

## **Bachelorprüfung im Europarecht (Institutionen) I**

vom 6. Januar 2012

### **Lösungsskizze**

---

#### **Aufgabe I: Stabilisierung des europäischen Finanzmechanismus**

##### **Frage 1**

- a. Kann ein Mitgliedstaat der Eurozone gegen den Erlass der Verordnung vorgehen, wenn er der Meinung ist, dass keine genügende Kompetenzgrundlage gegeben sei?

Es ist zu prüfen, ob der Mitgliedstaat mit einer Nichtigkeitsklage gegen den Erlass der Verordnung vorgehen kann.

##### **a) Legitimation (2 Punkte)**

Aktivlegitimation: Gemäss Art. 263 Abs. 2 AEUV dürfen Mitgliedstaaten Klage erheben. Mitgliedstaaten sind nach Art. 263 Abs. 2 AEUV privilegiert legitimiert. Sie müssen demnach kein eigenes Rechtsschutzinteresse nachweisen.

Passivlegitimation: Gemäss Art. 263 Abs. 1 AEUV ist der Rat passiv legitimiert.

##### **b) Anfechtungsobjekt (3 Punkte)**

Gemäss Art. 263 Abs. 1 AEUV sind u.a. Gesetzgebungsakte sowie Handlungen des Rates Anfechtungsobjekte der Nichtigkeitsklage.

Laut Sachverhalt hat der Rat der EU eine Verordnung erlassen. Diese ist nach Art. 289 Abs. 3 AEUV kein Gesetzgebungsakt, weil das Parlament in keiner Weise beteiligt war (Art. 122 Abs. 2 AEUV), sondern eine Handlung des Rates. Dabei ist es offensichtlich, dass eine Handlung vorliegt, die verbindliche Rechtswirkungen nach aussen entfaltet und somit ein Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage gegeben ist.

##### **c) Klagegründe (2.5 Punkte)**

Die Klagegründe sind folgende: Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge und der auf die Verträge abgestützten Rechtsakte sowie Ermessensmissbrauch (Art. 263 Abs. 2 AEUV).

Subsumtion: Der fragliche Mitgliedstaat macht geltend, es fehle an einer genügenden Kompetenzgrundlage. Er beruft sich somit auf die Unzuständigkeit der Union.

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV) darf die Union nur tätig werden, wenn ihr die Mitgliedstaaten in den Verträgen eine entsprechende Kompetenz übertragen haben.

Für substantiierte, gute Äusserungen zu den Klagegründen der Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift, des Ermessensmissbrauchs oder der Verletzung des Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm wird maximal ein Zusatzpunkt erteilt.

**b. An welche Instanz muss er sich wenden? (4 Punkte)**

Gemäss Art. 256 Abs. 1 S. 1 AEUV ist grundsätzlich das Gericht für Nichtigkeitsklagen zuständig. Ausnahmen sind in der Satzung des Gerichtshofs vorgesehen.

Art. 51 lit. a der Satzung des Gerichtshofs besagt, dass Klagen gemäss Art. 263 AEUV dem Gerichtshof vorbehalten sind, wenn sie von einem Mitgliedstaat gegen eine Handlung oder wegen unterlassener Beschlussfassung des Europäischen Parlaments oder des Rates oder dieser beiden Organe zusammen erhoben werden.

Subsumtion: Die Nichtigkeitsklage wird von einem Mitgliedstaat erhoben. In casu hat der Rat auf Vorschlag der Kommission gehandelt. Die Voraussetzungen von Art. 51 lit. a Gerichtshofsatzung sind demnach gegeben. Eine Gegen Ausnahme nach Art. 51 lit. a Spiegelstrich 1-3 ist nicht ersichtlich. Damit ist der Gerichtshof für die Klage zuständig.

Die Zuständigkeit ergibt sich nicht aus Art. 263 Abs. 2 AEUV (da „Gerichtshof der Europäischen Union“ sowohl das Gericht als auch den Gerichtshof meint); vgl. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 EUV.

**c. Bis wann hat er Zeit, um eine Klage einzureichen? (2 Punkte)**

Diese beträgt nach Art. 263 Abs. 6 AEUV zwei Monate ab Bekanntgabe der betreffenden Handlung, ihrer Mitteilung an den Kläger oder in Ermangelung dessen von dem Zeitpunkt an, zu dem der Kläger von dieser Handlung Kenntnis erlangt hat.

Die Berechnung der Fristen ergibt sich aus Art. 80 ff. VerFO-EuGH.

Beginn der Frist: Bei einer Verordnung beginnt die Frist mit der Veröffentlichung im Amtsblatt zu laufen. Art. 80 § 1 lit. a VerFO-EuGH bestimmt, dass gerichtliche Fristen unter Ausschluss des Tages zu berechnen sind, auf den das Ereignis fällt, mit dem die Frist beginnt. Beginnt die Frist durch die Veröffentlichung der Massnahme, so besagt Art. 81 § 1 VerFO-EuGH, dass diese erst vom Ablauf des 14. Tages nach der Veröffentlichung der Massnahme im Amtsblatt an zu berechnen ist.

In casu beginnt die Frist also nach Ablauf des 14. Tages nach der Veröffentlichung der Verordnung im Amtsblatt zu laufen, d.h. am 26. Mai 2010.

Dauer der Frist: Art. 263 Abs. 6 AEUV besagt zwei Monate. Gemäss Art. 81 § 2 VerFO-EuGH muss eine pauschale Entfernungsfrist von zehn Tagen hinzugerechnet werden.

Ende der Frist: Diese ergibt sich aus Art. 80 § 1 lit. b VerFO-EuGH. Die Frist endet am 5. August 2010. Die Frist ist gewahrt, wenn die Klageschrift innerhalb der Frist bei der Kanzlei des EuGH eingegangen ist (Art. 37 § 3 VerFO-EuGH).

Der Mitgliedstaat muss demnach bis zum 5. August 2010 seine Klage bei der Kanzlei des EuGH eingereicht haben.

## **Frage 2**

Kann ein Privater gegen die Verordnung vorgehen? Zeigen Sie nur auf, welche Unterschiede sich gegenüber dem Vorgehen des Mitgliedstaates ergeben.

Es ergeben sich in Bezug auf die Aktivlegitimation und die Instanz Unterschiede.

### a) Aktivlegitimation (9 Punkte)

Nach Art. 263 Abs. 4 AEUV gibt es drei Möglichkeiten:

Die Klagebefugnis des Adressaten (1. Alt.), die Klagebefugnis eines Dritten bei unmittelbarer und individueller Betroffenheit (2. Alt.) und die Klagebefugnis bei Rechtsakten mit Verordnungscharakter (3. Alt.). Punkte wurden nur vergeben, wenn alle drei Alternativen aufgezählt wurden.

Die 1. Alternative ist nicht einschlägig. Bei der zweiten Alternative sind Entscheidungen (also Beschlüsse mit Adressaten), Scheinverordnungen, Verordnungen und Richtlinien die zulässigen Klagegegenstände.<sup>1</sup> Bei der dritten Alternative sind alle Rechtsakte mit Gesetzescharakter, also Rechtsakte die entweder im ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden, ausgeschlossen.<sup>2</sup> Rechtsakte mit Verordnungscharakter sind demnach alle Verordnungen, Beschlüsse und Richtlinien ohne Gesetzescharakter.<sup>3</sup> Für zusätzliche, richtige Ausführungen zu dieser Abgrenzung und zu den Begriffen wurden maximal zwei Zusatzpunkte erteilt.

Subsumtion: Da die Verordnung ein Rechtsakt ist, der nicht im Gesetzgebungsverfahren erlassen wurde (Art. 122 Abs. 2 i.V.m. Art. 289 Abs. 3 AEUV), handelt es sich um einen Rechtsakt mit Verordnungscharakter. Die dritte Alternative kommt somit zum Zug.

Klagebefugnis bei Rechtsakten mit Verordnungscharakter (3. Alt.)

Bei Handlungen mit Verordnungscharakter, müssen natürliche und juristische Personen nur unmittelbar, nicht auch individuell betroffen sein. Die Rechtsakte dürfen keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen.

#### *Unmittelbar betroffen*

Der Kläger muss unmittelbar betroffen, d.h. beschwert, sein. Lediglich potentiell Betroffene sind ausgeschlossen. Nach Rechtsprechung des EuGH müssen zwei Kriterien kumulativ erfüllt sein: die Massnahme muss sich unmittelbar auf die Rechtsstellung der Person auswirken und sie darf ihren Adressaten, die mit der Durchführung betraut sind, keinerlei Ermessensspielraum lassen.

Subsumtion: In casu legt die Verordnung nur die Bedingungen und Verfahren fest, nach denen einem Mitgliedstaat ein finanzieller Beitrag gewährt werden kann. Zur Gewährung dieses Beitrags sind noch weitere Handlungen der Unionsorgane nötig (Beschluss des Rates auf Vorschlag der Kommission). Dem Rat verbleibt beim Erlass des Beschlusses ein erheblicher Ermessensspielraum.

Die Rechtsstellung des Klägers kann daher nicht nur durch den Erlass der Verordnung beeinträchtigt werden. Der Kläger ist nicht unmittelbar beschwert.

Studierende, die die Verordnung unter die zweite Alternative subsumieren, haben auch Punkte erhalten, wenn sie sich dort mit der unmittelbaren Betroffenheit auseinandergesetzt haben. Keine Punkte gab es für die individuelle Betroffenheit, da diese bei der dritten Alternative nicht vorausgesetzt wird.

#### *Kein Nachsichziehen von Durchführungsmaßnahmen*

Dem Einzelnen steht ein Direktklagerecht nur gegenüber solchen Rechtsakten mit Verordnungscharakter zu, die keinen Durchführungs-, Umsetzungs- oder Ausführungsrechtsakt er-

<sup>1</sup> CREMER, in: Callies/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, N. 33 zu Art. 263.

<sup>2</sup> EuG, Rs. T-18/10 vom 6.9.2011, Rz. 38-56; CREMER, in: Callies/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, N. 56, 62 f. und 65 zu Art. 263.

<sup>3</sup> CREMER, in: Callies/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, N. 68 a.E. zu Art. 263.

fordern.<sup>4</sup> Dieses Tatbestandsmerkmal kommt insbesondere dort zum Zug, wo bei der Umsetzung oder Durchführung kein Ermessenspielraum gegeben ist.

Subsumtion: Die Verordnung ist durch Durchführungsakte (Beschlüsse des Rates) umzusetzen. Der Rat verfügt hierbei über einen erheblichen Ermessenspielraum. Entsprechend fehlt es auch aus dieser Sicht an der Legitimation des Einzelnen.

Fazit: Ein Privater kann die Verordnung mangels Legitimation nicht anfechten.

#### **b) Instanz (2.5 Punkte)**

Für Nichtigkeitsklagen natürlicher und juristischer Personen ist erstinstanzlich das Gericht zuständig (Art. 256 Abs. 1 S. 1 AEUV). Der Ausnahmekatalog von Art. 51 Gerichtshofsatzung ist nicht einschlägig. Der Entscheid des Gerichts kann an den EuGH weitergezogen werden (Art. 256 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV).

---

<sup>4</sup> CREMER, in: Callies/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, N. 70 f. zu Art. 263.

## **Aufgabe II: Ein Werbespot vor dem EGMR**

Die Aufgabe ist angelehnt an: BGE 123 II 402 / EGMR, Urteil vom 28. Juni 2001 = Recueil CourEDH 2001-VI S. 271 ff. = VPB 65/2001 Nr. 119).

Vgl. auch BGE 136 I 158.

**Frage 1:** Wie hat der EGMR zu entscheiden?  
[Gehen Sie davon aus, dass der EGMR die Beschwerde als zulässig einstuft.]

### **Vorfrage betreffend das Vorgehen: (1 Punkt)**

Art. 14 EMRK verbietet Diskriminierungen; die Tragweite ist beschränkt, da der Schutz nur besteht, wenn eine andere EMRK-Garantie berührt ist (vgl. Jaag, N. 537): akzessorische Natur von Art. 14 EMRK.

Daher ist bei der Prüfung mit Art. 10 EMRK zu beginnen.

### **Verletzung von Art. 10 EMRK?**

#### **a) Schutzbereich (4 Punkte)**

Sachlich: Geschützt ist jede weltanschauliche, ideelle oder kommerzielle Meinungsäusserung;

- auch Werbung (vgl. Jaag N 526);
- auch politische Werbung;
- auch in Form von Bildern (non-verbal);
- auch wenn „drastisch“.

Persönlich:

- auch ein Verein (Juristische Person des Privatrechts) kann Träger sein.

Schutzrichtung (Art. 1 EMRK):

EMRK-Garantien richten sich gegen den Staat (Jaag, N. 513). Sie entfalten grundsätzlich keine unmittelbaren Wirkungen zwischen Privaten.

- SRG: ein privater Verein (konzessioniert) (vgl. auch BGE 136 I 164: Akquisition von Werbespots = grundsätzlich privatrechtliches Handeln).
- Aber: Mit dem Urteil des Bundesgerichts liegt ein staatlicher Akt vor. Und der Staat Schweiz trägt die Verantwortung für das Gesetz, welches politische Werbung in Radio und Fernsehen verbietet.

Fazit: Es liegt ein Eingriff vor.

#### **b) Ist der Eingriff gerechtfertigt? (5 Punkte)**

Kriterien:

**gesetzlich vorgesehen** sowie in einer demokratischen Gesellschaft **notwendig**, um einen der in Art. 10 Abs. 2 EMRK **abschliessend aufgezählten** legitimen Zwecke zu erreichen.

#### **gesetzlich vorgesehen?**

Art. 18 Abs. 5 aRTVG

Ausdrücklich untersagt ist dort (gemäss SV) die politische Werbung.

Aufgrund der Angaben im SV kann das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage nur dann bejaht werden, wenn

- die fragliche Werbung als „politisch“ eingestuft wird und

- die Anwendung auf den Fall mehr oder weniger „prévisible“ ist.

Dies kann bejaht werden (vom EGMR bejaht; vgl. a.a.O., N. 58).  
(Entsprechende Punkte auch für gut begründete gegenteilige Lösung.)

### **legitimer Zweck?**

Das Verbot politischer Werbung (Radio und Fernsehen) soll typischerweise verhindern, dass finanzkräftige Gruppen einen politischen Wettbewerbsvorteil erhalten (nicht zuletzt angesichts der Breiten-Wirkung des Fernsehens und der im Vergleich zu anderer Werbung hohen Kosten).

Dieses Ziel kann wohl subsumiert werden unter:

- Schutz der Rechte anderer (so der EGMR; vgl. a.a.O., N. 62) = insb. Rechte von finanziell weniger potenten Dritten

Von den in Art 10 Abs. 2 EMRK genannten (abschliessend aufgezählten) Zwecken fallen u.U. auch in Betracht:

- Aufrechterhaltung der Ordnung.
- evtl. Schutz der Moral? Schutz der Kinder bzw. des TV-Publikums allgemein? (wegen drastischer Bilder).

(Bepunktung auch dann, wenn überzeugend argumentiert wurde, dass kein legitimer Eingriffszweck gegeben sei. Keine Punkte, wenn der Tierschutz als Zweck erwähnt wurde.)

### **in einer demokratischen Gesellschaft notwendig?** (verhältnismässig?)

Der EGMR gesteht den nationalen Behörden gewöhnlich einen (mehr oder weniger grossen) Ermessensspielraum (margin of appreciation) zu (vgl. Jaag N. 550, EGMR, a.a.O., N. 69).

Es geht um ideelle (nicht um kommerzielle) Gehalte der durch die MäF geschützten Werbefreiheit (grosses Gewicht der Freiheitsinteressen).

Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist in solchen Fällen vergleichsweise streng (EGMR, a.a.O., N. 72).

Im vorliegenden Fall

- Eignung im Hinblick auf die legitimerweise verfolgten Zwecke: kann bejaht werden
- Notwendigkeit:  
Es genügt ein Verbot der Werbung für politische Parteien, für Personen, die politische Ämter innehaben oder dafür kandidieren, für Themen, welche Gegenstand von bevorstehenden Volksabstimmungen sind.
- Abwägung: Rechtfertigt das verfolgte gesellschaftliche Bedürfnis die Schwere des Eingriffs?

Hinweise zur Argumentation des EGMR:

- Hier nicht notwendig, weil es sich nicht um eine finanzstarke politische Gruppierung handle (EGMR, a.a.O., N. 75.)
- Andere wirksame Verbreitungskanäle fehl(t)en (EGMR, a.a.O., N. 78.)

**Fazit:** Art. 10 EMRK ist verletzt.

(Entsprechende Punkte auch für gut begründete gegenteilige Lösung.)

### **Verletzung von Art. 14 EMRK? (5 Punkte)**

Da Art. 10 EMRK jedenfalls berührt ist, ist auch Art. 14 EMRK zumindest potentiell einschlägig und in die Prüfung einzubeziehen.

Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter (in Art. 14 EMRK nicht abschliessend aufgezählter) Merkmale ohne sachlichen und vernünftigen Rechtfertigungsgrund erfolgt (Jaag, N. 538)

Keine Diskriminierung im Sinne von §14 EMRK liegt vor, d.h. die Ungleichbehandlung ist erlaubt, wenn ein öffentliches Interesse verfolgt wird und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist. Die Schrankenregelung von Art. 8-11 Abs. 2 EMRK findet keine Anwendung.

Ungleichbehandlung?

Eine Ungleichbehandlung könnte allenfalls darin gesehen werden, dass die Fleischproduzenten für ihre Produkte (auch) im Fernsehen Werbung machen dürfen, während dem VgT Fernsehwerbung mit dem Ziel, eine Reduktion des Fleischkonsums zu erwirken, untersagt wird. (vom EGMR verneint; vgl. a.a.O., N. 87/88: VgT einerseits, Fleischproduzenten andererseits seien **nicht** «placées dans une situation comparable», leurs publicités ayant un objet différent.)

(Bepunktung, wenn am Fall orientiert eine Ungleichbehandlung dargelegt wurde. Keine Punkt, wenn apodiktisch festgehalten wurde, dass der VgT wegen seiner politischen Ansicht diskriminiert werde.)

Falls Ungleichbehandlung bejaht wird:

Diskriminierungskriterium:

Von den ausdrücklich erwähnten Merkmalen kommt allenfalls in Betracht: „wegen [...] der politischen oder sonstigen Anschauung“

Hier wohl nicht einschlägig, zumal alle, die politisch motivierte Werbung machen wollen, *gleichermassen* ausgeschlossen werden; die Werbung der Fleischproduzenten (für Konsum) ist nicht politischer Natur.

Falls Ungleichbehandlung und Vorliegen eines Diskriminierungskriteriums bejaht wird, muss weiter geprüft werden:

sachlicher und vernünftiger Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung von VgT einerseits, Fleischproduzenten andererseits?

Verhältnismässigkeit?

(ggf.: Punkte bei in sich stimmiger Begründung)

Fazit: Eine Verletzung von Art. 14 EMRK ist zu verneinen.

2. Nehmen Sie an, der EGMR komme zum Schluss, die EMRK sei verletzt worden.

**Frage 2:** Welche rechtliche und/oder praktische Tragweite hat das Urteil des EGMR: [Eine kurze Begründung genügt jeweils.] (5 Punkte)

**a) aus der Sicht des Vereins gegen Tierfabriken (VgT)?**

Im Falle einer Konventionsverletzung ergeht ein Feststellungsurteil (vgl. Jaag N 584).

Dieses entfaltet innerstaatlich keine unmittelbare Wirkung, sondern verpflichtet nur den Staat (insbesondere die Regierung), für Umsetzung zu sorgen (Jaag N. 586). Insofern ergibt sich aus Sicht des VgT keine direkte Wirkung.

Immerhin: Der EGMR kann

- dem Verletzerstaat die Verfahrenskosten auferlegen;

- den Verletzerstaat verpflichten, dem Betroffenen eine gerechte Entschädigung (Schadenersatz und Genugtuung) auszurichten, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen der Verletzung gestattet (Art. 41 EMRK).

[Vorliegend dürfte eine Wiedergutmachung gestützt auf Art. 122 BGG = Revision möglich sein. Der EGMR hat Verfahrenskosten (im Umfang von CHF 20'000) zugesprochen und eine weitergehende Entschädigung verneint.]

#### **b) aus der Sicht des Bundesgerichts?**

Auch für das Bundesgericht ergibt sich keine direkte Wirkung. Es wird indes, auch wenn rechtlich dazu nicht direkt verpflichtet, künftig wohl aufgrund des Urteils eine EMRK-konforme Auslegung des Bundesgesetzes vornehmen (evtl. Nichtanwendung des Bundesgesetzes) und eine entsprechende Praxis entwickeln.

Innerstaatlich: gegebenenfalls Revisionsverfahren gemäss Art. 122 BGG.

Die Revision muss vom VgT verlangt werden.

(Für Hinweis auf Art. 190 BV, welcher im vorliegenden Fall die Anwendung von Art. 18 Abs. 5 RTVG aufgrund EMRK-Widrigkeit aussetzt.) (0.5 ZP)

#### **c) aus der Sicht der SRG?**

Auch für die SRG ergibt sich keine direkte Wirkung (zuma sie nicht Partei im Verfahren vor EGMR ist). Sie wird jedoch verpflichtet sein, das Ergebnis einer allfälligen Urteils-Revision (Verfahren vor Bundesgericht) zu beachten.

Praktische Tragweite: Im Sinne einer Klugheitsregel wird die SRG dem EGMR-Urteil, soweit möglich, schon vorher Rechnung tragen.

#### **d) aus der Sicht der Schweiz?**

Die Schweiz als solche ist verpflichtet, für Umsetzung zu sorgen (Jaag N. 586).

In erster Linie angesprochen: die Regierung (Jaag N. 586) als das für die Aussenbeziehungen und die Einhaltung des Völkerrechts gegen aussen primär zuständige und verantwortliche Staatsorgan (Entschädigung; Entrichtung der Verfahrenskosten).

Wenn und soweit die Konventionsverletzung ihren Grund in einer Gesetzesbestimmung hat, die einer EMRK-konformen Auslegung nicht zugänglich ist, ist der (Bundes-) Gesetzgeber gefordert. [Dieser hat in Sachen politische Werbung in Radio und Fernsehen im Nachgang zum EGMR-Urteil in der Tat eine neue Regelung erlassen. Vgl. heute Art. 10 RTVG 2006.]

Bei Nicht-Umsetzung kann das Ministerkomitee (welches die Umsetzung überwacht; Art. 46 Abs. 2 EMRK), den Gerichtshof anrufen, wenn sich der betroffene Staat weigert, ein Urteil zu befolgen; das Ministerkomitee beschliesst gegebenenfalls über zu treffende Massnahmen (Art. 46 Abs. 3-5 EMRK).

Die Schweiz kann dazu verpflichtet werden, dem Betroffenen eine gerechte Entschädigung (Schadenersatz und Genugtuung) auszurichten, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen der Verletzung gestattet (Art. 41 EMRK). [wird nur einmal bepunktet, vgl. oben]



### **e) aus der Sicht der übrigen EMRK-Vertragsparteien?**

Urteile entfalten nur gegenüber dem verurteilten Staat Wirkung (Jaag N. 585), d.h.: keine rechtliche Pflicht der übrigen EMRK-Vertragsparteien direkt aus dem EGMR-Urteil.

Es empfiehlt sich indes, das Notwendige vorzukehren (bspw. Gesetze oder Praxis zu ändern), um selbst einer Verurteilung durch den Gerichtshof zu entgehen.

Praktische Tragweite: Im Sinne einer Klugheitsregel werden die übrigen EMRK-Vertragsparteien dem EGMR-Urteil schon vorher Rechnung tragen.

### **Aufgabe III: Teures Telefonieren im Ausland**

#### **Frage: Darf die Union eine solche Verordnung erlassen?**

##### **a) Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten (2.5 Punkte)**

Das System der Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten beruht auf dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV). Danach verfügt die Union nur über jene Kompetenzen, die ihr in den Verträgen übertragen worden sind. Vertragsänderungen müssen von sämtlichen Mitgliedstaaten angenommen werden (Art. 48 Abs. 4 UAbs. 2 EUV). Die Kompetenz-Kompetenz liegt somit bei den Mitgliedstaaten.

##### **b) Kompetenzgrundlage (6.5 Punkte)**

Die Kommission beabsichtigt, einen Rechtsakt über die preisliche Begrenzung von Roaminggebühren zu erlassen. Sie stützt sich dabei auf Art. 114 AEUV.

Gemäss Art. 3 Abs. 3 EUV errichtet die Union einen Binnenmarkt. Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Die Union erlässt die erforderlichen Massnahmen, um den Binnenmarkt zu verwirklichen und dessen Funktionieren zu gewährleisten (Art. 26 AEUV). Nach ständiger Rechtsprechung müssen Massnahmen nach Art. 114 AEUV tatsächlich das Ziel verfolgen, die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.<sup>5</sup>

Die Frage ist somit, ob die Verordnung der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarktes dient. Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, ist das Niveau der Roamingtarife hoch und das Verhältnis zwischen Kosten und Entgelten ist nicht so, wie es auf Märkten mit wirksamem Wettbewerb der Fall wäre; es führt zu Wettbewerbsverzerrung. Das hohe Niveau der Tarife ist ein unionsweites Problem und die Mitgliedstaaten stehen unter Handlungsdruck. Unter diesen Umständen hat es die Union konkret mit einer Situation zu tun, in der einheitliche Regeln zur Senkung der Roamingtarife erforderlich sind, um den Wettbewerb zwischen den Mobilfunkbetreibern aufrechtzuerhalten.<sup>6</sup>

Alternative Punkte wurden verteilt für eine Lösung im Rahmen des Verbraucherschutzes nach Art. 169 AEUV, wonach die Union gemäss Art. 169 Abs. 2 lit. a AEUV zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus Massnahmen im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 114 AEUV erlässt.

Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV handelt es sich bei der Verwirklichung des Binnenmarktes um eine geteilte Kompetenz. Bei geteilter Zuständigkeit können die Union und die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen; die Mitgliedstaaten sind zur Ausübung gesetzgeberischer Tätigkeiten zuständig, solange und soweit die Union von ihren Kompetenzen nicht Gebrauch gemacht hat (Art. 2 Abs. 2 AEUV).

##### **c) Subsidiaritätsprinzip (10 Punkte)**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 (Satz 2) EUV gilt für die Ausübung der Kompetenzen durch die Union das Subsidiaritätsprinzip. Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union gemäss Art. 5 Abs. 3 EUV in den Bereichen, die nicht in ihre ausschliessliche Zuständigkeit fallen,

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11 453 vom 10.12.2002, Rn. 60.

<sup>6</sup> EuGH, Rs. C-58/08, Slg. 2010, I-04999 vom 8.6.2010, Rn. 39, 45ff.

nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können (Effizienztest; negative Abgrenzung) und ausserdem besser auf Unionsebene zu erreichen sind (Mehrwerttest; positive Abgrenzung).

Beachtet werden muss zudem das Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit.

Die Kompetenzgrundlage bildet in casu Art. 114 AEUV. Da es sich hierbei um eine geteilte Kompetenz handelt, darf die Union nur tätig werden, wenn sie das Subsidiaritätsprinzip einhält.

Effizienztest: Der Unionsgesetzgeber verfolgt das Bestreben, den wirksamen Wettbewerb zwischen den Mobilfunkbetreibern aufrechtzuerhalten, um insbesondere das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu fördern und es den Betreibern zu ermöglichen, in einem einheitlichen Rechtsrahmen tätig zu werden. Das Ziel kann somit von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden.

Mehrwerttest: Die Verordnung verfolgt einen gemeinsamen Ansatz, welcher nicht möglich wäre, wenn jeder Mitgliedstaat die Situation selbst regelt. Aufgrund der Wirkung des mit der Verordnung verfolgten gemeinsamen Ansatzes kann das Ziel des wirksamen Wettbewerbs besser auf Unionsebene erreicht werden.

Die von der Kommission vorgeschlagene Massnahme verstösst somit nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip. Die binnenmarktrechtliche Kompetenz in Art. 114 AEUV kann als Grundlage für den Erlass einer solchen Massnahme dienen.

Es stellt sich auch die Frage, ob die Union eine Verordnung oder eine Richtlinie erlassen soll (Art. 288 AEUV).

Verordnungen sind verbindliche, generell-abstrakte Regelungen der Unionsorgane. Sie entsprechen dem Gesetz im innerstaatlichen Recht und sind ohne formelle Umsetzung in das nationale Recht unmittelbar auf die Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten anzuwenden (Art. 288 Abs. 2 AEUV).

Richtlinien richten sich nicht unmittelbar an die Bürgerinnen und Bürger, sondern an die Mitgliedstaaten. Sie statuieren Ziele, welche die Mitgliedstaaten durch Anpassung der innerstaatlichen Gesetzgebung erreichen sollen. Die Rechtsetzung erfolgt somit zweistufig. Richtlinien entsprechen den Rahmengesetzen im innerstaatlichen Recht. Sie dienen der Harmonisierung der Rechtsordnungen: Angestrebt wird nicht eine Vereinheitlichung, sondern eine Annäherung (Art. 288 Abs. 3 AEUV).

Gemäss Art. 114 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV trifft die Union Massnahmen zur Angleichung. Dieser Begriff ist weit auszulegen und nicht auf den Erlass von Richtlinien beschränkt, sondern umfasst u. a. auch Verordnungen.<sup>7</sup> Die Union strebt einen einheitlichen Höchsttarif für Roamingtarife an. Ein gemeinsamer Ansatz ist erforderlich, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes sicherzustellen.

Als Rechtsakt für die Verwirklichung des Ziels, die überhöhten Roamingtarife auf ein vertretbares Niveau zu senken, kommt die Verordnung in Frage.

---

<sup>7</sup> KAHL, in: Callies/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, N. 13 zu Art. 114 AEUV.

#### **d) Verhältnismässigkeitsprinzip (6 Punkte)**

Art. 5 Abs. 1 (Satz 2) EUV besagt, dass für die Ausübung der Zuständigkeiten durch die Union der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gehen die Massnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Mass hinaus (Art. 5 Abs. 4 EUV; Art. 296 Abs. 1 AEUV).

Das Prinzip gilt gemäss Praxis des EuGH allgemein, es ist sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsanwendung zu beachten.

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit besagt gemäss Praxis des EuGH, dass die gewählten Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet sein müssen und das Mass des hierzu Erforderlichen nicht übersteigen dürfen. Hinzu kommt, dass ein Eingriff in Bezug auf das verfolgte Ziel nicht unverhältnismässig sein darf (Zumutbarkeit; Verhältnismässigkeit i.e.S.).

**Eignung:** Der durch die Verordnung festgesetzte Höchsttarif für Roaminggebühren ist dazu geeignet, die Preise auf ein vertretbares Niveau zu senken und das Funktionieren des gemeinsamen Marktes zu fördern sowie die Verbraucher vor überhöhten Tarifen zu schützen.

**Erforderlichkeit:** Insbesondere in der Rechtsetzung kommt den Unionsorganen ein weites Ermessen zu in Bereichen, in denen ihre Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt.<sup>8</sup> Die Rechtmässigkeit einer Massnahme kann nur dann beeinträchtigt sein, wenn diese Massnahme zu Erreichung des Ziels offensichtlich ungeeignet ist.<sup>9</sup> Es geht somit nicht darum, ob eine Massnahme die einzig mögliche oder die bestmögliche war.<sup>10</sup>

Die Verordnung findet unmittelbar in allen Mitgliedstaaten Anwendung und führt so zur gewünschten Vereinheitlichung der Tarifobergrenzen und der Senkung der Roaminggebühren auf ein vertretbares Niveau. Die Verordnung damit erforderlich.

**Verhältnismässigkeit i.e.S.:** Die Verordnung führt Obergrenzen für Roamingtarife ein. Die Verordnung lenkt somit den verzerrten Wettbewerb in normale Bahnen und schützt die Verbraucher unverzüglich vor überhöhten Tarifen. Sie steht somit in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel, selbst wenn sie möglicherweise negative wirtschaftliche Folgen für einzelne Betreiber hat.

Der Unionsgesetzgeber hat sein Ermessen nicht überschritten. Die Verordnung ist somit verhältnismässig.

---

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-58/08, Slg. 2010, I-04999 vom 8.6.2010, Rn. 52.

<sup>9</sup> JAAG, Europarecht, 3. Auflage, N. 1531.

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-58/08, Slg. 2010, I-04999 vom 8.6.2010, Rn. 52.

## **Aufgabe IV: „Ice Cream Snack“ im Binnenmarkt**

**Frage:** Welche Rechtsfragen stellen sich? Wie soll der EuGH diese beantworten?  
[Es sollen alle relevanten Rechtsfragen erörtert werden; dies unabhängig davon, zu welchem Ergebnis Sie bei den einzelnen Prüfschritten gelangen.]

Hinweis: Keine Punkte für Ausführungen zum Vorabentscheidungsverfahren oder allgemein zu den Mitteln zur Verwirklichung des Binnenmarkts.

### **Vorbemerkungen: (3 Punkte)**

Es geht um den Warenverkehr im EU-Binnenmarkt, genauer um die Frage, ob es zulässig ist, den Vertrieb einer in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig hergestellten, importierten Ware zu unterbinden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das in der WVF enthaltene Herkunftsprinzip die Mitgliedstaaten verpflichtet, Produkte aus anderen Mitgliedstaaten zum Vertrieb zuzulassen, falls sie die am Produktionsort geltenden Produktions- und Vertriebsbedingungen erfüllen (Cassis de Dijon-Prinzip; EuGH, Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649 ff.).

Die allenfalls betroffene Dienstleistungsfreiheit (Werbung als Dienstleistung) ist subsidiärer Natur (Art. 57 Abs. 1 AEUV; Jaag, N. 3132).

Es stellen sich folgende Hauptfragen (beide zu prüfen):

1. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit?
2. (Bei Bejahung) Rechtfertigung der Beschränkung?

### **1. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (WVF) (7 Punkte)**

Handelt es sich überhaupt um eine von der WVF erfasste Ware?  
(mehr oder weniger gleichbedeutend mit der Frage nach Bereichsausnahmen)  
Zu bejahen (keine Ausnahme ersichtlich).

Handelt es sich um WV zwischen Mitgliedstaaten?  
Zu bejahen (F und D).

Handelt es sich um eine Beschränkung der WVF?

Genauer: Da es nicht um eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung geht: Handelt es sich um eine *Massnahme gleicher Wirkung* zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 34 AEUV)?

Als Massnahmen gleicher Wirkung gelten – gemäss der Dassonville-Rechtsprechung des EuGH (Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 ff.) – alle Einschränkungen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern (d.h. den WV im freien Markt zu behindern).

Der innergemeinschaftliche Handel wird hier, falls die Massnahme beschlossen werden sollte, unmittelbar und tatsächlich (nicht bloss potentiell) behindert.

Die ins Auge gefasste Massnahme betrifft das Inverkehrbringen der fraglichen Ware. Zwar gilt das in Frage stehende Verbot unterschiedslos für einheimische wie für importierte Waren der fraglichen Art. Der Produzent (bzw. Importeur) der aus Frankreich stammenden Ware wäre jedoch gezwungen, die Ausstattung / Verpackung der Ware je nach Bestimmungsort unterschiedlich zu gestalten, was u.U. erhebliche zusätzliche Kosten verursachen würde.

Ausgenommen sind – gemäss Keck-Rechtsprechung des EuGH (verb. Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993 I-6097 ff.) – absatzbezogene Regelungen bezüglich Verkaufsmodalitäten (z.B. Preisgestaltung) usw. (vgl. Jaag, N. 3120).

Obwohl es hier auch um Werbung geht, ist eine Ausnahme zu verneinen, da der Vertrieb der Ware selbst – wegen der Verpackung – untersagt werden soll und nicht bloss eine Werbemodalität (so implizit EuGH, a.a.O.).

[Hinweis: Falls Einschlägigkeit der Keck-Rechtsprechung bejaht wird, so wäre an sich in der Folge nur das Diskriminierungsverbot einschlägig (vgl. Jaag, N. 3121). Aufgrund der Aufgabenstellung ist jedoch hier so oder so auch die WV-Beschränkung zu beurteilen. Vgl. unten.]

Fazit/Gesamtwürdigung der Argumentation: Das in Betracht gezogene (richterliche) Vertriebsverbot fällt in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit.

## 2. Rechtfertigung der Beschränkung? (10 Punkte)

(Diese Frage ist gemäss Aufgabenstellung auch zu beantworten, falls die Keck-Rechtsprechung als einschlägig angesehen wurde. Siehe vorne.)

Die WVF beinhaltet ein Diskriminierungsverbot und ein Beschränkungsverbot.

Eine Ausprägung ist das Herkunftsprinzip (siehe oben).

Sie gilt indes nicht ausnahmslos.

Nationale Massnahmen, die die WVF beeinträchtigen (einschränken), müssen vier Voraussetzungen erfüllen (vgl. Jaag, N. 3140), sie müssen:

- in nicht diskriminierender Weise angewendet werden,
- aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten,
- erforderlich sein (d.h. sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles notwendig ist).

(Wiederum sind gemäss Aufgabenstellung alle Punkte zu prüfen.)

Vorweg ist festzuhalten, dass keine Bereichsausnahme besteht (schon oben „bepunktet“).

Eine (am Herkunftsort der Ware anknüpfende) diskriminierende Ausgestaltung oder Anwendung der nationalen Vorschriften ist nicht ersichtlich.

Zwingende Gründe des Allgemeininteresses?

Die in Art. 36 Satz 1 AEUV genannten Gründe für Ausnahmen von der Warenverkehrsfreiheit – öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums – sind hier nicht einschlägig.

Es ist zu prüfen, ob eine der gemäss Cassis de Dijon-Rechtsprechung möglichen *immanenten* Schranken einschlägig ist

Es muss sich um zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses handeln. Als solche gelten insbesondere:

- zwingende Erfordernisse einer wirksamen steuerlichen Kontrolle,
- zwingende Erfordernisse des Schutzes der öffentlichen Gesundheit,
- zwingende Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs und
- zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes

In Betracht kommen hier Erfordernisse des Verbraucherschutzes bzw. der Lauterkeit des Handelsverkehrs (Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor Irreführung).

Der Einzelverkaufspreis wurde gemäss SV nicht erhöht.

Die Konsumentinnen und Konsumenten erhalten in der Tat 10% mehr für ihr Geld. Insofern ist keine Irreführung der Konsumentinnen und Konsumenten ersichtlich und kann nicht von einem zwingenden Erfordernis des Verbraucherschutzes gesprochen werden.

Von verständigen Konsumentinnen und Konsumenten darf im Übrigen erwartet werden, dass sie wissen, dass zwischen der Grösse von Werbeaufdrucken (hier: rund 20% der Verpackung) und der effektiven Erhöhung der Menge (hier: 10%) nicht notwendig ein Zusammenhang bestehen muss (so EuGH, a.a.O., Rz. 24).

Fazit: Ein zwingendes Erfordernis ist zu verneinen.

Eignung:

Die Eignung muss sich auf einen legitimen Zweck beziehen (zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses).

Ein solcher ist nicht gegeben, so dass die Eignung nicht näher geprüft werden kann.

Falls man ein Konsumentenschutzinteresse bejahen würde, müsste das Vertriebsverbot wohl als (prinzipiell) geeignet eingestuft werden.

Erforderlichkeit:

Es sind weniger einschneidende Massnahmen denkbar, um Zwecken des Konsumentenschutzes (sofern man hier wiederum deren Legitimität unterstellt) zu dienen (z.B.: Pflicht zur Verkleinerung des Aufdruckes; Massnahmen, die dem Entstehen eines falschen Eindrucks entgegenwirken, z.B. Aufkleber, sonstige aufklärende Hinweise im Einzelverkauf usw.)

Spätestens an diesem Punkt gelangt man zum Ergebnis, dass die WVF einer Massnahme des hier interessierenden Typs entgegensteht.

Fazit/Gesamtwürdigung der Argumentation:

Die EU-Vorgaben betreffend die WVF sind so zu verstehen, dass sie einem Vertriebsverbot entgegenstehen.