwendigen Schutzmaßnahmen ergriffen haben, regelmäßig von einem (auch im Vergleich zu den abwehrrechtlichen Konstellationen) recht weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten aus. Dies überzeugt insofern, als es regelmäßig mehrere Möglichkeiten gibt, dem Schutzauftrag nachzukommen.

- 18 Eine staatliche Maßnahme liegt auch dann vor, wenn Private ihre gewerblichen Schutzrechte geltend machen: Zwar muss der Rechtsinhaber seinen Anspruch geltend machen; die dann einfuhrbeschränkende Maßnahme – Beschlagnahme, Vermarktungsverbot unter bestimmten Voraussetzungen oä – geht aber von staatlichen Organen (Behörden oder

<sup>26</sup> EuGH, Slg 1997, I-6959, Rn 24 ff – Kommission/Frankreich = *Erichsen* JK 99, EGV Art 30/3. → Hierzu ausf § 7 Rn 46.

<sup>27</sup> EuGH, Slg 2003, I-5659 – Schmidberger = *Schoch* JK 11/03, EGV Art 28/3.

<sup>28</sup> EuGH, Slg 2000, I-493 – Graf.



Gerichten) aus.<sup>29</sup> Unerheblich ist es im Übrigen, ob die staatliche Maßnahme zwingenden Charakters ist oder nicht; entscheidend ist allein die diskriminierende oder beschränkende Wirkung.<sup>30</sup> So sah der EuGH etwa eine Werbekampagne der irischen Behörden, vermehrt einheimische Produkte zu kaufen, als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung an.<sup>31</sup>

19       Aber auch die **Gemeinschaftsorgane** selbst müssen sich an die Vorgaben der Art 28 ff EGV (Art 34 ff AEUV-E) halten,<sup>32</sup> was sich schon aus der Normenhierarchie (Primärrecht geht Sekundärrecht vor) ergibt.

20       Ob und inwieweit **Privatpersonen** durch Art 28 ff EGV (Art 34 ff AEUV-E) verpflichtet werden, ist – ebenso wie im Rahmen der übrigen Grundfreiheiten (→ § 7 Rn 45 f) – (noch) nicht abschließend geklärt. Die Rechtsprechung hierzu dürfte mittlerweile davon ausgehen, dass Art 28 ff EGV (Art 34 ff AEUV-E) keine umfassende Drittwirkung zukommt.<sup>33</sup> Allerdings betont die jüngere Rechtsprechung auch, dass formal private Gesellschaften, die im Zuge gesetzlicher Vorgaben errichtet worden sind, auf Grund gesetzlicher Zuweisungen bestimmte Zielsetzungen zu verfolgen haben, bestimmte öffentlich-rechtliche Vorgaben bei der Tätigkeit zu beachten haben und durch Pflichtbeiträge bestimmter Personen finanziert sind, die Vorgaben des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) beachten müssen, wenn sie eine allen Betrieben der betreffenden Wirtschaftszweige zugängliche Regelung einführen, die sich wie eine staatliche Regelung auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken kann.<sup>34</sup> Bei Vorliegen einer solchen Konstellation geht der EuGH offenbar von einer Zurechnung des Verhaltens der privaten Gesellschaft zum Staat aus.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Vgl aus der Rspr zB EuGH, Slg 1994, I-2789, Rn 33 f – Ideal Standard; Slg 1990, I-3711, Rn 8 f – Haag II; aus der Literatur nur *Leible* in: Grabitz/Hilf Art 29 EGV Rn 6.

<sup>30</sup> Hierzu noch sogleich u.

<sup>31</sup> EuGH, Slg 1981, 1625, Rn 12 – Kommission/Irland.

<sup>32</sup> EuGH, Slg 1994, I-3879, Rn 11 – Meyhui.

<sup>33</sup> EuGH, Slg 1982, 4005, Rn 6 ff – Kommission/Irland; Slg 1988, 5249, Rn 11 – Bayer; die entgegengesetzte Aussage in EuGH, Slg 1981, 181, Rn 17 f – Dansk Supermarked hat der Gerichtshof später nicht mehr aufgegriffen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass der EuGH nunmehr einer Drittwirkung ablehnend gegenübersteht; auch EuGH, Slg 1997, I-6959, Rn 24 ff – Kommission/Frankreich = *Erichsen* JK 99, EGV Art 30/3 dürfte in diese Richtung gehen, denn der Umstand, dass der EuGH mit keinem Wort auf die Frage der möglichen Verantwortlichkeit der Privaten einging, deutet wohl darauf hin, dass er eine Drittwirkung ablehnt. Allerdings erwähnte der EuGH in EuGH, Rs. C-438/05, NZA 2008, 124 – ITC im Zusammenhang mit der Bejahung der Drittwirkung des Art. 43 EGV, dass das Urteil EuGH, Slg 1997, I-6959, Rn 24 ff – Kommission/Frankreich darauf hindeute, dass Beschränkungen auch nicht staatlichen Ursprungs sein könnten. Die Bedeutung dieses Hinweises bleibt aber unklar, da zwar die Beschränkungen in EuGH, Slg 1997, I-6959, Rn 24 ff – Kommission/Frankreich nicht staatlichen Ursprungs waren, es hingegen aber um die Pflichtverletzung staatlicher Organe im Zusammenhang mit dem entsprechenden privaten Verhalten ging.

<sup>34</sup> EuGH, Slg 2002, I-9977 – Kommission/Deutschland (CMA-Gütezeichen) = *Schoch* JK 4/03, EGV Art 28/2.

<sup>35</sup> Vgl aber zu den durch dieses Urteil aufgeworfenen offenen Fragen *Epiney* NVwZ 2004, 555, 561.

21 Eine Verneinung einer umfassenden Drittwirkung liegt jedenfalls im Rahmen der Art 28 ff EGV (Art 34 ff AEUV-E) vor dem Hintergrund der Funktion und Zielsetzungen der Art 28 ff EGV (Art 34 ff AEUV-E) im Gesamtsystem des Vertrages nahe: Denn zunächst sollen diese Bestimmungen im Wesentlichen das Verbot von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung durch die Unterbindung nichttarifärer Handelshemmnisse ergänzen. Auch ist es für die effektive Verwirklichung des freien Warenverkehrs nicht unbedingt notwendig, private Verhaltensweisen zu erfassen, sind diese doch Gegenstand anderer Bestimmungen des Vertrages, nämlich der Wettbewerbsregeln (Art 81 f EGV Art 101 f AEUV-E). Im Übrigen erscheint eine nunmehr auch offenbar vom EuGH im Rahmen des Art 39 EGV (Art 45 AEUV-E) zugrunde gelegte umfassende Drittwirkung<sup>36</sup> grundsätzlich problematisch: Denn sie dürfte der ebenfalls zu beachtenden Privatautonomie und Vertragsfreiheit kaum Rechnung tragen und insofern auch über die Funktion der Grundfreiheiten hinausgehen, ganz abgesehen von den damit einhergehenden Auslegungs- und Anwendungsproblemen, etwa auf der Rechtfertigungsebene. Der bislang in der Rechtsprechung vorherrschende Ansatz der Beschränkung der Drittwirkung auf Regelungswerke, die eine ähnliche rechtliche oder faktische Bindungswirkung entfalten wie staatliche Normen,<sup>37</sup> erscheint daher überzeugender: Er erlaubt die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten in den problematischen Bereichen und ist schon deshalb ausreichend, weil ansonsten die staatliche Schutzpflicht greift. Insofern vermag die erwähnte jüngere Rechtsprechung im Grundsatz zu überzeugen, verneint sie doch offenbar eine allgemeine Drittwirkung des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) und bejaht vielmehr eine Zurechnung des Verhaltens Privater zum Staat und damit eine Bindung an Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) nur unter der Voraussetzung, dass der Staat mit privatrechtlichen Mitteln eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, in verschiedener Hinsicht die Gesellschaft kontrolliert und die Regelung der Gesellschaft sich wie eine staatliche Regelung auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr auswirkt.

22 **Lösung Fall 1:**  
Das Verhalten Österreichs (kein Verbot der Demonstration auf der Brenner-Autobahn bzw. Genehmigung der Kundgebung) könnte gegen Art 28 iVm Art 10 EGV verstoßen. Diese Bestimmungen verpflichten die Mitgliedstaaten dazu, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die Möglichkeit der tatsächlichen Wahrnehmung der Warenverkehrsfreiheit nicht durch das Verhalten (anderer) Privater beeinträchtigt wird. Im vorliegenden Fall liegt eine solche Beeinträchtigung vor, da es die Blockade der Autobahn dem Spediteur verunmöglicht, die Waren in einer wirtschaftlich vertretbaren Zeit zu transportieren; auch die Behinderung oder Verunmöglichung der Durchfuhr von Waren stellt nämlich eine Beeinträchtigung des Art 28 EGV dar. Daher stellt die Genehmigung der besagten Demonstration eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung dar. Allerdings kann diese Einschränkung des freien Warenverkehrs durch den

<sup>36</sup> EuGH, Slg 2000, I-4139, Rn 34 ff – Angonese = Ehlers JK 01, EGV Art 39/1; → § 9 Rn 46.

<sup>37</sup> Vgl schon EuGH, Slg 1974, 1405 – Walrave; s sodann EuGH, Slg 1995, I-4921 – Bosman.

Schutz der Grundrechte, namentlich der in Art 10, 11 EMRK garantierten Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit gerechtfertigt werden. Diese Grundsätze stellen nämlich berechnigte Interessen dar, die grundsätzlich geeignet sind, eine Beschränkung des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen. Damit stehen sich zwei Interessen – die Verwirklichung der Freiheit des Warenverkehrs auf der einen und der genannten Grundrechte auf der anderen Seite – gegenüber, die anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls abzuwägen sind. Im vorliegenden Fall ist dabei insbesondere darauf hinzuweisen, dass es sich um eine genehmigte Demonstration handelte, dass die Autobahn (nur) ein einziges Mal für 30 Stunden blockiert war, dass die Blockade geografisch begrenzt war, dass die Demonstration sich nicht gegen den Handel mit Waren einer bestimmten Art oder Herkunft richtete, dass die Behörden verschiedene Rahmen- und Begleitmaßnahmen getroffen hatten, um die Störungen des Straßenverkehrs möglichst gering zu halten und dass ein schlichtes Verbot der Versammlung einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Versammlungsfreiheit bedeutet hätte und strengere Auflagen der Demonstration einen wesentlichen Teil ihrer Wirkung hätten nehmen können. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände war die durch die österreichischen Behörden im vorliegenden Fall vorgenommene Abwägung nicht unverhältnismäßig, so dass sie das ihnen zustehende weite Ermessen nicht überschritten haben. Eine Verletzung der Art 28, 10 EGV ist somit zu verneinen.

## II. Beeinträchtigung

- 23 Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) verbieten mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung, wobei beide Bestimmungen auf Grund ihrer unterschiedlichen inhaltlichen Tragweite<sup>38</sup> getrennt erörtert werden sollen (1., 2.).

### 1. Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung (Art 28 EGV/Art 34 AEUV-E)

#### a) Mengenmäßige Beschränkungen

- 24 Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) verbietet zunächst **Einfuhrbeschränkungen**. Hierunter sind Maßnahmen zu verstehen, die die Wareneinfuhr der Menge oder dem Wert nach begrenzen.<sup>39</sup> Konkret nehmen Einfuhrbeschränkungen in der Regel die Form von Kontingenten an; erfasst sind aber auch – als stärkste Form der Beschränkung – Ein- oder Durchfuhrverbote. Im Gegensatz zu Maßnahmen gleicher Wirkung geht es hier um Maßnahmen, die die Einfuhr ganz oder teilweise verbieten, verunmöglichen oder beschränken, so dass sonstige, nicht unmittelbar die Einfuhr selbst beschränkende Maßnahmen – also insb solche, die bestimmte

<sup>38</sup> Zumindest auf der Grundlage der Rspr und der hier vertretenen Ans.

<sup>39</sup> EuGH, Slg 1973, 865, Rn 7 – Geddo.

Anforderungen an die Beschaffenheit von Produkten stellen – als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen sind bzw sein können.<sup>40</sup>

25 Einfuhrbeschränkungen sind per definitionem (offen) diskriminierend; nicht diskriminierende Maßnahmen sind daher unter dem Gesichtspunkt der Maßnahmen gleicher Wirkung zu prüfen.

26 Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen kommen allerdings derzeit allenfalls ausnahmsweise (zB bei umweltpolitisch motivierten Maßnahmen etwa zum Artenschutz) vor, so dass ihre praktische Bedeutung vernachlässigt werden kann.

#### b) Maßnahmen gleicher Wirkung

27 **Fall 2:** (EuGH, Slg 2001, I-2001, I-1795 – Gourmet International.)

In Schweden besteht ein Werbeverbot für alkoholische Getränke in Zeitungen und Zeitschriften sowie Rundfunk und Fernsehen. Gestützt auf dieses Verbot beantragte der Konsumentombudsman (Verbraucherbeauftragte) beim zuständigen Gericht, Gourmet International Products AB (GIP) zu verbieten, Werbeanzeigen für alkoholische Getränke in Zeitungen, Zeitschriften sowie Rundfunk und Fernsehen veröffentlichen zu lassen. Das Gericht möchte der Klage stattgeben, hegt aber Zweifel an der Vereinbarkeit eines solchen Verbots mit Art 28 EGV.

28 Zentral für die Tragweite und Bedeutung des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) ist das Verbot von **Maßnahmen gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen**. Ihre Einbeziehung in den Tatbestand des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der freie Warenverkehr häufig durch nicht quantifizierbare Maßnahmen ebenso „wirksam“, aber weniger „sichtbar“ wie durch Einfuhrbeschränkungen behindert wird bzw werden kann.

29 Für die Bestimmung des Begriffs der Maßnahmen gleicher Wirkung ist vor diesem Hintergrund in erster Linie die **Wirkung einer Maßnahme** entscheidend: Entfaltet diese gleiche oder vergleichbare Folgen für die Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten wie Einfuhrbeschränkungen, wird sie vom Tatbestand des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) erfasst. Im Einzelnen können damit in Abhängigkeit von dem „Ob“ und „Wie“ einer Diskriminierung verschiedene Arten von Maßnahmen gleicher Wirkung unterschieden werden.

#### aa) Offene Diskriminierungen

30 Zunächst fallen all diejenigen Maßnahmen, die ausdrücklich nach der Warenherkunft (Inland einerseits, EU-Ausland andererseits) differenzieren, unter den Begriff der Maßnahmen

---

<sup>40</sup> Vgl aus der Rspr etwa EuGH, Slg 1983, 203, Rn 21 f – Kommission/Vereinigtes Königreich; Slg 1989,

gleicher Wirkung. Beispiele aus der Praxis in diesem Zusammenhang sind etwa obligatorische gesundheitspolizeiliche Untersuchungen für eingeführte Waren<sup>41</sup> oder Kennzeichnungspflichten nur für eingeführte Waren<sup>42</sup>.

bb) Versteckte Diskriminierungen

31 Verboten sind aber auch **versteckte Diskriminierungen**, also solche Maßnahmen, die zwar an ein „neutrales“ Kriterium anknüpfen, jedoch in der Sache im Wesentlichen eingeführte Produkte betreffen bzw. benachteiligen (→ allgem. hierzu § 7 Rn 22). Die Abgrenzung versteckter Diskriminierungen von den sogleich zu behandelnden Beschränkungen ist im Einzelnen problematisch und wohl kaum praktikabel unter Zugrundelegung allgemein handhabbarer Kriterien, jedenfalls im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.<sup>43</sup> Im Übrigen kommt dieser Unterscheidung jedenfalls im Rahmen des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) keine praktische Bedeutung zu, da sich die Rechtfertigungsgründe für versteckte Diskriminierungen und Beschränkungen decken.<sup>44</sup>

32 Die in der Literatur<sup>45</sup> teilweise vertretene Ansicht, im „Kernbereich“ – also zB dem Zugang selbst zu einer Beschäftigung im Rahmen des Art 39 EGV (Art 45 AEUV-E) – der Grundfreiheiten gelte ein allgemeines Beschränkungsverbot, während in den „Randbereichen“ – zB der Regelung der Ausübung einer Beschäftigung im Anwendungsbereich des Art 39 EGV (Art 45 EUV-E) – nur ein (weit verstandenes) Diskriminierungsverbot gelte, kommt jedenfalls im Zusammenhang mit Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) auf der Grundlage der Rechtsprechung (der in der Literatur weitgehend gefolgt wird) keine Bedeutung zu: Denn Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) ist allgemein als Beschränkungsverbot auszulegen, und Einschränkungen des Tatbestandes ergeben sich aus der sog. *Keck*-Formel, so dass für eine Differenzierung nach „Kern- und Randbereichen“ der Grundfreiheiten kein Raum mehr bleibt und auch kein Bedürfnis besteht. Im Übrigen ist diese Differenzierung schon vom Ansatz her problematisch: Zunächst impliziert sie, dass im Falle des Kernbereichs allgemein ein schwererer Eingriff in die Rechte der Betroffenen vorliege, was aber jedenfalls nicht zwingend ist, können doch zB bestimmte Beschäftigungsmodalitäten möglicherweise zumindest faktisch zu Zugangsbeschränkungen führen. Damit in engem Zusammenhang steht

---

229, Rn 4 f – Kommission/Deutschland.

<sup>41</sup> Vgl. den Sachverhalt in EuGH, Slg. 1989, 3997 ff – Kommission/Deutschland.

<sup>42</sup> Vgl. den Sachverhalt in EuGH, Slg. 1981, 1625 ff – Kommission/Irland.

<sup>43</sup> Vgl. zu Art 12 EGV und den hier maßgeblichen Kriterien *Epiney* (Fn 20) S. 102 ff.

<sup>44</sup> S. u. Rn 48 ff. u. → § 7 Rn 90.

die Überlegung, dass sich Kern- und Randbereich häufig wohl nur schwer voneinander trennen lassen.

33 Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auf eine Abgrenzung zwischen versteckten Diskriminierungen und Beschränkungen verzichtet, und die Problembereiche werden im Folgenden im Zusammenhang mit der Erörterung der Beschränkungen behandelt. Dabei geht es im Wesentlichen um die Präzisierung der genauen Tragweite der *Keck*-Rechtsprechung.

#### cc) Beschränkungen

34 Auch nicht diskriminierende, sondern „nur“ den **Warenverkehr beschränkende Maßnahmen** fallen grundsätzlich unter den Tatbestand des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E), was schon insofern nahe liegt, als auch diese im Ergebnis ähnliche Wirkungen wie Einfuhrbeschränkungen entfalten können. Als Beispiele sind etwa an Regelungen der Produktbeschaffenheit oder die Werbung betreffende Vorschriften zu nennen.

35 Allerdings bedarf das Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen eine solche Beschränkung vorliegt, der Präzisierung, denn ansonsten könnten alle Maßnahmen, die einen irgendwie gearteten Bezug zum freien Warenverkehr aufweisen bzw eine Rückwirkung auf den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten entfalten, von Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) erfasst werden. Ausgangspunkt hierfür ist nach wie vor die sog **Dassonville-Formel**: Danach ist unter einer Maßnahme gleicher Wirkung jede staatliche Regelung, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“, zu verstehen.<sup>46</sup> Damit ist also die beschränkende Wirkung der Maßnahmen entscheidend, so dass die Eignung einer Maßnahme, handelsbeschränkende Wirkungen zu entfalten, maßgeblich ist. Unerheblich ist dabei, ob diese tatsächlich eingetreten sind oder nicht.<sup>47</sup>

36 Diese **weite Fassung des Begriffs der Maßnahmen gleicher Wirkung** hat zur Folge, dass Waren, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt worden sind, grundsätzlich in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt und dort vermarktet werden können, auch wenn sie nicht den nationalen Anforderungen (insbesondere Produkt- oder Zulassungserfordernissen) entsprechen. Vorbehalten bleibt aber natürlich das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen.

---

<sup>45</sup> In diese Richtung wohl *Jarass* EuR 2000, 705, 711. S. ansonsten die Nachweise zur Diskussion in der Literatur bei *Kingreen* in: Calliess/Ruffert Art 28-30 Rn 56 ff.

<sup>46</sup> EuGH, Slg 1974, 837, Rn 5 – Dassonville.

<sup>47</sup> Ausdrücklich EuGH, Slg 1984, 1299, Rn 20 – Prantl.

Darüber hinaus können auch nicht produktbezogene Regelungen, wie etwa Produktions- und Vermarktungsvorschriften, unter die *Dassonville*-Formel fallen. Denn auch sie können (negative) Auswirkungen auf das Volumen (bestimmter) eingeführter Produkte entfalten. Deutlich wird damit auch, dass das konsequente und ausschliessliche Abstellen auf die *Dassonville*-Formel für die Feststellung der tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) zur Folge hat bzw hätte, dass der Anwendungsbereich dieser Bestimmung sehr weit ausgedehnt wird bzw würde und kaum eine staatliche Maßnahme nicht erfasst werden kann bzw könnte, entfalten doch zahlreiche Regelungen zumindest mittelbar und potenziell Rückwirkungen auf die Einfuhr von Produkten. Damit könnte eine kaum eingrenzbare Zahl nationaler Vorschriften an den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, konkret an Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E), gemessen werden.

37 Vor diesem Hintergrund hat die Rechtsprechung verschiedene Ansätze entwickelt, die die tatbestandliche Reichweite des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) im Vergleich zur *Dassonville*-Formel eingrenzen.

38 Zu nennen sind zunächst verschiedene Urteile des Gerichtshofs, in denen dieser einen **hinreichend engen Bezug zum freien Warenverkehr** verneinte. So lehnte der EuGH das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung in seiner Entscheidung zum deutschen Nachtbackverbot (Verbot der Auslieferung von Brötchen vor 6 Uhr morgens) mit der Begründung ab, hier gehe es um eine nationale Verkaufsregelung, die keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweise und deshalb den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen könne.<sup>48</sup> Ebensowenig erachtete der Gerichtshof Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) in Bezug auf das belgische Verbot des Ausschanks von Alkoholika zu Nachtzeiten für einschlägig: Denn die Maßnahme stehe in keinem Zusammenhang mit der Einfuhr von Waren, so dass sie schon nicht geeignet sei, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.<sup>49</sup> Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof es mit ähnlicher Begründung ablehnte, Sonntagsverkaufsverbote am Maßstab des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) zu messen.<sup>50</sup> Interessant sind diese Urteile insb deshalb, weil bei allen fraglichen Maßnahmen letztlich eine mittelbare und potenzielle Beeinträchtigung des Einfuhrvolumens von Produkten kaum zu verneinen war, so dass allein auf der Grundlage der *Dassonville*-Formel der Tatbestand des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) hätte bejaht werden müssen. Besonders auffallend ist dies beim belgischen Nachtausschankverbot für Alkoholika: Denn dessen Sinn und Zweck besteht ja gerade darin, nachfrage- und damit auch

---

<sup>48</sup> EuGH, Slg 1981, 1993, Rn 10 – Oebel.

<sup>49</sup> EuGH, Slg 1982, 1211, Rn 9 – Blesgen.

<sup>50</sup> EuGH, Slg 1989, 3851, Rn 14 – Torfaen Borough.

einfuhrhemmend zu wirken. Ableiten kann man aus dieser „frühen“ – weil vor der *Keck*-Rspr<sup>51</sup> angesiedelten – Rspr<sup>52</sup> nur, dass gerade bei nicht (offen oder versteckt) diskriminierenden Maßnahmen potenzielle Markteinbußen und damit Auswirkungen auf das Volumen eingeführter Produkte nicht in jedem Fall ausreichen, damit der Tatbestand des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) eröffnet ist. Allerdings wurde nicht klar, nach welchen Kriterien genau die Tragweite der *Dassonville*-Formel eingeschränkt werden sollte.

39 Insofern leitete dann das **Keck-Urteil** aus dem Jahr 1993<sup>53</sup> eine gewisse auch dogmatische Klarstellung ein. Gegenstand des Urteils war das französische Verbot des Verkaufs bestimmter Waren zum Verlustpreis, das nicht am Maßstab des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) gemessen werden könne. Zur Begründung stellte der EuGH darauf ab, dass „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ nicht in den Anwendungsbereich des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) fielen, sofern sie zwei Voraussetzungen erfüllten: Erstens müssten sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und zweitens müsse der Absatz inländischer und eingeführter Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich gleich berührt sein.<sup>54</sup> Die *Keck*-Rspr schränkt damit schon den Tatbestand des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) ein, dies im Gegensatz zu der zeitlich vor ihr entwickelten sog *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung, die aus dogmatischer Sicht auf der Rechtfertigungsebene anzusiedeln ist.<sup>55</sup> Jedenfalls dürfte die *Keck*-Rechtsprechung weniger eine „Kehrtwende“ der Rechtsprechung, denn eine teleologisch begründete Einschränkung des weiten Tatbestandes des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) darstellen, so dass der Auslegung dieser Bestimmung als Beschränkungsverbot nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird, sondern dessen Tragweite lediglich eingeschränkt wird.

40 In einem jüngeren Urteil<sup>56</sup> – in dem es um ein mitgliedstaatliches Verbot des „ambulanten“ Verkaufs von Zeitschriftenabonnements ohne Genehmigung ging – zog der EuGH (letztlich in recht getreuer Anwendung der ursprünglichen *Keck*-Formel) folgendes „Prüfungsschema“ zur Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen der *Keck*-Rechtsprechung heran (wobei er deren Einschlägigkeit im Ergebnis bejahte): Erstens sei die Vertriebsbezogenheit der Maßnahme zu prüfen. Zweitens müsse die betreffende Maßnahme ohne Unterscheidung nach der Herkunft der fraglichen Waren auf alle betroffenen

---

<sup>51</sup> S sogleich im Text im nächsten Abs.

<sup>52</sup> Vgl neben den angeführten Fällen noch die weiteren Nachweise bei *Middeke* Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1994, S 132 f, unter Berücksichtigung der verschiedenen Ansätze zu ihrer dogmatischen Einordnung; ausf zu der einschlägigen Rspr auch *Hammer* Handbuch zum freien Warenverkehr, 1998, S 35 ff.

<sup>53</sup> EuGH, Slg 1993, I-6097 ff – *Keck*.

<sup>54</sup> EuGH, Slg 1993, I-6097, Rn 16 – *Keck*.

<sup>55</sup> S u Rn 53 ff u → § 7 Rn 63.



Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, anwendbar sein. Drittens schließlich dürfe die betreffende nationale Regelung den Absatz von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nicht stärker beeinträchtigen als den von Erzeugnissen aus dem Inland. Eine zu unbedeutende und zufällige Wirkung sei dabei außer Betracht zu lassen, könne dadurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten doch nicht behindert oder gestört werden.

41        Trotz der mit der Keck-Rechtsprechung einhergehenden dogmatischen Klarstellung der Einschränkung der *Dassonville*-Formel und damit der tatbestandlichen Reichweite des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) erlaubt die *Keck*-Formel allein jedoch keine (eindeutige) Antwort auf die Frage nach der tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) in Bezug auf eine Reihe von Massnahmen. So fragt es sich etwa, wie genau produkt- und vertriebsbezogene Maßnahmen voneinander abzugrenzen sind (etwa bei Verwendungsbeschränkungen oder bei die Verpackung betreffenden Bestimmungen) und unter welchen Voraussetzungen genau eine (potenzielle) diskriminierende Wirkung in Bezug auf eingeführte Produkte anzunehmen ist. Gewisse Anhaltspunkte lassen sich aber – ausgehend von der *Keck*-Formel – der **Folgerechtsprechung** entnehmen.

42        So stellen Maßnahmen, die sich in irgendeiner Form auf die **Beschaffenheit von Produkten** (unter Einschluss ihrer Verpackungen, jedenfalls sofern diese untrennbar mit dem Produkt verbunden ist) selbst beziehen, keine Verkaufsmodalitäten dar, da sie nicht vertriebsbezogen sind. Daher ist das Verbot, die Verpackung eines Schokoladenriegels unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Zusatz „+10%“ zu kennzeichnen, als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen und am Maßstab des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) zu prüfen.<sup>57</sup> Ebensowenig ist das Verbot, bestimmte Erzeugnisse unter einer gewissen Bezeichnung zu vermarkten, als bestimmte Verkaufsmodalität iSd *Keck*-Formel anzusehen, so etwa das Verbot, ein kosmetisches Mittel unter dem Namen „Clinique“ zu vermarkten.<sup>58</sup> Aufgrund der engen Verbundenheit mit dem zu verkaufenden Produkt ist auch das Verbot, in Zeitschriften oder sonstigen Drucksachen Gewinnspiele anzubieten, als Maßnahme gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen anzusehen.<sup>59</sup>

43        Maßnahmen, die die Art und Weise der **Vermarktung eines Produkts** bestimmen, ohne jedoch mit diesem „verbunden“ zu sein, sind grundsätzlich vertriebsbezogen. So ist das Gebot, Säuglingsnahrung nur in Apotheken zu verkaufen, als Verkaufsmodalität

---

<sup>56</sup> EuGH, Slg 2005, I-4133 - Burmanjer.

<sup>57</sup> EuGH, Slg 1995, I-1923, Rn 12 f – Mars.

<sup>58</sup> EuGH, Slg 1994, I-317 ff – Clinique; s auch Slg 1996, I-6039 ff – Graffione.

<sup>59</sup> EuGH, Slg 1997, I-3689, Rn 12 – Familiapress = *Erichsen* JK 98, EGV Art 30/1 = → § 14 Rn 31, 38.

einzustufen.<sup>60</sup> Ähnliches gilt für eine nationale Regelung, wonach der Vertrieb von Tabakwaren zugelassenen Einzelhändlern vorbehalten ist.<sup>61</sup> Aber auch die Regelung der Öffnungszeiten von Tankstellen wird vom EuGH als Verkaufsmodalität angesehen.<sup>62</sup>

44 Bei den **Grenzfällen** kommt es nach der Rechtsprechung des EuGH iE darauf an, ob eine bestimmte Maßnahme bereits den **Marktzugang** eines Produkts verhindert oder einschränkt, also maW zur Folge hat, dass das jeweilige Produkt erst gar nicht auf den Markt des betroffenen Mitgliedstaates gelangen kann oder dies behindert wird und daher eine diesbezügliche **Ungleichbehandlung einheimischer und eingeführter Produkte** zu bejahen ist.<sup>63</sup> Bei vertriebsbezogener Werbung etwa geht es nicht um den Zugang zum Markt, wird dieser doch „schrakenlos“ gewährleistet, sondern um die Art und Weise des Vermarktens des Produkts. So ist denn auch nach der Rspr des EuGH das Verbot der Fernsehwerbung für bestimmte Erzeugnisse grundsätzlich als Verkaufsmodalität einzuordnen, es sei denn, ein solches Verbot entfaltet stärkere Auswirkungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten.<sup>64</sup> Allerdings könne ein vollständiges Verbot der Absatzförderung dann in den Anwendungsbereich des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) fallen, wenn es den Marktteilnehmern die einzig wirksame Form der Absatzförderung nehme, welche den Zugang zum nationalen Markt ermöglicht.<sup>65</sup> Weiter gehe es bei einem Erfordernis der vorherigen Einfuhrerlaubnis in Bezug auf bestimmte Produkte jedenfalls um eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung, da dieses den innergemeinschaftlichen Handel behindern und den Marktzugang von Waren erschweren könne.<sup>66</sup>

45 Jedenfalls ist der Tatbestand des Art 28 (Art 34 AEUV) immer dann eröffnet (auch bei vertriebsbezogenen Regelungen), wenn eine Maßnahme unterschiedliche Wirkungen für einheimische und eingeführte Produkte entfaltet, letztere also **offen oder versteckt diskriminiert**. Dies sei etwa bei einer Regelung der österreichischen Gewerbeordnung der Fall, wonach nur derjenige Lebensmittel „herumziehend“ feilbieten darf, der in dem betreffenden oder einem angrenzenden Gewerbebezirk eine ortsfeste Niederlassung unterhält,

---

<sup>60</sup> EuGH, Slg 1995, I-1621, Rn 15 – Kommission/Griechenland.

<sup>61</sup> EuGH, Slg 1995, I-4663, Rn 35 f – Banchero.

<sup>62</sup> EuGH, Slg 1994, I-2199, Rn 13 ff – t’Heuske. S. auch EuGH, Slg. 1994, I-2355 – Punto casa; EuGH, Slg. 1996, I-2975, I-2975 – Smeraro Casa Uno.

<sup>63</sup> In diese Richtung etwa EuGH, Slg 1995, I-1621, Rn 11 f – Kommission/Griechenland; Slg 1995, I-1141, Rn 37 – Alpine Investments; ausdrücklich EuGH, Slg 2001, I-1795, Rn 18 – Gourmet International: Nach den Ausführungen im Urteil Keck „fallen nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nur dann nicht in den Anwendungsbereich des Art 28 EGV, wenn diese nicht geeignet sind, den Marktzugang für Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun“.

<sup>64</sup> EuGH, Slg 1995, I-179, Rn 20 ff – Leclerc; Slg 1997, I-3843, Rn 39 f – de Agostini.

<sup>65</sup> EuGH, Slg 1997, I-3843 – de Agostini; EuGH, Slg. 2004, I-3025 – Karner.

<sup>66</sup> EuGH, Slg. 2006, I-9171 – Ahokainen und Leppik.

führe diese Regelung doch dazu, dass Anbietern aus dem Ausland damit der Zugang zu diesem Spektrum des österreichischen Marktes verwehrt wäre.<sup>67</sup> Ähnlich argumentierte der EuGH in Bezug auf das sehr umfassende schwedische Verbot der Werbung mit Alkohol: Eine solche Regelung führe dazu, dass der Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert werde als für die ohnehin schon besser bekannten einheimischen Produkte.<sup>68</sup> Auch das deutsche Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln stellt nach Ansicht des EuGH keine Verkaufsmodalität dar, da es die ausländischen Apotheken (und damit die eingeführten Produkte), die als solche auf dem deutschen Markt nicht tätig sind, stärker betreffe als die inländischen; für erstere sei das Internet als Zugang zum deutschen Markt von ungleich größerer Bedeutung als für letztere.<sup>69</sup> Insgesamt besteht damit eine Tendenz in der Rechtsprechung, all solche Vermarktungs- und Werberegungen mit spürbaren Auswirkungen auf den Umsatz der betreffenden Produkte, die unmittelbar oder mittelbar den Bekanntheitsgrad von Produkten beeinflussen, nicht als Verkaufsmodalitäten anzusehen, da sie aufgrund der prinzipiell besseren Markteinführung nationaler Produkte die eingeführten Produkte stärker „belasten“.

46        Alle **Abgrenzungsprobleme** sind auch mit diesen Anhaltspunkten nicht gelöst, wie etwa das Bsp eines generellen Werbeverbots für ein bestimmtes Produkt (zB Alkohol oder Tabak) zeigt: Die einschlägigen Urteile des EuGH betonen, wie erwähnt, einerseits, es gehe etwa bei Fernsehwerbung um eine Verkaufsmodalität,<sup>70</sup> weil offenbar der Zugang zum Markt selbst ja nicht eingeschränkt werde und die Möglichkeit des Verkaufs des entsprechenden Produkts unbeschränkt möglich bleibe; im Übrigen wird eine materielle Diskriminierung zwischen eingeführten und einheimischen Produkten offenbar abgelehnt. Andererseits aber weist der EuGH darauf hin, eine Maßnahme gleicher Wirkung liege immer dann vor, wenn das (vollständige) Verbot einer Form der Absatzförderung eines Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat nachteilige Auswirkungen auf Erzeugnisse anderer Mitgliedstaaten entfalte.<sup>71</sup> Dies erscheint auch insofern einsichtig, als jedenfalls ein quasi generelles Werbeverbot dazu führen dürfte, dass inbs neu eingeführte Produkte fast nicht lanciert werden können. Allerdings fragt es sich, ob die gewählten Vergleichsgruppen zutreffend gewählt wurden: Denn ein Werbeverbot wirkt sich an sich nicht für einheimische und eingeführte Produkte,

<sup>67</sup> EuGH, Slg 2000, I-151, Rn 9 – Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb = *Schoch* JK 00, EGV Art 28/1. Sehr krit zu diesem Urteil vor dem Hintergrund der seiner Ans nach zu weiten Auslegung des Begriffs der versteckten Diskriminierung *Gundel* EuZW 2000, 311 f.

<sup>68</sup> EuGH, Slg 2001, I-1795, Rn 20 f – *Gourmet International*; s auch noch sogleich die Lösung zu Fall 2.

<sup>69</sup> EuGH, Slg 2003, I-14887 – *DocMorris*. S. auch EuGH, Rs. C-141/07, Urt. V. 11.9.2008 – *Kommission/Deutschland* in Bezug auf die Anforderungen an Apotheken, die für die Direktbelieferung von Krankenhäusern mit Arzneimitteln zugelassen waren.

<sup>70</sup> EuGH, Slg 1995, I-179, Rn 20 ff – *Leclerc*; s auch Slg 1993, I-6787, Rn 19 ff – *Hünemund*.

sondern für schon etablierte und (noch) nicht etablierte Produkte unterschiedlich aus. Dann aber stellt sich die Frage, ob für die Feststellung einer diskriminierenden Wirkung nicht (auch) danach gefragt werden sollte, ob die Maßnahme die Neueinführung einheimischer Produkte weniger stark betrifft. Jedenfalls nähert sich ein vollständiges Werbeverbot in Bezug auf seine Wirkungen einer Marktzugangsbeschränkung an, da auch neue inländische Produkte wohl nur sehr schwer in den Markt eingeführt werden können. Wo nun genau die Grenze zwischen beiden Fallgestaltungen – reine Verkaufsmodalität ohne diskriminierende Wirkung einerseits und (materiell diskriminierendes) vollständiges Verbot der Absatzförderung eines Produkts – zu ziehen ist, bleibt nach wie vor offen. Insofern hätten die Urteile des EuGH in Bezug auf die nicht produktbezogene Werbung durchaus auch anders ausfallen können. Weiter fragt es sich, wie andere nicht unmittelbar mit der Verpackung verbundene Werbemaßnahmen (wie z.B. die vergleichende Preiswerbung<sup>72</sup> oder das sog. „Euromarketing“) zu beurteilen sind.

47 Weiter und an diese Erwägungen anschließend erscheint die Rechtsprechung manchmal auch nicht in sich schlüssig zu sein: So bejahte der EuGH in Bezug auf die griechische Regelung, die Zulässigkeit von Verkaufsstellen für „Bake-off“-Erzeugnisse<sup>73</sup> von denselben Voraussetzungen abhängig zu machen, wie sie für Verkaufsstellen herkömmlicher Backwaren gelten<sup>74</sup> (was zur Stilllegung der Verkaufsstellen dieser Erzeugnisse in Supermärkten führte), die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 28 EGV (Art 34 AEUV-E): Die Voraussetzungen der *Dassonville*-Formel seien erfüllt, und eine Anwendung der *Keck*-Rechtsprechung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die fraglichen nationalen Bestimmungen die Herstellungsbedingungen für Backwaren regelten, die Einfuhrhindernisse implizierten, gehe es doch um zusätzliche, das Inverkehrbringen der Backwaren erschwerende Erfordernisse. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Verbraucher- und/oder Gesundheitsschutzes scheide mangels Erforderlichkeit der Maßnahme aus. Es fällt schwer, hier den Unterschied zu dem griechischen Gebot, Säuglingsmilch ausschließlich in Apotheken zu verkaufen<sup>75</sup> zu sehen, dürfte doch auch die Beschränkung der Verkaufsstellen für Babynahrung zu einer Erschwerung des Marktzugangs führen. Denn eine Beschränkung von Verkaufsstellen für

---

<sup>71</sup> EuGH, Slg 1997, I-3843, Rn 40 – de Agostini; ebenso Slg 2001, I-1795, Rn 20 f – Gourmet International.

<sup>72</sup> Die Rechtsprechung bejahte hier vor der *Keck*-Rechtsprechung die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E), vgl. EuGH, Slg 1990, I-667 – GB-INNO; EuGH, Slg 1993, I-2361 – Yves Rocher.

<sup>73</sup> Dies sind Backwaren, die vollständig oder teilweise vorgebacken, anschließend tiefgefroren und nach schnellem Auftauen oder Aufwärmen konsumiert werden

<sup>74</sup> Dabei ging es insbesondere um das Genehmigungserfordernis für den Betrieb von Bäckereien sowie die erforderlichen städtebaulichen und baurechtlichen Anforderungen für ihre Erteilung, etwa in Bezug auf Mindestgröße, Belüftungs- und Beleuchtungsbedingungen sowie die vorgeschriebenen Geräte.

<sup>75</sup> Rn 43.

bestimmte Produkte zieht regelmäßig (auch) Einfuhrhindernisse nach sich. Weiter zeigt ein Vergleich dieser beiden Urteile bzw. beider Ausgangsfallgestaltungen, dass die Abgrenzung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Maßnahmen ggf. recht schwierig sein kann: Denn der EuGH geht offenbar in Bezug auf die Zulässigkeit von Verkaufsstellen für „Bake-off“-Erzeugnisse von produktbezogenen Maßnahmen aus, obwohl an sich keine Anforderungen an die Produkte, sondern an die Verkaufsstellen definiert werden, so dass gute Gründe hier – wie bei sonstigen Einschränkungen für Verkaufsstellen bestimmter Produkte – dafür sprechen, von der Vertriebsbezogenheit der Maßnahme auszugehen.

48        Der **Ansatz des EuGH** kann aber auch unabhängig von derartigen Abgrenzungsproblemen bzw Inkonsistenzen in der Rechtsprechung (teilweise) **hinterfragt** werden: Geht man nämlich davon aus, dass der Sinn und Zweck des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) in erster Linie darin zu sehen ist, dass die in den verschiedenen Mitgliedstaaten produzierten Waren unabhängig von ihrer Herkunft bzw. ihrem Ursprung im Unionsgebiet frei zirkulieren können, liegt es nahe, darauf abzustellen, ob ganz allgemein die Rahmenbedingungen für die Vermarktung oder den Vertrieb von Produkten geregelt werden oder ob es darum geht, bestimmte Produkte in irgendeiner Weise einer besonderen Regelung zu unterwerfen. Letzteres ist aber immer dann der Fall, wenn eine nationale Vorschrift nicht alle Produkte, sondern eine **eingrenzbare Produktgruppe** – wie zB Säuglingsnahrung, Tabak, Alkoholika usw – betrifft. Denn jede bestimmte Produkte betreffende Maßnahme führt in der Regel zumindest potentiell zu Behinderungen des Marktzugangs, den Art. 28 EGV gerade garantieren will. Dieser Ansatz drängt sich auch vor dem Hintergrund auf, dass – wie das Beispiel der Beschränkung des Verkaufs bestimmter Produkte auf bestimmte spezialisierte Stellen zeigt – zahlreiche an sich den Marktzugang nicht berührende und auch nicht diskriminierende Regelungen für die Wirtschaftsteilnehmer ggf recht weitgehende Markteinbußen zur Folge haben können und insofern in ihren Auswirkungen mit unmittelbar produktbezogenen Regelungen durchaus vergleichbar sind. Im Übrigen ließen sich mit dem hier vertretenen Ansatz auch problemlos die Grenzfälle lösen: So geht es bei dem erwähnten generellen Werbeverbot eben um die Reglementierung eines bestimmten abgrenzbaren Produkts oder einer Produktgruppe, so dass eine Maßnahme gleicher Wirkung zu bejahen ist. Geht es hingegen um Maßnahmen, die sich auf nicht eingrenzbare Produkte beziehen (wie zB eine Reihe allgemeiner Regulierungen der Werbung, etwa das Verbot vergleichender Werbung), ist die Einschlägigkeit des Tatbestandes des Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) zu verneinen, es sei denn, die Maßnahme wirke diskriminierend. MaW geht der hier vertretene Vorschlag dahin, das vom EuGH verwandte Kriterium der Produkt- oder

Vertriebsbezogenheit durch die Frage nach dem Bezug der Regelung auf eine abgrenzbare Produktgruppe zu ersetzen.

49 Jedenfalls kommt es nach der hier vertretenen Ansicht<sup>76</sup> (darüber hinaus) nicht auf eine irgendwie geartete „**Spürbarkeit**“ der Maßnahme oder eine „Nähebeziehung“ zwischen der Maßnahme und der beeinträchtigenden Wirkung an: Denn letztlich geht es hier um eine Art Abschwächung des Kriteriums der Geeignetheit einer Maßnahme, handelsbeschränkende Wirkungen entfalten zu können, deren Konturen aber denkbar unklar und kaum einer voraussehbaren Konkretisierung zugänglich sind. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die „geringe Intensität“ einer Maßnahme jedenfalls auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist. Allerdings ist die Rechtsprechung des EuGH hier nicht immer klar: Während der EuGH teilweise eine Art Spürbarkeit oder eine Nähebeziehung von Maßnahme und beschränkender Wirkung als notwendig anzusehen scheint,<sup>77</sup> deuten andere Urteile darauf hin, dass dies gerade nicht der Fall ist, so wenn bei der Frage des Vorliegens einer beschränkenden Wirkung einer Regelung – die zweifelhaft war – ausschließlich auf ihren rechtlichen Gehalt, nicht hingegen auf das Erfordernis einer irgendwie gearteten Spürbarkeit abgestellt wird.<sup>78</sup>

50 Hiervon zu unterscheiden ist jedoch das auch in der Rechtsprechung<sup>79</sup> zugrunde gelegte Erfordernis, dass die Geeignetheit einer Maßnahme, handelsbeschränkende Wirkung zu entfalten, hinreichend dargelegt werden muss, so dass rein **hypothetische Kausalverläufe**, bei denen eine solche Beeinträchtigung des Handels zu ungewiss und zu indirekt ist, nicht von Art 28 EGV (Art 34 AEUV-E) erfasst werden, wobei hier letztlich schon die Einschlägigkeit der *Dassonville*-Formel zu verneinen ist, da die potenziellen und indirekten Auswirkungen auf das Handelsvolumen nicht hinreichend dargelegt sind.

## 51 Lösung Fall 2:

Ein Werbeverbot wie das zur Debatte stehende betrifft allgemein Alkohol, also auch eingeführten Alkohol, so dass insofern der Anwendungsbereich der Art 28 ff EGV eröffnet ist (vgl auch Art 23 II EGV). Das ins Auge gefasste Gerichtsurteil stellt eine staatliche Maßnahme dar. Weiterhin handelt es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne der *Dassonville*-Formel, da ein Werbeverbot dazu

<sup>76</sup> Anders offenbar → § 7 Rn 74; wie hier etwa *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag, 2000, S 111 ff; *Leible* in: Grabitz/Hilf Art 28 EGV Rn 15; s unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung auch schon *Epiney* NVwZ 1999, 1076, 1077; ausf zum Problemkreis auch *Kessler* Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 1997, S 21 ff.

<sup>77</sup> Vgl etwa EuGH, Slg 1996, I-2975, Rn 32 f – *Semeraro*; Slg 1993, I-5009, Rn 8 ff – *CMC Motorradcenter*; Slg 1994, I-3453, Rn 24 – *Peralta*; Slg 1999, I-6269, Rn 16 – *BASF*.

<sup>78</sup> EuGH, Slg 2000, I-151, Rn 25 ff – *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb* = *Schoch* JK 00, EGV Art 28/1; s auch EuGH, Slg 1998, I-6197, Rn 16 ff – *Kommission/Frankreich*; gegen einen „Spürbarkeitstest“ wohl auch EuGH, Slg 1984, 1299, Rn 20 – *Prantl*; Slg 1993, I-2361, Rn 17 ff – *Yves Rocher* = *Kunig* JK 94, EWGV Art 30/4; Slg 1998, I-8033, Rn 22 – *Bluhme*; Slg 1999, I-3845 – *EDSrl*.

<sup>79</sup> S etwa EuGH, Slg 1998, I-3949 – *Corsica Ferries France*; EuGH, Slg. 1999, I-6286 – *BASF*; in Bezug auf Art 39 EGV ( Art 45 AEUV) EuGH, Slg 2000, I-493 – *Graf*.

führen kann und sogar soll, dass der Absatz (auch) eingeführter Alkoholika zurückgeht, so dass der innergemeinschaftliche Handel behindert ist. Fraglich könnte aber sein, ob eine Verkaufsmodalität im Sinne der *Keck*-Formel vorliegt. Grundsätzlich geht es bei dem zur Debatte stehenden Verbot nicht um eine produktbezogene, sondern um eine verkaufsbezogene Maßnahme, da die Art und Weise der Vermarktung geregelt wird und die Werbung auch nicht untrennbar mit dem Produkt verbunden wird. Zudem wird der Marktzugang von Alkoholika als solcher nicht berührt; die Vermarktung bleibt nach wie vor ohne Weiteres möglich. Insofern könnte die Annahme naheliegen, es handele sich um eine Verkaufsmodalität. In Anbetracht des Umstandes aber, dass das schwedische Verbot nicht nur eine Form der Förderung des Absatzes eines Erzeugnisses untersagt, sondern die Hersteller und Importeure an nahezu jeder Verbreitung von an die Verbraucher gerichteter Werbung hindert und dass gerade bei Genussmitteln wie dem Alkohol herkömmlichen gesellschaftlichen Gebräuchen bei der Auswahl der Getränke eine wichtige Rolle zukommt, entfaltet das in Frage stehende umfassende Werbeverbot stärkere Auswirkungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten als auf einheimische Erzeugnisse, so dass ein Hemmnis für den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten vorliegt und der Anwendungsbereich des Art 28 EGV eröffnet ist. Das Verbot könnte jedoch aus Gründen des Gesundheitsschutzes (Art 30 EGV) gerechtfertigt sein, da es zum Kampf gegen den Alkoholismus beitragen soll. Aus dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass das Verbot nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen würde; hierfür bedarf es im Übrigen der Untersuchung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände, die das vorlegende Gericht durchzuführen hat.

### 3. *Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung*

52 Gemäß Art 29 EGV (Art 35 AEUV-E) sind **mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen** und **Maßnahmen gleicher Wirkung** verboten. Der Verbotszweck des Art 29 EGV (Art 35 AEUV-E) stimmt insofern mit demjenigen des Art 28 EGV (Art 35 AEUV-E) überein, als verhindert werden soll, dass der freie Warenverkehr dadurch behindert wird, dass die Mitgliedstaaten über eine Beschränkung der Ausfuhr die Nachfrage auf dem innerstaatlichen Markt sättigen.<sup>80</sup> Insofern kann bei der Auslegung des Art 29 EGV (Art 35 AEUV-E) durchaus an die im Rahmen des Art 28 EGV (Art 35 AEUV-E) entwickelten Grundsätze angeknüpft werden.<sup>81</sup>

53 Allerdings ist die **Dassonville-Formel** vor dem Hintergrund über die im Rahmen des Art 28 EGV (Art 35 AEUV-E) entwickelten Ansätze **einzuschränken**, als ihre „volumfängliche“ Heranziehung letztlich dazu führte, dass nahezu jede Produktions- oder Vertriebsregelung gegen Art 29 EGV (Art 35 AEUV-E) verstieße, wird doch hierdurch der innergemeinschaftliche Handel regelmäßig zumindest mittelbar und potenziell betroffen, da derartige Regelungen die Herstellungskosten negativ beeinflussen. So geht denn auch der EuGH davon aus, dass Art 29 EGV (Art 35 AEUV-E) nur auf solche Maßnahmen Anwendung finden könne, die „spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines

<sup>80</sup> Vgl. zum Normzweck des Art 29 EGV Müller-Graff in: vd Groeben/Schwarze Art 29 EGV Rn 1.

<sup>81</sup> Leible in: Grabitz/Hilf Art 29 EGV Rn 2 ff; Müller-Graff in: vd Groeben/Schwarze Art 29 Rn 1 ff.

Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt“<sup>82</sup>. In der Folgerechtsprechung wurde dieser Ansatz bestätigt, wobei allerdings nicht mehr verlangt wurde, dass der Vorteil für den Absatz auf dem Binnenmarkt des jeweiligen Staates mit einem Nachteil der ausländischen Produktion einhergeht.

54        Zu überzeugen vermag dieser Ansatz schon deshalb, weil nur im Falle besonderer Vorschriften für den Export bzw – in der Sprache des EuGH – bei „spezifischen Beschränkungen der Ausfuhrströme“ der Absatz auf dem Binnenmarkt bevorzugt wird und damit nur unter dieser Voraussetzung der Handel zwischen den Mitgliedstaaten tatsächlich in Mitleidenschaft gezogen wird.<sup>83</sup>

55        Letztlich führt diese einschränkende Auslegung des Begriffs der Maßnahmen gleicher Wirkung im Rahmen des Art 29 EGV (Art 35 AEUV-E) damit dazu, dass dieser Bestimmung lediglich ein Verbot solcher Maßnahmen zu entnehmen ist, die zwischen den für den inländischen Markt bestimmten Produkten und denjenigen Waren, die ausgeführt werden sollen, unterscheiden. Von vornherein ausgeschlossen vom Anwendungsbereich des Art 29 EGV (Art 35 AEUV-E) sind damit allgemeine, auf alle Produkte anwendbare Maßnahmen. In diesem Sinn werden also nur diskriminierende Maßnahmen erfasst, wobei die Differenzierung allerdings an die Bestimmung der Waren anknüpfen muss.

### III. Rechtfertigung

56        Ist das Vorliegen einer mengenmäßigen Ein- oder Ausfuhrbeschränkung oder einer Maßnahme gleicher Wirkung zu bejahen und damit der Tatbestand des Art 28 oder 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) gegeben, ist die entsprechende Maßnahme grundsätzlich verboten. Allerdings eröffnet das Gemeinschaftsrecht Rechtfertigungsmöglichkeiten, wobei zwischen ausdrücklich im Vertrag geregelten Rechtfertigungsgründen (2.) und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen (sog „zwingenden Erfordernissen“) (3.) unterschieden werden kann. Gemeinsam ist beiden Kategorien, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist (4.). Im Übrigen stellen sich bei allen Rechtfertigungsgründen eine Reihe gemeinsamer Fragen, die daher bereichsübergreifend erörtert werden sollen (1.).

---

<sup>82</sup> EuGH, Slg 1979, 3409, Rn 7 – Groenveld; aus der Rspr EuGH, Slg 1999, I-3845, Rn 10 – EDSrl; Slg 2000, I-3123, Rn 36 ff – Belgien/Spanien in Bezug auf das Erfordernis, in einer Region hergestellten Wein auch dort abzufüllen, wenn die entsprechende Ursprungsbezeichnung verwendet werden soll.

<sup>83</sup> Ausf *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag EU § 11 Rn 67 ff.; aA etwa *Füller* (Fn 72) S 244 ff.



57 Der Sinn und Zweck dieser Möglichkeit des Abweichens vom grundsätzlichen Verbot der Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) ist darin zu sehen, dass gewährleistet werden soll, dass die Anwendung dieser Bestimmungen nicht dazu führen soll, dass bestimmten Schutzanliegen nicht mehr Rechnung getragen werden kann. Insofern geht es also **nicht um eine allgemeine Schutzklausel** (zugunsten der Mitgliedstaaten) oder um ein „Herausschälen“ bestimmter gegenständlich definierter Bereiche aus dem Anwendungsbereich der Regelungen über den freien Warenverkehr, sondern ermöglicht wird nur die **Verfolgung bestimmter Schutzziele** und damit der **Schutz bestimmter Rechtsgüter**<sup>84</sup> unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlich determinierten Anforderungen. Aus diesen Grundsätzen folgt dann auch, dass die Schutzgüter – seien sie nun ausdrücklich im Vertrag geregelt oder aber ungeschriebener Natur – als **gemeinschaftsrechtliche Begriffe** nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen auszulegen sind. Allerdings verweisen die verwandten Begriffe teilweise wiederum auf mitgliedstaatliche Konzepte, so insb die Konzepte der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sittlichkeit. Aber auch hier setzt das Gemeinschaftsrecht insofern Grenzen, als sich die Ausfüllung des Bedeutungsgehalts dieser Begriffe durch die Mitgliedstaaten in einer gewissen Bandbreite bewegen muss.<sup>85</sup>

### 1. Bereichsübergreifende Aspekte

#### a) Keine sekundärrechtlichen Regelungen

58 Eine Rechtfertigung kommt von vornherein nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass der entsprechende Bereich nicht durch das **Sekundärrecht** geregelt ist.<sup>86</sup> Diese nur für mitgliedstaatliche Regelungen einschlägige Einschränkung ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der den Mitgliedstaaten eröffneten Möglichkeit des Rückgriffs auf die Rechtfertigungsgründe des Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) sowie die zwingenden Erfordernisse: Denn wenn das entsprechende Rechtsgut (schon) durch gemeinschaftliche Regelungen geschützt wird, fehlt das Bedürfnis nach einem autonomen mitgliedstaatlichen Schutz, würde doch ansonsten die bestehende gemeinschaftliche Harmonisierung unterlaufen werden. Das Gemeinschaftsrecht geht also in diesen Fällen maW davon aus, dass dem Schutz

<sup>84</sup> Ausdrücklich etwa EuGH, Slg 1979, 2555, Rn 5 – Kommission/Deutschland.

<sup>85</sup> Immerhin impliziert dieses „Bandbreitenkonzept“, dass die Inhalte etwa der öffentlichen Ordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten variieren (können), wie das Bsp der Lotterien zeigt, die in einigen Mitgliedstaaten (teilweise) verboten sind, in anderen aber nicht; vgl den Sachverhalt in EuGH, Slg 1994, I-1039 ff – Schindler; Slg 1997, I-3689 ff – Familiapress = *Erichsen* JK 98, EGV Art 30/1.

<sup>86</sup> EuGH, Slg 1996, I-253, Rn 18 – Hedley Lomas; Slg 1995, I-1831, Rn 42 f – Decker; → § 7 Rn 95.

des betreffenden Rechtsguts durch die sekundärrechtliche Regelung Rechnung getragen werden soll. Bestätigt wird diese Sicht durch die Regelungen der Art 95 IV ff EGV (Art 114 IV ff AEUV-E), die eben gerade (ausnahmsweise) auch im Rahmen des Anwendungsbereichs gemeinschaftlichen Sekundärrechts den Mitgliedstaaten unter bestimmten (engen) Voraussetzungen das Anlegen eines höheren Schutzstandards erlauben.

59        Allerdings greift diese Einschränkung der Möglichkeit der Berufung auf Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) sowie die zwingenden Erfordernisse (selbstverständlich) nur insoweit, als tatsächlich eine abschließende Harmonisierung vorliegt,<sup>87</sup> wobei der abschließende Charakter<sup>88</sup> einer gemeinschaftlichen Regelung immer dann zu verneinen ist, wenn der Schutz des entsprechenden Rechtsguts nicht umfassend geregelt ist.<sup>89</sup>

60        Nach der Rspr des EuGH<sup>90</sup> ist das Verbot der Heranziehung der allgemeinen primärrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Falle einer abschließenden sekundärrechtlichen Regelung insofern „absolut“ zu verstehen, als es auch dann eingreift, wenn die Erreichung des sekundärrechtlich angestrebten Schutzniveaus deshalb nicht möglich ist, weil andere Mitgliedstaaten die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen nicht einhalten, und dies auch in den Fällen, in denen der einschlägige Gemeinschaftsrechtsakt kein Kontroll- oder Sanktionsverfahren vorsieht.<sup>91</sup> Dieser Ansatz entspricht dem auch sonst vom EuGH angewandten Grundsatz, dass die Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts durch einen anderen Mitgliedstaat nichts an der eigenen Pflicht zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts ändert. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Heranziehung dieser grundsätzlich zwingenden Sicht auch bei der hier diskutierten Konstellation zwingend und sachgerecht ist: Sinn und Zweck der Rechtfertigungsmöglichkeiten nach Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) und durch die zwingenden Erfordernisse ist ja darin zu sehen, dass die entsprechenden Rechtsgüter geschützt werden. Dieses Anliegen kann zwar dann nicht mehr greifen, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst das Schutzniveau festlegt; allerdings lebt es doch immer dann wieder auf, wenn das darin zugrunde gelegte Schutzniveau nicht erreicht wird bzw werden kann. Insofern geht es dann nicht mehr um die „typische“ Konstellation, dass ein Mitgliedstaat seine Konzeption oder sein Schutzniveau an die Stelle der gemeinschaftlichen

---

<sup>87</sup> Vgl EuGH, Slg 1998, I-6871, Rn 26 ff – Kommission/Deutschland; Slg 1994, I-5243, Rn 14 – Ortscheit.

<sup>88</sup> Die Frage des abschließenden Charakters einer Regelung kann allerdings ggf schwierig zu beantworten sein; vgl hierzu *Slot* ELR 1996, 378 ff; umfassend *Furrer* Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, 1994; *Schlösser*, Die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts, 2002.

<sup>89</sup> Vgl die Beispiele aus der Rspr in EuGH, Slg 1991, I-3069, Rn 16 ff – Denkavit; Slg 1998, I-1251, Rn 26 ff – Compassion in World Farming; Slg 1994, I-5243, Rn 13 ff – Ortscheit. .

<sup>90</sup> EuGH, Slg 1996, I-2553, Rn 19 – Hedley Lomas.

<sup>91</sup> Diese Problematik stellt sich im Wesentlichen bei der zugegebenermaßen begrenzten Situation der Ausfuhrbeschränkungen.

Regelungen stellen möchte oder dass ein Mitgliedstaat unter Berufung auf die Nichteinhaltung der vertraglichen Verpflichtungen durch einen anderen Mitgliedstaat seinen gemeinschaftsrechtlichen Pflichten ebenfalls nicht nachkommen möchte, so dass man jedenfalls bei gravierenden und eindeutigen Verletzungen der sekundärrechtlichen Normen durch andere Mitgliedstaaten das Recht auf einen Rückgriff auf Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder die zwingenden Erfordernisse hätte zulassen können.<sup>92</sup>

b) Verhältnis des Art 30 EGV zu den „zwingenden Erfordernissen“, Anwendungsbereich der Rechtfertigungsgründe und dogmatische Einordnung

61 Wie bereits eingangs erwähnt, sind dem Gemeinschaftsrecht sowohl ausdrückliche, im Vertrag geregelte Rechtfertigungsgründe, die in Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) enthalten sind, als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zu entnehmen. Letztere wurden durch den EuGH in seiner *Cassis de Dijon*-Rspr<sup>93</sup> begründet und in der Folgerechtsprechung weiterentwickelt. Damit wird die Frage nach dem Verhältnis der beiden Kategorien von Rechtfertigungsgründen, ihrem jeweiligen Anwendungsbereich sowie der dogmatischen Einordnung der zwingenden Erfordernisse als tatbestandsausschließende Gründe oder Rechtfertigungsgründe aufgeworfen.

62 Die **Rspr des EuGH** zu diesen Fragen lässt sich durch folgende Punkte zusammenfassen:

**Art 30 EGV** sei als **Ausnahmevorschrift** eng auszulegen, und der Aufzählung der dort genannten Rechtfertigungsgründe komme ein **abschließender Charakter** zu.<sup>94</sup> Dieser Ansatz schließt es aus, sozusagen analog zu Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E), weitere Rechtfertigungsgründe zu entwickeln.

63 Gleichwohl wurde relativ bald deutlich, dass die in Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) aufgeführten Rechtfertigungsgründe nicht ausreichend sind, um dem Anliegen eines effektiven Schutzes wichtiger Rechtsgüter Rechnung zu tragen, stammt die in Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) enthaltene Liste doch aus dem Jahr 1957, und im Laufe der Zeit zeigte sich die Notwendigkeit, auch andere Schutzziele zu verfolgen, wie etwa solche des Verbraucher- oder Umweltschutzes. Vor diesem Hintergrund betonte der EuGH in dem diesbezüglich

---

<sup>92</sup> AA Müller-Graff in: G/S Art 30 EGV Rn 14, 32.

<sup>93</sup> EuGH, Slg 1979, 649 ff – Cassis de Dijon.

<sup>94</sup> EuGH, Slg 1991, I-1361, Rn 9 – Kommission/Griechenland; Slg 1982, 2187, Rn 27 – Kommission/Italien.

grundlegenden *Cassis de Dijon*-Urteil<sup>95</sup>, dass auf innerstaatlichen Rechtsvorschriften beruhende Handelshemmnisse immer dann hinzunehmen seien, wenn sie „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“, mit denen ein „im allgemeinen Interesse liegendes Ziel, das den Erfordernissen des freien Warenverkehrs, der eine der Grundlagen der Gemeinschaft darstellt“, gerecht wird, verfolgt wird.<sup>96</sup> Während es zunächst noch fraglich war, in welchem Verhältnis die **zwingenden Erfordernisse** zu den Rechtfertigungsgründen des Art 30 EGV stehen<sup>97</sup>, hat der EuGH inzwischen klargestellt, dass nur solche Interessen als zwingende Erfordernisse in Betracht kommen, die nicht schon durch Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) erfasst werden.<sup>98</sup>

64 Nicht ganz klar ist die Rspr in Bezug auf die Frage, ob die zwingenden Erfordernisse als **tatbestandsausschließende Gründe** oder aber als **Rechtfertigungstatbestände** anzusehen sind. Die vom Gerichtshof verwandten Formulierungen dürften darauf hindeuten, dass dieser von ersterem Ansatz ausgeht.<sup>99</sup>

65 Dass der EuGH offenbar einen konzeptionellen Unterschied zwischen beiden Konstellationen macht, ergibt sich auch mit Blick auf die **Anwendungsbereiche** beider Kategorien: So sollen die Rechtfertigungsgründe des Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) offenbar immer eingreifen könnten, also auch bei offenen Diskriminierungen nach der Warenherkunft, während ein Rückgriff auf die zwingenden Erfordernisse bei offenen Diskriminierungen ausgeschlossen sei;<sup>100</sup> allerdings ist darauf hinzuweisen, dass gerade im Bereich des Umweltschutzes verschiedentlich auch unmittelbar diskriminierende Regelungen

<sup>95</sup> In dieser Rechtssache ging es um eine deutsche Vorschrift, wonach Fruchtsaftliköre nur dann als solche vermarktet werden dürfen und damit verkehrsfähig sind, wenn sie einen Mindestalkoholgehalt von 25 % aufweisen, was bei dem französischen Likör „Cassis de Dijon“ gerade nicht der Fall war.

<sup>96</sup> EuGH, Slg 1979, 649, Rn 8, 14 – Cassis de Dijon.

<sup>97</sup> Wurde doch der Gesundheitsschutz, der schon in Art 30 EGV enthalten ist, auch als Bsp für ein zwingendes Erfordernis aufgeführt.

<sup>98</sup> EuGH, Slg. 1991, I-4151, Rn 13 – Aragonesa.

<sup>99</sup> Vgl etwa EuGH, Slg 1991, I-4151, Rn 13 – Aragonesa; Slg 1989, 229, Rn 16 – Kommission/Deutschland; s aber auch EuGH, Slg 1997, I-3689, Rn 18 – Familiapress = *Erichsen* JK 98, EGV Art 30/1, wo der EuGH von Rechtfertigung spricht.

<sup>100</sup> Vgl etwa EuGH, Slg 1981, 1625, Rn 11 – Kommission/Irland; Slg 1983, 127, Rn 11 – Schutzverband; Slg 1992, I-4431, Rn 33 ff – Kommission/Belgien = *Kunig* JK 93, EWGV Art 30/3; wohl auch EuGH, Slg 1998, I-1831, Rn 45 ff – Decker; bei versteckten Diskriminierungen (und sowieso bei Beschränkungen) hingegen können darüber hinaus auch die zwingenden Erfordernisse greifen, vgl. EuGH, Slg 2000, I-151, Rn 25 ff – Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb = *Schoch* JK 00, EGV Art 28/1, wo es um eine versteckte Diskriminierung ging, der EuGH aber grundsätzlich den Rückgriff auf das zwingende Erfordernis der Sicherstellung der Nahversorgung zugunsten ortsansässiger Unternehmen nicht ausschloss; ähnlich EuGH, Slg 1997, I-3843, Rn 44 f – de Agostini; s in diese Richtung auch bereits EuGH, Slg 1981, 1625, Rn 11 – Kommission/Irland; die Rspr ist hier allerdings nicht immer ganz klar, vgl etwa EuGH, Slg 1985, 305, Rn 27 ff – Cullet; EuGH, Slg 1999, I-2517, Rn 14 – Ciola = *Ehlers* JK 00, EGV Art 49/1.

grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich erachtet wurden<sup>101</sup>, so dass die Rspr insoweit nicht ganz konsistent erscheint.<sup>102</sup>

66 Diese Rspr führt jedoch zu einigen Unstimmigkeiten – ganz abgesehen davon, dass der EuGH teilweise einen recht großen Argumentationsaufwand betreiben musste, um an sich offen diskriminierende Maßnahmen dann doch als nicht offen diskriminierend einzustufen, so dass die Rechtfertigungsmöglichkeit aus Gründen des Umweltschutzes eröffnet werden konnte.<sup>103</sup> So erscheint die dogmatische Einordnung der zwingenden Erfordernisse als tatbestandsausschließende Gründe insofern nicht über alle Zweifel erhaben, als diese letztlich eine parallele Funktion wie Rechtfertigungsgründe haben und sie im Übrigen auch nach den gleichen Grundsätzen geprüft werden. Ferner bleibt auch im Falle des Vorliegens zwingender Erfordernisse die einfuhrbeschränkende Wirkung aufrechterhalten, so dass der Tatbestand der Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) an sich erfüllt ist; insofern erscheint ihre Qualifizierung als Rechtfertigungsgründe näherliegend. Damit in engem Zusammenhang steht die Überlegung, dass der Ausschluss einer Rechtfertigungsmöglichkeit offener Diskriminierungen durch zwingende Erfordernisse nicht sachgerecht erscheint: Dadurch wird nämlich in gewissen Fällen ein ausreichender Schutz der betroffenen Rechtsgüter verhindert, ist es doch gerade nicht von vornherein ausgeschlossen, dass etwa Erwägungen des Umweltschutzes auch offen diskriminierende Maßnahmen zu rechtfertigen vermögen. Etwaigen „Missbräuchen“ kann auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit begegnet werden.<sup>104</sup> Diese Sicht trüge auch den doch parallel gelagerten Funktionen der durch Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) und die zwingenden Erfordernisse eröffneten Rechtfertigungsmöglichkeiten sowie ihrer letztlich parallelen Anwendung und Prüfung Rechnung.<sup>105</sup> Wenn man diesem Ansatz folgt, entbehrt die Betonung des abschließenden Charakters des Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) jeden Sinns, werden die dort aufgeführten Rechtfertigungsgründe doch in jedem Fall zumindest funktional durch die zwingenden Erfordernisse ergänzt. Insgesamt dürfte also eine

<sup>101</sup> EuGH, Slg 2000, I-3743, Rn 48 – Sydhavnens; iE auch schon Slg 1992, I-4431, Rn 34 f – Kommission/Belgien = *Kunig* JK 93, EWGV Art 30/3; s auch EuGH, Slg 2001, I-2099 – Preussen Elektra, wo es um eine Differenzierung nach dem Sitz des Stromerzeugers ging, wenn auch der EuGH die Frage des Vorliegens einer offenen Diskriminierung nicht ausdrücklich ansprach.

<sup>102</sup> Vgl ausf zu dieser Problematik *Heselhaus* EuZW 2001, 645 ff.

<sup>103</sup> So im Falle des wallonischen Einfuhrverbots für Abfälle, vgl EuGH, Slg 1992, I-4431, Rn 33 ff – Kommission/Belgien = *Kunig* JK 93, EWGV Art 30/3.

<sup>104</sup> S in diesem Zusammenhang auch *Heselhaus* EuZW 2001, 645, 648 f, der bei offenen Diskriminierungen für eine besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung plädiert.

<sup>105</sup> → AA § 7 Rn 90; wie hier etwa *Weiss* EuZW 1999, 493, 497; *Leible* in: Grabitz/Hilf Art 28 EGV Rn 20; *Hakenberg* EUWirtschR S 99 f geht sogar soweit, dass sie die Rspr dahingehend auslegt, dass der EuGH nunmehr von einem einheitlichen Begriff der Beschränkung ausgehe (es also maW nicht mehr auf das Vorliegen einer offenen oder versteckten Diskriminierung ankomme), dann nach dem Vorliegen einer (tatbestandsausschließenden) Verkaufsmodalität frage und schließlich eine einheitliche Rechtfertigungsprüfung durchführe.

einheitliche Rechtfertigungsdogmatik letztlich am sinnvollsten sein: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob der Tatbestand des Art 28 oder 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) erfüllt ist (was von der Bejahung des Schutzbereichs und dem Vorliegen eines Eingriffs abhängt), in einem zweiten die Einschlägigkeit eines „öffentlichen Interesses“ (entweder ein in Art 30 EGV/Art 36 AEUV-E aufgeführter Grund oder ein „zwingendes Erfordernis“) geprüft, und in einem dritten Schritt ist nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu fragen. IE führt die hier vertretene Sicht aber nur bei der Frage der Anwendbarkeit der zwingenden Erfordernisse auf offene Diskriminierungen zu anderen Resultaten als die Rspr des EuGH.

c) Nicht wirtschaftlicher Charakter

67 **Fall 3:** (EuGH, Slg 1995, I-563 ff – Evans Medical)

Diacetylmorphin ist ein Opiumderivat. Die Herstellung und Verarbeitung dieses Stoffes in Großbritannien war bislang einzig zwei in Großbritannien ansässigen Pharmaunternehmen gestattet; Dritten war die Einfuhr des Stoffes untersagt. Diese Regelung sollte sicherstellen, dass eine zuverlässige Versorgung mit dem als Schmerzmittel verwendeten Diacetylmorphin gewährleistet und der illegale Handel unterbunden wurde. Teilweise wurde aber auch vermutet, dass die Existenzfähigkeit des einzigen zugelassenen Herstellers durch diese Regelung gesichert werden sollte. Der britische Innenminister änderte diese Praxis nun unter Berufung ua auf ihren Verstoß gegen Art 28 EGV, wogegen die betroffenen Pharmaunternehmen klagen. Das zuständige Gericht legt dem EuGH ua die Frage vor, ob es tatsächlich stimme, dass die Regelung nicht mit Art 28 EGV in Einklang steht.

68 Eine Rechtfertigung der Beschränkung des freien Warenverkehrs kommt nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe einen **nicht wirtschaftlichen Charakter** aufweisen.<sup>106</sup> Dies bedeutet letztlich eine Einschränkung derjenigen Gründe des öffentlichen Interesses, die im Rahmen des Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder der zwingenden Erfordernisse geltend gemacht werden können: Sobald den verfolgten Zielsetzungen ein wirtschaftlicher Charakter zukommt, kommt eine Heranziehung der zwingenden Erfordernisse oder des Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) – in deren Rahmen etwa die öffentliche Ordnung einschlägig sein könnte – nicht in Frage. Ein wirtschaftlicher Charakter ist im Ergebnis dann anzunehmen, wenn es bei den ergriffenen Maßnahmen letztlich um Wirtschaftslenkung, die Erreichung wirtschaftspolitischer Zielsetzungen oder ganz allgemein die Abwendung wirtschaftlicher Nachteile geht. Wirtschaftliche Gründe liegen auch dann vor, wenn es (lediglich) um Erwägungen der verwaltungsmäßigen

<sup>106</sup> StRspr, s etwa EuGH, Slg 1995, I-563, Rn 36 – Evans; Slg 1984, 2727, Rn 35 f – Campus Oil; Slg 1985, 305, Rn 30 ff – Cullet; EuGH, Slg 2001, I-7915, Rn 21 – Kommission/Griechenland.

Vereinfachung, etwa im Hinblick auf die Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen, geht.<sup>107</sup> Ebenso ist das Anliegen der Kostendeckung öffentlicher Einrichtungen allein als wirtschaftlicher Grund anzusehen, so dass etwa – bezogen auf Art. 12 bzw. Art. 49 EGV – Vorzugspreise für den Zutritt zu kommunalen Museen für Ortsansässige nicht damit gerechtfertigt werden können, dass diese (grundsätzlich) über ihre Steuergelder diese Einrichtungen mitfinanzieren.<sup>108</sup> Hingegen stellen Erwägungen der Kohärenz des Steuersystems<sup>109</sup>, des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit<sup>110</sup> oder der Sicherstellung der Nahversorgungsbedingungen in abgelegenen Gebieten<sup>111</sup> zwingende Gründe des Allgemeininteresses dar, die Eingriffe in die Grundfreiheiten rechtfertigen können.

69 Der Ausschluss solcher Gründe aus dem Anwendungsbereich des Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) sowie der zwingenden Erfordernisse ergibt sich aus Sinn und Zweck der Art 28 ff EGV (Art 34 ff AEUV-E): Die „Grundphilosophie“ dieser Bestimmungen – wie auch der anderen Grundfreiheiten – geht doch gerade dahin, dass Beschränkungen des freien Verkehrs der Produktionsfaktoren zu beseitigen sind, dies in der Annahme, dass sie wirtschaftlicher Effizienz entgegenstehen. Wenn dies aber so ist, können ja nicht Maßnahmen, die gerade über handelsbeschränkende Mittel wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgen, von Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder den zwingenden Erfordernissen gedeckt werden. Ansonsten könnten die durch Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) und die zwingenden Erfordernisse eröffneten Rechtfertigungsmöglichkeiten dazu „missbraucht“ werden, den durch die Anwendung der Art 28 f EGV (Art 34 f AEUV-E) möglicherweise (momentan) entstehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu begegnen.

70 Das Verbot der Geltendmachung wirtschaftlicher Gründe schließt aber nicht aus, dass das primäre Schutzziel einer bestimmten Regelung über wirtschaftspolitische Maßnahmen verfolgt wird. Es wird also nur die eigenständige Verfolgung wirtschaftlicher Zielsetzungen um derer selbst willen ausgeschlossen; wenn aber wirtschaftspolitische Maßnahmen nur „Mittel zum Zweck“ sind und letztlich anderen Zielsetzungen dienen, können sie grundsätzlich von Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) und den zwingenden Erfordernissen erfasst werden. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn es um die Versorgung der Bevölkerung mit

---

<sup>107</sup> EuGH, Slg 1999, I-345, Rn 45 – Terhoeve.

<sup>108</sup> EuGH, Slg 2003, I-721 – Kommission/Italien.

<sup>109</sup> EuGH, Slg. 1998, I-2793 – Gilly.

<sup>110</sup> EuGH, Slg 1998, I-1931 – Kohll.

<sup>111</sup> EuGH, Slg 2000, I-151 – Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb.

wichtigen Medikamenten aus Gründen des Gesundheitsschutzes geht.<sup>112</sup> Allerdings können solche Maßnahmen an der Verhältnismäßigkeit<sup>113</sup> scheitern.

71 Ausgeschlossen ist eine Berufung auf Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder die zwingenden Erfordernisse aber jeweils dann, wenn es um Störungen der öffentlichen Ordnung im Gefolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten geht, wie dies etwa im Falle von Boykottmaßnahmen bei Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten der Fall sein kann. Denn es widerspricht der vertraglichen Systematik, das Funktionieren der Grundfreiheiten als Störung der öffentlichen Ordnung zu qualifizieren und somit im Ergebnis unter eine Art Vorbehalt der polizeilichen Generalklausel zu stellen.

**72 Lösung Fall 3:**

Die Vorlagefrage ist zulässig, obwohl die in Frage stehende Praxis bereits geändert worden ist: Denn die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen soll es dem nationalen Gericht ermöglichen, sich zu vergewissern, dass die Änderung der nationalen Praxis tatsächlich geboten war, um den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen.

Diacetylmorphin ist eine Ware im Sinne des Art 23 II EGV, da es Gegenstand von Handelsgeschäften sein kann und im Hinblick auf diese grenzüberschreitend verbracht wird. Das Verbot der Einfuhr von Diacetylmorphin stellt eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art 28 EGV dar, wird doch die Einfuhr einer Ware dem Wert oder der Menge nach begrenzt bzw. in diesem Fall gar verboten. Eine Rechtfertigung kommt nur für Maßnahmen nicht wirtschaftlicher Art in Betracht, dh für solche, die nicht der Wirtschaftslenkung oder der Erreichung wirtschaftspolitischer Zielsetzungen dienen. Gerade solche stehen aber bei der Sicherung des Überlebens eines Unternehmens zur Debatte, so dass diese Erwägung nicht zur Rechtfertigung der Einfuhrbeschränkung herangezogen werden kann. Hingegen dient die regelmäßige Versorgung des Landes mit einem für wichtige medizinische Zwecke gebrauchten Stoff dem Gesundheitsschutz (Art 30 EGV) und vermag damit grundsätzlich eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels zu rechtfertigen. Die Maßnahme muss aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Der Sachverhalt erlaubt hier keine abschließende Feststellung (die im Übrigen dem nationalen Gericht obliegt), ob hier eine mildere Maßnahme denkbar gewesen wäre.

d) Zur Frage der Notwendigkeit eines territorialen Bezugs

73 In erster Linie sollen Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) und die Anerkennung der zwingenden Erfordernisse natürlich sicherstellen, dass die verfolgten Schutzziele auf dem Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates<sup>114</sup> verfolgt und verwirklicht werden können. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass ein Mitgliedstaat über nationale Maßnahmen auch Zielsetzungen verfolgt, die letztlich auf dem Gebiet eines anderen Staates „angesiedelt“ sind. So kann etwa ein Einfuhrverbot für gefährdete Tierarten (nur) den Schutz der Tiere in einem anderen Staat

<sup>112</sup> EuGH, Slg 1995, I-563, Rn 36 f – Evans; s auch Slg 1984, 2727, Rn 34 ff – Campus Oil; Slg 1998, I-1831, Rn 39 ff – Decker.

<sup>113</sup> S u Rn 87 ff.



zum Ziel haben. Fraglich ist nun, ob die Mitgliedstaaten über die Berufung auf Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder die zwingenden Erfordernisse auch solche „extraterritorialen Zielsetzungen“ verfolgen dürfen oder ob dies von vornherein ausgeschlossen ist.

74 In Anknüpfung an Sinn und Zweck der Rechtfertigungsmöglichkeiten durch die in Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) genannten und von den zwingenden Erfordernissen erfassten Rechtsgüter erscheint jedenfalls ein allgemeiner Ausschluss einer solchen Verfolgung „extraterritorialer Schutzinteressen“ nicht sachgerecht: Denn diese Bestimmung soll es den Mitgliedstaaten doch gerade ermöglichen, die betreffenden Rechtsgüter zu schützen, wobei die Intensität dieses Schutzes grundsätzlich in ihrem Beurteilungsspielraum steht.<sup>115</sup> Dann aber ist kein Grund ersichtlich, warum nationale Maßnahmen nicht auch grundsätzlich den Schutz von Rechtsgütern, die sich außerhalb ihres Territoriums befinden, zum Gegenstand haben können. Allerdings muss diese Möglichkeit immer dort eine Grenze finden, wo der Kompetenzbereich anderer (Mitglied-) Staaten beginnt; es wäre also nicht mit der Konzeption der Rechtfertigungsmöglichkeiten durch Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) und der zwingenden Erfordernisse vereinbar, wenn ein Staat seine Vorstellungen in einem bestimmten Bereich anderen Staaten aufdrängte. MaW kommt es auf die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regelung der entsprechenden Belange an. Daher müssen die Mitgliedstaaten auch tatsächlich ein „eigenes“ Schutzinteresse darlegen, dessen Vorliegen aber gerade nicht in Anknüpfung an das Territorium zu bestimmen ist. Vielmehr kommt es auf eine (auch) rechtlich begründbare eigene Verantwortung für das Schutzgut an, die sich auch auf Grund internationaler Verflechtungen bzw Interdependenzen ergeben kann.<sup>116</sup>

e) Zur Bedeutung der (gemeinschaftlichen oder nationalen) Grundrechte

---

<sup>114</sup> Oder auch der Gemeinschaft. Diese Konstellation soll aber im Folgenden außer Betracht gelassen werden. Sie wirft im Wesentlichen die Frage der Konformität entsprechender einseitiger Maßnahmen mit dem GATT/WTO-Recht auf. Vgl hierzu mwN *Epiney* DVBl 2000, 77 ff.

<sup>115</sup> Hierzu u Rn 83 ff.

<sup>116</sup> Der EuGH hat diese Frage noch nicht ausdrücklich entschieden. Jedoch gehen seine Ausführungen in EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.6.2008 – Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers, in die hier vertretene Richtung, bejaht der Gerichtshof doch die grundsätzliche Möglichkeit der Rechtfertigung einer einfuhrbeschränkenden Maßnahme zum Schutz von außerhalb des betreffenden Territoriums lebenden Tierarten. In der Literatur gehen die Ansichten von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der Verfolgung „extraterritorialer Rechtsgüter“ (*Gornig/Silagi* EuZW 1992, 753, 756; wohl auch *Everling* NVwZ 1993, 209, 211) über eine ausnahmsweise Zulässigkeit im Falle der Existenz einer „globalen Gesamtverantwortung“ der Staaten für bestimmte Interessen (*Müller-Graff* in: G/S Art 30 EGV Rn 37 ff; ähnlich *Weiher* Nationaler Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, 1997, S 99 ff) bis hin zu einer Anknüpfung an „internationale Schutzinteressen“, bei deren Einschlägigkeit eine Rechtfertigungsmöglichkeit eröffnet sei (so *Kahl* Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht 1993, S 192 f; *Middeke* Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1994, S 167 f).

- 75 Mitgliedstaatliche oder gemeinschaftliche Maßnahmen zum Schutz der in Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) genannten oder durch die zwingenden Erfordernisse erfassten Rechtsgüter können auch grundrechtlich geschützte Positionen berühren, so etwa, wenn die Meinungsäußerungsfreiheit durch Maßnahmen, die die Pressevielfalt erhalten sollen, eingeschränkt wird, aber auch schon immer dann, wenn die Wirtschaftsfreiheit berührt wird.
- 76 Die gemeinschaftlichen Grundrechte (→ ausf hierzu § 14) binden selbstverständlich die Gemeinschaft und ihre Organe selbst. Sie entfalten aber auch insoweit Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten, als diese Gemeinschaftsrecht anwenden oder durchführen.<sup>117</sup> Dann aber sind die gemeinschaftlichen Grundrechte auch in den Fällen, in denen es um mitgliedstaatliche Regelungen geht, die in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen und sich im Hinblick auf ihre Zulässigkeit auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe – wie die in Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder im Rahmen der zwingenden Erfordernisse relevanten Schutzgüter – berufen, zu beachten. Vor diesem Hintergrund ist wohl die Rspr des EuGH zu sehen, die betont, dass die im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung für die Grundfreiheiten beschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten „im Lichte der Grundrechte“ auszulegen sei.<sup>118</sup>
- 77 Diese grundsätzliche Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Grundrechte entfaltet im Wesentlichen auf zwei Ebenen Rückwirkungen: Zum einen muss das im Rahmen der Heranziehung des Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder der zwingenden Erfordernisse geltend gemachte Rechtsgut auch Einschränkungen des berührten Grundrechts rechtfertigen können, was in aller Regel der Fall sein wird. Zum anderen und vor allem ist auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit der Betroffenheit eines Grundrechts Rechnung zu tragen: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit *ieS* müssen auch im Hinblick auf die Grundrechtsbeeinträchtigung geprüft werden. In aller Regel jedoch werden diese Aspekte der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit der „normalen“ Verhältnismäßigkeitsprüfung zusammenfallen, stellt doch gerade die handelsbeschränkende Maßnahme einen Eingriff in das jeweilige Grundrecht dar.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Vgl. ausf. zu der Frage der Bindungswirkung der gemeinschaftlichen Grundrechte *Epiney* (Fn 20) S. 125 ff.; aus der Rspr. insb. EuGH, Slg. 1991, I-2925, Rn. 43 – ERT; Slg. 1992, I-2575, Rn. 23 – Kommission/Deutschland = *Kunig* JK 92, EWGV Art. 30/2; Slg. 1997, I-3689, Rn. 27 – Familiapress = *Erichsen* JK 98, EGV Art. 30/1; → § 14 Rn. 33 ff.

<sup>118</sup> EuGH, Slg. 1992, I-2575, Rn. 23 – Kommission/Deutschland = *Kunig* JK 92, EWGV Art. 30/2; Slg. 1997, I-3689, Rn. 24 – Familiapress = *Erichsen* JK 98, EGV Art. 30/1. In der Literatur wird diesem Ansatz des EuGH überwiegend gefolgt. Vgl. etwa *Holznagel* Rundfunkrecht in Europa, 1996, S. 156; *Becker* in: Schwarze Art. 30 EGV Rn. 62; sehr krit. aber *Kingreen* Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 164; ähnlich *Störmer* AöR 123 (1998), 541, 567. Ausf. zur Problematik *Schaller* Die EU-Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeinschaftsgrundrechte, 2003, S. 79 ff.; *Wallrab* Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 43 ff.

<sup>119</sup> → IE wohl ebenso § 7 Rn. 94.

78 Der Schutz von Grundrechten kann aber auch sozusagen „auf der anderen Seite“ im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit der gemeinschaftlichen Warenverkehrsfreiheit (oder auch anderen Grundfreiheiten) relevant werden, nämlich in all denjenigen Fällen, in denen die Beeinträchtigung einer Grundfreiheit mit dem Schutz bestimmter Grundrechte bzw ihrer Verwirklichung oder Beachtung gerechtfertigt wird oder werden kann. In dieser Konstellation stellen die Grundrechte – zB die Versammlungsfreiheit<sup>120</sup> oder der Schutz der Menschenwürde<sup>121</sup> – also letztlich zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls dar, die Eingriffe in die Grundfreiheiten rechtfertigen können. Fraglich könnte hier sein, ob es sich dabei um gemeinschaftliche oder nationale Grundrechte handelt. Angesichts des Umstandes, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, Existenz und Reichweite der zwingenden Erfordernisse zu bestimmen, sprechen die besseren Gründe dafür, dass es hier um mitgliedstaatliche Grundrechte geht, die jedoch zwingende Erfordernisse im Sinne des Gemeinschaftsrechts darstellen müssen.

## 2. *Geschriebene Rechtfertigungsgründe*

79 Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) erlaubt die Anwendung von gegen Art 28, 29 EGV (Art 34, 35 AEUV-E) verstoßenden Maßnahmen aus einer Reihe im Einzelnen aufgezählter Gründe. Wie erwähnt<sup>122</sup> geht der EuGH auf der Grundlage einer engen Auslegung der einzelnen Rechtfertigungsgründe davon aus, dass die in Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) enthaltene Liste abschließend ist. Im Einzelnen können vier Gruppen von Ausnahmetatbeständen unterschieden werden, wobei im Folgenden – auf der Grundlage der einschlägigen Rspr – allerdings nur ein kurzer Überblick über den Aussagegehalt der einzelnen Tatbestände erfolgt.<sup>123</sup>

80 Die Schutzgüter **öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit** nehmen Bezug auf verschiedene Aspekte des *ordre public*: Hier geht es letztlich um die Beachtung der wesentlichen Grundregeln eines Gemeinwesens<sup>124</sup>, wobei die öffentliche Ordnung eine Art

---

<sup>120</sup> Vgl EuGH, Slg 2003, I-5659 - Schmidberger.

<sup>121</sup> Vgl EuGH, Slg 2004, I-9609 – Omega.

<sup>122</sup> O Rn 62.

<sup>123</sup> Für weiterführende Hinweise insb auf die einschlägige Rspr sei auf die Kommentarliteratur verwiesen. Aus der Monographieliteratur *Millarg* Die Schranken des freien Warenverkehrs in der EG. Systematik und Zusammenwirken von Cassis-Rechtsprechung und Art 30 EG-Vertrag, 2001, S 139 ff.

<sup>124</sup> ZB die Verhinderung von Betrug im Zusammenhang mit der Gewährung von Ausfuhrbeihilfen EuGH, Slg 1994, I-2757, Rn 44 – Deutsche Milchkontor.

Oberbegriff darstellt und die öffentliche Sicherheit<sup>125</sup> und Sittlichkeit<sup>126</sup> spezifische Aspekte herausgreifen.<sup>127</sup>

81 Der **Schutz der Gesundheit des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen** – dem in der Rspr des EuGH eine sehr große Bedeutung zukommt – erfasst nur solche Maßnahmen, die den Schutz von Menschen, Pflanzen oder Tieren als solchen zum Gegenstand haben; notwendig ist also – immer nach der Rspr des EuGH – ein unmittelbarer Bezug zu den genannten Schutzgütern, während im Hinblick auf die genannten Rechtsgüter nur mittelbar wirkende Maßnahmen bzw Anliegen (zB solche, die in erster Linie dem Verbraucher- oder Umweltschutz dienen) von den „zwingenden Erfordernissen“ erfasst werden.<sup>128</sup>

82 Das Schutzgut des **nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert** nimmt Bezug auf das Interesse der Mitgliedstaaten, dem Land bestimmte künstlerische Werke oder sonstige für die nationale Identität bedeutende Gegenstände zu erhalten. In der Rspr spielte dieses Schutzinteresse bislang keine Rolle.<sup>129</sup>

83 Der **Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums** nimmt auf solche rechtlichen Instrumente Bezug, die gewerbliche oder kommerzielle Rechtspositionen schützen sollen. Hierunter fallen nach der Rspr des EuGH in erster Linie das Patentrecht<sup>130</sup>, das Warenzeichen-<sup>131</sup> und Urheberrecht<sup>132</sup>, aber auch Ursprungsbezeichnungen und geographische Herkunftsangaben<sup>133</sup>. Im Einzelnen wirft die Auslegung dieser Rechtsgüter allerdings einige Fragen auf, denen hier aber nicht weiter nachgegangen werden kann.<sup>134</sup>

### 3. Ungeschriebene Schranken

<sup>125</sup> Die öffentliche Sicherheit betrifft in der Sache das Schutzsystem des Staates zur Erhaltung seines Gewaltmonopols, aber auch den Schutz der Existenz des Staates sowie seiner zentralen Einrichtungen; vgl etwa EuGH, Slg 1991, I-4621, Rn 22 ff – Richardt = *Kunig* JK 92, EWGV Art 30, 36/1.

<sup>126</sup> Die öffentliche Sittlichkeit nimmt Bezug auf Moralvorstellungen, nach denen sich das Zusammenleben der Menschen richten soll; vgl EuGH, Slg 1986, 1007, Rn 14 – Conegate; Slg 1979, 3795 ff – Henn und Darby.

<sup>127</sup> Vgl *Müller-Graff* in: G/S Art 30 EGV Rn 49. In diese Richtung wohl auch EuGH, Slg 1984, 2727, Rn 33 – Campus Oil.

<sup>128</sup> Vgl aus der Rspr zB EuGH, Slg 1998, I-8033 ff – Bluhme; Slg 1998, I-5121 ff – van Harpegnies; Slg 1987, 1227 – Kommission/Deutschland (Reinheitsgebot für Bier).

<sup>129</sup> Vgl zu den sich stellenden Auslegungsfragen mwN *Epiney* in: Calliess/Ruffert (2. Aufl) Art 30 EGV Rn 37.

<sup>130</sup> EuGH, Slg 1988, 3585, Rn 14 f – Thetford.

<sup>131</sup> EuGH, Slg 1978, 1139, Rn 7 f – Hoffmann-La-Roche.

<sup>132</sup> EuGH, Slg 1987, 1747, Rn 11 ff – Basset.

<sup>133</sup> EuGH, Slg 1992, I-3669, Rn 10 – Delhaize; Slg 2000, I-3123, Rn 50 – Belgien/Spanien; Slg 1992, I-5529, Rn 25 – Exportur.

<sup>134</sup> Vgl im Einzelnen mit zahlreichen Nachw aus der Rspr *Epiney* in: Calliess/Ruffert (2. Aufl) Art 30 EGV Rn 39 ff.; *Kingreen* in: Calliess/Ruffert Art 28-30 EGV, Rn 206 ff.

- 84 Wie bereits erwähnt<sup>135</sup>, entwickelte der EuGH in seinem Urteil *Cassis de Dijon*<sup>136</sup> den Grundsatz, dass Handelsbeschränkungen auch durch sog zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können, wobei der EuGH davon ausgeht, dass diese nur auf versteckte Diskriminierungen und Beschränkungen, nicht hingegen auf offene Diskriminierungen Anwendung finden können.<sup>137</sup>
- 85 Der EuGH hat die ursprüngliche *Cassis*-Formel in zahlreichen Urteilen angewandt und teilweise auch weiterentwickelt<sup>138</sup>, insb durch die ausdrückliche Anerkennung weiterer zwingender Erfordernisse, wie etwa des Umweltschutzes<sup>139</sup>, der Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts von sozialen Sicherungssystemen<sup>140</sup>, kultureller Zwecke<sup>141</sup> oder auch der Sicherung der Nahversorgungsbedingungen in relativ abgelegenen Gebieten<sup>142</sup>.
- 86 Jedenfalls sind die zwingenden Erfordernisse nicht abschließend formuliert („insbesondere“), so dass a priori alle öffentlichen Interessen hierunter subsumiert werden können, immer unter der Voraussetzung, dass sie aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht als solche anerkannt werden können, so dass sie insb keinen wirtschaftlichen Charakter aufweisen dürfen.<sup>143</sup>

#### 4. Verhältnismäßigkeit

##### 87 **Fall 4:** (EuGH, Slg 2000, I-3123 ff – Belgien/Spanien)

Nach den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben in Spanien ist die Zulässigkeit des Führens der Ursprungsbezeichnung „Rioja“ für den aus der gleichnamigen Region stammenden Wein ua davon abhängig, dass der Wein in der Anbauregion abgefüllt wird. Belgien hat Spanien wegen dieses Aspekts der Ursprungsregelung vor dem EuGH verklagt. Spanien hält das Erfordernis der Abfüllung in der Region selbst für notwendig, da nur auf diese Weise die Qualität des Weins gewährleistet werden könne, während Belgien hier eine unzulässige Beschränkung des freien Warenverkehrs geltend macht.

<sup>135</sup> S o Rn 62 ff.

<sup>136</sup> EuGH, Slg 1979, 649 – *Cassis de Dijon*.

<sup>137</sup> S o Rn 62 ff.

<sup>138</sup> Vgl die Zusammenstellung der Rspr bei *Ahlfeld* Zwingende Erfordernisse im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art 30 EGV, 1997, S 85 ff; *Millarg* (Fn 118) S 163 ff. sowie die einschlägige Kommentarliteratur.

<sup>139</sup> EuGH, Slg 1988, 4607, Rn 8 f – Kommission/Dänemark (Pfandflaschen); Slg 1992, I-4431 – Kommission/Belgien.

<sup>140</sup> EuGH, Slg 1998, I-1831, Rn 39 – Decker.

<sup>141</sup> EuGH, Slg 1985, 2605, Rn 21 ff – Cinéthèque; Slg 1991, I-4069, Rn 29 f – Kommission/Niederlande (Mediawet); Slg 1993, I-487, Rn 9 f – Veronica Omröp Organisatie; allerdings ist die Rspr hier auch teilweise recht zurückhaltend, vgl etwa EuGH, 1985, 1, Rn 28 ff – Leclerc, in Bezug auf Art 49 EGV.

<sup>142</sup> EuGH, Slg 2000, I-151, Rn 34 – Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb = *Schoch* JK 00, EGV Art 28/1.

<sup>143</sup> Hierzu o Rn 67 ff.

88 Liegt ein Rechtfertigungsgrund (entweder einer der in Art 30 EGV genannten oder aber ein zwingendes Erfordernis) vor, muss die jeweilige (nationale oder gemeinschaftliche) Maßnahme noch dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** genügen, dh die betreffende Maßnahme muss zur Verfolgung des angestrebten Ziels **geeignet** sein, das mildeste Mittel darstellen – maW dem Grundsatz der **Erforderlichkeit** entsprechen – sowie **angemessen** (verhältnismäßig ieS) sein.<sup>144</sup> Dieser in stRspr anerkannte Grundsatz beruht letztlich auf der Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze und ist auch vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Art 28, 29 EGV (Art 36 AEUV-E) sowie der anerkannten Rechtfertigungsmöglichkeiten zwingend, soll doch die Beschränkung des freien Warenverkehrs auf das notwendige Maß eingeschränkt werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Schutzziel stehen.

89 Aus Art 30 S 2 EGV (Art 36 AEUV-E), wonach die unter Berufung auf Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) ergriffenen Maßnahmen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen dürfen, können keine weitergehenden Anforderungen abgeleitet werden. Vielmehr decken sich diese Erfordernisse iE mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>145</sup> Es ist denn auch kaum vorstellbar, dass „willkürliche Diskriminierungen“ oder „verschleierte Beschränkungen“ des Handels geeignet und erforderlich sein können.

90 Eine Rechtfertigung nach Art 30 EGV (Art 36 AEUV-E) oder auf der Grundlage der Heranziehung zwingender Erfordernisse kommt allerdings von vornherein nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass eine **Gefahr für die Schutzgüter** besteht. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine solche mit einer (soweit dies überhaupt möglich ist) hundertprozentigen Sicherheit nachgewiesen werden muss. Ein gewisser Unsicherheitsfaktor kann also durchaus bestehen; notwendig ist aber eine substantiierte und nachvollziehbare Darstellung des Bestehens einer Gefährdungslage. So deuten zB Kolibakterien auf pathogene Mikroorganismen hin, die eine wirkliche Gefahr für die Gesundheit darstellen.<sup>146</sup> Hingegen konnte nicht substantiiert glaubhaft gemacht werden, dass die in bestimmten Bieren

---

<sup>144</sup> Wobei der EuGH eine Maßnahme allerdings nur in Ausnahmefällen an der Angemessenheit scheitern lässt. Vgl (allerdings in Bezug auf Art 12 EGV) EuGH, Slg 1997, I-1, Rn 19 ff – Pastoors. Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Art 28 EGV etwa EuGH, Slg 1998, I-1831, Rn 39 ff – Decker; Slg 1997, I-3689, Rn 19 ff – Familiapress = *Erichsen* JK 98, EGV Art 30/1; Slg 1998, I-8033 ff – Bluhme; Slg 1988, 4607, Rn 11 ff – Kommission/Dänemark (Pfandflaschen).

<sup>145</sup> In diese Richtung dürfte auch die Rspr des EuGH gehen, der diesem Erfordernis keine eigenständige Bedeutung beimessen dürfte, es aber gelegentlich als normative Grundlage für die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erwähnt, vgl etwa EuGH, Slg 1992, I-3617 – Debus. Zum Problemkreis mwN aus Literatur und Rspr *Kingreen* in: Calliess/Ruffert Art 28-30 EGV Rn 101 ff.

<sup>146</sup> EuGH, Slg 1984, 2367, Rn 17 – Melkunie.

vorhandenen Zusatzstoffe angesichts der Ernährungsgewohnheiten<sup>147</sup> der deutschen Bevölkerung eine Gesundheitsgefahr mit sich bringen.<sup>148</sup> Ebenso wenig vermag der geringe Nährwert eines Nahrungsmittels eine Gefährdung der Gesundheit zu begründen.<sup>149</sup> Auch konnten die Gesundheitsgefahren eines Knoblauchpräparats nicht nachgewiesen werden.<sup>150</sup> Weiter hielt der EuGH in einem Urteil zur Vereinbarkeit des dänischen Verbots, mit bestimmten Vitaminen und Mineralstoffen angereicherte Lebensmittel in den Verkehr zu bringen, fest, dass es bei wissenschaftlichen Unsicherheiten in Bezug auf die mögliche schädliche Wirkung von Zusatzstoffen in Lebensmitteln den Mitgliedstaaten obliege zu entscheiden, in welchem Umfang sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen. Allerdings müsse die Existenz einer Gesundheitsgefahr durch eine eingehende Prüfung des entsprechenden Risikos gestützt werden können; ein Vermarktungsverbot könne nur erlassen werden, wenn die geltend gemachte Gefahr für die öffentliche Gesundheit auf der Grundlage der verfügbaren wissenschaftlichen Informationen als hinreichend nachgewiesen anzusehen ist, wobei die Beurteilung des Wahrscheinlichkeitsgrades der schädlichen Auswirkungen sowie die potenzielle Schwere zu berücksichtigen seien.<sup>151</sup>

a) Zum Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten

- 91 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>152</sup> regelt eine Mittel-Zweck-Relation; die Frage geht maW dahin, ob eine bestimmte Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist. Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit beantwortet also nicht die Frage nach dem anzulegenden Schutzniveau bzw dem verfolgten Ziel, sondern setzt dessen Festlegung voraus. In Anbetracht des Umstandes, dass Art 30 EGV (Art 36 AEUV) sowie die zwingenden Erfordernisse grundsätzlich nur in denjenigen Fällen zur Anwendung kommen können, in denen gerade keine gemeinschaftliche Festlegung des Schutzniveaus besteht, obliegt es den Mitgliedstaaten zu bestimmen, welches Schutzniveau sie zugrunde legen wollen; sie können also maW entscheiden, wie weit zB der Schutz der Gesundheit oder

---

<sup>147</sup> Die durchaus grundsätzlich berücksichtigt werden können. Vgl EuGH, Slg 1984, 3263, Rn 16 – Heijn; Slg 1986, 1511, Rn 20 – Muller.

<sup>148</sup> EuGH, Slg 1987, 1227, Rn 49 – Kommission/Deutschland (Reinheitsgebot für Bier).

<sup>149</sup> EuGH, Slg 1989, 229, Rn 10 – Kommission/Deutschland.

<sup>150</sup> EuGH, EuZW 2008, 56 – Kommission/Deutschland.

<sup>151</sup> EuGH, Slg 2003, I-9693 – Kommission/Dänemark; s auch EuGH, Slg 2000, I-1129 – Kommission/Frankreich, wo der EuGH betont, dass die Mitgliedstaaten das anzulegende Schutzniveau im Bereich des Gesundheitsschutzes bestimmen können.

der Verbraucherschutz reichen soll.<sup>153</sup> Diese Kompetenz der Mitgliedstaaten bezieht sich auch auf tatbestandliche Unsicherheiten, zB über die Gefährlichkeit bestimmter Stoffe.<sup>154</sup>

92        Fraglich ist aber, ob sich die Befugnis der Mitgliedstaaten<sup>155</sup> auch darauf bezieht, die jeweiligen Konzeptionen der verfolgten Schutzpolitiken festzulegen, also etwa zu bestimmen, auf der Basis welcher Grundsätze der Verbraucherschutz zu konzipieren ist. Diese Fragestellung kann durchaus – zumindest bei gewissen Politiken, wie gerade dem Verbraucherschutz – von entscheidender Bedeutung für die Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung und ihr Ergebnis sein: So ist zB die Erforderlichkeit einer Maßnahme unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob das Bild des „verständigen Verbrauchers“ oder dasjenige des „flüchtigen“ oder „zerstreuten“ Verbrauchers zugrunde gelegt wird.

93        Der EuGH legt hier wenigstens in Teilbereichen das Prinzip zugrunde, dass die Konzeption der jeweiligen Politik und damit die Grundlagen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach gemeinschaftlichen Maßstäben bestimmt werden müssen. So wird insb im Bereich des Verbraucherschutzes (in Verbindung mit dem Gesundheitsschutz) auf ein gemeinschaftliches Konzept des „mündigen“ Verbrauchers zurückgegriffen, das dann auf der Ebene der Erforderlichkeitsprüfung dazu führt, dass grundsätzlich zwingende Regelungen der Produktbeschaffenheit und ein daraus folgendes Vertriebsverbot nicht zulässig sind, da Kennzeichnungspflichten die mildere Regelung darstellen.<sup>156</sup>

94        Zu überzeugen vermag dieser Ansatz jedoch nicht: In den Fällen, in denen eine gemeinschaftliche Regelung fehlt (und um diese geht es hier), kommt den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Kompetenz zu, die jeweiligen Politiken zu bestimmen und die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen. Diese Kompetenz bezieht sich nicht nur auf das „Ob“ der Verfolgung der entsprechenden Zielsetzungen, sondern auch auf das „Wie“, das neben der Festlegung des Schutzniveaus eben auch die Definition der jeweiligen Politik

---

<sup>152</sup> Vgl umfassend zu diesem Grundsatz im Gemeinschaftsrecht, wenn auch in Bezug auf die Rechtsetzung *Emmerich-Fritsche* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000; s auch *Jarass* EuR 2000, 705, 721 ff.

<sup>153</sup> So iE auch die Rspr. Vgl zB EuGH, Slg 1987, 1227, Rn 41 – Kommission/Deutschland (Reinheitsgebot für Bier); Slg 1984, 2367, Rn 18 – Melkunie; EuGH, Slg 2000, I-1149 – Kommission/Frankreich. Aus der Literatur *Ahlfeld* (Fn 117) S 62 ff; s auch schon ausf zum Problemkreis *Epiney/Möllers* Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz, 1992, S 70 ff.

<sup>154</sup> Vgl EuGH, Slg 1983, 2445, Rn 19 – Sandoz; Slg 1983, 3883, LS 6 – van Bennekom; Slg 1986, 1511, Rn 20 – Muller.

<sup>155</sup> Für gemeinschaftliche Regelungen stellt sich das Problem in dieser Form nicht.

<sup>156</sup> StRspr. Vgl nur EuGH, Slg 1987, 1227, Rn 35 ff – Kommission/Deutschland (Reinheitsgebot für Bier); Slg 1979, 649, Rn 13 – Cassis de Dijon; Slg 1994, I-3537, Rn 19 – van der Veldt; EuGH, Slg 2003, I-459 – Kommission/Spanien; EuGH, Slg 2003, I-513 – Kommission/Italien.



zugrunde liegenden Konzeptionen erfasst. Es ist nicht ersichtlich, warum die Gemeinschaft ihre Konzeption an die Stelle derjenigen der Mitgliedstaaten setzen können soll, geht es hier doch nicht um die Definition gemeinschaftlicher Begriffe, sondern um die Festlegung politischer Akzente. Insofern erscheint die Rspr des EuGH nicht ganz unbedenklich. Immerhin konzentriert sich die einschlägige Rechtsprechung bislang auf den Bereich des Verbraucherschutzes, während in anderen Politikbereichen offenbar großzügiger verfahren wird.<sup>157</sup> Im Übrigen nimmt der EuGH teilweise die Kontrolldichte zurück, so wenn er in Bezug auf das Verbot, eine Creme unter der Bezeichnung „Lifting“ zu verkaufen, festhält, dass eine solche Regelung dann gegen den Vertrag verstoße, wenn ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer Durchschnittsverbraucher erwarte, dass die Creme eine dem operativen Lifting vergleichbare Wirkung zeigt.<sup>158</sup> Die Feststellung, ob dies der Fall ist oder nicht, wird dann dem nationalen Gericht überantwortet.<sup>159</sup>

b) Die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im Einzelnen

95 Wie eingangs erwähnt, umfasst das Prinzip der Verhältnismäßigkeit die Anforderungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit.

96 Geeignet ist eine Maßnahme immer dann, wenn sie das verfolgte Ziel grundsätzlich zu erreichen vermag. Ob diese Voraussetzung (wahrscheinlich<sup>160</sup>) erfüllt ist, muss ggf mittels entsprechender wissenschaftlicher Untersuchungen festgestellt werden. Die Geeignetheit einer Maßnahme ist zB auch dann nicht gegeben, wenn ein Mitgliedstaat eingeführte Waren einer bestimmten Qualität als Gefahr ansieht und vor dieser schützen möchte, gegenüber vergleichbaren einheimischen Waren aber keine Maßnahmen ergreift.<sup>161</sup> Eine Maßnahme ist auch dann geeignet, wenn sie das angestrebte Ziel nicht vollständig zu erreichen vermag, hierfür jedoch einen – wenn auch nur kleinen – Beitrag zu leisten vermag, wie dies zB bei Maßnahmen auf dem Gebiet des Umweltschutzes häufig der Fall ist. Insgesamt wird vor diesem Hintergrund die Geeignetheit der Maßnahme vom EuGH recht selten verneint.<sup>162</sup>

97 Die Erforderlichkeit einer Maßnahme ist immer dann gegeben, wenn das angestrebte Schutzziel auch durch den Warenverkehr weniger einschränkende Maßnahmen nicht erreicht

---

<sup>157</sup> So insb im Gesundheitsschutz, vgl die Nachw in Fn 153.

<sup>158</sup> Was wohl nicht der Fall ist.

<sup>159</sup> Vgl EuGH, Slg 2000, I-117 ff – *Lauder*.

<sup>160</sup> Auch hier ist den Mitgliedstaaten bei tatbestandlichen Unsicherheiten ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen. Vgl ausf *Epiney* (Fn 20) S 303 ff.

<sup>161</sup> EuGH, Slg 1985, 1007, Rn 15 – *Conegate*; s auch Slg 1990, I-4285, Rn 6 f – *Kommission/Italien*.

werden kann. Auszugehen ist bei der Prüfung der Erforderlichkeit aber immer von dem definierten Schutzziel. Die Erforderlichkeit ist etwa bei sog „Doppelkontrollen“ – so zB das Erfordernis technischer Analysen für eingeführte Produkte, die schon im Herkunftsstaat durchgeführt worden sind und deren Ergebnisse zugänglich sind – regelmäßig zu verneinen.<sup>163</sup> Auch die mit Einfuhrkontrollen verbundenen Zielsetzungen können häufig auf andere Weise, etwa durch Vermarktungsregelungen oder sonstige Kontrollen, erreicht werden.<sup>164</sup> Ein Werbeverbot für ein in einem Mitgliedstaat nicht zugelassene Arzneimittel, die dennoch über Einzelbestellung der Apotheker vertrieben werden dürfen, kann nach der Rechtsprechung zwar grundsätzlich aus Gründen des Schutzes von Leben und Gesundheit von Menschen gerechtfertigt werden, da auf diese Weise der Ausnahmecharakter der vorgesehenen Genehmigung gestärkt werde; allerdings sei eine Erstreckung des Verbots auf die Übermittlung von Listen, aus denen sich keine Informationen über die therapeutische Wirkung von Medikamenten ergeben, nicht erforderlich, da damit nicht geworben werde könne und eine Steigerung der Einfuhren daher unwahrscheinlich sei.<sup>165</sup> Damit die Erforderlichkeit bejaht werden kann, muss in vertretbarer Weise dargelegt werden, dass das ebenfalls in Betracht kommende mildere Mittel nicht ebenso wirksam gewesen wäre. Allerdings ist den Mitgliedstaaten auch hier bei tatbestandlichen Unsicherheiten ein gewisser Gestaltungsspielraum einzuräumen. So weist der EuGH darauf hin, dass bei Schwierigkeiten in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit der Maßnahmen schon dann von der Erforderlichkeit der Maßnahme ausgegangen werden könne, wenn keine Anhaltspunkte ersichtlich seien, dass die nationale Maßnahme über das hinausgehe, was zur Erreichung des Zwecks erforderlich sei.<sup>166</sup> Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass hier – wie auch bei dem folgenden Schritt der Angemessenheitsprüfung – ggf auch die Beeinträchtigung von Grundrechten zu berücksichtigen ist.

98           Bei der Angemessenheit einer Maßnahme geht es um die Abwägung zwischen der Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs und ggf der Einschränkung von Grundrechten

<sup>162</sup> Vgl aber auch EuGH, Slg 1989, 229, Rn 10 – Kommission/Deutschland; Slg 1979, 649, Rn 11 – Cassis de Dijon; die Geeignetheit wurde etwa in folgenden Fällen bejaht: EuGH, Slg 1991, I-3069, Rn 23 – Denkavit; Slg 1991, I-4151, Rn 15 – Aragonesa.

<sup>163</sup> EuGH, Slg 1998, I-5121 – Harpegnies; Slg 1998, I-6197, Rn 22 ff – Kommission/Frankreich; s im Übrigen die Präzisierungen in Bezug auf ein System vorheriger Genehmigungen in EuGH, Slg 2002, I-607 – Canal Satélite. In Bezug auf die Unverhältnismäßigkeit einer nationalen Produktzulassungsregelung EuGH, Rs. C-254/05, Urt. v. 7.6.2007 – Kommission/Belgien.

<sup>164</sup> Vgl zB EuGH, Slg 1994, I-3303, Rn 25 – Kommission/Deutschland; Slg 1988, 547, Rn 15 ff – Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>165</sup> EuGH, EuZW 2008, 30 – Ludwigs-Apotheke München.

<sup>166</sup> EuGH, Slg 2000, I-5681, Rn 40 ff – Kemikalieinspektionen; Slg 1999, I-3599, Rn 36 ff – Heinonen; s auch EuGH, Slg 2000, I-3123 – Kommission/Belgien; EuGH, Slg 2003, I-5121 – Consorzio del Prosciutto di Parma; EuGH, Slg 2003, I-5053 – Ravil/Bellon.

einerseits und dem verfolgten Schutzinteresse andererseits. Wie bereits eingangs<sup>167</sup> erwähnt, scheitert eine Maßnahme allenfalls in Ausnahmefällen an der Angemessenheit.<sup>168</sup> Dem Erfordernis der Angemessenheit dürfte aber in all denjenigen Fällen, in denen eine Grundfreiheit mit einem Grundrecht kollidiert, eine gewisse Bedeutung zukommen; so stellt der EuGH hier etwa auf die Frage der Angemessenheit oder auf das Vorhandensein von Übergangsregelungen ab.<sup>169</sup>

#### 99 Lösung Fall 4:

Die Vertragsverletzungsklage Belgiens ist zulässig (Art 227 EGV).

Die fragliche Maßnahme stellt eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Ausfuhrbeschränkung (Art 29 EGV) dar: Denn zwar ist nach wie vor die Ausfuhr von nicht abgefülltem Wein unbeschränkt möglich; dieser darf aber nicht die Ursprungsbezeichnung Rioja tragen. Letzteres beeinträchtigt aber seine Absatzmöglichkeiten, spielen Ursprungsbezeichnungen doch eine wichtige Rolle bei der Vermarktung von Produkten, insbesondere von Wein. Die Voraussetzungen der *Dassonville*-Formel sind also gegeben. Da sich die Maßnahme nur auf ausgeführte Produkte (nicht abgefüllter Wein, der so aus der Region ausgeführt wird) bezieht, liegt auch eine spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme vor. Wein, der nämlich nur innerhalb der Region befördert und in zugelassenen Kellereien abgefüllt wird, kann nach wie vor die Ursprungsbezeichnung tragen.

Ursprungsbezeichnungen gehören zu den gewerblichen Schutzrechten. Sie sollen den Inhaber davor schützen, dass die Bezeichnungen durch Dritte missbräuchlich benutzt werden und diese dadurch einen Vorteil erlangen. Im Übrigen sollen sie gewährleisten, dass das mit ihnen versehene Erzeugnis aus einem bestimmten geographischen Bereich stammt und bestimmte besondere Eigenschaften aufweist. Damit ist eine Rechtfertigung nach Art 30 EGV grundsätzlich möglich. Fraglich ist jedoch die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, insb die Erforderlichkeit: Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Umstand, dass der Abfüllvorgang schwierig ist und nur von Personen bzw Unternehmen mit großer Sachkenntnis durchgeführt werden sollte, will man vermeiden, dass der Wein an Qualität einbüßt und damit seine Eigenarten verliert. Gleiches gilt für die Beförderung in nicht abgefülltem Zustand. Vor diesem Hintergrund bejaht der EuGH die Erforderlichkeit: Die erwähnte Sachkenntnis sei am ehesten bei den Unternehmen der betroffenen Region vorzufinden, die eben eine größere Erfahrung im Umgang mit gerade diesem Qualitätswein hätten, so dass eine größere Wahrscheinlichkeit gegeben sei, dass die genannten Vorgänge fachgerecht durchgeführt würden. Auch seien die Kontrollen in anderen Mitgliedstaaten teilweise weniger streng als in Spanien. Schließlich reiche auch eine alleinige Kennzeichnungspflicht nicht aus, da im Falle von Qualitätseinbußen das Ansehen aller unter der Ursprungsbezeichnung „Rioja“ vermarkteten Weine geschädigt würde. Zu überzeugen vermag der grundsätzliche Ansatz des EuGH allerdings nicht: So ist nicht ersichtlich, warum die Abfüllung und Beförderung von Rioja schwieriger sein soll als diejenige sonstiger Qualitätsweine, so dass man ja auch auf das Kriterium „Unternehmen aus Regionen mit Qualitätsweinen“ hätte abstellen können. Vor allem aber bestehen wohl andere Methoden zur Feststellung der Qualifikation der Unternehmen, die den freien Warenverkehr weniger stark beschränken würden, wie etwa ein Zulassungsverfahren, eine Prüfung des erforderlichen Sachwissens oder regelmäßige Kontrollen.

<sup>167</sup> S o Rn 88 ff.

<sup>168</sup> S aber auch EuGH, Slg 2002, I-607 – Canal Satélite, wo der EuGH im Zusammenhang mit einem System vorheriger Genehmigungen für die Inbetriebnahme bestimmter Geräte für die digitale Übermittlung oder den digitalen Empfang von Fernsehsignalen über Satellit auch auf der Angemessenheit zuzuordnende Erwägungen zurückgreift, so wenn er betont, dass selbst ein den Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit entsprechendes Genehmigungsverfahren dann nicht mit Art 28 EV vereinbar sein soll, wenn es die Marktteilnehmer an der Ausübung ihrer Freiheiten hindert.

<sup>169</sup> Vgl EuGH, Slg 2003, I-5959 – Schmidberger; EuGH, Slg 2004, I-11763 – Radlberger.