SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS M. POIARES MADURO vom 13. Juli 2006 [1]

1. Guter Wein ist ein gutes, geselliges Ding, wenn man mit ihm umzugehen weiß [2]. Erstaunlich ist jedoch, „dass wir einen bösen Feind in den Mund nehmen, damit er unser Gehirn stehle“ [3], wenn dieser Feind — anders als guter Wein — so heftig ist wie mehr oder weniger reiner Äthylalkohol. Indessen ergibt sich aus den von der finnischen Regierung im vorliegenden Verfahren vorgelegten Informationen, dass die Verbrauchernachfrage nach Spirituosen mit extrem hohem Alkoholgehalt keinesfalls theoretisch ist. Nach finnischem Recht ist der Einzelhandelsverkauf von Flüssigkeiten, die mehr als 80 % unvergällten Äthylalkohol enthalten („Weingeist“), verboten. Ihre gewerbliche Nutzung für industrielle Zwecke oder als Rohstoff ist erlaubnispflichtig. Der Korkein oikeus (Oberster Gerichtshof Finnlands) hat den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die Frage ersucht, ob das Erfordernis einer Lizenz für die Einfuhr von Flüssigkeiten, die mehr als 80 % unvergällten Äthylalkohol enthalten, mit Artikel 28 und 30 EG vereinbar ist. Die Frage stellt sich in einem Strafverfahren gegen Herrn Ahokainen und Herrn Leppik (im Folgenden: Angeklagte), denen vorgeworfen wird, unvergällten Äthylalkohol von Deutschland nach Finnland geschmuggelt zu haben.

I — Nationales Recht

2. Nach § 1 des Alkoholilaki (1143/1994; Alkoholgesetz) bezweckt dieses Gesetz die Kontrolle des Alkoholkonsums, um die schädlichen Auswirkungen alkoholischer Getränke auf die Gesundheit und die Gesellschaft zu verhindern.

3. Das Alkoholgesetz unterscheidet zwischen „alkoholischen Getränken“ und „Weingeist“. Nach § 3 Absatz 2 des Alkoholgesetzes in der Fassung des Gesetzes 1/2001 sind „alkoholische Getränke“ zum menschlichen Genuss bestimmte Getränke, die höchstens 80 Vol.-% Äthylalkohol ent-

1 — Originalsprache: Portugiesisch.

2 — William Shakespeare, *Othello*, Zweiter Akt, Dritte Szene (Übersetzt von Wolf Graf Baudissin, zitiert nach Http://www.william-shakespeare.de/othello1/othello.htm).

3 — Ebenda.

halten; „Weingeist" ist Äthylalkohol oder Äthylalkohol in wässriger Lösung, der mehr als 80 Vol.-% Äthylalkohol enthält und nicht denaturiert ist.

4. § 8 des Alkoholgesetzes regelt die kommerzielle Einfuhr von alkoholischen Getränken und Weingeist. Nach § 8 Absatz 1 dürfen alkoholische Getränke für den eigenen Verbrauch sowohl zu kommerziellen als auch zu anderen gewerblichen Zwecken ohne Einfuhrlizenz eingeführt werden. Die Einfuhr von Weingeist dagegen bedarf einer Lizenz. Nach § 8 Absatz 2 darf ein Händler Weingeist nur einführen, wenn er eine Einfuhrlizenz vom Tuotevalvontakeskus (Amt für Warenkontrolle) erhalten hat. § 8 Absatz 3 bestimmt, dass das Amt für Warenkontrolle „einer Person, die offensichtlich über die Qualifikationen und die Zuverlässigkeit, die für die [Einfuhr-]Tätigkeit erforderlich sind, verfügt", eine Einfuhrlizenz erteilen kann.

5. Artikel 8 Absatz 2 bestimmt ferner, dass eine Person Weingeist für den eigenen Verbrauch einführen darf, wenn sie vom Amt für Warenkontrolle nach § 17 eine besondere Lizenz zur Verwendung von Weingeist erhalten hat, nachdem sie bei diesem Amt ihre Tätigkeit als Importeur angemeldet hat. § 17 beschränkt den Kreis der Personen, die Anspruch auf eine Einfuhrlizenz haben, im Wesentlichen auf diejenigen, die Weingeist für gewerbliche Zwecke oder als Rohstoff benötigen. Nach § 17 Absatz 3 muss der Antragsteller, der qualifiziert und zuverlässig sein muss, einen zulässigen Zweck angeben, um die Lizenz zu erhalten.

6. Nach § 82 des Gesetzes 459/1968 — das durch das Alkoholgesetz abgelöst wurde, soweit es nicht um Sanktionen geht — wird wegen Schmuggelns alkoholhaltiger Flüssigkeiten bestraft, wer alkoholische Getränke oder Weingeist illegal einführt oder ausführt oder einzuführen oder auszuführen versucht.

II — Sachverhalt und Vorabentscheidungsersuchen

7. Am 1. August 2002 wurden bei einer Zollkontrolle in Finnland in einem aus Deutschland kommenden Lastkraftwagen 9 492 Liter einer klaren Flüssigkeit entdeckt, die in Literflaschen abgefüllt waren. Nach den Frachtunterlagen hatte der Lastwagen 32 Paletten Sesamöl geladen. Eine im Zolllabor durchgeführte Untersuchung ergab, dass es sich bei dieser klaren Flüssigkeit um reinen Weingeist (unvergällter Äthylalkohol mit 96,4 bis 96,5 Vol.-%) handelte.

8. Das Raaseporin käräjäoikeus (Bezirksgericht Raasepori) hielt es aufgrund der Anklage der Staatsanwaltschaft für erwiesen, dass die Angeklagten 9 492 Liter Weingeist illegal eingeführt hatten. Das Gericht verurteilte sie daher mit Urteil vom 21. November 2001 wegen gewerbsmäßigen Schmuggelns alkoholhaltiger Flüssigkeiten zu Freiheitsstrafen. Es ordnete die Einziehung des beschlagnahmten Weingeists zugunsten des Staates an. Mit Urteil vom 30. Mai 2003 bestätigte das Helsingin hovioikeus (Berufungsgericht Helsinki) das Urteil des Bezirksgerichts Raasepori.

9. Die Angeklagten legten Rechtsmittel zum Korkein oikeus (Oberster Gerichtshof) ein, der dem Gerichtshof mit Entscheidung vom 6. Oktober 2004 folgende Fragen vorlegte:

1. Ist Artikel 28 EG dahin auszulegen, dass er Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach denen unvergällter Äthylalkohol über 80 % (Weingeist) nur eingeführt werden darf, wenn hierfür eine Lizenz erteilt worden ist?

2. Ist, wenn die vorstehende Frage zu bejahen ist, eine solche Lizenzregelung aufgrund von Artikel 30 EG als zulässig anzusehen?

10. Der Virallinen Syyttäjä (Staatsanwalt), die finnische, die schwedische und die portugiesische Regierung sowie die Kommission haben beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht. Am 17. Mai 2006 haben die finnische Regierung und die Kommission vor dem Gerichtshof mündliche Ausführungen gemacht.

III — Würdigung

A — *Zur ersten Frage*

11. Die erste Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob Artikel 28 EG Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen die Einfuhr von Flüssigkeiten, die mehr als 80 % unvergällten Äthylalkohol (Weingeist) enthalten, aus einem anderen Mitgliedstaat einer Lizenz bedarf.

12. Die portugiesische Regierung, die hierzu als einziger Beteiligter umfangreiche Ausführungen gemacht hat, trägt vor, die Frage sei zu verneinen. Artikel 28 EG stehe einem System vorheriger Einfuhrgenehmigungen für Weingeist wie dem nach finnischem Recht vorgesehenen nicht entgegen. Das streitige Erfordernis bestehe in einer bloßen Erklärung des Händlers, die es den Behörden erlaube, verbrauchsteuerpflichtige Erzeugnisse zu überwachen und die Zahlung der

Verbrauchsteuern zu gewährleisten. Dies stehe in Übereinstimmung mit der Richtlinie 92/12/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 [4]. Im Ergebnis stelle das System der vorherigen Genehmigung weder eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung noch eine Maßnahme gleicher Wirkung dar.

13. Meiner Auffassung nach geht die Rechtsprechung des Gerichtshofes jedoch in die entgegengesetzte Richtung. Seit seinem Urteil in der Rechtssache Dassonville [5] hat der Gerichtshof die Auffassung vertreten, das in Artikel 28 EG aufgestellte Verbot erfasse jede Maßnahme, die geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern [6]. Überdies hat der Gerichtshof wiederholt festgestellt, dass Artikel 28 EG nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die, auch nur als reine Formalität, Lizenzen für die Einfuhr von Waren in den betroffenen Mitgliedstaat verlangen, die aus einem anderen Mitgliedstaat stammen [7].

14. Abgesehen davon fällt das Verfahren der vorherigen Genehmigung für die Einfuhr von Weingeist nach Finnland entgegen dem Vortrag der portugiesischen Regierung nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/12. Das Verfahren wird nämlich zusätzlich zu den in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen angewandt.

15. Die Antwort auf die erste Frage des vorlegenden Gerichts muss daher lauten, dass Artikel 28 EG nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen die Einfuhr von Flüssigkeiten, die mehr als 80 % unvergällten Äthylalkohol enthalten, aus einem anderen Mitgliedstaat einer Lizenz bedarf.

B — *Zur zweiten Frage*

16. Das vorlegende Gericht fragt, ob das System der vorherigen Genehmigung für die Einfuhr von Weingeist gleichwohl aufgrund von Artikel 30 EG als zulässig anzusehen sein könnte.

17. Die finnische und die schwedische Regierung machen geltend, das Erfordernis

4 — Über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren (ABl. 1992, L 76, S. 1).

5 — Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

6 — Rechtssache C-41/02 (Kommission/Niederlande, Slg. 2004, I-11375, Randnr. 39); Rechtssache C-320/03 (Kommission/Österreich, Slg. 2005, I-9871, Randnr. 67); Rechtssache C-366/04 (Schwarz, Slg. 2005, I-10139, Randnr. 28).

7 — Verbundene Rechtssachen 51/71 bis 54/71 (International Fruit, Slg. 1971, 1107, Randnr. 9; Rechtssache 124/81 (Kommission/Vereinigtes Königreich [UHT-Milch], Slg. 1983, 203, Randnr. 9); Rechtssache 40/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1984, 283, Randnr. 24); Rechtssache C-304/88 (Kommission/Belgien, Slg. 1990, I-2801, Randnr. 9); Rechtssache C-235/91 (Kommission/Irland, Slg. 1992, I-5917, Randnr. 5). Siehe auch Urteil des EFTA-Gerichtshofes vom 16. Dezember 1994 in der Rechtssache E-1/94, Restamark, Randnrn. 49 und 50.

einer Einfuhrlizenz sei aus Gründen der öffentlichen Gesundheit und der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt.

18. Die schwedische Regierung trägt vor, in Finnland bestehe ebenso wie in Schweden eine Tradition des Konsums von starken alkoholischen Getränken. Um den Konsum von Flüssigkeiten, die mehr als 80 Prozent Alkohol enthielten, zu verhindern, sei es erforderlich, den Handel mit Weingeist zu regulieren. Ob ein System von Einfuhrlizenzen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich und angemessen sei, müsse von den nationalen Gerichten im Licht der gesellschaftlichen Praktiken und der Verbrauchergewohnheiten in dem betreffenden Mitgliedstaat beurteilt werden.

19. Die Ausführungen der finnischen Regierung bewegen sich größtenteils auf derselben Linie. Das System der vorherigen Genehmigung für die Einfuhr von Weingeist sei integraler Bestandteil der allgemeinen Politik in Finnland betreffend Alkohol. Der Konsum von Alkohol stelle eine große Gefährdung für die öffentliche Gesundheit dar; er gehe mit Gewalt und Kriminalität sowie mit einer großen Zahl von Todesfällen unter der Bevölkerung im arbeitsfähigen Alter in Finnland einher. Darüber hinaus sei es verbreitet, nur geringfügig verdünnten Weingeist zu trinken, um betrunken zu werden. So seien beim Amt für Warenkontrolle, bevor das Alkoholgesetz „Weingeist" unter Bezugnahme auf einen Äthylalkoholgehalt von 80 % definiert habe, Anfragen von Restaurantbesitzern eingegangen betreffend die Möglichkeit, Kunden Flüssigkeiten mit einem Äthylalkoholgehalt von 96 % als Getränk zu servieren. Die finnische Regierung unterstreicht, dass der Konsum von Weingeist besonders gesundheitsschädlich sei. Auch wenn er in relativ kleinen Mengen getrunken werde, könne Weingeist zu einer schweren und möglicherweise tödlichen Vergiftung führen. Die Risiken seien besonders hoch für junge Leute, die Weingeist als billige Alternative zu starken alkoholischen Getränken ansähen. Von daher sei das System der vorherigen Genehmigung ein angemessenes und erforderliches Mittel, um die Verwendung von Weingeist für den privaten Konsum zu verhindern.

20. Ich kann ohne weiteres der allgemeinen Hypothese zustimmen, dass der Konsum unmäßiger Mengen von Alkohol eine Vielzahl schädlicher Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die öffentliche Ordnung hat. Dies ist zumindest schon seit den Zeiten des Alten Testaments allgemein bekannt [8]. In jüngerer Zeit hat dies der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechts-

8 — „[B]itter schmeckt das starke Getränk denen, die es trinken" (Jesaja 24:9). Siehe auch 3. Buch Mose (Levitikus) 10:9; Richter 13:4, 7, 14; Sprüche 20:1; 23:32; 31:4-5; Jesaja 5:22.

sache Heinonen [9] bestätigt. Artikel 30 EG führt die öffentliche Ordnung und den Schutz der öffentlichen Gesundheit ausdrücklich als einen der Gründe des Allgemeininteresses auf, aus denen eine Beschränkung des freien Warenverkehrs vom Verbot des Artikels 28 EG ausgenommen werden kann [10]. Grundsätzlich steht es den Mitgliedstaaten daher mangels Harmonisierung frei, nationale Maßnahmen zur Verhinderung des Alkoholkonsums zu erlassen, selbst wenn diese Maßnahmen sich negativ auf den freien Warenverkehr innerhalb des Binnenmarktes auswirken [11]. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in dem die maßgeblichen Rechtsvorschriften zwischen alkoholischen Getränken für den Konsum und Weingeist für industrielle Zwecke unterscheiden und vom Konsum des Letzteren abhalten wollen.

21. Die Ausnahmen vom grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs müssen jedoch eng ausgelegt werden [12]. Der betreffende Mitgliedstaat muss nachweisen, dass die fragliche Maßnahme dem verfolgten Ziel gerecht wird [13] und dass sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist [14].

22. Die Kommission trägt vor, Finnland habe nicht dargetan, warum das Importlizenzsystem für Weingeist erforderlich sei. Unter Bezugnahme auf die Rechtssache Kommission/Belgien [15] macht sie geltend, grundsätzlich stelle ein System vorheriger Einfuhrgenehmigungen eine unverhältnismäßige Maßnahme dar, da weniger restriktive Maßnahmen wie das Erfordernis einer Einfuhranmeldung ausreichen sollten, um die legitimen Interessen des Mitgliedstaats zu schützen. In der Rechtssache Franzén habe der Gerichtshof das Vorbringen der schwedischen Regierung, das in dieser Rechtssache streitige System vorheriger Einfuhrgenehmigungen für alkoholische Getränke stehe in einem angemessenen Verhältnis zum Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, zurückgewiesen [16]. Überdies sei in Anbetracht dessen, dass Weingeist nach finnischem Recht vom Markt für privaten Konsum völlig ausgeschlossen sei, fraglich, ob ein System einer vorherigen Einfuhrgenehmigung für Weingeist, der für die gewerbliche Nutzung bestimmt sei, direkt zum Schutz der menschlichen Gesundheit und der öffentlichen Ordnung beitragen könne. Schließlich werde der Handel mit Alkohol zwischen den Mitgliedstaaten bereits im Rahmen der Richtlinie 92/12, die Gemeinschaftskontrollen betreffend die Erhebung von Verbrauchsteuern vorsehe, streng kontrolliert. Das finnische System einer vorherigen Einfuhrgenehmigung erlege

9 — Rechtssache C-394/97 (Slg. 1999, I-3599, Randnr. 33).

10 — Verbundene Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivía, Slg. 1991, I-4151, Randnr. 13).

11 — Vgl. zu den Vorschriften, die die Werbung für alkoholische Getränke einschränken, Rechtssache Aragonesa (zitiert in Fußnote 10, Randnrn. 15 und 16), Rechtssache 152/78 (Kommission/Frankreich, Slg. 1980, 2299, Randnr. 17), Rechtssache C-405/98 (Gourmet International Products, Slg. 2001, I-1795, Randnr. 27) sowie, im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit, Rechtssache C-429/02 (Bacardi, Slg. 2004, I-6613, Randnr. 37).

12 — Rechtssache C-205/89 (Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-1361, Randnr. 9).

13 — Rechtssache 120/78 (Rewe-Zentral [„Cassis de Dijon"], Slg. 1979, 649.

14 — Rechtssache C-189/95 (Franzén, Slg. 1997, I-5909, Randnr. 76); Rechtssache C-270/02 (Kommission/Italien, Slg. 2004, I-1559, Randnr. 22).

15 — Zitiert in Fußnote 7, Randnr. 14.

16 — Zitiert in Fußnote 14, Randnrn. 76 und 77.

den Händlern zusätzliche Lasten auf, ohne dass jedoch zusätzliche Vorteile für die Bekämpfung des Handels mit unvergälltem Äthylalkohol zu erkennen seien.

23. Vor einer Prüfung dieses Vorbringens ist es angebracht, näher auf die Wirkungsweise des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Rahmen von Artikel 30 EG einzugehen. Im Kern führt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einer Abwägung der Kosten und des Nutzens einer von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahme im Licht der verschiedenen nach Gemeinschaftsrecht schützenswerten Interessen [17]. Ist eine nationale Maßnahme grundsätzlich nach Artikel 28 EG verboten, so obliegt dem Mitgliedstaat der Nachweis, dass der Nutzen dieser Maßnahme für das gemeinschaftsrechtlich anerkannte öffentliche Interesse die Kosten, die sich aus der für den freien Verkehr verhängten Beschränkung ergeben, überwiegt. Damit das System der vorherigen Einfuhrgenehmigung vertragskonform ist, muss Finnland daher nachweisen, dass der Nutzen dieses Systems für die öffentliche Ordnung und den Schutz der menschlichen Gesundheit die Kosten rechtfertigt, die es dem freien Warenverkehr im Binnenmarkt auferlegt. Allerdings prüft der Gerichtshof bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahme nicht unmittelbar die Gesamtwürdigung der fraglichen Kosten und Vorteile durch den Mitgliedstaat, sondern nimmt in der Praxis einen oder mehrere von drei Untertests vor [18].

24. Der erste ist ein Geeignetheitstest: Die fragliche Maßnahme muss effektiv zur Erreichung des angestrebten Zieles beitragen. So stellte der Gerichtshof in der Rechtssache Aragonesa fest, dass Rechtsvorschriften, die die Werbung für alkoholische Getränke einschränken, geeignet sind, die öffentliche Gesundheit zu schützen [19]. Dagegen stellte der Gerichtshof in der Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich (UHT-Milch) fest, dass eine Regelung, nach der eingeführte UHT-Milch im Vereinigten Königreich einer erneuten thermischen Behandlung unterzogen werden musste, kein geeignetes Mittel zum Schutz der öffentlichen Gesundheit war [20]. Er verwies darauf, dass das Vereinigte Königreich einige Einfuhren akzeptiert habe, ohne eine erneute thermische Behandlung zu verlangen, und führte aus: „Es ist nicht nachgewiesen, dass die öffentliche Gesundheit im Vereinigten Königreich durch diese Einfuhren auch nur im Geringsten beeinträchtigt worden ist." [21] Bei der Anwendung des Geeignetheitstests geht es um die Frage, ob die Maßnahme überhaupt positive Auswirkungen auf die berechtigten Interessen hat, auf die sich der Mitgliedstaat beruft. Wenn dies nicht der Fall ist, verstößt die Maßnahme per defini-

17 — Zur Frage, *welche* Maßnahmen einer solchen Prüfung durch den Gerichtshof unterzogen werden sollten, siehe meine Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen C-158/04 und C-159/04 (Trofo Super-Markets, Slg. 2006, I-8135, I-8137, insbesondere Nrn. 40, 41 und 46).

18 — Ebenso Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven in den Rechtssachen C-312/89, Conforama u. a., und C-332/89, Marchandise u. a. (Slg. 1991, I-997, Randnr. 14). Siehe auch F. G. Jacobs, „Recent developments in the principle of proportionality in European Community law", und T. Tridimas, „Proportionality in Community law: searching for the appropriate standard of scrutiny", in: *The Principle of proportionality in the laws of Europe*, 1999, S. 65-84; G. De Búrca, „The principle of proportionality and its application in EC law", *Yearbook of European Law*, Bd. 13 (1993), S. 105-150; J. H. Jans, „Proportionality revisited", *Legal Issues of Economic Integration*, Bd. 27 (2000), Nr. 3, S. 239-265.

19 — Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivía (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 15). Siehe auch Rechtssache Schwarz, zitiert in Fußnote 6, Randnrn. 34 bis 36.

20 — Rechtssache 124/81, zitiert in Fußnote 7.

21 — Randnr. 32 des Urteils. Siehe auch C-270/02 (Kommission/Italien, Slg. 2004, I-1559, Randnr. 24).

tionem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

25. Der zweite Test betrifft die Notwendigkeit der Maßnahme. Genauer gesagt: Er betrifft die Frage, ob effektiv eine andere Maßnahme zur Verfügung steht, die die berechtigten Interessen des Mitgliedstaats genauso wirksam schützen, den freien Warenverkehr jedoch weniger einschränken würde. Mit anderen Worten: Könnte der Mitgliedstaat dadurch, dass er mit vergleichbarem Aufwand eine andere Maßnahme trifft, dasselbe Ergebnis erreichen, mit geringeren Kosten für den innergemeinschaftlichen Handel? Auch insoweit liefert das Urteil in der Rechtssache UHT-Milch ein Beispiel. Das Vereinigte Königreich versuchte, ein System spezifischer Einfuhrlizenzen für UHT-Milch mit dem Schutz der Gesundheit von Tieren zu rechtfertigen. Nach Auffassung des Gerichtshofes hatte das Lizenzsystem jedoch „für den innergemeinschaftlichen Handel eine Behinderung zur Folge, die ... beseitigt werden könnte, ohne die Wirksamkeit des Schutzes der Gesundheit von Tieren zu beeinträchtigen und ohne die durch die Verfolgung dieses Zieles verursachte Verwaltungs- oder Kostenlast zu vergrößern“ [22]. Wenn ein Mitgliedstaat dartun könnte, dass die Durchführung der Alternativmaßnahme sich auf andere berechtigte Interessen (z. B. Grundrechte) nachteilig auswirken würde, so müsste dies natürlich berücksichtigt werden [23]. Normalerweise stellt es jedoch einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dar, wenn nicht die am wenigsten restriktive Alternative gewählt wird [24].

26. In wissenschaftlichen Veröffentlichungen wird der dritte Test oft als derjenige der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn“ bezeichnet [25]. Dieser Aspekt der Prüfung der Verhältnismäßigkeit kann durch die folgende Regel umschrieben werden: Je größer die nachteilige Auswirkung auf den Grundsatz des freien Warenverkehrs ist, umso größer muss die Bedeutung der Erfüllung des öffentlichen Interesses sein, auf das sich der Mitgliedstaat beruft [26]. So muss der Mitgliedstaat nachweisen, dass das Schutzniveau, das er seinen legitimen Interessen zukommen lassen möchte, dem Umfang der hierdurch verursachten Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels angemessen ist [27]. Der Unterschied zum zweiten Test besteht darin, dass von einem Mitgliedstaat aufgrund der Ergebnisse des dritten Tests womöglich verlangt wird, eine Maßnahme zu treffen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränkt, *auch wenn dies zu einem niedrigeren Schutzniveau für seine berechtigten Interessen führen würde*. Im Rahmen dieses Tests räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten normalerweise ein gewisses Ermessen bei der Entscheidung für den Grad des Schutzes ein,

22 — Kommission/Vereinigtes Königreich (UHT-Milch), zitiert in Fußnote 7, Randnr. 18.

23 — Auch wenn die Alternativmaßnahme möglicherweise den freien Verkehr weniger beschränkt und in gleicher Weise zu Erreichung des ursprünglichen Zieles der nationalen Regelung geeignet ist, könnte sie neue Kosten im Hinblick auf andere vom Gemeinschaftsrecht anerkannte berechtigte Interessen verursachen. Vgl. insoweit Rechtssache C-62/90 (Kommission/Deutschland, Slg. 1992, I-2575, Randnrn. 24 und 25).

24 — Wenn Mitgliedstaaten die Einführung einer Maßnahme mit drastischen Auswirkungen auf den freien Verkehr planen, haben sie „sorgfältig zu prüfen ..., ob nicht auf Maßnahmen zurückgegriffen werden könnte, die den freien Verkehr weniger beschränken“; geschieht dies nicht, wird der Gerichtshof feststellen, dass ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorliegt, ohne dass er sich selbst zum Bestehen von Alternativen äußern müsste: Rechtssache Kommission/Österreich, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 87).

25 — Vgl. etwa W. Van Gerven, „The effect of proportionality on the actions of Member States of the European Community: national viewpoints from continental Europe“, in: *The Principle of proportionality in the laws of Europe*, 1999, S. 38.

26 — R. Alexy, „On balancing and subsumption. A structural comparison“, *Ratio Juris*, Bd. 16 (2003), Nr. 4, S. 436.

27 — Vgl. insoweit Rechtssache C-169/91 (Stoke-on-Trent, Slg. 1992, I-6635, Randnr. 15) und Rechtssache C-112/00 (Schmidberger, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 81).

der dem betreffenden öffentlichen Interesse gewährt werden soll [28]. Verschiedene Mitgliedstaaten werden daher den von ihnen als schutzwürdig angesehenen berechtigten Interessen einen unterschiedlichen Wert beimessen. Nur in Bereichen, in denen das Gemeinschaftsrecht bereits klar ein einheitliches Schutzniveau für das betreffende berechtigte Interesse festlegt, wendet der Gerichtshof den Test strikter an. In diesen Fällen tragen die Mitgliedstaaten eine höhere Rechtfertigungslast für Maßnahmen, die den freien Verkehr beschränken. So hat der Gerichtshof z. B. in einer Reihe von Rechtssachen betreffend den Verbraucherschutz tatsächlich einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne festgestellt [29]. Insbesondere in seinem Urteil in der Rechtssache Estée Lauder gelangte der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Mitgliedstaaten beim Erlass von Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel aus Gründen des Verbraucherschutzes beeinträchtigen, für den Umfang des Schutzes „auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers" abstellen sollten [30]. Die Mehrzahl der Entscheidungen des Gerichtshofes betreffend die Verhältnismäßigkeit konzentriert sich jedoch auf den ersten und zweiten Test.

27. Eine Maßnahme, bei der die Gesamtwürdigung der Verhältnismäßigkeit nicht zufrieden stellend ausfällt, stellt — mit den Worten von Artikel 30 EG — „eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten" dar. Derartige Beschränkungen sind schlechthin verboten.

28. Die Prüfung im Hinblick auf Artikel 30 EG ist damit jedoch nicht beendet. Zusätzlich zur Würdigung der Verhältnismäßigkeit, wie oben beschrieben, muss eine Maßnahme, die in den Geltungsbereich von Artikel 28 EG fällt, ein letztes Erfordernis erfüllen. Die Maßnahme darf kein „Mittel zur willkürlichen Diskriminierung" darstellen [31]. Auch dies erfordert eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit, aber aus einem anderen Blickwinkel.

29. Das Urteil in der Rechtssache Conegate illustriert dies deutlich [32]. Aus den Schlussanträgen des Generalanwalts ergibt sich, dass diese Rechtssache „Love Love Dolls", „Miss World Specials", „Rubber Ladies" und „Sexy Vacuum Flasks" betraf. Man könnte Genaueres wissen wollen, worum es hierbei ging. Für die Zwecke meiner Analyse mag es — unter Hintanstellung aller unangebrachten Neugier — genügen, zu wissen, dass die Behörden des Vereinigten Königreichs die Erzeugnisse als anstößig oder unzüchtig ansahen und ihre Einfuhr daher verboten. Der Gerichtshof räumte ein, dass Gründe der öffentlichen Moral ein solches Verbot rechtfertigen könnten, vertrat jedoch die Auffassung, das Vereinigte Königreich könne sich nicht auf diese Gründe berufen, „um die

28 — Vgl. z. B. Rechtssache C-36/02 (Omega, Slg. 2004, I-9609, insbesondere Randnrn. 32, 37 und 39).

29 — J. H. Jans, a. a. O., S. 251-252; G. Davies, *Nationality discrimination in the European internal market*, 2003, S. 35-36.

30 — Rechtssache C-220/98 (Estée Lauder, Slg. 2000, I-117, Randnr. 27). Siehe auch Rechtssache C-358/01 (Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-13145, Randnrn. 53 und 58, Rechtssache C-99/01 (Linhart und Biffl, Slg. 2002, I-9375, Randnr. 31) und Rechtssache C-3/99 (Ruwet, Slg. 2000, I-8749, Randnrn. 50 bis 53).

31 — Artikel 30 Satz 2 EG. Siehe zuletzt Urteil Schwarz, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 37.

32 — Rechtssache 121/85, Slg. 1986, 1007.

Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten zu verbieten, wenn nach seinem Recht keinerlei Verbot der Herstellung oder Vermarktung der gleichen Waren in seinem Hoheitsgebiet besteht" [33]. Dadurch, dass nur die *Einfuhr* unzüchtiger Erzeugnisse verboten worden sei, stelle das vom Vereinigten Königreich ausgesprochene Verbot eine Diskriminierung dar. Diese Diskriminierung sei willkürlich und damit unzulässig, da es für sie keine objektive Rechtfertigung gegeben habe oder — wenn es sie gegeben habe — das Vereinigte Königreich nicht habe nachweisen können, dass die unterschiedliche Behandlung eingeführter und inländischer Waren verhältnismäßig gewesen sei [34].

30. Diskriminierung ist nicht „willkürlich", wenn sie gerechtfertigt und verhältnismäßig ist [35]. Im Urteil Deutscher Apothekerverband stellte der Gerichtshof fest, dass deutsche Rechtsvorschriften, nach denen der Direktverkauf von Arzneimitteln durch Apotheken über das Internet verboten ist, sich auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Apotheken stärker auswirken, da „für Apotheken, die nicht im deutschen Hoheitsgebiet ansässig sind, im Internet ein Mittel liegen [könnte], das für den unmittelbaren Zugang zu diesem Markt eher geeignet ist" [36]. Allerdings vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass das Verbot ungeachtet seiner unterschiedlichen Auswirkungen insoweit durch Artikel 30 EG gerechtfertigt sein könnte, als es für *verschreibungspflichtige* Arzneimittel gilt:

„Angesichts der Gefahren, die mit der Verwendung dieser Arzneimittel verbunden sein können, könnte das Erfordernis, die Echtheit der ärztlichen Verschreibungen wirksam und verantwortlich nachprüfen zu können und die Aushändigung des Arzneimittels an den Kunden selbst oder an eine von ihm mit dessen Abholung beauftragte Person zu gewährleisten, ein Verbot des Versandhandels rechtfertigen. ... Im Übrigen kann die tatsächlich gegebene Möglichkeit, dass ein Arzneimittel, das ein in einem Mitgliedstaat wohnender Käufer bei einer Apotheke in einem anderen Mitgliedstaat erwirbt, in einer anderen Sprache etikettiert ist als in der Sprache des Heimatstaats des Käufers, im Fall von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gravierendere Folgen haben." [37]

Mit anderen Worten: Ein gewisser Grad unterschiedlicher Behandlung oder ungleicher Auswirkungen auf eingeführte Erzeugnisse kann akzeptiert werden, wenn er dem objektiven Unterschied zwischen inländischen und eingeführten Erzeugnissen entspricht. Hier dient der Verhältnismäßigkeitstest der Unterscheidung

33 — Urteil Conegate, zitiert in Fußnote 32, Randnr. 16.

34 — Siehe auch entsprechend (im Zusammenhang mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer) Rechtssache 41/74 (Van Duyn, Slg. 1974, 1337). Das Urteil Conegate kann mit der Rechtssache 34/79 (Henn und Darby, Slg. 1979, 3795) verglichen werden.

35 — Rechtssache 4/75 (Rewe-Zentralfinanz, Slg. 1975, 843, Randnr. 8); Rechtssache 34/79 (Henn und Darby, zitiert in Fußnote 34, Randnr. 21).

36 — Rechtssache C-322/01 (Slg. 2003, I-14887, Randnr. 74).

37 — Urteil Deutscher Apothekerverband, zitiert in Fußnote 36, Randnr. 119.

zwischen akzeptierbarer Diskriminierung und willkürlicher Diskriminierung.

31. Folglich erfordert die Prüfung einer von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahme am Maßstab des Artikels 30 EG die Anwendung einer oder mehrerer der folgenden Prüfungsmethoden: Prüfung der Geeignetheit, der Erforderlichkeit, der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und Prüfung der Frage, ob die Maßnahme ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung darstellt, was wiederum eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der diskriminierenden Wirkung der Maßnahme nach sich zieht.

32. Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens bleibt die endgültige Beurteilung der Verhältnismäßigkeit oft dem vorlegenden Gericht überlassen [38]. Indessen obliegt es dem Gerichtshof, dem vorlegenden Gericht die normativen Kriterien an die Hand zu geben, die es anwenden sollte. Dabei muss der Gerichtshof auf spezielle Untersuchungen hinweisen, die das vorlegende Gericht gegebenenfalls vornehmen muss, um die ihm übertragene Prüfung der Verhältnismäßigkeit ordnungsgemäß durchzuführen.

33. In der vorliegenden Rechtssache muss das vorlegende Gericht prüfen, ob das Importlizenzsystem für Weingeist, der für die gewerbliche Nutzung bestimmt ist, im Licht anderer einschlägiger Vorschriften über den Alkoholhandel und -konsum einen Zusatznutzen im Hinblick auf das Ziel mit sich bringt, den privaten Konsum von Weingeist zu verhindern. Dies wird ihm die Prüfung erleichtern, ob die Maßnahme tatsächlich erforderlich ist oder ob ihr Ziel auch durch Alternativmaßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken.

34. Das vorlegende Gericht sollte ferner sicherstellen, dass das Importlizenzsystem keine willkürliche Diskriminierung im Sinne von Artikel 30 EG darstellt. In der mündlichen Verhandlung hat die finnische Regierung vorgetragen, Händler oder Hersteller, die Weingeist für die gewerbliche Nutzung von inländischen Erzeugern kaufen wollten, bedürften ebenfalls einer Lizenz. Das vorlegende Gericht wird im Rahmen einer „Gesamtwürdigung“ [39] der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften und der Verwaltungspraxis zu prüfen haben, ob das Lizenzsystem für eingeführten Weingeist dem Lizenzsystem für inländischen Weingeist gleichwertig ist. Soweit Unterschiede bestehen sollten — z. B. hinsichtlich der Kosten und der Bedingungen für die Gewährung einer Lizenz —, müssen diese Unterschiede objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

38 — Vgl. z. B. Rechtssache C-20/03 (Burmanjer, Slg. 2005, I-4133) und Rechtssache C-441/04 (A-Punkt Schmuckhandel, Slg. 2006, I-2093).

39 — Henn und Darby, zitiert in Fußnote 34, Randnr. 21.

IV — Ergebnis

35. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Korkein oikeus vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 28 EG steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der für die Einfuhr von Flüssigkeiten, die mehr als 80 % unvergällten Äthylalkohol enthalten („Weingeist"), aus einem anderen Mitgliedstaat eine Lizenz erforderlich ist.

2. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob die betreffende Regelung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Insbesondere hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob die fragliche Regelung dem Ziel der Vermeidung des privaten Konsums von Weingeist entspricht und erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen, und ob sie keine willkürliche Diskriminierung im Sinne von Artikel 30 EG darstellt.