SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN vom 11. Juni 1991 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das Gesetz Nr. 20 vom 25. Juli 1985 des Parlaments der Comunidad autónoma Katalonien über Vorbeugungs- und Hilfsmaßnahmen im Zusammenhang mit Stoffen, die eine Abhängigkeit hervorrufen können (im folgenden: Gesetz Nr. 20/85) [1], bestimmt in Artikel 19:

„1. In allen von der Generalitat oder den örtlichen Verwaltungen Kataloniens kontrollierten Medien ist jegliche Werbung für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % untersagt. Dieses Verbot gilt nicht für mittelbare Werbung von Sponsoren oder auf fest angebrachten Werbetafeln innerhalb von nicht spezifischen Werbesendungen wie etwa Sportübertragungen.

2. Werbung für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % ist untersagt:

a) auf Straßen und Plätzen, in Parks, auf Landstraßen und anderen öffentlichen Wegen, auf Mauern, Anschlagsäulen, Werbetafeln und anderen Werbeträgern im Freien mit Ausnahme von Hinweisen auf Produktions- und Verkaufsstätten;

b) in Kinos;

c) in öffentlichen Verkehrsmitteln."

Artikel 25 des Gesetzes sieht ein weitgehend gleichartiges Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse vor.

Aufgrund des mit diesen Vorschriften ausgesprochenen Werbeverbots und der mit dem Dekret Nr. 9 vom 16. Januar 1986 genehmigten Durchführungsbestimmungen [2] verhängte das Departamento de Sanidad y Seguridad Social der Generalitat de Cataluña (Ministerium für Gesundheit und soziale Sicherheit), der Beklagte des Ausgangsverfahrens, im Sommer 1988 gegen die Firma Aragonesa de Publicidad Exterior SA (im folgenden: Aragonesa) und die Firma Publivía SAE (im folgenden: Publivía), die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, Geldbußen in Höhe von 75 000 bzw. 225 000 PTA, nachdem festgestellt worden war, daß auf von diesen Unternehmen genutzten Anschlagflächen Werbung für Tabakerzeugnisse und Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % (im folgenden: stark alkoholhaltige Getränke) betrieben worden war.

2. Weder Aragonesa noch Publivía betritten die ihnen zur Last gelegten Tatsachen, er-

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — DOG Nr. 572 vom 7.8.1985, S. 465.

2 — DOG Nr. 646 vom 7.2.1986, S. 380.

hoben jedoch beide Klage gegen die Bußgeldbescheide. Vor dem Tribunal Superior de Justicia de Cataluña machten sie geltend, das Gesetz Nr. 20/85, insbesondere Artikel 19 (betreffend das Werbeverbot für stark alkoholhaltige Getränke) und Artikel 25 (betreffend das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse) sowie die mit dem Dekret Nr. 9/86 genehmigten Durchführungsbestimmungen, die den Geldbußen zugrunde lägen, seien mit Artikel 30 EWG-Vertrag unvereinbar und damit nicht anzuwenden.

Im Rahmen dieser Verfahren hat das Tribunal superior de justicia de Cataluña mit Vorlagebeschlüssen vom 7. November 1989 (in der Sache Aragonesa de Publicidad Exterior SA gegen Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña) und vom 29. November 1989 (in der Sache Publivía SAE gegen Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña) dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Stellt das Gesetz eines Mitgliedstaats (oder im vorliegenden Fall des Parlaments einer Comunidad autónoma eines Mitgliedstaats, das nach innerstaatlichem Recht für bestimmte Sachgebiete Gesetzgebungskompetenz besitzt), das für seinen Geltungsbereich die Werbung für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % a) in den Medien, b) auf Straßen und Landstraßen mit Ausnahme der Hinweise auf Produktions- und Verkaufsstätten, c) in Kinos und d) in öffentlichen Verkehrsmitteln verbietet, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag dar?

2) Bei Bejahung der Frage 1: Ist Artikel 36 Satz 1 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß ein Mitgliedstaat die Werbung für Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % nach innerstaatlichem Recht zum Schutz der menschlichen Gesundheit teilweise verbieten darf?

3) Kann ein solches Verbot aus Gründen des Gesundheitsschutzes ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen?[3]

Da die in beiden Vorlagebeschlüssen zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen übereinstimmen und der tatsächliche, rechtliche und verfahrensmäßige Hintergrund der Fragen mutatis mutandis derselbe ist, hat der Gerichtshof die Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden.

3. Ein Werbeverbot wie das in Artikel 19 des Gesetzes Nr. 20/85 ausgesprochene ist unzweifelhaft eine Handelsregelung, die im Sinne der Begriffsbestimmung im Urteil Dassonville geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potentiell zu beeinträchtigen[4]. Das Werbeverbot kann nämlich den Verkauf eingeführter Waren erschweren und/oder weniger anziehend machen und damit eine Maßnahme gleicher Wirkung

3 — Es ist darauf hinzuweisen, daß die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen lediglich das Werbeverbot für stark alkoholhaltige Getränke (Artikel 19 des Gesetzes Nr. 20/85) und nicht auch das vorstehend erwähnte Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse (Artikel 25 des Gesetzes Nr. 20/85) betreffen, obwohl sich aus den Vorlagebeschlüssen ergibt, daß die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens die Frage der Vereinbarkeit der beiden Artikel mit Artikel 30 EWG-Vertrag aufgeworfen haben (Vorlagebeschluß in der Rechtssache Aragonesa, S. 2, und Vorlagebeschluß in der Rechtssache Publivía, S. 3).

4 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag darstellen. Der Gerichtshof hat dies in seinem Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 152/78 (Kommission/Frankreich) ausdrücklich anerkannt, das ebenfalls ein Werbeverbot für alkoholische Getränke betraf[5].

Der Beklagte des Ausgangsverfahrens und die Kommission machen indessen geltend, das Werbeverbot diene dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und sei daher trotz der potentiellen Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs mit Artikel 30 EWG-Vertrag vereinbar. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens teilen diese Auffassung nicht.

Anwendbarkeit des Artikels 36 EWG-Vertrag

4. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens gehen davon aus, daß das untersuchte Werbeverbot eine diskriminierende Handelsregelung darstelle. Ich teile diesen Standpunkt nicht (vgl. unten Randnr. 10). Sollte das vorlegende Gericht doch der Auffassung sein, daß es sich vorliegend um eine diskriminierende Handelsregelung handelt, so kann das Werbeverbot gleichwohl nach Maßgabe des Artikels 36 mit Artikel 30 EWG-Vertrag vereinbar sein. Satz 1 dieses Artikels lautet: „Die Bestimmungen der Artikel 30 bis 34 stehen Einfuhr- ... -verboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die ... zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen ... gerechtfertigt sind." Auch eine diskriminierende Handelsregelung, die dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dient, kann daher zulässig sein, wenn sie die in Artikel 36 Satz 2 festgelegten und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes konkretisierten Voraussetzungen erfüllt. Wie ich im folgenden ausführen werde, bin ich im Gegensatz zu den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens der Auffassung, daß diese Voraussetzungen durchaus erfüllt sind.

5. Nach ständiger Rechtsprechung können sich die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung von den Handelsverkehr beeinträchtigenden Vorschriften nicht mehr auf Artikel 36 EWG-Vertrag berufen, wenn Gemeinschaftsrichtlinien die vollständige Harmonisierung aller Maßnahmen vorsehen, die zur Gewährleistung der in diesem Artikel angeführten Interessen notwendig sind[6]. Im Bereich der Werbung für alkoholische Getränke besteht zur Zeit lediglich eine Gemeinschaftsregelung für die Fernsehwerbung (Richtlinie 89/552/EWG), die vorsieht, daß die Mitgliedstaaten die notwendigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Anpassung an die Richtlinie erst zum 3. Oktober 1991 erlassen[7]. Von einer vollständigen Harmonisierung kann daher im Augenblick nicht die Rede sein, so daß Artikel 36 herangezogen werden kann. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens ziehen dies übrigens nicht in Zweifel.

6. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist ein Rückgriff auf Artikel 36

5 — Slg. 1980, 2299, Randnr. 11.

6 — Urteil vom 30. November 1983 in der Rechtssache 227/82 (Van Bennekom, Slg. 1983, 3883, Randnr. 35), und kürzlich das Urteil vom 16. April 1991 in der Rechtssache C-347/89 (Eurim-Pharm GmbH, Slg. 1991, I-1747, Randnr. 26).

7 — Vgl. Artikel 15 der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit (ABl. L 298, S. 23). Dieser Artikel sieht bestimmte Beschränkungen der Möglichkeit der Werbung für alkoholische Getränke im Fernsehen vor. Diese Werbung darf sich z. B. nicht speziell an Minderjährige richten und nicht Minderjährige beim Alkoholgenuß darstellen (Buchstabe a), nicht den Eindruck erwekken, Alkoholgenuß fördere sozialen oder sexuellen Erfolg (Buchstabe c), oder die Höhe des Alkoholgehalts von Getränken als positive Eigenschaft hervorheben (Buchstabe f).

EWG-Vertrag zur Rechtfertigung einer Handelsregelung wie des streitigen Werbeverbots nur möglich, wenn diese Regelung den in diesem Artikel festgelegten Erfordernissen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit genügt.

7. Im Hinblick auf das Erfordernis der *Notwendigkeit* ist zu prüfen, ob das betreffende Werbeverbot wirklich geeignet ist, die öffentliche Gesundheit zu schützen und den Alkoholismus zu bekämpfen, ob es also zur Erreichung dieses Zieles geeignet ist und keine alternative Regelung denkbar ist, die die öffentliche Gesundheit ebenso wirksam schützt und zugleich den Handelsverkehr weniger beschränkt. Es ist sogleich darauf hinzuweisen, daß der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 152/78 (Kommission/Frankreich, a. a. O.) ausdrücklich festgestellt hat, daß die Werbung für alkoholische Getränke zweifelsfrei einen Konsumanreiz darstellt und daß Vorschriften über die Werbung für alkoholische Getränke daher in gewissem Umfang dem Kampf gegen den Alkoholismus und dem Schutz der öffentlichen Gesundheit dienen [8]. Aragonesa und Publivía weisen indessen darauf hin, daß sich das Werbeverbot vorliegend nur gegen stark alkoholhaltige Getränke richte, während schwach alkoholhaltige Getränke, auf die 94,7 % des Alkoholkonsums entfielen, unberührt blieben. Sie machen geltend, daß die Behörden, wenn sie wirklich den Alkoholismus bekämpfen wollten, auch die Werbung für schwach alkoholhaltige Getränke verbieten müßten. Wein oder Bier führten wegen ihres verhältnismäßig geringen Preises und der größeren Menge des Verbrauchs die gleiche, wenn nicht größere Abhängigkeit herbei, und Jugendliche könnten sie sich darüber hinaus leichter beschaffen.

8 — Vgl. das genannte Urteil, a. a. O., Randnr. 17.

Auch wenn man davon ausgeht, daß stark alkoholhaltige Getränke für sich genommen wegen ihres hohen Alkoholgehalts nicht schädlicher für die öffentliche Gesundheit sind als schwach alkoholhaltige Getränke [9], bedeutet dies nicht, daß nur ein Werbeverbot für alle alkoholischen Getränke geeignet wäre, die öffentliche Gesundheit zu schützen. Offensichtlich sind die Verbrauchergewohnheiten und die wirtschaftlichen Beweggründe verschieden je nachdem, ob es um stark oder um schwach alkoholhaltige Getränke geht, und deshalb scheint es mir nicht unberechtigt, bei der Bekämpfung des Alkoholismus stufenweise vorzugehen und die Bekämpfung des Mißbrauchs stark alkoholhaltiger Getränke gesondert und strenger anzugehen als die Bekämpfung des Mißbrauchs schwach alkoholhaltiger Getränke [10]. Im übrigen ist es Sache der Mitgliedstaaten, in welchem Umfang sie den Schutz der öffentlichen Gesundheit in einem bestimmten Bereich gewährleisten wollen [11].

Darüber hinaus gibt es meines Erachtens keine alternative Regelung, die den Handelsverkehr weniger beeinträchtigen würde. Da vermieden werden soll, daß die Bevölkerung gegen ihren Willen in der Öffentlichkeit oder mittels der von den öffentlichen Stellen kontrollierten Medien [12] unmittelba-

9 — Dieser Standpunkt wird von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und von der Regierung des Vereinigten Königreichs vertreten, die insoweit vorbringen, daß die stark alkoholhaltigen Getränke üblicherweise in sehr viel geringeren Mengen konsumiert würden.

10 — Zu der Frage, ob es gerechtfertigt ist, die Grenze zwischen stark und schwach alkoholhaltigen Getränken bei einem Alkoholgehalt von 23 % festzulegen, vgl. unten Nr. 9.

11 — Vgl. z. B. kürzlich das Urteil Eurim-Pharm (a. a. O., Randnr. 26).

12 — Wie die Kommission bemerkt (vgl. ihre beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen in der Rechtssache Publivía, S. 4 und S. 10), betrifft das Werbeverbot des Artikels 19 des Gesetzes Nr. 20/85 anders, als man der ersten Vorlagefrage entnehmen könnte, lediglich die von der öffentlichen Hand kontrollierten Medien und mithin z. B. nicht das kommerzielle Fernsehen.

ren Anreizen zum Konsum eines gesundheitsschädlichen Erzeugnisses ausgesetzt wird, kann ich mir keine wirksame Alternative zu dem betreffenden Werbeverbot vorstellen [13].

8. Bezüglich des Erfordernisses der *Verhältnismäßigkeit* scheinen mir das untersuchte Werbeverbot und die hieraus folgende Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs nicht außer Verhältnis zu dem mit dem Verbot verfolgten Ziel und dem damit erreichten Ergebnis zu stehen. Das Werbeverbot macht Einfuhr und Verkauf stark alkoholhaltiger Getränke nicht unmöglich, sondern erschwert sie lediglich. Ebensowenig läßt sich sagen, daß das Werbeverbot als vorrangiges Ziel die Lenkung der innergemeinschaftlichen Handelsströme habe [14]. Schließlich ist daran zu erinnern, daß das Verbot nicht jegliche Werbung untersagt. Es ist zum Beispiel weiterhin möglich, für stark alkoholhaltige Getränke in den Zeitungen, im kommerziellen Fernsehen oder auf Sportanlagen zu werben. Damit muß man zu dem Schluß gelangen, daß die durch das Werbeverbot verursachte Beeinträchtigung des Handels die wirtschaftliche Integration nicht zu gefährden vermag und das Verbot zu dem verfolgten Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit nicht außer Verhältnis steht.

9. Schließlich bleibt zu prüfen, ob das Werbeverbot nicht ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 36 Satz 2 darstellt.

Eine Handelsregelung stellt ein Mittel zur *willkürlichen Diskriminierung* dar, wenn es eingeführte gegenüber einheimischen Waren aus Gründen diskriminiert, die weder objektiv noch gerechtfertigt sind [15]. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens machen geltend, das Kriterium eines Alkoholgehalts von 23 % zur Unterscheidung stark und schwach alkoholhaltiger Getränke sei weder objektiv noch gerechtfertigt. Es bezwecke insbesondere, von dem Werbeverbot die schwach alkoholhaltigen Getränke auszunehmen, die in Katalonien in großen Mengen hergestellt würden, und ihm die stark alkoholhaltigen Getränke zu unterwerfen, die überwiegend nichtkatalanische Erzeugnisse seien. Sie weisen darauf hin, daß die katalanischen Behörden in ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen keine wissenschaftlichen Untersuchungen angeführt hätten, die zeigten, daß die Grenze von 23 % nicht willkürlich, sondern objektiv gerechtfertigt sei [16]. Da gemeinschaftliche Vorschriften fehlen und jegliches Kriterium etwas Willkürliches enthält, bin ich indessen der Auffassung, daß ein Alkoholgehalt von 23 % kein unzutreffendes Kriterium für die Unterscheidung schwach oder stark alkoholhaltiger Getränke ist. Diese Grenze entspricht anscheinend (mehr oder weniger) der Unterscheidung von alkoholischen Getränken, die durch Gärung, und solchen, die durch Brennen gewonnen werden [17]; diese Unterscheidung wiederum entspricht Unterschieden in den Konsumgewohnheiten und bei den Marktteilnehmern. Ein Indiz für die Erheblichkeit des Kriteriums läßt sich wohl auch der Rechtssache Blesgen entnehmen, in der der Gerichtshof mit dem Kriterium eines Alkoholgehalts von seinerzeit 22 % befaßt war und dieses nicht beanstandet hat [18].

13 — Ein die Werbemitteilung begleitender Hinweis wie „Alkohol schadet der Gesundheit" oder „Genießen, aber mit Maß" ist sicherlich keine ebenso wirksame Alternative zum Werbeverbot, weil die Werbung auch dann noch die Aufmerksamkeit des Verbrauchers erregt.

14 — Protektionistische Ziele, die die Klägerinnen entdeckt zu haben glauben, scheinen mir nicht nachgewiesen zu sein.

15 — Vgl. z. B. das Urteil vom 8. Juli 1975 in der Rechtssache 4/75 (Rewe-Zentralfinanz, Slg. 1975, 843, Randnr. 8).

16 — In der mündlichen Verhandlung wurde ferner darauf hingewiesen, daß die katalanischen Behörden in einem kürzlich vorgelegten Gesetzentwurf die Grenze bei 20 % zögen.

17 — Vgl. auch die beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen der belgischen Regierung in der Rechtssache Aragonesa.

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

Eine Handelsregelung stellt eine *verschleierte Beschränkung* des innergemeinschaftlichen Handels dar, wenn sich die beeinträchtigende Wirkung der Regelung auf den Handel nicht auf das beschränkt, was für den Schutz des in der Regelung angesprochenen Interesses notwendig ist. Wie ich bereits oben (Nr. 7) festgestellt habe, ist dies vorliegend nicht der Fall.

Ich komme damit zu dem Ergebnis, daß alle Voraussetzungen des Artikels 36 erfüllt sind und eine Handelsregelung wie das vorliegende Werbeverbot, die die öffentliche Gesundheit schützen will — selbst wenn sie diskriminierend wäre, was sie nicht ist (vgl. das Folgende) —, kraft Artikel 36 nicht mit Artikel 30 EWG-Vertrag unvereinbar ist.

Die öffentliche Gesundheit, ein zwingendes Erfordernis?

10. Wie bereits erwähnt, bin ich mit der Kommision und dem Beklagten des Ausgangsverfahrens angesichts der dem Gerichtshof vorgetragenen Gegebenheiten der Meinung, daß das untersuchte Werbeverbot keine diskriminierende Handelsregelung darstellt, sondern im Gegenteil unterschiedslos auf eingeführte wie auf einheimische stark alkoholhaltige Getränke Anwendung findet.

Nach Ansicht der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens führt das Werbeverbot sehr wohl zu einer Diskriminierung der eingeführten Erzeugnisse. Sie stellen nicht in Abrede, daß es sich vorliegend nicht um eine formell diskriminierende Handelsregelung handelt, da Artikel 19 des Gesetzes Nr. 20/85 das Werbeverbot für auf alle stark alkoholhaltigen Getränke ungeachtet ihres Ursprungs anwendbar erklärt. Sie machen jedoch geltend, daß das katalanische Verbot der Werbung für stark alkoholhaltige Getränke in der Praxis vor allem nichtkatalanische stark alkoholhaltige Getränke treffe, weil Katalonien diese Getränke nur in begrenzten Mengen herstelle. Sie betonen zugleich, daß Weine und „cavas", schwach alkoholhaltige Getränke, die Katalonien in bedeutenden Mengen herstellt, nicht unter das Werbeverbot fielen und daher mittelbar begünstigt würden. Sie leugnen nicht, daß das Verbot auch einheimische, das heißt spanische [19], stark alkoholhaltige Getränke erfasse, halten indessen, da dieses Verbot nicht von Spanien, sondern von Katalonien erlassen worden sei, den Schluß für zulässig, daß es sich um eine verdeckt diskriminierende Handelsregelung handele, weil sie die besonderen katalanischen Interessen nicht beeinträchtige und sie im Gegenteil mittelbar fördere.

Publivía macht ferner geltend, das Werbeverbot gelte zwar auch für einheimische stark alkoholhaltige Getränke, treffe aber die eingeführten stark alkoholhaltigen Getränke weitaus stärker, weil die eingeführten Getränke im Gegensatz zu den spanischen stark alkoholhaltigen Getränken beim katalanischen Verbraucher noch wenig bekannt seien und daher unbedingt der Werbung bedürften, um erfolgreich vertrieben und auf dem Markt eingeführt zu werden. Infolgedessen sei das Werbeverbot auch nicht unterschiedslos anwendbar auf eingeführte und auf spanische stark alkoholhaltige Getränke.

19 — Die beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen der katalanischen Behörden in der Rechtssache Publivía (S. 15 f.) erwähnen im übrigen die Verurteilung eines Unternehmens wegen Werbung für stark alkoholhaltige Getränke spanischen Ursprungs.

11. Eigentlich sollte ich auf diesen Streitpunkt nicht näher eingehen, weil diese Handelsregelung, selbst wenn sie diskriminierend wäre, doch gleichwohl — wie ich oben zu zeigen versucht habe — den in Artikel 36 EWG-Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Gesundheit für sich in Anspruch nehmen könnte. Die Argumentationsweise der Kommission und der katalanischen Regierung (in ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen in der Rechtssache Publivía) wirft indessen die Frage auf, ob das Werbeverbot, selbst wenn man davon ausgeht, daß es nicht diskriminierend ist, *entweder* nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache „Cassis de Dijon" *oder* aber nach Maßgabe des Artikels 36 als mit Artikel 30 vereinbar anzusehen ist. Um dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die ihm bei der Beantwortung der Frage, ob die Regelung diskriminierend ist oder nicht, und, falls sie nicht diskriminierend sein sollte, bei der Suche nach dem zutreffenden Grund ihrer Vereinbarkeit mit Artikel 30 von Nutzen sein könnten, werde ich zu diesen beiden Punkten Stellung nehmen.

12. Bezüglich der Frage, ob das Werbeverbot diskriminierend ist oder nicht, möchte ich zunächst darauf hinweisen, daß, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 20. März 1990 (Du Pont de Nemours Italiana, Randnrn. 12 und 13)[20], ausdrücklich festgestellt hat, die handelsbeschränkende Wirkung der Regelung eines Mitgliedstaats auch dann, wenn sie nicht alle einheimischen Erzeugnisse, sondern nur die eines bestimmten Gebiets dieses Mitgliedstaats begünstigt, diskriminierend im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist.

Es bestehen indessen andere Anhaltspunkte dafür, das Werbeverbot im Lichte der verfügbaren Gegebenheiten als nicht diskriminierend anzusehen. Zunächst möchte ich betonen, daß — anders als uns Aragonesa und Publivía glauben machen wollen —, die katalanische Erzeugung stark alkoholhaltiger Getränke gewiß nicht zu vernachlässigen ist[21] und daß das Werbeverbot daher auch die katalanischen Interessen wirklich berührt. Zweitens ist es meines Erachtens keineswegs sicher, daß die örtliche Erzeugung schwach alkoholhaltiger Getränke mittelbar durch das Verbot der Werbung für stark alkoholhaltige Getränke begünstigt wird; dies setzt nämlich voraus, daß schwach und stark alkoholhaltige Getränke miteinander im Wettbewerb stehen. Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß Katalonien zwar zweifelsfrei ein bedeutender Hersteller schwach alkoholhaltiger Getränke (und insbesondere von Weinen und „cavas") ist und diese Getränke nicht dem Werbeverbot unterworfen sind, daß es zugleich aber große Mengen schwach alkoholhaltiger Getränke einführt, die ebenfalls nicht dem Werbeverbot unterliegen. Ich bin schließlich nicht überzeugt davon, daß, wie Publivía vorträgt, die eingeführten stark alkoholhaltigen Getränke im Gegensatz zu den stark alkoholhaltigen Getränken spanischer Herkunft beim katalanischen Verbraucher erst wenig bekannt seien und das Werbeverbot daher die eingeführten Getränke härter treffe. Die verfügbaren Daten zeigen, daß 1988 stark alkoholhaltige Getränke im Wert von 4,3 Milliarden PTA aus dem Ausland nach Katalonien eingeführt wurden und dem ein Verbrauch im Wert von 7,3 Milliarden gegenübersteht. Im übrigen gestattet das den Erklärungen der katalanischen Behörden beigefügte Verzeichnis die Feststellung, daß ein sehr brei-

20 — Rechtssache C-21/88 (Slg. 1990, I-889).

21 — Aus den von den Klägerinnen vorgelegten Daten ergibt sich, daß im Zeitraum 1984 bis 1987 7,5 % (818 227 hl) der Erzeugung alkoholischer Getränke auf stark alkoholhaltige Getränke entfielen, der Rest, d. h. 92,5 % (10 085 586 hl), auf schwach alkoholhaltige Getränke (vgl. z. B. die Erklärungen der Klägerin in der Rechtssache Publivía, S. 4). Entgegen der Schlußfolgerung, die die Klägerinnen aus diesen Daten ziehen, scheint mir die Menge der stark alkoholhaltigen Getränke — berücksichtigt man deren Natur — im Verhältnis zur Menge der schwach alkoholhaltigen Getränke keineswegs so geringfügig zu sein. Vgl. auch die Erklärungen der Kommission in der Rechtssache Publivía, S. 6.

tes Angebot von stark alkoholhaltigen Getränken nach Katalonien eingeführt und dort verkauft wird[22].

Aus den vorstehenden Feststellungen folgt meines Erachtens, daß das betreffende Werbeverbot keine diskriminierende, sondern im Gegenteil eine unterschiedslos auf einheimische wie auf eingeführte Erzeugnisse anwendbare Handelsregelung darstellt.

13. Bezüglich der richtigen Rechtsgrundlage für die Rechtfertigung einer Handelsregelung wie der vorliegenden weise ich zunächst darauf hin, daß das Werbeverbot, wenn es eine nichtdiskriminierende Handelsregelung ist, zugleich unter den Umständen des vorliegenden Falles eine mit dem Vertrag vereinbare Maßnahme darstellt. Wenn ein Mitgliedstaat, wie ich oben (Nrn. 4 bis 9) gezeigt habe, unter den gegebenen Umständen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit ein diskriminierendes Verbot der Werbung für stark alkoholhaltige Getränke anordnen kann, so kann er unter den gleichen Umständen sicherlich eine nichtdiskriminierende Handelsregelung erlassen.

Damit stellt sich, wie ich bereits angedeutet habe, das Problem, ob die betreffende (nichtdiskriminierende) Regelung in einem solchen Fall wegen eines im Urteil „Cassis de Dijon" anerkannten Grundes außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikels 30 verbleibt *oder* ob sie zwar grundsätzlich in diesen Anwendungsbereich fällt, diesem aber letztlich aufgrund der Anwendung eines der in Artikel 36 aufgeführten Rechtfertigungsgründe entzogen ist. Diese Frage ist dadurch entstanden, daß der Gerichtshof in dem Urteil „Cassis de Dijon" für Recht erkannt hat, daß der Schutz der öffentlichen Gesundheit ein zwingender Grund sei, und dies in seinen späteren Urteilen nicht zurückgenommen hat[23]. Im Verlauf der letzten zehn Jahre hat der Gerichtshof indessen bei jeder Prüfung der Vereinbarkeit einer nichtdiskriminierenden, den Handel beeinträchtigenden und das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit verfolgenden Regelung mit Artikel 30 EWG-Vertrag festgestellt, ob Artikel 36 EWG-Vertrag anwendbar sei oder nicht[24].

14. Diese Frage hat nur geringes oder gar kein praktisches Interesse, da die Voraussetzungen für die Anwendung der im Urteil „Cassis de Dijon" entwickelten Grundsätze und von Artikel 36 übereinstimmen (Fehlen einer Harmonisierung, Prüfung der Kriterien der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit, Verbot willkürlicher Diskriminierung oder verschleierter Handelsbeschränkungen[25]). Theoretisch könnte man

22 — Es ist auch darauf hinzuweisen, daß in Katalonien trotz des Werbeverbots im Lauf der Jahre ein starker Anstieg des Verbrauchs stark alkoholhaltiger Getränke festzustellen war. Es ist indessen möglich, daß ohne das Werbeverbot dieser Anstieg noch deutlicher ausgefallen wäre. Die Klägerinnen heben im übrigen hervor, daß die Einfuhren stark alkoholhaltiger Getränke 1989 im Vergleich zu 1988 zurückgegangen seien (1988: 22 417 982 l; 1989: 18 222 180 l).

23 — Urteile vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe-Zentral, genannt „Cassis des Dijon", Slg. 1979, 649, Randnr. 8, zweiter Absatz), vom 26. Juni 1980 in der Rechtssache 788/79 (Gilli und Andres, Slg. 1980, 2071, Randnr. 6), vom 19. Februar 1981 in der Rechtssache 130/80 (Kelderman, Slg. 1981, 527, Randnr. 8).

24 — Vgl. z. B. die Urteile vom 30. November 1983 (Van Bennekom, a. a. O., Randnrn. 34 ff.), vom 19. September 1984 in der Rechtssache 94/83 (Heijn, Slg. 1984, 3263, Randnrn. 14 ff.), vom 10. Dezember 1985 in der Rechtssache 247/84 (Motte, Slg. 1985, 3887, Randnrn. 17 ff.), vom 6. Mai 1986 in der Rechtssache 304/84 (Muller, Slg. 1986, 1511, Randnrn. 16 ff.), vom 12. März 1987 in der Rechtssache 178/84 (Reinheitsgebot, Slg. 1987, 1227, Randnrn. 40 ff.), vom 14. Juli 1988 in der Rechtssache 407/85 (3 Glocken, Slg. 1988, 4233, Randnrn. 11 ff.), vom 7. November 1989 in der Rechtssache 125/88 (Nijmann, Slg. 1989, 3533, Randnrn. 12 ff.), vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache C-42/90 (Bellon, Slg. 1990, I-4863, Randnrn. 10 ff).
Als Beispiel läßt sich vorliegend das Urteil 3 Glocken anführen, in dem der Gerichtshof in Randnummer 11 erklärt hat:
„Es ist festzustellen, daß ein Verbot, aus Weichweizen oder aus einer Mischung aus Weichweizen und Hartweizen hergestellte Teigwaren zu verkaufen, ein Hemmnis für die Einfuhr von Teigwaren darstellt, die erlaubterweise in anderen Mitgliedstaaten aus Weichweizen oder aus einer Mischung von Weichweizen und Hartweizen hergestellt worden sind. Es bleibt also zu prüfen, ob dieses Hemmnis aus Gründen des Schutzes der menschlichen Gesundheit im Sinne von Artikel 36 EWG-Vertrag oder durch zwingende Erfordernisse wie die oben genannten gerechtfertigt sein kann."

25 — Vgl. das Urteil Dassonville, a. a. O., Randnr. 7.

indessen davon ausgehen, daß Artikel 36 erst dann zur Anwendung gelangt, wenn gemäß dem Urteil „Cassis de Dijon" feststeht, daß das Verbot des Artikels 30 überhaupt greift.

Trotz dieses theoretischen Vorbehalts bin ich der Meinung, daß der Gerichtshof gut daran tut, sich entsprechend seiner gegenwärtigen Rechtsprechung unmittelbar auf Artikel 36 zu beziehen, wenn es um einen in diesem Artikel aufgeführten Rechtfertigungsgrund geht. Es erscheint mir nämlich seltsam, sich bei Geltung einer klaren Vorschrift, die ausdrücklich die öffentliche Gesundheit anführt, gleichwohl auf ein ungeschriebenes, mit der öffentlichen Gesundheit zusammenhängendes „zwingendes Erfordernis" zu berufen. Man kann übrigens, wenn man dies möchte, dem theoretischen Einwand dadurch begegnen, daß man annimmt, daß der in Artikel 36 verwandte Begriff des „Schutzes der öffentlichen Gesundheit" als Rechtfertigungsgrund im Falle einer diskriminierenden Maßnahme dient, während er im Falle einer nichtdiskriminierenden Maßnahme die Form eines zwingenden Erfordernisses im Sinne der Urteil „Cassis de Dijon" annimmt.

Obwohl es sich hier, wie ich bereits gesagt habe, um eine Frage ohne großes praktisches Interesse handelt, wäre es doch zu wünschen, daß der Gerichtshof die ihm vorliegend gebotene Gelegenheit ergreift, um in diesem Punkt Klarheit zu schaffen.

15. Aufgrund der vorangegangenen Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1) Artikel 30 ist dahin gehend auszulegen, daß er grundsätzlich einer Regelung entgegensteht, die unter bestimmten Umständen, wenn auch nicht ausnahmslos, Werbung für alkoholische Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 23 % untersagt.

2) Beim Fehlen einer Gemeinschaftsregelung stehen die Artikel 30 und 36 einer Regelung wie der in der Antwort auf die erste Frage angeführten nicht entgegen, wenn diese Regelung für den Schutz der öffentlichen Gesundheit notwendig ist, wenn ihre den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigende Wirkung nicht außer Verhältnis zu diesem Ziel steht und wenn ferner nicht festzustellen ist, daß es sich um eine willkürliche Diskriminierung oder um eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten handelt.