

Samstagsklausur vom 01.09.2012 **Öffentliches Recht**

Die Europäische Union erlässt im Jahre 2011 eine "Richtlinie zum Schutz vor den Folgen übermäßigen Alkoholkonsums in Gaststätten (AKG-RL)". Ziel der Richtlinie ist eine teilweise Harmonisierung der unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs. Die Richtlinie, die „auf Art. 168 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), hilfsweise auf Art. 352 AEUV“ gestützt wurde, kam in einem ordnungsgemäßen Rechtsetzungsverfahren zustande und hat folgenden Wortlaut:

Artikel 1: Warnhinweise

- (1) In jeder Gaststätte, in der alkoholische Getränke angeboten werden, ist folgender Warnhinweis in gut sichtbarer Form in der Amtssprache des Mitgliedstaates anzubringen: „Die EU warnt: Übermäßiger Alkoholkonsum schädigt Ihre Gesundheit“.
- (2) *[enthält Vorgaben zur optischen Gestaltung des Warnhinweises]*

Artikel 2: Schutzverstärkungsklausel

Die Mitgliedstaaten können weitergehende Maßnahmen zur Bekämpfung übermäßigen Alkoholkonsums vorsehen.

Artikel 3: Inkrafttreten; Umsetzungsfrist

Diese Richtlinie tritt am 1. Januar 2012 in Kraft. Die Mitgliedstaaten setzen bis zum 1. Januar 2014 die Rechtsvorschriften in Kraft, die zu ihrer Umsetzung notwendig sind.

Da der Bundesgesetzgeber diesbezüglich nicht tätig wurde, beschließt der Landtag des Freistaates Bayern in einem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren am 6. Februar 2012 zur Umsetzung der AKG-RL das "Bayerische Gesetz zum Schutz vor den Folgen übermäßigen Alkoholkonsums in Gaststätten (AKG-G)". Es lautet:

Artikel 1: Warnhinweise

In jeder Gaststätte ist ein Warnhinweis nach Maßgabe von Art. 1 der AKG-RL anzubringen.

Artikel 2: Fürsorgepflicht

Jeder Betreiber einer Gaststätte hat dafür Sorge zu tragen, dass ein Gast, der alkoholische Getränke in einer Größenordnung von mehr als 40 Gramm reinen Alkohols (das entspricht etwa einer Menge von 1 Liter Vollbier) zu sich genommen hat, auf die Gesundheitsschädlichkeit weiteren Alkoholkonsums ausdrücklich hingewiesen wird. Der Betreiber hat in diesen Fällen dem Gast zu empfehlen, keine weiteren alkoholischen Getränke zu bestellen.

Artikel 3: Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am 1. März 2012 in Kraft.

In der Gesetzesbegründung heißt es unter anderem, dass man eine "Verschärfung" der Bestimmungen der Richtlinie zum Zwecke eines effektiveren Gesundheitsschutzes für sinnvoll halte.

Gastwirt G, der in Würzburg eine Gaststätte betreibt, hält das AKG-G für „ungültig“. Zum einen sei bereits die AKG-RL selbst unwirksam. Weder hätte die Europäische Union die Kompetenz, eine solche Richtlinie zu erlassen, noch stehe diese mit den europäischen Grundfreiheiten und Grundrechten und dem deutschen Grundgesetz in Einklang. Somit hätte die Richtlinie überhaupt nicht umgesetzt werden dürfen. Außerdem fehle es den Bundesländern in diesem Fall ja an der notwendigen Kompetenz zur Regelung der Materie. Zum anderen sei es absolut ungerecht, dass der Freistaat Bayern die Richtlinie auch noch "übererfülle", wie durch Art. 2 AKG-G geschehen. Es könne doch nicht Aufgabe der Gastwirte sein, ihre eigenen Gäste zu bevormunden. Das Gesetz werde bei ihm zu massiven Umsatzeinbußen führen, weil er einen Großteil seines Umsatzes mit dem Ausschank alkoholischer Getränke erziele, und verletze deswegen seine Grundrechte.

Bevor G ein gerichtliches Vorgehen in Erwägung zieht, möchte er zunächst von Ihnen wissen, ob seine Bedenken zutreffen. Daher bittet er Sie zu begutachten,

1. ob die AKG-RL rechtmäßig ist,
2. ob das AKG-G mit dem Grundgesetz vereinbar ist und
3. [Zusatzfrage:] welche gerichtlichen Rechtsbehelfe existieren, um eine eventuelle Unwirksamkeit der AKG-RL und des AKG-G geltend zu machen. Ob diese in seinem Fall tatsächlich erfolgversprechend sind, will G allerdings noch nicht wissen.

Bearbeitervermerk:

Das geforderte umfassende Rechtsgutachten ist zu erstellen. Dabei ist davon auszugehen, dass für den Erlass der AKG-RL keine anderen Kompetenznormen als die genannten Artikel 168 und 352 AEUV in Frage kommen.

Spezielle Vorschriften des Gaststättenrechts, des Jugendschutzrechts oder sonstiger Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts sind außer Betracht zu lassen. Die EMRK ist bei der Bearbeitung nicht zu berücksichtigen.

Lösungsvorschlag

A. Frage 1: Rechtmäßigkeit der AKG-RL

Die AKG-Richtlinie wäre als Akt des sekundären Unionsrechts rechtmäßig, wenn sie mit höherrangigem Unionsrecht, insbesondere den Primärverträgen und den Unionsgrundrechten, vereinbar wäre.

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Richtlinie

Laut Sachverhalt ist die RL in einem ordnungsgemäßen Rechtsetzungsverfahren zustande gekommen. Problematisch ist alleine die Frage, ob die EU die Verbandskompetenz zum Erlass der RL innehat.

1. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

Gemäß dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV darf die Union nur innerhalb der Grenzen der ihr durch die Verträge zugewiesenen Befugnisse tätig werden. Sie besitzt keine "Kompetenz-Kompetenz", sondern kann nur insoweit und in der Form tätig werden, als eine Norm des Primärrechts ihr ausdrücklich die Kompetenz dazu einräumt. Laut Bearbeitervermerk kommen dafür nur die Art. 168 AEUV und Art. 352 AEUV in Betracht.

2. Art. 168 AEUV

Art. 168 AEUV verleiht der EU Kompetenzen im Bereich des Gesundheitswesens. Fraglich ist, ob dazu auch eine Kompetenz zum Erlass einer RL gehört, die der teilweisen Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Schutz vor Alkoholmissbrauch dienen soll.

Art. 168 Abs. 1 AEUV verleiht eine solche Kompetenz ersichtlich nicht, da er lediglich das Ziel der Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus postuliert und der EU eine Ergänzungs- und Unterstützungsfunktion im Hinblick auf die Politik der Mitgliedstaaten zuweist. Es handelt sich um eine reine Aufgabenzuweisungs-, aber nicht um eine Kompetenznorm. Auf die Frage, ob es sich bei Alkohol um eine "Droge" im Sinne des Art. 168 Abs. 1 S. 4 AEUV ("drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden") handelt, kommt es daher nicht an.

Auch Art. 168 Abs. 2, 3 AEUV gibt der Union keine Rechtsetzungskompetenz zum Erlass einer rechtsharmonisierenden RL, sondern nur Kompetenzen zur Förderung und Unterstützung der Mitgliedstaaten und deren Zusammenarbeit als auch mit dritten Ländern und internationalen Organisationen.

Die Varianten der expliziten Kompetenznorm des Art. 168 Abs. 4 AEUV sind nicht einschlägig.

Schließlich lässt sich eine Kompetenz der Union zum Erlass der RL auch nicht aus Art. 168 Abs. 5 AEUV ableiten. Zwar verleiht diese Norm auch Rechtsetzungskompetenzen,

diese rechtfertigen aber nicht den Erlass einer RL wie der im Raume stehenden AKG-RL. Nach dieser Norm kann die Union zwar Maßnahmen zum Schutz vor Alkoholmissbrauch als Gesundheitsschutzmaßnahme treffen, dabei darf es sich aber nur um Fördermaßnahmen handeln. Überdies dürfen diese Maßnahmen explizit nur "unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten" ergehen. Auf eine solche Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Schutz vor Alkoholmissbrauch zielt die RL aber gerade ab, so dass sie sich auf Art. 168 Abs. 5 AEUV nicht stützen lässt.

Art. 168 AEUV trägt demnach den Erlass der AKG-RL nicht.

3. Art. 352 AEUV

Fraglich ist, ob die RL auf die sog. "Kompetenzabrundungsklausel" des Art. 352 AEUV gestützt werden kann. Dies wäre dann möglich, wenn ein Tätigwerden der Union erforderlich wäre, um im Rahmen ihrer Politikbereiche eines ihrer Ziele zu verwirklichen und im Primärrecht selbst die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind.

Die Anwendung des Art. 352 AEUV scheitert aber deswegen, weil darin eine Umgehung der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten läge. Schließt eine spezifische Kompetenznorm, hier Art. 168 Abs. 5 AEUV, ausdrücklich die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten aus, so darf eine solche ausdrücklich negative Kompetenznorm gemäß Art. 2 Abs. 5 Ua. 2, 352 Abs. 3 AEUV nicht durch die Anwendung der Kompetenzergänzungsklausel umgangen werden.

Demnach stellt auch Art. 352 AEUV keine Kompetenzgrundlage für die AKG-RL dar.

4. Zwischenergebnis

Die AKG-RL ist mangels Kompetenzgrundlage formell rechtswidrig und bereits deswegen nichtig.

II. Materielle Rechtmäßigkeit der Richtlinie

Die AKG-RL könnte auch aus materiellen Gründen rechtswidrig sein. Dies wäre der Fall, wenn die in Art. 1 AKG-RL verankerte Warnhinweispflicht gegen materielles Primärrecht, insbesondere gegen die Grundfreiheiten des AEUV, gegen die Grundrechte der GrCh oder gegen allgemeine Grundsätze des Unionsrechts verstieße. Nicht von Relevanz ist in diesem Zusammenhang die Öffnungsklausel des Art. 2 AKG-RL, welche eine Befugnis der Mitgliedstaaten zugunsten weitergehender Vorschriften enthält. Die Öffnungsklausel enthält nämlich selbst noch keine diesbezüglichen inhaltlichen Regelungen, weitergehende Maßnahmen der Mitgliedstaaten wären vielmehr ihrerseits selbst auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu überprüfen.

1. Verstoß gegen Grundfreiheiten

Durch Art. 1 AKG-RL könnten die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) berührt sein. Nicht nur der einzelne Mitgliedstaat, sondern auch die Union selbst ist an die Grundfreiheiten gebunden.

a) Warenverkehrsfreiheit

Die in Art. 34 ff. AEUV geschützte Warenverkehrsfreiheit könnte dadurch verletzt sein, dass durch die Warnhinweispflicht in Art. 1 AKG-RL der (auch grenzüberschreitende) Absatz von alkoholischen Getränken beeinträchtigt wird und deshalb eine grundsätzlich unzulässige warenverkehrsbeschränkende "Maßnahme gleicher Wirkung" iSd. Art. 34 AEUV vorliegt.

aa) Schutzbereich

Dass alkoholische Getränke eine Ware sind, ist unzweifelhaft.

bb) Beeinträchtigung

Einen Eingriff in den freien Warenverkehr stellt jede Maßnahme dar, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern ("Dassonville-Formel", EuGH Slg. 1974, 837). Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass durch die Anbringung von Alkoholwarnhinweisen in Gaststätten der Verkauf alkoholischer Getränke mittelbar behindert wird [aA. vertretbar]. Diese Beeinträchtigung wäre aber gleichwohl keine Maßnahme gleicher Wirkung iSd. Art. 34 AEUV, wenn es sich nur um eine bloße Verkaufsmodalität iSd. Keck-Rechtsprechung des EuGH (EuGH Slg. 1993, I-6097) handelte. Verkaufsmodalitäten sind danach im Gegensatz zu produktbezogenen Regelungen vom Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV ausgenommen, wenn sie nicht faktisch produktbezogen sind und für inländische wie ausländische Waren rechtlich und faktisch gleichermaßen und für alle Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos gelten. Dies dürfte für das Warnhinweisgebot des Art. 1 AKG-RL zu bejahen sein. Dieses betrifft nämlich alle alkoholischen Produkte und knüpft an die Verkaufsstätte selbst an (Gaststätten), hat also keinen produktspezifischen Charakter und differenziert nicht zwischen einheimischen und ausländischen Produkten.

cc) Zwischenergebnis

Art. 1 AKG-RL verstößt nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit.

b) Dienstleistungsfreiheit

Die in Art. 56 ff. AEUV geschützte Dienstleistungsfreiheit könnte dadurch verletzt sein, dass der Gastwirt seine Dienstleistungen, das Bewirten von Gästen, nicht so handhaben kann, wie er will, sondern nur unter Anbringung von Warnhinweisen.

aa) Schutzbereich

Unter die Dienstleistungsfreiheit fallen nach Art. 57 Abs. 1 AEUV alle Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, u.a. auch gewerbliche und kaufmännische

Tätigkeiten. Die Tätigkeit eines Gastwirts – das Bewirten von Gästen insb. mit Alkohol – fällt unzweifelhaft darunter.

bb) Beeinträchtigung

Die Dienstleistungsfreiheit ist nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar. Das Warnhinweisgebot hat indes keinen grenzüberschreitenden Charakter, da es für alle Gaststätten in allen Mitgliedstaaten gilt, mithin das grenzüberschreitende Anbieten von Dienstleistungen nicht erschweren kann.

cc) Zwischenergebnis

Art. 1 AKG-RL verstößt nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit.

2. Verstoß gegen Unionsgrundrechte

Jedoch könnte in Art. 1 AKG-RL ein Verstoß gegen Unionsgrundrechte zu erblicken sein. Die Unionsgrundrechte sind über die Europäische Grundrechtecharta (GrCh) nunmehr Bestandteil des europäischen Primärrechts, Art. 6 Abs. 1 Ua. 1 EUV. Die GrCh stellt im Wesentlichen eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum EU-Grundrechtsschutz dar. Eine unmittelbare (Art. 6 Abs. 2 EUV) oder mittelbare (Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3 GrCh) Überprüfung der AKG-RL anhand der EMRK ist nach dem Bearbeitervermerk ausdrücklich ausgeschlossen.

Durch die Verpflichtung nach Art. 1 AKG-RL, den Hinweis "Die EU warnt: Übermäßiger Alkoholkonsum schädigt Ihre Gesundheit" anzubringen, könnten Gastwirte in ihrer Berufsfreiheit, Meinungsfreiheit und dem Gleichbehandlungsgebot verletzt sein. Eine Verletzung des Eigentumsgrundrechts unter dem Aspekt einer Gefährdung des Bestands des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs scheidet bereits deshalb aus, weil der Schwerpunkt der Regelung berufsausübungsbezogen ist, so dass die Berufsfreiheit hier gegenüber dem Eigentumsgrundrecht zurück tritt.

a) Berufsfreiheit

Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist auch auf Unionsrechtsebene gewährleistet, Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh.

aa) Schutzbereich

"Beruf" ist jede auf Dauer angelegte wirtschaftliche Tätigkeit zur Sicherung einer Lebensgrundlage. Dass das Betreiben einer Gastwirtschaft darunter fällt, ist evident und bedarf keiner näheren Begründung. Die Berufsfreiheit schützt neben dem Recht auf freie Wahl des Berufs auch die Freiheit seiner Ausübung. Dieser Schutz der Berufsausübung umfasst die gesamte berufliche Tätigkeit, insbesondere Form, Mittel und Umfang sowie Inhalt der Betätigung.

bb) Beeinträchtigung

Fraglich ist, ob die Warnhinweispflicht auch eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit darstellt. Bereits dadurch, dass die Gastwirte nicht mehr frei über die räumliche Ausgestaltung ihrer Gaststätte bestimmen können, sondern einen Hinweis in einer

bestimmten Aufmachung "in gut sichtbarer Form" anbringen müssen, wird unmittelbar in ihre Berufsausübungsfreiheit eingegriffen.

Zudem könnte ein faktischer Eingriff darin liegen, dass das Konsumverhalten der Gäste beeinflusst wird. Faktische Beeinträchtigungen stellen dann einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar, wenn sie objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen. Dies ist zu bejahen. Werden Gäste, wie von der Richtlinie intendiert, durch den Hinweis zu einem zurückhaltenden Konsum alkoholischer Getränke veranlasst, entsteht eine Rückwirkung auf die Berufstätigkeit der Gastwirte, weil der Umfang und/oder Inhalt ihrer beruflichen Betätigung gegen ihren Willen beschränkt wird. Eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit ist folglich zu bejahen.

cc) Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung ist gerechtfertigt, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, einem gemeinschaftsrechtlichen legitimen Zweck dient, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie den Wesensgehalt der Grundrechte wahrt, vgl. Art. 52 Abs. 1 GrCh. Insoweit ist den Organen der Union ein weiter Ermessenspielraum zuzugestehen. Gemessen daran dürfte sich die in Art. 1 AKG-RL "gesetzlich" geregelte Beeinträchtigung rechtfertigen lassen. Sie dient dem Gesundheitsschutz, einem Gemeinwohlbelang, ist zur Erreichung dieses Ziels geeignet und auch erforderlich, da ein milderes gleich geeignetes Mittel nicht ersichtlich ist. Auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, das Übermaßverbot, ist gewahrt: die Eingriffsintensität ist relativ gering und mit geringen Kosten verbunden, der Warnhinweis ist inhaltlich zutreffend und nicht mit konkreten Ausschankverboten oder sonstigen Auflagen verbunden.

dd) Zwischenergebnis

Art. 1 AKG-RL verstößt nicht gegen die Berufsfreiheit aus Art. 15 Abs. 1, 16 GrCh.

b) Meinungsfreiheit

Die Warnhinweispflicht aus Art. 1 AKG-RL könnten Gastwirte in ihrer negativen Meinungsfreiheit verletzen, Art. 11 Abs. 1 GrCh. Fraglich ist allerdings, ob es hier um eine Meinungsäußerung der Gastwirte geht. Durch die Aufmachung des Warnhinweises "Die EU warnt:" wird deutlich, dass es sich nicht um die Meinungsäußerung des Gastwirts handelt, sondern um eine solche der EU. Der Gastwirt wird auch nicht gezwungen, sich diese Meinung zu eigen zu machen, da er ohne Weiteres auf die Pflicht zum Aushang verweisen und dies kenntlich machen kann. Art. 1 AKG-RL tangiert also bereits nicht den Schutzbereich der Meinungsfreiheit [aA. vertretbar, der Eingriff wäre aber dann wohl gerechtfertigt].

c) Gleichbehandlungsgebot

Da die Warnhinweispflicht des Art. 1 AKG-RL nur Gaststättenbetreiber und nicht auch andere Inhaber von Geschäftsräumen, in denen Alkohol verkauft wird, trifft, liegt eine Ungleichbehandlung iSd. Art. 20 GrCh vor. Dafür lassen sich aber sachliche Gründe und objektive Anknüpfungskriterien anführen: In Gaststätten kommt es – im Gegensatz bspw. zu Supermärkten und Tankstellen – nicht nur zum einmaligen Warenaustausch,

sondern zu einem Dienstverhältnis über längere Dauer – der Bewirtung. Der Konsument ist in dieser Situation vom Gastwirt abhängig, um die Getränke zu beziehen, während er beim unmittelbaren Kauf in bloßen Verkaufseinrichtungen regelmäßig nicht für den aktuellen Konsum, sondern auch „auf Vorrat“ einkaufen kann. Damit ist gerade in der Bewirtungssituation eine unterstützende Einflussnahme von außen möglich.

[AA. vertretbar, insbesondere mit dem Argument, dass beim Kauf der Getränke im Markt für die „Heimnutzung“ das Gefährdungs- und Missbrauchspotenzial wesentlich höher als in einer Gaststätte ist. Letztlich kommt es hier nur auf eine vernünftige Argumentation an.]

3. Verstoß gegen Grundrechte des Grundgesetzes

Die AKG-RL kann als unionsrechtlicher Sekundärrechtsakt nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen werden. EU-Recht ist insoweit kein geeigneter Prüfungsgegenstand, da ansonsten die einheitliche Geltung des Unionsrechtes in allen Mitgliedstaaten und der Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts gefährdet wären. Eine Ausnahme gilt nach der sog. "Solange-II-Rechtsprechung" des BVerfG für den Fall, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH unter den erforderlichen Grundrechtsstandard absinkt (BVerfGE 73, 339 (378); 102, 147 (164); NJW 2001, 1267 (1267 f.)). Ein solches Absinken des Grundrechtsstandards ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

[Diese Ausführungen sind nicht zwingend erforderlich, zumal der Sachverhalt insoweit keine Hinweise enthält, sondern dienen hier bloß der Klarstellung.]

4. Zwischenergebnis

Die AKG-RL verstößt in materieller Hinsicht nicht gegen höherrangiges Recht.

III. Ergebnis zu A.

Die AKG-RL ist zwar materiell rechtmäßig, allerdings mangels Rechtsetzungskompetenz der EU nichtig.

B. Frage 2: Verfassungsmäßigkeit des AKG-G

Das AKG-G wäre mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn es in formeller und materieller Hinsicht mit diesem vereinbar wäre. Die Wirksamkeit kann allerdings nicht bereits mit dem Argument von G verneint werden, die umzusetzende RL sei rechtswidrig und hätte nicht umgesetzt werden dürfen. Da der EuGH nach Art. 19 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 lit. c) Var. 2 EUV, 263 AEUV die Normverwerfungskompetenz betreffend Unionssekundärrecht innehat, besteht die aus Art. 288 Abs. 3 iVm. Art. 4 Abs. 3 EUV folgende Pflicht zur Umsetzung der RL, solange der EuGH diese nicht für nichtig erklärt hat. Den Mitgliedstaaten steht insoweit das Instrument der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV zur Verfügung (gemäß BVerfGE 118, 79 (97) führt selbst die Nichtigerklärung einer EU-Richtlinie durch den EuGH grundsätzlich nicht zur automatischen Unwirksamkeit des deutschen Umsetzungsgesetzes).

Ungeachtet dessen wäre der Freistaat Bayern grundsätzlich nicht gehindert, ein Gesetz betreffend den Alkoholkonsum in Gaststätten auch unabhängig von einer Pflicht aus einer Richtlinie zu erlassen.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des AKG-G

Als Landesgesetz kann das AKG-G in formeller Hinsicht lediglich an der Kompetenzordnung des Grundgesetzes gemessen werden. Das Gesetzgebungsverfahren, das laut Sachverhalt ordnungsgemäß verlief, richtet sich nach den jeweiligen Landesverfassungen. Fraglich ist daher, ob der Freistaat Bayern die Gesetzgebungskompetenz für ein solches Gesetz hatte. Zwar sind EU-Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV für den "Mitgliedstaat" verbindlich. Mitgliedstaat der EU ist die Bundesrepublik Deutschland, nicht indes der Freistaat Bayern. Allerdings lässt das Unionsrecht die Kompetenzverteilung innerhalb der Mitgliedstaaten unberührt, Art. 4 Abs. 2 EUV. Ist zur Umsetzung einer Richtlinie ein förmliches Gesetz notwendig (was hier angesichts der Grundrechtsrelevanz der Regelungsmaterie evident ist), richtet sich die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz innerstaatlich nach den Art. 30, 70 ff. GG. Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Dies ist nach Art. 70 Abs. 2 GG geschehen: erstens in der Modalität der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes (Art. 71 GG) hinsichtlich der in Art. 73 GG genannten Regelungsmaterien und zweitens in der Modalität der zwischen Bund und Ländern konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 GG) hinsichtlich der in Art. 74 GG genannten Regelungsmaterien. Art. 73 GG ist offensichtlich unter keinem Gesichtspunkt einschlägig.

In Frage kommt zunächst Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG: von "öffentlicher" Fürsorge ist jedoch nur die öffentliche Hilfe bei wirtschaftlicher Not umfasst, nicht indes die generelle Gesundheitsfürsorge.

Weiter ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nicht einschlägig, insbesondere ist übermäßiger Alkoholkonsum keine gemeingefährliche und vor allem übertragbare Krankheit.

Auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist nicht einschlägig: zwar ist der Betrieb von Gaststätten eine wirtschaftliche Tätigkeit, jedoch ist seit der Föderalismusreform im Jahr 2006 das Recht der Gaststätten ausdrücklich aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ausgenommen. Das Gaststättenrecht fällt nunmehr in die alleinige Gesetzgebungskompetenz der Länder. Da es sich bei den Regelungen des AKG-G um einen spezifisch gaststättenrechtlichen Sachverhalt handelt, ist die Gesetzgebungskompetenz des Freistaates Bayern gegeben. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 125a Abs. 1 GG. Danach besteht zwar Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber nach Art. 74 Abs. 1 GG nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden kann, als Bundesrecht fort, so dass das als Bundesgesetz erlassene GastG fortbesteht. Das weiter geltende GastG sperrt aber den Landesgesetzgeber nach Art. 72 Abs. 1 GG nicht, da Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich bestimmt, dass das nach Satz 1 fortbestehende Bundesrecht durch Landesrecht ersetzt werden kann. "Ersetzen" meint nicht, dass das Land das Gaststättenrecht vollständig selbst neu regeln müsste, es kann auch ein

Teilbereich geregelt werden, wenn dieser abgrenzbar ist [strittig]. Der Warnhinweis in Gaststätten ist ein abgrenzbarer Sachverhalt, der die übrigen Vorschriften des GastG unberührt lässt.

Schließlich kommt Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG nicht in Betracht. Alkoholische Getränke sind zwar Genussmittel, die Regelungen des AKG-G betreffen jedoch nicht alkoholische Getränke als solche in ihrer Beschaffenheit etc., sondern die Warnung vor ihrem überhöhten Konsum, was von Nr. 20 nicht erfasst ist [AA. vertretbar, da aber laut Sachverhalt der Bundesgesetzgeber nicht tätig wurde, gibt es vorliegend kein Bundesgesetz, das für den Landesgesetzgeber nach Art. 72 Abs. 1 GG Sperrwirkung entfalten könnte. Nach beiden Varianten ist das AKG-G formell verfassungsgemäß].

Dem Freistaat Bayern stand die Gesetzgebungskompetenz zu. Das AKG-G ist somit formell verfassungsmäßig.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit des AKG-G

Das AKG-G wäre auch materiell verfassungsmäßig, wenn es inhaltlich mit dem Grundgesetz vereinbar wäre. Da auch der Landesgesetzgeber nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden ist, könnte ein Verstoß des AKG-G gegen diese in Betracht kommen.

1. Problem der Determinierung

Da das AKG-G in Umsetzung der AKG-RL ergangen ist, stellt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit es überhaupt noch in materieller Hinsicht am Grundgesetz zu messen ist. Zwar ist ein Landesgesetz als Akt deutscher Staatsgewalt grundsätzlich geeigneter Prüfungsgegenstand am Maßstab der innerstaatlichen Verfassung, allerdings würde eine vollumfängliche Maßstabsfunktion der Grundrechte des Grundgesetzes dazu führen, dass jedenfalls mittelbar auch die RL, deren Umsetzung das Gesetz dient, Prüfungsgegenstand würde. Es käme damit zu einer Kontrolle des Unionsrechts am Maßstab des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts. Dies würde wiederum die Auslegungs- und Verwerfungshoheit des EuGH konterkarieren und zum anderen einer gleichmäßig effektiven Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten entgegenstehen.

Soweit also eine innerstaatliche Regelung lediglich Unionsrecht umsetzt, ist diese der Kontrolle anhand der Verfassung entzogen. Grundrechtsschutz ist gegen diese Akte bereits auf unionaler Ebene gewährleistet. Lediglich soweit der Sekundärrechtsakt den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum belässt, kann und muss dieser vom Umsetzungsgesetzgeber grundrechtswahrend genutzt werden, so dass die Grundrechte des Grundgesetzes insoweit ihre Maßstabsfunktion behalten.

Art. 1 AKG-G ist durch Art. 1 AKG-RL vollständig determiniert und daher einer Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes entzogen. Anders verhält sich dies im Hinblick auf Art. 2 AKG-G, der von der Öffnungsklausel in Art. 2 AKG-RL Gebrauch macht und weitergehende Maßnahmen zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs vorsieht. Da

die RL dem Umsetzungsgesetzgeber insoweit Spielraum gelassen und ihn auch nicht zum Erlass weitergehender Maßnahmen verpflichtet hat, kann (allein) Art. 2 AKG-G vollständig an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen werden.

Die mündliche Hinweispflicht aus Art. 2 AKG-G könnte gegen die Grundrechte von Gastwirten auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) verstoßen.

2. Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG

a) Schutzbereich

Das Betreiben einer Gastwirtschaft ist als Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen, so dass der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist.

b) Eingriff

Die Auferlegung der Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass ein Gast, der alkoholische Getränke in einer Größenordnung von mehr als 40 g reinen Alkohols zu sich genommen hat, auf die Gesundheitsschädlichkeit weiteren Alkoholkonsums ausdrücklich hingewiesen wird und von der Bestellung weiterer alkoholischer Getränke abgebracht werden soll, stellt einen unmittelbaren Eingriff mit berufsregelnder Tendenz dar, weil der Gastwirt dadurch gezwungen wird, von der Inanspruchnahme eines Teils der von ihm angebotenen Leistungen abzuraten; er wird sozusagen zu geschäftsschädigender "Werbung" verpflichtet.

c) Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff gerechtfertigt ist. Als einheitliches Grundrecht steht die Berufsfreiheit unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Art. 2 AKG-G könnte ein solches Schrankengesetz darstellen, wenn es insbesondere verhältnismäßig wäre.

(a) Legitimer Zweck

Die Anforderungen an den legitimen Zweck bestimmen sich nach der sog. 3-Stufen-Lehre (BVerfGE 7, 377 (401; 403; 405 ff.)). Je intensiver ein Eingriff wirkt, desto höherwertige Allgemeinwohlbelange müssen ihn tragen können. Dies ist hier nur der Fall, wenn die Hinweispflichten des Gastwirtes gegenüber dem Gast einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck, einer vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls, dienen, geeignet und erforderlich sind, diesen zu erreichen, sowie nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen.

Ist, wie hier, eine bloße Berufsausübungsregelung zu statuieren, genügen als Zweck schon vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls. Objektiver Zweck des Art. 2 AKG-G ist der Schutz der menschlichen Gesundheit. Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Dabei wirkt dieses Grundrecht nicht nur als Abwehrrecht, sondern auch als staatliche Schutzpflicht. Indem der Staat dem Gastwirt entsprechende Hinweispflichten auferlegt, kommt er seiner Schutzpflicht aus

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zugunsten der körperlichen Unversehrtheit nach. Somit liegt ein ausreichender legitimer Zweck vor.

(b) Geeignetheit

Weiter müssten die in Art. 2 AKG-G geregelten Pflichten geeignet sein, den intendierten Zweck zu erreichen, wobei eine Zweckförderung genügt. Insoweit ist dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zuzugestehen. Es ist durchaus zu erwarten, dass die Hinweispflichten Gäste von übermäßigem Alkoholkonsum abhalten und so dem Zweck des Gesundheitsschutzes förderlich sein können. Damit ist das Gesetz geeignet.

(c) Erforderlichkeit

Die Hinweispflichten müssten zur Zweckerreichung auch erforderlich sein, d.h. der Zweck darf nicht durch ein gleich wirksames, weniger belastendes Mittel erreichbar sein. Auch hier besteht eine gesetzgeberische Einschätzungsprärogative. Unverbindliche Maßnahmen erscheinen nicht genauso wirksam wie rechtliche Verpflichtungen zur Erteilung entsprechender Hinweise. Die Erforderlichkeit ist damit zu bejahen.

(d) Angemessenheit

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Pflichten im Hinblick darauf, dass sie gegenüber jedem einzelnen Gast nach Konsum einer bestimmten Menge Alkohols bestehen, im engeren Sinne angemessen sind. Dem Gastwirt wird nämlich auferlegt, das Konsumverhalten jedes seiner Gäste gewissermaßen zu "überwachen", um seinen Hinweispflichten gerecht werden zu können. Zu diesem Überwachungsaufwand hinzu tritt eine spezifische Kontaktpflicht: Der Gastwirt muss den einzelnen Gast – mündlich oder schriftlich – einen ausdrücklichen Warnhinweis in Bezug auf weiteren Alkoholkonsum erteilen und ihn von weiteren Bestellungen alkoholischer Getränke abzubringen versuchen. Dadurch wird er nicht nur verpflichtet, sich gewissermaßen als "Gesundheitsapostel" zu gerieren, sondern darüber hinaus faktisch darauf hinzuwirken, dass die Gäste keine weiteren alkoholischen Getränke bei ihm bestellen. Solche "Belehrungserlebnisse" dürften in vielen Fällen dazu führen, dass die Gäste die Gaststätte nicht mehr besuchen mit der Folge, dass für den betroffenen Gastwirt Umsatzrückgänge drohen. Gerade für Gastwirte wie G, die einen erheblichen Teil ihres Umsatzes durch den Ausschank alkoholischer Getränke erzielen, kann dies existenzbedrohend wirken und damit die Berufsausübung ähnlich wie eine objektive Berufszulassungsschranke unmöglich machen.

Diesem erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit steht der Gesundheitsschutz gegenüber, der abstrakt sicherlich als wichtiges Gemeinschaftsgut einzustufen ist. Insoweit ist jedoch im konkreten Fall zu bedenken, dass die Gäste in einer Gastwirtschaft regelmäßig freiwillig Alkohol zu sich nehmen. Der Staat versucht hier, den Einzelnen gewissermaßen allein vor sich selbst zu schützen (Paternalismus). Die staatliche Schutzverpflichtung zugunsten der Gesundheit tritt damit in einen Gegensatz zum Selbstbestimmungsrecht der zu schützenden Bürger. Bei der Lösung dieses Konfliktes ist das zentrale Gewicht zu berücksichtigen, das dem durch Art. 2 Abs. 1 und

Art. 1 Abs. 1 GG begründeten Persönlichkeitsrecht nach der Verfassung zukommt. Dieses zentrale Freiheitsgrundrecht gibt als unmittelbarer Ausfluss der Würde des Menschen den anderen Grundrechten ihren wesentlichen Sinn und kann deshalb zugunsten seines Inhabers nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden. Das Selbstbestimmungsrecht schließt die Befugnis ein, darüber zu entscheiden, welchen Gefahren sich der Einzelne aussetzen will. Es widerspricht im Kern dem umfassenden Persönlichkeitsrecht, das vom Grundgesetz durch die zentralen Grundrechtsnormen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet wird, staatlichen Behörden die Befugnis einzuräumen, dem Staatsbürger vorzuschreiben, was er im Interesse seines Eigenschutzes zu tun hat, auch wenn keine mögliche Fremdgefährdung vorliegt. Allerdings hat auch die dem Selbstbestimmungsrecht innewohnende Freiheit, die Risiken eigenen Handelns selbst einzuschätzen und Eigengefährdungen hinzunehmen, ihre Grenzen. Eine solche Grenze wäre etwa anzunehmen, wenn neben der Eigenschädigung auch Schäden Dritter zu befürchten wären, was hier – im Gegensatz etwa zu den Gefahren des Passivrauchens – gerade nicht geltend gemacht wird.

Daher tritt der Gesundheitsschutz hinter dem Selbstbestimmungsrecht der Gäste zurück und kann daher nicht als gewichtiges Gemeinschaftsgut den Eingriff in die Berufsfreiheit rechtfertigen.

Überdies ist noch zu bedenken, dass die Gastwirte gerade bei Gästen, die Getränke mit unterschiedlichem Alkoholgehalt zu sich nehmen, komplizierte Berechnungen anstellen müssen, um zu prüfen, ob die Grenze von 40 Gramm Alkohol tatsächlich schon erreicht ist, was bei einer größeren Zahl an Gästen zur unmöglichen Rechenaufgabe werden kann. Auch können die Gastwirte gar nicht wissen, ob ihre Gäste nicht schon vor dem Besuch der jeweiligen Gaststätte Alkohol zu sich genommen haben. Die den Gastwirt treffende zusätzliche Belastung ist somit besonders hoch.

Unter Abwägung des Eingriffs in die Berufsfreiheit mit dem Gewicht des Gesundheitsschutzes sind die in Art. 2 AKG-G geregelten Hinweispflichten daher unverhältnismäßig, so dass eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs misslingt. Art. 2 AKG-G verstößt insoweit gegen das Grundrecht der Gastwirte aus Art. 12 Abs. 1 GG [a.A. vertretbar].

[Gut vertretbar wäre es auch, den mit dem Schutz vor sich selbst verbundenen Eingriff in das von Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht der Gäste eigenständig zu prüfen. Da hier aber nicht zu prüfen war, ob die Gastwirte durch das Gesetz in ihren Grundrechten verletzt sind, sondern, ob das Gesetz objektiv verfassungsgemäß ist, ist auch die hier vorgeschlagene integrierte Prüfung möglich.]

3. Meinungsfreiheit Art. 5 Abs. 1 GG

Die Hinweispflicht könnte auch das gegen das Grundrecht der Gastwirte auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG verstoßen. Zweifelhaft ist jedoch bereits, ob der Schutzbereich der negativen Meinungsfreiheit berührt ist, weil die Gastwirte nicht verpflichtet werden, ihre eigene Meinung kundzutun, sondern lediglich auf eine fremde

Meinung hinweisen müssen. Sie haben die Möglichkeit, die Hinweispflichten auch dadurch zu erfüllen, dass sie auf ihre gesetzliche Verpflichtung hinweisen (vgl. dazu bereits oben zu Art. 11 Abs. 1 GrCh). Ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 GG scheidet daher aus.

4. Zwischenergebnis

Art. 2 AKG-G verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG [sowie gegen das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. 1 Abs. 1 GG, soweit man eine diesbezügliche eigenständige Prüfung vorgenommen hat] und ist deswegen nichtig. Die übrigen Vorschriften bleiben, da sie einen selbständigen, von Art. 2 AKG-G unabhängigen Regelungsgehalt haben, von dieser Rechtsfolge unberührt.

III. Ergebnis zu B.

Das AKG-G ist zwar formell, in seinem Art. 2 aber nicht materiell verfassungsmäßig.

C. Frage 3 [Zusatzfrage]: Rechtsbehelfe

Fraglich ist, welche gerichtlichen Rechtsbehelfe statthaft sind, um eine eventuelle Unwirksamkeit der AKG-RL und des AKG-G geltend zu machen.

I. Gegen die AKG-RL

Als Akt europäischer Sekundärrechtssetzung kann die AKG-RL nicht Prüfungsgegenstand einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, Art. 66, 120 BayVerf sein. In Betracht kommt aber eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV. Richtlinien sind an die Mitgliedstaaten gerichtet und umsetzungsbedürftig, sodass für den Bürger lediglich Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV einschlägig ist. Bei Richtlinien dürfte es aber regelmäßig an der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit fehlen, da diese noch keine unmittelbare Rechtswirkung für den Bürger entfalten. In einem innerstaatlichen Gerichtsverfahren, bei dem es auf die Wirksamkeit der Richtlinie ankommt, besteht aber die Möglichkeit und ggfs. die Pflicht nach Art. 267 AEUV, ein Vorlageverfahren beim EuGH über die Gültigkeit der RL einzuleiten.

II. Gegen das AKG-G

Das AKG-G unterliegt als formelles Landesgesetz der Bundesverfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und der Möglichkeit der Richtervorlage nach Art. 100 GG, Art. 92 BayVerf im Rahmen fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen auf der Norm basierende Einzelakte. Eine Landesverfassungsbeschwerde ist nach Art. 66, 120 BayVerf gegen Normen nicht eröffnet, dafür aber die Popularklage nach Art. 98 BayVerf. Art. 1 AKG-G ist jedoch, wie oben gezeigt, kein tauglicher Prüfungsgegenstand, sondern nur Art. 2 AKG-G. Die Wirksamkeit bzw. Anwendbarkeit einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift kann nicht unmittelbar Gegenstand eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV sein, da der EuGH nicht die Kompetenz zur Auslegung und Verwerfung nationalen Rechts hat. Vielmehr klärt der EuGH in diesen Fällen nur die Auslegung der Normen des Unionsrechts, auf denen der nationale Rechtsakt basiert bzw. für diesen von Relevanz ist.