

Hans-Peter Folz

## Warenverkehrsfreiheit und Jugendschutz – Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Avides Media vom 14. Februar 2008 –

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil in der Rechtssache C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH/Avides Media AG* erstmals zum Verhältnis zwischen der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EGV und dem System des Jugendschutzes nach nationalem, nämlich deutschem Recht entschieden.<sup>1</sup> Der EuGH hat dabei in für das Gemeinschaftsrecht uncharakteristischer Weise den Mitgliedstaaten einen beachtlichen Spielraum eingeräumt und Beeinträchtigungen des Warenverkehrs durch den Jugendschutz hingenommen. Der folgende Beitrag wird zunächst die für das Urteil relevanten gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen schildern, anschließend das Urteil darstellen und schließlich die dogmatischen und rechtspolitischen Konsequenzen analysieren.

### 1 Die gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen

Der freie Warenverkehr nach Art. 28 EGV setzt als unmittelbar anwendbare Grundfreiheit allen mitgliedstaatlichen Regelungen Grenzen, die sich in irgendeiner Weise negativ auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken. Der Vorrang dieser Norm vor jeglichem innerstaatlichem Recht kann grds. von jedem Betroffenen vor innerstaatlichen Gerichten geltend gemacht werden. In Zweifelsfragen können, bzw. müssen die nationalen Gerichte gem. Art. 234 EGV den EuGH befassen.

#### 1.1 Der Anwendungsbereich von Art. 28 EGV

Der Gerichtshof hat den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit traditionell sehr weit definiert.<sup>2</sup> Er hat dabei die Rechtsbegriffe des EG-Vertrages in Formeln definiert, die unter den Namen der Leitentscheidungen bekannt geworden sind. Unter Waren versteht die Rechtsprechung bewegliche Objekte, die Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein können.<sup>3</sup> Art. 23 Abs. 2 EGV sieht lediglich vor, dass die betroffenen Waren entweder ihren Ursprung in der Gemeinschaft haben müssen, oder aus Drittstaaten legal eingeführt worden sind. Von grundlegender Bedeutung für das Verständnis aller Grundfreiheiten ist die Tatsache, dass das Gemeinschaftsrecht bei der Definition ihres Anwendungsbereichs der sozialen Wertigkeit von Waren oder Leistungen keinerlei Bedeutung zuminst.<sup>4</sup> Auch umstrittene oder bedenkliche Handelsgeschäfte werden grds.

1 EuGH, Rs C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs GmbH/Avides Media AG, Urt. v. 14. 2. 2008, <http://curia.europa.eu/>, abgedruckt in EuZW 2008, S. 177 ff.; Zusammenfassung und Besprechung von Streinz, JuS 2008, S. 636; vgl. ferner OLG Koblenz, EuZW 2005, S. 317.

2 Leible, Rn 13 zu Art. 28 EGV, in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M., Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 35. EL, Mai 2008.

3 EuGH, Rs 7/68, Kommission/Italien (Kunstschatze I), Slg. 1968, S. 633, Rn 7.

4 Zu möglichen Ausnahmen aus ethischen Gründen im Bereich der Gentechnik und Stammzellforschung vgl. Frenz, W., Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, S. 270, Rn 701.

geschützt.<sup>5</sup> Es ist deshalb unerheblich, ob die Waren in einem oder mehreren Mitgliedstaaten strafrechtlich verboten sind.<sup>6</sup> Gem. Art. 23 Abs. 2 EGV reicht es aus, dass sich die betroffene Ware in einem einzigen Mitgliedstaat im freien, d.h. legalen Verkehr befindet, um sie am freien Warenverkehr teilhaben zu lassen. Allerdings steht die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV immer unter dem Vorbehalt von *lex specialis*.<sup>7</sup> Hat der Gemeinschaftsgesetzgeber im Wege der Rechts-harmonisierung z.B. nach Art. 95 EGV die Anforderungen an Waren in einem Rechtsakt des sekundären Gemeinschaftsrechts, typischerweise in einer Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EGV, niedergelegt, so richtet sich die Verkehrsfähigkeit einer Ware grdsL. nach deren Vorschriften.<sup>8</sup>

## 1.2. Das Verbot von Handelshemmissen nach Art. 28 EGV

Art. 28 EGV verbietet Maßnahmen gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung. Der EuGH hat diese verbotenen Handelshemmisse seit seinem Dassonville-Urteil definiert als alle staatlichen Handelsregelungen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel tatsächlich oder potentiell, mittelbar oder unmittelbar zu behindern.<sup>9</sup> Der Gerichtshof hat ferner klargestellt, dass unter dem Begriff der Handelsregelung nicht nur staatliche Normen zu verstehen sind, die beabsichtigen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinflussen, sondern vielmehr alle Normen, die sich auf diesen Handel auswirken können.<sup>10</sup> Im übrigen ist eine tatsächliche empirisch nachweisbare Auswirkung nicht erforderlich,<sup>11</sup> es genügt vielmehr eine abstrakte Eignung, derartige Wirkungen hervorzurufen.<sup>12</sup> Art. 28 EGV umfasst damit nicht lediglich jede Form auch nur mittelbarer Diskriminierung von Waren aus anderen Mitgliedstaaten. Selbst wenn sich keinerlei protektionistische Wirkung erkennen lässt, kann eine nationale Regelung den innergemeinschaftlichen Handel beschränken und mit Art. 28 EGV in Konflikt geraten.<sup>13</sup>

Ein derart weit gefasster Begriff verbotener Handelshemmisse umfasst unabsehbar weite Bereiche mitgliedstaatlicher Regelungstätigkeit und eröffnet Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit immer weitere Bereiche des nationalen Rechts an Art. 28 EGV zu messen.<sup>14</sup> Der Gerichtshof sah sich deshalb im Urteil Keck zu einer teleologischen Reduktion seiner Dassonville-Formel veranlasst.<sup>15</sup> Nach der Keck-Formel fallen nationale Verkaufsmodalitäten nicht unter Art. 28 EGV, sofern diese Regelungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, soll nach Ansicht des EuGH die Anwendung derartiger nationaler Regelungen nicht geeignet sein, den Marktzugang für ausländische Erzeugnisse in stärkerem Maße zu versperren oder zu behindern, als für inländische Erzeugnisse. Die genaue Anwendung der

5 Zur Veranstaltung von Glücksspielen als von Art. 49 EGV geschützte Dienstleistung vgl. EuGH, Rs C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, S. I-1039; zuletzt EuGH, Rs C-338/04 *Placanica*, Urt. v. 6. 3. 2007, abgedruckt in: EuZW 2007, S. 209.

6 *Enchelmeier*, S., Europäisches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 34, Rn 21.

7 *Frenz*, W., Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, S. 139, Rn 350 ff.

8 *Bieber*, R./*Epiney*, A./*Haag*, M., Die Europäische Union, 7. Aufl. 2006, S. 298, Rn 53.

9 EuGH, Rs 8/74, Dassonville, Slg. 1974, S. 837, Rn 5.

10 *Khan*, Rn 6 zu Art. III-153 EVV, in: *Vedder/Heintschel v. Heinegg* (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007.

11 *Leible*, Rn 15 zu Art. 28 EGV, in: *Grabitz*, E./*Hilf*, M./*Nettesheim*, M., Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 35. EL, Mai 2008.

12 *Enchelmeier*, S., Europäisches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 67, Rn 38.

13 *Oppermann*, T., Europarecht, 3. Aufl. 2005, S. 416, Rn 25.

14 *Frenz*, W., Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, S. 314, Rn 819.

15 EuGH, Verb. Rs C-267 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993, S. I-6097, Rn 16.

Keck-Formel im konkreten Einzelfall ist jedoch nach wie vor umstritten.<sup>16</sup> Insbesondere lässt sich nach wie vor der Begriff der Verkaufsmodalität abstrakt nicht abschließend definieren. Versuche, begriffliche Kategorien wie produkt- und vertriebsbezogene Regelungen zu bilden, konnten keine wesentliche Präzisierung herbeiführen.<sup>17</sup> Dennoch ist das Bemühen der Mitgliedstaaten groß, umstrittene Regelungen als Verkaufsmodalitäten im Sinne der Keck-Formel zu deklarieren. Fallen nationale Maßnahmen unter die Keck-Ausnahme, ist bereits der Anwendungsbereich von Art. 28 EGV nicht eröffnet; eine weitere Prüfung am Maßstab von Art. 28 EGV scheidet aus.<sup>18</sup> Selbst offensichtlich unsinnige und unverhältnismäßige Normen, die ansonsten nach den Maßstäben des Gemeinschaftsrechts nicht gerechtfertigt werden könnten, bleiben in diesem Fall unberührt.

### 1.3 Die Rechtfertigung nationaler Maßnahmen

Auch wenn nationale Handelshemmnisse gem. Art. 28 EGV grds. verboten sind, so besteht doch ein unabweisbarer Regelungsbedarf, um Interessen des Allgemeinwohls zu schützen. Deshalb besteht für die Mitgliedstaaten zum Schutz bestimmter – nicht-wirtschaftlicher – Rechtsgüter eine begrenzte Möglichkeit, in die Warenverkehrsfreiheit einzugreifen.<sup>19</sup> Diese Rechtfertigungsmöglichkeit ist grds. provisorischer Natur. Sie besteht nur solange bis der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst tätig wird und den Schutz der Gemeinwohlinteressen bei der Rechtsharmonisierung selbstständig regelt. Im Übrigen sind die Rechtfertigungsmöglichkeiten gemeinschaftsrechtlich definiert und begrenzt.<sup>20</sup>

So unterscheidet das Gemeinschaftsrecht nach der Art des Eingriffs. Handelt es sich bei der nationalen Maßnahme um eine offene Diskriminierung, d.h. werden Waren allein wegen ihrer Herkunft aus einem anderen Mitgliedstaat anders behandelt als inländische Waren, so ist eine Rechtfertigung allein am Maßstab des Art. 30 EGV möglich.<sup>21</sup> Der mitgliedstaatliche Eingriff muss dem Schutz einer der in Art. 30 EGV abschließend aufgezählten Rechtsgüter dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Handelt es sich dagegen um einen nicht offen diskriminierenden Eingriff, d.h. gilt die nationale Regelung unterschiedslos für inländische wie ausländische Waren, so richtet sich die Rechtfertigung nach der Cassis de Dijon-Formel des Gerichtshofs.<sup>22</sup> Danach ist für die Rechtfertigung ein sogenanntes zwingendes Erfordernis notwendig, d.h. die nationale Regelung muss dem Schutz eines legitimen Interesses des Allgemeinwohls dienen und ihrerseits verhältnismäßig sein. Als legitime Rechtfertigungsgründe und damit als zwingende Erfordernisse kommen zunächst alle Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EGV in Betracht. Gemeinwohlinteressen, die so bedeutend sind, dass auch offene Diskriminierungen auf sie gestützt werden dürfen, können erst recht Regelungen legitimieren, die sowohl auf inländische wie auch auf ausländische Erzeugnisse Anwendung finden. Der Unterschied zu Art. 30 EGV liegt vor allem in der Tatsache, dass die Liste zwingender Erfordernisse nicht abschließend ist. Grundsätzlich kommt jeder legitime Belang des Allgemeinwohls als zwingendes Erfordernis in

16 Vgl. zuletzt EuGH, Rs C-158/04 u. C-159/04, Vassilopoulos, Urt. v. 14. 9. 2006.

17 Bieber, R./Epiney, A./Haag, M., Die Europäische Union, 7. Aufl. 2006, S. 296, Rn 49; Khan, Rn 30 ff. zu Art. III-153 EVV, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007.

18 EuGH, Rs C-391/92 Kommission/Griechenland (Babynahrung), Slg. 1995, S. I-1621.

19 Bieber, R./Epiney, A./Haag, M., Die Europäische Union, 7. Aufl. 2006, S. 298, Rn 52.

20 Streinz, R., Europarecht, 8. Aufl. 2008, S. 321, Rn 833.

21 EuGH, Rs 113/80 Kommission/Irland (Irische Souvenirs), Slg. 1981, S. 1625.

22 EuGH, Rs 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, S. 649, Rn 8.

Betracht, soweit er nicht-wirtschaftlicher Natur ist.<sup>23</sup> Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung immer neue Belange des Allgemeinwohls als zwingende Erfordernisse anerkannt.<sup>24</sup>

Sowohl im Rahmen von Art. 30 EGV als auch im Rahmen der zwingenden Erfordernisse nach der Cassis de Dijon-Formel gilt jedoch, dass die nationale Regelung nicht nur einen legitimen Zweck verfolgen muss, sondern, dass sie darüber hinaus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt.<sup>25</sup> Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch den EuGH unterscheidet sich jedoch maßgeblich von den Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht nach deutschem Verfassungsrecht anlegt.<sup>26</sup> Der Gerichtshof betont zunächst den überragenden Wert der Warenverkehrsfreiheit als Kernstück des Binnenmarktes und damit als Fundament der Gemeinschaft überhaupt.<sup>27</sup> Darüber hinaus billigt der EuGH den Mitgliedstaaten typischerweise keinen umfassenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Statt dessen verlangt der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten einer Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit nachkommen.<sup>28</sup> So ist es Sache der Mitgliedstaaten dem Gerichtshof nachzuweisen, dass keine weniger einschneidende Maßnahme in Betracht kommt als die vom Mitgliedstaat gewählte.<sup>29</sup> Deshalb sind zahlreiche Handelshemmnisse in der Praxis gescheitert. Alles in allem beurteilt der Gerichtshof die Rechtfertigung nationaler Eingriffe in den freien Warenverkehr nach ausgesprochen strengen Maßstäben.

Diese Wirkungsweise der Warenverkehrsfreiheit führt dazu, dass das Gemeinschaftsrecht auch in Politikbereichen, auf denen die Gemeinschaft über keine direkte eigenständige Rechtsetzungskompetenzen verfügt, erhebliche Rückwirkungen auf die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten entfaltet.<sup>30</sup>

#### 1.4 Rechtsschutzaspekte und Rechtsfolgen

Das Gemeinschaftsrecht wird dezentral vollzogen, d.h. es ist Sache nationaler Verwaltungsbehörden und Gerichte das Gemeinschaftsrecht im Einzelfall anzuwenden und durchzusetzen.<sup>31</sup> Art. 28 EGV ist unmittelbar anwendbar, so dass sich alle Interessierten – typischerweise Käufer und Verkäufer – auf die Warenverkehrsfreiheit berufen können<sup>32</sup> und den Vorrang dieser Norm gegenüber jeder entgegenstehenden Norm des nationalen Rechts einfordern können.<sup>33</sup> Treten dabei für die befassten Gerichte Zweifelsfragen hinsichtlich der Auslegung von Gemeinschaftsrecht auf, so sind alle Gerichte der Mitgliedstaaten nach Art. 234 Abs. 1 und 2 EGV berechtigt, dem

23 Frenz, W., Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, S. 392, Rn 1031.

24 Enchelmeier, S., Europäisches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 89, Rn 62.

25 Bieber, R./Epiney, A./Haag, M., Die Europäische Union, 7. Aufl. 2006, S. 303, Rn 62 ff.

26 Zur unterschiedlichen Kontrolldichte bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit vgl. Folz, H.-P., Import und Export von Rechtsdenken und Rechtspraxis: Die deutsche Rechtsordnung innerhalb der Europäischen Union im Bereich des Öffentlichen Rechts, in: Müller-Graff, P.-C., Deutschlands Rolle in der Europäischen Union, 2008, S. 273 ff., 280 ff.

27 Zur elementaren Bedeutung des freien Warenverkehrs für die Gemeinschaft vgl. Müller-Graff, Rn 2, Vorbem. zu den Artikeln 28 bis 31 EG, in: Von der Groeben, H./Schwarze, J., Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Bd. 1, 2003.

28 Schroeder, Rn 74 zu Art. 28 EGV, in: Streinz, R., EUV/EGV, 2003.

29 Vgl. zuletzt EuGH, Rs C-65/05 Kommission/Griechenland (Spielautomaten), Urt. v. 26. 10. 2006, Rn 39–40.

30 Zu den Auswirkungen der sogen. Negativintegration vgl. Folz, H.-P., Demokratie und Integration, 1999, S. 343 ff.

31 Oppermann, T., Europarecht, 3. Aufl. 2005, S. 194, Rn 35.

32 Streinz, R., Europarecht, 8. Aufl. 2008, S. 322, Rn 835.

33 Zum Zusammenwirken von unmittelbarer Wirkung und Vorrang des Gemeinschaftsrechts vgl. Vedder, Rn 10–18 zu Art. I-6 EVV, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007.

EuGH diese Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.<sup>34</sup> Wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung betont, ist er in diesem Verfahren nur zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht dagegen für die Auslegung nationalen Rechts zuständig.<sup>35</sup> Es liegt deshalb in der Verantwortung des nationalen Gerichts die Vorlagefrage zu formulieren.<sup>36</sup> Will das Gericht der Hauptsache wissen, ob eine Norm des nationalen Rechts mit Art. 28 EGV vereinbar ist, so hat es in der Vorlagefrage die Tatbestandsmerkmale der Norm abstrakt zu formulieren.<sup>37</sup> Auch wenn der Gerichtshof grdsL. bereit ist, missglückte Vorlagefragen umzuformulieren,<sup>38</sup> so hält er sich für unzuständig nachzuprüfen, ob die vom Hauptsachegericht geschilderte innerstaatliche Rechtslage tatsächlich zutrifft oder nicht.<sup>39</sup> Hat der Gerichtshof die gestellte Auslegungsfrage beantwortet, so ist das vorlegende Gericht an die Vorabentscheidung gebunden.<sup>40</sup> Das Gericht der Hauptsache hat das Verfahren auf der Grundlage der Entscheidung des Gerichtshofs zu entscheiden und dem Gemeinschaftsrecht den Vorrang vor jedem entgegenstehenden nationalen Recht einzuräumen. Hinzu kommt, dass letztinstanzliche Gerichte der Mitgliedstaaten gem. Art. 234 Abs. 3 EGV zur Vorlage verpflichtet sind.<sup>41</sup> Auf diese Weise gelingt es, der Warenverkehrsfreiheit eine sehr umfassende Durchsetzung in der Praxis zu gewährleisten.<sup>42</sup>

## 2 Das Avides-Urteil des Gerichtshofs

Der Fall betraf japanische Animes, die in das Vereinigte Königreich eingeführt worden waren. Im Vereinigten Königreich hatten die Datenträger das dort vorgesehene Verfahren durchlaufen und von den zuständigen Behörden eine Jugendfreigabe ab einem Alter von 15 Jahren erhalten. Die Firma Avides Media AG importierte diese Medien in die Bundesrepublik und bot sie im Versandhandel an, ohne das nach § 14 JuSchG erforderliche Verfahren durchgeführt zu haben. Die Firma Dynamic Medien Vertriebs GmbH, eine Wettbewerberin, klagte im Hauptsacheverfahren gegen Avides Media AG auf Unterlassung vor dem Landgericht Koblenz. Das LG Koblenz hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der aus dem JuSchG resultierenden Vertriebsbeschränkungen mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und legte dem EuGH nach Art. 234 EGV die Frage vor, ob das Verbot des Versandhandels mit Bildträgern, die keiner Prüfung der Jugendfreiheit durch deutsche Behörden unterzogen worden sind, ein verbotenes Handelshemmnis gem. Art. 28 EGV darstelle und ob dieses gegebenenfalls gerechtfertigt sei.

### 2.1 Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit

Einleitend sieht sich der Gerichtshof zu einer Klarstellung veranlasst. Die Bundesregierung hatte als Verfahrensbeteiligte geltend gemacht, dass entgegen der Vorlagefrage des LG Koblenz das Verbot des Vertriebes ungeprüfter Bildträger nicht für den gesamten Versandhandel gelte, sondern vielmehr der Bezug möglich bleibe, wenn ein Bestellen und Ausliefern ausschließlich durch

34 Zu den Funktionen des Vorlageverfahrens vgl. *Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M.*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2003, S. 208.

35 *Thiele, A.*, Europäisches Prozessrecht, 2007, S. 141, Rn 25.

36 *Hailbronner, K./Jochum, G.*, Europarecht I, 2005, S. 227, Rn 718.

37 *Dörr, O./Lenz, C.*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2006, S. 74, Rn 260.

38 Vgl. bereits EuGH, Rs 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, S. 1141.

39 EuGH, Rs C-58/98, Corsten, Slg. 2000, I-7919, Rn 24.

40 EuGH, Rs C-69/85, Wünsche, Slg. 1986, S. 947.

41 *Thiele, A.*, Europäisches Prozessrecht, 2007, S. 153, Rn 60 ff.

42 *Oppermann, T.*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, S. 238, Rn 67.

Erwachsene sichergestellt sei. Der Gerichtshof lehnt es jedoch ab, auf dieses Vorbringen einzugehen, da damit notwendigerweise eine eigenständige Auslegung des deutschen Rechts verbunden sei. Der EuGH geht deshalb allein von der Formulierung der Vorlagefrage aus und unterstellt ein allgemeines Verbot des Versandhandels.<sup>43</sup>

Im übrigen hatte das LG Koblenz in vager Form angedeutet, dass auch die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr eine Rolle spielen könnte. Der Gerichtshof stellt mit knapper Begründung klar, dass diese Richtlinie zwar bestimmte Aspekte des Vertriebs von Bildträgern im Versandhandel betreffen könne, jedoch keine Anforderungen an die Waren als solche stelle.<sup>44</sup> Damit scheidet eine sekundärrechtliche *lex specialis* aus.

Von keinem der Verfahrensbeteiligten bestritten und deshalb nicht vom Gerichtshof problematisiert war die Wareneigenschaft der streitgegenständlichen Bildträger. Die Anime stammten zwar aus einem Drittstaat, waren aber legal in das Vereinigte Königreich importiert worden und befanden sich dort im freien, d.h. legalen Verkehr. Ebensowenig ließ sich leugnen, dass das Vertriebsverbot ungeprüfter Bildträger geeignet war, den innergemeinschaftlichen Handel tatsächlich oder potentiell, mittelbar oder unmittelbar zu beeinträchtigen und deshalb ein Handelshemmnis im Sinne der Dassonville-Formel darstellte.

Dagegen machten ein Teil der Verfahrensbeteiligten geltend, es handele sich bei den Vertriebsbeschränkungen gem. § 12 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG um eine Ausnahme von Art. 28 EGV nach der Keck-Formel. Es handele sich lediglich um eine Verkaufsmodalität, welche den Marktzugang ausländischer Erzeugnisse weder versperre noch in ungleicher Weise behindere. Auch der Generalanwalt des Gerichtshofs schloss sich dieser Auffassung an und begründete dies mit einem anschaulichen Argument. Der Gerichtshof habe in seiner bisherigen Rechtsprechung Regelungen als Verkaufsmodalitäten eingestuft, die geregelt hätten, wer, wie, wo und wann Waren verkaufen dürfe. Das System des deutschen Jugendschutzes regele, an wen Waren verkauft werden dürfen und sei deshalb ebenfalls als Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Formel einzustufen.<sup>45</sup>

Demgegenüber verneint der EuGH das Vorliegen einer Verkaufsmodalität. Die Notwendigkeit, eingeführte Erzeugnisse an die im Vermarktungsmitgliedstaat geltenden Vorschriften anzupassen, schließe eine Verkaufsmodalität regelmäßig aus. Das System des JuSchG sehe kein generelles Vertriebsverbot von Bildträgern im Versandhandel vor. Es unterwerfe vielmehr Bildträger, die auf diesem Weg vertrieben werden sollten, einem nationalen Prüf- und Einstufungsverfahren und zwar unabhängig davon, ob ein entsprechendes Verfahren bereits in einem anderen Mitgliedstaat stattgefunden habe. Überdies verlange die Regelung für die Zulassung zum Vertrieb die Bedingung ihrer Kennzeichnung. Eine solche Regelung könne die Einfuhr von Bildträgern aus anderen Mitgliedstaaten erschweren und verteuern und sei geeignet, bestimmte Beteiligte vom Vertrieb in Deutschland abzuhalten.

Der Gerichtshof kommt zu dem Schluss, dass es sich bei den aus dem JuSchG resultierenden Vertriebsbeschränkungen grundsätzlich um ein verbotenes Handelshemmnis iSv Art. 28 EGV handelt.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Rn 17–20 des Urteils.

<sup>44</sup> Rn 22 des Urteils.

<sup>45</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes Mengozzi v. 13. 9. 2007, Rn 49.

<sup>46</sup> Rn 24–35 des Urteils.

## 2.2 Die Rechtfertigung des Eingriffs

Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass es sich bei dem Jugendschutz um ein legitimes Interesse des Allgemeinwohls handelt. Der Schutz der Rechte des Kindes sei durch verschiedene internationale Verträge anerkannt, insbesondere durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und das Übereinkommen über die Rechte des Kindes.<sup>47</sup> Der Gerichtshof weist darauf hin, dass diese Verträge des internationalen Menschenrechtsschutzes zu den Erkenntnisquellen für die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts gehören. So sei der Schutz der Rechte des Kindes auch in Art. 24 Abs. 1 der EU-Grundrechtscharta verankert.<sup>48</sup> Das Recht der Mitgliedstaaten Maßnahmen zum Schutz Jugendlicher zu ergreifen, sei zudem in verschiedenen Rechtsakten, wie z.B. in der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, ausdrücklich anerkannt worden.

Der Gerichtshof erkennt deshalb an, dass es sich bei dem Schutz des Kindes um ein berechtes Interesse handele, das grundsätzlich geeignet sei, eine Beschränkung des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen. Die deutschen Regelungen dienten diesem Interesse und sollten den Schutz des Kindes vor Informationen und Material, die sein Wohlergehen beeinträchtigen, bewirken. Allerdings könnten solche Beschränkungen nur gerechtfertigt sein, wenn sie sich als verhältnismäßig erwiesen.

In einer für die Rechtsprechung des Gerichtshofs eher untypischen Weise weist der EuGH vorab auf den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten hin. Nationale Maßnahmen zum Schutz des Kindes müssten nicht einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Auffassung in Bezug auf das Niveau und die Modalitäten dieses Schutzes entsprechen. Diese Auffassung könne je nach Erwägungen insbesondere moralischer oder kultureller Art von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden sein, weshalb den Mitgliedstaaten ein bestimmtes Ermessen zuzerkennen sei.<sup>49</sup>

Das System des deutschen Jugendschutzes sei geeignet, Kinder zu schützen. Auch die übrigen Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit sind nach Ansicht des Gerichtshofs gewahrt. Dabei hebt der EuGH hervor, dass die Vertriebsbeschränkungen nicht jeglichen Bezug von Bildträgern durch Erwachsene verhindern. Vielmehr bleibe es möglich, ungeprüfte Bildträger einzuführen und sie an Erwachsene über Vertriebswege zu verkaufen, die einen persönlichen Kontakt zwischen dem Lieferanten und dem Käufer voraussetzen und die es ermöglichen zu kontrollieren, dass Kinder zu diesen Bildträgern keinen Zugang erlangen.

Hinsichtlich des vom deutschen Gesetzgeber vorgesehenen Prüfverfahrens könne allein die Tatsache, dass sich andere Mitgliedstaaten für andere Schutzmodalitäten entschieden hätten, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit haben. Vielmehr sei dies isoliert für

<sup>47</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19. 12. 1966, United Nations Treaty Series (UNTS), 999, 171, BGBl. 1973 II, S. 1534; Übereinkommen über die Rechte des Kindes v. 20. 11. 1989, BGBl. 1992 II, S. 122; beide abgedruckt in: Khan, D.-E. (Hrsg.), Sartorius II, Internationale Verträge – Europarecht, Textsammlung, Stand 1. November 2007, unter Nr. 20 und Nr. 29.

<sup>48</sup> Zur Rechtsnatur der Rechte des Kindes nach der Grundrechtscharta vgl. Folz, H.-P., Rn 1–3 zu Art. II-84 EVV, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007.

<sup>49</sup> An diesem Punkt bezieht sich der Gerichtshof ausdrücklich auf sein Urteil in der Rechtssache Omega, EuGH, Rs C-36/02, Omega, Slg. 2004, S. I-9609. In diesem Fall hatten deutsche Ordnungsbehörden den Betrieb eines Laserdoms verboten mit der Begründung, eine Spielsimulation von Tötungshandlungen verstöße gegen die Menschenwürde gem. Art. 1 GG. Dieses Verbot wurde von der Betreiberin als unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV gerügt. Der Gerichtshof stellte klar, dass in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Auffassungen vom Wesen der Menschenwürde existieren, was je nach Mitgliedstaat unterschiedliche Schutzmaßnahmen rechtfertigen kann.

jeden Mitgliedstaat unter Berücksichtigung seiner nationalen Besonderheiten zu ermessen. Der Gerichtshof nennt jedoch als organisatorische Mindestvoraussetzungen, dass ein solches Prüfverfahren leicht zugänglich sein müsse und innerhalb eines angemessenen Zeitraums abgeschlossen werden könne. Ferner müsse eine ablehnende Entscheidung in einem gerichtlichen Verfahren angefochten werden können.

Abschließend stellt der EuGH fest, aus den Erklärungen der Bundesregierung könne entnommen werden, dass das deutsche Prüf-, Einstufungs- und Kennzeichnungsverfahren für Bildträger den genannten Kriterien genüge. Es obliege jedoch dem vorlegenden Gericht zu überprüfen, ob dies der Fall sei.<sup>50</sup>

### 3 Analyse

Bei der Analyse des Avides-Urteils lassen sich dogmatische und rechtspolitische Konsequenzen unterscheiden.

#### 3.1 Dogmatische Aspekte

Für die dogmatische Entwicklung des Gemeinschaftsrechts ist zunächst von Interesse, dass der EuGH der Keck-Formel einen weiteren Mosaikstein hinzugefügt hat.<sup>51</sup> Selbst wenn eine nationale Regelung auf den ersten Blick an den Vertriebsweg ansetzt und an den Zugang zu diesem bestimmten Voraussetzungen knüpft, so liegt damit nicht notwendigerweise eine Verkaufsmodalität vor. Setzen die nationalen Regelungen an inhaltlich definierten Voraussetzungen einer Ware an, so handelt es sich von vorneherein nicht um eine Vertriebsregelung. Vielmehr liegt hierin der Zwang, ein Produkt an einheimische Vorschriften anzupassen. Sehen diese zumindest mittelbar auch eine Pflicht zur Kennzeichnung eingeführter Produkte vor, um zu einem bestimmten Vertriebsweg zugelassen zu werden, so wird deutlich, dass es sich um eine produktbezogene Regelung und damit um ein Handelshemmnis im Sinne der Dassonville-Formel handelt. Dies erscheint auch einleuchtend, da der Grund für die teleologische Reduktion durch die Keck-Formel wegfällt. Die Keck-Formel wurde vom Gerichtshof damit begründet, dass Vertriebsmodalitäten nicht geeignet sind, den Marktzutritt für ausländische Produkte zu behindern. Ist ein Hersteller oder Händler dagegen gezwungen, neben einem Zulassungsverfahren in seinem Heimatstaat in anderen Mitgliedstaaten weitere Zulassungsverfahren zu durchlaufen, so verteuert und erschwert sich sein Marktzutritt im Vergleich zu dort niedergelassenen Konkurrenten. So begrüßenswert deshalb dieses weitere Detail in der Rechtsprechung des Gerichtshofs erscheint, so klar ist jedoch, dass nach wie vor eine einleuchtende und subsumtionsfähige Definition der Verkaufsmodalität fehlt. Die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Regelungen wird auch in Zukunft schwierig bleiben.

Im übrigen erscheint beachtlich, welchen Rang der Gerichtshof dem Jugendschutz nach nationalem Recht in diesem Urteil eingeräumt hat. Dabei ist zunächst hervorzuheben, dass der EuGH den Jugendschutz als zwingendes Erfordernis im Sinne der Cassis de Dijon-Formel anerkannt hat. Hier liegt die Bedeutung vor allem darin, dass diese Anerkennung im Avides-Urteil erstmals ausdrücklich erfolgt ist. Da die Liste der zwingenden Erfordernisse als Rechtfertigungsgründe im

50 Rn 36–51 des Urteils.

51 Streinz, R., JuS 2008, S. 636 ff., 637.

Gegensatz zu Art. 30 EGV nicht abschließend ist und grds. jeder nichtwirtschaftliche legitime Belang des Allgemeinwohls darunter fallen kann, hat die Anerkennung durch den Gerichtshof lediglich klarstellende Bedeutung.

Eine echte Neuerung in der Rechtsprechung stellen dagegen die Maßstäbe dar, die der Gerichtshof bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung anlegt. Avides Media AG, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, hatte die Verhältnismäßigkeit der deutschen Regelung bestritten und geltend gemacht, das deutsche System berücksichtige in keiner Weise, dass die bereits im Vereinigten Königreich ein Zulassungsverfahren durchlaufen und eine Altersfreigabe erhalten habe. Das deutsche Recht sehe nicht einmal ein vereinfachtes Verfahren vor.<sup>52</sup> Dieses Argument baut auf der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu allen Grundfreiheiten auf, die Doppelkontrollen zu vermeiden sucht. Ermöglicht es nationales Recht nicht, bereits im Herkunftstaat durchgeführte Kontrollen zu berücksichtigen, sind Doppelkontrollen im Bestimmungsstaat regelmäßig unverhältnismäßig und deshalb nicht gerechtfertigt.<sup>53</sup> Der Gerichtshof unterscheidet diese ständige Rechtsprechung von der Konstellation des Jugendschutzes. Er betont dabei die besondere Wertbezogenheit des Jugendschutzes, die sich nach moralischen und kulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaates richte. Im Gegensatz zum Verbraucherschutz<sup>54</sup> hält der Gerichtshof einen gemeinschaftsweiten einheitlichen Standard für den Jugendschutz für nicht vorstellbar. Hieraus resultiert ein einzigartig weiter Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten.

Hinsichtlich der vom Gerichtshof geforderten organisatorischen Mindestvoraussetzungen – dem leichten Zugang zum Verfahren, seiner zügigen Abwicklung und gerichtlichem Rechtsschutz im Falle einer ablehnenden Entscheidung – wird erst die zukünftige Entwicklung zeigen, ob das Gemeinschaftsrecht weitere Probleme für das deutsche System des Jugendschutzes, etwa im Bereich der gerichtlichen Kontrolldichte, aufwerfen wird.

### 3.2 Rechtspolitische Konsequenzen

Wenn auch der Gerichtshof im Avides-Urteil für seine Verhältnisse dem deutschen Anliegen des Jugendschutzes sehr weit entgegengekommen ist, so erscheint es angesichts der aktuellen Diskussion in der Bundesrepublik um weitergehende gesetzgeberische Maßnahmen gegen sogenannte Killerspiele angebracht, auf die Grenzen des Entgegenkommens des EuGH hinzuweisen.<sup>55</sup>

Der Gerichtshof hat deutlich gemacht, dass die derzeitigen deutschen Vertriebsbeschränkungen im Hinblick auf den Jugendschutz als verhältnismäßig einzustufen sind, weil Erwachsenen der Zugang zu ungeprüften Medien zwar erschwert wird, aber dennoch möglich bleibt. Hieraus folgt, dass ein vollständiges Verbot sogenannter Killerspiele jedenfalls nicht mit dem Belang des Jugendschutzes gerechtfertigt werden könnte. Ein solches Verbot hätte im Hinblick auf den Jugendschutz eine überschießende Wirkung und wäre damit in gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht unverhältnismäßig.

Sollten die gegenwärtigen Debatten zu Gesetzgebungsverfahren führen, so wäre der Gesetzgeber gut beraten, die europarechtlichen Vorgaben zu beachten.

52 Rn 38 des Urteils.

53 Frenz, W., Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, S. 201, Rn 531.

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

55 Zu den strafrechtlichen Aspekten vgl. Höynck, T., Stumpfe Waffe? Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung von § 131 StGB auf gewalttätige Computerspiele am Beispiel „Der Pate – Die Don Edition“, in: ZIS 2008, S. 206–217.

## 4 Zusammenfassung

Der EuGH hat in seinem Avides-Urteil die aus dem System des JuSchG resultierenden Vertriebsbeschränkungen im Versandhandel für vereinbar mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erachtet. Er hat dabei den Jugendschutz als legitimen Belang des Allgemeinwohls, welcher der Ausübung der Warenverkehrsfreiheit Grenzen zu setzen vermag, anerkannt. Auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum eingeräumt und damit auf die Besonderheiten nationaler Wertvorstellungen Rücksicht genommen.

Verf.: *Priv.Doz. Dr. Hans-Peter Folz, Universität Augsburg, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Postfach 86135 Augsburg, E-Mail: Hans-Peter.Folz@jura.uni-augsburg.de*

Bernd Lorenz

# Die Anbieterkennzeichnung der Schulen und Hochschulen

Anbieter von Telemedien müssen ihre Angebote gemäß § 55 Abs. 1, 2 RStV<sup>1</sup>, § 5 TMG<sup>2</sup> mit einer Anbieterkennzeichnung versehen. Der Begriff „Anbieterkennzeichnung“ bezeichnet das Impressum von elektronischen Informations- und Kommunikationsdiensten. Auch Schulen und Hochschulen müssen ihre Internetangebote mit einem solchen Impressum versehen. Der folgende Beitrag erläutert die Besonderheiten, die bei den Anbieterkennzeichnungen der Schulen und Hochschulen zu beachten sind.

## 1 Einleitung

Die gesetzliche Konzeption sieht eine abgestufte Pflicht zur Anbieterkennzeichnung vor:

- Keiner Anbieterkennzeichnung bedürfen Telemedien, die ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen.<sup>3</sup>
- Ansonsten ist bei allen Telemedien zumindest eine einfache Anbieterkennzeichnung nach § 55 Abs. 1 RStV erforderlich.
- Telemedien, die erwerbswirtschaftlichen Zwecken dienen, bedürfen einer umfassenden Anbieterkennzeichnung nach § 5 Abs. 1 TMG.

1 Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV –) in der Fassung vom 19.12.2007, URL: [http://www.lfm-nrw.de/downloads/medienrecht/rstv\\_10\\_2008.pdf](http://www.lfm-nrw.de/downloads/medienrecht/rstv_10_2008.pdf).

2 Telemediengesetz (TMG) vom 26.2.2007, BGBl. I 2007, 179, abrufbar unter <http://bundesrecht.juris.de/tmg/>.

3 Dazu Lorenz K&R 2008, 340 (340 f.); Lorenz in: Taeger/Wiebe, Von AdWords bis Social Networks – Neue Entwicklungen im Informationsrecht, Edewecht 2008, S. 63 (65); Ott MMR 2007, 354 (356).