

Die Festsetzung des § 100 III Brauwereimonopolgesetz fällt somit *nicht* unter die Ausnahmeregelung des Art. 36 EGV.

V. Ergebnis

Der Begriff »Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen« des Art. 30 EGV ist in dem Sinne zu verstehen, daß auch die im deutschen Brauwereimonopolgesetz geregelte Festsetzung eines Mindestweingeistgehalts für Trinkbranntweine, die zur Folge hat, daß traditionelle Erzeugnisse anderer Mitgliedstaaten, deren Weingeistgehalt unter der festgesetzten Grenze liegt, in Deutschland nicht in den Verkehr gebracht werden können, unter diesen Begriff fällt.

Schwierigkeitsgrad der Klausur: Mittelschwere allgemeine Examen-sklausur

Zur Vertiefung:

Arndt: Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Europäischen Union: Der Fall Keck, JuS 1994, S. 469 – 473

Becker: Von Dassonville über Cassis zu Keck – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, Eur 1994, S. 162 – 174

Fischer: Abschied von Dassonville und Cassis de Dijon? Zur neuesten Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs, WfB 1994, S. 182 – 185

Lenz: Ein undeutlicher Ton, NJW 1994, S. 1633 – 1634

Odenacht: Die »Cassis de Dijon-Entscheidung«. Leitentscheidung des EuGH zu den Schranken der Warenverkehrsfreiheit aus dem Jahr 1979, JA-Klassiker, JA 1996, S. 18 – 23

6. Fall: Euromarketing?

Sachverhalt:

M ist ein in Frankreich niedergelassener Hersteller von Süßspeisen, die von Frankreich aus europaweit vertrieben werden. Im Rahmen einer in der französischen Zentrale entwickelten Werbekampagne, die französischem Recht entspricht, will M für einen eng begrenzten Zeitraum ein bestimmtes Produkt mit dem Werbeaufdruck »+ 10%« verkaufen. Bei gleichbleibendem Absatzpreis soll der Packungsinhalt um 10% erhöht werden. Die Aufschrift »+ 10%« soll vor rotem Hintergrund erscheinen, wobei der rote Balken 20% der Längsseite der Verpackung einnehmen wird.

In Deutschland widerspricht diese Form der Werbung nationalen Wettbewerbsrecht. Unter anderem, weil die Größe des roten Balkens nicht der Zugabe zum früheren Packungsinhalt entspricht (Setzen Sie sich, falls Sie es für nötig erachten, auf die Verbotsgünde einzugehen, bitte nur mit dem Aspekt der Irreführung des Verbrauchers auseinander).

Zum Sortiment von M zählt auch das Luischbonbon »SHIVER«, welches nach Ansicht der Marketing-Abteilung von M an Tankstellen, Kiosken und ähnlichen Verkaufsstellen angeboten werden sollte. In mehreren Mitgliedstaaten ließen sich diese Pläne nicht verwirklichen. Die beachtliche Konzentration von Koffein, die das Produkt in einigen Mitgliedstaaten für bestimmte Käuferschichten so interessant macht, führte in einer Reihe anderer Mitgliedstaaten zur Apothekenpflichtigkeit. Die Regelungen, die in diesen Mitgliedstaaten die Apothekenpflichtigkeit nach sich zogen, orientieren sich ausschließlich an der Konzentration des Wirkstoffs pro normaler Verbrauchungseinheit.

S ist Bevollmächtigter einer deutschen Klassenlotterie und daher zum Verkauf von Losen dieser Einrichtung berechtigt. Um seine Tätigkeit noch rentierlicher zu gestalten, versande er Werbematerial und Lose an Interessenten in England. Die Sendungen wurden von den britischen Behörden beschlagnahmt, weil durch den »Lotteries and Amusements Act« (LAA) die Werbung und der Losverkauf für Lotterien sowie das Abhalten derselben verboten ist. S glaubt, daß dieses Verbot der Einfuhr von Losen und Werbematerial gegen die Grundfreiheiten des EGV verstößt. Die britische Regierung bezweifelt die Anwendbarkeit von EG-Recht auf Lotterien, da sie auf dem Zufall beruhen und mehr Spiel und Erholung als wirtschaftliche Betätigung darstellen und somit nicht zum »Wirtschaftsleben« im Sinne des

II. Rechtsprobleme zum Gemeinsamen Markt

6. Fall: Euromarketing?

EG-Vertrages zu rechnen seien. Im übrigen sei das Verbot von Lotterien notwendig, um Straftaten zu verhindern und der Spielsucht vorzubeugen.

Aufgabenstellung:

Überprüfen Sie, ob die Maßnahmen, mit denen M und S konfrontiert sind, gegen Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts verstoßen.

Lösung:

Thema: Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 30 und 59 EGV)

Verfahren: Keines

Entscheidungen: EuGH Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039

EuGH Rs. C-391/92 (Säuglingsmilch), Urteil vom 29. Juni 1995 = EuZW 1995, S. 612;

EuGH Rs. C-470/93 (Mars), Slg. 1995, S. 1923

EuZW 1995, S. 611

Zu Frage 1:

Verstoß gegen Art. 30 EGV

Das Verbot der von M vorgesehenen Werbemaßnahme könnte gegen Art. 30 EGV verstoßen.

A) Anwendbarkeit von Art. 30 EGV

Dann müßte das deutsche Verbot in den Anwendungsbereich des Art. 30 EGV fallen. Voraussetzung dafür ist, daß der *zwischenstaatliche Warenverkehr* i. S. v. Art. 9 II EGV betroffen ist.

I. Warenverkehr

Als *Waren* i. S. v. Art. 9 II EGV sind dabei alle Erzeugnisse anzusehen, die einen Geldwert haben und somit Gegenstand eines Handelsgeschäftes sein können.¹ *Warenverkehr* liegt vor, wenn die bei einer wirtschaftlichen Transaktion beteiligten Waren nicht lediglich ein technisches Detail einer Wirtschaftstätigkeit darstellen, die selbst nicht als Handel mit Waren bezeichnet werden kann.²

Die deutsche Verbotregel bezieht sich vorliegend auf den Handel mit Süßspeisen. Süßspeisen sind geldwerte Erzeugnisse, die den Gegenstand von Handelsgeschäften bilden, und damit Waren i. S. v. Art. 9 II EGV. Die Wirtschaftstätigkeit des M besteht im Verkauf dieser Waren und ist daher als Warenverkehr anzusehen.

II. Zwischenstaatlicher Bezug

Ferner muß ein Vorgang des zwischenstaatlichen Warenhandels betroffen sein. Art. 30 EGV erfaßt keine reinen Inlandssachverhalte. Ein reiner Inlandssachverhalt liegt vor, wenn Waren aus einem bestimmten Mitgliedstaat, ohne reimportiert³ zu sein, in eben diesem Mitgliedstaat abgesetzt werden.⁴ M will seine Süßspeisen von Frankreich nach Deutschland verkaufen; ein reiner Inlandssachverhalt liegt mithin nicht vor.

III. Rechtmäßig im Verkehr des Herkunftsstaates

Art. 30 EGV findet schließlich nur Anwendung auf Waren, die sich im Mitgliedstaat ihrer Herkunft rechtmäßig im Verkehr befinden.

Die bereits im Urteil Dassonville angelegte Aussage, daß Art. 30 EGV die Zirkulationsfähigkeit von Waren betrifft, die sich »ordnungsgemäß im freien Verkehr« eines anderen Mitgliedstaates befinden⁵, wurde von der Cassis-Rechtsprechung⁶ aufgegriffen und bildet nun einen festen Bestandteil der Keck-Rechtsprechung.⁷

Die Waren des M – inklusive der beanstandeten Art ihrer Verpackung – befanden sich in Frankreich rechtmäßig auf dem Markt; auch diese letzte Anwendungsvoraussetzung für Art. 30 EGV ist damit erfüllt.

IV. Ergebnis

Art. 30 EGV ist folglich anwendbar.

3 Reimporte sind grundsätzlich nach Art. 30 EGV zu beurteilen, vgl.: EuGH Rs. 229/83 (Leclerc), Slg. 1985, S. I. 35, Rz. 26; dies gilt nicht für Reimporte, bei denen sich aus objektiven Umständen ergibt, daß sie allein zum Zwecke der Umgehung heimischer Rechtsvorschriften vollzogen werden, dazu: EuGH – a. a. O. S. 35, Rz. 27; Rs. 355/85 (Driancourt/Cagnet), Slg. 1986, S. 3231, 3240 ff., insbes. Rz. 5 und 10.

4 EuGH Rs. 286/81 (Oosthoek), Slg. 1982, S. 4575, 4586, Rz. 9.

5 EuGH Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, S. 837, 853, Rz. 7/9.

6 EuGH Rs. 120/78 (Cassis), Slg. 1979, S. 649, 664, Rz. 14.

7 Aus der aktuellen Rechtsprechung siehe EuGH Rs. C-267, 268/91 (Keck), EuZW 1993, S. 770, 771, Rz. 15 und 17; bestätigt in der Keck-Folgerrechtsprechung, vgl. z. B.: EuGH Rs. C-69, 258/93 (Punto Casa), Slg. 1994, S. I-2355, I-2368, Rz. 12.

1 EuGH Rs. 7/68 (Kunstschnitzerei I), Slg. 1968, S. 633, 642.

2 EuGH Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1088, Rz. 21 f.

II. Rechtsprobleme zum Gemeinsamen Markt

B) Eingriff in Rechte aus Art. 30 EGV

Weiterhin müßte das deutsche Werbeverbot einen Eingriff in die durch Art. 30 EGV gewährleisteten Rechte des Wirtschaftsteilnehmers darstellen.

Art. 30 EGV verbietet Kontingente und wirkungsgleiche Maßnahmen. Ein Kontingent liegt hier nicht vor. Die deutsche Regelung könnte sich aber als wirkungsgleiche Maßnahme darstellen. Zur Definition der Maßnahme gleicher Wirkung hat der EuGH in nummehr ständiger Rechtsprechung ein positives (und ein negatives Prüfungskriterium) entwickelt.

I. Positives Kriterium: Dassonville-Formel

Danach sind als Maßnahmen gleicher Wirkung zunächst alle nationalen Bestimmungen anzusehen, die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern (sog. *Dassonville-Formel*).⁸ Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist hierbei nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die in Rede stehende nationale Vorschrift unterschiedslos für inländische und importierte Produkte gilt.⁹

Die in Streit stehende Regelung behindert den zwischenstaatlichen Warenverkehr i. S. d. Dassonville-Formel jedenfalls mittelbar und erfüllt daher, obwohl sie gleichermaßen für inländische wie für importierte Waren gilt, die positiven Kriterien, die an eine Maßnahme gleicher Wirkung gestellt werden.

II. Negatives Kriterium: Keck-Formel

Eine Maßnahme gleicher Wirkung läge aber dennoch nicht vor, wenn das in Rede stehende Verbot der Werbung als eine Regelung von Verkaufsmodalitäten anzusehen ist, die alle Wirtschaftsteilnehmer in einem Mitgliedstaat betrifft und die den Absatz von inländischen und aus anderen Mitgliedstaaten importierten Waren rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berührt.

1) Verkaufsmodalität

Fraglich ist bereits, ob das Verbot einer bestimmten Beschriftung der Verpackung eines Produktes als Verkaufsmodalität zu qualifizieren ist.

Auch wenn eine unenschärfte Definition dessen, was unter dem Begriff der Verkaufsmodalität zu verstehen sein soll, vom Gerichtshof bislang nicht ge-

8 EuGH Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, S. 837, 852, Rz. 5.
9 EuGH Rs. 120/78 (Cassis), Slg. 1979, S. 649 ff.

geben wurde¹⁰, läßt sich zumindest sagen, daß nationale Regelungen bezüglich der Aufmachung und Beschriftung von Produkten nicht als die Regelung von Verkaufsmodalitäten anzusehen sind.¹¹ Da es sich vorliegend um eine derartige Regelung handelt, ist nicht vom Vorliegen einer Regelung von »Verkaufsmodalitäten« auszugehen.

2) Ergebnis

Die negativen Tatbestandsmerkmale der Keck-Rechtsprechung greifen vorliegend nicht ein.

III. Ergebnis

Das deutsche Verbot der von M vorgenommenen Verpackungsbeschriftung greift dementsprechend in die durch Art. 30 EGV gewährleisteten Rechte ein.

C) Schranken des Art. 30 EGV

Das deutsche Verbot könnte jedoch gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn es sich um die verhältnismäßige Ausgestaltung einer anerkannten Schranke des Art. 30 EGV handelt.

I. »Immanente« Schranken

Da die in Rede stehende nationale Maßnahme unterschiedslos auf heimische und importierte Produkte anwendbar ist, läßt sie sich durch sog. »immanente« Schranken des Art. 30 EGV rechtfertigen. Zu fordern ist zunächst, daß die Maßnahme einem im Allgemeininteresse liegenden Zweck¹², wie etwa dem Verbraucherschutz oder der Lauterkeit des Handelsverkehrs¹³, dient. Die deutsche Regelung bezweckt den Schutz des Verbrauchers vor irreführender Werbung und dient damit einem im Allgemeininteresse liegenden Zweck.

10 Im übrigen dürfte sich erweisen, daß ein Abstellen auf irgendwelche formalen Kriterien, anhand derer sich »Produktregelungen« von »Verkaufsmodalitäten« unterscheiden lassen sollen, an der wirtschaftlichen Realität vorbeigeht; auschlußreich und zutreffend daher die Ansicht von *Srinivasan*, ZHR 158 (1994) S. 149 ff., insbes. 157 ff.

11 Vgl. dazu die Aufzählung der vom Gerichtshof als typische Produktvorschriften empfundenen Vorschriften in: EuGH Rs. C-267, 268/9 (Keck), EuZW 1993, S. 770, 771, Rz. 15; siehe auch EuGH Rs. C-315/95 (Clinique), Slg. 1994, S. 1-317, 1-335, Rz. 13; Rs. C-430/93 (Mars), EuZW 1995, S. 611.

12 Vgl. EuGH Rs. C-267, 268/91 (Keck), EuZW 1993, S. 770, 771, Rz. 15; zur etwas anderen Formulierung in der früheren Rspr.: EuGH Rs. 120/78 (Cassis), Slg. 1979, S. 649, 662, Rz. 8.
13 Dazu bereits EuGH Rs. 120/78 (Cassis), Slg. 1979, S. 649, 662, Rz. 8.

II. Rechtsprobleme zum Gemeinsamen Markt

6. Fall: Euromarketing?

II. Verhältnismäßigkeit

Dieser Zweck rechtfertigt das Verbot jedoch nur, wenn er in verhältnismäßiger Weise verfolgt wird. Zu fragen ist daher, ob die deutsche Regelung geeignet, erforderlich und angemessen ist, den Schutz des Verbrauchers vor Irreführung zu gewährleisten.

1) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels zumindest beiträgt. Das deutsche Verbot ist geeignet, die Gefahr der Irreführung des deutschen Verbrauchers abzuwenden.

2) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein milderes, hier also kein den Warenverkehr weniger beeinträchtigendes, Mittel zur Verfügung steht, das zur Erreichung des Ziels ebenso geeignet ist.

Fraglich ist, ob es im vorliegenden Fall zum Schutz des Verbrauchers überhaupt einer Regelung bedarf. Bei der Beurteilung dieser Frage ist entscheidend, welchem Verbraucherleitbild man folgt. Zwar ist ein einheitliches Verbraucherleitbild im Gemeinschaftsrecht¹⁴ derzeit (noch) nicht existent, doch läßt sich aus der Entscheidungspraxis des EuGH entnehmen, daß er jedenfalls nicht den Ansatz des deutschen Wettbewerbsrechts teilt, wonach der Verbraucher als »dümmliches Wesen zu behandeln und zu schützen ist.¹⁵ Geht man folglich mit dem EuGH vom Bild des verständigen Verbrauchers aus, so wird man von diesem erwarten können, daß er weiß, »daß zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht.«¹⁶

Das deutsche Verbot ist folglich nicht erforderlich.

3) Ergebnis

Die in Rede stehende deutsche Regelung greift damit in unverhältnismäßiger Weise in den freien Warenverkehr ein.

¹⁴ Dazu näher *Dauers*, EuZW 1995, S.425, insbes. S.429 m. w. N.

¹⁵ Beispiel: EuGH Rs. C-315/92 (Chiquette) Slg. 1994, S. I-317, I-337, Rz. 22, »Schließlich werden diese Erzeugnisse ... in anderen Ländern rechtmäßig unter der Bezeichnung »Chiquette« vertrieben, offenbar ohne daß die Verbraucher durch die Verwendung dieser Bezeichnung irreführt würden«.

¹⁶ EuGH Rs. C-470/93 (Mars), EuZW 1995, S. 611, 612, Rz. 24.

III. Ergebnis

Der Eingriff, den das deutsche Verbot in die Rechte aus Art. 30 EGV darstellt, läßt sich damit nicht rechtfertigen.

D) Ergebnis

Das Verbot der von M vorgesehene Werbemaßnahme verstößt gegen Art. 30 EGV und ist daher europarechtswidrig.

Zu Frage 2:

Anmerkung: Es wiederholen sich hier zunächst die bereits im Rahmen der ersten Frage abgearbeiteten Prüfungsschritte: die Ausführungen werden entsprechend kürzer ausfallen.

Verstoß gegen Art. 30 EGV

Das in mehreren Mitgliedstaaten bestehende Verbot, »Shiver« auch außerhalb von Apotheken anzubieten, könnte gegen Art. 30 EGV verstoßen.

A) Anwendbarkeit von Art. 30 EGV

Dann müßten die Verbote in den Anwendungsbereich des Art. 30 EGV fallen. Voraussetzung dafür ist, daß der zwischenstaatliche Warenverkehr i. S. v. Art. 9 II EGV betroffen ist.

I. Zwischenstaatlicher Warenverkehr

Der Handel mit »Shiver« ist als Handel mit Waren i. S. v. Art. 9 II EGV anzusehen. Der zwischenstaatliche Bezug ist gegeben.

II. Rechtmäßigkeit im Verkehr des Herkunftsstaates

»Shiver« befindet sich rechtmäßig auf dem französischen Markt.

III. Ergebnis

Art. 30 EGV ist auf die Verbote anwendbar.

B) Fingriff in Rechte aus Art. 30 EGV

Die Verbote müßten einen Eingriff in die Rechte aus Art. 30 EGV darstellen. Die fraglichen Regelungen könnten in den durch das Verbot wirkungsgleicher Maßnahmen geschützten Bereich eingreifen.

I. Positives Kriterium: Dassonville-Formel

Dann müßten die in Rede stehenden Verbote zunächst geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Die Verbote verhindern, daß M »Shiver« an den Orten anbieten kann, an denen die besten Absatzchancen bestehen. Zumindest eine mittelbare, potentielle Behinderung des Handels ist daher zu bejahen.

II. Negatives Kriterium: Keck-Formel

Die Verbote könnten sich aber als von Art. 30 EGV nicht verbotene Regelungen von Verkaufsmodalitäten darstellen, die alle Wirtschaftsteilnehmer in einem Mitgliedstaat betreffen und die den Absatz von inländischen und aus anderen Mitgliedstaaten importierten Waren rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise betreffen. *Handelt es sich um ein Produkt, das in jedem Land vertrieben wird?*

1) Verkaufsmodalität

Unter welchen genauen Voraussetzungen eine Regelung von Verkaufsmodalitäten vorliegen soll, ist der bisherigen Rechtsprechung nicht eindeutig zu entnehmen. Was sich sagen läßt, ist, daß jedenfalls jede Vorschrift, die eine Veränderung des Produkts oder seiner Verpackung erforderlich macht, nicht lediglich Verkaufsmodalitäten regelt. Im Gegensatz dazu sind als Regelung von Verkaufsmodalitäten normalerweise¹⁷ wohl diejenigen Vorschriften anzusehen, die Festlegungen hinsichtlich Zeit oder Ort des Absatzes im Importstaat treffen.¹⁸

Die Vorschriften über die Apothekenpflichtigkeit beschränken die Wahl des Absatzortes und sind damit als Regelungen von Verkaufsmodalitäten zu qualifizieren.

2) Gleichartige Betroffenheit aller Wirtschaftsteilnehmer; rechtlich gleiche Behandlung

Um unter die Keck-Formel zu fallen, muß eine Regelung ferner unterschiedslos anwendbar sein. Dies ist, soweit ersichtlich, bei den in Rede stehenden Vorschriften der Fall.

3) Tatsächlich gleiche Behandlung

Schließlich muß eine Regelung, um unter die Keck-Formel zu fallen, den Absatz inländischer und importierter Waren tatsächlich in der gleichen Weise betreffen. Auch mit Blick auf dieses Merkmal ist weitere Klärung durch den EuGH erforderlich, ehe sich sein Inhalt genau definieren läßt. Der Rechtsprechung läßt sich allerdings entnehmen, daß nicht schon jede Erschwernis, die dem Importeur durch Regelungen bezüglich des Absatzortes entsteht, ausreicht, um einen Eingriff in Art. 30 EGV zu begründen.¹⁹ Da vorliegend die Möglichkeit, »Shiver« in unveränderter Zusammensetzung und Aufmachung auf die betreffenden mitgliedstaatlichen Märkte zu bringen, nicht entzogen wird und da sich alle Anbieter auf den betreffenden Märkten den Schwierigkeiten, die die Apothekenpflicht mit sich bringen mag, stellen müssen, ist nicht von einer tatsächlich ungleichen Behandlung i. S. d. Keck-Formel auszugehen.

4) Ergebnis

Die fraglichen Verbote, »Shiver« außerhalb von Apotheken anzubieten, stellen mithin Regelungen von Verkaufsmodalitäten i. S. d. Keck-Formel dar.

III. Ergebnis

Ein Eingriff in Rechte aus Art. 30 EGV liegt folglich nicht vor.

C) Ergebnis

Die in Rede stehenden Vorschriften über die Apothekenpflichtigkeit verstößen dementsprechend nicht gegen Art. 30 EGV.

Zu Frage 3:

Zu untersuchen ist, ob das Verbot der Einfuhr von Losen und Werbematerial für eine Lotterie, die sich im Herkunftsstaat rechtmäßig in Umlauf befinden, in einen anderen Mitgliedstaat gegen EG-Recht verstößt. In Betracht kommen Verstöße gegen Art. 30 EGV und Art. 59 EGV.

Handwritten note: wird nicht verlangt.

¹⁷ Auf die bei der Verwendung formaler Abgrenzungskriterien gebotene Vorsicht wurde bereits hingewiesen, vgl. Fußn. 10.
¹⁸ Dazu die Fälle: EuGH Rs. C-69, 258/93 (Punto Casa), Slg. 1994, S. I-2355 ff.; Rs. C-391/92 (Säuglingsmilch) EuZW 1995, S. 612 ff.

¹⁹ Dies läßt sich speziell für die Apothekenpflicht aus EuGH Rs. C-391/92 (Säuglingsmilch), EuZW 1995, S. 612, 613; Rz. 12 f. ableiten; insoweit entspricht die Keck-Rechtsprechung auch länger zurückliegenden Entscheidungen, wie etwa: EuGH Rs. 75/81 (Blesgen), Slg. 1982, S. 1211, 1228 f.; Rz. 7 ff.; Rs. C-23/89 (Quiedyn), Slg. 1990, S. I-3059, I-3080 f.; Rz. 9 ff.

A) Vorprüfung: Teilnahme am Wirtschaftsleben i. S. v. Art. 2 EGV

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ist, daß das Abhalten von Lotterien einen Teil des »Wirtschaftslebens« i. S. v. Art. 2 EGV bildet. Dieser Begriff ist weit auszulegen. Einführen von Waren und entgeltlichen Dienstleistungen stellen stets eine hinreichende wirtschaftliche Betätigung dar.²⁰

Im Falle einer Lotterie wird durch den Kauf des Loses die Teilnahme an der Ausspielung ermöglicht. Die Tatsache, daß der erhoffte Gewinn auf dem Zufall beruht und die Teilnahme aus Unterhaltungsinteresse geschieht, nimmt diesem Austausch nicht seinen wirtschaftlichen Charakter, so daß es sich bei einer Lotterie um einen Bestandteil des Wirtschaftslebens handelt.

B) Verstoß gegen Art. 30 EGV²¹

Die Beschlagnahme der Gegenstände des S könnte gegen Art. 30 EGV verstoßen.

Art. 30 EGV schützt den Warenverkehr in der Gemeinschaft vor ungerichtfertigen Behinderungen durch Kontingente oder Maßnahmen mit gleicher Wirkung.

I. Anwendbarkeit von Art. 30

Zunächst müßte Art. 30 EGV anwendbar sein, was der Fall ist, wenn es sich bei dem Versand der Materialien des S um einen Vorgang des zwischenstaatlichen Warenverkehrs handelte.

1) Warenverkehr

Die beschlagnahmten Gegenstände (Lose, Werbematerial) sind Waren i. S. v. Art. 9 II EGV. Fraglich ist jedoch, ob es sich um einen Vorgang des Warenverkehrs handelt. Warenverkehr liegt vor, wenn die bei einer wirtschaftlichen Transaktion beteiligten Waren nicht lediglich ein technisches Detail einer Wirtschaftstätigkeit darstellen, die selbst nicht als Handel mit Waren bezeichnet werden kann.²²

S versendet Lose und Werbematerial, also Waren. Diese Waren stehen aber in einem engen Zusammenhang mit der Veranstaltung einer Lotterie, so daß

²⁰ EuGH Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1087 f.

²¹ Es ist nicht zwingend, bietet sich jedoch an, mit Art. 30 EGV und nicht mit Art. 39 EGV zu beginnen, da Art. 59 EGV die Nichtanwendbarkeit von Art. 30 EGV voraussetzt und so eine verschärfte Inzidentprüfung vermieden wird.

²² EuGH Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1088, Rz. 21 f.

auf die Frage einzugehen ist, ob dieser Warenversand isoliert oder unter dem Vorzeichen der Lotterieveranstaltung zu bewerten ist.

Zwar beschränkt sich vorliegend die Tätigkeit des S auf den Versand von Losen und Werbematerial, also auf Warenlieferungen. Diese Warenlieferungen stellen jedoch keinen Selbstzweck dar, sondern sollen den Empfängern die Teilnahme an einer Lotterieveranstaltung ermöglichen. Die Warenlieferungen können somit nicht losgelöst von der Veranstaltung einer Lotterie begriffen werden, ohne daß dabei ihr wirtschaftlicher Sinn verlorenginge.

Die Warenlieferungen sind daher unter dem Vorzeichen der Veranstaltung einer Lotterie zu betrachten. Da eine Lotterieveranstaltung als Ganzes aber nicht als Warenverkehr qualifiziert werden kann, unterfällt auch die Tätigkeit des S nicht den für den freien Warenverkehr geltenden Vorschriften.

2) Ergebnis

Der Anwendungsbereich von Art. 30 EGV ist mithin nicht eröffnet.

II. Ergebnis

Ein Verstoß gegen Art. 30 EGV liegt nicht vor.

C. Verstoß gegen Art. 59 EGV

Die Beschlagnahme der Gegenstände könnte aber gegen Art. 59 EGV verstoßen. Art. 59 EGV schützt den Dienstleistungsverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor ungerechtfertigten Behinderungen.

I. Anwendbarkeit von Art. 59 EGV

Art. 59 EGV müßte zunächst anwendbar sein. Dies setzt voraus, daß eine Dienstleistung i. S. d. Art. 60, 66 I. V. m. 55 EGV vorliegt.

1) Dienstleistung

Hierfür ist zunächst erforderlich, daß die Veranstaltung einer Lotterie eine Leistung darstellt, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.

Der Lotterieveranstalter gewährt den Käufern von Losen die Teilnahme an einem Glücksspiel und übernimmt zu diesem Zweck die Einsammlung der Einsätze, die vom Zufall bestimmte Ziehung sowie die Verteilung der Gewinne. Als Entgelt wird der Preis der Lose erhoben. Die Lotterie stellt mithin eine Leistung dar, die gewöhnlich gegen Entgelt erbracht wird.

II. Rechtsprobleme zum Gemeinsamen Markt

2) Zwischenstaatlicher Bezug

Es müße sich ferner um grenzüberschreitende Leistungen handeln, was stets der Fall ist, wenn die Leistung in einem anderen Mitgliedstaat angeboten wird als in dem, in dem der Anbieter niedergelassen ist.²³ Es ist dabei nicht erforderlich, daß der Dienstleistende sich zum Zwecke der Dienstleistung in das Gebiet des Mitgliedstaates be gibt, in dem die Dienstleistung erbracht wird.²⁴ Hier wurden Lose einer deutschen Lotterie in Großbritannien angeboten, so daß eine grenzüberschreitende Leistung vorliegt.

3) Rechtmäßigkeit im Herkunftsstaat

Wie Art. 30 EGV²⁵ findet auch Art. 59 EGV nur Anwendung auf Dienstleistungen, die der Erbringer auch im Herkunftsstaat rechtmäßig anbieten kann.²⁶ Diese Voraussetzung ist hier gegeben.

4) Subsidiarität gemäß Art. 59 EGV

Weiterhin darf die Veranstaltung einer Lotterie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit von Personen unterliegen.

Wie bereits erörtert wurde, sind die Regelungen über den freien Warenverkehr nicht einschlägig. Dasselbe gilt für die Regeln über den freien Personenverkehr, die ihren Anknüpfungspunkt im Ortswechsel von Personen finden, und für die Regeln über den Kapitalverkehr, die zwar die Bewegung von Kapital betreffen, sich aber nicht auf alle im Wirtschaftsleben erforderlichen Zahlungen erstrecken.²⁷

5) Öffentliche Gewalt, Art. 66 i. V. m. 55 EGV

Nach Art. 66 i. V. m. 55 EGV schützt das Dienstleistungsrecht keine Betätigungen, die im Zielstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Der Begriff der öffentlichen Gewalt ist in diesem Zusammenhang eng auszu legen. Art. 66 i. V. m. 55 EGV nimmt daher nur Tätigkeiten aus dem Bereich des Art. 59 EGV aus, die, in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen.²⁸

Art. 55 EGV betrifft Lotterien damit selbst dann nicht, wenn man davon

23 EuGH Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1089, Rz. 29.

24 Vgl. etwa EuGH Rs. C-76/90 (Säger / Demmeyer), Slg. 1991, S. I-4221, I-4243, Rz. 13. Dazu oben: Zu Frage 1, III.

26 EuGH Rs. C-76/90 Slg. 1991, I-4221, I-4243, Rz. 12; Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1093, Rz. 43.

27 EuGH Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1090, Rz. 30. 28 EuGH Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, S. 631, 654, Rz. 44/45.

ausgeht, daß diese, soweit sie in den Mitgliedstaaten überhaupt erlaubt sind, stets unter staatlicher Kontrolle stehen.

6) Ergebnis

Art. 59 EGV ist somit anwendbar.

II. Eingriff in Rechte aus Art. 59 EGV

Das Einfuhrverbot muß ferner einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 59 EGV darstellen. Art. 59 schützt nicht nur jeglicher Art von Diskriminierung des Dienstleistungserbringers, sondern auch vor allen anderen (auch unterschiedslos anwendbaren) Maßnahmen eines Mitgliedstaates, die geeignet sind, den Dienstleistungsverkehr im Gemeinsamen Markt zu behindern oder zu unterbinden.²⁹

Durch die Regelungen des LAA und die darauf gestützten Maßnahmen sind alle mit der Veranstaltung von Lotterien zusammenhängenden Tätigkeiten in Großbritannien für In- und Ausländer gleichermaßen unmöglich gemacht. Damit ist ein freier Verkehr von Dienstleistungen, die in Verbindung mit Lotterien stehen, von und nach Großbritannien unterbunden. Es handelt sich folglich um unterschiedslos anwendbare Maßnahmen, die den Dienstleistungsverkehr im Gemeinsamen Markt behindern.

Ein Eingriff in Rechte aus Art. 59 EGV liegt damit vor.

III. Schranken

Der Eingriff könnte eine verhältnismäßige Konkretisierung anerkannter Schranken des Art. 59 EGV darstellen und daher rechtmäßig sein.

1) »Immanente« Schranken

Der Eingriff könnte auf sog. »immanente« Schranken des Art. 59 EGV gestützt werden. Diese Schranken greifen nur zugunsten unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen ein.³⁰ Der LAA ist unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbar. Die Rechtfertigung des LAA durch immanente Schranken ist daher möglich. Sie setzt voraus, daß die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses³¹ zurückgeführt werden können.

29 St. Rspr. s. v. EuGH Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, S. 1299 1309, Rz. 10/12; vgl. Rs. C-76/90 (Säger / Demmeyer), Slg. 1991, S. I-4221, I-4243, Rz. 12.

30 Vgl. z. B. EuGH Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, S. 3305, 3325, Rz. 17. 31 Vgl. EuGH Rs. C-76/90 (Säger / Demmeyer), Slg. 1991, S. I-4221, I-4244, Rz. 15.

Kohlendampf
No. 113

Eine allgemeine Definition dessen, was unter zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zu verstehen ist, hat der EuGH bislang nicht gegeben. Fest steht jedoch, daß der Verbraucherschutz und der Schutz der Sozialordnung Gründe sind, auf die sich eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit stützen kann.³² Bei der Beurteilung des rechtfertigenden Allgemeininteresses ist zu beachten, daß den Mitgliedstaaten ein gerichtsfreier Ermessensspielraum zusteht, soweit politische Einschätzungen nötig sind, um den Inhalt von Begriffen wie »Sozialordnung« oder »Verbraucherschutz« zu bestimmen.³³

Die britische Regierung hat vorgegetragen, die Regelung sei notwendig, um Kriminalität und Spielsucht zu unterbinden, und stützt das Lotterieverbot somit auf Gemeinwohlinteressen wie Verbraucherschutz und den Schutz der Sozialordnung. Bei der Beurteilung der Frage, ob die genannten Aspekte des Allgemeininteresses betroffen sind, ist die britische Regierung von ihrer eigenen politischen Einschätzung ausgegangen, die insoweit akzeptiert werden muß. Das Lotterieverbot dient folglich Gründen des Allgemeininteresses.

2) Verhältnismäßigkeit

Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls sind weiterhin nur zulässig, wenn sie nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.³⁴

a) Geeignetheit

Das Lotterieverbot ist geeignet, die von der britischen Regierung genannten Gefahren zu vermeiden.

b) Erforderlichkeit

Weiter ist zu fragen, ob das Verbot auch erforderlich ist. Die Erforderlichkeit von Dienstleistungsbeschränkungen ist grundsätzlich abzulehnen, wenn dem jeweils betroffenen Aspekt des Allgemeininteresses bereits durch Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Mitgliedsstaat unterliegt, in dem er ansässig ist.³⁵

Es ist vorliegend nicht ersichtlich, wie Regelungen in einem Mitgliedsstaat

verhindern sollen, daß in Großbritannien die Spielsucht ansteigt. Ähnlich verhält es sich hinsichtlich der durch Lotterien bedingten Kriminalität. Auch wenn in dem Staat, in dem die Lotterie ausgetragen wird, eine lückenhafte Mißbrauchskontrolle durchgeführt wird, kann das nicht verhindern, daß in einem anderen Staat rechtswidrige Handlungen, etwa bei der Weitergabe von Losen, vorgenommen werden.

Die hier betroffenen Aspekte des Allgemeininteresses werden dementsprechend nicht bereits durch Regelungen geschützt, die im Herkunftsstaat der Leistungen erlassen wurden.

Gründe, die gegen die Erforderlichkeit des LAA sprächen, sind damit nicht ersichtlich.

c) Angemessenheit

Das Verbot muß schließlich angemessen sein, d.h., die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Dienstleistungsverkehrs darf nicht außer Verhältnis zu den damit erstrebten Erfolgen stehen. Hier ist die fundamentale Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit für die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes gegen die Bedenken der britischen Regierung für die innere Sicherheit des Landes abzuwägen. Die Einschätzung der britischen Regierung hinsichtlich der Gefahren für die innere Sicherheit ist, wegen des ihr zustehenden Ermessens, zu akzeptieren. Da die innere Sicherheit in den Mitgliedsstaaten überhaupt erst die Grundlage für freie wirtschaftliche Entfaltung schafft, ist sie gegenüber dem Interesse am freien Dienstleistungsverkehr als vorrangig anzusehen. Der LAA ist mithin als angemessenes Verbot zu betrachten.

3) Ergebnis

Es greifen folglich anerkannte Schranken des Art. 59 EGV ein.

IV. Ergebnis

Der LAA stellt somit einen Eingriff in Art. 59 EGV dar, der durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist. Ein Verstoß gegen Art. 59 EGV liegt mithin nicht vor.

Schwierigkeitsgrad der Klausur: Schwere Wahlfachklausur

Zur Vertiefung:

Steindorff, E.: Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 158 (1994), S. 149 ff.

32 EuGH R. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1096, Rz. 58 m. w. N.
 33 EuGH R. 279/80 (Webb), Slg. 1981, S. 3305, 3325, Rz. 19; Rs C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, I-1097, Rz. 61.
 34 EuGH R. C-76/90 (Säger / Denkmeyer), Slg. 1991, S. I-4221, I-4244 f., Rz. 15, 20.
 35 EuGH R. 279/80 (Webb), Slg. 1981, S. 3305, 3325, Rz. 17.