

Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)
Übung Öffentliches Recht – WS 2005/2006

Datum	Modul	Titel
19.12.2005	5	Übungsfall zu den Europäischen Grundfreiheiten – Freiheit des Warenverkehrs

A. Szenario	2
B. Prüfung der Europäischen Grundfreiheiten	2
I. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) – „R“	2
II. Dienstleistungs- (Art. 49 EG) und/oder Warenverkehrsfreiheit (Art. 28, 23 EG) – „R“ ..	3
1. Abgrenzung der Dienstleistungs- von der Warenverkehrsfreiheit	4
2. Ergebnis	5
III. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit – „E“	6
1. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung	6
2. „Maßnahme gleicher Wirkung“ („Dassonville“-Formel)	6
3. Verkaufsmodalität oder produktbezogene Regelung („Keck“-Rechtsprechung)	7
a) Produktbezogene Regelungen	7
b) Vertriebsbezogene Regelungen	8
aa) Geltung für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer	9
bb) Gleiche Berührung des Absatzes von in- und EU-ausländischen Erzeugnissen in rechtlicher wie tatsächlicher Weise	9
IV. Rechtfertigung – „R“	9
1. Spezielle Rechtfertigungsgründe	10
a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 30 EG)	10
b) Immanente Rechtfertigungsgründe („Cassis de Dijon“-Rechtsprechung)	10
2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit	12
a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)	12
b) Geeignetheit	12
c) Erforderlichkeit	13
d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	13

A. Szenario¹

Den niederländischen Staatsangehörigen Herrn B., Herrn L. und Herrn J. wird in einem Strafverfahren vorgeworfen, in Ostende (Belgien) auf einer öffentlichen Straße – ambulant – Zeitschriftenabonnements der A. GmbH verkauft zu haben. Die Angeklagten waren für diese Firma, einer Gesellschaft deutschen Rechts, als selbständige Vertreter mit Provisionsanspruch tätig. Sie hatten Abonnements niederländischer und deutscher Zeitschriften verkauft, die von Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden und in Deutschland herausgegeben werden. In Belgien setzt ein derartiger Verkauf die vorherige Genehmigung eines Wandergewerbes voraus. Ein Verstoß bedeutet eine Straftat. Das zuständige belgische Gericht legt dem EuGH die Frage vor (Art. 234 EG), ob das Genehmigungserfordernis mit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG), der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) vereinbar ist.

B. Prüfung der Europäischen Grundfreiheiten

Das mitgliedstaatliche Recht könnte gegen die Grundfreiheiten des europäischen Primärrechts verstoßen. Wie bei deutschen Grundrechtsprüfungen sind auch bei gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechten RER-Prüfungen durchzuführen.

I. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) – „R“

Das (belgische) Erfordernis der Genehmigung für ein Wandergewerbe könnte die niederländischen Abonnementwerber in ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzen. Voraussetzung ist, dass die Abonnementwerber Arbeitnehmer sind.

Artikel 39 EG

- (1) Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.
- (2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.
- (3) Sie gibt — vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen — den Arbeitnehmern das Recht,
 - a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
 - b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
 - c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;

¹ EuGH, [Rs. C-20/03](#) (Burmanjer u.a.), EuZW 2005, 497.

d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission in Durchführungsverordnungen festlegt.

(4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.

„Nach ständiger Rechtsprechung besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“²

Die niederländischen Abonnementwerber B., L. und J. handelten als **selbständige** Vertreter für Rechnung der A. GmbH. Diese zahlte ihnen als Gegenleistung für ihre Leistungen eine Provision. Damit bestand zwischen den Angeklagten und der A. GmbH kein Arbeitsverhältnis, weil weder eine Weisungsunterworfenheit noch eine arbeitgeberische Zeitbestimmung im Sinne dieser Rechtsprechung vorliegt.

Ergebnis: Der Geltungsbereich von Art. 39 EG ist nicht eröffnet.

II. Dienstleistungs- (Art. 49 EG) und/oder Warenverkehrsfreiheit (Art. 28, 23 EG) – „R“

Das (belgische) Erfordernis der Genehmigung für ein Wandergewerbe könnte die niederländischen Abonnementwerber in ihrer Dienstleistungsfreiheit verletzen.

Artikel 49 EG

Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind.

Artikel 50 EG

Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrags sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,
- c) handwerkliche Tätigkeiten,
- d) freiberufliche Tätigkeiten.

Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

² Vgl. u. a. EuGH, [Rs. 66/85](#) (Lawrie-Blum), Slg. 1986, 2121, Rn. 16-17; EuGH, [Rs. C-85/96](#) (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 32, EuGH, [Rs. C-43/99](#) (Leclere und Deaconescu), Slg. 2001, I-4265, Rn. 55.

1. Abgrenzung der Dienstleistungs- von der Warenverkehrsfreiheit

Zu prüfen ist, ob bei einer Erschwerung des ambulanten Abonnementverkaufs von Zeitschriften aus anderen EU-Mitgliedsstaaten durch Angehörige eines anderen Mitgliedstaates

- der Geltungsbereich der Warenverkehrsfreiheit (Zeitschriften) oder
- der Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (Abonnementverkäufer)

eröffnet ist.

Eindeutig handelt es sich bei den Zeitschriften(abonnements) um Waren, die aus einem anderen Mitgliedstaat (Deutschland; Niederlande) eingeführt werden:

Artikel 23 EG

(2) Artikel 25 und Kapitel 2 dieses Titels gelten für die aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren sowie für diejenigen Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden.

KAPITEL 2

VERBOT VON MENGENMÄSSIGEN BESCHRÄNKUNGEN ZWISCHEN DEN MITGLIEDSTAATEN

Artikel 28 EG

Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Art. 23 Abs. 2 und Art. 28 EG setzen für den Geltungsbereich der Warenverkehrsfreiheit zweierlei voraus,

- aus einem Mitgliedsstaat stammende Waren³ und
- einen grenzüberschreitenden Bezug („zwischen den Mitgliedsstaaten“).

Die Zeitschriften stammen aus Deutschland und den Niederlanden, die Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft sind. Sie müssten im Weiteren „Waren“ im Sinne der Warenverkehrsfreiheit darstellen. Waren nach Art. 23 Abs. 2, 28 EG sind nach der Rechtsprechung des EuGH bewegliche körperliche Sachen, denen ein Geldwert zukommt, so dass sie Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.⁴ Darunter fallen auch Zeitschriften.

Ein grenzüberschreitender Bezug ist gegeben, da mittels der Abonnementverkäufe belgische Leser deutsche und niederländische Zeitschriften erwerben.

³ Für Drittlandswaren vgl. dagegen Art. 23 Abs. 2 2. Hs. EG

⁴ EuGH, [Rs. 7/68](#) („Italienische Kunstschätze“), Slg. 1968, 634; EuGH, [Rs. C-2/90](#) („Wallonische Abfälle“), Slg. 1992, I-4431 Rn. 26 f.

Bei der ambulanten Werbung und dem Verkauf der Abonnements handelt es sich um Dienstleistungen (Art. 50 Abs. 2 Nr. 2 EG). Deshalb ist zu entscheiden, welche Grundfreiheit hier zu prüfen ist. In den Worten des EuGH:

„...der Gerichtshof eine nationale Maßnahme, die sowohl den freien Warenverkehr als auch den freien Dienstleistungsverkehr betrifft, grundsätzlich nur im Hinblick auf eine dieser beiden Grundfreiheiten prüft, wenn sich herausstellt, dass im konkreten Fall eine der beiden Freiheiten der anderen zugeordnet werden kann und ihr gegenüber völlig zweitrangig ist.“⁵ (Rn. 35)

Nach dem EuGH reicht es

„...jedoch für sich allein nicht aus, um einen wirtschaftlichen Vorgang wie den ambulanten Verkauf, ... als „Dienstleistung“ im Sinne von Artikel 49 EG einzustufen. Es muss nämlich jeweils im konkreten Fall geprüft werden, ob diese Leistung gegenüber den Bezügen zum freien Warenverkehr einen **völlig zweitrangigen Aspekt** darstellt oder nicht.“ (Rn. 34)

Das EuGH-Urteil enthält nur die apodiktische Aussage

„Unter den Umständen des Ausgangsverfahrens erweist sich der Bezug zum freien Warenverkehr als stärker als der zur Dienstleistungsfreiheit.“ (Rn. 34).

- Anders als der EuGH war der Generalanwalt nicht von der Zweitrangigkeit der Dienstleistungsfreiheit überzeugt. Seines Erachtens war gerade bei den Beschuldigten der Bezug zum freien Warenverkehr **nicht** unmittelbar gegeben. Die Beschuldigten vermittelten nur als Werber die Verträge zwischen dem deutschen Unternehmen A. und den Abonnementkunden, ohne aber selbst Partei dieser Verträge zu sein.⁶ Die Beschuldigten wären vom Kauf und Verkauf der Zeitschriften entfernt (mittelbare Betroffenheit der Warenverkehrsfreiheit) und nur zwischen A und den Kunden werbend und vermittelnd tätig (unmittelbare Betroffenheit der Dienstleistungsfreiheit). Im Ergebnis glaubt aber auch der Generalanwalt, dass sowohl eine Prüfung der Dienstleistungs- als auch der Warenverkehrsfreiheit zum gleichen Ergebnis kommen würde.

2. Ergebnis

Mit dem EuGH ist davon auszugehen, dass der Geltungsbereich von Art. 49 EG nicht und der Geltungsbereich von Art. 28 EG eröffnet ist.

⁵ vgl. in diesem Sinne EuGH, [Rs. C-275/92](#) (Schindler), Slg. 1994, I-1039, Rn. 22 ff., EuGH, [Rs. C-390/99](#) (Canal Satélite Digital), Slg. 2002, I-607, Rn. 31.

⁶ EuGH, [Schlussanträge GA Leger](#) v. 16.12.2004, Rs. C-20/03, Rn. 52 ff..

III. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit – „E“

Das belgische Genehmigungserfordernis für den ambulanten Verkauf von Zeitschriftenabonnements (Wandergewerbe) könnte in die Warenverkehrsfreiheit eingreifen. Ein Eingriff kann bei der Grundfreiheit des Warenverkehrs (Art. 28 EG)

- in einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung oder
- in einer Maßnahme gleicher Wirkung (wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung) bestehen.

1. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind mengenmäßige Beschränkungen

„... sämtliche Maßnahmen, die sich als gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr darstellen“.⁷

Ein Beispiel sind mengenmäßige Kontingente. So liegt es bei dem Genehmigungserfordernis aber nicht. Es untersagt nicht die Einfuhr oder Durchfuhr deutscher oder niederländischer Zeitschriften.

2. „Maßnahme gleicher Wirkung“ („Dassonville“-Formel)

In dem Genehmigungserfordernis könnte jedoch eine Maßnahme mit der gleichen Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung liegen. Für die – bei Art. 28 EG praktisch bedeutsamere – „Maßnahme gleicher Wirkung“ hat der EuGH in der Rechtssache **Dassonville**⁸ eine Definition entwickelt, die er in ständiger Rechtsprechung anwendet. Danach ist

eine Maßnahme gleicher Wirkung

„jede Handelsregelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern (...)“

Soweit Werber der - sogar strafbewehrten - belgischen Wandergewerbe genehmigungspflicht unterliegen, könnte sie dies von dem ambulanten Verkauf von Zeitschriftenabonnements abschrecken. Aufschlussreich ist die von der Kommission vor dem EuGH abgegebene Erklärung:

„Im Allgemeinen seien Zeitschriften aus anderen Mitgliedstaaten als dem Königreich Belgien auf dem inländischen Markt viel weniger präsent als belgische Zeitschriften, die dem Verbraucher viel vertrauter seien. Der ambulante Verkauf von Zeitschriftenabonnements sei eine ideale Methode, um die Verbraucher mit Zeitschriften aus dem Ausland vertraut zu machen, und erleichtere ihnen die Formalitäten des Abonnierens. Daher könne nicht ausgeschlossen werden, dass die nationale Regelung über den ambulanten Verkauf den Marktzu-

⁷ EuGH, [Rs. 2/73](#) (Geddo/Ente Nazinale Risi), Slg. 1973, 865 Rn.7.

⁸ EuGH, [Rs. 8/74](#) (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rn. 5.

gang für Produkte aus anderen Mitgliedstaaten stärker beeinträchtigt als für einheimische Produkte.“ (Rn. 15)

Danach vermag das Genehmigungserfordernis zumindestens potenziell den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern.

3. Verkaufsmodalität oder produktbezogene Regelung („Keck“-Rechtsprechung)

Der EuGH hat seine weite „Dassonville-Definition“ der „Maßnahme gleicher Wirkung“ in der Rechtssache „Keck und Mithouard“⁹ eingeschränkt und ergänzt. Unter bestimmten Bedingungen soll ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit nach der Dassonville-ratio nicht vorliegen. Erforderlich ist zunächst, dass es sich beim Einschränkungsjekt um eine so genannte „Verkaufsmodalität“ (methods of sale, modalité de vente) handelt. Bei der „Verkaufsmodalität“ handelt es sich um einen juristischen Kunst(begriff), der sich zunächst durch seinen Gegensatz – die produktbezogene Regelung – konturiert. Demzufolge unterscheidet der EuGH zwischen

- produktbezogenen Regelungen und
- vertriebsbezogenen Regelungen (Verkaufsmodalitäten).

a) Produktbezogene Regelungen

Die dieser Unterscheidung zugrunde liegende Überlegung ist, dass die „Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung“ vor allem einen (gesetzlichen) Protektionismus der Mitgliedsstaaten zugunsten mitgliedstaatlicher Produktstrategien oder -traditionen verhindern soll.

Dazu ein **Beispiel** zur Veranschaulichung: Erkennt Mitgliedsstaat A die besondere Tradition seiner Unternehmen, Produkte auf eine bestimmte Art und Weise zu verpacken, könnte er geneigt sein, diese Verpackungsart gesetzlich vorzuschreiben. Denn auf seine Unternehmen wirkt sich die neue Verpflichtung nicht negativ aus, wohingegen die konkurrierenden Unternehmen aus dem Mitgliedsstaat B durch die Zusatzkosten der Umverpackung (oder Umetikettierung) vom Export nach A abgehalten werden können.¹⁰

⁹ EuGH, [verb. Rs. C-267/91 und 268/91](#) (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 f.

¹⁰ EuGH, [Rs. 261/81](#) (Rau/De Smedt), Slg. 1982, 3961, 3972; EuGH, [Rs. 113/80](#) (Kommission/Irland), Slg. 1981, 1625, 1638; EuGH, [Rs. C-470/93](#) („Mars“), Slg. 1995, I-1923, 1941.

b) Vertriebsbezogene Regelungen

Auf der anderen Seite sollen aber nicht alle mitgliedstaatlichen Verkaufsmodalitäten im weiteren Sinne primärrechtlich beurteilt und gerechtfertigt werden müssen. In seinem Urteil „Keck und Mithouard“ verlangt der EuGH deshalb nach der Bejahung des Vorliegens einer „Verkaufsmodalität“ weitere Tatbestandsmerkmale:

„...die nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten und die

- zum einen **für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten**, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und
- zum anderen den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten **rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren**,

nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne der Dassonville-Rechtsprechung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.“ (Rn. 16)

Hintergrund der „Keck-Rechtsprechung“ sind kompetenzrechtliche Überlegungen: Würde man derartige vertriebsbezogene Regelungen als potenziellen Handelsbehinderungen anerkennen, würde dies in letzter Konsequenz die Kompetenz der Mitgliedsstaaten aushöhlen, ihren Geschäftsverkehr zu regeln.¹¹ Denn anders als für den freien Warenverkehr *zwischen den Mitgliedstaaten* (Art. 3 Abs. 1 lit. c EG) kommt der Gemeinschaft keine Kompetenz zu, den Geschäftsverkehr *innerhalb der Mitgliedsstaaten* zu regeln (5 UAbs. 1 EG).

Beispiel: Die gesetzliche Vorschrift eines Mitgliedsstaates B regelt bestimmte allgemeine Ladenschlusszeiten. Sie könnte Unternehmen aus dem Mitgliedsstaat C vom Export nach B abhalten, etwa weil in ihrem Mitgliedsstaat längere Ladenöffnungszeiten gelten. Die Regelung ist jedoch nicht als eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung zu qualifizieren. Sie gilt für alle inländischen Wirtschaftsteilnehmer im Mitgliedsstaat B und berührt unterschiedslos den Absatz der Erzeugnisse aus B und anderen Mitgliedsstaaten. Demzufolge ist sie keine „Maßnahme gleicher Wirkung“.¹²

Das belgische Genehmigungserfordernis für Wandergewerbe könnte eine Regelung sein, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränkt. Nach der Einschätzung des EuGH bezweckt das Genehmigungserfordernis unstreitig nicht eine Regelung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten. Stattdessen betrifft die nationale Regelung über den ambulanten Verkauf, was Zeitschriftenabonnements angeht, eine bestimmte Verkaufsmodalität, nämlich den Vertrieb im Wege des ambulanten Gewerbes. (Rn. 26, 21). Die Regelung fällt aber nur dann nicht

¹¹ Ähnlich: A. Epiney in: Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, 6. Aufl., 2005, § 13, Rn. 51.

¹² EuGH, [verb. Rs. C-69/93 und C-258/93](#) (Punto Casa), Slg. 1994, I-2355, Rn. 11 ff.

unter das Verbot des Artikels 28 EG, wenn sie die beiden oben bereits unter Punkt (1) genannten Voraussetzungen erfüllt:

aa) Geltung für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer

„Was die erste Voraussetzung angeht, so geht aus der Vorlageentscheidung und den Angaben der belgischen Regierung vor dem Gerichtshof hervor, dass das Verfahren der vorherigen Genehmigung ohne Unterscheidung nach der Herkunft der fraglichen Waren für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt, die ihre Tätigkeit in Belgien ausüben, und dass Inländer und Angehörige anderer Mitgliedstaaten gleichen Zugang zum ambulanten Gewerbe haben.

Daher ist festzustellen, dass die erste Voraussetzung des Urteils Keck und Mithouard unter den Umständen des Ausgangsverfahrens erfüllt ist.“ (Rn. 27-28)

bb) Gleiche Berührung des Absatzes von in- und EU-ausländischen Erzeugnissen in rechtlicher wie tatsächlicher Weise

„Zur zweiten Voraussetzung ist festzustellen, dass die nationale Regelung über den ambulanten Verkauf kein vollständiges Verbot einer Verkaufsmodalität in einem Mitgliedstaat für eine dort rechtmäßig in den Verkehr gebrachte Ware darstellt. (..) Der Gerichtshof kann jedoch anhand der ihm vorliegenden Angaben nicht mit Sicherheit feststellen, ob durch die nationale Regelung über den ambulanten Verkauf der Absatz von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten stärker beeinträchtigt wird als der von Erzeugnissen aus dem Königreich Belgien. (..) Unter solchen Umständen hat das mit dem Ausgangsverfahren befasste vorlegende Gericht, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, zu prüfen, ob angesichts des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens (..) die Anwendung des nationalen Rechts sicherstellt, dass die nationale Regelung über den ambulanten Verkauf den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt.“ (Rn. 29, 31-32)

Zwischenergebnis

Der EuGH konnte anhand der ihm vorliegenden Angaben keine eigene Beurteilung über eine unterschiedlichen Behinderung des Absatzes von deutschen und niederländischen Zeitschriften im Vergleich zu den belgischen Zeitschriften treffen, um die Keck-Ausnahme zu bejahen und einen Eingriff in Art. 28 EG zu verneinen.

IV. Rechtfertigung – „R“

Wie bei einer Grundrechtsprüfung bietet sich bei einer *Grundfreiheitsprüfung* die Differenzierung in spezielle und allgemeine Rechtfertigungsgründe an.

1. Spezielle Rechtfertigungsgründe

Zum einen folgen spezielle normative Rechtfertigungsgründe aus Art. 30 EG. Zum anderen ergeben sich immanente¹³ Rechtfertigungsgründe aus der als „Cassis de Dijon“ bekannt gewordenen Rechtssache.

a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 30 EG)

Artikel 30

Die Bestimmungen der Artikel 28 und 29 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

Art. 30 EG stellt eine Katalog so genannter „ordre public“-Vorbehalte auf, aufgrund derer die Mitgliedsstaaten ausnahmsweise Maßnahmen erlassen dürfen, die den innergemeinschaftlichen Handel behindern. Ein klassisches Beispiel sind entsprechende Einfuhrverbote beim Auftauchen von Tierseuchen.¹⁴ Für das Erfordernis der Wandergewerbserlaubnis für Abonnementwerber ist jedoch keiner der Vorbehalte einschlägig. Insbesondere kann nicht der Schutz der „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ herangezogen werden. In einer gemeinschaftsrechtlichen Betrachtung erfordert er die Berührung gesellschaftlicher und/oder staatlicher Grundinteressen, um diesen Rechtfertigungsgrund nicht wiederum zum Einfallstor mitgliedstaatlicher Handelshemmnisse werden zu lassen.¹⁵ Aus diesem Grunde werden die „ordre public“-Vorbehalte im Allgemeinen auch eng ausgelegt.

b) Immanente Rechtfertigungsgründe („Cassis de Dijon“-Rechtsprechung)

Im Zusammenhang mit der engen Auslegung des Art. 30 EG, der zudem nur eine geringe Anzahl von Rechtfertigungsgründen berücksichtigt, zeigten sich im Laufe der Zeit andere legitime Regelungsziele der Mitgliedstaaten. Um diese zu berücksichtigen entwickelte der EuGH in der Rechtssache „Cassis de Dijon“¹⁶ zusätzliche Rechtfertigungsgründe:

„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,

¹³ R. Streinz, *Europarecht*, 6. Aufl., 2003, § 12, Rn. 738; W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. 1 *Europäische Grundfreiheiten*, 1. Aufl., 2004, S. 379, Rn. 998 ff. mit dem Hinweis darauf, dass von manchen die „Cassis“-Rechtsprechung als Schutzbereichsbegrenzung (also zum Punkt Recht „R“) eingeordnet wird.

¹⁴ vgl. etwa EuGH, [Rs. 74/82](#) (Kommission/Irland), Slg. 1984, 317 Rn. 27 ff.

¹⁵ W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. 1 *Europäische Grundfreiheiten*, 1. Aufl., 2004, S. 358, Rn. 944 ff.

¹⁶ EuGH, [Rs. 120/78](#) („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, 662, Rn. 8.

- des Schutzes der öffentlichen Gesundheit,
- der Lauterkeit des Handelsverkehrs und
- des Verbraucherschutzes.“

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung diese Rechtfertigungsgründe erweitert, um

- den Umweltschutz¹⁷,
- die Aufrechterhaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes,¹⁸
- die Aufrechterhaltung der Kultur- und Medienvielfalt,¹⁹
- das Gleichgewicht der sozialen Sicherungssysteme²⁰ und
- die Gemeinschaftsgrundrechte.²¹

Der EuGH weist darauf hin, dass das vorlegende Gericht zu prüfen hätte, ob die Regelung durch ein Ziel des Allgemeininteresses im Sinne der auf das Urteil „Cassis de Dijon“ zurückgehenden Rechtsprechung gerechtfertigt ist (Rn. 29). In dem vorliegenden Szenario käme eine Rechtfertigung des belgischen Genehmigungsbedürfnisses für Wandergewerbe aus Gründen des Verbraucherschutzes in Betracht. Der Gerichtshof zitiert in seiner Urteilsbegründung die belgische Regierung – wenn auch in anderem Zusammenhang - mit der Erklärung, das Genehmigungserfordernis diene insbesondere „Gründen des Verbraucherschutzes“ (Rn. 29).

Die Rechtfertigung des Genehmigungserfordernisses durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes könnte damit begründet werden, dass ein Wandergewerbetreibender die für die beabsichtigte Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit besitzen und diese einer behördlichen Kontrolle unterliegen sollte.²²

Zwischenergebnis

Sollte das belgische Gericht eine Rechtfertigung annehmen, hätte es nach dem EuGH noch zu prüfen, ob sie „(..) in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel steht.“ (Rn. 29).

¹⁷ EuGH, [Rs. 302/86](#) („Dänische Pfandflaschen“), Slg. 1988, 4607, 4630, Rn. 9

¹⁸ EuGH, [Rs. C-18/88](#) („Fernsprengeräte“), Slg. 1991, I-5983, Rn. 31.

¹⁹ EuGH, [Rs. C-368/95](#) (Familiapress), Slg. 1997, I-3689, 3715, Rn. 18 ff.

²⁰ EuGH, [Rs. C-120/95](#) (Decker), Slg. 1998, I-1831, 1884, Rn. 39.

²¹ EuGH, [Rs. C-112/00](#) (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 74.

²² Vgl. zum deutschen Gewerberecht etwa § 57 GewO; Inhaltliche Beschränkungen einer Reisegewerbekarte sind u.a. aus Gründen des Verbraucherschutzes möglich (§ 55 Abs. 3 1. Hs. GewO). Nach deutschem Gewerberecht dürfte sich allerdings die Rechtsfrage des Szenarios nicht stellen, da § 55 a Abs. 1 Nr. 10 GewO [Reisegewerbekartefreie Tätigkeiten] lautet: „*Einer Reisegewerbekarte bedarf nicht, wer .. Druckwerke auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder an anderen öffentlichen Orten feilbietet.*“

2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeitsprüfungen von Grundfreiheiten und Grundrechten sind zwar verwandt, weichen aber wegen der unterschiedlichen Stoßrichtungen der beiden Gewährleistungen auch voneinander ab. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als Rechtfertigungsschranke zu verstehen:

„Sofern der Schutzbereich einer Grundfreiheit beeinträchtigt ist *und eine Rechtfertigung dieses Eingriffs aufgrund geschriebener oder ungeschriebener Rechtfertigungsgründe in Betracht kommt*, sind auf der letzten Stufe dieser Prüfung die Rechtfertigungsschranken zu berücksichtigen. [Hervorhebung vom Verfasser]“²³.

Es bietet sich das folgende Prüfungsschema an:

Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)	Die nationale Maßnahme muss zum Schutz eines Rechtfertigungsrechtsguts erfolgen, das normativ („geschrieben“) oder immanent („ungeschrieben“) konturiert ist.
Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um Schutz des Rechtsguts, das Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck
Erforderlichkeit	Negativ/Positiv: Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist. Der EuGH legt in seiner Rechtsprechung den Schwerpunkt vor allem auf die Prüfung der Erforderlichkeit. ²⁴
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Schwere des Eingriffs in die Grundfreiheit darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundfreiheitseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen

a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)

Das belgische Erfordernis zu Genehmigungen für Wandergewerbe verfolgt mit dem Verbraucherschutz einen legitimen Zweck.

b) Geeignetheit

Das belgische Genehmigungserfordernis müsste geeignet sein, um den Verbraucherschutz überhaupt fördern zu können. Dem Mitgliedsstaat Belgien kommt hierfür ein Einschätzungs-

²³ W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 196, Rn. 519.

²⁴ W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 198, Rn. 523 m.w.N.

spielraum zu. Stellt man in Rechnung, dass das Genehmigungserfordernis eine behördliche Registrierung der Werber ermöglicht, so fördert es den Verbraucherschutz. Denn den Verbrauchern kann die fehlende Niederlassung der Wandergewerbetreibenden die Identifizierung und ggf. das Vorbringen von Problemen und Beschwerden erschweren.

c) Erforderlichkeit

Es dürfte keine Maßnahme geben, die für den Verbraucherschutz genauso geeignet und weniger eingreifend ist. Fraglich ist das Bestehen des „milderen Mittels“. Um die Zuverlässigkeit festzustellen und gegebenenfalls auch überwachen zu können, ermöglicht das Genehmigungsverfahren jedenfalls der Behörde, ungeeigneten Wandergewerbetreibenden die Tätigkeit von vorne herein zu untersagen und bei Verstößen erteilte Genehmigungen wieder entziehen zu können.

Er fragt sich aber, inwieweit der Verbraucher schutzwürdig ist und sich gegebenenfalls hinreichend selbst helfen kann. Hierzu geht der EuGH erstens von dem Bild des „mündigen Verbrauchers“ aus, der nicht um jeden Preis geschützt werden muss.²⁵ Regelmäßig wird er sich unerwünschter Abonnementangebote erwehren können. Zweitens drohen bei fälschlich eingegangenen Zeitschriftenabonnements nur geringe finanzielle Risiken, zumal ein Verbraucherschutz noch aufgrund der Haustürwiderrufsrichtlinie (mit Widerrufsrecht) verwirklicht wird.²⁶ Und Drittens sind Abonnementabschlüsse regelmäßig Vermittlungs- und keine Barzahlungsgeschäfte. Demzufolge ist die Erforderlichkeit des Genehmigungserfordernisses für den Verbraucherschutz vielleicht abzulehnen.

d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Vergleicht man die Schwere des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit mit der Qualität der Verbraucherschutzförderung, wiegt der Eingriff in die Grundfreiheit schwerer. Denn das Genehmigungserfordernis für die Abonnementwerber kann sich für die deutschen und niederländischen Zeitschriftenherausgeber als maßgebliche Markteintrittsbehinderung auswirken, wohingegen es dem Verbraucherschutz allenfalls peripher zuträglich ist (vgl. oben).

Die besseren Argumente scheinen damit gegen eine Rechtfertigung des Genehmigungserfordernisses aus Verbraucherschutzgesichtspunkten zu sprechen.

²⁵ W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 384, Rn. 1007.

²⁶ Richtlinie [85/577/EWG](#) des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372 v. 31.12.1985, S.31.