

## Sachverhalt

Das spanische Königliche Dekret 1/2007 bestimmt u.a., dass es Tabakeinzelhändlern verboten ist, Tabakerzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in das Königreich Spanien zu importieren. Lediglich Großhändlern, denen vom Königreich Spanien eine entsprechende Konzession bewilligt wurde, ist eine solche Einfuhr gestattet. Bei diesen Großhändlern dürfen die Tabakeinzelhändler ihren Bedarf an Tabakwaren decken. Ein selbstständiger Import von in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union hergestellten und gehandelten Tabakwaren ist den Tabakeinzelhändlern nicht erlaubt.

Eine hiergegen gerichtete Klage der Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT = der spanische Verband der Tabakeinzelhändler) vor einem spanischen Gericht wurde abgewiesen. ANETT wendet sich nun vor dem Tribunal Supremo (oberster Gerichtshof von Spanien) gegen das Königliche Dekret 1/2007 und rügt einen Verstoß gegen das Unionsrecht, speziell die Warenverkehrsfreiheit. Auch wenn die Regelung nicht an die Herkunft der Waren anknüpfe, bestehe eine faktische Marktzugangsbeschränkung, die sich in verschiedenen Tatsachen ausdrücke: Sie – die Tabakeinzelhändler – seien durch das staatliche Monopol gezwungen, ihren Bedarf an Tabakerzeugnissen bei den wenigen zugelassenen Großhändlern zu decken, anstatt diesen direkt aus anderen Mitgliedstaaten zu decken. Diese Form der Bedarfsdeckung weise gegenüber der selbstständigen Einfuhr der Tabakwaren verschiedene Nachteile auf. So könne ein Produkt nur dann vermarktet werden, wenn ein Großhändler dieses vorrätig habe. Die Händler hätten daher keine Möglichkeit, flexibel und nach eigenem Ermessen auf wechselnde Nachfrage bei den Verbrauchern zu reagieren. Weiterhin könne man sich bei grenznahen Tabakbetrieben kostengünstiger eindecken, als dies bei den staatlich zugelassenen Großhändlern möglich ist.

Die spanische Regierung sieht keinen Verstoß gegen das Europarecht. Es liege weder eine Diskriminierung noch eine Beschränkung i.S.d. Art. 34 AEUV vor. Die Regelung des Königlichen Dekrets treffe weder Aussagen über Verkaufsmodalitäten noch sei eine produktbezogene Regelung enthalten. Auch sei im spanischen Recht eine Pflicht der Großhändler vorgesehen, die Verfügbarkeit von nachgefragten Tabakerzeugnissen im Staatsgebiet zu gewährleisten. Die Feststellung der Tatsache, ob eine Nachfrage besteht, liege im Ermessen der Großhändler.

Die Argumentation von ANETT greife daher nicht durch. Selbst wenn eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vorläge, sei diese aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt. So sei nur

durch das Importverbot die Hygienekontrolle der Tabakerzeugnisse gewährleistet. Belege hierfür werden nicht angefügt. Zusätzlich würden aber auch die Verbraucher durch das Importverbot geschützt, da ein einheitliches Angebot an Tabakerzeugnissen in ganz Spanien geschaffen werde. Zuletzt wird angeführt, dass eine Beseitigung des Monopols den Tabakeinzelhändlern einen nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gewähren würde und damit wirtschaftliche Motive für das Importverbot sprächen.

Das angerufene Tribunal Supremo setzt das Verfahren daraufhin aus und legt dem EuGH die Frage vor, ob Art. 34 AEUV dahingehend auszulegen sei, dass das im spanischen Recht vorgesehene Verbot für Tabakeinzelhändler, der Tätigkeit der Einfuhr von Tabakerzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nachzugehen, eine nach dem AEUV verbotene mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt. Die Vorlage zum EuGH wird damit begründet, dass ohne Klärung der Rechtsfrage keine Entscheidung in der Sache getroffen werden könne.

**Anmerkung:** Ein Königliches Dekret ist ein Rechtsakt, durch den ein Gesetz in Kraft gesetzt wird. Gehen Sie davon aus, dass der Sachverhalt nicht durch eine EU-Sekundärrecht geregelt ist.

**Prüfen Sie die Zulässigkeit und Begründetheit der Vorlage des Tribunal Supremo an den EuGH.**

**Zusatzfragen:**

1. Was ist ein „politischer Vertrag“ i.S.d. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG?
2. Bedarf die Kündigung eines solchen Vertrages der Zustimmung der Gesetzgebungsorgane des Bundes?
3. Bedarf der Auslandseinsatz der Bundeswehr der Zustimmung des Bundestages?

**Anmerkung:** Gehen Sie davon aus, dass die gutachterliche Falllösung zu 75 % und die Beantwortung der Fragen zu 25 % in die Bewertung einfließen wird.

## Lösung

Die Klausur beruht auf der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union EuGH, Es. C-456/10, Anett, EuZW 2012, 508 und dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall. Sie behandelt insbesondere die Problematik der Maßnahmen gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV.

### Gutachten

#### A. Annahmefähigkeit der Vorlagefrage / Zulässigkeit

Das Verfahren vor dem EuGH muss zulässig sein. In Betracht kommt ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV.

#### I. Zuständigkeit

Gem. Art 267 Abs. 2 AEUV ist der Gerichtshof der Europäischen Union für die Beantwortung von Vorlagefragen nationaler Gerichte zuständig.

*Fraglich ist lediglich, ob der Gerichtshof oder das Gericht zuständig ist. Nach Art. 256 Abs. 3 AEUV ist das Gericht nur in besonderen Fällen für die Beantwortung von Vorlageersuchen zuständig, wenn die Satzung dies ausdrücklich bestimmt. Die Satzung sieht für den konkreten Fall keine Zuständigkeit des EuG vor.*

*Anmerkung: Die in kursiv gehaltenen Ausführungen können auch von sehr guten Bearbeitern nicht verlangt werden, da in der Regel die Satzung nicht vorliegen wird. Wenn Art. 256 Abs. 3 AEUV gesehen wird, ist dies zu honorieren.*

#### II. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt sind gem. Art 267 AEUV alle Gerichte der Mitgliedstaaten. Das Tribunal Supremo ist der höchste Gerichtshof des Königreichs Spanien und daher ein Gericht i.S.v. Art. 267 AEUV.

#### III. Vorlagegegenstand

Art. 267 Abs. 1 AEUV nennt drei zulässige Vorlagegegenstände. Nach Art. 267 Abs. 1 lit. a) AEUV entscheidet der Gerichtshof über die Auslegung der Verträge. Das Tribunal Supremo stellt eine Frage zur Auslegung des Art. 34 AEUV. Ein zulässiger Vorlagegegenstand ist damit gegeben.

#### **IV. Entscheidungserheblichkeit**

Die Beantwortung der Vorlagefrage durch den EuGH müsste entscheidungserheblich sein. Dies beurteilt grundsätzlich das die Vorlagefrage stellende Gericht, vgl. Art. 267 Abs. 2 AEUV. Der Gerichtshof verneint die Entscheidungserheblichkeit lediglich in Ausnahmefällen, so z.B. dann, wenn es offensichtlich ist, dass es auf seine Antwort für den zu entscheidenden Rechtsstreit nicht ankommen kann. Dies betrifft vor allem Fälle, in denen kein Zusammenhang zwischen der nationalen Regelung und dem Unionsrecht besteht, die betreffende Norm offensichtlich nicht anwendbar ist oder allgemeine und hypothetische Rechtsfragen zur Entscheidung gestellt werden.

Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor. Die Frage ist entscheidungserheblich.

*Anmerkung: Da doch recht eindeutig kein Ausnahmefall gegeben ist, war es nicht notwendig, auf die einzelnen Ausnahmen einzugehen.*

#### **V. Ergebnis**

Die Vorlage zum EuGH ist zulässig.

#### **B. Beantwortung der Vorlagefrage / Begründetheit**

Das Vorabentscheidungsverfahren ist begründet, wenn das Verhalten des Königreichs Spanien tatsächlich gegen primäres oder sekundäres Unionsrecht verstößt. In Betracht kommt eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV. Dazu muss die Warenverkehrsfreiheit in nicht gerechtfertigter Weise beschränkt worden sein.

##### **1. Anwendbarkeit**

Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten muss eröffnet sein. Es muss es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handeln und es darf keine vorrangige sekundärrechtliche Harmonisierung erfolgt sein.

Es geht um die Einfuhr von Tabakerzeugnissen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union in das Königreich Spanien. Ein grenzüberschreitender Bezug ist gegeben. Die Grundfreiheiten verdrängendes Sekundärrecht gibt es nicht.

Die Grundfreiheiten sind anwendbar.

## 2. Schutzbereich des Art. 34 AEUV

### a) Sachlich

Der sachliche Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit muss eröffnet sein. Dazu muss eine Ware i.S.v. Art. 34 AEUV vorliegen, eine Unionsware. Waren sind körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.<sup>1</sup> Dies ist bei den Tabakerzeugnissen der Fall. Gem. Art. 28 Abs. 2 AEUV ist weiterhin erforderlich, dass diese aus einem Mitgliedstaat stammen oder sich in den Mitgliedstaaten in freiem Verkehr befinden. Die spanische Regelung betrifft Importe aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Diese stammen aus den betreffenden Mitgliedstaaten. Zudem besteht in anderen Mitgliedstaaten kein Importverbot, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sich Tabakwaren- und Erzeugnisse dort im freien Verkehr befinden.

Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

### b) Persönlich

Die Warenverkehrsfreiheit hat einen rein sachbezogenen Charakter, da der Schutzbereich an den Begriff der Ware anknüpft.<sup>2</sup> Der Vollständigkeit halber kann aber darauf hingewiesen werden, dass jeder Erbringer oder Inhaber einer Ware, unabhängig von Wohnort oder Staatsangehörigkeit, sich auf die Warenverkehrsfreiheit berufen kann.

*Anmerkung: Sollten keine Ausführungen zum persönlichen Schutzbereich gemacht werden, ist dies als vertretbar zu werten und nicht mit einem Punktabzug zu werten.*

## 3. Beeinträchtigung/Beschränkung/Eingriff

### a) Staatliche Maßnahme

Die Warenverkehrsfreiheit erfasst grundsätzlich nur Beschränkungen, die in zurechenbarer Weise auf staatliches Handeln oder Unterlassen zurückzuführen sind. Das spanische Königliche Dekret 1/2007 stellt als abschließender Akt des Gesetzgebungsverfahrens ein zurechenbares staatliches Handeln dar.

---

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. 14/68, *Walt Wilhelm u.a./Bundeskartellamt*, Slg. 1969, 1; *Leible/Strein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 34 AEUV Rn. 28.

<sup>2</sup> *Epiney*, in: *Ehlers*, *Europäische Grundfreiheiten*, § 8 Rn. 16; a.A.: *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 34 AEUV Rn. 32 ff.

### **b) Mengenmäßige Beschränkung**

Die spanische Regelung zum Tabakmonopol müsste eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen. Nach Art. 34 AEUV fallen darunter zunächst mengenmäßige Beschränkungen. Dafür müsste die Ein- und Ausfuhr bestimmter Waren vollständig verboten oder kontingentiert werden. Das Importverbot kontingentiert die Einfuhr von Tabakwaren jedoch nicht, sondern regelt, dass nur bestimmte Konzessionsnehmer Tabakwaren importieren dürfen. Es besteht kein vollständiges Importverbot, stattdessen besteht für Großhändler die Möglichkeit, beim Staat eine Konzession zu beantragen. Eine mengenmäßige Beschränkung i.S.v. Art. 34 AEUV liegt damit nicht vor.

### **c) Maßnahme gleicher Wirkung**

Die spanische Regelung zum Tabakmonopol könnte aber eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen.

#### *aa) Dassonville-Formel*

Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH zunächst „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“<sup>3</sup>. Die Dassonville-Formel ist im Sinne eines allgemeinen Beschränkungsverbotes gefasst, so dass es nicht darauf ankommt, ob allein ausländische Produkte belastet oder Inlands- und Importwaren gleichermaßen betroffen sind. Zudem genügt die Eignung der Maßnahme, handelsbeschränkende Wirkungen zu entfalten, ob diese tatsächlich eintreten, ist irrelevant. Die spanische Regelung knüpft weder an die Warenherkunft noch an ein neutrales Kriterium an, so dass keine offene oder versteckte Diskriminierung vorliegt. Allerdings wird es den Tabakeinzelhändlern, die keine staatliche Konzession besitzen, durch das Importverbot unmöglich gemacht, Tabakwaren nach Spanien zu importieren und dann zu verkaufen. Darin liegt eine tatsächliche Behinderung des Handels innerhalb der Union und damit grundsätzlich eine Maßnahme gleicher Wirkung.

#### *bb) Keck-Formel*

Zur Einschränkung der sehr weiten Dassonville-Formel entwickelte der EuGH die Keck-Formel. Die Warenverkehrsfreiheit soll zwar den freien Verkehr im Binnenmarkt gewährleisten, bei einer zu extensiven Auslegung wären aber nahezu alle Teile des nationalen Wirtschaftsrechts an

---

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

ihrem Maßstab zu messen. Art. 34 AEUV würde sich zu einem allgemeinen Deregulierungsgebot entwickeln. Danach sind nationale Maßnahmen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, sofern diese Bestimmungen unterschiedslos für alle im Inland tätigen Wirtschaftsteilnehmer gelten und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.<sup>4</sup> Hintergrund dieser Formel ist, dass diskriminierungsfreie Verkaufsmodalitäten nicht geeignet sind, den Marktzugang für die betreffenden Erzeugnisse in einem höheren Maße zu versperren, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun. Unter Verkaufsmodalitäten fallen bspw. das Verbot des Verkaufs zu Verlustpreisen oder Regelungen zum Ladenschluss und zum Sonn- und Feiertagsverkauf. Die Keck-Entscheidung betrifft allerdings nur Verkaufsmodalitäten, für produktbezogene Beschränkungen gilt die Dassonville-Formel weiterhin in vollem Umfang.

Die spanische Regelung durch das Königliche Dekret 1/2007 verbietet es Einzelhändlern gänzlich, Tabakerzeugnisse in das Inland einzuführen. Um den Verkauf der Waren geht es nicht, dieser ist den Einzelhändler weiterhin uneingeschränkt möglich. Im Ergebnis liegt daher keine Verkaufsmodalität vor, die Keck-Formel schränkt den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit vorliegend nicht ein.

#### *aa) Drei-Stufen-Test / ANETT-Formel*

Es verbleibt allerdings bei der Problematik der sehr weiten Dassonville-Formel. Es bedarf daher weiterer positiver Kriterien, um die Maßnahme gleicher Wirkung i.S.v. Art. 34 AEUV zu umschreiben. Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH kann eine Maßnahme gleicher Wirkung in folgenden drei Fällen vorliegen (auch sog. Drei-Stufen-Test / ANETT-Formel)<sup>5</sup>:

- (1) Maßnahmen eines Mitgliedstaates, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Waren aus anderen Mitgliedsstaaten weniger günstig zu behandeln (Grundsatz der Nichtdiskriminierung).
- (2) Vorschriften über Voraussetzungen, denen die Waren entsprechen müssen, selbst wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten (produktbezogene Vorschriften; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden).
- (3) Jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.

---

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

<sup>5</sup> EuGH in der Rs. *Kommission/Italien*, siehe Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05, Slg. 2009, I-519; EuGH, Urt. v. 26.04.2012, Rs. C-456/10, *ANETT*, EuZW 2012, 508; ferner Schlussantrag des GA Bot in der Rs. C-333/14, *Scotch Whisky Association*, der den Drei-Stufen-Test als maßgeblich ansieht, um eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu prüfen; ausführlich hierzu *Cremer/Bothe*, EuZW 2015, 413 ff.; *Schulze-Pabst*, ZJS 2017, 370 ff.

Das Tabakmonopol bezweckt weder, Waren aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, noch handelt es sich um Vorschriften über Voraussetzungen denen die Tabakwaren entsprechen müssen. Es liegen keine produktbezogenen Vorschriften vor, so dass die erste und zweite Stufe nicht einschlägig sind.

In Betracht kommt also lediglich die dritte Stufe der faktischen Marktzugangsbeschränkungen. Durch die dritte Stufe werden Marktzugangsbeschränkungen zu einem eigenständigen Prüfungsmaßstab erhoben, während sie im Rahmen der Keck-Rechtsprechung nur ein einzelnes Begründungselement darstellten. Die Rechtsprechung des EuGH entwickelt sich allerdings insgesamt dahingehend, ohne Erwähnung der Keck-Formel, auf die tatsächliche Marktzugangsbeschränkung abzustellen.<sup>6</sup>

Fraglich ist also, ob die spanische Regelung zum Tabakmonopol und das Importverbot eine Marktzugangsbehinderung darstellen.

*Anmerkung: Eine derartige Herleitung der Drei-Stufen-Formel/ANETT-Formel kann auch von guten Bearbeitern nicht verlangt werden. Es sollte aber gesehen werden, dass die Keck-Rechtsprechung im vorliegenden Fall nicht weiterhilft und danach unter Einbeziehung der im Sachverhalt genannten Argumente geprüft werden, ob eine Handelsbeschränkung vorliegt.*

Für eine Beschränkung des Marktzugangs spricht zunächst, dass die spanische Regelung Tabakeinzelhändlern verbietet, Tabakerzeugnisse direkt aus anderen Mitgliedstaaten einzuführen. Sie zwingt die Einzelhändler, ihren Bedarf bei zugelassenen Großhändlern zu decken. Eine solche Art der Bedarfsdeckung kann aber verschiedene Nachteile aufweisen, welchen die Tabakeinzelhändler nicht ausgesetzt wären, wenn sie die Einfuhr selbst vornehmen könnten. So können die betreffenden Einzelhändler ein aus einem anderen Mitgliedstaat stammendes Tabakerzeugnis nur vermarkten, wenn ein solches im Sortiment der in Spanien zugelassenen Großhändler angeboten wird und diese Großhändler es zugleich vorrätig haben. Wenn somit ein bestimmtes Erzeugnis im Sortiment dieser Großhändler nicht enthalten ist, haben die Tabakeinzelhändler keine direkte, flexible und schnelle Möglichkeit, die Nachfrage ihrer eigenen Kunden, welche an diesem Produkt interessiert sind, zu befriedigen.

Auf der anderen Seite sieht die spanische Regelung aber vor, dass für Einführer die Pflicht vorgesehen ist, die Verfügbarkeit von Tabakerzeugnissen im gesamten Staatsgebiet zu gewährleisten, sofern eine Nachfrage für diese Erzeugnisse besteht. Dies kann allerdings nicht genü-

---

<sup>6</sup> Zunächst EuGH, Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2009, I-519; folgend Urt. v. 04.06.2009, Rs. C-142/05, *Mickelsson*, Slg. 2009, I-4273; Urt. v. 02.12.2010, Rs. C-108/09, *Ker-Optika*, Slg. 2010, I-12213; Urt. v. 01.03.2012, Rs. C-484/10, *Ascafor*, EuZW 2012, 264; Urt. v. 23.12.2015, Rs. C.333/14, *Scotch Whisky Association*, NJW 2016, 621; wiederum nur auf die *Dassonville*-Formel abstellend EuGH, Urt. v. 19.10.2016, Rs. C-148/15, *DocMorris III, Deutsche Parkinson Vereinigung*, NJW 2016, 3771.



gen, um die erwähnten Nachteile zu beseitigen. Die Einführer können sich nämlich dafür entscheiden, von der Einfuhr bestimmter Erzeugnisse, die von einer für zu klein befundenen Zahl von Interessierten nachgefragt werden, ganz abzusehen oder die Einfuhr später vorzunehmen. Die Entscheidung bleibt im Ermessen der Großhändler. Jeder Tabakeinzelhändler wäre hingegen in der Lage, anstelle der Großhändler auf flexiblere und schnellere Weise auf die Nachfrage der Kunden zu reagieren, die mit ihm in direktem und häufigem Kontakt stehen.

Zudem sind Tabakeinzelhändler daran gehindert, ihren Bedarf in den anderen Mitgliedstaaten zu decken, auch wenn die dort niedergelassenen Hersteller oder Großhändler insbesondere in den Grenzregionen günstigere Bezugsbedingungen anbieten können, sei es aufgrund ihrer geografischen Nähe oder aufgrund der besonderen Lieferbedingungen, die sie anbieten.

Alle diese Gesichtspunkte können negative Auswirkungen auf die Auswahl der Erzeugnisse, welche die Tabakeinzelhändler in ihre Sortimente aufnehmen, und letztlich auf den Zugang zum spanischen Markt für die verschiedenen aus den anderen Mitgliedstaaten stammenden Erzeugnisse haben.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die spanische Regelung den Marktzugang für Tabakerzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten faktisch behindert und damit eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vorliegt.

*Anmerkung: An dieser Stelle liegt ein Schwerpunkt der Klausur. Die Bearbeiter sollen die Hinweise im Sachverhalt aufnehmen und auf deren Grundlage diskutieren, ob die spanische Regelung eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt.*

#### **4. Rechtfertigung**

Die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit könnte aber gerechtfertigt sein. Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 36 AEUV kommen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Betracht. Solche liegen vor, wenn eine staatliche Maßnahme aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten ist.<sup>7</sup> In beiden Fällen muss die nationale Maßnahme verhältnismäßig sein, also geeignet, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was dazu erforderlich ist.

##### **a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 36 AEUV**

Bei denen vom spanischen Königreich vorgebrachten Hygienekontrollen könnte es sich um eine Regelung zum Schutz der Gesundheit i.S.v. Art. 36 AEUV handeln. Der Gesundheitsschutz nimmt unter den Schutzgütern des Art. 36 AEUV einen hohen Rang ein, weshalb den Mitglied-

---

<sup>7</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78, *Rewe Zentralfinanz (Cassis de Dijon)*, Slg. 1979, 649; ferner Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921.

staaten ein relativ weiter Beurteilungsspielraum bei Maßnahmen zum Gesundheitsschutz gewährt wird.<sup>8</sup> Das Vorliegen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes erscheint daher möglich. Die Maßnahme muss geeignet sein, diesem Ziel zu dienen. Dabei muss der Mitgliedstaat nachweisen, dass eine tatsächliche Gesundheitsgefahr besteht. Zwar wird das Rauchen an sich als gesundheitsschädlich angesehen, inwiefern das Importverbot für Tabakwaren allerdings eine wirksamere Hygienekontrolle und damit einen besseren Gesundheitsschutz gewährleisten soll, bleibt offen. Es fehlt daher am Nachweis der Geeignetheit der Maßnahme. Der Hygieneschutz kann daher keinen nach Art. 36 AEUV anerkannten, geschriebenen Rechtfertigungsgrund begründen.

### **b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe**

Nachdem eine Rechtfertigung des Eingriffes durch den Gesundheitsschutz mangels Geeignetheit der Maßnahme ausscheidet, bleibt lediglich ein Rückgriff auf die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe. Wie bereits erwähnt können Beeinträchtigungen auch gerechtfertigt sein, wenn sie unterschiedslos für in- und ausländische Produkte gelten und zwingenden Gründe des Allgemeininteresses dienen.

Die spanische Regelung differenziert nicht nach der Herkunft der Tabakerzeugnisse. Sie gilt daher unterschiedslos für in- und ausländische Tabakwaren.

#### *aa) Verbraucherschutz*

Die spanische Regierung führt an, dass durch das Importverbot ein einheitliches Sortiment geschaffen werde, wodurch Verbraucher geschützt würden.

Der Verbraucherschutz ist ein zwingender Grund des allgemeinen Interesses und kann eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit damit grundsätzlich rechtfertigen. Auch werden Verbraucher grundsätzlich durch ein einheitliches Warenangebot geschützt. Das Importverbot ist geeignet, ein einheitliches Angebot zu schaffen und somit dem Verbraucherschutz zu dienen. Um erforderlich zu sein, dürfte es kein anderes milderes Mittel mit gleicher Wirksamkeit geben. Das vollständige Importverbot stellt aber den schärfsten Eingriff dar. Ein einheitliches Sortiment könnte z.B. auch dadurch erreicht werden, dass den Tabakeinzelhändlern die Pflicht auferlegt wird, eine bestimmte Auswahl an Sorten in einem Mindestmaß vorrätig zu haben.

Die Maßnahme ist daher nicht erforderlich, um den Verbraucherschutz zu gewährleisten. Eine Rechtfertigung aus diesem Gesichtspunkt scheidet daher aus.

*Anmerkung: A.A. mit entsprechender Begründung jeweils vertretbar. Im Rahmen der Rechtfertigung kommt es nicht darauf an, dass die Bearbeiter die Rechtsprechung des EuGH zu jedem einzelnen Rechtfertigungsgrund im Detail beherrschen. Es wird aber erwartet, dass die Bearbei-*

---

<sup>8</sup> Leible/Strein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 36 AEUV Rn. 22.

*ter die Differenzierung zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen sowie die Prüfung der Verhältnismäßigkeit kennen, auf dieser Grundlage die Angaben im Sachverhalt aufnehmen und, methodisch nachvollziehbar, eine Begründung entwickeln.*

*bb) Wettbewerbsvorteil*

Das Berufen auf einen übermäßigen Wettbewerbsvorteil kann das spanische Importverbot von vornherein nicht rechtfertigen. Die Erwägung hat originär wirtschaftliche Interessen im Blick, welche keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen<sup>9</sup>.

**c) Ergebnis**

Die spanische Regelung ist weder durch geschriebene noch durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt.

**5. Gesamtergebnis**

Die spanische Regelung aus dem Königlichen Dekret 1/2007 ist mit der Warenverkehrsfreiheit unvereinbar.

---

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 10.06.1984, Rs. 72/83, *Campus Oil Limited*, ECLI:EU:C:1984;256.

**Zusatzfragen:**

1. Ein „politischer Vertrag“ i.S.v. Art. 59 Abs. 2 GG ist ein solcher, bei dem die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft berührt wird.<sup>10</sup>

2. Nach Art. 59 Abs. 2 GG bedürfen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln, der Zustimmung oder Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in Form eines Bundesgesetzes. Eine direkte Aussage im Grundgesetz findet sich daher nur für den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages. Zur Kündigung enthält das Grundgesetz keine Regelung. Ob die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages auch der Zustimmung der gesetzgebenden Organe des Bundes bedarf, ist durch Auslegung des Grundgesetzes zu ermitteln.

Die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung eines Vertragspartners, mit dem Ziel, die Geltung des Vertrages zu beenden. Solche Erklärungen bedürfen grundsätzlich, mit Ausnahme des Art. 115a Abs. 5 GG, nicht der Zustimmung des Bundestages.

Wie bereits erwähnt, findet sich im Wortlaut des Art. 59 Abs. 2 GG kein Zustimmungserfordernis für die Kündigung, so dass die Annahme eines solchen über den Wortlaut hinausginge.

Die deutsche Staatspraxis ging von alters her davon aus, dass die einseitige völkerrechtliche Erklärung der Vertragskündigung nicht der Zustimmung des Bundestages bedürfe. Verfassungshistorisch kann auf Art. 11 Abs. 1 S. 2 der Reichsverfassung verwiesen werden, der für die Kündigung der Verträge ebenfalls kein Zustimmungserfordernis vorsah. Selbiges galt für Art. 45 Abs. 1 und 3 WRV.

*Anmerkung: Historische Argumente werden von den Bearbeitern nicht erwartet, das Vorbringen derselben ist aber zu honorieren.*

Systematisch stellt das Zustimmungserfordernis des Art. 115a Abs. 5 GG für eine völkerrechtliche Erklärung eine Ausnahme dar. Die auswärtige Gewalt liegt grundsätzlich in den Händen der Exekutive, eine extensive Auslegung von Art. 59 Abs. 2 GG scheidet am Grundsatz der Gewaltenteilung. Der Exekutive muss ein Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung verbleiben. Ein umfassender Parlamentsvorbehalt für alle weittragenden Entscheidungen, unter welche die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages fallen würde, ist ebenso abzulehnen. Das Parlament kann, wenn es mit der Kündigung nicht einverstanden ist, die innerstaatliche Fortgeltung des gekündigten Vertragsinhalts durch Beschluss eines neuen Gesetzes ermöglichen. Die Bun-

---

<sup>10</sup> BVerfGE 1, 372, 381; 90, 286, 359.

desregierung muss dagegen auf außenpolitische Entwicklungen schnell reagieren können, was durch ein Zustimmungserfordernis konterkariert würde. Bei Missbilligung des Vorgehens der Bundesregierung bleiben die parlamentarischen Kontrollbefugnisse bestehen.

Ein Zustimmungserfordernis des Bundestages für die Kündigung von Verträgen besteht daher nicht.

*Anmerkung: Eine so ausführliche Argumentation kann wegen der Bearbeitungszeit von 120 Minuten nicht verlangt werden. Es ist aber zu fordern, dass die Bearbeiter das Problem zumindest kurz diskutieren.*

3. Für Auslandseinsätze der Bundeswehr gilt der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt.<sup>11</sup> Danach bedarf der Auslandseinsatz der Zustimmung des Bundestages. Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes sind darauf angelegt, die Bundeswehr als Machtpotential nicht alleine der Regierung zu überlassen. Vielmehr fügt sich diese als Parlamentsheer in die demokratische-rechtstaatliche Verfassungsordnung des Grundgesetzes ein. Der Parlamentsvorbehalt wird mit einer „Gesamtanalogie“ der wehrverfassungsrechtlichen Normen und die Verfassungstradition begründet. Das Zustimmungserfordernis ist nicht auf Einsätze innerhalb von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit beschränkt, sondern gilt allgemein für Einsätze deutscher Soldaten im Ausland und unabhängig davon, ob diese einen kriegerischen oder kriegsähnlichen Charakter haben.<sup>12</sup>

Eine Ausnahme gilt bei Gefahr im Verzug. Die Bundesregierung darf alleine den Einsatz der Streitkräfte beschließen, muss aber den Bundestag mit dem Einsatz befassen und die Streitkräfte auf dessen Verlangen zurückrufen. Eine nachträgliche Zustimmung des Bundestages ist lediglich dann nicht einzuholen, wenn Gefahr im Verzug vorlag und eine rechtserhebliche parlamentarische Einflussnahme nicht mehr möglich war. In diesem Fall besteht aber noch eine Unterrichtungspflicht.

*Hauptgegenstand dieser mittelschweren Klausur ist die Problematik der Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV. Die gutachterliche Bearbeitung sollte zu 75 % und die Beantwortung der Fragen zu 25 % in die Bewertung einfließen.*

---

<sup>11</sup> Grundlegend BVerfG 90, 286 ff.

<sup>12</sup> BVerfGE, 140, 160.