

JENS DAMMANN

Materielles Recht  
und Beweisrecht  
im System der  
Grundfreiheiten

*Jus Publicum*

162

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 162





Jens Dammann

Materielles Recht  
und Beweisrecht im System  
der Grundfreiheiten

Mohr Siebeck

*Jens Dammann*, geboren 1973; 1997 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2000 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2001 LL.M. (Yale); 2003 J.S.D. (Yale); 2004 Promotion; 2005 Habilitation; seit 2005 Assistant Professor, University of Texas School of Law, Austin, Texas.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main gedruckt mit der Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

e-ISBN PDF 978-3-16-151243-8  
ISBN 978-3-16-149340-9  
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Times-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2004/2005 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Habilitationsschrift angenommen.

Dank gebührt in erster Linie meinem verehrten Lehrer Prof. Dr. Manfred Wolf. Er ist mir über viele Jahre hinweg ein steter Förderer und ein ebenso stetes Vorbild gewesen.

Gedankt sei ferner Prof. Dr. Wolfgang Schön. Während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter und später als Referent in der von ihm geleiteten Abteilung Rechnungslegung und Steuern des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht war es mir nicht zuletzt dank seiner Flexibilität und Großzügigkeit möglich, die vorliegende Arbeit zügig abzuschließen.

Auch Prof. Dr. Eckard Reh binder bin ich zu Dank verpflichtet. Er hat das Zweitgutachten verfasst und in diesem Zusammenhang wesentliche Anregungen geliefert.

Dank gebührt auch denen, die mein von 2000 bis 2003 währendes Studium an der Yale Law School unterstützt und damit einen wesentlichen finanziellen Beitrag zur Entstehung dieser Arbeit geleistet haben. Dazu zählt vor allem die Kanzlei Gleiss Lutz, die mich mittels ihres Alfred-Gleiss-Stipendiums in den Jahren 2000 und 2001 überaus großzügig gefördert hat. Genannt seien aber auch die Studienstiftung des deutschen Volkes, deren ERP-Stipendium mir in den Jahren 2000 bis 2002 zugute kam, und die John M. Olin Foundation, deren Hilfe ich von 2001 bis 2002 in Anspruch nehmen durfte.

Auch die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die die vorliegende Veröffentlichung mit einer Publikationsbeihilfe unterstützt hat, sei in Dankbarkeit erwähnt.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Frau Amina und unseren Kindern Jorn, Jael und Jorik.

Austin, Texas, im November 2006

*Jens Dammann*



# Inhaltsübersicht

Einführung .....	1
------------------	---

## *Teil 1: Grundlagen*

<i>Kapitel 1: Die Rolle des EuGH bei der Tatsachenermittlung</i> .....	9
<i>Kapitel 2: Rechtsprechung und Literatur zum Beweismaß</i> .....	27
<i>Kapitel 3: Rechtsprechung und Literatur zur Beweislastverteilung</i> .....	45
<i>Kapitel 4: Spielräume bei der Tatsachenfeststellung</i> .....	123

## *Teil 2: Die Bedeutung der Vertragsziele für die Gestaltung des Beweisrechts*

<i>Kapitel 5: Das Beweisrecht als Regelungsgegenstand des Primärrechts</i> .....	143
<i>Kapitel 6: Das relative Gewicht der Vertragsziele im Beweisrecht</i> .....	161

## *Teil 3: Die Ziele der Grundfreiheiten*

<i>Kapitel 7: Die Ziele der Freiheitsgewährungen</i> .....	185
<i>Kapitel 8: Die Ziele der Freiheitsgrenzen</i> .....	257

## *Teil 4: Die Auslegung der Grundfreiheiten in einer Welt ohne tatsächliche Unsicherheiten*

<i>Kapitel 9: Der Grundsatz des Verbots gemeinschaftswohl-schädlicher Normen</i> .....	271
<i>Kapitel 10: Suboptimale Normen und Nachteile einer Änderung des Status quo</i> .....	287
<i>Kapitel 11: Belastungs- und Diskriminierungsverbote</i> .....	291

<i>Kapitel 12:</i> Die grundfreiheitlichen Belastungsverbote .....	301
<i>Kapitel 13:</i> Die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote .....	341
 <i>Teil 5:</i> Die Bestimmung des Gemeinschaftswohls in einer Welt tatsächlicher Unsicherheiten	
<i>Kapitel 14:</i> Externalitäten .....	36
<i>Kapitel 15:</i> Die Rolle von Widersprüchen in der Rechtsordnung .....	373
<i>Kapitel 16:</i> Die Rolle der in anderen Rechtsordnungen vorgenommenen Wertungen .....	379
 <i>Teil 6:</i> Die Auslegung der Grundfreiheiten in einer Welt tatsächlicher Unsicherheiten	
<i>Kapitel 17:</i> Die Rolle der Vertragsziele .....	387
<i>Kapitel 18:</i> Entscheidungstheoretische Grundlagen .....	393
<i>Kapitel 19:</i> Die Nachteile einer Änderung des Status quo .....	421
<i>Kapitel 20:</i> Die Richtigkeit richterlicher Tatsachenfeststellungen .....	429
<i>Kapitel 21:</i> Die Sanktionierung gesetzgeberischer Sorgfaltsverstöße .....	435
<i>Kapitel 22:</i> Die Rechtssicherheit .....	439
<i>Kapitel 23:</i> Die Nachteile der Beweisaufnahme .....	489
<i>Kapitel 24:</i> Die Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Normen aufgrund überwiegender mitgliedstaatlicher Interessen .....	525
<i>Kapitel 25:</i> Zusammenfassung der Ergebnisse .....	531
 Literaturverzeichnis .....	 539
Personen- und Sachregister .....	567

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Einführung .....	1

## *Teil 1*

### Grundlagen

<i>Kapitel 1: Die Rolle des EuGH bei der Tatsachenermittlung</i> .....	9
I. Das Vorabentscheidungsverfahren .....	9
II. Das Vertragsverletzungsverfahren .....	14
1. Auslegungsrelevante Tatsachen .....	15
2. Anwendungsrelevante Tatsachen .....	15
a) Die Möglichkeit der Beweisaufnahme von Amts wegen .....	15
b) Die Ermittlung anderer als der von den Parteien vorgetragenen Tatsachen ..	18
c) Die Verpflichtung des EuGH zur Tatsachenermittlung .....	21
 <i>Kapitel 2: Rechtsprechung und Literatur zum Beweismaß</i> .....	27
I. Die Rechtsprechung zum Beweismaß .....	27
1. Rückschlüsse aus der Beweiswürdigung .....	30
a) Rechtssache 10/55 (Mirossevich/Hohe Behörde) .....	30
b) Rechtssache 18/70 (Duraffour/Rat) .....	32
c) Rechtssache 128/87 (Kommission/Griechenland) .....	34
2. Rückschlüsse aus der Rechtsprechung zum Beweismaß bei Wettbewerbsverstößen .....	36
a) Die Rechtsprechung des EuGH .....	38
b) Die Rechtsprechung des EuG .....	40
3. Ergebnis der Rechtsprechungsanalyse .....	42
II. Die Literatur zum Beweismaß .....	42

<i>Kapitel 3: Rechtsprechung und Literatur zur Beweislastverteilung</i> .....	45
I. Beweislast und Beweisrisiko .....	45
II. Möglichkeitsmerkmale .....	46
III. Erkennbarkeitsmerkmale .....	47
IV. Die Rechtsprechung des EuGH zur Beweislastverteilung .....	49
1. Die Eingriffsebene .....	50
a) Existenz und Gestalt mitgliedstaatlicher Maßnahmen .....	50
(1) Maßnahmen tatsächlicher Art .....	50
(2) Rechtsnormen .....	54
b) Die Auswirkungen mitgliedstaatlicher Maßnahmen .....	59
(1) Warenverkehrsfreiheit .....	60
(a) Dassonville .....	60
(b) Keck .....	63
(2) Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungs- und Niederlassungs- freiheit .....	67
c) Art. 39 Abs. 4 EGV .....	71
2. Die Rechtfertigungsebene .....	72
a) Verhältnismäßigkeit .....	74
(1) Eignung zur Förderung eines legitimen Ziels .....	75
(a) Beweislast für die Existenz einer Gefahr .....	75
(aa) Rechtssache 174/82 (Officier van Justitie/Société Sandoz BV) .	79
(bb) Rechtssache 231/83 (Cullet) .....	81
(cc) Rechtssache C-228/91 (Kommission/Italien) .....	82
(dd) Rechtssache C-17/93 (Van der Veldt) .....	83
(ee) Rechtssache C-158/96 (Kohll) .....	83
(ff) Rechtssache C-420/01 (Kommission/Italien) .....	84
(gg) Die neueren Urteile zu Nahrungsmittelzusatzstoffen .....	85
α) Rechtssache C-24/00 (Kommission/Frankreich) .....	91
β) Rechtssache C-150/00 (Kommission/Österreich) .....	92
γ) Rechtssache C-41/02 (Kommission/Niederlande) .....	93
(b) Beweislast für die Tauglichkeit zur Beseitigung oder Verringerung der Gefahr .....	94
(2) Erforderlichkeit .....	97
(a) Rechtssache 251/78 (Denkavit) .....	100
(b) Rechtssache 188/84 (Kommission/Frankreich) .....	100
(c) Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland) .....	102
(d) Rechtssache C-128/89 (Kommission/Italien) .....	104
(e) Rechtssache C-106/91 (Ramrath) .....	105
(f) Rechtssache C-189/95 (Franzen) .....	105
(g) Rechtssache C-55/99 (Kommission/Frankreich) .....	106
(h) Rechtssache C-131/01 (Kommission/Italien) .....	109
(3) Angemessenheit .....	110

(a) Rechtssache 40/82 (Kommission/Großbritannien & Nordirland) . . .	111
(b) Rechtssache C-55/99 (Kommission/Frankreich) . . . . .	112
(c) Rechtssache C-189/95 (Franzen) . . . . .	113
b) Diskriminierung . . . . .	113
c) Art. 30 S. 2 EGV . . . . .	115
V. Die Literatur zur Beweislastverteilung . . . . .	116
1. Allgemeine Theorien zur Beweislastverteilung im Gemeinschaftsrecht . . . . .	116
2. Stellungnahmen zur Beweislastverteilung im Rahmen einzelner Normen . . . . .	119
<i>Kapitel 4: Spielräume bei der Tatsachenfeststellung</i> . . . . .	123
I. Die gemeinschaftsrechtliche Literatur . . . . .	124
II. Die Rechtsprechung des EuGH . . . . .	127
1. Mitgliedstaatliche Regelungen zur Abwehr von Gesundheits- gefahren . . . . .	127
2. Die Rechtsprechung des EuGH zur Regulierung von Glücksspielen . . . . .	132
a) Rechtssache C-275/92 (Schindler) . . . . .	132
b) Rechtssache C-124/97 (Läärä) . . . . .	133
c) Rechtssache C-67/98 (Zenatti) . . . . .	134
d) Rechtssache C-6/01 (Anomar) . . . . .	135
e) Rechtssache C-243/01 (Gambelli) . . . . .	136
3. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-3/95 (Broede) . .	137
4. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-293/93 (Houtwipper) . . . . .	138

*Teil 2*

Die Bedeutung der Vertragsziele  
für die Gestaltung des Beweisrechts

<i>Kapitel 5: Das Beweisrecht als Regelungsgegenstand des Primärrechts</i> . . . .	143
I. Das Beweismaß als Verfahrensfrage? . . . . .	146
1. Rechtsprechung und Literatur . . . . .	146
2. Die Auslegung des Art. 223 Abs. 6 S. 1 EGV . . . . .	149
II. Die Beweislastverteilung als Verfahrensfrage? . . . . .	154

1. Rechtsprechung .....	154
2. Literatur .....	155
3. Die Auslegung des Art. 223 Abs. 6 S. 1 EGV .....	156
<i>Kapitel 6: Das relative Gewicht der Vertragsziele im Beweisrecht .....</i>	<i>161</i>
I. Das Gewicht der Vertragsziele bei der Verteilung der Beweislast .....	162
1. Die Gleichstellungsthese .....	162
2. Formale Regel-/Ausnahmeverhältnisse .....	165
a) Der Wille der Vertragsparteien .....	168
b) Tatsächliche Regel-/Ausnahmeverhältnisse .....	169
3. Das Demokratieprinzip .....	170
a) Die relative Eignung zur Tatsachenfeststellung .....	172
b) Die Funktionsfähigkeit der Legislative .....	173
c) Die Erhaltung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums .....	177
4. Zusammenfassung .....	179
II. Das Gewicht der Vertragsziele bei der Festsetzung des Beweismaßes .....	179

### Teil 3

## Die Ziele der Grundfreiheiten

<i>Kapitel 7: Die Ziele der Freiheitsgewährungen .....</i>	<i>185</i>
I. Konflikte zwischen den in Art. 2 EGV genannten Zielen .....	187
1. Die unmittelbare Bindungswirkung des Art. 2 EGV .....	190
a) Die Bindung der Gemeinschaftsorgane durch Art. 2 EGV .....	191
(1) Die Ziele als Vorgaben zur objektiven Zwecksetzung der Gemeinschaft .....	191
(2) Die Ziele als Vorgaben zur Definition des Gemeinschaftsinteresses ...	192
(3) Art. 2 EGV als Grundlage einer Pflicht der Organe .....	195
(a) Die Rechtsprechung des EuGH .....	195
(b) Die Literatur .....	199
(c) Stellungnahme .....	199
b) Die Bindung der Mitgliedstaaten .....	204
(1) Die Bindung der Mitgliedstaaten qua Legalverweisung .....	204
(2) Art. 2 EGV als Grundlage einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten ...	205
c) Zusammenfassung .....	207
2. Die Bedeutung des Art. 2 EGV für die Auslegung des Vertrages im Falle von Zielkonflikten .....	207

a) Einleitung .....	208
(1) Rangordnungen .....	208
(2) Exkurs: Alexys Begriff der weichen Ordnung .....	209
(3) Rangordnungen und politisches Ermessen .....	210
b) Die Rechtsprechung des EuGH zur Bewältigung von Zielkonflikten .....	212
(1) Art. 2 EGV .....	213
(2) Art. 33 EGV .....	214
(3) Art. 3 EGKSV .....	218
(4) Zusammenfassung .....	222
c) Ein Überblick über die gemeinschaftsrechtliche Literatur .....	222
d) Theoretische Grundlagen einer Lösung der Kollisionsproblematik .....	227
(1) Die Auswirkungen rechtlicher Vorgaben .....	227
(a) Die Annahme des Fehlen rechtlicher Vorgaben .....	227
(b) Die Annahme abschließender Vorgaben .....	228
(c) Die Annahme nicht abschließender rechtlicher Vorgaben .....	229
(2) Die Notwendigkeit einer einheitlichen Rolle des juristischen Diskurses .....	229
(3) Die Anforderungen an die Formulierung rechtlicher Vorgaben .....	231
(a) Das Fehlen eines abschließenden Charakters .....	231
(b) Die Erklärung konkreter Vorrangverhältnisse .....	233
e) Die Möglichkeit einer Rangordnung .....	233
(1) Die Möglichkeit einer partiellen starren Rangordnung .....	233
(2) Die Möglichkeit einer flexiblen Rangordnung .....	234
(a) Der Wortlaut des Art. 2 EGV .....	234
(b) Die Zielsetzungen des EU-Vertrages .....	236
(c) Vorrang kraft Generalität .....	238
(d) Die Ableitung einer Rangordnung aus speziellen Regelungen .....	239
(aa) Vorrang des Umweltschutzes .....	239
(bb) Vorrang des Ziels der Gleichstellung .....	243
(3) Zusammenfassung .....	244
f) Ein Verbot der unverhältnismäßigen Lösung von Zielkonflikten? .....	244
g) Die Orientierung der Konfliktbewältigung am gemeinsamen Interesse .....	245
(1) Die Rechtfertigung des Kriteriums der Gemeinschaftsorientierung .....	246
(2) Konsequenzen .....	247
II. Binnenkollisionen .....	248
III. Zusammenfassung zu den Zielen der Freiheitsgewährungen .....	249
IV. Die Verfassung für Europa .....	249
1. Art. I-3 der Verfassung für Europa .....	250
2. Der instrumentale Charakter der Grundfreiheiten .....	251
3. Die Verpflichtung zur Förderung der Ziele der Union .....	252
4. Die Bewältigung von Zielkonflikten .....	253
a) Die Notwendigkeit einer einheitlichen Bestimmung der Rolle des politischen Diskurses .....	253
b) Die rechtlichen Vorgaben bei der Bewältigung von Zielkonflikten .....	253
(1) Das Wohlergehen der Völker der Union .....	254
(2) Der Friede und die Werte der Union .....	254

<i>Kapitel 8: Die Ziele der Freiheitsgrenzen</i> .....	257
I. Grundlagen .....	257
II. Die Analyse einzelner Bestimmungen .....	262
1. Art. 46 Abs. 1 EGV .....	262
2. Art. 39 Abs. 3 EGV und Art. 55 EGV i.V.m. Art. 46 Abs. 1 EGV ..	265
3. Art. 30 S. 1 EGV .....	265
III. Zusammenfassung .....	267

#### *Teil 4*

### Die Auslegung der Grundfreiheiten in einer Welt ohne tatsächliche Unsicherheiten

<i>Kapitel 9: Der Grundsatz des Verbots gemeinschaftswohlschädlicher Normen</i> .....	271
I. Der Rekurs auf konkrete vertragliche Vorrangentscheidungen .....	271
II. Der Rekurs auf mitgliedstaatliche Vorrangentscheidungen .....	272
1. Die positive Bestimmung des Gemeinschaftswohls .....	274
2. Die Rolle absoluter Vorgaben bei der Bewältigung von Zielkonflikten .....	278
III. Exkurs: Der Ausgleich fehlender politischer Mitwirkungsrechte .....	279
IV. Zusammenfassung .....	286
 <i>Kapitel 10: Suboptimale Normen und Nachteile einer Änderung des Status quo</i> .....	 287
I. Suboptimale Normen .....	287
II. Die Nachteile einer Änderung des Status quo .....	289
 <i>Kapitel 11: Belastungs- und Diskriminierungsverbote</i> .....	 291
I. Belastung und Diskriminierung .....	291
II. Eine formale Definition der Belastungs- und Diskriminierungs- verbote .....	296
III. Diskriminierung und Differenzierung .....	298

<i>Kapitel 12: Die grundfreiheitlichen Belastungsverbote</i> .....	301
I. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	301
1. Eignung .....	301
2. Angemessenheit .....	302
a) Art. 30 EGV und die Lehre von den immanenten Schranken der Grundfreiheiten .....	303
(1) Der Rekurs auf den Grundsatz der Gemeinschaftsorientierung .....	304
(2) Die Forderung nach einer gerichtlichen Abwägung .....	304
b) Art. 39 Abs. 3, 46 Abs. 1, 55 EGV .....	313
c) Zusammenfassung .....	314
3. Erforderlichkeit .....	315
a) Das Kriterium der Suboptimalität .....	316
(1) Das Pareto-Kriterium .....	316
(2) Die Berücksichtigung weniger wirksamer Ersatzmittel .....	316
(3) Das Kaldor-Hicks-Kriterium .....	317
(4) Die Beachtlichkeit einer finanziellen Mehrbelastung des Staates .....	320
b) Die Aussicht auf den Erlass einer besseren Norm .....	324
c) Zusammenfassung .....	324
II. Der Kreis möglicher Schutzgüter .....	325
1. Die Möglichkeit einer extensiven Auslegung der vertraglichen Ausnahmenvorschriften .....	325
2. Die Erweiterung des Kreises zulässiger Regelungsziele .....	329
a) Die Rechtsprechung des EuGH .....	329
b) Die gemeinschaftsrechtliche Literatur .....	330
c) Die Notwendigkeit einer Ausdehnung des Kreises möglicher Schutzgüter .....	333
III. Der Geltungsbereich der grundfreiheitlichen Belastungsverbote .....	337
 <i>Kapitel 13: Die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote</i> .....	 341
I. Ein Überblick über die Funktionen der Diskriminierungsverbote .....	341
1. Die Diskriminierungsverbote als Verbote gemeinschaftswohl- schädlicher Normen .....	341
a) Der diskriminierende Charakter als Indiz der Gemeinschaftswohl- schädlichkeit .....	342
b) Der diskriminierende Charakter als Grund der Gemeinschaftswohl- schädlichkeit .....	343
2. Die Diskriminierungsverbote als Verbote suboptimaler Normen ..	343
II. Die Rolle der Diskriminierungsverbote bei der Bestimmung des Gemeinschaftswohls .....	344

1. Willkürliche Diskriminierung .....	344
2. Nicht-willkürliche Formen der Diskriminierung .....	345
a) Die möglichen Ansätze .....	345
b) Die Gründe gegen eine Vorrangregel zu Lasten bestimmter Belange .....	346
(1) Faktisch diskriminierende Maßnahmen .....	347
(2) Formal diskriminierende Maßnahmen .....	349
c) Die Gründe gegen die Annahme eines Optimierungsgebots .....	350
3. Zusammenfassung .....	352
III. Die Gestalt der Diskriminierungsverbote .....	353
1. Der Tatbestand der Diskriminierungsverbote .....	354
a) Formale und quasiformale Diskriminierung .....	354
b) Adressatenbezogene Diskriminierung .....	355
c) Allgemeine Anwendungswahrscheinlichkeit .....	355
d) Teilmengenbezogene Anwendungswahrscheinlichkeit .....	356
2. Die Rechtfertigung diskriminierender Normen .....	357
a) Willkürliche Diskriminierung .....	357
b) Nicht-willkürliche Diskriminierung .....	357
(1) Das Kriterium der Suboptimalität .....	358
(2) Die in Betracht kommenden Vergleichsmaßnahmen .....	358
(a) Formale und quasiformale Diskriminierung .....	359
(b) Einfache Diskriminierung .....	359
(3) Die Aussicht auf den Erlass einer besseren Norm .....	360
c) Zusammenfassung .....	360

### Teil 5

## Die Bestimmung des Gemeinschaftswohls in einer Welt tatsächlicher Unsicherheiten

<i>Kapitel 14:</i> Externalitäten .....	365
I. Begriff .....	365
II. Externalitäten und Gemeinschaftsorientierung .....	366
1. Das Fehlen negativer Externalitäten .....	366
2. Die Traditionsregel .....	367
3. Positive Gesamtexternalitäten .....	368
a) Die Relevanz positiver Gesamtexternalitäten .....	368
b) Die Feststellung positiver Gesamtexternalitäten .....	370
4. Das Bestehen negativer Externalitäten .....	370
III. Zusammenfassung .....	371

<i>Kapitel 15:</i> Die Rolle von Widersprüchen in der Rechtsordnung .....	373
I. Widersprüche zu Lasten anderer Mitgliedstaaten oder deren Bürger ..	373
II. Parallele Wertungen .....	377
<i>Kapitel 16:</i> Die Rolle der in anderen Rechtsordnungen vorgenommenen Wertungen .....	379
I. Rechtsakte der Gemeinschaft .....	379
II. Internationale Verträge und Normen anderer Mitgliedstaaten .....	383

### Teil 6

#### Die Auslegung der Grundfreiheiten in einer Welt tatsächlicher Unsicherheiten

<i>Kapitel 17:</i> Die Rolle der Vertragsziele .....	387
I. Unsicherheiten im Rahmen der teleologischen Auslegung .....	387
II. Die Reichweite des Ziels der Gemeinschaftswohlmaximierung .....	389
III. Beweislastverteilung und Nachteile falscher Tatsachenfeststellungen ..	390
IV. Zusammenfassung .....	391
<i>Kapitel 18:</i> Entscheidungstheoretische Grundlagen .....	393
I. Die Lehre von der Entscheidungsgrenze .....	393
II. Die Relevanz der Lehre von der Entscheidungsgrenze .....	395
III. Anwendungsirrelevante Gemeinschaftsrechtsverstöße .....	397
1. Die unmittelbaren Folgen der Entscheidung .....	399
2. Die mittelbaren Folgen der Entscheidung .....	400
IV. Anwendungsrelevante Gemeinschaftsrechtsverstöße .....	402
1. Worin liegen die Vor- und Nachteile eines Verbots? .....	402
2. Eine normative Korrektur entscheidungstheoretischer Erwägungen .....	403
a) Das Verbot unangemessener Normen .....	404
(1) Die Relevanz alternativer Gesetzgebung .....	404
(2) Die Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeitserwägungen .....	406
b) Der Grundsatz der Eignung .....	408
c) Der Erforderlichkeitsgrundsatz .....	410
(1) Die Wahrscheinlichkeit des Erlasses einer besseren Norm .....	410
(2) Der Kreis potenzieller Ersatznormen .....	412
(3) Zusammenfassung .....	413

d) Willkürliche Diskriminierung .....	414
e) Andere Formen der Diskriminierung .....	415
(1) Das Vorliegen einer Diskriminierung .....	417
(2) Die Frage, ob eine Norm als Vergleichsmaßnahme in Betracht kommt ..	418
<i>Kapitel 19: Die Nachteile einer Änderung des Status quo .....</i>	421
I. Die Nachteile einer Änderung des Status quo aus teleologischer Sicht .....	422
II. Die Folgen für die Auslegung der Grundfreiheiten .....	424
III. Zusammenfassung .....	427
<i>Kapitel 20: Die Richtigkeit richterlicher Tatsachenfeststellungen .....</i>	429
I. Die Diskussion um die relative Eignung zur Tatsachenfeststellung ...	430
II. Die Irrelevanz der Diskussion um die relative Eignung zur Tatsachenfeststellung .....	432
<i>Kapitel 21: Die Sanktionierung gesetzgeberischer Sorgfaltsverstöße .....</i>	435
<i>Kapitel 22: Die Rechtssicherheit .....</i>	439
I. Grundlagen .....	442
1. Vertragssimmanente und faktische Rechtsunsicherheit .....	442
2. Mitgliedstaaten und Bürger .....	444
3. Das Problem objektiver Ungewissheit .....	445
4. Zusammenfassung .....	447
II. Drei abgrenzbare Fragestellungen .....	448
1. Das Problem „gemeinschaftswohlneutraler“ Entscheidungen .....	448
a) Der Vorrang des Grundsatzes der Rechtssicherheit .....	449
(1) Der Vorwurf obrigkeitstaatlicher Gesinnung .....	450
(2) Die Möglichkeit positiver Auswirkungen eines Verbots auf die Rechtssicherheit .....	451
b) Konsequenzen .....	452
2. Die Zahl der zu berücksichtigenden Handlungsalternativen .....	452
a) Der Erforderlichkeitsgrundsatz .....	454
(1) Mildere Mittel im engeren Sinn .....	454
(2) Mildere Mittel im weiteren Sinn .....	455
b) Die Diskriminierungsverbote .....	456
(1) Das Vorliegen einer Diskriminierung .....	457
(2) Die Rechtfertigung diskriminierender Normen .....	457
3. Die Problematik divergierender Entscheidungszeitpunkte .....	458

a) Die Unangemessenheit einer reinen Ex-ante-Betrachtung .....	462
b) Die Unangemessenheit einer reinen Ex-post-Betrachtung .....	463
c) Vermittelnder Ansatz .....	464
III. Das allgemeine Problem der Rechtssicherheit .....	470
1. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten .	471
a) Die Auslegung der Grundfreiheiten als Verbote diskriminierender Belastungen .....	471
b) Bereichsausnahmen .....	472
2. Die Möglichkeit einer quantitativen Erheblichkeitsschwelle .....	475
a) Die Annahme einer Spürbarkeitsschwelle auf der Eingriffsebene .....	475
b) Die Forderung nach einem deutlichen Missverhältnis .....	479
(1) Die Aussicht auf eine Steigerung der Rechtssicherheit .....	479
(2) Rechtssicherheit und Optimierung mitgliedstaatlicher Normen .....	480
3. Die Annahme eines Beurteilungsspielraums .....	482
a) Rechtssicherheit .....	483
b) Optimierung mitgliedstaatlicher Normen .....	484
c) Exkurs: Der differenzierende Ansatz des Bundesverfassungsgerichts .....	485
IV. Ergebnisse .....	487
<i>Kapitel 23: Die Nachteile der Beweisaufnahme</i> .....	489
I. Die Möglichkeit einer Erweiterung der Kapazitäten der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit .....	491
II. Die Möglichkeit einer dezentralen Konkretisierung des Gemeinschaftsrechts .....	493
1. Das Vertragsverletzungsverfahren .....	493
2. Das Vorabentscheidungsverfahren .....	493
a) Abgrenzung zu anderen Vorschlägen .....	494
(1) Die acte-clair-Doktrin .....	494
(2) Die Annahme von Konkretisierungsermächtigungen .....	496
(3) Die Abwägung des Einheitlichkeitsgrundsatzes mit anderen Belangen .	497
b) Die Rechtfertigung der Forderung nach einer dezentralen Konkretisierung	501
(1) Die Irrelevanz der Abgrenzung von Auslegung und Anwendung .....	501
(2) Die Verteilung der materiellen Konkretisierungszuständigkeit .....	501
(a) Die allgemeinen Ziele des Vertrages .....	501
(aa) Die Richtigkeit der Konkretisierung .....	502
α) Mangelnde Kompetenz .....	502
β) Mangelnder Wille .....	503
(bb) Die Einheitlichkeit der Konkretisierung .....	506
(b) Der allgemeine Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts .....	510
(aa) Art. 234 EGV .....	512
(bb) Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung .....	516

(cc) Das Wesen der Gemeinschaftsrechtsnormen .....	518
(dd) Lastengleichheit .....	521
(c) Sonstige Ziele des Vorabentscheidungsverfahrens .....	522
(3) Zusammenfassung zur Rolle des EuGH .....	523

*Kapitel 24: Die Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Normen  
aufgrund überwiegender mitgliedstaatlicher Interessen* ..... 525

I. Belastungsverbote .....	525
1. Eignung .....	525
2. Erforderlichkeit .....	526
a) Der Kreis der zu berücksichtigenden Vergleichsmaßnahmen .....	526
b) Die Durchführung des Vergleichs .....	526
3. Angemessenheit .....	527
II. Diskriminierungsverbote .....	528
a) Die Berücksichtigungsfähigkeit einer Vergleichsmaßnahme .....	528
b) Die Durchführung des Vergleichs .....	529

*Kapitel 25: Zusammenfassung der Ergebnisse* ..... 531

I. Allgemeines .....	531
1. Vor- und Nachteile .....	531
2. Nachteile einer Änderung des Status quo .....	531
3. Der für die Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt .....	531
II. Belastungsverbote .....	532
1. Das Vorliegen einer Belastung .....	532
2. Die Rechtfertigung von Belastungen .....	532
a) Die Rechtfertigung nach Maßgabe des Gemeinschaftswohls .....	532
(1) Regelungsziel .....	532
(2) Eignung .....	533
(3) Erforderlichkeit .....	533
(4) Angemessenheit .....	534
b) Die Rechtfertigung kraft überwiegender mitgliedstaatlicher Interessen ...	534
(1) Eignung .....	534
(2) Erforderlichkeit .....	534
(3) Angemessenheit .....	535
III. Diskriminierungsverbote .....	535
1. Der Tatbestand der Diskriminierung .....	535
2. Die Rechtfertigung diskriminierender Normen .....	536

a) Willkürlich diskriminierende Normen .....	536
b) Nicht-willkürlich diskriminierende Normen .....	536
(1) Rechtfertigung nach Maßgabe des Gemeinschaftswohls .....	536
(2) Rechtfertigung nach Maßgabe mitgliedstaatlicher Interessen .....	537
IV. Die Rolle des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren .....	537
Literaturverzeichnis .....	539
Personen- und Sachregister .....	567



## Einführung

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages begrenzen die Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten. In einer Welt, die durch das Bestehen tatsächlicher Unsicherheiten geprägt ist, werden diese Grenzen nicht allein durch materielle rechtliche Anforderungen an die mitgliedstaatliche Gesetzgebung bestimmt. Vielmehr kommt auch beweisrechtlichen Aspekten, insbesondere der Beweislastverteilung und dem Beweismaß, eine tragende Rolle zu. Materielles Recht und Beweisrecht stehen dabei nicht isoliert nebeneinander, sondern entfalten erst im Zusammenspiel ihre Wirkung. Die Auswirkungen einer materiellen Norm hängen vom Beweismaß und der Beweislastverteilung ab. Umgekehrt wird das Beweisrecht immer nur im Hinblick auf bestimmte materielle rechtliche Vorgaben relevant.<sup>1</sup>

Für die Auslegung des EG-Vertrages ist diese Interdependenz von wesentlicher Bedeutung. Es ist anerkannt, dass teleologische Erwägungen bei der Auslegung des EG-Vertrages eine zentrale Rolle spielen.<sup>2</sup> Ob eine bestimmte Auslegung den Zielen einer Vorschrift oder des Vertrages insgesamt dient, lässt sich jedoch nicht ohne Blick auf die Konsequenzen dieser Auslegung beurteilen.<sup>3</sup> Nach dem oben Gesagten ergeben sich diese Konsequenzen ihrerseits erst durch das Zusammenwirken von Beweisrecht und materiellem Recht. Sucht man deshalb nach derjenigen Auslegung, die der *ratio conventionis* am ehesten gerecht wird, so kommt man nicht umhin, sowohl beweisrechtliche als auch materielle rechtliche Aspekte zu bedenken: Aus teleologischer Sicht ist diejenige Auslegung des Vertrages geboten, die beweisrechtliche und materielle rechtliche Vorgaben in optimaler Weise verbindet. Vorbehaltlich anderer Auslegungskriterien ist mit anderen Worten entscheidend, welche Kombination materielle rechtlicher und beweisrechtlicher Normen am besten geeignet ist, die Vertragsziele in einer Welt tatsächlicher Unsicherheiten zu verwirklichen.

---

<sup>1</sup> Siehe nur *H.-J. Musielak*, Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 34.

<sup>2</sup> Siehe z.B. *A. Bleckmann*, Teleologie und dynamische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, EuR 1979, S. 239, 241; *C. Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 220 EGV Rn. 54; *R. Geiger*, EUV/EGV, 4. Aufl., 2004, Art. 220 EGV Rn. 11; *C. N. Kakouris*, Use of the Comparative Method by the CJEC, 6 Pace Int'l L. Rev. 267, 273 (1994); *K.-P. Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 293; *B. W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl., 2002, Art. 220 EGV Rn. 14.

<sup>3</sup> Zur Notwendigkeit der Folgenorientierung der objektiv-teleologischen Auslegung siehe nur *R. Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989, S. 2; *H.-J. Koch & H. Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 230 ff.

Vor diesem Hintergrund muss es auf Bedenken stoßen, wenn bei der Auslegung des Vertrages in materiellrechtlicher Hinsicht das Beweisrecht als gegeben unterstellt wird oder umgekehrt. Ein solches Vorgehen birgt das Risiko, dass die optimale Kombination der einzelnen Faktoren gar nicht erst ins Blickfeld gerät.<sup>4</sup> Gleichwohl ist dieser Ansatz in der Literatur nicht unüblich. Soweit Abhandlungen zum Gemeinschaftsrecht überhaupt auf beweisrechtliche Aspekte eingehen, wird das Beweisrecht vielfach als Annex des materiellen Rechts behandelt: In einem ersten Schritt wird das materielle Recht ermittelt. Erst im Anschluss daran wird analysiert, wie das Beweisrecht zu gestalten ist.<sup>5</sup> Diesem Vorgehen mag mitunter eine bestimmte Sicht des Verhältnisses von Beweisrecht und materiellem Recht zugrunde liegen. Das materielle Recht verkörpert danach eine gänzlich oder doch annäherungsweise gerechte Ordnung. Demgegenüber ist es Aufgabe des Beweisrechts, die Ungerechtigkeiten zu verwalten, die aus den begrenzten Erkenntnismöglichkeiten der Gerichte resultieren.<sup>6</sup> Bei dieser Sichtweise hat das Beweisrecht gegenüber dem materiellen Recht eine dienende Funktion,<sup>7</sup> und es ist mithin nur konsequent, Rechtssätze zunächst in materiellrechtlicher Hinsicht auszulegen und erst danach auf das Beweisrecht einzugehen. Zumindest im Bereich der Grundfreiheiten ist ein solches Verständnis jedoch verfehlt. Die Grundfreiheiten enthalten keine kategorischen Imperative, sondern stellen funktionsgebundene Rechtssätze dar; sie dienen der Verwirklichung der vom Vertrag verfolgten Ziele.<sup>8</sup> Im Rahmen der teleologischen Auslegung kommt es darauf an, wie diese Ziele in einer Welt tatsächlicher Unsicher-

---

<sup>4</sup> Spieltheoretisch kann man die bestehende Situation als ein Spiel darstellen, bei welchem ein Spieler das materielle Recht und der andere das Beweisrecht festlegt, eine Koordination jedoch nicht erfolgt. Beide Spieler handeln abwechselnd und verändern ihre Entscheidungen so lange, wie sie durch unilaterale Entscheidungen den Gesamtnutzen zu steigern vermögen. Kommt unter diesen Voraussetzungen eine stabile Kombination beweisrechtlicher und materiellrechtlicher Normen zustande, so handelt es sich dabei um ein so genanntes *Nash-Gleichgewicht*: Das angewandte materielle Recht ist die beste Antwort auf das geltende Beweisrecht, und umgekehrt ist das angewandte Beweisrecht die beste Antwort auf das geltende materielle Recht. Die Existenz eines *Nash-Equilibriums* bietet aber eben keine Garantie dafür, dass es sich bei den so entwickelten Rechtssätzen um die auch in absoluter Hinsicht optimale Kombination materiellrechtlicher und beweisrechtlicher Normen handelt.

<sup>5</sup> Siehe z.B. *A. André*, Beweisführung, 1963, S. 267 ff.; *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 140 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 230 f.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. *H.-J. Musielak*, Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, 1975, S. 21, dem zufolge es sich bei den Beweislastnormen „um ein Behelfsmittel handelt, das allein dem Zweck dient, trotz eines ungeklärten Tatbestandes die richterliche Entscheidung in der Sache selbst zu ermöglichen.“

<sup>7</sup> Dementsprechend kann es nicht überraschen, wenn *E. Peters*, Der Ausforschungsbe-  
weis im Zivilprozess, 1966, S. 98, Beweislastregeln als „Aushilfsnormen“ bezeichnet.

<sup>8</sup> Dies entspricht der Tatsache, dass der EG-Vertrag insgesamt durch seine besondere Zielbezogenheit und Zielverpflichtetheit gekennzeichnet ist. So zutreffend *A. v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 2 EGV Rn. 4.

heiten am ehesten erreicht werden können. Dabei von einem irgendwie gear- teten Vorrang des materiellen Rechts auszugehen, besteht kein Anlass.

Anzustreben ist nach dem Gesagten eine materiellrechtliche und beweis- rechtliche Auslegung der Grundfreiheiten, die der Existenz tatsächlicher Unsicherheiten in bestmöglicher Weise gerecht wird. Die Gewinnung einer solchen Auslegung ist das Ziel der vorliegenden Arbeit. Aus praktischen Gründen soll der Gegenstand der Untersuchung allerdings eng begrenzt werden. So be- schränkt sich die Arbeit auf die Erörterung der Warenverkehrsfreiheit, der Ar- beitnehmerfreizügigkeit, der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungs- freiheit. Darüber hinaus sollen auch in Hinblick auf diese Grundfreiheiten nur einige zentrale Normen beleuchtet werden, nämlich die Art. 28–30, 39, 43, 46, 49 und 55 EGV.<sup>9</sup>

Der Gang der Untersuchung gestaltet sich wie folgt: Im ersten Teil der Arbeit wird es darum gehen, die Rechtsprechung des EuGH und des Gerichts erster Instanz zum Beweismaß und zur Beweislastverteilung im Rahmen der oben ge- nannten Grundfreiheitsbestimmungen zu analysieren.<sup>10</sup> Im zweiten Teil wird zu zeigen sein, dass teleologische Gesichtspunkte bei der Verteilung der Beweis- last und der Festsetzung des Beweismaßes eine tragende Rolle spielen müssen.<sup>11</sup> Der dritte Teil der Arbeit konzentriert sich darauf, die Zielsetzungen der Grund- freiheiten näher zu erklären.<sup>12</sup> Der vierte Teil nimmt unter Ausblendung des Problems tatsächlicher Unsicherheiten eine materiellrechtliche Auslegung der Grundfreiheiten vor.<sup>13</sup> Thematisiert wird mit anderen Worten die Interpretation der hier interessierenden materiellrechtlichen Normen, wie sie in einer Welt ohne tatsächliche Unsicherheiten vorzunehmen wäre. Der fünfte Teil widmet sich der Frage, inwieweit das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen die- ser Normen in einer Welt tatsächlicher Unsicherheiten überhaupt sinnvoll fest- gestellt werden kann.<sup>14</sup> Im sechsten Teil der Arbeit wird sodann der Versuch un- ternommen, die im vierten Teil entwickelten materiellrechtlichen Normen der Existenz tatsächlicher Unsicherheiten anzupassen.<sup>15</sup> Dabei geht es zum einen um eine Änderung dieser Normen auf der Ebene des materiellen Rechts, zum anderen um ihre Ergänzung auf der Ebene des Beweisrechts. Gesucht wird die optimale Kombination materiellrechtlicher und beweisrechtlicher Normen. Das Ergebnis dieser Analyse liefert die Antwort auf die Frage, welche materiell-

---

<sup>9</sup> In der vorliegenden Arbeit werden Bestimmungen des EG-Vertrages mit der Abkür- zung „EGV“ zitiert, Bestimmungen der geplanten Verfassung für Europa dagegen mit der Abkürzung „EV“.

<sup>10</sup> Siehe Teil 1, S. 7 ff.

<sup>11</sup> Siehe Teil 2, S. 141 ff.

<sup>12</sup> Siehe Teil 3, S. 183 ff.

<sup>13</sup> Siehe Teil 4, S. 269 ff.

<sup>14</sup> Siehe Teil 5, S. 363 ff.

<sup>15</sup> Siehe Teil 6, S. 385 ff.

rechtliche und beweisrechtliche Auslegung der Grundfreiheiten in einer Welt tatsächlicher Unsicherheiten geboten ist.

Bereits an dieser Stelle sei zudem auf die rechtsmethodischen Prämissen der vorliegenden Arbeit hingewiesen.<sup>16</sup> So soll unterstellt werden, dass keinem der in Betracht kommenden Auslegungskriterien ein absoluter Vorrang vor den anderen zukommt, die Gewichtung der einzelnen Auslegungsgesichtspunkte vielmehr im Einzelfall zu ermitteln ist.<sup>17</sup> Und auch mit Blick auf das Gewicht gemeinschaftsgerichtlicher Urteile verfolgt die vorliegende Arbeit eine zurückhaltende Linie: Es ist nicht unüblich, dass Arbeiten zum Gemeinschaftsrecht die Richtigkeit einer bestimmten Auslegung des Vertrages implizit oder explizit daran messen, ob sie mit den Entscheidungen des Gerichtshofs und gegebenenfalls des Gerichts erster Instanz in Einklang steht.<sup>18</sup> Die Diskussion um den Inhalt gemeinschaftsrechtlicher Normen gerät damit zur Rechtsprechungsexegese. Nun soll an dieser Stelle nicht bezweifelt werden, dass der Rechtsprechung des EuGH eine gewisse Rolle bei der Auslegung des Vertrages zukommt. Für das Festhalten an einer einmal getroffenen richterlichen Entscheidung sprechen Gedanken der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung.<sup>19</sup> Insofern ist es gerechtfertigt, demjenigen, der sich für die Änderung der

---

<sup>16</sup> Von einer eingehenden Auseinandersetzung mit rechtsmethodischen Fragen soll in Anbetracht der Fülle entsprechender Veröffentlichungen abgesehen werden. Aus dem inzwischen kaum mehr überschaubaren Schrifttum zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts siehe z.B. *R. Bernhardt*, Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, FS Kutscher, 1981, S. 17 ff.; *A. Bremidas*, Methods of Interpretation and Community Law, 1978; *L.N. Brown & T. Kennedy*, The Court of Justice of the European Communities, 5. Aufl., 2000, S. 321 ff.; *J. Bengoetxea*, The Legal Reasoning of the European Court of Justice, 1993; *J. Guégan*, Les méthodes de la Cour de justice des Communautés européennes, 1980; *S. M. Grundmann*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997; *M. Potacs*, Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1996.

<sup>17</sup> In der Literatur finden sich mitunter Stellungnahmen, die dahingehend verstanden werden können, dass der EuGH von einem einzelfallunabhängigen Vorrang der teleologischen Auslegung ausgehe. Siehe z.B. *C. Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 220 EGV Rn. 54, der zufolge die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit den Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts dadurch Rechnung getragen hat, „daß sie der teleologischen [...] Auslegung den Vorrang einräumt.“ Richtigerweise wird man jedoch nicht davon ausgehen können, dass der Gerichtshof einen in diesem Sinne absoluten Vorrang der teleologischen Auslegung anerkennt. Siehe nur *K.P.E. Lasok & T. Millet*, Judicial Control in the EU, 2004, S. 376. Erst recht abzulehnen wäre die These vom absoluten Vorrang der teleologischen Auslegung dann, wenn man sie nicht als Beschreibung der Rechtsprechung, sondern als normatives Postulat verstehen wollte. Denn es sind keine überzeugenden Gründe erkennbar, der teleologischen Auslegung unabhängig von den Umständen des Einzelfalls Vorrang vor allen übrigen Auslegungsgesichtspunkten einzuräumen.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. *A. André*, Beweisführung, 1963, S. 175 („Bei der Feststellung, welche Prinzipien bei der Verteilung der Beweislast gültig sind, wird von der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgegangen [...]“).

<sup>19</sup> *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 505.

Rechtsprechung ausspricht, die Argumentationslast zuzuweisen.<sup>20</sup> Eine darüber hinausgehende Bedeutung bei der Auslegung des Vertrages soll der Rechtsprechung des EuGH indessen trotz ihrer großen praktischen Bedeutung nicht zuerkannt werden.

Zuletzt seien noch einige Bemerkungen zur Rolle des Vertrages über eine Verfassung für Europa<sup>21</sup> erlaubt. Es ist zurzeit höchst unklar, ob dieser Vertrag jemals in Kraft treten wird. Daher konzentriert sich die vorliegende Arbeit in erster Linie auf das geltende Recht. Ohnehin sind die in der geplanten Verfassung vorgesehenen Änderungen gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand für die vorgenommene Untersuchung nur von sehr begrenzter Bedeutung. Änderungen nennenswerten Umfangs ergeben sich lediglich mit Blick auf die Ziele der angestrebten Union. Auf diese Änderungen wird im Wege eines Exkurses eingegangen.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Insoweit zutreffend *R. Alexy*, *Theorie der Juristischen Argumentation*, 1978, S. 339; *ders.*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 505.

<sup>21</sup> Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl. Nr. C 310/1 v. 16.12.2004.

<sup>22</sup> Siehe Kapitel 7, IV., S. 249 ff.



## Teil 1

# Grundlagen

Materiellrechtliche Fragen der Kontrolle mitgliedstaatlicher Normen an den Grundfreiheiten sind seit langem ein Schwerpunkt der gemeinschaftsrechtlichen Diskussion. Eine Einführung in die einschlägige Rechtsprechung und Literatur erscheint angesichts der Vielzahl der bestehenden Darstellungen entbehrlich. Anders verhält es sich mit Blick auf das Beweisrecht. Die relevante Rechtsprechung des EuGH und des Gerichts erster Instanz hat bisher nur wenig Aufmerksamkeit erfahren;<sup>1</sup> nur ein Bruchteil der hier interessierenden Urteile wird in der Literatur überhaupt erwähnt. Aus diesem Grunde soll im vorliegenden Teil der Arbeit eine Analyse der fraglichen Judikatur vorgenommen werden. Ergänzend wird ein Überblick über die in der Literatur anzutreffenden Stellungnahmen zu gewähren sein.

---

<sup>1</sup> Nach wie vor zutreffend ist vielmehr die Feststellung von *M. Brealey*, *The Burden of Proof Before the European Court*, *E.L.Rev.* 1985, S. 250, 254, der betont: „[V]ery little has been said on how facts are proved and more specifically on the burden of proof itself.“



## Kapitel 1

# Die Rolle des EuGH bei der Tatsachenermittlung

Vorab sei in diesem Zusammenhang auf die Rolle des EuGH bei der Ermittlung der für die Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität mitgliedstaatlicher Gesetze entscheidenden Tatsachen eingegangen.

### I. Das Vorabentscheidungsverfahren

In dem praktisch besonders bedeutsamen Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 Abs. 1 EGV stellt sich die Frage nach der Rolle des EuGH bei der Tatsachenermittlung in Abgrenzung zu derjenigen der mitgliedstaatlichen Gerichte. Diesbezüglich wird im Schrifttum gerne formuliert, dass die Tatsachenermittlung allein Sache des vorlegenden Gerichts sei.<sup>2</sup> Diese Aussage ist jedoch zumindest missverständlich. Richtigerweise ist mit einer Reihe von Stimmen im Schrifttum<sup>3</sup> zu differenzieren:

Dem vorlegenden Gericht vorbehalten ist die Ermittlung der für die *Anwendung* des Gemeinschaftsrechts erforderlichen Tatsachen. Dieser Grundsatz ist sowohl in der Rechtsprechung<sup>4</sup> als auch im Schrifttum<sup>5</sup> allgemein anerkannt.

---

<sup>2</sup> Siehe z.B. C. *Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 234 EGV Rn. 31 („Es ist ausschließlich Sache des nationalen Gerichts, die Tatsachen aufzuklären und den Sachverhalt festzustellen.“). Vgl. auch G. C. *Rodríguez Iglesias*, Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten, NJW 2000, S. 1889, 1891, dem zufolge „[d]ie Tatsachenermittlung [...] in jedem Fall Sache des nationalen Richters [ist]“.

<sup>3</sup> M. *Dauses*, in: Dauses, Hdb. EU-WirtschaftsR P.II. Rn. 110–111; K.P.E. *Lasok*, The European Court of Justice, 2. Aufl., 1994, S. 351; G. *Ress*, Fact-Finding at the European Court of Justice, 1992, S. 197.

<sup>4</sup> Dazu, dass die Ermittlung der anwendungsrelevanten Tatsachen dem nationalen Gericht vorbehalten ist, siehe nur EuGH, Urt. v. 5.2.2004, Rs. C-95/01, *Strafverfahren g. John Greenham & Leonard Abel*, Slg. 2004, S. I-1333 Rn. 33 („[Das] national[e] Gericht[un] [...] [ist] allein für die Ermittlung und Prüfung des Sachverhalts des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zuständig [...]“); EuGH, Urt. v. 13.3.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra AG/Schleswig AG*, Slg. 2001, S. I-2099 Rn. 40 („[Es ist] nicht Sache des Gerichtshofes, sondern des nationalen Gerichts [...], die dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Tatsachen festzustellen [...]“); EuGH, Urt. v. 13.4.2000, Rs. C-176/96, *Jyri Lehtonen u.a./Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, Slg. 2000, S. I-2681 Rn. 40 („Im Rahmen der richterlichen Zusammenarbeit in Vorabentscheidungsverfahren obliegt dem nationalen Gericht die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts des Rechtsstreits [...]“); EuGH, Urt. v. 3.6.1986, Rs. 139/85, *R. H. Kempf/Staatssecretaris van Justitie*, Slg. 1986, S. 1741 Rn. 12 („Im Rahmen

Seine Berechtigung folgt ohne weiteres daraus, dass Art. 234 Abs. 1 EGV dem EuGH zwar die Auslegung, nicht aber die Anwendung des Gemeinschaftsrechts überantwortet.<sup>6</sup>

In die Verantwortung des EuGH fällt demgegenüber die Feststellung derjenigen Tatsachen, die der von ihm vorgenommenen *Auslegung* des Gemeinschaftsrechts zugrunde liegen. Es ist dem mitgliedstaatlichen Gericht zwar unbenommen, entsprechende Tatsachen zu ermitteln und gegebenenfalls dem EuGH mitzuteilen. Ein solches Vorgehen entbindet den EuGH jedoch nicht von der Pflicht, die der Auslegung des Vertrages zugrunde gelegten Tatsachen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Diese Letztverantwortung des EuGH für die auslegungsrelevanten Tatsachen wird von einem Teil des Schrifttums zu Recht betont.<sup>7</sup>

der Zusammenarbeit des nationalen Gerichts und des Gerichtshofes im Vorabentscheidungsverfahren obliegt ersterem die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts des Rechtsstreits.“).

<sup>5</sup> Siehe z.B. *M. Dausés*, in: Dausés, Hdb. EU-WirtschaftsR P.II. Rn. 110; *C. Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 234 EGV Rn. 31; *G. C. Rodríguez Iglesias*, Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten, NJW 2000, S. 1889, 1891; *D. Chalmers*, Judicial Preferences and the Community Legal Order, 60 Modern L. Rev. 164, 166 (1997); *S. Hackspiel*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 23 SEG Rn. 26; *F. G. Jacobs*, The Role of National Courts and of the European Court of Justice in Ensuring the Uniform Application of Community Law, FS Capotorti, 1999, S. 175, 176; *K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis & R. Bray*, Procedural Law of the European Union, 2. Aufl., 2006, S. 614 Rn. 25–017.

<sup>6</sup> Dazu, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts dem vorlegenden Gericht vorbehalten ist, siehe z.B. EuGH, Urt. v. 15.3.2003, Rs. 282/00, *Refinarias de Açúcar Reunidas SA (RAR)/Sociedade de Indústrias Agrícolas Açoreanas SA (Sinaga)*, Slg. 2003, S. I-4741 Rn. 47 („Der Gerichtshof ist [...] nicht befugt, über den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zu entscheiden oder die von ihm ausgelegten Gemeinschaftsvorschriften auf nationale Maßnahmen oder Gegebenheiten anzuwenden, da diese Fragen in die ausschließliche Zuständigkeit des nationalen Gerichts fallen [...].“); EuGH, Urt. v. 28.3.1979, Rs. 222/78, *ICAP/Walter Benvenuti*, Slg. 1979, 1163 Rn. 10–12 („Im Rahmen des [Vorabentscheidungsverfahrens] ist es nicht Sache des Gerichtshofes, die von ihm ausgelegten gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf innerstaatliche Maßnahmen oder Sachverhalte anzuwenden. Vielmehr obliegt es den einzelstaatlichen Gerichten, darüber zu entscheiden, ob die gemeinschaftsrechtliche Vorschrift, in der vom Gerichtshof [...] gegebenen Auslegung, auf die ihm zur Beurteilung unterbreiteten Tatsachen oder Maßnahmen anwendbar ist.“). Ähnliche Aussagen finden sich unter anderem in den Urteilen EuGH, Urt. v. 19.2.2004, Rs. C-329/01, *The Queen/Intervention Board for Agricultural Produce*, Slg. 2004, S. I-1899 Rn. 71; EuGH, Urt. v. 16.10.2003, Rs. C-421/01, *Traunfellner GmbH/Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, Slg. 2003, S. I-11941 Rn. 21; EuGH, Urt. v. 22.6.2000, Rs. C-318/98, *Strafverfahren g. Giancarlo Fornasar u.a.*, Slg. 2000, I-4785 Rn. 32; EuGH, Urt. v. 5.10.1999, Verb. Rs. C-175/98 & C-177/98, *Strafverfahren g. Paolo Lirussi u.a.*, Slg. 1999, S. I-6881 Rn. 38.

<sup>7</sup> *K.P.E. Lasok*, The European Court of Justice, 2. Aufl., 1994, S. 351; *G. Ress*, Fact-Finding at the European Court of Justice, 1992, S. 197. Vgl. auch *S. Hackspiel*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 23 SEG Rn. 26 („Auch bei Auslegungsfragen kann es erforderlich sein, daß der Gerichtshof sich nähere Angaben zum tatsächlichen Hintergrund des Rechtsstreits [...] verschafft. Auch wenn bei der Auslegung einer Norm besondere technische Gegebenheiten berücksichtigt werden müssen, kann eine Sach-

Auch der EuGH scheint sie im Ergebnis anzuerkennen. Zwar greift der Gerichtshof bei der Auslegung des Vertrages mitunter auf die Tatsachenfeststellungen des vorlegenden Gerichts zurück.<sup>8</sup> Er scheut sich jedoch nicht, diese Feststellungen bei Bedarf zu überprüfen.<sup>9</sup>

In der Tat folgt aus einer ganzen Reihe von Gründen, dass der EuGH in dem genannten Sinne die Verantwortung für die Ermittlung der auslegungsrelevanten Tatsachen trägt. Lasok weist zu Recht darauf hin, dass bei einer Bindung des EuGH an die Tatsachenfeststellungen der nationalen Gerichte die richtige Auslegung des Vertrages von Vorlageverfahren zu Vorlageverfahren variieren müsste, und zwar je nach den vom mitgliedstaatlichen Gericht unterbreiteten Tatsachen.<sup>10</sup> Man mag sogar mit Ress befürchten, dass die nationalen Gerichte eine ausschließliche Kompetenz zur Feststellung der auslegungsrelevanten Tatsachen dazu nutzen könnten, die Auslegung des Vertrages durch den EuGH zu manipulieren.<sup>11</sup> Darüber hinaus wird man die Verantwortung des EuGH für die Ermittlung der auslegungsrelevanten Tatsachen aber auch unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 234 EGV ableiten können. Wird dem EuGH in dieser Vorschrift nämlich die Auslegung des Gemeinschaftsrechts als Aufgabe zugewiesen und hängt die richtige Auslegung des Vertrages von bestimmten Tatsachenfeststellungen ab, so impliziert dies ohne weiteres, dass der EuGH auch die auslegungsrelevanten Tatsachenfeststellungen zu treffen hat.

Hervorzuheben ist freilich, dass die Aussagekraft der vorstehend dargestellten Unterscheidung zwischen auslegungs- und anwendungsrelevanten Tatsachen im Ergebnis begrenzt ist. Sie verlagert das Problem einer Verteilung der Zuständigkeit für die Tatsachenfeststellung auf die in Art. 234 EGV vorausgesetzte Abgrenzung zwischen Auslegung und Anwendung. In der Literatur wird oft betont, dass diese Abgrenzung in der Praxis Schwierigkeiten bereite.<sup>12</sup> Diese

---

verhaltsaufklärung erforderlich sein.“). Vgl. ferner *dies.* in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, S. 435, § 24 Rn. 2 („Auch in Vorabentscheidungsverfahren kann die Ermittlung von Tatsachen und die Erhebung von Beweisen [...] zulässig und erforderlich sein, und zwar insbesondere dann, wenn es um die Gültigkeit eines Rechtsaktes geht und der EuGH z.B. prüfen muss, ob das Verfahren zum Erlass dieses Aktes ordnungsgemäß verlaufen ist.“). In diese Richtung auch *M. Dausés*, in: Dausés, Hdb. EU-WirtschaftsR P.II. Rn. 110 („[Der EuGH] hat die für die Beurteilung der [auszulegenden oder auf ihre Gültigkeit hin zu überprüfenden] Rechtsnorm erheblichen Tatsachelemente selbst zu ermitteln.“).

<sup>8</sup> Siehe hierzu *K.P.E. Lasok*, *The European Court of Justice*, 2. Aufl., 1994, S. 351.

<sup>9</sup> Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 3.5.1978, Rs. 131/77, *Milac, Groß- und Außenhandel Arnold Noll/Hauptzollamt Saarbrücken*, Slg. 1978, S. 1041 Rn. 6. Dort bestätigte der EuGH zwar im Ergebnis die Feststellung des vorlegenden Gerichts, dass sich der Preis für Molkepulver nicht nach dem Preis für Magermilchpulver richte, stützte sich dabei jedoch auf die von der Kommission ermittelten Daten und nicht auf die entsprechende Feststellung des nationalen Gerichts.

<sup>10</sup> Siehe *K.P.E. Lasok*, *The European Court of Justice*, 2. Aufl., 1994, S. 351.

<sup>11</sup> Siehe *G. Ress*, *Fact-Finding at the European Court of Justice*, 1992, S. 197.

<sup>12</sup> Siehe z.B. *C. Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl.,

Aussage ist einerseits zu weitgehend, andererseits geht sie nicht weit genug. Die begriffliche Trennung zwischen Anwendung und Auslegung wirft keine Probleme auf.<sup>13</sup> Eine Aussage über den Inhalt einer Norm ist der Ebene der Auslegung zuzurechnen, eine Aussage über die sich im konkreten Fall ergebenden Rechtsfolge derjenigen der Anwendung.<sup>14</sup> Soweit der EuGH daher Aussagen zum Inhalt des Vertrages macht, lässt sich nach dem oben Gesagten ohne weiteres feststellen, dass er für die Richtigkeit der zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen selbst verantwortlich ist.

Diese Möglichkeit der begrifflichen Abgrenzung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Konkretisierung einer Norm sowohl im Rahmen der Auslegung, also bei der Bildung des Obersatzes, als auch im Rahmen der Anwendung, also im Wege der Subsumtion, erfolgen kann:<sup>15</sup> Formal ist es ohne weiteres

---

2004, Art. 234 EGV Rn. 31, der zufolge „[d]ie Abgrenzung zwischen der dem Gerichtshof obliegenden Auslegung und der den nationalen Gerichten anvertrauten Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf den konkreten Fall [...] bisweilen schwierig sein [kann] [...]“. *M. Dausés*, in: Dausés, Hdb. EU-WirtschaftsR P.II. Rn. 104, bezeichnet die Grenze zwischen Auslegung und Anwendung als „fließend“. Auch *U. Everling*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986, S. 31, betont, dass „die Grenze zwischen Auslegung und Anwendung nicht immer leicht zu ziehen [ist]“. *O. Remien*, Die Vorlagepflicht bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, *RabelsZ* 66 (2002), S. 503, 520, zufolge „ist anerkannt, dass [die Unterscheidung zwischen Anwendung und Auslegung] kaum durchführbar ist.“ Siehe ferner *G. Bebr*, Development of Judicial Control of the European Communities, 1981, S. 391 („[H]owever logical this delimitation is, in practice it may not always be easy to draw a sharp, dividing line.“); *G. C. Rodríguez Iglesias*, Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten, *NJW* 2000, S. 1889, 1890 („Theoretischer Ausgangspunkt [bei der Aufteilung der Kompetenzen zwischen EuGH und nationalen Gerichten] ist der Grundsatz, dass die verbindliche Auslegung [...] Sache des EuGH ist, während die Anwendung dieser Normen den nationalen Richtern obliegt. Allerdings ist in der Praxis diese Aufgabentrennung nicht immer eindeutig.“).

<sup>13</sup> Siehe *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung, 2001, S. 44, der, wenn auch in einem anderem Zusammenhang, darauf hinweist, dass Auslegung und Anwendung jedenfalls idealtypisch voneinander zu trennen sind. Vorsichtiger aber *T. Groh*, Die Auslegungsbefugnis des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, 2005, S. 33, dem zufolge sich Auslegung und Anwendung „allenfalls theoretisch voneinander trennen lassen“.

<sup>14</sup> Ähnlich z.B. *J. Schwarze*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 1. Aufl., 2000, Art. 220 EGV Rn. 21 („Auslegung ist die abstrakte Ermittlung des Inhalts einer Norm. Unter Anwendung ist hingegen die Subsumtion des konkreten Lebenssachverhalts unter eine bestimmte Norm zu verstehen.“); *C. Gaitanides*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 220 EGV Rn. 46 („Auslegung ist die abstrakte, nicht ausdrücklich fallbezogene Ermittlung des Inhalts einer Norm. Anwendung umschreibt dagegen die Feststellung, daß dieser Norminhalt den in concreto zu beurteilenden Sachverhalt erfaßt oder nicht erfaßt (Subsumtion).“); *U. Everling*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986, S. 30 („Bei der Auslegung geht es um die Ermittlung des Inhalts einer bestimmten Vorschrift.“).

<sup>15</sup> Vgl. bereits *R. Pound*, The Spirit of the Common Law, 1921, S. 179 („It is as clear as legal history can make it that interpretation apart from judicial application is impracticable; that it is futile to attempt to separate the functions of finding the law, interpreting the law and applying the law.“). Aus neuerer Zeit siehe z.B. *W. Bernhardt*, Verfassungsprinzipien –

möglich, den Normsatz selbst als Obersatz zu verwenden und dementsprechend direkt unter den Normsatz zu subsumieren. Die Auslegung im Sinne einer von der Anwendung zu trennenden Kategorie entfällt in diesem Fall. Auf der anderen Seite ist es denkbar, eine Norm weitestgehend im Wege der Auslegung zu konkretisieren mit der Folge, dass die Anwendung nahezu mechanisch erfolgen kann. Zwischen diesen beiden Extremen liegen unendlich viele Möglichkeiten, Obersätze unterschiedlicher Abstraktionsgrade zu bilden.<sup>16</sup> Die Verteilung der Konkretisierungszuständigkeit ist also, was mitunter verkannt wird,<sup>17</sup> mit der begrifflichen Trennung zwischen Auslegung und Anwendung nicht vorgegeben.

Daraus folgt zugleich, dass die Trennung zwischen auslegungs- und anwendungsrelevanten Tatsachen für sich genommen nicht erkennen lässt, ob eine bestimmte Tatsache für die Auslegung oder für die Anwendung des Vertrages relevant ist, wer also die für die Entscheidung über die Gemeinschaftskonformität mitgliedstaatlicher Gesetze maßgeblichen Tatsachenfeststellungen zu treffen hat. Die Antwort auf diese Frage hängt vielmehr von der allgemeinen Problematik ab, wie der Vertrag die Aufgabe der Konkretisierung des Gemeinschaftsrechts im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zwischen der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und den nationalen Gerichten aufteilt. Auf diese Frage wird weiter unten einzugehen sein.<sup>18</sup>

---

Verfassungsgerichtsfunktionen – Verfassungsprozeßrecht im EWG-Vertrag, 1987, S. 223, dem zufolge „große Schwierigkeiten“ bei der Abgrenzung von Auslegung und Anwendung auftreten, weil „in jeder Rechtsanwendung zugleich auch eine Auslegung und in jeder Auslegung zugleich auch eine Anwendung einer höherrangigen Norm“ liege. Vgl. ferner *F. G. Jacobs*, *The Role of National Courts and of the European Court of Justice in Ensuring the Uniform Application of Community Law*, FS Capotorti, 1999, S. 175, 177 („Any ‘application’ of a rule of law can be regarded as raising a question of ‘interpretation’ even if the answer to the question of interpretation may seem obvious.“).

<sup>16</sup> Zu Recht betont *W. Bernhardt*, *Verfassungsprinzipien – Verfassungsgerichtsfunktionen – Verfassungsprozeßrecht im EWG-Vertrag*, 1987, S. 224, dass maßgeblich für die Abgrenzung von Auslegung und Anwendung die Abstraktionsebene ist, auf der das Auslegungs- oder Anwendungsproblem formuliert wird.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. *T. Groh*, *Die Auslegungsbefugnis des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren*, 2005, S. 32 ff. *Groh* spricht sich zutreffend dagegen aus, die Reichweite der dem EuGH durch Art. 234 Abs. 1 zugewiesenen Auslegungsbefugnis unter Rekurs auf die Unterscheidung von Anwendung und Auslegung zu bestimmen. Die von ihm für diese Position angeführten Argumente, dass nämlich eine Bestimmung der Rolle des EuGH anhand der Unterscheidung von Auslegung und Anwendung die Ziele des Vorabentscheidungsverfahrens nicht hinreichend berücksichtige, die Auslegung des Art. 234 einseitig am Wortlaut dieser Vorschrift ausrichte und der tatsächlichen Praxis des EuGH nicht entspreche, lassen jedoch den entscheidenden Gesichtspunkt unerwähnt: Eine Verteilung der Konkretisierungszuständigkeit anhand des Begriffspaares Auslegung/Anwendung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil, wie oben dargelegt, diese Unterscheidung nur die sprachliche Form betrifft, in welcher die Konkretisierung erfolgt, und deshalb schon logisch keine Antwort auf die Frage zu geben vermag, in welchem Umfang der EuGH an der Konkretisierung gemeinschaftsrechtlicher Normen mitwirken soll.

<sup>18</sup> Siehe Kapitel 23, II. 2., S. 493 ff.

## II. Das Vertragsverletzungsverfahren

Die zweite Verfahrensart, welcher für die hier interessierende Kontrolle nationaler Normen an den Grundfreiheiten erhebliche Bedeutung zukommt, ist das Vertragsverletzungsverfahren. Auch dort stellt sich die Frage nach der Rolle des EuGH bei der Tatsachenermittlung. Dabei gilt es indessen nicht, den Verantwortungsbereich des EuGH von demjenigen der nationalen Gerichte abzugrenzen. Vielmehr ergibt sich das Problem, inwieweit die Tatsachenermittlung dem EuGH obliegt und in welchem Umfang sie den Parteien überlassen ist.

Im deutschen Verfahrensrecht unterscheidet man in diesem Zusammenhang bekanntlich zwischen Untersuchungs- und Beibringungsgrundsatz: Soweit in einem Verfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt, trägt das Gericht die Verantwortung für die Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen.<sup>19</sup> Bei Geltung des oft auch als Verhandlungsgrundsatz bezeichneten Beibringungsgrundsatzes obliegt die Einführung der entscheidungsrelevanten Tatsachen in den Prozess dagegen den Parteien.<sup>20</sup> Das Gericht kann nur die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen berücksichtigen und ist an einen übereinstimmenden Vortrag der Parteien gebunden.<sup>21</sup> Im Bereich des Gemeinschaftsrechts ist die Unterscheidung zwischen Untersuchungs- und Beibringungsgrundsatz indessen nur von begrenztem Wert. Das Verfahren vor dem EuGH vereint nach allgemeiner Auffassung Elemente beider Grundsätze.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Siehe nur *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, § 77 Rn. 44, S. 493 („Soweit der Untersuchungsgrundsatz gilt, darf und muss das Gericht von Amts wegen [...] Tatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und Beweise aufnehmen [...]“). Vgl. ferner *M. Wolf*, Gerichtliches Verfahrensrecht, 1978, S. 37, der den Untersuchungsgrundsatz allerdings dahingehend beschreibt, dass „neben den Parteien auch das Gericht zur Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung befugt“ ist.

<sup>20</sup> Siehe z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, § 77 Rn. 7, S. 483 f.; *M. Wolf*, Gerichtliches Verfahrensrecht, 1978, S. 37.

<sup>21</sup> Siehe z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, § 77 Rn. 13, S. 485.

<sup>22</sup> Siehe nur *C. Berger*, Beweisaufnahme vor dem EuGH, FS Schumann, 2002, S. 27, 29; *D. Ehle*, Klage und Prozessrecht des EWG-Vertrages, Bd. 1, Art. 188 Rn. 16; *U. Fasselt-Rommé*, Parteiherrschaft im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, 1993, S. 52; *W. Günther*, Die Präklusion neuer Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1970, S. 82 f.; *S. Hackspiel*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 24 SG Rn. 3; *dies.*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, S. 437, § 24 Rn. 7; *H. Kirschner*, Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, 2. Aufl., 1998, S. 127 Rn. 114; *K.P.E. Lasok*, The European Court of Justice, 2. Aufl., 1994, S. 344; *G. Ress*, Fact-Finding at the European Court of Justice, 1992, S. 183; *O. Riese*, Die Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, NJW 1953, S. 521, 522; *G. Vandersanden, G. & A. Barav*, Contentieux communautaire, 1977, S. 24, 50.

### 1. Auslegungsrelevante Tatsachen

Vorab ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass der EuGH auch im Vertragsverletzungsverfahren in vollem Umfang die Verantwortung für die Ermittlung der auslegungsrelevanten Tatsachen tragen muss. Dies wird weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum ausdrücklich erwähnt, folgt aber schon daraus, dass das Auslegungsergebnis anderenfalls von der Verfahrensart abhinge. In der Praxis des Vertragsverletzungsverfahrens ist diese Verantwortung des EuGH für die Feststellung der auslegungsrelevanten Tatsachen freilich von beschränkter Bedeutung. Soweit nämlich im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens Schwierigkeiten bei der Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen bestehen, vermeidet es der EuGH, die resultierende Ungewissheit auf der Ebene der Auslegung zu problematisieren.<sup>23</sup> Stattdessen nimmt der EuGH die Auslegung auf einer Ebene vor, die hinreichend abstrakt ist um zu gewährleisten, dass die relevanten Tatsachenfragen erst bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts relevant werden.<sup>24</sup>

### 2. Anwendungsrelevante Tatsachen

Praktisch bedeutsamer ist die Frage, welche Rolle dem EuGH bei der Feststellung der anwendungsrelevanten Tatsachen zukommt. Hier dürfen die mitunter divergierenden Formulierungen nicht darüber hinwegtäuschen, dass in wesentlichen Fragen Einigkeit besteht.

#### a) Die Möglichkeit der Beweisaufnahme von Amts wegen

So dürften Rechtsprechung und Schrifttum ungeachtet manch missverständlicher Formulierung<sup>25</sup> darin übereinstimmen, dass der EuGH uneinge-

---

<sup>23</sup> Siehe die in Kapitel 3 analysierten Entscheidungen des EuGH. Vgl. auch C. Berger, Beweisaufnahme vor dem EuGH, FS Schumann, 2002, S. 27, 28, dem zufolge die Tatsachenfeststellung im Wege einer förmlichen Beweisaufnahme im Vorabentscheidungsverfahren praktisch keine Rolle spielt.

<sup>24</sup> Siehe die in Kapitel 3 analysierten Entscheidungen des EuGH.

<sup>25</sup> A. André, Beweisführung, 1963, S. 92 f., argumentiert, dass der EuGH in bestimmten Fällen zur Tatsachenermittlung von Amts wegen verpflichtet sei, nämlich dann, wenn an dem konkreten Gegenstand des Verfahrens ein öffentliches Interesse bestehe. Obwohl André diesen Ausdruck nicht benutzt, scheint er dabei in der Sache von einer Ermessensreduktion auf Null auszugehen. Siehe A. André, a.a.O., S. 35. Unklar sind die Ausführungen Andrés allerdings hinsichtlich der hier interessierenden Frage, ob der EuGH in denjenigen Fällen, in denen kein öffentliches Interesse am Gegenstand des Verfahrens besteht, verpflichtet ist, von der Tatsachenermittlung abzusehen. Hierzu führt André, a.a.O., S. 35, aus: „Liegt das ungeklärte Streitverhältnis nicht innerhalb der Grenzen der notwendigen Amtsermittlung, dann ergibt sich für die Parteien, dass die Sachaufklärung allein ihnen obliegt.“ Diese Passage könnte in dem Sinne zu verstehen sein, dass der EuGH in dem fraglichen Bereich von einer Beweiserhebung ohne entsprechenden Antrag der Parteien abzusehen hat. Indessen spricht der Hinweis auf den Bereich „notwendiger Amtsermittlung“ eher dafür, dass André zwischen notwendiger und möglicher Amtsermittlung unterscheiden möchte.

schränkt berechtigt ist, von Amts wegen Beweis über streitige Tatsachen zu erheben.<sup>26</sup>

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich in weitem Umfang bereits aus dem Text der Satzung des Gerichtshofs (SG)<sup>27</sup> und der Verfahrensordnung (VerfO).<sup>28</sup> Besonders deutlich ist in diesem Punkte die Regelung der Zeugenvernehmung in Art. 26 SG, 47 § 1 Abs. 1 S. 1 VerfO.<sup>29</sup> Gemäß Art. 26 SG können Zeugen nach Maßgabe der Verfahrensordnung vernommen werden. Art. 47 § 1 Abs. 1 S. 1 VerfO bestimmt diesbezüglich, dass der Gerichtshof „von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien“ die Vernehmung von Zeugen über bestimmte Tatsachen anordnen kann. Ähnlich klar ist die Rechtslage in Hinblick auf die Vorlage von Urkunden, die Befragung der Parteien und die Einholung von Sachverständigengutachten. In den Art. 24 Abs. 1 S. 1 SG und 25 SG heißt es insofern jeweils, dass der EuGH die fraglichen Maßnahmen ergreifen „kann“, ohne dass die Notwendigkeit eines Antrags erwähnt wäre. Zwar findet sich in den genannten Vorschriften auch kein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass ein Antrag entbehrlich ist. Ein Umkehrschluss zu Art. 47 § 1 Abs. 1 S. 1 VerfO kommt jedoch nicht in Betracht. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Verfah-

<sup>26</sup> Aus dem Schrifttum siehe z.B. *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 27; *P. Becker*, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften, 1963, S. 87; *H. Korsch*, Prozessmaximen, 1965, S. 122, 129; *M. Brealey & M. Hoskins*, Remedies in EC Law, 2. Aufl., 1998, S. 406; *J. U. Usher*, European Court Practice, S. 190 Rn. 6.07, S. 191 Rn. 6.09; *G. Vandersanden, G. & A. Barav*, Contentieux communautaire, 1977, S. 53; *S. Hackspiel*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, S. 444, § 24 Rn. 27; *dies.*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 24 SG Rn. 3. Im Ergebnis wohl auch *K.P.E. Lasok*, The European Court of Justice, 2. Aufl., 1994, S. 344.

<sup>27</sup> Protokoll über die Satzung des Gerichtshofes v. 26.2.2001 gemäß Artikel 7 des am 26. Februar 2001 unterzeichneten Vertrags von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte (ABl. C 80 v. 10.3.2001), dem Vertrag über die Europäische Union, dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft beigefügt, ABl. C 80/53 v. 10.3.2001, zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 3.10.2005, ABl. Nr. L 266/60 v. 11.10.2005. Zu früheren Zeiten existierten im Rahmen der unterschiedlichen Gemeinschaften auch unterschiedliche Satzungen des Gerichtshofs. Die Satzung vom 26.2.2001 gilt jedoch nunmehr einheitlich für die Europäische Gemeinschaft und die Europäische Atomgemeinschaft. Vgl. Art. 1 SG.

<sup>28</sup> Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften v. 19. Juli 1991, ABl. Nr. L 176/7 v. 4.7.1991 und ABl. Nr. L 383/117 v. 29.12.1992 (Berichtigungen), zuletzt geändert am 18.12.2006, ABl. Nr. L 386/44 v. 19.12.2006.

<sup>29</sup> *P. Becker*, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften, 1963, S. 87, scheint in Art. 47 S. 1 VerfO sogar einen ausreichenden Beleg dafür zu sehen, dass dem EuGH eine umfassende Befugnis zur Ermittlung von Amts wegen zusteht. Namentlich führt *Becker*, a.a.O., mit Blick auf die Beweisaufnahme aus: „Der Gerichtshof ordnet die Beweisaufnahme von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien [...] an (Art. 47 § 1 VerfO).“ Insofern zu Recht kritisch *A. André*, Beweisführung, 1963, S. 22 f.

rensordnung, die gemäß Art. 223 Abs. 6 S. 1 EGV vom Gerichtshof mit Genehmigung des Rates erlassen wird, also Sekundärrecht darstellt,<sup>30</sup> nicht zur Auslegung der primärrechtlichen<sup>31</sup> Satzung herangezogen werden kann. Es besteht also keinerlei Anlass, in die Art. 24 Abs. 1 S. 1 SG und Art. 25 SG ein dort nicht genanntes Antragerfordernis hineinzulesen.

Weniger offenkundig ist die Entbehrlichkeit eines Antrages mit Blick auf das letzte der in der Verfahrensordnung geregelten Beweismittel, den Augenschein,<sup>32</sup> der freilich von überaus geringer praktischer Relevanz ist.<sup>33</sup> Das von Korsch vorgebrachte Argument, dass der Wortlaut der Verfahrensordnung für eine Befugnis zur Beweisaufnahme von Amts wegen spreche,<sup>34</sup> überzeugt nicht. Korsch stellt entscheidend darauf ab, dass Art. 60 S. 1 VerfO dem Gerichtshof das Recht gibt, „jederzeit“ nach Anhörung des Generalanwalts eine Beweisaufnahme oder die Wiederholung und Erweiterung einer Beweisaufnahme anzuordnen.<sup>35</sup> Wie jedoch schon André zu Recht betont hat,<sup>36</sup> ist diese Formulierung angesichts der systematischen Stellung der Vorschrift inmitten der Regelungen über den Ablauf der Hauptverhandlung nicht als Hinweis auf die Entbehrlichkeit eines Beweisantrages zu deuten, sondern nur dahingehend zu verstehen, dass die Beweisaufnahme nicht auf einen bestimmten Abschnitt des Verfahrens beschränkt ist. Ebenso wenig überzeugt andererseits der Versuch Andrés, die generelle Ermittlungsbefugnis des EuGH aus Art. 94 § 2 S. 2 VerfO abzuleiten.<sup>37</sup> Nach dieser Vorschrift ist der EuGH berechtigt, vor Erlass eines Versäum-

---

<sup>30</sup> Dazu, dass es sich bei der Verfahrensordnung um Sekundärrecht handelt, siehe z.B. *S. Hackspiel*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 223 Rn. 37; *B. W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl., 2002, Art. 223 Rn. 7; *U. Karpenstein & Langner*, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 223 EGV Rn. 32; *P. M. Huber*, in: Streinz, EUV/EGV, 1. Aufl., 2003, Art. 223 EGV Rn. 11.

<sup>31</sup> Der primärrechtliche Charakter der Satzung folgt aus Art. 311 EGV, dem zufolge die dem Vertrag beigefügten Protokolle „Bestandteile dieses Vertrags“ sind. Siehe hierzu z.B. *R. Geiger*, EUV/EGV, 4. Aufl., 2004, Art. 245 EG Rn. 2; *A. Weber*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 311 EGV Rn. 2; *H.-P. Folz*, in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, Art. 311 EGV Rn. 14; *J. Kokott*, in: Streinz, EUV/EGV, 1. Aufl., 2003, Art. 311 EGV Rn. 5.

<sup>32</sup> Siehe Art. 45 § 2 (e) VerfO.

<sup>33</sup> Der EuGH hat von diesem Beweismittel soweit ersichtlich erst in zwei Fällen Gebrauch gemacht, nämlich in EuGH, Urt. v. 17.12.1959, Rs. 14/59, *Société des Fonderies de Pont-à-Mousson/Hohe Behörde*, Slg. 1959, S. 215, 224, und in EuGH, Urt. v. 22.3.1961, Verb. Rs. 42 & 49/59, *Société Nouvelle des Usines de Pontlieue (SNUPAT)/Hohe Behörde*, Slg. 1961, S. 111, 169, 171, 173. Vgl. in diesem Sinne auch *K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis & R. Bray*, *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl., 2006, S. 563 Rn. 24–085 („To date, the Court has only undertaken two inspections of a place.“).

<sup>34</sup> Siehe *H. Korsch*, *Prozessmaximen*, 1965, S. 122, 122.

<sup>35</sup> Siehe *H. Korsch*, *Prozessmaximen*, 1965, S. 122, 122.

<sup>36</sup> Siehe *A. André*, *Beweisführung*, 1963, S. 27. Zustimmend *W. Günther*, *Die Präklusion neuer Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, 1970, S. 82 f.

<sup>37</sup> Siehe *A. André*, *Beweisführung*, 1963, S. 24 ff.

nisurteils Beweis zu erheben. André betont, dass Art. 94 § 2 S. 2 VerfO die Beweiserhebungsbefugnis des EuGH nicht auf bestimmte Beweismittel beschränke. Differenziere Art. 94 § 2 S. 2 VerfO aber nicht zwischen unterschiedlichen Beweismitteln, sondern gebe er dem Gerichtshof eine generelle Untersuchungsbefugnis, so müsse dies auch sonst gelten.<sup>38</sup> Indessen erscheint dieser Schluss keineswegs zwingend. Zu beachten ist nämlich, dass der Erlass eines Versäumnisurteils nach Art. 94 VerfO kein Verschulden auf Seiten der nicht erschienenen Partei voraussetzt. Es ließe sich daher ohne weiteres argumentieren, dass eine Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse des Gerichts im Versäumnisverfahren notwendig ist, um den Schutz der schuldlos säumigen Partei zu gewährleisten.

Im Ergebnis ist es freilich richtig, dem EuGH auch hinsichtlich des Augenscheins eine Befugnis zur Beweiserhebung von Amts wegen zuzuerkennen.<sup>39</sup> Für die Annahme, dass der Vertrag eine von den übrigen Beweismitteln abweichende Behandlung des Augenscheins intendiert, ist kein Grund ersichtlich. Vielmehr liegt es nahe, von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen. Mithin bietet sich eine Analogie zu den Art. 24 Abs. 1 S. 1, 25, 26 SG, 47 § 1 Abs. 1 S. 1 VerfO an, die eine Beweisaufnahme von Amts wegen entweder implizit oder, im Falle des 47 § 1 Abs. 1 S. 1 VerfO, sogar explizit erlauben.

#### *b) Die Ermittlung anderer als der von den Parteien vorgetragener Tatsachen*

Von der vorstehend erörterten Problematik streng zu trennen ist die Frage, ob der EuGH an einen übereinstimmenden Tatsachenvortrag der Parteien gebunden ist oder ob er von sich aus Tatsachen ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde legen kann, die keine der beiden Parteien vorgetragen hat.

Vorab sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die praktische Bedeutung dieser Frage begrenzt ist. Zum einen werden sich die Parteien die für sie günstigen Tatsachenbehauptungen in der Regel zu Eigen machen. Zum anderen wird der Gerichtshof normalerweise keinen Grund haben, die Richtigkeit eines übereinstimmenden Tatsachenvortrages der Parteien anzuzweifeln. Dem entspricht es, dass der EuGH unstreitige Tatsachen meist ohne weiteres seinem Urteil zugrunde legt.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Siehe *A. André*, Beweisführung, 1963, S. 26.

<sup>39</sup> Im Ergebnis ebenso *J. U. Usher*, *European Court Practice*, S. 190 Rn. 6.07; *H. Korsch*, *Prozessmaximen*, 1965, S. 122, 122; *A. André*, Beweisführung, 1963, S. 26.

<sup>40</sup> Siehe nur EuGH, Urt. v. 15.11.2005, Rs. C-320/03, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, S. I-9871 Rn. 33; EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-150/00, *Kommission/Österreich*, Slg. 2004, S. I-3887 Rn. 50, 63, 67; EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-387/99, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2004, S. I-3751 Rn. 56, 60; EuGH, Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-398/98, *Kommission/Griechenland*, Slg. 2001, S. I-7915 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 15.6.2000, Rs. C-348/97, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2000, S. I-4429 Rn. 48. Das Gericht erster Instanz wirkt mitunter sogar gezielt auf eine Einigung der Parteien hinsichtlich tatsächlicher Fragen hin, um so eine Beweis-

Angesichts der geringen praktischen Bedeutung der Frage nach der Bindung des EuGH an den Tatsachenvortrag der Parteien überrascht es nicht, dass die hier interessierende Problematik in Rechtsprechung und Literatur wenig Aufmerksamkeit erfahren hat. Die wenigen Stellungnahmen im Schrifttum gehen ohne weiteres davon aus, dass der Gerichtshof an einen übereinstimmenden Vortrag der Parteien nicht gebunden ist.<sup>41</sup>

Demgegenüber ist die Position des EuGH nicht ganz eindeutig. Denn immerhin hat der EuGH betont, dass ein Tatsachenvortrag der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren, gegen den der beklagte Mitgliedstaat sich nicht „substantiiert und ausführlich“ verteidigt, „als erwiesen anzusehen“ sei.<sup>42</sup> Die ein-

---

aufnahme zu vermeiden. Siehe EuG, Urt. v. 10.3.1992, Verb. Rs. T-68/89, T-77/89, T-78/89, *Società Italiana Vetro/Kommission*, Slg. 1992–II, S. 1403, 1428 Rn. 40–43. Vgl. auch *G. Ress*, Fact-Finding at the European Court of Justice, 1992, S. 183 („If the parties agree on the facts, the Court will usually not call that in question.“); *S. Hackspiel*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, S. 436, § 24 Rn. 5 („[Der Gemeinschaftsrichter] wird [...] unstreitige Tatsachen normalerweise nicht von Amts wegen überprüfen.“); *T. Trimidas*, The General Principles of EC Law, 1999, S. 140 („The procedure before the Court of Justice does not lend itself to fact-finding missions and, inevitably, heavy reliance is placed on the submissions of the parties.“).

<sup>41</sup> *K.P.E. Lasok*, The European Court of Justice, 2. Aufl., 1994, S. 344; *R. Plender*, European Courts Procedure, 2000, Kapitel 11 Rn. 11.010; *G. Ress*, Fact-Finding at the European Court of Justice, 1992, S. 183; *S. Hackspiel*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, S. 436, § 24 Rn. 5. Vgl. ferner *K. Lenaerts*, *D. Arts*, *I. Maselis & R. Bray*, Procedural Law of the European Union, 2. Aufl., 2006, S. 556 f. Rn. 24–073 („The Court may [...] play an active role in fact-finding [...]. [...] The allocation of duties as between the Court and the parties which is encapsulated in the maxim of *da mihi factum, dabo tibi jus* cannot be unqualifiedly applied.“).

<sup>42</sup> Siehe vor allem EuGH, Urt. v. EuGH, Urt. v. 9.11.1999, Rs. C-365/97, *Kommission/Italien*, Slg. 1999, S. I-7773 Leitsatz Nr. 5. Dort betonte der EuGH: „Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens obliegt es zwar der Kommission, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen; der beklagte Mitgliedstaat hat sich jedoch, wenn die Kommission genügend Tatsachen vorgetragen hat, die die Vertragsverletzung erkennen lassen, substantiiert und ausführlich gegenüber den vorgelegten Daten und den sich daraus ergebenden Folgerungen zu verteidigen. Anderenfalls sind die vorgebrachten Tatsachen als erwiesen anzusehen.“ Siehe auch EuGH, a.a.O., Rn. 84–87 („[Es] obliegt [...] der Italienischen Republik, die von der Kommission vorgelegten Angaben substantiiert zu bestreiten und nachzuweisen, daß [die Vorgaben der betroffenen Richtlinie eingehalten wurden]. Da die italienische Regierung der Kommission hierzu nichts vorgelegt hat, sind die von der Kommission vorgetragenen Tatsachen [...] als erwiesen zu betrachten.“). Siehe ferner EuGH, Urt. v. 22.9.1988, Rs. 272/86, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1988, S. 4875. In dem zugrunde liegenden Vertragsverletzungsverfahren hatte die Kommission Griechenland unter anderem vorgeworfen, die Einfuhr sowie die Ausfuhr von Olivenöl teilweise untersagt zu haben. Hierzu betonte der Gerichtshof: „[D]ie Kommission [hat] genügend Tatsachen vorgetragen hat, die erkennen lassen, daß die griechische Regierung die Aus- und Einfuhr von Olivenöl beschränkt hat. Da die Verwaltungsverfahren ohne Unterschied in den Beziehungen der Griechischen Republik zu den Mitgliedstaaten und zu Drittländern angewandt worden sind, müssen Beschränkungen auch im Verhältnis zu letzteren vermutet werden. Unter diesen Voraussetzungen war es Sache der Griechischen Republik, sich substantiiert und ausführlich gegenüber den vorgelegten Daten und den sich daraus ergebenden Folgerungen zu verteidigen.“

schlägigen Entscheidungen des Gerichtshofs, die von den oben zitierten Autoren bezeichnenderweise nicht erwähnt werden,<sup>43</sup> ließen sich durchaus als Argument für die Annahme anführen, dass der Gerichtshof sich an einen nicht substantiiert bestrittenen und in diesem Sinne unstreitigen Tatsachenvortrag gebunden sieht. Gleiches müsste dann erst recht für solche Tatsachenbehauptungen gelten, die sich beide Parteien zu Eigen gemacht haben. Allerdings sollen die relevanten Ausführungen des EuGH wohl vor allem zum Ausdruck bringen, dass ein Mitgliedstaat, welcher den Vortrag der Kommission nicht substantiiert bestreitet, riskiert, dass dieser Vortrag dem Urteil zugrunde gelegt wird. Mit anderen Worten, es dürfte dem EuGH in den hier interessierenden Entscheidungen in erster Linie um die Klarstellung gegangen sein, dass er sich nicht für verpflichtet hält, einen nicht oder nur unsubstantiiert bestrittenen Tatsachenvortrag durch eine Beweiserhebung von Amts wegen zu überprüfen. Dass der EuGH sich an einen übereinstimmenden Vortrag der Parteien gebunden fühlt, wird man den relevanten Stellungnahmen also nicht ohne weiteres entnehmen können. Zu einer in diesem Sinne restriktiven Auslegung der relevanten Urteile passt auch der Beschluss des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache *Prodifarma*.<sup>44</sup> Dort führte das Gericht von sich aus Tatsachen in den Rechtsstreit ein, die ihm anlässlich eines anderen Falls bekannt geworden waren.<sup>45</sup> Zwar mag man argumentieren, dass diese Entscheidung auch mit dem Beibringungsgrundsatz vereinbar ist, handelte es sich doch um den Grenzfall einer gerichtskundigen Tatsache.<sup>46</sup> In-

---

Da die griechische Regierung dem Gerichtshof insoweit nichts vorgetragen hat, sind die von der Kommission vorgebrachten Tatsachen als erwiesen anzusehen.“ Siehe EuGH, a.a.O., Rn. 21.

<sup>43</sup> Siehe die in Fn. 41 genannten Quellen.

<sup>44</sup> EuG, Beschl. v. 23.1.1991, Rs. T-3/90, *Prodifarma/Kommission*, Slg. 1991, S. II-1.

<sup>45</sup> EuG, Fn. 44, Rn. 3 („Das Gericht hat bei der Feststellung des Sachverhalts von Amts wegen die Sachverhaltsangaben berücksichtigt, die in den Akten der Parallelrechtssache T-116/89 enthalten sind.“).

<sup>46</sup> Auch im deutschen Zivilprozessrecht, welches bekanntlich vom Beibringungsgrundsatz ausgeht, wird mitunter vorgeschlagen, gerichtskundige Tatsachen von der Darlegungslast der Parteien auszunehmen. Siehe z.B. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, § 111 Rn. 25, S. 762 („[n]icht beweis- und nicht behauptungsbedürftig“); in gewissem Umfang auch *U. Foerste*, in: Musielak, ZPO, 4. Aufl., 2005, § 286 Rn. 3 („[Gerichtskundige Tatsachen sind] erleichtert verwertbar, nämlich ohne entsprechende Parteibehauptung, soweit sie als Indizien für oder gegen eine andere Behauptung sprechen [...]“). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Siehe BVerfG NJW 1994, 1274, 1274 („Es kann dahingestellt bleiben, ob gerichtskundige Tatsachen im Zivilprozeß von der darlegungspflichtigen Partei vorgetragen werden müssen [...]“). Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass gerichtskundige Tatsachen regelmäßig den so genannten offenkundigen Tatsachen gleichgestellt werden. In diesem Sinne z.B. OLG Schleswig NJW-RR 1991, 715, 715. Dies ist deshalb bedeutsam, weil auch mit Blick auf offenkundige Tatsachen die Auffassung vertreten wird, dass diese von den Parteien nicht dargelegt werden müssen. Siehe z.B. *R. Greger*, in: Zöller/Geimer, Zivilprozessordnung, 25. Aufl., 2005, § 291 Rn. 2 („Offenkundige Tatsachen darf das Gericht auch ohne [entsprechende] Parteibehauptung in den Prozess einführen [...]“). Anderer Auffassung hinsichtlich

dessen erscheint eine solche Interpretation des genannten Beschlusses wenig plausibel, denn die Entscheidungsgründe enthalten keinerlei Hinweis darauf, dass das Gericht die von ihm implizit bejahte Möglichkeit der Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen auf den Sonderfall gerichtskundiger Tatsachen beschränkt wissen wollte.

Im Ergebnis wird man davon ausgehen müssen, dass der EuGH nicht an einen übereinstimmenden Tatsachenvortrag gebunden ist. Zwar folgt die Berechtigung des EuGH zur eigenständigen Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen nicht zwingend aus der Berechtigung des Gerichtshofs zur Beweisaufnahme von Amts wegen.<sup>47</sup> Immerhin wird man aber angesichts der weitgehenden Befugnisse des EuGH zur Beweisaufnahme argumentieren dürfen, dass eine Beschränkung dieser Befugnisse auf den Fall streitiger Tatsachenvorträge, wenn sie gewollt gewesen wäre, wohl einen deutlicheren Ausdruck im Wortlaut der Satzung gefunden hätte. Auch der Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. SG deutet darauf hin, dass der EuGH nicht an den Tatsachenvortrag der Parteien gebunden sein soll.<sup>48</sup> Nach dieser Vorschrift kann der Gerichtshof von den Parteien die Erteilung aller Auskünfte verlangen, die er für wünschenswert hält. Diese sehr umfassende Formulierung legt den Schluss nahe, dass die Berechtigung des EuGH zur Parteivernehmung nicht allein der Beweisaufnahme über den Vortrag der Parteien dienen, sondern es dem Gerichtshof ermöglichen soll, die für sein Urteil relevanten Tatsachen unabhängig vom Vortrag der Parteien selbst zu ermitteln.

### c) Die Verpflichtung des EuGH zur Tatsachenermittlung

Zuletzt stellt sich die Frage, ob den EuGH mit Blick auf anwendungsrelevante Tatsachen<sup>49</sup> auch eine *Pflicht* zur Ermittlung von Amts wegen trifft. Diese Frage wird zum Teil bejaht, soweit es um die Überprüfung von Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane geht.<sup>50</sup> Klammert man diesen im Rahmen der vorlie-

---

der Verwertbarkeit nicht vorgetragener offenkundiger Tatsachen aber BAG NJW 1980, 1484, 1485; BAG NJW 1977, 695, 695.

<sup>47</sup> Es sei in diesem Zusammenhang erinnert, dass auch die deutsche Zivilprozessordnung dem Gericht weitgehende Befugnisse zur Beweiserhebung von Amts wegen einräumt. Siehe die §§ 142 Abs. 1 S. 1, 144 Abs. 1 S. 1, 448 ZPO. Zu Recht weist z.B. *U. Foerste*, in: Musielak, ZPO, 4. Aufl., 2005, § 284 Rn. 9, darauf hin, dass die Beweisaufnahme „weithin“ von Amts wegen erfolgen kann.

<sup>48</sup> In diesem Sinne wohl auch *S. Hackspiel*, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 6. Aufl., 2004, Art. 24 SG Rn. 3, die sinngemäß ausführt, Art. 24 SG sei Ausdruck des Untersuchungsgrundsatzes, da diese Vorschrift es den Gemeinschaftsgerichten erlaube, von Amts wegen die „tatsächlichen Grundlagen“ für ihre Entscheidung zu erweitern. *Hackspiel*, a.a.O., unterscheidet allerdings nicht deutlich zwischen der Möglichkeit zur Ermittlung nicht vorgetragener Tatsachen einerseits und der Befugnis zur Beweisaufnahme von Amts wegen andererseits.

<sup>49</sup> Dazu, dass eine solche Pflicht bei auslegungsrelevanten Tatsachen zu bejahen ist, siehe bereits Kapitel 1, II. 1., S. 15.

<sup>50</sup> Siehe *R. Rausch*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -würdigungen durch

genden Arbeit nicht näher interessierenden Bereich aus, so besteht jedenfalls im Ausgangspunkt weitgehend Einigkeit, nämlich dahingehend, dass es im Ermessen des EuGH liegt, inwiefern er von seinen Befugnissen zur Tatsachenermittlung Gebrauch macht.<sup>51</sup> Dem ist schon deshalb zuzustimmen, weil weder der EG-Vertrag noch die Satzung oder die Verfahrensordnung Anhaltspunkte für die Annahme einer Pflicht des Gerichtshofs zur Ermittlung anwendungsrelevanter<sup>52</sup> Tatsachen enthalten. Vielmehr heißt es in den bereits zitierten Vorschriften über die Beweiserhebung, dass der Gerichtshof die fraglichen Beweise erheben „kann“<sup>53</sup> beziehungsweise dass die relevanten Beweise erhoben werden „können“.<sup>54</sup>

Es stellt sich freilich die Frage, ob in bestimmten Fällen eine Ermessensreduktion mit der Folge anzunehmen ist, dass den EuGH im Ergebnis doch eine Pflicht zur Tatsachenermittlung trifft. Der EuGH hat sich bisher nicht ausdrücklich mit dieser Frage auseinandergesetzt. Mit Blick auf das Thema der vorliegenden Arbeit ist immerhin eines festzuhalten: Die Tatsache, dass in einem Verfahren die Vereinbarkeit formaler Gesetze mit den Grundfreiheiten thematisiert wird, stellt für den EuGH jedenfalls noch keinen hinreichenden Grund dar, eine Ermessensreduktion in dem genannten Sinne anzunehmen. So geht der EuGH insbesondere im Vertragsverletzungsverfahren in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Vortrag der entscheidungserheblichen Tatsachen und die Vorlage der relevanten Beweise Sache der Parteien ist.<sup>55</sup> Mit dieser Begründung hat der

---

den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1994, S. 182, der die „Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Rahmen der Kontrolle von Kommissionsentscheidungen gemäß Art. 164, 173 EWGV [...] bejahen“ will.

<sup>51</sup> Sehr deutlich in diesem Sinne *A. André*, Beweiserhebung, 1963, S. 35 („[Es] kann nicht bestritten werden, dass es in [der] Macht [des EuGH] liegt zu bestimmen, wann er von seinen Befugnissen Gebrauch machen will.“); *S. Hackspiel*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl., 2003, S. 437, § 24 Rn. 7 („Die Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen ist fakultativ [...]“); *K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis & R. Bray*, Procedural Law of the European Union, 2. Aufl., 2006, S. 557 Rn. 24–073 („[T]he judicial contribution to fact-finding is only optional and complementary.“). Vgl. auch *O. Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 534, dem zufolge der EuGH „nicht an den Amtsermittlungsgrundsatz gebunden ist“. Gegen eine Pflicht zur Ermittlung entscheidungserheblicher Tatsachen von Amts wegen auch *C. Berger*, Beweisaufnahme vor dem EuGH, FS Schumann, 2002, S. 27, 30.

<sup>52</sup> Anders liegen die Dinge mit Blick auf auslegungsrelevante Tatsachen. Denn insofern trifft den EuGH die Letztverantwortung für die Richtigkeit der von ihm zugrunde gelegten Tatsachen. Siehe Kapitel I, II. 1., S. 15.

<sup>53</sup> Siehe Art. 24 Abs. 1 S. 1, 25, Art. 47 § 1 Abs. 1 S. 1 Verfo.

<sup>54</sup> Siehe Art. 26 SG.

<sup>55</sup> Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 8.3.2001, Rs. C-68/99, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2001, S. I-1865 Rn. 38 („[E]s [obliegt] [...] im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens [...] der Kommission, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen und dem Gerichtshof die für die Prüfung ihres Vorliegens erforderlichen Anhaltspunkte zu liefern [...].“). Wortgleiche oder doch sehr ähnliche Aussagen finden sich unter anderem in den Urteilen

EuGH beispielsweise in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 die von der Kommission beantragte Bestellung eines Sachverständigen abgelehnt. Die Kommission, so der Gerichtshof, habe keine hinreichenden Beweise vorgelegt, und es sei nicht Sache des Gerichts, dieses Versäumnis mittels der Bestellung eines Sachverständigen auszugleichen.<sup>56</sup>

Im Schrifttum sind die Auffassungen geteilt. Ein Teil der Literatur begnügt sich damit, Gesichtspunkte zu nennen, die der EuGH bei der Ausübung seines Ermessens zu berücksichtigen habe. So solle der EuGH beispielsweise berücksichtigen, ob ein öffentliches Interesse am Streitgegenstand bestehe<sup>57</sup> und ob die Parteien zur selbständigen Sachaufklärung in der Lage seien.<sup>58</sup> Demgegenüber schlägt André vor, die auch von ihm grundsätzlich anerkannte Entscheidungsbefugnis des EuGH strengen Bindungen zu unterwerfen.<sup>59</sup> Von einer Pflicht des EuGH zur Tatsachenermittlung von Amts wegen sei immer schon dann auszugehen, wenn im konkreten Fall ein öffentliches Interesse am Gegenstand des Verfahrens bestehe.<sup>60</sup> Wollte man dieser Auffassung folgen, so wäre jedenfalls in dem hier interessierenden Bereich eine grundsätzliche Entscheidung für den Amtsermittlungsgrundsatz getroffen. Geht es nämlich um die Kontrolle mitgliedstaatlicher Gesetze an den Grundfreiheiten, so wird das Bestehen eines öffentlichen Interesses nur selten zu verneinen sein.

Indessen vermag der Standpunkt Andrés nicht zu überzeugen. Zwar ist André zuzugeben, dass das öffentliche Interesse am Verfahrensgegenstand in der

---

EuGH, Urt. v. 16.7.1999, Rs. C-263/99, *Kommission/Italien*, Slg. 2001, S. I-4195 Rn. 27; EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-159/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, S. I-5815 Rn. 102; EuGH, Urt. 23.10.1997, Rs. C-157/94, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1997, S. I-5699 Rn. 59; EuGH, Urt. v. 25.5.1982, Rs. 96/81, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1982, S. 1791 Rn. 6.

<sup>56</sup> EuGH, Urt. v. 25.4.1989, Rs. 141/87, *Kommission/Italien*, Slg. 1989, S. 943 Rn. 15–17.

<sup>57</sup> Siehe z.B. H. Korsch, *Prozessmaximen*, 1965, S. 122, 123. Im Ergebnis wohl auch K.P.E. Lasok, *The European Court of Justice*, 2. Aufl., 1994, S. 344 f.

<sup>58</sup> Siehe z.B. K.P.E. Lasok, *The European Court of Justice*, 2. Aufl., 1994, S. 345; M. Brealey, *E.L.Rev.* 1985, S. 250, 259 f. Vgl. auch G. Ress, *Fact-Finding at the European Court of Justice*, 1992, S. 184 („[T]he Court will often rely on ipse dixit rather than evidence, which is not problematic when Member States or Community institutions are involved as parties, because there will be an equivalence of positions as far the availability of evidence is concerned.“).

<sup>59</sup> A. André, *Beweisführung*, 1963, S. 34 ff. Kritisch hierzu auch C. Berger, *Beweisaufnahme vor dem EuGH*, FS Schumann, 2002, S. 27, 31 f., unter Berufung auf die Dispositionsmaxime. Der Hinweis auf die Dispositionsmaxime ist allerdings alles andere als zwingend. Zu beachten ist nämlich, dass es beispielsweise privaten Parteien oftmals leichter fallen wird, ein Verfahren zu beginnen, welches zu einer Vorlage an den EuGH führt, als ihrer Beweislast in diesem Verfahren gerecht zu werden. Vor diesem Hintergrund mag man das öffentliche Interesse trotz des Dispositionsgrundsatzes als gewahrt ansehen, gleichwohl aber eine Pflicht des EuGH zur Tatsachenermittlung von Amts wegen für erforderlich halten. Denn eine Pflicht zum Handeln von Amts wegen, so mag man argumentieren, ist eben nur dort erforderlich, wo eine Wahrung des öffentlichen Interesses durch Private nicht zu erwarten ist, und das mag auf die Beweisführung sehr viel eher zutreffen als auf die Klageerhebung.

<sup>60</sup> A. André, *Beweisführung*, 1963, S. 93.

Regel einen für die Ausübung des Ermessens relevanten Gesichtspunkt darstellen wird. Die Entscheidung des EuGH über die Tatsachenermittlung allein auf diesen Gesichtspunkt zu beschränken, erscheint jedoch wenig plausibel. André argumentiert, dass sein Ansatz den Parteien einen zusätzlichen Anreiz zur Mitwirkung bei der Tatsachenermittlung gebe.<sup>61</sup> Lasse sich ein Bereich abgrenzen, innerhalb dessen der Grundsatz der Amtsermittlung gelte und liege das ungeklärte Streitverhältnis im konkreten Fall außerhalb der Grenzen dieses Bereichs, dann ergebe sich daraus für die Parteien, dass die Sachaufklärung allein ihnen obliege.<sup>62</sup> Sie wüssten also, dass mit einem Einschreiten des Gerichtshofes nicht zu rechnen sei. Dadurch werde ihre Motivation zur Beibringung der ihnen günstigen Tatsachen gesteigert.<sup>63</sup> Überzeugend ist diese Argumentation indessen nicht. Geht es nämlich darum, die Parteien zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung zu bewegen, so erweist sich die von André erstrebte Rechtssicherheit als zweischneidiges Schwert. Ebenso wie die Parteien durch die Kenntnis, dass Ermittlungen von Amts wegen im konkreten Fall nicht in Betracht kommen, zu zusätzlichen Bemühungen motiviert werden können, mag in anderen Fällen das Bewusstsein, dass der EuGH die entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen ermitteln wird, den Parteien den Anreiz zur eigenen Mitwirkung bei der Sachaufklärung nehmen.

Schwerer noch wiegt eine weitere Schwäche des von André propagierten Ansatzes. Dieser zwingt das Gericht bei konsequenter Handhabung dazu, die Möglichkeiten der Parteien zur Beweisführung außer Acht zu lassen. Dass ein solches Ergebnis nicht sachgerecht ist, lässt sich jedoch gerade anhand des hier interessierenden Bereichs der Kontrolle nationaler Gesetze an den Grundfreiheiten unschwer verdeutlichen. In den entsprechenden Verfahren sind vielfach auf beiden Seiten Mitgliedstaaten beteiligt, auf der einen Seite als Beklagte, auf der andere Seite als Kläger oder doch als Streithelfer.<sup>64</sup> Angesichts der regelmäßig überaus umfangreichen Ressourcen der Mitgliedstaaten ist nicht recht ersichtlich, weshalb der EuGH hier von Amts wegen ermitteln soll. André erkennt diese Problematik wohl auch, wenn er darauf hinweist, der Begriff des öffentlichen Interesses sei flexibel genug, um alle Wertungsgesichtspunkte im Einzelfall anzuerkennen.<sup>65</sup> Indessen setzt er sich damit nicht nur in Widerspruch zu seinem Ausgangspunkt, dem zufolge es entscheidend darauf ankommt, das Ausmaß der eigenständigen gerichtlichen Tatsachenermittlung für die Parteien vorhersehbar zu machen. Vielmehr wird auch nicht deutlich, was die Möglichkeiten der Parteien zur Sachverhaltsermittlung mit der Frage zu tun haben soll, ob an dem Gegenstand des Verfah-

---

<sup>61</sup> A. André, Beweisführung, 1963, S. 35.

<sup>62</sup> A. André, Beweisführung, 1963, S. 35.

<sup>63</sup> A. André, Beweisführung, 1963, S. 35.

<sup>64</sup> Siehe Art. 93 VerfO.

<sup>65</sup> A. André, Beweisführung, 1963, S. 93.

rens ein öffentliches Interesse besteht. Die besseren Gründe sprechen mithin für die Annahme, dass das Ermessen des EuGH nicht auf einen einzelnen Gesichtspunkt beschränkt ist, sondern die Berücksichtigung aller im konkreten Fall relevanten Gesichtspunkte ermöglicht.



## Kapitel 2

### Rechtsprechung und Literatur zum Beweismaß

Der Begriff des Beweismaßes wird im Rahmen dieser Arbeit im Einklang mit dem vorherrschenden Sprachgebrauch in der rechtswissenschaftlichen Literatur definiert. Danach bezeichnet das Beweismaß den Grad richterlicher Überzeugung, der erforderlich ist, damit das Gericht eine bestimmte Tatsachenbehauptung seinem Urteil als erwiesen zugrunde legen kann.<sup>66</sup>

#### I. Die Rechtsprechung zum Beweismaß

In der Rechtsprechung des EuGH sowie des Gerichts erster Instanz sucht man vergeblich nach einem allgemein oder doch zumindest im Bereich der Grundfreiheiten geltenden Regelbeweismaß.<sup>67</sup> Zwar fehlt es nicht an Stellungnahmen zu den Anforderungen, denen die beweisbelastete Partei zu genügen hat. Doch sind diese mit Blick auf das Beweismaß typischerweise wenig ergiebig. So betonen der EuGH und das Gericht erster Instanz die Notwendigkeit eines „*rechtlich hinreichend[en]*“ Beweises,<sup>68</sup> „*schlüssige[r]*“ Be-

---

<sup>66</sup> Siehe z.B. *J. Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, 1993, S. 16; *M. Schmidt*, Die Problematik der objektiven Beweislast im Steuerrecht, S. 33; *M. Nierhaus*, Beweismaß und Beweislast, 1989, S. 48; *H.-H. Peschau*, Die Beweislast im Verwaltungsrecht, S. 15. Vgl. auch *B. Maassen*, Beweisprobleme im Schadensersatzprozess, S. 1, der das Beweismaß als die „Beweisstärke“ definiert, mit welcher der Beweis der einzelnen Tatbestandsmerkmale zu erbringen ist.

<sup>67</sup> Vgl. *K.P.E. Lasok*, The European Court of Justice, 2. Aufl., 1994, S. 431 („At one time, the position was sufficiently uncertain as to leave it a plausible supposition that each judge applied the standard of proof adopted in the legal system in which he was trained [...]. The position is still not entirely clear.“).

<sup>68</sup> Aus der Rechtsprechung des EuGH siehe z.B. EuGH, Urt. v. 20.1.2005, Rs. C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, NJW 2005, 653 Rn. 50. In jenem Verfahren ging es um den Begriff des Verbrauchervertrags im Sinne der Art. 13–15 EuGVÜ. Hierzu betonte der EuGH, dass ein Vertrag, der einem doppelten Zweck diene, grundsätzlich schon dann als Verbrauchervertrag anzusehen sei, wenn sich aus „objektiven Umständen nicht rechtlich hinreichend der Beweis“ einer nicht ganz untergeordneten beruflich-gewerblichen Zwecksetzung ergebe. Siehe ferner EuGH, Urt. v. 25.10.1983, Rs. 107/82, *AEG/Kommission*, Slg. 1983, S. 3151 Rn. 136. Diese Entscheidung betrifft den Nachweis des Missbrauchs einer selektiven Vertriebsbindung. Im konkreten Fall gelangte der EuGH zu dem Ergebnis, dass „der Beweis für ein planmäßiges Verhalten [...] als rechtlich hinreichend erwiesen anzusehen“ sei. Aus dem

weise,<sup>69</sup> „stichhaltige[r] Indizien“<sup>70</sup> oder auch eines „ganz konkret und spezifisch“ erbrachten Beweises.<sup>71</sup> Diese Formulierungen lassen jedoch im Ergeb-

Bereich des Kartellrechts sei auch die Entscheidung EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Verb. Rs. 40/73 u.a., *Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie“ UA u.a./Kommission*, Slg. 1975, S. 1663 Rn. 179/180 genannt. Dort führte der EuGH mit Blick auf den Nachweis einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise aus, die angeführten Schriftstücke belegten „rechtlich hinreichend“, dass es darum gegangen sei, das Risiko eines Wettbewerbs auszuschalten. Aus der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz siehe z.B. EuG, Urt. v. 26.10.2000, Rs. T-41/96, *Bayer AG/Kommission*, Slg. 2000, S. II-3383 Rn. 109. In jener Entscheidung betonte das Gericht mit Blick auf den Nachweis einer Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV, die Kommission habe bestimmte von ihr erhobene Vorwürfe nicht „rechtlich hinreichend nachgewiesen“. In der Entscheidung EuG, Urt. v. 6.7.2000, Rs. T-62/98, *Volkswagen AG/Kommission*, Slg. 2000, 2707 Rn. 192, hatte sich das Gericht mit dem Vorwurf der Zuwiderhandlung gegen eine Entscheidung der Kommission in Wettbewerbs-sachen zu befassen. Hierzu heißt es in dem Urteil, mangels Beibringung entsprechender Beweismittel habe die Kommission mit Blick auf einen bestimmten Zeitraum „rechtlich nicht hinreichend nachgewiesen“, dass in diesem Zeitraum eine Zuwiderhandlung vorgelegen habe. In EuG, Urt. v. 12.12.1991, Rs. T-30/89, *Hilti/Kommission*, Slg. 1991 II-1439 Rn. 44, stößt man mit Blick auf den Nachweis des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf die Aussage, dass es „nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes [...] Sache der Kommission“ sei, „alle Tatsachen, auf denen ihre Entscheidung fußt, rechtlich hinreichend zu beweisen.“

<sup>69</sup> Diese Formulierung verwendet die Rechtsprechung insbesondere in Amtshaftungsfällen. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes siehe z.B. EuGH, Urt. v. 7.5.1998, Rs. C-401/96 P, *Somaco SARL/Kommission*, Slg. 1998, S. I-2587 Rn. 71. Dort meinte der EuGH, es sei „in erster Linie Sache der Partei, die sich auf die Haftung der Gemeinschaft beruft, schlüssige Beweise für das Vorliegen und den Umfang des von ihr geltend gemachten Schadens zu erbringen und den Kausalzusammenhang zwischen diesem Schaden und dem beanstandeten Verhalten der Gemeinschaftsorgane nachzuweisen“. Eine wortgleiche Aussage findet sich in der Entscheidung EuGH, Urt. v. 16.9.1997, Rs. C-362/95 P, *Blackspur u.a./Rat und Kommission*, Slg. 1997, S. I-4775 Rn. 31. Und schon in EuGH, Urt. v. 21.5.1976, Rs. 26/74, *Société Royale frères/Kommission*, Slg. 1976, S. 677 Rn. 24, heißt es mit Blick auf einen Amtshaftungsanspruch: „Dass [die Klägerin] ihre Forderung auf einen symbolischen Schadensersatz beschränkt hat, befreit sie nicht davon, den erlittenen Schaden schlüssig zu beweisen.“ Aus der Rechtsprechung des inzwischen erstinstanzlich für Amtshaftungsklagen zuständigen Gerichts erster Instanz siehe z.B. EuG, Urt. v. 1.2.2001, Rs. T-1/99, *T. Port GmbH & Co. KG/Kommission*, Slg. 2001, S. II-465 Rn. 55. Dort betonte das Gericht, dass es Sache der sich auf die Haftung der Gemeinschaft berufenden Partei sei, „schlüssige Beweise für das Vorliegen und den Umfang des von ihr geltend gemachten Schadens zu erbringen und den Kausalzusammenhang zwischen diesem Schaden und dem beanstandeten Verhalten der Gemeinschaftsorgane nachzuweisen [...]“. Wörtlich übereinstimmende Aussagen finden sich bereits in den Entscheidungen EuG, Urt. v. 21.6.2000, Rs. T-537/93, *Tromeur/Rat & Kommission*, Slg. 2000, S. II-2457 Rn. 36; EuG, Urt. v. 21.6.2000, Rs. T-429/93, *Madeleine Amélie Le Goff u.a./Rat*, Slg. 2000, S. II-243 Rn. 45.

<sup>70</sup> EuG, 5.7.2001, Rs. T-25/99, *Colin Arthur Roberts & Valerie Ann Roberts/Kommission*, Slg. 2001, S. II-1881 Rn. 127. Dort wies das Gericht mit Blick auf einen von der Klägerin behaupteten Beurteilungsfehler der Kommission darauf hin, dass es sich bei „den von den Klägern angeführten Unterlagen offensichtlich nicht um stichhaltige Indizien für [die von ihnen behaupteten] Stellungnahmen [der Kommission]“ handle.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 5.10.1989, Rs. 290/87, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1989, 3083 Rn. 20. In diesem Verfahren ging es um den Vorwurf, die Niederlande hätten gegen verschiedene ge-

nis offen, welcher Grad richterlicher Überzeugung geboten ist, und scheinen zum Teil eher das Maß erforderlicher Substantiierung zu umschreiben. Auch muss man sich vor dem Schluss hüten, bereits die Verwendung des Wortes „Beweis“ deute auf die Geltung des Gewissheitsstandards hin. Spätestens ein Blick auf die in englischer Sprache ergangenen Urteile macht deutlich, dass die Rechtsprechung mit dieser Begriffswahl keine Festlegung hinsichtlich des Beweismaßes vorzunehmen sucht. Dort wird nämlich der Begriff „*proof*“ verwendet,<sup>72</sup> der bekanntlich nicht nur im Zusammenhang mit dem Gewissheitsstandard gebraucht wird, sondern auch dann, wenn im Sinne des so genannten Wahrscheinlichkeitsstandards lediglich die richterliche Überzeugung von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der nachzuweisenden Tatsache erforderlich ist.<sup>73</sup>

Dass der EuGH und das Gericht erster Instanz sich nicht klar zu einem allgemeinen Regelbeweismaß bekennen, bedeutet freilich nicht notwendig, dass es in der gemeinschaftsgerichtlichen Praxis tatsächlich an einem solchen Regelbeweismaß fehlt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Rechtsprechung nicht zumindest auf indirektem Wege Hinweise auf ein allgemein oder wenigstens im Bereich der Grundfreiheiten angewandtes Regelbeweismaß entnommen werden können. Insofern bieten sich im Wesentlichen zwei Wege an. Zum einen mag man die Ausführungen der Rechtsprechung im Bereich der Beweiswürdigung daraufhin überprüfen, ob sie Licht auf das angewandte Beweismaß werfen. Zum anderen könnte man daran denken, aus der Rechtsprechung

---

meinschaftsrechtliche Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Einhaltung der für die Fischerei geltenden Fangquoten verstoßen. Siehe EuGH, a.a.O., Rn. 1. Allerdings wies der EuGH zumindest einen Teil der von der Kommission geltend gemachten Rügen als unbegründet zurück. Die Kommission habe „in keinem Stadium des Verfahrens genaue und konkrete Tatsachen angeführt, die den Beweis erbrächten, daß das Königreich der Niederlande [den relevanten] Verpflichtungen [...] nicht nachgekommen ist.“ Siehe EuGH, a.a.O., Rn. 20. Instruktiv ist auch das Urteil EuG, Urt. v. 8.11.1990, Rs. T-73/89, *Giovanni Barbi/Kommission*, Slg. 1990, S. II-619 Rn. 45. Zugrunde lag dieser Entscheidung eine von einem Beamten angestrebte Schadensersatzklage wegen einer pflichtwidrig verspäteten Beurteilung. Während das Gericht das Vorliegen einer Pflichtverletzung bejahte, a.a.O., Rn. 35, hielt es einen Schadensersatzanspruchs nicht für gegeben. Siehe EuG, a.a.O., Rn. 45. Der Kläger habe keinen Kausalzusammenhang zwischen dem Unterbleiben der streitigen Beurteilung und den relevanten Beförderungsentscheidungen dartun können. Seine Behauptungen allgemeiner Art seien in diesem Zusammenhang unzureichend. Die Kommission habe zu Recht darauf hingewiesen, dass der Kläger das Bestehen eines Kausalzusammenhangs „ganz konkret und spezifisch [...] hätte beweisen müssen [...]“. Siehe EuG, a.a.O., Rn. 45.

<sup>72</sup> Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 12.5.2005, Rs. C-287/03, *Commission/Belgium*, Slg. 2005, S. I-3761 Rn. 28 (englische Fassung); EuGH, Urt. v. 16.9.1997, Rs. C-362/95 P., *Blackspur u.a./Council & Commission*, Slg. 1997, S. I-4775 Rn. 31 (englische Fassung).

<sup>73</sup> Siehe nur *A. Keane*, *The Modern Law of Evidence*, 6. Aufl., 2006, S. 114 („In civil cases, the standard of proof required to be met by either party seeking to discharge the legal burden of proof is on a balance of probabilities.“).

zu den in bestimmten Sonderkonstellationen geltenden Beweisanforderungen Rückschlüsse auf ein etwaiges allgemeines Regelbeweismaß zu ziehen.

### *1. Rückschlüsse aus der Beweiswürdigung*

Gerade der erste der beiden genannten Ansätze, also der Versuch, aus der Argumentation der Rechtsprechung im Rahmen der Beweiswürdigung Erkenntnisse hinsichtlich des Regelbeweismaßes zu gewinnen, sieht sich freilich mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert. Eine entsprechende Vorgehensweise verspricht nämlich nicht schon dann Erfolg, wenn sich feststellen lässt, welches Maß an Gewissheit der Gerichtshof oder das Gericht erster Instanz in einem konkreten Fall für erforderlich erachtet haben. Vielmehr stellt sich außerdem die Frage, inwiefern die relevanten Anforderungen im Sinne eines allgemeinen oder doch für das Recht der Grundfreiheiten Geltung beanspruchenden Regelbeweismaßes generalisiert werden können. Dessen ungeachtet wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, es lasse sich anhand der vom EuGH vorgenommenen Beweiswürdigung nachweisen, dass der EuGH zum Gewissheitsstandard als Regelbeweismaß tendiere.<sup>74</sup> Wie jedoch im Folgenden zu zeigen sein wird, findet diese These in den zu ihrer Bestätigung angeführten Entscheidungen keine Grundlage.

#### *a) Rechtssache 10/55 (Miroseovich/Hohe Behörde)*

Als Beleg für die angebliche Neigung des Gerichtshofs zum Gewissheitsstandard wird zunächst die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Miroseovich<sup>75</sup> zitiert.<sup>76</sup> Diesbezüglich ist vorab zu bemerken, dass diese Entscheidung nicht den EG-Vertrag betrifft, sondern zum mittlerweile außer Kraft getretenen<sup>77</sup> EGKS-Vertrag ergangen ist. Unabhängig davon lässt das fragliche Urteil aber ohnehin keinen Schluss auf die Position des EuGH zum Beweismaß zu.

Der Sachverhalt der Entscheidung ist relativ unkompliziert. Die Klägerin war nach Feststellung des Gerichtshofes probeweise als Übersetzerin bei der Hohen Behörde tätig geworden.<sup>78</sup> Die Parteien stritten unter anderem darum, ob die Probezeit von Seiten der Hohen Behörde ordnungsgemäß durchgeführt worden

<sup>74</sup> Siehe *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36.

<sup>75</sup> EuGH, Urt. v. 2.12.1956, Rs. 10/55, *Miranda Miroseovich/Hohe Behörde*, Slg. 1955, S. 381.

<sup>76</sup> Siehe *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36.

<sup>77</sup> Der EGKS-Vertrag war am 23.7. 1952 in Kraft getreten. Siehe Bek. v. 14. 10. 1952, BGBI. II, S. 978. Nach seinem Art. 97 galt der Vertrag „für die Dauer von fünfzig Jahren vom Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens an.“ Folglich endete die Geltungsdauer des EGKS-Vertrages bereits im Jahre 2002. Vgl. hierzu ausführlich *W. Obwexer*, Das Ende der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, *EuZW* 2002, S. 917, 917 ff.

<sup>78</sup> EuGH, Urt. v. 2.12.1956, Rs. 10/55, *Miranda Miroseovich/Hohe Behörde*, Slg. 1955, S. 381, 401.

war.<sup>79</sup> Die Klägerin bemängelte, dass ihr in der gesamten Zeit ihrer Tätigkeit nur drei Aufgaben übertragen worden seien.<sup>80</sup> Die Hohe Behörde bestritt diese Aussage nicht, berief sich zur Rechtfertigung jedoch unter anderem darauf, dass die Klägerin zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben offensichtlich ungeeignet gewesen sei.<sup>81</sup> Der EuGH entschied zugunsten der Klägerin. Die „außergewöhnlich geringe Anzahl“ der von der Klägerin erstellten Übersetzungen begründe eine „starke Vermutung“, dass die Probezeit nicht ordnungsgemäß verlaufen sei.<sup>82</sup> Unter diesen Umständen, so der EuGH, „hätte die Beklagte den Gegenbeweis führen müssen.“<sup>83</sup> Dieser Beweis sei durch die Vorlage einer von der Klägerin angefertigten Übersetzung nicht vollständig erbracht worden.<sup>84</sup> Die fragliche Übersetzungsarbeit sei unter anderem in Anbetracht der Kürze der dafür gesetzten Frist nicht geeignet, den Nachweis für die behauptete Unfähigkeit der Klägerin zu erbringen.<sup>85</sup>

Baumhof will in dieser Entscheidung einen Beleg für die Annahme erkennen, dass eine Vermutung nach Auffassung des EuGH nur dann für den Nachweis einer Behauptung ausreicht, wenn die Beweislage widerspruchsfrei ist.<sup>86</sup> Dies wiederum soll indizieren, dass der EuGH vom Gewissheitsstandard ausgeht. Bei einer nur überwiegenden Wahrscheinlichkeit fehle es nämlich an einer widerspruchsfreien Beweislage.<sup>87</sup>

Doch überzeugt diese Argumentation aus mehreren Gründen nicht. So gilt es zunächst zu beachten, dass dem vorliegenden Urteil entgegen Baumhof gerade keine Forderung nach einer widerspruchsfreien Beweislage zu entnehmen ist. Darüber hinaus erscheint aber auch die Annahme wenig einleuchtend, dass es im Falle einer nur überwiegenden Wahrscheinlichkeit notwendig an einer widerspruchsfreien Beweislage fehle. Vielmehr besteht insoweit kein zwingender Zusammenhang. So kann der Richter auch dann die volle Überzeugung vom Vorliegen einer Tatsache gewinnen, wenn das Beweisma-

---

<sup>79</sup> EuGH, Fn. 78, S. 402.

<sup>80</sup> EuGH, Fn. 78, S. 402.

<sup>81</sup> EuGH, Fn. 78, S. 402.

<sup>82</sup> EuGH, Fn. 78, S. 404.

<sup>83</sup> EuGH, Fn. 78, S. 404.

<sup>84</sup> EuGH, Fn. 78, S. 404.

<sup>85</sup> EuGH, Fn. 78, S. 403.

<sup>86</sup> *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36 („Zwar hat [...] der EuGH die Höhe des Beweismaßes nicht eindeutig definiert. Jedoch verlangt er eine widerspruchsfreie Beweislage bei Vermutungen. Auf dieser Linie liegen die Urteile in den Rechtssachen 10/55 und 18/70.“).

<sup>87</sup> *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36. Zur Stützung der Annahme, dass es im Falle einer bloß überwiegenden Wahrscheinlichkeit an einer widerspruchsfreien Beweislage fehle, beruft sich *Baumhof*, a.a.O., auf die Entscheidung EuGH, Urt. v. 17.1.1989, Rs. 128/87, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1989, S. 1. Auch diese ist jedoch mit Blick auf die hier interessierende Thematik unergiebig. Siehe dazu im Einzelnen Kapitel 2, I. 1. c), S. 34 ff.

terial nicht frei von Widersprüchen ist. Beispielsweise sind gerade bei Zeugenaussagen kleinere Widersprüche nicht notwendig ein Indiz für die Unwahrheit der Aussage. Umgekehrt kann auch bei Geltung des Wahrscheinlichkeitsstandards je nach den Umständen eine widerspruchsfreie Beweislage erforderlich sein, damit der Beweis gelingt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die vorhandenen Beweismittel von begrenzter Ergiebigkeit sind. Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass es überaus gewagt erscheint, just aus solchen Urteilen Rückschlüsse auf ein allgemeines gemeinschaftsrechtliches Regelbeweismaß ziehen zu wollen, in denen der EuGH von einer rechtlichen oder tatsächlichen Vermutung zugunsten des Klägers ausgeht. Denn es ist immerhin denkbar, dass bei Eingreifen einer solchen Vermutung auch in Hinblick auf das Beweismaß Besonderheiten gelten.

*b) Rechtssache 18/70 (Duraffour/Rat)*

Genannt<sup>88</sup> wird im hier interessierenden Zusammenhang ferner das Urteil des EuGH in der Rechtssache Duraffour.<sup>89</sup> Jener Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Ehemann der Klägerin, vormals Mitarbeiter des Rates, war ertrunken.<sup>90</sup> Die Klägerin beehrte vom Rat Zahlung einer Versicherungssumme.<sup>91</sup> Das Bestehen des Anspruchs hing davon ab, ob der Verstorbene sein Leben durch Selbstmord oder infolge eines Unfalls verloren hatte.<sup>92</sup> Der Rat behauptete Ersteres. Er führte aus, dass der Ehemann der Klägerin an einer schweren psychischen Störung gelitten habe und machte diesbezügliche Beweisangebote.<sup>93</sup> Die Klägerin behauptete demgegenüber, ihr Ehemann sei durch einen Unfall ums Leben gekommen. Sie bot Beweise für Tatsachenbehauptungen an, aus denen folgen sollte, dass ihr Ehemann nicht an einer schweren psychischen Störung gelitten habe und zudem aufgrund seiner Persönlichkeit nicht selbstmordgefährdet gewesen sei.<sup>94</sup>

Der EuGH stellte zunächst klar, dass die Klägerin die Beweislast für das Vorliegen eines Unfalls trage.<sup>95</sup> Man könne jedoch keinen „unmittelbare[n] Beweis“ der Umstände eines Todesfalls fordern, für den es keine Zeugen gebe.<sup>96</sup> Es genüge, dass sich der Unfallcharakter des Ereignisses „aus hinreichend gewichtigen, klaren und übereinstimmenden Indizien ableiten lässt, die nicht durch Ge-

<sup>88</sup> Siehe *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36.

<sup>89</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.1971, Rs. 18/70, *Anne Duraffour/Rat*, Slg. 1971, S. 515.

<sup>90</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 1.

<sup>91</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 2.

<sup>92</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 17–22.

<sup>93</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 33.

<sup>94</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 32.

<sup>95</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 24–28.

<sup>96</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 29–30.

genindizien entkräftet werden.“<sup>97</sup> Eine Entscheidung des Rechtsstreits komme daher erst nach weiterer Sachaufklärung in Betracht.<sup>98</sup>

Baumhof sieht in dieser Entscheidung einen Hinweis darauf, dass der EuGH zum Gewissheitsstandard als Regelbeweismaß tendiert.<sup>99</sup> Namentlich zitiert sie auch das vorliegende Urteil als Beleg für die Annahme, dass der EuGH „eine widerspruchsfreie Beweislage bei Vermutungen“ fordert.<sup>100</sup> Bei einer nur überwiegenden Wahrscheinlichkeit, so das bereits oben<sup>101</sup> erwähnte Argument Baumhofs, sei eine widerspruchsfreie Beweislage jedoch gerade nicht gegeben.<sup>102</sup>

Auch mit Blick auf die hier interessierende Entscheidung erweist sich diese Argumentation jedoch als wenig plausibel. So ist Baumhof zunächst entgegenzuhalten, dass der EuGH in der vorliegenden Rechtssache anders als in der oben besprochenen Mirosevich-Entscheidung gerade nicht von einer Vermutung zugunsten einer der Parteien ausgeht. Schon aus diesem Grund ist der Duraffour-Entscheidung kein Grundsatz des Inhalts zu entnehmen, dass Vermutungen nur dann zum Nachweis einer Tatsache ausreichen, wenn die Beweislage frei von Widersprüchen ist. Aber auch die Richtigkeit der Annahme, der EuGH habe im konkreten Fall eine widerspruchsfreie Beweislage gefordert, ist mehr als zweifelhaft. Zwar wird in den Entscheidungsgründen die Notwendigkeit „übereinstimmende[r] Indizien“ betont.<sup>103</sup> Dies kann jedoch nicht ohne weiteres dahingehend verstanden werden, dass der Gerichtshof eine widerspruchsfreie Beweislage für notwendig erachtete. Vielmehr mag die zitierte Formulierung auch dahingehend interpretiert werden, dass in dem zu beurteilenden Fall eine einzige Indiztatsache in Anbetracht des Fehlens eines unmittelbaren Beweises für die Todesursache nicht ausreichte, sondern verschiedene, sich gegenseitig erhärtende Indizien erforderlich gewesen wären. Tatsächlich wird wohl allein die letztere Deutung der Intention des EuGH gerecht. Dies ergibt sich aus dem Hinweis des Gerichtshofs, die übereinstimmenden Indizien dürften nicht „durch Gegenindizien entkräftet werden“.<sup>104</sup> Wenn nämlich nur solche Gegenindizien die Beweisführung der Klägerin scheitern lassen sollten, die geeignet waren, die von der Klägerin angeführten Indizien zu entkräften, so folgt daraus eben auch, dass das bloße Vorliegen beliebiger Gegenindizien gerade noch nicht beachtlich sein sollte.

Doch selbst wenn man das hier interessierende Urteil im Sinne der Notwendigkeit einer widerspruchsfreien Beweislage deuten wollte, ließe sich daraus nicht ableiten, dass der Gerichtshof bei der Entscheidung des Falls von der Gel-

<sup>97</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 29–30.

<sup>98</sup> EuGH, Fn. 89, Rn. 36.

<sup>99</sup> Siehe A. Baumhof, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36.

<sup>100</sup> Siehe A. Baumhof, Fn. 99, S. 36.

<sup>101</sup> Siehe Kapitel 2, I. 1. a), S. 30 ff.

<sup>102</sup> Siehe A. Baumhof, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36.

<sup>103</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.1971, Rs. 18/70, *Anne Duraffour/Rat*, Slg. 1971, S. 515 Rn. 29–30.

<sup>104</sup> EuGH, Fn. 103, Rn. 29–30.

tung des Gewissheitsstandards ausging. Wie nämlich schon dargelegt worden ist, kann je nach den Umständen auch bei Geltung des Wahrscheinlichkeitsstandards eine widerspruchsfreie Beweislage erforderlich sein, damit der Beweis gelingt.<sup>105</sup> Gerade die vorliegende Entscheidung ist geeignet, die Richtigkeit dieser Aussage zu verdeutlichen: Die Klägerin konnte sich zum Nachweis eines Unfalls lediglich auf den Gesundheitszustand und die Persönlichkeit ihres Ehemannes berufen. Diese Indiztatsachen waren ohnehin von begrenzter Aussagekraft. Die Forderung nach einer widerspruchsfreien Beweislage wäre daher ohne weiteres auch mit der Geltung des Wahrscheinlichkeitsstandards vereinbar gewesen. Denn der Gerichtshof durfte durchaus der Auffassung sein, dass im konkreten Fall auch die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Unfalls allenfalls dann angenommen werden konnte, wenn den nur beschränkt ergiebigen Indiztatsachen keine nennenswerten Gegenindizien gegenüberstanden.

*c) Rechtssache 128/87 (Kommission/Griechenland)*

Als Beleg dafür, dass der EuGH zum Gewissheitsstandard tendiert, wird ferner die Argumentation des EuGH in der Rechtssache 128/87 (Kommission/Griechenland)<sup>106</sup> angeführt.<sup>107</sup> Zugrunde lag dieser Entscheidung ein Vertragsverletzungsverfahren, welches die Kommission gegen Griechenland angestrengt hatte. Stein des Anstoßes war eine griechische Verordnung, die bestimmte Anforderungen an die Subventionierung von Olivenölherstellern regelte. Die Kommission behauptete, dass die in der fraglichen Verordnung festgelegten Förderungskriterien den Kreis der für eine Förderung in Frage kommenden Unternehmen im Ergebnis auf so genannte Genossenschaftsverbände beschränkten.<sup>108</sup> Dem Wortlaut der Verordnung konnte die von der Kommission behauptete Beschränkung der Förderung auf Genossenschaftsverbände nicht entnommen werden.<sup>109</sup> Allerdings nahm eine von der griechischen Regierung erstellte Liste der tatsächlich geförderten Organisationen in ihrer Einleitung auf die Vorschriften über Genossenschaftsverbände Bezug.<sup>110</sup> Zudem war unstrittig, dass es sich bei den 77 tatsächlich zur Subventionierung zugelassenen Organisationen ausnahmslos um Genossenschaftsverbände handelte.<sup>111</sup> Vor diesem Hintergrund führte der EuGH aus:

„[Es] ist festzustellen, daß die Zusammensetzung der Liste der anerkannten Erzeugerorganisationen ernsthaft den Eindruck erweckt, daß die griechische Regierung die Anerkennung von Olivenölherzeugerorganisationen auf Zusammenschlüsse von Ge-

<sup>105</sup> Siehe schon Kapitel 2, I. 1. a), S. 32.

<sup>106</sup> EuGH, Urt. v. 17.1.1989, Rs. 128/87, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1989, S. 1.

<sup>107</sup> Siehe *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36.

<sup>108</sup> EuGH, Urt. v. 17.1.1989, Rs. 128/87, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1989, S. 1 Rn. 7.

<sup>109</sup> EuGH, Fn. 108, Rn. 15–20.

<sup>110</sup> EuGH, Fn. 108, Rn. 22.

<sup>111</sup> EuGH, Fn. 108, Rn. 22.

nossenschaften beschränken wollte. Dieser Eindruck ist jedoch nicht durch andere Beweise erhärtet worden. Für sich gesehen genügt er aber nicht, um den Schluß zu rechtfertigen, daß die zusätzlichen Kriterien der Verordnung [...] die Anerkennung anderer Organisationen als Zusammenschlüsse landwirtschaftlicher Genossenschaften ausschließen.“<sup>112</sup>

Baumhof zieht diese Argumentation des Gerichtshofs als Beleg dafür heran, dass der Gerichtshof eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit als Beweismaß fordert.<sup>113</sup> Die Tatsache, dass ein Indiz allein für den Nachweis nicht ausreiche, obwohl der EuGH von einem ernsthaften Eindruck spreche, zeige nämlich, dass es im Falle einer bloß überwiegenden Wahrscheinlichkeit an einer widerspruchsfreien Beweislage, wie sie der EuGH in den Urteilen *Miranda Mirosevic* und *Anne Duraffour* verlangt habe, fehle.<sup>114</sup>

Nun ist bereits dargelegt worden, dass sich aus den Entscheidungen in den Rechtssachen *Mirosevic* und *Duraffour* entgegen Baumhof keine Forderung nach einer widerspruchsfreien Beweislage ergibt.<sup>115</sup> Doch auch im Übrigen enthält die vorliegende Entscheidung keine Anhaltspunkte, die für die Geltung des Gewissheitsstandards sprächen. Insbesondere kann man die Anwendung des Gewissheitsstandards nicht aus der Tatsache ableiten, dass der EuGH im konkreten Fall einen nicht durch andere Beweise erhärteten ernsthaften Eindruck für unzureichend hielt, um den erforderlichen Beweis zu erbringen. So ist schon überaus fraglich, ob die Worte „ernsthaft[er] [...] Eindruck“<sup>116</sup> ohne weiteres im Sinne der Annahme einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit gedeutet werden können. Letztlich kommt es darauf aber nicht einmal an. Denn bei näherem Hinsehen ging der EuGH im vorliegenden Fall schon aus einem anderen Grunde erkennbar nicht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der von der Kommission behaupteten Vertragsverletzung aus. Dies lässt sich wie folgt verdeutlichen: Die Tatsache, dass es sich bei den zur Subventionierung zugelassenen Organisationen allein um Genossenschaftsverbände handelte, konnte selbst bei Annahme einer Diskriminierung auf unterschiedliche Weise erklärt werden. Denkbar war zum einen, dass bereits die Verordnung selbst diskriminierte. Zum anderen kam aber auch die Möglichkeit in Betracht, dass die Verordnung unbedenklich und lediglich ihre Handhabung durch die zuständigen Behörden als diskriminierend einzustufen war. Die Kommission hatte jedoch lediglich die in der Verordnung festgelegten Kriterien, nicht dagegen deren diskriminierende Anwendung gerügt.<sup>117</sup> Demgemäß hätte die Kommission selbst bei Geltung des Wahrschein-

---

<sup>112</sup> EuGH, Fn. 108, Rn. 24.

<sup>113</sup> Siehe *A. Baumhof*, Die Beweislast im Verfahren vor dem EuGH, 1996, S. 36.

<sup>114</sup> Siehe *A. Baumhof*, Fn. 113, S. 36.

<sup>115</sup> Siehe Kapitel 2, I. 1. a), S. 31 f. (zur *Mirosevic*-Entscheidung), und Kapitel 2, I. 1. b), S. 33 (zur *Duraffour*-Entscheidung).

<sup>116</sup> EuGH, Urt. v. 17.1.1989, Rs. 128/87, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1989, S. 1 Rn. 24.

<sup>117</sup> EuGH, Fn. 116, Rn. 24 („Die erhobene Rüge zielt jedoch auf die in der Verordnung

lichkeitsstandards nachweisen müssen, dass gerade ein diskriminierender Charakter der Verordnung selbst überwiegend wahrscheinlich war. Es half der Kommission also schon aus diesem Grunde wenig, dass die Zusammensetzung der Liste subventionierter Organisationen „ernsthaft den Eindruck erweckt[e], daß die griechische Regierung die Anerkennung von Olivenölerzeugerorganisationen auf Zusammenschlüsse von Genossenschaften beschränken wollte.“<sup>118</sup> Denn damit blieb gerade offen, ob dieses Ergebnis mittels der in der Verordnung niedergelegten Kriterien oder erst mittels einer diskriminierenden Handhabung der Verordnung erreicht werden sollte. Wenn der EuGH also betonte, dass der von ihm konstatierte ernsthafte Eindruck „[f]ür sich gesehen [nicht] genügt [...], um den Schluß zu rechtfertigen, daß die zusätzlichen Kriterien der Verordnung [...] die Anerkennung anderer Organisationen als Zusammenschlüsse landwirtschaftlicher Genossenschaften ausschließen“<sup>119</sup> so war dies wohl nur dahingehend zu verstehen, dass der genannte Eindruck für sich genommen jedenfalls nicht ausreichte, um die Annahme zu rechtfertigen, dass gerade die Verordnung selbst und nicht bloß die Anwendung derselben den Ausschluss anderer Organisationen von der Subventionierung bewirkte. Bestätigt wird diese Deutung durch die sich unmittelbar anschließenden Ausführungen des EuGH. Namentlich liest man dort:

„Die erhobene Rüge zielt jedoch auf die in der Verordnung festgelegten Kriterien und nicht auf die praktische Anwendung dieser Kriterien durch die griechischen Behörden. Die Kommission hat daher die gerügte [!] Vertragsverletzung nicht hinreichend nachgewiesen.“<sup>120</sup>

Selbst wenn man den ernsthaften Eindruck einer Diskriminierung mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit derselben gleichsetzen wollte, würde die hier interessierende Entscheidung also nichts darüber aussagen, ob der EuGH im konkreten Fall den Wahrscheinlichkeitsstandard oder den Gewissheitsstandard angewendet hat. Auch aus diesem Grunde erweist sich die vorliegende Entscheidung mit Blick auf die Problematik des Beweismaßes als unergiebig.

## *2. Rückschlüsse aus der Rechtsprechung zum Beweismaß bei Wettbewerbsverstößen*

Wie oben erwähnt, bietet sich noch ein zweiter Weg an, um Erkenntnisse hinsichtlich eines etwaigen gemeinschaftsrechtlichen Regelbeweismaßes zu gewinnen. Namentlich ist zu beobachten, dass die Rechtsprechung zumindest in bestimmten Sonderkonstellationen, zu denen insbesondere auch die Verhän-

---

festgelegten Kriterien und nicht auf die praktische Anwendung dieser Kriterien durch die griechischen Behörden.“)

<sup>118</sup> EuGH, Fn. 116, Rn. 24.

<sup>119</sup> EuGH, Fn. 116, Rn. 24.

<sup>120</sup> EuGH, Fn. 116, Rn. 24–25.

gung von Sanktionen im Wettbewerbsrecht gehört, durchaus erkennen lässt, welche Anforderungen an den Grad richterlicher Überzeugung zu stellen sind.<sup>121</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob nicht aus den einschlägigen Urteilen Rückschlüsse auf das allgemein angewandte Beweismaß gezogen werden kön-

---

<sup>121</sup> Neben der noch zu diskutierenden Rechtsprechung aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts sind an dieser Stelle z.B. die Urteile des EuGH zum Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft (EAGFL) zu nennen. Nach der Rechtsprechung des EuGH finanziert der EAGL lediglich die nach Gemeinschaftsvorschriften vorgenommenen Interventionen im Rahmen der gemeinsamen Organisation der Agrarmärkte. Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 11.1.2001, Rs. C-247/98, *Griechenland/Kommission*, Slg. 2001, S. I-1 Rn. 7; EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-253/97, *Italien/Kommission*, Slg. I-7529 Rn. 6; EuGH, Urt. v. 10.11.1993, Rs. C-48/91, *Niederlande/Kommission*, Slg. 1993, S. I-5611 Rn. 14. Allerdings soll es Sache der Kommission sein, das Vorliegen eines Verstoßes gegen die Regeln der gemeinsamen Organisation der Agrarmärkte nachzuweisen. Siehe EuGH, Rs. C-247/98, a.a.O., Rn. 7; EuGH, Rs. C-253/97, a.a.O., Rn. 6. Daher müsse die Kommission eine Entscheidung rechtfertigen, mit der sie feststelle, dass der betroffene Mitgliedstaat keine oder nur mangelhafte Kontrollen durchgeführt habe. Siehe EuGH, Rs. C-247/98, a.a.O., Rn. 7; EuGH, Rs. C-253/97, a.a.O., Rn. 6. Allerdings soll die Kommission nicht verpflichtet sein, die Unzulänglichkeit der von den nationalen Verwaltungen durchgeführten Kontrollen oder die Unrichtigkeit der von diesen mitgeteilten Zahlen umfassend darzulegen. Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 7.7.2005, Rs. C-5/03, *Griechenland/Kommission*, Slg. 2005, S. I-5925 Rn. 47; EuGH, Urt. v. 9.6.2005, Rs. C-287/02, *Spanien/Kommission*, Slg. 2005, S. I-5093 Rn. 53; EuGH, Urt. v. 4.3.2004, Rs. C-344/01, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2004, S. I-2081 Rn. 58; EuGH, Rs. C-247/98, a.a.O., Rn. 8. Vielmehr müsse die Kommission nur „glaubhaft“ machen, dass an den relevanten Kontrollen bzw. Zahlen „ernsthafte und berechtigte Zweifel“ bestehen. Siehe z.B. EuGH, Rs. C-5/03, a.a.O., Rn. 47; EuGH, Rs. C-287/02, a.a.O., Rn. 53; EuGH, Rs. C-344/01, a.a.O., Rn. 58; EuGH, Rs. C-247/98, a.a.O., Rn. 8.

Im Sekundärrecht finden sich mitunter auch besondere gesetzliche Regelungen zum Beweismaß. Beispielsweise bestimmt Art. 7 b der Produkthaftungsrichtlinie, dass der Hersteller dann nicht aufgrund der Richtlinie haftet, wenn er nachweist, dass unter Berücksichtigung der Umstände davon auszugehen ist, dass der Fehler, der den Schaden verursacht hat, nicht vorlag, als das Produkt von ihm in den Verkehr gebracht wurde, oder dass dieser Fehler später entstanden ist. Siehe Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG), ABl. Nr. L 210/29 v. 7.8.1985. Diese Regelung wird dahingehend interpretiert, dass ein gegenüber dem Gewissheitsstandard weniger strenges Beweismaß gelte. Siehe z.B. P. Bülow, Beweislast und Beweismaß im Recht der Europäischen Gemeinschaften, EWS 1997, S. 155, 163. Allerdings sollte man sich auch im Bereich des Sekundärrechts davor hüten, das Vorliegen einer Regelung zum Beweismaß vorschnell zu bejahen. Beispielsweise wird in verschiedenen Richtlinien zur Bekämpfung der Diskriminierung darauf abgestellt, ob das vorgebliche Diskriminierungsoffer solche Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, „glaubhaft“ gemacht hat. Ist ihm dies gelungen, so obliegt dem Beklagten der Beweis, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorliegt. Siehe Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. Nr. L 180/22 v. 19.7.2000; Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. Nr. L 303/16 v. 2.12.2000; Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung