



# Vorlesung: Europäisches Wirtschaftsrecht (2020/21)

## § 3. Warenverkehrsfreiheit

Josef Drexl

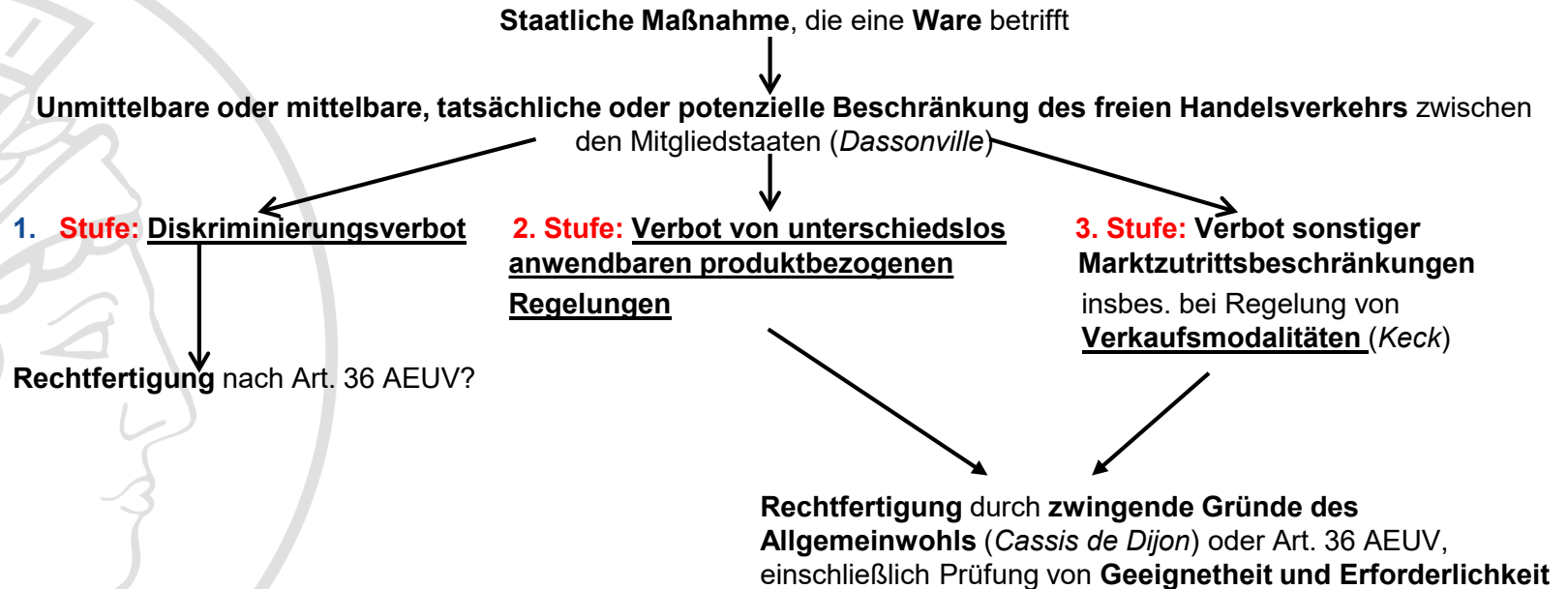
# I. Übersicht über die Rechtsprechungsentwicklung (1)

## 1. Phasen der Rechtsprechungsentwicklung

1974: “Dassonville”	Begriff der <b>Maßnahmen gleicher Wirkung</b>
1979: “Cassis de Dijon”	Anerkennung von Art. 34 AEUV als <b>Beschränkungsverbot</b> und Rechtfertigungsprüfung im Rahmen immanenter Schranken
1993: “Keck”	Einschränkung der Anwendung von Art. 34 AEUV bei sog. <b>“Verkaufsmodalitäten”</b>
“Post-Keck”: Einschränkung der Keck-Rechtsprechung?	<ul style="list-style-type: none"><li>- Sonderfall der <b>Verwendungsbeschränkungen?</b></li><li>- <b>Prüfung i.S. einer Marktzutrittsbeschränkung</b></li></ul>

# I. Übersicht über die Rechtsprechungsentwicklung (2)

## 2. Prüfungsschema für Art. 34 AEUV



## II. Begriff der Ware (1)

**Bedeutung:** Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit (siehe Art. 57 Abs. 1 AEUV)

**EuGH, Kommission gegen Belgien („Abfalltourismus“)**, C-2/90, EU:C:1992:310:

(23) Es ist unstrittig, dass **rückführbare und wiederverwendbare Abfälle** — gegebenenfalls nach einer Behandlung — einen eigenen **Handelswert haben und Waren sind**, auf die der Vertrag Anwendung findet, und dass sie daher in den Anwendungsbereich der Artikel [34 AEUV] fallen. (...)

(25) [Die belgische Regierung] hat (...) geltend gemacht, dass **nicht rückführbare und nicht wiederverwendbare Abfälle** nicht als Waren im Sinne der Artikel [34 AEUV] angesehen werden könnten. (...) Die Vorgänge der Beseitigung oder Ablagerung solcher Abfälle fielen unter die Vertragsvorschriften über den **freien Dienstleistungsverkehr**.

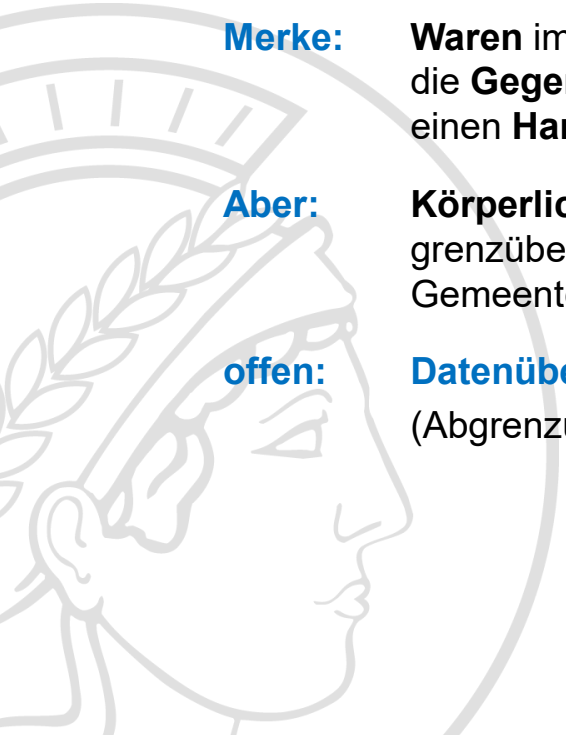
(26) Gegenüber diesem Vorbringen genügt der Hinweis, daß Gegenstände, die **im Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden, unabhängig von der Natur dieser Geschäfte** Artikel [34 AEUV] unterliegen.

## II. Begriff der Ware (2)

**Merke:** **Waren** im Sinne der Warenverkehrsfreiheit sind alle **körperlichen Gegenstände**, die **Gegenstand des grenzüberschreitenden Handelsverkehrs** sein können und einen **Handelswert haben**.

**Aber:** **Körperlichkeit ist nicht unbedingt erforderlich**. So unterliegt der grenzüberschreitende Vertrieb von **Strom** der Warenverkehrsfreiheit (EuGH, Gemeinde Amelo, C-393/92, EU:C:1994:171)

**offen:** **Datenübertragung im Internet (z.B. Musik, Film)**  
(Abgrenzung wichtiger für das Recht der Welthandelsorganisation WTO)



### III. Staatliche Maßnahme

**Merke:** Eine staatliche Maßnahme liegt vor, wenn die Berufung auf die Warenverkehrsfreiheit sich gegen das **Handeln einer staatlichen Einheit** richtet. Dabei reicht es aus, wenn sich im **Rechtsstreit zwischen Privaten** eine Partei auf eine **staatliche Vorschrift beruft** und hierdurch die Warenverkehrsfreiheit eingeschränkt wird

Beispiele: Unternehmen A klagt gegen seinen ausländischen Wettbewerber B auf der Grundlage des deutschen **Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)** mit dem Argument die durch B importierte Ware enthalte eine irreführende Kennzeichnung

Patentinhaber P klagt unter Berufung auf sein **nationales Patentrecht** gegen den Import von rechtsverletzenden Waren aus einem anderen Mitgliedstaat, in dem kein Patentschutz besteht



## IV. Verbot von Binnenzöllen und mengenmäßigen Beschränkungen (1)

### 1. Zollunion und Verbot von Binnenzöllen

**Art. 28 Abs. 1 AEUV:** Zollunion (seit 1. Juli 1968 verwirklicht)

- Zwei Elemente:**
- (1) Zwischen den Mitgliedstaaten: **Verbot von Ein- und Ausfuhrzöllen** und Abgaben gleicher Wirkung (Art. 31 AEUV)
  - (2) Im Verhältnis zu Drittstaaten: **Gemeinsamer Zolltarif** (Art. 31 f. AEUV)

**Frage:** Was unterscheidet die Zollunion von der **Freihandelszone**?

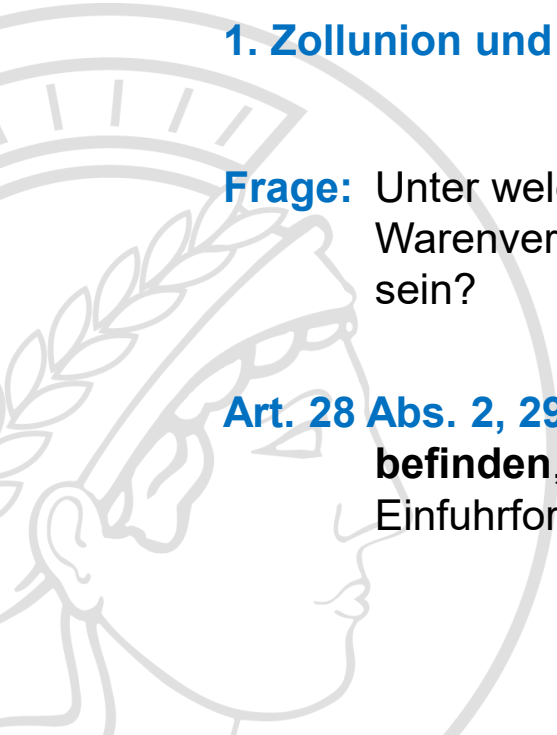
Ist der **Europäische Wirtschaftsraum** eine Zollunion oder eine Freihandelszone?

## IV. Verbot von Binnenzöllen und mengenmäßigen Beschränkungen (2)

### 1. Zollunion und Verbot von Binnenzöllen

**Frage:** Unter welchen Voraussetzungen kommt eine Ware in den Genuss der Warenverkehrsfreiheit? Muss sie im Bereich der EU produziert worden sein?

**Art. 28 Abs. 2, 29 AEUV:** Schutz aller **Waren, die sich im freien Verkehr befinden**, d.h. auch von **Waren aus Drittstaaten**, für die die Einfuhrformalitäten erfüllt wurden und der geforderte Zoll entrichtet wurde





## V. „Dassonville“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (1)

### Fall 13 (Dassonville, Rs. 8/74, EU:C:1974:82):

Die Brüder Dassonville führen „Scotch Whiskey“ aus Großbritannien über Frankreich nach Belgien ein. Das belgische Recht verlangt für die Einfuhr eine Ursprungsbescheinigung der britischen Zollbehörden. Weil die Brüder Dassonville eine solche Bescheinigung nicht vorweisen können, wird gegen sie ein Strafverfahren eingeleitet. Das belgische Strafgericht legt die Frage der Vereinbarkeit der belgischen Regelung dem EuGH vor.

### Liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S. von Art. 34 AEUV vor?

#### EuGH:

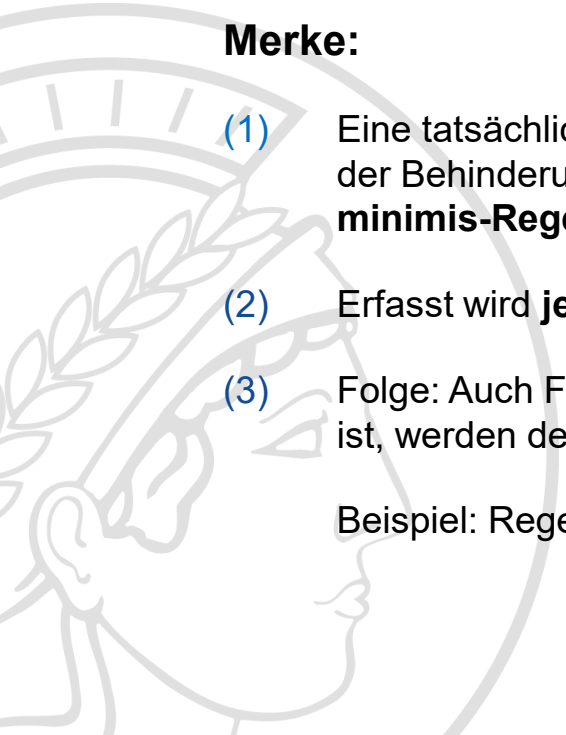
„(5) Jede **Handelsregelung** der Mitgliedstaaten, die **geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern**, ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“

## V. „Dassonville“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (2)

### Merke:

- (1) Eine tatsächliche Behinderung muss nicht nachgewiesen werden. Auf die Spürbarkeit der Behinderung kommt es nicht an; anders als im Kartellrecht gibt es **keine de-minimis-Regel**
- (2) Erfasst wird **jede nationale Handelsregelung**
- (3) Folge: Auch Fälle, in denen die **grenzüberschreitende Wirkung höchst hypothetisch** ist, werden dem EuGH vorgelegt

Beispiel: Regelungen über nationale Landeschlusszeiten



## VI. „Cassis de Dijon“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (1)

### Fall 14 (EuGH, **Rewe-Zentral-AG**, Rs. 120/78, EU:C:1979:42):

Das Einzelhandelsunternehmen Rewe beantragt bei der Bundesmonopolverwaltung für Branntwein die Genehmigung, aus Frankreich eine bestimmte Menge des Likörs Cassis de Dijon nach Deutschland einzuführen. Der Likör weist einen Alkoholgehalt von 15 bis 20 % auf. Die Behörde verweigert die Genehmigung, da dem Likör wegen des geringen Alkoholgehalts die Verkehrsfähigkeit fehle. Nach deutschem Recht müssen Branntweine einen Mindestalkoholgehalt von 32 % aufweisen. Rewe klagt gegen die Ablehnung der Genehmigung. Das deutsche Gericht legt dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die deutsche Vorschrift eine Maßnahme gleicher Wirkung nach Art. 34 AEUV darstellt. Im Verfahren vor dem EuGH beruft sich die Bundesregierung zur Rechtfertigung der einschlägigen Vorschrift auf den Gesundheits- und Verbraucherschutz. Eine Diskriminierung liege nicht vor, da sich auch die deutschen Produzenten an die Bestimmung halten müssten. Die Kommission sieht die deutsche Vorschrift im Lichte des Gesundheits- und Verbraucherschutzes als nicht erforderlich an. Eine Kennzeichnungspflicht würde ausreichen.

## VI. „Cassis de Dijon“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (2)

### **EuGH (Rewe-Zentral-AG = „Cassis de Dijon“):**

(8) In **Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung** der Herstellung und Vermarktung von Weingeist (...) ist es **Sache der Mitgliedstaaten**, alle die Herstellung und Vermarktung von Weingeist und alkoholischen Getränken betreffenden **Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen**. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den **Unterschieden der nationalen Regelungen** über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese **Bestimmungen notwendig** sind, um **zwingenden Erfordernissen** gerecht zu werden, **insbesondere** den Erfordernissen einer **wirksamen steuerlichen Kontrolle**, des Schutzes der **öffentlichen Gesundheit**, der **Lauterkeit des Handelsverkehrs** und des **Verbraucherschutzes**.

## VI. „Cassis de Dijon“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (3)

### **EuGH (Rewe-Zentral-AG = „Cassis de Dijon“):**

(10) Was den Schutz der öffentlichen Gesundheit anbelangt, legt die **deutsche Regierung** dar, die **Festsetzung eines Mindestweingeistgehaltes** im nationalen Recht solle die Überschwemmung des nationalen Marktes mit alkoholischen Getränken, insbesondere mit solchen mäßigen Weingeistgehalts verhindern, denn derartige Erzeugnisse könnten **leichter zu einer Gewöhnung führen als Getränke mit höherem Weingeistgehalt**.

(11) Solche Erwägungen sind nicht stichhaltig, da dem Verbraucher auf dem Markt ein äußerst umfangreiches Angebot **unterschiedlicher Erzeugnisse mit geringem oder mittlerem Alkoholgehalt** zur Verfügung steht und überdies ein erheblicher Teil der auf dem deutschen Markt frei gehandelten **Getränke mit hohem Weingeistgehalt üblicherweise verdünnt genossen** wird.

## VI. „Cassis de Dijon“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (4)

### EuGH (Rewe-Zentral-AG = „Cassis de Dijon“):

(12) Die **deutsche Regierung** trägt weiter vor, die Festsetzung eines Mindestweingeistgehalts bei bestimmten Likören solle den **Verbraucher vor unlauterem Wettbewerb** der Hersteller oder Händler alkoholischer Getränke **schützen**. Diese Argumentation stützt sich darauf, dass eine Verringerung des Alkoholgehalts bei bestimmten Getränken diesen einen **Wettbewerbsvorteil gegenüber Getränken mit höherem Alkoholgehalt** verschaffen würde, da Weingeist aufgrund seiner erheblichen Abgabenbelastung bei weitem der teuerste Bestandteil der Getränke sei. Wollte man ferner alkoholische Erzeugnisse zum freien Verkehr zulassen, wenn sie hinsichtlich ihres Weingeistgehaltes nur den Bestimmungen des Herstellungslandes entsprächen, so hätte dies, wie die deutsche Regierung meint, zur Folge, dass sich in der Gemeinschaft als gemeinsamer Standard der **niedrigste in irgendeinem Mitgliedstaat zulässige Weingeistgehalt durchsetzen würde**, ja dass sogar alle einschlägigen Bestimmungen hinfällig würden, da die Regelung mehrerer Mitgliedstaaten überhaupt keinen Mindestweingeistgehalt kenne.

## VI. „Cassis de Dijon“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (5)

### **EuGH (Rewe-Zentral-AG = „Cassis de Dijon“):**

(13) Wie die Kommission zu Recht ausführt, kann die **Festsetzung von Grenzwerten** beim Weingeistgehalt von Getränken der Standardisierung von Erzeugnissen und ihrer Kennzeichnung **im Interesse einer größeren Transparenz des Handels und der Angebote an die Verbraucher** dienen. Andererseits kann man jedoch nicht so weit gehen, die zwingende Festsetzung eines Mindestweingeistgehaltes in diesem Bereich als wesentliche Garantie eines lauterer Handelsverkehrs zu betrachten, denn eine angemessene Unterrichtung der Käufer lässt sich ohne Schwierigkeiten dadurch erreichen, dass man die Angabe von Herkunft und Alkoholgehalt auf der Verpackung des Erzeugnisses vorschreibt.

## VI. „Cassis de Dijon“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (6)

### Merke:

- (1) In „Cassis de Dijon“ wird Art. 34 AEUV eindeutig als **Beschränkungsverbot** anerkannt.
- (2) Gleichzeitig schränkt der EuGH das Verbot wieder ein, indem er eine **Rechtfertigung** im Lichte „**zwingender Erfordernisse**“ des Allgemeinwohls und der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für möglich hält.
- (3) Die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls i.S. von „Cassis de Dijon“ sind **immanente Schranken** des Art. 34 AEUV. Die Cassis-Formel sollte daher vor Art. 36 AEUV geprüft werden.
- (4) Die vom EuGH genannten Erfordernisse haben nur **beispielhaften Charakter** („insbesondere“). Somit schafft der EuGH im Wege der Negativintegration z.B. die Grundlage für eine **inhaltliche Verbraucherschutzpolitik**. Das Leitbild des „**informationsbereiten**“ **Verbrauchers** im Gegensatz zum früheren deutschen Leitbild des **flüchtigen Verbrauchers** nimmt hier seinen Ausgangspunkt.

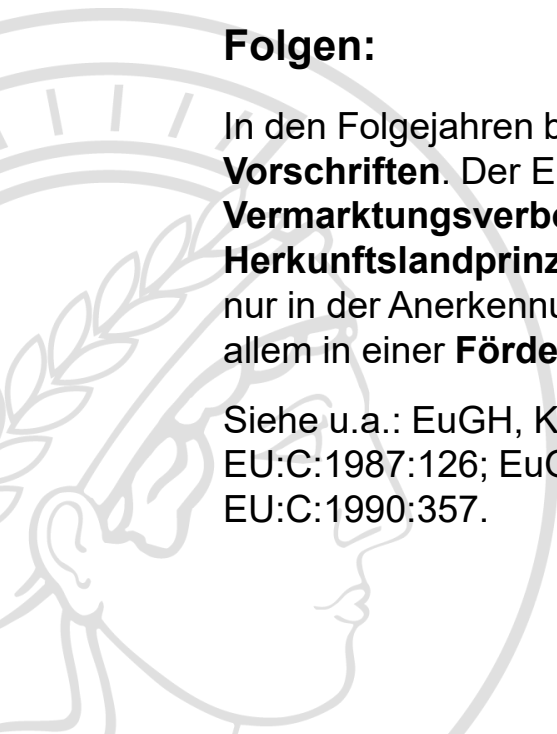


## VI. „Cassis de Dijon“ und der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung (7)

### Folgen:

In den Folgejahren beschäftigten sich zahlreiche Entscheidungen mit **produktbezogenen Vorschriften**. Der EuGH arbeitet dabei den **Vorrang der Verbraucherinformation vor einem Vermarktungsverbot** noch besser heraus. Dieser Grundsatz entspricht dem **Herkunftslandprinzip**. Damit liegt die Bedeutung der Cassis de Dijon-Rechtsprechung nicht nur in der Anerkennung weiterer Rechtfertigungsgründe neben Art. 36 AEUV, sondern vor allem in einer **Förderung der Warenverkehrsfreiheit** (sog. „**Negativintegration**“).

Siehe u.a.: EuGH, Kommission gegen Deutschland („Reinheitsgebot für Bier“), Rs. 178/84, EU:C:1987:126; EuGH, Kommission gegen Italien („Fettgehalt für Käse“), C-210/89, EU:C:1990:357.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (1)

### 1. GB-Inno und das Recht auf grenzüberschreitenden Vertrieb

**Fall 15** (EuGH, *GB-Inno*, C-362/88, EU:C:1990:102):

Ein in Belgien gelegener Supermarkt verteilt Werbeprospekte auch im benachbarten Luxemburg. Eine luxemburgische Verordnung aus dem Jahre 1974 über den unlauteren Wettbewerb verbietet es, bei Angeboten, die mit einem Preisnachlass verbunden sind, auf die voraussichtliche Dauer des Sonderangebots oder auf die früher erhobenen Verkaufspreise hinzuweisen. Der Betreiber des Supermarktes, das belgische Unternehmen GB-Inno, wird in Luxemburg durch einen Wettbewerbsverband auf Unterlassung verklagt, da die Werbung der GB-Inno gegen das luxemburgische Verbot verstieß. GB-Inno beruft sich auf Art. 34 AEUV. Das luxemburgische Gericht legte die Frage nach der Vereinbarkeit einer entsprechenden nationalen Verbotsvorschrift mit Art. 34 AEUV dem EuGH zur Entscheidung vor. Luxemburg und Deutschland argumentieren vor dem EuGH, dass der Fall nur die Werbung und nicht den grenzüberschreitenden Warenverkehr betreffe.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (2)

### 1. GB-Inno und das Recht auf grenzüberschreitenden Vertrieb

Frage: Liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung vor?

EuGH (*GB-Inno*):

(7) (...) Wie der Gerichtshof in [Rs. Oosthoek] bereits entschieden hat, können Rechtsvorschriften, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränken oder verbieten, obwohl sie den Handel nicht unmittelbar regeln, **geeignet** sein, **das Handelsvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten beeinträchtigen.**“

(8) Der freie Warenverkehr betrifft aber nicht nur den gewerblichen Handel, sondern auch **Privatpersonen**. Dies bedeutet, und zwar insbesondere für Grenzgebiete, dass es den in einem Mitgliedstaat ansässigen **Verbrauchern möglich sein muss, sich frei in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben zu können, um dort unter denselben Bedingungen wie die ortsansässige Bevölkerung einzukaufen.** Dieses **Recht der Verbraucher** wird **beeinträchtigt**, wenn ihnen der **Zugang zu dem im Einkaufsland erhältlichen Werbematerial verwehrt** wird. Ein Verbot, derartiges Werbematerial zu verbreiten, muss folglich in den Geltungsbereich der Artikel [34, 35 und 36 AEUV] fallen.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (3)

### 1. GB-Inno und das Recht auf grenzüberschreitenden Vertrieb

Frage: Ist die Maßnahme gerechtfertigt?

EuGH (*GB-Inno*):

(17) [Es ist] darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Verbot, bestimmte Erzeugnisse in einen Mitgliedstaat einzuführen, gegen [Art. 34 AEUV] verstößt, wenn sich das mit diesem Verbot verfolgte Ziel auch durch eine **geeignete Etikettierung** des betreffenden Erzeugnisses erreichen lässt, durch die der Verbraucher die notwendigen Angaben erhalten und somit seine Wahl in Kenntnis aller Umstände treffen kann.

(18) Es erweist sich somit, dass das Gemeinschaftsrecht eines der grundlegenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes in der **Unterrichtung der Verbraucher** sieht. **[Art. 34 AEUV] kann daher nicht in dem Sinne ausgelegt werden, dass nationale Rechtsvorschriften, die den Verbraucher den Zugang zu bestimmten Informationen verwehren, durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden könnten.**

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (4)

### 1. GB-Inno und das Recht auf grenzüberschreitenden Vertrieb

Siehe schon vorher: EuGH, **Oosthoek**, Rs. 286/81, EU:C:1982:438 (zur Anwendbarkeit des niederländischen Verbots von Zugaben beim Import von Lexika aus Belgien).

Siehe auch: EuGH, **Yves Rocher**, C-126/91, EU:C:1993:191: Der EuGH überträgt die Rechtsprechung in GB-Inno auf den deutschen § 6e UWG a.F. für den Fall eines französischen Unternehmens, das in Deutschland Kosmetika über Kataloge vertreibt. § 6e UWG verbietet den blickfangmäßigen Eigenpreisvergleich.

#### Fragen:

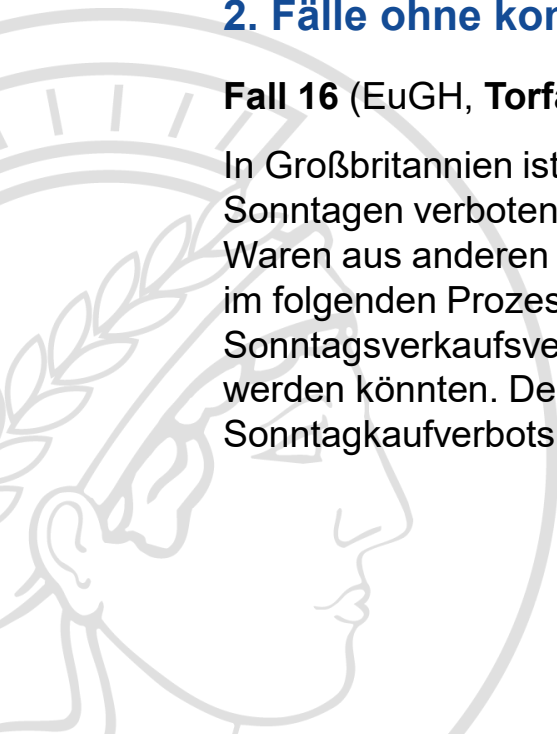
- Ist *GB-Inno* ein grenzüberschreitender Fall, der unter Art. 34 AEUV fallen sollte?
- Wie wäre der Fall - nach *GB-Inno* - zu entscheiden, wenn sich der werbende Supermarkt im selben Land befinden würde, wie die umworbenen Verbraucher?

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (5)

### 2. Fälle ohne konkreten Auslandsbezug (Sunday Trading Cases)

**Fall 16** (EuGH, **Torfaen**, Rs. 145/88, EU:C:1989:593):

In Großbritannien ist nach dem Shops Act 1950 der Verkauf von bestimmten Waren an Sonntagen verboten. Ein Garten- und Heimwerkermarkt, dessen Umsatz in Höhe von 10 % auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten zurückgeht, verstößt gegen dieses Verbot und beruft sich im folgenden Prozess auf Art. 34 AEUV. Der freie Warenverkehr sei beeinträchtigt, da ohne das Sonntagsverkaufsverbot möglicherweise mehr Waren aus anderen Mitgliedstaaten abgesetzt werden könnten. Der EuGH wird angerufen, um die Vereinbarkeit eines solchen Sonntagkaufverbots mit Art. 34 AEUV zu überprüfen.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (6)

### 2. Fälle ohne konkreten Auslandsbezug (Sunday Trading Cases)

#### EuGH (Torfaen):

(11) Zunächst ist festzustellen, dass innerstaatliche **Regelungen**, die es den Einzelhändlern verbieten, ihre Geschäfte sonntags offen zu halten, **in gleicher Weise für eingeführte und inländische Erzeugnisse gelten**. Grundsätzlich wird also der **Vertrieb von aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnissen nicht stärker erschwert als der von einheimischen Erzeugnissen**.

(12) (...) [E]in solches Verbot [ist] nur dann mit dem im Vertrag niedergelegten Grundsatz des freien Warenverkehrs vereinbar, wenn die etwaigen Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels, die sich aus [der] Anwendung [der nationalen] ergeben können, **nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen und wenn dieses Ziel nach Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt ist**.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (7)

### 2. Fälle ohne konkreten Auslandsbezug (Sunday Trading Cases)

**Frage: Wird ein unionsrechtlich gerechtfertigtes Ziel verfolgt?**

**EuGH (Torfaen):**

(13) (...) Hierzu hat der Gerichtshof bereits in [der Rechtssache Oebel] entschieden, dass eine innerstaatliche Regelung der Arbeits-, Liefer- und Verkaufszeiten des Bäcker- und Konditorgewerbes eine **berechtigte wirtschafts- und sozialpolitische Entscheidung** darstellt, die den **im allgemeinen Interesse liegenden Zielen** entspricht.

(14) Diese Überlegung gilt auch für die **innerstaatlichen Regelungen der Verkaufszeiten im Einzelhandel**. Solche Regelungen sind Ausdruck bestimmter politischer und wirtschaftlicher Entscheidungen, da sie eine Verteilung der Arbeitszeiten und der arbeitsfreien Zeiten sicherstellen sollen, die den **landesweiten oder regionalen sozialen und kulturellen Besonderheiten** angepasst ist, deren Beurteilung beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten ist. Überdies **sind derartige Regelungen nicht dazu bestimmt, die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten zu regeln**.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (8)

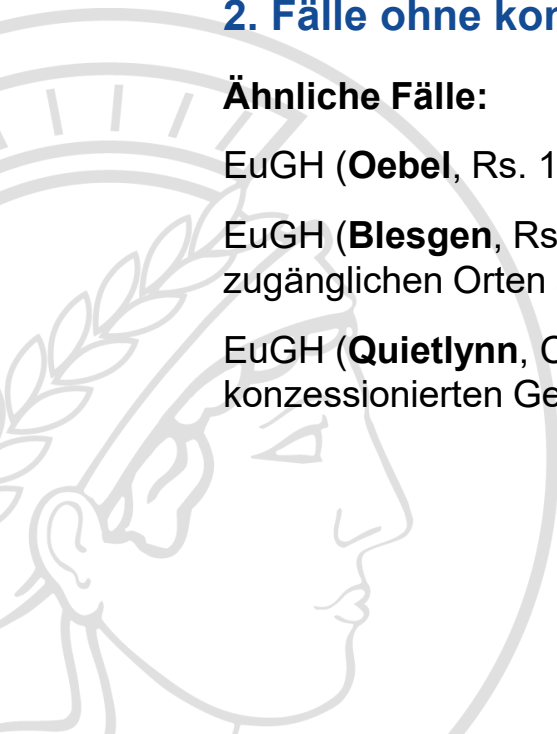
### 2. Fälle ohne konkreten Auslandsbezug (Sunday Trading Cases)

#### Ähnliche Fälle:

EuGH (**Oebel**, Rs. 155/80, EU:C:1981:177): Deutsches Nachtbackverbot

EuGH (**Blesgen**, Rs. 75/81, EU:C:1982:117): Belgisches Verbot, Alkohol an öffentlich zugänglichen Orten auszuschenken

EuGH (**Quietlynn**, C-23/89, EU:C:1990:300): Verbot des Verkaufs von Sexartikeln in nicht konzessionierten Geschäften



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (9)

### 3. Kritik des Schrifttums

Folge: **Schrifttum kritisiert zunehmend die inkonsistente Rechtsprechung**

**Wichtig: *White***, 26 C.M.L. Rev. 235 (1989), stellt die These auf, wonach nicht diskriminierende Regelungen des Bestimmungslandes nur unter Art. 34 AEUV fallen sollen, wenn sie verhindern, dass spezifische Vorteile des Rechts im Herkunftslandes nicht genutzt werden können. Eine Beschränkung des Warenverkehrs liege nur vor, **wenn die Beschränkung auf einem Unterschied der Rechtsordnungen beruhe**:

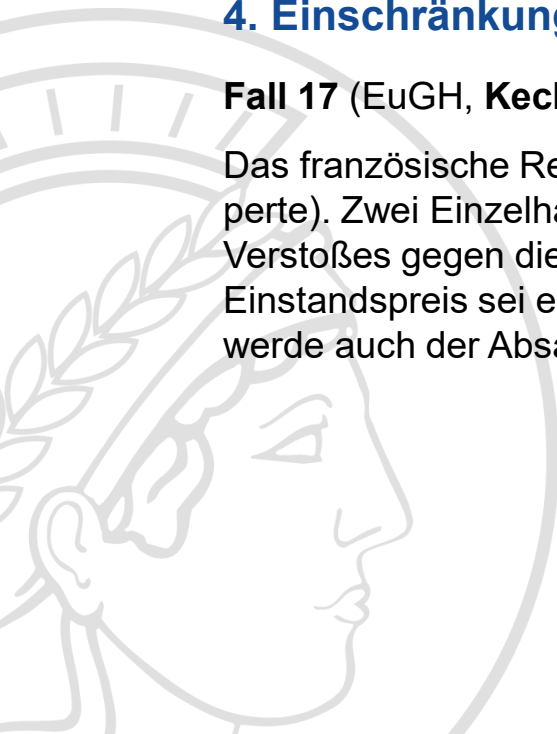
- (1) So bei Regelungen, die **Warencharakteristika** („characteristics“) betreffen
- (2) Regelungen, die die **Umstände** betreffen, **unter denen Waren verkauft und gebraucht werden** („rules relating to the circumstances in which certain goods may be sold or used“): Hier beruht die Beschränkung des Warenverkehrs nicht auf einer Abweichung von den Bestimmungen des Herkunftslandes, sondern auf der puren Existenz von Vorschriften im Bestimmungsland.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (10)

### 4. Einschränkung/Konkretisierung der Rechtsprechung in „Keck“ (1993)

**Fall 17** (EuGH, **Keck und Mithouard**, C-267 und 268/91, EU:C:1993: EU:C:1993:905):

Das französische Recht verbietet dem Einzelhandel den Verkauf unter Einstandspreis (vente à perte). Zwei Einzelhändler (Keck und Mithouard) aus dem Elsass werden wegen eines Verstoßes gegen dieses Verbot angeklagt. Sie berufen sich auf Art. 34 AEUV. Der Verkauf unter Einstandspreis sei ein Mittel den Verkauf generell zu fördern. Über den höheren Warenumsatz werde auch der Absatz von Waren aus anderen Mitgliedstaaten gefördert.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (11)

### 4. Einschränkung/Konkretisierung der Rechtsprechung in „Keck“ (1993)

#### EuGH (Keck und Mithouard):

(12) Nationale Vorschriften, die den Weiterverkauf zum Verlustpreis allgemein verbieten, **bezwecken keine Regelung des Warenverkehrs** zwischen den Mitgliedstaaten.

(13) Zwar können solche Rechtsvorschriften das Absatzvolumen und damit das Volumen des Absatzes von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten insoweit beschränken, als sie den Wirtschaftsteilnehmern eine **Methode der Absatzförderung nehmen**. Es ist jedoch fraglich, ob diese Möglichkeit ausreicht, um die in Rede stehenden Rechtsvorschriften als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen.“

(14) Da sich die **Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf [Art. 34 AEUV] berufen**, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der Gerichtshof für **notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen**.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (12)

### 4. Einschränkung/Konkretisierung der Rechtsprechung in „Keck“ (1993)

#### EuGH (Keck und Mithouard):

(15) Nach dem Urteil Cassis de Dijon (...) stellen Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der **Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren** aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in Verkehr gebracht worden sind, **bestimmten Vorschriften entsprechen müssen** (wie hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihren Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung) selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach [Art. 34 AEUV] verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (13)

### 4. Einschränkung/Konkretisierung der Rechtsprechung in „Keck“ (1993)

**EuGH (Keck und Mithouard):**

(16) Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler **Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten**, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten **nicht geeignet, den Handel im Sinne [des Urteils in „Dassonville“] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern**, sofern diese Bestimmungen **für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten**, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, **und** sofern sie den **Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren**.

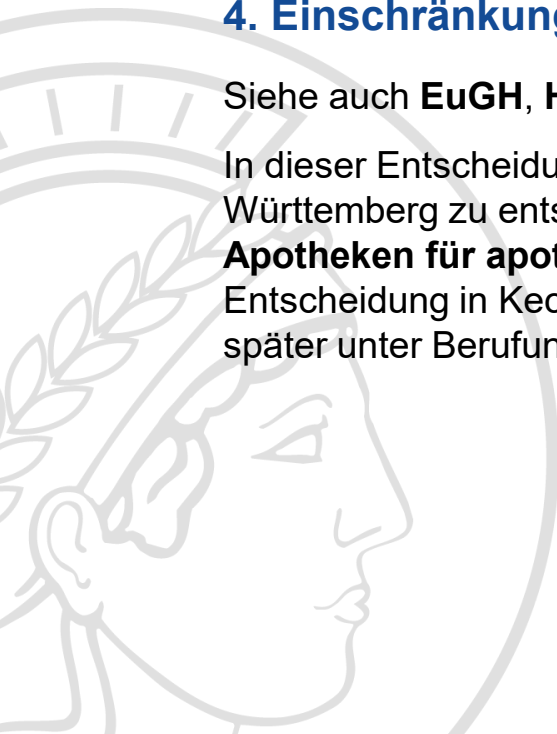
(17) Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, **nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut**. Diese Regelungen **fallen daher nicht in den Anwendungsbereich des [Art. 34 AEUV]**.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (14)

### 4. Einschränkung/Konkretisierung der Rechtsprechung in „Keck“ (1993)

Siehe auch **EuGH, Hünermund**, C-292/92, EU:C:1993:932:

In dieser Entscheidung hatte der EuGH über Landesregeln der Apothekerkammer Baden-Württemberg zu entscheiden. Diese enthielten ein **Verbot der Werbung außerhalb von Apotheken für apothekenübliche Waren**. Der Generalanwalt *Tesouro* gibt noch vor der Entscheidung in Keck seine Stellungnahme ab und bereitet damit Keck vor. In Hünermund wird später unter Berufung auf Keck eine Maßnahme gleicher Wirkung abgelehnt.



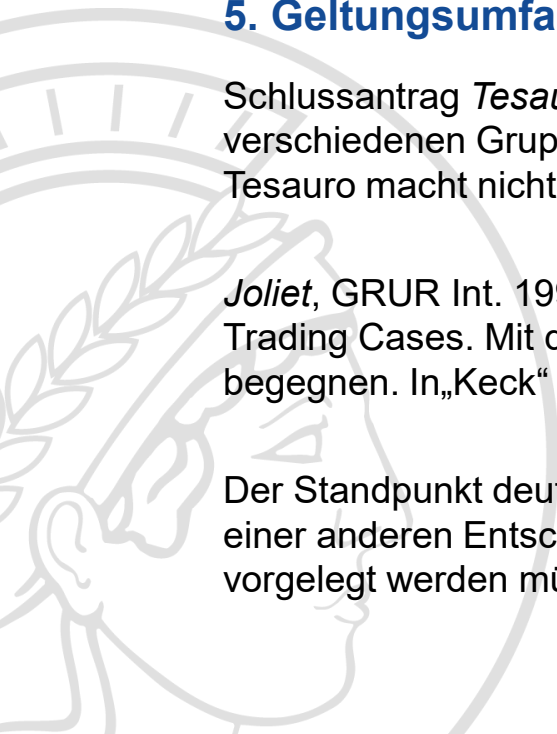
## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (15)

### 5. Geltungsumfang der Keck-Entscheidung

Schlussantrag *Tesauro*: „Oosthoek“, „GB-Inno“ und „Yves Rocher“ bilden eine von verschiedenen Gruppen von Fällen innerhalb einer in sich inkonsistenten Rechtsprechung. *Tesauro* macht nicht deutlich, ob er auch diese Fälle anders entscheiden würde.

*Joliet*, GRUR Int. 1994, 979, 983: Die Richter am EuGH dachten vor allem an die Sunday Trading Cases. Mit der Keck-Entscheidung wollten sie dem Vorwurf der fehlenden Systematik begegnen. In „Keck“ sah sich der EuGH nicht in der Lage, alle früheren Fälle neu zu beurteilen.

Der Standpunkt deutscher Gerichte (z.B. OLG Düsseldorf EuZW 1994, 189), wonach „Keck“ zu einer anderen Entscheidung zu § 6e UWG führen würde, ist fragwürdig. Jedenfalls hätte neu vorgelegt werden müssen.



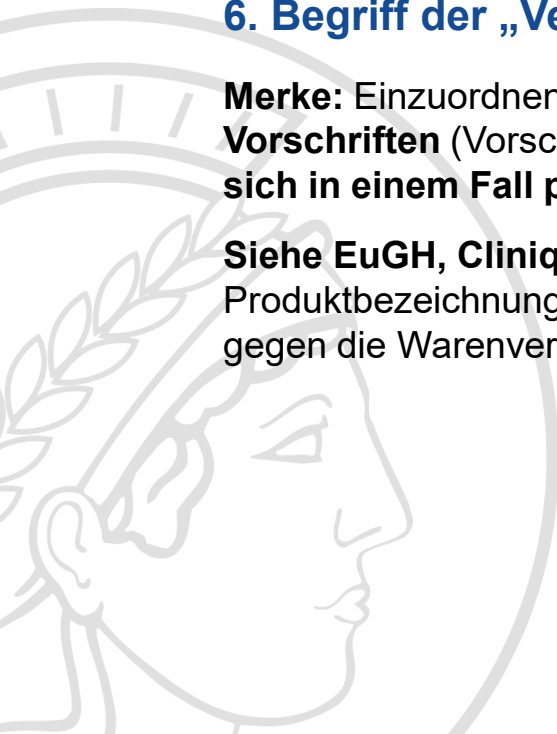


## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (16)

### 6. Begriff der „Verkaufsmodalitäten“

**Merke:** Einzuordnen ist die Wirkung einer Vorschrift für den konkreten Fall. **Bestimmte Vorschriften** (Vorschriften mit Doppelcharakter) – wie etwa das **Irreführungsverbot** – können sich in einem Fall produktbezogen, in einem anderen Fall vertriebsbezogen auswirken.

**Siehe EuGH, Clinique, C-315/92, EU:C:1994:34:** Behandelt ein nationales Recht die Produktbezeichnung „Clinique“ für kosmetische Produkte als irreführend, liegt darin ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit.



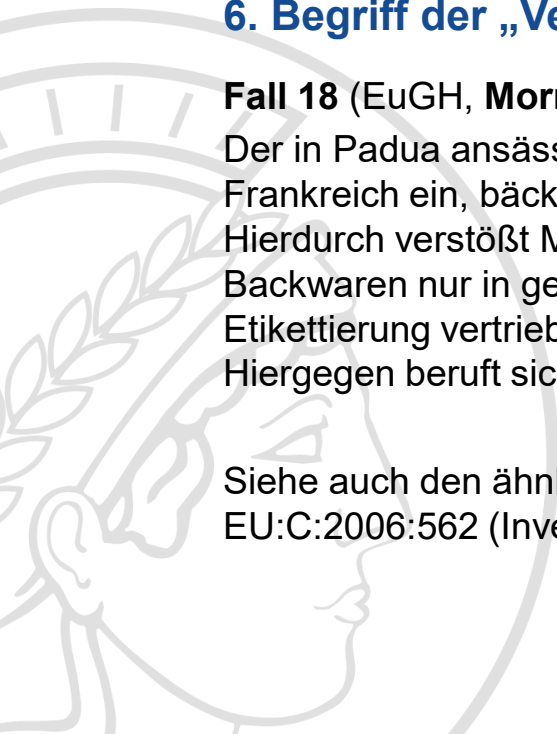
## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (17)

### 6. Begriff der „Verkaufsmodalitäten“

**Fall 18** (EuGH, **Morrelato**, C-416/00, EU:C:2003:475):

Der in Padua ansässige Bäcker Morrelato führt tiefgefrorenes, halbgebackenes Brot aus Frankreich ein, bäckt es in seinem Laden fertig und bietet es unverpackt zum Kauf an. Hierdurch verstößt Morrelato gegen italienisches Recht, das vorschreibt, dass solche Backwaren nur in getrennten Regalen, in verschlossener Verpackung und mit einer Etikettierung vertrieben werden darf, die auf die besondere Herstellungsmethode hinweist. Hiergegen beruft sich Morrelato auf die Warenverkehrsfreiheit. Zu Recht?

Siehe auch den ähnlichen Fall in EuGH, Alfa Vita Vassilopoulos, C-158 und 159/04, EU:C:2006:562 (Inverkehrbringen tiefgefrorener Backwaren).



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (18)

### 6. Begriff der „Verkaufsmodalitäten“

#### Zusammenfassung von EuGH in Morrelato:

- (1) Nach Morrelato sind **Vorschriften, die eine Veränderung von importierten Waren verlangen**, grundsätzlich als **produktbezogene Vorschriften** einzuordnen.
- (2) Vorschriften über die **Fertigstellung von Waren fallen nicht schlechterdings aus dem Bereich der produktbezogenen Vorschriften**. **Abzugrenzen** ist freilich von dem Fall des **Imports von Zutaten zur Herstellung eines anderen Produkts**.
- (3) Verlangen die Vorschriften über die **Fertigstellung** jedoch **keine Anpassung des Produkts**, fällt die Regelung **grundsätzlich nicht in den Bereich des Art. 34 AEUV**.
- (4) **Anders** liegt es jedoch, wenn die Regelung **ausschließlich ausländische Erzeugnisse benachteiligt**, da sie die **Einfuhr unterbindet oder das Produkt für Verbraucher weniger attraktiv macht** (Anwendung der Keck-Formel).
- (5) In diesem Fall darf die Vorschrift nur angewendet werden, wenn sie sich durch **zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresse rechtfertigen** lässt.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (19)

### 7. Die Keck-Formel als materieller Diskriminierungstest

**Keck-Formel:** Regelungen über Verkaufsmodalitäten fallen nicht unter Art. 34 AEUV, es sei denn sie führen

- (1) zu einer **zumindest tatsächlichen Diskriminierung von Unternehmen aus dem Ausland**, die im Inland tätig werden, **oder**
- (2) zu einer rechtlichen oder tatsächlichen **Diskriminierung von Waren aus dem Ausland beim Marktzutritt.**

**Merke:**

- (1) Keck reduziert Art. 34 AEUV bei Verkaufsmodalitäten zu einem **materiellen Diskriminierungsverbot**
- (2) Bei Verkaufsmodalitäten obliegt die **Darlegungslast** für den Verstoß **demjenigen, der sich auf einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit beruft**

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (20)

### 8. Entscheidungen nach „Keck“ ohne Rechtfertigungsprüfung (kein Verstoß)

EuGH, **Tankstation `t Heukske**, C-401/92, EU:C:1994:220: Niederländische Ladenschlussregelung.

EuGH, **Punto Casa**, C-69/93, EU:C:1994:226: Italienische Ladenschlussregelung.

EuGH, **Leclerc-Siplec**, C-412/93, EU:C:1995:26: Französisches Verbot der Werbung für den bloßen Warenvertrieb (Werbung eines Supermarktes für Tanken).

EuGH, **Kommission gegen Griechenland**, C-391/92, EU:C:1995:199: Griechisches Verbot des Verkaufs von Milchprodukten für Säuglinge außerhalb von Apotheken.

EuGH, **Groupement national des négociants**, C-63/94, EU:C:1995:270: Belgisches Verbot des Verkaufs zu äußerst geringer Gewinnspanne.

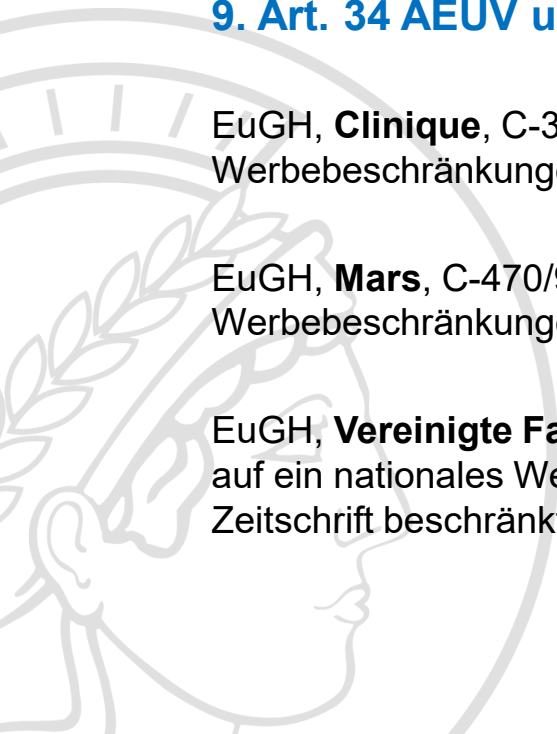
## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (21)

### 9. Art. 34 AEUV und nationales Lauterkeits- und Werberecht

EuGH, **Clinique**, C-315/92, EU:C:1994:34: Anwendbarkeit von Art. 34 AEUV auf nationale Werbebeschränkungen (Irreführungsverbot), die den Produktnamen betreffen.

EuGH, **Mars**, C-470/93, EU:C:1995:224: Anwendbarkeit von Art. 34 AEUV auf nationale Werbebeschränkungen (Irreführungsverbot), die die Produktaufmachung betreffen.

EuGH, **Vereinigte Familiapress**, C-368/95, EU:C:1997:325: Anwendbarkeit von Art. 34 AEUV auf ein nationales Werbeverbot (Preisrätsel), soweit es die Warenverkehrsfreiheit einer Zeitschrift beschränkt, die eine verbotene Werbung enthält.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (22)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### **Fall 19** (EuGH, **De Agostini**, C-34/95, EU:C:1997:344):

Das britische Fernsehunternehmen TV3 strahlt Fernsehsendungen über Satellit nach Dänemark, Schweden und Norwegen aus. Die schwedische De Agostini-Verlagsgesellschaft, lässt in TV3 einen Werbespot für ihre schwedischsprachige Kinderzeitschrift zeigen, wobei der Druck in Italien, dem Land des Mutterunternehmens, erfolgt. Schwedisches Recht untersagt allgemein Werbung, die sich an Kinder unter 12 Jahre richtet. Der schwedische Konsumentenombudsman klagt gegen De Agostini vor schwedischen Gerichten auf Unterlassung der Werbung. Nach der früheren Fernseh-Richtlinie 89/552 (jetzt RL über audiovisuelle Mediendienste) richtet sich die Ausübung der Sendetätigkeit ausschließlich nach dem Recht des Sendestaates (Art. 2), wobei die Richtlinie gleichzeitig die Mindestanforderungen an die Kontrolle von Sendeinhalten, auch hinsichtlich der Werbung, trifft. De Agostini behauptet einen Verstoß gegen die Richtlinie sowie eine Verletzung von Art. 34 und 56 AEUV. Der Fall wird dem EuGH vorgelegt. Liegt ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV vor?

■

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (23)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (De Agostini):

(40) In [Keck] hat der Gerichtshof festgestellt, dass nationale **Maßnahmen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten verbieten, nicht unter Art. [34 AEUV] fallen**, sofern sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnissen und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtliche wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

(41) Die **erste Voraussetzung** ist in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten offenkundig erfüllt.

(42) Hinsichtlich der **zweiten Voraussetzung lässt sich nicht ausschließen**, dass das vollständige Verbot einer Form der Förderung des Absatzes eines Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat, das dort regelmäßig verkauft wird, stärkere Auswirkungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten hat.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (24)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (De Agostini):

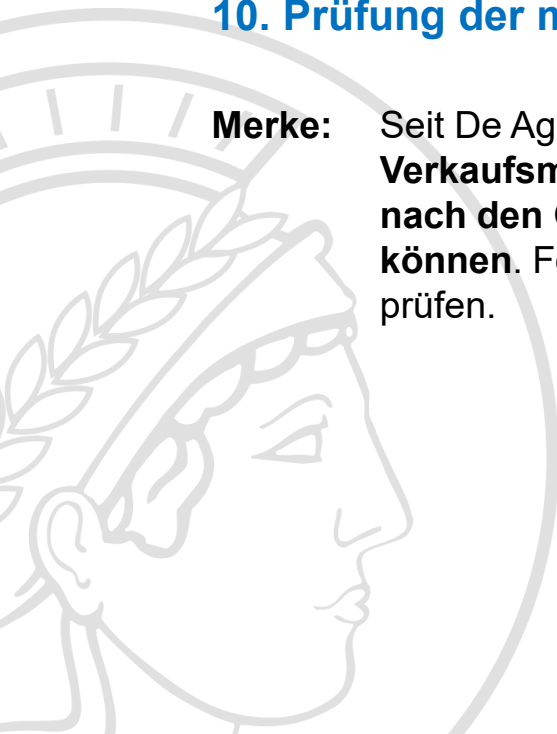
(44) Somit fällt das vollständige Verbot von Werbung, die an Kinder unter zwölf Jahren gerichtet (...) ist, **nicht unter Art. [34 AEUV], sofern nicht nachgewiesen wird, dass dieses Verbot den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berührt.**

(45) Sollte dies der Fall sein, müsste das vorliegende Gericht prüfen, ob das Verbot aus **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses** oder zur Erreichung eines der in [Art. 30 EG; Art. 36 AEUV] genannten Ziele erforderlich ist, ob es hierzu in einem angemessenen Verhältnis steht und ob diese Ziele oder zwingenden Gründe nicht durch Maßnahmen hätten erreicht werden können, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtigen.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (25)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

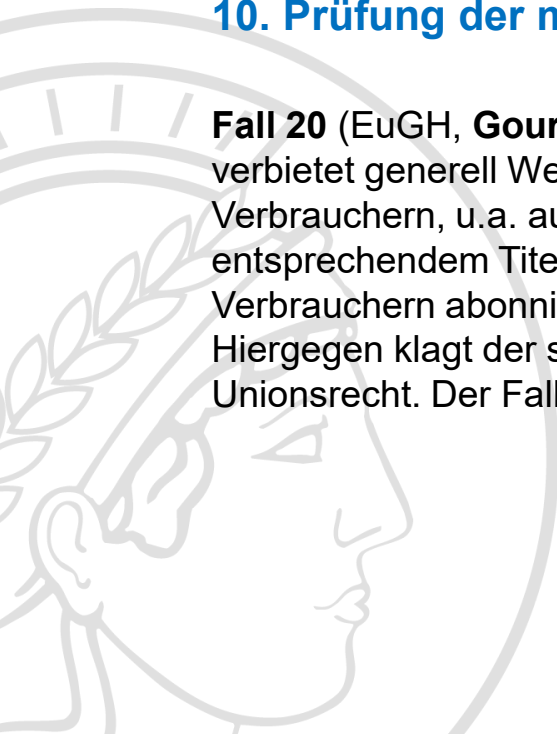
**Merke:** Seit De Agostini steht fest, dass die Anwendung von Vorschriften über **Verkaufsmodalitäten, die in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV fallen, nach den Grundsätzen der Cassis-Rechtsprechung gerechtfertigt werden können.** Folglich ist u.U. nach Prüfung der Keck-Formel noch die Cassis-Formel zu prüfen.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (26)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

**Fall 20** (EuGH, **Gourmet International**, C-405/98, EU:C:2001:135): Schwedisches Recht verbietet generell Werbung für alkoholische Getränke (über 2,25 Volumenprozent) gegenüber Verbrauchern, u.a. auch in Zeitungen und Zeitschriften. Gourmet gibt eine Zeitschrift mit entsprechendem Titel heraus, die zu 90 % von Gewerbetreibenden und nur zu 10 % von Verbrauchern abonniert wird. Ein Exemplar enthielt auch Werbung für alkoholische Getränke. Hiergegen klagt der schwedische Ombudsman auf Unterlassung. Gourmet beruft sich auf Unionsrecht. Der Fall wird dem EuGH vorgelegt.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (27)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (Gourmet International):

(21) **Ohne** dass eine **genaue Untersuchung** der die Lage in Schweden kennzeichnenden tatsächlichen Umstände nötig wäre – diese Untersuchung obläge dem nationalen Gericht – kann festgestellt werden, dass bei Erzeugnissen wie den alkoholischen Getränken, deren Genuss mit herkömmlichen gesellschaftlichen Übungen sowie örtlichen Sitten und Gebräuchen verbunden ist, ein **Verbot jeder an die Verbraucher gerichtete Werbung** durch Anzeigen in der Presse oder Werbeeinblendungen in Rundfunk und Fernsehen, durch Direktversand nicht angeforderten Materials oder durch Plakatieren an öffentlichen Orten **geeignet** ist, den **Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern, als es dies für inländische Erzeugnisse tut, mit denen der Verbraucher besser vertraut ist.**

(25) Ein Werbeverbot von der Art desjenigen, um das es im Ausgangsverfahren geht, beeinträchtigt somit die Vermarktung von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten stärker als diejenige inländischer Erzeugnisse und stellt daher ein Hemmnis für den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten dar, das **in den Anwendungsbereich des [Art. 34 AEUV] fällt.**

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (28)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (Gourmet International):

(26) Ein derartiges Hemmnis lässt sich jedoch **mit dem Gesundheitsschutz rechtfertigen**, der zu den in [Art. 34 AEUV] anerkannten Gründen des Allgemeininteresses gehört.

(33) Für die **Beurteilung der Verhältnismäßigkeit** des im Ausgangsverfahren streitigen Werbeverbots insbesondere zu der Frage, ob das angestrebte Ziel durch Verbote oder Beschränkungen erreicht werden könnte, die weniger umfangreich sind oder den innergemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtigen, bedarf es der **Untersuchung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände, die die Lage in dem betroffenen Mitgliedstaat kennzeichnen** und die durchzuführen das vorlegende Gericht besser in der Lage ist als der Gerichtshof.

**Merke: Absolute Werbeverbote für bestimmte Produktgruppen unterliegen dem Art. 34 AEUV, können aber u.U. gerechtfertigt werden.**

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (29)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

**Fall 21** (EuGH, **TK-Heimdienst**, C-254/98, EU:C:2000:12):

TK-Heimdienst betreibt in Tirol einen Tiefkühlheimdienst, wobei nach Bestellungen tiefgefrorene Lebensmittel mit einem Tiefkühlwagen bei den Kunden zuhause ausgeliefert werden. Österreichisches Gewerberecht schreibt vor, dass ein solcher Heimdienst nur betrieben werden darf, wenn dieselben Waren auch in einer ortsfesten Betriebsstätte im selben Verwaltungsbezirk oder in einer angrenzenden Gemeinde zum Verkauf feilgehalten werden. Gegen diese Vorschrift verstößt TK-Heimdienst. Er wird deshalb von einem Wettbewerbsverband auf Unterlassung in Anspruch genommen. Hiergegen beruft sich TK-Heimdienst auf Art. 34 AEUV. Während die Vorinstanzen einen Verstoß gegen Art. 34 AEUV verneinten, weil das Verbot lediglich eine Verkaufsmodalität regle, legte der österreichische OGH dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 34 AEUV zur Vorabentscheidung vor, schließlich wären ausländische Anbieter gehalten, in Österreich eine eigene Betriebsstätte zu errichten.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (30)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (TK-Heimdienst):

(24) Eine nationale Regelung wie § 53a Absatz 2 GewO, nach der Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler Waren nur dann in einem bestimmten Verwaltungsgebiet, wie etwa einem österreichischen Verwaltungsgebiet, im Umherziehen feilbieten dürfen, wenn sie das betreffende Gewerbe auch in einer in diesem Verwaltungsgebiet oder einer angrenzenden Gemeinde belegenen ortsfesten Betriebsstätte ausüben, in der sie die im Umherziehen feilgebotenen Waren ebenfalls feilhalten, **betrifft die Verkaufsmodalitäten für bestimmte Waren**, da sie die geographischen Gebiete bezeichnet, in denen jeder betroffene Wirtschaftsteilnehmer seine Waren nach dieser Vertriebsmethode in den Verkehr bringen kann.

(25) Sie **berührt** jedoch **das Inverkehrbringen inländischer und aus anderen Mitgliedstaaten stammender Erzeugnisse nicht in der gleichen Weise.**

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (31)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (TK-Heimdienst):

(26) Eine derartige Regelung verpflichtet nämlich Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler, die **bereits eine ortsfeste Betriebsstätte in einem anderen Mitgliedstaat haben** und die ihre Waren in einem bestimmten Verwaltungsgebiet, wie etwa einem österreichischen Verwaltungsbezirk, im Umherziehen feilbieten wollen, in diesem Verwaltungsgebiet oder einer angrenzenden Gemeinde eine andere ortsfeste Betriebsstätte zu errichten oder zu erwerben, **während die örtlichen Wirtschaftsteilnehmer die Voraussetzung der ortsfesten Betriebsstätte bereits erfüllen**. Somit haben Waren aus anderen Mitgliedstaaten gleichen Zugang zum Markt des Einfuhrmitgliedstaats wie inländische Waren nur, nachdem sie mit **zusätzlichen Kosten** belastet worden sind.

(27) Dem steht nicht entgegen, dass die Regelung den Absatz aus anderen Landesteilen stammender ebenso wie den aus anderen Mitgliedstaaten eingeführter Waren beeinträchtigt. Eine staatliche Maßnahme kann **auch dann als diskriminierend oder protektionistisch** im Sinne der Vorschriften über den freien Warenverkehr qualifiziert werden, **wenn sie nicht sämtliche inländischen Erzeugnisse begünstigt** und auch nicht nur eingeführte Erzeugnisse, sondern auch inländische Erzeugnisse benachteiligt.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (32)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (TK-Heimdienst):

(32) Das vorliegende Gericht weist allerdings darauf hin, dass die österreichische Regelung **die Nahversorgung zugunsten ortsansässiger Unternehmen besonders schützen wolle**; dieses Ziel erscheine in einem topographisch so stark gegliederten Land wie Österreich andernfalls gefährdet. Deshalb ist zu prüfen, ob diese Regelung unter diesem Gesichtspunkt **gerechtfertigt** ist.

(34) Zwar ist nicht auszuschließen, dass die Notwendigkeit, eine Verschlechterung der Nahversorgungsbedingungen in relativ abgelegenen Gebieten eines Mitgliedstaats zu verhindern, unter bestimmten Umständen eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels rechtfertigen kann; eine Regelung wie die des Ausgangsverfahrens, die im **gesamten nationalen Hoheitsgebiet gilt**, steht jedoch auf alle Fälle **außer Verhältnis zu diesem Ziel**.

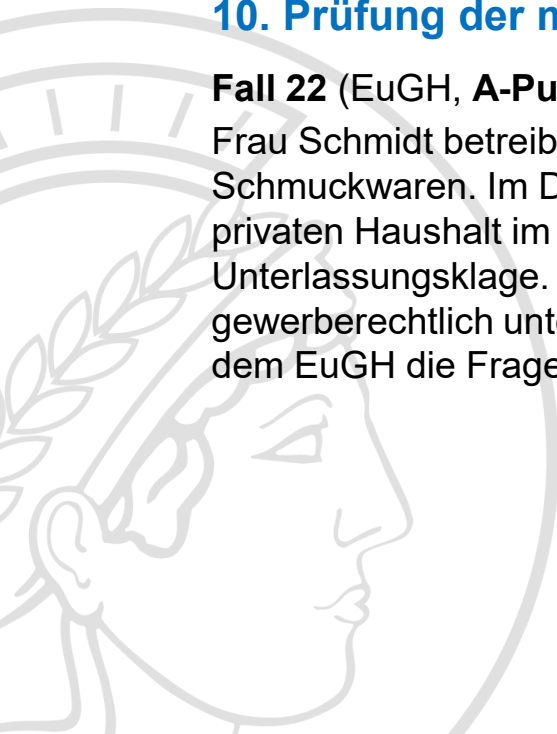
(36) Zwar ist der **Schutz der Gesundheit** einer der Gründe, die Ausnahmen von **Artikel [34 AEUV]** rechtfertigen können; dieser Schutz kann jedoch durch Maßnahmen bewirkt werden, die den **innergemeinschaftlichen Handel weniger einschränken** als eine nationale Regelung wie § 53a Absatz 2 GewO, so z.B. durch Vorschriften über die Ausstattung der benutzten Fahrzeuge mit Kühlanlagen.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (33)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

**Fall 22** (EuGH, **A-Punkt Schmuckhandel**, C-441/04, Slg. 2006, I-2093):

Frau Schmidt betreibt von Deutschland aus einen Haustürvertrieb von niedrigpreisigen Schmuckwaren. Im Dezember 2003 veranstaltet Schmidt eine „Schmuckparty“ in einem privaten Haushalt im österreichischen Klagenfurt. Ein Wettbewerber erhebt gegen diese Praktik Unterlassungsklage. Nach österreichischem Recht ist der Haustürvertrieb von Silberschmuck gewerberechtlich untersagt; in Deutschland ist er dagegen zulässig. Das nationale Gericht legt dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit des Verbots mit Art. 34 AEUV vor.



## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (34)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (A-Punkt Schmuckhandel, C-441/04):

(17) Wie aus Randnummer 9 des Urteils [Keck] hervorgeht, betrifft die in Rede stehende nationale Regelung über das Verbot des Vertriebs im Wege von Haustürgeschäften eine Vertriebsmethode. Es steht fest, dass sie **nicht eine Regelung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bezweckt**. Doch fällt sie nur dann nicht unter das Verbot des Art. 34 AEUV, wenn sie die beiden in Randnummer 15 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen erfüllt.

(18) Was die **erste Voraussetzung** angeht, so gilt § 57 GewO offenbar **für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer**, die ihre Tätigkeit in Österreich ausüben, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit. (...)

(19) In Bezug auf die **zweite Voraussetzung** steht fest, dass die Regelung über das Verbot des Vertriebs von Schmuck im Wege von Haustürgeschäften **nicht nach dem Ursprung der fraglichen Erzeugnisse unterscheidet**.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (35)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

**EuGH (A-Punkt Schmuckhandel, C-441/04):**

(20) Sodann ist **zu prüfen**, ob das allgemeine Verbot, im Wege von Haustürgeschäften Silberschmuck zu vertreiben oder Bestellungen auf Silberschmuck zu sammeln, **nicht tatsächlich geeignet ist, den Marktzugang betroffener Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern** als den inländischer Erzeugnisse.

(21) Eine nationale Bestimmung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende ist **grundsätzlich geeignet**, das **Gesamtvolumen** des Absatzes der in dem betreffenden Mitgliedstaat erfassten Erzeugnisse **zu beschränken und kann folglich das Absatzvolumen dieser Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigen**. Eine solche Feststellung kann jedoch nicht ausreichen, um die genannte Bestimmung als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen (...).

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (36)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (A-Punkt Schmuckhandel, C-441/04):

(24) In dieser Hinsicht steht fest, dass das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verbot **nicht alle Formen des Vertriebs der betroffenen Waren erfasst, sondern nur eine davon**, und daher die Möglichkeit nicht ausschließt, diese Waren im Gebiet des betreffenden Staates mit anderen Methoden zu vertreiben.

(25) Der Gerichtshof kann jedoch anhand der ihm zur Verfügung stehenden Angaben **nicht mit Sicherheit entscheiden, ob das in § 57 GewO vorgesehene Verbot des Vertriebs im Wege von Haustürgeschäften den Vertrieb der aus anderen Mitgliedstaaten als Österreich stammenden Erzeugnisse stärker berührt als den der Erzeugnisse aus Österreich**. Unter solchen Umständen ist es daher **Sache des vorlegenden Gerichts**, insbesondere im Licht der in den Randnummern 20 bis 24 des vorliegenden Urteils entwickelten Überlegungen zu prüfen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist.

## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (37)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

#### EuGH (A-Punkt Schmuckhandel, C-441/04):

(26) Stellt das vorliegende Gericht nach dieser Prüfung fest, dass das in § 57 GewO vorgesehene Verbot die Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Zugang zum inländischen Markt mehr berührt als die inländischen Erzeugnisse, so hat es zu klären, ob dieses Verbot durch ein im **Allgemeininteresse liegendes Ziel** im Sinne der durch das Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe-Zentral, „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, 649) begründeten Rechtsprechung oder eines der in Artikel 30 EG/Art. 36 AEUV genannten Ziele **gerechtfertigt** ist und ob es zur Verwirklichung dieses Zieles erforderlich ist und dazu in einem angemessenen Verhältnis steht.

(27) Insofern kann der **Verbraucherschutz** einen Rechtfertigungsgrund für das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verbot unter der doppelten Voraussetzung darstellen, dass dieses Verbot **geeignet** ist, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles **erforderlich** ist.

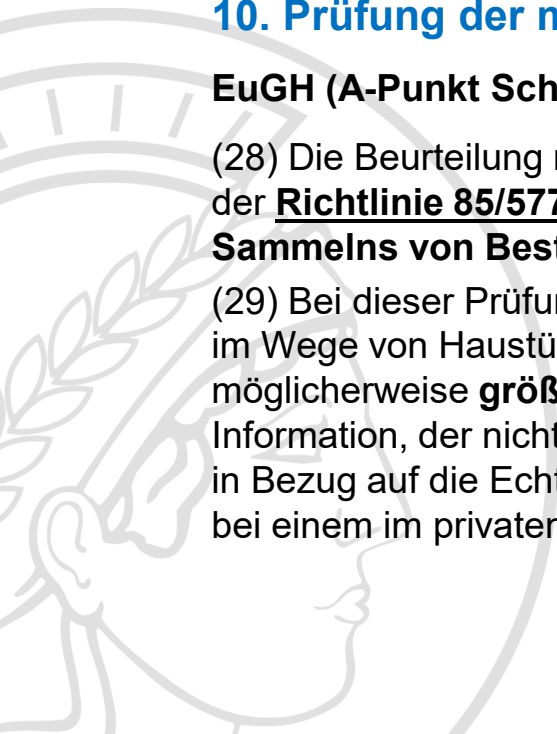
## VII. Art. 34 AEUV und Vermarktungsvorschriften (38)

### 10. Prüfung der materiellen Diskriminierung und Rechtfertigungsprüfung

**EuGH (A-Punkt Schmuckhandel, C-441/04):**

(28) Die Beurteilung muss das **Schutzniveau berücksichtigen**, das für die Verbraucher nach der **Richtlinie 85/577 im Rahmen des Vertriebs der betroffenen Erzeugnisse und des Sammelns von Bestellungen auf diese Erzeugnisse besteht**.

(29) Bei dieser Prüfung sind auch die **Besonderheiten**, die mit dem Vertrieb von Silberschmuck im Wege von Haustürgeschäften verbunden sind, zu berücksichtigen, insbesondere die möglicherweise **größere Gefahr einer Irreführung der Verbraucher**, die auf mangelnder Information, der nicht vorhandenen Möglichkeit eines Preisvergleichs, ungenügenden Garantien in Bezug auf die Echtheit der Schmuckstücke und dem psychologischen Kaufdruck beruht, der bei einem im privaten Rahmen veranstalteten Verkauf höher ist.



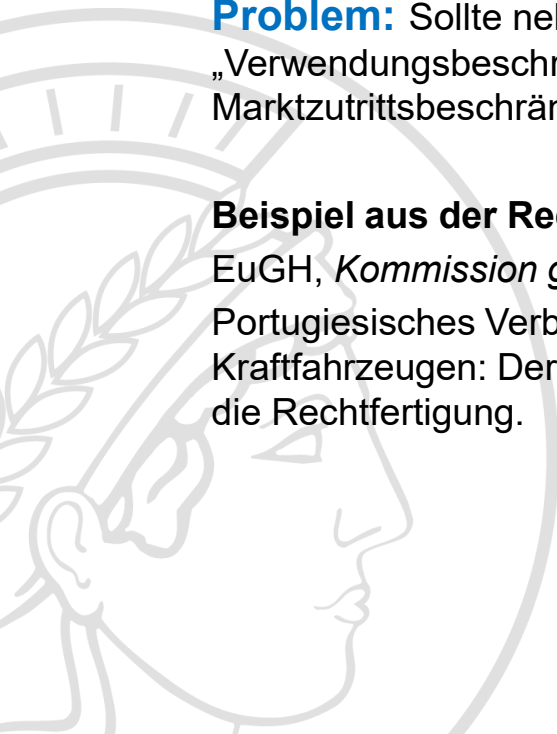
## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (1)

**Problem:** Sollte neben den Fällen der „Verkaufsmodalitäten“ (*Keck*) auch jene der „Verwendungsbeschränkungen“ anerkannt werden, in denen die *Dassonville*-Formel auf ein auf Marktzutrittsbeschränkungen reduziertes Diskriminierungsverbot beschränkt werden sollte?

### **Beispiel aus der Rechtsprechung:**

EuGH, *Kommission gegen Portugal*, C-265/06, EU:C:2008:210:

Portugiesisches Verbot der Verwendung von farbigen Folien auf den Windschutzscheiben von Kraftfahrzeugen: Der EuGH bejaht ohne Diskussion eine Maßnahme gleicher Wirkung und prüft die Rechtfertigung.





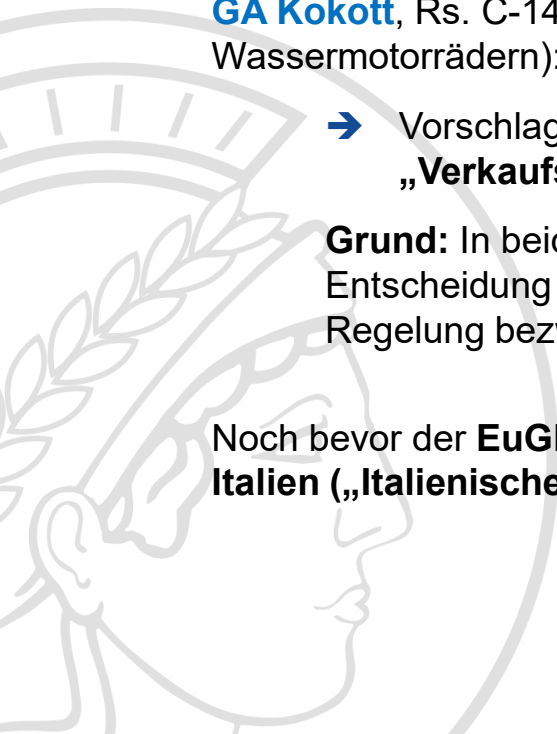
## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (2)

**GA Kokott**, Rs. C-142/05, **Mickelsson**, EU:C:2006:782 (Verbot der Nutzung von Wassermotorrädern):

- Vorschlag, Regelungen von „**Nutzungsmodalitäten**“ gemäß Keck wie solche von „**Verkaufsmodalitäten zu behandeln**“

**Grund:** In beiden Fällen greift die Regelung erst nach Einfuhr des Produkts. Erst die Entscheidung des potenziellen Käufers wirkt negativ auf die Einfuhr zurück. Die Regelung bezweckt keine Regelung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

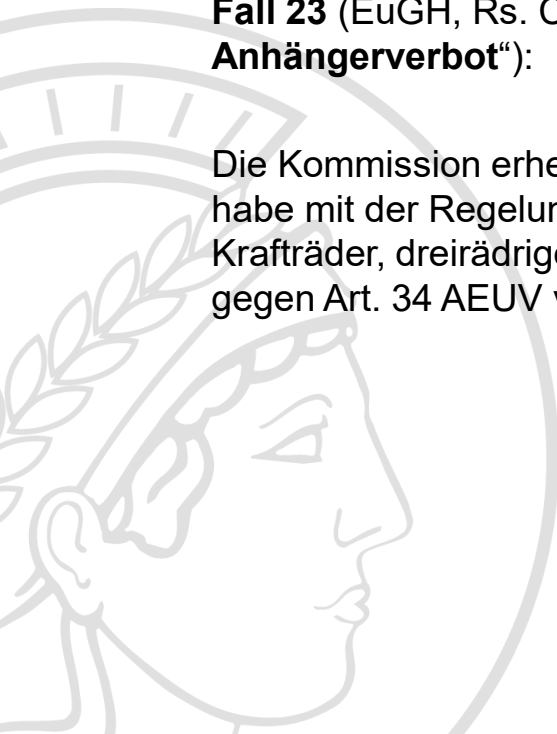
Noch bevor der **EuGH** den Fall entscheidet, erhält er in der **Rs. C-110/05, Kommission gegen Italien** („**Italienisches Anhängerverbot**“), Gelegenheit, Stellung zu beziehen.



## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (3)

**Fall 23** (EuGH, Rs. C-110/05, **Kommission gegen Italien**, EU:C:2006:782 – „**Italienisches Anhängerverbot**“):

Die Kommission erhebt eine Vertragsverletzungsklage gegen Italien mit der Begründung, Italien habe mit der Regelung der Straßenverkehrsordnung, die das Ziehen von Anhängern durch Krafträder, dreirädrige und kleine vierrädrige Kraftfahrzeuge (sog. „Kradfahrzeuge“) verbietet, gegen Art. 34 AEUV verstoßen.



## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (4)

### EuGH („Italienisches Anhängerbot“):

- (34) Aus ebenfalls ständiger Rechtsprechung geht hervor, dass [Art. 34 AEUV] die Verpflichtung widerspiegelt, sowohl die **Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden**, einzuhalten als auch Erzeugnissen aus der Gemeinschaft **einen freien Zugang zu den nationalen Märkten zu gewährleisten** (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Juli 1983, Sandoz, 174/82, Slg. 1983, 2445, Randnr. 26, vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral, „Cassis de Dijon“, 120/78, Slg. 1979, 649, Randnrn. 6, 14 und 15, und Keck und Mithouard, Randnrn. 16 und 17). (...)
- (37) Daher sind Maßnahmen eines Mitgliedstaats, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, sowie die in Randnr. 35 des vorliegenden Urteils genannten Maßnahmen als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in Sinne des [Art. 34 AEUV] anzusehen. **Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.**

## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (5)

**EuGH („Italienisches Anhängerverbot“):**

(52) Was **erstens** die **Anhänger** betrifft, die **nicht eigens für Kradfahrzeuge konzipiert** sind, sondern an Kraftwagen oder andere Fahrzeuge angehängt werden sollen, so hat die **Kommission nicht nachgewiesen**, dass das in Art. 56 der Straßenverkehrsordnung vorgesehene Verbot den **Marktzugang für diese Anhängertypen versperrt**.

(54) **Zweitens** bleibt die von der Kommission geltend gemachte Vertragsverletzung im Hinblick auf die **Anhänger** zu prüfen, **die eigens zum Anhängen an Kradfahrzeuge konzipiert** und in anderen Mitgliedstaaten als der Italienischen Republik rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind.

(55) Die Kommission hat (...) vorgetragen, dass die **Möglichkeiten**, eigens für Kradfahrzeuge konzipierte Anhänger **anders als zusammen mit Kradfahrzeugen verwenden, äußerst gering seien**. (...).

(56) Hierzu ist festzustellen, dass ein **Verbot der Verwendung** eines Erzeugnisses im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher hat, das sich wiederum auf den **Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaats auswirkt**.

## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (6)

### EuGH („Italienisches Anhängerverbot“):

(57) Denn die Verbraucher (...) haben praktisch kein Interesse daran, einen solchen Anhänger zu kaufen (vgl. entsprechend zum Verbot, farbige Folien an der Windschutzscheibe von Kraftwagen zu befestigen, Urteil vom 10. April 2008, Kommission/Portugal, C-265/06, Slg. 2008, I-2245, Randnr. 33). Damit **verhindert Art. 56 der Straßenverkehrsordnung die Nachfrage nach derartigen Anhängern** auf dem betreffenden Markt und **behindert somit deren Einfuhr**.

(59) Ein solches Verbot kann durch einen der in [**Art. 36 AEUV**] aufgezählten Gründe des Gemeinwohls oder durch **zwingende Erfordernisse** gerechtfertigt sein (...). In beiden Fällen muss die nationale Maßnahme **geeignet** sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was dazu **erforderlich** ist (...).

(60) Im vorliegenden Fall begründet die Italienische Republik das Verbot mit dem Erfordernis, die **Sicherheit des Straßenverkehrs** zu gewährleisten, was nach der Rechtsprechung einen zwingenden Grund des Gemeinwohls darstellt, der geeignet ist, eine Behinderung des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen (...).

## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (7)

### EuGH („Italienisches Anhängerverbot“):

(64) Hierzu ist festzustellen, dass das Verbot **geeignet** ist, das angestrebte Ziel der Gewährleistung der Sicherheit des Straßenverkehrs zu erreichen.

(65) Was zum anderen die Beurteilung der **Erforderlichkeit** dieses Verbots angeht, so **kann der Mitgliedstaat** nach der in Randnr. 61 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der Sicherheit des Straßenverkehrs **entscheiden, auf welchem Niveau er diese Sicherheit gewährleisten will und wie dieses Niveau erreicht werden soll**. Da dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen abweichen kann, ist den Mitgliedstaaten ein **Beurteilungsspielraum** zuzuerkennen. Folglich bedeutet der **Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig sind** (...).

(69) Daher ist festzustellen, dass das für Kraftfahrzeuge geltende Verbot, einen Anhänger mitzuführen, der **eigens für sie konzipiert** ist und in anderen Mitgliedstaaten als der Italienischen Republik rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, aus Gründen des Schutzes der Sicherheit des Straßenverkehrs **gerechtfertigt** ist.

## VIII. Art. 34 AEUV, „Keck“ und Verwendungsbeschränkungen (8)

**Merke:** Der EuGH scheint die **Keck-Formel auf Nutzungsmodalitäten** jedenfalls dann **nicht anzuwenden**, wenn sie sich als absolute Verwendungsverbote dergestalt auswirken, dass die **verbleibenden Verwendungsmöglichkeiten nur noch „äußerst gering“** sind (EuGH, Rn. 55). Der EuGH begründet dies damit, dass Vorschriften, die den Marktzugang beschränken, auf jeden Fall von Art. 34 AEUV erfasst sein müssen. Dagegen scheint er eine Maßnahme gleicher Wirkung (vgl. Kokott, Rn. 45) zu verneinen, in denen sehr wohl sinnvolle Nutzungsmöglichkeiten eröffnet bleiben. Im Ergebnis dürfte damit der **EuGH die Anerkennung einer zweiten Fallgruppe für die Einschränkung der Dassonville-Formel neben den Verkaufsmodalitäten verneint haben**.

**Siehe auch EuGH, C-142/05, Mickelsson, C-142/05, EU:C:2009:336, Rn. 28:**

Der EuGH bestätigt die Entscheidung zum Italienischen Anhängerverbot, indem er betont, dass die Cassis-Formel grundsätzlich zur Anwendung kommt, wenn die nationale Verwendungsbeschränkung den wesensimmanenten Gebrauch so stark behindert, dass der Zugang zum nationalen Markt behindert wird.

## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest (1)

**Fall 24** (EuGH, **Ker-Optika**, C-108/09, EU:C:2010:725): Ker-Optika vertreibt Kontaktlinsen über das Internet. Dies wird dem Unternehmen von einer ungarischen Behörde untersagt, da nach ungarischem Recht der Verkauf von Kontaktlinsen nur in Geschäften über medizinische Hilfsmittel erlaubt ist. Das in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen Ker-Optika sieht hierin einen Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie bzw. jedenfalls einen Verstoß gegen die Regeln der Warenverkehrsfreiheit. Das ungarische Gericht legt beide Fragen dem EuGH vor. Die erste Frage verneint der EuGH: Vorschriften, die die Voraussetzungen regeln, unter denen eine Ware in einem Mitgliedstaat ausgeliefert werden darf, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Zur Verletzung von Art. 34 AEUV argumentiert der EuGH wie folgt:

- (47) Nach ständiger Rechtsprechung ist jede **Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern**, als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Sinne des Art. 34 AEUV anzusehen (vgl. u. a. Urteile vom 11. Juli 1974, **Dassonville**, 8/74, Slg. 1974, 837, Randnr. 5, und vom 10. Februar 2009, Kommission/Italien, C-110/05, Slg. 2009, I-519, Randnr. 33).



## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (2)

Fall 24 (EuGH, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725):

- (48) Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung spiegelt Art. 34 AEUV die Verpflichtung wider, sowohl die **Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt** und in den Verkehr gebracht wurden, einzuhalten **als auch Erzeugnissen aus der Union freien Zugang zu den nationalen Märkten zu gewährleisten** (vgl. Urteil Kommission/Italien, Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- (49) Demgemäß sind Maßnahmen eines Mitgliedstaats, mit denen **bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, ebenso als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen anzusehen wie Vorschriften über die Voraussetzungen, denen die Waren entsprechen müssen**, selbst wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten (vgl. Urteil Kommission/Italien, Randnrn. 35 und 37).
- (50) **Ebenfalls** unter diesen Begriff fällt **jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert** (Urteil Kommission/Italien, Randnr. 37).

## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (3)

**Fall 24** (EuGH, **Ker-Optika**, C-108/09, EU:C:2010:725):

(51) Aus diesem Grund ist die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte **Verkaufsmodalitäten** beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der aus dem Urteil Dassonville hervorgegangenen Rechtsprechung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, **es sei denn, diese Bestimmungen gelten für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und berühren den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise.** Die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, ist nämlich **geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern**, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard, C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Randnrn. 16 und 17, und Urteil Kommission/Italien, Randnr. 36).

## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (4)

**Fall 24** (EuGH, **Ker-Optika**, C-108/09, EU:C:2010:725):

- (52) Somit ist zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung den beiden in der vorstehenden Randnummer genannten Voraussetzungen entspricht, d. h., ob sie **für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben**, und den **Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berührt**.
- (53) Hinsichtlich der **ersten Voraussetzung** ist darauf hinzuweisen, dass die genannte Regelung für alle Wirtschaftsteilnehmer gilt, die vom Verkauf von Kontaktlinsen betroffen sind, so dass diese Voraussetzung erfüllt ist.
- (54) Was die zweite Voraussetzung betrifft, ist (...) festzustellen, dass das Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten eine **besonders effiziente Modalität für den Vertrieb dieser Waren vorenthält und so deren Zugang zum Markt des betroffenen Mitgliedstaats erheblich behindert** (vgl. entsprechend betreffend Arzneimittel Urteil Deutscher Apothekerverband, Randnr. 74).

## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (5)

**Fall 24** (EuGH, **Ker-Optika**, C-108/09, EU:C:2010:725):

(55) Unter diesen Umständen berührt die genannte Regelung den Vertrieb von Kontaktlinsen durch ungarische Wirtschaftsteilnehmer und den Vertrieb durch Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten nicht in der gleichen Weise.

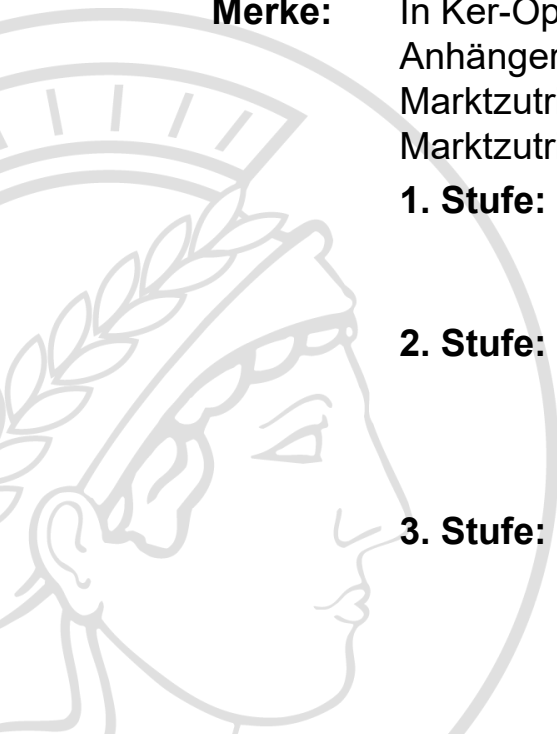
(56) Folglich stellt diese Regelung eine nach Art. 34 AEUV verbotene **Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen dar, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt** werden kann.

(Im Folgenden geht der EuGH zwar davon aus das die ungarische Regelung geeignet ist, dem Gesundheitsschutz zu dienen, aber die Regelung sei nicht erforderlich, da eine Beratung auch online erfolgen kann, etwa im Hinblick auf die vorherige Untersuchung oder Verschreibung durch einen Augenarzt, und die Regelung auch Anwendung findet für Folgebestellungen von Kontaktlinsen.)

## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (6)

**Merke:** In Ker-Optika verfestigt sich in Anschluss an die Entscheidung zum Italienischen Anhängerverbot ein **Dreitstufentest** der Prüfung von Art. 34 AEUV als Verbot von Marktzutrittsbeschränkungen. Danach gibt es drei alternative Fälle verbotener Marktzutrittsbeschränkungen:

- 1. Stufe: Diskriminierungsverbot:** Verbot von Maßnahmen, mit denen **bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln**
- 2. Stufe: Verbot von produktbezogenen Maßnahmen gleicher Wirkungen:** Verbot von **Vorschriften über die Voraussetzungen, denen die Waren entsprechen müssen**, selbst wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten
- 3. Stufe: Verbot sonstiger Marktzutrittsbeschränkungen:** jede sonstige Maßnahme, die den **Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert (Prüfung der Keck-Formel bei Verkaufsmodalitäten als bloßer Unterfall)**



## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (7)

**Fall 25** (EuGH, **ANETT**, C-456/10, EU:C:2012:241):

Nach spanischem Recht ist es Tabakeinzelhändlern verboten, Tabakerzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten einzuführen. Außerdem bestimmt das spanische Recht ein Monopol des Staates in Bezug auf den Tabakeinzelhandel. Die Tabakeinzelhändler sind Konzessionsnehmer des Staates. Der spanische Verband der Tabakeinzelhändler (ANETT) ist der Auffassung, dass dieses Verbot dem Unionsrecht in Form der Warenverkehrsfreiheit widerspricht und klagt vor der Tribunal Supremo auf Nichtigerklärung dieser Bestimmungen. Letzteres setzt das Verfahren aus und legt dem EuGH die entsprechende Frage nach der Vereinbarkeit mit Unionsrecht vor. Sowohl die Kommission als auch der spanische Staat sind der Auffassung, dass Art. 34 AEUV gar nicht anwendbar ist, sondern ausschließlich Art. 37 AEUV als Vorschrift, die spezifisch die Handelsmonopole regelt.

Nach der Klärung, dass das Importverbot der Konzessionsinhaber nicht nach Art. 37 AEUV zu prüfen ist (da es nämlich nicht im Zusammenhang mit der Ausübung des Einzelhandelsmonopols steht), sondern nach Art. 34 AEUV, führt der EuGH aus:

## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (8)

### EuGH (ANETT):

(32) Nach ständiger Rechtsprechung ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Sinne des Art. 34 AEUV anzusehen (vgl. u. a. Urteile vom 11. Juli 1974, **Dassonville**, 8/74, Slg. 1974, 837, Randnr. 5, und vom 10. Februar 2009, Kommission/Italien, C-110/05, Slg. 2009, I-519, Randnr. 33).

(33) Aus ebenfalls **ständiger Rechtsprechung** geht hervor, dass Art. 34 AEUV die Verpflichtung widerspiegelt, sowohl die **Grundsätze der Nichtdiskriminierung** und der **gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen**, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden, einzuhalten als auch Erzeugnissen aus der Union einen **freien Zugang zu den nationalen Märkten zu gewährleisten** (vgl. Urteile Kommission/Italien, Randnr. 34, und vom 2. Dezember 2010, Ker-Optika, C-108/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 48).

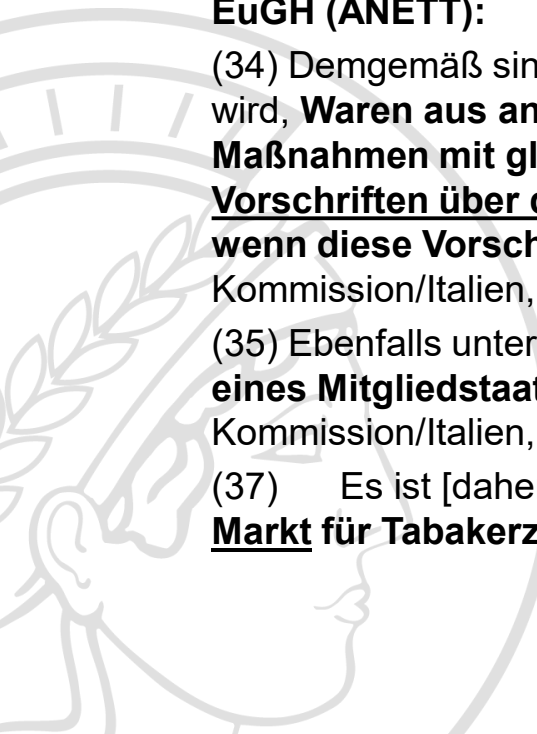
## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (9)

### EuGH (ANETT):

(34) Demgemäß sind **Maßnahmen** eines Mitgliedstaats, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, **Waren aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, ebenso** als **Maßnahmen mit gleicher Wirkung** wie mengenmäßige Beschränkungen anzusehen wie Vorschriften über die Voraussetzungen, denen die Waren entsprechen müssen, selbst wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten (vgl. Urteile Kommission/Italien, Randnrn. 35 und 37, und Ker-Optika, Randnr. 49).

(35) Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert (Urteile Kommission/Italien, Randnr. 37, und Ker-Optika, Randnr. 50).

(37) Es ist [daher] **noch zu prüfen**, ob diese Regelung **nicht den Zugang zum spanischen Markt für Tabakerzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert**.





## IX. „Ker-Optika“ und „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (10)

### EuGH (ANETT):

- (39) Insbesondere können die betreffenden Einzelhändler ein aus einem anderen Mitgliedstaat stammendes Tabakerzeugnis nur vermarkten, wenn ein solches **Erzeugnis im Erzeugnissortiment der in Spanien zugelassenen Großhändler angeboten wird und diese Großhändler es vorrätig** haben. (...)
- (41) Zudem sind Tabakeinzelhändler daran **gehindert, ihren Bedarf in den anderen Mitgliedstaaten zu decken, auch wenn die dort niedergelassenen Hersteller oder Großhändler** insbesondere in den Grenzregionen **günstigere Bezugsbedingungen anbieten** können, sei es aufgrund ihrer geografischen Nähe oder aufgrund der besonderen Lieferbedingungen, die sie anbieten.
- (42) Alle diese Gesichtspunkte können **negative Auswirkungen auf die Auswahl der Erzeugnisse**, die die Tabakeinzelhändler in ihre Erzeugnissortimente aufnehmen, und **letztlich auf den Zugang zum spanischen Markt** für die verschiedenen aus den anderen Mitgliedstaaten stammenden Erzeugnisse haben.

[Im Ergebnis bejaht der EuGH damit eine **Maßnahme gleicher Wirkung** und **lehnt im Folgenden eine Rechtfertigung ab.**]

## IX. „ANETT“ – ein neuer Marktzugangstest? (11)

### Kommentar zu EuGH in ANETT:

(1) In *ANETT* wendet der EuGH Art. 34 AEUV als **allgemeines Marktzutrittsverbots** an, ohne dass die Keck-Rechtsprechung überhaupt Erwähnung findet. Damit stellt sich die Frage, ob die Keck-Rechtsprechung überhaupt noch gilt.

(2) Gegen eine Abkehr von Keck spricht jedoch, dass es in *ANETT* gerade um **keine Verkaufsmodalität** ging, sondern um eine **Beschränkung der Bezugsmöglichkeiten auf der Einzelhändlerstufe**.

(3) Auch beruft sich der EuGH zentral auf seine etwas älteren Entscheidungen in *Ker-Optika* sowie die Entscheidung *Italienisches Anhängerverbot* (siehe Fall 21). In *Ker-Optika* hatte der EuGH noch das Vorliegen einer Verkaufsmodalität bejaht (Tz. 45). Im Fall *Italienische Anhängerverbote* ging es dagegen um Verwendungsverbote. Gleichzeitig sprach sich der EuGH dort gegen eine Abkehr von Keck aus.

(4) **Zusammenfassung:** Der EuGH hat mittlerweile den Schritt zur **Anerkennung eines (wenig präzisen) allgemeinen Marktzugangstests** unternommen. Keck ist **lediglich eine Ausprägung dieses Test**.

## X. Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Formel (1)

**Fall 26** (EuGH, **Kommission gegen Dänemark**, Rs. 302/86, EU:C:1988:421–**„Pfandflaschen“**):

Seit 1981 können in Dänemark Bier und Erfrischungsgetränke nur noch in Mehrwegflaschen auf den Markt gebracht werden. Dabei sind nur etwa 30 unterschiedliche Größen und Formate zugelassen. Die Neuzulassung von Mehrwegflaschen ist streng limitiert. Nachdem sich ausländische Produzenten vermehrt beschwert hatten, leitet die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Dänemark ein.

**EuGH:**

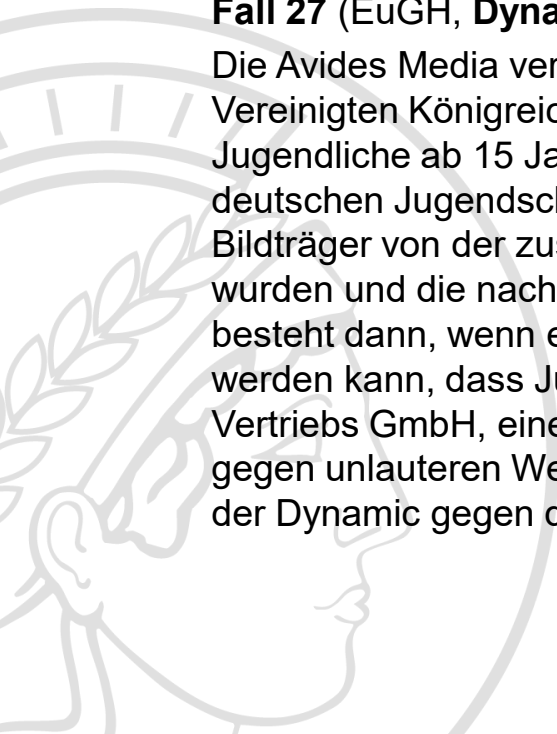
- Anerkennung des **Umweltschutzes als „zwingendes Erfordernis“**
- Quotenmäßige Limitierung von nicht genehmigten Flaschen aus Importen ist unverhältnismäßig

Siehe auch EuGH, **Vereinigte Familiapress**, C-368/95, EU:C:1997:325: **Aufrechterhaltung der Medienvielfalt** als zwingendes Erfordernis

## X. Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Formel (2)

**Fall 27** (EuGH, **Dynamic Medien**, C-244/06, EU:C:2008:85):

Die Avides Media vertreibt im Versandhandel über eine Internetseite Videos und DVD aus dem Vereinigten Königreich nach Deutschland. Die Bildträger sind von den britischen Behörden für Jugendliche ab 15 Jahren freigegeben und entsprechend gekennzeichnet. Nach dem deutschen Jugendschutzgesetz (JSchuG) ist der Vertrieb jedoch nur zulässig, wenn die Bildträger von der zuständigen deutschen Behörde für die jeweilige Altersgruppe freigegeben wurden und die nach dem JSchuG entsprechende Kennzeichnung tragen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn ein persönlicher Kontakt mit dem Abnehmer besteht und so sichergestellt werden kann, dass Jugendliche keinen Zugang zum Bildmaterial haben. Die Dynamic Medien Vertriebs GmbH, eine Konkurrentin der Avides Media, klagt gegen Avides nach dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) auf Unterlassung, mit dem Argument eines Verstoßes der Dynamic gegen das JSchuG. Hiergegen beruft sich Avides auf Art. 34 AEUV. Zu Recht?



## X. Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Formel (3)

Nach Bejahung einer Maßnahme gleicher Wirkung führt der EuGH (Dynamic Medien) aus:

- (39) Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der **Schutz der Rechte des Kindes** durch **verschiedene internationale Verträge anerkannt ist**, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind (...). Der Gerichtshof hat bereits darauf hingewiesen, dass diese internationalen Verträge zu den völkerrechtlichen Instrumenten zum Schutz der Menschenrechte gehören, denen er bei der Anwendung der **allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts** Rechnung trägt (vgl. insbesondere Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat, C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 37).
- (41) Der Schutz des Kindes wird auch durch im Rahmen der Europäischen Union ausgearbeitete Rechtstexte gewährleistet, so durch die am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierte **Charta der Grundrechte der Europäischen Union** (ABl. C 364, S. 1), nach deren Art. 24 Abs. 1 **Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge haben**, die für ihr Wohlergehen notwendig sind (vgl. in diesem Sinne Urteil Parlament/Rat, Randnr. 58). Im Übrigen ist das Recht der Mitgliedstaaten zur Ergreifung der Maßnahmen, die aus Gründen des Schutzes Minderjähriger erforderlich sind, durch verschiedene gemeinschaftsrechtliche Rechtsakte anerkannt, so durch die Richtlinie 2000/31 [Electronic Commerce-Richtlinie].

## X. Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Formel (4)

- (42) Auch wenn der Schutz des Kindes ein berechtigtes Interesse darstellt, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung einer vom EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen (...), können solche Beschränkungen doch nur gerechtfertigt sein, wenn sie **geeignet** sind, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels **erforderlich** ist (...).
- (43) Der Vorlageentscheidung ist zu entnehmen, dass die im Ausgangsverfahren fragliche **nationale Regelung dem Schutz des Kindes** vor Informationen und Material **dient**, die sein Wohlergehen beeinträchtigen.
- (44) (...) Da diese Auffassung je nach Erwägungen insbesondere moralischer oder kultureller Art von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden sein kann, ist den Mitgliedstaaten ein **bestimmtes Ermessen zuzuerkennen**.
- (47) Es besteht **kein Zweifel**, dass das Verbot des Verkaufs und der Überlassung von Bildträgern im Versandhandel, die nicht durch die zuständige Stelle zum Zweck des Schutzes Minderjähriger geprüft und eingestuft wurden und die keine Angabe dieser Stelle über die Altersfreigabe tragen, eine Maßnahme darstellt, die **geeignet** ist, das Kind vor Informationen und Material zu schützen, die sein Wohlergehen beeinträchtigen.

## X. Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Formel (5)

- (48) Hinsichtlich der sachlichen Reichweite des in Frage stehenden Verbots ist darauf hinzuweisen, dass das **Jugendschutzgesetz nicht jeder Form des Vertriebs von ungeprüften Bildträgern entgegensteht**. Wie nämlich der Vorlageentscheidung zu entnehmen ist, dürfen solche Bildträger eingeführt und an Erwachsene über Vertriebswege verkauft werden, die einen persönlichen Kontakt zwischen dem Lieferanten und dem Käufer beinhalten und es so ermöglichen, zu kontrollieren, dass Kinder zu diesen Bildträgern keinen Zugang haben. In Anbetracht dieser Umstände ist festzustellen, dass die **fragliche Regelung nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des vom betroffenen Mitgliedstaat verfolgten Ziels erforderlich ist**.
- (49) Was das vom nationalen Gesetzgeber geschaffene Prüfverfahren zum Schutz des Kindes vor Informationen und Material anbelangt, die sein Wohlergehen beeinträchtigen, so kann **allein der Umstand, dass sich ein Mitgliedstaat für andere Schutzmodalitäten als ein anderer Mitgliedstaat entschieden hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der in diesem Bereich erlassenen nationalen Bestimmungen haben**. Diese sind allein an dem fraglichen Ziel und dem Schutzniveau zu messen, das der betroffene Mitgliedstaat gewährleisten will (vgl. entsprechend Urteile vom 21. September 1999, Läärä u. a., C-124/97, Slg. 1999, I-6067, Randnr. 36, und Omega, Randnr. 38).

## X. Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-Formel (6)

### Fragen:

- (1.) Welche normative **Rolle spielt die Grundrechte-Charta** in der Entscheidung Dynamic Medien?
- (2.) Wendet der EuGH bei der Rechtfertigung im Lichte des Schutzes von Jugendlichen im Rahmen der **Verhältnismäßigkeitsprüfung dieselben Maßstäbe an wie im Bereich des Verbraucherschutzes**?
- (3.) **Die E-Commerce-Richtlinie 2000/31** sieht das **Herkunftslandprinzip** vor. Danach gilt grundsätzlich für den Vertrieb von Waren über das Internet das Herkunftslandprinzip. Die Verkehrsfähigkeit beurteilt sich also nur nach dem Recht des Staates der Niederlassung des Internetanbieters. Für **Maßnahmen des Jugendschutzes gilt dies jedoch nicht**. Welche Abwägung steht hinter dieser Konstruktion?





## XI. Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV

„Cassis de Dijon“	Art. 36 AEUV
Zwingende Erwägungen als immanente Schranken des Art. 34 AEUV	Ausnahmeklausel zu Art. 34 AEUV
Geltung nur für unterschiedslos anwendbare Maßnahmen.	Geltung auch für diskriminierende Maßnahmen.
Katalog nicht abschließend.	Katalog abschließend.

**Merke:** Art. 36 AEUV enthält **keinen Souveränitätsvorbehalt**. Nationale Vorschriften sind nach Art. 36 AEUV nur gerechtfertigt, sofern sie **verhältnismäßig** sind. Die Rechtfertigung im Lichte zwingender Erfordernisse (Cassis) gilt nur für unterschiedslos anwendbare Vorschriften; Art. 36 AEUV gilt dagegen auch für diskriminierende Vorschriften. Danach gehören die Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV erst recht zu jenen der Cassis-Formel.

## XII. Ausfuhrbeschränkungen nach Art. 35 AEUV (1)

**Fall 29** (EuGH, **Oebel**, Rs. 155/80, EU:C:1981:177): Ein deutscher Bäcker an der deutsch-französischen Grenze sieht sich durch das deutsche Nachtbackverbot, das ihm den Beginn des Backens vor einer bestimmten Uhrzeit verbietet, gehindert, auf den französischen Markt auszuliefern und mit französischen Bäckern zu konkurrieren. Liegt im Nachtbackverbot eine Beschränkung der Ausfuhrfreiheit nach Art. 35 AEUV?

EuGH: Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sind nur verboten, wenn sie „**spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme** bezwecken und bewirken und damit **unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines 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.“

Grundlegend: EuGH, Groenveld, Rs. 15/79, EU:C:1979:253 (niederländisches Verbot von Pferdefleisch)

**Frage:** Ist die Beschränkung des Art. 35 AEUV auf ein **bloßes Diskriminierungsverbot mit dem Herkunftslandprinzip vereinbar?**

## XII. Ausführbeschränkungen nach Art. 35 AEUV (2)

### Prüfungsschema:

