4. Artikel 234 steht der Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Genfer Abkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen aus dem Jahre 1923 und aus den Verträgen des Weltpostvereins (erneuert in Lausanne im Jahre 1974, in Kraft getreten am 1. Januar 1976) durch einen Mitgliedstaat insoweit nicht entgegen, als dieser von dem in Artikel 36 des Vertrages enthaltenen Vorbehalt zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit Gebrauch macht.

Kutscher O'Keeffe Touffait

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart Bosco

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 14. Dezember 1979.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN-PIERRE WARNER VOM 25. OKTOBER 1979 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Diese Rechtssache zeichnet sich dadurch aus, daß sie die erste ist, die durch ein Vorabentscheidungsersuchen des House of Lords an diesen Gerichtshof gelangt ist. Sie zeichnet sich weiter dadurch aus, daß in ihr der Gerichtshof erstmals aufgerufen ist, über den Umfang der Ausnahme zu befinden, die in Artikel 36 EWG-Vertrag für Verbote oder Einschränkungen des freien Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten enthalten ist, die „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit ... gerechtfertigt sind".

Die Rechtsmittel zum House of Lords wurden von Maurice Donald Henn und John Frederick Ernest Darby eingelegt. Diese vertrieben offensichtlich in England pornographische Filme und Schriften durch die Post. Am 14. Juli 1977 wurden sie vom Ipswich Crown Court wegen mehrerer Verstöße gegen englisches Recht schuldig gesprochen. Henn wurde zu insgesamt 18 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt; außerdem hatte er

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

£ 20 von der ihm gewährten Prozeßkostenhilfe zu tragen. Darby wurde zu insgesamt 30 Monaten Freiheitsstrafe und zu anderen Strafen verurteilt.

Im Rahmen dieser Vorlage ist nur eine der Straftaten von Bedeutung, deren Henn und Darby schuldig gesprochen wurden: nämlich diejenige, „wissentlich mit der betrügerischen Umgehung des Verbotes der Einfuhr anstößiger oder unzüchtiger Artikel befaßt gewesen zu sein und damit gegen Sektion 42 des Customs Consolidation Act 1876 und gegen Section 304 des Customs and Excise Act 1952 verstoßen zu haben".

Section 42 des Customs Consolidation Act 1876 verbietet die Einfuhr von „anstößigen oder unzüchtigen" Artikeln in das Zollgebiet des Vereinigten Königreiches und bestimmt, daß entgegen diesem Verbot eingeführte Waren einzuziehen sind und vernichtet werden können oder daß über sie anderweitig nach Anweisung des Commissioners of Customs verfügt werden kann. Nach Section 304 des Customs and Excise Act 1952 ist jedermann strafbar, der in irgendeiner Weise wissentlich mit der betrügerischen Umgehung oder versuchten Umgehung des Verbots der Einfuhr anstößiger oder unzüchtiger Artikel befaßt ist.

Die Waren, die der einschlägige Teil der Anklage gegen die Rechtsmittelführer betrifft, gehörten zu einer Sendung von Filmen und Magazinen, die auf einem Lastkraftwagen, der am 14. Oktober 1975 in Felixtowe mit der Fähre von Rotterdam eintraf, nach England verbracht wurde. Der Anklagepunkt erwähnt sechs Filme und sieben Magazine, sämtlich dänischen Ursprungs. In einer einvernehmlichen Darlegung des Sachverhalts, die dem Vorlagebeschluß beigefügt ist, werden sie wie folgt beschrieben:

„Sämtliche Filme waren 8-mm-Filme; dieses Format wird normalerweise eher in Heimvorführgeräten als für öffentliche Vorführungen verwandt. Jeder Film hatte eine Spieldauer von ungefähr zehn Minuten. Sie enthalten ausführliche und deutliche Darstellungen sexueller Handlungen zwischen Männern und Frauen, zwischen Männern, zwischen Frauen und einem Hund sowie einem Mann und einem Schwein. Sie beinhalten eine Reihe von Gewaltszenen und von Darstellungen abartigen Sexualverhaltens einschließlich Urinieren und Defäkation.

Die Magazine bestanden großenteils aus Fotografien. Sie enthalten ebenfalls ausführliche und deutliche Darstellungen sexueller Handlungen zwischen Männern und Frauen, zwischen Frauen sowie zwischen Frauen, einem Hund und einem Pony. Zwei Magazine enthalten nur Fotografien nackter Mädchen im Alter von ungefähr fünf bis vierzehn Jahren. Sie enthalten eine auffällige Zurschaustellung des Intimbereichs, das einen angedeuteten eben erfolgten Riss des Hymens, das andere Mädchen, die einen Mann erregen und masturbieren."

In der einvernehmlichen Darlegung des Sachverhalts wird weiterhin ausgeführt, daß zu den dargestellten strafbaren Handlungen Vergewaltigung, Entführung einer Frau, widernatürliche Unzucht (mit Tieren), sexuelle Nötigung und schwere Unzucht mit oder gegenüber einem Kind unter vierzehn Jahren gehören.

Die Rechtsmittelführer legten Berufung zum Court of Appeal für England und Wales ein. Vor diesem Gericht ließen sie unter anderem vortragen, Section 42 des Customs Consolidation Act 1876 könne auf ihren Fall keine Anwendung finden, weil die Artikel 9 und 30 EWG-Vertrag ihm vorgingen.

Mit Urteil vom 13. Juli 1978 hat der Court of Appeal die Berufungen zurückgewiesen. (Das Urteil ist veröffentlicht in [1978] 1 WLR 1031.)

Zu dem auf den EWG-Vertrag gestützten Vorbringen der Rechtsmittelführer äußerte der Court of Appeal zweierlei. Zunächst vertrat er die Meinung, der Ausdruck „mengenmäßige ... Beschränkungen" in Artikel 30 haben den Beiklang von Beschränkungen „in bezug auf die Menge"; auf ein vollständiges Einfuhrverbot, wie es im vorliegenden Fall in Frage steht, sei er nicht anwendbar. Sodann führte der Court of Appeal aus, daß das Verbot durch Artikel 36 gerechtfertigt wäre, auch wenn es unter Artikel 30 fiele. Aus dem Urteil des Court of Appeal scheint sich zu ergeben, daß die Rechtsmittelführer in diesem Zusammenhang insbesondere vortragen ließen, nach der Rechtssprechung des Gerichtshofes sei der Ausdruck „gerechtfertigt" in Artikel 36 gleichbedeutend mit „notwendig"; eine solche Frage soll der Court of Appeal nicht selbst entscheiden, sondern dem Gerichtshof vorlegen. Der Court of Appeal folgte der Auffassung nicht, man könne Artikel 36 EWG-Vertrag lesen, als ob er das Wort „notwendig" anstelle des Wortes „gerechtfertigt' enthalte; gleichzeitig äußerte er Zweifel, ob „es irgendeinen Unterschied machen würde, wenn wir 'notwendig' eingesetzt hätten". Er fügte hinzu, er hätte dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, hätte er irgendeinen Zweifel an seiner Entscheidung gehabt, aber dies sei nicht der Fall gewesen. „Es ist nicht ersichtlich", führte er aus, „wie ein Verbot der Einfuhr unzüchtiger Schriften nicht aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung gerechtfertigt sein könnte."

Zu diesem Urteil ist zweierlei zu bemerken.

Erstens war, bei allem Respekt vor dem Court of Appeal, dieser völlig im Irrtum, als er glaubte, daß der Ausdruck „mengenmäßige Beschränkungen" in Artikel 30 ein vollständiges Verbot nicht erfasse. Hierzu sind kaum Ausführungen nötig, da bisher niemand, der vor dem Gerichtshof zu dieser Frage Ausführungen gemacht hat, die Auffassung des Court of Appeal vertreten hat. Wie dargelegt wurde, sprechen zahlreiche Urteile des Gerichtshofes gegen die Auffassung: vergleiche zum Beispiel Rechtssache 7/68 (*Kommission/Italienische Republik*, Slg. 1968, 634, 644), Rechtssache 2/73 (*Geddo/ENR*, Slg. 1973, 865) und Rechtssache 74/76 (*Iannelli/Meroni*, Slg. 1977, 557, 574). Ferner wurde dargelegt, daß diese Auffassung nicht nur mit dem in Artikel 36 verwandten Ausdruck „Verbote und Beschränkungen" unvereinbar ist, sondern auch mit dem Zweck selbst von Titel I des Zweiten Teils des Vertrages, wonach der freie Warenverkehr eine der „Grundlagen der Gemeinschaft" ist. Wie die Regierung des Vereinigten Königreichs in ihren schriftlichen Erklärungen abweichend von der Auffassung des Court of Appeal ausführte, „ist klar, daß ein vollständiges Verbot einen stärkeren Eingriff in das grundlegende Prinzip des freien Warenverkehrs darstellt als eine teilweise Einfuhrbeschränkung".

Zweitens hat nach meiner Auffassung der Court of Appeal andererseits völlig zu Recht ausgesprochen, daß man Artikel 36 nicht so lesen könne, als ob das Wort „notwendig" an der Stelle des Wortes „gerechtfertigt" stünde. Der Gerichtshof hat sich nie für eine solche Ersetzung ausgesprochen; in der Tat hat er auch nicht die Befugnis, den Wortlaut des Vertrages zu ändern. Der Gerichtshof hat lediglich in einer Anzahl von Fällen das Wort „notwendig" verwandt, um zu erklären, inwieweit nach Artikel 36 Verbote oder Beschränkungen der Einfuhr gerechtfertigt sein können, die Mit-

gliedstaaten zu bestimmten Zwecken verhängt haben: nämlich zum Schutz von Herkunftsangaben (Rechtssache 12/74, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1975, 181, 199), zum Verbraucherschutz allgemein (Rechtssache 13/78, *Eggers/Freie Hansestadt Bremen*, Slg. 1978, 1935, 1956) und zum Schutz von Gesundheit und Leben von Menschen, Tieren oder Pflanzen (Rechtssache 29/72, *Marimex/Italienische Finanzverwaltung*, Slg. 1972, 1309, 1318; Rechtssache 104/75, *Adrian De Peijper*, Slg. 1976, 613; Rechtssache 35/76, *Simmenthal/Italienisches Finanzministerium*, Slg. 1976, 1871; Rechtssache 46/76, *Bauhuis/Niederlande*, Slg. 1977, 5; Rechtssache 5/77, *Tedeschi/Denkavit*, Slg. 1977, 1555; und Rechtssache 153/78, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, Urteil vom 12. Juli 1979, noch nicht veröffentlicht.)

Wenn auch die Meinungen der Fachleute darüber zweifellos auseinandergehen mögen, welche Maßnahmen zum Schutz von Herkunftsangaben, der Verbraucher im allgemeinen und von Gesundheit und Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen zu Recht getroffen werden können, so muß man doch im Auge behalten, daß diese Angelegenheiten letztlich einer objektiven Beurteilung zugänglich sind. Außerdem kann auf diesen Gebieten im großen und ganzen eine in allen Mitgliedstaaten einheitlich anwendbare Lösung gefunden werden. Aus diesen Gründen gab und gibt es seitens der Rechtsetzungsorgane der Gemeinschaft beträchtliche Bemühungen, diese Gebiete durch gemeinschaftliche Rechtsangleichungsmaßnahmen zu erfassen und damit die Mitgliedstaaten von dem Zwang zu befreien, auf nationale Verbote und Beschränkungen zurückzugreifen, die in Artikel 36 zwar gestattet sind, aber zum freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft in Widerspruch stehen (vgl. die Ausführungen des Gerichtshofes in diesem Zusammenhang in der oben genannten Rechtssache *Tedeschi/Denkavit*, S. 1576 f.). In solchen Zusammenhängen kann man natürlich sagen, daß Maßnahmen, die nicht notwendig sind oder die über das zur Erreichung des betreffenden Zwecks Notwendige hinausgehen, nicht nach Artikel 36 gerechtfertigt sein können. Nach meiner Auffassung muß man die Frage jedoch anders angehen, wenn es sich um die Umstände handelt, unter denen der Erlaß von Einfuhrbeschränkungen oder -verboten durch einen Mitgliedstaat „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit" gerechtfertigt sein kann. Der Begriff der „öffentlichen Sittlichkeit" ist keiner objektiven Beurteilung und keiner für die ganze Gemeinschaft geltenden Definition zugänglich. Er ist eine Frage persönlicher Anschauungen, nicht fachmännischer Begutachtung.

Ich glaube, daß bei der Entscheidung über die richtige Auslegung der Worte „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit ... gerechtfertigt" in Artikel 36 die Randnummern 48 und 49 des Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Handyside* (Urteil vom 7. Dezember 1976, Serie A Nr. 24) unterstützend herangezogen werden können. Jener Gerichtshof hatte über die richtige Auslegung von Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention zu entscheiden, der die Freiheit der Meinungsäußerung betrifft. Genauer gesagt, mußte er über die richtige Auslegung der in Absatz 2 dieses Artikels enthaltenen Ausnahme für „bestimmte ... Einschränkungen oder Strafdrohungen ... wie sie vom Gesetz vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse ... des Schutzes ... der Moral ... unentbehrlich sind", befinden. Der Gerichtshof für Menschenrechte führte hierzu aus:

Insbesondere läßt sich dem innerstaatlichen Recht der verschiedenen Vertrags-

staaten kein einheitlicher europäischer Moralbegriff entnehmen. Die Vorstellungen von den Anforderungen der Moral, die ihren jeweiligen Gesetzen zugrundeliegen, wechseln nach Zeit und Ort, besonders in unserer Epoche, die durch eine schnelle und tiefgreifende Weiterentwicklung der Auffassungen auf diesem Gebiet gekennzeichnet ist. Dank ihrer direkten und ständigen Beziehungen zu den in ihren Ländern wirksamen Kräften sind die staatlichen Behörden grundsätzlich in einer besseren Lage als der internationale Richter, um sich zum genauen Inhalt dieser Anforderungen sowie zur „Notwendigkeit" einer ihnen entsprechenden „Einschränkung" oder „Strafdrohung" zu äußern. Der Gerichtshof vermerkt in diesem Zusammenhang, daß das Adjektiv „notwendig" im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 nicht gleichbedeutend ist mit „unentbehrlich" ...

Artikel 10 Absatz 2 behält den Vertragsstaaten folglich einen Ermessungsspielraum vor ...

Artikel 10 Absatz 2 räumt den Vertragsstaaten allerdings keineswegs unbegrenztes Ermessen ein ... Hand in Hand mit dem Ermessensspielraum der staatlichen Behörden geht ... eine europäische Kontrolle ...

Daraus folgt insbesondere, daß jede „Einschränkung" oder „Strafdrohung" in angemessenem Verhältnis zum verfolgten berechtigten Ziel stehen muß.

Sie sehen, meine Herren Richter, daß sich in manchen dieser Ausführungen ein Echo dessen findet, was dieser Gerichtshof hinsichtlich der Ausnahme aus Gründen der „öffentlichen Ordnung" in Artikel 48 EWG-Vertrag in den Rechtssachen 41/74 (*Van Duyn/Home Office,* Slg. 1974, 1337) und 30/77 (*Pierre Bochereau,* Slg. 1977, 1999) ausgeführt hat.

Das House of Lords, bei dem die Rechtsmittel von Henn und Darby gegen das Urteil des Court of Appeal anhängig sind, hat dem Gerichtshof sieben Fragen vorgelegt.

Die erste lautet:

„Stellt es eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft dar, wenn das Recht eines Mitgliedstaates die Einfuhr pornographischer Artikel in diesen Staat verbietet?"

Mit dieser Frage soll offensichtlich geklärt werden, ob die Auffassung des Court of Appeal zutrifft, daß Artikel 30 des Vertrages auf ein vollständiges Verbot nicht anwendbar sei. Meinen bisherigen Ausführungen möchte ich nur noch folgendes hinzufügen: Die Fassung der Frage erweckt den Eindruck, daß ein vollständiges Verbot keine „mengenmäßige Beschränkung", vielleicht aber eine Maßnahme gleicher Wirkung sein könne. Ich halte das für unzutreffend. Ein vollständiges Verbot ist eine mengenmäßige Beschränkung, und zwar auf die Menge null. Der Fall liegt ähnlich wie bei einem „Nullkontingent". „Maßnahmen gleicher Wirkung" stellen einen wesentlich weniger bestimmten Begriff dar, der , wie der Gerichtshof zuerst in der Rechtssache 8/74 (*Staatsanwaltschaft/Dassonville,* Slg. 1974, 837) und seitdem in vielen Fällen entschieden hat, prima facie „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeinigt ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern", umfaßt.

Ehe ich mich den weiteren dem Gerichtshof vom House of Lords vorgelegten Fragen zuwende, muß ich etwas zur Komplexität der Rechtsvorschriften über Pornographie im Vereinigten Königreich

sagen, die jenen Fragen wesentlich zugrunde liegen und sie erklären. Diese Komplexität hat zwei Ursachen:

(1) Das Recht ist in den verschiedenen Teilen des Vereinigten Königreiches, nämlich England und Wales, Schottland, Nordirland und der Isle of Man, unterschiedlich; es fließt in jedem Fall aus einer Mehrzahl von Quellen, ohne auf einem durchgängigen Ordnungsgedanken zu beruhen.

(2) Im Innern des Vereinigten Königreichs wird Pornographie nirgends so streng behandelt wie bei der Einfuhr.

Die wesentlichen für die Einfuhr von Pornographie geltenden Bestimmungen habe ich eingangs aufgezeigt, nämlich Section 42 des Customs Consolidation Act 1876 und Section 304 des Customs and Excise Act 1952. Sie gelten für das ganze Vereinigte Königreich. Sie bestimmen, kurz gesagt, daß anstößige oder unzüchtige Artikel bei der Ankunft im Vereinigten Königreich eingezogen oder vernichtet werden können, und daß der Versuch, solche Artikel in das Vereinigte Königreich einzuschmuggeln, eine Straftat darstellt. Anhang 7 zum Customs and Excise Act 1952 sieht ein Verfahren vor, in dem die Einziehung von Waren gerichtlich überprüft werden kann.

In einer einvernehmlichen Darlegung der Rechtslage, die dem Vorlagebeschluß beigefügt ist, wird dargelegt, daß die verschiedenen Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreiches (die teilweise zum Common Law, teilweise zum Gesetzesrecht gehören) zwei inhaltlich unterschiedliche, getrennte Kriterien kennen und anwenden.

Das erste, das in jener Darlegung als „Maßstab A" bezeichnet wird, wird durch die Worte „indecent or obscene" (anstößig oder unzüchtig) ausgedrückt, die in den Zollgesetzen und in gewissen anderen Gesetzen vorkommen und die auch den gleichen englischen Common-Law-Straftatbestand des „outraging public decency" (Erregung öffentlichen Ärgernisses) beschreiben. Nach diesen Ausführungen vermitteln diese Worte einen einzigen Gedanken, nämlich den des Verstoßes gegen anerkannte Maßstäbe des Anstandes im allgemeinen, aber nicht notwendig mit Bezug auf sexuelle Angelegenheiten, wobei „indecent" (anstößig) am unteren Ende, „obscene" (unzüchtig) am oberen Ende der Skala steht.

Das zweite Kriterium, in der einvernehmlichen Darlegung als „Maßstab B" bezeichnet, wird durch das Wort „obscene" (unzüchtig) allein ausgedrückt, wie es in den (allein in England und Wales geltenden) Obscene Publications Acts 1959 und 1964 und zur Beschreibung des Tatbestandes einiger Common-Law-Delikte in England und Wales, Schottland und Nordirland verwandt wird. Dieses Wort bezieht sich auf eine engere Klasse von Gegenständen, nämlich solche, die den Betrachter sittlich zu verderben („deprave and corrupt") geeignet sind. In den Obscene Publications Acts 1959 und 1964 sind solche unzüchtigen Artikel vom Anwendungsbereich dieser Bestimmungen ausgenommen, deren Veröffentlichung trotz ihrer Unzüchtigkeit „aus Gründen des wissenschaftlichen, literarischen, künstlerischen, erzieherischen oder eines anderen allgemeinen Interesses gerechtfertigt ist".

Die einvernehmliche Darlegung enthält eine Zusammenfassung der in den verschiedenen Teilen des Vereinigten Königreichs geltenden Rechtsvorschriften; sie unterscheidet zwischen solchen, in denen Maßstab A und solchen, in denen Maßstab B verwandt wird, und erwähnt einige, in denen noch andere Maßstäbe verwandt werden. Keiner der Beteiligten versuchte jedoch in den vor uns abgege-

benen Erklärungen, aus dieser Zusammenfassung besondere Gesichtspunkte für die Behauptung herzuleiten, die Unterschiede zwischen diesen Rechtsvorschriften seien für den vorliegenden Fall von Bedeutung. Das ist vielleicht verständlich, weil die Rechtsmittelführer sich auf diese Unterschiede nur zur Stützung ihrer Behauptung beriefen, im Vereinigten Königsreich gebe es keine bestimmte Politik und keinen feststehenden Standpunkt hinsichtlich der Anforderungen der öffentlichen Sittlichkeit (wobei sie weiter vortragen, daß ein Mitgliedstaat sich nicht auf die Ausnahme aus Gründen der „öffentlichen Sittlichkeit" in Artikel 36 berufen könne, wenn seine Politik nicht bestimmt sei bzw. sein Standpunkt nicht feststehe), während seitens der Regierung des Vereinigten Königreiches vorgetragen wurde, solche Unterschiede seien unerheblich. Die Kommission legte ihren Erklärungen eine sorgfältige Analyse der Zusammenfassung bei, ohne aber daraus irgendwelche für mich erkennbaren Schlußfolgerungen zu ziehen. Es scheint Einvernehmen darüber, daß die Rechtsvorschriften in Schottland und auf der Isle of Man strenger sind als in England und Wales, sowie darüber zu bestehen, daß die Rechtsvorschriften der Isle of Man nur Maßstab A verwenden. Die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission wiesen auch darauf hin, daß die Rechtsvorschriften in den verschiedenen Teilen des Vereinigten Königreichs in manchen Bereichen nur in der Höhe der für bestimmte Tatbestände angedrohten Strafen voneinander abweichen. Was die Ungleichbehandlung von im Inland und im Ausland hergestellter Pornographie im Recht des Vereinigten Königreichs anbetrifft, scheinen die Rechtsmittelführer sich insbesondere auf folgende Gesichtspunkte zu berufen:

(1) Im Innern des Vereinigten Königreichs ist der bloße Besitz von Artikeln, die Maßstab A oder sogar Maßstab B unterfallen, nirgends eine strafbare Handlung. Ich spreche von „bloßem Besitz", also dem Besitz ohne die Absicht späteren Verkaufs, denn eine Reihe von Gesetzen (z. B. in England und Wales der Obscene Publications Act 1964, in Schottland gewisse örtliche Gesetze, in Nordirland der Obscene Publications Act 1857 und auf der Isle of Man ein Gesetz aus dem Jahre 1907 „for the Suppression of Obscene Publications and Indecent Advertisements") verbieten es, pornographische Artikel mit der Absicht späteren Verkaufs im Besitz zu haben oder sehen ihre Einziehung und Vernichtung vor, wenn sie für diesen Zweck in Besitz gehalten werden. Einige dieser Gesetze verwenden Maßstab A, andere Maßstab B.

(2) Jedenfalls in England und Wales, die bei weitem den größten Teil des Vereinigten Königreichs ausmachen, dürfen Artikel, die Maßstab A, aber nicht Maßstab B unterfallen, verkauft werden, vorausgesetzt, sie werden weder auf einer Straße noch an einem anderen öffentlichen Ort zur Schau gestellt oder verkauft. Darüber hinaus dürfen solche Artikel, wenn auch nicht mit der Post, so doch durch private Transportunternehmen versandt werden.

(3) In England und Wales dürfen selbst solche Artikel, die Maßstab B unterfallen, veröffentlicht werden, wenn ihre Veröffentlichung aus einem der in dem Obscene Publications Act 1959 erwähnten Gründe „als dem öffentlichen Wohl dienend gerechtfertigt" ist.

Dagegen ist es aufgrund der Zollgesetzgebung ausnahmslos verboten, in das Vereinigte Königreich Artikel einzuführen, die Maßstab A oder gar Maßstab B unterfallen.

Die dem Gerichtshof vom House of Lords vorgelegten Fragen zwei bis sechs, die ich im Zusammenhang erörtern möchte, lauten folgendermaßen:

„2. Im Falle der Bejahung der ersten Frage:

Bedeutet Artikel 36 Satz 1 richtiger Auslegung nach, daß ein Mitgliedstaat die Einfuhr aus einem anderen Mitgliedstaat von Waren anstößigen oder unzüchtigen Charakters im Sinne des Rechts dieses Mitgliedstaats rechtmäßig verbieten kann?

3. Ist insbesondere

i) der Mitgliedstaat berechtigt, solche Verbote aufrechtzuerhalten, um Verstöße gegen das Recht aller Teile seines Zollgebiets zu verhindern, gegen sie Vorsorge zu treffen oder ihre Wahrscheinlichkeit zu verringern,

ii) der Mitgliedstaat berechtigt, solche Verbote unter Berücksichtigung seiner nationalen Maßstäbe und Eigenheiten, wie sie sich aus dem Recht aller Teile des Zollgebiets dieses Staates einschließlich des das Verbot enthaltenden Rechts ergeben, ungeachtet von Unterschieden zwischen dem jeweiligen Recht dieser Teile aufrechtzuerhalten?

4. Kann ein aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung gerechtfertigtes und zu diesem Zweck verhängtes Verbot der Einfuhr von Waren nichtsdestoweniger unter Verstoß gegen Artikel 36 ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen?

5. Im Falle der Bejahung der vierten Frage:

Stellt ein Verbot der Einfuhr solcher Waren notwendig unter Verstoß gegen Artikel 36 Satz 2 ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten dar, wenn es einen anderen Anwendungsbereich als das strafrechtliche Verbot des Besitzes und der Veröffentlichung solcher Waren innerhalb des Mitgliedstaats oder eines seiner Teile hat?

6. Hätte es Einfluß auf die Beantwortung der fünften Frage, wenn das Einfuhrverbot im Gegensatz zum Verbot des Besitzes und der Veröffentlichung als Verwaltungsangelegenheit von den für die Untersuchung der Waren bei der Einfuhr zuständigen Zollbeamten durchgeführt werden könnte?"

Dies alles sind natürlich Fragen zur Auslegung von Artikel 36. Bei ihrer Erörterung möchte ich mit einigen allgemeinen Bemerkungen beginnen.

Die erste geht dahin, daß Artikel 36, wie die Beteiligten übereinstimmend ausführten, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, die so bekannt ist, daß sich ihre Zitierung erübrigt, eng auszulegen ist, da er eine Ausnahme von dem grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft enthält.

Zweitens ist nach meiner Meinung der Rechtfertigungsgrund „öffentliche Ordnung" in Artikel 36 für Verbote oder Beschränkungen der Einfuhr von Pornographie in einen Mitgliedstaat nicht einschlägig: Wenn solche Verbote oder Beschränkungen von Artikel 36 gedeckt sein sollen, so kann dies nur durch den Rechtfertigungsgrund der „öffentlichen Sittlichkeit" geschehen, der spezieller und hierfür passender ist.

Eine dritte Bemerkung ist, daß von den zwei Alternativen in Artikel 36 Satz 2 in diesem Fall einzig die der „willkürlichen Diskriminierung" erheblich sein kann, denn die Auswirkungen der hier in Frage stehenden Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreiches sind nicht „verschleiert".

Meine vierte Bemerkung betrifft das Verhältnis zwischen Artikel 36 Satz 1 und Satz 2. Hierzu haben die Rechtsmittelführer vorgetragen, Satz 2 müsse so ausgelegt werden, daß er Vorrang in dem Sinne besitze, daß Verbote oder Beschränkungen nach Artikel 36 nicht zulässig seien, wenn sie, obwohl nach Satz 1 „gerechtfertigt", „ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung" oder „eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten" darstellten. Andererseits trug die Regierung des Vereinigten Königreichs vor, daß beide Sätze zusammen zu lesen seien; Satz 2 sei eine Erläuterung zu Satz 1. Eine Maßnahme könne nicht zugleich „gerechtfertigt" und „willkürlich" sein, weil beide Begriffe sich gegenseitig ausschlössen. Die Auffassung der Kommission unterlag während des Verfahrens offenkundig einer Entwicklung. In ihren schriftlichen Erklärungen stimmte sie mit den Rechtsmittelführern überein, aber in der mündlichen Verhandlung schien sie der Auffassung der Regierung des Vereinigten Königreichs zuzustimmen, Artikel 36 sei als ein Ganzes zu lesen. Ich habe jedenfalls keinen Zweifel, daß die Auffassung der Regierung des Vereinigten Königreichs zutrifft. Artikel 36 Satz 2 soll klarstellen, daß Verbote oder Beschränkungen, welche „ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung" oder „eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten" darstellen, nicht in dem Sinne „gerechtfertigt" sein können, den dieses Wort in Satz 1 hat. „Gerechtfertigt" hat natürlich nicht die gleiche Bedeutung wie „erlassen": Ein Verbot oder eine Einschränkung kann zu einem bestimmten Zweck erlassen worden sein, ohne durch diesen Zweck gerechtfertigt zu werden. In diesem Punkt stimme ich überein mit der Auffassung, die Generalanwalt Trabucchi an der uns genannten Stelle seiner Schlußanträge in der Rechtssache 8/74 (*Staatsanwaltschaft/Dassonville*, Slg. 1974, 861) vertreten hat. Aus dem Urteil des Gerichtshofes in dieser Rechtssache, auf das die Rechtsmittelführer sich stützten, kann meines Erachtens für diese Frage nichts entnommen werden. Meine Auffassung könnte auf den ersten Blick unvereinbar scheinen mit der Betrachtungsweise des Gerichtshofes in den Rechtssachen 102/77 (*Hoffmann-La Roche/Centrafarm*, Slg. 1978, 1139) und 3/78 (*Centrafarm/American Home Products Corporation*, Slg. 1978, 1823); ich glaube jedoch, daß die Urteile in diesen Rechtssachen bei richtigem Verständnis den Inhalt haben, daß, während die Anerkennung von bestimmten Warenzeichenrechten im Recht eines Mitgliedstaats nach Artikel 36 möglicherweise gerechtfertigt ist, die Ausübung dieser Rechte durch den Warenzeicheninhaber gleichwohl insoweit rechtswidrig sein kann, als sie eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellt.

Andererseits möchte ich die Anregung zurückweisen, die die Regierung des Vereinigten Königreiches in der mündlichen Verhandlung machte, bei der Beurteilung der Frage, ob die strittigen Zollvorschriften nach Artikel 36 zulässig seien, solle in Betracht gezogen werden, daß diese „vom Vereinigten Königreich bona fide zum Zwecke des Schutzes der Öffentlichkeit vor ernstlicher Gefährdung und ohne jedwede Absicht, Importeure einer strengeren Regelung zu unterwerfen als Handelstreibende innerhalb des Vereinigten Königreichs", erlassen

und angewandt worden seien. Obwohl der Ausdruck „Mittel zur willkürlichen Diskriminierung" in Artikel 36 Satz 2 auf den ersten Blick zu erfordern scheint, die Absichten derjenigen zu erforschen, die die betreffende Maßnahme erlassen haben, und obwohl es auch Fälle geben mag, in denen deren Absichten feststellbar sind (sei es durch Rückschlüsse oder weil diese Absichten geäussert wurden), kann ich nicht glauben, daß die Verfasser von Artikel 36 dessen Anwendung vom Ergebnis einer solchen Untersuchung abhängig machen wollten, was offensichtlich in den meisten Fällen nicht praktikabel und sogar unrealistisch wäre.

Ich möchte auch das Vorbringen der Regierung des Vereinigten Königreichs zurückweisen, daß Artikel 36 Satz 2 nur Diskriminierungen oder Beschränkungen im „Handel" zwischen den Mitgliedstaaten ausschlösse, im Sinne von, wenn ich richtig verstanden habe, Geschäften von oder zwischen Handeltreibenden, so daß er auf Verbote oder Beschränkungen der Einfuhr in einen Mitgliedstaat insoweit nicht anwendbar wäre, als diese Verbote oder Beschränkungen nur Privatpersonen erfaßten. In diesem Vorbringen wurde nach meiner Auffassung dem am Ende des Artikels 36 verwendeten Ausdruck „Handel zwischen den Mitgliedstaaten" eine unangemessene Bedeutung, außerdem dem Wort „Handel" in diesem Ausdruck ein unangemessen enger Sinn beigelegt. Es ist auch Handel zwischen den Mitgliedstaaten, wenn ein einzelner zu seinem eigenen Gebrauch Waren in einen Mitgliedstaat einführt, die er in einem anderen Mitgliedstaat gekauft hat. Artikel 36 gehört, wie nicht vergessen werden darf, zu Titel I des Zweiten Teils des Vertrages, wonach der freie Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft und nicht nur der freie Handel mit Waren im engen Sinne eine der „Grundlagen" der Gemeinschaft ist. Das Wort „Handel" wird in einigen in Titel I enthaltenen Artikeln und sogar in Artikel 9 selbst verwandt. Niemand würde jedoch behaupten, weil das Wort „Handel" in den Artikeln 12 bis 17 über die Abschaffung der Zölle zwischen den Mitgliedstaaten gelegentlich verwandt wird, könnten von Privatpersonen noch Zölle erhoben werden, wenn sie ihre Habe von einem Mitgliedstaat in einen anderen verbringen, oder, weil das Wort in den Artikeln 18 bis 29 über die Aufstellung des Gemeinsamen Zolltarifs gelegentlich verwandt wird, seien Privatpersonen, die ihre Habe von außerhalb in die Gemeinschaft verbringen, nicht dem Gemeinsamen Zolltarif, sondern den vormaligen Zollsätzen der Mitgliedstaaten unterworfen. Aus den gleichen Gründen kann Artikel 30, der maßgebliche Artikel für die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten, der selbst das Wort „Handel" nicht verwendet, nicht als auf Geschäfte von oder zwischen Handelstreibenden beschränkt ausgelegt werden. Da dem so ist und da Artikel 36 einen Vorbehalt zu Artikel 30 enthält, kann Artikel 36 Satz 2, der, wie die Regierung des Vereinigten Königreichs zu recht ausgeführt hat, lediglich eine Erläuterung zu Satz 1 ist, nicht als derart beschränkt ausgelegt werden.

Meine letzte allgemeine Bemerkung geht dahin, daß einige der Darlegungen der Beteiligten aufgrund ihrer Formulierung den Anschein erweckten, als ob es dem Gerichtshof zustehe, die einschlägigen Zollvorschriften des Vereinigten Königreichs zu billigen oder zu verwerfen. Die Zuständigkeit des Gerichtshofes nach Artikel 177 des EWG-Vertrags beschränkt sich jedoch auf die Entscheidung gemeinschaftsrechtlicher Fragen, die ihm vorgelegt werden. Hier kommt es dem House of Lords zu, den Fall im Lichte Ihres Urteils zu entscheiden, und insbe-

sondere unter Berücksichtigung dieses Urteils auszusprechen, ob das Recht des Vereinigten Königreichs, soweit es jedenfalls für Waren der hier fraglichen Art gilt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

Ich komme nunmehr zu den Punkten, die in den dem Gerichtshof vom House of Lords vorgelegten Fragen unmittelbar aufgeworfen werden.

In der Rechtssache 35/76 *(Simmenthal/Italienisches Finanzministerium,* Slg. 1976, 1871) entschied der Gerichtshof:

„Artikel 36 soll nicht bestimmte Sachgebiete der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten vorbehalten, er läßt vielmehr Ausnahmen vom Grundsatz des freien Warenverkehrs durch innerstaatliche Normen insoweit zu, als dies zur Erreichung der in diesem Artikel bezeichneten Ziele gerechtfertigt ist und weiterhin gerechtfertigt bleibt."

Zu demselben Ergebnis kommt der Gerichtshof in seinen Urteilen in den Rechtssachen 5/77 *(Tedeschi/Denkavit,* Slg. 1977, 1555) und 153/78 *(Kommission/Bundesrepublik Deutschland,* Urteil vom 12. Juli 1979, noch nicht veröffentlicht). Somit steht es nicht im freien Ermessen der Mitgliedstaaten, Verbote oder Beschränkungen „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit" zu erlassen.

Wie jedoch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in dem oben zitierten Passus ausführte, wechseln die Vorstellungen von den Anforderungen der öffentlichen Sittlichkeit nach Zeit und Land, so daß den Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet ein gewisses Ermessen zugestanden werden muß. In der Rechtssache 41/74 *(Van Duyn/Home Office,* Slg. 1974, 1337) führte unser Gerichtshof aus:

„Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist im Gemeinschaftsrecht, namentlich, wenn er eine Ausnahme von dem wesentlichen Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer rechtfertigt, eng zu verstehen; daher darf seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden. Dennoch können die besonderen Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein, so daß insoweit den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen ist."

Der Gerichtshof wiederholte diese Ausführungen in der Rechtssache 30/77 *(Bouchereau,* Slg. 1977, 1999).

Genau die gleichen Überlegungen gelten nach meiner Meinung, wenn der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit eine Ausnahme vom grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs rechtfertigen soll.

Daraus folgt nach meiner Auffassung für den Fall, daß nach den Gesetzen eines Mitgliedstaats für im Inland und im Ausland hergestellte Pornographie dieselben Kriterien gelten und daß diese Kriterien vernünftig sind, daß Verbote oder Beschränkungen, die dieser Staat dementsprechend für Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten erlassen mag, nach Artikel 36 zulässig sind.

Im vorliegenden Fall entsteht die wirkliche Schwierigkeit aus dem Mangel an Einheitlichkeit der im Vereinigten Königreich geltenden Rechtsordnungen und insbesondere aus dem Umstand, daß in diesen Rechtsordnungen nicht stets dieselben Kriterien auf im Inland und im Ausland hergestellte Waren angewandt werden. Der wohl eklatanteste Widerspruch liegt darin, daß ein in einem anderen Mitgliedstaat veröffentlichtes unzüchtiges Buch nicht nach England eingeführt werden darf, obwohl das gleiche

Buch in englischen Buchhandlungen rechtmäßig verkauft werden darf, weil seine Veröffentlichung beispielsweise aufgrund seines wissenschaftlichen Wertes oder seiner literarischen Bedeutung als dem öffentlichen Wohle dienend angesehen wird. Dies stellt zweifellos eine Diskriminierung dar. Würde ein Rechtsstreit wegen eines solchen Buches geführt, so dürfte nicht leicht zu entscheiden sein, ob die Diskriminierung „willkürlich" oder „gerechtfertigt" wäre. So, wie uns die Filme und Magazine, um die es im vorliegenden Falle geht, in der einvernehmlichen Darlegung des Sachverhalts beschrieben wurden, ist es unwahrscheinlich, daß sich dem House of Lords eine so schwierige Frage stellen wird. Es ist wahrscheinlicher, daß diese Filme und Magazine zu einer Klasse von Artikeln gehören, die im Recht des Vereinigten Königreichs unabhängig davon im grossen und ganzen gleich behandelt werden, ob sie im Inland oder im Ausland hergestellt wurden. Der einzige Unterschied besteht wohl darin, daß der „bloße Besitz" von Pornographie, wie „hart" sie auch sei, im Innern des Vereinigten Königreichs nicht verboten ist. Aber eine Person, die solche Artikel nur zu ihrem eigenen Vergnügen (wenn mir der Gebrauch dieses Wortes gestattet ist) besitzt, wird fast unvermeidlich durch Transaktionen in ihren Besitz gelangt sein, die für den anderen Teil eine strafbare Handlung darstellen — siehe Sections 1 (3) und 2 (1) des Obscene Publications Act 1959, die die Veröffentlichung unzüchtiger Darstellungen, „gleichgültig, ob mit oder ohne Absicht der Gewinnerzielung", verbieten und nach denen eine Person einen Artikel veröffentlicht, wenn sie ihn unter anderem „verteilt, in Umlauf setzt, verkauft, vermietet, verschenkt oder verleiht". Diese Überlegung entbinden weder Sie, meine Herren Richter, noch mich von der Pflicht, das Problem in seiner ganzen Breite aufzugreifen, wie es dem Gerichtshof vom House of Lords vorgelegt wurde.

Das Problem liegt im wesentlichen in der Unterscheidung zwischen dem Sachverhaltstypus, bei dem eine Diskriminierung „willkürlich" ist und dem Sachverhaltstypus, bei dem sie „gerechtfertigt' ist.

In dieser Hinsicht liefern einige von dem Gerichtshof bereits entschiedene Fälle gewisse Anhaltspunkte.

Wir wurden auf die Rechtssache 4/75 *(Rewe-Zentralfinanz/Landwirtschaftskammer,* Slg. 1975, 843) hingewiesen, die die deutschen Rechtsvorschriften betraf, wonach aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte Äpfel an der Grenze auf Befall mit der San-José-Schildlaus zu untersuchen waren, während, wie vorgetragen wurde, deutsche Äpfel vor der Vermarktung keiner Untersuchungspflicht unterlagen. Der Gerichtshof entschied (siehe S. 860); daß die unterschiedliche Behandlung eingeführter und inländischer Äpfel nicht als willkürliche Diskriminierung angesehen werden kann, wenn in Deutschland wirksame Maßnahmen ergriffen werden, um das Inverkehrbringen befallener inländischer Äpfel auszuschließen, und wenn (namentlich aufgrund der gemachten Erfahrungen) Gründe für die Annahme vorliegen, daß ohne Kontrollen bei der Einfuhr die Gefahr der Ausbreitung der San-José-Schildlaus besteht. Offensichtlich kann dieses Urteil, mutatis mutandis, auf die Einfuhr von Pornographie in das Vereinigte Königreich übertragen werden. Aber diese Übertragung bedeutet, daß an der Grenze unterschieden werden müßte zwischen Pornographie, die so schädlich ist, daß ihre Verbreitung innerhalb des Vereinigten Königreichs verboten ist (die befallenen Äpfel), und solcher Pornographie, die im Vereinigten Königreich oder in einem wesentlichen Teil desselben rechtmäßig vermarktet werden kann.

Weiter wurden wir hingewiesen auf die Rechtssache 104/75 *(De Peijper,* Slg. 1976, 613), in der der Gerichtshof wie folgt entschied: „Artikel 36 [kann] nicht zur Rechtfertigung — selbst an sich zweckmäßiger — Regelungen oder Praktiken geltend gemacht werden, deren beschränkende Elemente ihre Ursache im wesentlichen in dem Bestreben finden, die Belastung der Verwaltung oder die öffentlichen Ausgaben zu vermindern, es sei denn, daß ohne diese Regelungen oder Praktiken diese Belastung oder diese Ausgaben deutlich die Grenzen dessen überschreiten, was vernünftigerweise verlangt werden kann."

Seitens der Regierung des Vereinigten Königreichs wurde vor dem Gerichtshof nicht behauptet, daß das in Section 42 des Customs Consolidation Act 1876 enthaltene Verbot dadurch gerechtfertigt werden könne, daß die Zollbeamten eine Prüfung anhand von Maßstab A besser als jede strengere Prüfung durchführen könnten. Vielleicht beruhte das auf der Auffassung, die Behauptung sei angesichts des in Anhang 7 zum Customs and Excise Act 1952 vorgesehenen Verfahrens nicht vertretbar — obwohl ich die Rechtsmittelführer dahin verstanden habe, daß die Anklage diese Behauptung vor dem House of Lords vorgetragen hat. Jedenfalls hat die Regierung des Vereinigten Königreichs vor dem Gerichtshof vorgetragen, man könne unmöglich auf die „Grenz-Situation" alle die Voraussetzungen, wie zum Beispiel öffentliche Zurschaustellung oder Verkauf, übertragen, die im Inland Tatbestandsmerkmale seien. Nahe läge eine Anpassung dahin, die Beschlagnahme an der Grenze davon abhängig zu machen, daß eine Verletzung des im Landesinnern geltenden Rechts drohe. Das mit hinreichender Sicherheit festzustellen, wäre häufig schwierig und manchmal unmöglich, so daß der Zollbeamte eine schwierigere Prüfung durchzuführen hätte als ein Polizeibeamter, der im Landesinnern mit einer Straftat befaßt sei, wo Tatbestandselemente wie beispielsweise die öffentliche Zurschaustellung oder der Verkauf eine Tatfrage, nicht eine Spekulation über die Zukunft sei. Außerdem könne von einem Mitgliedstaat nicht verlangt werden, irgendwie erhebliche Aufwendungen an Geldmitteln oder an Arbeitskraft zu machen, um eine völlig gleichmäßige Unterbindung des Handelsverkehrs mit gesellschaftlich schädlichen oder unsittlichen Artikeln, seien sie ausländisch oder inländisch, sicherzustellen.

Mit diesen Ausführungen bin ich zum großen Teil einverstanden.

Nach meiner Auffassung liegt die Lösung des Problems darin, daß man sich auf den Gedanken der Vernünftigkeit, auf den der Gerichtshof in der Rechtssache *De Peijper* verwiesen hat, oder, was wohl auf dasselbe hinausläuft, auf den der Verhältnismäßigkeit stützt, auf den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Handyside* und dieser Gerichtshof in der Rechtssache *Kommission/Bundesrepublik Deutschland* (Urteil vom 12. Juli 1979, Randnummer 15 der Entscheidungsgründe) Bezug genommen hat. Daß in einem solchen Zusammenhang „Vernünftigkeit" und „Verhältnismäßigkeit" den gleichen Gedanken ausdrücken oder daß jedenfalls Verhältnismäßigkeit ein Aspekt von Vernünftigkeit ist, hat Professor L. Neville Brown in seiner aufschlußreichen Darstellung „General Principles of Law and the English Legal System" (Allgemeine Rechtsprinzipien und die englische Rechtsordnung), veröffentlicht vom Europäischen Hochschulinstitut in Florenz in „New Perspectives for a Common Law of Europe" (1978), S. 177 bis 185, aufgezeigt.

Nach meiner Auffassung ist daher in jedem Fall die entscheidende Frage, ob ein dem fraglichen Verbot oder der fraglichen Beschränkung der Einfuhren innewohnendes diskriminierendes Element bei Würdigung aller Umstände als vernünftig angesehen werden kann. Das wird nicht der Fall sein, wenn seine Wirkung außer Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck steht, mag dieser Zweck darin bestehen, Verstöße gegen das innerstaatliche Recht des betreffenden Mitgliedstaates zu verhüten oder deren Wahrscheinlichkeit zu vermindern, oder darin, übermäßigen Verwaltungsaufwand oder eine übermäßige Kostenbelastung der öffentlichen Hand oder beides zu vermeiden. Bestehen im Innern des betreffenden Mitgliedstaates Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften seiner verschiedenen Teile, so ist dieser Umstand — dem möglicherweise erhebliches Gewicht zukommt — bei der Prüfung zu berücksichtigen.

Diese Prüfung ist nach meiner Ansicht nicht von den Zollbeamten bei der Untersuchung von Waren an der Grenze durchzuführen, sondern vom Gesetzgeber bei der Abfassung der Bestimmungen, die die Zollbeamten anzuwenden haben, und natürlich von den Gerichten bei der Beurteilung der Frage, inwieweit solche Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

Ich bezweifle nicht, daß man aufgrund dieser Prüfung das Verbot der Einfuhr eines Buches in das Vereinigte Königreich als gerechtfertigt ansehen würde, das in englischen Buchhandlungen rechtmäßig verkauft wird. Es wäre offenkundig unvernünftig und unverhältnismäßig, die Einfuhr eines solchen Buchs nur deshalb zu verbieten, weil Gefahr besteht, daß es an einer englischen Straße öffentlich zur Schau gestellt oder in Schottland oder auf der Isle of Man zum Verkauf angeboten werden könnte. Genau die gleichen Gefahren entstehen durch die Veröffentlichung des Buches in England.

Würde ich auch nur andeutungsweise darlegen, wie die Entscheidung in anderen Fällen aussehen könnte, so ginge ich weit über das zur Erörterung der gegenwärtigen Vorlage Erforderliche hinaus.

Im Falle einer Masseneinfuhr von Artikeln jedoch, die so unzüchtig und so wertlos sind, daß ihre Veröffentlichung oder Vermarktung unter jeder Form in allen Teilen des Vereinigten Königreiches eine Straftat darstellt, scheint mir das Problem überhaupt nicht aktuell zu werden. Niemand kann annehmen, daß jemand solche Gegenstände massenweise nur zu seinem privaten Vergnügen einführt, so daß das Verbot der Einfuhr solcher Gegenstände kein diskriminierendes Element enthält.

Sowohl die Rechtsmittelführer wie die Regierung des Vereinigten Königreichs stützten ihre Argumente auf den folgenden Satz des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache *Van Duyn:* Haben die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats ihre Haltung gegenüber einer bestimmten Betätigung eindeutig festgelegt und diese Betätigung als eine Gefahr für die Gesellschaft bezeichnet, haben sie ferner Verwaltungsmaßnahmen ergriffen, um diese Betätigung zu bekämpfen, so ist der Mitgliedstaat nicht verpflichtet, sie auch noch gesetzlich zu verbieten, um sich auf die Ausnahme aus Gründen der „öffentlichen Ordnung" in Artikel 48 des Vertrags berufen zu können (Slg. 1974, 1350).

Unter Berufung auf diesen Satz behaupteten die Rechtsmittelführer (wie ich bereits erwähnte), daß ein Mitgliedstaat sich nicht auf die Ausnahme aus Gründen der „öffentlichen Sittlichkeit" in Artikel 36 berufen könne, so lange er nicht hinsichtlich der Anforderungen der öffentlichen Sittlichkeit seine Politik be-

stimmt oder seinen Standpunkt festgelegt habe; die Komplexität der Rechtsvorschriften im Vereinigten Königreich auf diesem Gebiet zeige, daß dies nicht geschehen sei. Dieses Vorbringen geht nach meiner Auffassung fehl. Die Haltung des Vereinigten Königreichs gegenüber pornographischen Aktivitäten (so komplex sie auch sein mag) ist durch seine Rechtsvorschriften festgelegt. Niemand behauptet, daß es einen Verwaltungsentscheid gäbe, der sie festlegte, wie es ihn hinsichtlich der Betätigung von Angehörigen der Scientology-Sekte gab, die Gegenstand der Rechtssache *Van Duyn* waren. Die in dem fraglichen Satz wiedergegebenen Erwägungen des Gerichtshofes sind daher im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs stützte auf diesen Satz ihrerseits ein Argument, das, wenn ich es richtig verstanden habe, dahin geht, daß sich ein Mitgliedstaat nicht nur bei Gefahr einer rechtswidrigen Betätigung zur Rechtfertigung einer Maßnahme nach Artikel 36 auf Gründe der „öffentlichen Sittlichkeit" berufen könne, weshalb er ein Verbot der vorliegenden Art auch aus anderen Gründen als zur Verhütung oder zur Verringerung der Wahrscheinlichkeit von Verletzungen seines innerstaatlichen Rechts aufrechterhalten könne. Als allgemeine Aussage trifft das zweifellos zu. Die Regierung des Vereinigten Königreichs nannte aber keinen solchen anderen Grund für Section 42 des Customs Consolidation Act 1876; sie wies nur allgemein darauf hin, daß die Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs anstößigen oder unzüchtigen Gegenständen und Betätigungen seit langer Zeit insgesamt ablehnend gegenüberstünden. Möglicherweise hat das House of Lords unter seine Fragen den Absatz ii der dritten Frage, in dem auf „nationale Maßstäbe und Eigenheiten" Bezug genommen wird, aufgenommen, weil ihm ein solches Argument unterbreitet wurde. Dieser Begriff ist mir jedoch zu vage, als daß man sich im vorliegenden Zusammenhang auf ihn berufen könnte; auch ist er, wie die Regierung des Vereinigten Königreichs selbst anerkannte, unerheblich für die Frage, ob, und gegebenenfalls inwieweit Section 42 des Customs Consolidation Act 1876 eine willkürliche Diskriminierung enthält.

Ich wende mich nun der siebten und letzten Frage zu, die dem Gerichtshof vom House of Lords vorgelegt wurde. Sie lautet:

„Unabhängig von den obigen Fragen: Kann ein Mitgliedstaat die Einfuhr solcher Waren aus einem anderen Mitgliedstaat angesichts des Artikels 34 des Vertrages rechtmäßig aufgrund seiner Verpflichtungen aus dem Genfer Abkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen aus dem Jahre 1923 und aus den Verträgen des Weltpostvereins (erneuert in Lausanne im Jahre 1974, in Kraft getreten am 1. Januar 1976) verbieten?"

Im Hinblick auf die Verträge des Weltpostvereins legte die Kommission dar, daß Artikel 234 EWG-Vertrag auf sie seit ihrer Erneuerung in Lausanne im Jahre 1974 nicht anwendbar seien. Artikel 234 sei im Fall der ursprünglichen Mitgliedstaaten nur auf vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages geschlossene internationale Übereinkommen, im Fall neuer Mitgliedstaaten nur auf Übereinkommen anwendbar, die vor dem Beitritt, das heißt vor dem 1. Januar 1973 (vgl. Artikel 5 der Beitrittsakte) geschlossen worden seien. Außerdem könnten die Mitgliedstaaten ihre Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht dadurch verändern, daß sie späteren internationalen Übereinkommen beiträten; das kann nur nach Artikel 236 des Vertrages geschehen. Die Regierung des Vereinigten Königreichs

wies darauf hin, daß die wesentlichen Teile des hier erheblichen Artikels der Verträge von Lausanne (Artikel 33) mit den durch sie ersetzten Bestimmungen der Verträge von Tokio aus dem Jahre 1969 (Artikel 29) identisch seien. Das entkräftet meines Erachtens das Vorbringen der Kommision nicht. Sie fügte jedoch hinzu, die Frage sei rein hypothetisch, da bei den fraglichen Einfuhren die Dienste der Post nicht in Anspruch genommen worden seien.

Anders und nicht so einfach ist die Stellungnahme zum Genfer Abkommen aus dem Jahre 1923. Sie hängt von der Auslegung dieses Abkommens ab, dem — beiläufig — ursprünglich alle Mitgliedstaaten angehört hatten, das aber (wie die Kommission ausführte) von Dänemark mit Wirkung zum 16. August 1968 und von der Bundesrepublik Deutschland mit Wirkung zum 25. Januar 1975 gekündigt wurde.

Zwei Auslegungen dieses Abkommens wurden vor uns erörtert.

Nach der einen Auslegung schafft das Abkommen jedenfalls hinsichtlich der Ein- und Ausfuhren lediglich eine Reihe zweiseitiger Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien. Trifft diese Auslegung zu, so geht der Vertrag im Verhältnis der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft untereinander dem Abkommen vor, so daß das Abkommen auf Ein- und Ausfuhren zwischen den Mitgliedstaaten nicht mehr abwendbar ist — vgl. Rechtssache 10/61 *(Kommission/Italien,* Slg. 1962, 1). Dann aber ist ein Mitgliedstaat nicht berechtigt, unter Berufung auf seine Verpflichtungen nach dem Abkommen Verbote für Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten zu verhängen.

Nach der anderen Auslegung schafft das Abkommen mehrseitige Verpflichtungen zwischen allen ihm angehörenden Parteien, so daß die Staaten, die dem Abkommen, aber nicht der Gemeinschaft angehören, einen Anspruch auf Beachtung der Bestimmungen des Abkommens auch im Hinblick auf die Ein- und Ausfuhren zwischen Mitgliedstaaten haben, und zwar deshalb, weil, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausführte, ein florierender Handel mit unzüchtigen Gegenständen im Inneren der Gemeinschaft die Bemühungen der anderen Staaten, den Verkehr damit zu unterbinden, schädigen könnte. Trifft diese Auslegung des Abkommens zu, so ist ein Mitgliedstaat (unabhängig von den Artikeln 30 und 36) berechtigt, Verbote oder Beschränkungen der Einfuhr aus anderen Mitgliedstaaten insoweit zu verhängen, als es zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Abkommen erforderlich ist. Dieses Recht unterliegt jedoch der Verpflichtung des Mitgliedstaats nach Artikel 234 des Vertrages.

Die Zuständigkeit des Gerichtshofes nach Artikel 177 ist auf die Auslegung des Vertrages und der Handlungen der Organe der Gemeinschaft beschränkt. Sie erstreckt sich nicht auf die Auslegung eines Abkommens, das vor dem Bestehen der Gemeinschaft geschlossen wurde. Ist ein solches Abkommen für eine dem Gerichtshof nach Artikel 177 vorgelegte Frage erheblich und beruft sich niemand darauf, daß das Abkommen in verschiedener Weise ausgelegt werden könne, so kann der Gerichtshof bei der Beantwortung der Frage natürlich davon ausgehen, daß das Abkommen den Inhalt habe, der aus seinem Text offensichtlich hervorgeht. In einem Fall wie dem vorliegenden aber ist der Gerichtshof nach seiner Meinung gehalten, alternativ zu antworten und es dem befaßten innerstaatlichen Gericht zu überlassen, auf diese Antworten hin nach bestem Vermögen zu verfahren.

Im Ergebnis bin ich der Auffassung, daß Sie, meine Herren Richter, in Beantwortung der dem Gerichtshof vom House of Lords vorgelegten Fragen wie folgt entscheiden sollten:

1. Eine Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats, die die Einfuhr pornographischer Artikel aus einem anderen Mitgliedstaat in diesen Staat verbietet, ist eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.

2. Artikel 36 des Vertrages räumt einem Mitgliedstaat kein freies Ermessen beim Erlaß von Einfuhrverboten für Waren aus einem anderen Mitgliedstaat ein, die im Sinne der Rechtsvorschriften des erstgenannten Mitgliedstaats anstößigen oder unzüchtigen Charakter haben. Er räumt einem Mitgliedstaat ein Ermessen zum Erlaß solcher Einfuhrverbote aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit ein, wenn diese Verbote aus solchen Gründen gerechtfertigt sind.

3. Ein Verbot kann nicht im Sinne von Artikel 36 gerechtfertigt sein, wenn es ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellt.

4. Ob ein Verbot aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit gerechtfertigt ist oder ob es ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung darstellt, ist in jedem Fall danach zu entscheiden, ob das Verbot bei Berücksichtigung aller Umstände vernünftig ist. Das ist nicht der Fall, wenn seine Wirkung außer Verhältnis zu irgendeinem verfolgten legitimen Zweck steht.

5. Es ist ein legitimer Zweck, Verletzungen der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu unterbinden, zu verhüten oder zu vermindern.

6. Ist der betreffende Mitgliedstaat so verfaßt, daß zwischen den in seinen verschiedenen Teilen geltenden Rechtsvorschriften Unterschiede bestehen, so ist dies bei dieser Prüfung zu berücksichtigen.

7. Ein Mitgliedstaat ist nicht befugt, Einfuhrverbote für Waren aus einem anderen Mitgliedstaat unter Berufung auf Verpflichtungen aus den Verträgen des Weltpostvereins (erneuert in Lausanne im Jahre 1974) zu verhängen.

8. Ob ein Mitgliedstaat unter Berufung auf seine Verpflichtungen aus dem Genfer Abkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröf-

fentlichungen aus dem Jahre 1923 Verbote der Einfuhren aus einem anderen Mitgliedstaat erlassen kann, hängt davon ab, wie dieses Abkommen auszulegen ist. Schafft dieses Abkommen bei richtiger Auslegung für die ihm angehörenden Parteien hinsichtlich der Ein- und Ausfuhren eine Reihe zweiseitiger Verpflichtungen, so geht der Vertrag im Hinblick auf Ein- und Ausfuhren zwischen Mitgliedstaaten dem Abkommen vor. Schafft dagegen das Abkommen zwischen allen ihm angehörenden Parteien mehrseitige Verpflichtungen, so ist ein Mitgliedstaat ungeachtet des Vertrages berechtigt, Verbote der Einfuhr aus anderen Mitgliedstaaten insoweit zu verhängen, als dies zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Abkommen erforderlich ist. Dieses Recht unterliegt jedoch der Verpflichtung des Mitgliedstaats nach Artikel 234 des Vertrages.