

SCHLUSSANTRÄGE DER FRAU GENERALANWALT
CHRISTINE STIX-HACKL
vom 18. März 2004¹

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----------|
| I — Einleitung | I - 9612 |
| II — Rechtlicher Rahmen | I - 9613 |
| A — Gemeinschaftsrecht | I - 9613 |
| B — Nationales Recht | I - 9613 |
| III — Sachverhalt und Verfahren | I - 9613 |
| IV — Zur Vorlagefrage | I - 9617 |
| A — Zulässigkeit | I - 9617 |
| 1. Wesentliche Vorbringen der Ordnungsbehörde | I - 9617 |
| 2. Würdigung | I - 9617 |
| B — Würdigung | I - 9618 |
| 1. Zur betroffenen Grundfreiheit | I - 9618 |
| a) Wesentliche Vorbringen der Beteiligten | I - 9618 |
| b) Würdigung | I - 9619 |
| 2. Zur Rechtfertigung der Behinderung | I - 9621 |
| a) Wesentliche Vorbringen der Beteiligten | I - 9621 |
| b) Würdigung | I - 9622 |
| i) Einleitende Bemerkungen | I - 9622 |
| ii) Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht | I - 9623 |
| — Zum Stellenwert der Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts | I - 9623 |

¹ — Originalsprache: Deutsch.

| | |
|--|----------|
| — Zu den Funktionen der Grundrechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung | I - 9625 |
| — Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen innerstaatlichem Grundrechtsschutz und gemeinschaftlichem Grundrechtsschutz | I - 9629 |
| iii) Die Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht | I - 9630 |
| — Konturen der Menschenwürde als Rechtsbegriff | I - 9630 |
| — Die Menschenwürde als Rechtsnorm und ihr Schutz im Gemeinschaftsrecht | I - 9632 |
| — Schlussfolgerungen in Bezug auf die vorliegende Rechtssache .. | I - 9635 |
| iv) Auslegung des Begriffes der öffentlichen Ordnung unter Berücksichtigung der Bedeutung und Tragweite der Menschenwürde ... | I - 9636 |
| — Begriff der öffentlichen Ordnung | I - 9636 |
| — Zum Vorliegen einer hinreichend schweren Gefährdung im konkreten Fall | I - 9637 |
| V — Ergebnis | I - 9640 |

I — Einleitung

1. In dieser Rechtssache soll der Gerichtshof klären, inwieweit nationale Gerichte sich auf Wertungen ihres nationalen Verfassungsrechts stützen können, um Maßnahmen zu treffen, die zwar zum Schutze der öffentlichen Ordnung im jeweiligen Mitgliedstaat beitragen, aber zugleich auch Grundfreiheiten beeinträchtigen.

I - 9612

2. Anlassfall ist eine Verfügung einer nationalen Ordnungsbehörde, durch welche simulierte Tötungshandlungen im Rahmen eines Spiels untersagt wurden. Begründet wurde diese Verbotsvorgang mit einer Gefahr für die öffentliche Ordnung, zu deren Schutzgütern auch die Menschenwürde zähle.

3. Ausgehend von unterschiedlichen Schwellen für den Grundrechtsschutz in den Mitgliedstaaten stellt sich die Frage, ob und wie sich solche Unterschiede auf die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen nationalen Maßnahme unter gebührender Berücksichtigung der Grundrechtsbindung der Gemeinschaft auswirken sollen.

II — Rechtlicher Rahmen

schränkungen über das so genannte Allgemeininteresse, d. h. mit Gründen, die im Primärrecht nicht ausdrücklich angeführt sind, greifen lässt.

A — Gemeinschaftsrecht

4. Nach Artikel 6 Absatz 1 EU beruht die Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam. Nach seinem Absatz 2 achtet die Union die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.

B — Nationales Recht

7. § 14 Absatz 1 des Ordnungsbehördengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: OBG NW) lautet: „Die Ordnungsbehörden können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.“

5. Nach Artikel 30 EG sind Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit zulässig, so weit sie u. a. aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sind.

III — Sachverhalt und Verfahren

6. In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bei unterschiedslos anwendbaren nationalen Vorschriften in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich eine Rechtfertigung von Be-

8. Die Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH (im Folgenden: Omega) ist eine Gesellschaft deutschen Rechts, die in Bonn eine Einrichtung mit Namen „Laserdrome“ betrieb. Diese Einrichtung dient üblicherweise der Ausübung einer als „Lasersport“ bezeichneten Freizeitbetätigung, die vom Film „Krieg der Sterne“ inspiriert ist und unter Verwendung moderner Lasertechnik betrieben wird.

9. Aus den Akten geht hervor, dass die von Omega in ihrem Laserdrome verwendete Ausrüstung ursprünglich aus dem im Handel, u. a. in Bonner Geschäften, erhältlichen Kinderspielzeug „Laser Hit“ entwickelt wurde. Da sich diese Ausrüstung als technisch unzureichend erwies, bediente sich Omega ab einem nicht näher genannten Zeitpunkt nach dem 2. Dezember 1994 einer Ausrüstung, die von der Firma Pulsar International Limited aus Großbritannien (nunmehr Pulsar Advanced Games System Ltd, im Folgenden: Pulsar) geliefert wird. Ein Franchisevertrag mit Pulsar wurde jedoch erst am 29. Mai 1997 geschlossen.
10. Am 7. September 1993 wurde eine Baugenehmigung für den Ausbau der Stätte erteilt. Noch vor Inbetriebnahme des Laserdromes kam es jedoch in einem Teil der Bevölkerung zu Protesten gegen das Vorhaben. Mit Schreiben vom 22. Februar 1994 forderte die Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (im Folgenden: Ordnungsbehörde) Omega zu einer genauen Beschreibung der Stätte auf und drohte den Erlass einer Ordnungsverfügung für den Fall an, dass dort ein „spielerisches Töten“ von Personen stattfinde. Am 18. März 1994 erklärte Omega, dass es darum gehe, auf den Schießbahnen installierte feste Objekte zu treffen. Der Laserdrome wurde am 1. August 1994 eröffnet.
11. Nach den Angaben der Ordnungsbehörde handelte es sich um ein mit Hilfe von Stellwänden aufgebautes weitläufiges Labyrinth, in dem neben den in der Halle installierten zehn festen Sensorempfängern auch auf Menschen geschossen wurde. Als Ausrüstung für die Spieler waren maschinenpistolenähnliche Laserzielgeräte sowie Stoffwesten vorgesehen, an denen im Brust- und im Rückenbereich jeweils ein Sensor empfänger befestigt war. Zur optischen Darstellung der „Schüsse“ wurde zugleich mit einem Infrarotstrahl ein Laserstrahl projiziert. Treffer wurden durch ein akustisches und optisches Signal angezeigt. Ziel des Wettkampfes war es, innerhalb einer Spielzeit von 15 Minuten eine möglichst hohe Punktzahl zu erreichen. Für jeden Treffer auf einen fest installierten Empfänger erhielten die Spieler Punkte. Getroffene Spieler wurden mit Punktabzügen belastet. Ein Spieler, der fünf Treffer erhalten hatte, musste an einer Ladestation sein Zielgerät neu aufladen.
12. Am 14. September 1994 erließ die Ordnungsbehörde gegenüber Omega eine Verfügung, mit der Omega untersagt wurde, „in ihrer ... Betriebsstätte Spielabläufe zu ermöglichen bzw. zu dulden, die ein gezieltes Beschießen von Menschen mittels Laserstrahl oder sonstiger technischer Einrichtungen (wie z. B. Infrarot), also aufgrund einer Trefferregistrierung ein so genanntes ‚spielerisches Töten‘ von Menschen zum Gegenstand haben“. Die Verfügung wurde u. a. damit begründet, dass eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliege, weil die simulierten Tötungshandlungen und die damit einhergehende Verharmlosung von Gewalt gegen die grundlegenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit verstießen. Das für den Fall der Zuwiderhandlung festgesetzte Zwangsgeld betrug 10 000 DM pro gespieltes Spiel.
13. Omega legte gegen diese Verfügung Widerspruch ein, der am 6. November

1995 von der Bezirksregierung Köln zurückgewiesen wurde. Mit Urteil vom 3. September 1998 wies das Verwaltungsgericht Köln die Klage ab. Die von Omega eingelegte Berufung, die wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zugelassen worden war, wurde am 27. September 2000 vom Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zurückgewiesen. Daraufhin legte Omega Revision beim Bundesverwaltungsgericht ein.

14. Zur Begründung ihrer Revision erhebt Omega zahlreiche Verfahrensrügen. In der Sache macht sie geltend, die Untersagungsverfügung greife in ihre Grundrechte ein, insbesondere in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und das Recht auf freie Berufswahl. Sie rügt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dahin gehend, dass sie gegenüber anderen Laserdrome-Betreibern in Deutschland und auch gegenüber den Anbietern anderer Spiele wie „Paintball“ oder „Gotcha“ benachteiligt werde. Ferner sei die Verfügung zu unbestimmt und beruhe auf keiner gültigen Ermächtigungsgrundlage, weil der Begriff der öffentlichen Ordnung in § 14 OBG NW zu unbestimmt sei. Die Untersagungsverfügung verstoße auch gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen den in Artikel 49 EG verankerten freien Dienstleistungsverkehr, da im Laserdrome die von der britischen Firma Pulsar gelieferte Ausstattung und Technik zur Anwendung gelangen solle.

15. Omega beantragt, die Urteile der vorinstanzlichen Gerichte und den gegen sie ergangenen Verwaltungsbescheid aufzuheben sowie hilfsweise, die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung vorzulegen. Die beklagte Ordnungsbehörde beantragt die Zurückweisung der Revision.

16. Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts ist die Revision von Omega bei Anwendung nationalen Rechts abzuweisen. Es fragt sich aber, ob dieses Ergebnis mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit den Artikeln 49 EG bis 55 EG über den freien Dienstleistungsverkehr und den Artikeln 28 EG bis 30 EG über den freien Warenverkehr, in Einklang steht.

17. Das vorliegende Gericht führt aus, dass das Oberverwaltungsgericht Bundesrecht, insbesondere die Normen der Bundesverfassung, angewandt habe, um die gemäß Landesrecht erteilte Generalermächtigung des § 14 Absatz 1 OBG NW auszulegen. Das Oberverwaltungsgericht habe zu Recht in der gewerblichen Veranstaltung eines „gespielten Tötens“ im Laserdrome Omegas eine Verletzung der in Artikel 1 Absatz 1 Satz 1 des deutschen Grundgesetzes verankerten Menschenwürde gesehen.

18. Die Menschenwürde sei ein Verfassungsgrundsatz, der durch eine — im vorliegenden Fall nicht gegebene — entwürdigende Behandlung eines Gegners oder durch die Erzeugung oder Verstärkung einer Einstellung beim Spielteilnehmer, die den fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch jedes Menschen leugne, wie im vorliegenden Fall die Darstellung fiktiver Gewaltakte zu Spielzwecken, verletzt werden könne. Ein Höchstwert der Verfassung wie die Menschenwürde könne nicht im Rahmen eines Unterhaltungsspiels abbedungen werden. Die von Omega geltend gemachten Grundrechte könnten im Hinblick auf das nationale Recht an dieser Bewertung nichts ändern.

vorliegende Gericht den Ausführungen des Gerichtshofes in der Rechtssache C-275/92, Schindler, sowie gewissen Äußerungen im deutschen Schrifttum entnehmen zu können. Träfe diese Sichtweise zu, so müsste der vorliegenden Klage stattgegeben werden, da das Laserdrome-Konzept zumindest in Großbritannien rechtmäßig vertrieben wird. Träfe sie nicht zu, so folgert das Gericht, sei die Klage mit den Vorinstanzen abzuweisen, und nähere Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit, insbesondere zur Angemessenheit der Maßnahme, würden sich aufgrund der fundamentalen Bedeutung des verletzten Rechtsguts der Menschenwürde erübrigen.

19. Was die Anwendung des Gemeinschaftsrechts anbelange, so greife die fragliche Verfügung insbesondere in den freien Dienstleistungsverkehr nach Artikel 49 EG ein. Die Vereinbarkeit der angefochtenen Ordnungsverfügung mit dem Gemeinschaftsrecht hängt nach Auffassung des vorliegenden Gerichts entscheidend davon ab, ob und inwieweit dieser Eingriff aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden kann.

21. Vor diesem Hintergrund hat das vorliegende Gericht das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

20. Kern der Frage, die dem Vorlagegericht ungeklärt erscheint, ist dabei, ob die Befugnis der Mitgliedstaaten die vertraglich verankerten Grundfreiheiten — hier die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit — im Rahmen zwingender Gründe des Allgemeininteresses einzuschränken zur Voraussetzung hat, dass dieser Einschränkung eine gemeinsame Rechtsüberzeugung aller Mitgliedstaaten zugrunde liegt. Die Möglichkeit einer derartigen Voraussetzung meint das

Ist es mit den Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr vereinbar, dass nach nationalem Recht eine bestimmte gewerbliche Betätigung — hier der Betrieb eines so genannten Laserdromes mit simulierten Tötungshandlungen — untersagt werden muss, weil sie gegen grundgesetzliche Wertentscheidungen verstößt?

IV — Zur Vorlagefrage

2. Würdigung

A — Zulässigkeit

1. Wesentliche Vorbringen der Ordnungsbehörde

22. Die *Ordnungsbehörde* hält die Vorlagefrage für unzulässig, weil es an einem grenzüberschreitenden Bezug fehle. Sie argumentiert im Wesentlichen damit, dass die Geschäftskontakte mit Pulsar erst nach der streitigen Ordnungsverfügung vom 28. September 1994 stattfanden, sodass bis dahin ein grenzüberschreitender Bezug gänzlich fehle. Selbst nach Aufnahme dieser Kontakte sei das Vorhandensein eines Bezuges zweifelhaft, da die Ordnungsverfügung weder die Installation noch die Nutzung der von Pulsar gelieferten bzw. betreuten Anlage, sondern lediglich eine Spielvariante untersagt habe. Zwar sei ein Franchise-Vertrag zwischen Omega und Pulsar unter Bezugnahme auf die untersagte Spielvariante abgeschlossen worden, dies sei aber erst am 29. Mai 1997 und somit geraume Zeit nach der streitigen Ordnungsverfügung geschehen.

23. In der mündlichen Verhandlung schloss sich die *deutsche Regierung* diesem Vorbringen im Wesentlichen an.

24. Die von der Ordnungsbehörde geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Zulässigkeit der Vorlagefrage vermögen nicht zu überzeugen. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „ist es allein Sache der nationalen Gerichte, bei denen ein Rechtsstreit anhängig ist und die die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung tragen, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass ihres Urteils als auch die Erheblichkeit der von ihnen dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen“².

25. Der Gerichtshof leitet hieraus den Grundsatz ab, dass „wenn die von den nationalen Gerichten gestellten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts betreffen, ... der Gerichtshof daher grundsätzlich gehalten [ist], darüber zu befinden“³. Der Gerichtshof kann daher „die Entscheidung über ein von einem nationalen Gericht vorgelegtes Ersuchen nur dann ablehnen, wenn offensichtlich kein

2 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-134/94 (*Esso Española*, Slg. 1995, I-4223, Randnr. 9). Siehe zuvor schon die Urteile vom 28. Juni 1984 in der Rechtssache 180/83 (*Moser*, Slg. 1984, 2539, Randnr. 6), vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 247/86 (*Alsattel*, Slg. 1988, 5987, Randnr. 8), vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (*Enderby*, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 10), vom 2. Juni 1994 in der Rechtssache C-30/93 (*AC-ATEL Electronics*, Slg. 1994, I-2305, Randnr. 19) und vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (*Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59). Siehe ferner die Urteile vom 26. November 1998 in der Rechtssache C-7/97 (*Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Randnr. 16) und vom 1. Dezember 1998 in der Rechtssache C-200/97 (*Ecotrade*, Slg. 1998, I-7907, Randnr. 25).

3 — Vgl. u. a. die Urteile vom 18. Oktober 1990 in den verbundenen Rechtssachen C-297/88 und C-197/89 (*Dzodzi*, Slg. 1990, I-3763, Randnrn. 34 und 35), vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-231/89 (*Gmurzynska-Bscher*, Slg. 1990, I-4003, Randnrn. 19 und 20) und in der Rechtssache C-7/97 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 16.

Zusammenhang zwischen der von diesem Gericht erbetenen Auslegung oder Prüfung der Gültigkeit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits besteht“⁴.

28. Es ist demnach erforderlich, auf die Vorlagefrage inhaltlich einzugehen.

B — Würdigung

26. In diesem Zusammenhang betont der Gerichtshof, dass „es nicht Sache des Gerichtshofes, sondern des nationalen Gerichtes [ist], die dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Tatsachen festzustellen und daraus die Folgerungen für seine Entscheidung zu ziehen“⁵.

1. Zur betroffenen Grundfreiheit

a) Wesentliche Vorbringen der Beteiligten

27. In Bezug auf das Vorbringen der Ordnungsbehörde ist dementsprechend festzuhalten, dass es dem Gerichtshof nicht obliegen kann, den Inhalt der Verträge zwischen Omega und Pulsar festzustellen oder den Zeitpunkt der Entstehung dieser vertraglichen Beziehungen mit dem Datum der Ordnungsverfügung zu vergleichen. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Androhung eines Zwangsgelds in der Regel mit einer gestreckten zeitlichen Wirkung einhergeht, sodass auch bei tatsächlicher Entstehung vertraglicher Beziehungen erst nach Erlass der Ordnungsverfügung ein Gemeinschaftsrechtsbezug nicht auszuschließen wäre.

29. Sowohl die *Ordnungsbehörde* als auch die *Kommission* betonen, dass die in Rede stehende nationale Maßnahme die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, wenn überhaupt, unterschiedlich berühre.

30. Die *Ordnungsbehörde* — und die *deutsche Bundesregierung* in der mündlichen Verhandlung — ziehen entsprechend ihren Vorbringen zur Zulässigkeit die Betroffenheit der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit überhaupt in Frage und betonen in diesem Zusammenhang, dass selbst wenn eine Betroffenheit der entsprechenden Grundfreiheiten anzunehmen wäre, diese jedenfalls für jede der beiden Grundfreiheiten unterschiedlich zu bewerten wäre. Hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit sei nämlich festzustellen, dass die streitige Ordnungsverfügung die Einfuhr von Gegenständen

4 — Urteile vom 18. Jänner 1996 in der Rechtssache C-446/93 (SEIM, Slg. 1996, I-73, Randnr. 28) und in der Rechtssache C-7/97 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 17.

5 — Urteile vom 29. April 1982 in der Rechtssache 17/81 (Pabst & Richarz, Slg. 1982, 1331, Randnr. 12), in der Rechtssache C-30/93 (zitiert in Fußnote 2), Randnr. 17, vom 1. Dezember 1998 in der Rechtssache C-326/96 (Levez, Slg. 1998, I-7835, Randnr. 26) und vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-435/97 (WWF u. a., Slg. 1999, I-5613, Randnr. 32).

den nur insoweit untersage, als sie ihre Benutzung im Rahmen des „Laserdromes“ verbiete. Im Sinne des Schindler-Urteils⁶ könne festgehalten werden, dass auch im vorliegenden Falle die „Einfuhr und Verteilung von Gegenständen kein Selbstzweck“ sei, sondern nur die Teilnahme am Spiel ermöglichen solle, sodass die mit der streitigen Ordnungsverfügung einhergehende Einschränkung — wenn überhaupt — vorrangig am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen sei.

31. Auch nach Ansicht der *Kommission* stehen im Ausgangsfall die Leistungen aus dem Franchisevertrag im Vordergrund, da die Einfuhr von Waren aus Großbritannien letztlich nur der Funktionsfähigkeit des Spielbetriebs diene.

b) Würdigung

32. Angesichts der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach eine Prüfung anhand einer Grundfreiheit sich erübrigen kann, sofern die Berührung dieser Grundfreiheit unvermeidbare Folge der Rechtslage in Bezug auf eine andere im

Vordergrund stehende Grundfreiheit ist⁷, kann im vorliegenden Fall eine eigenständige Untersuchung der Artikel 28 ff. EG unterbleiben. Die Kommission und die Ordnungsbehörde heben nämlich zu Recht hervor, dass die streitige Ordnungsverfügung die Einfuhr von Gegenständen nur insoweit einschränkt, als diese der Ermöglichung der Teilnahme am in Rede stehenden Spiel diene, sodass der Warenverkehrsfreiheit im Ausgangsfall nur sekundäre Bedeutung zukommt.

33. Die Feststellung einer Berührung der Dienstleistungsfreiheit bereitet im Ausgangsfall keine Schwierigkeit. Durch die streitige Ordnungsverfügung wird eine Spielvariante untersagt, die einen wesentlichen Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen zwischen der in Deutschland ansässigen Spielbetreiberin Omega und der in Großbritannien ansässigen Konzeptinhaberin Pulsar bildet. Allerdings hebt die Ordnungsbehörde in diesem Zusammenhang zu Recht hervor, dass die streitige Ordnungsverfügung das Anbieten der Laserdrome-Konzepte nicht grundsätzlich untersagt; die nachteilige Berührung der der Firma Pulsar zustehenden Dienstleistungsfreiheit ist demnach darin zu erblicken, dass sie ihre Konzepte in der Bundesrepublik Deutschland nur unter erschwerten Bedingungen — d. h. unter Aufgabe von wesentlichen Teilen hievon — anbieten kann, was wiederum das Recht des Leistungsempfängers auf Inanspruchnahme der Dienstleistungen eines ausländischen Anbieters beeinträchtigt.

34. Nach Ansicht der Ordnungsbehörde liegt jedoch kein Verstoß gegen den freien Dienstleistungsverkehr vor. Die Rechtspre-

6 — Urteil vom 24. März 1994 in der Rechtssache C 275/92 (Schindler, Slg. 1994, I-1039, Randnr. 22).

7 — Neben dem in Fußnote 6 zitierten Urteil Schindler verweist die Kommission in diesem Zusammenhang auf das Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C 108/96 (Mac Quen u. a., Slg. 2001, I-837, Randnr. 21).

chung Keck & Mithouard⁸ könne nämlich auf den vorliegenden Fall in dem Sinne entsprechend angewandt werden, dass weder der Betrieb eines Laserdromes an sich noch die Inanspruchnahme der Dienstleistungen von Pulsar insgesamt, sondern lediglich eine Nutzungsform in Gestalt einer Spielvariante, untersagt sei. Es sei also davon auszugehen, dass die fragliche Maßnahme eine Regelung der Erbringung einer Dienstleistung darstelle, die dem Schutzbereich des Artikels 49 EG entzogen sei.

35. Hiezu ist festzustellen, dass der Gerichtshof sich mit einem ähnlichen Vorbringen bereits im Urteil *Alpine Investments*⁹ auseinandergesetzt hat: Der Gerichtshof hob dort hervor, dass eine Regelung der Angebotsmodalitäten im Mitgliedstaat des Leistungserbringers den Zugang zum Dienstleistungsmarkt unmittelbar beeinflusse, da sie nicht nur Leistungsangebote in diesem Mitgliedstaat betreffe, sondern auch solche in anderen Staaten, während der Grund für die Ausnahme der Verkaufsmodalitäten vom Anwendungsbereich des Artikels 28 EG darin liege, dass die Anwendung derartiger Regelungen der Verkaufsmodalitäten nicht geeignet sei, den Marktzugang für diese Erzeugnisse im Einfuhrmitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als dies für inländische Erzeugnisse der Fall ist.

36. Die Ordnungsbehörde gibt jedoch in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass der Gerichtshof sich im Urteil *Alpine Investments* mit einer Regelung des Mitgliedstaats des Leistungserbringers befasste, während im Ausgangsfall eine Regelung des Mitgliedstaats des Leistungsempfängers in Frage stehe, sodass die Argumentation des Gerichtshofes nicht übertragbar sei. Dieser an sich zutreffende Einwand berücksichtigt jedoch nicht, dass eine Übertragung der Differenzierung entsprechend dem *Keck-Urteil* auf den freien Dienstleistungsverkehr bereits deswegen nicht überzeugen kann, weil bei hinreichendem Auslandsbezug die Regelung einer Erbringungsmodalität jeglicher Dienstleistung — unabhängig von ihrem Ort — gerade aufgrund der fehlenden Körperlichkeit von Dienstleistungen eine gemeinschaftsrechtlich relevante Einschränkung darstellen muss, ohne dass insoweit eine Unterscheidung zwischen Regelungen betreffend die Erbringungsmodalitäten und solchen, die unmittelbar die Dienstleistung betreffen, überhaupt möglich wäre.

37. Eine analoge Anwendung der *Keck-Rechtsprechung* auf Regelungen des Empfängerstaats vermag auch angesichts des dem Artikel 49 EG innewohnenden Herkunftslandprinzips nicht zu überzeugen. Dies erklärt auch, weshalb der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung — ohne Differenzierung entsprechend dem *Keck-Urteil* —

8 — Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechts-sachen C-267/91 und C-268/91 (Slg. 1993, I-6097).

9 — Urteil vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93 (Slg. 1995, I-1141, Randnrn. 36 ff.). Vgl. das Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-6/98 (ARD, Slg. 1999, I-7599), in welchem der Gerichtshof eine Werbebeschränkung als Verkaufsmodalität im Sinne der *Keck-Rechtsprechung* zum Artikel 30 EG und gleichwohl als Beschränkung im Sinne von Artikel 49 EG qualifiziert.

annimmt, dass Artikel 49 EG auch solche Regelungen erfasst¹⁰. Nach dieser Rechtsprechung verlangt nämlich „die Beachtung des in Artikel 49 EG aufgestellten Grundsatzes ... nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung *aller* Beschränkungen, die geeignet sind, die Tätigkeiten von Dienstleistenden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und dort rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringen, zu unterbinden oder anderweitig zu behindern“¹¹ (unsere Hervorhebung).

38. Festzuhalten ist somit, dass die in Rede stehende Ordnungsverfügung eine Beschränkung der durch Artikel 49 EG gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit zur Folge hat.

2. Zur Rechtfertigung der Behinderung

a) Wesentliche Vorbringen der Beteiligten

39. Sowohl die *Ordnungsbehörde* als auch die *Kommission* und die *deutsche Bundesre-*

gierung halten eine Rechtfertigung der in Rede stehenden Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der im Ausgangsfall streitigen Ordnungsverfügung für möglich. Herangezogen werden in diesem Zusammenhang sowohl die in Artikel 46 EG i. V. m. Artikel 55 EG vorgesehenen Gründe als auch die durch den Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses.

10 – Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-58/98 (Corsten, Slg. 2000, I-7919). Siehe auch die Überlegungen von Generalanwalt Cosmas in seinen Schlussanträgen vom 30. November 1999 (dort Fußnote 22). Siehe zur gleichen Problematik zuletzt auch das Urteil vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache C-215/01 (Schnitzer, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

11 – Urteil vom 6. März 2003 in der Rechtssache C-478/01 (Kommission/Luxemburg, Slg. 2003, I-2351, Randnr. 19). Siehe auch die Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90 (Sager, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12), vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93 (Vander Elst, Slg. 1994, I-3803, Randnr. 14), vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-272/94 (Guiot, Slg. 1996, I-1905, Randnr. 10), in der Rechtssache C-58/98 (zitiert in Fußnote 10), Randnr. 33, vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-294/00 (Deutsche Paracelsus Schulen, Slg. 2002, I-6515, Randnr. 38) und vom 13. Februar 2003 in der Rechtssache C-131/01 (Kommission/Italien, Slg. 2003, I-1659, Randnr. 26).

40. *Omega* hält hingegen, wie bereits im Verfahren vor dem nationalen Richter, die in Rede stehende nationale Maßnahme in zweierlei Hinsicht für bedenklich: Sie entbehre einerseits einer hinreichend konkreten und genauen nationalen Rechtsgrundlage, was dem gemeinschaftsrechtlich geschützten Vertrauensschutz zuwiderlaufe; andererseits könne die mit der streitigen Ordnungsverfügung einhergehende Einschränkung der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden. *Omega* betont, dass die Simulation von Tötung und Gewalt in Filmen, aber auch in den darstellenden Künsten und Kampfsportarten sowie in Kinderspielen verbreitet und gesellschaftlich akzeptiert sei; „Lasersport“ unterscheide sich nicht von solchen Betätigungen. *Omega* hebt weiters hervor, dass es beim „Lasersport“ jedenfalls nicht um eine simulierte Tötung gehe.

b) Würdigung

i) Einleitende Bemerkungen

41. Mit seiner Vorlage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Befugnis der Mitgliedstaaten, vom EG-Vertrag verbürgte Grundfreiheiten aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses — hier insbesondere aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung — einzuschränken, davon abhängt, dass diese Einschränkung auf einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsauffassung beruht.

42. Das vorliegende Gericht führte hiezu aus, dass die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Ausgangsfall aus dem innerstaatlich verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der menschlichen Würde hergeleitet wurde. Damit beruht letztlich die in Rede stehende Ordnungsverfügung auf dem — nationalen — Grundrechtsschutz. Bedenkt man jedoch, dass der Grundrechtsschutz auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts durch die Anerkennung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die — insbesondere — aus gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gewonnen werden¹², gewährleistet wird, ist im Hinblick auf die Vorlagefrage zu schließen, dass die Annahme der Notwendigkeit einer gemeinsamen Rechtsauffassung aller Mitgliedstaaten betreffend die im Einzelfall fragliche grundrechtliche Wertentscheidung zugleich

das Vorliegen — auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts — einer unmittelbaren Kollision zwischen Grundfreiheiten, wie etwa hier dem freien Dienstleistungsverkehr, und den vom Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundrechten, indiziert. Das Vorliegen einer derartigen Kollision wirft grundlegende Fragen im Hinblick auf die Systematik der Grundfreiheiten auf.

43. Aufgrund dieser Erwägungen erscheint es zweckmäßig, Überlegungen zum Verhältnis zwischen gemeinschaftlichen Grundfreiheiten¹³ und Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft einer Beantwortung der Vorlagefrage voranzustellen.

44. Vorausgeschickt sei noch, dass der Gerichtshof zunehmend mit Fällen konfrontiert wird, welche die Frage nach einer Kollision zwischen Grundfreiheiten und durch das Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundrechten aufwerfen¹⁴. Der vorliegende Fall kann insofern mit der Rechtssache Schmidberger¹⁵ in Verbindung gebracht werden: Auch dort berief sich der Mitgliedstaat auf die Notwendigkeit des Grundrechtsschutzes, um eine Beschränkung einer der Grundfreiheiten des Vertrages zu rechtfertigen. Ausgehend davon, dass auch die Gemeinschaft zum Schutz der Grundrechte verpflichtet ist, und dass die geltend gemachten Grund-

13 — Es ist hier ausschließlich die Rede von Grundfreiheiten des Vertrages; diese sollten nicht mit jenen im Sinne der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verwechselt werden.

14 — Siehe in diesem Sinne auch Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-112/00 (Schmidberger, Urteil vom 12. Juni 2003, Slg. 2003, I-5659), Nr. 89.

15 — Zitiert in Fußnote 14.

12 — Siehe Artikel 6 EU.

rechte auch im Gemeinschaftsrecht Geltung beanspruchen, prüfte der Gerichtshof in dieser Rechtssache, „wie die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft mit den aus einer im Vertrag verankerten Grundfreiheit fließenden Erfordernissen in Einklang gebracht werden können“¹⁶.

45. Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen Grundfreiheiten und gemeinschaftlichem Grundrechtsschutz im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall erfordert zunächst eine allgemeine Darstellung des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes (ii) und des Schutzes der Menschenwürde insbesondere (iii). Erst im Anschluss daran soll geprüft werden, ob eine unmittelbare Kollision zwischen freiem Dienstleistungsverkehr und Schutz der Menschenwürde im vorliegenden Fall anzunehmen ist oder ob der Schutz der Menschenwürde im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der festgestellten Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs heranzuziehen ist (iv).

ii) Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht

46. Zu den Eckpfeilern der Gemeinschaftsrechtsordnung gehört zweifelsohne die Bindung der Gemeinschaft an die Grundrechte.

Nach ständiger Rechtsprechung gehören sie nämlich zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der EMRK besondere Bedeutung zu¹⁷.

47. Die in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze sind durch die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte und sodann durch Artikel F Absatz 2 des Vertrages über die Europäische Union (jetzt Artikel 6 Absatz 2 EU) erneut bekräftigt worden¹⁸.

— Zum Stellenwert der Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts

48. Klärungsbedürftig erscheint, welche Rangordnung den Grundrechten als allge-

17 — Vgl. insbesondere die Urteile vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 41), vom 6. März 2001 in der Rechtssache C-274/99 P (Connolly/Kommission, Slg. 2001, I-1611, Randnr. 37) und vom 22. Oktober 2002 in der Rechtssache C-94/00 (Roquette Frères, Slg. 2002, I-9011, Randnr. 25).

18 — Nach Artikel 6 Absatz 2 EU „achtet [die Union] die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.

meinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zuzuerkennen ist. Fraglich ist insbesondere, ob ein Rangverhältnis zwischen den als allgemeine Rechtsgrundsätze geltenden Grundrechten und den im Vertrag verankerten Grundfreiheiten besteht.

49. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass der Gerichtshof die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze der Gemeinschaft auf der Grundlage von Artikel 220 EG sowie Artikel 6 Absatz 2 EU wahrt. Sie sind als Teil des Primärrechts anzusehen und befinden sich damit normhierarchisch auf derselben Stufe mit dem übrigen Primärrecht, insbesondere den Grundfreiheiten¹⁹.

50. Generell diskussionswürdig wäre allerdings, ob man angesichts der im Allgemeinen von den Grund- und Menschenrechten geschützten fundamentalen Rechtsgüter, des Selbstverständnisses der Gemeinschaft als auf die Achtung dieser Rechte gegründete Gemeinschaft und vor allem im Hinblick auf die nach heutigem Verständnis wohl notwendige Rückbindung an den Menschenrechtsschutz als Legitimitätsvoraussetzung jeglichen Staatswesens den Grund- und Menschenrechten prinzipiell einen gewissen

Wertvorrang vor „allgemeinem“ Primärrecht einräumen könnte. Jedoch können gerade die Grundfreiheiten ja materiell durchaus — zumindest in gewisser Hinsicht — auch als Grundrechte eingestuft werden: So weit sie beispielsweise Diskriminierungsverbote aufstellen, sind sie als besondere Ausdrucksweisen des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes zu betrachten²⁰. Insofern kann eine Normkollision zwischen im Vertrag verankerten Grundfreiheiten und Grund- und Menschenrechten zumindest in manchen Fällen auch eine Grundrechtskollision darstellen.

51. In der Praxis stellt sich dieses Kollisionsproblem aber kaum in dieser Schärfe, da sowohl die Grundfreiheiten als auch die (meisten) Grundrechte Beschränkungen zulassen.

52. In der Rechtssache Schmidberger hatte das Vorlagegericht die Frage aufgeworfen, ob der im EG-Vertrag verankerte Grundsatz des freien Warenverkehrs bestimmten nationalen Grundrechtsgewährleistungen vorgeht²¹. Bei seiner Untersuchung, „wie die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft mit den aus einer im Vertrag verankerten Grundfreiheit fließenden Erfor-

19 — Davon geht offenbar auch das Urteil Schmidberger (zitiert in Fußnote 14) aus, indem es in Randnr. 77 von der Notwendigkeit spricht, „die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft mit den aus einer im Vertrag verankerten Grundfreiheit fließenden Erfordernissen in Einklang“ zu bringen. Bestünde ein Rangverhältnis zwischen dem gemeinschaftlichen Grundrechtsschutz und den Grundfreiheiten, wäre wohl ausgeschlossen, die entsprechenden Erfordernisse „in Einklang zu bringen“.

20 — Grundfreiheiten schließen insbesondere jegliche Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit aus. Siehe hierzu Schwarze, *EU-Kommentar*, 1. Aufl. 2000, Artikel 12 EGV, Randnr. 9.

21 — Urteil zitiert in Fußnote 14 (Randnr. 70).

dernissen in Einklang gebracht werden können“²², stellte der Gerichtshof die in Artikel 36 EG aufgezählten oder als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses anerkannten Rechtfertigungsgründe, aus denen der freie Warenverkehr beschränkt werden kann, den gerechtfertigten Beschränkungen gegenüber, denen die Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit nach den jeweiligen Absätzen 2 der Artikel 10 und 11 EMRK unterworfen werden darf²³. Nicht näher begründet wurde, inwieweit die Berührung des Schutzbereichs eines nationalen Grundrechts eine Berührung des Schutzbereichs der entsprechenden gemeinschaftlichen Gewährleistung impliziert.

53. Wenngleich der Gerichtshof die genannten Beschränkungen der Grundrechte inhaltlich auf bestimmte, auf die Bedürfnisse der Gemeinschaft zugeschnittene Weise versteht²⁴, erscheint mir bedeutsam, dass die in Fällen wie diesen notwendige Interessenabwägung letztlich im Rahmen des Beschränkungstatbestands der einschlägigen Grundrechte stattfindet. Mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes „in Einklang bringen“ kann nämlich nicht bedeuten, Grundfreiheiten gegen Grundrechte als solche abzuwägen, was implizieren würde, dass der Grundrechtsschutz zur Disposition stünde. Vielmehr ist zu untersuchen, inwiefern die betroffenen Grundrechte Beschränkungen zulassen. Die Bestimmungen über die betroffene Grundfreiheit, insbesondere die

Ausnahmetatbestände, sind sodann so weit wie möglich derart auszulegen, dass sie keine Maßnahmen zulassen, die über einen erlaubten Eingriff in die betroffenen Grundrechte hinausgehen und damit keine Maßnahmen gestatten, die nicht im Einklang mit den Grundrechten stehen.

— Zu den Funktionen der Grundrechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung

54. Aus dem durch die Gemeinschaftsrechtsordnung gewährleisteten Grundrechtsschutz folgt einerseits, dass die Wahrung der Grundrechte eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftshandlungen ist²⁵, andererseits aber auch, dass die Mitgliedstaaten bei der — weit verstandenen — Durchführung der gemeinschaftlichen Regelungen die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung zu beachten haben²⁶.

55. So weit also die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft sich als eine auf der Achtung der Grund- und Menschenrechte

25 — Siehe u. a. das Gutachten 2/94 vom 28. März 1996 (Slg. 1996, I-1759, Randnr. 34) sowie die Urteile vom 17. Februar 1998 in der Rechtssache C-249/96 (Grant, Slg. 1998, I-621, Randnr. 45) und vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-25/02 (Rinke, Slg. 2003, I-8349, Randnr. 26).

26 — Urteile vom 24. März 1994 in der Rechtssache C-2/92 (Bostock, Slg. 1994, I-955, Randnr. 16), vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-292/97 (Karlsson u. a., Slg. 2000, I-2737, Randnr. 37), vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-442/00 (Caballero, Slg. 2002, I-11915, Randnr. 30) und in der Rechtssache C-260/89 (zitiert in Fußnote 17), Randnrn. 41 ff.

22 — A. a. O., Randnr. 77.

23 — A. a. O., Randnrn. 78 und 79.

24 — A. a. O., Randnr. 80.

beruhende Gemeinschaft versteht²⁷, können dementsprechend weder Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane noch solche der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts „als rechtens anerkannt werden ..., die mit der Beachtung der so anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind“²⁸. Artikel 51 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union spiegelt diese Aussage wider.²⁹

56. Aus rechtsmethodischer Sicht wird der Anspruch auf Grundrechtskonformität, den sich die Europäischen Gemeinschaften bzw. die Europäische Union als Ganzes selbst stellt, in der Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofes auf durchaus unterschiedliche Weise verwirklicht.

57. Als wichtigster Grundansatz ist die grundrechtskonforme Auslegung zu nennen, welche zugleich als eine Form der primärrechtskonformen³⁰ bzw. „verfassungskonformen“ Auslegung verstanden werden kann. Demnach sind Bestimmungen des Gemein-

schaftsrechts möglichst so auszulegen, dass sie mit einschlägigen Grundrechten im Einklang stehen.

58. So hat der Gerichtshof beispielsweise in seinem Urteil *Johnston* festgestellt, dass der in Artikel 6 der Richtlinie 76/207 vorgeschriebene gerichtliche Rechtsschutz „Ausdruck“ des in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und in Artikel 6 und 13 der EMRK verankerten Grundsatzes des Rechts auf einen effektiven Rechtsschutz ist und die Richtlinienbestimmung in der Folge „im Lichte“ dieses Grundsatzes ausgelegt³¹. So ist auch Artikel 11 der Richtlinie 89/552, welcher die Häufigkeit von Werbeunterbrechungen regelt, im Lichte des Artikels 10 Absatz 1 EMRK auszulegen, auf den der achte Erwägungsgrund dieser Richtlinie ausdrücklich verweist³². Nach der Rechtsprechung sind weiters beispielsweise auch die Bestimmungen des Vertrages sowie der Verordnungen und Richtlinien im Bereich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern und Selbständigen, darunter die Verordnung Nr. 1612/68, im Lichte des Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäß Artikel 8 EMRK auszulegen³³.

27 — Siehe etwa Artikel 6 Absatz 1 EU.

28 — Urteile in der Rechtssache C-112/00 (zitiert in Fußnote 14), Randnr. 73, vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-299/95 (*Kremzow*, Slg. 1997, I-2629, Randnr. 14) und in der Rechtssache C-260/89 (zitiert in Fußnote 17), Randnr. 41.

29 — „Diese Charta gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten.“ Aus den Erläuterungen zu diesem Artikel geht hervor, dass der Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes entsprechend der erwähnten Rechtsprechung des Gerichtshofes festgelegt ist.

30 — Insofern die Grundrechte am Primärrecht teilhaben, siehe hierzu oben, Nr. 49.

31 — Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (*Johnston*, Slg. 1986, 1651, Randnrn. 18 f.); siehe auch bereits das Urteil vom 28. Oktober 1975 in der Rechtssache 36/75 (*Rutili*, Slg. 1975, 1219, Randnr. 32).

32 — Urteil vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-245/01 (*RTL Television*, Slg. 2003, I-12489, Randnr. 41).

33 — Unter anderem die Urteile vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-60/00 (*Carpenter*, Slg. 2002, I-6279, Randnr. 38) sowie vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-413/99 (*Baumbast und R*, Slg. 2002, I-7091, Randnr. 72).

59. Ausgangs- und Anknüpfungspunkt ist dabei häufig ein bereits in der auszulegenden Gemeinschaftsregelung angelegter innerer Zusammenhang mit einem bestimmten Grundrecht, im Übrigen kann sich dieser Zusammenhang aber auch aus dem allgemeinen Sachzusammenhang des Falles ergeben³⁴.

60. Als noch weiter gehender Ausdruck dieser Auslegungsfunktion im Hinblick auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts kann das Urteil ERT³⁵ angesehen werden, wonach die Mitgliedstaaten auch dann den Erfordernissen des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes unterliegen, wenn sie sich, wie im vorliegenden Fall, auf Ausnahmen von den Grundfreiheiten berufen. Nach dieser Rechtsprechung ist, wenn sich ein Mitgliedstaat auf ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses oder auf einen im Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsgrund beruft, um eine nationale Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung einer Grundfreiheit aus dem Vertrag zu behindern, diese Rechtfertigung „im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen“³⁶.

61. Ganz allgemein treten die Grund- und Menschenrechte im Rahmen des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft jedoch

nicht nur als Auslegungskriterien, sondern weit direkter auch als unmittelbarer Maßstab für die Prüfung der Rechtmäßigkeit von gemeinschaftlichen Akten in Erscheinung³⁷. Inhalt einer solchen Prüfung kann auch ein Grundrechtsanspruch sein, der etwa im Wege eines Rechtsmittels oder einer Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann^{38, 39}.

62. In methodischer Hinsicht ist anzumerken, dass eine Bestimmung des (sekundären) Gemeinschaftsrechts aber nur dann grundrechtswidrig und deshalb rechtswidrig ist, wenn eine grundrechtskonforme Auslegung dieser Bestimmung nicht möglich ist. Wird also geltend gemacht, dass eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung im Widerspruch zu einem gemeinschaftsrechtlich geschützten Grundrecht steht, untersucht der Gerichtshof zuerst, ob diese Bestimmung im Einklang mit diesem Grundrecht ausgelegt werden kann. Ist dies nicht möglich, so ist diese Bestimmung aufzuheben. Ergibt sich jedoch, dass die Regelung in entsprechender

37 — So z. B. im Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-404/92 P (X/Kommission, Slg. 1994, I-4737, Randnrn. 8 ff.) betreffend das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Artikel 8 EMRK im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Ergebnisse eines HIV-Tests zum Zweck eines Einstellungsverfahrens, obwohl der Betroffene seine Zustimmung zur Durchführung des Tests nach eigenem Vorbringen nicht gegeben hatte: Der Gerichtshof hob eine Entscheidung der Kommission — und das bestätigende Urteil des Gerichts — wegen Verletzung des Artikels 8 EMRK auf.

38 — Urteil vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-185/95 P (Baustahlgewebe/Kommission, Slg. 1998, I-8417): Hier erkannte der Gerichtshof die Rüge des Verstoßes gegen den in Artikel 6 Absatz 1 EMRK niedergelegten Anspruch auf eine angemessene Verfahrensdauer als einen das Verfahren vor dem Gericht erster Instanz betreffenden Rechtsmittelgrund an und gewährte als besondere Rechtsfolge der Verletzung dieses Rechts eine Herabsetzung der Geldbuße.

39 — Vgl. J. H. H. Weiler-Nicolas J. S. Lockhart, „*Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence — Part II*“, CML Rev. 32 1995, 579 (589).

34 — Zum Beispiel zur Vereinbarkeit einer Regelung bzw. von Maßnahmen zur Bekämpfung von Fischseuchen mit dem Grundrecht auf Eigentum, siehe das Urteil vom 10. Juli 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-20/00 und C-64/00 (Booker Aquacultur und Hydro Seafood, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 64 ff.).

35 — Zitiert in Fußnote 17.

36 — A. a. O. (zitiert in Fußnote 17), Randnrn. 42 f. Siehe auch das Urteil vom 26. Juni 1997 in der Rechtssache C-368/95 (Familapress, Slg. 1997, I-3689, Randnr. 24).

Interpretation als solche nicht gegen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützte Grundrechte verstößt, so ist sie gültig und es obliegt gegebenenfalls den Behörden und Gerichten auf nationaler Ebene, eine im Einklang mit dem Grundrechtsschutz stehende Anwendung dieser Regelung sicherzustellen⁴⁰.

so haben sie ihr Ermessen unter Beachtung der Gemeinschaftsgrundrechte auszuüben, sodass also die fragliche nationale Regelung in einer mit dem gemeinschaftlichen Grundrechtsschutz in Einklang stehenden Weise angewandt wird. Die Grundrechte binden die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte darüber hinaus auch im Bereich der sogenannten Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten bzw. bilden Vorgaben, die diese begrenzen⁴².

63. Hinsichtlich dieser nationalen Ebene des — gemeinschaftlichen — Grundrechtsschutzes ist festzuhalten, dass auch innerstaatliche Bestimmungen oder Maßnahmen zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der gemeinschaftlichen Grundrechte zu messen sind. Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang wiederholt festgestellt, dass solche Bestimmungen und Maßnahmen von den nationalen Gerichten so weit wie möglich in Übereinstimmung mit dieser — grundrechtskonform ausgelegten — Gemeinschaftsregelung auszulegen sind⁴¹. Andernfalls besteht gemäß dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts seitens der nationalen Gerichte die Verpflichtung, diese nationalen Bestimmungen bzw. Maßnahmen unangewendet zu lassen bzw. aufzuheben.

65. Freilich ist festzustellen, dass in allen diesen Fällen der Inhalt der durchzuführenden Gemeinschaftsbestimmung — sei es eine bestimmte Richtlinienbestimmung, sei es ein Rechtfertigungstatbestand im Rahmen einer Grundfreiheit, auf den sich ein Mitgliedstaat beruft — vielfach nicht mehr eigentlich konkretisiert bzw. substantiiert wird, als vielmehr um weitere Elemente ergänzt wird. Die Grundrechte erscheinen so als zusätzliche Elemente. Diese sind jedoch den betreffenden Gemeinschaftsbestimmungen inhärent.

64. Wenn eine Gemeinschaftsregelung außerdem den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum bzw. die Wahl zwischen mehreren Durchführungsmodalitäten lässt,

66. Es sei abschließend angemerkt, dass die Funktionen von Grundrechten als Auslegungskriterium und als unmittelbarer Maß-

40 — Urteile in der Rechtssache C-25/02 (zitiert in Fußnote 25), Randnrn. 28 und 42, und vom 26. November 2002 in der Rechtssache C-100/01 (Oteiza Olazabal, Slg. 2002, I-10981, Randnr. 90).

41 — Vgl. u. a. das Urteil vom 20. Mai 2003 in den verbundenen Rechtssachen C-465/00, C-138/01 und C-139/01 (Österreichischer Rundfunk u. a., Slg. 2003, I-4989, Randnr. 93).

42 — Siehe das Urteil vom 10. April 2003 in der Rechtssache C-276/01 (Steffensen, Slg. 2003, I-3735, Randnrn. 60 sowie 96 ff.).

stab bei der Rechtmäßigkeitsprüfung einer Gemeinschaftsregelung⁴³ oder einer innerstaatlichen Durchführungsmaßnahme eng miteinander verschränkt sind.

— Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen innerstaatlichem Grundrechtsschutz und gemeinschaftlichem Grundrechtsschutz

67. Anhand der dargestellten Grundsätze soll nun untersucht werden, welche Bedeutung im Hinblick auf die Lösung des vorliegenden Falles einer nationalen grundrechtlichen Wertung gemeinschaftsrechtlich beizumessen ist.

68. In diesem Zusammenhang ist generell vorzuschicken, dass der Gerichtshof es schon von der frühesten Phase seiner Rechtsprechung an abgelehnt hat, auf mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnungen basierende Einwendungen gegen die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht gelten zu lassen⁴⁴.

43 — Im Urteil in der Rechtssache C-274/99 P (zitiert in Fußnote 17), Randnrn. 37 bis 64, bei dem es u. a. um die Frage ging, ob Herr Connolly mit einer Entscheidung der Kommission durch die Anwendung des Artikels 17 Absatz 2 des Statuts in seinem Recht auf freie Meinungsäußerung verletzt worden ist, hat der Gerichtshof zunächst den Gehalt des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung, wie es in Artikel 10 EMRK niedergelegt ist, dargelegt, und sodann überprüft, ob die streitige Entscheidung mit dem im Lichte dieses Grundrechts ausgelegten und angewandten Artikel 17 Absatz 2 des Statuts im Einklang steht.

44 — Vgl. u. a. die Urteile vom 4. Februar 1959 in der Rechtssache 1/58 (Stork/Hohe Behörde, Slg. 1959, 45) und vom 1. April 1965 in der Rechtssache 40/64 (Sgarlata u. a./Kommission, Slg. 1965, 296).

69. Die vom Grundsatz her immer noch überzeugenden Gründe dafür hat der Gerichtshof in seinem richtungsweisenden Urteil Internationale Handelsgesellschaft dargelegt: „Die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts würde beeinträchtigt, wenn bei der Entscheidung über die Gültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane Normen oder Grundsätze des nationalen Rechts herangezogen würden. Die Gültigkeit solcher Handlungen kann nur nach dem Gemeinschaftsrecht beurteilt werden, denn dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht können wegen seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll. Daher kann es die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in der ihnen von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung seien verletzt.“⁴⁵

70. Die Ablehnung einer Ausrichtung des Gemeinschaftsrechts an einzelstaatlichen grundrechtlichen Vorgaben ist jedoch so gleich insoweit zu relativieren, als zum einen die als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts anerkannten Grund- und Menschenrechte bezüglich ihres Ge-

45 — Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125, Randnr. 3). Diese Überlegungen haben den Anstoß zur Entwicklung des autonomen gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes gegeben bzw. stellte die Formulierung eines angemessenen gemeinschaftseigenen Grundrechtsschutzes geradezu eine Voraussetzung für die Akzeptanz des unbedingten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts dar, was etwa mit Blick auf die beiden „Solange“-Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts ersichtlich wird.

währungsinhalts — wie sich aus der oben skizzierten ständigen Rechtsprechung ergibt — wiederum aus der Quelle der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie insbesondere der EMRK schöpfen; zum anderen sieht der Vertrag Rechtfertigungen für Beschränkungen der von ihm gewährleisteten Grundfreiheiten vor, sodass letztlich aus der nationalen Grundrechtsordnung herrührende Erwägungen einfließen mögen, wie auch aus dem vorliegenden Fall deutlich wird.

71. Mit Blick auf die Vorlagefrage ergibt sich aus alledem, dass die festgestellte Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht ohne weiteres durch den Schutz der spezifischen, in einer Verfassung eines Mitgliedstaats garantierten Grundrechte gerechtfertigt werden kann. Zu prüfen ist vielmehr, inwieweit diese Beschränkung aus gemeinschaftsrechtlich anerkannten Gründen, wie insbesondere dem Schutz der öffentlichen Ordnung, gerechtfertigt werden kann. Eine gemeinsame Rechtsauffassung der Mitgliedstaaten in Bezug auf den Schutz der öffentlichen Ordnung stellt insoweit keine Voraussetzung für eine solche Rechtfertigung dar.

72. Ergibt sich im Rahmen dieser Prüfung jedoch, dass die in Rede stehende einschränkende nationale Maßnahme auf einer Wertung des nationalen Grundrechtsschutzes beruht, die der gemeinsamen Rechtsauffassung der Mitgliedstaaten entspricht, könnte sich ein entsprechendes Schutzgebot (auch) aus dem gemeinschaftlichen Grundrechtsschutz ergeben, was methodologisch zur Folge hätte, dass nicht mehr zu prüfen wäre, ob die nationale Maßnahme als zulässige — weil gerechtfertigte — Ausnahme zu den vertraglich verankerten Grundfreiheiten anzusehen ist, sondern — entsprechend der

Formel aus dem Urteil Schmidberger — „wie die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft mit den aus einer im Vertrag verankerten Grundfreiheit fließenden Erfordernissen in Einklang gebracht werden können“.

73. In der vorliegenden Rechtssache bleibt also festzustellen, ob der durch das deutsche Grundgesetz gebotene Schutz der Menschenwürde im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der in Rede stehenden Ordnungsverfügung zu behandeln ist oder, ob das allfällige Vorhandensein einer entsprechenden Grundrechtsgewährleistung im Gemeinschaftsrecht einen Ausgleich auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts erforderlich werden lässt. Dies wiederum setzt eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Menschenwürde voraus.

iii) Die Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht

— Konturen der Menschenwürde als Rechtsbegriff

74. Kaum ein Rechtsbegriff ist wohl juristisch schwieriger zu erfassen als jener der Menschenwürde. Im Folgenden soll versucht werden, wenigstens einige Konturen dieses Konzepts anzudeuten⁴⁶.

46 — Vgl. dazu allgemein u. a. Enders, *„Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung“*, 1997, 5 ff.; Maurer, *„Le principe de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme“*, 1999, 30-40; Brugger, *„Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte“*, 1997, 29 ff.; Brieskorn, *„Rechtsphilosophie“*, 1990, 150 ff.

75. Die „Menschenwürde“ bringt den obersten Achtungs- und Wertanspruch zum Ausdruck, der dem Menschen aufgrund seines Menschseins zukommen soll. Es geht um den Schutz und die Achtung des Wesens bzw. der Natur des Menschen an sich, um die „Substanz“ des Menschen. In der Menschenwürde reflektiert sich der Mensch damit selbst, sie steht für das, was ihn ausmacht. Die Frage jedoch, was den Menschen ausmacht, verweist unweigerlich in den vorrechtlichen Bereich, d. h. der Inhalt der Menschenwürde wird letztlich von einem bestimmten „Menschenbild“ her bestimmt⁴⁷.

76. Als Grundaussage dessen, was dem Menschen allein schon aufgrund seines Menschseins zukommen soll, stellt die Menschenwürde Substrat und Ausgangspunkt aller Menschenrechte dar, die sich aus ihr herausdifferenzieren, gleichzeitig ist sie perspektivischer Fluchtpunkt der einzelnen Menschenrechte, auf den hin diese zu verstehen und zu deuten sind. Entsprechend ist etwa in der deutschen Grundrechtslehre von der Menschenwürde als „tragendem Konstitutionsprinzip“ der Menschenrechte die Rede⁴⁸.

77. Als deren Urgrund teilt sie auch den ideengeschichtlichen Hintergrund und die Begründung der Menschenrechte überhaupt. Die Forderung der Achtung der Menschenrechte richtet sich insofern gegen die Idee,

die Wertigkeit des Menschen stünde zur Disposition des Staates, des Volkes, der Mehrheit, dagegen also, dass der Einzelne vom Gemeinwesen her definiert und als Funktion desselben verstanden wird⁴⁹. Sie entspricht dem Gedanken, dass jeder einzelne Mensch vielmehr als originärer Ort unverliehener und unverleihbarer Rechte zu werten ist.

78. Als Grundlagen dieser Wertung lassen sich verschiedene religiöse, philosophische bzw. weltanschauliche Begründungen angeben⁵⁰. Die Menschenwürde wurzelt insgesamt tief in der Entstehung eines Menschenbildes im europäischen Kulturkreis, der den Menschen als zur Selbsttätigkeit und Selbstbestimmung begabtes Wesen begreift. Aufgrund seiner Fähigkeit zur eigenen, freien Willensbildung ist er Subjekt und darf nicht zur Sache, zum Objekt, herabgewürdigt werden⁵¹.

79. Aus der in diesem Konzept zum Ausdruck kommenden Bezogenheit des Würdebegriffs zur Selbstbestimmung und Freiheit des Menschen wird deutlich, warum die Idee

47 – Vgl. Enders (zitiert in Fußnote 46), 17 f.

48 – Jarass/Peroth, „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar“, 2000, 41.

49 – Rechtshistorisch wurde das Konzept der Menschenwürde insbesondere als Gegenbild zu den Erfahrungen ungezügelter Staatsgewalt zunächst im Absolutismus, später im Nationalsozialismus und Totalitarismus formuliert.

50 – Aus religiöser Perspektive gründet die Würde des Menschen in seiner Ebenbildlichkeit zu Gott und der universalen, alle Menschen betreffenden Heilzusage. In den politischen Ideen des 18. Jahrhunderts bildete vor allem die Erkenntnis, dass allen Menschen eine Natur und eine Vernunft gemeinsam sind, den Ausgangspunkt der Forderung nach der Anerkennung der Menschenwürde und der Menschenrechte. Siehe hierzu insbesondere Brieskorn (zitiert in Fußnote 46), 139 f.

51 – Zu dieser, durch die deutsche Grundrechtslehre von Kant übernommenen „Objektformel“, siehe nur Enders (zitiert in Fußnote 46), 20.

der Würde des Menschen auch häufig über andere Begriffe und Schutzgüter wie die Persönlichkeit oder die Identität in Erscheinung tritt⁵².

— Die Menschenwürde als Rechtsnorm und ihr Schutz im Gemeinschaftsrecht

80. Weiters ist auch die Idee der gleichen Würde aller dem Gedanken der Menschenrechte im Allgemeinen und der Menschenwürde im Besonderen inhärent, weshalb auch häufig vom die beiden Konzepte verschränkenden Begriff der „égale dignité“ die Rede ist⁵³.

81. Als Ausfluss und besondere Ausformungen der Menschenwürde dienen aber letztlich alle (besonderen) Menschenrechte der Verwirklichung und dem Schutz der menschlichen Würde, was mich zur Frage führt, in welchem Verhältnis die Menschenwürde zu den besonderen Menschenrechten steht bzw. ob es sich bei der Menschenwürde um einen allgemeinen Grundsatz, ein Wertungsprinzip oder auch ein selbständiges justiziables Grundrecht handelt.

82. Die Idee des Schutzes der Menschenwürde fand vor allem mit der Menschenrechtsbewegung der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts Eingang in das internationale wie nationale positive Recht, wobei diese Rezeption sehr unterschiedliche Formen angenommen hat. So enthalten sowohl die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 als auch die beiden VN-Pakte über bürgerliche und politische Rechte bzw. über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in ihren Präambeln jeweils Bekenntnisse zur allen Menschen innewohnenden Würde als Grundlage der Menschenrechte, ohne allerdings die Menschenwürde ihrerseits als gesondertes Menschenrecht zu verankern. In der EMRK — welche allerdings in ihrer Präambel auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte verweist — findet die Menschenwürde überhaupt keine ausdrückliche Erwähnung. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) ist die Achtung der menschlichen Würde und Freiheit aber „Grundlage und durchgehendes Motiv der Konvention“⁵⁴.

52 — Als Beispiel eines auf den Personen-Begriff aufbauenden Würdekonzepts etwa § 16 des Österreichischen *Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches* (ABGB): „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei und Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet.“ Der Mensch als Träger originärer, nicht verliehener Rechte — und damit als Rechtssubjekt — darf hiernach nicht zum Rechtsobjekt degradiert werden.

53 — Vgl. Meyer, *„Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union“*, 2003, 55.

83. Was sodann die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten betrifft, so hat das Konzept der Menschenwürde wohl durchgehend in der einen oder anderen Form

54 — Siehe u. a. EGMR, Urteil *Pretty/Vereinigtes Königreich* vom 29. April 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, § 65.

Anerkennung gefunden, insbesondere wenn man, wie ich oben ausgeführt habe, beachtet, dass dieses Konzept begrifflich unterschiedlich zum Ausdruck gebracht werden kann⁵⁵.

schenwürde selbst ist nämlich — ebenso wie der Begriff des Menschen, auf den er unmittelbar verweist — ein Gattungsbegriff, der als solcher keiner klassischen juristischen Definition oder Auslegung im eigentlichen Sinne zugänglich ist; vielmehr kann er vor allem durch richterliche Feststellungen im Einzelfall inhaltlich konkretisiert werden.

84. Ähnlich wie in den genannten völkerrechtlichen Instrumenten tritt die Menschenwürde jedoch in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten so weit ersichtlich überwiegend im Rahmen eines allgemeinen Bekenntnisses bzw. als — häufig in der Rechtsprechung herausgebildetes — Grund-, Wertungs- oder Verfassungsprinzip in Erscheinung, nicht als selbständige justiziable Rechtsnorm⁵⁶. Eine Regelung wie sie etwa nach deutscher Verfassung besteht, wonach — zumindest nach wohl überwiegender Auffassung — die Achtung und der Schutz der Menschenwürde, wie sie in Artikel 1 des Grundgesetzes verankert ist, nicht nur ein „tragendes Konstitutionsprinzip“, sondern auch ein eigenständiges Grundrecht darstellt, muss daher als Ausnahmefall gelten.

86. Die Kodifizierung und Anwendung konkreter einzelner grundrechtlicher Gewährleistungen anstelle eines direkten Rückgriffs auf die Menschenwürde liegt also aus Sicht der Justiziabilität und der juristischen Methode im Allgemeinen nahe.

85. Ein wesentlicher Grund dafür dürfte sein, dass die Menschenwürde erst über ihre Ausformungen und Ausformulierungen in den einzelnen Grundrechten konkretere inhaltliche Gestalt gewinnt und im Verhältnis zu diesen als Wertungs- und Auslegungskriterium fungiert. Der Begriff der Men-

87. Was nun die Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht betrifft, so ist festzustellen, dass sie im geltenden Primärrecht keine ausdrückliche (schriftliche) Erwähnung gefunden hat. Zumindest in einigen Rechtsakten des Sekundärrechts — so in den Erwägungsgründen der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68⁵⁷ und in Artikel 12 der Richtlinie 89/552/EWG⁵⁸ — wird aber auf die Menschenwürde Bezug genommen und diese ist in diesem Zusammenhang auch in die Rechtsprechung eingeflossen⁵⁹.

55 — Für eine Untersuchung der Rolle der Menschenwürde in den nationalen Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten siehe Meyer (zitiert in Fußnote 53), 48 ff.; für Bezugnahmen in den Verfassungsordnungen, siehe auch Rau/Schorkopf, „Der EuGH und die Menschenwürde“, NJW, 2002, 2448 (2449).

56 — Siehe dazu u. a. Brugger (zitiert in Fußnote 46), 9 ff.

57 — „Damit das Recht auf Freizügigkeit nach objektiven Maßstäben in Freiheit und Menschenwürde wahrgenommen werden kann.“

58 — „Die Fernsehwerbung darf die Menschenwürde nicht verletzen.“

59 — Vgl. u. a. die Urteile vom 9. Juli 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 (De Agostini u. a., Slg. 1997, I-3843, Randnr. 31) und vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-413/99 (zitiert in Fußnote 35), Randnr. 59.

88. In einigen Fällen hat der Gerichtshof bzw. haben seine Generalanwälte auch unabhängig davon auf die Menschenwürde verwiesen, und zwar jeweils im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichheit bzw. Nichtdiskriminierung, also in der Verschränkung Gleichheit-Würde bzw. „égale dignité“⁶⁰.

89. Im Urteil vom 9. Oktober 2001 in der Rechtssache C-377/98⁶¹ fand der Gerichtshof Gelegenheit, den Stellenwert der Menschenwürde und ihren Schutz im Gemeinschaftsrecht zu präzisieren. Den Kontext dieser Rechtssache bildet eine Nichtigkeitsklage gegen die Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen⁶². Der Kläger machte u. a. geltend — durchaus im Sinne der genannten „Objektformel“ der Menschenwürde —, dass die aus Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie folgende Patentierbarkeit isolierter Bestandteile des menschlichen Körpers eine Instrumentalisierung lebender menschlicher Materie bedeute, die die Menschenwürde verletze. Der Gerichts-

hof führte dazu aus: „Es obliegt dem Gerichtshof, im Rahmen der Kontrolle der Übereinstimmung der Handlungen der Organe mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts die Beachtung der Menschenwürde und des Grundrechts auf Unversehrtheit der Person sicherzustellen.“ Der Gerichtshof verneinte in der Folge das Vorliegen einer mit der Verletzung der Menschenwürde begründeten Rechtswidrigkeit⁶³.

90. Damit hat der Gerichtshof die Achtung der Menschenwürde jedenfalls als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und als Maßstab und Voraussetzung der Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten anerkannt. Fraglich ist, ob sich allerdings auch in diesem Fall argumentieren ließe, dass es sich um eine Form der grundrechtskonformen Auslegung von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts handelt und der Schutz der Menschenwürde hier lediglich als Auslegungsprinzip in Erscheinung tritt. Die Annahme, dass der Gerichtshof die Menschenwürde — als allgemeinen Rechtsgrundsatz im Sinne eines Wertungsprinzips —, jedoch nicht als selbständiges Grundrecht oder selbständige Anspruchsgrundlage anerkennt, scheint zunächst auch mit der Unterscheidung in der deutschen Urteilsfassung zwischen „Beach-

60 — Im Urteil vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-13/94 (P gegen S, Slg. 1996, I-2143, Randnr. 22) führte der Gerichtshof in Bezug auf eine (auf dem Geschlecht basierende) Diskriminierung einer transsexuellen Person aus: „Würde eine solche Diskriminierung toleriert, so liefe dies darauf hinaus, dass gegenüber einer solchen Person gegen die Achtung der Würde und der Freiheit verstoßen würde, auf die sie Anspruch hat und die der Gerichtshof schützen muss.“ Siehe auch unter Bezugnahme auf dieses Urteil die Ausführungen von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in seinen Schlussanträgen vom 10. Juni 2003 in der Rechtssache C-117/01 (K. B., Urteil vom 7. Jänner 2004, Slg. 2004, I-541, Nr. 77). In Bezug auf das Recht auf gleiches Entgelt von Männern und Frauen hat Generalanwalt Cosmas in seinen verbundenen Schlussanträgen vom 8. Oktober 1998 in den Rechtssachen C-50/96 u. a. (Lilli Schröder u. a., Urteil vom 10. Februar 2000, Slg. 2000, I-743), Nr. 80, festgestellt: „In einer Rechtsgemeinschaft, die die Menschenrechte achtet und schützt, gründet sich die Forderung nach gleichem Arbeitsentgelt für Männer und Frauen hauptsächlich auf die Grundsätze der Würde des Menschen und der Gleichheit von Männern und Frauen sowie auf das Gebot der Verbesserung der Arbeitsbedingungen und nicht auf wirtschaftliche Bestrebungen im engeren Sinne ...“

61 — Niederlande/Parlament und Rat, Slg. 2001, I-7079.

62 — ABl. L 213, S. 13.

63 — A. a. O., Randnrn. 69 ff.

„(der Menschenwürde) und „Grundrecht“ (auf Unversehrtheit) nahe liegend⁶⁴, jedoch findet diese Auffassung keine Stütze in den übrigen Sprachfassungen einschließlich der Verfahrenssprache (Niederländisch), in denen durchwegs ohne diesbezügliche Unterscheidung vom „Grundrecht“ auf Achtung der Menschenwürde die Rede ist.

91. Der Gerichtshof scheint damit der Menschenwürde ein vergleichbar weitgehendes Verständnis⁶⁵ zugrunde zu legen, wie es in Artikel 1 der Charta der Grundrechte der EU zum Ausdruck kommt⁶⁶. Dieser Artikel lautet wie folgt: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.“

— Schlussfolgerungen in Bezug auf die vorliegende Rechtssache

92. Aufgrund des ausfüllungsbedürftigen Charakters des Begriffes der Menschenwürde dürfte es dem Gerichtshof im vorliegenden Fall — anders als im Urteil Schmidberger — aber kaum möglich sein, den Gewährungsgehalt der Menschenwürdegarantie des

deutschen Grundgesetzes mit demjenigen der Garantie der Menschenwürde, wie sie vom Gemeinschaftsrecht anerkannt wird, ohne weiteres gleichzustellen.

93. Es empfiehlt sich somit die Beurteilung der in Rede stehenden nationalen Maßnahme anhand des Gemeinschaftsrechts. Diese Prüfung setzt eine Auslegung des vom Mitgliedstaat herangezogenen Rechtfertigungstatbestands der öffentlichen Ordnung entsprechend der Bedeutung und der Tragweite der Menschenwürde in der Gemeinschaftsrechtsordnung voraus. Bedeutsam erscheint in diesem Zusammenhang, dass der Schutz der Menschenwürde als allgemeiner Rechtsgrundsatz — und damit als Teil des Primärrechts — anerkannt ist. Der Gerichtshof darf also, wie daraus zu folgern wäre, möglichst keine Auslegung der Grundfreiheiten zulassen, die einen Mitgliedstaat zwingen, Handlungen bzw. Aktivitäten zu gestatten, die gegen die Menschenwürde verstoßen, bzw. es muss mit anderen Worten möglich sein, Erwägungen in die Ausnahme der öffentlichen Ordnung einfließen zu lassen, die ein Rechtsgut betreffen, dessen Schutz und Achtung das Gemeinschaftsrecht selbst gebietet.

94. Zur Erläuterung sei abschließend auf einen vergleichbaren Fall hingewiesen, den der Menschenrechtsausschuss des VN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte zu entscheiden hatte. In diesem Verfahren war über die Rechtmäßigkeit eines von französischen Behörden ausgesprochenen und vor allem mit dem Schutz der Menschenwürde begründeten Verbots der Aktivität des so genannten „Zwergenwerfens“ zu entschei-

64 — So Rau/Schorkopf (zitiert in Fußnote 55), 2449, und Jones, „Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?“, Public Law, Spring 2004, 167 ff.

65 — Nach deutschem Vorbild also sowohl Verfassungsprinzip der Union als auch Grundrecht an sich.

66 — Siehe dazu Bernsdorff/Borowsky, „Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Handreichungen und Sitzungsprotokolle“, 2002, 142 f., 169 f. und 260 f.; Meyer (zitiert in Fußnote 53), 55 ff.

den, mit der der kleinwüchsige Beschwerdeführer seinen Lebensunterhalt verdiente. Zur Frage, ob dieses Verbot eine unzulässige Diskriminierung im Sinne des Artikels 26 des Paktes darstelle, stellte der Ausschuss fest, dass die vorgenommene Unterscheidung — und zwar zwischen zwergwüchsigen und nicht zwergwüchsigen Personen — auf objektiven Gründen beruhe und keine Diskriminierung zum Ziel habe. Er führte in diesem Zusammenhang zur Begründung aus, dass „der Vertragsstaat im vorliegenden Fall dargelegt [habe], dass das Verbot des Zwergerwerfens, wie vom Beschwerdeführer ausgeübt, keine missbräuchliche Maßnahme darstellt, sondern aus Gründen der öffentlichen Ordnung notwendig war, was Erwägungen der menschlichen Würde auf den Plan treten lässt, die mit den Zielen des Paktes vereinbar sind“⁶⁷.

iv) Auslegung des Begriffes der öffentlichen Ordnung unter Berücksichtigung der Bedeutung und Tragweite der Menschenwürde

95. Nach einleitenden Bemerkungen zum Begriff der öffentlichen Ordnung ist nun unter Berücksichtigung der bisher dargestellten Grundsätze zu prüfen, inwieweit die streitige Ordnungsverfügung ein anerkanntes Ziel im Allgemeininteresse verfolgt und ob sie gegebenenfalls in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht.

— Begriff der öffentlichen Ordnung

96. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Begriff der öffentlichen Ordnung — als Begriff des Gemeinschaftsrechts — wird durch den Versuch gekennzeichnet, ein Gleichgewicht zwischen der notwendigen Eindämmung von Ausnahmen zu den primärrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten und den damit einhergehenden Rechtfertigungsmöglichkeiten einerseits und dem Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten andererseits herzustellen.

97. Der Gerichtshof betont dementsprechend, dass die Mitgliedstaaten zwar „im Wesentlichen weiterhin frei nach ihren nationalen Bedürfnissen bestimmen [können], was die öffentliche Ordnung und Sicherheit erfordern“⁶⁸. Darüber hinaus hat der Gerichtshof anerkannt, dass die besonderen Umstände, die eine Berufung auf die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegebenenfalls rechtfertigen können, „von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein [können], so dass insoweit den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen ist“⁶⁹.

98. Andererseits hat der Gerichtshof stets hervorgehoben, dass die vom Begriff der

68 — Urteil vom 14. März 2000 in der Rechtssache C-54/99 (*Église de scientologie*, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 17).

69 — Urteil vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74 (*Van Duyn*, Slg. 1974, 1337, Randnrn. 18/19).

67 — Siehe die Communication No. 854/1999: France. 26/07/2002. CCFR/C/75/D/854/1999, insbesondere § 7.4.

öffentlichen Ordnung gedeckten Gründe im Gemeinschaftsrecht eng zu verstehen sind, sodass ihre Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden kann⁷⁰. Aus dieser Rechtsprechung folgt im Hinblick auf die Vorlagefrage, dass eine abweichende Beurteilung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat zwar möglich ist, jedoch das Gemeinschaftsrecht dieser einzelstaatlichen Beurteilung enge Grenzen setzt.

99. Diese Überprüfung durch den Gerichtshof führt insbesondere dazu, dass nicht jede Verletzung nationaler Rechtsvorschriften als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gewertet werden kann. Der Gerichtshof verlangt vielmehr eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“⁷¹. Das Vorliegen einer solchen Gefährdung ist insbesondere dann auszuschließen, wenn die Gründe — von ihrer eigentlichen Funktion losgelöst — in Wirklichkeit für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden⁷². Ebenso wenig darf ein Mitgliedstaat Maßnahmen gegenüber einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats treffen „wegen eines Verhaltens, das für die Angehörigen des erstgenannten Mitgliedstaats

keine repressiven oder anderen tatsächlichen und effektiven Maßnahmen zu seiner Bekämpfung zur Folge hätte“⁷³.

— Zum Vorliegen einer hinreichend schweren Gefährdung im konkreten Fall

100. Die vorstehende Rechtsprechung bedeutet für den vorliegenden Fall, dass eine Rechtfertigung der festgestellten Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung nur dann in Betracht kommt, wenn die per Ordnungsverfügung verbotene Spielvariante eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft darstellt.

101. Bei Durchführung dieser Wertung kommt den nationalen Behörden ein Ermessensspielraum zu. Der Gerichtshof bringt dies auch dadurch zum Ausdruck, indem er feststellt, dass „das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beurteilung von Verhaltensweisen, die als im Widerspruch zur öffentlichen Ordnung stehend angesehen werden können, keine einheitliche Wertskala vorschreibt“⁷⁴.

70 — Siehe nur das Urteil in der Rechtssache 36/75 (zitiert in Fußnote 31), Randnrn. 26/28, sowie in der Rechtssache 41/74 (zitiert in Fußnote 69), Randnrn. 18/19.

71 — Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77 (Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnrn. 33/35). Siehe auch das Urteil vom 19. Jänner 1999 in der Rechtssache C-348/96 (Calfa, Slg. 1999, I-11, Randnr. 21).

72 — Urteile in der Rechtssache 36/75 (zitiert in Fußnote 31), Randnr. 30, und in der Rechtssache C-54/99 (zitiert in Fußnote 68), Randnr. 17.

73 — Urteil vom 26. November 2002 in der Rechtssache C-100/01 (zitiert in Fußnote 40), Randnr. 42. Siehe auch die Urteile vom 18. Mai 1982 in den verbundenen Rechtssachen 115/81 und 116/81 (Adoui und Cornuaille, Slg. 1982, 1665, Randnr. 9) und vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-243/01 (Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13031, Randnr. 69). Siehe weiters dazu meine Schlussanträge vom 10. April 2003 in der Rechtssache C-42/02 (Lindman, Urteil vom 13. November 2003, Slg. 2003, I-13519), Nr. 114.

74 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen 115/81 und 116/81 (zitiert in Fußnote 73), Randnr. 8.

102. Der Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum insbesondere in weltanschaulich sensibleren oder mit besonderen gesellschaftlichen Gefahren verbundenen Bereichen zuerkennt. So hat er es dem Ermessen des Mitgliedstaats angesichts der besonderen gesellschaftlichen Implikationen und Gefahren des Glücksspiels anheim gestellt, inwieweit dieser „auf seinem Gebiet im Bereich von Lotterien und anderen Glücksspielen Schutz gewähren will“⁷⁵. Wie die Kommission zutreffend ausgeführt hat, bestätigt dies, dass die Rechtfertigungsgründe Raum für Wert- bzw. Ermessensentscheidungen der Mitgliedstaaten lassen.

103. Allerdings müssen auch nationale beschränkende Maßnahmen, etwa im Glücksspielbereich, wie die jüngere Rechtsprechung klargestellt hat, u. a. die Voraussetzungen der Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit erfüllen⁷⁶.

75 — Siehe die Urteile vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-124/97 (Läära u. a., Slg. 1999, I-6067, Randnr. 14) und vom 21. Oktober 1999 in der Rechtssache C-67/98 (Zenatti, Slg. 1999, I-7289, Randnr. 33), jeweils unter Verweis auf das Urteil Schindler (zitiert in Fußnote 6).

76 — Unter anderem das Urteil in der Rechtssache C-42/02 (zitiert in Fußnote 73), Randnr. 25.

Wohlgemerkt bezieht sich die in der Folge (insbesondere Nrn. 111 ff.) vorgenommene Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht auf die Menschenwürde, denn diese kann als solche keinerlei Einschränkung unterliegen; die Prüfung bezieht sich vielmehr auf die Frage, ob das im Anlassverfahren fragliche Verbot in Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Ordnung — unter Berücksichtigung der vorgebrachten Menschenwürdebezüge — eine geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt.

104. So weit die Achtung der Menschenwürde durch den Mitgliedstaat zur Begründung der besonderen Gefahr ins Feld geführt wird, ist festzustellen, dass diese unzweifelhaft zu den Grundinteressen jeder dem Schutz und der Achtung der Grundrechte verpflichteten Gesellschaft gehört.

105. In methodischer Hinsicht ist anzumerken, dass die Annahme einer Berührung eines Grundinteresses der Gesellschaft sich an den nationalen Wertentscheidungen orientiert. Auf eine allfällige gemeinsame Auffassung der Mitgliedstaaten kommt es hier nicht an⁷⁷.

106. Dem steht auch nicht das vom vorlegenden Gericht zitierte Urteil Schindler⁷⁸ entgegen. Dort hatte der Gerichtshof nämlich ausgeführt, dass „die sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten ... angestellt werden, nicht außer Betracht bleiben“ können. Durch diese Aussage wurde zum Ausdruck gebracht, dass das Bestehen einer entsprechenden gemeinsamen Auffassung hinsichtlich der Notwendigkeit der Beschränkung einer Grundfreiheit ein Indiz für ihre Legitimität darstellt, nicht jedoch, dass diese gemeinsame Auffassung Voraussetzung für die Anerkennung dieser Legitimität ist⁷⁹.

77 — Siehe oben, Nr. 71.

78 — Urteil in der Rechtssache C-275/92 (zitiert in Fußnote 6), Randnr. 60.

79 — Die Kommission betont in diesem Zusammenhang zu Recht, dass der Gerichtshof diese Aussage in Bezug auf die Stichhaltigkeit des vom Mitgliedstaat vorgebrachten Rechtfertigungsgrundes gemacht hat.

107. In der vorliegenden Rechtssache ist die gemeinsame Auffassung der Mitgliedstaaten nicht etwa in der konkreten — nationalen — Ausformung des Schutzes der Menschenwürde — hier in die streitige Ordnungsverfügung mündend — zu sehen, sondern in der grundsätzlichen Werteübereinstimmung im Hinblick auf den Stellenwert der Menschenwürde im betreffenden nationalen Recht und im Gemeinschaftsrecht.

110. Zu den hinsichtlich ihrer innerstaatlichen Rechtsgrundlage geäußerten Bedenken genügt die Feststellung, dass ein Gesetzesvorbehalt zur Einschränkung der vertraglich verankerten Grundfreiheiten dem Gemeinschaftsrecht fremd ist. Ob die Rechtsgrundlage der Ordnungsverfügung hinreichend bestimmt ist, richtet sich so nach nationalem Recht.

108. Die vom vorlegenden Gericht übermittelten Umstände sprechen unter Berücksichtigung der grundlegenden Bedeutung der Menschenwürde in der Gemeinschaftsrechtsordnung für die Anerkennung der hier geltend gemachten schweren Gefährdung von Grundinteressen der Gesellschaft. So gehört insbesondere auch zu den Tatsachenfeststellungen des Vorlagebeschlusses, dass öffentlicher Unmut aufgrund des Spielbetriebs von Omega erregt wurde. In rechtlicher Hinsicht ist die durch den Schutz und die Achtung der Menschenwürde begründete Ablehnung gewaltverherrlichender oder gewaltfördernder Verhaltensweisen bzw. Dienstleistungen zu nennen⁸⁰.

111. Die Geeignetheit der in Rede stehenden Ordnungsverfügung, der festgestellten Gefährdung schwerwiegender Interessen der Gesellschaft zu begegnen, wurde weder im schriftlichen Verfahren noch in der mündlichen Verhandlung in Zweifel gezogen.

109. Unstreitig ist, dass die in Rede stehende Ordnungsverfügung eine unterschiedslos anwendbare Maßnahme darstellt.

112. An der Erforderlichkeit des Verbots, Gefahren für die öffentliche Ordnung, insbesondere im Hinblick auf das Schutzgut der Menschenwürde, zu begegnen, dürfte ebenfalls kein Zweifel bestehen. Die Ordnungsbehörde betont nicht zu Unrecht, dass die streitige Ordnungsverfügung lediglich eine Spielvariante verbot, sodass das Bestehen eines mildereren Mittels nicht ersichtlich ist.

80 – Bei der Überprüfung, ob die nationalen Behörden ihren Beurteilungsspielraum in gemeinschaftsrechtlich zulässiger Weise ausgeübt haben, können besondere Umstände des Mitgliedstaats nicht unberücksichtigt bleiben. In diesem Zusammenhang sei auch auf Empfindlichkeiten in der innerstaatlichen öffentlichen Meinung nach der Massenschießerei in einem Erfurter Gymnasium am 26. April 2002 hingewiesen.

113. Die in Rede stehende Ordnungsverfügung stellt auch keinen unverhältnismäßigen Eingriff in ein Rechtsgut von Omega dar. So weit die Einschränkung der betroffenen Grundfreiheit durch eine Einzelmaßnahme erfolgt ist, kann es für die gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung dieser Maßnahme auch keine Rolle spielen, inwiefern Maßnahmen in anderen Fällen

getroffen worden sind oder nicht, da ihre gemeinschaftsrechtliche Beurteilung von allen Umständen des Einzelfalles, wie sie vom vorlegenden Gericht festgestellt worden sind, abhängt. Jedenfalls ergibt sich nicht aus der Akte, dass die deutschen Behörden ein inkonsequentes Verhalten in Bezug auf Lasersportspiele an den Tag gelegt hätten.

V — Ergebnis

114. Nach alledem wird vorgeschlagen, die Vorlagefrage des Bundesverwaltungsgerichts wie folgt zu beantworten:

Eine einzelstaatliche Ordnungsverfügung gegen eine durch den nationalen Richter für unvereinbar mit verfassungsrechtlichen Grundwertungen befundene gewerbliche Tätigkeit ist mit den Vorschriften des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über den freien Dienstleistungsverkehr vereinbar, wenn diese Verfügung tatsächlich durch das am Allgemeininteresse ausgerichtete Ziel der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt ist und sichergestellt ist, dass dieses Ziel nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die die Dienstleistungsfreiheit weniger beschränken.