

Schwerpunktbereichsklausur Unionsrecht: Nationales Verbot des Online-Vertriebs von Kontaktlinsen

Von Prof. Dr. **Matthias Klatt**, Wiss. Mitarbeiterin **Elsa Mein**, **Shino Ibold**, Hamburg/Berlin*

Diese Klausur war, ergänzt um eine völkerrechtliche Zusatzaufgabe¹, im Sommersemester 2011 Teil der universitären Prüfung im Schwerpunktbereich „Europa- und Völkerrecht“ an der Universität Hamburg. Sie basiert auf einer Entscheidung des EuGH² und behandelt im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens grundlegende Fragen des Unionsrechts. Im Wesentlichen geht es um die Vereinbarkeit eines nationalen Verbotes des Online-Vertriebs von Kontaktlinsen mit dem Unionsrecht, wobei sowohl die Richtlinie 2000/31 als auch die Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstab heranzuziehen waren. Ein Schwerpunkt lag in der Prüfung der Vereinbarkeit des Verbotes mit der Warenverkehrsfreiheit. Dabei war insbesondere die Frage zu erörtern, ob das Verbot eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellt. Für die Bewertung waren außerdem Güte und Ausführlichkeit der Argumentation im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Differenzierung zwischen der Richtlinie 2000/31 und den Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstäbe relevant. Die Klausur fiel mit einem Schnitt von 9,93 Punkten deutlich überdurchschnittlich aus.

Sachverhalt

Im Mitgliedsstaat M ist zum Vertrieb von Kontaktlinsen ein mindestens 18 m² großes Fachgeschäft erforderlich. Beim Kauf sind die Dienste eines Optikermeisters oder eines auf Kontaktlinsen spezialisierten Augenarztes in Anspruch zu nehmen, der im Geschäft anwesend sein muss. Dies gilt auch für den Vertrieb von Kontaktlinsen, die in einem anderen Mitgliedsstaat hergestellt wurden. Das nationale Recht regelt diese Voraussetzungen durch eine Verordnung, die aufgrund des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und Dienste der Informationsgesellschaft erlassen worden ist. Dieses Gesetz soll die Richtlinie 2000/31 in nationales Recht umsetzen.

Die aus dem Mitgliedsstaat M stammende Gesellschaft K vertreibt Kontaktlinsen, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Union hergestellt werden, ausschließlich über ihre Webseite. Der Vertrieb umfasst den Abschluss des Kaufvertrages sowie die anschließende Lieferung. Die Gesundheitsbehörde des Mitgliedsstaates M untersagt der K den weiteren Vertrieb der Kontaktlinsen. Dabei stützt sie sich auf die oben genannte

Verordnung, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet nicht gestatte.

K klagt schließlich beim zuständigen Gericht des Mitgliedstaats M gegen die Verbotsverfügung. Sie macht geltend, dass die zugrundeliegende Verordnung europarechtswidrig sei. Beschränkungen des Vertriebs von Kontaktlinsen über das Internet verstießen gegen die RL 2000/31 und gegen die Grundfreiheiten. Dies zeige auch Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und Dienste der Informationsgesellschaft.

Die Gesundheitsbehörde ist anderer Ansicht. Sie stützt sich auf den 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31. Aus ihm ergebe sich, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr den Vertrieb von Kontaktlinsen nicht umfassen könne. Denn Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können (wie ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung des Patienten) seien keine Dienste der Informationsgesellschaft. Man könne die erforderliche ärztliche Untersuchung gar nicht von dem Vertrieb von Kontaktlinsen trennen.

Das Bezirksgericht setzt daraufhin das Verfahren aus und ruft den Europäischen Gerichtshof an. Es will dabei zweierlei wissen: ob der „Vertrieb“ von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt und ob „das Unionsrecht“ nationalen Regelungen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbieten, entgegensteht.

Die Regierung des Mitgliedstaates macht geltend, dass die fragliche Regelung dem Schutz der Gesundheit von Kontaktlinsenträgern diene. Es sei notwendig, die Kontaktlinsen in Fachgeschäften in Empfang zu nehmen, da die Verbraucher direkten Zugang zu einem Optikermeister oder fachkundigen Augenarzt haben müssten. Nur diese Spezialisten könnten die erforderliche körperliche Untersuchung vornehmen, Kontrollen durchführen und Anleitungen zum Tragen der Kontaktlinsen geben. Nur die persönliche Anwesenheit eines Kontaktlinsenspezialisten könne garantieren, dass die Verbraucher ausreichend über die Risiken informiert werden. Auch gelte es, diese Risiken durch die sachkundige Anleitung zu verringern. Beim Vertrieb über das Internet sei dies nicht möglich.

Dagegen hatte die K noch ausgeführt, es liege in der Eigenverantwortung der Verbraucher, inwiefern sie eine solche Beratung in Anspruch nehmen wollten. Auch könnten Untersuchungen, Anleitung und Kontrollen getrennt vom Kauf durch frei gewählte niedergelassene Augenärzte durchgeführt werden. Zudem könnte über interaktive Elemente auf der Webseite, die vor Vertragsschluss zwingend verwendet werden müssten, eine Beratung sichergestellt werden. Schließlich seien jedenfalls nach dem ersten Kauf die Anleitung oder Konsultation in der Regel nicht mehr erforderlich.

* Der Autor *Klatt* ist Inhaber einer Juniorprofessur für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Hamburg, die Autorin *Ibold* ist dort studentische Mitarbeiterin. Die Autorin *Mein* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Völkerrecht unter Einschluss des Umweltschutzrechts (Lehrstuhlinhaber: Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Philip Kunig*) an der Freien Universität Berlin.

¹ Die Zusatzaufgabe lautete: „Nehmen Sie zu völkerrechtlichen Problemen der Tötung des Al Quaida-Chefs Osama bin Laden durch amerikanische Soldaten Stellung.“

² EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika).

Bearbeiterhinweis

In einem Gutachten ist – ggf. hilfsweise – zu prüfen, wie der EuGH entscheiden wird. Dabei ist anzunehmen, dass Kontaktlinsen medizinische Hilfsmittel darstellen, deren Anwendung in einzelnen Fällen zu Augenentzündungen oder sogar zu bleibenden Sehstörungen führen könne. Dieses Risiko kann durch eine ärztliche Konsultation verringert werden.

Materialien*Art. 3 der Richtlinie 2000/31*

(1) Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.

(2) Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.

(3) [...]

(4) Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft von Absatz 2 abweichen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Die Maßnahmen

i) sind aus einem der folgenden Gründe erforderlich:

- Schutz der öffentlichen Ordnung [...]
- Schutz der öffentlichen Gesundheit [...]
- Schutz der öffentlichen Sicherheit [...]

18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31

(18) Die Dienste der Informationsgesellschaft umfassen einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstattengehen. Diese Tätigkeiten können insbesondere im Online-Verkauf von Waren bestehen. Tätigkeiten wie die Auslieferung von Waren als solche oder die Erbringung von Offline-Diensten werden nicht erfasst. [...] Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können, wie ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung eines Patienten, sind keine Dienste der Informationsgesellschaft.

Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr und Dienste der Informationsgesellschaft

Zur Aufnahme oder Ausübung von Diensten der Informationsgesellschaft ist keine vorherige Zulassung oder behördliche Entscheidung mit gleicher Rechtswirkung notwendig.

Lösung**I. Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens**

Die Beantwortung der Vorlagefragen des Bezirksgerichts durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) setzt zunächst voraus, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vorabentscheidungsverfahrens erfüllt sind.

1. Zuständigkeit des EuGH

Gemäß Art. 267 AEUV ist der EuGH für die Beantwortung von Vorlagefragen nationaler Gerichte zuständig.

2. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt sind gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV alle Gerichte der Mitgliedsstaaten, die mit der Vorlagefrage im Rahmen ihrer Urteilsfindung befasst sind, also auch das Bezirksgericht des Mitgliedsstaats M.

3. Vorlagegegenstand – zulässige Vorlagefrage

In Art. 267 Abs. 1 AEUV sind drei zulässige Vorlagegegenstände genannt: Fragen über die Auslegung der Verträge und Fragen über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union. Das Bezirksgericht legt zwei Fragen vor: Zum einen, ob der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt. Die Frage nach der Anwendbarkeit einer Richtlinie umfasst die Frage ihrer Auslegung. Es geht folglich um die Auslegung von sekundärrechtlichen Unionsrechtsnormen. Dies ist nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV ein zulässiger Vorlagegegenstand. Zum anderen fragt das Bezirksgericht danach, ob das Unionsrecht nationalen Regelungen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbieten, entgegensteht. Somit fragt es nach der Auslegung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, worin nach Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV ebenfalls ein zulässiger Vorlagegegenstand besteht. Da das Bezirksgericht hier nicht nach der Auslegung der nationalen Verordnung fragte, sondern abstrakt um die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bat, handelt es sich bei beiden Fragen um zulässige Vorlagefragen.³

4. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

Die Beantwortung der Vorlagefrage müsste für den Ausgangsstreit entscheidungserheblich sein. Ob dies der Fall ist, beurteilt grundsätzlich das vorlegende Gericht.⁴ Der EuGH prüft die Entscheidungserheblichkeit nur daraufhin, ob Vorlagen lediglich konstruiert oder offensichtlich hypothetisch sind, oder ob zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und den Gegebenheiten des Ausgangsverfahrens offensichtlich kein Zusammenhang besteht.⁵ Vorliegend ist der Zusammenhang zwischen der Vorlagefrage und dem

³ Vgl. *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 683; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl. 2003, Art. 234 EG Rn. 26; EuGH, Urt. v. 11.7.1985 – 60/84 u. 61/84 (Cinéthèque), Rn. 26 = Slg. 1985, 2605; EuGH, Urt. v. 29.5.1997 – C-299/95 (Kremzow), Rn. 15 ff. = Slg. 1997, I-2629

⁴ Vgl. *Streinz* (Fn. 3), Rn. 685.

⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.12.1981 – 244/80 (Foglia/Novello), Rn. 18 = Slg. 1981, 3045; EuGH, Urt. v. 12.3.1998 – C-314/96 (Djabali), Rn. 18 f. = Slg. 1998, I-1149; EuGH, Urt. v. 21.1.2003 – C-318/00 (Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins), Rn. 41 ff. = Slg. 2003, I-905; *Streinz* (Fn. 3), Rn. 685.

Ausgangsverfahren gegeben. Damit ist die Beantwortung der Vorlagefrage entscheidungserheblich.

5. Zwischenergebnis

Die Vorlage beim EuGH ist zulässig.

II. Vorlageentscheidung

Durch seine Vorlagefrage möchte das Bezirksgericht erfahren,

1. ob der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt und
2. ob das Unionsrecht nationalen Regelungen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbieten, entgegensteht.

1. Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/31

Vorüberlegungen:

1. Es ist zunächst zu ermitteln, ob Sekundärrecht vorliegt, welches grundfreiheitsrelevante Bestimmungen enthält.
2. Der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet umfasst verschiedene Schritte:
 - Angebot zum Onlineabschluss eines Vertrags und elektronischer Vertragsschluss
 - Vertrieb, also Lieferung des verkauften Produkts
 - Dem Verkauf oder der Lieferung eventuell vorhergehenden Konsultation eines Arztes durch den Kunden

Zunächst ist der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 zu bestimmen. Die Frage, ob der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 fällt, richtet sich nach dem 18. Erwägungsgrund zu dieser Richtlinie. Dabei ist zwischen den verschiedenen Schritten des Vertriebs, nämlich zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der anschließenden Lieferung, zu unterscheiden.

Aus dem 18. Erwägungsgrund der RL 2000/31 geht hervor, dass der Online-Verkauf von Waren umfasst ist. Damit umfasst der koordinierte Bereich der Richtlinie 2000/31 grundsätzlich jene nationalen Vorschriften, die den Verkauf von Kontaktlinsen, d. h. das Online-Angebot und den Vertragschluss auf elektronischem Wege, verbieten.

Die nationalen Vorschriften über die Lieferung der über das Internet gekauften Ware fallen jedoch ausdrücklich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Möglicherweise könnte die Anwendbarkeit der Richtlinie auch bezüglich des Kontaktlinsenverkaufs ausgeschlossen sein. Aus dem 18. Erwägungsgrund ergibt sich, dass Tätigkeiten, die ihrer Art nach nicht aus der Ferne und auf elektronischem Wege ausgeübt werden können, wie ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung eines Patienten, keine Dienste der Informationsgesellschaft sind und somit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Der Verkauf der Kontaktlinsen wäre also nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst, wenn der ärztliche Rat samt körperlicher Untersuchung *untrennbarer* Bestandteil des Verkaufs von Kontaktlinsen wäre. Die Tatsache, dass Kontaktlinsen medizinische Hilfsmittel darstellen, deren An-

wendung in einzelnen Fällen Augenzündungen oder sogar bleibende Sehstörungen hervorrufen kann, spricht für die Notwendigkeit einer vorherigen Untersuchung und Beratung durch einen zuständigen Arzt oder Optikermeister. Der Kontaktlinsenverkauf kann jedoch auch auf Grundlage einer dem Kauf zeitlich vorgelagerten ärztlichen Verschreibung erfolgen. Ärztliche Kontrollen und Beratungen zwecks Feststellung der Auswirkungen und Verträglichkeit des Tragens der Linsen erfolgen wiederum erst während der Verwendung der Kontaktlinsen und damit zwingend nach dem Kauf. Da die Untersuchung unabhängig vom Verkaufsvorgang durchgeführt werden kann ist sie kein *untrennbarer* Bestandteil des Verkaufs von Kontaktlinsen.

Eine den Abschluss des Kaufvertrages über Kontaktlinsen über das Internet verbietende nationale Vorschrift fällt folglich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31. Dagegen ist diese Richtlinie hinsichtlich der Lieferung von Kontaktlinsen nicht anwendbar.

2. Vereinbarkeit des Verbots mit dem Unionsrecht

Die Vorschriften bezüglich des Verkaufs fallen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31 und sind somit abschließend nach dieser Richtlinie zu beurteilen.

Da die Vorschriften über die Voraussetzungen für die Lieferung von Kontaktlinsen nicht in den Anwendungsbereich der RL 2000/31 fallen, sind sie anhand des Primärrechts, d. h. des AEUV, zu prüfen.⁶

a) Verstoß gegen Richtlinie 2000/31

Ein Verstoß gegen die Richtlinie kommt nur hinsichtlich des Art. 3 II RL 2000/31 infrage. Danach darf der Mitgliedsstaat den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedsstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Wie bereits dargestellt, sind Angebote und Vertragsabschlüsse über Kontaktlinsen, die online erfolgen, Dienste der Informationsgesellschaft. Das Verbot, welches auch für Kontaktlinsen aus anderen Mitgliedsstaaten gilt, schränkt dabei den freien Verkehr ein. Dies ist grundsätzlich unzulässig. Allerdings dürfen die Mitgliedsstaaten nach Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i RL 2000/31 von diesem Verbot abweichen, soweit die Maßnahme, hier das Verbot des Online-Verkaufs von Kontaktlinsen, zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist.

Was Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Gesundheit betrifft, ist zu berücksichtigen, dass die Gesundheit und das Leben der Menschen den höchsten Rang unter den Schutzgütern einnehmen, und dass es in der Kompetenz der Mitgliedsstaaten liegt, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen

⁶ Wurde diese Abgrenzung in Verkaufs- und Lieferungs Vorschriften bzw. ihre jeweiligen Prüfungsmaßstäbe – die Richtlinie 2000/31 und den AEUV bzw. die Grundfreiheiten – nicht präzise vorgenommen, so ist eine folgerichtige Lösung der Klausur allein anhand der Grundfreiheiten dennoch möglich, da die Richtlinie 2000/31 inhaltlich die Grundfreiheiten abbildet.

und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Dabei ist ihnen ein Wertungsspielraum zuzugestehen.⁷

aa) Geeignetheit

Die fragliche Regelung müsste geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels – hier des Gesundheitsschutzes von Kontaktlinsenträgern – zu gewährleisten.

Kontaktlinsen sind medizinische Hilfsmittel, deren Anwendung in einzelnen Fällen Augenzündungen oder sogar bleibende Sehstörungen hervorrufen kann. Darin liegt ein Risiko für die Gesundheit der Kontaktlinsenträger, welches durch Beratung und fachgerechte Untersuchungen verringert werden kann. Die vorliegende Regelung behält die Aushändigung von Kontaktlinsen Optikergeschäften vor, die über ein solches Fachpersonal verfügen. Sie ist daher geeignet, den Gesundheitsschutz von Kontaktlinsenträgern zu gewährleisten, indem sie das bestehende Risiko verringert.

bb) Erforderlichkeit

Die Regelung darf jedoch nicht über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgehen, es darf also keine den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft weniger beeinträchtigenden Maßnahmen geben, durch die das Ziel ebenso effektiv verfolgt würde.

Der Mitgliedstaat kann zwar verlangen, dass der am besten geeignete Kontaktlinsentyp durch einen Spezialisten festgestellt wird, dies ist aber regelmäßig nur vor der ersten Lieferung der Kontaktlinsen erforderlich, nicht jedoch bei späterer Nachbestellung. Kommt es nach der Erstbestellung zu Veränderungen des Sehvermögens des Kunden, kann dies ebenfalls durch einen unabhängigen Augenarzt diagnostiziert werden, der dann das notwendige Rezept ausstellt. Dem Kunden kann für diesen Fall die Pflicht auferlegt werden, den Händler über Veränderungen zu informieren.

Die Hauptaufgabe des Fachpersonals liegt folglich in der Beratung der Kunden. Eine solche Beratung ist jedoch fakultativ und ihre Inanspruchnahme liegt in der Eigenverantwortung des Verbrauchers.⁸ Zudem kann die Beratung ebenso durch interaktive Elemente auf der Webseite gewährleistet werden, wenn diese zwingend verwendet werden müssen.

Gleiches gilt für zusätzliche Informationen und Ratschläge, die gegebenenfalls mit der längeren Verwendung von Kontaktlinsen einhergehen müssen. Auch kann der Mitgliedstaat den Händlern die Pflicht auferlegen, dem Kunden einen qualifizierten Optiker zur Verfügung zu stellen, der aus der Ferne Informationen und Ratschläge zur Verwendung und Pflege von Kontaktlinsen gibt. Dies kann sogar für den Verbraucher von Vorteil sein, da er Fragen gezielt und überlegt stellen kann, ohne das Haus verlassen zu müssen.

Demnach kann das Ziel, den Schutz der Gesundheit der Kontaktlinsenträger zu gewährleisten, auch durch Regelungen erreicht werden, die weniger beschränkend sind als die fragliche.

⁷ EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 58; EuGH, Urt. v. 1.6.2010 – C-570/07 u. C-571/07 (Blanco Pérez und Chao Gómez), Rn. 44 = Slg. 2010, I-4629.

⁸ EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 68.

che. Ein Mitgliedstaat, der eine solche erlässt, überschreitet damit den Wertungsspielraum, der den Mitgliedsstaaten beim Gesundheitsschutz zusteht. Das Verbot des Kaufvertragsabschlusses von Kontaktlinsen über das Internet ist nicht erforderlich und somit nicht nach Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i gerechtfertigt.⁹

cc) Zwischenergebnis

Da das Verbot nicht zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist, scheidet eine Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i aus. Art. 3 Abs. 2 RL 2000/31 steht daher einer nationalen Regelung entgegen, die Online-Kaufvertragsabschlüsse über Kontaktlinsen verbietet.

b) Verstoß gegen Grundfreiheiten

In Betracht kommt ein Verstoß der nationalen Regelung gegen die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34, 36 AEUV oder gegen die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 57 AEUV.

aa) Abgrenzung zwischen Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit

Gem. Art. 57 Abs. 1 AEUV erfasst die Dienstleistungsfreiheit Leistungen nur, „soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren[...]verkehr [...] unterliegen“. Die Dienstleistungsfreiheit tritt demnach im Wege der formellen Subsidiarität hinter die Regelung gem. Art. 34, 36 AEUV zurück.

Grundsätzlich erfolgt die Abgrenzung von Dienstleistungsfreiheit und Warenverkehrsfreiheit anhand des Körperlichkeitskriteriums.¹⁰ Die Warenverkehrsfreiheit erfasst die Verbringung körperlicher Gegenstände über eine Grenze, die Dienstleistungsfreiheit hingegen Leistungen nicht-körperlicher Art.

Die vorliegende Regelung betrifft den Verkauf von Kontaktlinsen über das Internet und deren Lieferung zum Verbraucher nach Hause und damit den Handel mit körperlichen Gegenständen. Sie ist daher ausschließlich anhand der Vorschriften über den freien Warenverkehr, also der Art. 34 und 36 AEUV, zu überprüfen.¹¹

⁹ An dieser Stelle wäre auch die Annahme der Erforderlichkeit der Regelung vertretbar, wenn überzeugend argumentiert wird, dass eine persönliche Beratung im Gegensatz zu einer alternativen Beratung etwa durch interaktive Websitelemente oder per Telefon zur Förderung des Gesundheitsschutzes der Verbraucher effektiver ist. Dennoch wäre dann wohl – gerade vor dem Hintergrund, dass die Inanspruchnahme einer Beratung in der Eigenverantwortung der Verbraucher liegt – die Angemessenheit der Regelung zu verneinen.

¹⁰ Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 321; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 957; Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 49. Lfg., Stand: November 2012, Art. 57 AEUV Rn. 180.

¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Rn. 65, 76 u. 124 = Slg. 2003, I-14887; EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 43 ff.

bb) Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34, 36 AEUV

(1) Schutzbereich

Die Kontaktlinsen müssten Unionswaren im Sinne von Art. 28 Abs. 2 AEUV sein. Waren sind körperliche Sachen, die einen Handelswert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.¹² Sie müssen sich zudem im freien Verkehr befinden.¹³ Alle diese Kriterien treffen auf die Kontaktlinsen zu. Da es sich bei den Kontaktlinsen um Waren aus anderen Mitgliedsstaaten handelt, ist auch die grenzüberschreitende Dimension des Sachverhalts gegeben.¹⁴ Es liegt ferner keine Ausnahme nach Art. 346 Abs. 1 AEUV vor.

(2) Eingriff

Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit liegt vor, wenn es sich bei der Regelung um eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung seitens des Mitgliedstaates handelt.¹⁵

(a) Staatliche Maßnahme

Die fraglichen Regelungen sind Inhalt einer staatlichen Verordnung und daher dem Mitgliedstaat zuzurechnen.

(b) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung

Unter einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung ist jede staatliche Maßnahme zu verstehen, welche die Einfuhr einer Ware der Menge oder dem Wert nach begrenzt oder völlig (auf Dauer oder zeitweise) verbietet.¹⁶ Vorliegend geht es um eine Regelung, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet insgesamt verbietet und nicht nur der Menge oder dem Wert nach begrenzt. Zwar kann auch ein völliges Verbot eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung darstellen. Dies jedoch nur dann, wenn eine Beschränkung spezifisch die Einfuhr bzw. Durchfuhr, also grenzüberschreitende Vorgänge, betrifft oder bei Vorliegen einer unüberwindbaren Maßnahme, welche die Einfuhr oder Durchfuhr bestimmter Waren gänzlich oder der Menge oder dem Wert nach quantifizierbar be-

hindert.¹⁷ Vorliegend wird durch die Regelung jedoch nicht die Einfuhr der Kontaktlinsen verhindert, sondern lediglich ihr Vertrieb an die Kunden über das Internet. Die Regelung stellt folglich keine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung dar.¹⁸

Es könnte sich jedoch um eine Maßnahme gleicher Wirkung handeln. Nach der sog. „Dassonville-Formel“ ist jede Handelsregelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Sinne des Art. 34 AEUV anzusehen.¹⁹ Die Einschränkung des Versandhandels von Kontaktlinsen über das Internet stellt dabei eine unmittelbare und tatsächliche Behinderung des Handels dar.

Diese Weite des Eingriffsbegriffs wurde durch den EuGH mit dem Keck-Urteil wieder eingeschränkt.²⁰ Danach sollen solche nationalen Bestimmungen keine Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten darstellen, die nicht geeignet sind, „den Marktzugang für [ausländische] Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse“²¹ tun. Dabei unterscheidet der EuGH zwischen „bestimmten Verkaufsmodalitäten“, die den Marktzugang für ausländische Produkte nicht behindern und damit nicht unter den Schutz von Art. 34 AEUV fallen, und produktbezogenen Regelungen, welche in den Schutzbereich der Norm fallen.

Diese „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ sind Regelungen, die bestimmte Verkaufs- oder Absatzmodalitäten von Waren betreffen, den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren und für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben.²²

Die „produktbezogenen Regelungen“ sind jene Vorschriften, welche die Herstellung, Verpackung, Kennzeichnung oder Zulassung betreffen und somit die Verkehrsfähigkeit von Pro-

¹² *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 22 Rn. 18; *Schmidt*, VR 2006, 99 (100); EuGH, Urt. v. 21.10.1999 – C-97/98 (Jägerskiöld), Rn. 30 ff. = Slg. 1999, I-7319.

¹³ *Streinz* (Fn. 3), Rn. 790; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 819; *Ruffert*, JuS 2009, 97 (98); *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 12), § 22 Rn. 19.

¹⁴ *Hobe*, Europarecht, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 63; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 12), § 22 Rn. 19; EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – 7/68 (Kommission/Italien) = Slg. 1968, 634.

¹⁵ *Epiney*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 23 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 827 ff.

¹⁶ *Streinz* (Fn. 3), Rn. 876; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 831; *Hobe* (Fn. 14), § 15 Rn. 66; *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 3), Bd. 1, Art. 28 EG Rn. 16; EuGH, Urt. v. 12.7.1973 – 2/73 (Geddo), Rn. 7 = Slg. 1973, 865.

¹⁷ Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 16), Art. 28 EG Rn. 26.

¹⁸ Die Abgrenzung zwischen „mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen“ und „Maßnahmen gleicher Wirkung“ wird vom EuGH meist nicht vorgenommen, da der Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ alle „mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen“ umfasst. Vgl. *Streinz* (Fn. 3), Rn. 876; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 36 Rn. 126.

¹⁹ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 833; EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – 8/74 (Dassonville), Rn. 5 = Slg. 1974, 837; EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-110/05 (Kommission/Italien), Rn. 33 = Slg. 2009, I-568; EuGH, Urt. v. 26.4.2012 – C-456/10, Rn. 32.

²⁰ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 839; EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91 (Keck u. Mithouard) = Slg. 1993, I-6097.

²¹ EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91 (Keck u. Mithouard), Rn. 16 f. = Slg. 1993, I-6097.

²² *Streinz* (Fn. 3), Rn. 881; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 839; EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91 (Keck u. Mithouard), Rn. 16 = Slg. 1993, I-6097.

dukten umfassen.²³ Auf diese Regelungen ist weiterhin die „Dassonville-Formel“ anwendbar, d.h. die Regelungen werden als Maßnahmen gleicher Wirkung eingestuft.²⁴

Das Verbot des Internetvertriebs von Kontaktlinsen regelt eine Absatzmodalität und damit eine „bestimmte Verkaufsmodalität“, wobei es nicht auf das Produkt bezogen ist. Damit könnte die Einschränkung der „Keck-Formel“ greifen.

Die genannte Regelung gilt für alle Wirtschaftsteilnehmer, die Kontaktlinsen über das Internet vertreiben. Das Verbot gilt auch für aus anderen Mitgliedstaaten stammende Kontaktlinsen, die Gegenstand eines Versandhandelsverkaufs und einer Lieferung an in Mitgliedstaat M wohnende Verbraucher sind.

Fraglich ist, ob das Verbot den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt.

Das Verbot des Vertriebs von Kontaktlinsen im Wege des Versandhandels enthält den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten eine besonders effiziente Modalität für den Vertrieb dieser Waren vor, sodass deren Zugang zum Markt des betroffenen Mitgliedstaats erheblich behindert wird. Das Verbot schneidet zwar auch im inländischen Handel einen Vertriebsweg ab, die ausländischen Händler sind jedoch noch stärker betroffen, da das Internet für sie oft alternativlos ist. Anders als die inländischen Händler können sie nicht auf eine feste Verkaufseinrichtung zurückgreifen.²⁵ Die Regelung betrifft ausländische Kontaktlinsenhändler daher nicht in gleicher Weise wie inländische.

Es handelt es sich damit zwar um eine absatzbezogene Regelung, allerdings berührt das Verbot den Absatz der inländischen Produkte tatsächlich nicht in gleicher Weise wie den Absatz der Produkte aus den Mitgliedsstaaten. Die „Keck-Formel“ kommt daher nicht zur Anwendung.²⁶

Damit besteht in der Regelung eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.v. Art. 34 AEUV.²⁷

(c) Zwischenergebnis

Die nationale Verordnung greift in die Warenverkehrsfreiheit ein.

(3) Rechtfertigung

Eine Beschränkung des freien Warenverkehrs kann durch die in Art. 36 AEUV aufgezählten Gründe des Allgemeininteresses oder durch zwingende Erfordernisse („Cassis-Formel“)²⁸

gerechtfertigt werden. In beiden Fällen muss die nationale Maßnahme dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.²⁹

Die Regierung macht geltend, dass die fragliche Regelung notwendig sei, um den Schutz der Gesundheit von Kontaktlinsenträgern zu gewährleisten. Diese Begründung bezieht sich auf Belange der öffentlichen Gesundheit, welche eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertigen können.

Da der öffentliche Gesundheitsschutz in Art. 36 AEUV explizit geregelt wird, ist ein Rückgriff auf die „Cassis-Formel“ nicht notwendig.

Bei Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Gesundheit ist zu berücksichtigen, dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedsstaaten ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Dabei ist ihnen ein Wertungsspielraum zuzugestehen.³⁰

Das bereits oben Ausgeführte gilt dabei auch für die Lieferung der Kontaktlinsen. Demnach kann das Ziel, den Schutz der Gesundheit der Kontaktlinsenträger zu gewährleisten, durch eine Regelung erreicht werden, die weniger beschränkend ist als die fragliche. Folglich ist die vorliegende Regelung nicht erforderlich und schon deshalb nicht verhältnismäßig. Ein Mitgliedstaat, der eine derartige Regelung erlässt, überschreitet damit auch den Wertungsspielraum, der den Mitgliedsstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes zusteht.

Die Maßnahme ist somit nicht durch Art. 36 AEUV gerechtfertigt.

cc) Zwischenergebnis

Der freie Warenverkehr gem. Art. 34 AEUV steht einer nationalen Regelung entgegen, welche die Auslieferung von Kontaktlinsen nach einem Kauf über das Internet verbietet.

3. Ergebnis

Der Verkauf von Kontaktlinsen über das Internet fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Eine Regelung, die den Verkauf verbietet, beschränkt die Garantie aus Art. 3 Abs. 2 RL 2000/31. Sie ist jedoch nicht erforderlich und daher nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes gem. Art. 3 Abs. 4 lit. a sublit. i gerechtfertigt. Nationale Vorschriften über die Lieferung von Kontaktlinsen fallen nicht in den Anwendungsbereich der RL 2000/31, beschränken aber in unzulässiger Weise den freien Warenverkehr gem. Art. 34 AEUV.

²³ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 840.

²⁴ EuGH, Urt. v. 2.2.1994 – C-315/92 (Clinique), Rn. 13 = Slg. 1994, I-317; Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 839.

²⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Rn. 74 = Slg. 2004, I-14887.

²⁶ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 842 ff.; Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 78.

²⁷ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 842 f. u. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Rn. 76 = Slg. 2004, I-14887.

²⁸ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Rn. 1 ff. = Slg. 1979, 649; Ha-

ratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 857; Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 93 ff.

²⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 803 u. 861; Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 104 u. 112; EuGH, Urt. v. 26.4.2012 – C-456/10, Rn. 45; EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 57.

³⁰ Hobe (Fn. 14), § 15 Rn. 110; EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker-Optika), Rn. 58; EuGH, Urt. v. 1.6.2010 – C-570/07 u. 571/07 (Blanco Pérez und Chao Gómez), Rn. 44 = Slg. 2010, I-4629.

III. Endergebnis

Der EuGH wird die Vorlagefragen wie folgt beantworten:

1. Der Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet fällt nur hinsichtlich des Verkaufs, nicht aber hinsichtlich der Lieferung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31.

2. Art. 34, 36 AEUV und die Richtlinie 2000/31 sind dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die den Vertrieb von Kontaktlinsen über das Internet verbietet.