

Abschlussklausur Europarecht: „Germany first“

Von Prof. Dr. Meinhard Schröder, Wiss. Mitarbeiter Dr. Florian Berger, Passau*

Sachverhalt

Begünstigt durch die paneuropäische Fußball-Europameisterschaft im Juni/Juli 2021 breitet sich die neue D-Virusvariante des hochansteckenden sog. „Corona-Virus“, das die Welt seit Anfang 2020 in Atem hält, erneut massiv über dem europäischen Kontinent aus. Zwar ist bei den meisten Krankheitsverläufen kein Krankenhausaufenthalt nötig, jedoch bleiben zum einen vereinzelt teilweise schwere Langzeitschäden, zum anderen führt die Krankheit in seltenen Fällen trotz intensivmedizinischer Behandlung zum Tod. Weltweit starben bisher von ca. 200 Millionen Betroffenen über vier Millionen Menschen an dem Virus. Die Bundesrepublik Deutschland (BRD) tut alles, um ihre Bürger zu schützen und ihr nationales Gesundheitssystem vor einem Kollaps zu bewahren: Es werden innerhalb kurzer Zeit abermals viele zusätzliche Intensivbetten geschaffen, nächtliche Ausgangsbeschränkungen erlassen, Kontakte beschränkt und nicht systemrelevante Betriebe und Einrichtungen sowie Landesgrenzen geschlossen. Im Spätsommer 2021 ist die pandemische Lage in der BRD glücklicherweise weniger schlimm als in anderen Staaten. Zudem schafft es ein deutsches Pharmaunternehmen, die Miraculix-AG (M-AG), als derzeit einziges Unternehmen weltweit, einen hochwirksamen Impfstoff gegen die neue D-Variante zu entwickeln. Die deutsche Bundesregierung ist der Meinung, dass zunächst die Impfung und somit die Gesundheit des deutschen Volkes als höchstes innerstaatliches Interesse sicherzustellen sei und befürchtet, die M-AG könnte zu viele Impfdosen an andere EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten exportieren. Deswegen erlässt der zuständige Bundesminister eine nach innerstaatlichem Recht nicht zu beanstandende Rechtsverordnung, die es einem in der BRD ansässigen Unternehmen verbietet, einen gegen die D-Variante wirksamen Impfstoff zu exportieren, bevor das jeweilige Unternehmen den Impfstoff der BRD zu einem marktüblichen Preis zum Kauf angeboten hat.

Während die deutsche Regierung angesichts derzeit knapper Produktionskapazitäten der M-AG das Vorkaufsrecht zur Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems und zur Vermeidung einer Unterversorgung für unabdingbar hält, sind die EU-Mitgliedstaaten Polen und Ungarn über das unsolidarische Handeln der deutschen Regierung bestürzt. Auch in der Europäischen Kommission, an die sich die beiden Staaten wenden, vertritt man die Auffassung, dass die BRD weder die Marktfreiheiten noch die grundlegenden Werte der Union achte. Dies zeige sich insbesondere an der Tatsache, dass die M-AG aktuell weltweit der einzige Produzent eines gegen die D-Variante wirksamen Impfstoffs sei. Außerdem sei die Lage in Deutschland zumindest nach derzeitigem Stand deutlich stabiler als in anderen Mitgliedstaaten und eine vollständige Belegung der Intensivbetten sei bei weitem nicht erreicht.

* Prof. Dr. Meinhard Schröder ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Informationstechnologierecht an der Universität Passau. Dr. Florian Berger ist Wiss. Mitarbeiter ebendort.

Deswegen sei es nicht notwendig, dass ein Pharmakonzern seinen gesamten Impfstoff der BRD vor einer Ausfuhr zum Kauf anbiete, eine Quote entsprechend dem Bevölkerungsanteil der BRD an der Gesamtbevölkerung der EU reiche völlig aus. Eine Rechtfertigung des Vorgehens der BRD scheidet ferner aus, weil eine Beschränkung des freien Markts aufgrund zukünftiger möglicher Engpässe nicht im Unionsrecht vorgesehen sei.

Die BRD hält an ihrer Sichtweise fest und beruft sich, als ihr die Kommission Gelegenheit zur Äußerung gibt, noch darauf, dass die M-AG nicht gehindert sei, andernorts in der EU Produktionskapazitäten für Impfstoffe aufzubauen, da das Vorkaufsrecht nur die in Deutschland produzierten Mengen betreffe. Nachdem die Kommission das Verhalten der BRD in einer abschließenden Stellungnahme weiterhin für vertragswidrig hält und die BRD trotz entsprechender Aufforderung die Rechtsverordnung nicht aufhebt, erheben die Europäische Kommission, die Republik Polen und die Republik Ungarn schriftlich Klagen zum EuGH.

Aufgabenstellung

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, die Erfolgsaussichten der Klagen der Europäischen Kommission, der Republik Polen und der Republik Ungarn. Das Fehlen von Sekundärrecht ist zu unterstellen. Auf Art. 2, 3 Abs. 3 EUV und Art. 67, 222 AEUV wird hingewiesen. Auf Eilrechtsschutz ist nicht einzugehen.

Lösungsvorschlag

Die Klagen der Europäischen Kommission, der Republik Polen und der Republik Ungarn haben Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet sind.

A. Zulässigkeit

Die Klagen müssten zulässig sein. Die Kläger vertreten die Auffassung, die BRD verstoße mit der von ihr erlassenen Rechtsverordnung, die ein Vorkaufsrecht für gegen die D-Variante wirksamen Impfstoff vorsieht, gegen Marktfreiheiten. Gegen dieses Handeln der BRD kann nur mit dem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV gerichtlich vorgegangen werden. Insbesondere kommt keine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV in Betracht, mit der nur die Rechtmäßigkeit des Handelns von Stellen der Union überprüft werden kann.

I. Zuständigkeit des EuGH

Der EuGH müsste sachlich zuständig sein. Nach Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV ist der Gerichtshof der Europäischen Union zuständig. Dieser umfasst gem. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV den EuGH, das EuG und die in Art. 257 AEUV genannten Fachgerichte. Der EuGH ist zuständig, wenn das EuG nicht zuständig ist. Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 f. AEUV wird in Art. 256 Abs. 1 AEUV nicht genannt, so dass eine Zuständigkeit des EuG ausscheidet.

Der EuGH ist damit gem. Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV sachlich zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Die Kläger und die Beklagte müssten beteiligtenfähig sein.

1. Europäische Kommission

Die Europäische Kommission ist gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV als Klägerin beteiligtenfähig.

2. Republik Polen und Republik Ungarn

Die Republik Polen und die Republik Ungarn sind als klagende Mitgliedstaaten gem. Art. 259 Abs. 1 AEUV beteiligtenfähig. Die Klagen der Republik Polen und der Republik Ungarn sind gegenüber der Klage der Europäischen Kommission nicht subsidiär, sondern stehen gleichrangig neben dieser.¹

3. Bundesrepublik Deutschland (BRD)

Die BRD ist als beklagter Mitgliedstaat nach Art. 258 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 259 Abs. 1 AEUV beteiligtenfähig.

III. Klagegegenstand

Ein tauglicher Klagegegenstand müsste gegeben sein. Gem. Art. 258 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 259 Abs. 1 AEUV knüpft das Vertragsverletzungsverfahren an den Vorwurf an, dass ein Mitgliedstaat „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen“ hat. Darunter fällt jede Verletzung von europäischem Primär- oder Sekundärrecht.² Im Streitfall wird eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. AEUV, konkret Art. 35 AEUV, mithin von primärem Unionsrecht, durch die BRD gerügt. Auch die „grundlegenden Werte der Union“, deren Verletzung gerügt wird, sind Teil des Primärrechts (vgl. die in der Aufgabenstellung angegebenen Art. 2, 3 Abs. 3 EUV und Art. 67, 222 AEUV). Ein statthafter Klagegegenstand liegt vor.

IV. Klagebefugnis bzw. -berechtigung

Das Vertragsverletzungsverfahren dient der objektiven Durchsetzung des Unionsrechts. Eine Klagebefugnis im engeren Sinne ist daher nicht erforderlich; es genügt die Überzeugung des Klägers/der Kläger, dass ein Unionsrechtsverstoß vorliegt.³ Hier sind die Kommission, die Republik Polen und die Republik Ungarn überzeugt, dass das durch die Rechtsverordnung normierte Vorkaufsrecht der BRD für den von der M-AG hergestellten Impfstoff, das greift, bevor dieser exportiert werden darf, eine Verletzung von Art. 35 AEUV sowie der grundlegenden Werte der Union darstellt. Die Klagebefugnis (im weiten Sinne) liegt vor.

¹ Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 259 Rn. 4.

² Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 12. Aufl. 2020, Rn. 516.

³ EuGH, Urt. v. 5.10.1989 – C-290/87 (Kommission/Niederlande), Rn. 11.

V. Vorverfahren

Nach Art. 258 f. AEUV ist vor der Klageerhebung ein Vorverfahren durchzuführen, das eine Anhörung des betroffenen Mitgliedstaats (sowie i.F.d. Art. 259 AEUV der anderen Kläger) beinhaltet und mit einer Stellungnahme der Kommission endet. Dieses Verfahren wurde vorliegend durchgeführt und blieb ergebnislos, da die BRD die vorgeworfene Vertragsverletzung nicht beseitigt hat.

VI. Rechtsschutzinteresse

Das Vertragsverletzungsverfahren dient der Kontrolle der Einhaltung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten. Ein Rechtsschutzinteresse ist grundsätzlich indiziert, soweit nicht das gerügte Verhalten vorher seitens der BRD ausgeräumt wurde. Die BRD hält ihr Vorkaufsrecht vor einem möglichen Export trotz der Reaktionen der Kläger weiterhin für notwendig, so dass ein Rechtsschutzinteresse besteht.

VII. Form und (keine) Frist

Die Klagen müssten gem. Art. 21 Abs. 1 S. 2 EuGH-Satzung, Art. 37 f. VerfoEuGH schriftlich erhoben worden sein. Dies ist laut Sachverhalt der Fall. Eine Klagefrist besteht abgesehen von der Frist im Rahmen des Vorverfahrens für das Verfahren nicht.

VIII. Zwischenergebnis

Die Klagen sind zulässig.

B. Klagehäufung

Auf der Klägerseite stehen die Kommission und die Mitgliedstaaten Republik Polen und Republik Ungarn, die gegen die von der BRD erlassene Rechtsverordnung klagen. Die Klagen haben mithin denselben Gegenstand und stehen im Zusammenhang. Sie können deswegen (wie bei einer subjektiven und objektiven Klagehäufung) gem. Art. 54 Abs. 1 VerfoEuGH verbunden werden.⁴

C. Begründetheit der Klagen

Die Klagen nach Art. 258 Abs. 2, 259 Abs. 1 AEUV sind begründet, soweit das Vorkaufsrecht für den Impfstoff gegen die D-Variante gegen die Verträge, mithin gegen primäres oder sekundäres Unionsrecht, verstößt (vgl. Art. 260 Abs. 1 AEUV). Während ein Verstoß gegen sekundäres Unionsrecht laut Aufgabenstellung ausscheidet, kommt ein Verstoß gegen primäres Unionsrecht in Betracht, wenn Art. 35 AEUV oder die Art. 2 S. 2, 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV, Art. 67, 222 Abs. 1 S. 1 AEUV, die das Solidaritätsprinzip normieren, verletzt sind.

I. Verstoß gegen Art. 35 AEUV

Ein Verstoß gegen Art. 35 AEUV liegt vor, wenn der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet ist und ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit vorliegt.

⁴ So etwa in EuGH, Urt. v. 2.4.2020 – C-715/17 u.a. (Kommission/Republik Polen u.a.), Rn. 45.

1. Anwendungsbereich der Grundfreiheiten

Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten müsste eröffnet sein, damit eine Verletzung der Grundfreiheiten in Betracht kommt. Dafür sind ein grenzüberschreitender Sachverhalt und das Fehlen von speziellerem Sekundärrecht erforderlich.⁵ Im Streitfall möchte die BRD die Ausfuhr von Impfstoff in andere Mitgliedstaaten erst zulassen, nachdem der Impfstoff der BRD zum Kauf angeboten wurde. Ein grenzüberschreitender Sachverhalt liegt vor. Spezielleres Sekundärrecht existiert laut Aufgabenstellung nicht. Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ist mithin eröffnet.

2. Schutzbereich des Art. 35 AEUV

Der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Dies setzt aufgrund der systematischen Stellung des Art. 35 AEUV zunächst voraus, dass das Vorkaufsrecht Waren gem. Art. 28 Abs. 2 AEUV betrifft. Waren sind körperliche Gegenstände, die einen Geldwert haben und über die Grenze gebracht werden können.⁶ Zudem müssen diese Waren aus einem Mitgliedstaat stammen oder sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden, sog. Unionsware. Bei dem Impfstoff der M-AG, der in der BRD hergestellt wurde, handelt es sich um eine Ware in diesem Sinne. Der sachliche Schutzbereich ist mithin eröffnet.

3. Eingriff

Das Exportverbot des Impfstoffs, bevor dieser der BRD zu einem marktüblichen Preis angeboten wurde, müsste einen Eingriff in Art. 35 AEUV darstellen.

a) Mengenmäßige Beschränkung

Nach Art. 35 Var. 1 AEUV liegt ein Eingriff in jeder mengenmäßigen Ausfuhrbeschränkung. Darunter fällt jede mitgliedstaatliche Maßnahme, die die Ausfuhr von Waren ganz oder teilweise untersagt.⁷ Vorliegend hat die BRD die Ausfuhr von Impfstoff unabhängig von der Menge indes nicht untersagt, sondern nur angeordnet, dass der BRD der Impfstoff vor der Ausfuhr zum Kauf angeboten werden müsse. Es ist also weder ein Verbringungsverbot, das die Ausfuhr des Impfstoffs dauerhaft oder vorübergehend verhindert, noch eine Kontingentierung, die die Menge der Ausfuhr beschränkt, einschlägig. Eine mengenmäßige Beschränkung liegt daher nicht vor.

Hinweis: A.A. bei entsprechender Begründung vertretbar, insbesondere mit dem Argument, dass kein Impfstoff ausgeführt werden darf (= Menge Null), bevor dieser der BRD zum Kauf angeboten wurde.

⁵ Becker, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 34 Rn. 19; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1), AEUV Art. 36 Rn. 18; Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 863; die selbständige Prüfung des grenzüberschreitenden Sachverhalts für meist entbehrlich hält Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1) AEUV Art. 36 Rn. 16.

⁶ EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – C-7/68 (Kommission/Italien), Rn. 1.

⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 914.

b) Maßnahme gleicher Wirkung

Allerdings könnte eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung gem. Art. 35 Var. 2 AEUV vorliegen. Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung wird bei Art. 34 AEUV sehr weit verstanden (sog. Dassonville-Formel: „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“⁸). Der dem zugrundeliegende Gedanke, dass der Marktzugang für ausländische Waren durch ganz unterschiedliche mitgliedstaatliche Maßnahmen beeinträchtigt werden kann, passt aber auf Beschränkungen der Ausfuhrfreiheit, die primär inländische Produkte betreffen, nicht: Würde man die Dassonville-Formel auf Ausfuhren anwenden, stellte jegliche innerstaatliche Regelung eine Ausfuhrbeschränkung dar, soweit im Zielstaat eine weniger einschneidende Regelung bzgl. des Vertriebs oder der Herstellung gälte. Der Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“ ist daher nach Auffassung des EuGH bei Art. 35 AEUV enger auszulegen als bei Art. 34 AEUV. Ursprünglich wurden nur solche Regelungen als verboten angesehen, „die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel eines Mitgliedstaates und für seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt“ (sog. Groenveld-Formel)⁹. In jüngerer Zeit verlangt der Gerichtshof nicht mehr, dass ein besonderer Vorteil im Binnenmarkt erlangt wird, sondern lässt es ausreichen, dass eine Regelung die Ausfuhr von Waren „stärker betrifft als den Absatz der Waren auf dem inländischen Markt“.¹⁰

Ein Vorkaufsrecht vor dem Export, das auch erwartungsgemäß ausgeübt werden wird, betrifft definitionsgemäß nur für den Export vorgesehene Waren und verfolgt hier auch den Zweck, dem inländischen Markt einen Vorteil gegenüber ausländischen Märkten zu verschaffen. Es stellt daher eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 35 Var. 2 AEUV dar. Daher ist ein Eingriff in den Schutzbereich gegeben.

Hinweis: Eine genaue Darstellung der Rechtsprechung kann von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Es sollte aber diskutiert werden, ob die Übertragung der Dassonville-Formel passt und entsprechend subsumiert werden.

4. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff in den Schutzbereich gerechtfertigt ist. Hierfür stehen jedenfalls die in Art. 36 S. 1 AEUV normierten Rechtfertigungsgründe zur Verfügung, (a) und (b), möglicherweise auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung¹¹ (c). In jedem Fall müsste der Eingriff verhältnismäßig sein (d).

⁸ EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – C-8/74 (Dassonville), Rn. 5.

⁹ EuGH, Urt. v. 8.11.1979 – C-15/79 (Groenveld), Rn. 7.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-205/07 (Gysbrechts), Rn. 40.

¹¹ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 (Cassis de Dijon).

a) Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen

Die innerstaatliche Regelung der BRD könnte den Zweck verfolgen, die Gesundheit und das Leben der Menschen in der BRD zu schützen, und damit gem. Art. 36 S. 1 AEUV gerechtfertigt sein. Ob eine Gesundheitsgefahr vorliegt, hängt von der Einschätzung des jeweiligen Mitgliedstaates ab, die von diesem objektiv unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse zu treffen ist.¹² Das Corona-Virus hält die Welt seit Anfang 2020 im Schockzustand. Dadurch, dass das Virus hochansteckend ist und somit viele Menschen erreicht, starben bereits über vier Millionen Menschen an dem Virus bzw. trugen schwere Folgeschäden davon, auch wenn der Krankheitsverlauf in den meisten der weltweit ca. 200 Millionen Fälle ohne Krankenhausaufenthalt verlief. Die Maßnahme hat den Sinn und Zweck, dass die BRD Zugriff auf den gesamten von der M-AG hergestellten Impfstoff hat. Der Impfstoff ist weltweit der einzige mit hocheffizienter Wirkung gegen die neue D-Variante. Dadurch verhindert das Vorkaufsrecht viele schwere Krankheitsverläufe und Todesfälle in der BRD und dient daher dem Schutz der Gesundheit gem. Art. 36 S. 1 AEUV. Ein geschriebener Rechtfertigungsgrund liegt vor.

b) Öffentliche Ordnung und Sicherheit

Der Eingriff könnte auch durch den in Art. 36 S. 1 AEUV geschriebenen Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt sein. Unter die öffentliche Ordnung fallen alle Interessen des Staates von fundamentaler Bedeutung. Die öffentliche Sicherheit umfasst sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedstaates.¹³ Die deutsche Bundesregierung hat die Maßnahme neben dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung auch deshalb angeordnet, um eine völlige Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Dies zeigt sich auch daran, dass viele zusätzliche Intensivplätze geschaffen wurden. Durch die innerstaatliche Regelung behält die BRD den uneingeschränkten Zugriff auf den gesamten Impfstoff und schützt dadurch nicht nur ihre Bürger vor Gesundheitsschäden, sondern entlastet auch die Krankenhäuser vor einer möglichen Überfüllung, da durch das Vorkaufsrecht möglichst viel Impfstoff sehr zeitnah in der BRD verwendet werden kann. Dabei handelt es sich zum einen um ein fundamentales Interesse der BRD. Zum anderen dient die Aufrechterhaltung des öffentlichen Gesundheitssystems der öffentlichen Sicherheit. Deshalb liegt auch der geschriebene Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vor.

Hinweis für die Korrektoren: Die Lösung prüft die Verhältnismäßigkeit aus Gründen der Einfachheit einmal unten unter Punkt 5. Ebenso gut vertretbar wäre es, bereits hier nach den geschriebenen Rechtfertigungsgründen die Verhältnismäßigkeit zu prüfen und dies nach den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen zu wiederholen, wobei dann entsprechend nach oben verwiesen werden könnte.

¹² EuGH, Urt. v. 12.3.1987 – C-178/84 (Kommission/Deutschland), Rn. 44.

¹³ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 933.

c) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Daneben könnten ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-de-Dijon-Formel gegeben sein. Nach dieser Rechtsprechung sind Eingriffe gerechtfertigt, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erfolgen.¹⁴ Zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls sind beispielsweise der Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Kohärenz des Steuersystems, der Jugend- und Verbraucherschutz sowie die Lauterkeit des Handelsverkehrs.¹⁵ Die Verpflichtung der M-AG, der BRD den hergestellten Impfstoff vor einer Ausfuhr zum Kauf anzubieten, dient dem Schutz der öffentlichen Gesundheit in der BRD.

Fraglich ist aber, ob die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf Art. 35 AEUV überhaupt angewendet werden können, da sie primär einen „Ausgleich“ für die weite Eingriffsdefinition im Rahmen der Dassonville-Formel darstellen, die bei Art. 35 AEUV nicht gilt (siehe oben).¹⁶ Man könnte insofern davon ausgehen, dass die von den Grundfreiheiten ausdrücklich verbotenen Diskriminierungen auch nur durch ausdrückliche (geschriebene) Gründe gerechtfertigt werden können. Allerdings hat der EuGH insbesondere beim Umweltschutz eine Rechtfertigung diskriminierender Eingriffe auch durch ungeschriebene Gründe für zulässig erachtet.¹⁷ Nach dieser Logik können die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auch bei Art. 35 AEUV zur Anwendung kommen. Letztlich kommt es darauf aber nicht an, da ohnehin (identische) geschriebene Rechtfertigungsgründe vorliegen.¹⁸

d) Verhältnismäßigkeit

Eingriffe in die Grundfreiheiten sind indes nur gerechtfertigt, wenn sie auch verhältnismäßig sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgt, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Hinweis: Die Angemessenheit kann auch, wie es der EuGH oft, aber nicht immer macht, innerhalb der Erforderlichkeit geprüft werden.¹⁹

aa) Legitimer Zweck

Die Verpflichtung, Impfstoff vor einer Ausfuhr der BRD zum

¹⁴ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 (Cassis de Dijon); Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 941.

¹⁵ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 943.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 8.11.1979 – C-15/79 (Groenveld), Rn. 7; EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-205/07 (Gysbrechts), Rn. 40.

¹⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 2), Rn. 942.

¹⁸ Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 36 Rn. 16.

¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-110/05 (Kommission/Italien), Rn. 59; EuGH, Urt. v. 18.10.2012 – C-385/10 (Elenca), Rn. 26; die Güterabwägung findet im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung statt, so dass dort zum Beispiel Besonderheiten des Falles berücksichtigt werden, vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 26.6.1997 – C-368/95, Rn. 20; Schroeder (Fn. 18), AEUV Art. 36 Rn. 56; Kingreen (Fn. 5), AEUV Art. 36 Rn. 98.

Kauf anzubieten, dient sowohl dem Schutz der Gesundheit und des Lebens der Menschen als auch der Aufrechterhaltung des öffentlichen Gesundheitswesens und somit der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der BRD, mithin einem legitimen Zweck.

bb) Geeignetheit

Geeignet ist jede Maßnahme, die die Erreichung eines legitimen Zwecks fördert.²⁰ Die Maßnahme sichert den maximal möglichen Erwerb von gegen die D-Variante wirksamem Impfstoff, ist mithin für den Gesundheitsschutz sowie den Schutz des öffentlichen Gesundheitssystems geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein gleich wirksames, milderes Mittel zur Erreichung des legitimen Zwecks zur Verfügung steht.²¹ Als milderes Mittel kommt in Betracht, dass Pharmakonzerne nur einen gewissen Prozentsatz an hergestelltem Impfstoff vor der Ausfuhr der BRD zum Kauf anbieten müssen, nicht dagegen ausnahmslos alle Kapazitäten. Fraglich ist aber, ob ein Vorkaufsrecht an einem Teil der hergestellten Kapazitäten gleich wirksam ist. Hierfür könnte sprechen, dass die BRD aktuell weniger stark von steigenden Infektionszahlen als andere Mitgliedstaaten betroffen ist. Indes ist zu beachten, dass das Corona-Virus die Welt seit mehr als einem Jahr in Schockstarre hält, die Ausbreitung einer neuen Infektionswelle kaum zuverlässig von der Wissenschaft vorhergesagt werden kann und allgemein zu wenig über das Virus bekannt ist. Aufgrund dessen kann sich die Lage in der BRD jederzeit zuspitzen. Daher entspricht es der Einschätzungsprärogative des Mitgliedstaats, sich ein umfassendes Vorkaufsrecht zu verschaffen. Deshalb ist ein nur teilweises Vorkaufsrecht nicht gleich wirksam.

dd) Angemessenheit

Die Maßnahme müsste schließlich angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Eine Maßnahme ist dann angemessen, wenn die mit ihr erreichten Vorteile für das nationale Ziel die Beeinträchtigung der Grundfreiheit überwiegen, was in einer umfassenden Güterabwägung zu ermitteln ist.²² Im Streitfall stehen die nationalen Interessen der BRD hinsichtlich des Gesundheitsschutzes ihrer Bürger und des Schutzes ihres öffentlichen Gesundheitssystems der europarechtlich garantierten Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. AEUV und dem Prinzip der europäischen Solidarität gegenüber. Aus Sicht der BRD stellen der Schutz der Gesundheit und des Lebens ihrer Staatsbürger sowie die Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems ein überragend wichtiges Interesse dar. Auf der anderen Seite stellt das faktische Exportverbot einen schweren Eingriff dar, zumal andere Mitgliedstaaten dringend auf den Impfstoff angewiesen sind, um den Tod und schwere Gesundheitsschäden vieler Menschen zu

verhindern.

Art. 2 S. 2 EUV normiert ausdrücklich, dass sich die Gemeinschaft der Europäischen Union durch Solidarität unter den Mitgliedstaaten auszeichnet. Gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV fördert die Europäische Union die Solidarität unter den Mitgliedstaaten. Auch Art. 67 AEUV normiert den Grundsatz der Solidarität der Mitgliedstaaten, auf dem sich die gemeinsame Politik gründet. Zudem handeln die Mitgliedstaaten gem. Art. 222 Abs.1 S. 1 AEUV auch im Falle einer Naturkatastrophe in einem Mitgliedstaat im Geiste der Solidarität. Eine Pandemie ist mit einer Naturkatastrophe stark vergleichbar.

Vorbehaltlich vorstehender Erwägungen könnte eine Abwägung zulasten der Interessen der BRD angezeigt sein. Indessen handelt es sich beim Gesundheits- und Lebensschutz deutscher Staatsbürger um das höchste Schutzgut aus Sicht der BRD. Die Pandemiesituation ist nach dem Ausbruch Anfang 2020 und der Wintersaison 2020/2021 bereits mehrmals außer Kontrolle geraten und droht nun aufgrund der neuerlichen Ausbreitung der D-Variante erneut zu eskalieren. Auch wenn die BRD bisher im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten glimpflich davongekommen ist, könnte sich dies womöglich jederzeit ändern. Aufgrund dessen, dass die Pandemie für die Wissenschaft nahezu unberechenbar ist, ist es der BRD unzumutbar, kein faktisches Ausfuhrverbot zu verhängen und stattdessen eine Steigerung der Infektionszahlen, womöglich bis hin zu einer Triage-Behandlung, abzuwarten. Zudem sind der Gesundheits- und Lebensschutz sowie die öffentliche Ordnung und Sicherheit geschriebene Rechtfertigungsgründe gem. Art. 36 S. 1 AEUV und genießen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ein besonderes Gewicht.

Überdies spricht für die Angemessenheit des Eingriffs, dass das Vorkaufsrecht nur die in der BRD produzierten Mengen betrifft. Deshalb ist die M-AG nicht gehindert, andernorts in der EU Produktionskapazitäten für Impfstoffe aufzubauen.

Insgesamt erscheint es daher angemessen, dass die BRD im vorliegenden Extremfall die Gesundheit und das Leben deutscher Staatsbürger über das Wohl der restlichen EU-Mitgliedstaaten stellt. Das faktische Ausfuhrverbot ist mithin angemessen.

ee) Zwischenergebnis

Die Maßnahme der BRD ist verhältnismäßig.

e) Zwischenergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ist gerechtfertigt.

Hinweis: A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.

5. Zwischenergebnis

Art. 35 ist nicht verletzt.

II. Verstoß gegen das Solidaritätsprinzip

Im Raum steht weiterhin ein Verstoß gegen „die grundlegenden Werte der Union“. Diese Werte sind in Art. 2 S. 2 EUV

²⁰ Frenz, in: Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 592.

²¹ Frenz (Fn. 20), Kap. 4 Rn. 593.

²² Frenz (Fn. 20), Kap. 4 Rn. 597.

geregelt. Von den dort genannten Werten kommt hier nur ein Verstoß gegen das Solidaritätsprinzip in Betracht, das auch in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV sowie in Art. 67 und 222 Abs. 1 S. 1 AEUV erwähnt ist. Allerdings ist der konkrete Inhalt des Solidaritätsprinzips eher vage.²³ Unter der Berücksichtigung der im Rahmen der obigen Verhältnismäßigkeitsprüfung getroffenen Erwägungen ist ein Verstoß hier nicht anzunehmen.

III. Zwischenergebnis

Die Verträge sind nicht verletzt und die Klagen daher unbegründet.

D. Gesamtergebnis

Die Klagen sind zulässig, aber unbegründet. Daher haben sie keinen Erfolg.

²³ Vertiefend *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 1), AEUV Art. 222 Rn. 1 ff.