

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

WALTER VAN GERVEN

vom 29. Juni 1989 \*

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

und häufig nur sporadisch angewendet wird. Ferner muß erwähnt werden, daß es nicht in Schottland gilt.

1. In dieser Vorlegesache werden Sie wieder einmal darum ersucht, sich mit der Tragweite von Artikel 30 EWG-Vertrag zu beschäftigen. Sie werden zu prüfen haben, ob das in diesem Artikel ausgesprochene Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen bei der Einfuhr auch für eine innerstaatliche Maßnahme gilt, die es grundsätzlich untersagt, an Sonntagen Waren zu verkaufen.

3. Die Parteien des Ausgangsverfahrens stimmen darin überein, daß B & Q die in Rede stehenden Bestimmungen des Shops Act verletzt hat und daß der einzige Rechtfertigungsgrund für das Verhalten der Firma möglicherweise in Artikel 30 EWG-Vertrag zu finden ist. Sie streiten auch nicht über die Beweise, die B & Q vorgelegt hat, um ihr Vorbringen bezüglich der Folgen zu belegen, die das Verbot von Sonntagsverkäufen auf die Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten gehabt hat. Das vorliegende Gericht sieht die sich aus diesen Beweisanträgen ergebenden Tatsachen als bewiesen an<sup>1</sup>; es handelt sich um folgende Punkte:

**Sachverhalt**

2. Der Ausgangsrechtsstreit betrifft ein Strafverfahren, das eine örtliche britische Behörde, der Torfaen Borough Council (nachstehend: Borough Council), gegen die B & Q plc (nachstehend: B & Q) ein großes Unternehmen, in dessen Geschäften Heimwerkerbedarf verkauft wird, eingeleitet hat.

1)... (unerheblich).

2) ... (unerheblich).

B & Q wird vorgeworfen, dadurch gegen Section 47 und Section 59 des *United Kingdom Shops Act 1950* (nachstehend: Shops Act) verstoßen zu haben, daß sie ihr Geschäft in Cwmbrian an Sonntagen für das Publikum offengehalten habe.

3) Im Geschäftsjahr 1987/88 kaufte B & Q für einen Gegenwert von über 40 Millionen UKL Artikel aus anderen Mitgliedstaaten. Dieser Betrag stellt ungefähr 10 % der gesamten Einkäufe der Firma dar.

Wegen des Wortlauts der anwendbaren Bestimmungen des Shops Act verweise ich auf Abschnitt I Nr. 2 des Sitzungsberichts. Wie dort dargelegt, gibt es zahlreiche Ausnahmen von diesem Verbot; überdies ist nicht bestritten, daß das Gesetz wenig beachtet

4) Als Folge der Anwendung des Verbots von Sonntagsverkäufen hat sich bei einer Reihe von Geschäften der Firma B & Q

\* Originalsprache: Niederländisch.

1 — Siehe Punkt 7 des Vorlagebeschlusses.

(einschließlich der Filiale Cwmbran) ein erheblicher und fortdauernder Rückgang der Umsätze ergeben. Weiterhin steht fest, daß dieser Rückgang sich im Laufe der Zeit nicht ausgeglichen, sondern vielmehr angehalten hat. In den Geschäftsjahren 1986/87 und 1987/88 habe die durchschnittliche Umsatzeinbuße fast 23 % betragen.

- 5) Der Umsatzrückgang ist in dem Sinne allgemein, daß er alle Kategorien der von B & Q verkauften Erzeugnisse betrifft.
- 6) Der Rückgang wird durch den Umfang der Aufträge bestätigt, die B & Q einer Reihe ihrer EWG-Lieferanten erteilt hat. Seit dem Inkrafttreten des Verbots der Sonntagsverkäufe wurde ein erheblicher Rückgang des Umfangs dieser Aufträge festgestellt.
- 7) ... (unerheblich).
- 8) Aus alledem folgt, daß die Anwendung des Verbots der Sonntagsverkäufe zu einem Rückgang des absoluten Umfangs der Einfuhr von zahlreichen Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die B & Q in ihren Geschäften verkauft, geführt hat.

4. Aus all diesen Gründen hat das vorliegende Gericht beschlossen, Ihnen drei Fragen zur Vereinbarkeit des Shops Act 1950 mit den Artikeln 30 und 36 EWG-Vertrag vorzulegen. Diese Fragen lauten wie folgt:

„1) Wenn ein Mitgliedstaat verbietet, daß Einzelhandelsgeschäfte am Sonntag für den Verkauf von Waren an Kunden —

mit Ausnahme einiger bestimmter Artikel, deren Verkauf erlaubt ist — geöffnet sind, und wenn dieses Verbot bewirkt, daß der Verkauf von Waren in diesen Geschäften einschließlich von in anderen Mitgliedstaaten hergestellten Waren absolut zurückgeht und daß der Umfang der Einfuhren von Waren aus anderen Mitgliedstaaten dementsprechend abnimmt, ist dann ein solches Verbot eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag?

- 2) Bei Bejahung der Frage 1: Fällt eine solche Maßnahme unter eine der in Artikel 36 enthaltenen Ausnahmen von Artikel 30 oder unter eine andere im Gemeinschaftsrecht anerkannte Ausnahme?
- 3) Wird die Antwort auf Frage 1 oder Frage 2 durch irgendeinen Umstand beeinflusst, der die in Rede stehende Maßnahme zu einem Mittel willkürlicher Diskriminierung, zu einer verschleierten Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten oder zu einer unverhältnismäßigen oder aus sonstigen Gründen ungerechtfertigten Maßnahme machen würde?“

#### I — Zur ersten Frage

5. Mit der ersten Frage wird der Gerichtshof ersucht, zu unterstellen, daß das Verbot der Sonntagsverkäufe „bewirkt, daß der Verkauf von ... in anderen Mitgliedstaaten hergestellten Waren zurückgeht und daß der Umfang der Einfuhren von Waren aus anderen Mitgliedstaaten dementsprechend abnimmt“. Dieser Passus beruht auf der im

Vorlagebeschluß (siehe oben Nr. 3, Punkte 6 und 8) ausgesprochenen tatsächlichen Annahme, daß die Anwendung dieses Verbots mittelbar, in absoluten Zahlen ausgedrückt, zu einer Verringerung des Umfangs der Einfuhren zahlreicher aus anderen Mitgliedstaaten stammender und in den Geschäften von B & Q verkaufter Erzeugnisse führt.

Der Vorlagebeschluß des Cwmbran Magistrates' Court ist ein sogenannter „consent order“, womit gemeint ist, daß die Parteien sich über den Wortlaut des Beschlusses einschließlich der zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen verständigt haben. Die schriftlichen Erklärungen des Borough Council und der britischen Regierung sowie die mündliche Verhandlung haben jedoch erkennen lassen, daß in zahlreichen Punkten noch Streit darüber besteht, wie der Gerichtshof die erste Vorlagefrage zu verstehen habe.

*Muß der Vorlagebeschluß „neu formuliert“ werden?*

6. Die Regierung des Vereinigten Königreichs macht *in erster Linie* geltend, es sei nicht erwiesen, daß B & Q am fraglichen Sonntag Waren aus anderen Mitgliedstaaten verkauft habe. Da der Shops Act im übrigen nicht den Verkauf, sondern bereits die bloße Geschäftsöffnung unter Strafe stelle, habe B & Q in jedem Falle eine Zuwiderhandlung begangen, so daß die Vorlagefragen für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits unerheblich seien. Die Regierung ersucht den Gerichtshof jedenfalls um die Klarstellung, daß die umstrittenen Bestimmungen des Shops Act 1950 allenfalls insofern mit dem Gemeinschaftsrechts unvereinbar sein könnten, als sie auf eingeführte Erzeugnisse anwendbar seien.

*In zweiter Linie* führen die Regierung des Vereinigten Königreichs und der Borough Council aus, es sei nicht erwiesen, daß die

umstrittenen Bestimmungen des Shops Act tatsächlich den Gesamtumfang der Einfuhren des Vereinigten Königreichs einschränkten (siehe Sitzungsbericht, Abschnitt II Nrn. 1 und 3).

*In dritter Linie* haben die Regierung des Vereinigten Königreichs und der Borough Council in der mündlichen Verhandlung ein weiteres Argument zur Stützung ihrer Auffassung vorgebracht, der Gerichtshof dürfe den vom vorlegenden Gericht festgestellten Einfluß des Shops Act auf die Einfuhren in das Vereinigte Königreich nicht berücksichtigen. Die Auswirkungen, von denen der Vorlagebeschluß spreche, seien nicht relevant, da sie nur einen einzigen Händler betreffen und kein Beweis dafür vorliege, daß sie ein bestimmtes Erzeugnis berührten.

7. Keines dieser drei Argumente vermag mich zu überzeugen. Was die Nützlichkeit oder Notwendigkeit der Frage betrifft, um die es geht, kann ich mich kurz fassen. Wie das Vereinigte Königreich selbst bemerkt, ist es allein Sache des vorlegenden Gerichts, die Nützlichkeit oder Notwendigkeit einer Vorlagefrage zu beurteilen<sup>2</sup>.

Die Auffassung, eine innerstaatliche Maßnahme könne nur insoweit als in Widerspruch zu Artikel 30 stehend angesehen werden, als sie auf eingeführte Erzeugnisse anwendbar sei, trifft in dem Sinne zu, daß Artikel 30 (wie jede andere Bestimmung des Gemeinschaftsrechts) nicht auf einen Sachverhalt anwendbar ist, „der sich ausschließlich innerhalb eines Mitgliedstaats abspielt“<sup>3</sup>. Davon kann jedoch vorliegend

2 — Dieser Grundsatz, von dem sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes von Anfang an hat leiten lassen, ist niemals in Frage gestellt worden. Siehe zum Beispiel das Urteil vom 19. Dezember 1968 in der Rechtssache 13/68, Salgoil, Slg. 1968, 679, 690, sowie das Urteil vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 213/84, Asjes, Slg. 1986, 1457, Randnr. 10. Der Gerichtshof ist von dem genannten Grundsatz nur ganz ausnahmsweise abgewichen. Siehe die Urteile vom 11. März 1980 in der Rechtssache 104/79, Foglia I, Slg. 1980, 745, insbesondere die Randnrn. 6 bis 11, und vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80, Foglia II, Slg. 1981, 3045.

3 — Siehe zum Beispiel das Urteil vom 8. Dezember 1987 in der Rechtssache 20/87, Gauchard, Slg. 1987, 4879, insbesondere die Randnrn. 10 bis 12.

keine Rede sein, da die Formulierung der ersten Frage und der tatsächliche Hintergrund klar erkennen lassen, daß ein „grenzüberschreitender Faktor“ im Spiel ist.

Auch das zweite Argument scheint mir mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht in Einklang zu stehen. In Ihrem Urteil in der Rechtssache Dasonville haben Sie festgestellt und seither ständig bekräftigt, daß unter einer Maßnahme gleicher Wirkung „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten [anzusehen ist], die *geeignet ist*, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder *potentiell* zu behindern“<sup>4</sup>. Entsprechend dieser Definition haben Sie in Ihrer Rechtsprechung klargestellt, daß ein Wirtschaftsteilnehmer, der eine innerstaatliche Maßnahme mit der Begründung angreift, sie sei eine verbotene Maßnahme gleicher Wirkung, nicht zu beweisen braucht, daß diese Maßnahme den innergemeinschaftlichen Handel *tatsächlich oder global* behindert. Der Gerichtshof hat ein Vorbringen zurückgewiesen, mit dem mittels statistischer Angaben bewiesen werden sollte, daß die Einfuhren des betroffenen Erzeugnisses zugenommen hätten; ebensowenig hat er die Möglichkeit berücksichtigt, daß die in Rede stehende Behinderung durch andere Faktoren ausgeglichen wurde<sup>5</sup>. Das ist übrigens auch logisch, denn ohne die einschränkende Maßnahme könnten die Einfuhren *noch stärker* zunehmen.

Die einzigen Fälle, in denen Sie eingeräumt haben, daß die betroffenen Maßnahmen wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen außerhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 30 lagen, waren solche, in denen Sie zu dem Ergebnis gelangt waren, daß die in Rede stehende Regelung nicht zu einer Beschränkung der Einfuhren und Ausfuhren zwischen den Mitgliedstaaten führen *konnte*<sup>6</sup>, oder in denen die betroffene Maßnahme „in Wirklichkeit in keinem Zusammen-

hang mit der Einfuhr der Waren“ stand<sup>7</sup>. Diesen Urteilen lagen Sachverhalte sehr spezieller Art zugrunde: Es handelte sich stets um Maßnahmen, bezüglich deren Sie aufgrund einer empirischen Beurteilung zu dem Schluß gekommen waren, daß sie den innergemeinschaftlichen Handel nicht beeinträchtigen oder nicht beeinträchtigen konnten. Die britische Regierung und der Borough Council meinen, der Gerichtshof habe es vorliegend mit einem ähnlichen Sachverhalt zu tun, so daß die erwähnten Urteile für die Beantwortung der Vorlagefragen entscheidend seien. Das scheint mir nicht richtig: Das vorlegende Gericht hat in tatsächlicher Hinsicht einen auf das Verbot des Sonntagsverkaufs zurückzuführenden Rückgang der Einfuhren in das Vereinigte Königreich festgestellt. Aus diesem Grunde wird der Gerichtshof ersucht, davon auszugehen, daß zwischen den streitigen Vorschriften und dem Rückgang der Einfuhren ein ursächlicher Zusammenhang besteht; ein solcher Zusammenhang war in den Rechts-sachen Oebel, Blesgen und Forest nicht gegeben.

8. Ebensowenig vermag ich mich dem dritten Argument anzuschließen, das die „Relevanz“ der Tatsachenfeststellungen des vorlegenden Gerichtes betrifft. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes geht hervor, daß eine Regelung, die zu einer Behinderung des Handels führt, schon dann unter Artikel 30 fallen kann, wenn die Behinderung auch nur zu Lasten eines einzigen Händlers festgestellt wurde<sup>8</sup>. Diese Auslegung scheint mir zuzutreffen. Zwar wirkt eine in einer Vorabentscheidung gegebene Auslegung des Gemeinschaftsrechts „erga omnes“; das Urteil ergeht jedoch im Hinblick auf die Anwendung einer innerstaatli-

4 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837, Randnr. 5; Hervorhebung durch mich.

5 — Siehe das Urteil vom 24. November 1982 in der Rechtssache 249/81, Kommission/Irland, Slg. 1982, 4005, Randnrn. 22 bis 27.

6 — Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 155/80, Oebel, Slg. 1981, 1993, Randnr. 20.

7 — Urteil vom 31. März 1982 in der Rechtssache 75/81, Blesgen, Slg. 1982, 1211, Randnr. 9; siehe auch das Urteil vom 25. November 1986 in der Rechtssache 148/85, Forest, Slg. 1986, 3449, wo der Gerichtshof unter Randnr. 19 festgestellt hat: „Es erweist sich somit, daß eine solche [Maßnahme] in Wirklichkeit in keinem Zusammenhang mit der Einfuhr ... steht und nicht geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“

8 — Jüngstes Beispiel ist das Urteil vom 16. Mai 1989 in der Rechtssache 382/87, Buet, Slg. 1989, 1235; siehe insbesondere Randnr. 7.

chen Regelung auf einen klar umgrenzten, dem Ausgangsrechtsstreit zugrundeliegenden Sachverhalt. Es ist mit Sicherheit nicht stets möglich (und auch nicht wünschenswert), daß sich der Gerichtshof in einer Vorabentscheidung über konkrete Sachverhalte ausspricht, die mit dem Ausgangsverfahren nichts zu tun haben und deren genaue tatsächliche Gegebenheiten nicht oder nicht hinlänglich bekannt sind.

Schließlich möchte ich mir auch die Behauptung nicht zu eigen machen, da die Bestimmungen des Shops Act allgemeine Tragweite hätten, lägen keine Beweise für die Behinderung eines speziellen Erzeugnisses vor. Die Frage, die sich vorliegend stellt, ist, ob die streitigen Rechtsvorschriften für die von *B & Q* vertriebenen Erzeugnisse eine *Handelsbeschränkung* im Sinne von Artikel 30 mit sich bringen. Das hat das vorlegende Gericht aber gerade festgestellt<sup>9</sup>.

*Enthält der Shops Act eine „Handelsregelung“?*

9. Die bisherigen Überlegungen führen mich zu dem Schluß, daß keine zwingenden Gründe dafür bestehen, die tatsächlichen Annahmen des vorlegenden Gerichts als irrelevant beiseite zu schieben und die erste Frage neu zu formulieren.

Die Diskussion betrifft also die Frage, ob — und, wenn ja, welche — innerstaatlichen Regelungen, für die gewisse einschränkende Auswirkungen auf die Einfuhren festgestellt wurden, dennoch außerhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 30 EWG-Vertrag liegen können. Nach der Ansicht von *B & Q* kann hiervon keine Rede sein: Die streitigen Bestimmungen des Shops Act 1950

müßten in vollem Umfang an dem im *Dassonville-Urteil* aufgestellten Grundsatz gemessen werden und fielen deshalb *prima facie* unter das Verbot von Artikel 30. Dagegen machen sowohl der Borough Council als auch die britische Regierung und die Kommission geltend, entweder sei dieser Grundsatz vorliegend nicht anwendbar oder es lasse sich aus ihm nicht ableiten, daß die umstrittenen Bestimmungen unter Artikel 30 fielen.

10. Dem *Borough Council* zufolge sind die streitigen Rechtsvorschriften nicht einmal eine „Handelsregelung“ im Sinne des *Dassonville-Urteils*, sondern Ausdruck einer „polizeilichen Befugnis“, die die Mitgliedstaaten nach Artikel 30 behalten hätten. In den Erklärungen des Borough Council wird der Begriff der „polizeilichen Befugnis“ oder des „Polizeigesetzes“ vor allem anhand der Folgen definiert, die sich aus einer solchen Maßnahme ergeben könnten. Es handele sich um Regelungen, deren Zusammenhang mit dem innergemeinschaftlichen Handel nicht hinreichend eng sei und deren einschränkende Wirkungen die unvermeidliche Folge der allgemeinen Regelung des gesellschaftlichen Lebens oder des Handelsverkehrs seien. Nach Auffassung des Borough Council werden derartige Regelungen vom Verbot des Artikels 30 nicht erfaßt, wenn sie unterschiedslos angewendet werden (diese Auffassung werde durch die bereits zitierten Urteile in den Rechtssachen *Oebel* und *Blesgen* bestätigt).

11. Ohne bei ihren Überlegungen auf den Begriff der „polizeilichen Maßnahme“ abzustellen, führt die *Regierung des Vereinigten Königreichs* aus, der Gerichtshof unterscheide in seiner Rechtsprechung zu Artikel 30 EWG-Vertrag zwischen Maßnahmen, die für ein bestimmtes Erzeugnis gelten und Maßnahmen von allgemeiner Tragweite. Bei den erstgenannten Maßnahmen führten Unterschiede zwischen den bestehenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften fast unvermeidlich zu einer Behinderung des zwischenstaatlichen Handels. Handele es sich

9 — Siehe oben Nr. 3, Punkt 8. Diese tatsächlichen Feststellungen des vorlegenden Gerichts stützen sich u. a. auf die Erklärung eines niederländischen Lieferanten von *B & Q* (siehe Anlage 4 zum Vorlagebeschluß), wonach die Bestellungen, die *B & Q* bei ihm aufgegeben habe, während des Anwendungszeitraums des Verbots des Sonntagsverkaufs um 31,5 % zurückgegangen seien.

dagegen um Maßnahmen von allgemeiner Tragweite, so gehe aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes hervor, daß sie nicht unter Artikel 30 EWG-Vertrag fielen, es sei denn, sie seien diskriminierender Natur oder benachteiligten die eingeführten Erzeugnisse tatsächlich gegenüber den inländischen Erzeugnissen. Vorschriften über Arbeits- oder Öffnungszeiten oder solche, die bestimmten, welche Erzeugnisse in bestimmten Verkaufsstellen verkauft werden dürften, seien Bestandteile der allgemeinen Regelung des gesellschaftlichen oder geschäftlichen Lebens. Selbst dann, wenn sie eine gewisse einschränkende Wirkung hätten, hinderten sie nicht die Einfuhren oder die Vermarktung der eingeführten Güter; ihr Einfluß (falls von einem solchen die Rede sein könne) lasse sich nicht genau ermitteln.

12. Meines Erachtens gibt es gegen die Auffassung des Borough Council und der Regierung des Vereinigten Königreichs verschiedene Einwände. Das hier vorgeschlagene Abgrenzungskriterium läßt sich mit Sicherheit nicht leicht anwenden. Was ist unter einem „nicht hinreichend engen Zusammenhang mit dem innergemeinschaftlichen Handel“, einer „allgemeinen Regelung“ oder einer „Maßnahme von allgemeiner Tragweite“ zu verstehen? Auf wie viele Erzeugnisse oder Industriesektoren muß eine Regelung anwendbar sein, um als „Regelung von allgemeiner Tragweite“ angesehen und geprüft werden zu können?

Wichtiger ist jedoch die Frage, ob die vorgenannte Auffassung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes vereinbar ist. Die Aufstellung einer neuen Kategorie von Maßnahmen (polizeilicher Art), die auf Herstellung und Vermarktung der Erzeugnisse anwendbar sind, ohne eine Handelsregelung darzustellen, findet in dieser Rechtsprechung keinerlei Stütze. Dieser Grundsatz wurde soeben noch in Ihrem Urteil vom 18. Mai 1989 in der Rechtssache Phar-

maceutical Society<sup>10</sup> bestätigt, wo Sie ausgeführt haben, daß eine Bestimmung, die die Apotheker verpflichtet, lediglich Medikamente zu liefern, die auf den ärztlichen Rezepten namentlich bezeichnet sind, eine Maßnahme gleicher Wirkung sein kann. Dabei handelte es sich immerhin um eine „neutrale“ Ständesregel, die in keiner nachweisbaren Beziehung zur Einfuhr der Erzeugnisse stand. Dennoch kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, die Möglichkeit, daß die Regelung den innergemeinschaftlichen Handel behindere, lasse sich nicht ausschließen, wobei er sich auf die Tatsache stützte, daß die Einfuhr ausländischer pharmazeutischer Erzeugnisse kurze Zeit nach dem Inkrafttreten der Regelung praktisch zum Erliegen gekommen war; mit der Frage nach der Qualifikation der betroffenen Bestimmungen (das heißt danach, ob es sich um eine Handelsregelung handelte) hat er sich nicht befaßt<sup>11</sup>. Ein anderes Beispiel finden wir in dem Urteil in der Rechtssache Buet<sup>12</sup>, wo der Gerichtshof entschieden hat, eine französische Rechtsvorschrift, die die Haustürwerbung für den Verkauf von pädagogischem Material verbot, sei als Behinderung der Einfuhr von Material zum Erlernen einer Fremdsprache anzusehen (siehe Randnrn. 7 bis 9 des Urteils).

Diese Rechtsprechung bringt auf geeignete Weise den Grundsatz in Erinnerung, wonach bei der Prüfung innerstaatlicher Rechtsvorschriften anhand von Artikel 30 EWG-Vertrag eher auf die (den Handel behindernden) *Wirkungen* der betroffenen Regelung zu achten ist als auf deren (allgemeine oder aber auf ein bestimmtes Erzeugnis bezogene) Art. Zwar ist es leichter, eine Behinderung nachzuweisen, wenn es um eine auf ein bestimmtes Erzeugnis bezogene, als wenn es um eine allgemeine Regelung geht; ich sehe jedoch nicht, weshalb sich ein

10 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen 266 und 267/87, Royal Pharmaceutical Society of Great-Britain, Slg. 1989, 1295.

11 — Siehe jedoch (im gegenteiligen Sinne) die Schlussanträge von Generalanwalt Darmon vom 10. März 1989, insbesondere die Punkte 19 bis 28.

12 — Urteil vom 16. Mai 1989, siehe oben, Fußnote 8.

Handelshemmnis nicht ebenso aus einer allgemeinen wie aus einer ein bestimmtes Erzeugnis betreffenden Regelung ergeben könnte.

*Die verschiedenen Arten von „unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen“*

13. Lassen Sie mich zur Einleitung dieses Teils meiner Ausführungen kurz auf die Erklärungen der Kommission eingehen. Die Kommission geht von der allgemein anerkannten Unterscheidung zwischen „diskriminierenden Maßnahmen“ und „unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen“ aus. Innerhalb dieser zweiten Gruppe unterscheidet sie je nach der Art der in Rede stehenden Maßnahmen zwischen drei verschiedenen Kategorien. Zur *ersten Kategorie* gehören die Maßnahmen zur Regelung der Voraussetzungen (Art oder Zusammensetzung, Abmessungen, Form, Aufbereitung, Etikettierung und Bezeichnung), die die Erzeugnisse erfüllen müßten, um auf den Markt gebracht werden zu können. Ungleichheiten zwischen den verschiedenen innerstaatlichen Regelungen auf diesem Gebiet führten zwangsläufig zu einer Behinderung des Handels, da sie zur Folge hätten, daß Güter, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig erzeugt oder in den Verkehr gebracht worden seien, angepaßt werden müßten, um im Einfuhrstaat verkauft werden zu können. Die *zweite Kategorie* umfasse Maßnahmen, die Einfuhr und Herstellung (oder lediglich das Inverkehrbringen) bestimmter Erzeugnisse untersagten. Durch diese Maßnahmen würden die betroffenen Erzeugnisse mit einem absoluten Einfuhrverbot belegt, und sie seien daher eher als mengenmäßige Beschränkungen denn als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen. Bei der *dritten Kategorie* gehe es um die Begleitumstände (wo, wann, wie, durch wen), unter denen die Erzeugnisse verkauft oder gebraucht werden dürften. Einschränkungen betreffend die

Öffnungszeiten der Geschäfte gehörten unbestreitbar zu dieser letzten Kategorie.

Bei den Maßnahmen der dritten Kategorie muß der Zusammenhang mit den Einfuhren der Kommission zufolge woanders gesucht werden. Solche Maßnahmen verhinderten die Einfuhren nicht, seien aber geeignet, sie dadurch zu reduzieren, daß sie die Absatzmärkte oder die Verwendungsmöglichkeiten der von ihnen erfaßten Erzeugnisse (und damit die Nachfrage) beschränkten. Diese Behinderungen seien aber ganz anderer Art als diejenigen, die sich bei den beiden ersten Kategorien ergäben: Dort resultierten sie aus den Ungleichheiten zwischen den jeweiligen innerstaatlichen Rechtsvorschriften, hier aus dem bloßen Bestehen der Regelung; etwaige Ungleichheiten seien insofern ohne Bedeutung. Die Kommission führt aus Ihrer Rechtsprechung drei Rechtssachen an, in denen Sie über Maßnahmen der dritten Kategorie befunden hätten, die Urteile in den Rechtssachen *Oebel*<sup>13</sup>, *Blesgen*<sup>14</sup> und *Forest*<sup>15</sup>. Diese Urteile seien auch vorliegend maßgeblich.

14. Bevor ich meine eigene Auffassung darlege, erscheint mir der Hinweis darauf nützlich, daß sich in Ihrer Rechtsprechung zu den unter Artikel 30 EWG-Vertrag fallenden innerstaatlichen Maßnahmen ganz offensichtlich eine Entwicklung feststellen läßt. Von Anbeginn stand fest, daß innerstaatliche Maßnahmen, die eine (formelle oder auch, wie schon bald unterstrichen wurde, materielle) *Diskriminierung* der eingeführten Erzeugnisse begründen, unter das Verbot von Artikel 30 fallen. Für einen solchen Fall, der hier nicht gegeben ist, haben Sie entschieden, daß die betroffene Maßnahme lediglich durch einen der in Artikel

13 — Urteil vom 14. Juli 1981, siehe oben, Fußnote 6.

14 — Urteil vom 31. März 1982, siehe oben, Fußnote 7.

15 — Urteil vom 25. November 1986, siehe oben, Fußnote 7.

36 genannten Gründe gerechtfertigt werden kann.

15. Später haben Sie das in Artikel 30 ausgesprochene Verbot auch als auf Maßnahmen anwendbar angesehen, die unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar sind. Es handelt sich hier um Maßnahmen, die zwar nicht wegen ihres Zwecks oder ihres Gegenstandes diskriminierend sind, sich aber *tatsächlich* auf eingeführte Güter *einschneidender auswirken* als auf inländische; mit anderen Worten, sie benachteiligen die eingeführten Güter gegenüber den inländischen. In Ihrem berühmten Urteil „Cassis de Dijon“ haben Sie festgestellt, daß auch derartige Maßnahmen grundsätzlich unter das Verbot des Artikels 30 fallen:

„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 ...“<sup>16</sup>

Grundgedanke dieser Rechtsprechung ist, daß derartige Unterschiede zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften schwere Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels auslösen können, weil sie zu Ausgaben oder zusätzlichen Anstrengungen nötigen können, um die Herstellung oder das Inverkehrbringen der Erzeugnisse in Einklang mit den — von einem Mitgliedstaat zum anderen unterschiedlichen — geltenden Rechtsvorschriften möglich zu machen. Diese Vorschriften betreffen entweder Zusammensetzung, Abmessungen, Form, Gewicht, Aufmachung, Etikettierung, Bezeichnung und Aufbereitung der Erzeugnisse<sup>17</sup>,

oder die zulässigen Verkaufsmethoden<sup>18</sup>. Wie die Kommission mit Recht bemerkt, besteht bei dieser Kategorie ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Unterschied und der Behinderung. Aus diesem Grunde sind derartige Maßnahmen nach Artikel 30 rechtswidrig, jedenfalls wenn sie nicht wegen „zwingender Erfordernisse“ notwendig sind oder aus einem der in Artikel 36 genannten Gründe gerechtfertigt werden können. Das Verbot gilt natürlich nur, solange die Gemeinschaft keine einschlägigen Regelungen trifft, und bis zum Erlaß einer Harmonisierungsrichtlinie gemäß den Artikeln 100 ff. EWG-Vertrag.

16. Vorliegend steht fest, daß die streitige britische Regelung sich auf die eingeführten Erzeugnisse nicht anders auswirkt als auf die inländischen. Das vorliegende Gericht hat ja festgestellt, daß der auf die Durchführung des Verbots der Sonntagsverkäufe zurückzuführende Rückgang der Verkäufe in dem Sinne allgemeiner Natur („across the board“) war, daß er alle von B & Q verkauften Erzeugnisse in Mitleidenschaft zog. Im übrigen hat B & Q nicht vorgetragen, die Unterschiede zwischen den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften bezüglich der Schließungstage der Geschäfte zwingen sie dazu, ihre Verkaufsmethode zu differenzieren. Es ist daher nicht erwiesen, daß die Herstellung oder der Verkauf der importierten und von B & Q verkauften Erzeugnisse schwieriger wäre als die Herstellung oder der Verkauf inländischer Erzeugnisse.

Muß man in einem solchen Fall noch befürchten, daß das Ziel von Artikel 30, nämlich die Integration der inländischen Märkte, gefährdet wird? In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Cinéthèque<sup>19</sup>

16 — Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78, Rewe, Slg. 1979, 649, Randnr. 8.

17 — Ein bekanntes Beispiel findet sich in dem Urteil vom 10. November 1982 in der Rechtssache 261/81, Rau, Slg. 1982, 3961, insbesondere Randnr. 13, bei dem es um eine belgische Regelung ging, die den Verkauf oder die Einfuhr von Margarine nur unter der Voraussetzung zuließ, daß die Ware würfelförmig verpackt war.

18 — Siehe zum Beispiel das Urteil vom 15. Dezember 1982 in der Rechtssache 286/81, Oosthoek, Slg. 1982, 4576, insbesondere Randnr. 15, das ein Verbot betraf, sich bestimmter Formen der Werbung und bestimmter Methoden der Absatzförderung zu bedienen.

19 — In dieser Rechtssache, Urteil vom 11. Juli 1985 in den verbundenen Rechtssachen 60 und 61/84, Slg. 1985, 2605, ging es darum, ob ein französisches Gesetz, das ein (zeitweiliges) grundsätzliches Verbot enthielt, Videokassetten eines in Kinosälen gespielten Films zu verkaufen oder zu vermieten, mit Artikel 30 EWG-Vertrag vereinbar war.

hat Generalanwalt Sir Gordon Slynn diese Frage verneint:

„Wenn ... eine nationale Maßnahme nicht spezifisch auf Einfuhren zielt, die Einfuhren nicht diskriminiert, es für einen Einführer in keiner Weise schwieriger macht, seine Erzeugnisse zu verkaufen, als es dies für einen einheimischen Hersteller ist, und die einheimischen Hersteller nicht schützt, dann fällt die Maßnahme meiner Ansicht nach *prima facie* nicht unter Artikel 30, selbst wenn sie tatsächlich zu einer Beschränkung oder Verringerung der Einfuhren führt.“<sup>20</sup>

Im Fall der französischen Rechtsvorschriften, um die es in der Rechtssache *Cinéthèque* ging, ließ sich aber nicht nachweisen, daß die Einfuhren „schwieriger gemacht“ worden wären, was vorliegend ebensowenig beweisbar ist. Hierzu führte der Generalanwalt aus:

„Der Importeur kann in der Tat einführen. Er ist dann genau in der gleichen Lage wie der einheimische Händler. Dieser erhält keinen zusätzlichen Vorteil gegenüber dem Importeur, und der Importeur erleidet durch das Verbot der Verwertung von Videokassetten keinen zusätzlichen Nachteil gegenüber dem französischen Händler. Der Umstand, der einen Händler in Frankreich dazu veranlassen würde, nicht von einem französischen Videogroßhändler zu kaufen (Unfähigkeit, zu verkaufen oder zu verleihen), ist derselbe, der ihn auch dazu veranlassen würde, nicht von einem Großhändler in einem anderen Mitgliedstaat zu kaufen. In dieser Hinsicht gelten für beide Großhändler die gleichen Handelsbedingungen. Sie sind tatsächlich auf demselben Markt tätig. Artikel 30 kann in dieser Hinsicht nicht den Zweck haben, für den Großhändler in

einem anderen Mitgliedstaat bessere Voraussetzungen zu schaffen als für den einheimischen Großhändler. Es mag sein, daß die Maßnahme, wenn es offensichtlich unsinnig war, für Einfuhren die gleiche Lage zu schaffen wie für einheimische Erzeugnisse, aus diesem Grund schlecht sein könnte. Dieser Fall liegt hier jedoch nicht vor, und meiner Ansicht nach fällt dieses Gesetz nicht unter Artikel 30.“<sup>21</sup>

Der Gerichtshof hat sich diesem Standpunkt nicht angeschlossen. Er hat jedoch in seinem Urteil eingeräumt, daß eine solche Regelung

„... keine Lenkung der Handelsströme bezweckt; sie begünstigt nicht die inländische Produktion gegenüber der Produktion der anderen Mitgliedstaaten, sondern fördert die Filmproduktion als solche“ (Randnr. 21).

Er hielt jedoch das Verbot des Artikels 30 für grundsätzlich anwendbar:

„Die Anwendung einer derartigen Regelung kann jedoch wegen der Unterschiede zwischen den in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Systemen und den Voraussetzungen, unter denen die Filme dort in Filmtheatern vorgeführt werden, zu Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels mit Videokassetten führen. Unter diesen Umständen ist ein in dieser Regelung enthaltenes Verwertungsverbot nur dann mit dem im Vertrag vorgesehenen Grundsatz des freien Warenverkehrs vereinbar, wenn die etwaigen Behinderungen, die es im innergemeinschaftlichen Handel verursacht, nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und

20 — Slg. 1985, 2611.

21 — Slg. 1985, 2611 f.

wenn dieses Ziel nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt ist.“ (Randnr. 22).

17. Mit diesen Ausführungen haben Sie klargestellt, daß das Verbot des Artikels 30 auch auf eine Regelung Anwendung finden kann, die die eingeführten Erzeugnisse nicht diskriminiert und die Herstellung oder die Vermarktung der eingeführten Erzeugnisse auch nicht schwieriger macht als die Herstellung oder die Vermarktung der inländischen Erzeugnisse. Das trifft meines Erachtens auf eine Regelung zu, die als solche oder als Bestandteil eines allgemeinen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs zur Folge haben kann, daß ein inländischer Markt geschützt oder daß der Zugang zu diesem Markt unzulässigerweise für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten schwieriger, unrentabler oder unattraktiver gemacht wird.

So verhielt es sich tatsächlich in der Rechtsache Cinéthèque: Der Gerichtshof hatte nämlich festgestellt, daß das in der französischen Regelung ausgesprochene Vertriebsverbot allgemein von längerer Dauer war als in anderen Mitgliedstaaten<sup>22</sup>. Dieses Verbot führte dazu, daß die Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die Videokassetten verwendeten und im Ausfuhrland keiner derart strengen Regelung unterworfen waren, zeitweilig keinen Zugang zum französischen Markt hatten. Die sich hieraus ergebende Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels hatte hierbei ihren Grund nicht (so sehr) in dem Unterschied zwischen den Rechtsvorschriften (die auch dort gegeben war) wie in der Existenz der Regelung selbst. Ein solcher Sachverhalt drohte tatsächlich die Integration des Marktes zu gefährden und rechtfertigte vollkommen die Anwendung von Artikel 30.

18. Tatsächlich stellt das Urteil in der Rechtsache Cinéthèque eine erneute An-

wendung des im Urteil Dassonville aufgestellten Grundsatzes dar, so wie dieser auf inländische Rechtsvorschriften angewendet wird, die zwar die eingeführten Erzeugnisse im Verhältnis zu den inländischen Erzeugnissen nicht benachteiligen, den Zugang zu den neuen Märkten und deren Durchdringung durch Unternehmen anderer Mitgliedstaaten jedoch unmöglich, schwieriger (mühsamer) oder viel unattraktiver (unrentabel) machten. In einer derartigen Situation muß man nicht die eingeführten mit den inländischen Erzeugnissen vergleichen, sondern die inländischen Märkte untereinander. Das in Artikel 30 ausgesprochene Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen, eine der wesentlichen Grundlagen der Einheit des Gemeinsamen Marktes, bedeutet in der Tat, daß alle inländischen Märkte innerhalb der Gemeinschaft für die Unternehmen der anderen Mitgliedstaaten hinreichend zugänglich bleiben müssen. Bevor ich diesen Punkt noch weiter verdeutliche, möchte ich zunächst die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dieser „neuen“ Situation untersuchen.

#### *Ein Wendepunkt in der Rechtsprechung des Gerichtshofes*

Eine Reihe von Urteilen aus jüngerer Zeit hat gezeigt, daß das Urteil in der Rechtsache Cinéthèque keine vereinzelte Entscheidung war, sondern vielmehr der Anwendung von Artikel 30 eine weitere Dimension hinzugefügt hat. Ich denke hierbei an die Rechtssachen „Ersatzstoffe für Milchpulver und Kondensmilch“<sup>23</sup>, Warner Brothers<sup>24</sup>, Buet<sup>25</sup> und Pharmaceutical Society<sup>26</sup>.

23 — Urteil vom 23. Februar 1988 in der Rechtsache 216/84, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 793. Dieses Urteil wurde erst kürzlich durch Ihr Urteil vom 11. Mai 1989 in der Rechtsache 76/86, Kommission/Deutschland, „Milchersatzzeugnisse“, Slg. 1989, 1021, bestätigt. Ich werde im folgenden lediglich das erstgenannte Urteil untersuchen.

24 — Urteil vom 17. Mai 1988 in der Rechtsache 158/86, Slg. 1988, 2605.

25 — Siehe oben, Fußnote 8.

26 — Urteil vom 18. Mai 1989, siehe oben, Fußnote 10. In den Rechtssachen Oebel, Blessen und Forest, siehe oben, Fußnoten 6 und 7, hätte sich der Gerichtshof im gleichen Sinne äußern können, wenn er das Bestehen einer Behinderung bejaht hätte.

22 — Siehe auch Randnr. 19 des Urteils.

19. In der Rechtssache „Ersatzstoffe für Milchpulver und Kondensmilch“ ging die Kommission gegen eine französische Regelung vor, die ein absolutes Verbot der Vermarktung und der Einfuhr sämtlicher Erzeugnisse enthielt, die dazu bestimmt waren, Milchpulver oder Kondensmilch zu ersetzen. Obwohl die Regelung nicht den Schutz der inländischen Erzeugnisse zum Inhalt hatte und keine Diskriminierung der eingeführten Erzeugnisse begründete, führte sie zur vollständigen Abriegelung des französischen Marktes gegenüber den Erzeugnissen, auf die sie anwendbar war. Überdies war das Verbot nicht zeitlich begrenzt, was zur Folge hatte, daß es sich noch einschneidender auswirkte als das Verbot, um das es in der Rechtssache Cinéthèque ging. Der Gerichtshof kam daher ohne weiteres zu dem Ergebnis, daß die Anwendung der Regelung auf eingeführte Erzeugnisse mit dem Gemeinschaftsrecht nur insoweit vereinbar war, als sie nach Artikel 36 oder wegen zwingender Erfordernisse gerechtfertigt war<sup>27</sup>.

20. In der Rechtssache Warner Brothers ging es um eine dänische Regelung, die den Inhabern von Urheberrechten an Musik- oder Filmwerken die Befugnis verlieh, sich während eines gewissen Zeitraums der Vermietung von Videoaufzeichnungen dieser Werke zu widersetzen. Der Gerichtshof stellte fest, daß Videokassetten (insbesondere, wenn es sich um bespielte, nicht um leere Kassetten handelt) mehr und mehr im Wege der Vermietung auf den Markt gebracht werden. Unter diesen Umständen, so der Gerichtshof, könne aber das dänische Verbot der Vermietung<sup>28</sup> eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels mit Videokassetten zur Folge haben, die in ei-

nem anderen Mitgliedstaat in den freien Verkehr gebracht werden und dort nicht einem gleichen Vermietungsverbot unterliegen<sup>29</sup>. Der Gerichtshof ist hier also in gleicher Weise vorgegangen wie in der Rechtssache Cinéthèque: Die Regelung kann zur Folge haben, daß für diejenigen Unternehmen, die sich mit der Vermietung von Videokassetten in einem Mitgliedstaat befassen, der eine solche Vermietung nicht (oder weniger streng) einschränkt, der Zugang zum dänischen Markt ummöglich oder mindestens erheblich schwieriger gemacht wird.

In der Rechtssache Buet ging es um eine französische Regelung, die die Haustürwerbung für den Verkauf von pädagogischem Material untersagte. Obwohl sich (anders als in der Rechtssache Oosthoek<sup>30</sup>) ein Unterschied zwischen den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften, der eine tatsächliche Diskriminierung der Herstellung oder des Inverkehrbringens der eingeführten Erzeugnisse mit sich gebracht hätte, nicht feststellen ließ, konnte die genannte Regelung bewirken, daß der französische Markt gegen Lieferanten von fremdsprachlichem Lehrmaterial abgeschirmt wurde, zumal die in Rede stehende Maßnahme dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer einen Weg der Vermarktung abschnitt, auf dem er fast die Gesamtheit seiner Verkäufe abwickelte<sup>31</sup>.

In der Rechtssache Pharmaceutical Society hat der Gerichtshof festgestellt, daß kurz nach der Einführung (oder Wiedereinführung) der streitigen Landesregel die ausländischen pharmazeutischen Erzeugnisse fast vollständig vom britischen Markt verdrängt worden waren<sup>32</sup>. Man kann dies als hinreichenden Beweis dafür ansehen, daß jene Regel sich tatsächlich in der Weise auswirkte, daß das Inverkehrbringen ausländischer pharmazeutischer Erzeugnisse schwie-

27 — Siehe Randnr. 7. Die französische Regierung hatte übrigens die Anwendbarkeit des in Artikel 30 ausgesprochenen Verbots nicht bestritten: Siehe Randnr. 4. Im übrigen stand schon lange fest, daß Artikel 30 auf zeitlich nicht befristete Vermarktungsverbote anwendbar ist. Siehe zum Beispiel das Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 272/80, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, Slg. 1981, 3277.

28 — Genau wie in der Rechtssache Cinéthèque ist zu erwarten, daß das Interesse an einem Film auf Videokassette nach Ablauf der längeren Sperrfrist abnimmt.

29 — Siehe Randnr. 19.

30 — Siehe oben, Fußnote 18.

31 — Siehe Randnrn. 7 und 8.

32 — Siehe Randnr. 18.

riger gemacht wurde als dasjenige inländischer Erzeugnisse. Das Urteil kann auch — was meines Erachtens korrekter ist — dahin verstanden werden, daß die Verdrängung der ausländischen pharmazeutischen Erzeugnisse vom Markt beweist, daß die Anwendung der umstrittenen Regel die Abschirmung des britischen Marktes zur Folge hatte.

*Nähere Bestimmung des Begriffs der Marktaufspaltung*

21. Wie man sieht, war in diesen Urteilen jüngerer Datums der vom Gerichtshof gewählte Ansatzpunkt nicht die Frage, ob eine Diskriminierung zum Nachteil der eingeführten Erzeugnisse vorlag, sondern ob der Gemeinsame Markt in unterschiedliche inländische Märkte aufgesplittert worden war. In dieser Hinsicht drängt sich ein Vergleich mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dem in Artikel 85 ausgesprochenen Kartellverbot auf. In der Tat sind Aufspaltung oder Aufteilung der Märkte in diesem Bereich bekannte Begriffe. Überdies hat der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Dasonville fast Wort für Wort die Formulierung übernommen, zu der er bereits früher gegriffen hatte, um den in Artikel 85 gebrauchten Ausdruck „den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“ näher zu bestimmen. In seinem Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65<sup>33</sup> hat der Gerichtshof im einzelnen ausgeführt, eine Vereinbarung könne den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, wenn zu befürchten sei, daß sie

„den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach in einer Weise beeinflussen könnte, welche die Herstellung eines einheitlichen Marktes zwischen diesen Staaten zu verhindern geeignet ist“ (a. a. O. S. 305).

33 — Siehe das Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65, LTM/MBU, Slg. 1966, 284.

Nach dem Urteil in der Rechtssache Dasonville<sup>34</sup> ist

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

Übrigens hat der Gerichtshof für beide Sachgebiete die Lehre vom wirtschaftlichen Gleichgewicht der durch das Kartell oder die Handelsregelung hervorgerufenen Wirkungen abgelehnt<sup>35 36</sup>.

22. Hier ist nicht der Platz dafür, den Vergleich zwischen den Artikeln 30 und 85 zu vertiefen, was die Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels betrifft, von der in beiden Artikeln die Rede ist. Diese Bestimmungen sind jeweils unterschiedlich gefaßt, nicht zuletzt deswegen, weil sie sich an verschiedene Adressaten wenden (die Mitgliedstaaten bzw. die Unternehmen) und auch auf jeweils andere Arten von Behinderungen zielen (innerstaatliche Maßnahmen bzw. Kartelle). Außerdem fungiert die in Artikel 85 aufgestellte Bedingung, daß die Behinderung sich (unter anderem, einigen Autoren zufolge sogar ausschließlich) auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken muß, als Kollisionsnorm, die den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts

34 — Siehe oben, Fußnote 4.

35 — Siehe, was Kartelle betrifft, das Urteil vom 13. Juli 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, Consten-Grundig, Slg. 1966, 321, 389 f.; wegen der Handelsregelungen siehe das — bereits oben, Fußnote 5, zitierte — Urteil vom 24. November 1982 in der Rechtssache 249/81.

36 — Es bestehen auch noch Unterschiede bei der Anwendung. So kommt zum Beispiel im Rahmen von Artikel 30 die Anwendung des Grundsatzes „de minimis“ nicht in Betracht (siehe das Urteil vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechtssachen 177 und 178/82, Van de Haar en Kaveka de Meern, Slg. 1984, 1797, Randnr. 13). Dagegen findet dieser Grundsatz im Rahmen von Artikel 85 Anwendung, nämlich in Gestalt der Forderung, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigt sein muß (siehe das Urteil vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache 5/69, Völk-Vervaecke, Slg. 1969, 295).

im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht abgrenzen soll.

Diese Unterschiede ändern jedoch nichts daran, daß diese beiden Artikel (ebenso wie andere Artikel) dasselbe grundlegende Ziel verfolgen, wie es in den Artikeln 2 und 3 EWG-Vertrag festgelegt ist, nämlich die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Gemeinsamen Marktes (und die Angleichung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten). Zu diesem Zweck verbieten sie (unter anderem) innerstaatliche Maßnahmen bzw. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im zwischenstaatlichen Handel verantwortlich sind für die Aufsplitterung des Gemeinsamen Marktes in verschiedene einzelstaatliche Teilmärkte.

Angesichts dieses allgemeinen Vertragsziels und in Anbetracht der bereits erwähnten Parallelität der vom Gerichtshof für die Definition der Behinderung des innerstaatlichen Handels nach den Artikeln 30 und 85 gebrauchten Formulierungen liegt es auf der Hand, daß zum Verständnis des Begriffs der „Aufsplitterung des Marktes“ (oder der „Aufteilung“) auf die umfangreiche Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 85 zurückgegriffen werden muß.

23. In der Judikatur zur Auslegung des Ausdrucks „den Handel zwischen Mitgliedstaaten ... beeinträchtigen“ gemäß Artikel 85 lassen sich zwei Fälle der Marktaufteilung unterscheiden: einmal der Fall, daß eine horizontale oder vertikale Vereinbarung, wie sie im allgemeinen, aber nicht ausschließlich, zwischen Unternehmen aus verschiedenen Ländern geschlossen wird, ipso facto einen nationalen Teilmarkt abschottet, etwa indem sie den einheitlichen Markt ganz einfach aufteilt („chacun chez soi“) oder Paralleleinführen aus anderen Mitgliedstaaten verhindert; zum anderen der Fall, daß eine Vereinbarung, etwa über die Preise, auch wenn sie zwischen Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaats geschlossen wurde, den Zugang zu einem nationalen Teilmarkt bei Berücksichtigung der obwaltenden alle-

meinen rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse erschwert. Im ersten Fall findet das in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochene Verbot fast automatisch Anwendung<sup>37</sup>, und zwar wegen des absoluten Gebietsschutzes, den die Vereinbarung den betroffenen Unternehmen durch die wasserdichte Abschottung eines nationalen Teilmarktes gewährt. Im zweiten Fall gelangt das genannte Verbot nur dann zur Anwendung<sup>38</sup>, wenn sich aufgrund des gesamten „wirtschaftlichen und rechtlichen Kontextes“ nachweisen läßt, daß ein „sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates erstreckendes Kartell“ schon seinem Wesen nach

„die Wirkung [hat], die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen<sup>39</sup>, [wodurch es] die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung [verhindert] und die inländische Produktion [schützt]“, so daß „die Betätigung oder das Vordringen von Herstellern oder Verkäufern der übrigen Mitgliedstaaten auf dem [betroffenen] nationalen Markt [erschwert wird]“<sup>40</sup>.

Meines Erachtens sollte bei der Anwendung von Artikel 30 auf den vorliegenden Sachverhalt — der eine nichtdiskriminierende und die eingeführten Erzeugnisse auch nicht benachteiligende Maßnahme betrifft, deren

37 — Allerdings unter dem Vorbehalt des Grundsatzes „de minimis“ und eventuell, wenn auch nur höchst ausnahmsweise, des Artikels 85 Absatz 3.

38 — Wiederum unter dem Vorbehalt des Grundsatzes „de minimis“ und des Artikels 85 Absatz 3.

39 — In der authentischen niederländischen Fassung des Urteils ist hier die Rede von einer „versterking van de nationale drempelvorming“. Dieser Ausdruck wird im weiteren Zusammenhang dieser Schlussanträge aus Gründen der Klarheit mit der Wendung „Erschwerung des Zugangs zum Markt“ wiedergegeben.

40 — Urteil vom 17. Oktober 1972 in der Rechtssache 8/72, Cementhandelaren/Kommission, Slg. 1972, 977, Randnrn. 29 und 30. In dieser Rechtssache ging es um eine horizontale Vereinbarung zwischen Produzenten. Der Gerichtshof hatte bereits zuvor festgestellt, daß sogar eine vertikale Vereinbarung mit begrenzten Auswirkungen, nämlich ein Brauereivertrag zwischen einer örtlichen Brauerei und einem örtlichen Abnehmer in Anbetracht der Gesamtheit der wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände gegen das in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochene Verbot verstoßen kann. Siehe das Urteil vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67, Haecht/Wilkin, Slg. 1967, 544.

bloßes Bestehen jedoch geeignet ist, die Integration der Märkte der Mitgliedstaaten zu gefährden (siehe oben Nrn. 17 und 18) — eine ähnliche Unterscheidung zwischen völliger Marktabschottung und Verfestigung der Abschottung des nationalen Marktes im Sinne der Erschwerung des Zugangs zu diesem Markt getroffen werden.

Wenn die betroffene innerstaatliche Maßnahme bereits für sich allein einen inländischen Markt abschottet, so ist Artikel 30 ohne weiteres anwendbar<sup>41</sup>. Das trifft auf innerstaatliche Regelungen zu, die (wie im Cinéthèque-Fall oder im Fall der Ersatzstoffe für Milchpulver und Kondensmilch) ein absolutes (sei es auch zeitlich begrenztes) Vermarktungsverbot enthalten (was der Kommission zufolge<sup>42</sup> einer mengenmäßigen Beschränkung vergleichbar ist).

Beschränkt sich die betroffene innerstaatliche Maßnahme darauf, den *Zugang* zum inländischen Markt *zu erschweren*, so greift das Verbot des Artikels 30 nur ein<sup>43</sup>, wenn aus der Gesamtheit der rechtlichen und wirtschaftlichen Begleitumstände hervorgeht, daß sie die vom Vertrag gewollte wechselseitige wirtschaftliche Durchdringung der inländischen Märkte gefährdet. In einem solchen Fall muß die Aufteilung des Marktes hinreichend glaubhaft gemacht werden, und zwar mittels einer Reihe quantitativer Angaben, die dartun, daß die Anwendung der Regelung eine solche „den Zugang erschwerende Wirkung“ hat, das heißt, den Markt derartig unzugänglich (teuer, unrentabel) macht, daß die Verdrängung des größten Teils der eingeführten Erzeugnisse vom Markt zu befürchten ist. Dies

traf zum Beispiel in den Rechtssachen Warner Brothers und Buët einerseits und in der Rechtssache Pharmaceutical Society andererseits zu. In den Fällen Warner Brothers und Buët ergab sich eine nicht hinzunehmende Erschwerung des Zugangs daraus, daß bei den betroffenen Erzeugnissen ein wichtiges Vertriebsverfahren ausgeschaltet worden war. Im Fall Pharmaceutical Society konnte auf die Tatsache hingewiesen werden, daß der Marktanteil der eingeführten Erzeugnisse kurz nach der Veröffentlichung der streitigen Landesregel praktisch auf Null gesunken war<sup>44</sup>.

24. Noch drei Bemerkungen zu den vorstehenden Ausführungen. Erstens: In dem soeben erwähnten Fall einer „den Zugang erschwerenden“ nationalen Regelung könnte naturgemäß keine „De-minimis“-Regel zur Anwendung kommen, da in einem solchen Fall die Anwendung des Verbots des Artikels 30 bereits eine schwere, nicht lediglich eine spürbare Behinderung des zwischenstaatlichen Handels voraussetzt. Zweitens: Bei einer solchen Sachlage ist es Aufgabe der innerstaatlichen Gerichte, den gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext zu beurteilen und hieraus gegebenenfalls den Schluß zu ziehen, daß eine Erschwerung des Zugangs, wie sie der Vertrag im Auge hat, und damit eine verbotene Behinderung des innerstaatlichen Handels vorliegt. Diese Beurteilung ist nicht leicht, aber sie unterscheidet sich nicht von derjenigen, die den innerstaatlichen Gerichten bereits in dem oben gewürdigten Rahmen von Artikel 85 Absatz 1 zugewiesen wird. Drittens: Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes geht hervor, daß in beiden vorerwähnten Fällen der Marktaufsplitterung, nämlich der Marktabschottung und der Erschwerung des Zugangs zum Markt, die betroffene innerstaatliche Regelung aus einem der in Artikel 36 aufgezählten Gründe und wegen „zwingender Erfordernisse“ gerechtfertigt sein kann.

41 — Selbstverständlich vorbehaltlich der Anwendung von Artikel 36 oder des Vorliegens von „zwingenden Erfordernissen“, wie aus dem Urteil in der Rechtssache Cinéthèque und der früheren Rechtsprechung hervorgeht.

42 — Siehe oben, Nr. 13.

43 — Wiederum unter dem Vorbehalt der Anwendung von Artikel 36 oder des Vorliegens „zwingender Erfordernisse“.

44 — Siehe Randnrn. 4 und 18.

*Keine marktaufsplitternde Wirkung im vorliegenden Fall*

25. Wenn ich die bisherigen Überlegungen auf den vorliegenden Fall anwende, so komme ich zu der Feststellung, daß nicht dargetan ist, daß eine Regelung wie diejenige, um die es im Ausgangsverfahren geht, für die von B & Q verkauften Erzeugnisse zur Abschottung des inländischen Marktes oder dazu führt, daß der Zugang zu diesem Markt erschwert wird. Eine solche Regelung enthält mit Sicherheit kein Vertriebsverbot, das sich mit einer mengenmäßigen Beschränkung vergleichen ließe, durch die der inländische Markt abgeschottet würde; sie hat auch nicht zur Folge, daß der Zugang zu diesem Markt in einer die wirtschaftliche Verflechtung der nationalen Märkte gefährdenden Weise erschwert würde.

Zwar wurde festgestellt, daß die Anwendung des Verbots der Sonntagsverkäufe einen *Umsatzrückgang* bewirkt: Sie führt zu einem Rückgang des Verkaufs der von B & Q angebotenen Erzeugnisse um etwa 23 %. Nichts beweist jedoch, daß eine solche Regelung eine *marktaufsplitternde* Wirkung auf den Gemeinsamen Markt ausübte. So hat sie nicht zur Folge, daß der Zugang zu (oder das Auftreten auf) dem nationalen Markt für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten eindeutig erschwert würde (was sich unter anderem daraus ergeben könnte, daß, wie in der Rechtssache *Pharmaceutical Society*, sich der Marktanteil der in Rede stehenden inländischen Erzeugnisse zum Nachteil der eingeführten Güter erheblich erhöhen würde). Ebenso wenig läßt sich (wie in den Rechtssachen *Warner Brothers* und *Buet*) behaupten, eine solche Regelung schließe eine bestimmte Art und Weise des Vertriebs aus, die für das Eindringen in den oder das Auftreten auf dem nationalen Markt von entscheidender Bedeutung sei. Selbst wenn nämlich das Offenhalten von Verkaufsstellen an Sonntagen eine wirksame Methode des Verkaufs von Heimwerker- und Gärtnereiartikeln darstellen sollte, ließe sich nicht erkennen, daß sein Verbot geeig-

net wäre, den inländischen Markt dergestalt abzuschotten, daß der Zugang zu ihm für Produzenten oder Verkäufer von Gütern aus anderen Mitgliedstaaten erheblich schwieriger (teurer) oder erheblich weniger attraktiv (unrentabel) würde.

Ich komme nach alledem zu dem Ergebnis, daß die Anwendung einer Regelung wie derjenigen, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, nicht geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel in einer Weise einzuschränken, die Anlaß zur Anwendung von Artikel 30 EWG-Vertrag geben kann, auch wenn eine solche Regelung eine gewisse fühlbare (und ungünstige) Auswirkung auf die Einfuhr der betroffenen Erzeugnisse hat.

II — *Hilfsweise: Zur zweiten und dritten Frage*

26. Bevor ich die zweite und die dritte Vorlagefrage prüfe (sie beziehen sich auf die Rechtfertigungsgründe gemäß den Artikeln 30 und 36) möchte ich noch eine Bemerkung machen. Die Alternative zu der vorstehend dargelegten Lösung, die die Tragweite der Formel des Urteils *Dassonville* in gewissem Maße einschränkt, scheint mir in einer „mechanischen“ Anwendung dieser Formel zu bestehen: Jede innerstaatliche Maßnahme, deren Aufhebung eine (unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potentielle) Steigerung der Einfuhren bewirken könnte, wäre hiernach mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, es sei denn, sie lasse sich durch „zwingende Erfordernisse“ oder aufgrund von Artikel 36 rechtfertigen. Das besagt, daß der Vertrag nach dieser Auffassung nur noch „angemessene“ Behinderungen erlaubt. „Angemessen“ bedeutet in diesem Falle (nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes) notwendig, verhältnismäßig und so wenig einschränkend wie möglich.

Der große Nachteil dieser Ersatzlösung ist (wie sich auch bei der alsbald vorzunehmenden

den Untersuchung der Rechtfertigungsgründe zeigen wird), daß der Gerichtshof zwangsläufig immer mehr genötigt wäre, die Angemessenheit von Maßnahmen der Mitgliedstaaten zu beurteilen, die auf einem der sehr zahlreichen Gebiete getroffen werden, bei denen von einer unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder rechtlichen Diskriminierung oder Benachteiligung der eingeführten Erzeugnisse keine Rede sein kann<sup>45</sup>. Man mag sich fragen, ob nicht eine Überforderung des Gemeinschaftsrichters zu befürchten ist, da dieser ja mit zahlreichen neuen „zwingenden Erfordernissen“ und Rechtfertigungsgründen konfrontiert werden wird. Ständig wird er im Rahmen von Artikel 30 mit immer neuen innerstaatlichen Maßnahmen befaßt werden, wird er aufgefordert werden, die nicht abschließende Liste der zwingenden Erfordernisse zu erweitern. Es ist zu befürchten, daß diese Liste immer länger werden und sich schließlich zu einer Art Restbefugnis der Mitgliedstaaten auswachsen wird<sup>46</sup>. Wie bereits angedeutet, erscheint es mir daher besser, von vornherein die Tragweite von Artikel 30 anhand der allgemeinen Ziele dieser Vorschrift und des Vertrages näher zu bestimmen.

27. Für den Fall, daß Sie das Verbot von Sonntagsverkäufen dennoch als Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag ansehen sollten, will ich jetzt hilfsweise prüfen, ob diese Behinderung notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen zu genügen oder einem oder mehreren der in Artikel 36

45 — Abgesehen von der Beschränkung des Verkaufs an Sonntagen kann man auch etwa denken an Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit im Rahmen des Städteplanungsrechts (siehe das oben, Fußnote 3, zitierte Urteil in der Rechtssache Gauchard), an Rechtsvorschriften, die bei Nichtbezahlung von Steuern die Beschlagnahme von Gütern vorsehen (siehe die beim Gerichtshof anhängige Rechtssache 69/88), an Geschwindigkeitsbegrenzungen usw.

46 — Der Gerichtshof hat ständig betont, daß Artikel 36 EWG-Vertrag nicht bezweckt, bestimmte Sachgebiete der ausschließlichen Befugnis der Mitgliedstaaten vorzubehalten. Siehe das Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 72/83, Campus Oil Limited, Slg. 1984, 2727, Randnr. 32, das Urteil vom 12. Juli 1979 in der Rechtssache 153/78, Kommission/Deutschland, Slg. 1979, 2555, Randnr. 5, sowie die dort zitierten früheren Entscheidungen. Meiner Meinung nach gilt dieser Grundsatz auch für die zwingenden Erfordernisse.

EWG-Vertrag aufgezählten, im öffentlichen Interesse liegenden Rechtfertigungsgründe Rechnung zu tragen.

Nach Auffassung des Borough Council ist die Behinderung aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Der Schutz der Arbeitsumwelt sowie der Gesundheit und des Wohlergehens (oder des *Wohlbefindens*) der arbeitenden Bevölkerung sei ein zwingendes Erfordernis, das die streitige Regelung notwendig macht. Zu Artikel 36 meint der Borough Council, die Regelung sei im Interesse des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen, der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sittlichkeit gerechtfertigt.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs nimmt einen einfacheren Standpunkt ein: Ihr zufolge entspricht der Shops Act dem zwingenden Erfordernis, den allgemeinen Charakter des Sonntags als eines geschäftsfreien Tages zu wahren; hilfsweise sei die Regelung nach Artikel 36 unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt. Gestützt auf das Urteil in der Rechtssache Cinéthèque meinen die britische Regierung und der Borough Council, sobald eine Maßnahme als „zwingendes Erfordernis“ anerkannt werden könne, bedürfe es keiner völligen Übereinstimmung zwischen den zwingenden Erfordernissen und dieser Maßnahme.

28. Gleichviel welche zwingenden Erfordernisse oder Rechtfertigungsgründe im vorliegenden Fall anzuerkennen sein mögen, es bedarf zunächst der Beantwortung einer anderen Frage: Kann ein Mitgliedstaat, der eine bestimmte Regelung nur sporadisch<sup>47</sup>

47 — Der Home Office Report („The Shops Act — Late night and Sunday opening: Report of the Committee of inquiry into proposals to amend the Shops Acts“), der dem Parlament des Vereinigten Königreichs im November 1984 vorgelegt wurde und den Erklärungen von B & Q als Anlage 2 beigefügt ist, stellt fest, daß die Anwendung des Shops Act seit 1974 den Gemeindebehörden anvertraut ist. Einige Behörden haben beschlossen, das Gesetz überhaupt nicht anzuwenden; zahlreiche andere Gemeindebehörden greifen nur auf Beschwerden hin ein (siehe Abschnitt 25 des „Report“). Ferner heißt es dort, daß nur sehr wenige Behörden eine Politik betreiben, die darin besteht, alle Personen zu verfolgen, die eine Verkaufsstelle außerhalb der zulässigen Zeiten offenhalten.

anwendet, geltend machen, die Regelung sei notwendig, um zwingenden Erfordernissen zu genügen? Die Frage ist heikel. Sie zu verneinen, wäre gleichbedeutend mit der Anwendung einer Art „Estoppel“-Grundsatz bei der Entscheidung darüber, ob das Vorliegen eines zwingenden Erfordernisses anerkannt werden kann: Nach diesem Grundsatz wäre es einem Mitgliedstaat nicht gestattet, vom Gemeinschaftsrecht wegen einer „Notwendigkeit“ abzuweichen, auf die er sich beruft, der er aber konkret keine Geltung verschafft<sup>48</sup>. Ich wäre geneigt, die Berufung auf eine zwingende Notwendigkeit auszuschließen, wenn feststeht, daß der betroffene Mitgliedstaat es *völlig unterläßt*, für die Beachtung dieser Notwendigkeit zu sorgen. Von der hier zu erörternden britischen Regelung läßt sich das nicht sagen. Zwar gibt es Hinweise darauf, daß der Shops Act nur sporadisch und nicht konsequent angewendet wird (hierzu unten Nr. 32), er ist aber nicht *obsolet* geworden (was unter anderem dadurch bewiesen wird, daß das britische Parlament 1985 einen Gesetzesvorschlag zur Abschaffung des Shops Act abgelehnt hat).

29. Prüfen wir zunächst, ob die Geltendmachung bestimmter Rechtfertigungsgründe nach Artikel 36 berechtigt ist. Was den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit betrifft, so kommt er den Erklärungen des Borough Council zufolge in dem Bestreben zum Ausdruck, zu vermeiden, daß bestimmte Personen an der sonntäglichen Ladenöffnung Anstoß nehmen. Eine solche Besorgnis scheint mir nicht unter den Begriff der „öffentlichen Sittlichkeit“ zu fallen. Zwar haben Sie in Ihrem Urteil in der Rechtssache Henn und Darby<sup>49</sup> anerkannt, daß es grundsätzlich Sache eines jeden Mitgliedstaates ist, die Normen der öffentlichen Sittlichkeit für

sein Hoheitsgebiet nach seinem eigenen Wertesystem und in der von ihm gewählten Form festzulegen. Der Grundsatz, wonach Artikel 36 nicht bezweckt, bestimmte Sachgebiete der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten vorzubehalten<sup>50</sup>, hat jedoch zur Folge, daß der Gerichtshof ein gewisses Maß an Kontrolle darüber ausüben muß, was die einzelnen Mitgliedstaaten als unter den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit fallend ansehen. Das Bestreben, das religiöse Empfinden nicht zu verletzen, scheint mir aber von diesem Begriff nicht erfaßt zu werden.

Auch der Schutz der öffentlichen Ordnung scheint mir nicht in Betracht zu kommen. Damit dieser Rechtfertigungsgrund, der eng auszulegen ist<sup>51</sup>, zum Zuge kommt, ist es notwendig, daß

„eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“<sup>52</sup>.

Es läßt sich leicht einsehen, daß davon hier nicht die Rede sein kann.

30. Weiterhin haben wir zu prüfen, ob die angeführten zwingenden Gründe als solche anzuerkennen sind. Unbestreitbar ist die Liste der zwingenden Erfordernisse nicht begrenzt (im Gegensatz zu der Aufzählung in Artikel 36 EWG-Vertrag). Der Schutz der Arbeitsumwelt (in Artikel 100 a EWG-Vertrag ausdrücklich erwähnt) sowie von Gesundheit und Wohlbefinden der Arbeitnehmer und Selbständigen (ein Unterfall der in Artikel 36 erwähnten „Gesundheit von Menschen“) kann unzweifelhaft als zwingendes Erfordernis angesehen werden. Mehr Mühe bereitet mir die „Wahrung des

48 — Der „Estoppel“-Grundsatz ist in dem Urteil vom 10. Februar 1983 in der Rechtssache 230/81, Luxemburg/Parlament, Slg. 1983, 255, Randnrn. 22 bis 26, erwähnt. Siehe auch die Schlußanträge des Generalanwalts Mancini, Slg. 1983, 293, 295.

49 — Urteil vom 14. Dezember 1979 in der Rechtssache 34/79, Slg. 1979, 3795. Siehe auch das Urteil vom 11. März 1986 in der Rechtssache 121/85, Conegate, Slg. 1986, 1007, Randnrn. 14 und 15.

50 — Siehe die oben, Fußnote 46, zitierte Rechtsprechung.

51 — Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 33; das Urteil verweist überdies auf das Urteil vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74, Van Duyn, Slg. 1974, 1337, 1350.

52 — Urteil in der Rechtssache Bouchereau, siehe oben, Fußnote 51, Randnr. 35. Siehe auch die Schlußanträge von Generalanwalt Warner, Slg. 1977, 2016, 2024 bis 2026.

Sonntags als eines geschäftsfreien Tages“ . Wenn dieser Ausdruck eine Sammelbezeichnung für die vorerwähnten zwingenden Erfordernisse ist, so bedarf er keiner besonderen Betrachtung. Allerdings wird es dann schwierig sein, seine Verhältnismäßigkeit darzutun (siehe unten Nr. 31). Verweist er dagegen auf ein selbständiges zwingendes Erfordernis, wird er zum Beispiel als das Bestreben verstanden, den Bürgern an ein und demselben Tag die Möglichkeit zu gewähren, sich Zeit für die verschiedensten (nichtberuflichen, unter anderem religiösen) Betätigungen und menschlichen Kontakte zu nehmen, so kann ich mich persönlich damit einverstanden erklären, wenn auch nicht ohne erhebliches Zögern: Man sieht hieran, wie leicht neue auf den ersten Blick gerechtfertigte zwingende Erfordernisse ins Spiel gebracht werden können, und wie schwierig es für den Gerichtshof ist, sie objektiv zu würdigen.

31. Aber selbst wenn man eines der vorgenannten zwingenden Erfordernisse anerkennt, muß noch geprüft werden, ob die streitige Regelung in ihrer gegenwärtigen Gestalt für die Verwirklichung des zwingenden Erfordernisses notwendig ist und zu ihr in einem angemessenen Verhältnis steht.

Wenden wir uns zunächst der — die Postulate des Schutzes der Gesundheit und des Wohlbefindens der Arbeitnehmer und Selbständigen konkretisierenden — Vorstellung vom Sonntag als einem Ruhetag zu. Die Kommission bemerkt hierzu, dieses Ziel könne auf weniger einschränkende Weise erreicht werden, nämlich dergestalt, daß die Zahl der Arbeitsstunden der Arbeitnehmer begrenzt und die Selbständigen ermächtigt (oder verpflichtet) würden, einen beliebigen Tag für die Schließung ihrer Geschäfte zu wählen, anstatt daß ihnen der Sonntag aufgenötigt werde. Diese Behauptung bedarf der Nuancierung. Niemand wird bestreiten, daß die Wahl eines bestimmten Tages die menschliche Freiheit stärker einschränkt.

Die Frage ist jedoch, ob der innergemeinschaftliche Handel hierdurch mehr als notwendig eingeschränkt wird. Geht man davon aus, daß der Sonntag ein für den Verkauf der in Rede stehenden Waren günstigerer Tag ist als die anderen Wochentage<sup>53</sup>, so wirkt es sich in der Tat weniger einschränkend auf den innergemeinschaftlichen Handel aus, wenn es den Betroffenen überlassen bleibt, sich für einen beliebigen Tag zu entscheiden.

Anders liegen die Dinge, wenn man annimmt (wie ich dies in Nr. 30 mit erheblichen Zögern vorgeschlagen habe), daß das Verbot des Sonntagsverkaufs die Menschen dazu ermuntern soll, sich an diesem Tag den verschiedensten (nichtberuflichen) Betätigungen zu widmen und soziale Kontakte zu pflegen. In diesem Fall ist die Festsetzung eines allgemeinen Ruhetags oder geschäftsfreien Tages, der bereits von einem großen Teil der Bevölkerung traditionell für derartige Betätigungen und Kontakte genutzt wird, zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig und diesem Ziel angemessen.

32. Bis jetzt habe ich in meiner Analyse der von B & Q ausführlich kritisierten Kompliziertheit und mangelnden inneren Konsequenz (sowohl in personeller als auch in örtlicher Hinsicht) der Rechtsvorschriften, um die es im Ausgangsverfahren geht, sowie der lediglich sporadischen Überwachung ihrer Durchführung wenig Gewicht beigemessen. Zwar schließe ich mich der Auffassung an, von der B & Q ausgeht, daß nämlich die etwaige Rechtfertigung einer Regelung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Merkmale dieser Regelung zu beurteilen ist. Die von B & Q vorgebrachten Argumente betreffen jedoch in erster Linie die Wirksamkeit und die innere Konsequenz dieser Regelung. Das Gemeinschaftsrecht stellt aber eine andere Art Anforderung auf: Die von der Regelung ausgelöste konkrete Behinderung muß dem verfolgten Ziel ange-

<sup>53</sup> — Diese Feststellung hat das vorliegende Gericht getroffen. Siehe oben, Nr. 3, Punkt 4.

messen sein, das heißt, sie darf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr nicht stärker einschränken, als für das angestrebte Ziel erforderlich ist; ob die Regelung ihr Ziel *erreicht*, ist dabei unerheblich<sup>54</sup>. Die „Angemessenheit“ einer Maßnahme ist im Gemeinschaftsrecht nur insofern erheblich, als die Maßnahme weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung sein darf. Es geht hier wohlgemerkt um die willkürliche Diskriminierung von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten oder einen verschleierten Schutz des eigenen Marktes. Daß die Regelung *innerhalb ein und desselben Mitgliedstaates* nicht einheitlich anwendbar ist oder durchgesetzt wird, bildet möglicherweise einen Klagegrund nach innerstaatlichem, nicht aber nach Gemeinschaftsrecht.

Zur Stützung dieser Darlegungen verweise ich auf das Urteil in der Rechtssache Henn und Darby<sup>55</sup>, daß die Anwendung eines Verbots der Einfuhr von „anstoßigen oder unzüchtigen Artikeln“ in das Vereinigte Königreich betraf. Auch in dieser Sache ging es um die Rechtfertigung einer britischen Rechtsvorschrift, die nicht im gesamten Hoheitsgebiet des Vereinigten Königreichs einheitlich anwendbar war; außerdem hatte sich herausgestellt, daß (anders als im vorliegenden Fall) für eingeführte Erzeugnisse in der Praxis die strengsten Regeln galten. Auch dort waren Sie gefragt worden, ob das Verbot, um das es ging, eine willkürliche Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung darstellte. Hierzu haben Sie folgendes ausgeführt:

54 — In dieser Hinsicht bestehen zahlreiche Zweifel: Alle geltend gemachten Rechtfertigungsgründe unterstellen, daß die Geschäfte sonntags geschlossen bleiben; der Shops Act erlaubt aber die Öffnung an Sonntagen, jedenfalls wenn die Geschäfte lediglich für den Verkauf von „vom Verbot ausgenommenen Waren“ geöffnet werden. In der Praxis scheint von diesem Hintertürchen reichlich Gebrauch gemacht zu werden. Siehe den „Home Office Report“, Abschnitt 22 (oben, Fußnote 47).

55 — Siehe oben, Fußnote 49.

„Die in den Teilen des Vereinigten Königreichs geltenden einschlägigen Vorschriften haben ungeachtet der zwischen ihnen bestehenden Unterschiede und einiger in ihnen enthaltener Ausnahmen von beschränkter Tragweite insgesamt zum Zweck, die Herstellung und den Absatz von Veröffentlichungen mit anstößigem oder unzüchtigem Charakter zu verbieten oder zumindest zu beschränken“ (Randnr. 21).

Unter diesen Umständen kamen Sie zu dem Ergebnis, daß, obwohl für eingeführte Erzeugnisse die strengste Regelung galt, diese Regelung

„nicht als Maßnahme zum mittelbaren Schutz bestimmter nationaler Produktionen oder zur willkürlichen Diskriminierung von in einem anderen Mitgliedstaat hergestellten Waren dieser besonderen Art gegenüber den im Inland erzeugten angesehen werden“ kann (a. a. O.).

33. Zum Abschluß meiner bisherigen Untersuchung etwaiger Rechtfertigungsgründe möchte ich noch folgendes betonen: Meines Erachtens zeigt diese Untersuchung mit aller Deutlichkeit, daß Maßnahmen, die der betroffene Mitgliedstaat als notwendig hinstellt, häufig nur unter der Voraussetzung beurteilt werden können, daß der Gerichtshof bereit ist, sich mit politischen Entscheidungen zu befassen, für deren Würdigung das Gemeinschaftsrecht keine oder nur wenige Kriterien liefert. Deshalb mein Vorschlag, im Wege einer vertragskonformen Auslegung von Artikel 30 soweit wie möglich dieser heiklen Bewertung staatlicher Maßnahmen der hier streitigen Art aus dem Wege zu gehen.

### Vorschlag zur Beantwortung der Vorlagefragen

34. Zusammenfassend schlage ich Ihnen vor, die Vorlagefragen des Cwmbran Magistrates' Court wie folgt zu beantworten:

„Eine innerstaatliche Regelung, die es verbietet, daß Einzelhandelsgeschäfte am Sonntag für den Verkauf von Waren an Kunden — mit Ausnahme einiger bestimmter Artikel, deren Verkauf erlaubt ist — geöffnet sind, fällt nicht unter das Verbot des Artikels 30, wenn sie nicht zu einer Diskriminierung oder tatsächlichen Benachteiligung der eingeführten gegenüber den inländischen Erzeugnissen führt und den Binnenmarkt des betroffenen Mitgliedstaates nicht abschottet oder für unter die Regelung fallenden eingeführten Waren den Zugang zu diesem Markt nicht ernsthaft erschwert oder unattraktiv macht.“

Für den Fall jedoch, daß Sie der Ansicht sein sollten, eine solche Regelung stelle grundsätzlich eine von Artikel 30 erfaßte Maßnahme dar, schlage ich Ihnen hilfsweise vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

„Die Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag stehen einer innerstaatlichen Regelung nicht entgegen, die es verbietet, daß Einzelhandelsgeschäfte am Sonntag für den Verkauf von Waren an Kunden — mit Ausnahme einiger bestimmter Artikel, deren Verkauf erlaubt ist — geöffnet sind, wenn die Regelung nicht zu einer Diskriminierung oder tatsächlichen Benachteiligung der eingeführten gegenüber den inländischen Erzeugnissen führt und wenn die durch die Anwendung des Verbots möglicherweise verursachten Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels nicht weiter gehen, als notwendig ist, um die nichtberufliche Betätigung und die Pflege sozialer Kontakte an einem bestimmten Tag zu fördern, den ein großer Teil der Bevölkerung bereits für diese Zwecke nutzt.“