

EUROPARECHT IN FÄLLEN

Fall 2
(Sachverhalt)

In der gesamten Europäischen Union häufen sich spektakuläre Fälle von massenhaftem Alkoholmissbrauch auf privaten und öffentlichen Parties, in denen zügellos und mit manchmal sogar tödlichen Folgen hochprozentige Alkoholika wie Rum, Wodka, Whiskey und Calvados konsumiert werden. Die Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten reagieren darauf lediglich mit Mahnungen an die Bevölkerung, die wirkungslos verhallen. Daraufhin erlassen der Rat und das Europäische Parlament nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses im Mitentscheidungsverfahren eine "Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Alkoholprodukten" (sogenannte Alkoholwerberichtlinie). Diese Richtlinie sieht ein vollständiges Verbot jeglicher Form der Werbung und des Sponsoring für Produkte von mehr als 40 Volumenprozent Alkoholgehalt vor. Als rechtliche Grundlage gibt die Richtlinie Art. 95 EGV an. In der Begründung heißt es, in den Mitgliedstaaten gälten unterschiedliche Vorschriften für die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Alkoholprodukten, die im Interesse des Funktionierens des Binnenmarktes und insbesondere der Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr angeglichen werden müssten. Dabei seien auch die Belange des Gesundheitsschutzes zu berücksichtigen.

Im Mitgliedstaat A wird die Richtlinie ordnungsgemäß durch ein Gesetz umgesetzt, das sich auf diesen Zweck beschränkt und nicht über das hinausgeht, was die Richtlinie fordert. Das Gesetz sieht Grundrechtseingriffe vor, die isoliert betrachtet mit der nationalen Verfassung nicht vereinbar sind, vom Gesetzgeber aber in Kauf genommen werden, um der mitgliedstaatlichen Verpflichtung zur Richtlinienumsetzung zu genügen.

Kurze Zeit später muss ein staatliches Verwaltungsgericht über einen Fall entscheiden, in dem es maßgeblich auf die Anwendung dieses Gesetzes ankommt. Die Verwaltungsrichter möchten das Gesetz nicht anwenden sondern zunächst im Wege einer konkreten Normenkontrolle vom Verfassungsgericht überprüfen lassen. Sie sind der Ansicht, dass der Gesetzgeber dieses Gesetz nicht aus europarechtlichen Gründen hätte erlassen müssen, da die Richtlinie in mehrfacher Hinsicht gegen Primärrecht der Europäischen Union verstoße und daher ungültig sei. Sie meinen, die Europäische Union habe keine Kompetenz zum Erlass einer solchen Richtlinie und diese sei außerdem weder mit der Warenverkehrsfreiheit noch mit den Grundrechten im Unionsrecht vereinbar.

Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen und zu welchem Ergebnis wird dies führen?

Fallvariante: Die Richtlinie sieht kein vollständiges Werbe- und Sponsoringverbot vor, verbietet jedoch jede Werbung im Rundfunk sowie in Printmedien und "Diensten der Informationsgesellschaft", die sich an die Verbraucher wenden. Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen und zu welchem Ergebnis wird dies führen?

EUROPARECHT IN FÄLLEN

Fall 2

(Besprechung)

THEMA: Vorabentscheidungsverfahren; Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft; Rechtsangleichung im Binnenmarkt; Warenverkehrsfreiheit; Dienstleistungsfreiheit; Grundrechte im Unionsrecht; Verhältnismäßigkeitsprinzip

LÖSUNGSSKIZZE:

A. Zum Ausgangsfall

I. Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen?

- 1) Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und Vorlage des staatlichen Umsetzungsgesetzes an das Verfassungsgericht zur Überprüfung seiner Verfassungsmäßigkeit im Verfahren der konkreten Normenkontrolle

Das Verwaltungsgericht könnte das verwaltungsgerichtliche Verfahren aussetzen und das laut Sachverhalt inhaltlich nicht mit der Verfassung vereinbare Umsetzungsgesetz dem Verfassungsgericht zur Überprüfung im Verfahren der konkreten Normenkontrolle vorlegen. Hat ein Gericht in einem Staat, in welchem es die konkrete Normenkontrolle gibt, Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines streitentscheidenden Gesetzes, darf es dieses nicht anwenden sondern muss seine Verfassungsmäßigkeit zunächst vom Verfassungsgericht überprüfen lassen. Hier besteht allerdings die Besonderheit, dass das Gesetz ausschließlich dazu dient, die Alkoholwerberichtlinie der Europäischen Gemeinschaft umzusetzen, und nicht über das hinausgeht, was die Richtlinie erfordert. Die innerstaatlichen Stellen sind verpflichtet, alle erforderlichen Rechtsvorschriften zu erlassen, um die Richtlinien der Gemeinschaft ordnungsgemäß in das nationale Recht umzusetzen. Die Notwendigkeit der einheitlichen Geltung und Anwendung des Rechts der Europäischen Union in allen Mitgliedstaaten und der Vorrang des Unionsrechts gegenüber allem mitgliedstaatlichen Recht, auch dem nationalen Verfassungsrecht¹, können es dabei mit sich bringen, dass der staatliche Gesetzgeber zur Umsetzung von Richtlinien Gesetze erlassen *muss*, die er ohne die Verpflichtung aus dem Unionsrecht aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erlassen *dürfte*. Für die Gerichte bedeutet dies, dass sie Gesetze, welche sich erkennbar auf die unionsrechtlich vorgegebene Umsetzung einer Richtlinie beschränken, auch bei Zweifeln an ihrer Vereinbarkeit mit der nationalen Verfassung anwenden müssen. Daran ändert es nichts, wenn die Richter Zweifel daran haben, ob die Richtlinie überhaupt gültig ist, denn solange diese Frage nicht in dem dafür vorgesehenen Verfahren von der dafür zuständigen Stelle geklärt ist, befreien die Zweifel nicht von der Verpflichtung zu ihrer effektiven Umsetzung. Die Lösung einer Richtervorlage an das Verfassungsgericht scheidet daher vorerst aus.

- 2) Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und Vorlage der Alkoholwerberichtlinie an den Europäischen Gerichtshof zur Überprüfung ihrer Gültigkeit im Vorabentscheidungsverfahren
Eine weitere denkbare Lösung wäre es, das verwaltungsgerichtliche Verfahren auszusetzen und die Alkoholwerberichtlinie, an deren Gültigkeit Zweifel bestehen, im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. Stellt sich einem Gericht

¹ Siehe bereits EuGH, Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft.

eines Mitgliedstaates die Frage der Gültigkeit eines Sekundärrechtsaktes der Europäischen Gemeinschaft und hält es eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, kann es die Frage nach Art. 234 UA 1 lit. b und UA 2 EGV dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Es ist sogar dazu verpflichtet, wenn es den Sekundärrechtsakt nicht anwenden will, denn keinesfalls dürfen die Gerichte der Mitgliedstaaten selbst die Ungültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane feststellen.²

Eine Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof setzt indessen voraus, dass alle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vorabentscheidungsverfahrens erfüllt sind:

a) Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs

Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtshofs bestehen keine Bedenken. Der Weg zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union wird hier durch Art. 234 UA 1 und 2 EGV eröffnet. Innerhalb des Gerichtssystems der Europäischen Union liegt die Zuständigkeit für Vorabentscheidungsverfahren bisher ausschließlich beim Gerichtshof, da von der Möglichkeit von Zuständigkeitszuweisungen an das Gericht erster Instanz (vgl. Art. 225 III EGV) noch kein Gebrauch gemacht worden ist. Der Gerichtshof ist also das richtige Gericht, dem die Frage über die Gültigkeit der EG-Richtlinie vorzulegen ist.

b) Vorlageberechtigung

Nach Art. 234 UA 2 EGV sind nur Gerichte der Mitgliedstaaten zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof berechtigt. Hier handelt es sich um ein Verwaltungsgericht des Mitgliedstaates A; diese Voraussetzung ist also erfüllt.

c) Zulässiger Vorlagegegenstand

Es muss sich bei der vorzulegenden Frage um einen der in Art. 234 UA 1 EGV aufgezählten Vorlagegegenstände handeln. Hier geht es um die Frage der Gültigkeit der Alkoholwerberichtlinie und damit um eine - zulässige - Frage nach Art. 234 UA 1 lit. b, 1. Alternative EGV. Diese Voraussetzung ist also ebenfalls erfüllt.

d) Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

Eine Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof ist nach Art. 234 UA 2 EGV nur dann zulässig, wenn die vorzulegende Frage in dem Verfahren vor dem vorlegenden Gericht entscheidungserheblich ist; maßgeblich ist dabei die Einschätzung des vorlegenden Gerichts. Hier kommt es nach dem Sachverhalt für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts maßgeblich auf die Anwendung des staatlichen Umsetzungsgesetzes zur Alkoholwerberichtlinie an. Dieses Gesetz ist laut Sachverhalt nicht mit der nationalen Verfassung vereinbar, dient aber der Umsetzung der Alkoholwerberichtlinie. Ist diese gültig, muss das Verwaltungsgericht das Gesetz trotz seiner inhaltlichen Verfassungswidrigkeit anwenden, um den mitgliedstaatlichen Pflichten zur Umsetzung, Ausführung und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu genügen. Ist die Richtlinie ungültig, entfällt diese Verpflichtung und darf das Verwaltungsgericht das Gesetz nicht anwenden, sondern muss es zunächst im Verfahren der konkreten Normenkontrolle dem nationalen Verfassungsgericht vorlegen und dessen Entscheidung abwarten. Die Entscheidung über die Frage der Gültigkeit der Richtlinie ist damit für das weitere Vorgehen des Verwaltungsgerichts maßgeblich. Auch diese Voraussetzung ist also erfüllt.

e) Klärungsbedürftigkeit der Vorlagefrage

Die Verwaltungsrichter sind der Ansicht, dass die Europäische Union keine Kompetenz zum Erlass einer Richtlinie wie der Alkoholwerberichtlinie habe und diese außerdem weder mit der Warenverkehrsfreiheit noch mit den Grundrechten im Unionsrecht vereinbar sei. Sie haben damit in mehrfacher Hinsicht Zweifel an der Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Primärrecht und folglich an ihrer Gültigkeit. Die Vorlagefrage ist also auch, wie für das Vorabentscheidungsverfahren vorausgesetzt, tatsächlich klärungsbedürftig.

f) Geeignete Formulierung der Vorlagefrage

Die Vorlagefrage muss so formuliert werden, dass sie der Europäische Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren beantworten kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof nicht die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem Recht der Europäischen Union (und auch nicht die Vereinbarkeit mit der nationalen Verfassung) prüft, sondern sich auf die unionsrechtliche Fragestellung beschränken muss. Das Verwaltungsgericht muss seine Frage

² Vgl. bereits EuGH, Rs. 314/85, Foto-Frost.

also so formulieren, dass es präzise nach der Gültigkeit der Alkoholwerberichtlinie beziehungsweise der (genau anzugebenden) einschlägigen Vorschriften in dieser Richtlinie fragt.

Bei geeigneter Formulierung der Fragestellung ist die Richtervorlage zulässig.

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten: Das Verwaltungsgericht hat so vorzugehen, dass es das Verfahren aussetzt und die Frage, ob die Alkoholwerberichtlinie beziehungsweise deren genau anzugebenden einschlägigen Vorschriften gültig sind, dem Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV zur Beantwortung vorlegt.

II. Zu welchem Ergebnis wird die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof führen?

Die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof wird zur Ungültigerklärung der Alkoholwerberichtlinie führen, wenn diese nicht mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist, das heißt eine der in Art. 230 UA 2 EGV (beispielhaft für die Nichtigkeitsklage) aufgezählten Fallgruppen der Rechtswidrigkeit eines Sekundärrechtsaktes vorliegt.

1) Unzuständigkeit

Die Alkoholwerberichtlinie könnte hier wegen Unzuständigkeit mit dem Primärrecht unvereinbar sein. Unzuständigkeit ist dann gegeben, wenn es entweder der Gemeinschaft als Ganzes oder aber den handelnden Institutionen (hier: dem Rat und dem Europäischen Parlament) an der erforderlichen rechtlichen Grundlage für ihr Handeln fehlt (fehlende Verbands- oder Organkompetenz). Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung (Einzelkompetenzenprinzip, Art. 5 UA 1 EGV) wird die Gemeinschaft nur innerhalb der Grenzen der ihr im EGV zugewiesenen Befugnisse tätig. Das bedeutet, dass sich jeder Rechtsakt der Gemeinschaft auf eine *besondere Ermächtigungsgrundlage im EGV* stützen lassen muss. Für die einzelnen Institutionen gilt nach Art. 5 EUV Entsprechendes.

Hier haben sich der Rat und das Europäische Parlament auf die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EGV gestützt. Möglicherweise wären auch andere rechtliche Grundlagen in Betracht gekommen, etwa zum Gesundheitsschutz (Art. 152 IV EGV)³ oder Verbraucherschutz (Art. 153 III, IV EGV). Die handelnden Organe sind jedoch an die Voraussetzungen jener rechtlichen Grundlage gebunden, die sie selbst gewählt und im Rechtsakt angegeben haben. Das bedeutet hier, dass die Alkoholwerberichtlinie wegen Unzuständigkeit mit dem Primärrecht unvereinbar ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 95 EGV nicht erfüllt sind. Was die Organkompetenz betrifft, bestehen keine Zweifel, denn der Rat und das Europäische Parlament haben die Richtlinie gemeinsam erlassen (also wie in Art. 95 I 2 gefordert im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV). Fraglich ist jedoch die Verbandskompetenz.

a) Nach Art. 95 I 2 EGV kann die Gemeinschaft für die *Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV*, also für die Verwirklichung des Binnenmarktes, Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Der Binnenmarkt umfasst gemäß Art. 14 II EGV einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital nach den Bestimmungen des EGV gewährleistet ist. Die Alkoholwerberichtlinie betrifft die Werbung und das Sponsoring für Alkoholprodukte in der gesamten Union und damit sowohl die Warenverkehrsfreiheit als auch die Dienstleistungsfreiheit; sie steht damit in einem engen Bezug zum Binnenmarkt. Bei den *"Maßnahmen"* i.S.d. Art. 95 I 2 EGV kann es sich um Rechtsakte aller Art und damit auch wie hier um eine Richtlinie handeln. Diese dient auch der *Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten*. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einem vollständigen Verbot jeglicher Form der Werbung und des Sponsoring für bestimmte Produkte bedeutet sogar eine sehr weitgehende Angleichung der einschlägigen staatlichen Vorschriften. Für nationale Sonderwege, die den Wettbewerb in diesem Produktsektor verfälschen könnten, bleibt bei dem vollständigen Verbot kaum noch Raum.

b) Allerdings muss es sich nach Art. 95 I 2 um die Angleichung von Vorschriften handeln, welche die *Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben*. Art. 95 dient dem Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes, in dem er die Gemeinschaft zum Erlass von Rechtsakten ermächtigt, die den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital fördern. Bei einem Werbeverbot bestehen indessen Zweifel daran, ob dieses den freien Verkehr nicht eher behindert.

³ Die hier in Betracht kommende Grundlage des Art. 152 IV lit. c EGV schließt allerdings jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten aus.

aa) Orientiert man sich allein am *Wortlaut* des Art. 95 I, stände dies einer darauf gestützten Maßnahme nicht zwingend entgegen. Auch eine Regelung, die den grenzüberschreitenden Verkehr behindert, hat letztlich "das Funktionieren des Binnenmarktes *zum Gegenstand*". Die Beschränkung kann dabei gerechtfertigt erscheinen, um nicht marktbezogene öffentliche Interessen wie hier die öffentliche Gesundheit zu verfolgen. Man könnte Art. 95 I nach dem Wortlaut auch so verstehen, dass er eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes enthält, soweit die Regelungen nur irgendeinen Zusammenhang zur Errichtung oder zum Funktionieren des Binnenmarktes aufweisen.⁴ Dies gewährleistete der Gemeinschaft ein griffiges, abgerundetes Instrumentarium für eine kohärente und konsistente Politik. Die allgemeine Binnenmarkt-Kompetenz würde dann auch die Kompetenz einschließen, Regelungen zu solchen Sektoren zu treffen, in denen im Hinblick auf überragend wichtige öffentliche Interessen nicht unbedingt ein Maximum an Markt herrschen soll.

bb) Dieses Verständnis des Art. 95 I würde jedoch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV, 5 UA 1 EGV) und damit das tragende Prinzip der Kompetenzordnung der Europäischen Union unterlaufen.⁵ Art. 95 I würde zu einer Generalklausel, die Rechtsangleichungskompetenz zu einer allgemeinen Marktregelungskompetenz und damit quasi zu einer allgemeinen Regelungskompetenz in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Angesichts der Tendenz in Rechtsprechung und Literatur zum Gemeinschaftsrecht, alle Angelegenheiten mit irgendeinem, sei es auch nur geringen wirtschaftlichen Bezug als wirtschaftliche Angelegenheiten zu verstehen (bis hin zur Kulturförderung), wären die Auswirkungen dieses Verständnisses schwerwiegend. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass ein derartig schwerwiegender Schritt mit der Einführung dieser Bestimmung durch die Einheitliche Europäische Akte von 1986 gemeint war; die *historische Auslegung* spricht also gegen ein solches Verständnis.

Aus der historischen Auslegung ergibt sich - zusammen mit der *teleologischen Auslegung* - wie die Ermächtigung in Art. 95 I 2 EGV wirklich gemeint ist: Es geht um die Errichtung und das Funktionieren des - zum Zeitpunkt der Einführung der Norm - noch nicht vorhandenen Binnenmarktes. Art. 95 war ein zentrales Instrument, um Hemmnisse des wirtschaftlichen Austausches zu beseitigen und das ehrgeizige Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes bis Ende 1992 (vgl. Art. 14 I EGV) zu erreichen. Heute dient er dazu, das Erreichte zu sichern und fortzuentwickeln. Daraus folgt, dass die Gemeinschaft, will sie von ihm Gebrauch machen, subjektiv das Ziel verfolgen muss, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu *verbessern*. Objektiv muss der Rechtsakt tatsächlich dazu beitragen können. Dementsprechend genügen die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den Vorschriften der Mitgliedstaaten und die abstrakte Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen oder Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten nicht; die bestehende Regelungslage muss vielmehr tatsächlich zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Binnenmarktes führen. Den Gemeinschaftsgesetzgeber trifft eine entsprechende Begründungslast. Wollte man darauf verzichten, könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden.⁶

α) Zweifelhaft ist bereits, ob die Gemeinschaft subjektiv das Ziel verfolgt, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern. Nach der Begründung der Richtlinie ist es der Fall (Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr). Nach der Begründung geht es aber auch um die Belange des Gesundheitsschutzes. Art. 152 IV lit. c EGV schließt jedoch bei Maßnahmen zum Gesundheitsschutz jegliche Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten aus. Diese Vorschrift darf grundsätzlich nicht durch den Rückgriff auf andere Kompetenzen umgangen werden. Allerdings ergibt sich aus Art. 152 I und Art. 95 III EGV, dass bei Maßnahmen der Rechtsangleichung ein hohes Gesundheitsschutzniveau sicherzustellen ist. Auch wenn daher nicht der Gesundheitsschutz im Vordergrund stehen darf, sind Auswirkungen auf den Gesundheitsschutz möglich und nach dem EGV auch erwünscht.⁷ Die Erwähnung des Gesundheitsschutzes in Art. 95 III stellt klar, dass die Mitverfolgung dieses Ziels das eigentliche Ziel der Verbesserung der Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes nicht bereits grundsätzlich in Frage stellt.

β) Zweifelhaft ist indessen auch, ob wegen der vorhandenen Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Werbung und das Sponsoring für Alkoholprodukte tatsäch-

⁴ Anderer Ansicht: EuGH, Rs. C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Nr. 82, der dies allerdings nicht begründet.

⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Nr. 82 (am Ende).

⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Nr. 84.

⁷ Vgl. *Epping/Lenz*, Fallrepetitorium Europarecht, 2005, S. 21 f.

lich spürbare Beeinträchtigungen des Binnenmarktes, etwa in Form von Hemmnissen für den freien Warenverkehr oder die Dienstleistungsfreiheit bestehen (oder jedenfalls entstehen können).⁸ Der Sachverhalt enthält dafür keine näheren Anhaltspunkte, doch deutet die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten auf die aktuellen Probleme des massenhaften Alkoholmissbrauchs nur mit Mahnungen reagieren, darauf hin, dass bisher keine einschneidenden Werbeeinschränkungen in einzelnen Staaten vorgenommen worden sind, die zu Behinderungen und Wettbewerbsverfälschungen führen.

Jedenfalls aber ist nicht ersichtlich, inwiefern das *vollständige Verbot* jeglicher Werbung zu einer Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes für Alkoholprodukte führen könnte. Dies gilt insbesondere für das Verbot von Werbung auf Plakaten und auf Gegenständen in Hotels, Restaurants und Cafés sowie von Werbespots im Kino, denn dieses fördert den Handel mit den betroffenen Produkten keineswegs.⁹ Grundsätzlich bedeuten Werbe- und Sponsoringverbote eine Beeinträchtigung des Marketing und daher eher eine Behinderung als Förderung des Binnenmarktes. Sie kommen daher nur in denjenigen Fallgruppen in Betracht, in denen sich tatsächlich Beeinträchtigungen aufgrund bestehender Unterschiede in den nationalen Vorschriften nachweisen lassen oder ernsthaft zu befürchten sind. Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einem pauschalen Werbe- und Sponsoringverbot in allen Medien kann - gleich für welches Produkt oder welche Produktgruppe - nicht als Verbesserungsmaßnahme angesehen werden.

Im Ergebnis ist also davon auszugehen, dass die Alkoholwerberichtlinie in erster Linie dem Gesundheitsschutz dient und nicht (oder allenfalls kaum) der Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes. Sie kann daher nicht auf Art. 95 I EGV gestützt werden. Es fehlt damit an der erforderlichen Kompetenz der Gemeinschaft. Die Alkoholwerberichtlinie ist wegen Unzuständigkeit nicht mit dem Primärrecht vereinbar.

2) Verletzung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften: (-)

Eine Verletzung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften ist nicht ersichtlich. Insbesondere haben hier der Rat und das Europäische Parlament die Richtlinie wie in Art. 95 I gefordert gemeinsam im Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EGV) erlassen und zuvor den Wirtschafts- und Sozialausschuss angehört.

3) Verletzung materiellen Rechts

Es könnten hier aber Vorschriften des materiellen Rechts verletzt sein. Auch dabei handelt es sich um eine der in Art. 230 UA 2 EGV beispielhaft aufgezählten Fallgruppen der Rechtswidrigkeit eines Sekundärrechtsaktes (siehe die 3. Alternative: "Verletzung dieses Vertrags oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm"). In Betracht kommt hier eine Verletzung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie des unionsrechtlichen Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit.

a) Verletzung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff. EGV)¹⁰

Die Alkoholwerberichtlinie könnte auch wegen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff. EGV) mit dem Primärrecht unvereinbar sein. Auch die Institutionen der Europäischen Gemeinschaft sind schließlich Adressaten der Warenverkehrsfreiheit (das heißt, an diese gebunden).

aa) Schutzbereich

Das Werbeverbot betrifft den grenzüberschreitenden wie den innerstaatlichen Verkehr von Waren (hier: hochprozentigen Alkoholprodukten), die in der Gemeinschaft hergestellt oder im freien Verkehr befindlich sind; der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ist also betroffen.

bb) Beeinträchtigung

Das vollständige Werbeverbot müsste eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit darstellen. Es wird sich zwangsläufig negativ auf den innergemeinschaftlichen Handel mit hochprozentigen Alkoholprodukten auswirken, denn Kaufinteressenten in anderen Mitgliedstaaten lassen sich nur schwer über das Angebot informieren. Es handelt sich damit

⁸ Der Europäische Gerichtshof hat dies in einem vergleichbaren Fall zum Tabakwerbeverbot für die unterschiedlichen Einschränkungen der Tabakwerbung in den Mitgliedstaaten bejaht, vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Nr. 96 f.

⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Nr. 99 (zum Verbot der Tabakwerbung, die Argumentation ist indessen übertragbar).

¹⁰ Siehe zur Prüfung einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit Schema 3 aus der Vorlesung "Das Recht des europäischen Binnenmarktes", HS 2006 (http://home.lanet.lv/~tschmit1/Downloads/Schmitz_EU-BMR_Schema3.pdf).

um eine Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, und damit um eine Beeinträchtigung in Form einer (unterschiedslosen) Beschränkung im Sinne der *Dassonville-Formel* des EuGH¹¹. Da es sich um eine Einschränkung der Werbung für *bestimmte* Produkte und damit um eine produktbezogene Regelung handelt, ist sie auch nach der korrigierenden *Keck-Formel* des EuGH¹² als Beeinträchtigung anzusehen.

cc) Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung (keine Rechtfertigung durch Schranken)

Die Beeinträchtigung könnte jedoch durch die Schranke des Art. 30 EGV - hier: Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen - gerechtfertigt sein. Solche Gründe sind im vorliegenden Fall angesichts der spektakulären Fälle von massenhaftem Alkoholmissbrauch, die sich laut Sachverhalt in der Europäischen Union häufen, gegeben. Regelungen im Unionsrecht, welche Gesundheit und Leben vor diesen Gefahren schützen, bestehen bisher zwar hinsichtlich der Droge Nikotin (Beschränkung der Werbung und des Sponsoring für Tabakprodukte), nicht aber hinsichtlich der nicht weniger gefährlichen Droge Alkohol. Die Maßnahme dient auch tatsächlich dem Gesundheitsschutz; es handelt sich nicht um eine unzulässige verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 30 S. 2 EGV.

Fraglich ist jedoch, ob die Schranken-Schranken beachtet worden sind.

a) Verhältnismäßigkeit

Die Beeinträchtigung müsste verhältnismäßig sein.

(1) Der in Art. 30 EGV hervorgehobene Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen bildet einen zulässigen Zweck für Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit. Dabei handelt es sich um den eigentlichen Zweck der Maßnahme, auch wenn diese vorgibt, dem Funktionieren des Binnenmarktes zu dienen.

(2) Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einem vollständigen Werbeverbot ist auch zur Verfolgung dieses Zweckes geeignet, denn ein vollständiges Werbeverbot wird dazu beitragen, den Alkoholkonsum in der Bevölkerung zu senken und dadurch die schwerwiegenden Probleme für die öffentliche Gesundheit, die dieser hervorruft, mildern.

(3) Die Maßnahme müsste jedoch auch zur Verfolgung des Zweckes, das heißt zum Schutz der Gesundheit oder des Lebens von Menschen erforderlich sein. Dies ist sie nicht, wenn mildere gleichgeeignete Mittel zur Verfügung stehen. Hier ist an die Verpflichtung zur Integration von Warnhinweisen in die Werbung zu denken. Dies wird die den Alkoholkonsum fördernde Wirkung der Alkoholwerbung jedoch nur abschwächen und nicht vollständig neutralisieren und ist damit nicht gleichermaßen geeignet wie ein Werbeverbot. Auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer vor den Gefahren des Alkoholkonsums warnenden Öffentlichkeitsarbeit ist kein gleichermaßen effizientes Mittel. Andere denkbare Maßnahmen, wie etwa Vertriebsbeschränkungen, bedeuteten indessen eine noch größere Belastung. Polizeiliche Maßnahmen gegen den Alkoholkonsum selbst, auch bei privaten und öffentlichen Parties, kommen nur dann in Betracht, wenn die Betroffenen infolge des Konsums durch übermäßigen Lärm, Randalieren, Führen von Kraftfahrzeugen oder Ähnliches die öffentliche Sicherheit stören. Sie scheiden jedoch aus, wenn die Veranstalter der gesellschaftlichen Events Vorkehrungen gegen solche Störungen getroffen haben (z.B. die Parties in abgelegenen, gut schallisolierten Räumlichkeiten stattfinden) oder der Konsum von vornherein nur im zurückgezogenen, kleinen Kreise stattfindet. Es erscheint daher jedenfalls vertretbar, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber ein Werbeverbot zum Schutze der Gesundheit für erforderlich erachtet. Da es dabei um die Abwehr jeglicher Werbung für hochprozentige (und daher besonders stark wirkende) Alkoholprodukte geht, ist es auch vertretbar, wenn er ein vollständiges Werbeverbot für erforderlich hält.

(4) Die Maßnahme müsste jedoch auch angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein, das heißt sie darf die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer nicht in einem Ausmaß belasten, das nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu dem erzielten Vorteil für den verfolgten Zweck steht. Ein vollständiges Werbeverbot (bzw. die Ver-

¹¹ EuGH, Rs. 8/74, Dassonville.

¹² EuGH, Verb. Rs. C-267, C-268/91, Keck, Nr. 14 ff.

pflichtung der Mitgliedstaaten dazu) wird die Vermarktung hochprozentiger Alkoholprodukte erheblich erschweren; dies gilt gerade für die grenzüberschreitende Vermarktung in anderen Mitgliedstaaten, in denen ein Produkt weniger bekannt und verbreitet ist. Ein vollständiges Werbeverbot bedeutet daher eine *schwerwiegende Beeinträchtigung* der Warenverkehrsfreiheit. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass vom Alkoholmissbrauch schwere Gefahren für die individuelle und öffentliche Gesundheit ausgehen. Dies gilt jedenfalls nach dem Sachverhalt¹³ zum gegebenen Zeitpunkt für die Europäische Union. Dort haben sich die Gefahren des Alkoholmissbrauchs in tragischer Weise realisiert: Spektakuläre Fälle von massenhaftem Alkoholmissbrauch auf privaten und öffentlichen Parties haben sich gehäuft, mit teilweise sogar tödlichen Folgen. Dabei ging es laut Sachverhalt vor allem um den Konsum hochprozentiger Alkoholika, wie sie jetzt von der Alkoholwerberichtlinie betroffen sind. Der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit stehen also auch *schwerwiegende Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen* gegenüber. Diese bestehen für die gesamte Europäische Union, da die Problematik laut Sachverhalt in der "gesamten" Union aufgetreten ist; es handelt sich also offensichtlich um ein Phänomen der *Europäisierung*, bei dem sich die früher prägnanten Unterschiede im Alkoholkonsum in den verschiedenen Mitgliedstaaten verwischen. Unter diesen besonderen Voraussetzungen erscheint es jedenfalls im Ergebnis gut vertretbar, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber die Gründe des Gesundheits- und Lebensschutzes höher gewichtet und die mit dem vollständigen Werbeverbot verbundene Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit, obwohl sie schwerwiegend ist, als angemessen bewertet.

- Anmerkung: Die ENTGEGENGESETZTE ANSICHT ist in dieser keineswegs eindeutigen Situation ebenso VERTRETBAR. Hier muss argumentiert werden! Dies gehört zu den grundlegenden Aufgaben eines Juristen.

β) Keine Verletzung von Grundrechten

Eine Maßnahme, welche die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigt, darf nicht gegen Primär- oder Sekundärrecht der Europäischen Union verstoßen, insbesondere keine Grundrechte verletzen. Hier kommt eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit in Betracht, die als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt ist.¹⁴ Das vollständige Verbot der Werbung und des Sponsoring für hochprozentige Alkoholprodukte greift sowohl in die Berufsausübungsfreiheit der Alkoholhersteller und -händler ein, die diese Produkte nur noch unter deutlich schwierigeren Bedingungen vermarkten können, als auch in die Berufsausübungsfreiheit der Medienunternehmen, Werbeagenturen und Marketingagenturen, welche den Alkoholherstellern und -händlern ihre Dienste für die Vorbereitung und Durchführung der Werbung und des Sponsoring anbieten. Auch hier stellt sich die Frage nach der Beachtung der Schranken-Schranke des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

(1) Hinsichtlich des *zulässigen Zwecks*, der *Geeignetheit* und der *Erforderlichkeit* des Werbe- und Sponsoringverbotes kann auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit verwiesen werden; insofern bestehen also keine Bedenken.

(2) Die Frage der *Angemessenheit* (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ist indes für jedes eingeschränkte Recht gesondert zu beachten, denn die verschiedenen Rechte des Bürgers haben unterschiedliches Gewicht. Was die wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Unionsbürger nach dem EGV betrifft, handelt es sich um innovative Rechte besonderer Art, die von vornherein nur in einem politisch schwach (unterhalb der Schwelle der Staatlichkeit) aber wirtschaftlich stärker integrierten geographischen Raum bestehen können, in dem staatliche Souveränität und Grenzen immer noch vorhanden sind aber den wirtschaftlichen Austausch nicht oder nur noch begrenzt beeinträchtigen sollen. Wegen des notwendigen grenzüberschreitenden

¹³ Beachte: in der Fallbearbeitung muss *fallorientiert*, das heißt unter enger Berücksichtigung des Sachverhaltes argumentiert werden. Hier kommt es nicht darauf an, welche potentiellen Gefahren der Alkoholmissbrauch allgemein mit sich bringt, sondern darauf, wie sich diese Gefahren zu der gegebenen Zeit in der betreffenden Gesellschaft (hier der Bevölkerung der Europäischen Union) darstellen.

¹⁴ Vgl. statt vieler EuGH, Rs. C-280/93, Bananenmarktordnung.

Bezugs¹⁵ sind solche Rechte weder in einem Raum isoliert koexistierender Einzelstaaten denkbar, noch in einem Bundesstaat (in dem es keine Grenzen mehr gibt). Sie haben zudem nur einen geringen Bezug zur Menschenwürde, die nach dem europäischen Freiheits- und Menschenrechtsverständnis die eigentliche Grundlage für die Menschen- und Bürgerrechte bildet.¹⁶ Etwas Anderes gilt indessen für die Grundrechte, wenn auch in unterschiedlichem Maße. Insbesondere weist die Freiheit der Wahl und Ausübung eines Berufes einen stärkeren Bezug zur Menschenwürde auf als die Warenverkehrsfreiheit; dies gilt vor allem dann, wenn die Beschränkungen so weit gehen, dass sie die *Ausübung* des Berufes wirtschaftlich sinnlos machen und damit einem *Berufswahlverbot* gleichkommen.

(a) Was die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit der *Medienunternehmen, Werbeagenturen und Marketingagenturen* betrifft, die keine Dienstleistungen zur Promotion von hochprozentigen Alkoholprodukten mehr anbieten dürfen, ist die Beeinträchtigung *erheblich aber nicht schwerwiegend*. Sie betrifft nur die Vermarktung bestimmter Waren und damit nur einen begrenzten Kundenkreis mit einem begrenzten Anteil am Auftragsvolumen. Es ist den Unternehmen zuzumuten, sich in stärkerem Maße andere Marktsegmente zu erschließen. Das Werbeverbot ist also nicht unangemessen.

(b) Etwas Anderes könnte sich für die Berufsausübungsfreiheit der *Hersteller hochprozentiger Alkoholprodukte* ergeben. Hier handelt es sich nicht nur hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit sondern auch hinsichtlich der Berufsausübungsfreiheit um eine *schwerwiegende Beeinträchtigung*, denn das vollständige Werbeverbot, zu dem die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, gilt zwangsläufig nicht nur für Exportwaren sondern allgemein und damit auch für den Vertrieb im eigenen Mitgliedstaat. Allerdings wiegt diese Beeinträchtigung nicht so schwer, dass sie einem Berufs(wahl)verbot gleichkommt, denn es sind nicht alle Alkoholprodukte, ja nicht einmal alle höherprozentigen Alkoholprodukte betroffen, sondern nur solche mit mehr als 40 Volumenprozent Alkoholgehalt (dies ist mehr als der durchschnittliche Alkoholgehalt traditioneller höherprozentiger Getränke wie Whisky, Cognac oder Schnapps). Es bleibt den Herstellern unbenommen, ihr Sortiment so anzupassen, dass sie auch oder in stärkerem Maße Produkte anbieten, die knapp unter dieser Grenze bleiben und damit frei beworben werden dürfen. Dies erfordert keine Umstellung, die dem Wechsel zu einem anderen Berufsbild und damit der Wahl eines anderen Berufes gleichkäme. Ihrer Belastung stehen wiederum - wie bei der Warenverkehrsfreiheit - *schwerwiegende Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen* gegenüber. Es erscheint daher auch hier jedenfalls vertretbar, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Belastung als hinnehmbar und damit ein vollständiges Werbeverbot als angemessen bewertet.

- Anmerkung: Auch hier ist die ENTGEGENGESETZTE ANSICHT gut VERTRETBAR. Auch hier muss also argumentiert werden!

Auch die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit ist also verhältnismäßig. Die Schranken-Schranken für Grundrechtseingriffe wurden gewahrt. Grundrechte sind nicht verletzt.

Damit sind alle Schranken-Schranken für Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit gewahrt. Die Beeinträchtigung ist daher durch die Schranke des Art. 30 EGV gerechtfertigt.

Die Alkoholwerberichtlinie verletzt (inhaltlich) nicht die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff., hier: Art. 28 EGV).

¹⁵ Siehe dazu die Materialien aus der Vorlesung "Das Recht des europäischen Binnenmarktes", HS 2006 (<http://home.lanet.lv/~tschmit1/Lehre/EU-Binnenmarktrecht.htm>), insbes. Schemata 2 ff.

¹⁶ Vgl. für die europäische Ebene nur Art. I-2 des Vertrages über eine Verfassung für Europa und Art. 1 und die Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

b) Verletzung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV)¹⁷

Die Alkoholverberichtlinie könnte wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) mit dem Primärrecht unvereinbar sein, denn sie zielt auf die Behinderung der Tätigkeit einheimischer wie fremder Medienunternehmen, Werbeagenturen und Marketingagenturen für die Promotion hochprozentiger Alkoholprodukte im Auftrag von Herstellern und Händlern aus anderen Mitgliedstaaten.

aa) Schutzbereich

Der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ist betroffen.¹⁸ Bei der Vorbereitung und Durchführung von Werbe- und Sponsoringmaßnahmen durch die darauf spezialisierten Unternehmen handelt es sich um typischerweise entgeltliche, in vorübergehender, selbständiger Tätigkeit erbrachte Leistungen, die nicht den anderen Grundfreiheiten unterliegen, und damit um *Dienstleistungen* im Sinne des Art. 50 EGV.¹⁹ Da die allgemeine Regelung sämtliche Konstellationen der Erbringung oder Entgegennahme der Dienstleistung in oder aus einem anderen Mitgliedstaat betrifft, ist auch der notwendige *grenzüberschreitende Bezug* gegeben). Die Regelung erfasst sowohl Fälle der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit, als auch der Korrespondenzdienstleistung und unter Umständen sogar der Dienstleistung bei gemeinsamer Grenzüberschreitung (z.B. bei wandernden Werbekampagnen unter Beteiligung von Mitarbeitern des Auftraggebers).²⁰ Es ist zudem mit den Werbe- bzw. Sponsoringmaßnahmen selbst der Kernbereich der durch die Dienstleistungsfreiheit *geschützten Verhaltensweisen* betroffen. Da es dabei nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt geht, greift die *Bereichsausnahme* des Art. 55 i.V.m. Art. 45 UA 1 EGV *nicht*.

bb) Beeinträchtigung

Das vollständige Werbeverbot (bzw. die Verpflichtung der Mitgliedstaaten dazu) stellt auch eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit dar. Hier haben Institutionen der Gemeinschaft und damit Adressaten der Dienstleistungsfreiheit gehandelt. Ihre Maßnahme betrifft zwar Dienstleistungen mit und ohne grenzüberschreitenden Bezug gleichermaßen, ist aber jedenfalls geeignet, die grenzüberschreitende Erbringung bestimmter Dienstleistungen zu unterbinden. Sie ist daher nach der allgemein anerkannten weiten *Van Binsbergen-Formel* des EuGH²¹ als Beeinträchtigung in Form einer *unterschiedslosen* (nicht diskriminierenden) *Beschränkung* anzuerkennen. Da es um *bestimmte* Dienstleistungen zur Vermarktung bestimmter Produkte geht, ist sie auch dann als Beeinträchtigung einzustufen, wenn man (was in der Rechtswissenschaft umstritten ist)²² die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelte *Keck-Formel* des EuGH²³ analog anwendet und dementsprechend zur Eingrenzung des Begriffs der Beeinträchtigung zwischen produktbezogenen und allgemeinen vertriebsbezogenen Regeln für Dienstleistungen unterscheidet.

cc) Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung (keine Rechtfertigung durch Schranken)

Die Beeinträchtigung könnte jedoch durch die Schranken der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sein.

α) Die ausdrückliche Schranke des Art. 55 in Verbindung mit Art. 46 I EGV ist hier nicht anwendbar, denn sie bezieht sich nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 46 I ausschließlich auf "Sonderregelungen für Ausländer" und damit auf offene Diskriminierungen, nicht

¹⁷ Siehe zur Prüfung einer Verletzung der Dienstleistungsfreiheit Schema 6 aus der Vorlesung "Das Recht des europäischen Binnenmarktes", HS 2006 (http://home.lanet.lv/~tschmit1/Downloads/Schmitz_EU-BMR_Schema6.pdf).

¹⁸ Anmerkung: Bei einer allgemeinen Regelung, die alle Unionsbürger betrifft, ist zwangsläufig der zeitliche und persönliche Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit (siehe Schema 6 [Fußnote 17], S. 1) berührt. Die nachfolgende Prüfung braucht daher nur noch auf die Voraussetzungen des sachlichen Schutzbereiches einzugehen. Diese sollten *vollständig aber zugleich möglichst knapp und gewichtet* geprüft werden. Es gibt hier keine Rechtfertigung dafür, mehr als einen Absatz zur Frage des Schutzbereiches zu schreiben. Dafür bedarf es allerdings einer klaren Strukturierung und zielgerichteter, präziser Formulierung. Ohne *Vorbereitung* dieses Schrittes *in der Arbeitsgliederung* (siehe dazu die Einführung in die Fallbearbeitung, S. 3 ff.) lässt sich dies nicht erreichen.

¹⁹ Siehe die Legaldefinition der Dienstleistung in Art. 50 UA 1 EGV und dazu Schema 6 (Fußnote 17), S. 1 f.

²⁰ Siehe zu diesen verschiedenen anerkannten Fällen des grenzüberschreitenden Bezugs von Dienstleistungen Schema 6 (Fußnote 17), S. 2.

²¹ EuGH, Rs. 33/74, van Binsbergen, Erwägung Nr. 10 ff.: "alle Anforderungen, die ... geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden ... zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen".

²² Siehe die Nachweise in Schema 6 (Fußnote 17), S. 3.

²³ Siehe oben, Fußnote 12.

aber auf (nicht diskriminierende) Beschränkungen. Für Letztere kommt nur die Rechtfertigung durch immanenten Schranken in Betracht. Diese erfordert die Verfolgung *zwingender öffentlicher Interessen*. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, denn das Werbeverbot dient schließlich dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gegen schwerwiegende Gefahren.

β) Allerdings müssten die *Schranken-Schranken* beachtet worden sein. Grundrechte sind, wie bereits festgestellt,²⁴ nicht verletzt. Fraglich ist jedoch, ob die Maßnahme *verhältnismäßig* ist. Keine Bedenken bestehen hinsichtlich des zulässigen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit (siehe oben²⁵). Die Maßnahme muss aber - auch, was die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit betrifft - *angemessen* (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein.

Hier ist einerseits zu berücksichtigen, dass jedenfalls im Bereich des Sponsoring der Produktbereich Alkohol große Bedeutung hat. Die völlige Unterbindung jeglichen Sponsoring für hochprozentige Alkoholprodukte wird die Dienstleistungsanbieter in diesem Bereich empfindlich treffen und stellt damit eine *erhebliche Beeinträchtigung* dar. Anders als die Hersteller jener Produkte, die auf Werbe- und Sponsoringmaßnahmen angewiesen sind, können die gewerblichen Anbieter solcher Maßnahmen aber in andere Bereiche ausweichen; insbesondere können sie verstärkt Werbe- und Sponsoringmaßnahmen für niedrigprozentige Alkoholprodukte und Life style-Getränke anbieten. Die Beeinträchtigung ihrer Dienstleistungsfreiheit ist daher - anders als die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit der Hersteller - nur erheblich aber *nicht schwerwiegend*. Vor diesem Hintergrund begegnet es keinen Bedenken, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber die schwerwiegenden Gründe des Schutzes und des Lebens von Menschen, die ihn zu dem Werbe- und Sponsoringverbot veranlassen, höher bewertet. Die Maßnahme ist daher, auch was die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit betrifft, angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne).

Die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ist demnach durch die immanenten Schranken dieser Grundfreiheit gerechtfertigt.

Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) ist nicht verletzt.

Die Alkoholwerberichtlinie ist also sowohl mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit als auch mit dem unionsrechtlichen Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit vereinbar und verletzt daher keine Vorschriften des materiellen Rechts.

4) Ermessensmissbrauch: (-)

Ein Fall des Ermessensmissbrauchs liegt hier nicht vor. Die Tatsache, dass die Alkoholwerberichtlinie nicht wie in der Begründung angegeben zur Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes sondern aus gesundheitspolitischen Gründen erlassen wurde, war bereits bei der Prüfung der Zuständigkeit der Gemeinschaft zu berücksichtigen. Beide Zwecke sind im Übrigen grundsätzlich zulässig, der Klagegrund des Ermessensmissbrauchs beschränkt sich im Gemeinschaftsrecht jedoch auf die nach objektiven Kriterien zu ermittelnde Verfolgung subjektiv rechtswidriger Zwecke.²⁶

Ergebnis: Die Alkoholwerberichtlinie ist nicht wegen Verletzung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften, Verletzung materiellen Rechts oder Ermessensmissbrauchs, wohl aber wegen *Unzuständigkeit* nicht mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar. Die Richtervorlage des Verwaltungsgerichts aus dem Mitgliedstaat A an den Europäischen Gerichtshof wird dazu führen, dass der Gerichtshof die Richtlinie für ungültig erklärt.

²⁴ Siehe oben, A.II.3.a.cc.β, S. 8 f.

²⁵ Siehe oben, A.II.3.a.cc.α.(1)-(3), S. 7.

²⁶ Ehrlicke, in: Streinz (Herausgeber), EUV/EGV, 2003, Art. 230 Rdnr. 79 mit weiteren Nachweisen.

B. Zur Fallvariante

I. Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen?

Auch in der Fallvariante kommt es für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht entscheidend darauf an, ob die Alkoholwerberichtlinie gültig ist (und das innerstaatliche Umsetzungs-gesetz dementsprechend trotz seines unvermeidbaren Widerspruchs zur staatlichen Verfassung angewendet werden muss). An der richtigen Vorgehensweise des Verwaltungsgerichts ändert sich daher nichts: Es muss das Verfahren aussetzen und die Frage, ob die Alkoholwerberichtlinie bzw. deren genau anzugebenden einschlägigen Vorschriften gültig sind, dem Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV zur Beantwortung vorlegen.

II. Zu welchem Ergebnis wird die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof führen?

Auch in der Fallvariante wird die Richtervorlage zur Ungültigerklärung der Alkoholwerberichtlinie führen, wenn diese nicht mit dem Primärrecht der Europäischen Union vereinbar ist, das heißt eine der Fallgruppen der Rechtswidrigkeit eines Sekundärrechtsaktes vorliegt.

1) Unzuständigkeit

Die Alkoholwerberichtlinie könnte auch hier wegen Unzuständigkeit mit dem Primärrecht unvereinbar sein. Auch hier haben sich der Rat und das Europäische Parlament auf die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EGV gestützt. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Maßnahme, wie dort vorausgesetzt, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand hat, das heißt ob sie (a) subjektiv das Ziel verfolgt, die Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, und ob sie (b) objektiv tatsächlich dazu beitragen kann.

(a) Was das Ziel betrifft, die Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, bleiben Zweifel. Allerdings geht es in der Fallvariante anders als im Ausgangsfall nur um die Angleichung der Rahmenbedingungen für die Werbung in bestimmten Medien. Der betroffene Bereich umfasst auch die wichtigen grenzüberschreitend wirkenden Medien wie den Rundfunk, die Dienste der Informationsgesellschaft (insbes. Internet) und die international vertriebenen Printmedien - und damit einen Sektor, in welchem unterschiedliche Bedingungen leicht zu Beeinträchtigungen des Binnenmarktes führen können. Es kann daher mit Blick auf die Begründung der Richtlinie davon ausgegangen werden, dass das Ziel der Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes zumindest als maßgebliches Ziel mitverfolgt worden ist.

(b) In objektiver Hinsicht ist ebenso wie im Ausgangsfall zweifelhaft, ob die bestehenden Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Vorschriften überhaupt zu tatsächlich spürbaren Beeinträchtigungen des Binnenmarktes, etwa in Form von Hemmnissen für den freien Warenverkehr oder die Dienstleistungsfreiheit, führen oder führen können.²⁷ Der Sachverhalt enthält dafür - auch in Bezug auf grenzüberschreitend wirkende Medien - keine näheren Anhaltspunkte. Die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten auf die aktuellen Probleme des massenhaften Alkoholmissbrauchs nur mit Mahnungen reagieren, deutet darauf hin, dass bisher auch in diesem Bereich keine einschneidenden Werbeeinschränkungen in einzelnen Staaten vorgenommen worden sind, die Behinderungen oder Wettbewerbsverfälschungen zur Folge haben.

Jedenfalls aber ist nicht ersichtlich, inwiefern ein *vollständiges Verbot der Werbung im gesamten Bereich bestimmter Medien* zu einer Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes führen könnte, denn ebenso wie im Ausgangsfall wird hier die grenzüberschreitende Vermarktung der hochprozentigen Alkoholika ausschließlich behindert. Es könnte sich *allenfalls* um eine *"Verbesserung" des Binnenmarktes dieser Werbemedien unter Inkaufnahme der Störung des Binnenmarktes der Alkoholprodukte* handeln. Doch auch dafür enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Keineswegs kann pauschal davon ausgegangen werden, dass jede Rechtsangleichung im Bereich der Werbung im Rundfunk, in den elektronischen Medien oder den Printmedien nur deshalb, weil einige davon grenzüberschreitend konsumiert oder vertrieben werden, der Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes dient.²⁸ Dies gilt insbesondere für pauschale Werbeverbote für den gesamten Bereich eines Mediums ohne Rücksicht darauf, inwiefern überhaupt ein konkreter grenzüberschreitender Bezug vorhanden ist.²⁹

²⁷ Der Europäische Gerichtshof hat dies 2006 für die unterschiedlichen Einschränkungen der *Tabakwerbung* in den Mitgliedstaaten bejaht, vgl. EuGH, Rs. C-380/03, Nr. 46 ff.

²⁸ In diese Richtung deutet jedoch die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs in der Entscheidung Rs. C-380/03, *Tabakwerberichtlinie II*, Nr. 53 ff.

²⁹ Siehe dazu *Rauber*, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2007, 151 (153 ff.).

Auch in der Fallvariante hat die Alkoholwerberichtlinie also nicht wirklich, wie in Art. 95 EGV vorausgesetzt, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand. Sie ist daher auch hier wegen Unzuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft nicht mit dem Primärrecht vereinbar.

2) Andere Gründe der Rechtswidrigkeit

Auch in der Fallvariante kommt neben der Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit nur die Rechtswidrigkeit wegen Verletzung materiellen Rechts in Betracht. Wiederum stellt sich die Frage, ob die Einschränkung der Werbung und des Sponsoring für hochprozentige Alkoholprodukte mit der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und dem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit vereinbar sind. Auch hier ist lediglich fraglich, ob die Einschränkungen *angemessen* (verhältnismäßig im engeren Sinne) sind und damit die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Schranken-Schranke für Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und Grundrechte wahren. Dabei kann auf die Argumentation zum Ausgangsfall verwiesen werden. Die Besonderheit in der Fallvariante besteht darin, dass die Alkoholwerberichtlinie kein vollständiges sondern nur ein weitgehendes Verbot der Werbung und des Sponsoring für hochprozentige Alkoholprodukte vorsieht. Wenn bereits das vollständige Verbot im Hinblick auf die schwerwiegenden Gründe des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen angemessen ist, gilt dies erst recht für das weitgehende Verbot als weniger stark belastende Maßnahme.

- Anmerkung: Ein Unterschied zwischen Ausgangsfall und Fallvariante ergibt sich, wenn man abweichend von der hier vorgeschlagenen Lösung das vollständige Werbe- und Sponsoringverbot im Ausgangsfall mit gut vertretbaren Gründen als unangemessene Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit beurteilt. Dann muss nämlich geprüft werden, ob die Schwelle der Unangemessenheit auch in der Fallvariante überschritten ist. Dies dürfte indessen kaum (oder jedenfalls nur mit besonders gründlicher Argumentation) zu bejahen sein, denn schließlich bleiben hier mit der Kinowerbung und der Werbung in Hotels, Gaststätten und Diskotheken traditionelle wirkungsvolle Formen der Alkoholwerbung von dem Verbot ausgespart.

Es werden also keine Grundfreiheiten oder Grundrechte und damit kein materielles Recht verletzt.

Ergebnis: Die Richtervorlage des Verwaltungsgerichts wird auch in der Fallvariante dazu führen, dass der Europäische Gerichtshof die Richtlinie für ungültig erklärt.

ANMERKUNG UND VERTIEFUNGSHINWEIS:

Der Ausgangsfall ist der Entscheidung EuGH, Rs.C-376/98, *Tabakwerberichtlinie I* von 2000 nachgebildet. Es ging dort um ein Verbot jeder Werbung und des Sponsoring für Tabakprodukte in der Gemeinschaft. Es handelt sich dabei um einen der ersten Fälle einer *strengen Kompetenzkontrolle* in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Siehe zu dieser Entscheidung *Calliess*, Jura 2001, 311 ff.; *Götz*, Juristenzeitung 2001, 32 ff. *Wägenbaur*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, 694 ff. Die Fallvariante orientiert sich an der Entscheidung EuGH, Rs. C- 380/03, *Tabakwerberichtlinie II* von 2006. Hier ging es um ein vollständiges Verbot der Tabakwerbung im Radio und in Printmedien und elektronischen Medien, die sich an den Verbraucher in der Gemeinschaft wenden, sowie um ein Verbot des Sponsoring von Rundfunkprogrammen und von Veranstaltungen mit grenzüberschreitender Wirkung. Siehe dazu *Rauber*, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2007, 151 ff. (= <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=457>); *Stein*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 46 ff.; *Maierhöfer*, Juristenzeitung 2007, 458 ff. Der Europäische Gerichtshof ging in dieser Entscheidung davon aus, dass die großen Unterschiede in den Regelungen der Mitgliedstaaten zur *Tabakwerbung* (die Bandbreite reicht von liberalen Vorschriften bis hin zum vollständigen Werbeverbot) tatsächlich den Binnenmarkt beeinträchtigten. Für Werbeverbote in anderen Bereichen gilt diese Aussage nicht; die Frage muss vielmehr jeweils spezifisch geprüft werden.

Siehe zu einem ähnlichen Fall *Epping/Lenz*, Fallrepetitorium Europarecht, 2005, S. 17 ff.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter www.lanet.lv/~tschmit1. Für Fragen, Anregungen und Kritik bin ich außerhalb der Veranstaltungen unter der E-mail-Adresse tschmit1@gwdg.de erreichbar.

A. Zum Ausgangsfall

I. Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen?

- 1) Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und Vorlage des staatlichen Umsetzungsgesetzes an das Verfassungsgericht zur Überprüfung seiner Verfassungsmäßigkeit im Verfahren der konkreten Normenkontrolle
- 2) Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und Vorlage der Alkoholwerberichtlinie an den Europäischen Gerichtshof zur Überprüfung ihrer Gültigkeit im Vorabentscheidungsverfahren
 - a) Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs
 - b) Vorlageberechtigung
 - c) Zulässiger Vorlagegegenstand
 - d) Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage
 - e) Klärungsbedürftigkeit der Vorlagefrage
 - f) Geeignete Formulierung der Vorlagefrage

II. Zu welchem Ergebnis wird die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof führen?

- zur Ungültigerklärung der Alkoholwerbe-RL, wenn diese mit dem Primärrecht unvereinbar ist
- 1) Unzuständigkeit
 - hier: Art. 95 I 2 EGV als Ermächtigungsgrundlage?
 - Organkompetenz wäre hier gegeben
 - a) Maßnahme
 - b) zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der MS
 - c) welche die Errichtung und das Funktionieren des BM zum Gegenstand haben
 - Problem: Grenzen der Regelungskompetenz aus Art. 95 I EGV
 - Art. 95 als allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes?
 - Regelung zur Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes?
 - 2) Verletzung wesentlicher Form- oder Verfahrensvorschriften: (-)
 - 3) Verletzung materiellen Rechts
 - a) Verletzung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff. EGV)
 - aa) Schutzbereich
 - bb) Beeinträchtigung
 - cc) Keine Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken
 - α) Verhältnismäßigkeit
 - (1) zulässiger Zweck
 - (2) Geeignetheit
 - (3) Erforderlichkeit
 - (4) Angemessenheit
 - β) Keine Verletzung von Grundrechten

- b) **Verletzung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV)**
 - aa) **Schutzbereich**
 - bb) **Beeinträchtigung**
 - cc) **Keine Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken**
 - **Angemessenheit?**
- 4) **Ermessensmissbrauch: (-)**

B. Zur Fallvariante

I. Wie soll das Verwaltungsgericht vorgehen?

- **auch hier Richtervorlage nach Art. 234 EGV**

II. Zu welchem Ergebnis wird die Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof führen?

- 1) **Unzuständigkeit**
 - **Problem: Grenzen der Regelungskompetenz aus Art. 95 I EGV**
 - **Regelung zur Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes?**
- 2) **Andere Gründe der Rechtswidrigkeit**