

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
FRANCIS G. JACOBS
vom 24. November 1994 *

1. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Firma Leclerc-Siplec (im folgenden: Klägerin), vertreibt Benzin und andere Kraftstoffe an Tankstellen in Frankreich. Die Tankstellen sind anscheinend in Supermärkte integriert, die von derselben Unternehmensgruppe unter dem Namen E. Leclerc betrieben werden. Die Klägerin bat die französischen Fernsehwerbegesellschaften TF1 Publicité und M6 Publicité, einen Werbespot für ihre Tankstellen im Fernsehen auszustrahlen. Die Firmen TF1 Publicité und M6 Publicité lehnen dies mit der Begründung ab, daß eine französische Rechtsvorschrift — nämlich Artikel 8 des Dekrets Nr. 92-280 vom 27. März 1992 — den Sektor des Vertriebs von der Fernsehwerbung ausschließe. Diese Vorschrift verbietet die Fernsehwerbung für alkoholische Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 %, das Literaturverlagswesen, die Filmindustrie und die Presse. Eines der Hauptziele des Verbots besteht anscheinend darin, die regionale Tagespresse in Frankreich dadurch zu schützen, daß die betroffenen Sektoren dazu gezwungen werden, in regionalen Tageszeitungen und nicht im Fernsehen zu werben.

2. Die Klägerin erhob beim Tribunal de commerce Paris Klage gegen die Firmen TF1 Publicité und M6 Publicité. Sie forderte dieses Gericht auf, den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die Frage zu ersuchen,

ob eine Vorschrift des nationalen Rechts, durch die der Sektor des Vertriebs von der Fernsehwerbung ausgeschlossen wird, mit bestimmten Vorschriften des Vertrages und mit der unter dem Schlagwort „Fernsehen ohne Grenzen“ bekannten Richtlinie des Rates (Richtlinie 89/552/EWG)¹ vereinbar ist. Die Beklagten waren damit einverstanden, daß die Sache dem Gerichtshof vorgelegt werden sollte; die Firma TF1 Publicité beantragte jedoch, die Frage in dem Sinne weiter zu fassen, daß festgestellt werden sollte, ob „ganze Sektoren der Wirtschaftstätigkeit“ (d. h. nicht nur der Sektor des Vertriebs) von der Fernsehwerbung ausgeschlossen werden können.

3. Es sei darauf hingewiesen, daß die Klägerin vor dem nationalen Gericht außerdem geltend machte, daß das beanstandete Verbot gegen Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoße, der die Meinungsfreiheit schützt.

1 — Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. 1989, L 298, S. 23.

* Originalsprache: Englisch.

4. Mit Urteil vom 27. September 1993 hat das Tribunal de Commerce dem Gerichtshof folgende Frage vorgelegt:

Sind die Artikel 30, 85, 86, 5 und 3 Buchstabe f des Vertrages sowie die Richtlinie 89/552/EWG vom 3. Oktober 1989 dahin auszulegen, daß sie es einem Mitgliedstaat verbieten, durch Gesetz oder Verordnung Sektoren der Wirtschaftstätigkeit, insbesondere den Sektor des Vertriebs, von der Fernsehwerbung auszuschließen, und ist allgemein Artikel 8 des Dekrets vom 27. März 1992 als mit den genannten Vorschriften vereinbar anzusehen?

Zulässigkeit

5. Die Kommission deutet an, daß die Vorlage unzulässig sein könnte, weil die Parteien sich über das zu erreichende Ziel einig seien, nämlich eine Vorlage an den Gerichtshof, die zu der Feststellung führe, daß das beanstandete Dekret gegen Gemeinschaftsrecht verstoße. Somit gebe es keine Streitigkeit zwischen den Parteien, und der Gerichtshof werde ersucht, ein Gutachten über allgemeine Rechtsfragen abzugeben. Die Kommission zitiert die Urteile in den Rechtssachen Foglia/Novello II², Meilicke³, Lourenço Dias⁴ und Telemarsicabruzzo⁵.

2 — Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Slg. 1981, 3045); siehe auch das Urteil vom 11. März 1980 in der Rechtssache Foglia/Novello I (Slg. 1980, 475).

3 — Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Slg. 1992, I-4871).

4 — Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90 (Slg. 1992, I-4673).

5 — Urteil vom 26. Januar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-320/90, C-321/90 und C-322/90 (Slg. 1993, I-393).

6. Aus den von der Kommission zitierten Urteilen geht eindeutig hervor, daß der Gerichtshof nicht für die Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen zuständig ist. Ebenso geht eindeutig aus den Urteilen in den Rechtssachen Foglia/Novello I und II hervor, daß der Gerichtshof es unter bestimmten Umständen ablehnen wird, auf ein Vorabentscheidungsersuchen einzugehen, und zwar mit der Begründung, daß Artikel 177 EWG-Vertrag als „konstruiertes Verfahren“⁶ mit „künstlichem Charakter“⁷ von Parteien eingesetzt wird, die sich völlig einig sind und einen fingierten Rechtsstreit führen, um eine Vorabentscheidung zu erwirken, durch die festgestellt wird, daß nationale Rechtsvorschriften unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht sind.

7. In der Rechtssache Foglia/Novello I legte ein italienisches Gericht eine Reihe von Fragen vor, mit denen im wesentlichen festgestellt werden sollte, ob die französischen Rechtsvorschriften über die Besteuerung von Likörweinen gegen die Artikel 92 und 95 des Vertrages verstießen. Der Gerichtshof entschied, daß er für die Entscheidung über die von dem italienischen Gericht vorgelegten Fragen nicht zuständig sei, und zwar mit der Begründung, daß kein wirklicher Streit zwischen den Parteien bestehe, daß der Rechtsstreit zwischen ihnen fingiert sei und daß der Erlaß einer Vorabentscheidung unter derartigen Umständen „die Gesamtregelung des gerichtlichen Rechtsschutzes, der den einzelnen zu ihrem Schutz gegen die Anwendung vertragswidriger abgabenrechtlicher Vorschriften zur Verfügung steht“, beeinträchtigen würde⁸.

6 — Urteil Foglia/Novello II, zitiert in Fußnote 2, Randnr. 18.

7 — Urteil Foglia/Novello I, zitiert in Fußnote 2, Randnr. 10.

8 — Urteil Foglia/Novello I, zitiert in Fußnote 2, Randnr. 11.

8. Es besteht eine offensichtliche Ähnlichkeit zwischen jenem Fall und der jetzt beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache. In der vorliegenden Rechtssache besteht Einigkeit zwischen den Parteien über die aufgeworfenen Rechtsfragen, und ihr einziges Ziel bei der Führung des Rechtsstreits besteht darin, eine Vorabentscheidung zu erwirken, durch die festgestellt wird, daß bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen. Es gibt allerdings auch einen wichtigen Unterschied zwischen den beiden Fällen. In der Sache Foglia/Novello machten die Parteien die Unvereinbarkeit eines französischen Gesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht vor einem italienischen Gericht geltend. Im vorliegenden Fall machen die Parteien die Ungültigkeit eines französischen Gesetzes vor einem französischen Gericht geltend.

9. Es ist eindeutig unbedingt erforderlich, daß einzelne, deren Rechte durch Rechtssetzungs- oder Verwaltungsmaßnahmen eines Mitgliedstaats beeinträchtigt werden, in der Lage sind, gegen diese Maßnahmen in einem gerichtlichen Verfahren vorzugehen und sich gegebenenfalls auf Gemeinschaftsrecht — einschließlich der Möglichkeit einer Vorlage nach Artikel 177 des Vertrages — zu berufen; es ist auch wichtig, daß der betroffene Mitgliedstaat angemessene Möglichkeiten hat, diese Maßnahmen zu verteidigen. Es ist daher wünschenswert, daß die betreffenden Verfahren in dem Mitgliedstaat durchgeführt werden, dessen Recht oder dessen Verwaltungspraxis in Frage gestellt wird. Fänden die Verfahren in einem anderen Land statt, so bestünde die Möglichkeit, daß der betroffene Mitgliedstaat nichts von diesem Verfahren erführe und jedenfalls Schwierigkeiten bei seiner Verteidigung hätte. Der Umstand, daß das Recht eines Mitgliedstaats in den Gerichten eines anderen Mitgliedstaats beanstandet wurde, hat anscheinend die Entscheidung des Gerichtshofes, die Vorlage in der Sache

Foglia/Novello als unzulässig zurückzuweisen, beeinflusst⁹, auch wenn der Gerichtshof in anderen Fällen eine Vorlage aus diesem Grund nicht zurückgewiesen hat¹⁰.

10. Meines Erachtens ist durch die Rechtsprechung in der Sache Foglia/Novello kein allgemeiner Grundsatz geschaffen worden, daß eine Vorlage allein deshalb unzulässig ist, weil die Parteien sich über die Notwendigkeit einer Vorlage, über die vorzulegenden Fragen und über die Antworten auf diese Fragen einig sind. Ist es nach dem Verfahrensrecht eines Mitgliedstaats zulässig, in einem nicht streitigen Verfahren den Gerichten eine Frage vorzulegen, so wäre es nicht sachgerecht, wenn der Gerichtshof in die verfahrensrechtliche Autonomie dieses Mitgliedstaats dadurch eingriffe, daß er die Entscheidung trafe, daß ein solches Verfahren nicht zu einer Vorlage an den Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages führen kann. Die französische Regierung, die im vorliegenden Verfahren schriftliche Erklärungen eingereicht hat und in der mündlichen Verhandlung vertreten gewesen ist, hat keine Einwände gegen das Verfahren erhoben und hat nicht zu verstehen gegeben, daß sie aufgrund der Art und Weise, in der das Gerichtsverfahren durchgeführt worden ist, an der Verteidigung des beanstandeten Dekrets gehindert worden sei.

11. Ich bin daher der Auffassung, daß die Vorlage nicht als unzulässig zurückzuweisen ist.

9 — Siehe Randnrn. 28 bis 30 des Urteils Foglia/Novello II, zitiert in Fußnote 2.

10 — Siehe z. B. das Urteil vom 23. November 1989 in der Rechtssache C-150/88 (Parfümerie-Fabrik 4711, Slg. 1989, 3891, Randnrn. 11 und 12).

Die Tragweite der Vorlagefrage

12. In der von dem französischen Gericht vorgelegten Frage werden drei Gesichtspunkte angesprochen, unter denen das beanstandete Dekret unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht sein könnte. Erstens könnte es eine gegen Artikel 30 des Vertrages verstoßende Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen darstellen; zweitens könnte es gegen die in den Artikeln 85 und 86 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln in Verbindung mit Artikel 5 verstoßen; drittens könnte es unvereinbar mit der Richtlinie 89/552 sein.

13. Das vorliegende Gericht hat die Frage der Vereinbarkeit der beanstandeten Rechtsvorschriften mit Artikel 52 des Vertrages, der die Aufhebung der Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats vorschreibt, und mit Artikel 59 des Vertrages, der die Aufhebung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft vorschreibt, nicht aufgeworfen. Auch die Frage des Rechts auf freie Meinungsäußerung im gewerblichen Bereich aufgrund von Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention wird nicht unmittelbar angesprochen. Aus dem Vorlagebeschluß geht jedoch eindeutig hervor, daß die Klägerin sich auf diese Vorschrift vor dem nationalen Gericht berufen hat. Außerdem sei angemerkt, daß in der achten Begründungserwägung der Richtlinie 89/552 festgestellt wird, daß die Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Verbreitung von Fernsehsendun-

gen eine spezifische Ausprägung des in Artikel 10 der Konvention verankerten Prinzips der Freiheit der Meinungsäußerung ist.

14. In Anbetracht der Formulierung der Vorlagefrage werde ich Artikel 59 des Vertrages, der sicherlich für Beschränkungen der Fernsehwerbung gilt¹¹, und die Frage des Rechts auf freie Meinungsäußerung im gewerblichen Bereich im Rahmen von Artikel 10 der Konvention nicht behandeln. Zum letztgenannten Punkt möchte ich lediglich anmerken, daß der Gerichtshof dann, wenn entschieden würde, daß die in Frage stehenden Beschränkungen in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, dafür zuständig wäre, ihre Vereinbarkeit mit der Konvention zu prüfen¹².

15. Ich halte es daher für sachgerecht, mich auf die von dem nationalen Gericht unmittelbar aufgeworfenen Fragen zu konzentrieren, wie sie oben unter Nr. 12 wiedergegeben sind.

16. In der vom nationalen Gericht formulierten Frage wird das Problem der Vereinbarkeit eines Verbots der Fernsehwerbung nicht nur hinsichtlich des Sektors Vertrieb, sondern auch hinsichtlich der anderen durch die in Frage stehenden Rechtsvorschriften ausgeschlossenen Sektoren der Wirtschaftstät-

11 — Vgl. Urteil in der Rechtssache 52/79 (*Procureur du Roi*, Slg. 1980, 833), in der Rechtssache 352/85 (*Bond van Adverteerders*, Slg. 1988, 2085) und Rechtssache C-288/89 (*Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Slg. 1991, I-4007).

12 — Urteil in der Rechtssache C-260/89 (*ERT*, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 42).

tigkeit mit dem Gemeinschaftsrecht aufgeworfen. Die Kommission macht geltend, die von dem französischen Gericht aufgeworfene Frage sei, was den Ausschluß dieser anderen Sektoren der Wirtschaftstätigkeit von der Fernsehwerbung ausgeht, gänzlich hypothetisch. Die Kommission gibt zu verstehen, daß der Gerichtshof — falls er die Vorlage zulassen sollte — sich darauf beschränken sollte, die Gültigkeit der beanstandeten Rechtsvorschriften nur insoweit zu prüfen, als das Verbot der Fernsehwerbung für den Sektor des Vertriebs betroffen ist.

17. Die Auffassung der Kommission hat viel für sich, und ich habe vor, mich auf den Sektor des Vertriebs zu konzentrieren und mich auf einige allgemeine Anmerkungen zu den anderen Sektoren zu beschränken.

18. Im folgenden werde ich nacheinander den freien Warenverkehr, die Auslegung der Richtlinie 89/552 und die Wettbewerbsregeln des Vertrages behandeln. Zunächst erscheint es jedoch angebracht, die Bedeutung der Werbung kurz anzusprechen, damit die Bedeutung von Werbebeschränkungen richtig eingeschätzt werden kann.

Die Rolle der Werbung

19. In einer auf freien Wettbewerb gestützten entwickelten Marktwirtschaft spielt die

Werbung eine grundlegende Rolle. Werbung ist das Mittel, mit dem die Wirtschaftsteilnehmer, die Waren herstellen und vertreiben und Dienstleistungen erbringen, die Verbraucher davon zu überzeugen versuchen, daß es sich lohnt, ihre Waren zu kaufen oder ihre Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. In einer Grundsatzentscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten ist dies wie folgt formuliert worden: „Solange wir eine vorwiegend freie Marktwirtschaft erhalten, wird die Zuteilung unserer Mittel weitgehend durch zahlreiche private wirtschaftliche Entscheidungen bestimmt werden. Es liegt im öffentlichen Interesse, daß diese Entscheidungen insgesamt vernünftig sind und auf einer guten Unterrichtung des Verbrauchers beruhen. Dazu ist unbedingt erforderlich, daß die Information im gewerblichen Bereich frei fließen kann.“¹³.

20. Werbung spielt eine besonders wichtige Rolle bei der Einführung neuer Erzeugnisse. Durch Werbung können Verbraucher nämlich dazu veranlaßt werden, ihre bestehende Bindung an eine Marke aufzugeben und probeweise Waren eines anderen Herstellers zu kaufen. Ohne Werbung würden die Verbraucher dazu neigen, weiter die Waren zu kaufen, mit denen sie vertraut sind, und es würde den Herstellern schwerfallen, den Einzelhandel dazu zu bewegen, unbekannte Marken auf Lager zu nehmen, deren Absatz nicht durch Werbung gefördert werden könnte. Ohne Werbung wäre es viel leichter für die etablierten Hersteller, ihren bestehenden Marktanteil zu halten, weil potentielle neue Anbieter nur schwer auf dem Markt würden Fuß fassen können. Kurz gesagt: Werbung bringt mehr Veränderung und Mobilität in die Wirtschaft und erhöht die

¹³ — Virginia State Board of Pharmacy/Virginia Citizens Consumer Council 425 US 748, 48 L. Ed 2d (1976).

Wettbewerbsfähigkeit. Ein Werbeverbot führt zur Verfestigung bestehender Verbrauchsgewohnheiten, zur Erstarrung der Märkte und zur Erhaltung des Status quo.

21. Diese Feststellungen haben erhebliche Folgen für die durch das Gemeinschaftsrecht geschaffenen Grundfreiheiten. Auf Märkten, die trotz des durch den Vertrag in Gang gesetzten Prozesses wirtschaftlicher Integration weitgehend dem Verlauf der Landesgrenzen entsprechend aufgeteilt und abgeschottet sind, werden die eingeführten Marken wahrscheinlich vorwiegend inländischen Herstellern gehören. Ohne Werbung wäre es äußerst schwierig für einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Hersteller, auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats Fuß zu fassen, auf dem seine Erzeugnisse zuvor noch nicht verkauft worden sind und daher bei den Verbrauchern keinen Namen haben. Maßnahmen, die die Werbung verbieten oder stark einschränken, führen somit unausweichlich dazu, daß die inländischen Hersteller geschützt und die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Hersteller benachteiligt werden. Derartige Maßnahmen verhindern die gegenseitige Durchdringung von Märkten und stehen im Widerspruch zu dem Begriff des einheitlichen Marktes als solchem. Der Gerichtshof sollte daher bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von Werbebeschränkungen mit dem Gemeinschaftsrecht äußerst wachsam sein.

22. Erkennt man an, daß die Freiheit der Werbung eine essentielle Folge der durch den Vertrag geschaffenen Grundfreiheiten ist, so bedeutet dies natürlich nicht, daß die Mitgliedstaaten daran gehindert sind, die Wer-

bung zu regeln und zu beschränken. Vielmehr bietet Artikel 36 — ergänzt durch die Rechtsprechung zu den „zwingenden Erfordernissen“ — den Mitgliedstaaten einen großen Spielraum, in dem sie für die Werbung angemessene Beschränkungen aufstellen können. Diese Beschränkungen können u. a. auf Gründe des Gesundheitsschutzes, der öffentlichen Sittlichkeit, des Verbraucherschutzes und des lautereren Wettbewerbs sowie des Umweltschutzes gestützt werden. Es gibt daher keinen Grund für die Befürchtung, daß der Gerichtshof dadurch, daß er die Freiheit der Werbung als allgemeinen Grundsatz anerkennt, den Mitgliedstaaten die Befugnis nimmt, den schlimmsten Auswüchsen der Werbeindustrie Einhalt zu gebieten.

Der freie Warenverkehr

a) *Die Rechtsprechung zu Artikel 30 vor dem Urteil in der Rechtssache Keck und Mithouard*

23. Artikel 30 des Vertrages verbietet — vorbehaltlich einiger in Artikel 36 geregelter Ausnahmen — mengenmäßige Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und Maßnahmen gleicher Wirkung. Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen ist vom Gerichtshof weit ausgelegt worden. Im Urteil Dassonville¹⁴ hat der Gerichtshof entschieden:

„Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen

¹⁴ — Urteil vom 11. Mai 1974 in der Rechtssache 8/74 (Slg. 1974, 837).

Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“

24. Bis zum Urteil Keck und Mithouard¹⁵, das ich später prüfen werde, war es ein feststehendes Grundprinzip, daß eine Maßnahme nicht allein deshalb aus dem Anwendungsbereich von Artikel 30 herausfällt, weil sie ohne Unterschied für inländische und für eingeführte Erzeugnisse gilt. Im Urteil in der Rechtssache Rewe-Zentral/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein¹⁶ (das allgemein als „Cassis de Dijon“-Urteil bekannt ist) hat der Gerichtshof entschieden, daß der Verkauf eines Erzeugnisses, das in einem Mitgliedstaat rechtmäßig vermarktet wird, in einem anderen Mitgliedstaat nicht mit der Begründung verboten werden kann, daß es den Rechtsvorschriften dieses anderen Staates nicht entspricht, es sei denn, eine solche Beschränkung ist notwendig, um dringenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs.

25. Die Bedeutung des „Cassis de Dijon“-Grundsatzes kann nicht hoch genug eingeschätzt werden: Dürfte ein Mitgliedstaat die Einfuhr und den Verkauf von in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellten Erzeugnissen allein deshalb verbieten, weil

sie den Rechtsvorschriften des Einfuhrstaats nicht entsprechen, so gäbe es keinen Gemeinsamen Markt, zumindest so lange nicht, als nicht alle Rechtsvorschriften über die Zusammensetzung, Verpackung und Etikettierung von Waren harmonisiert wären.

26. Schwierigere Fragen ergeben sich, wenn durch nationale Rechtsvorschriften nicht einfach der Verkauf bestimmter in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig auf den Markt gebrachter Waren verboten wird, sondern die Umstände beschränkt werden, unter denen bestimmte Waren — oder sogar alle Waren — vermarktet werden dürfen. Derartige Rechtsvorschriften werden bisweilen als Vorschriften bezeichnet, die bestimmen, wann, wo, wie, von wem und zu welchem Preis Waren verkauft werden dürfen¹⁷. Derartige Rechtsvorschriften tendieren normalerweise nicht so offensichtlich dazu, den freien Warenverkehr zu beeinträchtigen, wie Rechtsvorschriften der in der Sache „Cassis de Dijon“ streitigen Art. Es wäre aber falsch, zu sagen, daß solche Rechtsvorschriften sich nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken. Die Auswirkungen können sogar ganz erheblich sein. Zum Beispiel können Rechtsvorschriften, nach denen pharmazeutische Erzeugnisse nur in Apotheken verkauft werden dürfen, dadurch, daß sie die Verkaufsstellen einschränken, den Zugang zum Markt für Waren aus anderen Mitgliedstaaten ganz wesentlich beschränken. Dies trifft auch für Rechtsvorschriften zu, nach denen alkoholische Getränke für den Verbrauch außerhalb der Verkaufsstelle nur in zugelassenen Läden verkauft werden dürfen.

15 — Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097).

16 — Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Slg. 1979, 649).

17 — Vgl. White, „In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty“, *Common Market Law Review* 1989, S. 235.

27. In einer Reihe von in den Achtziger- und den frühen Neunzigerjahren entschiedenen Fällen hat der Gerichtshof sich mit den Problemen auseinandergesetzt, die durch nationale Maßnahmen aufgeworfen werden, durch die Voraussetzungen eingeschränkt werden, unter denen Waren vermarktet werden dürfen. Das Vorgehen des Gerichtshofes war nicht immer konsequent, und in der Rechtsprechung haben sich zwei einander widersprechende Tendenzen herausgebildet. In einigen Fällen hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich von Artikel 30 eng ausgelegt: Z. B. hat er in der Rechtssache *Oebel*¹⁸ entschieden, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne dieser Vorschrift nicht durch Rechtsvorschriften beschränkt wird, die die Lieferung von Backwaren an Einzelhändler zu bestimmten Tageszeiten verbieten, da die Lieferung an Großhändler zulässig ist. In der Rechtssache *Blesgen*¹⁹ hat der Gerichtshof entschieden, daß das Verbot des Verkaufs von stark alkoholischen Getränken in Bars und Restaurants nicht geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu behindern; in der Rechtssache *Quietlynn und Richards*²⁰ ist er in bezug auf ein Gesetz, das den Verkauf von Pornographie — außer in konzessionierten „Sexshops“ — verbietet, zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt.

28. Häufiger hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Artikels 30 in bezug auf Maßnahmen zur Regelung der Vermarktung weit ausgelegt. Im ersten in diese Richtung gehenden Urteil in der Rechtssache *Oosthoek*²¹ ging es um ein niederländisches

Gesetz, nach dem es verboten war, im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit Waren als Geschenk anzubieten. Eine Firma, die Lexika in den Niederlanden und in Belgien vertrieb, wurde strafrechtlich verfolgt, weil sie den Käufern ihres Lexikons ein Wörterbuch oder einen Atlas als Geschenk anbot. Der Gerichtshof hat wie folgt entschieden:

„Eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, kann — obwohl sie die Einfuhren nicht unmittelbar regelt — geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse beeinträchtigt. Es ist nicht auszuschließen, daß der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt.“

Der Gerichtshof hat dann wie in der Rechtssache „*Cassis de Dijon*“ untersucht, ob das Einfuhrhindernis durch zwingende Erfordernisse in bezug auf den Verbraucherschutz oder die Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt war. Er ist zu dem Ergebnis

18 — Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 155/80 (Slg. 1981, 1993).

19 — Urteil vom 31. März 1982 in der Rechtssache 75/81 (*Blesgen*, Slg. 1982, 1211).

20 — Urteil vom 11. Juli 1990 in der Rechtssache C-23/89 (Slg. 1990, I-3059).

21 — Urteil vom 15. Dezember 1982 in der Rechtssache 286/81 (Slg. 1982, 4575).

gelangt, daß Rechtsvorschriften der streitigen Art aus diesen Gründen gerechtfertigt waren.

29. Eine ähnliche Vorgehensweise hat der Gerichtshof sich in der Rechtssache Buet²² zu eigen gemacht, in der er ein französisches Gesetz zu prüfen hatte, das die Haustürwerbung für den Verkauf von pädagogischem Material verbietet. Herr Buet wurde strafrechtlich verfolgt, weil er diese Verkaufsmethode für den Vertrieb eines in Belgien hergestellten Sprachkurses verwendet hatte. Der Gerichtshof hat entschieden, daß ein solches Gesetz Einfuhren behindern kann, daß es aber durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt ist.

30. In einer Reihe von Rechtssachen, in denen es um Vorschriften über Werbung ging, hat der Gerichtshof sich für eine ähnlich weite Auslegung des in Artikel 30 niedergelegten Verbots entschieden. Z. B. verboten in der Rechtssache Aragonesa de Publicidad²³ die streitigen Rechtsvorschriften die Werbung für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % in den Medien, auf Straßen und Landstraßen, in Kinos und in öffentlichen Verkehrsmitteln. Der Gerichtshof hat entschieden, daß diese Rechtsvorschriften zwar nicht diskriminierend seien, aber ein Hemmnis für Einfuhren darstellen könnten und grundsätzlich als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 30 anzusehen seien.

31. In den Rechtssachen GB-INNO-BM²⁴, SARPP²⁵ und Yves Rocher²⁶ ging es um Vorschriften, die den Inhalt von Werbematerial regelten. In der Rechtssache GB-INNO-BM verteilte der Betreiber von Supermärkten in Belgien Werbeprospekte sowohl in Belgien als auch in Luxemburg. Die Prospekte entsprachen dem belgischen Recht, nicht aber dem luxemburgischen Recht. Der Gerichtshof hat angenommen, daß es eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen würde, wenn der belgische Supermarktbetreiber verpflichtet würde, seine Werbeprospekte dem luxemburgischen Recht anzupassen. Der Gerichtshof hat ausdrücklich das Vorbringen zurückgewiesen, daß die Artikel 30 bis 36 Vorschriften über Werbung nicht betreffen. Dabei hat er die zuerst im Urteil Oosthoek getroffene Feststellung bestätigt, daß Rechtsvorschriften, die die Werbung beschränken, das Volumen des Handels zwischen Mitgliedstaaten beschränken können, weil sie die Vermarktungsmöglichkeiten für eingeführte Erzeugnisse beeinträchtigen²⁷. In der Rechtssache SARPP wurden eine Reihe von Firmen verklagt, die synthetische Süßstoffe nach Frankreich eingeführt oder dort vertrieben. Das einschlägige französische Gesetz verbot in der Werbung für synthetische Süßstoffe jeden Hinweis auf Zucker oder die physikalischen, chemischen oder nutritiven Eigenschaften des Zuckers. Der Gerichtshof hat entschieden, daß sich ein Einfuhrhindernis ergeben könnte, wenn ein Erzeuger gezwungen würde, Form und Inhalt einer Werbekampagne zu ändern oder ein Werbesystem aufzugeben, das er für besonders wirksam hält²⁸. In der Rechtssache Yves Rocher wurde eine französische Firma verklagt, weil sie in

22 — Urteil vom 16. Mai 1989 in der Rechtssache 382/87 (Slg. 1989, 1235).

23 — Urteil vom 25. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Slg. 1991, I-4151); siehe auch Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 152/78 (Kommission/Frankreich, Slg. 1980, 2299, insbesondere Randnr. 11).

24 — Urteil vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-362/88 (Slg. 1990, I-667).

25 — Urteil vom 12. Dezember 1990 in der Rechtssache C-241/89 (Slg. 1990, I-4695).

26 — Urteil vom 18. Mai 1993 in der Rechtssache C-126/91 (Slg. 1993, I-2361).

27 — Randnr. 7 des Urteils in der Rechtssache GB-INNO-BM.

28 — Randnr. 29 des Urteils.

Deutschland Kataloge und Prospekte verteilte, die gegen ein deutsches Gesetz verstießen, nach dem blickfangmäßige Preisvergleiche verboten sind. Ein solches Gesetz hat der Gerichtshof als Maßnahme gleicher Wirkung angesehen.

32. In den Urteilen GB-INNO-BM, SARPP und Yves Rocher ist der Gerichtshof davon ausgegangen, daß das Hindernis für den Handel zwischen Mitgliedstaaten auf Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften zurückzuführen ist. Er hat dann einen Grundsatz angewandt, der dem im „Cassis de Dijon“-Urteil formulierten ähnelt, nämlich daß ein Wirtschaftsteilnehmer, der Werbematerial im Einklang mit dem Recht eines Mitgliedstaats herstellt, in der Lage sein muß, es in anderen Mitgliedstaaten zu verwenden, sofern die zwingenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs nichts anderes gebieten. Hätten die Wirtschaftsteilnehmer ihre Werbeprospekte entsprechend den Rechtsvorschriften jedes einzelnen Mitgliedstaats zu ändern, so träfe sie die gleiche Art von zusätzlicher Belastung, die ihnen auferlegt wird, wenn die Waren als solche zu ändern sind.

33. Der Gerichtshof hat sich eine andere Vorgehensweise (oder eine Reihe von anderen Vorgehensweisen) in mehreren Rechtssachen²⁹ zu eigen gemacht, in denen es um Beschränkungen des Verkaufs an Sonntagen ging. Er hat seine Auffassung im Urteil in der Rechtssache Stoke-on-Trent Council/B & Q zusammengefaßt, worin er bestätigt hat, daß mit Vorschriften, die die

Öffnung von Geschäften an Sonntagen beschränken, ein Ziel verfolgt wird, das nach Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt ist, und daß derartige Vorschriften nicht nach Artikel 30 verboten sind, wenn ihre möglichen beschränkenden Wirkungen auf den gemeinschaftlichen Warenverkehr nicht über den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentümlichen Wirkungen hinausgehen. Der Gerichtshof hat entschieden, daß die den Handel beschränkenden Auswirkungen von nationalen Vorschriften, die die Öffnung von Geschäften an Sonntagen verbieten, im Hinblick auf den verfolgten Zweck nicht unverhältnismäßig sind. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof folgendes festgestellt:

„Die Frage der Verhältnismäßigkeit einer nationalen Regelung, die ein gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigtes Ziel verfolgt, erfordert eine Abwägung des nationalen Interesses an der Erreichung dieses Ziels mit dem Gemeinschaftsinteresse am freien Warenverkehr. Bei der Prüfung, ob die beschränkenden Wirkungen der fraglichen Regelung auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche nicht überschreiten, ist darauf abzustellen, ob diese Wirkungen unmittelbar, mittelbar oder nur hypothetisch sind und ob sie den Absatz eingeführter Erzeugnisse nicht stärker beeinträchtigen als denjenigen einheimischer.“³⁰

b) *Die Urteile in den Rechtssachen Keck und Hünermund*

34. Das im vergangenen Jahr erlassene Urteil in der Rechtssache Keck³¹ stellt einen Ver-

29 — Urteile vom 23. November 1989 in der Rechtssache C-145/88 (Torfaen Borough Council, Slg. 1989, 3851), vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-312/89 (Conforama u. a., Slg. 1991, I-997) und vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-169/91 (B & Q, Slg. 1992, I-6635).

30 — Randnr. 15 des in Fußnote 29 zitierten Urteils in der Rechtssache B & Q.

31 — Verbundene Rechtssachen C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, zitiert in Fußnote 15.

such des Gerichtshofes dar, die durch die Widersprüche in der früheren Rechtsprechung geschaffene Verwirrung zum Teil zu beseitigen. Wie aus dem Urteil selbst hervorgeht, ging es dem Gerichtshof darum, einen seiner Ansicht nach übertriebenen Rückgriff auf Artikel 30 zu verhindern. Der Gerichtshof hat zunächst das „Cassis de Dijon“-Urteil in bezug auf Maßnahmen bestätigt, durch die Erfordernisse aufgestellt werden, denen die betreffenden Waren zu entsprechen haben (wie Erfordernisse hinsichtlich der Bezeichnung, der Form, der Abmessung, des Gewichts, der Zusammensetzung, der Aufmachung, der Etikettierung und der Verpackung der Waren), und hat dann entschieden, daß ein Gesetz, das den Weiterverkauf von Waren zum Verlustpreis durch Einzelhändler verbietet, außerhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 30 liegt, wobei er sich wie folgt ausgedrückt hat:

„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville ... unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“³²

Das Urteil in der Rechtssache Keck ist in der Folge in einer Reihe von Urteilen angewen-

det worden; das einzige, das hier zu erörtern ist, ist das Urteil Hünermund³³. Die Auswirkungen des Urteils Keck sind immer noch ungewiß: Vielleicht ist es am ehesten dahin zu verstehen, daß es vom Anwendungsbereich des Artikels 30 nur Maßnahmen ganz allgemeiner Art ausschließt, die Einfuhren nicht verhindern, die an der Verkaufsstelle wirksam werden und die sich auf den Handelsverkehr nicht anders als in der Weise auswirken, daß sie die Gesamtmenge der verkauften Waren verringern und dabei Einfuhren und inländische Erzeugnisse in der gleichen Weise berühren.

35. Im Urteil Hünermund hat der Gerichtshof das Urteil Keck auf eine Werbebeschränkung angewandt. Dabei ging es um von der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg erlassene Standesregeln. Nach diesen Regeln³⁴ durften Apotheker in Kinos, im Rundfunk und im Fernsehen überhaupt nicht werben. Sie durften Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften veröffentlichen; diese Anzeigen durften aber nichts außer dem Namen, der Anschrift und der Telefonnummer der Apotheke sowie dem Namen des Inhabers enthalten. Der Zweck dieser Regeln bestand eindeutig darin, einen übermäßigen Wettbewerb der Apotheker untereinander zu verhindern. Frau Hünermund und zwölf andere Apotheker wollten für apothekenübliche Waren, die sie in ihren

33 — Urteil vom 15. Dezember 1993 in der Rechtssache C-292/92 (Slg. 1993, I-6787); vgl. auch Urteile vom 2. Februar 1994 in der Rechtssache C-315/92 (Verband Sozialer Wettbewerb, Slg. 1994, I-317) und vom 2. Juni 1994 in den verbundenen Rechtssachen C-401/92 und C-402/92 (Tankstation 't Heukske und Boermans, Slg. 1994, I-2199) und in den verbundenen Rechtssachen C-90/93 und C-258/93 (Punto Casa und PPV, Slg. 1994, I-2355).

34 — Vgl. Sitzungsbericht, Slg. 1993, I-6790.

32 — Randnr. 16 des Urteils.

Apotheken verkaufen durften, werben. Sie beantragten beim zuständigen Verwaltungsgericht die Feststellung, daß die obengenannten Regeln, die sie an der Werbung für apothekenübliche Waren — außer innerhalb ihrer Apotheken — hinderten, ungültig sind, und zwar insbesondere mit der Begründung, daß diese Regeln gegen Artikel 30 des Vertrages verstießen. Die Sache wurde dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt.

36. Der Gerichtshof hat zunächst die Randnummer 16 des Urteils Keck zitiert und dann festgestellt³⁵, daß die in dieser Randnummer genannten Voraussetzungen für den Ausschluß einer Maßnahme vom Anwendungsbereich des Artikels 30 bei der Anwendung von Landesregeln einer Berufskammer erfüllt sind, die den Apothekern die Werbung außerhalb der Apotheke für apothekenübliche Waren, die sie zum Verkauf anbieten dürfen, verbieten. Der Gerichtshof hat ausgeführt, daß diese Regelung, ohne nach der Herkunft der betreffenden Waren zu unterscheiden, für alle Apotheker im Zuständigkeitsbereich der Apothekerkammer gilt und den Absatz der Waren aus anderen Mitgliedstaaten nicht in anderer Weise berührt als den Absatz der inländischen Waren.

c) *Die Anwendung der Urteile Keck und Hünermund auf das streitige Verbot*

37. Ohne das Urteil Hünermund wäre es vielleicht nicht klar gewesen, daß die Formulierung „nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten“, im Urteil Keck auch Vorschriften über Werbung erfaßt. Aus den oben dargelegten Gründen können Werbebeschränkungen eine besonders ernste Bedrohung für die Integration der Märkte darstellen. Womöglich war der Gerichtshof in der Rechtssache Hünermund dadurch beeinflusst, daß die dort streitigen Beschränkungen verhältnismäßig unbedeutend waren, und dachte nicht daran, das gleiche Kriterium auf ernsthaftere Beschränkungen anzuwenden. Soll das im Urteil Keck niedergelegte Kriterium auf die hier streitigen französischen Vorschriften angewendet werden, so wird zu prüfen sein, ob diese Vorschriften „für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und ... den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“. Meines Erachtens ist dies der Fall. Ebenso wie das Verbot des Weiterverkaufs mit Verlust in der Rechtssache Keck für alle Wirtschaftsteilnehmer galt, die Waren unverändert weiterverkaufen, ist auch im vorliegenden Fall das Verbot der Fernsehwerbung eine allgemeine Maßnahme, die für den Sektor des Vertriebs insgesamt gilt. Zweitens hat das Verbot — außer in einigen besonderen Fällen — die hier nicht im Streit sind — wie dem des Verkaufs von Waren mit Hilfe der Technik der unmittelbaren Vermarktung über das Fernsehen (siehe unten, Nr. 54) — wahrscheinlich die gleichen Auswirkungen auf den Absatz von inländischen und von eingeführten Waren. Wie im folgenden festgestellt, wird ein Rückgang des

35 — Randnr. 22.

Absatzes durch den Sektor des Vertriebs infolge des Verbots inländische und eingeführte Waren in gleicher Weise berühren. Ich komme folglich zu dem Ergebnis, daß das Verbot bei Anwendung des im Urteil Keck niedergelegten Kriteriums grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 30 fällt.

d) *Eine Alternativlösung*

38. Ich ziehe es jedoch vor, in einer anderen Weise vorzugehen, auch wenn diese Vorgehensweise in der vorliegenden Rechtssache zum gleichen Ergebnis führen mag. Meines Erachtens ist die Argumentation des Gerichtshofes — wenn auch nicht das Ergebnis — im Urteil Keck aus zwei Gründen unbefriedigend. Erstens ist es nicht sachgerecht, starre Unterscheidungen zwischen verschiedenen Vorschriftenkategorien zu treffen und je nach der Kategorie, zu der die einzelnen Vorschriften gehören, unterschiedliche Kriterien anzuwenden. Die Schwere der Beschränkung, die durch die einzelnen Bestimmungen vorgeschrieben werden, ist nur graduell unterschiedlich. Maßnahmen, die die Verkaufsmodalitäten berühren, können äußerst schwerwiegende Einfuhrhindernisse schaffen. Zum Beispiel wäre eine Vorschrift, wonach bestimmte Erzeugnisse nur in einigen kleinen Läden in einem Mitgliedstaat verkauft werden dürfen, fast ebenso restriktiv wie ein gänzlich Einfuhr- und Vermarktungsverbot. Dies wird besonders deutlich durch Werbebeschränkungen veranschaulicht: Die in der Rechtssache Hünermund streitige Art der Beschränkung mag nur wenig Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten gehabt haben, man dürfte aber kaum die Auffassung vertreten können, daß z. B. ein vollständiges Verbot

der Werbung für ein bestimmtes Erzeugnis, das rechtmäßig verkauft werden kann, nicht unter Artikel 30 fallen könnte. Wie ich im folgenden darlegen werde, wäre es sachgerechter, Beschränkungen anhand eines einzigen im Lichte des Zwecks des Artikels 30 formulierten Kriteriums zu prüfen.

39. Schließt man Maßnahmen, die „den Absatz der inländischen und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“, vom Anwendungsbereich des Artikels 30 aus, so läuft dies zweitens darauf hinaus, daß in bezug auf Beschränkungen der Verkaufsmodalitäten ein Diskriminierungskriterium eingeführt wird. Dieses Kriterium erscheint jedoch nicht sachgerecht. Das mit den Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr verfolgte Hauptinteresse besteht darin, ungerechtfertigte Handelshemmnisse zwischen Mitgliedstaaten zu verhindern. Besteht ein Hindernis für den zwischenstaatlichen Handel, so kann es nicht allein deshalb aufhören zu bestehen, weil das gleiche Hindernis auch den Binnenhandel beeinträchtigt. Es fällt mir schwer, zu akzeptieren, daß ein Mitgliedstaat den Absatz von Waren aus einem anderen Mitgliedstaat unter der einzigen Voraussetzung willkürlich beschränken darf, daß er die gleiche willkürliche Beschränkung auch für den Absatz von inländischen Waren vorschreibt. Wenn ein Mitgliedstaat den Marktzugang für bestimmte Erzeugnisse erheblich beschränkt — z. B. dadurch, daß er vorsieht, daß diese Waren nur in einer sehr beschränkten Zahl von Geschäften verkauft werden dürfen — und wenn ein Hersteller dieser Erzeugnisse in einem anderen Mitgliedstaat dadurch wirtschaftliche Einbußen erleidet, so wird es ihn kaum trösten, wenn er weiß, daß seine Konkurrenten in dem Mitgliedstaat, der die

Beschränkung vorschreibt, ähnliche Verluste erleiden.

40. Auch unter dem Gesichtspunkt des im Vertrag zum Ausdruck kommenden Bemühens um die Herstellung eines einzigen Marktes ist Diskriminierung kein sachdienliches Kriterium: Unter diesem Gesichtspunkt ist der Umstand, daß ein Mitgliedstaat ähnliche Beschränkungen für den Absatz von inländischen Waren vorschreibt, einfach unerheblich. Die negativen Auswirkungen auf den Gemeinschaftsmarkt werden in keiner Weise gemildert; dies gilt auch für die negativen Auswirkungen auf die Wirtschaft der anderen Mitgliedstaaten und damit auf die Wirtschaft der Gemeinschaft. In der Tat würde die Anwendung des Kriteriums der Diskriminierung zu einer Aufspaltung des Marktes der Gemeinschaft führen, da die Wirtschaftsteilnehmer alle Beschränkungen der Verkaufsmodalitäten hinnehmen müßten, die in den Mitgliedstaaten jeweils bestehen könnten, und ihre eigenen Modalitäten in jedem einzelnen Staat entsprechend anzupassen hätten. Handelsbeschränkungen sollten nicht im Verhältnis zu örtlichen Voraussetzungen geprüft werden, die vielleicht in den Mitgliedstaaten jeweils bestehen, sondern im Verhältnis zu dem Ziel, Zugang zum gesamten Markt der Gemeinschaft zu erhalten. Das Kriterium der Diskriminierung ist daher grundsätzlich unvereinbar mit den Zielen des Vertrages.

41. Es stellt sich somit die Frage, welches Kriterium bei der Entscheidung anzuwenden ist, ob eine Maßnahme in den Anwendungsbereich des Artikels 30 fällt. Es gibt einen richtungweisenden Grundsatz, aus dem sich ein sachgerechtes Kriterium zu ergeben scheint: Dieser Grundsatz besteht darin, daß

alle Unternehmen, die eine rechtmäßige wirtschaftliche Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausüben, ungehinderten Zugang zum gesamten Markt der Gemeinschaft haben sollten, sofern es keinen stichhaltigen Grund dafür gibt, ihnen den vollen Zugang zu einem Teil dieses Marktes zu verwehren. Trotz gelegentlicher Widersprüche in der Begründung einiger Urteile scheint dies das Grundprinzip zu sein, von dem sich der Gerichtshof bei seinem Vorgehen vom Urteil *Dassonville* über das Urteil *Cassis de Dijon* bis zum Urteil *Keck* hat leiten lassen. Im Grunde genommen stehen alle diese Urteile vom Ergebnis nach im Einklang mit diesem Grundsatz, auch wenn es bei einigen von ihnen so aussieht, als seien sie auf eine andere Begründung gestützt.

42. Wenn der Grundsatz darin besteht, daß alle Unternehmen ungehinderten Zugang zum gesamten Markt der Gemeinschaft haben sollten, dann besteht das sachgerechte Prüfungskriterium meines Erachtens darin, ob eine wesentliche Beschränkung dieses Zugangs vorliegt. Dies würde natürlich darauf hinauslaufen, daß in Artikel 30 eine Prüfung nach dem Grundsatz „de minimis non curat praetor“ eingeführt würde. Sobald anerkannt ist, daß die Notwendigkeit besteht, den Anwendungsbereich des Artikels 30 zu begrenzen, um übermäßige Eingriffe in die Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten zu verhindern, erscheint eine Prüfung, bei der darauf abgestellt wird, in welchem Umfang eine Maßnahme den Handel zwischen Mitgliedstaaten dadurch behindert, daß sie den Marktzugang beschränkt, als die am ehesten einleuchtende Lösung. In der Tat ist es vielleicht überraschend, daß der Gerichtshof in Anbetracht des eingestandenen Bestrebens, eine übermäßige Inanspruchnahme des Artikels 30 zu verhindern, sich im Urteil *Keck* nicht für eine solche Lösung entschieden hat. Der Grund dafür

mag darin liegen, daß der Gerichtshof befürchtete, eine Prüfung anhand des „de minimis“-Grundsatzes könnte, wenn sie bei allen den Handel mit Waren berührenden Maßnahmen vorgenommen würde, die nationalen Gerichte, die in erster Linie für die Anwendung von Artikel 30 verantwortlich sind, dazu veranlassen, zu viele Maßnahmen vom Anwendungsbereich des in dieser Vorschrift niedergelegten Verbots auszuschließen. Es ist daher Vorsicht geboten; wenn eine solche Prüfung eingeführt werden soll, wird es notwendig sein, die Umstände, unter denen sie vorzunehmen ist, sorgfältig zu definieren.

43. Es ist klar, daß es nicht sachgerecht wäre, eine solche Prüfung bei Maßnahmen vorzunehmen, durch die Waren aus anderen Mitgliedstaaten offen diskriminiert werden. Derartige Maßnahmen sind nach Artikel 30 verboten (sofern sie nicht nach Artikel 36 gerechtfertigt sind), selbst wenn ihre Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel geringfügig sind: Offen diskriminierende Maßnahmen sind als solche verboten.

44. In bezug auf Maßnahmen, die ohne Unterschied für inländische Waren und Waren aus anderen Mitgliedstaaten gelten, müßte das Erfordernis eingeführt werden, daß die gegenwärtige oder potentielle Beschränkung des Marktzugangs wesentlich sein muß. Die Auswirkungen von ohne Unterschied anwendbaren Maßnahmen auf den Marktzugang können sich je nach der Art der betreffenden Maßnahme sehr stark unterscheiden. Wird durch eine solche Maßnahme der Verkauf von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig vermarktet werden, verboten (wie in der Rechtssache „Cassis de Dijon“), so kann vermutet werden, daß die Maßnahme eine wesentliche Auswirkung auf den Marktzugang hat, da

den Waren entweder der Zugang vollständig verwehrt wird oder sie erst dann auf den Markt gelangen können, wenn sie in irgendeiner Weise verändert worden sind; die Notwendigkeit, Waren zu verändern, stellt als solche ein wesentliches Hindernis für den Zugang zum Markt dar.

45. Schränkt eine ohne Unterschied geltende Maßnahme dagegen nur bestimmte Verkaufsmodalitäten dadurch ein, daß sie bestimmt, wann, wo, wie, von wem oder zu welchem Preis Waren verkauft werden dürfen, so werden ihre Auswirkungen von einer Reihe von Faktoren abhängen, wie z. B. davon, ob sie für bestimmte Waren gilt (wie in den Rechtssachen Blesgen, Buët oder Quietlynn) oder für die meisten Waren (wie in der Rechtssache Torfaen) oder für alle Waren (wie in der Rechtssache Keck), inwieweit es möglich bleibt, auf andere Verkaufsmodalitäten zurückzugreifen, und ob die Auswirkungen der Maßnahme unmittelbar oder mittelbar sind, sofort oder in großem zeitlichem Abstand eintreten oder rein hypothetisch³⁶ und ungewiß³⁷ sind. Die Bedeutung des Hindernisses für den Zugang zum Markt kann also gewaltig variieren: Sie kann von unbedeutend bis zu einem Quasi-Verbot reichen. An dieser Stelle könnte eine „de minimis“-Prüfung eindeutig eine nützliche Funktion erfüllen. Die im Urteil Keck anerkannte Unterscheidung zwischen einem Verbot der in der Rechtssache „Cassis de Dijon“ streitigen Art und einer bloßen Beschränkung bestimmter Verkaufsmodalitäten ist daher nützlich: Durch das erstgenannte wird unvermeidlich ein wesentliches Hindernis für den Handel zwischen Mitgliedstaaten geschaffen, während durch das letztgenannte ein solches Hindernis geschaffen werden kann. Es läßt sich jedoch nicht die Auffas-

36 — Wie in Randnr. 15 des Urteils in der Rechtssache B & Q (zitiert unter Nr. 33.).

37 — Wie in der Rechtssache C-69/88 (Krantz, Slg. 1990, I-583, Randnr. 11).

sung vertreten, daß der Handel durch eine Maßnahme der letztgenannten Art nicht unter Verstoß gegen Artikel 30 behindert werden kann, wenn keine Diskriminierung vorliegt. Es ist daher anzuerkennen, daß derartige Maßnahmen, sofern sie nicht offen diskriminierend sind, nicht automatisch von Artikel 30 erfaßt werden, wie es bei Maßnahmen der in der Rechtssache „Cassis de Dijon“ streitigen Art der Fall ist, daß sie aber erfaßt werden können, wenn die Beschränkung des Zugangs zum Markt, die sie verursachen, wesentlich ist.

46. Dem läßt sich entgegenhalten, daß die oben befürwortete Betrachtungsweise im Widerspruch zu einer Reihe von Urteilen steht, in denen der Gerichtshof den Gedanken, daß eine Maßnahme nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 30 fallen soll, weil ihre Auswirkungen auf Einfuhren geringfügig sind, ausdrücklich zurückgewiesen hat. In der Mehrzahl dieser Fälle war die in Frage stehende Maßnahme jedoch offenkundig diskriminierend, wie z. B. in den Rechtssachen Prantl³⁸, Kommission/Frankreich³⁹ und Kommission/Italien⁴⁰, und in der letztgenannten Rechtssache sind die Auswirkungen der Maßnahme jedenfalls als wesentlich angesehen worden⁴¹. Zwar hat der Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache Van de Haar und Kaveka de Meern⁴² in bezug auf eine ohne Unterschied anwendbare Maßnahme (nämlich eine Preisfestsetzungsregelung) eine „De minimis“-Prüfung abgelehnt, er hat dies aber rein abstrakt getan und hat dann in demselben Urteil entschieden, daß

eine Preisfestsetzungsregelung nur dann gegen Artikel 30 verstößt, wenn die Preise so niedrig festgesetzt werden, daß eingeführte Waren nicht gewinnbringend abgesetzt werden können oder ein Wettbewerbsvorteil des Herstellers der eingeführten Erzeugnisse neutralisiert wird. Dies unterscheidet sich im Ergebnis nicht sehr von der Aussage, daß Artikel 30 nur dann ins Spiel kommt, wenn ein erhebliches Hindernis für den Marktzugang vorliegt.

47. Schließlich bleibt nur anzumerken, daß der Fall beim Verbot von Abgaben mit gleicher Wirkung wie Zölle aufgrund der Artikel 12 und 16 des Vertrages anders gelagert ist. Der Gerichtshof hat zu Recht entschieden, daß dieses Verbot für alle Abgaben gilt, so gering sie auch sein mögen⁴³. Der Anwendungsbereich dieses Verbotes ist jedoch viel spezieller als der Anwendungsbereich des Artikels 30; darüber hinaus ziehen derartige Abgaben, so gering sie auch sein mögen, notwendigerweise eine Behinderung des Warenflusses aufgrund der Tatsache nach sich, daß die Waren die Grenze überschreiten, während es das Ziel dieser Vertragsbestimmungen ist, derartige Grenzen zu beseitigen⁴⁴. Dieser Grundgedanke gilt nicht in gleicher Intensität für das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkungen gemäß Artikel 30.

48. Im Urteil Keck selbst steht das Ergebnis im Einklang mit der oben vertretenen Auffassung. Ein Gesetz, das es den Einzelhändlern aller Waren verbietet, Waren zu einem niedrigeren Preis als dem Gestehungspreis

38 — Urteil vom 13. März 1984 in der Rechtssache 16/83 (Slg. 1984, 1299).

39 — Urteil vom 14. März 1985 in der Rechtssache 290/83 (Slg. 1985, 837).

40 — Urteil vom 5. Juni 1986 in der Rechtssache 103/84 (Slg. 1986, 1759).

41 — Randnr. 18 des Urteils.

42 — Urteil vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechtssachen 177/82 und 178/82 (Slg. 1984, 1797, Randnr. 13).

43 — Siehe z. B. Urteil vom 1. Juli 1969 in der Rechtssache 24/68 (Kommission/Italien, Slg. 1969, 193, Randnr. 9).

44 — A. a. O.

weiterzuverkaufen, hat wahrscheinlich keine wesentliche Auswirkungen auf den Absatz von eingeführten Waren. Es hat keine wesentlichen Auswirkungen auf das Gesamtvolumen der Einfuhren und hindert einen Wirtschaftsteilnehmer in einem anderen Mitgliedstaat nicht am vollen Zugang zum Markt. Die gleiche Aussage wird normalerweise für Rechtsvorschriften zutreffen, die die Öffnungszeiten von Geschäften beschränken, zumindest wenn sie allgemein anwendbar sind und die Absatzmöglichkeiten nicht nur für ein beschränktes Warensortiment willkürlich beschränken. Derartige Rechtsvorschriften können zu einem geringfügigen Rückgang des gesamten Absatzvolumens einschließlich des Absatzes eingeführter Waren führen, es ist aber unwahrscheinlich, daß sie den Marktzugang für die Waren irgendeines einzelnen Wirtschaftsteilnehmers wesentlich beschränken, da die Auswirkungen der Rechtsvorschriften sich auf das gesamte Warensortiment erstrecken werden.

49. Ich komme daher zu dem Ergebnis, daß Artikel 30 auf nicht diskriminierende Maßnahmen anzuwenden ist, die geeignet sind, den Marktzugang wesentlich zu beschränken⁴⁵.

50. Wie ist eine Prüfung nach diesem Kriterium bei Beschränkungen der Werbung vorzunehmen? Wie ich bereits ausgeführt habe, kann ein vollständiges Verbot der Werbung für ein Erzeugnis, das in dem Mitgliedstaat,

in dem das Verbot besteht, und in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig verkauft werden kann, in Anbetracht der Bedeutung der Freiheit der Werbung nicht außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikels 30 liegen. Ein solches Verbot würde sich dahin auswirken, daß es Herstellern in anderen Mitgliedstaaten praktisch unmöglich gemacht würde, sich Zugang zu dem Markt zu verschaffen, auf den das Verbot ausgesprochen worden ist, wenn ihre Waren den Verbrauchern in diesem Land nicht bereits bekannt sind. Eine Maßnahme, die ein so wesentliches Hindernis für die Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten darstellt, hat sicher die gleiche Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten. Selbst wenn man bei der Prüfung das im Urteil Keck formulierte Kriterium der Diskriminierung anwenden würde, käme man zu dem gleichen Ergebnis: Ein Werbeverbot ist in seinen Auswirkungen keineswegs neutral, sondern wirkt sich tendenziell für eingeführte Waren besonders nachteilig aus.

51. Die in der vorliegenden Rechtssache unmittelbar streitige Maßnahme ist das nach französischem Recht bestehende Verbot der Fernsehwerbung für den Sektor des Vertriebs. Daß das Einfuhrhindernis, das selbst ein teilweises Verbot der Werbung für einzelne Erzeugnisse darstellen kann, eine Tatsache ist, läßt sich durch das Beispiel veranschaulichen, das ein anderes Verbot im französischen Recht bietet. In Frankreich verstößt es gegen das Gesetz, im Fernsehen für alkoholische Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 % zu werben. Eine solche Maßnahme mag nach Artikel 36 des Vertrages gerechtfertigt sein, es läßt sich aber nicht die Auffassung vertreten, daß sie nicht unter Artikel 30 falle. Beschließt eine deutsche Brauerei, deren Biere bis jetzt noch nicht in Frankreich vertrieben worden sind, auf den französischen Markt zu gehen,

⁴⁵ — Vgl. auch Roth, „Comment on Keck and Hünermund“, *Common Market Law Review* 1994, S. 845, insbesondere S. 853.

so wird sie auf diesem Markt kaum eine nennenswerte Wirkung erzielen, wenn sie den Absatz ihrer Erzeugnisse nicht durch Werbung fördern kann. Fernsehen ist als ein besonders wirksames Werbemedium anerkannt, insbesondere was Erzeugnisse angeht, die auf dem Markt in Massen abgesetzt werden sollen. Ist die deutsche Brauerei daran gehindert, im Fernsehen zu werben, so wird es ihr schwerer fallen, auf dem französischen Markt Fuß zu fassen, und dieser wird weiter von den gut eingeführten einheimischen Marken beherrscht werden.

52. Der Gerichtshof braucht jedoch über dieses Verbot nicht zu entscheiden. Es braucht auch nicht geprüft zu werden, ob es wesentliche Auswirkungen auf den Zugang zum Markt für die anderen von der Fernsehwerbung ausgeschlossenen Produktgruppen, nämlich Literaturverlagsveröffentlichungen, Zeitungen und Zeitschriften gibt. Die Frage in der vorliegenden Rechtssache geht dahin, ob ein teilweises Verbot der Werbung für einen bestimmten Wirtschaftssektor, nämlich ein Verbot des Einsatzes von Fernsehwerbung durch den Sektor des Vertriebs nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 30 fällt. Die Beantwortung dieser Frage muß meines Erachtens von den Auswirkungen des teilweisen Verbots abhängen. Schafft es ein wesentliches Hindernis für die Einfuhr von in einem anderen Mitgliedstaat hergestellten Waren, so ist es unvereinbar mit Artikel 30, sofern es nicht aus im Gemeinschaftsrecht anerkannten Gründen gerechtfertigt ist. Hat ein teilweises Werbeverbot dagegen keine wesentlichen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel und stellt es für eingeführte Waren kein Hinder-

nis für die Markterschließung dar, so ist nichts dagegen einzuwenden, es aus dem Anwendungsbereich des Artikels 30 auszuschließen.

53. Die Auswirkung des Verbots der Fernsehwerbung für den Sektor des Vertriebs erscheint eher marginal zu sein als das Verbot der Werbung für alkoholische Getränke. Wie ich ausgeführt habe, gilt es für ein ganzes Warensortiment, so daß gegen das Verbot nicht eingewendet werden kann, daß es willkürlich bestimmte Warengruppen erfasse. Werden Geschäfte daran gehindert, im Fernsehen zu werben, so werden die Auswirkungen auf den Handel vorwiegend — aber nicht ausschließlich — innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats eintreten. Verschiedene mögliche Auswirkungen sind vorstellbar: Z. B. könnte ein Übergang der Einnahmen aus Werbung von Unternehmen, die Fernsehsender betreiben, auf Unternehmen eintreten, die andere Werbemethoden anbieten, einschließlich der Eigentümer von Zeitungen (sowohl mit landesweiter als auch mit regionaler Verbreitung); die größeren Einzelhändler, insbesondere die Inhaber von Supermarktketten, die in der Praxis mit der größten Wahrscheinlichkeit Fernsehwerbung einsetzen, werden vielleicht feststellen, daß ihr Wettbewerbsvorteil gegenüber den Inhabern kleinerer Geschäfte geringer ist, als er es ohne das Verbot wäre, und das Gesamtvolumen des Warenabsatzes im allgemeinen — unter Einschluß der Einfuhren — könnte geringfügig zurückgehen, wenn die Vertriebshändler nicht in der Lage sind, den Absatz durch Fernsehwerbung zu fördern. Keine dieser Auswirkungen stellt jedoch einen wesentlichen Einfluß auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten dar, der ausreichen würde, um Artikel 30 ins Spiel zu bringen.

54. Auch wenn die Auswirkungen einer nur für den Betriebssektor geltenden Beschränkung im allgemeinen innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats eintreten, ist es jedoch möglich, sich Fallgestaltungen vorzustellen, in denen sich ein echtes Einfuhrhindernis ergeben könnte. Ein Beispiel bietet das System des Fernseh Direktvertriebs, das in den letzten Jahren in Europa mehr und mehr gängig geworden ist. Ein Vertriebshändler wirbt im Fernsehen für Waren und zeigt dann Telefonnummern, über die die Waren in den einzelnen Ländern, in denen der Fernsehsender empfangen werden kann, bestellt werden können. Wäre ein solches System in Frankreich verboten, so könnte das sich daraus ergebende Handelshindernis kaum als unwesentlich bezeichnet werden. Ein derartiges Hindernis steht darüber hinaus im Widerspruch zum Gedanken eines einheitlichen Marktes, weil es die Vertriebshändler daran hindert, eine globale Absatzstrategie zu entwickeln. Wollte ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Betriebshändler sich in einem solchen Fall auf den Vertrag berufen, so könnte sich sehr wohl die Frage der Anwendung des Artikels 30 oder des Artikels 59 stellen. Es ist auch vorstellbar, daß ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat eine Supermarktkette in Frankreich ansiedeln möchte: In diesem Fall könnte das Verbot der Fernsehwerbung im Vertriebssektor die Frage der Anwendbarkeit des Artikels 52 des Vertrages aufwerfen.

55. In der vorliegenden Rechtssache werden derartige Fragen nicht aufgeworfen. Wie ich ausgeführt habe, treten die Auswirkungen einer für den Betriebssektor geltenden Beschränkung, wie sie hier im Streit ist, in erster Linie im Inland auf. Die Beschränkung bezieht sich nur auf eine Form der Werbung, auch wenn es sich, soweit Massenverbrauchswaren betroffen sind, um die wirk-

samste Form handelt, und die Werbung für die Waren als solche ist nur mittelbar betroffen. Wie bei den obengenannten⁴⁶ Rechtsvorschriften, die die Öffnungszeiten von Geschäften beschränken, kann die Maßnahme zu einem geringfügigen Rückgang des Gesamtvolumens des Warenabsatzes einschließlich der Einfuhren führen. Es läßt sich aber nicht sagen, daß sie einen wesentlichen Einfluß auf den Zugang zum Markt hat. Sie fällt daher meines Erachtens nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 30.

e) *Die Frage der Rechtfertigung*

56. Da ich zu dem Ergebnis gelangt bin, daß die streitige Maßnahme nicht unter Artikel 30 fällt, und zwar weder nach dem im Urteil Keck niedergelegten Kriterium noch nach der von mir vorgeschlagenen Alternativlösung, mag es nicht notwendig sein, die Rechtfertigung der Maßnahme zu prüfen; ich werde diese Prüfung aber für den Fall vornehmen, daß der Gerichtshof in bezug auf Artikel 30 anderer Ansicht sein sollte, und werde an die Frage ausgehend von der Überlegung herangehen, daß Artikel 30 entgegen meiner Auffassung anwendbar ist. Da die Maßnahme ohne Unterschied für inländische und eingeführte Waren gilt, kann eine Rechtfertigung nicht nur in Artikel 36 des Vertrages, sondern auch in der Reihe der zwingenden Erfordernisse gesucht werden, die der Gerichtshof in der „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung anerkannt hat.

46 — Siehe oben, Nr. 48.

57. Die Rechtfertigung der Maßnahme setzt die Feststellung voraus, a) daß mit der Maßnahme ein berechtigtes Ziel verfolgt wird, b) daß die Maßnahme ein geeignetes Mittel zur Verfolgung dieses Ziels darstellt und c) daß dieses Ziel nicht ebenso wirksam mit anderen Mitteln erreicht werden könnte, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten weniger beschränken.

58. Nach Angabe der französischen Regierung besteht der Zweck des beanstandeten Dekrets, zumindest soweit der Vertriebssektor betroffen ist, darin, die regionale Tagespresse zu schützen und den Pluralismus in den Medien zu gewährleisten, wobei angenommen wird, daß Werbeunternehmen, die daran gehindert werden, das Medium Fernsehen einzusetzen, statt dessen in regionalen Tageszeitungen werben werden. Es ist nicht ganz klar, ob dies auch der Grund (oder einer der Gründe) dafür ist, Fernsehwerbung für alkoholische Getränke, Literaturverlagsveröffentlichungen, Presse und Film zu verbieten. Wahrscheinlich besteht der Hauptzweck der Beschränkung der Werbung für alkoholische Getränke darin, die Volksgesundheit dadurch zu schützen, daß vom übermäßigen Alkoholgenuß abgehalten wird. Es ist auch denkbar, daß die Beschränkungen der Werbung für Bücher, Zeitschriften, Zeitungen und Filme auf der Überzeugung beruhen, daß ein starker Wettbewerb im Bereich der Kultur nicht wünschenswert ist.

Publicidad⁴⁷ geht klar hervor, daß Beschränkungen der Werbung für alkoholische Getränke aus Gründen des Schutzes der Volksgesundheit gerechtfertigt sein können, sofern die Beschränkungen nicht diskriminierend und nicht unverhältnismäßig sind. Eine Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Verbots der Fernsehwerbung für alkoholische Getränke würde eine eingehende Untersuchung der Auswirkungen dieses Verbots sowohl in bezug auf den Handel als auch auf die Volksgesundheit und eine Prüfung der zur Verfügung stehenden Alternativen erfordern. Diese Fragen sind von dem Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache nicht in vollem Umfang erörtert worden, und zwar wohl deshalb, weil es in der Sache nicht unmittelbar um die Werbung für alkoholische Getränke geht und es daher nicht sachgerecht wäre, abschließend darüber zu entscheiden, ob das Werbeverbot gerechtfertigt ist, soweit es sich auf alkoholische Getränke erstreckt. Ich möchte lediglich anmerken, daß der Grenzwert von 1,2 % ungewöhnlich niedrig erscheint und sogar die Werbung für Bier mit niedrigem Alkoholgehalt ausschließen würde, daß nicht leicht zu verstehen ist, weshalb die Werbung für alkoholische Getränke im Fernsehen schädlicher für die Volksgesundheit sein soll als die Werbung für alkoholische Getränke in Zeitungen, Zeitschriften und im Kino, und daß sich die Auffassung vertreten läßt, daß weniger weitgehende Beschränkungen (z. B. Vorschriften über den Inhalt der Werbung wie in Artikel 15 der Richtlinie 89/552) die Volksgesundheit ebenso wirksam schützen würden.

59. Aus den Urteilen Kommission/Frankreich und Aragonesa de

60. Bei der Prüfung, ob die anderen durch das beanstandete Dekret vorgeschriebenen

47 — Beide zitiert in Fußnote 23.

Beschränkungen mit der Begründung gerechtfertigt werden können, daß sie dazu dienen, die regionale Tagespresse zu schützen und den Pluralismus in den Medien zu erhalten, stellt sich zunächst die Frage, ob derartige Ziele grundsätzlich eine Maßnahme rechtfertigen können, die auf eine mengenmäßige Beschränkung des freien Warenverkehrs hinausläuft. Der Schutz der Presse und die Erhaltung des Pluralismus in den Medien sind natürlich nicht in Artikel 36 des Vertrages genannt und sind bis jetzt im Rahmen der „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung nicht als zwingende Erfordernisse anerkannt worden. Der Gerichtshof hat jedoch bejaht, daß die Erhaltung des Pluralismus in den Medien Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im audiovisuellen Sektor rechtfertigen kann⁴⁸. Ich wäre damit einverstanden, daß gewisse Beschränkungen des freien Warenverkehrs zum Schutz der regionalen Tagespresse gerechtfertigt sein können.

mittel bei regionalen Tageszeitungen einzusetzen, könnten sie sich für andere Formen der Werbung entscheiden, wie z. B. für private Rundfunksender, Kinos, Plakate oder landesweit verbreitete Zeitungen. Zweitens ist klar, daß es andere Mittel zum Schutz der regionalen Tagespresse gibt, die genauso wirksam, aber weniger nachteilig für den Handel zwischen Mitgliedstaaten sein könnten. Eine derartige Maßnahme ist ausdrücklich in Artikel 19 der Richtlinie 89/552 genannt; danach darf ein Mitgliedstaat den Gesamtumfang der Sendezeit, die seiner Rechtshoheit unterliegende Fernsehveranstalter für Werbung einsetzen, begrenzen. Eine solche Maßnahme kann bewirken, daß der Preis der verfügbaren Sendezeit steigt und die Werbung in Zeitungen einschließlich der regionalen Tageszeitungen vom Preis her gesehen wettbewerbsfähiger wird. Als Alternative dazu könnten Behörden und staatliche Unternehmen dazu verpflichtet werden, in regionalen Tageszeitungen zu werben, oder der Staat könnte Zeitungen durch Steuervergünstigungen oder sogar durch unmittelbare Subventionen unterstützen, wobei die Vorschriften des Vertrages über staatliche Beihilfen zu beachten wären.

61. Es besteht jedoch keine Notwendigkeit, bei dieser Frage zu verweilen, weil auf jeden Fall kaum ersichtlich ist, wie die beanstandeten Maßnahmen das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit erfüllen könnten. Erstens ist es fraglich, ob diese Maßnahmen ein wirksames Mittel zum Schutz der regionalen Tagespresse sein können, da es keine Garantie dafür gibt, daß diejenigen, die an der Fernsehwerbung gehindert werden, statt dessen in regionalen Tageszeitungen werben werden; da sie nicht verpflichtet sind, einen Teil ihrer für die Werbung bestimmten Finanz-

62. Selbst wenn die beanstandete Maßnahme ein wirksames Mittel zur Unterstützung regionaler Tageszeitungen wäre, bleibt der weitere Einwand bestehen, daß kein stichhaltiger Grund dafür vorgebracht worden ist, daß die sich aus der Unterstützung der regionalen Tageszeitungen ergebende Belastung den Vertriebshändlern, den Literaturverlegern, den Filmtheaterinhabern und den Filmproduzenten aufgebürdet wird. Die Auswahl dieser Wirtschaftssektoren als Helfer für die Erhaltung des Pluralismus in der Presse erscheint willkürlich. Meines Erachtens wäre die Auffassung kaum haltbar, daß eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung

48 — Siehe in jüngster Zeit Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-23/93 (TV10 SA, Slg. 1994, I-4795, Randnrn. 18 und 19); vgl. auch Artikel 19 der „Fernsehen ohne Grenzen“-Richtlinie, der in Nr. 65 wiedergegeben ist.

gerechtfertigt ist, wenn sie willkürlich angewendet wird. Hätte ich die Auffassung vertreten, daß die Werbebeschränkung unter Artikel 30 fällt, würde ich daher nicht annehmen, daß sie gerechtfertigt werden kann.

Die Richtlinie 89/552/EWG

63. Der Hauptzweck der aufgrund der auf Artikel 57 Absatz 2 und 66 des Vertrages erlassenen Richtlinie 89/552 besteht darin, die freie Verbreitung von Fernsehsendungen innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern. In der Präambel wird festgestellt, daß die Fernsehaktivität eine Dienstleistung im Sinne des Vertrages darstellt, daß der Vertrag den freien Verkehr aller in der Regel gegen Entgelt erbrachten Dienstleistungen vorsieht, und zwar unbeschadet ihres kulturellen oder sonstigen Inhalts, und daß dieses Recht in seiner Anwendung auf Fernsehsendungen eine spezifische Ausprägung der in Artikel 10 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankerten Freiheit der Meinungsäußerung ist (vgl. die sechste, siebte und achte Begründungserwägung). Die Richtlinie verfolgt ihr Ziel, die freie Verbreitung von Fernsehsendungen zu erleichtern, in der Weise, daß sie Mindestanforderungen festlegt, die die der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats unterliegenden Fernsehveranstalter zu erfüllen haben. Fernsehsendungen, die diesen Mindestanforderungen entsprechen, dürfen in andere Mitgliedstaaten übertragen werden. Nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten grundsätzlich den freien Empfang zu gewährleisten und dürfen die Weiterverbreitung von Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet nicht

aus Gründen behindern, die in die Bereiche fallen, die durch die Richtlinie koordiniert sind. Die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz ist in Artikel 2 Absatz 2 selbst insoweit geregelt, als er den Mitgliedstaaten unter strengen Voraussetzungen erlaubt, Fernsehsendungen auszusetzen, die „in offensichtlicher, ernster und schwerwiegender Weise“ gegen Artikel 22 der Richtlinie verstoßen. Nach der letztgenannten Vorschrift haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, daß die ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter keine Programme senden, die die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen schwer beeinträchtigen können, insbesondere solche, die Pornographie oder grundlose Gewalttätigkeiten zeigen.

64. Kapitel IV (Artikel 10 bis 21) der Richtlinie trägt die Überschrift „Fernsehwerbung und Sponsoring“. In Artikel 10 ist das Grundprinzip niedergelegt, daß Werbung von anderen Programmteilen eindeutig getrennt sein muß. Artikel 11 regelt im einzelnen, wie diese Trennung bewirkt werden soll. Artikel 13 verbietet Fernsehwerbung für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse. Artikel 14 verbietet Fernsehwerbung für Arzneimittel und ärztliche Behandlungen, die in dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit der Fernsehveranstalter unterliegt, nur auf ärztliche Verordnung erhältlich sind. Artikel 15 beschränkt die Fernsehwerbung für alkoholische Getränke. Artikel 18 begrenzt den Umfang der zulässigen Werbung. Er lautet wie folgt:

„(1) Die Sendezeit für Werbung darf 15 v. H. der täglichen Sendezeit nicht überschreiten.

Dieser Vomhundertsatz kann auf 20 v. H. angehoben werden, wenn er Werbeformen wie direkte Angebote an die Öffentlichkeit für den Verkauf, den Kauf oder die Vermietung von Erzeugnissen oder für die Erbringung von Dienstleistungen umfaßt und die Sendezeit für Werbespots insgesamt 15 v. H. nicht überschreitet.

(2) Die Sendezeit für Werbespots innerhalb einer Stunde darf 20 v. H. nicht überschreiten.

(3) Unbeschadet der Bestimmungen des Absatzes 1 darf die Sendezeit für Werbeformen wie direkte Angebote an die Öffentlichkeit für den Verkauf, den Kauf oder die Vermietung von Erzeugnissen oder für die Erbringung von Dienstleistungen höchstens eine Stunde pro Tag betragen.“

65. Artikel 19 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß die Sendezeit und die Modalitäten der Fernsehübertragung der ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter strenger festgelegt werden als in Artikel 18 vorgesehen, um die Nachfrage nach Fernsehwerbung mit den Interessen der Allgemeinheit in Einklang

zu bringen, wobei insbesondere folgendes zu berücksichtigen ist:

- a) die Funktion des Fernsehens als Träger von Information, Bildung, Kultur und Unterhaltung;
- b) die Wahrung der Informations- und Medienvielfalt.“

Artikel 20 sieht folgendes vor:

„Unbeschadet des Artikels 3 können die Mitgliedstaaten für Sendungen, die ausschließlich für ihr eigenes Hoheitsgebiet bestimmt sind und weder unmittelbar noch mittelbar in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten empfangen werden können, unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts andere als die in Artikel 11 Absätze 2 bis 5 sowie in Artikel 18 festgelegten Bedingungen vorsehen.“

Artikel 3 Absatz 1 enthält eine allgemein gefaßte Ausnahmeregelung. Nach dieser Vorschrift können die Mitgliedstaaten für Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unter-

liegen, in den von der Richtlinie erfaßten Bereichen strengere oder ausführlichere Bestimmungen vorsehen⁴⁹.

66. Die Richtlinie verbietet Fernsehwerbung ausdrücklich nur für zwei Gruppen von Erzeugnissen oder Dienstleistungen, nämlich Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse (Artikel 13) sowie Arzneimittel und ärztliche Behandlungen, die nur auf ärztliche Verordnung erhältlich sind (Artikel 14). Die Frage, die sich im vorliegenden Verfahren stellt, geht dahin, ob die Richtlinie es den Mitgliedstaaten gestattet, Fernsehwerbung, was ihrer Rechtshoheit unterliegende Fernsehveranstalter angeht, für andere Warengruppen oder Sektoren der Wirtschaftstätigkeit, wie z. B. den Sektor des Vertriebs, zu verbieten. In diesem Punkt ist die Richtlinie etwas unklar: Sie enthält keine eindeutige Aussage dazu, ob andere Erzeugnisse oder Dienstleistungen von der Fernsehwerbung ausgeschlossen werden können oder nicht.

67. Es gibt vier Vorschriften der Richtlinie, die den Mitgliedstaaten erlauben, für ihrer Rechtshoheit unterliegende Fernsehveranstalter strengere als die in der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen aufzustellen: Die von mir bereits zitierten Artikel 3 Absatz 1, 19 und 20 sowie Artikel 8, nach denen die Mitgliedstaaten „mit Rücksicht auf sprachpolitische Ziele“ ausführlichere oder strengere Bestimmungen festlegen dürfen. Die letztgenannte Vorschrift ist eindeutig nicht

einschlägig. Es ist daher notwendig, die Artikel 3 Absatz 1, 19 und 20 zu prüfen, um festzustellen, ob sie es den Mitgliedstaaten erlauben, was die ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter angeht, Fernsehwerbung für andere als die durch die Richtlinie selbst ausdrücklich von der Fernsehwerbung ausgeschlossenen Erzeugnisse, Dienstleistungen oder Sektoren der Wirtschaftstätigkeit zu verbieten.

68. Nach Artikel 19 können die Mitgliedstaaten „vorsehen, daß die Sendezeit und die Modalitäten der Fernsehübertragung der ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter strenger festgelegt werden als in Artikel 18 vorgesehen“. Artikel 19 sieht damit nur eine Ausnahme von Artikel 18 vor, in dem es nicht um die Arten der Erzeugnisse oder Dienstleistungen geht, für die geworben werden kann, sondern um den Umfang der täglichen Sendezeit, der für Werbung verwendet werden darf. Das gleiche gilt für Artikel 20, der nur Ausnahmen von den Artikeln 11 Absätze 2 bis 5 und 18 vorsieht. Artikel 11 enthält eingehende Regelungen, durch die eine klare Trennung zwischen Werbung und Programm sichergestellt werden soll, und verbietet die Unterbrechung bestimmter Programmarten durch Werbung. Er regelt nicht, für welche Arten von Erzeugnissen oder Dienstleistungen geworben werden darf. Auch ist klar, daß Artikel 20 auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden kann, da die Mitgliedstaaten nach dieser Vorschrift Ausnahmen von den Artikeln 11 Absätze 2 bis 5 und 18 nur für Sendungen vorsehen dürfen, „die ausschließlich für ihr eigenes Hoheitsgebiet bestimmt sind und weder unmittelbar noch mittelbar in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten empfangen werden können“.

49 — Anmerkung des Übersetzers: Die Fußnote betrifft nur die englische Fassung des Artikels 3 Absatz 1 der Richtlinie.

Hier genügt die Feststellung, daß sowohl TF1 als auch M6 — zumindest im Grenzgebiet — in anderen Mitgliedstaaten empfangen werden können.

spruch in der Systematik der Richtlinie in deren komplizierter Entstehungsgeschichte⁵⁰.

69. Es bleibt die Frage, ob Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie, wie die französische Regierung und die Kommission geltend machen, den Mitgliedstaaten erlaubt, eine Beschränkung der im vorliegenden Verfahren streitigen Art vorzuschreiben. Der genaue Anwendungsbereich des Artikels 3 Absatz 1 steht nicht zweifelsfrei fest. Die Vorschrift scheint eine äußerst weitgehende Ausnahmeregelung von den normalen Vorschriften der Richtlinie zu enthalten, da sie es den Mitgliedstaaten gestattet, für Fernsehveranstalter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, in den von der Richtlinie erfaßten Bereichen strengere oder ausführlichere Bestimmungen vorzusehen. Die Schwierigkeit beruht darauf, daß sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik der Richtlinie eine klare Angabe dazu ergibt, welche Beziehung zwischen dieser sehr weit gefaßten Ausnahmeregelung und den enger formulierten Ausnahmeregelungen in den Artikeln 19 und 20 (und auch in Artikel 8) besteht. Wäre Artikel 3 Absatz 1 dahin auszulegen, daß er es den Mitgliedstaaten gestattet, für die ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter jede beliebige Beschränkung vorzusehen, so wären die enger gefaßten Ausnahmeregelungen in den Artikeln 19 und 20 überflüssig. Wäre man dagegen der Auffassung, daß die Mitgliedstaaten für die ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter — außer unter den in den Artikeln 8, 19 und 20 festgelegten Umständen — keine strengeren Vorschriften als die der Richtlinie vorsehen dürften, so wäre Artikel 3 Absatz 1 als solcher gegenstandslos. Womöglich liegt die Erklärung für diesen offenen Wider-

70. Es ist bedauerlich, daß das Gemeinschaftsrecht in einem derart wichtigen Punkt so unklar ist. Eins ist jedoch klar: Gäbe es die Richtlinie über Fernsehen ohne Grenzen nicht, so stünde es den Mitgliedstaaten frei, die von den ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstaltern ausgestrahlte Werbung zu beschränken, sofern sie dabei nicht gegen den Vertrag oder gegen eine andere Vorschrift des Gemeinschaftsrechts verstießen. Meines Erachtens wäre es nicht sachgerecht, die Richtlinie dahin auszulegen, daß sie den Mitgliedstaaten diese Befugnis nimmt, es sei denn, dies würde eindeutig durch die Richtlinie bezweckt und bewirkt. Es gibt keinen eindeutigen Hinweis darauf, daß dies die Absicht der Schöpfer der Richtlinie gewesen wäre. Vielmehr geht die Richtlinie nach ihrer allgemeinen Systematik dahin, das Ziel der freien Ausstrahlung von Fernsehsendungen in der Weise zu verfolgen, daß Mindestanforderungen festgelegt werden und es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, für die ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstalter strengere Bestimmungen vorzusehen. Die Erreichung dieses Ziels wird nicht gefährdet, wenn Mitgliedstaaten den ihrer Rechtshoheit unterliegenden Fernsehveranstaltern unter anderen als den in den Artikeln 13 und 14 genannten Umständen verbieten, für bestimmte Waren und Dienstleistungen zu werben. Ich komme zu dem Ergebnis, daß Rechtsvorschriften der streitigen Art nicht gegen die Richtlinie verstoßen.

50 — Siehe dazu: Delwit und Gobin, „Étude du cheminement de la directive „télévision sans frontières“: synthèses des prises de positions des institutions communautaires“ in *L'espace audiovisuel européen*, Brüssel 1991, S. 55 bis 74.

Die Wettbewerbsregeln des Vertrages

71. Bei der Behandlung des Vorbringens, daß die beanstandeten Rechtsvorschriften gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoßen, kann ich mich kürzer fassen.

72. Dieses Vorbringen geht im Kern dahin, daß die Konkurrenten der Klägerin eine Vereinbarung über die Zusammensetzung von bleifreiem Benzin geschlossen hätten, die keiner europäischen Norm entspreche, und daß sie gemeinsam beschlossen hätten, dieses Erzeugnis über ein Alleinvertriebssystem zu vermarkten, in dessen Rahmen der Einzelhändler verpflichtet sei, den Namen des Herstellers an den Zapfsäulen anzubringen. Es wird geltend gemacht, die Vereinbarung zwischen den Konkurrenten der Klägerin sei eine nach Artikel 85 des Vertrages verbotene Vereinbarung und die beteiligten Unternehmen versuchten rechtsmißbräuchlich, unter Verstoß gegen Artikel 86 des Vertrages eine beherrschende Stellung zu erlangen. Die Vereinbarung sei durch die Regelungen in dem beanstandeten Dekret möglich geworden oder zumindest dadurch erleichtert worden, weil das Verbot der Fernsehwerbung Unternehmen, die Benzin vertrieben, wie die Klägerin, daran hinderten, den Absatz ihres bleifreien Benzins zu fördern und so in Wettbewerb mit den Parteien der Vereinbarung zu treten.

73. Es ist klar, daß dieses Vorbringen nicht durchgreifen kann. Wie die Klägerin einräumt, betreffen die Artikel 85 und 86 nicht vom Staat erlassene Maßnahmen, sondern

nur das Verhalten von Unternehmen. Zwar hat der Gerichtshof vielfach — z. B. in den Urteilen Meng⁵¹ und Ohra⁵² — entschieden, daß die Mitgliedstaaten aufgrund der Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 des Vertrages keine Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Dies ist der Fall, wenn ein Mitgliedstaat Unternehmen dazu verpflichtet, gegen Artikel 85 verstoßende Vereinbarungen zu schließen oder ihnen den Abschluß solcher Vereinbarungen erleichtert oder die Auswirkungen derartiger Vereinbarungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, daß er die Verantwortung für die in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.

74. Es ist klar, daß das beanstandete Dekret die Konkurrenten der Klägerin nicht dazu verpflichtete, die angebliche Vereinbarung zu schließen, und den Abschluß dieser Vereinbarung auch nicht erleichterte. Im Lichte des Urteils Meng läßt sich auch nicht sagen, daß das Dekret die Auswirkungen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung verstärkt hat. In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, daß von einer für einen bestimmten Versicherungsbereich geltenden Regelung nur dann angenommen werden kann, daß sie die Auswirkungen zuvor bestehender Kartellabsprachen verstärkt, wenn sich diese Regelung darauf beschränkt, die Elemente einer zwischen den Wirtschaftsteilnehmern dieses Sektors geschlossenen Vereinbarung zu übernehmen. Auch ist klar, daß durch das beanstandete Dekret die Verantwortung für die Regelung der Fernsehwerbung nicht auf Privatunternehmen übertragen wird.

51 — Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-2/91 (Slg. 1993, I-5751, Randnr. 14).

52 — Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-245/91 (Slg. 1993, I-5851, Randnr. 10).

Ergebnis

75. Ich bin daher der Auffassung, daß die vom Tribunal de commerce Paris vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten sind:

- 1) Eine von einem Mitgliedstaat erlassene Maßnahme, die in diesem Mitgliedstaat niedergelassene Vertriebsunternehmen von der Fernsehwerbung ausschließt, stellt keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag dar.
- 2) Eine solche Maßnahme verstößt nicht gegen die Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit.
- 3) Eine solche Maßnahme verstößt nicht gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 5 des Vertrages.