

EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse auf dem
gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Universität Osnabrück

vorgelegt

von

Beate Strutz

aus Essen

Osnabrück, 2004

Berichterstatter:

Prof. Dr. Albrecht Weber

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.)

Tag der mündlichen Prüfung:

17.12.2004

GLIEDERUNG**EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse
auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand.. 1**

A. Einleitung	1
I. Gegenstand der Untersuchung	3
II. Gang der Untersuchung	3
B. Vorgeschichte: Richtlinie 98/43/EG	4
I. Wesentlicher Inhalt	4
II. Allgemeine Reaktion auf die Richtlinie.....	6
1. Ablehnende Stellungnahmen gegen die Richtlinie	6
2. Klagen gegen die Richtlinie.....	7
III. Urteil des EuGH	8
1. Allgemeine Ausführungen zur Binnenrechtsangleichung im Gesundheitsbereich.....	8
2. Anwendung auf Regelungen der Richtlinie 98/43/EG	11
C. Entstehung und Inhalt der Richtlinie 2003/33/EG	14
I. Entstehung der Richtlinie	14
II. Inhalt der Richtlinie	15
D. Allgemeine Reaktion auf die Richtlinie 2003/33/EG	19
I. Ablehnende Stellungnahmen gegen die Richtlinie	19
II. Klagen gegen die Richtlinie.....	20
E. Rechtliche Beurteilung der Richtlinie 2003/33/EG.....	22
I. Überblick über die Fragestellungen	22
II. Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft.....	22
1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	22
2. Kompetenz nach Art. 95 EGV, Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV	24
a) Abgrenzung zu Art. 94 EGV	25
b) Abgrenzung zum Gesundheitsschutz	27
aa) Kompetenz auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes	28

(1) Art. 3 lit. p EGV	28
(2) Art. 95 Abs. 3 EGV	28
(3) Art. 152 EGV	29
bb) Abgrenzung zu Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV	29
(1) Die Wahl zwischen verschiedenen Kompetenzgrundlagen in Rechtsprechung und Literatur	30
(a) Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen nach dem EuGH.....	30
(aa) Die frühere Abgrenzung des EuGH (Titandioxid-Urteil).....	30
(bb) Beurteilung des Titandioxids-Urteils	33
(cc) Die neue Abgrenzungsmethode des EuGH (Schwerpunkt- theorie).....	34
(b) Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen nach der Literatur.....	36
(2) Übertragung auf die vorliegende Abgrenzung	37
(3) Verbot der Umgehung des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV	39
c) Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 95, Art. 47 Abs. 2 i.V.m	
Art. 55 EGV	40
aa) Art. 95 EGV.....	40
(1) Angleichung	40
(2) Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten	41
(3) Handlungsformen	42
(4) Bereichsausnahmen.....	42
(5) Begriff des Binnenmarkts.....	42
(a) Grundfreiheiten	42
(b) Wettbewerbsverzerrungen	43
(6) Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts.....	46
(7) Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung.....	46
bb) Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV.....	49
d) Anwendung der Normen im vorliegenden Fall.....	50
aa) Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen.....	52
(1) Hemmnisse des freien Verkehrs dieser Medien und/ oder spürbare (produktbezogene) Wettbewerbsverzerrungen	52
(2) Spürbare produktionsbezogene Wettbewerbsverzerrung	56
bb) Dienste der Informationsgesellschaft (Internet)	58
(1) Hemmnisse des freien Verkehrs der Dienste der Informationsge- sellschaft (Internet) und/oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen ...	58
(2) Umgehungsschutzklausel.....	60
cc) Rundfunk	64

dd) Sponsoring von Rundfunkprogrammen	67
ee) Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten	68
ff) Kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen	70
e) Verbot der Umgehung des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV.....	72
3. Kompetenz nach Art. 153 EGV	73
4. Kompetenz nach Art. 308 EGV	73
5. Regelungen zur Einschränkung der Kompetenzausübung.....	74
a) Subsidiaritätsprinzip	74
aa) Anwendungsvoraussetzungen	75
(1) Zuständigkeit der Gemeinschaft	75
(2) Nicht-ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft.....	76
(a) Die Binnenmarktzuständigkeit der Gemeinschaft.....	76
(b) Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Gesundheitsschutz	78
(3) Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips.....	79
bb) Die inhaltlichen Maßstäbe der Subsidiaritätsprüfung.....	79
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	84
aa) Ziel Binnenmarkt	85
(1) Geeignetheit.....	85
(2) Erforderlichkeit.....	88
(3) Angemessenheit.....	91
bb) Ziel Gesundheitsschutz.....	94
(1) Geeignetheit.....	94
(2) Erforderlichkeit.....	97
(3) Angemessenheit.....	100
 III. Exkurs: Reformüberlegungen hinsichtlich einer neuen Kompetenzordnung	
für die EU	101
1. Einführung eines Kompetenzkatalogs	102
2. Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip und Kontrolle der	
Kompetenzabgrenzung- und ausübung.....	104
3. Art. 95 und Art. 308 EGV.....	108
 IV. Vereinbarkeit der Richtlinie mit Gemeinschaftsgrundrechten	111
1. Grundlagen der Prüfung.....	112
a) Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union bis hin	
zur Charta der Grundrechte	113
b) Charta der Grundrechte.....	115
aa) Entstehung der Charta der Grundrechte.....	115

bb) Rechtliche Bedeutung der Charta der Grundrechte.....	116
c) Aufbau der Grundrechtsprüfung	120
2. Prüfung der Grundrechte.....	122
a) Meinungsfreiheit	122
aa) Schutzbereich.....	123
(1) Rechtsprechung des EuGH.....	123
(2) Art. 11 der Charta der Grundrechte	125
bb) Eingriff	126
cc) Rechtfertigung	128
(1) Schranken/Schranken-Schranken unter Berücksichtigung der Charta der Grundrechte.....	128
(2) Erfüllung der Voraussetzungen bei der Richtlinie	130
(aa) Gesetzesvorbehalt.....	130
(bb) Legitimes Ziel.....	131
(cc) Notwendigkeit.....	132
b) Berufsfreiheit	134
aa) Eingriff in den Schutzbereich	134
bb) Rechtfertigung	138
(1) Schranken/Schranken-Schranken unter Berücksichtigung der Charta der Grundrechte.....	138
(2) Erfüllung der Voraussetzungen bei der Richtlinie	139
(aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit hinsichtlich des Ziels Binnenmarkt/Gesundheitsschutz.....	139
(bb) Angemessenheit unter Berücksichtigung des Ziels Binnenmarkt..	139
(cc) Angemessenheit unter Berücksichtigung des Ziels Gesundheits- schutz.....	142
c) Eigentumsfreiheit	142
aa) Schutzbereich.....	142
bb) Eingriff	144
cc) Rechtfertigung	145
V. Begründungspflicht nach Art. 253 EGV	146
1. Allgemeine Anforderungen an die Begründungspflicht	147
2. Konkrete Überprüfung der Richtlinie 2003/33/EG.....	148
F. Individualrechtsschutz gegen grundrechtsverletzende Richtlinien	152
I. Rechtsschutzmöglichkeiten.....	152

1. Nichtigkeitsklage	152
a) Allgemeine Anmerkungen	152
b) Richtlinien als Klagegegenstand.....	153
aa) Darstellung der Rechtsprechung	154
(1) Urteil des EuGH in der Rs. Fedesa.....	154
(2) Urteil des EuGH in der Rs. Gibraltar	154
(3) Urteil des EuG bzw. des EuGH in der Rs. Asocarne	155
(4) Urteil des EuG in der Rs. UEAPME	157
(5) Urteil des EuG in der Rs. Salamander AG u.a.	159
bb) Darstellung der Literatur	160
c) Klagebefugnis	161
d) Richtlinie 2003/33/EG als Klagegegenstand	168
2. Vorabentscheidungsverfahren.....	170
a) Allgemeine Ausführungen	170
b) Vorlageberechtigung und -verpflichtung der nationalen Gerichte.....	172
c) Ausnahmen von der Vorlagepflicht	173
3. Schadensersatzklage wegen außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft....	173
a) Handeln eines Organs oder Bediensteten der Gemeinschaft in Ausübung einer Amtstätigkeit	174
b) Rechtswidrigkeit der Amtstätigkeit	175
4. Inzidente Normenkontrolle	177
5. Kurze Zusammenfassung.....	178
II. Gewährleistung effektiven Individualrechtsschutzes bei Richtlinien	179
1. Herleitung des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	179
2. Meinungsstand in der Literatur und Rechtsprechung mit entsprechenden Lösungsmöglichkeiten	180
3. Gewährleistung des Individualrechtsschutzes bei Richtlinien – Eigene Prüfungs- und Lösungsmöglichkeit	183
a) Vorabentscheidungsverfahren und Schadensersatzklage	183
b) Erweiterung der Voraussetzungen für eine Nichtigkeitsklage.....	188
c) Einführung einer Verfassungsbeschwerde	188
aa) Befürworter einer Einführung einer Verfassungsbeschwerde	189
bb) Auseinandersetzung mit den Argumenten für und gegen die Einführung einer Verfassungsbeschwerde.....	189
cc) Formulierungsvorschlag	194
dd) Konsequenzen für die Richtlinie 2003/33/EG.....	194

III. Reformvorhaben bezüglich des Individualrechtsschutzes.....	195
G. Zusammenfassung.....	197
H. Ausblick	203
Literaturverzeichnis.....	205
Anhang	241

EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand

A. Einleitung

Seit die Gemeinschaft im Jahre 1986 das Aktionsprogramm „Europa gegen den Krebs“ startete, das darauf abzielte, den Tabakkonsum in der Gemeinschaft zu verringern¹, wurde eine Vielzahl von Richtlinien in Bezug auf Tabakerzeugnisse verabschiedet. Am Anfang stand die sogenannte Fernsehrichtlinie vom 3. Oktober 1989², die in ihrem Art. 13 jede Form der Fernsehwerbung für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse untersagt. Noch im gleichem Jahr wurde die Etikettierungsrichtlinie mit dem Warnhinweis auf Verpackungen zu möglichen gesundheitsschädlichen Folgen des Rauchens verabschiedet³ und ihr folgend die Richtlinie über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten⁴.

Ebenfalls im Jahre 1989 begann die Diskussion um eine mögliche Ausdehnung dieser Werberestriktionen bzw. -verbote auf sonstige Werbeformen. Als Ergebnis dieser Überlegungen präsentierte die Kommission am 7. April 1989 einen

¹ Entschließung des Rates und der im Rat der vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7.7.1986 über das Aktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaft gegen den Krebs, ABI.EG Nr. C 184 vom 23.7.1986, S. 19.

² Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABI.EG Nr. L 298 vom 17.10.1989, S. 23, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG, ABI.EG Nr. L 202 vom 30.6.1997, S. 60.

³ Richtlinie 89/622/EWG des Rates vom 13.11.1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, ABI.EG Nr. L 359 vom 13.11.1989, S. 1, geändert durch die Richtlinie 92/41/EWG, ABI.EG Nr. L 158 vom 15.5.1992, S. 30.

⁴ Richtlinie 90/239/EWG des Rates vom 17.5.1990 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten, ABI.EG Nr. L 137 vom 17.5.1990, S. 36.

ersten Richtlinienvorschlag, der sich zunächst auf eine Angleichung der Presse- und Plakatwerbung beschränkte und für diese Arten der Werbung lediglich bestimmte inhaltliche Beschränkungen vorsah⁵.

Dieser Vorschlag scheiterte jedoch am Widerstand des Europäischen Parlaments. Dieses strebte ein Verbot jeglicher Tabakwerbung an. Die Kommission erarbeitete daraufhin einen neuen Richtlinienvorschlag, der ein fast vollständiges Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse beinhaltete⁶, der jedoch wiederum keine ausreichende Mehrheit im Rat fand.

Erst im Jahre 1998 gelang es gegen die Stimmen Deutschlands und Österreichs im Rat eine Richtlinie 98/43/EG zu verabschieden, die ein nahezu vollständiges Werbe- und Sponsoringverbot vorsah⁷.

Der EuGH hat mit seinem Urteil am 5. Oktober 2000 diese Richtlinie für nichtig erklärt⁸.

Mit Datum vom 27. März 2003 wurde nun gegen die Stimmen Deutschlands und des Vereinigten Königreichs im Rat eine neue Richtlinie 2003/33/EG verabschiedet, die die Frage der Werbung und des Sponsorings zugunsten von Tabakerzeugnissen zum Gegenstand hat⁹. Sie stellt eine Neuauflage des Tabakwerbe- und Sponsoringverbots der Richtlinie 98/43/EG dar.

⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse, KOM/89/163ENDG/2 - SYN194 - Revidierte Fassung, ABl. EG Nr. C 124 vom 19.5.1989, S. 5.

⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse, KOM/90/147ENDG - SYN194, ABl. EG Nr. C 129 vom 21.5.1992, S. 5.

⁷ Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EG Nr. L 213 vom 30.7.1998, S. 9; zu den verschiedenen Entstehungsstadien der Richtlinie siehe umfassend Callies, Jura 2001, 311, 312 und Hilf/Frahm, RIW 2001, 128, 129.

⁸ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419.

⁹ Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EG Nr. L 152 vom 20.6.2003, S. 16.

I. Gegenstand der Untersuchung

Trotz weitreichender, im Vergleich zur Vorgängerregelung vorgenommener Modifizierungen bestehen bei der neuen Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnisse erhebliche Rechtmäßigkeitsprobleme.

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung soll von daher eine rechtliche Prüfung dieser neuen Richtlinie sein.

Im Mittelpunkt der rechtlichen Prüfung werden dabei kompetenzrechtliche Fragestellungen stehen. Daneben stellen sich auch Probleme der Grundrechtskonformität und der Begründungspflicht der Richtlinie.

II. Gang der Untersuchung

Bereits die Vorgängerrichtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen aus dem Jahre 1998 wies diese rechtlichen Probleme auf. Der EuGH hat diese Richtlinie dann, wie bereits erwähnt, für nichtig erklärt.

Um ein umfassendes Verständnis von der Problematik zu bekommen, soll zunächst die ursprüngliche Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen in ihrem wesentlichen Inhalt wiedergegeben werden, die allgemeine Reaktion auf diese Richtlinie dargestellt werden und die grundlegenden Feststellungen des EuGH-Urteils zu der Richtlinie dargelegt werden.

Im Anschluss daran soll ein Überblick gegeben werden über die Entstehung der neuen Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ihren wesentlichen Inhalt sowie die allgemeine Reaktion darauf.

Vor diesem Hintergrund soll dann die Rechtmäßigkeit dieser neuen Richtlinie überprüft werden. Begonnen wird mit einer rechtlichen Überprüfung der Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass einer solchen Richtlinie. Dabei wird die Richtlinie auch an den Kompetenzausübungsregelungen, dem Subsidi-

diaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, gemessen.

Danach wird ein Exkurs vorgenommen, der sich mit den einzelnen Reformüberlegungen hinsichtlich einer neuen Kompetenzordnung beschäftigt. Dabei wird der neue Verfassungsentwurf vorgestellt und rechtlich bewertet.

Sodann wird nach einer Überprüfung der Vereinbarkeit der Richtlinie mit den Grundrechten des Gemeinschaftsrechts untersucht, ob die Richtlinie ausreichend begründet im Sinne von Art. 253 EGV ist.

Schließlich wird die Problematik des Individualrechtsschutzes gegen Richtlinien allgemein und speziell auch gegen die vorliegende Richtlinie 2003/33/EG aufgezeigt und die Einführung einer Art Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene vorgeschlagen. Dabei werden am Ende dieser Prüfung Reformvorhaben hinsichtlich einer Verbesserung des Individualrechtsschutzes vorgestellt und bewertet.

Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst und ein Ausblick in die Zukunft vorgenommen.

B. Vorgeschichte: Richtlinie 98/43/EG

I. Wesentlicher Inhalt

Die alte Richtlinie 98/43/EG über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen wurde auf Art. 57 (neu: Art. 47) Abs. 2, Art. 66 (neu: Art. 55) EGV und auf Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV gestützt, das heißt auf die Zuständigkeiten der EG zur Koordinierung mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Beseitigung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und zur Rechtsangleichung zugunsten der Errichtung und des Funktionierens des Binnenmarkts.

Sie untersagte in ihrem Art. 3 Abs. 1 jede Form der Werbung und des Sponsorings in der Gemeinschaft. Dieses Verbot umfasste sowohl die direkte als auch die indirekte Werbung. Einbezogen wurde auch die Gratisverteilung von Tabakprodukten mit Verkaufsförderungsziel (Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie). Werbung war nur noch erlaubt in Publikationen für den Tabakfachhandel, Tabakverkaufsstellen sowie für in Drittländern herausgegebene und gedruckte Veröffentlichungen, die nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt waren (Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie).

Zweck dieses Verbots war nach Aussage der Erwägungsgründe¹⁰ und des Art. 1 der Richtlinie die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Da die Werbung und das Sponsoring über die Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten hinausreichten, könnten die genannten Unterschiede Hemmnisse für den freien Verkehr von Werbeartikeln und Werbedienstleistungen hervorrufen. Diese müssten beseitigt werden. Der Schutz der Gesundheit sollte entsprechend der Verpflichtung in Art. 100 a (neu: Art. 95) Abs. 3 EGV daneben gebührend berücksichtigt werden¹¹. Angesichts der Wechselbeziehungen zwischen allen Mitteln der Werbung müsse die Richtlinie zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Umgehungen mit Ausnahme der bereits verbotenen Fernsehwerbung alle Formen und Mittel der Tabakwerbung (einschließlich indirekter Werbung, Sponsoring und Gratisverteilung) abdecken (Erwägungsgründe 8 und 9 der Richtlinie).

¹⁰ Erwägungsgründe 1, 2 und 8 der Richtlinie 98/43/EG.

¹¹ Erwägungsgründe 3 und 4 der Richtlinie 98/43/EG.

II. Allgemeine Reaktion auf die Richtlinie

1. Ablehnende Stellungnahmen gegen die Richtlinie

Die Richtlinie wurde damals stark kritisiert. Besonders der Vorwurf der fehlenden Kompetenz der Gemeinschaft fand nicht nur in der Literatur Beifall¹², sondern interessanterweise auch im Juristischen Dienst des Rates¹³.

In der Presseberichterstattung fanden sich ebenfalls mehrheitlich kritische, missbilligende Meinungen zum Werbeverbot. Aus der Fülle der Kommentare seien beispielhaft nur einige erwähnt:

Bereits am 8. Dezember 1997 fand sich im Handelsblatt der Hinweis, dass ein Dominoeffekt zu befürchten sei. Die Alkoholwerbung könne als nächstes dran sein und, „wenn die Zahnärzte in Brüssel weiter mehr oder weniger halbherzig bohren, wird auch bald noch die Werbung für Süßes eingestellt“¹⁴.

In der Frankfurter Allgemeinen Zeitung wurde gesagt, dass sich die Europäische Union widersprüchlich verhalte, „wenn sie auf der einen Seite jede Tabakwerbung verbiete und auf der anderen Seite den Tabakanbau in der Union mit 2 Milliarden DM im Jahr subventioniere“¹⁵.

Beanstandet wurde auch das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage für die Richtlinie¹⁶.

¹² Dausers, EuZW 1995, 425, 428; Di Fabio, AfP 1998, 564; Schneider, NJW 1998, 576; ders., NJW 1998, 2191; Schwartz, AfP 1998, 553; Stein, EuZW 1995, 435; von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz, S. 1 ff; Wägenbaur, EuZW 1998, 33.

¹³ Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates der Europäischen Union, Nr.10732/93 vom 3.12.1993, S. 11.

¹⁴ Handelsblatt vom 8.12.1997, S. 2.

¹⁵ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29.10.1998, S. 17.

¹⁶ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29.10.1998, S. 17.

2. Klagen gegen die Richtlinie

Die Bundesrepublik Deutschland hatte gegen die Richtlinie am 19. Oktober 1998 Nichtigkeitsklage vor dem EuGH gem. Art. 173 (neu: Art. 230) Abs. 2 EGV erhoben¹⁷.

Auch verschiedene Firmen (Salamander AG¹⁸, Una Film City Revue GmbH¹⁹, Davidoff Zino SA und Davidoff & Cie SA²⁰ und die Media Group Advertisement²¹) hatten Klagen vor dem Europäischen Gericht erster Instanz gem. Art. 173 (neu: Art. 230) Abs. 4 EGV eingereicht.

Darüber hinaus wurde der EuGH mit einem Vorabentscheidungsverfahren eines britischen Gerichts gem. Art. 177 (neu: Art. 234) EGV befasst²².

Gerügt wurde von allen, dass das Werbeverbot einen Eingriff in die Grundrechte der Meinungs-, Eigentums- und Berufsfreiheit darstelle, die Begründungspflicht nicht eingehalten worden sein und vor allem, dass die Gemeinschaft mit dem Erlass des Verbots ihre Kompetenzen überschritten habe.

¹⁷ Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, Rs. C-376/98, ABl. EG Nr. C 378 vom 5.12.1998, S. 12.

¹⁸ Klage der Salamander AG gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, eingereicht am 19.10.1998, Rs. T-172/98, ABl. EG Nr. C 48 vom 20.2.1999, S. 26.

¹⁹ Klage der Una Film „City Revue“ GmbH gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, eingereicht am 23.10.1998, Rs. T-175/98, ABl. EG Nr. C 1 vom 4.1.1999, S. 27.

²⁰ Klage der Zino Davidoff SA und der Davidoff & Cie SA gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, eingereicht am 26.10.1998, Rs. T-177/98, ABl. EG Nr. C 397 vom 19.12.1998, S. 32.

²¹ Klage der Alma Media Group Advertising und anderer gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, eingereicht am 23.10.1998, Rs. T-176/98, ABl. EG Nr. C 48 vom 20.2.1999, S. 27.

²² Ersuchen um Vorabentscheidung, vorgelegt durch Beschluß des High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office) (England and Wales) vom 2.2.1999 in dem Rechtsstreit The Queen gegen 1. Secretary of State for Health, 2. Secretary of State for Trade and Industry, 3. HM Attorney General, ex parte: 1. Imperial Tobacco Limited, 2. Gallaher Limited, 3. Rothmans (UK) Ltd, 4. British American Tobacco Investments Ltd, Rs. C-74/99, ABl. EG Nr. C 136 vom 1999, S. 10.

III. Urteil des EuGH

Mit seinem Urteil vom 5. Oktober 2000²³, das aufgrund der Klage der Bundesrepublik Deutschland erging, hat der Europäische Gerichtshof die Richtlinie 98/43/EG für nichtig erklärt.

1. Allgemeine Ausführungen zur Binnenrechtsangleichung im Gesundheitsbereich

In seiner Urteilsbegründung betont der Gerichtshof, dass es sich bei einer Richtlinie über Angleichung von nationalen Bestimmungen über Tabakwerbung und das damit in Verbindung stehende Sponsoring um Regelungen handele, denen größtenteils gesundheitspolitische Zielsetzungen zugrunde liegen²⁴. Er verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 129 (neu: Art. 152) Abs. 4 EGV, wonach jegliche Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften zum Schutz und zur Förderung der menschlichen Gesundheit ausgeschlossen sei²⁵. Aus Art. 129 (neu: Art. 152) Abs. 4 EGV folge jedoch nicht, dass Harmonisierungsmaßnahmen aufgrund anderer Bestimmungen nicht Auswirkungen auf den Gesundheitsschutz haben dürften. Er verweist dabei auf Art. 129 (neu: Art. 152) Abs. 1 EGV, wonach die Erfordernisse im Bereich des Gesundheitsschutzes Bestandteil der übrigen Politiken der Gemeinschaft sind²⁶.

Sodann erläutert der Gerichtshof die Reichweite dieser Aussage. Es wird festgehalten, dass andere Artikel des Vertrages nicht herangezogen werden dürfen, um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung gemäß Art. 129 (neu: Art. 152) Abs. 4 EGV zu umgehen²⁷. Dieses Umge-

²³ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419.

²⁴ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 76.

²⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 77.

²⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 78.

²⁷ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 79.

hungsverbot stellt eine grundsätzliche und zentrale Aussage des Gerichtshofs dar.

Anschließend wird darauf hingewiesen, dass die Richtlinie auf die Artikel 100 a (neu: 95), 57 (neu: 47) Abs. 2 und 66 (neu: 55) EGV gestützt sei. Insofern führt der Gerichtshof aus, dass es sich bei Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV um eine Kompetenz für Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten handele, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Aus der Gesamtschau der Bestimmungen ergebe sich, dass Maßnahmen der Rechtsangleichung für den Binnenmarkt die Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarkts verbessern

sollen. Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV verleihe dem Gemeinschaftsgesetzgeber keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarkts. Der Anwendungsbereich von Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV sei nach dessen Wortlaut und in Übereinstimmung mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 3 b (neu: Art. 5) EGV zu begrenzen²⁸.

Ein auf der Grundlage von Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV erlassener Rechtsakt müsse tatsächlich den Zweck haben, das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern²⁹.

Bestimmungen, die nichts zur Beseitigung von Hemmnissen im Binnenmarkt beitragen, könnten vor diesem Hintergrund ausnahmsweise nur dann zulässig sein, wenn sie erforderlich seien, um die Umgehung bestimmter, diesem Ziel dienender Verbote zu verhindern (im folgenden Umgehungsschutzklausel)³⁰. Demgegenüber reiche eine bloße Feststellung von Unterschieden zwischen nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und daraus möglicherweise entstehender Wettbe-

²⁸ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 80-83.

²⁹ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 84.

³⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 100.

werbsverzerrungen nicht aus. In solchen Fällen wäre für den Gerichtshof eine wirksame Kontrolle der Wahl des Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV entgegen Art. 164 (neu: Art. 220) EGV nicht mehr möglich³¹.

Um festzustellen, ob die Voraussetzungen von Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV im Einzelfall vorliegen, prüft der EuGH in zwei Schritten,

- 1) ob Handelshindernisse im Sinne des EGV oder alternativ spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen und
- 2) ob die betreffende Harmonisierungsmaßnahme tatsächlich zur Vermeidung bzw. Beseitigung dieser Handelshemmnisse oder Wettbewerbsverzerrungen beiträgt.

Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV könne zwar auch herangezogen werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften entgegenzuwirken. In diesem Fall müsse das Entstehen solcher Hindernisse jedoch wahrscheinlich sein und die in Rede stehende Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken³².

Diese Erwägungen würden gleichermaßen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 57 (neu: Art. 47) Abs. 2, Art. 66 (neu: Art. 55) EGV gelten³³.

Wenn die vorher genannten Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV beziehungsweise Art. 57 (neu: Art. 47) Abs. 2, Art. 66 (neu: Art. 55) EGV erfüllt seien, so stehe deren Heranziehung nicht entgegen, dass dem Gesundheitsschutz bei der zu treffenden Entscheidung maßgebende Bedeutung zukomme. Der Gerichtshof verweist hierzu auf Art. 129 (neu: Art. 152) Abs. 1

³¹ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 84.

³² EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 84-86.

³³ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 87.

EGV, wonach die Gesundheitserfordernisse Bestandteil der übrigen Politiken der Gemeinschaft sind, sowie auf Art. 100 a (neu: Art. 95) Abs. 3 EGV, wonach bei Harmonisierungen von einem hohen Gesundheitsschutzniveau auszugehen ist³⁴.

2. Anwendung auf Regelungen der Richtlinie 98/43/EG

Der Gerichtshof untersucht im Anschluss daran konkret, ob die Richtlinie auf der Grundlage von Art. 100 a (neu: Art. 95), Art. 57 (neu: Art. 47) Abs. 2, Art. 66 (neu: Art. 55) EGV erlassen werden durfte. Er prüft zunächst, ob die Richtlinie tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs beiträgt.

Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass ein Großteil der in der Richtlinie enthaltenen Werbeverbote nicht die Eigenschaft hätten, den freien Verkehr für Werbeträger oder die Dienstleistungsfreiheit zu hemmen. Dies gelte insbesondere für die Werbung auf Plakaten, auf Sonnenschirmen... sowie im Kino. Diese Verbote würden den Handel mit den betroffenen Erzeugnissen nicht fördern³⁵.

Des Weiteren könnten einzelne Bestimmungen auf Art. 100 a (neu: Art. 95), Art. 57 (neu: Art. 47) Abs. 2, Art. 66 (neu: Art. 55) EGV gestützt werden, wenn sie zwar selbst nichts zur Beseitigung von Handelshemmnissen beitragen, jedoch erforderlich seien, um eine Umgehung von Verboten zu verhindern, die diesem Ziel dienen. Für die genannten Verbote würde dies nicht zutreffen³⁶.

Zudem stellt der EuGH fest, dass ein allgemeines Werbeverbot keine spürbaren Wettbewerbsverzerrungen beseitigt.

Den allgemeinen Wettbewerbsvorteil, den Werbeagenturen und Hersteller von Werbeträgern in Mitgliedstaaten mit einer

³⁴ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 88.

³⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 99.

³⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 100.

weniger restriktiven Werberegulierung gegenüber Unternehmen in Mitgliedstaaten mit Werbeverboten haben, sieht der EuGH als nur entfernt und mittelbar, also nicht spürbar an, so dass damit eine Regulierungskompetenz der EG nicht begründet werden könne³⁷.

Auch auf dem Markt für Tabakerzeugnisse entsteht nach Auffassung des EuGH durch ein allgemeines Werbeverbot keine spürbare Wettbewerbsverzerrung. Hersteller und Verkäufer von Tabakerzeugnissen in Mitgliedstaaten mit restriktiven Rechtsvorschriften könnten zwar dort ihre Marktposition nur über den Preiswettbewerb entwickeln. Dies sei jedoch keine Wettbewerbsverzerrung, sondern eine nichtdiskriminierende Beschränkung der Wettbewerbsarten für alle Wirtschaftsteilnehmer in diesen Staaten. Mit einer weitergehenden Untersagung der Tabakwerbung, wie in der Richtlinie angeordnet, würden diese Beschränkungen generalisiert und die Mittel zum Marktzugang für die Wirtschaftsteilnehmer in sämtlichen Mitgliedstaaten eingeschränkt³⁸.

Obwohl diese Mängel der Richtlinie am Ende zu ihrer Nichtigkeit durch den EuGH führten, sollte nicht übersehen werden, dass der EuGH in seinem Urteil in zwei Bereichen EG-Werbeverbote ausdrücklich für zulässig erklärt:

1. bei der Tabakwerbung in Zeitungen und Zeitschriften:
Der EuGH führt hierzu aus, dass zwar gegenwärtig etwa für Zeitschriften und Zeitungen, die Tabakwerbung enthielten, keine Hemmnisse für die Einfuhr in Mitgliedstaaten, in denen diese Werbung untersagt ist, existierten. Es erscheint dem EuGH aber wahrscheinlich, dass künftig Hindernisse für den freien Verkehr von Presseerzeugnissen entstehen werden, weshalb entsprechend dem Tabakwerbeverbot in der EG-Fernsehrichtlinie grundsätzlich die Verabschiedung

³⁷ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 109.

³⁸ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 113.

einer Richtlinie auf der Grundlage des Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV zulässig sei, die ein Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse in Zeitschriften und Zeitungen enthalte, um den freien Verkehr von solchen Presseerzeugnissen zu gewährleisten³⁹.

2. beim Sponsoring bestimmter Veranstaltungen, insbesondere bei Sportwettkämpfen:

Hier legt der EuGH dar, dass das Verbot des Sponsorings in manchen Mitgliedstaaten sowie seine Zulässigkeit in anderen Mitgliedstaaten zur Verlegung dieser Veranstaltungen führen könne. Dies könne sich auf die Wettbewerbsbedingungen erheblich auswirken⁴⁰.

Der EuGH folgert daraus: Der Erlass einer Richtlinie, die bestimmte Formen der Werbung und des Sponsorings zugunsten von Tabakerzeugnissen verboten hätte, wäre auf der Grundlage von Art. 100 a (neu: Art. 95) EGV zulässig gewesen⁴¹.

Zu den übrigen Klagegründen (Verletzung von Art. 28 EGV, der Gemeinschaftsgrundrechte, des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Begründungspflicht) hat der Gerichtshof nicht Stellung genommen, weil die Richtlinie schon mangels bestehender Gemeinschaftskompetenz insgesamt für nichtig zu erklären war⁴².

Im Hinblick auf diese Einwände kann dem Urteil des Gerichtshofs also keine Aussage entnommen werden.

Generalanwalt Fennelly, der dem Gerichtshof vorgeschlagen hatte, die Richtlinie insgesamt für nichtig zu erklären, da die gewählte Rechtsgrundlage eine Richtlinie dieses Inhalts nicht

³⁹ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 97, 98.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 110, 111.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 98, 111.

⁴² EuGH, Urt. v. 5.10. 2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 118.

trage, prüft einige dieser übrigen Klagegründe⁴³. Hierauf wird an entsprechender Stelle bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der neuen Richtlinie Bezug genommen.

Die Entscheidung des EuGH ist über den zur gerichtlichen Beurteilung gestellten Fall hinaus deshalb von allgemeinem Interesse, weil die Mitgliedstaaten darüber klagen, dass die EG oftmals ihre Kompetenzen überschreitet, es bisher aber kaum EuGH-Urteile gibt, die einen Kompetenzverstoß bejahen⁴⁴. Vorliegend handelt es sich somit um den äußerst seltenen Fall der gerichtlichen Feststellung einer gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzüberschreitung. Zudem ist die Entscheidung des EuGH deshalb von Bedeutung, weil der Gerichtshof die Grenzen einer Rechtsangleichung verdeutlicht hat⁴⁵.

Vor dem Hintergrund des Urteils zu der Richtlinie 98/43/EG soll die neue Richtlinie 2003/33/EG über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen nun rechtlich untersucht werden.

Dabei soll zunächst die Entstehung und der Inhalt dieser Richtlinie kurz dargestellt werden.

C. Entstehung und Inhalt der Richtlinie 2003/33/EG

I. Entstehung der Richtlinie⁴⁶

Die Richtlinie 2003/33/EG selbst geht in ihrem Ursprung zurück auf einen Vorschlag der Kommission vom 30. Mai 2001 für eine Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen.

Der Parlamentspräsident leitete den Kommissionsvorschlag

⁴³ Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 130 ff.

⁴⁴ Ehlers, Jura 2001 Heft 3/01, JK/01, EGV Art. 95.

⁴⁵ Ehlers, Jura 2001 Heft 3/01, JK/01, EGV Art. 95.

⁴⁶ http://eurpa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=165560 (Stand: 6.6.2004).

an den Ausschuss für Recht und Binnenmarkt als federführenden Ausschuss weiter. Der erste Berichtsentwurf vom Berichtersteller Manuel Medina Ortega wurde vom Ausschuss am 9. Oktober 2002 mit Änderungen gebilligt und anschließend an das Plenum überwiesen. Das europäische Parlament billigte am 20. November 2002 im wesentlichen den Kommissionsvorschlag. Das Parlament schlug lediglich zwei Änderungen vor, bezüglich der Berichtspflicht der Kommission: Erwägungsgrund 9 und die Hinzufügung des jetzigen Erwägungsgrund 12. Die Kommission akzeptierte die Änderungen des Parlaments und unterbreitete am 28. November 2002 einen entsprechend geänderten Richtlinienvorschlag. Am 2. Dezember 2002 wurde im Rat der Gesundheitsminister eine politische Einigung über die Annahme des Vorschlags erzielt. Danach wurde er zur abschließenden Behandlung an die Rechts- und Sprachjuristen weitergeleitet. Die Richtlinie wurde gegen die Stimmen Deutschlands und des Vereinigten Königreichs im Rat am 27. März 2003 verabschiedet. Mit der Veröffentlichung der Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 20. Juni 2003 trat die Richtlinie in Kraft.

II. Inhalt der Richtlinie

Die Richtlinie besteht aus 18 Erwägungsgründen und 12 Artikeln.

Als Rechtsgrundlage wird sie auf die Art. 47 Abs. 2, 55 und 95 EGV gestützt, das heißt auf dieselbe Rechtsgrundlage wie bei der Richtlinie 98/43/EG. Lediglich die Nummerierung hat sich in der Amsterdamer Fassung des EG-Vertrages geändert.

Der wichtigste Unterschied zwischen der neuen Richtlinie 2003/33/EG und der Richtlinie 98/43/EG besteht darin, dass anstelle eines fast vollständigen Verbots der Tabakwerbung nunmehr die verbotenen Werbemittel aufgezählt werden. Die

Summe dieser Einzelverbote ergibt mit der neuen Richtlinie einen ganz erheblichen Verbotsbereich⁴⁷.

Art.1 a)-d) in Verbindung mit Art. 3–5 der Richtlinie benennen die verbotenen Werbemittel:

- Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen
- Hörfunk
- Dienste der Informationsgesellschaft
- Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakunternehmen
- Sponsoring in Verbindung mit Tabakerzeugnissen einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen.

Im Vergleich mit der nichtigen Richtlinie 98/43/EG werden die Kino- und Plakatwerbung und das Sponsoring nationaler Veranstaltungen vom Verbotsbereich ausgenommen. Auch berücksichtigt diese Richtlinie nicht Fragen wie die Überwachung der Werbeausgaben der Tabakunternehmen sowie den Automatenverkauf von Tabakerzeugnissen. Ausgenommen ist auch die Werbung im Fernsehen, für welche bereits gemeinschaftsrechtliche Vorschriften existieren⁴⁸.

Fraglich ist, ob die indirekte Werbung von der Richtlinie umfasst ist. Auf der einen Seite steht in dem 12. Erwägungsgrund der Richtlinie, dass die indirekte Werbung von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wird. Auf der anderen Seite wird Werbung in Art. 2 b) der Richtlinie definiert als jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder *i n d i r e k t e n* Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern.

Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie soll Werbung in der Presse

⁴⁷ Oppermann, ZUM 2001, 950, 951.

⁴⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, KOM/2001/283 endg., S. 2.

und anderen gedruckten Veröffentlichungen verboten sein. Ausgenommen hiervon sind lediglich die Tabakfachpresse sowie Publikationen aus Drittländern, die nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind.

Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie verbietet die nach Abs.1 untersagte Werbung auch in Diensten der Informationsgesellschaft.

Dienste der Informationsgesellschaft sind nach Art. 2 d der Richtlinie Dienste im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie des 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

Umfasst wird davon vor allem das Internet.

Art. 4 der Richtlinie sieht ein vollständiges Werbeverbot für Tabakerzeugnisse im Rundfunk (Abs. 1) sowie ein Verbot des Sponsorings von Rundfunkprogrammen durch Tabakunternehmen (Abs. 2) vor.

Der Begriff des Sponsorings wird definiert als jede Art von öffentlichem oder privatem Beitrag zu einer Veranstaltung oder Aktivität oder jede Art von Unterstützung von Einzelpersonen mit dem Ziel der direkten bzw. indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern (Art. 2 c der Richtlinie).

Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie unterliegt auch das Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten, an denen mehrere Mitgliedstaaten beteiligt sind, die in mehreren Mitgliedstaaten stattfinden oder die eine sonstige grenzüberschreitende Wirkung haben, einem allgemeinen Verbot.

Ebenfalls vollständig verboten sein soll in Abs. 2 die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen im Zusammenhang mit dem in Abs. 1 genannten Sponsoring von Veranstaltungen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf dieser Erzeugnisse zu fördern.

Die Kommission legt nach Art. 6 der Richtlinie dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Wirtschafts- und Sozialausschuss bis zum 20. Juni 2008 einen Bericht über die Durchführung dieser Richtlinie vor.

Die Mitgliedstaaten sollen nach Art. 7 der Richtlinie ein Sanktionssystem entwickeln, das auch ein Klage- und Beschwerderecht für bestimmte, in Abs. 2 näher beschriebene Personen und Organisationen enthält.

Gemäß Art. 8 der Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen, die mit der Richtlinie im Einklang stehen, nicht verbieten oder einschränken.

Artikel 10 der Richtlinie sieht vor, dass die Richtlinie bis zum 31. Juli 2005 von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist.

Als Zielvorgabe wird in Art. 1 der Richtlinie, wie bei der Richtlinie 98/43/EG, angegeben: Die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung für Tabakerzeugnisse und deren Verkaufsförderung (Sponsoring).

Werbung und Sponsoring reichten in manchen Fällen über die Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten hinaus oder betrafen internationale Veranstaltungen⁴⁹.

Die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften könnten zu verstärkten Hemmnissen für den freien Verkehr der Waren oder Dienstleistungen führen, die der Werbung und dem Sponsoring dienen. Bei der Werbung in der Presse seien bereits einige Hemmnisse aufgetreten. Beim Sponsoring könnten Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen zunehmen; sie seien bereits bei einigen größeren Kultur- und Sportveranstaltungen erkennbar geworden⁵⁰.

Zur Vervollständigung der genannten Binnenmarktvorschriften und zur Verhütung ihrer Umgehung sei ferner eine er-

⁴⁹ Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁵⁰ Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2003/33/EG.

gänzende Vorschrift über ein Verbot der Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft, im Rundfunk sowie ein Verbot der Gratisverteilung erforderlich, so die ausführliche Kommissionsbegründung⁵¹.

Angestrebtes Ziel sei dabei entsprechend der Verpflichtung in Art. 95 Abs. 3 EGV ein hohes Gesundheitsniveau⁵². Durch die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten solle die öffentliche Gesundheit geschützt werden, da der Tabakkonsum in der Gemeinschaft jährlich über eine halbe Millionen Todesfälle verursache⁵³. Obwohl kein Einvernehmen über das Maß der Verantwortlichkeit der Werbung in diesem Zusammenhang bestehe, sei Tatsache, dass sie eine grundlegende Rolle bei der Förderung des Tabakabsatzes spiele, besonders bei Jugendlichen⁵⁴.

D. Allgemeine Reaktion auf die Richtlinie 2003/33/EG

I. Ablehnende Stellungnahmen gegen die Richtlinie

Die neue Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen ist auf kritische Resonanz gestoßen. Die Kommission versuche über den Umweg der Werbung ihre Kompetenz auf die Gesundheitspolitik auszudehnen, so der Medienexperte Markus Balser in der Süddeutschen Zeitung⁵⁵.

Ministerialrat Wolfgang Köhler vom Bundesministerium für Verbraucherschutz erklärt: „Die in der Verfassung verankerte Konsum- und Gewerbefreiheit lasse Werbeverbote für legal produzierte und vertriebene Produkte nicht zu“⁵⁶.

⁵¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, KOM/2001/283 endg., S. 9.

⁵² Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁵³ Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁵⁴ Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁵⁵ Süddeutsche Zeitung vom 17.7.2003, S. 4.

⁵⁶ Die Tabakzeitung vom 30.5.2003, S. 2.

Auch deutsche Zeitschriftenverleger haben das Tabakwerbeverbot scharf kritisiert. Werbeverbote oder Werbebeschränkungen gefährden die wirtschaftliche Basis und damit die Presse- und Meinungsfreiheit der Medien, so Hubert Burda, Präsident des Verbandes Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ)⁵⁷.

Der CDU-Bundestagsabgeordnete Peter Bleser wirft der Europäischen Union vor, dass sie mit dem Tabakwerbeverbot „unter dem Deckmantel des Binnenmarkts Gesundheitspolitik betreibt“⁵⁸.

Auch Rechtsexperten im Europaparlament haben ihre Bedenken zu dem Verbot geäußert. Keinesfalls dürften die „gesundheitlichen Folgen des Rauchens verkannt werden“, betont zwar der CDU-Abgeordnete Werner Langen; aber Byrnes Begründung, mit dem Tabakwerbeverbot sollten Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt beseitigt werden, sei „an den Haaren herbeigezogen“⁵⁹.

II. Klagen gegen die Richtlinie

Im September 2003 sind gegen die Richtlinie 2003/33/EG drei Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH gemäß Art. 230 Abs. 4 EGV eingereicht worden: am 10. September 2003 von der Bundesrepublik Deutschland⁶⁰, am 11. September 2003 von der Kreuzer Medien GmbH⁶¹ und am 12. September 2003 von der Nürburgring GmbH⁶².

⁵⁷ Handelsblatt vom 5.9.2003, S. 18.

⁵⁸ Die Tabak Zeitung vom 11.4.2003, S. 2.

⁵⁹ Frankfurter Rundschau vom 7.11.2003, S. 2.

⁶⁰ Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, Rs. C-380/03, ABI.EG Nr. C 275 vom 15.11.2003, S. 31.

⁶¹ Klage der Kreuzer Medien GmbH gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, Rs. T-310/03, ABI.EG Nr. C 289 vom 29.11.2003, S. 27.

⁶² Klage der Nürburgring GmbH gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union, Rs. T-311/03, ABI.EG Nr. C 275 vom 15.11.2003, S. 48.

Ziel der Klage der Bundesrepublik Deutschland ist es, die Art. 3 und 4 der Richtlinie für nichtig erklären zu lassen. Die beiden Artikel enthalten ein Verbot der Werbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, in Diensten der Informationsgesellschaft sowie ein Verbot der Werbung im Rundfunk bzw. deren Sponsoring. Als wichtigsten Klagegrund rügt die Bundesregierung, dass mit der Richtlinie die Kompetenzen der Gemeinschaft überschritten wurden. Die angefochtenen Bestimmungen regelten fast ausschließlich Sachverhalte ohne grenzüberschreitende Wirkung. Es bestünden daher weder tatsächliche Hemmnisse noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen, deren Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 95 EGV erforderlich seien. Da mit den angefochtenen Bestimmungen nicht das Ziel der Verbesserung des Binnenmarkts, sondern Ziele des Gesundheitsschutzes verfolgt würden, liege gleichzeitig ein Verstoß gegen das Harmonisierungsverbot des Art. 152 Abs. 4 c EGV vor. Darüber hinaus wird hilfsweise angeführt, dass es in der Richtlinie keine ausreichende Begründung für die Richtlinienkompetenz nach Art. 95 EGV gebe und das Mitentscheidungsrecht des Parlaments sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt sei.

Die Nürburgring GmbH hat Klage mit dem Ziel eingereicht, die Richtlinie in ihrer Gesamtheit, insbesondere aber ihren Art. 5 (Sponsoringverbot) für nichtig erklären zu lassen. Die Klage stützt sich auf Verfahrensfehler beim Zustandekommen der Richtlinie sowie auf die fehlende Rechtsgrundlage in Bezug auf Art. 95 EGV. Die Klägerin macht ferner die Umgehung des Harmonisierungsverbotes geltend und rügt die unbestimmte Fassung des Sponsoringverbots. Neben der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sieht die Nürburgring GmbH in dem Verbot ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit.

Auf die gleichen Gründe greift auch die Kreuzer Medien GmbH zurück, die beantragt Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie (Verbot der Werbung in Druckerzeugnissen) für nichtig zu erklären. Ergänzend führt sie an, dass die Richtlinie gegen die Meinungsfreiheit und unternehmerische Freiheit verstößt.

E. Rechtliche Beurteilung der Richtlinie 2003/33/EG

Vor diesem Hintergrund soll nun die Rechtmäßigkeit der Richtlinie 2003/33/EG untersucht werden.

I. Überblick über die Fragestellungen

Im Mittelpunkt der rechtlichen Prüfung stehen dabei kompetenzrechtliche Fragestellungen. Daneben stellt sich auch die Frage, ob die Richtlinie mit den Grundrechten des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist und ob die Begründungspflicht nach Art. 253 EGV eingehalten worden ist.

Im Folgenden soll zunächst geprüft werden, ob die Gemeinschaft für den Erlass der Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen über eine Kompetenz verfügt.

II. Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft

1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Eine Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass einer Richtlinie besteht nur, wenn der EG-Vertrag eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage enthält. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat keine allgemeine gesetzgeberische Allzuständig-

keit⁶³, sondern darf gemäß dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EGV nur innerhalb der Grenzen der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig werden.

In den einzelnen Kompetenznormen ist näher ausgeführt, in welchen Sachbereichen oder zu welchen Zielen welche Organe in welcher Form nach welchem Verfahren Recht setzen. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist also eine Grundregel sowohl für das vertikale Kompetenzverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten als auch für das horizontale Verhältnis zwischen den jeweiligen Organen⁶⁴.

Indem der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung auf diese Weise den Aufgabenkreis der beteiligten Organe fest schreibt und ihre Zusammenarbeit regelt, trägt es dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts Rechnung⁶⁵. Da die Gewaltenteilung noch nicht in ihrer klassischen Form der Differenzierung in Legislative, Exekutive und Judikative verwirklicht ist, wurde der Begriff des institutionellen Gleichgewichts vom EuGH geprägt und wird als europarechtliche Ausprägung der Gewaltenteilung verstanden⁶⁶. Jedes Organ darf seine Befugnisse nur unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausüben. Soweit für den Erlass einer bestimmten Regelung der Vertrag keine Befugnis zum Tätigwerden vorsieht, führt dies zur Aufhebung des Rechtsakts wegen Unzuständigkeit⁶⁷.

⁶³ BVerfGE 89, 155, 192.

⁶⁴ Trübe, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, S. 73; Ullrich, ZEuS 2000, 243, 245.

⁶⁵ Ullrich, ZEuS 2000, 243, 245, 246.

⁶⁶ Ullrich, ZEuS 2000, 243, 245, 246.

⁶⁷ Von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschranken und europäischen Grundrechtsschutz, S. 23.

2. Kompetenz nach Art. 95 EGV, Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV

Als Rechtsgrundlage der Richtlinie könnten die Vorschriften der Artikel 95, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV in Betracht kommen, auf die auch die Richtlinie gestützt wird.

Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV ermöglicht die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV ermöglicht die Koordinierung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit zum Zwecke der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten.

Den Artikeln 95 EGV, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV ist gemeinsam, dass sie Vorschriften zur Verwirklichung des Binnenmarkts aufstellen. Nach Art. 14 Abs. 2 EGV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet wird.

Betroffen sein könnten bei der Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen sowohl die Dienstleistungsfreiheit als auch die Warenverkehrsfreiheit.

Für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit existiert im Vergleich zu Art. 95 EGV die spezielle Vorschrift des Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV⁶⁸. Art. 95 EGV kommt für rechtsangleichende Maßnahmen im Bereich des freien Warenverkehrs in Betracht.

Soweit die Richtlinie Formen der Tabakwerbung und des Sponsorings verbietet, welche mit der Dienstleistungsfreiheit in Zusammenhang stehen, kommt somit allein Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV in Betracht.

⁶⁸ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rdn. 5.

Soweit die Richtlinie Formen der Tabakwerbung verbietet, welche die Warenverkehrsfreiheit betreffen, kommt Art. 95 EGV in Betracht.

Die Rechtsangleichungskompetenzen sind abzugrenzen von anderen Kompetenzen.

a) Abgrenzung zu Art. 94 EGV

Zunächst ist die Rechtsangleichungskompetenz des Binnenmarkts in Art. 95 EGV von der ebenfalls in Betracht kommenden Rechtsangleichungskompetenz des Gemeinsamen Markts in Art. 94 EGV abzugrenzen.

Art. 94 EGV und Art. 95 EGV haben dem Wortlaut nach einen unterschiedlichen Regelungsgegenstand. Während Art. 94 EGV auf die Errichtung und das Funktionieren des gemeinsamen Markts (Art. 2, 3 lit h EGV) abstellt, gilt Art. 95 EGV für die Verwirklichung der Ziele des Art. 14 EGV (Binnenmarkt).

Art. 14 Abs. 2 EGV liefert eine Definition des Binnenmarkts. Danach umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des Vertrags gewährleistet ist.

Der Begriff des Gemeinsamen Markts wird im Vertrag nicht definiert. Der Gerichtshof hat ihn dahingehend umschrieben, dass es sich dabei um einen Markt handelt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarkts möglichst nahe kommen⁶⁹.

Der EuGH ist auf die Abgrenzung der beiden Begriffe nicht ausdrücklich eingegangen. Er hat Art. 95 EGV mehr oder weniger allgemein für einschlägig erklärt⁷⁰. Dies führt dazu,

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 5.5.1982, Rs. 15/81, Slg. 1982, 1409, Rdn. 33.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 10.

dass Art. 94 EGV de facto obsolet würde. Zum Teil hat er ausgeführt, dass der Unterscheidung beider Begriffe keine eigenständige Bedeutung für die Abgrenzung der Rechtsgrundlagen zukomme⁷¹.

Eine Ansicht in der Literatur schließt aus der Legaldefinition des Art. 14 Abs. 2 EGV, dass der Binnenmarkt enger sei als der Begriff des Gemeinsamen Marktes⁷². Der Binnenmarkt umfasse nicht die Bereiche der Wettbewerbs-, Agrar-, Verkehrs- und Steuerpolitik⁷³.

Eine andere Ansicht in der Literatur versteht den Begriff des Binnenmarkts in einem weitergehenden Sinn. Der Begriff des Binnenmarkts gehe über den Begriff des Gemeinsamen Markts insoweit hinaus, als er ein höheres Integrationsniveau voraussetze. Der Gemeinsame Markt sei lediglich eine Vorstufe eines Raums ohne Binnengrenzen⁷⁴.

Mit der Begründung, dass das Weißbuch der Kommission zur Verwirklichung des Binnenmarkts beide Begriffe in synonyme Bedeutung verwende, werden der Gemeinsame Markt und der Binnenmarkt von einigen Stimmen in der Literatur gleichgestellt. Der Binnenmarkt habe nur klarstellende Funktion⁷⁵.

Gegen die Ansicht, der Binnenmarkt sei ein Minus gegenüber dem Gemeinsamen Markt, spricht die Formulierung „gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages“ in Art. 14 EGV, wodurch die Elemente des Gemeinsamen Marktes implizit miteinbezogen werden⁷⁶. Der Meinung, der Binnen-

⁷¹ EuGH, Urt. v. 13.7.1995, Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985, Rdn. 32.

⁷² Epiney, JZ 1992, 564, 566, 567; Grabitz/Zacker, NVwZ 1989, 297, 301; Palme, EWS 1991, 377, 381; Pescatore, EuR 1986, 153, 158, 159; Streinz, Europarecht, Rdn. 953.

⁷³ Streinz, Europarecht, Rdn. 954.

⁷⁴ Everling, in: Festschrift für Steindorff, S. 1155, 1161; Grabitz/v. Bogdandy, JuS 1990, 170, 175; Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 14 EGV Rdn. 11; Montag, RIW 1987, 935, 940; Pernice, NVwZ 1990, 201, 204; Schröder, EuR 1991, 356, 357.

⁷⁵ Bleckmann, Europarecht, Rdn. 2128; Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 156; Hatje, in: Schwarze, Art. 14 EGV Rdn. 7; Langeheine, EuR 1988, 235, 239; Middeke, DVBl. 1993, 769, 773; ders., Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, S. 236.

⁷⁶ Decker/Lilienthal, EWS 1999, 121, 126.

markt sei mehr als der Gemeinsame Markt, muss entgegengehalten werden, dass sie Wirkung und Ursache verwechselt. Unbestritten ist, dass mit der Verwirklichung des Binnenmarktes ein enormer Integrationsschub eingesetzt hat.

Diese Dynamik war aber weniger eine Folge des Binnenmarktprogramms, als vielmehr eines neu aufkommenden Europabewusstseins der Mitgliedstaaten und in ihrer Folge der Gemeinschaftsorgane⁷⁷. Für die Identität des Binnenmarkts und des Gemeinsamen Markts spricht hingegen der Wortlaut des Art. 15 EGV, der beide Begriffe synonym verwendet. Ferner lässt sich für die Übereinstimmung beider Begriffe auch noch Art. 3 lit. h EGV anführen, der im wesentlichen mit Art. 95 EGV übereinstimmt⁷⁸.

Die Begriffe des Gemeinsamen Marktes in Art. 94 EGV und des Binnenmarkts in Art. 95 EGV sind somit als identisch anzusehen und haben denselben Anwendungsbereich. Jedoch ist Art. 95 EGV wegen der eindeutigen Aussage „abweichend von Art. 94 EGV“ die speziellere Norm⁷⁹.

Art. 94 EGV ist *lex generalis* zu Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV⁸⁰.

b) Abgrenzung zum Gesundheitsschutz

Da es sich bei der Richtlinie um ein Verbot der Tabakwerbung und des Sponsorings handelt, stellt sich die Frage, ob sich die Kompetenz für die Gemeinschaft nicht aus gesund-

⁷⁷ Middeke, DVBl. 1993, 769, 772, 773, ders., Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, S. 235.

⁷⁸ Middeke, DVBl. 1993, 769, 773; ders., Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, S. 235.

⁷⁹ Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 56; Ullrich, ZEuS 2000, 243, 249.

⁸⁰ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 94 EGV Rdn. 13.

heitspolitischen Gründen ergeben kann, und wie die Befugnisnormen der Artikel 95, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV hiervon abzugrenzen sind.

aa) Kompetenz auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes

(1) Art. 3 lit. p EGV

Vom Schutz der Gesundheit handelt Art. 3 lit. p EGV.

Art. 3 lit. p EGV kommt jedoch nicht in Betracht.

Diese Norm verpflichtet die Gemeinschaft, einen Beitrag für ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu leisten.

Die in Art. 3 EGV enthaltene Auszählung der vorgesehenen Mittel und Tätigkeiten durch die Gemeinschaft bedeutet eine Konkretisierung der in Art. 2 EGV genannten allgemeinen Aufgaben und ist eine Zielvorgabe für die Gemeinschaft. Aus der Norm lässt sich somit nur die Begründung herleiten, sich mit Fragen des Gesundheitsschutzes zu beschäftigen.

Art. 3 lit. p EGV normiert somit eine Aufgabe, deren Erfüllung „nach Maßgabe des Vertrages“ von einer konkreten Kompetenzzuweisung abhängt.

(2) Art. 95 Abs. 3 EGV

Art. 95 Abs. 3 EGV gibt der Gemeinschaft keine eigenständige oder zusätzliche Kompetenz⁸¹.

Art. 95 Abs. 3 EGV verpflichtet die Gemeinschaft, bei den Harmonisierungsmaßnahmen unter anderem im Bereich der Gesundheit von einem hohen Schutzniveau auszugehen. Dadurch soll lediglich verhindert werden, dass im Zuge der zur Verwirklichung des Binnenmarkts erforderlichen Rechts-

⁸¹ Kirchhof/Frick, AfP 1991, 676, 677; Stein, Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, S. 6.

angleichung nationale gesundheitliche Schutzstandards abgesenkt werden⁸².

(3) Art. 152 EGV

Im Bereich des Gesundheitswesens ermächtigt Art. 152 Abs. 4 lit. a und b EGV ausdrücklich zum Erlass spezifischer Maßnahmen. Nach Buchstabe a und b kann die EG bei der Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organtransplantationen und Blutkonserven sowie in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz rechtsangleichende Maßnahmen treffen. Demgegenüber ist die Gemeinschaft nach Buchstabe c bei der Verbesserung der menschlichen Gesundheit allgemein auf Förderungen und Empfehlungen begrenzt. Insbesondere ist *j e g l i c h e* Harmonisierung ausgeschlossen.

Festzuhalten ist, dass im Bereich des Gesundheitswesens lediglich in Art. 152 Abs. 4 EGV die EG über eine Handlungskompetenz verfügt. Allerdings darf sie nur Förderungsmaßnahmen treffen. Jegliche Harmonisierung mitgliedstaatlicher Vorschriften ist ausgeschlossen.

bb) Abgrenzung zu Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV

Wegen des Harmonisierungsverbots in Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV kann die Richtlinie entweder auf die Kompetenznormen der Artikel 95, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV oder auf gar keine Kompetenz gestützt werden. Es hängt somit von der Zuordnung ab, ob eine Gemeinschaftskompetenz zur Harmonisierung bejaht werden kann oder gerade ausgeschlossen ist. Vorliegend handelt es sich von daher um einen vertikalen

⁸² Stein, ZLR 1998, 209, 214.

Kompetenzkonflikt und damit um eine Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten.

(1) Die Wahl zwischen verschiedenen Kompetenzgrundlagen in Rechtsprechung und Literatur

Die bislang vertretenen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur bezüglich Kompetenzabgrenzungen beziehen sich überwiegend auf Streitigkeiten auf horizontaler Ebene, deren Inhalte auf vertikale Kompetenzstreitigkeiten übertragen werden könnten.

Im Rahmen horizontaler Kompetenzkonflikte wird nicht darüber gestritten, ob die Gemeinschaft überhaupt handeln darf, sondern nur, auf welche der möglichen Rechtsgrundlage die streitige Maßnahme zu stützen ist. Die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage hat Konsequenzen für das zu befolgende Entscheidungsverfahren, insbesondere für die Beteiligung des Europäischen Parlaments und die erforderlichen Abstimmungsmehrheiten⁸³. Sie bedeutet insofern eine Entscheidung jeweils über Demokratie und Machtverteilung in der Gemeinschaft⁸⁴.

(a) Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen nach dem EuGH

(aa) Die frühere Abgrenzung des EuGH (Titandioxid-Urteil)

Ein wichtiges Urteil zu der Problematik der Auswahl der richtigen Rechtsgrundlage stellt das Titandioxid-Urteil des EuGH dar.

⁸³ Breier, ÖZW 1995, 65.

⁸⁴ Scheuing, in: Dolde, Umweltrecht im Wandel, S. 129, 132.

Dort ⁸⁵ hat der EuGH zur Abgrenzung der Kompetenzen aus Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) und Art. 130 s EWGV (neu: Art. 175 EGV) Stellung genommen.

In dieser Entscheidung ging es um einen Rechtsakt, der Bestimmungen zur Verringerung bzw. Unterbindung der Verschmutzung durch Abfälle der Titandioxid-Industrie enthielt.

Der Rat hatte die Richtlinie auf Grundlage von Art. 130 s EWGV (neu: Art. 175 EGV) erlassen. Dagegen hatte die Kommission Klage erhoben mit dem Argument, die Richtlinie hätte allein auf Grundlage von Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) erlassen werden müssen, da sie primär der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen in der Titandioxid-Industrie diene⁸⁶.

Die Abgrenzung hat deshalb praktische Auswirkungen, weil die Normen unterschiedliche Entscheidungsverfahren vorsehen. Vor allem geht es dabei um das Abstimmungsverhalten im Rat [Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) lässt Mehrheitsentscheidungen zu, während bei Art. 130 s EWGV (neu: Art. 175 EGV) Einstimmigkeit erforderlich ist] und um die Mitwirkungsbefugnisse des Parlaments [im Rahmen des Art. 130 s EWGV (neu: Art. 175 EGV) wird es nur angehört, während ihm Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) durch die Anwendung des Verfahrens der Zusammenarbeit einen relativ großen Einfluss zugesteht].

Zunächst betont der EuGH, dass es für die Wahl der Rechtsgrundlage nicht auf die Überzeugung eines Organs über das angestrebte Ziel, sondern auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände ankomme. Diese Umstände ergeben sich nach Auffassung des EuGH insbesondere aus Ziel und Inhalt der Maßnahme⁸⁷.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 7.

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 10.

Die Richtlinie verfolge nach Ziel und Inhalt sowohl Belange des Umweltschutzes als auch die Beseitigung der Unterschiede der Wettbewerbsbedingungen⁸⁸.

Sodann begründet der EuGH den Rückgriff auf Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) damit, dass die Voraussetzung für einen Binnenmarkt ein unverfälschter Wettbewerb sei. Harmonisierungsmaßnahmen seien daher in den Bereichen statthaft, in denen die Gefahr bestünde, dass diese verfälschte Wettbewerbsbedingungen mit sich brächten⁸⁹.

Anstatt sich nun ausführlich mit der konkreten Abgrenzungsproblematik auseinander zu setzen, stellt der EuGH entscheidend auf die bessere Parlamentsbeteiligung im Rahmen des Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) ab. Allein Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) sei die richtige Rechtsgrundlage, da ansonsten das mit dem Verfahren der Zusammenarbeit verfolgte Ziel, die Beteiligung des Parlaments am Gesetzgebungsverfahren zu stärken, welches Ausfluss des grundlegenden demokratischen Prinzips sei, in Frage gestellt würde⁹⁰.

Zur Begründung führt der EuGH des Weiteren an, dass sowohl der Grundsatz im Vertrag, wonach Umweltschutzbelange auch in anderen Politikbereichen zu berücksichtigen seien als auch die Verpflichtung bei Harmonisierungsmaßnahmen, von einem hohen Schutzniveau auszugehen, zeigten, dass im Rahmen von Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) Umweltschutzbelange verfolgt werden könnten⁹¹.

Umweltrechtliche Vorschriften seien zudem in der Lage, die von ihnen betroffenen Unternehmen zu belasten, so dass mangels einer Rechtsangleichung der einschlägigen nationalen Bestimmungen der Wettbewerb spürbar verfälscht werden könne. Dadurch werde der Binnenmarkt berührt, so dass

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 13.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 14, 15.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 20.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 22-24.

Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) die einschlägige Rechtsgrundlage sei⁹².

Im Ergebnis stellt der Gerichtshof einen klaren Vorrang der Binnenmarktkompetenz fest, so dass dieser faktisch eine *lex specialis* Wirkung zukommt⁹³.

(bb) Beurteilung des Titandioxids-Urteils

Diese Entscheidung des EuGH hat in der Literatur zu Recht zu starker Kritik geführt⁹⁴.

Gegen diese Entscheidung spricht, dass durch die Vorrangstellung, die der EuGH dem Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) einräumt, der Anwendungsbereich des Art. 130 s EWGV (neu: Art. 175 EGV) weitgehend obsolet wird⁹⁵. Maßnahmen des Umweltschutzes, die nicht zugleich die Wettbewerbsstellung der Unternehmen beeinflussen, sind kaum denkbar. Eine solche Entscheidungsfindung ist mit dem Prinzip der Einheit des Vertrages nicht vereinbar, wonach die Wahl einer Norm nicht dazu führen darf, den rechtlichen Gehalt einer anderen Norm zu eliminieren⁹⁶. Auch wird dadurch das institutionelle Gleichgewicht gestört⁹⁷.

Darüber hinaus besteht durch die Vorrangstellung der Binnenmarktkompetenz nicht mehr die Möglichkeit, unter den erleichterten Voraussetzungen des Art. 130 t EWGV (neu: Art. 176 EGV) ein höheres nationales Umweltschutzniveau anzusetzen. Dies führt dazu, dass die Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten zu

⁹² EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 23, 25.

⁹³ Ullrich, ZEuS 2000, 243, 261.

⁹⁴ Beyer, JuS 1997, 294, 297; Breier, ÖZW 1995, 65, 67; Epiney, JZ 1992, 564 ff.; Everling, EuR 1991, 179 ff.; Middeke, DVBl. 1993, 769 ff.; Nettesheim, EuR 1993, 243, 250; Schröer, EuR 1991, 356 ff.; Von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz, S. 28; Voss/Wenner, NVwZ, 1994, 332, 335.

⁹⁵ Everling, EuR 1991, 179, 181; Nettesheim, EuR 1993, 243, 256.

⁹⁶ Nettesheim, EuR 1993, 243, 256.

⁹⁷ Beyer, JuS 1997, 294, 297; Meike, ZEuS 2000, 243, 261.

Lasten der Mitgliedstaaten erfolgt und somit auch das institutionelle Gleichgewicht gestört wird⁹⁸.

Der entscheidende Gesichtspunkt für die Binnenmarktkompetenz sieht der Gerichtshof in einem integrationspolitischen Argument der höheren demokratischen Legitimation von Rechtsakten, die im Verfahren der Zusammenarbeit zustande gekommen sind. Damit liegt dem EuGH bei der Abgrenzung der Kompetenznormen mehr an einem integrations- und demokratiefreundlichen Ergebnis⁹⁹.

Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) und Art. 130 s EWGV (Art. 175 EGV) stehen gleichberechtigt nebeneinander. Erforderlich gewesen wäre eine Abgrenzung nach materiellen Kriterien. Der EuGH kann nicht im Hinblick auf ein gewolltes Ergebnis dem Art. 100 a EWGV (neu: Art. 95 EGV) schlicht eine *lex specialis* Wirkung zukommen lassen¹⁰⁰.

Hinzu kommt, dass der Gerichtshof durch seine Rechtsprechung zwar wesentlich zu einer verstärkten Integration beigetragen hat¹⁰¹. Die immer weiter fortschreitende Integration ist aber letztlich eine Aufgabe der Mitgliedstaaten. Es fragt sich somit, ob nicht der EuGH letztlich auch die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten hat¹⁰².

(cc) Die neue Abgrenzungsmethode des EuGH (Schwerpunkttheorie)

Auf diese Kritik reagierend hat der EuGH insbesondere in den Fällen der „Abfalländerungsrichtlinie“¹⁰³ und „Abfallverbringungsverordnung“¹⁰⁴ klargestellt, dass es für die Wahl der Rechtsgrundlage auf den Schwerpunkt des Rechtsakts ankommt, im Folgenden Schwerpunkttheorie genannt.

⁹⁸ Schröder, EuR 1991, 356, 367.

⁹⁹ Ullrich, ZEuS 2000, 243, 262.

¹⁰⁰ Nettesheim, EuR 1993, 243, 252.

¹⁰¹ Everling, EuR 1991, 179, 182.

¹⁰² Everling, EuR 1991, 179, 182; Voss/Wenner, NVwZ 1994, 332, 335.

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 17.3.1993, Rs. C-155/91, Slg. 1993, I-939, Rdn. 19, 20.

¹⁰⁴ EuGH, Urt. v. 28.6.1994, Rs. C-187/93, Slg. 1994, I-2857, Rdn. 25.

Über das Verhältnis zwischen Binnenmarkt und Umweltschutz entscheidet den beiden Urteilen zufolge der Schwerpunkt des Rechtsakts. Dabei prüft der Gerichtshof, ob der Hauptzweck bzw. die wesentliche Wirkung des Rechtsakts und seiner einzelnen Bestimmungen auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts abzielen. Wenn das der Fall ist, ist der Rechtsakt ausschließlich auf die Binnenmarktkompetenz zu stützen. Dient der Rechtsakt zwar auch den Zielen des Binnenmarkts, stellen diese jedoch gegenüber dem Hauptzweck nur einen Nebenzweck dar, bewirkt mithin der erlassene Rechtsakt nebenbei eine Harmonisierung der Marktbedingungen innerhalb der Gemeinschaft, ist die Binnenmarktzuständigkeit nicht die geeignete Rechtsgrundlage¹⁰⁵.

Dieses Kriterium hat der EuGH in einem anderen Zusammenhang, nämlich für das Verhältnis zwischen Industrie- und Kulturpolitik bestätigt und geprüft, welche Komponente des Rechtsakts „von wesentlicher oder überwiegender“ bzw. „von untergeordneter Bedeutung“ ist¹⁰⁶.

Der EuGH-Rechtsprechung lassen sich verschiedene Kriterien entnehmen, mit deren Hilfe der inhaltliche Schwerpunkt auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Weise festgestellt werden kann.

Der EuGH berücksichtigt insbesondere das Regelungsziel der Richtlinie anhand der Erwägungsgründe. Damit der Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht nach seinem Belieben die Wahl der Rechtsgrundlage manipulieren kann, würdigt er die gesamten Erwägungsgründe in ihrem Gesamtzusammenhang¹⁰⁷.

Um das tatsächliche Ziel eines Rechtsakts zu ermitteln und ein Zuschneiden der Erwägungsgründe auf die gewünschte

¹⁰⁵ EuGH, Ur. v. 26.3.1996, Rs. C-271/94, Slg. 1996, I-1689, Rdn. 32.

¹⁰⁶ EuGH, Ur. v. 23.2.1999, Rs. C-42/97, Slg. 1999, I-869, Rdn.40.

¹⁰⁷ EuGH, Ur. v. 9.11.1995, Rs.C-426/93, Slg. 1995, I-3723, Rdn. 26, 30; ders. Ur. v. 23.2.1999, Rs. C-42/97, Slg. 1999, I-869, Rdn. 44.

Rechtsgrundlage zu verhindern, würdigt er außerdem die Gesetzgebungsgeschichte. Dabei berücksichtigt er insbesondere, in welchen Gremien der Rechtsakt beraten und verabschiedet wurde¹⁰⁸.

Im Rahmen einer inhaltlichen Prüfung beschäftigt sich der EuGH damit, welcher Art die Maßnahmen sind und auf welche Sachbereiche sie sich in erster Linie auswirken¹⁰⁹.

(b) Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen nach der Literatur

Die Kriterien zur Bestimmung der richtigen Rechtsgrundlage werden in der Literatur kontrovers diskutiert¹¹⁰.

Zum Teil wird eine subjektive Theorie vertreten, nach der die Ermächtigungsgrundlage vom dem jeweils mit dem Rechtsakt verfolgten Handlungsziel abhängen soll¹¹¹.

Ganz überwiegend wird diese Theorie jedoch abgelehnt. Ein Abstellen allein auf das mit einer Gemeinschaftsmaßnahme verfolgte Ziel ermögliche keine klare Abgrenzung¹¹² und berge zudem die Gefahr in sich, dass Handlungsziel und Regelungsinhalt sich zum einen nicht decken und zum anderen bestimmte hierfür vorgesehene Rechtssetzungsverfahren und –formen unter Berufung auf die Verfolgung eines konkreten Handlungsziels umgangen würden¹¹³.

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 23.2.1999, Rs. C-42/97, Slg. 1999, I-869, Rdn. 44.

¹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 26.3.1996, Rs. C-271/94, Slg. 1996, I-1689, Rdn. 23; ders. Urt. v. 23.2.1999, Rs. C-42/97, Slg. 1999, I-869, Rdn. 56.

¹¹⁰ Breier, EuR 1995, 46 ff; ders., ÖZW 1995, 65 ff.; ders., in: Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 13 Rdn. 45 ff; Heselhaus, Abgabehoheit der Europäischen Gemeinschaft in der Umweltpolitik, S. 262 ff.; Molkenbur, DVBl. 1990, 677, 681, 682; Ruffert, Jura 1994, 635, 640 ff.

¹¹¹ Everling, in: Festschrift für Steindorff, S. 1155, 1168; Hochleitner, Die Kompetenzen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiet des Umweltschutzes, S. 172; Kupfer, AgrarR 1989, 57, 59; Montag, RIW 1987, 935, 941; Vorwerk, Die umweltpolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten nach dem Inkrafttreten der EEA, S. 93.

¹¹² Krämer, Einheitliche Europäische Akte und Umweltschutz: Überlegungen zu einigen Bestimmungen im Gemeinschaftsrecht, S. 158; Pernice, DV 1989, S. 1, 31.

¹¹³ Middeke, DVBl. 1993, 769, 775.

Der Großteil der Literatur ist der Auffassung, dass eine Abgrenzung anhand objektiver Kriterien vorgenommen werden müsse. Zum Teil wird dabei auf den Schwerpunkt¹¹⁴, einmal auf die objektive Sachnähe¹¹⁵ und wieder ein anderes Mal auf die Intensität¹¹⁶ oder die Wirkung¹¹⁷ der Regelung abgestellt.

(2) Übertragung auf die vorliegende Abgrenzung

Man könnte die für horizontale entwickelte Abgrenzungsmethoden bzw. eine davon auf das Verhältnis von Art. 95 EGV, Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV zu Art. 152 Abs. 4 lit.c EGV, also auf den vertikalen Kompetenzkonflikt anwenden. Der EuGH hat die für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelte Schwerpunkttheorie nicht auf das Verhältnis von Art. 95 EGV, Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV und Art. 152 lit. c EGV angewendet. Er hat sich nicht explizit zur Bedeutung des Schwerpunktkriteriums in seinem Urteil zu der Richtlinie 98/43/EG geäußert, sondern nur die Voraussetzungen von Art. 95 EGV, Art. 47 Abs. 2, Art. 55 EGV geprüft. Er hält jedoch eine *m a ß g e b e n d e* Bedeutung des Ziels Gesundheitsschutz nicht für ein Hindernis, das der Anwendung der Rechtsangleichungskompetenz entgegenstehen würde¹¹⁸. Damit hat der EuGH gleichzeitig die Anwendung der sogenannten Schwerpunkttheorie auf den vorliegenden Fall

¹¹⁴ Callies, ZUR 1999, 224, 225; Epiney, Umweltrecht in der Europäischen Union, S. 72; Lietzmann, in: Rengeling, Europäisches Umweltrecht und Europäische Umweltpolitik, S. 163, 178.

¹¹⁵ Battis, NuR 1989, 365, 366; Grabitz/Zacker, NVwZ 1989, 297, 301; Krämer, in: Rengeling, Europäisches Umweltrecht und Europäische Umweltpolitik, S. 137, 158; Middeke, DVBl. 1993, 769, 776.

¹¹⁶ Schröer, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltschutzes, S. 116, 117.

¹¹⁷ Eisberg, Der Grundsatz der Abfallentsorgung im Inland, S.152; Epiney, JZ 1992, 564, 567; dies./Möllers, Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz, S. 15 f.; Scheuing, EuR 1989, 152, 162.

¹¹⁸ EuGH, Ur. v. 5.10.2000, Rs. 376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 88; bestätigt durch Ur. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg.2002, I-11453, Rdn. 62.

und somit auf vertikale Kompetenzstreitigkeiten implizit abgelehnt¹¹⁹.

Von einem Großteil der Literatur ist das Abgrenzungsmodell des EuGH bei der alten Richtlinie 98/43/EG übernommen worden, die ebenfalls auf Art. 95 EGV (ex Art.100 a EGV), Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV (ex Art. 57 Ab. 2 i.V.m. Art. 66 EGV) gestützt worden war¹²⁰.

Die Abgrenzungsmethoden bzw. eine davon entsprechend auf das Verhältnis von Art. 95, Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV zu Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV, also auf einen vertikalen Kompetenzkonflikt anzuwenden, ist jedoch abzulehnen.

Die Anwendbarkeit ist nur angebracht, wenn bei verschiedenen in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen des EGV problematisch ist, ob eine Maßnahme auf die eine oder die andere der möglichen Rechtsgrundlagen zu stützen ist.

Die EG muss das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung beachten. Sie kann nur Maßnahmen ergreifen, wenn sie dazu eine Kompetenz hat. Es gibt bei vertikalen Kompetenzkonflikten somit nur Exklusivitätsverhältnisse, nicht Konkurrenzverhältnisse¹²¹. Es kommt mithin darauf an, ob eine Kompetenzgrundlage für eine Maßnahme der Gemeinschaft existiert und ob deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen¹²².

Es ist somit im Folgenden entscheidend, ob die Richtlinie von ihrem Inhalt nach von der Kompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarkts umfasst wird. Dabei kann die Richtlinie auch Auswirkungen auf den Schutz der Gesundheit haben.

¹¹⁹ Callies, Jura 2001, 311, 315; Görlitz, ZUM 2002, 97, 100; Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 18.

¹²⁰ Von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz, S. 36; Wägenbaur, EuZW 1999, 144, 145.

¹²¹ Berg, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, S. 491; Schwarze, ZUM 2002, 89, 92; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 58.

¹²² Schwarze, ZUM 2002, 89, 92; Schweitzer/Schroeder/Bock, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, S. 29, 30, 31; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 58; a.A. Nettesheim, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 415, 473.

(3) Verbot der Umgehung des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV

Allerdings darf der ausdrückliche Ausschluss der Harmonisierung auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes nach Art. 152 Abs. 4 c EGV nicht umgangen werden, so auch ausdrücklich der EuGH in seinem Tabakwerbeurteil¹²³.

Eine Umgehung liegt vor, wenn man sich bewusst auf eine Kompetenznorm stützt, bei der man weiß, dass die eigentlich richtige Norm der Gemeinschaft keine Kompetenz gibt. Man nimmt die Vorschriften zur Verwirklichung des Binnenmarkts nur als Vorwand, um ein ganz anderes Ziel, den Gesundheitsschutz zu verfolgen. Man mag bei dem Umgehungsverbot eine Ähnlichkeit zu der vom EuGH zu horizontalen Kompetenzabgrenzungen vertretenen Schwerpunkttheorie erkennen. Spielt der Schwerpunkt beim Umgehungsverbot letztlich auch eine Rolle. Die Maßnahme, auf die man sich als Vorwand stützt, hat in der Regel einen anderen Schwerpunkt. Beide unterscheiden sich jedoch. Bei der Schwerpunkttheorie geht es darum, welche Maßnahme nach Ziel und Inhalt schwerpunktmäßig vorliegt. Handelt es sich beispielsweise im Schwerpunkt um Binnenmarkt oder Gesundheitsschutz. Eine Umgehung wirkt von ihrer Natur her schärfer. Sie setzt vorsätzliches, ganz bewusstes Handeln voraus. Man stützt sich bewusst auf eine Norm, um eine andere zu umgehen.

Die Umgehungsproblematik stellt sich erst dann, wenn es sich bei dem Tabakwerbe- und Sponsoringverbot nicht um eine Binnenmarktmaßnahme handelt. Denn dann wird erst deutlich, dass das Ziel des Verbots tatsächlich nicht in der Verbesserung des Binnenmarkts liegt, sondern möglicherweise das Verbot dem Schutz der Gesundheit dienen sollte.

¹²³ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 79.

Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen, ob die Richtlinie von ihrem Inhalt nach von der Kompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarkts umfasst wird.

c) Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 95, Art. 47 Abs. 2 i.V.m Art. 55 EGV

Dabei ist die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EGV mit der Rechtsangleichungskompetenz bezüglich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 47 Abs. 2 i.V.m Art. 55 EGV zu prüfen.

aa) Art. 95 EGV

Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV ermöglicht die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

(1) Angleichung

Im EG-Vertrag existiert keine Definition des Begriffes Angleichung. Die zum Teil anders lautenden Begriffe wie Koordination oder Harmonisierung sind synonym zu verstehen¹²⁴. Unter Rechtsangleichung ist nicht Rechtsvereinheitlichung zu verstehen¹²⁵. Diese Art gemeinschaftsrechtlicher Rechtsetzung bewirkt eine Anpassung/Annäherung des mitgliedstaatlichen Rechts an die Gemeinschaftsziele und an das übrige

¹²⁴ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 94 EGV Rdn. 1.

¹²⁵ Fischer, Europarecht, § 13 Rdn. 77; Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 94 EGV Rdn. 1.

Gemeinschaftsrecht¹²⁶. Harmonisierung ist kein Selbstzweck und kein selbständiges Gemeinschafts- oder Unionsziel, sondern darf nur zu den im Vertrag bestimmten Zielen erfolgen: So ist die Binnenmarktharmonisierung durch die Bedürfnisse des Binnenmarkts und die anderen Unions- und Gemeinschaftsziele begründet und beschränkt¹²⁷.

Sinn der Rechtsangleichung im Binnenmarkt ist es, das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu garantieren, indem Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden¹²⁸.

(2) Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten

Als Gegenstand der Rechtsangleichung kommen grundsätzlich Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Betracht.

Unter Rechtsvorschriften fallen in erster Linie Gesetze im formellen wie auch im materiellen Sinne, aber auch Organisationsnormen autonomer Träger öffentlicher Gewalt¹²⁹.

Ebenso zählen hierzu das Gewohnheitsrecht und ungeschriebene Rechtssätze, die sich aus bindenden Präzedenzfällen der mitgliedstaatlichen Rechtsprechungsorgane ergeben¹³⁰.

Unter den Verwaltungsvorschriften versteht man alle Anweisungen an nationale Verwaltungsbehörden¹³¹.

¹²⁶ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 94 EGV Rdn. 1; Steindorff, Grenzen der EG-Kompetenzen, S. 85; Thiel, Umweltrechtliche Kompetenzen in der EU, S. 139.

¹²⁷ Trübe, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, S. 188, 189.

¹²⁸ Fischer, Europarecht, § 13 Rdn. 77.

¹²⁹ Hernfeld, in: Schwarze, Art. 95 EGV Rdn. 10; Langeheine, in: Grabitz/Hilf, Art. 100 EGV Rdn. 16.

¹³⁰ Langeheine, in: Grabitz/Hilf, Art. 100 EGV Rdn. 16; Thiel, Umweltrechtliche Kompetenzen in der Europäischen Union, S. 138.

¹³¹ Langeheine, in: Grabitz/Hilf, Art. 100 EGV Rdn. 16, 17.

(3) Handlungsformen

Als Handlungsformen stehen neben Verordnungen, Entscheidungen, Empfehlungen und sonstigen Handlungsformen insbesondere auch Richtlinien zur Verfügung¹³².

(4) Bereichsausnahmen

Gem. Art. 95 Abs. 2 EGV sind Bestimmungen über die Steuern, die Freizügigkeit und bestimmte Arbeitnehmerfragen durch Art. 95 Abs. 2 EGV als sogenannte Bereichsausnahmen ausdrücklich als Gegenstände der Binnenmarktharmonisierung ausgeschlossen.

(5) Begriff des Binnenmarkts

Inhaltlich ermöglicht Art. 95 EGV eine Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarkts.

Die Frage der Reichweite der gemeinschaftlichen Kompetenzgrundlage des Art. 95 EGV steht in direkten Zusammenhang mit dem Streit um die Konzeption des Binnenmarkts. Ein weites Verständnis des Binnenmarkts führt zu erweiterten Kompetenzen unter Art. 95 EGV und umgekehrt.

Der Begriff des Binnenmarkts ist inhaltsgleich mit dem Begriff des Gemeinsamen Marktes¹³³.

(a) Grundfreiheiten

Nach der Definition des Art. 14 Abs. 2 EGV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie

¹³² Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rdn. 8.

¹³³ Bleckmann, Europarecht, Rdn. 2128; Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 156; Middeke, DVBl. 1993, 769, 773.

Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet wird. Nach dem Wortlaut kommt somit der Gewährleistung der Grundfreiheiten, namentlich der Warenverkehrsfreiheit, eine zentrale Bedeutung bei der Verwirklichung des Binnenmarkts zu. Dies hat auch der EuGH kürzlich in seinem Urteil bezüglich der Richtlinie 98/43/EG bestätigt¹³⁴.

Regelungen des Binnenmarktes dürfen somit nicht in Grundfreiheiten eingreifen.

Dabei sind, wie der EuGH in dem Urteil bezüglich der Richtlinie 98/43/EG auch dargelegt hat, bei der Prüfung des Vorliegens von Hemmnissen für die Grundfreiheiten nicht hohe Anforderungen zu stellen, auch eine Wahrscheinlichkeit von künftigen Hemmnissen ist ausreichend¹³⁵.

Um für eine tatsächliche Gewährleistung der Grundfreiheiten zu sorgen, sind auch solche Rechtsakte von Art. 95 EGV umfasst, die zur Beseitigung von Hemmnissen der Grundfreiheiten nichts beitragen, wenn sie erforderlich sind, um eine Umgehung bestimmter diesem Ziel dienender Maßnahmen zu verhindern¹³⁶.

(b) Wettbewerbsverzerrungen

Daneben umfasst der Begriff des Binnenmarkts aber auch die Schaffung eines Schutzsystems vor Wettbewerbsverfälschungen¹³⁷.

¹³⁴ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 97,98.

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 86; ders. Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdn. 61; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn.32.

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 100; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 33.

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdn. 60; Berg, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, S. 488; Donner, Tabakwerbung und Europa, S.157; Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 14 EGV Rdn. 7; Leible, in: Streinz, Art. 95 EGV Rdn. 18; Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 Rdn. 17; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 13; von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 14 EGV Rdn. 8.

Dafür spricht der Wortlaut. Aus der Wendung „in dem der freie Verkehr... gemäß den Bestimmungen des Vertrages gewährleistet ist“ sind die Zielbestimmungen und Tätigkeitsbeschreibungen des Art. 2 und 3 g EGV miteinbezogen, namentlich auch ein Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen¹³⁸. Auch lässt sich diese Schlussfolgerung aus einem Gegenschluss aus Art. 95 Abs. 2 EGV herleiten. Die darin enthaltene Ausklammerung der Bestimmungen über Steuern wäre nicht erforderlich gewesen, würde der Binnenmarktbezug nur die isolierte Gewährleistung der Grundfreiheiten umfassen¹³⁹.

Zu unterscheiden ist zwischen produktbezogenen und standortbezogenen Wettbewerbsverfälschungen.

Unter produktbezogenen Wettbewerbsverfälschungen versteht man Wettbewerbsverfälschungen, die sich auf den grenzüberschreitenden Verkehr auswirken¹⁴⁰.

Standortbedingte Wettbewerbsverfälschungen ergeben sich daraus, dass die Produktionsbedingungen in einem Mitgliedstaat gegenüber denjenigen in anderen Mitgliedstaaten rechtlich nachteilig ausgestaltet sind¹⁴¹.

Produktbezogene Unterschiede können eine Kompetenz der Gemeinschaft mit sich bringen, da hier der Handel über die Grenzen hinweg beeinträchtigt wird.

Aber auch aus den Standortunterschieden kann sich eine Kompetenz der Gemeinschaft ergeben¹⁴². Würde Art. 95 EGV nur Hindernisse für die Grundfreiheiten und Wettbewerbsverfälschungen erfassen, die sich nachteilig auf den freien Verkehr auswirken, so wäre Art. 95 Abs. 2 EGV zum

¹³⁸ Müller-Graff, EuR 1989, 107, 124, Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 13.

¹³⁹ Müller-Graff, EuR 1989, 107, 124.

¹⁴⁰ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 Rdn. 18.

¹⁴¹ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 Rdn. 19.

¹⁴² Callies, Jura 2001, 311, 315; Götz, JZ 2001, 34, 35; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 28.

Teil überflüssig. Die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer brauchten dann nicht von Art. 95 Abs.1 EGV ausgenommen werden. Die Angleichung von Arbeitnehmerschutzvorschriften hat nicht die Erleichterung der Freizügigkeit, sondern die Einebnung eines Gefälles des Schutzniveaus mit wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen, das zu Produktionsverlagerungen führen kann, zum Gegenstand. Besteht ein solches Gefälle bei Vorschriften zum Schutz der Verbraucher, fallen diese, weil von der Ausnahmeregelung des Art. 95 Abs.2 EGV nicht erfasst, unter Art. 95 EGV¹⁴³.

Darüber hinaus genügt nicht jede Wettbewerbsverzerrung, um eine Gemeinschaftskompetenz zu begründen. Die Wettbewerbsverzerrung muss spürbar sein¹⁴⁴.

Ohne diese Spürbarkeit wäre der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz praktisch keine Grenzen gezogen. Dies würde zu einer Aushöhlung der Kompetenz führen.

Der EuGH hat mit seinem Tabakwerbeurteil nunmehr auch deutlich gemacht, dass auf die Binnenmarktkompetenz nach Art. 95 EGV nicht nur Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen der Grundfreiheiten gestützt werden können, sondern auch Maßnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen, die zudem spürbar sein müssen¹⁴⁵. Dabei verweist der EuGH auf das Titandioxid-Urteil. In diesem hatte der EuGH spürbare (standortbedingte) Wettbewerbsverfälschungen als von der Binnenmarktkompetenz umfasst angesehen¹⁴⁶.

¹⁴³ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 Rdn. 19.

¹⁴⁴ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rdn. 10 c; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60; von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz, S. 42.

¹⁴⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 95.

¹⁴⁶ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdn. 23.

(6) Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts

Eine Rechtsangleichungsmaßnahme kann nur auf Art. 95 EGV gestützt werden, soweit es um die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts geht.

Damit wird der Binnenauftrag in zwei Ebenen unterteilt.

Errichtungsbezogene Maßnahmen sind solche, die die gemeinschaftsrechtlich noch zulässigen mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Grundfreiheiten beseitigen¹⁴⁷.

Der Begriff des Funktionierens des Binnenmarkts nimmt auf die fortdauernde Wirkungsweise des Binnenmarkts Bezug¹⁴⁸.

(7) Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung

Im Vergleich zu Art. 94 EGV, der eine unmittelbare Auswirkung der Rechtsangleichung auf dem Gemeinsamen Markt verlangt, fällt die sehr weit gefasste Formulierung des Art. 95 EGV auf, wonach die Rechtsangleichung lediglich die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben müssen. Das darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, für Art. 95 EGV genüge es, wenn die anzugleichenden Vorschriften nur irgendeinen Bezug zum Binnenmarkt aufweisen. Ein Hauptproblem bei der Auslegung des Art. 95 EGV liegt darin, dass der Anwendungsbereich nicht sachlich, sondern funktional bestimmt ist.

Funktional bzw. final definierte Kompetenznormen begründen eine Rechtssetzung aufgrund einer vorgegebenen Zielsetzung¹⁴⁹ (vorliegend der Binnenmarkt).

¹⁴⁷ Müller-Graff, EuR 1989, 107, 130.

¹⁴⁸ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 EGV Rdn. 22.

¹⁴⁹ Kamann, ZEuS 2001, 23, 28.

Diese Kompetenzzuweisungen sind zu unterscheiden von der sachlich-gegenständlich definierten Kompetenzzuweisung.

Sachlich-gegenständlich definierte Kompetenznormen machen einen bestimmten Teilbereich wirtschaftlicher bzw. nicht wirtschaftlicher Betätigungsformen zum Gegenstand einer umfassenden Regelungsbefugnis, ohne dass ein normativer Zielzustand oder eine Aufgabe vorgegeben wird¹⁵⁰.

Diese funktionale Kompetenzzuweisung des Art. 95 EGV führt dazu, dass der Sachbereich des Art 95 EGV nahezu unbegrenzt ist. Grundsätzlich können beliebige Sachbereiche der Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV zugeordnet werden¹⁵¹. Voraussetzung ist lediglich die Finalität der jeweiligen Maßnahme, die in der Verwirklichung des Binnenmarkts zu liegen hat. Dies bedeutet, dass die Gemeinschaft neben den ihr ohnehin zugewiesenen Aufgaben zusätzlich in den Bereichen tätig wird, die ausdrücklich den Mitgliedstaaten vorbehalten sind. Da auch jede an den Sachgegenstand einer Regelung anknüpfende Begrenzung der Ermächtigung fehlt, kann die Gemeinschaft theoretisch auf jedem Sachgebiet tätig werden¹⁵². Diese Konzeption steht der Grundkonzeption des EG-Vertrages entgegen, nach der der Gemeinschaft keine Allzuständigkeit eingeräumt werden sollte. Unterläge die Ermächtigung des Art. 95 EGV keiner weiteren Begrenzung, würde dies zu einer potenziell uferlosen Ausweitung der Gemeinschaftskompetenz führen¹⁵³. Der damit verbundene Souveränitätsverlust auf

¹⁵⁰ Kamann, ZEuS 2001, 23, 28.

¹⁵¹ Semayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49; Thiel, Umweltrechtliche Kompetenzen in der Europäischen Union, S. 140; Wuermeling, in: Politische Studien 1/2003, S. 37, 42.

¹⁵² Vorschläge von CDU und CSU für einen Europäischen Verfassungsvertrag, in: Politische Studien 1/2003, S. 119, 127; Wuermeling, in: Politische Studien 1/2003, S. 37, 42.

¹⁵³ Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 169.

Seiten der Mitgliedstaaten stünde mit der Grundkonzeption der Europäischen Gemeinschaft im Widerspruch¹⁵⁴.

Der für Art. 95 EGV notwendige Binnenmarktbezug fehlt jedenfalls dann, wenn die gemeinschaftliche Maßnahme den freien Verkehr überhaupt nicht tangiert oder ihn sogar behindert¹⁵⁵.

Die Maßnahme muss *tatsächlich* zur Verbesserung des Binnenmarkts beitragen.

Zwar verzichtet Art. 95 EGV auf das für Art. 94 EGV relevante Kriterium der unmittelbaren Auswirkungen, die von Rechts- und Verwaltungsvorschriften ausgehen müssen, um deren Angleichung erforderlich zu machen. Aber auch eine Rechtsangleichung nach Art. 95 EGV kann und darf nicht immer erfolgen. Der Umstand, dass eine Angleichungsmaßnahme für die Errichtung bzw. für das Funktionieren nützlich wäre oder sein könnte¹⁵⁶, reicht nicht aus. Eine Rechtsangleichungskompetenz nach Art. 95 EGV kann und darf nur insoweit erfolgen, wie die Schaffung gemeinschaftsweit angeglichenen Rechts für die Errichtung bzw. das Funktionieren *erforderlich* ist¹⁵⁷. Dies folgt schon aus dem funktionsbezogenen Charakter der Kompetenzvorschrift und Art. 3 lit. h EGV. Nunmehr ist auch in Art. 5 Abs. 3 EGV als allgemeiner Rechtsgrundsatz, der auch für die Binnenmarktkompetenz gilt, festgeschrieben, dass die Maßnahmen nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrags erforderliche Maß hinausgehen dürfen¹⁵⁸. Auf ihn wird an späterer Stelle ausführlich eingegangen.

¹⁵⁴ Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 170.

¹⁵⁵ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rdn. 10 b.

¹⁵⁶ Klein, in: HK-EU, Art 100 a EGV Rdn. 7.

¹⁵⁷ Hernfeld, in: Schwarze, Art. 95 EGV Rdn. 25; Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rdn. 11; Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 171.

¹⁵⁸ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rdn. 11.

bb) Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV

Nach Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV ist die Koordinierung mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Dienstleistungen möglich.

Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 EGV sind alle Leistungen, die gegen Entgelt selbständig erbracht werden¹⁵⁹.

Eine Koordinierung durch die Gemeinschaft muss der Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeit im zwischenstaatlichen Dienstleistungsverkehr dienen. Bezüglich des Begriffs Koordinierung und unterschiedlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedstaaten ist auf die Ausführungen im Rahmen des Art. 95 EGV zu verweisen.

Als Handlungsformen werden auch Richtlinien erfasst¹⁶⁰.

In welchem Umfang aus Gründen der Dienstleistungsfreiheit ein Harmonisierungsbedarf besteht, bestimmt sich nach dem Schutzbereich des Art. 49 und Art. 50 EGV.

Art. 49 und Art. 50 EGV statuieren ein konkretes Diskriminierungsverbot auf dem Gebiet des Dienstleistungsrechts. Dabei werden sowohl offene als auch versteckte Diskriminierungen erfasst¹⁶¹.

Die Dienstleistungsfreiheit ist schon wegen ihrer Vergleichbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit unstreitig ein umfassendes Freiheitsrecht. Daraus folgt, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht nur auf die Beseitigung von Diskriminierungen zielt, sondern darüber hinaus auf die Beseitigung von Beschränkungen im Bereich der Dienstleistung schlechthin¹⁶². Die Dienstleistungsfreiheit umfasst die Freiheit des unternehmerischen Zutritts zu den Dienstleistungsmärkten durch den Dienstleistungsunternehmer und die Freiheit des

¹⁵⁹ Hobe, Europarecht, Rdn. 311.

¹⁶⁰ Schwartz, AfP 1998, 553, 554.

¹⁶¹ Oppermann, Europarecht, Rdn. 1593.

¹⁶² EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Rdn. 12; Behrens, EuR 1992, 145, 150; Eberhartinger, EWS 1997, 43, 44.

Abnehmers, insbesondere auch des Verbrauchers, Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen¹⁶³.

Ein umfassender Binnenmarktbezug bedeutet auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die Beseitigung von Behinderungen zugunsten von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten und die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen¹⁶⁴.

Damit kann jedoch nur die Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen gemeint sein. Ansonsten wären der Zuständigkeit keine Grenzen gezogen, was dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung widersprechen würde¹⁶⁵.

Bei der Prüfung des Vorliegens von Hemmnissen für den freien Dienstleistungsverkehr sind nicht extrem hohe Anforderungen zu stellen, auch eine Wahrscheinlichkeit von künftigen Hemmnissen ist ausreichend¹⁶⁶.

Um die Dienstleistungsfreiheit wirklich zu garantieren, sind auch solche Bestimmungen von den Vorschriften erfasst, die zwar nichts zur Beseitigung von Hemmnissen beitragen, die jedoch erforderlich sind, um eine Umgehung bestimmter diesem Ziel dienender Bestimmungen zu verhindern¹⁶⁷.

d) Anwendung der Normen im vorliegenden Fall

Vor diesem Hintergrund ist nun zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Artikel 95 Abs. 1, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV gegeben sind.

¹⁶³ Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 166; Meyer, GRUR Int. 1996, 697, 706.

¹⁶⁴ Amtenbrink, VuR 2001, 163, 173; Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 166; Eberhartinger, EWS 1997, 43, 44.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 106, 107.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 86, 87.

¹⁶⁷ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 100.

Eine Kompetenz nach diesen Vorschriften setzt zunächst in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften voraus.

Unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedstaaten bezüglich der Tabakwerbung und des Sponsorings liegen vor¹⁶⁸.

Diese müssen zudem die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarkts behindern. Die Richtlinie muss tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs, die tatsächlich bestehen oder wahrscheinlich entstehen können, beitragen und/oder zur Beseitigung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen¹⁶⁹. Dabei kann ein erlassener Rechtsakt auch Bestimmungen umfassen, die zur Beseitigung von Hemmnissen nichts beitragen, wenn sie erforderlich sind, um die Umgehung bestimmter diesem Ziel dienender Verbote zu verhindern¹⁷⁰.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen ist von den Darlegungen in den Erwägungsgründen und dem übrigen Gesetzesmaterial auszugehen. Reichen diese nicht aus, so wird ergänzend auf eigene Erwägungen zurückgegriffen¹⁷¹.

Die Richtlinie verbietet nach Art. 1 a)-d) in Verbindung mit Art. 3–5 jedwede Tabakwerbung in:

- Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen
- Diensten der Informationsgesellschaft (Internet)
- Rundfunk

sowie

- Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakunternehmen

¹⁶⁸ Wolff, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2001, S. 18.

¹⁶⁹ Kamann, ZEuS 2001, 23, 36; Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 17; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rdn. 11.

¹⁷⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 100.

¹⁷¹ Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 17.

- Sponsoring in Verbindung mit Tabakerzeugnissen, einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen.

Um die gerade genannten Voraussetzungen besser prüfen zu können, sind die einzelnen Verbotstatbestände gesondert zu untersuchen.

aa) Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen

Es ist zu prüfen, ob das Werbeverbot in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen (Art. 1 a und Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie) tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Verkehrs dieser Medien und/oder zur Beseitigung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen beiträgt.

(1) Hemmnisse des freien Verkehrs dieser Medien und/oder spürbare (produktbezogene) Wettbewerbsverzerrungen

In Art. 1 der Richtlinie sollen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen angeglichen werden, um den freien Verkehr der betreffenden Medien sicherzustellen. Die Punkte, welche in der Begründung der Richtlinie zur Behauptung der Binnenmarktrelevanz des Verbots vorgebracht werden, sind nicht sehr ergiebig. Dabei wird im ersten Erwägungsgrund auf die unterschiedlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten verwiesen. Diese Unterschiede könnten zu verstärkten Handelshemmnissen bei Werbung und Sponsoring führen. Bei der Presse seien bereits einige Hemmnisse aufgetreten.

Im vierten Erwägungsgrund wird behauptet, bei Presseerzeugnissen bestehe infolge der unterschiedlichen nationalen

Vorschriften eine beträchtliche Gefahr für Hemmnisse des freien Verkehrs dieser Waren im Binnenmarkt.

Möglicherweise waren das Europäische Parlament und der Rat der Ansicht, sie bräuchten einen Nachweis für eine tatsächliche Verbesserung des Binnenmarkts bezüglich des Verbots der Presse nicht mehr erbringen, weil der Gerichtshof an einer späteren Stelle grundsätzlich die Verabschiedung einer Richtlinie zum Verbot von Pressewerbung für Tabakerzeugnisse für möglich gehalten hatte. Der Gerichtshof hatte es, wie bereits in der Urteilsbegründung dargelegt, für wahrscheinlich gehalten, dass künftig wegen stärkerer nationaler Beschränkungen für Tabakwerbung in der Presse Hindernisse für den freien Verkehr mit Presseerzeugnissen entstehen könnten¹⁷².

Dies bedeutet aber keinen Freibrief zum Erlass einer Richtlinie für die Presse. Es müssen tatsächlich irgendwelche Einfuhrhemmnisse für Presseerzeugnisse mit Tabakwerbung bestehen oder drohen.

Fraglich ist, ob das vorliegend der Fall ist.

Presseerzeugnisse richten sich grundsätzlich an das Publikum des jeweiligen Herkunftsstaates, weil die Lektüre wegen der sprachliche Barriere in der Regel für ausländische Leser uninteressant ist. Von daher wird nur ein sehr geringer Teil der Presseerzeugnisse jenseits der nationalen Grenze vertrieben¹⁷³,

Der Anteil der ins Ausland exportierten Zeitschriften liegt deutlich unter 5 %¹⁷⁴. Spiegel und Focus verkaufen beispielsweise im EU-Ausland meist weniger als 0,5 % ihrer Auflage¹⁷⁵. Im Jahresdurchschnitt 2002 betrug der Anteil der im EU-Ausland verkauften auflagenstärksten deutschen Zeit-

¹⁷² EuGH, Urт. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 97, 98.

¹⁷³ BR-Drs. 555/01 (Beschluss) vom 19.10.2001, S. 2; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19.10. 2001, S. 18; Kamann/Schroeder, Europablätter, 1999, 83, 90.

¹⁷⁴ EuGH, Urт. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn.16.

¹⁷⁵ Graf Lambsdorff, Die Welt vom 9.6.2001, S. 12.

schriften an der verkauften Auflage insgesamt 1,77 %. Bei den im Einzelhandel über Lesezirkel oder sonstigen Verkäufen abgesetzten Zeitschriften ergibt sich ein Prozentsatz von 1,35 %, so die Statistik in der Anlage 1. Bei Zeitungen ist der Anteil noch geringer¹⁷⁶. Nach Informationen des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (siehe Anlage 1 der Arbeit) werden von insgesamt 19.340.991 verkauften Auflagen von deutschen Zeitungen 289.315 innerhalb der EU verkauft. Dies entspricht 1,80 % der gesamten verkauften Auflage. Die meisten Zeitungen werden im Ausland von deutschen Touristen und deutschen Geschäftsleuten gekauft¹⁷⁷. Der Anteil von Jugendlichen und Kindern an dieser Leserschaft ist unbedeutend¹⁷⁸.

Ein großer Bereich von Werbung in Zeitungen, die meist wöchentlich für einen kleinen, örtlichen Markt einer mittelgroßen Stadt publiziert werden, hat außerhalb ihres Verbreitungsgebiets keine Leserschaft. Tabakwerbung in einer solchen örtlich werbenden Zeitung eines Mitgliedstaates hat keine Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Zeitungshandel¹⁷⁹.

Hinzu kommen eine weit größere Anzahl von anderen „gedruckten Veröffentlichungen“ wie Mitteilungsblätter von lokalen Vereinen oder Einrichtungen, die sportlichen, gesellschaftlichen, sozialen oder kulturellen Zwecken dienen und sich nahezu ausschließlich an die kommunale Leserschaft richten, so dass sie regelmäßig nicht einmal die kommunalen Grenzen überschreiten.

Mit dem Verbot der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen wird somit fast ausschließlich ein Sachverhalt ohne grenzüberschreitende Wirkung geregelt.

Nur für den kleinen Teil des grenzüberschreitenden Verkehrs

¹⁷⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 16.

¹⁷⁷ Schweizer, AfP 1998, 571.

¹⁷⁸ Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drs. 14/6780, S. 3.

¹⁷⁹ Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 41.

könnten daher überhaupt theoretisch Handelshemmnisse auftreten. Auch für diesen Teil bestehen jedoch keine tatsächlichen Handelshemmnisse. Trotz eines inländischen Tabakwerbeverbots wie in Frankreich und Italien wird die Einfuhr ausländischer Presseprodukte mit Tabakwerbung in diesen Ländern in der Praxis nicht behindert¹⁸⁰. Andere Mitgliedstaaten wie Deutschland, Griechenland sowie Luxemburg erlauben die Tabakwerbung in der Presse, wieder andere wie Belgien, Dänemark und Portugal sehen in ihren Gesetzen Freiverkehrsklauseln vor, die sicherstellen sollen, dass der grenzüberschreitende Verkehr ausländischer Presseerzeugnisse mit Tabakwerbung zulässig ist¹⁸¹.

In Betracht könnte eine produktbezogene Wettbewerbsverzerrung kommen.

Voraussetzung dafür ist, dass die unter derart ungleichen Bedingungen hergestellten Produkte miteinander konkurrieren.

Lokale Zeitungen und andere lokale Veröffentlichungen kultureller oder politischer Art konkurrieren ihrer Natur nach nicht mit entsprechenden Veröffentlichungen in anderen Mitgliedstaaten.

Es ist fraglich, ob grenzüberschreitend vertriebene Zeitungen bzw. Zeitschriften in Konkurrenz zu vergleichbaren Veröffentlichungen im Ausland stehen. Dagegen spricht, dass eine italienische Zeitung eine deutsche Zeitung nicht ersetzen kann. Auf der anderen Seite stehen etwa dem Käufer in Italien mehreren Zeitungen/Zeitschriften aus anderen EG-Ländern wie Deutschland, Frankreich zur Verfügung. Er hat somit die Wahl, welche Zeitung/Zeitschrift er kauft, so dass doch ein Konkurrenz- und somit Wettbewerbsverhältnis bestehen könnte.

Jedenfalls fehlt es aber an der Spürbarkeit einer möglichen

¹⁸⁰ Wolff, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2001, S. 18.

¹⁸¹ Wolff, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2001, S. 18.

Wettbewerbsverzerrung; denn bei Zeitungen und Zeitschriften ist, wie bereits oben erwähnt, der innergemeinschaftliche Handel sehr gering¹⁸². Bei allen in den Mitgliedsstaaten der EU hergestellten Zeitschriften, die Tabakwerbung enthalten, liegt der Anteil der in andere Mitgliedsstaaten exportierten Exemplare d e u t l i c h unter 5 %¹⁸³. Bei Tageszeitungen ist der Anteil noch geringer. Der Anteil der im Ausland verkauften Presseerzeugnisse ist wirtschaftlich unbedeutend.

(2) Spürbare produktionsbezogene Wettbewerbsverzerrung

Fraglich ist, ob eine produktionsbezogene Wettbewerbsverzerrung vorliegt.

Diese liegt vor, wenn eine Wettbewerbsverzerrung dadurch zustande kommt, dass die Produktionsbedingungen in einem Mitgliedstaat gegenüber denjenigen in anderen Mitgliedstaaten rechtlich nachteilig ausgestaltet sind¹⁸⁴.

Presseverlage und Herausgeber von anderen gedruckten Veröffentlichungen, wie zum Beispiel Mitteilungsblätter, tragen in den einzelnen Mitgliedsstaaten ihre Produktionskosten von Einnahmen, die mit Werbung für Tabakwaren erzielt werden. Unternehmen, die in einem Mitgliedstaat mit einer weniger restriktiven Regelung der Tabakwerbung ansässig sind, werden daher insoweit begünstigt, als sie über höhere Einnahmen ihre Produktionskosten senken können. Darin könnte eine Wettbewerbsverzerrung liegen.

Eine Wettbewerbsverzerrung setzt auch hier ein Wettbewerbsverhältnis voraus.

Aus den gleichen Gründen wie eben bei der produktbezogenen Wettbewerbsverzerrung dargelegt, besteht allenfalls ein

¹⁸² BR-Drs. 555/01 (Beschluß) vom 19.10.2001, S. 2; Wägenbaur, EuZW 1999, 144, 148.

¹⁸³ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 16.

¹⁸⁴ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 EGV Rdn. 19.

Wettbewerbsverhältnis zwischen Presseverlagen aus verschiedenen Mitgliedstaaten hinsichtlich grenzüberschreitend vertriebener Zeitungen und Zeitschriften. Auch hier ist es bisher nicht zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen gekommen.

Der in einem Mitgliedstaat mit restriktiven Regelungen bezüglich der Tabakwerbung in Presseerzeugnissen ansässige Konkurrent sieht sich aufgrund der geringen Anzahl der Exemplare, die die Grenze überschreiten, keinem ernsthaft verfälschten Wettbewerb ausgesetzt.

Der erlittene Nachteil wirkt sich für Presseverlage, bezogen auf ihre Gesamtauflage und ihren Gesamtumsatz, nur minimal und im Endeffekt deswegen nicht spürbar aus.

Die Spürbarkeit einer Wettbewerbsverzerrung muss auch aus einem anderen Ansatzpunkt heraus verneint werden:

Die Produktionskosten hängen in jedem Mitgliedstaat von vielen verschiedenen Faktoren ab (Steuern, Lohnkosten usw.), die Einnahmen aus der Tabakwerbung sind nur einer davon. Außerdem setzt sich der Gesamtumsatz eines Presseverlages auch aus Werbeeinnahmen aus anderen Branchen und aus dem Verkauf der Presserzeugnisse zusammen. Darüber hinaus steht zwischen der Investition der Tabakwerbeeinnahmen zugunsten der Produktionskosten noch eine unternehmerische Entscheidung, so dass hier allenfalls von einer mittelbaren – nicht spürbaren - Auswirkung gesprochen werden kann.

Das Verbot der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen dient weder der Beseitigung von Hemmnissen des freien Verkehrs mit Druckerzeugnissen noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen. Die Voraussetzungen für die Kompetenz für dieses Verbot liegen somit nicht vor.

bb) Dienste der Informationsgesellschaft (Internet)

Gemäß Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie ist Werbung, die in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen verboten ist, auch in Diensten der Informationsgesellschaft verboten.

Nach Art. 1 Nr. 2 Richtlinie 98/34/EG vom 22. Juni 1998¹⁸⁵ versteht man unter derartigen Diensten jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf des Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Mit dem Verbot der Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft sind vor allem die Möglichkeiten gemeint, im Internet für Tabakerzeugnisse zu werben. Der Begriff des Internets setzt sich zusammen aus dem lateinischen Wort „inter“ (zwischen) und dem englischen Wort „net“ (Netz)¹⁸⁶. Mit dem Begriff des Internets ist das Phänomen der Verbindung von verschiedenen Computernetzen und einzelnen Rechnern gemeint¹⁸⁷.

Obwohl die wirtschaftliche Bedeutung zur Zeit noch begrenzt ist, handelt es sich mit Blick auf die Entwicklungsmöglichkeiten dieses Mediums um eine bedeutende Frage.

Das Internetverbot war in der Richtlinie 98/43/EG noch nicht ausgesprochen worden.

(1) Hemmnisse des freien Verkehrs der Dienste der Informationsgesellschaft (Internet) und/oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen

Fraglich ist, ob das Verbot dazu beiträgt, Hemmnisse im Bereich der Dienste der Informationsgesellschaft (Internet) und/

¹⁸⁵ Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABI.EG L 204 vom 21.7.1998, S. 37, geändert durch die Richtlinie 98/43/EG, ABI.EG L 217 vom 20.7.1998, S. 8.

¹⁸⁶ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 40.

¹⁸⁷ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 40.

oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen.

Die Begründung für das Verbot der Internetwerbung ist kurz. Die Tabakwerbung in diesem Medium, in dem auch Rundfunk übertragen würde, nähme zu und werde stärker genutzt, besonders von Jugendlichen. Die Tabakwerbung im Internet und Rundfunk sei schon nach ihrem Wesen grenzübergreifend und solle daher auf Gemeinschaftsebene geregelt werden¹⁸⁸.

Im Internet gibt es eine ganze Reihe von völlig neuen Möglichkeiten der Platzierung von Werbung¹⁸⁹. Anzeigen können überall, unter anderem auf einer eigenen oder fremden Homepage, auf Titelseiten von Informationsangeboten oder in Kopf- und Fußzeilen anderer Dokumente und Dienste angebracht werden¹⁹⁰. Sie können mit irgendeinem kostenlosen und beliebigen Informationsangebot (Wetter, Nachrichten) verbunden werden¹⁹¹. Wie die Presse wird das Internet über die Online-Dienste wegen der sprachlich/kulturellen Unterschiede zwischen den EG-Mitgliedstaaten, was für die Allgemeinheit bestimmte Mitteilungen, Werbung u.a. anbelangt, fast ausschließlich national genutzt¹⁹². Die grundsätzlich weltweit agierenden Online-Dienste diversifizieren sich über nationale Töchter. Ein Beispiel hierfür ist der Online-Dienst America Online. Dieser ist ein Dienst mit Hauptsitz in Vienna (Staat Virginia, USA). In Deutschland wird AOL gemeinsam mit Bertelsmann betrieben. Auf diese Weise entstehen in Sprache und Mentalität national ausgeprägte Online-Dienste, zu denen auch die jeweilige Werbung gehört. Der deutsche

¹⁸⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, KOM/2001/283 endg., S. 15.

¹⁸⁹ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 58.

¹⁹⁰ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 58.

¹⁹¹ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 58.

¹⁹² Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

Nutzer verwendet regelmäßig einen deutschen Dienst, ein französischer Nutzer etwa einen französischen. So nehmen zum Beispiel in Deutschland mehr als 300 000 Kunden die Dienstleistungen des Providers AOL Deutschland in Anspruch. Ein grenzüberschreitender Verkehr findet nur im geringen Umfang statt. Auch in diesem Umfang bestehen jedoch keinerlei Handelshemmnisse¹⁹³. Es ist bereits aus technischen Gründen nahezu ausgeschlossen, Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr in diesem Bereich zu schaffen. Das Internet ist weltweit jederzeit frei abrufbar. Zudem kommt es nicht zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen. Eine Auslegung des Art. 95 EGV dahin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Bestimmung auch zur Beseitigung nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen heranziehen darf, ist mit dem Grundsatz unvereinbar, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen¹⁹⁴.

(2) Umgehungsschutzklausel

Das Verbot könnte als Umgehungsschutzklausel von der Kompetenz umfasst sein. Der Schutz vor einer Umgehung einer anderen Verbotsvorschrift könnte hier das Verbot der Tabakwerbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen darstellen, so ausdrücklich die Begründung der Kommission S. 9.

Bestimmungen, die nichts zur Beseitigung von Hemmnissen beitragen, können dann zulässig sein, wenn sie ausnahmsweise erforderlich sind, um die Umgehung bestimmter, diesem binnenmarktspezifischen Ziel dienender Verbote zu verhindern¹⁹⁵.

¹⁹³ Görlitz, EuZW 2003, 485, 488.

¹⁹⁴ BR- Drs. 555/01, (Beschluss) vom 19.10.2001, S. 4.

¹⁹⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 100.

Fraglich ist, ob die beabsichtigte Regelung die besonderen Voraussetzungen einer solchen Umgehungsschutzklausel erfüllt. Derartige Umgehungsschutzklauseln sind indes in ihrer Existenzberechtigung akzessorisch zur eigentlichen Hauptregelung¹⁹⁶.

Als Hauptregelung kommt das Tabakwerbeverbot in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen in Betracht.

Die Umgehungsschutzklausel teilt das Schicksal der Hauptbestimmung. Nachdem oben gezeigt worden ist, dass das Verbot der Tabakwerbung in Druckerzeugnissen nicht die Voraussetzungen der Kompetenznormen erfüllt, kann sich die EG nicht auf eine aus der Umgehungsschutzklausel resultierende Kompetenz berufen.

Selbst wenn man unterstellt, dass die Hauptregelung haltbar ist, so stellt sich die Frage, ob gerade das Verbot der Werbung in den Diensten der Informationsgesellschaft wie dem Internet erforderlich ist, die Umgehung diesem Ziel dienender Verbote und damit der Werbeverbote im Bereich der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen zu verhindern. Es muss ein inhaltlicher Bezug zur Hauptregelung bestehen¹⁹⁷.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass der inhaltliche Bezug zur Hauptregelung, dem Verbot der Werbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, gegeben sei¹⁹⁸.

Dies wird damit begründet, dass Dienste der Informationsgesellschaft wie das Internet im Wirtschaftsleben einen ausreichend engen Bezug zu Druckerzeugnissen aufweisen würden, diese sogar ergänzen¹⁹⁹. Es könne nicht darauf ankommen, ob ein bestimmter geistiger Inhalt in Druckform

¹⁹⁶ Görlitz, ZUM 2002, 97, 103.

¹⁹⁷ Görlitz, ZUM 2002, 97, 103.

¹⁹⁸ Görlitz, ZUM 2002, 97, 103; ders., EuZW 2003, 485, 488.

¹⁹⁹ Görlitz, ZUM 2002, 97, 103.

oder auf elektronischem Wege an den Empfänger übermittelt wird, wie eine Verlagswebseite, auf der bestimmte gedankliche Inhalte zur Ansicht oder zum Herunterladen angeboten werden²⁰⁰. Der inhaltliche Bezug sei nur dann nicht gegeben, wenn die Werbebotschaft nicht als Annex eines etwa in Artikelform übermittelten gedanklichen Inhalts in Erscheinung trete, sondern eigenständig bleibe. Dies sei bei per E-Mail übermittelten Werbemitteilungen oder ähnlichen neuartigen Kommunikationsformen der Fall²⁰¹.

Dieser Ansicht muss entgegengehalten werden, dass das Verbot der Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft wie dem Internet aufgrund des unterschiedlichen Verbreitungsmarktes des Internets im Vergleich zu Printmedien nicht den nötigen Bezug zur Hauptregelung in Gestalt des Verbots der Werbung in Druckerzeugnissen hat.

Das Internet wird schon heutzutage sehr viel genutzt und diese Nutzung wird sich wahrscheinlich in Zukunft erhöhen. Gleichwohl hat man im Internet in der Regel die Möglichkeit selbst zu entscheiden, was man sich ansehen möchte und was nicht. Dies geschieht zum Beispiel bei der Nutzung des Dienstes des Internets WWW (World Wide Web) durch Eingabe einer Internetadresse. Das World Wide Web ist inzwischen der bekannteste und weltweit am meisten genutzte Informationsmarkt²⁰². Eine ganze Reihe von Unternehmen und Organisationen bieten im WWW gratis Anwendungen an, mittels derer man über Stichworte einschlägige Webseiten findet (lycos, altavista, google)²⁰³. Sucht man beispielsweise Informationen über den Deutschen Bundestag, gibt man die Adresse: Deutscher Bundestag ein. Einige Zeit später wird eine bestimmte Anzahl von Webseiten mit einer kur-

²⁰⁰ Görlitz, ZUM 2002, 97, 103.

²⁰¹ Görlitz, ZUM 2002, 97, 103.

²⁰² Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 52.

²⁰³ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 54.

zen Darstellung ihres Inhalts und mit Hyperlinks angezeigt²⁰⁴. Nur in ganz, ganz seltenen Fällen wird man unfreiwillig mit Tabakwerbung konfrontiert. Beispielsweise kann es vorkommen, dass bei einer Suchmaschine auf der Startseite schon eine Tabakwerbung ansatzweise gezeigt wird, wie dies erst kürzlich von der Suchmaschine „lycos“ mit der Tabakwerbung „West“ praktiziert wurde. In der Regel hat aber der Internetbenutzer eine Entscheidungsfreiheit darüber, ob er die grenzüberschreitende Tabakwerbung sehen möchte oder nicht. Bezogen auf die Tabakwerbung bedeutet das folgendes: Die Tabakwerbung wird in der Regel nur dann von dem Internetbenutzer gesehen, wenn er etwa eine Internetadresse eingibt, die ein spezielles Tabakprodukt sucht, oder man in den zahlreichen Suchmaschinen wie „google“ nach der Werbung für Tabakerzeugnisse sucht.

Bei Druckerzeugnissen ist die Lage anders. Kauft man beispielsweise eine Zeitung oder Zeitschrift, in der Tabakwerbung enthalten ist, so wird man dieser Werbung direkt ausgesetzt. Man sieht beim Durchlesen der Zeitung zwangsläufig diese Werbung, ob man will oder nicht. Dies ist der entscheidende Unterschied: Bei Druckerzeugnissen hat man keine Wahl, der Werbung zu entgehen, bei der Internetwerbung hat man eine Wahl durch Eingeben spezieller Internetadressen. Hinzu kommt, dass die Märkte insoweit nicht vergleichbar sind, als die Tabakwerbung in Printmedien einen erheblich größeren Raum einnimmt, als sie im Internet dargestellt wird.

Unter diesen Umständen bietet der bloße Umgehungsschutz keine ausreichende Rechtfertigung für eine solche Regelung. Aus allem folgt, dass das Verbot weder der Beseitigung von Dienstleistungshemmnissen noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen dient. Auch stellt es keine Umge-

²⁰⁴ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 54.

hungsschutzklausel dar. Das Verbot der Tabakwerbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen erfüllt somit nicht die Kompetenzvoraussetzungen.

cc) Rundfunk

Nach Art. 4 der Richtlinie sind alle Formen der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse verboten.

Fraglich ist, ob das Verbot der Tabakwerbung im Rundfunk der Beseitigung von Hemmnissen des freien Dienstleistungsverkehrs dient und/oder zur Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen.

Bei der Begründung des Verbots der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse finden sich keine detaillierten Ausführungen. Es wird auf die grenzüberschreitende Natur des Rundfunks verwiesen²⁰⁵.

Privater und öffentlicher Hörfunk ist in den Mitgliedstaaten teilweise auf nationaler Ebene organisiert (z.B. Deutschlandradio), meistens jedoch regional (WDR, NDR) oder lokal (Radio FFN)²⁰⁶. Sowohl wegen seines Standorts als auch zumeist aus sprachlichen Gründen werden die Sendungen durchweg von Hörern innerhalb der betreffenden Mitgliedstaaten verfolgt. Es fehlt hier somit am Binnenmarktbezug. Grenzüberschreitendes Radiohören existiert nur in sehr seltenen Fällen²⁰⁷. Bestehende oder wahrscheinliche zukünftige Hemmnisse im gemeinschaftsrechtlichen Rundfunkmarkt sind hier aber ebenso wenig ersichtlich wie spürbare Wettbewerbsverzerrungen²⁰⁸.

²⁰⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, KOM/2001/283 endg., S. 15.

²⁰⁶ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

²⁰⁷ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

²⁰⁸ Görlitz, EuZW 2003, 485, 489; Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

Für das Werbeverbot im Rundfunk bleibt noch die Möglichkeit einer Umgehungsschutzklausel.

Als Hauptregelung, deren Umgehung vermieden werden soll, kann nach Lage der Dinge nur das Werbeverbot in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen in Betracht kommen²⁰⁹.

Die Umgehungsschutzklausel teilt, wie oben bereits erwähnt, das Schicksal der Hauptbestimmung. Diese erfüllt aber, wie oben festgestellt, nicht die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage.

Es fehlt aber auch an der inhaltlichen Anbindung an die Hauptregelung.

Das Medium Rundfunk ist offenkundig andersartig als Printmedien und die dortige Werbung anders gestaltet²¹⁰. Rundfunk übermittelt Gedankeninhalte an die Öffentlichkeit in Form von physikalischen, insbesondere elektromagnetischen Wellen. Bei Printmedien handelt es sich hingegen, wie das Wort schon deutlich macht, um gedruckte Gedankeninhalte. Ein Zeitungsartikel kann nicht über diese Wellen übermittelt werden²¹¹. Auch wird die Werbung dadurch, dass sie nicht gelesen, sondern mit dem Sinnesorgan Ohr akustisch wahrgenommen wird, viel intensiver empfunden. Die Wirkung einer solchen Werbung ist in der Zeitung und im Rundfunk unterschiedlich. Meist wird auch die Werbung im Rundfunk anders ausgestaltet sein als in der Presse. So wird zum Beispiel durch Untermalung von Musik die Werbung für Zigaretten intensiviert. Durch ein allgemeines Verbot der Rundfunkwerbung wird somit ein völlig neuer, entsprechend begründungsbedürftiger Regelungsbereich eröffnet²¹².

Fraglich ist, ob sich aus der Fernsehrichtlinie etwas anderes herleiten lässt.

²⁰⁹ Görlitz, ZUM 2002, 97, 104.

²¹⁰ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105; ders. EuZW 2003, 485, 489.

²¹¹ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

²¹² Görlitz, ZUM 2002, 97, 105; ders. EuZW 2003, 485, 489.

Bereits die Fernsehrichtlinie von 1989²¹³ sieht in ihrem Art. 13 ein derartiges, im Wortlaut fast identisches, allgemeines Verbot der Tabakwerbung im Fernsehen vor. Dementsprechend wird in der Begründung der Kommission auf die Fernsehrichtlinie Bezug genommen. Dabei wird von einer angeblichen Ergänzung und Vervollständigung bereits bestehender Gemeinschaftsmaßnahmen auf dem Gebiet der Tabakwerbung gesprochen. Es gebe Parallelen zwischen den Gemeinschaftsmaßnahmen für die verschiedenen Medienarten, die als Werbeträger für Tabakerzeugnisse eingesetzt würden²¹⁴.

Das Verbot der Tabakwerbung im Rundfunk ist jedoch nicht als eine Parallelregelung zum Verbot der Tabakwerbung im Fernsehen zu sehen²¹⁵.

Mit der Fernsehrichtlinie wurde zwar die Tabakwerbung im Fernsehen verboten. Insgesamt aber erweiterte diese jedoch die Freiheiten, etwa durch Einführung des Sendelandsprinzips. Die Bestimmung über die Tabakwerbung im Fernsehen ist somit eingebettet in ein größeres Paket von Angleichungsvorgaben für die gemeinschaftsweite Ausstrahlung von Fernsehsendungen, die allesamt zur Verwirklichung des freien Sendeverkehrs in der Gemeinschaft ergangen waren²¹⁶.

Mit der neuen Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen wird hingegen nicht nur die Tabakwerbung im Rundfunk verboten. Das Tabakwerbungsverbot für den Rundfunk ist eingebettet in wiederum andere Ver-

²¹³ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl.EG Nr. L 298 vom 17.10.1989, S. 23, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG, ABl.EG Nr. L 202 vom 30.6.1997, S. 60.

²¹⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, KOM/2001/283 endg., S. 21.

²¹⁵ Görlitz, ZUM 2002, 97, 104.

²¹⁶ Görlitz, ZUM 2002, 97, 104.

bote für die Tabakwerbung in Medien wie Presse und Internet sowie in ein Verbot des Sponsorings in Verbindung mit Tabakerzeugnissen einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen. Es wird somit für den Bereich des Rundfunks die Tabakwerbung verboten, ohne hier gleichzeitig, wie es bei der Fernsehrichtlinie der Fall war, gewisse Freiheiten zu erweitern. Es bestehen mithin keine weiteren Regelungen für den Rundfunk, zu deren „Abrundung“ das Werbeverbot dienen könnte.

Auch lässt sich aus der Fernsehrichtlinie schon deshalb für die Möglichkeit von Tabakwerbverboten nichts herleiten, da sie zu einem Zeitpunkt (1989) erging, als der Vertrag weder einen Titel Gesundheitswesen mit Harmonisierungsverbot noch die Möglichkeit einer Binnenrechtsangleichung vorsah. Diese Normen sind erst 1993 eingefügt worden.

Aus allem folgt, dass das Verbot weder der Beseitigung von Dienstleistungshemmnissen noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen dient. Auch stellt es keine Umgehungsschutzklausel dar. Die Kompetenzvoraussetzungen für dieses Verbot liegen somit nicht vor.

dd) Sponsoring von Rundfunkprogrammen

Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie dürfen Rundfunkprogramme durch Unternehmen, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Tabakerzeugnissen ist, nicht gesponsert werden.

Fraglich ist, ob das Verbot des Sponsorings von Rundfunkprogrammen tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Dienstleistungsverkehrs beiträgt und/oder zur Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen.

Das Verbot des Sponsorings von Rundfunkprogrammen durch Tabakfirmen würde bedeuten, dass die Firma Reemtsma eine Übertragung von Beethoven's neunter Sin-

fonie in Baden-Württemberg über ein Hörfunkprogramm des Südwestrundfunks nicht mehr fördern dürfte, weil zu Beginn eine Sekunde lang der Sponsor genannt würde.

Grenzüberschreitendes Radiohören findet jedoch in den seltensten Fällen statt. Aus Binnenmarktgesichtspunkten kann die Regelung von daher nicht gerechtfertigt werden²¹⁷.

Eine Rechtsangleichungskompetenz für dieses Verbot besteht somit nicht.

ee) Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten

Die Richtlinie sieht in Art. 5 ein Verbot von Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten vor, an denen mehrere Mitgliedstaaten beteiligt sind, die in mehreren Mitgliedstaaten stattfinden oder die eine sonstige grenzüberschreitende Wirkung haben.

Fraglich ist, ob das Sponsoringverbot zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Dienstleistungsverkehrs und/oder zur Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrung beiträgt.

In der Begründung des Sponsoringverbots (Erwägungsgründe 1 und 5 der Richtlinie) wird die Eingrenzung dieses Verbots betont. Es sollen nur die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten bei Sponsoringarten zugunsten von Tabakerzeugnissen mit grenzüberschreitender oder internationaler Wirkung angeglichen werden. Die Unterschiede in diesen Rechtsvorschriften würden zu einer beträchtlichen Gefahr von Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen für diese Tätigkeit im Binnenmarkt führen. Die Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen könnten wahrscheinlich zunehmen. Bei größeren Kultur- und Sportveranstaltungen seien sie bereits erkennbar geworden.

Mit dieser Begründung soll offensichtlich den Rdn. 110- 111 des Urteils hinsichtlich der Richtlinie 98/43/EG Rechnung

²¹⁷ Görlitz, ZUM 2002, 97, 104.

getragen werden. Hier hatte der Gerichtshof die Auffassung geäußert, dass das Verbot des Sponsorings in manchen Mitgliedstaaten und seine Zulässigkeit in anderen zur Verlegung insbesondere von Sportwettkämpfen führen könne. Dies könne sich auf die Wettbewerbsbedingungen erheblich auswirken. Diese Erheblichkeit versteht der Gerichtshof offensichtlich als Spürbarkeit der Beschränkung. Der Gerichtshof fügte einschränkend hinzu, dass solche Verzerrungen lediglich die Untersagung bestimmter Formen des Sponsorings begründen könnten.

Doch auch in dieser Einschätzung kann im Grundsatz kein allgemeiner Freibrief für ein Sponsoringverbot gesehen werden.

Das Verbot in der neuen Werberichtlinie muss tatsächlich auch den Anforderungen des EGV genügen, das heißt zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Dienstleistungsverkehrs und/oder zur Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrung beitragen.

Lediglich bei grenzüberschreitenden größeren Kultur- und Sportveranstaltungen existieren Hemmnissen bei der Tätigkeit des Sponsorings von Veranstaltungen und spürbare Wettbewerbsverzerrungen. Beispielweise dürfen Tabakkonzerne Großveranstaltungen in Belgien nicht mehr sponsern. Die Betreiber der Formel Eins im belgischen Spa hatten daher angekündigt, zum deutschen Nürburgring überzuwechseln, wo kein derartiges Verbot existiert²¹⁸. Dies wirkt sich auf die Wettbewerbsbedingungen der an diesen Veranstaltungen beteiligten Unternehmen wie etwa Hotelbetreiber, Sponsoren aus. Diese Wettbewerbsverzerrung ist für die Beteiligten auch spürbar.

Das Verbot erfasst aber nicht nur diese Veranstaltungen, sondern ist ausnahmslos. So werden auch kleinere Veranstaltungen erfasst, bei denen weder Dienstleistungshemm-

²¹⁸ Der Tagesspiegel vom 3.12.2002, S. 16.

nisse noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen oder drohen. Dies bedeutet, dass für ein allgemeines Sponsoringverbot in dieser Form keine Kompetenz besteht²¹⁹.

ff) Kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen

Fraglich ist die Voraussetzung der Beseitigung von Hemmnissen für den freien Verkehr und/oder spürbarer Wettbewerbsverzerrungen bei dem Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie.

Das vorgesehene Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen wird in Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie mit der erheblichen potentiellen Suchtwirkung dieser Verteilung begründet. Nur in der Begründung der Kommission auf Seite 9 wird eine Anbindung an die Urteilsgründe des Tabakwerbeurteils vorgenommen, wenn es heißt, die Vorschrift diene zum Schutz vor einer Umgehung anderer Verbotsvorschriften. Eine weitergehende rechtliche Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit des Verbots erfolgt nicht.

Auch bei internationalen Veranstaltungen bleibt die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen räumlich begrenzt auf den Ort der Verteilung, hat also keinen Binnenmarktbezug²²⁰. Für die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen bestehen im Übrigen ausreichende nationale Regelungen²²¹.

Fraglich ist, ob das Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen als Umgehungsschutzklausel zulässig ist.

Derartige Umgehungsschutzklausel sind, wie oben darge-

²¹⁹ Görlitz, EuZW 2003, 485, 489.

²²⁰ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

²²¹ Verband der Cigarettenindustrie, in: ZAW (Hrsg.), Die Position der Wirtschaft zum neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission vom 30. Mai 2001 (Oktober 2001), http://www.interverband.com/u-img/184/Position_der_Wirtschaft.htm (Stand: 6.6.2004).

legt, in ihrer Existenzberechtigung akzessorisch zur Hauptregelung.

Als Hauptregelung kommt hier das Sponsoringverbot in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie in Betracht²²².

Die Hauptregelung erfüllt nicht Kompetenzvoraussetzungen. Dies bedeutet, dass die Vorschrift zum Schutz vor ihrer Umgehung auch nicht haltbar ist. Selbst wenn man unterstellt, dass die Voraussetzungen der Kompetenz bezüglich des Sponsoringverbots vorliegen würden, so würde es an der inhaltlichen Anbindung an die Hauptregelung (Sponsoringverbot) fehlen.

Die Gratisverteilung von Tabakerzeugnissen unterscheidet sich von dem Sponsoring von Tabakunternehmen an Veranstaltungen und Aktivitäten grenzüberschreitender Art. Die weltweite Organisation der Formel 1 Rennen, die jährlich unter anderen in mehreren EU-Staaten stattfinden, ist das bekannteste Beispiel in diesem Zusammenhang. Sie werden von einem großen Tabakunternehmen gesponsert, dessen Logo auf den Rennwagen und auf der Kleidung der Fahrer sichtbar ist. Die kostenlose Verteilung von Tabakprodukten bezieht sich hingegen auf die Verteilung von Zigarettenproben an Personen. Es handelt sich um ganz unterschiedliche Werbearten. Es fragt sich somit, wie durch die kostenlose Verteilung von Tabakprodukten das Sponsoringverbot umgangen werden soll.

Das Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen erfüllt nicht die Kompetenzvoraussetzungen.

Zusammenfassend lässt sich nach allem sagen, dass die Richtlinie weder der Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen dient noch Umgehungsschutzklauseln beinhaltet.

²²² Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

Dies bedeutet, dass die Voraussetzungen der Artikel 95 Abs. 1, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV nicht erfüllt sind.

e) Verbot der Umgehung des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV

Damit könnte gleichzeitig ein Verstoß gegen das Harmonisierungsverbot im Bereich des Gesundheitsschutzes gemäß Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV vorliegen.

Mangels Handelshemmnissen und spürbarer Wettbewerbsverzerrungen zeigt sich, dass die Gemeinschaft mit der Richtlinie tatsächlich nicht das Ziel der Verbesserung des Binnenmarkts verfolgt. Es handelt sich bei der neuen Richtlinie vielmehr um Bestimmungen, denen überwiegend gesundheitspolitische Erwägungen zu Grunde liegen²²³. Schon der Regelungsinhalt selbst offenbart, dass es sich bei der Regelung in erster Linie um Gesundheitspolitik handelt; denn die Regelungsinstrumente „Tabakwerbverbote in Medien etc.“ sind durchweg gesundheitspolitischer Natur. Bezeichnend ist schließlich auch, dass der Ursprung der Richtlinie auf den für Gesundheits- und Verbraucherschutzfragen zuständigen Kommissar Byrne und nicht auf den Binnenmarkt Kommissar Bolkestein zurückgeht²²⁴. Das von der Gemeinschaft angegebene Ziel der Verbesserung des Binnenmarkts dient somit nur als Vorwand. Der Grund dafür liegt auf der Hand. Für eine Harmonisierung im Bereich des Binnenmarkts gibt es Kompetenzgrundlagen, für eine Harmonisierung im Bereich des Gesundheitswesens verfügt die Gemeinschaft hingegen über keine Kompetenz.

Die Gemeinschaft umgeht von daher mit ihrer Regelung über die Tabakwerbung und das damit in Verbindung stehende Sponsoring das Harmonisierungsverbot gemäß Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV.

²²³ Fischer/Seidler, Financial Times Deutschland vom 1.6. 2001, S. 11; Oppermann, ZUM 2001, 950, 953.

²²⁴ Vwd Vereinigte Wirtschaftsdienste Online vom 17.4.2002.

Möglicherweise kann die Richtlinie sich auf andere Ermächtigungsgrundlagen stützen.

3. Kompetenz nach Art. 153 EGV

Fraglich ist, ob Art. 153 EGV eine geeignete Rechtsgrundlage darstellt. Ausweislich seines Wortlauts dient die Norm dem Verbraucherschutz. Wie soll aber ein Schutz von Verbrauchern möglich sein, wenn diese gar nicht zu Konsumenten werden können, da die Werbeverbote es neuen Produkten zumindest erschweren, in den Markt einzudringen.

Zudem erschwert ein Werbeverbot die Informationsmöglichkeiten. Auch Werbung enthält Information, deren Weitergabe bei einem Verbot extrem eingeschränkt wird.

Daher kann Art. 153 EGV nicht als Rechtsgrundlage in Betracht kommen.

4. Kompetenz nach Art. 308 EGV

Art. 308 EGV könnte schließlich eine Ermächtigungsnorm sein. Diese Vorschrift rundet die Gemeinschaftskompetenzen ab²²⁵.

Der Rat kann nach dieser Norm Vorschriften erlassen, wenn ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich wird, um die Ziele im Rahmen des Gemeinsamen Marktes zu verwirklichen, und der EGV die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorsieht.

Auch der Gesundheitsschutz ist nach Art. 3 lit p EGV ein Ziel der Gemeinschaft, so das es zunächst den Anschein hat, als könnte Art. 308 EGV grundsätzlich Anwendung finden, sofern die anderen Voraussetzungen erfüllt sind. Es gibt jedoch mit Art. 152 EGV eine ausdrückliche Kompetenz für den Gesundheitsschutz und die hierfür erforderlichen Befugnisse

²²⁵ Hobe, Europarecht, Rdn. 157.

sind mithin vorgesehen, eine Harmonisierung wird aber ausdrücklich ausgeschlossen. Dieses darf nicht über den Umweg des Art. 308 EGV korrigiert werden.

Auch für das Binnenmarktziel gibt es besondere Regelungen zur Kompetenz. Sobald eine Befugnis im Vertrag enthalten ist, kann Art. 308 EGV nicht mehr als Rechtsgrundlage herangezogen werden.

Es ist somit festzustellen, dass die Gemeinschaft für die Richtlinie keine Kompetenz hat.

5. Regelungen zur Einschränkung der Kompetenzausübung

a) Subsidiaritätsprinzip

Die Gemeinschaft könnte gegen das in Art. 5 Abs. 2 EGV enthaltene Subsidiaritätsprinzip verstoßen haben.

Das Subsidiaritätsprinzip ist durch den Europäischen Unionsvertrag eingeführt worden. Nach Art. 2 EUV werden die Ziele der Union unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips gemäß Art. 5 EGV verwirklicht. Das Subsidiaritätsprinzip soll dazu beitragen, dass die Entscheidungen der Union möglichst bürgernah getroffen werden (Präambel des EUV 12. Erwägungsgrund, Art. 1 Abs. 2 EUV).

Inhaltlich wird nach dem Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 2 EGV die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Allgemein liegt die Bedeutung des Begriffs „Subsidiarität“ darin, dass der kleineren Handlungseinheit nach Maßgabe

ihrer Leistungsfähigkeit Vorrang im Handeln vor der größeren Handlungseinheit gebührt²²⁶. Die übergeordnete Handlungseinheit ist in diesem Zusammenhang die Gemeinschaft. In den Bereichen, in denen sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten eine Zuständigkeit besitzen, liegt das Handeln vorrangig bei den Mitgliedstaaten²²⁷. Das Subsidiaritätsprinzip bestimmt demnach, „ob“ die Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten von den ihr zugewiesenen Befugnissen Gebrauch machen darf und erfüllt im Hinblick auf diese Befugnisse die Funktion einer Kompetenzausübungsklausel²²⁸.

Aus dem Urteil des EuGH hinsichtlich der Richtlinie 98/43/EG können bei der Prüfung der Subsidiarität keine Schlussfolgerungen gezogen werden.

Der EuGH selbst hat den Grundsatz der Subsidiarität in seinem Urteil nicht geprüft. Er hatte bereits die Kompetenzvoraussetzungen der Gemeinschaft zum Erlass dieser Richtlinie verneint. Generalanwalt Fennelly hat sich aber mit dem Grundsatz der Subsidiarität auseinandergesetzt²²⁹. Auf dessen rechtliche Ausführungen wird an geeigneter Stelle noch näher eingegangen.

aa) Anwendungsvoraussetzungen

(1) Zuständigkeit der Gemeinschaft

Als Kompetenzausübungsregel setzt der Subsidiaritätsgrundsatz zunächst eine Kompetenz der Gemeinschaft voraus. Die Gemeinschaft ist zwar grundsätzlich für eine Binnenmarktregelung zuständig. Indes handelt es sich bei der

²²⁶ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 5 EGV Rdn.1; Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 54.

²²⁷ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 54.

²²⁸ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 54; Reich, EuGRZ 2001, 1,15.

²²⁹ Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8418, Rdn. 131-144.

Richtlinie nicht um eine Binnenmarktregelung, sondern um eine Regelung des Gesundheitsschutzes. Hierfür ist die Gemeinschaft jedoch nicht zuständig.

Im Folgenden soll die Zuständigkeit der Gemeinschaft unterstellt werden.

Das Subsidiaritätsprinzip kommt weiterhin nur zur Anwendung, wenn es um die Ausübung nicht ausschließlicher Gemeinschaftskompetenzen geht.

(2) Nicht-ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft

Weder der Begriff der ausschließlichen, noch der nicht-ausschließlichen Zuständigkeit werden im Vertrag definiert. Der EuGH hat in einigen Entscheidungen die Rechtsgebiete für eine ausschließliche Zuständigkeit der EG herausgearbeitet. Die Literatur hat dem zugestimmt²³⁰.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die EG ausschließlich zuständig insbesondere für die Handelspolitik²³¹, die Festlegung des Zolltarifs und das materielle Zollrecht²³² sowie die Erhaltung der Fischereiresourcen²³³.

Fraglich ist, ob die Binnenmarktzuständigkeit sowie die Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Gesundheitsschutz eine ausschließliche oder nicht-ausschließliche Regelungsbefugnis darstellt.

(a) Die Binnenmarktzuständigkeit der Gemeinschaft

Ob die Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarkts unter die ausschließliche oder unter die nicht-ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen, ist umstritten.

²³⁰ Von Borries, EuR 1994, 263, 273.

²³¹ EuGH, Urt. v. 15.12. 1976, Rs. 41/76, Slg. 1976, 1921.

²³² EuGH, Urt. v. 18.2.1970, Rs. 40/ 69, Slg. 1970, 69, 80.

²³³ EuGH, Urt. v. 5.5.1981, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045, Rdn. 17.

In ihrer Mitteilung an den Rat und das europäische Parlament hat sich die Kommission auf den Standpunkt gestellt, dass auch die Maßnahmen zur Errichtung des Binnenmarkts in den Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten fallen²³⁴.

Dieser Auffassung hat sich auch ein Teil der Literatur angeschlossen²³⁵.

Generalanwalt Fennelly kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Harmonisierungskompetenz nach den Artikeln 95 und 57 Abs. 2 i.V.m. 66 EGV ihrem Wesen nach ausschließlich ist und das Subsidiaritätsprinzip keine Anwendung findet. Unter Berufung auf die Darlegungen des EuGH und des Generalanwalts zur Rechtmäßigkeit der Arbeitszeitrichtlinie begründet er dies damit, dass die Harmonisierung nationaler Bestimmungen zu Zwecken des Binnenmarkts das Wesen dieser Zuständigkeit sei, offenkundig aber nur die Gemeinschaft die entsprechenden Maßnahmen ergreifen könne, da die Mitgliedstaaten selbst keine Einheitlichkeit herstellen könnten²³⁶.

Die überwiegende Meinung in der Literatur geht dagegen zu Recht von einer nicht-ausschließlichen Zuständigkeit aus²³⁷. Gegenüber dem Harmonisierungsargument von Generalanwalt Fennelly ist zunächst anzumerken, dass es sich hierbei um einen „gedanklichen Kurzschluss“ handelt²³⁸. Sicher kann nur die Gemeinschaft harmonisieren. In Hinblick auf die territoriale Begrenztheit ihrer Regelungshoheit haben die Mitgliedstaaten keine Harmonisierungskompetenz, die auch die

²³⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat und das europäische Parlament vom 27.10.1992, Bulletin EG 10/1992, S.118, 122.

²³⁵ Micklitz/ Reich, EuZW 1992, 593, 594; Pieper, Subsidiarität, S. 263.

²³⁶ Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge vom 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99; Slg. 2000, I-8418, Rdn. 131-144.

²³⁷ Jarass, AÖR 1996, 173, 191; ders., EuGRZ 1994, 209, 210; Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rdn.7; Heselhaus, Abgabenhoeheit der Europäischen Gemeinschaft in der Umweltpolitik, S. 291; Schmidthuber/Hitzler, EuZW 1993, 8, 9; Stein, in: Merten, Subsidiarität Europas, S. 351ff., von Bogdandy/Bast, EuGRZ 2001, 441, 449; von Borries, EuR 1994, 263, 265; ders., in: Rengeling, EUDUR, Bd. I, § 25 Rdn. 65.

²³⁸ Callies, Jura 2001, 311, 317.

Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten erfassen könnte. Die Mitgliedstaaten haben jedoch die Regelungskompetenz für eine Mehrzahl von Materien, die einer Harmonisierung bedürfen. Andernfalls gäbe es keine von Staat zu Staat unterschiedlichen Regelungen und damit keinen Harmonisierungsbedarf²³⁹. Und selbstverständlich könnten die Mitgliedstaaten jeder für sich Regelungen treffen, die sich nicht wesentlich voneinander unterscheiden. In diesem Fall stellt sich sodann die Frage, ob eine Gemeinschaftsmaßnahme noch erforderlich ist und die Ziele besser erreichen kann²⁴⁰.

Ferner kann der Ansicht, die alle Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarkts als ausschließliche Zuständigkeit ansehen, mit Blick auf den Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips auch nicht zugestimmt werden.

Sinn und Zweck dieses Prinzips liegt in der Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen durch Hinterfragung und Prüfung des Regelungsbedarfes auf der höchsten Ebene.

Würde die Verwirklichung des Binnenmarkts als wichtigster und weitreichendster Auftrag der Gemeinschaft nicht dem Subsidiaritätsprinzip unterfallen, liefe es praktisch ins Leere²⁴¹.

Von daher kann die Verwirklichung des Binnenmarkts nur als nicht-ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft angesehen werden.

(b) Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Gesundheitsschutz

Bezüglich der Einordnung des Gesundheitsschutzes besteht kein Streit. Er gehört nach einhelliger Auffassung in die nicht-ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft²⁴².

²³⁹ Callies, Jura 2001, 311, 317.

²⁴⁰ Callies, Jura 2001, 311, 317.

²⁴¹ Von Borries, EuR 1994, 263, 275.

²⁴² Bischof, Europarecht für Anfänger, S. 7; von Borries, EuR 1994, 263, 275.

(3) Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips

Ferner kommt das Subsidiaritätsprinzip nur zur Anwendung, wenn es justitiabel ist, mit anderen Worten einer richterlichen Überprüfung durch den Gerichtshof zugänglich ist.

Die Begriffe der Erforderlichkeit und der besseren Regelung sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die zwar grundsätzlich durch den EuGH in vollem Umfang überprüft werden können²⁴³.

Allerdings handelt es sich bei der Frage, ob ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich und besser ist, um eine Entscheidung, in der die zuständigen Organe der Gemeinschaft vor allem der Rat als Hauptrechtsetzungsorgan über einen weiten Ermessens- und Beurteilungsspielraum verfügen²⁴⁴. Denn entsprechend der im EGV festgelegten Kompetenzverteilung zwischen Rat und EuGH ist es allein der Rat, der zu entscheiden hat, wann ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich ist. Entsprechend lassen sich die Äußerungen des BVerfG im Maastricht-Urteil verstehen, wonach die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips maßgeblich von der Praxis des Rates als dem eigentlichen Gesetzgebungsorgan der Gemeinschaft abhängt²⁴⁵. Es besteht somit eine begrenzte Subsidiarität, die nur bei Überschreitung der äußersten Grenzen des Ermessens durch den Gemeinschaftsgesetzgebers eine mögliche Aufhebung des Rechtsakts durch den EuGH erlaubt²⁴⁶.

bb) Die inhaltlichen Maßstäbe der Subsidiaritätsprüfung

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob die Richtli-

²⁴³ Schweitzer/Fixon, Jura 1992, 579, 581.

²⁴⁴ Hahn/Oberrath, BayVBl. 1998, 353, 355; Schweitzer/Fixon, Jura 1992, 579, 582; von Borries, in: Rengeling, EUDUR, Bd. I., § 25 Rdn. 55.

²⁴⁵ BVerfG, NJW 1993, 3047, 3057.

²⁴⁶ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 61; von Borries, in: Rengeling, EUDUR, Bd. I., § 25 Rdn. 55; Zuleeg, in: Nörr/Oppermann, Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, S. 185, 194.

nie den materiellen Anforderungen entspricht, die vom Subsidiaritätsprinzip gestellt werden.

Abstrakt bedeutet der Grundsatz der Subsidiarität, dass eine höhere allgemeine Ebene (= EG) nur dann zum Handeln befugt ist, wenn eine niedrigere speziellere Ebene (= Mitgliedstaaten) nicht tätig wird oder werden kann. Das Subsidiaritätsprinzip setzt demnach den Vorrang der niedrigen vor der höheren Ebene voraus²⁴⁷.

Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Gemeinschaft nur tätig, wenn

- ein bestimmtes Ziel durch ein Handeln der Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene nicht ausreichend erreicht werden kann (Erforderlichkeitskriterium)

und daher

- das Ziel wegen des Umfangs oder der Wirkungen einer gemeinschaftsrechtlichen Maßnahme besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann (Besserkriterium)²⁴⁸.

Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 EGV ist unglücklich formuliert und wirft schwierige Auslegungsprobleme auf²⁴⁹. Unklar ist insbesondere, ob das Besserkriterium bereits aus dem Erforderlichkeitskriterium folgt. Denn wenn ein Mitgliedstaat eine bestimmte Aufgabe nicht erfüllen kann, wird ein Tätigwerden der Gemeinschaft stets besser sein, vorausgesetzt es besteht ein Regelungsbedarf, und die Gemeinschaft ist

²⁴⁷ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 56; Schweitzer/Fixon, Jura 1992, 579.

²⁴⁸ Von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz, S. 47.

²⁴⁹ Heselhaus, Abgabehoheit der Europäischen Gemeinschaft in der Umweltpolitik, S. 299, 300; Schweitzer/Fixon, Jura 1992, 579, 581.

ihrerseits zur Regelung imstande²⁵⁰. Art. 5 Abs. 2 2. Hs. EGV würde insoweit nur wiedergeben, was aus dem 1. Hs. logisch folgt. In einem dem Amsterdamer Vertrag beigefügten Protokoll, in dem die Mitgliedstaaten die Anwendung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität nach Art. 5 Abs. 2 und 3 EGV durch Leitsätze präzisiert haben, ist nunmehr ausdrücklich festgehalten, dass bei einem Tätigwerden der Gemeinschaft sowohl das Erforderlichkeits- als auch das Besserkriterium erfüllt sein müssen.

Der Subsidiaritätstest enthält somit zwei Komponenten, die kumulativ erfüllt sein müssen, eine negative und eine positive.

Einmal ist die fehlende Effizienz der Verwirklichung eines Ziels der EG durch die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten nachzuweisen („Negativkriterium“). Zum anderen muss die Gemeinschaft aber auch eine gegenüber mitgliedstaatlicher Ebene bessere Regelung treffen können („Positivkriterium“)²⁵¹.

In Ziffer 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Amsterdam wurde versucht, die Bedingungen für die Durchführung des Subsidiaritätstests auf primärrechtlicher Ebene zu konkretisieren. Demnach

- muss der betreffende Bereich transnationale Aspekte aufweisen, die durch die Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können;
- müssen alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen gegen Anforderungen des Vertrages (beispielsweise Erfordernis der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen,

²⁵⁰ Jarass, EuGRZ 1994, 209, 211.

²⁵¹ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 56.

der Vermeidung verschleierter Handelsbeschränkungen oder der Stärkung des wirtschaftlichen oder sozialen Zusammenhalts) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen und

- müssen Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.

Die Tabakwerbung weist transnationale Aspekte nur bei grenzüberschreitender Verbreitung auf. Druckerzeugnisse, werden aber überwiegend lokal, regional oder national vertrieben. Rundfunk und Internet sind ebenfalls zumeist lokal, regional oder national organisiert bzw. werden derart genutzt²⁵². Auch der kostenlosen Verteilung von Tabakprodukten fehlt der Binnenmarktbezug. Es fehlt somit das grenzüberschreitende Element²⁵³. Selbst bei dem geringen grenzüberschreitenden Verkehr der Waren und Dienstleistungen wie Printmedien, Rundfunk und Internet ist es bisher weder zu Behinderungen noch zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen gekommen²⁵⁴, so dass nicht ersichtlich ist, wie die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigt werden. Die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen stellen sich sogar eher als kontraproduktiv dar. Das Verbot von Tabakwerbung wird eher sicherstellen, dass Tabakerzeugnisse aus einem Mitgliedstaat Schwierigkeiten beim Vordringen in neue Märkte haben werden, als dass eine Wettbewerbsverzerrung beseitigt wird²⁵⁵.

²⁵² Oppermann, ZUM 2001, 950, 951, 952.

²⁵³ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

²⁵⁴ Görlitz, EuZW 2003, 485, 488.

²⁵⁵ Di Fabio, AfP 1998, 564, 567; Kamann/Schroeder, Europablätter 1999, 83, 90.

Falls es aber zu Störungen des Binnenmarkts kommen sollte, besteht die Möglichkeit, diese nach den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung erfolgreich zu beheben. Zu denken wäre auch daran, in Gesetzen bestimmte Freihandelsklauseln zu verankern, nach der der betreffende Mitgliedstaat den Handel mit Presseprodukten aus anderen Staaten der Gemeinschaft nicht wegen darin enthaltener Werbung für Tabakprodukte verbieten oder einschränken darf, auch wenn die Werbung mit etwaigen strengeren Vorschriften des Importlandes nicht im Einklang steht.

Wenn ein Tabakwerbeverbot für den Gesundheitsschutz als zielführend angesehen werden sollte, kann dieses, wie es vielfältig auch geschehen ist, von den Mitgliedstaaten selbst eingeführt werden. Es wird oft übersehen, dass auch unterhalb der Gemeinschaftsebene wirksame Maßnahmen ergriffen werden können. Eine nicht zu unterschätzende Bedeutung besitzen dabei auch die Restriktionen durch freiwillige Selbstkontrolle. In Deutschland beispielsweise gibt es freiwillige Vereinbarungen der Wirtschaft, die sich seit über 30 Jahren bewährt haben²⁵⁶.

Weiterhin scheinen jeweils einzelstaatliche Regelungen im Hinblick auf den Gesundheitsschutz aber auch deshalb erfolgsversprechender, weil die Verbrauchergewohnheiten in den einzelnen Staaten stark differieren, es somit angebracht ist, auf diese auch mit jeweils eigenen, den nationalen Besonderheiten entsprechenden Konzepten zu reagieren²⁵⁷.

Von daher können die Mitgliedstaaten selbst erfolgsversprechende Regelungen erlassen.

Ein Handeln auf Gemeinschaftsebene würde mithin keine deutlichen Vorteile mit sich bringen.

Die Richtlinie widerspricht somit dem Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 EGV.

²⁵⁶ Lebensmittel Zeitung vom 8.6.2001, S.3.

²⁵⁷ Schneider, NJW 1998, 578.

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Neben dem Grundsatz der Subsidiarität enthält das Recht der Gemeinschaft eine zweite Schranke zur Ausübung ihrer Kompetenzen, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 3 EGV²⁵⁸.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Art. 5 Abs. 3 EGV besagt, dass die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrages erforderliche Maß hinausgehen dürfen.

Während das Subsidiaritätsprinzip bestimmt, „ob“ die Gemeinschaft handelt, ergeben sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anforderungen an das „Wie“ ihres Handelns²⁵⁹.

Wie das Prinzip der Subsidiarität setzt auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das Bestehen einer Gemeinschaftskompetenz voraus. Im Unterschied zu dem in Abs. 2 geregelten Subsidiaritätsprinzip bezieht sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber auf alle Maßnahmen, so dass auch die ausschließlichen Kompetenzen umfasst sind²⁶⁰.

Wie oben dargelegt, ist die Gemeinschaft zwar für eine Binnenmarktregelung zuständig. Indes handelt es sich bei der Richtlinie nicht um eine Binnenmarktregelung, sondern um eine Regelung des Gesundheitsschutzes. Hierfür ist die Gemeinschaft nicht zuständig.

Im Folgenden soll jedoch die Zuständigkeit der Gemeinschaft unterstellt werden.

Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind die Geeignetheit, Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Maßnahme²⁶¹.

²⁵⁸ Berg, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, S. 406.

²⁵⁹ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 5 EGV Rdn. 45; Hahn/Oberrath, BayVBl. 1998, 353, 355.

²⁶⁰ Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EGV Rdn. 35.

²⁶¹ EuGH, Urt. v. 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rdn. 21.

Im Urteil des EuGH hinsichtlich der Richtlinie 98/43/EG hat diese Thematik keine Berücksichtigung gefunden, da die Nichtigkeit der Richtlinie bereits mangels Gemeinschaftskompetenz feststand. Schlussfolgerungen diesbezüglich können daher aus dem Urteil nicht gezogen werden.

Nach dem Generalanwalt Fennelly erweist sich die Richtlinie als ungeeignet, die von ihr angestrebten Ziele zu erreichen²⁶².

aa) Ziel Binnenmarkt

Fraglich ist, ob die Einführung des neuen Werbe- und Sponsoringverbots zur Erreichung des angeblichen Ziels Binnenmarkt geeignet und auch erforderlich ist.

(1) Geeignetheit

Eine hoheitliche Maßnahme ist dann geeignet, wenn sie die Fähigkeit besitzt, den verfolgten Zweck zu erreichen²⁶³.

Dem Gesetzgeber kommt bei der Beurteilung der Geeignetheit von Maßnahmen ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser Spielraum greift insbesondere bei Bewertung komplexer Zusammenhänge. Eine Maßnahme darf nicht offensichtlich ungeeignet sein²⁶⁴.

Die Richtlinie verbietet Tabakwerbung in:

- Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen
- Diensten der Informationsgesellschaft, wovon insbesondere das Internet umfasst ist
- Rundfunk
- Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakunternehmen

²⁶² Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge vom 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99; Slg. 2000, I-8418, Rdn. 149.

²⁶³ Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 15.

²⁶⁴ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 5 EGV Rdn. 48.

- Sponsoring in Verbindung mit Tabakerzeugnissen, einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen

Um die Geeignetheit besser beurteilen zu können, sind hier die einzelnen Verbotstatbestände gesondert zu prüfen.

Fraglich ist, ob das Tabakwerbeverbot in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen zur Verwirklichung des Ziels Binnenmarkt geeignet ist.

Druckerzeugnisse werden nur im geringen Umfang grenzüberschreitend vertrieben²⁶⁵. Für diesen geringen grenzüberschreitenden Verkehr der Druckerzeugnisse, die Tabakwerbung enthalten, bestehen weder tatsächliche Hindernisse noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen²⁶⁶.

Von daher ist das Werbeverbot in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen nicht zur Verwirklichung des Ziels Binnenmarkt geeignet.

Auch das Verbot der Internetwerbung für Tabakerzeugnisse bringt keinerlei tatsächliche Erleichterungen beim entsprechenden freien Verkehr der Internet-Dienstleistungen mit sich. Das Internet wird hinsichtlich der Werbung für Tabak grenzüberschreitend selten benutzt, sondern nur überwiegend national mit den in Sprache und Mentalität national geprägten Online-Diensten, zu denen auch die jeweilige Werbung gehört. Bei der grenzüberschreitenden Nutzung ist es bisher weder zu Behinderungen noch zu spürbaren Verzerrungen gekommen²⁶⁷.

Das Verbot der Internetwerbung für Tabakerzeugnisse dient auch nicht dem Schutz vor einer Umgehung einer anderen Verbotsvorschrift, etwa des Verbots der Tabakwerbung in

²⁶⁵ Kamann/Schroeder, Europablätter, 1999, 83, 90.

²⁶⁶ Bundesverband der Deutschen Industrie, in: ZAW (Hrsg.), Die Position der Wirtschaft zum neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission vom 30. Mai 2001 (Oktober 2001), http://www.interverband.com/u-img/184/Position_der_Wirtschaft.htm (Stand: 6.6.2004); Schneider, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.7.2001, S. 8.

²⁶⁷ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen.

Das Verbot der Internetwerbung ist somit ebenfalls offensichtlich ungeeignet.

Fraglich ist, wie die Geeignetheit des Verbots der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse zu beurteilen ist.

Grenzüberschreitendes Rundfunkhören existiert nur in seltenen Fällen. Bestehende oder wahrscheinliche zukünftige Hemmnisse in diesem gemeinschaftsrechtlichen Rundfunkmarkt sind ebenso wenig ersichtlich wie spürbare Wettbewerbsverzerrungen²⁶⁸. Der Schutz vor einer Umgehung einer anderen Verbotsvorschrift kommt auch nicht in Betracht²⁶⁹. Das Verbot ist somit schlechthin ungeeignet zur Verwirklichung des Binnenmarkts.

Das Verbot des Sponsorings von Rundfunkprogrammen trägt ebenfalls nichts zur Beseitigung von Hemmnissen oder spürbaren Wettbewerbsverzerrungen bei²⁷⁰.

Es ist mithin schlechthin ungeeignet.

Art. 5 der Richtlinie enthält ein allgemeines Sponsoringverbot. Erforderlich gewesen wäre aber ein branchenspezifisches Sponsoringverbot, jeweils gedeckt durch entsprechende Wettbewerbsdefizite in der jeweiligen Branche. Auch begegnet das Verbot von Sponsoringmaßnahmen hinsichtlich seiner Effektivität schon deshalb Bedenken, weil jederzeit die Möglichkeit der Verlagerung der betroffenen Veranstaltung in Drittstaaten außerhalb der Europäischen Union besteht²⁷¹.

Das Sponsoringverbot ist mithin ebenfalls zur Verwirklichung des Ziels Binnenmarkt ungeeignet.

²⁶⁸ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

²⁶⁹ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

²⁷⁰ Görlitz, ZUM 2002, 97, 104.

²⁷¹ Bundesverband der Deutschen Industrie, in: ZAW (Hrsg.), Die Position der Wirtschaft zum neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission vom 30. Mai 2001 (Oktober 2001), http://www.interverband.com/u-img/184/Position_der_Wirtschaft.htm (Stand: 6.6.2004).

Auch bei der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen bei den gesponserten Veranstaltungen fehlt als jeweils lokales Ereignis der Binnenmarktbezug²⁷².

Der Schutz vor einer Umgehung einer anderen Verbotsvorschrift kommt auch nicht in Betracht, das Verbot ist mithin nicht geeignet.

Das Tabakwerbe- und Sponsoringverbot in der Richtlinie 2003/33/EG ist insgesamt nicht zur Verwirklichung des Binnenmarkts geeignet.

(2) Erforderlichkeit

Selbst wenn das Verbot geeignet wäre, würde sich die Frage nach der Erforderlichkeit des Verbots stellen.

Bei der Erforderlichkeit ist zu untersuchen, ob bei einer ex-ante-Betrachtung kein anderes gleich wirksames, aber weniger eingriffsintensives Mittel zur Verfügung gestanden hat²⁷³. Allerdings nimmt der EuGH seine Kontrollkompetenz im Rahmen der Erforderlichkeit weit zurück und begründet dies auch hiermit, dass dem Rat ein weites Ermessen zuzugestehen sei, damit dieser einen Ausgleich zwischen divergierenden Interessen schaffen könne²⁷⁴.

Die Richtlinie bezieht beim Verbot der Tabakwerbung in Druckerzeugnissen auch solche Erzeugnisse mit ausschließlich regionaler oder lokaler Bedeutung ein. Hier fehlt eine grenzüberschreitende Bedeutung vollständig²⁷⁵. Diese Erzeugnisse würden von einer Harmonisierung von Vorschriften, die den Binnenmarkt dienen sollen, in keiner Weise profitieren²⁷⁶.

²⁷² Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

²⁷³ EuGH, Urt. v. 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rdn. 21.

²⁷⁴ EuGH, Urt. v. 13.5.1997, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rdn. 55, 56.

²⁷⁵ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

²⁷⁶ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

Es könnte der allgemeine Gleichheitsgrundsatz als allgemeiner Gleichheitssatz eine undifferenzierte Einbeziehung gebieten²⁷⁷.

Der allgemeine Gleichheitssatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts gebietet, Gleiches gleich zu behandeln und verlangt nach Differenzierung bei Ungleichheiten²⁷⁸.

Es müsste somit etwas Gleiches vorliegen.

Es wird argumentiert, die Ausklammerung der regionalen und lokalen Presse führe zu Wettbewerbsverzerrungen auf den nationalen Pressemärkten. Rein regionale bzw. lokale Zeitungen und Zeitschriften hätten weiter Zugriff auf eine wichtige Finanzierungsquelle, die den anderen Presseerzeugnissen verschlossen wäre. Insofern wären Zeitungen mit potenziell grenzüberschreitender Bedeutung im Inland benachteiligt²⁷⁹. Gleiches könnte auch für alle anderen Druck-erzeugnisse gelten.

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt dann vor, wenn die Produkte in Konkurrenz zueinander stehen. Es muss tatsächlich eine Wettbewerbssituation vorliegen.

Printmedien mit rein regionaler bzw. lokaler Verbreitung bilden mit überregionalen Medien jedoch keinen einheitlichen Markt. Direkte Störungen des Wettbewerbs liegen von daher nicht vor²⁸⁰.

Aus diesem Grund greift das Argument der Gleichbehandlung nicht durch²⁸¹.

Auch der allgemeine Gleichheitssatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts gebietet nämlich lediglich, Gleiches gleich zu behandeln: Ungleiches braucht nicht gleich behandelt zu werden²⁸².

²⁷⁷ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

²⁷⁸ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

²⁷⁹ Vgl. zu diesem Argument: Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

²⁸⁰ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

²⁸¹ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

²⁸² Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

Die Richtlinie geht auf die Problematik der lokalen und regionalen Druckerzeugnisse überhaupt nicht ein.

Görlitz²⁸³ führt zur Stützung des umfassenden Tabakwerbverbots in der Presse an, dass jedenfalls in der Einbeziehung der regionalen und lokalen Presse eine offenkundige Überschreitung des Legislativermessens nicht zwingend zu sehen sei. Die Abgrenzung von rein lokaler und regionaler Presse einerseits und überregionaler Presse andererseits sei unpraktikabel, da die Presselandschaft und damit die Verbreitung einzelner Presseerzeugnisse in einem stetigen Wandel begriffen sei.

Eine rechtliche Schlussfolgerung lässt sich daraus nicht ableiten. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Veröffentlichungen mit und ohne Binnenmarktbezug ist anhand der Warenströme sehr einfach. Zeitungen, die ausschließlich auf den Inlandsmarkt eines Mitgliedstaates vertrieben werden, sind ersichtlich ohne jeden Binnenmarktbezug. Wenn dann aber kein auch nur denkbarer Beitrag zur Verbesserung des Binnenmarkts geleistet werden kann, dann ist das Legislativermessen jedenfalls offensichtlich überschritten.

Die Einbeziehung lokaler und regionaler Printmedien in das Verbot ist nicht erforderlich²⁸⁴. Die Ausklammerung dieser Printmedien stellt somit ein die mitgliedstaatlichen Kompetenzen weniger einschränkendes Mittel dar.

Neben dem Ausschluss der lokalen und regionalen Druckerzeugnisse als milderes Mittel kommt als weiteres milderes Mittel gegenüber dem umfassenden Verbot eine Freiverkehrsklausel in Betracht, nach der die Mitgliedstaaten den Handel mit Presseprodukten aus anderen Staaten der Gemeinschaft nicht wegen der darin enthaltenen Werbung für Tabakprodukte verbieten oder einschränken dürfen, auch

²⁸³ Görlitz, ZUM 2002, 97, 102.

²⁸⁴ Financial Times Deutschland vom 16.11.2001, S. 16; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.11.2001, S. 17; Schneider, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.7.2001, S. 8; Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

wenn die Werbung mit etwaigen strengeren Vorschriften des Importlandes nicht im Einklang steht. Eine solche Bestimmung wäre offenkundig in gleicher Weise wie das umfassende Verbot geeignet, für eine Verbesserung des Binnenmarktes zu sorgen. Ein umfassendes Verbot der Presse ist somit auch aus diesem Grunde nicht erforderlich.

Auch der Hörfunk ist fast ausschließlich national, zumeist aber regional oder lokal organisiert. Hier fehlt es ebenfalls am Binnenmarktbezug. Bei den Hörfunksendungen kann aufgrund ihrer technischen Reichweite ein grenzüberschreitender Empfang oft ausgeschlossen werden. Somit kann zumindest der regional und lokal organisierte Rundfunk aus dem Verbotsbereich ausgeklammert werden. Es handelt sich dabei um ein im Vergleich zum umfassenden Rundfunkverbot milderes und gleich geeignetes Mittel.

Somit ist die Einbeziehung des national, regional oder lokalen Rundfunks nicht erforderlich²⁸⁵.

Fraglich ist, ob diese Einschränkung auch beim Internetverbot vorgenommen werden muß.

Bei der Internetnutzung kann aufgrund des Charakters des Internets oder aufgrund von Vorkehrungen des Nutzers nicht ausgeschlossen werden, dass es grenzüberschreitend genutzt wird.

Von daher ist eine Ausklammerung der nicht grenzüberschreitenden Nutzung nicht möglich.

Insgesamt gesehen ist das in der Richtlinie enthaltene Verbot weder geeignet noch hinsichtlich der Druckerzeugnisse und des Rundfunks erforderlich.

(3) Angemessenheit

Im Übrigen wäre ein solch umfassendes Verbot der Tabakwerbung auch nicht angemessen zum angestrebten Zweck

²⁸⁵ Financial Times Deutschland vom 16.11.2001, S. 16; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.11.2001, S. 17.

des Binnenmarkts.

Eine Maßnahme verstößt gegen dieses Prinzip, wenn die verursachten Nachteile zu den angestrebten Zielen außer Verhältnis stehen. Allerdings hat der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Abwägung der einzelnen Vor- und Nachteile seiner Maßnahme einen Einschätzungsspielraum²⁸⁶.

Die Umsetzung des Werbeverbot führt zu wirtschaftlichen Belastungen, insbesondere in zahlreichen Medien und Werbeagenturen. Ihnen entgehen Werbeeinnahmen²⁸⁷. Besonders die Presse ist stark betroffen. Bei den großen deutschen Zeitungsverlagen beispielsweise betragen die Einnahmen aus der Tabakwerbung einen erheblichen Anteil der gesamten Werbeeinnahmen. Der Verlust bei einem Tabakwerbeverbot für Zeitschriften und Tageszeitungen beläuft sich auf 50 Millionen Euro²⁸⁸. Für einige Verlage hat der Verlust von Einnahmen existenzgefährdende Auswirkungen. Ein Tabakwerbeverbot gefährdet Arbeitsplätze in zahlreichen Medien, Werbeagenturen und Firmen des Sponsorings²⁸⁹.

Hinzu kommt, dass es sich bei Tabakerzeugnissen um legale Produkte handelt. Alle legalen Produkte und Dienstleistungen müssen beworben werden dürfen²⁹⁰.

Auf der anderen Seite bringt ein solches umfassendes Verbot keine nennenswerten tatsächlichen Verbesserungen des Binnenmarkts mit sich. Sie liegen weder tatsächlich vor, noch werden sie von der Kommission behauptet. Es wird vielmehr damit das Gegenteil dessen erreicht, was bezweckt wird: Es findet keine Erleichterung, sondern eine Behinderung des Binnenmarkts statt²⁹¹:

Durch das Tabakwerbeverbot werden nämlich auch die Tabakwaren selbst betroffen, obwohl eine Förderung des Bin-

²⁸⁶ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

²⁸⁷ Die Tabak Zeitung vom 19.4.2002, S. 1.

²⁸⁸ Die Tabak Zeitung vom 19.4.2002, S. 1.

²⁸⁹ Die Tabak Zeitung vom 19.4.2002, S. 1.

²⁹⁰ General-Anzeiger vom 3.12.2002, S. 19; New Business vom 25.11.2002, S. 22.

²⁹¹ BR-Drs. 555/1/01 (Empfehlung) vom 5.10.2001, S. 7.

nenmarkts gerade darin bestehen sollte, die gegenseitigen nationalen Märkte für Waren aus anderen Mitgliedstaaten zu öffnen. Dieses Ziel zu erreichen, verfolgt aber gerade die Werbung und nicht ein Verbot der Werbung. Damit sich ein neues Produkt auf dem Markt etablieren kann, muss es bekannt werden. Den notwendigen Bekanntheitsgrad kann es aber nur durch Werbung erreichen. Darauf wies auch Generalanwalt Jakobs hin, indem er betonte: "Ein Werbeverbot führt zur Verfestigung bestehender Gebrauchsgewohnheiten, zur Erstarrung der Märkte und zur Erhaltung des status quo. Maßnahmen, die Werbung verbieten oder stark einschränken, führen somit unausweichlich dazu, dass die inländischen Hersteller geschützt und die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Hersteller benachteiligt werden"²⁹².

Treffender können Bedeutung und Wirkung eines Werbeverbots kaum dargestellt werden. Werbung dient der Förderung des Marktzugangs neuer Produkte.

Um die Auswirkungen eines Werbeverbots zu beurteilen, genügt ein Blick in diejenigen Mitgliedstaaten, die bereits ein Werbeverbot für Tabakerzeugnisse kennen: in Frankreich, Italien und Spanien genießen die nationalen Tabakunternehmen praktisch eine Monopolstellung²⁹³. Ein Eindringen ausländischer Tabakunternehmen in die durch ein Werbeverbot praktisch abgeschotteten nationalen Märkte erscheint fast unmöglich. Im Ergebnis erreicht man mit einem Werbeverbot genau das Gegenteil dessen, was bezweckt werden soll: Der Binnenmarkt für Tabakerzeugnisse wird behindert, die Abschottung nationaler Märkte begünstigt²⁹⁴.

Bei einer derartigen Lage kann die Zweck/Mittel-Relation nur zu Lasten des Binnenmarkts ausfallen.

²⁹² Jacobs, Schlussanträge v. 24.11.1994, C-412/93, Slg. 1995, I-179, Rdn.20.

²⁹³ Kirchhof/Frick, AfP 1991, 677, 678.

²⁹⁴ Di Fabio, AfP 1998, 564, 567; Kamann/Schroeder, Europablätter 1999, 83, 90

Von daher genügt das Verbot aus mehreren Gründen nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Bezug auf das Ziel Binnenmarkt.

bb) Ziel Gesundheitsschutz

(1) Geeignetheit

Zu prüfen ist, ob das Werbeverbot zur Verwirklichung des Ziels Gesundheitsschutz, wenn man es als Ziel anerkennen sollte, geeignet ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat bei dieser Frage einen weiten Ermessensspielraum. Die Maßnahme darf nicht offensichtlich ungeeignet sein²⁹⁵.

Voraussetzung dafür ist, dass die Tabakwerbung Einfluss auf den Konsum von Tabak hat. Dies ist umstritten.

In erster Linie argumentieren die Hersteller von Tabakerzeugnissen und die Werbewirtschaft dagegen. Sie sind der Ansicht, dass die Tabakwerbung keinerlei Einfluss auf den Gesamtverbrauch habe²⁹⁶.

Gegen den Einfluss der Werbung auf das Rauchverhalten Jugendlicher spreche beispielsweise ein Vergleich mit Italien und Deutschland. Der Zigarettenverbrauch in Italien sei nach dem 1962 eingeführten Werbeverbot ständig gestiegen²⁹⁷. Und auch das in der Bundesrepublik Deutschland bereits seit 1974 gültige Verbot im Fernsehen schließlich habe weder zu einem Rückgang des Zigarettenkonsums insgesamt noch speziell unter Kindern und Jugendlichen geführt²⁹⁸.

Schließlich wird auch auf die Erfahrung in Ländern verwiesen, in denen es nie Tabakwerbung gegeben hat, so die

²⁹⁵ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 5 EGV Rdn. 48.

²⁹⁶ Nachweise dazu bei: Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 79; Zapka, RIW 1990, 132, 136.

²⁹⁷ Nachweise dazu bei: Zapka, RIW 1990, 132, 136.

²⁹⁸ Nachweise dazu bei: Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 33.

Länder in Osteuropa. Dort sei der Zigarettenkonsum ständig stärker als die Bevölkerungszahl gestiegen²⁹⁹.

Beim Zigarettenmarkt handele es sich um einen gesättigten Markt. Die Tabakwerbung könne daher allein den Absatz einer bestimmten Marke erhöhen, was dann aber immer auf Kosten einer Konkurrenzmarke gehe. Werbung bewirke also auf den Zigarettenmarkt immer nur eine Verschiebung von Marktanteilen der einzelnen Marken untereinander³⁰⁰. Zur Erklärung wird auf Studien und Erkenntnisse der Werbepsychologie verwiesen³⁰¹.

Diejenigen, die von einem Einfluss der Tabakwerbung auf den Konsum unter Bezugnahme auf Studien ausgehen³⁰², sehen den Hauptvorwurf gegen die Tabakwerbung darin, dass gerade Jugendliche für den Tabakkonsum sehr empfänglich seien und so die Gefahr bestünde, dass sie durch Werbung zum Rauchen veranlasst werden³⁰³.

Dem werden insbesondere von der Werbewirtschaft Untersuchungen entgegengehalten, die nahe legen, dass ganz andere Gründe dafür entscheidend sind, dass Jugendliche mit dem Rauchen anfangen³⁰⁴. Als solche Faktoren kämen beispielsweise das Rauchverhalten der Bezugsperson in Betracht, namentlich der Eltern und Geschwister, aber auch der

²⁹⁹ Nachweise dazu bei: Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 80.

³⁰⁰ Nachweise dazu bei: Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 80; Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 32.

³⁰¹ Nachweise dazu bei: Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 80; Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 32.

³⁰² Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drs. 14/6780, S. 6, 7; Siekmann, DÖV 2003, 657, 661.

³⁰³ Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drs. 14/6780, S. 6, 7; Siekmann, DÖV 2003, 657, 661.

³⁰⁴ Nachweise dazu bei: Hallier, MA 1985, 444, 449; Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 81; Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 33.

Freunde und Bekannte, das auf einem Nachahmungsgehabe beruhe. Daneben spiele jugendlicher Protest gegen Bevormundung durch Ältere, das Konformitätsverhalten in der Gruppe wie das Imponiergehabe eine entscheidende Rolle³⁰⁵.

Ganz abgesehen von dem wissenschaftlich nicht geklärten Streit über die Auswirkungen der Tabakwerbung auf den Tabakkonsum allgemein, kommen unabhängig voneinander entstandene wissenschaftliche Expertisen, die in dem Verfahren C-376/98 dem Gerichtshof vom Gemeinschaftsgesetzgeber zur vermeintlichen Stützung der Richtlinie 98/43/EG vorgelegt wurden, jedoch übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass nur umfassende Verbote Wirkung in Richtung einer Senkung des Tabakverbrauchs entfalten³⁰⁶.

Beschränkte Verbote berühren nach diesen Untersuchungen dagegen die Wirkung der Werbung nur minimal, weil sie Ersatzwerbung in jeweils anderen Medien erlauben. Der Gesamteinfluss der Werbung und auch die Gesamtkosten blieben bei diesen beschränkten Verboten praktisch gleich.

Pointiert formulierte Generalanwalt Fennelly, der Gemeinschaftsgesetzgeber habe gezeigt, dass er vernünftige Gründe für die Annahme habe, dass eine begrenzte Beschränkung der Tabakwerbung *unwirksam* sein würde³⁰⁷.

Auch die Kommission betont unter Berufung auf einen Bericht der Weltbank, der in Wirklichkeit nur eine persönliche Äußerung der Autoren Jha/Chaloupka darstellt, dass Werbeverbote nur dann wirksam sind, wenn sie *umfassend* sind und sich auf sämtliche Medien sowie sämtliche Verwen-

³⁰⁵ Nachweise dazu bei: Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 81; Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 33.

³⁰⁶ Siehe dazu bei: Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 162.

³⁰⁷ Fennelly, Schlussanträge v.15.6.2000, Rs. C- 376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 164.

dungszwecke von Markennamen und Logos erstrecken³⁰⁸. Die Tabakwerbeverbote der neuen Richtlinie jedoch sind nicht umfassend. Vielmehr werden nach Art. 1 und Art. 2-5 der Richtlinie „nur“ erfasst:

- Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen
- Dienste der Informationsgesellschaft
- Rundfunk
- Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakunternehmen
- Sponsoring in Verbindung mit Tabakerzeugnissen, einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen

Damit erweisen sich die begrenzten Werbeverbote der neuen Richtlinie 2003/33/EG als schlechthin ungeeignet, einen Beitrag zum Gesundheitsschutz zu leisten³⁰⁹.

(2) Erforderlichkeit

Im Übrigen ist fraglich, ob ein solches Verbot auch erforderlich wäre.

Eine Maßnahme ist dann erforderlich, wenn keine weniger eingreifende Maßnahmen möglich ist, die das verfolgte Ziel mit gleicher Wirksamkeit erreichen kann³¹⁰.

Als milderer Mittel käme eine Aufklärungskampagne der Gemeinschaft über die Gesundheitsrisiken des Rauchens in Betracht.

Mit einer solchen Kampagne läge die Gemeinschaft auf der Linie ihrer bisherigen Politik im Gesundheitsbereich, die auf Aufklärung und Information des Verbrauchers über die mit

³⁰⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, KOM/2001/283 endg., S. 7.

³⁰⁹ Oppermann, ZUM 2001, 950, 951.

³¹⁰ Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 348.

dem Rauchen verbundenen Gesundheitsrisiken setzt und die Tabakhersteller durch die Etikettierungsrichtlinie vom 13.11.1989³¹¹ verpflichtet, Zigarettenverpackungen mit Warnhinweisen, wie „Rauchen gefährdet die Gesundheit“ zu versehen. Auch in diesem Zusammenhang ist die erst kürzlich verabschiedete Richtlinie 2001/27/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen zu nennen³¹². Diese löst die Tabaketikettierungsrichtlinie einschließlich ihrer Änderungsrichtlinie³¹³ und die Tabakinhaltsstoffrichtlinie³¹⁴ ab. Die auf Art. 95 und 133 EGV gestützte Richtlinie reduziert den zulässigen Höchstgehalt an Teer, Nikotin und Kohlenmonoxid in Zigaretten und verschärft die Warnhinweise auf Zigarettenverpackungen („Rauchen ist tödlich“ usw). Die Tabakproduktrichtlinie verschärft damit die genannten Vorgängerrichtlinien³¹⁵.

Vor allem entspräche ein solches Vorgehen dem Bild eines mündigen Verbrauchers, von dem der EuGH in ständiger Rechtsprechung ausgeht³¹⁶.

Wenn man mit dem EuGH vom Bild eines mündigen Ver-

³¹¹ Richtlinie 89/622/EWG des Rates vom 13.11.1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, ABl.EG Nr. L 359 vom 13.11.1989, S. 1, geändert durch die Richtlinie 92/41/EWG, ABl.EG Nr. L 158 vom 15.5.1992, S. 30.

³¹² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen, ABl.EG 2001 Nr. L 194 vom 18.7.2001, S. 26.

³¹³ Richtlinie 89/622/EWG des Rates vom 13.11.1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, ABl.EG Nr. L 359 vom 13.11.1989, S. 1, geändert durch die Richtlinie 92/41/EWG, ABl.EG Nr. L 158 vom 15.5.1992, S. 30.

³¹⁴ Richtlinie 90/239/EWG des Rates vom 17.5.1990 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten, ABl.EG Nr. L 137 vom 17.5. 1990, S. 36.

³¹⁵ Schroeder, EuZW 2001, 489 ff.

³¹⁶ Leisner, EuZW 1991, 498, 501.

brauchers ausgeht, muss man ihn auch als fähig ansehen, den Gefahren und Verlockungen der Werbung zu widerstehen³¹⁷. Trifft er aus eigener, selbstbestimmter und freier Überzeugung dennoch die Entscheidung zum Konsum des deutlich als gesundheitsschädlich gekennzeichneten Produktes, so muss dies vom Gemeinschaftsgesetzgeber toleriert werden und kann ihn nicht dazu berechtigen, alle Verbraucher mit einem Informationsverbot zu belegen. Ausnahmen sind erst dann gerechtfertigt, wenn es um den Schutz einer bestimmten Personengruppe, wie Kinder und Jugendliche geht, die aufgrund ihres Alters noch nicht als zu einer verantwortungsbewussten Entscheidung fähige und damit mündige Bürger eingestuft werden können. Geht es speziell um ihren Schutz, sind starke Einschränkungen erlaubt³¹⁸.

Denkbar wäre ein partielles Verbot der Werbung an speziell von Jugendlichen aufgesuchten Orten, wie Diskotheken, Jugendzentren und Schulen, sowie in von Jugendlichen bevorzugten oder speziell an sie gerichteten Medien, wie beispielsweise Jugendzeitschriften³¹⁹.

In Betracht käme auch, das Sponsoring bei denjenigen Veranstaltungen zu verbieten, die speziell von Jugendlichen aufgesucht werden, sowie die Internet-Tabakwerbung durch Einführung eines Systems der Zugangskontrolle auf die Fachleute auf dem Tabaksektor sowie auf Erwachsene zu beschränken.

Des Weiteren kann man die Einführung einer Chipkarte für den Automatenverkauf in Erwägung ziehen, so dass Jugendliche an Automaten grundsätzlich keine Zigaretten kaufen können.

Selbst wenn man die Geeignetheit des Verbots unterstellen würde, wäre das Verbot somit nicht erforderlich.

³¹⁷ Graf Lambsdorff, Die Welt vom 9.6. 2001, S. 12; Leisner, EuZW 1991, 498, 503; Stein, Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, S.18.

³¹⁸ Stiess/Hellert, ZUM 2000, 1038, 1045.

³¹⁹ Stewing, RIW 1993, 185, 186.

(3) Angemessenheit

Schließlich ist fraglich, ob das Tabakwerbeverbot angemessen hinsichtlich des Ziels Gesundheitsschutz ist.

Eine Maßnahme verstößt gegen dieses Prinzip, wenn die verursachten Nachteile zu den angestrebten Zielen außer Verhältnis stehen. Allerdings hat der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Abwägung der einzelnen Vor- und Nachteile seiner Maßnahme einen Einschätzungsspielraum³²⁰.

Die Werbung für das Genussmittel Tabak betrifft letztlich Konsumgüter, die legal und frei zugänglich sind. Es versteht sich von selbst, dass für Produkte, deren Genuss verboten ist oder Verhaltensweisen, die illegal sind, auch nicht geworben werden darf. Ist ein Produkt jedoch am Markt legal und frei erhältlich, sprechen grundsätzlich keine Gründe gegen seine Werbung³²¹. Schließlich wird dadurch auch dem Bild eines mündigen Verbrauchers Rechnung getragen. Diesem muss die Möglichkeit gegeben werden, sich über ein legales Produkt auch zu informieren³²².

Von großer Bedeutung ist auch, dass die Gemeinschaft sich mit ihrem Werbeverbot für Tabakerzeugnisse selbst in Widerspruch setzt. Denn sie fördert den Tabakanbau durch Subventionen³²³. Sie kann aber nicht auf der einen Seite den Tabakanbau fördern, auf der anderen Seite die Werbung für dieses von ihr geförderte Produkt verbieten³²⁴.

Hinzu kommt, dass das Werbeverbot gravierende wirtschaftliche Folgen hat. Durch das Werbeverbot geht ein großer Teil der Werbeeinnahmen verloren. Dies hat besonders für die Presse erhebliche finanzielle Folgen, was einen Verlust von zahlreichen Arbeitsplätzen bedeutet³²⁵.

³²⁰ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

³²¹ General-Anzeiger vom 3.12.2002, S. 19.

³²² Graf Lambsdorff, Die Welt vom 9.6.2001, S. 12

³²³ Posener, Die Welt vom 31.5.2001, S. 10.

³²⁴ Graf Lambsdorff, Die Welt vom 9.6.2001, S. 12.

³²⁵ Vwd Vereinigte Wirtschaftsdienste Online vom 17.4.2002.

Dem steht der Gesundheitsschutz gegenüber, der generell ein hochrangiges Rechtsgut ist. Wie dargelegt, ist aber nicht wissenschaftlich erwiesen, dass die Werbung Einfluss auf das Konsumverhalten von Tabak hat. Auch hat sich herausgestellt, dass ein beschränktes Werbeverbot unwirksam in Hinblick auf das Ziel Gesundheitsschutz ist. Bei einer derartigen Lage kann jedenfalls nicht mehr von einer Gleichwertigkeit der Rechtsgüter gesprochen werden, was dazu führt, dass das Verbot nicht mehr als angemessen angesehen werden kann.

Von daher genügt das Verbot hinsichtlich des Ziels Gesundheitsschutz nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Abschließend lässt sich somit feststellen, dass die Richtlinie in verschiedener Hinsicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 3 EGV verstößt.

III. Exkurs: Reformüberlegungen hinsichtlich einer neuen Kompetenzordnung für die EU

Die neue Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen ist genauso wie ihre Vorgängerrichtlinie ein Beispiel dafür, dass die Europäische Gemeinschaft wegen der Ungenauigkeit der Abgrenzung der Binnenmarktzuständigkeit diese dazu verwendet, in Bereichen außerhalb ihrer Zuständigkeit, nämlich im Gesundheitsschutz tätig zu werden. Diese extensive Ausweitung ihrer Kompetenz bei Art. 95 EGV und im Übrigen auch bei der Flexibilitätsklausel des Art. 308 EGV wird seit einiger Zeit kritisiert³²⁶. Beanstan-

³²⁶ Zu Art. 95 EGV: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9.11.2002, S. 2; Götz, JZ 2001, 34, 36; Schwarze, EuZW 2004, 135, 137; Vedder, in: Götz/Soria, Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 1,19; von Danwitz, RIW 2003, 1; Wuermeling, Politische Studien 1/2003, 37, 42; Zu Art. 95 und 308 EGV: Soria, in: Götz/Soria, Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 73, 79, 80; Zu Art. 308 EGV: Borchmann, EuZW 1998, 641; Eiselstein, ZRP 1991, 18, 22; Möschel, JZ 1992, 877, 882; Weber, JZ 1993, 325, 328; Weidenfeld, Reform der Europäischen Union, S. 36.

det wird auch die mangelnde Klarheit der Kompetenzabgrenzung generell zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, die es für den europäischen Bürger schwer verständlich mache, wie die Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten verteilt sind³²⁷. Der unter dem Vorsitz von Giscard d'Estaing tagende Verfassungskonvent hatte deshalb den Auftrag erhalten, Vorschläge für eine effektive und transparente Kompetenzverteilung zu entwickeln, welche die Handlungsfähigkeit der Union auch nach der Erweiterung gewährleisten soll, zugleich aber ein „Hineinregieren“ der Brüsseler Organe in alleinige Angelegenheiten der Mitgliedstaaten, Regionen und Kommunen verhindert³²⁸. Die Mitglieder des EU-Konvents haben den Textentwurf für eine neue Verfassung für Europa am 10.7.2003 unterzeichnet³²⁹. Dieser ist noch nicht bindend³³⁰. Verabschiedet werden sollte der neue Verfassungsvertrag noch vor den für Juni 2004 anstehenden Europawahlen zum Europäischen Parlament³³¹. Dies ist jedoch nicht geschehen. Vor diesem Hintergrund sollen nun einzelne Reformüberlegungen hinsichtlich einer neuen Kompetenzordnung wiedergegeben werden³³² und anschließend der Textentwurf der neuen Verfassung³³³ vorgestellt und bewertet werden.

1. Einführung eines Kompetenzkatalogs

Ein Hauptelement der Reformdiskussion bilden Überlegungen zur Einführung eines abschließenden Kompetenzkata-

³²⁷ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9.11.2002, S. 2; Pernice, JZ 2000, 866, 867; Schwarze, DVBl. 1999, 1677, 1685.

³²⁸ <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDE.pdf> (Stand: 7.6.2004).

³²⁹ Europa-Report, EuZW 2003, 546.

³³⁰ EU- Verfassungskonvent, Dokumentation, EuGRZ 2003, 315.

³³¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27.3.2004.

³³² Beneyto, in: Scheuing, Europäische Verfassungsordnung, S. 101, 112; Götz, in: Götz/Soria, Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 83, 93; Oppermann, DVBl. 2003, 1, 7; Pernice, JZ 2000, 866; Reich, EuGRZ 2001, 1, 15; von Bogdandy/Bast, EuGRZ 2001, 441, 451.

³³³ ABl. EG Nr. C 169 vom 18.7.2003, S. 1 ff.

logs³³⁴. Ein Kompetenzkatalog soll mehr Klarheit bringen³³⁵ und ein Übergreifen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verhindern. Dabei wird vorgeschlagen, bei den Kompetenzarten zwischen ausschließlich und geteilten Kompetenzen zu unterscheiden³³⁶. Als dritte Gruppe wird von ergänzenden oder unterstützenden Kompetenzen gesprochen³³⁷. Hierbei handelt es sich um Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten, in deren Bereich die Union nach Maßgabe des Vertrags unterstützend tätig wird, beispielsweise durch finanzielle Förderung³³⁸.

Von anderer Seite wird ein solcher Kompetenzkatalog abgelehnt³³⁹. Es wird vorgetragen, dass die Gefahr bestünde, dass aufgelistete Kompetenzen der Gemeinschaft zu einer Erstarrung dieses auf stetige dynamische Entwicklung ausgerichteten Gebildes führen würde³⁴⁰.

Der Verfassungsentwurf enthält in seinem Teil I eine Aufzählung der einzelnen Kompetenzen. Die Kompetenzen werden in ausschließliche, geteilte und ergänzende Kompetenzen unterteilt. Daneben werden die Einzelheiten des Umfangs und der Ausübung vor allem der geteilten Zuständigkeiten in den Spezialregelungen zu den einzelnen Fachpolitiken in Teil III des Entwurfs genannt.

Zuzugestehen ist, dass ein Kompetenzkatalog dem dynamischen Prozess insofern zuwiderläuft, als ein starres Kompetenzgefüge mit der Unmöglichkeit einer permanenten Anpassung an neue tatsächliche Situationen geschaffen wird. Dies

³³⁴ Leinen, in: Timmermann, Eine Verfassung für die Europäische Union, 57, 65; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60.

³³⁵ Oppermann, DVBl. 2003, 1165, 1172; Steeg, EuZW 2003, 325, 326, 327.

³³⁶ Oppermann, DVBl. 2003, 1, 7; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60.

³³⁷ Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60; Wuermeling, in: Politische Studien, 37, 42.

³³⁸ Mayer, ZaöRV 2001, 577 ff; Oppermann, DVBl, 2003, 1, 7.

³³⁹ Clement, in: Walter-Hallstein-Institut (Hrsg.), Die Reform der europäischen Institutionen, Bd. 3, 177, 184; Everling, EuZW 2002, 357; Pernice, JZ 2000, 866, 873; Reich, EuGRZ 2001, 1, 15; Schwarze, DVBl. 1995, 1265, 1269;

³⁴⁰ Bungenberg, EuR 2000, 879, 896; Reich, EuGRZ 2001, 1, 15.

ist aber zu Zwecken größerer Klarheit bei der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union hinzunehmen; denn diese Klarheit trägt dazu bei, ein Übergreifen von Gemeinschaftstätigkeiten in die Kompetenz der Mitgliedstaaten zu verhindern. Es muss dafür gesorgt werden, dass die Gemeinschaft ihre Kompetenzen nicht extensiv gebraucht. Die Systematik der bisherigen Kompetenzbestimmungen hat zu unbegrenzten Interpretationsmöglichkeiten geführt. Für unvorhergesehene Fälle gibt es immer noch den Art. 308 EGV, auf den später noch ausführlicher eingegangen wird. Eine völlige Offenheit der Kompetenzordnung ist dafür nicht notwendig³⁴¹.

2. Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip und Kontrolle der Kompetenzabgrenzung- und ausübung

Viele sind der Auffassung, dass das Subsidiaritätsprinzip, das mit dem Vertrag von Maastricht als Mechanismus zur Regulierung der Wahrnehmung der nicht ausschließlichen Kompetenzen der Gemeinschaft eingeführt wurde, nicht zu den erwarteten Ergebnissen geführt hat³⁴². Da die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Einzelfall einer politischen Abwägung von Seiten der Organe unterliege, hätten Erwägungen politischer Art bisweilen über die Einhaltung dieses Prinzips gesiegt. Dies habe bewirkt, dass die Gemeinschaft bisweilen in Bereichen tätig werde, in denen die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahmen von den Mitgliedstaaten ausreichend verwirklicht werden könnten.

Es werden detaillierte Kriterien für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips gefordert³⁴³.

³⁴¹ Wuermeling, in: Politische Studien 1/2003, S. 37, 41.

³⁴² Bocklet, in: Politische Studien 1/2003, S. 6, 8 ff; Boeck, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, S. 93 ff; Goll/Kenntner, EuZW 2002, 101, 102.

³⁴³ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9.11.2002, S. 2.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist hingegen nach weit verbreiteter Auffassung in der Fassung des Art. 5 Abs. 3 EGV befriedigend ausgestaltet und sollte daher fast unverändert in den Verfassungsvertrag übernommen werden³⁴⁴.

Zur Verbesserung der Kompetenzabgrenzung und –ausübung wird über eine Intensivierung der politischen und/oder gerichtlichen Kontrolle der Kompetenzverteilung und des Subsidiaritätsprinzips diskutiert³⁴⁵. Dabei besteht die Möglichkeit einer politischen ex-ante Kontrolle und einer gerichtlichen ex-ante Kontrolle, also zwischen der Annahme eines gemeinschaftlichen Rechtsakts und seinem Inkrafttreten. Zum Teil wird vertreten, das Subsidiaritätsprinzip einer politischen Kontrolle zu unterwerfen³⁴⁶. Dies soll garantieren, dass die Europäische Union nicht über das zur Ausübung notwendige Maß hinaus in Angelegenheiten der Mitgliedstaaten eingreift. Die Kontrolle solle dabei von den nationalen Parlamenten ausgeübt werden³⁴⁷. Auch sei über eine Intensivierung der Kontrolle durch den Gerichtshof nachzudenken. Dies könnte so ausgestaltet werden, dass die nationalen Parlamente die Befugnis erhalten, beim Gerichtshof bei einem Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz eine Nichtigkeitsklage zu erheben. Von einigen Seiten wird auch die Möglichkeit angesprochen, dem Ausschuss der Regionen diese Befugnis einzuräumen³⁴⁸.

Andere Vorschläge in diesem Zusammenhang sind beispielsweise die Einsetzung eines Ausschusses für Subsidiaritätsfragen³⁴⁹, eine Kontrolle durch die Schaffung eines

³⁴⁴ Oppermann, DVBl. 2003, 1, 8.

³⁴⁵ Bocklet, in: Politische Studien 1/2003, S. 6, 10, 11; Clapham, in: Politische Studien 1/2003, S. 96, 102.

³⁴⁶ Clapham, in: Politische Studien 1/2003, S. 96, 102, 105; Steeg, EuZW 2002, 325, 328.

³⁴⁷ Clapham, in: Politische Studien 1/2003, S. 96, 105; Steeg, EuZW 2002, 325, 328.

³⁴⁸ Soria, in: Götz/Soria, Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 73, 77

³⁴⁹ Huber, in: Politische Studien 1/2003, S. 77, 86; Pernice, JZ 2000, 866, 877; Schlichtungs- und Vermittlungsausschuß: Schwarze, DVBl. 1999, 1677, 1686.

eigenständigen Kompetenzgerichts³⁵⁰ oder einer neuen Kompetenzkammer des Gerichtshofs vor dem Inkrafttreten des Rechtsakts³⁵¹.

In dem neuen Verfassungsentwurf ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität ausdrücklich genannt und vom Wortlaut fast identisch formuliert worden (Art. 9 Abs. 3 und Abs. 4). Bei dem Subsidiaritätsprinzip wird lediglich eingefügt, dass „Maßnahmen von den Mitgliedstaaten *weder auf zentraler noch auf regionaler Ebene* ausreichend erreicht werden können, *sondern vielmehr* wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser erreicht werden können“. Bei dem Verhältnismäßigkeitsprinzip wird ergänzt, dass „die Maßnahmen *inhaltlich wie formal* nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verfassung erforderliche Maß“ hinausgehen dürfen.

Die nähere Ausgestaltung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips ist in zwei Protokollen über die Rolle der nationalen Parlamente und die Anwendung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität geregelt.

Der neue Verfassungsentwurf hat sich für eine politische Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips ex-ante ausgesprochen, das die nationalen Parlamente mit einbezieht. Es handelt sich um ein Frühwarnsystem.

Die Kommission übermittelt nach Nr. 3 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit alle gesetzgeberische Vorschläge sowohl den nationalen Parlamenten als auch dem Unionsgesetzgeber. Sie muss darlegen, warum ein Ziel durch die Union besser erreicht werden kann als auf der unteren Ebene (Nr. 4 dieses Protokolls). Jedes nationale Parlament eines

³⁵⁰ Bocklet, in: Politische Studien 1/2003, S. 6, 11; Broß, VerwA 92 (2001), 425; Goll/Kenntner, EuZW 2002, 101 ff; Magiera, integration 2002, 269, 279 ff; Schneider, integration 2001, 198, 211.

³⁵¹ Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten vom 16.5.2002 (Lamassoure-Bericht), Dok. PE 318.651.

Mitgliedstaats oder jede Kammer eines Parlaments können binnen sechs Wochen eine Stellungnahme dazu abgeben, warum etwa ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip vorliegen soll. Die Parlamente können mit einer Mehrheit von einem Drittel die Kommission dazu bringen, ihren Vorschlag zu überprüfen. Diese kann gleichwohl an ihm festhalten (Nr. 5 und 6 dieses Protokolls).

Die zweite Stufe der Subsidiaritätskontrolle ist gerichtlich nach Inkrafttreten des Gesetzgebungsaktes möglich.

Die Mitgliedstaaten können nach Nr. 7 des Subsidiaritätsprotokolls in Form der Nichtigkeitsklage eine Subsidiaritätsklage erheben. Die nationale Rechtsordnung kann bestimmen, dass der Mitgliedstaat eine Klage des nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments an den Gerichtshof übermittelt. Eine entsprechende Klage kann auch vom Ausschuss der Regionen in Bezug auf Gesetzgebungsakte erhoben werden, für deren Annahme die Anhörung des Ausschusses der Regionen nach der Verfassung vorgeschrieben ist.

Die Schaffung eines eigenständigen Kompetenzgerichts ist abzulehnen³⁵². Sie ist daher zu Recht verworfen worden. Die Schaffung eines Kompetenzgerichts wäre auf der einen Seite mit praktischen Schwierigkeiten verbunden und würde auf der anderen Seite auch die Stellung des EuGH untergraben³⁵³.

Die genannte Ausgestaltung und Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips in dem neuen Verfassungsentwurf ist zu begrüßen. Der Mechanismus ist einfach ausgestaltet und es ist kein neues Gremium eingerichtet worden, was den Entscheidungsprozeß noch weiter verkompliziert und undurchsichtig gemacht hätte. Durch den Begründungszwang wird die Kommission gezwungen, sich ernsthaft frühzeitig mit den

³⁵² Everling, EuZW 2002, 357 ff; Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, S. 335; Reich, EuZW 2002, 257.

³⁵³ Steeg, EuZW 2003, 325, 327.

Belangen der Mitgliedstaaten auseinander zu setzen. Sie kann sich nicht mehr schlicht darauf berufen, sie haben den Grundsatz der Subsidiarität beachtet³⁵⁴. Dadurch wird das Gleichgewicht zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten verbessert. Auch ist zu begrüßen, dass durch den neuen Mechanismus die nationalen Parlamente eine stärkere Rolle bekommen. Dies ist angesichts des nach wie vor bestehenden Demokratiedefizits nur zu befürworten³⁵⁵. Positiv zu bewerten ist auch die Schaffung eines Klagerechts für die nationalen Parlamente und den Ausschuss der Regionen. Die Nutzung dieses Klagerechts ist jedoch wegen seiner Begrenzung nur auf Subsidiaritätsverstöße gering³⁵⁶.

3. Art. 95 und Art. 308 EGV

Wie schon anfangs erwähnt, haben insbesondere die Vorschriften des Art. 95 EGV und Art. 308 EGV wegen ihrer Unschärfe dazu geführt, dass die Gemeinschaft in Bereichen tätig wurde, in denen sie nicht zuständig war, was stark kritisiert wurde und noch wird.

Die Forderung, Art. 95 EGV deshalb zu streichen³⁵⁷, konnte sich nicht durchsetzen. Vielmehr ist man überwiegend der Meinung, dass gerade diese Bestimmung eine dynamische Entwicklung der Gemeinschaft und die Verwirklichung einiger Zentralaspekte des Vertrags ermöglicht hat. Von daher sei sie beizubehalten, aber einzugrenzen³⁵⁸.

Der Bundesrat verlangt in seiner EntschlieÙung vom 10.12.2001, die Binnenmarktkompetenz so zu formulieren,

³⁵⁴ Steeg, EuZW 2003, 325, 328.

³⁵⁵ Steeg, EuZW 2003, 325, 328.

³⁵⁶ Bocklet, in: Politische Studien 1/2003, S. 6, 11.

³⁵⁷ Siehe zu dem Vorschlag bei Soria, in: Götz/Soria, Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 73, 79.

³⁵⁸ Bocklet, in: Politische Studien 1/2003, S. 6, 14, 15; Glos, in: Politische Studien 1/2003, S. 26, 32; Götz, JZ 2001, 34, 36; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60; Wuermeling, in: Politische Studien 1/2003, S. 37, 42.

dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gestärkt und nicht durch allgemeine oder weit gefasste Vertragsbestimmungen ausgehöhlt wird³⁵⁹.

Götz schlägt die Erweiterung des Negativkatalogs zur Eingrenzung des Art. 95 EGV vor³⁶⁰.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, in einem gesonderten Absatz zu regeln, dass die auf Grund dieses Artikels erlassenen Bestimmungen keinerlei Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in den Fällen einschließen dürfen, in denen eine solche Harmonisierung ausgeschlossen ist³⁶¹.

Zum Teil wird befürwortet, die Kriterien, die der EuGH in seinem Tabakwerbeverbotsurteil bezüglich des Vorliegens der Binnenmarktkompetenz aufgestellt hat, in den Verfassungsentwurf aufzunehmen³⁶². Klargestellt werden sollte nach dieser Meinung, dass die Binnenmarktkompetenz dem Unionsgesetzgeber Maßnahmen zur Verbesserung der Voraussetzungen für die Errichtung oder das Funktionieren erlaube, und dass eine solche Verbesserung durch die Beseitigung von Hemmnissen für die Grundfreiheiten und sich daraus ergebenden spürbaren Wettbewerbsverzerrungen erreicht werde³⁶³.

Der Verfassungsentwurf hat die Binnenmarktkompetenz inhaltlich nicht verändert. Sie ist in Art. III-65 des Verfassungsentwurfs genannt. Neu ist lediglich, dass die Maßnahmen zur Angleichung durch Europäische Gesetze oder Rahmengesetze festgelegt werden.

Gerade die rechtliche Beurteilung der neuen Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen zeigt, dass die Kriterien der Binnenmarktkompetenz präziser

³⁵⁹ BR-Drs. 1081/01.

³⁶⁰ Götz, JZ 2001, 34, 36.

³⁶¹ Steeg, EuZW 2003, 325, 329.

³⁶² Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60; Steeg, EuZW 2003, 325, 330.

³⁶³ Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60, 61.

formuliert werden müssen, damit ein Übergreifen in die Kompetenz der Mitgliedstaaten verhindert wird. Die Gemeinschaft muss daran gehindert werden, in fremden Kompetenzbereichen tätig zu werden. Die Kriterien, die der EuGH in seinem Tabakwerbeverbotsurteil dargelegt hat, sind ein erster und guter Ansatzpunkt die Kompetenz zu begrenzen³⁶⁴. Er stellt damit sicher, dass Maßnahmen auch wirklich den Binnenmarkt verbessern müssen. Gleichzeitig muss ergänzend in einem gesonderten Absatz betont werden, dass die Gemeinschaft zwar auch andere Bereiche mitregeln kann, nicht jedoch solche, für deren Harmonisierung sie keine Kompetenz hat. Durch die Präzisierung der Vorschrift der Binnenmarktkompetenz und die Einfügung der Umgehungsklausel wird ein Übergreifen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verhindert und für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Mitgliedstaat und Gemeinschaft gesorgt.

Die Ansicht Art. 308 EGV zu streichen³⁶⁵ konnte sich nicht durchsetzen. Nach überwiegender Auffassung ist die Vorschrift ein wichtiges Instrument, um die Gemeinschaft für unvorhergesehene Fälle handlungsfähig zu machen³⁶⁶. Nachgedacht wurde darüber, den Anwendungsbereich des Art. 308 EGV zu präzisieren³⁶⁷.

Die Flexibilitätsklausel ist im neuen Verfassungsentwurf aufgenommen worden. Sie wurde jedoch präziser gefasst. Es heißt nunmehr in Art. 17 Abs. 1: „Erscheint ein Tätigwerden der Union *im Rahmen der in Teil III festgelegten Politikbereiche* erforderlich, um eines der Ziele der Verfassung zu verwirklichen..., so erlässt der Ministerrat...die geeigneten Vor-

³⁶⁴ Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60.

³⁶⁵ Borchmann, EuZW 1998, 641; Eiselstein, ZRP 1991, 18, 22; Möschel, JZ 1992, 877, 882; Weber, JZ 1993, 325, 328; Weidenfeld, Reform der Europäischen Union, S. 36.

³⁶⁶ Bungenberg, EuR 2000, 879, 896, 900; Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten vom 16.5.2002 (Lamassoure-Bericht), Dok. PE 318.651; von Bogdandy/Bast, EuGRZ 2001, 449, 453.

³⁶⁷ Bungenberg, EuR 2000, 879, 896.

schriften“. Vorschläge der Kommission werden der Subsidiaritätskontrolle im Sinne des Art. 9 Abs. 3 unterworfen (Art. 17 Abs. 2). Außerdem darf nach Abs. 3 des Art. 17 keine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten stattfinden, in denen eine Harmonisierung nach der Verfassung ausgeschlossen ist. Neben der einstimmigen Annahme im Ministerrat ist künftig die Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich (Art. 17 Abs. 1).

Die Klausel des Art. 308 EGV ist zu Recht beibehalten worden. Es bestünde sonst die Gefahr einer Lähmung der Gemeinschaft, indem sie daran gehindert würde, sich an neue Gegebenheiten anzupassen und in bestimmten Fällen zu handeln, in denen sie es zur Verwirklichung eines ihrer im Vertrag vorgesehenen Ziele für notwendig hält. Gleichzeitig muss aber auch berücksichtigt werden, dass diese Vorschrift nicht zu einem zu extensiven Gebrauch führen darf. Flexibilität ist erforderlich. Es muss aber durch eine Klausel ein Missbrauch dieser Vorschrift verhindert werden. Dies ist durch die Einfügung, dass aufgrund dieses Artikels erlassene Bestimmungen keinerlei Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in den Fällen einschließen dürfen, in denen eine solche Harmonisierung ausgeschlossen wird, der Fall. Dadurch wird dazu beigetragen, ein Übergreifen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verhindern.

- Exkurs Ende -

IV. Vereinbarkeit der Richtlinie mit Gemeinschaftsgrundrechten

Die Richtlinie über ein Verbot der Werbung und des Sponsorings für Tabakprodukte wirft neben dem vorstehend unter-

suchten Problem auch die Frage auf, ob eine solche Regelung in Einklang mit den Grundrechten steht. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird dabei nur auf eine Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Gemeinschaftsrechts eingegangen. Nationale Grundrechte bleiben außer Betracht. Auch schon bei der rechtlichen Prüfung der Vorgängerrichtlinie stellte sich die Frage der Vereinbarkeit mit Grundrechten des Gemeinschaftsrechts³⁶⁸.

Die wohl überwiegende Auffassung ging zu diesem Zeitpunkt von einer Verletzung der Grundrechte aus³⁶⁹.

Generalanwalt Fennelly kam zu einem Verstoß gegen das Recht auf Eigentum und die Berufsfreiheit, sah hingegen keinen Verstoß gegen die Meinungsfreiheit³⁷⁰.

Im Urteil des EuGH hinsichtlich der Richtlinie 98/43/EG hat diese Thematik keine Berücksichtigung gefunden, da die Nichtigkeit der Richtlinie bereits mangels Gemeinschaftskompetenz feststand. Schlussfolgerungen diesbezüglich können daher aus dem Urteil nicht gezogen werden.

1. Grundlagen der Prüfung

Bevor eine konkrete Grundrechtsüberprüfung der neuen Richtlinie vorgenommen wird, wird zunächst allgemein die Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union bis hin zur Charta der Grundrechte dargestellt. Die Schaffung und Verkündung der Grundrechtscharta hat zu einer wahren Flut an Stellungnahmen zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union geführt. Von daher wird in einem weiteren Teil auf die Entstehung der Charta und ihre

³⁶⁸ Ossenbühl, ZLR 1999, 107, 117; Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkungen der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 94; zu den deutschen Grundrechten: Tettinger, EG-rechtliche Verbote von Werbung und Sponsoring bei Tabakerzeugnissen und deutsches Verfassungsrecht, S.23 ff.

³⁶⁹ Nachweise bei Wägenbaur, EuZW 1999, 144, 149.

³⁷⁰ Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 151.

rechtliche Bedeutung eingegangen.

a) Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union bis hin zur Charta der Grundrechte

Der EuGH hat bereits frühzeitig die Existenz von Grundrechten auf Gemeinschaftsebene anerkannt und stetig weiterentwickelt³⁷¹.

Die erstmalige Anerkennung der Existenz von ungeschriebenen Grundrechten geschah im Urteil Stauder³⁷². Maßgebend hierfür war die Erkenntnis, dass der vom Gerichtshof angenommene Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten nur dann durchsetzbar ist, wenn das Gemeinschaftsrecht selbst einen Grundrechtsschutz gewährleistet, der dem von den nationalen Verfassungen gewährten Schutz gleichwertig ist.

Nach ständiger Rechtsprechung gehören die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung dem EuGH obliegt³⁷³.

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Normen, die elementare Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit zum Ausdruck bringen und denen jede Rechtsordnung verpflichtet ist³⁷⁴. Sie sind Teil des primären Gemeinschaftsrechts³⁷⁵.

Zur Konkretisierung dieser Grundsätze verwendet der EuGH Rechtserkenntnisquellen.

Zur Ermittlung der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte greift der EuGH auf die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zurück³⁷⁶. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann keine Maßnahme der Gemeinschaft rechtens sein, die unvereinbar ist mit den von den Mitgliedstaaten anerkannten

³⁷¹ Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 357; Tappert, DRiZ 2000, 204.

³⁷² EuGH, Urt. v. 12.11.1969, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, Rdn. 7.

³⁷³ EuGH, Urt. v. 6.3.2001, Rs. 274/99 P, 1611, Rdn. 37.

³⁷⁴ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 11.

³⁷⁵ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 11.

³⁷⁶ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 15; Stock, Medienfreiheit in der EU, S. 17.

und geschützten Rechten³⁷⁷. Was zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gehört, ermittelt der EuGH im Wege wertender Rechtsvergleichung³⁷⁸.

Weitere Erkenntnisquellen sind die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, insbesondere die EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention)³⁷⁹. Zwar ist die Gemeinschaft der EMRK nicht beigetreten, so dass die EMRK für sie nicht unmittelbar verbindlich ist³⁸⁰. Der EuGH hat jedoch schon früh auch die EMRK zur Ermittlung einzelner Gewährleistungen herangezogen und erkennt das vom Straßburger Gericht für Menschenrechte hierzu entfaltete Grundrechtsschutzniveau prinzipiell auch für das Gemeinschaftsrecht als verbindlich an³⁸¹.

Diese Grundsätze sind nunmehr auch in Art. 6 Abs. 2 EUV aufgenommen worden. Art. 6 Abs. 2 EUV bestimmt ausdrücklich, dass die EU zur Achtung der Grundrechte verpflichtet ist, wie sie in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährleistet sind, und wie sie sich aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Rechtsgrundsätze ergeben.

Dass die Union die Grundrechte „achtet“, bedeutet aber nicht die Anerkennung eines ausformulierten Grundrechtskatalogs³⁸².

Mit den zu achtenden Grundrechten sind vielmehr die Grundrechte gemeint, die der EuGH richterrechtlich als allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelt hat. Art. 6 Abs. 2 EGV hat damit die Bedeutung, dass die Gemeinschaftsorgane bei jeder

³⁷⁷ EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rdn. 13.

³⁷⁸ Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 359.

³⁷⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 15, Stock, Medienfreiheit in der EU, S. 17.

³⁸⁰ Stock, Medienfreiheit in der EU, S. 17; Weber, in: Griller/Hummer, Die EU nach Nizza, S. 281, 292.

³⁸¹ EuGH, Urt. v. 18.6.1991, Rs. C- 260/89, Slg. 1991, I-2925, Rdn. 14.

³⁸² Bernsdorff, NdsVBl. 2001, 177; Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 357; Tappert, DRiZ 2000, 204, 205; von Danwitz, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz, S. 61.

Handlung im Bereich der Union rechtlich an den vom EuGH entwickelten Grundrechtsschutz in seinem jeweiligen Bestand gebunden sind³⁸³.

b) Charta der Grundrechte

Die Rechtslage hinsichtlich der Grundrechte auf Gemeinschaftsebene könnte sich durch die Charta der Grundrechte verändert haben.

aa) Entstehung der Charta der Grundrechte

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist am 7. Dezember 2000 in Nizza in feierlicher Form von den Gemeinschaftsorganen Europäisches Parlament, Rat und Kommission verkündet worden und im Amtsblatt anschließend veröffentlicht worden³⁸⁴. Sie ist aufgrund eines Mandats des Europäischen Rates vom 4. Juli 1999 durch einen Konvent unter dem Vorsitz des früheren Bundespräsidenten Roman Herzog ausgearbeitet worden. Diesem Gremium gehörten 62 Mitglieder als Vertreter der Staats- und Regierungschefs, des Europäischen Parlaments, der nationalen Parlamente und der Kommission an³⁸⁵.

Auf der Regierungskonferenz von Nizza wurde kein Beschluss zur Einbeziehung der Charta in die Verträge gefasst. Nach der Erklärung Nr. 23 im Vertrag von Nizza soll es bei der Debatte über die Zukunft der Europäischen Union sowie bei der neuen Regierungskonferenz 2004 unter anderem um den „Status der in Nizza verkündeten Charta der Grundrechte der Europäischen Union gemäß den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Köln“ gehen. In der Erklärung von Laeken wurde die Frage aufgeworfen, ob die Charta der Grundrechte in den Basisvertrag aufgenommen werden

³⁸³ Fischer, Europarecht, § 2 Rdn. 21.

³⁸⁴ ABI.EG Nr. C. 364 vom 18. Dezember 2000, S. 1 ff.

³⁸⁵ Fischer, Europarecht, § 5 Rdn. 25.

sollte. Gleichzeitig wurde bei dem Gipfeltreffen Mitte Dezember 2001 auf Schloss Laeken ein Konvent zur Vorbereitung der nächsten Regierungskonferenz 2004 berufen³⁸⁶. Ihm gehörten unter Leitung des Konventionspräsidenten Giscard d'Estaing 62 Mitglieder an³⁸⁷.

Dabei beschäftigte sich die Gruppe 2 mit der Charta der Grundrechte³⁸⁸.

Am 10. Juli 2003 ist von den Mitglieder des EU-Konvents ein Textentwurf für eine neue Verfassung für Europa unterzeichnet worden³⁸⁹. Danach werden im Teil 2 die einzelnen Grundrechte der Charta aufgelistet.

Es stellt sich nunmehr die Frage, welche rechtliche Bedeutung der Charta der Grundrechte für den europäischen Grundrechtsschutz zukommt.

bb) Rechtliche Bedeutung der Charta der Grundrechte

Durch die reine Proklamation in Nizza hat die Charta noch keine Rechtsverbindlichkeit erlangt³⁹⁰. Auch der Verfassungsentwurf, in dem die Charta aufgeführt ist, ist nicht rechtsverbindlich. Die Aufnahme eines Verweises in Art. 6 Abs. 2 EUV ist kurzfristig nicht zu erwarten³⁹¹. Das bedeutet, dass die Rechtslage hinsichtlich der Gemeinschaftsgrundrechte auf der Basis des Art. 6 EUV unverändert bleibt. Die

³⁸⁶ http://www.europa.eu.int/scadplus/european_convention/introduction_de.htm (Stand: 7.6.2004).

³⁸⁷ Berbalk/Bommersheim, Focus vom 10.12.2001, S. 284, 285; Focus vom 21.12.2001, S. 232; Leinen/Schönlau, in: Kaufmann, Grundrechtecharta der Europäischen Union, 79, 85.

³⁸⁸ http://www.europa.eu.int/scadplus/european_convention/introduction_de.htm (Stand: 7.6.2004).

³⁸⁹ Europa-Report, EuZW 2003, 546.

³⁹⁰ Gnan, BayVBl. 2001, 449, 458; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1; ders., VVDStRL H. 60 (2001), 290, 343; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 56; Knöll, NVwZ 2001, 392, 394; Schmitz, JZ 2001, 833, 835; Triebel, Jura 2003, 525; Weber, in: Griller/Hummer, Die EU nach Nizza, S. 281, 291; ders., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 5; Zimmer, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen Gemeinschaftsrecht, Grundgesetz und EMRK, S. 20.

³⁹¹ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1.

EMRK ist neben den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten weiterhin die Grundlage für die Ermittlung des Inhalts der Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze³⁹².

Ungeachtet dessen wird eine bloß unterzeichnete, rechtlich unverbindliche Charta gleichwohl das rechtliche Umfeld von Unionsrecht beeinflussen³⁹³.

Es ist zu erwarten, dass der EuGH die Grundrechtscharta mit heranziehen wird, um ein auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 EUV gewonnenes Ergebnis durch den Inhalt, den das betroffene Grundrecht gefunden hat, zu bestätigen bzw. zu konkretisieren³⁹⁴. In diesem Zusammenhang wird auch von der Heranziehung der Grundrechtecharta als „Interpretationshilfe“ oder als zusätzliche Rechtserkenntnisquelle³⁹⁵ oder als Ausdruck gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten³⁹⁶ gesprochen.

Für die Heranziehung spricht, dass die Grundrechtscharta zum größten Teil einen Grundrechtskatalog formuliert hat, der zumindest in seinem Kern vermittelt über EMRK, EU-Vertrag und EG-Vertrag, Rechtsprechung des EuGH und andere europäische Übereinkommen bereits jetzt zum rechtlich bindenden Standard im europäischen Grundrechtsschutz gehört³⁹⁷. Insofern sind die in der Charta formulierten Rechte

³⁹² Callies, EuZW 2001, 261, 267; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1,11; Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 40 a; Schwarze, EuZW 2001, 517; Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anh. zu Art. 6 EUV Rdn. 30.

³⁹³ Hector, in: Bröhmer, Der Grundrechtsschutz in Europa, S. 180, 238; Ress, in: Duschanek/Griller, S. 183; Magiera, in: Scheuing, Europäische Verfassungsordnung, S. 117, 129.

³⁹⁴ Callies, EuZW 2001, 261, 267; Gnan, BayVBl. 2001, 449, 459; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1,11; ders., VVDStRL H. 60 (2001), 290, 343; Kübler, Die Säulen der Europäischen Union: einheitliche Grundrechte?; Schwarze, EuZW 2001, 517.

³⁹⁵ Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 60; Weber, NJW 2000, 537, 538; ders., DVBl. 2003, 220, 221.

³⁹⁶ Kingreen, in: Callies/Ruffert Art. 6 EUV Rdn. 35 a; Philippi, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 52.

³⁹⁷ Callies, EuZW 2001, 261, 267.

sowieso „nur“ eine ohne Frage bedeutsame Sichtbarmachung, Bestätigung und Bekräftigung geltenden Rechts³⁹⁸. Darüber hinaus ist die Charta auf rechtliche Verbindlichkeit angelegt. Dies zeigt sich schon an den Bestimmungen der Art. 51 ff. der Charta, die den Anwendungsbereich sowie die Schranken der Grundrechte bestimmen, was nur im Fall der Verbindlichkeit der Charta Sinn macht³⁹⁹.

Hierfür spricht auch, dass der EuGH früher schon ganz ähnlich verfahren ist⁴⁰⁰. So ist in dem für die Entwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes bedeutsamen Urteil des EuGH in der Rechtssache Hauer von 1979 in die Begründung die kurz zuvor zur Achtung der Grundrechte in der Gemeinschaft verabschiedete Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission der Gemeinschaft⁴⁰¹ eingeflossen⁴⁰².

Auch hat das Gericht erster Instanz (EuG) in seinem Urteil vom 30.1.2002 in der Rs. Max. mobil Telekommunikation Service Bezug genommen auf die Charta der Grundrechte (Art. 47 der Charta der Grundrechte)⁴⁰³. Damit hat es deutlich gemacht, dass trotz noch unverbindlichen Charakters der Charta der Grundrechte diese herangezogen werden kann, um ein auf der Grundlage der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 2 EUV gewonnenes Ergebnis zu bestätigen⁴⁰⁴. Ebenfalls hat das Gericht erster Instanz in seinem Urteil vom 3.5.2002 in der

³⁹⁸ Callies, EuZW 2001, 261, 267; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 61.

³⁹⁹ Callies, EuZW 2001, 261, 267; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 61.

⁴⁰⁰ Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 62.

⁴⁰¹ ABl. EG Nr. C 103 vom 27.4.1977, 1.

⁴⁰² EuGH, Ur. v. 13.12. 1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 Rdn. 15.

⁴⁰³ EuG, Ur. v. 30.1.2002, Rs. T- 54/99, Slg. 2000, II-313, Rdn. 57.

⁴⁰⁴ Nowak, Anm. zu EuG Ur. v. 30.1.2002, Rs. T-54/99, EuZW 2002, S. 191.

Rechtssache Jégo-Quéré Bezug auf Art. 47 der Charta Bezug genommen⁴⁰⁵.

Mehrere Generalanwälte bestätigten diese Auffassung in ihren Schlussanträgen.

Mit Blick auf die dem EuGH vorgelegte Frage, ob und wann es bezahlten Urlaub nach der Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG gibt, bezog sich der Generalanwalt Tizzano auf Art. 31 Abs. 2 der Charta, um zu belegen, dass es ein generelles Recht auf bezahlten Jahresurlaub gibt. Unter Hinweis darauf, dass die Charta neben der feierlichen Erklärung des Europäischen Rates von Nizza auch vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission gebilligt wurde und zum Teil auf ein ausdrückliches Mandat nationaler Parlamente zurückgeht, betont Tizzano, dass die Charta in grundrechtsrelevanten Verfahren nicht ignoriert werden kann. Zwar sei die Charta, so der Generalanwalt, nicht in „itself binding“, jedoch enthalte sie Aussagen, die in weitem Umfang bestehende Rechte bekräftige⁴⁰⁶.

Auch Generalanwalt Alber erwähnte die Grundrechtscharta in seinen Schlussanträgen. Dabei ging es um eine italienische Regelung, die die Entrichtung einer Gebühr an die italienische Post für private Unternehmen, die Postdienste erbringen, enthält. Bei der Rechtfertigung der Postgebühr durch Art. 90 Abs. 2 EGV zog er neben Art. 16 EGV auch Art. 36 der Charta der Grundrechte, der den Zugang zu den Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gewährt, als Hinweis auf eine grundlegende Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechts heran⁴⁰⁷.

Ebenfalls lassen sich bei den Ausführungen der Generalan-

⁴⁰⁵ EuG, Urt. v. 3.5. 2002, Rs. T- 177/01, Slg. 2002, II-2365, Rdn. 42.

⁴⁰⁶ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge v. 8.2. 2001, Rs. C-173/99, Slg. 2001, I-4881, Rdn. 26.

⁴⁰⁷ Generalanwalt Alber, Schlussanträge v. 1.2.2001, Rs. C-340/ 99, Slg. 2001, I-4109, Rdn. 94.

wälte Mischo⁴⁰⁸, Jakobs⁴⁰⁹, Stix-Hackl⁴¹⁰, Geelhoed⁴¹¹ und Léger⁴¹² Vorschriften der Grundrechtscharta finden.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass davon auszugehen ist, dass der EuGH die Charta der Grundrechte heranziehen wird, um ein bereits gewonnenes Ergebnis zu bestätigen bzw. zu konkretisieren⁴¹³.

Bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Richtlinie mit den Grundrechten ist daher auch die Charta der Grundrechte zu berücksichtigen.

c) Aufbau der Grundrechtsprüfung

Wie sind nun die Grundrechte des Gemeinschaftsrechts im Einzelnen zu prüfen?

Die Prüfungsreihenfolge der Grundrechte des Gemeinschaftsrechts ist mit der deutschen Grundrechtskontrolle vergleichbar⁴¹⁴.

Zunächst erfolgt eine Definition des Schutzbereichs und die Feststellung eines Eingriffs. Der Eingriff kann gerechtfertigt sein. Die Grundrechte können Beschränkungen unterworfen werden (Schranken)⁴¹⁵. Dabei haben sich diese Beschränkungen allgemein an den Zielen und Strukturen der Gemeinschaft zu orientieren⁴¹⁶. Sie werden somit gleichsam unter

⁴⁰⁸ Generalanwalt Mischo, Schlussanträge v. 22.2.2001, verb. Rs. 122/99 P und C-125/99 P, Slg. 2001, I-4319, Rdn.97.

⁴⁰⁹ Generalanwalt Jakobs, Schlussanträge v. 22.3.2001, Rs. C-270/99, Slg. 2001, I-9197, Rdn. 40.

⁴¹⁰ Generalanwalt Stich-Hackl, Schlussanträge v. 31.5.2001, Rs. C-49/00, Slg. 2001, I-8575, Rdn. 57 Anm. 11.

⁴¹¹ Generalanwalt Geelhoed Schlussanträge v. 5.7.2002, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091, Rdn. 13 und v. 10.9.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdn.47.

⁴¹² Generalanwalt Léger, Schlussanträge v. 10.7.2001, Rs. C-353/99 P, Slg. 2001, I-9565, Rdn. 51, 78.

⁴¹³ Arndt, Europarecht, S. 102; Callies, EuZW 2001, 261, 267; Dörr/Zorn, NJW 2001, 2837, 2842; Kübler, Die Säulen der Europäischen Union: einheitliche Grundrechte?, S. 183; Schwarze, EuZW 2001, 517, 518; Weber, NJW 2000, 537, 538.

⁴¹⁴ Quasdorf, Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, S. 177.

⁴¹⁵ Callies/Ruffert, Art. 6 EUV, Rdn.69.

⁴¹⁶ Meyer, Produktspezifische Werberegungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 177; Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 215.

einen „Gemeinschaftsvorbehalt“⁴¹⁷ gestellt.

Sowohl Inhalt als auch Gewichtung dieser Ziele und Zwecke können daher in den Verfassungsordnungen der Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet sein⁴¹⁸.

Die Schranken der Grundrechte müssen ihrerseits bestimmten als Schranken-Schranken wirkenden Anforderungen gerecht werden⁴¹⁹.

Wie weit Ziele und Zwecke der Gemeinschaft Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen können, überprüft der Gerichtshof anhand dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴²⁰. Dies ähnelt im Aufbau sehr der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine Maßnahme nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung des zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die auferlegten Belastungen im angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen⁴²¹.

Die Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs ist abhängig von der Art der belastenden Maßnahme, der Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes und der Beziehung zwischen Maßnahme und Schutzgut⁴²².

Eine weitere Grenze eines Grundrechtseingriffs sieht der EuGH in der Wesensgehaltsgarantie⁴²³.

⁴¹⁷ Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 216.

⁴¹⁸ Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte: Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 130.

⁴¹⁹ Callies/Ruffert, Art. 6 EUV, Rdn. 73; Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 177.

⁴²⁰ EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 23.

⁴²¹ EuGH, Urt. v. 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rdn. 21.

⁴²² Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte: Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 130.

⁴²³ EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rdn.13.

Die Prüfung der Grundrechte in diesen drei Schritten: Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung beinhaltet auch eine Berücksichtigung der Charta der Grundrechte.

Dabei besteht bei der Rechtfertigung des Eingriffs in ein Grundrecht der Charta eine Besonderheit. Bei den Grundrechten der Charta ist grundsätzlich auf die Normierung eigener Schrankenbestimmungen verzichtet worden. Insofern weicht die Charta von der Technik des EMRK oder des deutschen Grundgesetzes eindeutig ab. Stattdessen gibt es in Art. 52 der Charta einen allgemeinen Schrankenvorbehalt, der die Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen generell festlegt. In Art. 52 Abs. 1 wird zunächst der Vorbehalt des Gesetzes genannt. Des Weiteren sind in Art. 52 Abs. 1 und S. 2 der Charta als Grenzen von Grundrechtseingriffen die Wesensgehaltsgarantie und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erwähnt. Allerdings gelten nach Art. 52 Abs. 2 der Charta für diejenigen Rechte der Charta, die in den Gemeinschaftsverträgen oder im EU-Vertrag begründet sind, die dort festgelegten Bedingungen und Grenzen. Für diejenigen Rechte, die solchen aus der EMRK entsprechen, bestimmt wiederum Art. 52 Abs. 3 S. 1 der Charta, dass sie die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie dort.

2. Prüfung der Grundrechte

Durch die Richtlinie bezüglich eines Tabakwerbe- und Sponsoringverbots könnte gegen die folgenden Grundrechte des Gemeinschaftsrecht verstoßen worden sein: Meinungs-, Berufs-, und Eigentumsfreiheit.

a) Meinungsfreiheit

Zu beginnen ist mit einem möglichen Verstoß gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit.

Die allgemeine Meinungsfreiheit ist in Art. 10 EMRK garantiert und vom EuGH als Gemeinschaftsgrundrecht anerkannt⁴²⁴.

Für einen Verstoß gegen dieses Grundrecht ist zunächst der Schutzbereich des Grundrechts festzulegen und zu klären, ob die Maßnahme von dem Schutzbereich umfasst ist.

aa) Schutzbereich

(1) Rechtsprechung des EuGH

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit hat in der Rechtsprechung bisher keine festen Konturen erhalten⁴²⁵. Der EuGH beschränkt sich darauf, festzustellen, dass die Meinungsfreiheit ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sei, den er zu wahren habe⁴²⁶. Die Meinungsfreiheit wird im Sinne eines allgemeinen Kommunikationsgrundrechts verstanden, es umfasst auch die Presse, Rundfunk- und Informationsfreiheit⁴²⁷. Wenngleich der EuGH sich noch nicht zur Einbeziehung des Internets entschieden hat, so legt die Rechtsprechung zu den Medien Buch, Zeitung und Fernsehen sowie zu Meinungsäußerungen ohne Medienbezug nahe, dass diesbezüglich nicht anders verfahren wird. Alle Internet-Dienste fallen daher grundsätzlich auch unter das Gemeinschaftsgrundrecht auf Meinungsfreiheit⁴²⁸.

Der EuGH knüpft auf der Schutzbereichsebene unmittelbar an die entsprechende Norm der EMRK und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGMR an⁴²⁹. Von daher kann bei

⁴²⁴ EuGH, Urt. v. 17.1.1984, verb. Rs. 43, 63/82, Slg. 1984, 13, Rdn. 33-34; ders., Urt. v. 18.6.1991, Rs. 260/89, Slg. 1991, 2925, Rdn. 44.

⁴²⁵ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 151.

⁴²⁶ EuGH, Urt. v. 13.12. 1989, Rs. C-100/88, Slg.1989, 4285, Rdn. 16; ders., Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-23/93, Slg. 1994, 4795, Rdn. 23.

⁴²⁷ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 151.

⁴²⁸ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 366.

⁴²⁹ EuGH, Urt. v. 21.9.1989, verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, 2859, Rdn. 18; ders., Urt. v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rdn. 18, 25.

der Konkretisierung des Schutzbereichs auf diese zurückgegriffen werden.

Art. 10 Abs. 1 EMRK bestimmt, dass jeder das Recht auf freie Meinungsäußerung hat. Diese allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit wird in Satz 2 näher dargelegt. Geschützt ist danach der gesamte Kommunikationsprozess von der Freiheit der Meinungsäußerung bis hin zur Freiheit, Nachrichten und Ideen zu empfangen. Garantiert ist auch die Meinungsäußerung durch Presse und Rundfunk, auch wenn diese Medien nicht gesondert aufgeführt sind⁴³⁰.

Die Richtlinie regelt den wirtschaftlichen Vorgang des Anbietens einer Ware bzw. die Möglichkeiten für Tabakerzeugnisse in bestimmten Medien: Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, Internet sowie im Rundfunk zu werben. Hierdurch wird die Werbefreiheit geregelt.

Fraglich ist, ob speziell auch die Werbung vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst ist.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte⁴³¹ hat bereits anerkannt, dass das Recht der freien Meinungsäußerung in Art. 10 EMRK auch für die Werbung gilt.

Auch Generalanwalt Fennelly hat in seinen Schlussanträgen zur Gültigkeit der alten Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen herausgearbeitet, dass Art. 10 EMRK die Freiheit der Werbung umfasst. Dort heißt es wörtlich:

„Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verdienen alle Formen der Meinungsäußerung Schutz nach Art. 10 Abs. 1 EMRK. Dazu gehören auch Informationen wirtschaftlicher Natur (Commercial speech), also die Verbreitung von Informationen, die Äußerung von Ideen oder die Verbreitung von Bildern als Teil der Verkaufsförderung einer Wirtschaftstätigkeit und das ent-

⁴³⁰ Ossenbühl, ZLR 1999, 107, 122.

⁴³¹ EuGMR, 20.11.1989, Nr.3/1988/147/201, EuGRZ 1996, 302, 304.

sprechende Recht, solche Mitteilungen zu empfangen. Informationen wirtschaftlicher Natur sollten auch im Gemeinschaftsrecht geschützt sein.....⁴³².

In der Literatur wird ebenfalls überwiegend die Werbung zum Anwendungsbereich des Art. 10 EMRK gezählt⁴³³. Zum Schutz der freien Information würde zwingend auch der Schutz der Werbung gehören. Der Wortlaut der Vorschrift des Art. 10 EMRK erfasse jede Nachricht und Meinung⁴³⁴.

Gerade die Europäische Gemeinschaft hat die wirtschaftliche Entwicklung zum Gegenstand ihrer Existenz. Es ist systemwidrig, die wirtschaftliche Betätigung in Form der Werbung aus dem Grundrechtsschutz der Meinungsfreiheit herauszunehmen.

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist somit eröffnet.

(2) Art. 11 der Charta der Grundrechte

Ein zusätzliches Argument für die Grundrechtsgewährleistung der Meinungsfreiheit ergibt sich aus Art. 11 der Charta der Grundrechte.

Art. 11 Abs. 1 der Charta der Grundrechte garantiert das Recht auf freie Meinungsäußerung und stimmt wörtlich mit Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK überein. Neu ist Art. 11 Abs. 2 der Charta der Grundrechte über die Freiheit und Pluralität der Medien, der in der EMRK nicht vorhanden ist.

Ausgangspunkt der Formulierung war die Bestimmung des Art. 10 EMRK⁴³⁵.

⁴³² Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 153-154

⁴³³ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 306; Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, S. 44; Müller, WRP 1992, 20, 22; Paulus, WRP 1990, 22, 24; Stein, Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, S. 19.

⁴³⁴ Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, S. 44.

⁴³⁵ Meyer/Engels, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Eine Einführung-, S. 7, 20.

Die Kommission hat zwar verdeutlicht, dass sie die besondere Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks anerkennen⁴³⁶. Weder die Presse- noch die Rundfunkfreiheit als solche werden jedoch erwähnt. Die ersten Entwürfe für eine Grundrechtscharta riefen von verschiedenen Seiten zahlreiche Änderungsvorschläge und Gegenentwürfe hervor. Auf deutsches Drängen nahm der Konvent schließlich in Absatz 2 noch ein Mediengrundrecht in den Textvorschlag auf⁴³⁷. Gegenüber der Formulierung in der ersten Fassung: "die Medien und die Informationsfreiheit werden gewährleistet" wurde die Befürchtung geäußert, dass sich hier neue Gemeinschaftskompetenzen einschleichen könnten, so dass diese Formulierung in „werden geachtet“ abgeändert wurde⁴³⁸. Auf Grund der allgemein gehaltenen und eng an Art. 10 EMRK angelehnten Formulierung dürfte die Bestimmung des Art. 11 der Charta der Grundrechte für die Interpretation der Meinungsfreiheit keine große eigenständige Bedeutung zukommen. Immerhin bestätigt aber die jetzige Formulierung des Art. 11 Abs. 2 der Charta der Grundrechte das vom EuGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK vertretene Ergebnis, dass ein kulturell vielfältiges und plurales Mediensystem im Interesse der Informationsfreiheit ein Umstand ist, dem bei der Medienfreiheit entscheidende Bedeutung zukommt⁴³⁹.

bb) Eingriff

Weiterhin müsste ein Eingriff in das Grundrecht vorliegen. Ein Eingriff liegt bei jeder Verkürzung des Schutzbereichs vor⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Dörr/Zorn, NJW 2001, 2837, 2842.

⁴³⁷ Dörr/Zorn, NJW 2001, 2837, 2842.

⁴³⁸ Wolff, in: Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.), Nizza, die Grundrechtscharta und ihre Bedeutung für die Medien in Europa, S. 53, 57.

⁴³⁹ Dörr/Zorn, NJW 2001, 2837, 2842.

⁴⁴⁰ Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anhang zu Art. 6 EUV Rdn. 36.

Die Richtlinie, die die Werbung für Tabakerzeugnisse in bestimmten Medien untersagt, hindert die Tabakhersteller, Werbeagenturen, Presseorgane, die Rundfunk- und Internetanbieter, für Tabakprodukte zu werben. Außerdem wird durch das Werbeverbot das Recht des Kunden beeinträchtigt, mit Produktinformationen über Tabakerzeugnisse versorgt zu werden.

Fraglich ist aber, ob bereits die Richtlinienbestimmung selbst oder erst der nationale Umsetzungsakt Eingriffsqualität aufweist.

Geht, wie im vorliegenden Fall, von der Richtlinienformulierung das zwingende Gebot aus, bestimmte Grundrechtseingriffe vorzunehmen, liegt darin schon eine eingriffsgleiche Grundrechtsgefährdung, die sich im Rahmen der mitgliedstaatlichen Umsetzung zwangsläufig realisiert. Für die Eingriffsqualität schon der Richtlinie spricht zudem Art. 230 EGV⁴⁴¹. Richtlinien können Gegenstand von Organ- und Staatennichtigkeitsklagen nach Art. 230 Abs. 2 EGV sein. Angesichts der zweimonatigen Klagefrist nach Art. 230 Abs. 5 EGV ist regelmäßig die noch nicht umgesetzte Richtlinie Klagegegenstand. Würde erst die Umsetzung für einen Eingriff verlangt, wäre eine Grundrechtsprüfung im Rahmen des Art. 230 EGV nicht möglich, da die Frist stets abgelaufen wäre. Zurückzugreifen wäre dann wohl auf das langwierige Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV⁴⁴². Dies ist mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar. Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit liegt bereits durch die Richtlinie vor.

⁴⁴¹ Kühling, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 583, 614, 615.

⁴⁴² Kühling, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 583, 615.

cc) Rechtfertigung

(1) Schranken/Schranken-Schranken unter Berücksichtigung der Charta der Grundrechte

Auch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet.

Ein normativer Anknüpfungspunkt für die Rechtfertigungsprüfung ist Art. 10 Abs. 2 EMRK⁴⁴³. Beschränkungen sind danach zulässig, sofern sie vom Gesetz vorgesehen sind, einen gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK zulässigen Zweck verfolgen und zur Erreichung des Zwecks in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind.

Wirtschaftliche Werbung kann schärferen Einschränkungen unterworfen werden als politische Meinungsäußerungen zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage⁴⁴⁴. Auf das reduzierte Schutzniveau für wirtschaftliche Informationen hat in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK schon Generalanwalt Tesauo in seinen Schlussanträgen zur Familiapress-Entscheidung aufmerksam gemacht⁴⁴⁵.

Auch die in der neuen Grundrechtscharta verankerte Meinungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet.

In Art. 11 der Charta der Grundrechte ist keine Schranke erwähnt. Es ist daher auf den allgemeinen, in Art. 52 der Charta der Grundrechte genannten Schrankenvorbehalt zurückzugreifen. Er regelt die Voraussetzungen und Grenzen von Grundrechtseingriffen generell. Nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 und S. 2 der Charta der Grundrechte sind Einschränkungen nur zulässig, wenn sie dem Vorbehalt des Gesetzes genügen

⁴⁴³ EuGH, Urt. v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rdn. 26.

⁴⁴⁴ Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 125.

⁴⁴⁵ Generalanwalt Tesauo, Schlussanträge vom 13.3.1997, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rdn. 28.

und die Wesensgehaltsgarantie achten. Darüber hinaus müssen sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, das heißt es dürfen nur Einschränkungen vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes und der Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

Für diejenigen Rechte, die solchen aus der EMRK entsprechen, bestimmt allerdings Art. 52 Abs. 3 S.1 der Charta, dass sie die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie dort.

Mit der Bezugnahme auf die EMRK wird diese vorbehaltlich einer günstigeren Regelung im Unionsrecht in ihrem Anwendungsbereich zum Grundrechtsstandard auch im Recht der EU⁴⁴⁶.

Die Begriffe Bedeutung und Tragweite erfassen sowohl den Schutzbereich, als auch die Schranken der Grundrechte⁴⁴⁷.

Damit stellt sich die Frage, ob die Medienfreiheit Teil der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 der Charta der Grundrechte ist und damit über Art. 52 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Schranke des Art. 10 Abs. 2 EMRK untersteht oder ein eigenes Grundrecht ist, für das der allgemeine Schrankenvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte gilt⁴⁴⁸.

Nach dem äußeren Anschein könnte man die Medienfreiheit als eigenständiges Grundrecht ansehen, da in Art. 11 Abs. 1 der Charta der Grundrechte die Meinungsfreiheit geregelt ist und in einem gesonderten Absatz danach die Medienfreiheit. Die Erwähnung der Medienfreiheit ist aber deshalb in einem gesonderten Absatz geregelt worden, um die Medienfreiheit besonders hervorzuheben⁴⁴⁹, nicht aber um ein eigenes, von der Meinungsfreiheit losgelöstes Grundrecht zu statuieren.

⁴⁴⁶ Callies, EuZW 2001, 261, 264; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 2.

⁴⁴⁷ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 2; Schmitz, JZ 2001, 833, 838; a.A.:

Philippi, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 44.

⁴⁴⁸ Schmitz, JZ 2001, 833, 842.

⁴⁴⁹ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 4.

Es gilt somit die Schranke nach Art. 52 Abs. 3 der Charta der Grundrechte⁴⁵⁰. Die möglichen Einschränkungen dieses Rechts dürfen somit nicht über die in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgesehenen Einschränkungen hinausgehen⁴⁵¹.

(2) Erfüllung der Voraussetzungen bei der Richtlinie

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff im konkreten Fall erfüllt sind.

(aa) Gesetzesvorbehalt

Zunächst verlangt eine Rechtfertigung der Meinungsfreiheit einen Gesetzesvorbehalt. Dieser könnte als Parlamentsvorbehalt zu verstehen sein. Der EuGMR geht mit Rücksicht auf den Rechtskreis des „common law“ von einem materiellen Gesetzesbegriff aus und lässt auch das ungeschriebene „case law“ als Rechtsgrundlage ausreichen⁴⁵². Ein nationales Gesetz, das vom Parlament verabschiedet worden ist, würde nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dieses Kriterium ebenfalls erfüllen⁴⁵³. Das Gemeinschaftsrecht kennt jedoch ein Gesetz nicht. Es ist in diesem Fall eine gemeinschaftsrechtliche Lösung zu suchen, die sich an der spezifischen Form der Gesetzgebung im Gemeinschaftsrecht zu orientieren hat⁴⁵⁴. Richtlinien sind auch aufgrund ihrer abstrakt generellen Regelung mit einem Gesetz vergleichbar, in Art. 249 Abs. 3 EGV ausdrücklich als Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaft

⁴⁵⁰ Vgl. auch Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 52 der Charta, in: Kaufmann, Grundrechtecharta der Europäischen Union, S. 156.

⁴⁵¹ Fischer, Der Vertrag von Nizza. Text und Kommentar, S. 523; Picker, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kurz-Kommentar, S. 45.

⁴⁵² Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 72.

⁴⁵³ Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 100.

⁴⁵⁴ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 72.

anerkannt und vom EuGH selbst als mittelbare Gesetzgebung bezeichnet worden⁴⁵⁵ und genügen somit dem Vorbehalt⁴⁵⁶. Da der EG aber gerade die Kompetenz zum Erlass einer solchen Richtlinie fehlt, kann die Richtlinie schon deshalb kein Gesetz in diesem Sinne sein. Für die weitere Prüfung wird aber angenommen, dass die Richtlinie auf einer wirksamen Rechtsgrundlage beruht.

(bb) Legitimes Ziel

Erklärtes Ziel der Richtlinie ist die Harmonisierung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zum Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse und das damit in Verbindung stehende Sponsoring.

Die Rechtsharmonisierung ist explizit als rechtfertigender Zweck in Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht genannt.

Als gemeinschaftsrechtlicher legitimer Zweck zur Einschränkung der Meinungsfreiheit ist bisher neben der beamtenrechtlichen Treuepflicht und der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Gesundheit vor allem die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt anerkannt worden⁴⁵⁷. Der Zweck Rechtsharmonisierung fällt somit aus dieser Prüfung heraus.

Der Schutz der Gesundheit ist in Art. 10 Abs. 2 EMRK ausdrücklich als rechtfertigender Grund genannt und als gemeinschaftsrechtlich legitimer Zweck auch anerkannt⁴⁵⁸.

Von daher kommt nur noch der Schutz der menschlichen Gesundheit in Frage.

⁴⁵⁵ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 29.

⁴⁵⁶ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 374; Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 100.

⁴⁵⁷ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 157.

⁴⁵⁸ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 157.

(cc) Notwendigkeit

Das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse muss dabei zur Erreichung des Zwecks Gesundheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Dieses Tatbestandsmerkmal eröffnet eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Eingriff muss gemessen an dem verfolgten Ziel verhältnismäßig sein⁴⁵⁹.

Das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse ist weder geeignet noch erforderlich hinsichtlich des Ziels Gesundheitsschutz. Bei der hilfsweise noch zu prüfenden Angemessenheit ist eine Güterabwägung zwischen der Meinungsfreiheit auf der einen Seite und dem Gesundheitsschutz auf der anderen Seite vorzunehmen.

Die Meinungsfreiheit ist auf der einen Seite ein hochwertiges Rechtsgut. Durch das Werbeverbot wird den Herstellern von Tabakerzeugnissen, den Presseverlegern, den Rundfunkanbietern, den Online-Anbietern die Möglichkeit genommen, für Tabakerzeugnisse zu werben. Tabakerzeugnisse können aber legal hergestellt und vertrieben werden. Ist dies aber der Fall, muss grundsätzlich auch erlaubt sein, dafür zu werben⁴⁶⁰. Darüber hinaus bilden Werbeeinnahmen die wirtschaftliche Grundlage einer freien und unabhängigen Presse, des privaten Rundfunks und der elektronischen Medienangebote. Werden Werbemaßnahmen eingeschränkt, kann dies die finanzielle Stabilität der Medien durch Entzug von Werbegeldern gefährden⁴⁶¹. Die Presse, der Rundfunk und die elektronischen Medien, insbesondere das Internet, sind aber von zentraler Bedeutung für den Prozess demokratischer Meinungsbildung. Sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof haben dies wiederholt bei der Pressefreiheit besonders herausgestellt. Die Presse sei für den Bestand und das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft

⁴⁵⁹ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 158.

⁴⁶⁰ General-Anzeiger vom 3.12.2002, S. 19.

⁴⁶¹ Handelsblatt vom 5.5.2003, S. 18.

wesentlich, weshalb eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen sei⁴⁶².

Wenn jetzt die Werbung für Tabak verboten wird, könnten bald auch andere Produkte auf der Verbotliste folgen⁴⁶³. Dies würde sich nicht nur finanziell besonders stark bemerkbar machen, sondern auch rechtlich zum Nachteil der Meinungsbildung in der Demokratie führen⁴⁶⁴.

Hinzu kommt, dass Werbung als Teil der Marktwirtschaft der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers dient, da sie ihn über die am Markt befindlichen Produkte und Dienstleistungen informiert. Gerade durch Werbung wird eine Auswahl der angebotenen Leistung möglich⁴⁶⁵. Wird die Werbung für Tabakerzeugnisse in den Medien wie Presse, Rundfunk und Internet verboten, wird dem Bürger eine Informationsmöglichkeit über Tabakerzeugnisse genommen.

In die Meinungsfreiheit greift die Richtlinie somit insgesamt gesehen stark ein.

Auf der anderen Seite steht, von der abstrakten Seite her gesehen, ein höherwertiges Gut, der Schutz der Gesundheit des Menschen.

Indes ist die Wirkung von Werbung auf das Konsumverhalten noch nicht wissenschaftlich erwiesen. Entscheidend ist zusätzlich noch ein anderer Aspekt, der sich bei der Abwägung nachteilig bei dem Punkt Gesundheitsschutz auswirkt:

Wie oben bereits beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erwähnt, sind beschränkte Werbeverbote nicht wirksam. In einem solchen Fall kann das Werbeverbot mit dem Ziel Gesundheitsschutz im Verhältnis zur Meinungsfreiheit nicht als angemessen gesehen werden.

⁴⁶² Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 103.

⁴⁶³ Graf Lambsdorff, Die Welt vom 9.6.2001, S. 12; Fischer/Seidler, Financial Times Deutschland vom 1.6.2001, S. 11.

⁴⁶⁴ Schwarze, ZUM 2002, 89, 95.

⁴⁶⁵ Die Presse vom 10.12.2002, S. 22.

Das Tabakwerbeverbot ist mithin aus mehreren Gründen nicht verhältnismäßig. Der Eingriff in das Grundrecht kann somit nicht gerechtfertigt werden.

Es liegt mithin ein Verstoß gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit vor.

b) Berufsfreiheit

Das Tabakwerbe- und Sponsoringverbot könnte darüber hinaus gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit verstoßen.

aa) Eingriff in den Schutzbereich

Dazu müsste zunächst ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit vorliegen.

Die Berufsfreiheit ist allgemeiner Bestandteil des Gemeinschaftsrechts und als solches vom EuGH als Gemeinschaftsrechtgrundrecht anerkannt⁴⁶⁶. Da die Berufsfreiheit als solche nicht in der EMRK garantiert ist, hat sich der EuGH bei der Entwicklung des Gemeinschaftsgrundrechts der Berufsfreiheit allein auf die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gestützt⁴⁶⁷. Den Begriff des Berufs hat der EuGH bislang nicht ausdrücklich definiert. Es kann aber als zumindest unstrittig angesehen werden, dass eine berufliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung vorliegt, wenn eine Tätigkeit dauerhaft gegen Entgelt zum Zweck der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage erbracht wird und ihr Umfang nicht so gering ist, dass sie als völlig unwesentlich anzusehen wäre⁴⁶⁸. Der EuGH versteht dabei das Grundrecht der Berufsfreiheit in einem weiten Sinn als wirtschaftli-

⁴⁶⁶ EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rdn. 14; ders., Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 32; ders., Urt. v. 8.10.1986, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897, Rdn. 8.

⁴⁶⁷ EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rdn. 14; ders., Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 32.

⁴⁶⁸ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 132; Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 78.

che Betätigungsfreiheit⁴⁶⁹. Seit der Entscheidung in der Rechtssache Hauer aus dem Jahre 1979 unterscheidet er darüber hinaus zwischen der freien Berufswahl und der freien Berufsausübung⁴⁷⁰.

Ob auch die Werbung für eine bestimmte Ware und damit die Wettbewerbsfreiheit vom Grundrecht der Berufsfreiheit umfasst ist oder Bestandteil einer objektiven Werteordnung ist, ist umstritten⁴⁷¹.

Sowohl in der Rechtssache Walter Rau Lebensmittelwerke⁴⁷² als auch in der die Rechtmäßigkeit der gemeinsamen Marktorganisation für Bananen betreffenden Rechtssache Deutschland/Rat⁴⁷³ hat der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit eine Rolle gespielt. Der EuGH hat es jedoch in beiden Entscheidungen vermieden, eine Antwort darauf zu geben, ob die Wettbewerbsfreiheit auch einen subjektiv-rechtlichen Einschlag besitzt.

Bei frei wählenden und ausübenden Berufen geraten die einzelnen als Unternehmer, als Handel- oder Gewerbetreibende notwendig miteinander in Wettbewerb.

Das Verhalten der Unternehmer und anderer Berufstätiger im Wettbewerb ist somit untrennbar mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit, vor allem der Berufsausübung verbunden ist⁴⁷⁴. Von daher ist es sinnvoll, die Wettbewerbsfreiheit in den Schutzbereich mit einzubeziehen.

Auch die Grundrechtscharta gewährleistet die Berufsfreiheit in Art. 15 und Art. 16 unter mehreren Aspekten:

Nach Art. 15 der Charta der Grundrechte hat jede Person

⁴⁶⁹ EuGH, Urt. v. verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415, Rdn. 72.

⁴⁷⁰ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 32.

⁴⁷¹ Vgl. dazu: Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 111, 112.

⁴⁷² EuGH, Urt. v. 21.5.1987, verb. Rs. 133/85 und 136/85, Slg. 1987, 2289, Rdn. 18.

⁴⁷³ EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rdn. 62.

⁴⁷⁴ Wunderlich, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zur Eigentumsgarantie und ihre Auswirkungen auf die Staatshaftung für legislatives Unrecht, S. 109.

das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten Beruf auszuüben. Nach den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 15 der Charta der Grundrechte soll das Grundrecht eine Anerkennung der Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung darstellen⁴⁷⁵. Dementsprechend liegt der Vorschrift dabei der gleiche Berufsbegriff zugrunde wie der Rechtsprechung des EuGH⁴⁷⁶. Um die abwehrrechtliche Dimension des Artikels deutlich zu machen, wurde bewusst die Formulierung, Recht zu arbeiten und nicht Recht auf Arbeit gewählt⁴⁷⁷.

Darüber hinaus schützt Art. 16 der Charta der Grundrechte mit der unternehmerischen Freiheit einen besonderen wichtigen Aspekt der Berufsfreiheit. Dieser Artikel stützt sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Berufsfreiheit, insbesondere auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und auf Art. 4 EGV, in dem der freie Wettbewerb anerkannt wird⁴⁷⁸. Die unternehmerische Betätigung ist eine selbständige, auf Eigeninitiative und Eigenverantwortlichkeit beruhende Tätigkeit. Sie setzt die Freiheit des Marktzugangs- und -austritts voraus⁴⁷⁹. Darüber hinaus schützt sie auch die Möglichkeit eigenständiger und eigenverantwortlicher Disposition im Wettbewerb mit anderen⁴⁸⁰.

Dabei können nicht nur unmittelbar berufsregelnde Maßnahmen das Grundrecht beeinträchtigen, sondern auch sol-

⁴⁷⁵ Vgl. auch Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 15 der Charta, in: Kaufmann, Grundrechtecharta der Europäischen Union, S. 140.

⁴⁷⁶ Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 83.

⁴⁷⁷ Meyer/Engels, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union -Eine Einführung-, S. 7, 20.

⁴⁷⁸ Picker, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kurzkomentar, S. 58, 59.

⁴⁷⁹ Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 77.

⁴⁸⁰ Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 77.

che Maßnahmen, die nur mittelbar zur Beeinträchtigung führen⁴⁸¹.

Mit dem Tabakwerbe- und Sponsoringverbot wird nicht unmittelbar in die Berufswahl oder Berufsausübung eingegriffen. Mittelbar bedeutet das Verbot eine Beeinträchtigung für den Hersteller von Tabakprodukten, dem die Werbung für sein Produkt in den in Art. 1-5 der Richtlinie aufgezählten Werbemitteln verboten wird und damit die Möglichkeit des Wettbewerbs mit anderen Herstellern genommen wird.

Darüber hinaus sind in der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit mittelbar beeinträchtigt: die Presseverleger, die Rundfunkanbieter sowie die Online-Anbieter, die keine Tabakwerbeanzeigen mehr schalten bzw. keine Tabakwerbespots mehr senden dürfen, keine Websites mehr mit Tabakwerbung gestalten können. Ebenso beeinträchtigt sind die Werbetreibenden, die durch das Verbot nur noch eingeschränkt für ein Produkt Werbung machen können und die Organisatoren von Veranstaltungen, die nicht mehr von der Tabakindustrie gesponsert werden dürfen.

Dabei ist die jeweilige Berufswahl durch die Regelung nicht ausgeschlossen. Es wird allein in die Form der Berufsausübung eingegriffen. Dies gilt auch für die Werbetreibenden, die sich auf Tabakwerbung spezialisiert haben. Dies liegt daran, dass es den Beruf des „Tabakwerbers“ nicht gibt. Für den Tabakwerber ist weder eine eigene Berufsausbildung vorgesehen noch ist ein eigenes Berufsbild gesetzlich fixiert. Für den Tabak zu werben ist zwar allgemein bekannt; doch ist diese Tätigkeit dem übergeordneten Berufsbild der werbenden Tätigkeiten zuzuordnen.

Die Unterscheidung eigenständiger Beruf oder Berufsmodalität ist deshalb von Bedeutung, da Eingriffe in die Berufswahl

⁴⁸¹ Meyer, Produktspezifische Werberegungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 181.

schwerer zu rechtfertigen sind als solche, die sich lediglich auf die Berufsausübung beziehen⁴⁸².

bb) Rechtfertigung

(1) Schranken/Schranken-Schranken unter Berücksichtigung der Charta der Grundrechte

Nachdem ein Eingriff in das Grundrecht bejaht worden ist, stellt sich nun die Frage nach der Rechtfertigung.

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit kann dann gerechtfertigt werden, wenn die Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen⁴⁸³.

Dabei sind, wie schon oben erwähnt, Eingriffe in die Berufsausübung eher möglich als in die Berufswahl.

Auch nach der neuen Charta der Grundrechte sind die Eingriffe in die Berufsausübung nicht schrankenlos gerechtfertigt. Auf eine Normierung eigener Schranken ist bei Art. 15 und bei Art. 16 der Charta der Grundrechte verzichtet worden. Zurückzugreifen ist auf den allgemeinen Schrankenvorbehalt in Art. 52 der Charta der Grundrechte, der die Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen festlegt.

Nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 und 2 der Charta der Grundrechte dürfen gesetzliche Einschränkungen nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer entsprechen.

⁴⁸² Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 376; Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anh. zu Art. 6 EUV Rdn. 56.

⁴⁸³ EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rdn. 78.

Diese Anforderungen entsprechen dem Stand der Grundrechtsentwicklung in Europa⁴⁸⁴.

(2) Erfüllung der Voraussetzungen bei der Richtlinie

(aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit hinsichtlich des Ziels Binnenmarkt/Gesundheitsschutz

Das vorgegebene Ziel der Richtlinie liegt in der Abschaffung der unterschiedlichen nationalen Regelungen, um so den Binnenmarkt zu fördern. Zum Erlass einer solchen Richtlinie mit diesem Zweck fehlt der Gemeinschaft die Kompetenz. Aus diesem Grund fehlt der Richtlinie bereits das legitime Gemeinschaftsziel.

Selbst wenn man den Gesundheitsschutz als Ziel anerkennen sollte, fehlt der Gemeinschaft hierzu die Kompetenz und damit das legitime Gemeinschaftsziel.

Wenn man die Kompetenz und damit das legitime Gemeinschaftsziel unterstellt, stellt sich die Frage nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Verbots. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Kompetenz wurde bereits festgestellt, dass das Verbot weder geeignet noch erforderlich sowohl im Hinblick auf das Ziel Binnenmarkt als auch im Hinblick auf das Ziel Gesundheitsschutz ist. Hilfsweise ist noch die Angemessenheit des Verbots zu prüfen. Zwischen der vorgesehenen Maßnahme und dem angestrebten Ziel muss ein angemessenes Verhältnis sein⁴⁸⁵.

(bb) Angemessenheit unter Berücksichtigung des Ziels Binnenmarkt

Auf der einen Seite muss berücksichtigt werden, dass durch

⁴⁸⁴ Schmitz, JZ 2001, 833, 838.

⁴⁸⁵ Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 374.

das Werbeverbot mit wirtschaftlichen Belastungen, insbesondere bei Verlagen von Zeitungen und Zeitschriften, bei Veranstaltern von Hörfunk, Anbietern von Portalen im Internet sowie Organisatoren von Veranstaltungen, die mit Sponsoring finanziert werden, zu rechnen ist. Ihnen entgehen erhebliche Werbeeinnahmen⁴⁸⁶.

Dies führt zu einem Verlust zahlreicher Arbeitsplätze⁴⁸⁷. Besonders die Presse ist hiervon stark getroffen. Bei den großen deutschen Zeitungsverlagen beispielsweise belaufen sich die Einnahmen aus Tabakwerbung auf einen hohen Anteil ihrer gesamten Werbeeinnahmen. Jährlich werden mit Zigarettenwerbung in Zeitungen und Zeitschriften 60 Millionen Euro umgesetzt⁴⁸⁸.

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass erwähnenswerte Hindernisse für den freien Verkehr der Druckerzeugnisse nicht bestehen. Bisher bestehen auch in Ländern mit Tabakwerbeverbot entweder Ausnahmeregelungen für ausländische Presseerzeugnisse oder deren Verbreitung wird in den betreffenden Ländern zumindest faktisch geduldet⁴⁸⁹. Die Entstehung solcher Hindernisse wurde durch den EuGH zwar für wahrscheinlich gehalten, aber von der EG wurde diese Gefahr bisher nicht konkret nachgewiesen, sondern allgemein mit Verweis auf die derzeitige Entwicklung der nationalen Vorschriften begründet. Selbst wenn eine solche Gefahr konkret bestünde, wäre der Binnenmarkt in einem sehr geringen Umfang betroffen⁴⁹⁰. Denn anderes als bei den meisten Gebrauchsgütern haben die Presseerzeugnisse wegen der sprachlich und kulturellen Besonderheiten überwiegend einen lokalen oder regionalen Charakter⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ Berbalk/Bommersheim, Focus vom 1.7.2002, 178, 179.

⁴⁸⁷ Vwd Vereinigte Wirtschaftsdienste Online vom 17.4.2002.

⁴⁸⁸ Der Spiegel vom 25.2.2002, S. 20.

⁴⁸⁹ Scheider, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.7.2001, S. 8.

⁴⁹⁰ Schneider, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.7.2001, S. 8.

⁴⁹¹ BR-Drs. 555/01 (Beschluss) vom 19.10.2001, S.2; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19.10. 2001, S. 18; Kamann/Schroeder, Europablätter, 1999, 83, 90.

Gleiches gilt für die vom Verbot mitumfassten anderen gedruckten Veröffentlichungen. Zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen ist es bisher nicht gekommen.

Das Verbot der Internetwerbung für Tabakerzeugnisse bringt ebenfalls keinerlei tatsächliche Erleichterungen beim entsprechenden freien Verkehr der Internet-Dienstleistungen mit sich. Das Internet wird hinsichtlich der Werbung für Tabak grenzüberschreitend selten benutzt, sondern nur überwiegend national mit den in Sprache und Mentalität national geprägten Online-Diensten, zu denen auch die jeweilige Werbung gehört. Bei der grenzüberschreitenden Nutzung ist es bisher weder zu Behinderungen noch zu spürbaren Verzerrungen gekommen⁴⁹².

Die von der Richtlinie mitefasste Radiowerbung für Tabakprodukte ist regelmäßig regional organisiert. Da grenzüberschreitendes Radiohören in ganz seltenen Fällen stattfindet, dient auch diese Verbotsregelung weder der Beseitigung von Hemmnissen des freien Verkehrs noch spürbarer Wettbewerbsverzerrungen⁴⁹³.

Als Umgehungsschutzklausel kommen die letzten beiden Verbote auch nicht in Betracht.

Darüber hinaus ist das Verbot von Sponsoring ausnahmslos. So werden auch kleinere Veranstaltungen erfasst, bei denen weder Dienstleistungshemmnisse noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen oder drohen.

Aus diesem Grund ist der Berufsfreiheit gegenüber dem Ziel Binnenmarkt der Vorrang einzuräumen.

Die Maßnahme genügt in mehrerer Hinsicht bezüglich des Ziels Binnenmarkt nicht den Anforderungen, die der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufstellt.

⁴⁹² Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

⁴⁹³ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

(cc) Angemessenheit unter Berücksichtigung des Ziels Gesundheitsschutz

Berücksichtigt man den Gesundheitsschutz als legitimes Ziel, so ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der gerade erwähnten Nachteile eines Tabakwerbeverbots diese einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit der Betroffenen bedeutet. Auf der anderen Seite ist die Volksgesundheit ein hochrangiges Schutzgut. Bei einer Abwägung beider Schutzgüter ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Wirkung von Werbung auf das Konsumverhalten noch nicht wissenschaftlich erwiesen ist. Hinzu kommt, dass beschränkte Werbeverbote, wie beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits erwähnt, nicht wirksam sind⁴⁹⁴. Von daher ist das Werbeverbot hinsichtlich seines Ziels Gesundheitsschutz nicht angemessen. Es lässt sich somit festhalten, dass die Maßnahme sowohl hinsichtlich des Ziels der Verbesserung des Binnenmarkts als auch hinsichtlich des Ziels des Gesundheitsschutzes nicht den Anforderungen an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Der Eingriff ist somit nicht gerechtfertigt. Es liegt somit ein Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit vor.

c) Eigentumsfreiheit

Die Richtlinie könnte ferner gegen das Grundrecht der Eigentumsfreiheit verstoßen.

Zunächst müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

aa) Schutzbereich

Das Grundrecht der Eigentumsfreiheit ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ein auf Gemeinschaftsebene geschütztes Grundrecht⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Oppermann, ZUM 2001, 950, 951.

⁴⁹⁵ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 17-30.

Zum Schutzbereich des Grundrechts wird das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie anderen vermögenswerten Rechten gezählt⁴⁹⁶. Zu den vermögenswerten Rechten eines Unternehmens gehört alles, was diesem seinen wirtschaftlichen Wert verleiht⁴⁹⁷.

Ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb in seiner Gesamtheit am Schutz der Eigentumsgarantie teilnimmt, ist noch offen⁴⁹⁸. Der EuGH hat dies bisher noch nicht ausdrücklich entschieden⁴⁹⁹. Der EuGMR bejaht dies⁵⁰⁰, was allerdings auch damit zusammenhängen kann, dass die EMRK kein Grundrecht der Berufsfreiheit enthält⁵⁰¹. Jedenfalls kann der Schutz des Gewerbebetriebs nicht weiter reichen als seine Grundlagen; daher muss zumindest der Bestand des Unternehmens betroffen sein⁵⁰². Die Einbeziehung künftiger Rechtspositionen ist somit ausgeschlossen. Daraus folgt, dass lediglich bloße Interessen, Hoffnungen oder Gewinnchancen nicht von der Eigentumsgarantie geschützt werden⁵⁰³.

Auch die Marke steht unter dem Eigentumsschutz der nationalen Verfassungen und dem gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz⁵⁰⁴.

⁴⁹⁶ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 143, 144; Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anh. zu Art. 6 EUV Rdn. 62.

⁴⁹⁷ Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, S. 267.

⁴⁹⁸ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 145; von Milczewski, Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 68.

⁴⁹⁹ Günter, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union -Eine rechtsvergleichende Studien-, S. 37; a.A. Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 46.

⁵⁰⁰ EGMR, 26.6.1989, Nr. 7/1984/79/123, in: EuGRZ 1988, 35.

⁵⁰¹ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 145

⁵⁰² Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 116; Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 145; Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, S. 40.

⁵⁰³ EuGH, Urt. v. 14.3.1974, Rs 4/73, Slg. 1974, 491, Rdn. 14; Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 118; Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rdn. 148.

⁵⁰⁴ Beutler, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EUV Rdn. 79; Stein, Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, S. 28.

Das Eigentumsrechts selbst ist ebenfalls in Art. 17 der Charta der Grundrechte verankert. Dieser Artikel entspricht Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK. Es handelt sich um ein gemeinsames Grundrecht aller einzelstaatlicher Verfassungen⁵⁰⁵. Der Schutz des geistigen Eigentums ist zwar ein Aspekt des Eigentumsrechts, er wird jedoch aufgrund seiner zunehmenden Bedeutung und aufgrund des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts in Abs. 2 ausdrücklich genannt. Die in Abs. 1 vorgesehenen Garantien gelten mithin sinngemäß für das geistige Eigentum. Dieses umfasst auch das Markenrecht⁵⁰⁶.

bb) Eingriff

Sowohl die Eigentumsentziehung als auch die Beschränkung von Eigentümerrechten sind als Eingriff in das Grundrecht zu werten⁵⁰⁷.

Das Tabakwerbeverbot mindert zwar die Umsatz- und Gewinnchancen der Gewerbetreibenden wie der Presseverleger, Online-Anbieter, Werbeagenturen, Organisatoren von Veranstaltungen, die von der Tabakindustrie gesponsert werden, sowie der tabakherstellenden Industrie. Umsatz- und Gewinnchancen fallen jedoch, wie erwähnt, nicht unter den Eigentumsbegriff.

In Betracht kommen allerdings bestehende Markenrechte der Zigarettenhersteller. Durch das Tabakwerbeverbot können die Marken der zigarettenherstellenden Industrie in Zukunft nicht mehr in den einzelnen Werbemitteln verwendet werden. Diese Werbemittel stellen einen ganz erheblichen Absatz der jeweiligen Marke sicher. Den Zigarettenherstellern wird durch das Werbeverbot nicht das Recht an der Marke selbst entzogen, sondern lediglich mit Blick auf den Werbeeffect einge-

⁵⁰⁵ Fischer, Der Vertrag von Nizza. Text und Kommentar, S. 529.

⁵⁰⁶ Fischer, Der Vertrag von Nizza. Text und Kommentar, S. 529; Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anh. zu Art. 6 EUV Rdn. 62.

⁵⁰⁷ EuGH, Urt. v. 13.12. 1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rdn. 17-30.

schränkt. Es liegt somit eine Beschränkung der Ausübung dieses Rechts vor.

cc) Rechtfertigung

Eingriffe in das Gemeinschaftsgrundrecht Eigentum müssen den dem allgemeinen Wohl dienenden Zielen der Gemeinschaft und im Hinblick auf den verfolgten Zweck dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

In der neuen Charta der Grundrechte sind in Art. 17 an sich Voraussetzungen genannt, unter denen ein Eingriff in die Eigentumsnutzung gerechtfertigt sein kann. Gleichwohl wird bei den Erläuterungen beispielsweise des Präsidiums und auch im Schrifttum auf Art. 52 Abs. 3 der Charta der Grundrechte in Verbindung mit Art. 1 des Zusatzprotokolls der EMRK verwiesen⁵⁰⁸. Nach Art. 52 Abs. 3 der Charta der Grundrechte hat das Recht dabei die gleiche Bedeutung und Tragweite wie das in der EMRK verankerte Recht, wobei nicht über die in der EMRK genannten Beschränkungen hinausgegangen werden darf.

Dies wirft die Frage auf, ob die Schrankenregelung des Art. 17 der Charta der Grundrechte auch als allgemeingültig angesehen werden kann⁵⁰⁹. Dies kann im vorliegenden Fall aber dahinstehen; denn dass die Nutzung, so wie in Art. 17 der Charta der Grundrechte geregelt, eingeschränkt werden kann, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist, entspricht gängigen Verfassungstraditionen und auch der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH⁵¹⁰.

Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff in das Eigentumsrecht ist somit zunächst ein Ziel, das dem Gemeinwohl dient.

⁵⁰⁸ Vgl. die Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 52 der Charta, in: Kaufmann, Grundrechtecharta der Europäischen Union, S. 156; Fischer, Der Vertrag von Nizza. Text und Kommentar, S. 529, 552.

⁵⁰⁹ Schmitz, JZ 2001, 838.

⁵¹⁰ Tettinger, NJW 2001, 1010, 1014.

Das angebliche Ziel der Richtlinie liegt in der Abschaffung der unterschiedlichen nationalen Regelungen, um so den Binnenmarkt zu fördern. Zum Erlass einer solchen Richtlinie mit diesem Zweck fehlt der Gemeinschaft die Kompetenz. Deshalb fehlt der Richtlinie bereits das legitime Gemeinschaftsziel. Auch wenn man den Gesundheitsschutz als Ziel anerkennen wollte, fehlt der Gemeinschaft auch hierzu die Kompetenz.

Wenn man die Kompetenz und damit das legitime Gemeinschaftsziel unterstellt, stellt sich die Frage nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Verbots.

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Kompetenz wurde bereits geprüft, dass das Verbot weder geeignet noch erforderlich im Hinblick auf das Ziel Binnenmarkt/Gesundheitsschutz ist. Selbst wenn man die Geeignetheit und Erforderlichkeit unterstellen würde, würde sich noch die Frage nach der Angemessenheit stellen. Dabei sind die betroffenen Rechtsgüter zueinander in Verhältnis zu bringen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in das Markenrecht der Zigarettenhersteller nicht einschneidend eingegriffen wird. Denn die Zigarettenmarke, etwa Marlboro, bleibt weiter bestehen. Sie wird nur hinsichtlich der Nutzung eingeschränkt und auch nur bezüglich eines Effektes, nämlich des Werbeeffektes. Dies hat zwar gravierende Folgen hinsichtlich der Berufs- und Eigentumsfreiheit, hinsichtlich des Markenrechts jedoch nur geringe. Von daher wäre der Eingriff in das Markenrecht gegenüber dem Ziel Binnenmarkt und dem Gesundheitsschutz angemessen und bei Unterstellung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Eingriff somit gerechtfertigt.

V. Begründungspflicht nach Art. 253 EGV

Die Richtlinie könnte gegen die Begründungspflicht nach Art. 253 EGV verstoßen.

Der EuGH hat sich in seinem Urteil hinsichtlich der alten Werberichtlinie nicht mit möglichen Begründungsfehlern auseinandergesetzt, da er die Richtlinie bereits wegen mangelnder Kompetenz für nichtig erklärt hat.

Generalanwalt Fennelly vermag einen Verstoß gegen die in Art. 190 (neu: Art. 253) EGV enthaltene Begründungspflicht des Gemeinschaftsgesetzgebers beim Erlass eines Rechtsakts grundsätzlich nicht zu erkennen. Die Begründungserwägungen der Richtlinie 98/43 seien ausreichend, um dem Gerichtshof die Überprüfung zu ermöglichen. Lediglich für die Sondervorschrift des Art. 3 Abs. 3 lit. a der Richtlinie (Verwendung von Namen für Tabakerzeugnisse, die bereits mit anderen Waren/Dienstleistungen in Verbindung stehen) sei keine hinreichende Begründung gegeben, so dass diese für nichtig zu erklären sei⁵¹¹.

Der vom Generalanwalt Fennelly festgestellte Verstoß gegen die Begründungspflicht aus Art. 253 EGV ist nicht mehr relevant, da diese Vorschrift in der Richtlinie nicht mehr enthalten ist. Im Rahmen der neuen Richtlinie könnten jedoch andere Gesichtspunkte einen Begründungsmangel nach Art. 253 EGV begründen.

Um Begründungsmängel überhaupt feststellen zu können, muss zunächst geklärt werden, welche Anforderungen an eine Begründungspflicht im Sinne des Art. 253 EGV gestellt werden.

1. Allgemeine Anforderungen an die Begründungspflicht

Gemäß Art. 253 EGV sind verbindliche Rechtsakte der Gemeinschaft (Verordnung, Richtlinie, Entscheidung) mit Gründen zu versehen.

Die Begründungspflicht soll zum einen den Adressaten eines Rechtsakts in die Lage versetzen, die entscheidenden Ge-

⁵¹¹ Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge v.15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rdn. 177-179.

sichtspunkte für seinen Erlass, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsverteidigung kennen zu lernen. Zum anderen soll sie dem EuGH eine effektive Ausübung seiner Rechtskontrolle ermöglichen⁵¹².

Nicht erforderlich ist, dass alle rechtlichen Gesichtspunkte genannt werden⁵¹³. Art. 253 EGV verlangt, dass die Begründung inhaltlich die wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen enthält, auf denen die Maßnahme beruht und die für das Verständnis der Gedankengänge der erlassenen Organe erforderlich sind⁵¹⁴. Solange Klarheit und Schlüssigkeit gewahrt werden, so dass der Gedankengang, der zum Erlass der Maßnahme geführt hat, logisch nachvollzogen werden kann, dürfe die Begründung durchaus in knapper Form erfolgen⁵¹⁵.

Der Umfang der Begründungspflicht richtet sich nach dem jeweils zu erlassenen Rechtsakt. Bei Rechtsakten der Gemeinschaft, die einen Sachverhalt detailliert regeln (Entscheidung), sind an die Begründung höhere Anforderungen zu stellen als bei Rechtsakten, die allgemein gefasst sind (Richtlinie, Verordnung)⁵¹⁶.

Dies bedeutet, dass der EuGH bei normativen Akten sehr hohe Anforderungen an die Feststellung von Begründungsfehlern stellt⁵¹⁷.

2. Konkrete Überprüfung der Richtlinie 2003/33/EG

Die neue Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten

⁵¹² EuGH, Urt. v. 26.3.1987, Rs. 45/86, Slg. 1987, 1493, Rdn. 5; Magiera, Jura 1989, 595, 603; Schwarze, in: Schwarze, Art. 253 EGV Rdn. 3.

⁵¹³ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 253 EGV Rdn. 9; EuGH, Urt. v. 12.11.1996, Rs. C- 84/94, Slg. 1996, I-5755, Rdn. 74; Schwarze, in: Schwarze, Art. 253 EGV Rdn. 4.

⁵¹⁴ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 253 EGV Rdn. 9; Schwarze, in: Schwarze, Art. 253 EGV Rdn. 4.

⁵¹⁵ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 253 EGV Rdn. 9; EuGH, Urt. v. 12.11.1996, Rs. C- 84/94, Slg. 1996, I-5755, Rdn. 74.

⁵¹⁶ Schwarze, in: Schwarze, Art. 253 EGV Rdn. 6.

⁵¹⁷ Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 17.

von Tabakerzeugnissen soll den freien Verkehr der in Art. 1 der Richtlinie aufgelisteten Medien und damit zusammenhängender Dienstleistungen sicherstellen und Hemmnisse für das Funktionieren des Binnenmarktes beseitigen (Art.1 der Richtlinie).

Was in der Begründung der Richtlinie zur Behauptung der Binnenmarktrelevanz des Tabakwerbe- und Sponsoringverbots vorgebracht wird, erschöpft sich in begründungslosen Thesen⁵¹⁸.

In Art. 3 der Richtlinie wird die Tabakwerbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen verboten. In Erwägungsgrund 1 der Richtlinie wird von Parlament und Rat zur Rechtfertigung des Verbots schlicht behauptet, bei der Werbung in der Presse seien bereits einige Hindernisse aufgetreten. In Erwägungsgrund 4 der Richtlinie wird ausgeführt, dass ein beträchtliches Risiko für Hemmnisse des freien Verkehrs der Veröffentlichungen wie Zeitschriften, Zeitungen und Magazine bestehe. Dass Hemmnisse aufgetreten sind bzw. zu erwarten sind, wird nicht belegt⁵¹⁹. Eine Begründung für diese Behauptungen wäre aber erforderlich gewesen, um nachvollziehen zu können, warum in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen die Werbung für Tabakerzeugnisse zur Beseitigung von Beschränkungen des freien Verkehrs und zur Verbesserung des Binnenmarkts verboten werden soll. Insbesondere welchen Binnenmarktbezug gerade auch lokale bzw. regionale Veröffentlichungen haben sollen, wird nicht dargelegt.

Auch die Begründung für das Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse im Internet ist zu kurz. Die Tabakwerbung in diesem Medium, in dem auch Rundfunk übertragen werde, nähme zu und werde stärker genutzt, besonders von Jugendlichen. Die Tabakwerbung im Internet sei schon ihrem

⁵¹⁸ Oppermann, ZUM 2001, 950, 951.

⁵¹⁹ Oppermann, ZUM 2001, 950, 951.

Wesen nach grenzüberschreitend und müsse daher auf Gemeinschaftsebene geregelt werden⁵²⁰. Auch aus diesen kurzen Erwägungen wird die Notwendigkeit der Einbeziehung des Verbots der Tabakwerbung im Internet nicht deutlich. Art. 4 der Richtlinie möchte alle Formen der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse verbieten. In Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie wird hervorgehoben, dass damit auch das Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakfirmen untersagt werden soll. Auf eine gesonderte Begründung für dieses weitreichende Verbot verzichteten Rat und Parlament auch hier nahezu. Lediglich mit einem kleinen Einschub in Erwägungsgrund 6 der Richtlinie wird die kurze Begründung für das Internetwerbeverbot gleichzeitig für das Rundfunkwerbeverbot herangezogen, da der Rundfunk auch über das Internet übertragen werden könne. Dabei wird auf die grenzüberschreitende Natur des Rundfunks abgestellt. Hier hätten Rat und Parlament näher darlegen müssen, was für Hemmnisse bestehen. Gerade die Einbeziehung des lokalen und regionalen Rundfunks wird nicht thematisiert.

Das grenzüberschreitende Sponsoringverbot in der Richtlinie ist pauschal gehalten. In der Begründung des Sponsoringverbots wird die Eingrenzung dieses Verbots betont. Es sollen nur die unterschiedlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen angeglichen werden, die Aktivitäten und Veranstaltungen mit grenzüberschreitender oder internationaler Wirkung betreffen. Ohne nähere Substantiierung wird davon gesprochen, dass diese Unterschiede zu einer beträchtlichen Gefahr der Wettbewerbsverzerrung für diese Tätigkeit im Binnenmarkt führten, und dass diese Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen wahrscheinlich zunehmen würden. Bei größeren Kultur- und Sportveranstaltungen sei-

⁵²⁰ Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2003/33/EG.

en sie bereits erkennbar geworden⁵²¹. Diese Feststellungen reichen in dieser Allgemeinheit jedoch nicht aus, um eine spürbare Wettbewerbsverzerrung in allen denkbaren Anwendungsformen des Sponsorings zu begründen⁵²². Vielmehr hätte hier eine intensive Auseinandersetzung mit den Wettbewerbszuständen in den betroffenen Branchen erfolgen müssen⁵²³. In der vorgeschlagenen Pauschalität ist das Sponsoringverbot indes nicht haltbar. Erforderlich gewesen wäre somit ein branchenspezifisches Sponsoringverbot, jeweils gedeckt durch entsprechende Wettbewerbsdefizite in der jeweiligen Branche⁵²⁴.

Das Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen wird in Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie mit der erheblich potentiellen Suchtwirkung einer solchen Verteilung begründet. Eine weitergehende Auseinandersetzung findet auch hier nicht statt. Hindernisse des Binnenmarkts oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen werden nicht dargelegt. Der gravierendste Verstoß gegen die Begründungspflicht ist jedoch der Umstand, dass die Erwägungsgründe der Richtlinie den wahren Hauptzweck der Richtlinie verschleiern und nicht die wahren Überlegungen und Motive der erlassenden Gemeinschaftsorgane, nämlich den Gesundheitsschutz, wiedergeben.

Insgesamt gesehen liegen bei der Richtlinie somit mehrere Begründungsmängel vor.

Als Ergebnis lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die neue Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen aus mehreren Gründen nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren ist:

⁵²¹ Erwägungsgründe 1 und 5 der Richtlinie 2003/33/EG.

⁵²² Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

⁵²³ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

⁵²⁴ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

Fehlen der Kompetenz, Verstoß gegen die Grundrechte der Meinungs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit und gegen die Begründungspflicht.

F. Individualrechtsschutz gegen grundrechtsverletzende Richtlinien

Es stellt sich als nächstes die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten bei Richtlinienverstößen bestehen.

Dabei wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur auf die Rechtsschutzmöglichkeiten natürlicher und juristischer Personen gegen grundrechtsverletzende Richtlinien eingegangen, mit anderen Worten auf den Individualrechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen. Die für andere Institutionen bzw. Organe bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten bleiben außer Betracht.

Dabei soll im Folgenden zunächst geprüft werden, inwieweit Individualrechtsschutz gegen Richtlinien allgemein und speziell auch gegen die neue Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen besteht.

I. Rechtsschutzmöglichkeiten

1. Nichtigkeitsklage

Im Rahmen dieser Betrachtungen ist zunächst die vertraglich eingeräumte Rechtsschutzmöglichkeit der Nichtigkeitsklage für Private nach Art. 230 Abs. 4 EGV in Betracht zu ziehen.

a) Allgemeine Anmerkungen

Die Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 EGV ermöglicht eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane. Bei einer Klage natürlicher und juristischer Personen handelt es sich hierbei um eine Klage, die im

weitesten Sinne mit der Anfechtungsklage des deutschen Verwaltungsrechts nach § 42 VwGO verglichen werden kann, das heißt bei Erfüllung einzelner Klagevoraussetzungen kann jede natürliche oder juristische Person Klage mit dem Ziel der Aufhebung eines Rechtsakts erheben.

Nach Art 230 Abs. 4 EGV können natürliche und juristische Personen hinsichtlich des Klagegegenstands nur unter eingeschränkten Voraussetzungen Nichtigkeitsklage vor dem Gericht erster Instanz erheben.

Nach dem Wortlaut des Art. 230 Abs. 4 EGV gibt es drei Fallgruppen von Klagegegenständen:

- Entscheidungen, die an den Kläger gerichtet sind,
- Entscheidungen, die in Form einer Verordnung ergangen sind (die sogenannten „Scheinverordnungen“),
und
- Entscheidungen, die an eine andere Person gerichtet sind.

b) Richtlinien als Klagegegenstand

Fraglich ist, ob Richtlinien Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein können.

Eine Richtlinie verpflichtet nach Art. 249 Abs. 3 EGV die Mitgliedstaaten dazu, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu verwirklichen, überlässt den Mitgliedstaaten jedoch die Wahl der Form und Mittel bei der Umsetzung. Die Richtlinie ist zunächst nur für die Mitgliedstaaten und erst nach erfolgter Umsetzung auch für den einzelnen Bürger verbindlich⁵²⁵. Im Unterschied zur Verordnung, die unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt, sieht das Gemeinschaftsrecht damit für die Richtlinie ein zweistufiges Rechtssetzungsverfahren vor, wonach die Gemein-

⁵²⁵ Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 33 Rdn. 22, 24.

schaftsorgane die Grund- oder Rahmenregelung erlassen, die Mitgliedstaaten die dazu erforderlichen Durchführungsmaßnahmen⁵²⁶.

Von diesen „echten“ Richtlinien zu unterscheiden sind die sogenannten „Scheinrichtlinien“. Hierbei handelt es sich um in der Form von Richtlinien ergangenen Entscheidungen⁵²⁷.

aa) Darstellung der Rechtsprechung

Mit „echten“ Richtlinien bzw. „Scheinrichtlinien“ als Klagegegenstand einer Nichtigkeitsklage haben sich das EuG und der EuGH in mehreren Entscheidungen zum Teil nur am Rande und implizit, zum Teil aber auch ausführlicher beschäftigt. Im Folgenden sollen diese Entscheidungen und deren Aussagen näher dargelegt werden.

(1) Urteil des EuGH in der Rs. Fedesa

In der Rechtssache Fedesa⁵²⁸ hat der EuGH die Frage offengelassen, ob natürliche und juristische Personen entgegen dem Wortlaut von Art. 173 Abs. 2 EWGV (heute: Art. 230 Abs. 4 EGV) Nichtigkeitsklage gegen Richtlinien erheben können und die Unzulässigkeit der Klage auf die nicht vorhandene individuelle Betroffenheit der Klägerinnen gestützt⁵²⁹.

(2) Urteil des EuGH in der Rs. Gibraltar

In der Rechtssache Gibraltar⁵³⁰ hat der EuGH die Unzulässigkeit der Klage auf die allgemeine Geltung des als Richtlinie verabschiedeten Gemeinschaftsakts gestützt. Eine individuelle Betroffenheit ist nicht mehr geprüft worden. Da der

⁵²⁶ Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 33 Rdn. 24.

⁵²⁷ Cremer, EWS 1999, 48, 50.

⁵²⁸ EuGH, Beschluss v. 7.12.1988, Rs. 160/88, Slg. 1988, 6399.

⁵²⁹ EuGH, Beschluss v. 7.12.1988, Rs. 160/88, Slg. 1988, 6399, Rdn. 13.

⁵³⁰ EuGH, Urte. v. 29.6.1993, Rs. C- 298/89, Slg. 1993, I-3605, 3648.

EuGH die echte Natur des Gemeinschaftsakts geprüft hat, deutet dies darauf hin, dass der EuGH die Anfechtbarkeit von „Scheinrichtlinien“ anerkennt, während die Anfechtbarkeit von „echten“ Richtlinien nicht in Betracht kommt. Sonst hätte der Gerichtshof noch die unmittelbare und individuelle Betroffenheit prüfen müssen⁵³¹.

(3) Urteil des EuG bzw. des EuGH in der Rs. Asocarne

In dem Urteil Asocarne 1994⁵³² hat das EuG ausgeführt, dass Art. 173 Abs. 4 EGV (heute: Art. 230 Abs. 4 EGV) für Einzelne keine direkte Klagemöglichkeit vor dem Gemeinschaftsgericht gegen Richtlinien oder Entscheidungen, die als Richtlinien ergangen sind, vorsieht⁵³³. Darüber hinaus sei, selbst wenn man davon ausgehe, dass Richtlinien den Verordnungen gleichgestellt werden könnten, um eine Klage gegen eine als Richtlinie ergangene Entscheidung zuzulassen, die streitige Richtlinie keine „verschleierte“ Entscheidung⁵³⁴. Hilfsweise wird dann noch die individuelle Betroffenheit geprüft und diese verneint⁵³⁵.

Auch der EuGH hat in der Rechtsmittelentscheidung in der Rechtssache Asocarne 1995⁵³⁶ untersucht, ob eine in Form einer Richtlinie ergangene Entscheidung vorliegt und nach Verneinung dieser Frage hilfsweise auch eine individuelle Betroffenheit geprüft und abgelehnt. Der EuGH hat dabei nicht ausdrücklich zu der Frage Stellung genommen, ob „echte“ Richtlinien oder „verschleierte“ Richtlinien Gegenstand der Klage sein können. In Übereinstimmung mit dem EuG hat er das Vorliegen einer „verschleierte“ Entscheidung aber abgelehnt und sodann festgestellt, dass das Ge-

⁵³¹ Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 230 EGV Rdn. 39.

⁵³² EuG, Beschluss v. 20.10.1994, Rs. T-99/94, Slg. 1994, II-871.

⁵³³ EuG, Beschluss v. 20.10.1994, Rs. T-99/94, II-871, Rdn. 17.

⁵³⁴ EuG, Beschluss v. 20.10.1994, Rs. T-99/94, Slg. 1994, II-871, Rdn. 18.

⁵³⁵ EuG, Beschluss v. 20.10.1994, Rs. T-99/94, Slg. 1994, II-871, Rdn. 19-21.

⁵³⁶ EuGH, Beschluss v. 23.11.1995, Rs. C-10/95, Slg. 1995, I-4149.

richt daher nicht zu untersuchen brauche, ob Richtlinien Verordnungen gleichgesetzt werden können⁵³⁷.

Beide Gemeinschaftsgerichte begnügen sich nicht mit dem Hinweis auf den klaren Wortlaut des Art. 173 Abs. 4 EGV (heute: Art. 230 Abs. 4 EGV), sondern prüfen darüber hinaus noch die wahre Rechtsnatur der Richtlinie. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Gemeinschaftsgerichte die als Richtlinie ergangene Entscheidung als Klagegegenstand anerkennen wollen, ausdrücklich dazu geäußert haben sie sich aber nicht⁵³⁸.

Fraglich ist, ob deutlich geworden ist, dass eine „echte“ Richtlinie Klagegegenstand sein kann.

Nach Cremer ist nicht verständlich, warum der EuGH einerseits sagt, dass das EuG eine Gleichbehandlung von Verordnung und Richtlinie nicht zu prüfen brauche, wenn feststeht, dass keine „verschleierte“ Entscheidung vorliegt, dann aber selbst die individuelle Betroffenheit ausführlich prüft⁵³⁹. Eine solche Untersuchung sei nach Verneinung einer „verschleierten“ Entscheidung streng genommen nur dann geboten, wenn der EuGH entgegen seinem Urteil Gibraltar auch die Anfechtbarkeit „echter“ Richtlinien für möglich hält⁵⁴⁰. Der EuGH hat sich in seiner Würdigung zwar noch mit der individuellen Betroffenheit auseinandergesetzt⁵⁴¹. Dies wäre in der Tat jedoch nicht mehr erforderlich gewesen. Dass aus der Prüfung der individuellen Betroffenheit dennoch nicht auf die Anerkennung einer „echten“ Richtlinie geschlossen werden kann, wird anhand des nachfolgenden Urteils UEAMPE von 1998 deutlich.

⁵³⁷ EuGH, Beschluss v. 23.11.1995, Rs. C-10/95, Slg. 1995, I-4149, Rdn. 19- 21.

⁵³⁸ Borchardt, in: Lenz/Borchardt, Art. 230 EGV Rdn. 53.

⁵³⁹ Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 230 EGV Rdn. 41.

⁵⁴⁰ Cremer, in: Callies/Ruffert, Art. 230 EGV Rdn. 41.

⁵⁴¹ EuGH, Beschluss v. 23.11.1994, Rs. C-10/95, Slg. 1995, I-4149, Rdn. 35 ff.

(4) Urteil des EuG in der Rs. UEAPME

In der Rechtssache UEAPME vom Juni 1998⁵⁴² hat das Gericht erster Instanz ausgeführt:

Zwar behandle Art. 173 Abs. 4 EGV (heute: Art. 230 Abs. 4 EGV) die Zulässigkeit der von einer juristischen Person gegenüber einer Richtlinie erhobenen Nichtigkeitsklage nicht ausdrücklich, der Rechtsprechung des EuGH sei jedoch zu entnehmen, dass dies allein nicht ausreiche, solche Klagen für unzulässig zu erklären. Hierbei bezieht sich das Gericht auf die Rechtssache Gibraltar und Asocarne. Das EuG führt weiter explizit aus, dass der Gerichtshof im Beschluss Asocarne festgestellt habe, dass es sich bei der angefochtenen Maßnahme um eine Richtlinie handele und dann geprüft habe, ob nicht eine die Klägerin im Sinne des Art. 173 Abs. 4 (neu: Art. 230 Abs. 4 EGV) unmittelbar und individuellbetreffende Entscheidung vorgelegen habe, die nur nach dem äußeren Anschein eine Richtlinie gewesen sei⁵⁴³. Daraus wird deutlich, dass sich die Betroffenheit in der Rechtssache Asocarne auf die Richtlinie bezogen hat, die eine Entscheidung darstellt und nicht eine „echte“ Richtlinie gemeint war. Weiterhin führt das EuG aus, dass Gemeinschaftsorgane die Rechtsschutzmöglichkeiten, die der Vertrag dem Einzelnen gegenüber Entscheidungen gebe, nicht einfach durch die Wahl der Form des betreffenden Rechtsakts ausgeschlossen werden könne⁵⁴⁴.

In der Rechtssache UEAPME wird nach dieser allgemeinen Feststellung dann geprüft, ob eine „Scheinrichtlinie“ vorliegt, was letztlich verneint wird⁵⁴⁵.

⁵⁴² UEAPME, Urt. v. 17.7.1998, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335.

⁵⁴³ UEAPME, Urt. v. 17.7.1998, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335, Rdn. 63.

⁵⁴⁴ UEAPME, Urt. v. 17.7.1998, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335, Rdn. 63.

⁵⁴⁵ UEAPME, Urt. v. 17.7.1998, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335, Rdn. 64-67.

Damit hat das EuG in der Rechtssache UEAPME ebenfalls anerkannt, dass „Scheinrichtlinien“ Klagegegenstand einer Nichtigkeitsklage sein können⁵⁴⁶.

Nach Feststellung des normativen Charakters der konkreten Richtlinie wird übergeleitet in die Prüfung der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit⁵⁴⁷.

Dies bedeutet eine Anerkennung der „echten“ Richtlinien als Klagegegenstand⁵⁴⁸.

Dafür spricht zum einen, dass die Erörterungen sich nicht hilfsweise auf die als Richtlinie ergangene Entscheidung, mithin auf die „Scheinrichtlinie“ beziehen. Begriffe, die auf eine hilfsweise Ausführung deuten, wie „selbst wenn“ oder ähnliches, verwendet das Gericht nicht. Vielmehr handelt es sich um einen eigenständigen Bezug auf eine „echte“ Richtlinie⁵⁴⁹.

Dies wird auch anhand der folgenden Formulierung des EuG deutlich.

Nach der Feststellung, dass die Richtlinie ihrem Wesen nach normativen Charakter habe und keine Entscheidung im Sinne des EG- Vertrages sei, führt das EuG aus:

„sodann ist zu prüfen, ob die Klägerin trotz des normativen Charakters der Richtlinie durch diese individuell und unmittelbar betroffen sein kann“⁵⁵⁰.

Dabei wird zur Begründung des Prüfungsumfangs der individuellen Betroffenheit auf die Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von „echten“ Verordnungen, insbesondere das Urteil des EuGH in der Rechtssache Cordoniu Bezug genommen⁵⁵¹. In diesem Urteil hatte der EuGH erstmals im Bereich

⁵⁴⁶ Cremer, EuZW 2001, 453, 454.

⁵⁴⁷ UEAPME, Urt. v. 17.7.1998, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335, Rdn. 68- 122.

⁵⁴⁸ Cremer, EuZW 2001, 453, 454.

⁵⁴⁹ Cremer, EuZW 2001, 453, 454.

⁵⁵⁰ UEAPME, Urt. v. 17.7.1998, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335, Rdn. 68.

⁵⁵¹ UEAPME, Urt. v. 17.7.1998, Rs. T-135/96, Slg. 1998, II-2335, Rdn. 69.

des Antidumpingrechts eine Individualklage gegen „echte“ Verordnungen für zulässig erachtet. Die zumindest implizite Bejahung der „echten“ Richtlinien bleibt jedoch ohne nähere Begründung⁵⁵².

Die Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache Cordonui ist nicht erfolgsversprechend, da in diesem Urteil überzeugende Argumente zur Überwindung des Wortlauts („Scheinverordnungen“ sind ausdrücklich nur Klagegegenstand) fehlen.⁵⁵³

(5) Urteil des EuG in der Rs. Salamander AG u.a.

In dem Urteil des EuG⁵⁵⁴ hinsichtlich der Richtlinie 98/43/EG über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen hat sich das Gericht zuletzt mit der Frage beschäftigt, ob Richtlinien zulässiger Klagegegenstand einer Nichtigkeitsklage sein können.

Dabei führt das Gericht aus, dass zunächst der Vertrag nach Art. 230 Abs.4 EGV für Einzelne keine direkte Klage gegen Richtlinien vorsieht⁵⁵⁵.

Weiter wird unter wörtlicher Übernahme einer Formulierung aus der Rechtssache Asocarne das Vorliegen einer „verschleierte“ Entscheidung geprüft und verneint⁵⁵⁶. Sodann wird auf den normativen Charakter der Richtlinie eingegangen und ausgeführt, dass selbst ein normativer Akt, der für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt, unter bestimmten Umständen Einzelne unmittelbar und individuell betreffen könne. Es sei *daher* zu prüfen, ob die streitige Richtlinie die Klägerinnen unmittelbar und individuell betreffe⁵⁵⁷.

⁵⁵² Cremer, EuZW 2001, 453, 454.

⁵⁵³ Cremer, EuZW 2001, 453, 454.

⁵⁵⁴ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487 ff.

⁵⁵⁵ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 27.

⁵⁵⁶ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 28.

⁵⁵⁷ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 29-31.

Damit stellt das EuG klar, dass es für die grundsätzliche Anerkennung der Anfechtbarkeit der „echten“ Richtlinien durch natürliche und juristische Personen ist⁵⁵⁸.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der EuGH und das EuG „verschleierte“ Entscheidungen mittlerweile als Klagegegenstand anerkennt.

In der Rechtssache UEAPME und dem Tabakwerbeurteil hat das Gericht erster Instanz nun auch „echte“ Richtlinien als Klagegegenstand implizit bejaht.

bb) Darstellung der Literatur

In der Literatur ist umstritten, ob „echte“ Richtlinien bzw. „Scheinrichtlinien“ Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein können.

Dies wird von einigen Stimmen in der Literatur abgelehnt⁵⁵⁹.

Dabei wird zum Teil als Argument für die Ablehnung beispielsweise der „echten“ Richtlinien vorgebracht, dass diese dem zur Umsetzung verpflichteten Mitgliedstaat stets ein Umsetzungsermessen einräumen und den Einzelnen folglich nicht unmittelbar betreffen⁵⁶⁰.

Demgegenüber gibt es eine Vielzahl von Stimmen in der Literatur, die „echte“ Richtlinien bzw. „Scheinrichtlinien“ als Klagegegenstand nicht ausschließen⁵⁶¹. Dabei wird zum Teil auch nicht zwischen „Scheinrichtlinien“ und „echten“ Richt-

⁵⁵⁸ Cremer, EuZW 2001, 453, 454; a.A. Schwarze, in: Schwarze, Art. 230 EGV Rdn. 34

⁵⁵⁹ Everling, bei Rabe, EuR 1966, 69, 71; Fuß, NJW 1966, 1782, 1786; Zuleeg, ZGR 1980, 466, 482.

⁵⁶⁰ Zuleeg, ZGR 1980, 466, 482.

⁵⁶¹ Allkemper, Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag, S. 95 ff; Daig, Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Rdn. 94; Ehrlicke, in: Streinz, Art. 230 Rdn. 50; Everling, EuR 1990, 195, 210; ders., DRiZ 1993, 5, 9; Fuß, DVBl. 1965, 378, 382; Hobe, Europarecht, Rdn. 187; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, § 21 Amn. 23, 30; Koenig/Haratsch, Europarecht, Rdn. 381; Koenig/ Pechstein/ Sander, EU-, EG-Prozeßrecht, Rdn. 367; von Burchard, EuR 1991, 140, 142.

linien unterschieden. Zur Begründung dieser Ansicht wird überwiegend angeführt, dass der Einzelne nicht ausreichende und effektive Rechtsschutzmöglichkeiten habe und daher eine analoge Anwendung geboten sei⁵⁶².

c) Klagebefugnis

Die Anfechtbarkeit würde hier davon abhängen, ob der Einzelne von der Richtlinie nicht nur unmittelbar, sondern vor allem auch individuell betroffen ist⁵⁶³.

Durch das Merkmal der Unmittelbarkeit soll das Klagerecht Einzelner gegen solche Akte ausgeschlossen werden, die Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten erlangen können. Hintergrund dieser einschränkenden Voraussetzung ist, dass gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen fast immer noch einer Umsetzung in das nationale Recht bedürfen, so dass eine Beeinträchtigung möglicherweise erst durch den Ausführungsakt des Mitgliedstaates eintritt⁵⁶⁴. Durch die individuelle Betroffenheit sollen Popularklagen ausgeschlossen werden⁵⁶⁵.

Ob das Merkmal der unmittelbaren Betroffenheit vorliegt, richtet sich nach der Rechtswirkung der angegriffenen Maßnahme. Eine unmittelbare Betroffenheit wird im Regelfall dann gegeben sein, wenn die angefochtene Entscheidung oder entscheidungsgleiche Maßnahme einen hinreichend konkretisierten Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers darstellt⁵⁶⁶. Unproblematisch ist dies in solchen Fällen, wo eine endgültige und erschöpfende Regelung bereits im gemeinschaftlichen Rechtsakt selbst enthalten ist⁵⁶⁷.

⁵⁶² Hobe, Europarecht, Rdn. 187; von Burchard, EuR 1991, 140, 169.

⁵⁶³ Everling, EuR 1990, 195, 210; Fuß, DVBl. 1965, 378, 382.

⁵⁶⁴ Cremer, EuzW 2001, 453, 455.

⁵⁶⁵ Schwarze, in: Schwarze, Art. 230 EGV Rdn. 30.

⁵⁶⁶ Koenig/Pechstein/Sander, EU-, EG-Prozeßrecht, Rdn. 394.

⁵⁶⁷ Koenig/Pechstein/Sander, EU-, EG-Prozeßrecht, Rdn. 394.

Die Lage gestaltet sich dann schwieriger, wenn die Maßnahme noch eines Durchführungsakts bedarf, mithin zweistufig gestaltet ist.

Hier hängt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und einem großen Teil der Literatur das unmittelbare Betroffensein davon ab, ob die einzelstaatliche Maßnahme zwingende Folge des Gemeinschaftsaktes ist, oder ob sie im Ermessen der nationalen Behörde steht⁵⁶⁸.

Unmittelbar betroffen von einer staatengerichteten Entscheidung ist der Kläger, wenn der Mitgliedstaat zur Durchführung einer Entscheidung verpflichtet ist⁵⁶⁹. Dagegen nicht, wenn dem Mitgliedstaat bei der Umsetzung noch ein erheblicher Entscheidungsspielraum verbleibt⁵⁷⁰.

In der Rechtssache Dreyfus hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung zusammengefasst: Ein Einzelner ist dann unmittelbar betroffen, wenn die beanstandete Maßnahme der Gemeinschaft sich auf seine Rechtsstellung unmittelbar auswirkt, und ihren Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinerlei Ermessensspielraum lässt, diese Durchführung vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Gemeinschaftsregelung ergibt, ohne dass dabei weitere Vorschriften angewandt werden⁵⁷¹.

Diese relativ rechtsschutzfreundliche Lösung, welche der EuGH und ihm folgend der Großteil der Literatur anlässlich der staatengerichteten Entscheidung entwickelt haben, wird von Teilen der Literatur für Richtlinien übernommen⁵⁷², vom EuGH selbst hingegen im Urteil bezüglich der Richtlinie 98/43/EG nicht⁵⁷³.

⁵⁶⁸ Cremer, in : Callies/Ruffert, Art. 230 EGV Rdn. 46; Schwarze, in: Schwarze, Art. 230 EGV Rdn. 35.

⁵⁶⁹ EuGH, Urt. v. 29.3.1979, Rs. 113/77, Slg. 1979, 1185, Rdn. 11.

⁵⁷⁰ EuGH, Urt. v. 11.7.1984, Rs. 222/83, Slg. 1984, 2889, Rdn. 12.

⁵⁷¹ EuGH, Urt. v. 5.5.1998, Rs. C-386/96 P, Slg. 1998, I-2309, Rdn. 43.

⁵⁷² Everling, DRiZ 1993, 5, 8; von Borchard, in: Lenz, Art. 230 EGV Rdn. 45; von Burchhard, EuR 1991, 140, 163 ff.

⁵⁷³ Cremer, EuZW 2001, 453, 455.

Er hat sie zwar am Anfang seiner Würdigung erwähnt, indem er ausführt: Die Voraussetzung, dass der Einzelne von der angefochtenen Maßnahme unmittelbar betroffen sein muss, verlangt, dass diese Maßnahme sich auf seine Rechtsstellung unmittelbar auswirkt und ihren Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinerlei Ermessensspielraum lässt, diese Durchführung vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Gemeinschaftsregelung ergibt, ohne dass dabei weitere Vorschriften angewandt werden⁵⁷⁴.

In der Sache selbst hat er sie jedoch verengt⁵⁷⁵.

So wird bei der Prüfung, ob sich die streitige Richtlinie aus sich heraus auf die Rechtsstellung der Klägerinnen auswirkt, einleitend dargelegt, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für den Einzelnen begründen kann. Folglich berühre eine Richtlinie, die die Mitgliedstaaten zwingt, den Wirtschaftsteilnehmern Verpflichtungen aufzuerlegen, die Rechtsstellung der Wirtschaftsteilnehmer nicht unmittelbar⁵⁷⁶.

Im Anschluss daran hat das EuG auf den Vortrag der Klägerinnen Bezug genommen. Dabei hat das EuG den Vortrag der Klägerinnen zurückgewiesen, nach dem Privatrechtssubjekte bereits während der Umsetzungsfrist einer Richtlinie gewissen gemeinschaftsrechtlichen Bindungen unterliegen⁵⁷⁷. Die Klägerinnen hatten insofern ausgeführt, dass die Richtlinie bereits vor ihrer Umsetzung durch die Mitgliedstaaten negative wirtschaftliche Auswirkungen habe. Die Marktteure würden bereits im Vorfeld der Umsetzung reagieren, insbesondere würden verschiedene Einzelhändler sich we-

⁵⁷⁴ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 52.

⁵⁷⁵ Cremer, EuZW 2001, 453, 455, ders., in: Nowak/Cremer, Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, S. 27, 40.

⁵⁷⁶ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 54.

⁵⁷⁷ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 59.

gen der zu erwartenden schrumpfenden Attraktivität der vorher beworbenen Produkte schon bei Konkurrenzunternehmen eindecken. Das EuG hat dem entgegengehalten, dass diese wirtschaftlichen Auswirkungen, selbst wenn sie unmittelbare Folgen der Richtlinie sein sollten, die Klägerinnen nicht in ihrer Rechtsstellung treffen, sondern allein in ihrer faktischen Lage⁵⁷⁸. Danach ist das EuG zum zentralen Ausgangspunkt zurückgekommen, indem es die unmittelbare Betroffenheit durch die Richtlinie mit dem Argument verneint hat, dass eine Richtlinie keine Rechtspflichten des Einzelnen begründet⁵⁷⁹. Subsidiär sei festzustellen, dass sie den Mitgliedstaaten einen solchen Ermessensspielraum lasse, dass ein unmittelbares Betroffensein der Klägerinnen durch sie ausgeschlossen sei⁵⁸⁰.

Das EuG hat sodann ausführlich das Vorliegen der Voraussetzung der unmittelbaren Betroffenheit geprüft. Das könnte den Anschein erwecken, als ob es bei der unmittelbaren Betroffenheit stets auf den Einzelfall ankomme, mithin eine detaillierte Prüfung im Einzelfall notwendig sei. Im Ergebnis führen aber die Ausführungen des EuG dazu, dass eine Nichtigkeitsklage gegen Richtlinien grundsätzlich ausgeschlossen ist⁵⁸¹. Denn es gibt keine Richtlinien, die Rechtspflichten des Einzelnen begründen. Richtlinien entfalten keine direkte Wirkung im innerstaatlichen Recht und begründen nicht unmittelbar Pflichten des Einzelnen. Sie bedürfen vielmehr der Umsetzung in das nationale Recht. Selbst nach Ablauf der Umsetzungsfrist können Richtlinien für Einzelne keine unmittelbaren Verpflichtungen begründen⁵⁸².

⁵⁷⁸ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 62.

⁵⁷⁹ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 65, 70.

⁵⁸⁰ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 68, 70.

⁵⁸¹ Cremer, EuZW 2001, 453, 455.

⁵⁸² Cremer, EuZW 2001, 453, 455.

Es gibt zwar eine Ansicht, die die unmittelbare innerstaatliche Wirkung einer Richtlinie zu Lasten des Bürgers bejaht⁵⁸³. Begründet wird dies damit, dass bereits die inhaltliche Bestimmtheit einer Richtlinien unmittelbare Pflichten begründe. Nur so würde die Einheitlichkeit des in den Mitgliedstaaten geltenden Rechts gewährleistet. Weiterhin sei Sinn und Zweck der Regelung des Art. 249 EGV, dass allein die Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung dem einzelnen Staat vorbehalten bleibe, um die Eigenstaatlichkeit der Mitgliedstaaten zu gewährleisten⁵⁸⁴.

Die herrschende Meinung in der Literatur und die bisherige ständige Rechtsprechung lehnt diese Meinung zu Recht ab und bejaht demgegenüber eine unmittelbare innerstaatliche Wirkung einer Richtlinie jedoch nur, wenn diese dem Bürger ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Staat zuspricht⁵⁸⁵. Sinn der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Richtlinie ist nicht die direkte Gewährung einer gleichen Rechtslage in allen Mitgliedstaaten. Hierfür stellt Art. 249 EGV die Handlungsform der Verordnung zur Verfügung. Der von Art. 249 EGV festgeschriebene Unterschied zwischen diesen Handlungsformen wird aufgehoben, wenn die Besserstellung des Bürgers nicht Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit ist⁵⁸⁶. Weiterhin soll der die Umsetzungsfrist versäumende Staat durch die unmittelbare Anwendung der Richtlinie sanktioniert und nicht gegenüber seinen Bürgern begünstigt werden. Schließlich ist als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts der Gedanke der Rechtssicherheit anerkannt, der durch die unmittelbare Wirkung einer belastenden Richtlinie unterlaufen würde⁵⁸⁷. Der Staat verstößt nämlich gegen das Verbot des „venire contra factum proprium“, wenn

⁵⁸³ Richter, EuR 1988, 394, 399, 401.

⁵⁸⁴ Dazu: Scherzberg, Jura 1989, 225, 227.

⁵⁸⁵ Herdegen, Europarecht, Rdn. 183; Oppermann, Europarecht, Rdn. 556; Streinz, Europarecht, Rdn. 400, 402.

⁵⁸⁶ Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rdn. 367.

⁵⁸⁷ Streinz, Europarecht, Rdn. 400.

er es pflichtwidrig unterlässt, die Richtlinie umzusetzen, sich aber dann zu seinen Gunsten gegenüber dem Bürger auf diese berufen will.

Gegenüber Richtlinien, welche den Einzelnen begünstigen, fehlt es am Klageinteresse und damit an der Betroffenheit⁵⁸⁸. Angesichts der hohen bzw. unerfüllbaren Voraussetzungen an die unmittelbare Betroffenheit bleibt die Anerkennung einer Richtlinie als Klagegegenstand ohne praktische Konsequenzen⁵⁸⁹.

Auch an das Vorliegen der individuellen Betroffenheit werden von der Rechtsprechung strenge Anforderungen gestellt.

Die individuelle Betroffenheit ist danach gegeben, wenn die Entscheidung den Betroffenen wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebenden Umstände berührt und daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten⁵⁹⁰.

Neben dieser Formel haben sich in der Rechtsprechung einige Fallgruppen herausgebildet, insbesondere: Wahrnehmung von Verfahrensrechten (Beteiligungs-, Informations- oder Mitwirkungsrechte) und Sammelentscheidungen (Anti-dumping- und Agrarrecht)⁵⁹¹.

Möglicherweise ist mit dem Urteil in der Rechtssache Cordoniu⁵⁹², in dem die individuelle Betroffenheit durch den Eingriff in besondere Rechte des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers bejaht worden ist, eine weitere Fallgruppe gebildet worden. Diese Entscheidung hat trotz häufiger Bezugnahmen keine Folge-Rechtsprechung gefunden, die auf ihrer Grundlage die Zulässigkeit einer Klage im konkreten Fall bejaht hätte: Das EuG führt regelmäßig aus, dass im Gegen-

⁵⁸⁸ Cremer, EuZW 2001, 453, 455.

⁵⁸⁹ Cremer, EuZW 2001, 453.

⁵⁹⁰ EuGH, Ur. v. 15.7.1963, Rs 25/62, Slg. 1963, 211, 238.

⁵⁹¹ Schwarze, in: Schwarze, Art. 230 EGV Rdn. 37 ff.

⁵⁹² EuGH, Ur. v. 18.5.1994, Rs. C-309/89, Slg. 1994, I-1853 Rdn. 19.

satz zu Cordorniu keine spezifischen Rechte beeinträchtigt seien⁵⁹³.

Es liegt von daher ein spezifischer Sonderfall vor, der sich nur schwer verallgemeinern lässt⁵⁹⁴.

Von einem Teil der Literatur werden die Anforderungen der Rechtsprechung an die unmittelbare und individuelle Betroffenheit als zu streng angesehen, worauf später noch einmal eingegangen wird. Es werden andere Definitionen vorgeschlagen⁵⁹⁵.

Das EuG hat sich in der Rechtssache Jégo Quéré⁵⁹⁶ wegen des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes für eine erweiternde Auslegung des Begriffs der individuellen Betroffenheit bei Individualklagen gegen echte Verordnungen ausgesprochen. Das EuG will eine Einzelperson als individuell betroffen ansehen, wenn die fragliche Bestimmung ihre Rechtsposition unzweifelhaft und gegenwärtig beeinträchtigt, indem sie ihre Rechte einschränkt oder ihr Pflichten auferlegt. Individuelle Betroffenheit ist nach dem EuG somit als Betroffenheit in eigenen Rechten auszulegen. Es bedarf für die Klagebefugnis keiner besonderen Umstände, die den Kläger i.S.d. Plaumann-Formel aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebt, was zu einer regen Diskussion in der Literatur geführt hat⁵⁹⁷.

Diese Auffassung des EuG hat der EuGH in seinem Urteil zur Rechtssache UPA vom 25.7.2002⁵⁹⁸ nicht übernommen.

⁵⁹³ EuGH, Urt. v. 24.4.1996, Rs. C-87/95, Slg.1996, I-2003, Rdn. 36,

⁵⁹⁴ Malferrari/Lerche, EWS 2003, 254, 256; Schwarze, DVBl. 2002, 1297, 1302.

⁵⁹⁵ Zur unmittelbaren Betroffenheit: Cremer, EuZW 2001, 453, 457; Ehrlicke, in: Streinz, Art. 230 Rdn. 49; zur individuellen Betroffenheit: Generalanwalt Jakobs, Schlussanträge vom 21.3.2002, Rs. 50/00, Slg. 2002, I-6677, Rdn. 60; von Burchhard, EuR 1991, 140, 162.

⁵⁹⁶ EuG, Urt. v. 3.5.2002, Rs.T-177/01, Slg. 2002, II-2367, Rdn. 50, 51.

⁵⁹⁷ Callies/Lais, ZUR 2002, 320; Köngeter, NJW 2002, 2217 ff; Lübbig, EuZW 2002, 415; Schohe/Arhold, EWS 2002, 320.

⁵⁹⁸ EuGH, Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, I- 6677, Rdn. 36, 37, 44.

Der EuGH hat in seinem Urteil nochmals zum Ausdruck gebracht, dass er an seiner restriktiven Rechtsprechung festhält⁵⁹⁹. Eine Änderung der Begriffsbestimmung ist von daher nur durch eine Änderung des Vertrages möglich.

Dies bedeutet, dass zurzeit Nichtigkeitsklagen natürlicher oder juristischer Personen gegen Richtlinien in der Regel an dem Merkmal der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit scheitern⁶⁰⁰.

d) Richtlinie 2003/33/EG als Klagegegenstand

Fraglich ist, wie der Gerichtshof entscheiden würde, falls eine natürliche oder juristische Person gegen die Richtlinie 2003/33/EG Nichtigkeitsklage erheben würde.

Art. 230 Abs. 4 EGV sieht nach dem Wortlaut für den Einzelnen keine direkte Klage gegen Richtlinien vor.

Wenn man entgegen dem Wortlaut des Art. 230 Abs. 4 EGV davon ausgeht, dass Richtlinien den Verordnungen gleichgesetzt werden können, und aus dem Grunde eine Klage gegen eine als Richtlinie ergangene Entscheidung zulassen würde, stellt sich die Frage, ob die streitige Richtlinie materiell eine Entscheidung darstellt („Scheinrichtlinie“).

Das maßgebliche Kriterium für die Unterscheidung eines Rechtsakts von einer Entscheidung im Sinne des Art. 249 EGV ist darin zu sehen, ob die Maßnahme allgemeine Geltung hat⁶⁰¹. Nach ständiger Rechtsprechung verliert eine Maßnahme ihre allgemeine Geltung und damit ihren normativen Charakter nicht dadurch, dass die Normadressaten sich der Zahl nach oder sogar namentlich mehr oder weniger genau bestimmen lassen, sofern feststeht, dass die fragliche Maßnahme nach ihrer Zwecksetzung aufgrund eines durch

⁵⁹⁹ EuGH, Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, Rdn. 36, 37, 44; vgl. dazu: Braun/Kettner, DÖV 2003, 58 ff; Götz, Anm. zum Urt. des EUGH vom 27.7.2002, Rs. C-50/00 P, DVBl. 2002, 1350 ff; Schwarze, DVBl. 2002, 1297, 1302.

⁶⁰⁰ Gundel, VerwArch 92 (2001), 81, 82; Schneider, AöR 1994, 294, 303.

⁶⁰¹ EuGH, Urt. v. 29.6.1993, Rs. C-298/89, Slg. 1993, I-3605, Rdn. 15.

sie festgelegten objektiven Tatbestands rechtlicher oder tatsächlicher Art anwendbar ist⁶⁰².

Entscheidend sind also nicht die unterschiedlichen konkreten Auswirkungen einer Rechtshandlung gegenüber dem Betroffenen, sondern, es kommt darauf an, ob die Maßnahme allgemein aufgrund eines objektiv umschriebenen Tatbestands für abstrakt erfasste Personengruppen gilt.

Das Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse und das damit verbundene Sponsoringverbot ist unabhängig von seiner besonderen Wirkung für die Verlage von Zeitungen und Zeitschriften, Veranstalter von Hörfunk etc. allgemein gefasst und gilt aufgrund eines objektiv umschriebenen Tatbestands für eine abstrakt erfasste Personengruppe. Eine Entscheidung und damit eine „verschleierte“ Richtlinie liegt somit nicht vor.

Es handelt sich vielmehr um eine „echte“ Richtlinie, die dem Einzelnen Verpflichtungen, eben ein beschränktes Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, auferlegt. Eine Richtlinie kann jedoch für sich alleine keine Verpflichtungen für den Einzelnen begründen und diesen damit nicht unmittelbar betreffen. Auch wird bei den nach der neuen Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen vorwiegend in Betracht kommenden Klagebefugten, Verlagen von Zeitungen und Zeitschriften, Herstellern von Tabakerzeugnissen etc., die individuelle Betroffenheit in der Regel daran scheitern, dass sie sich nicht aus dem Kreis der übrigen Betroffenen hervorheben.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass eine Nichtigkeitsklage natürlicher und juristischer Personen gegen die Richtlinie derzeit nicht möglich ist.

⁶⁰² EuGH, Urt. v. 29.6.1993, Rs. C-298/89, Slg. 1993, I-3605, Rdn. 17.

2. Vorabentscheidungsverfahren

Als weitere Rechtsschutzmöglichkeit könnte das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV in Betracht kommen.

a) Allgemeine Ausführungen

Vorrangiges Ziel dieses Verfahrens ist es, die einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Diese Funktion erschließt sich aus den Wirkungen, die das Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedstaaten entfaltet. Soweit gemeinschaftsrechtliche Vorschriften anwendbar sind und daher auch von den nationalen Gerichten auszulegen und anzuwenden sind, besteht aufgrund der verschiedenen Rechtstraditionen in den jeweiligen Mitgliedstaaten die Gefahr einer unterschiedlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte. Es bedarf somit einer Instanz, die die einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts für alle einzelstaatlichen Gerichte der Mitgliedstaaten wahrnimmt. Dies ist der Europäische Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung⁶⁰³.

Das Vorabentscheidungsverfahren ist mithin von entscheidender Bedeutung dafür, dass das vom Vertrag geschaffene Recht wirklich gemeinsames Recht bleibt und in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft immer gleichermaßen angewandt wird. Dabei ist das Vorabentscheidungsverfahren ein Instrument der richterlichen Zusammenarbeit, ein Dialog der Richter, nämlich des mitgliedstaatlichen und des europäischen Richters⁶⁰⁴.

Das vorlegende Gericht klärt den konkreten Rechtsstreit. Der EuGH entscheidet lediglich in einem Zwischenverfahren ab-

⁶⁰³ Oppermann, Europarecht, Rdn. 757.

⁶⁰⁴ Geiger, Art. 234 EGV Rdn.1; Oppermann, Europarecht, Rdn. 757.

strakt die ihm vorgelegte, entscheidungserhebliche Frage des Gemeinschaftsrechts⁶⁰⁵. Damit ähnelt das Verfahren in seiner Ausgestaltung dem Verfahren der konkreten Normenkontrolle in Deutschland (Art. 100 GG).

Neben der objektiven Sicherung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts hat das Vorabentscheidungsverfahren auch Bedeutung für den Individualrechtsschutz in der Gemeinschaft⁶⁰⁶. Natürlichen und juristischen Personen bietet es als Partei in einem mitgliedstaatlichen Verfahren die Möglichkeit, vor dem nationalen Gericht die Ungültigkeit von entscheidungserheblichen Gemeinschaftsrechtsakten geltend zu machen. Das mit dem konkreten Rechtsstreit befasste Gericht kann dann dem Gerichtshof den Fall mit der Frage der Gültigkeit der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung vorlegen⁶⁰⁷. Dabei kann auch nach einem eventuellen Verstoß gegen Grundrechte des Gemeinschaftsrechts gefragt werden.

Neu ist durch den Vertrag von Nizza, dass nach Art. 225 EGV dem Gericht erster Instanz zukünftig in der Satzung die Zuständigkeit für Vorabentscheidungen auf bestimmten Gebieten übertragen werden kann. Dies bedeutet eine Abkehr von der früheren alleinigen Zuständigkeit des EuGH für das Vorabentscheidungsverfahren⁶⁰⁸.

Diese Änderung durch den Vertrag von Nizza soll den EuGH von der hohen Zahl der Verfahren entlasten⁶⁰⁹. Über 60 % der Rechtssachen sind derzeit Vorlageverfahren, die Tendenz ist steigend⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ Schwarze, in: Schwarze, Art. 234 EGV Rdn. 3.

⁶⁰⁶ Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 208; Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 10 Rdn. 6, 8.

⁶⁰⁷ Schwarze, in: Schwarze, Art. 234 EGV Rdn.4.

⁶⁰⁸ Wegener, DVBl. 2001, 1258, 1259.

⁶⁰⁹ Hatje, EuR 2001, 143, 166.

⁶¹⁰ Rabe, EuR 2000, 811, 815.

Eine derartige Festlegung enthält die Satzung in der vorgesehenen Fassung allerdings noch nicht.

b) Vorlageberechtigung und -verpflichtung der nationalen Gerichte

Vorlageberechtigt ist jedes Gericht eines Mitgliedstaates. Eine Vorlageverpflichtung besteht grundsätzlich dann, wenn sich die Vorlagefrage in einem Verfahren bei einem Gericht stellt, dessen Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann.

Nach der abstrakten Betrachtungsweise sind damit nur die letztinstanzlichen Gerichte gemeint, die nach allgemeiner Betrachtung in dem Mitgliedstaat die höchste Instanz verkörpern⁶¹¹.

Die überwiegende Auffassung nimmt jedoch eine konkrete Betrachtung danach vor, ob die Entscheidung im konkreten Fall noch mit Rechtsmitteln angefochten werden kann⁶¹².

Für die letzte Auffassung spricht der Zweck des Art. 234 EGV, eine einheitliche gemeinschaftsweite Rechtsanwendung zu sichern. Dieser wäre gefährdet, wenn einzelne Gerichte verbindlich entscheiden könnten, ohne verpflichtet zu sein, eine entsprechende Vorabentscheidung vom EuGH einzuholen.

Dabei besteht die Vorlagepflicht nicht nur bei letztinstanzlichen Entscheidungen, sondern auch dann, wenn ein nationaler Richter eine Richtlinie nicht anwenden will⁶¹³.

Einige Fallgruppen sind anerkannt, bei denen eine Vorlagepflicht ausnahmsweise entfällt:

⁶¹¹ Bleckmann, Europarecht, Rdn. 616; Pescatore, BayVBl. 1987, 38.

⁶¹² Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 10 Rdn. 57; Schweitzer/Hummer, Europarecht, S. 152.

⁶¹³ EuGH, Urt. v. 22.10. 1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199, Rdn. 15.

c) Ausnahmen von der Vorlagepflicht

Eine Vorlagepflicht besteht dann nicht, wenn die aufgeworfene Frage bereits vom EuGH entschieden wurde⁶¹⁴.

In Anlehnung an die französische „acte-claire-Doktrin“ entfällt eine Vorlagepflicht ferner, wenn die in Frage stehende gemeinschaftsrechtliche Norm so klar ist, dass vernünftigerweise nur eine einzige Auslegung möglich ist⁶¹⁵.

Festzuhalten ist, dass das Vorabentscheidungsverfahren natürlichen und juristischen Personen insofern Rechtsschutz gewährt, als dass sie als Partei in einem mitgliedstaatlichen Verfahren die Möglichkeit haben, vor dem nationalen Gericht die Ungültigkeit von entscheidungserheblichen Gemeinschaftsrechtsakten geltend zu machen. Wenn das Gericht Zweifel an der Rechtmäßigkeit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung hat, kann bzw. muß es den Fall zur Vorabentscheidung dem EuGH vorlegen.

3. Schadensersatzklage wegen außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft

Es könnte ferner eine Schadensersatzklage in Betracht kommen.

Für natürliche und juristische Personen besteht die Möglichkeit einer Schadensersatzklage wegen außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft nach Art. 235 i.V.m 288 Abs. 2 EGV.

Nach Art. 288 Abs. 2 EGV hat die Gemeinschaft im Bereich der außervertraglichen Haftung die durch ihre Organe in ihrer Amtstätigkeit verursachten Schäden zu ersetzen. Den Maßstab für die Bestimmung des Umfangs der Haftung bilden dabei die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europäischen

⁶¹⁴ Cremer, EuZW 2001, 453, 456.

⁶¹⁵ EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Rdn. 16.

Gemeinschaftsrechts. Dabei ist der Verweis weit aufzufassen⁶¹⁶.

Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht ein außervertraglicher Amtshaftungsanspruch nach Art. 288 Abs. 2 EGV, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- 1) Handeln eines Organs oder Bediensteten der Gemeinschaft in Ausübung einer Amtstätigkeit
- 2) Rechtswidrigkeit der Amtstätigkeit
- 3) Schaden
- 4) Kausalität zwischen Amtstätigkeit und Schaden⁶¹⁷

a) Handeln eines Organs oder Bediensteten der Gemeinschaft in Ausübung einer Amtstätigkeit

Ein Organ oder Bediensteter der Gemeinschaft muss in Ausübung seiner Amtstätigkeit gehandelt haben.

Die Amtstätigkeit erfasst hoheitliches Handeln⁶¹⁸. Auch der Erlass von Verordnungen und Richtlinien stellt eine Amtstätigkeit im Sinne des Art. 288 Abs. 2 EGV dar. Demnach kommt auch eine Haftung der Gemeinschaft für normatives Unrecht in Betracht, obwohl nicht in allen Mitgliedstaaten eine solche Haftung gegeben ist⁶¹⁹.

Der Erlass der Richtlinie 2003/33/EG durch das Europäische Parlament und dem Ministerrat im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV stellt somit eine Amtstätigkeit dar.

Ein Organ oder Bediensteter hat dabei in Ausübung seiner Amtstätigkeit gehandelt, wenn das schadensbegründende Verhalten in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang

⁶¹⁶ Fischer, Europarecht, § 8 Rdn. 68.

⁶¹⁷ Fischer, Europarecht, § 8 Rdn. 71.

⁶¹⁸ Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9 Rdn. 33.

⁶¹⁹ EuGH, Urt. v. 2.12.1971, Rs. 5/71, Slg. 1971, 975, Rdn. 11; Fischer, Europarecht, § 8 Rdn. 73.

mit der Wahrnehmung der amtlichen Funktion steht⁶²⁰.

Der Erlass der Richtlinie 2003/33/EG durch das Europäische Parlament und dem Rat steht im unmittelbaren inneren Zusammenhang mit ihrer Amtstätigkeit.

b) Rechtswidrigkeit der Amtstätigkeit

Die betreffende Amtstätigkeit des Organs oder des Bediensteten muss weiterhin rechtswidrig sein.

Hinsichtlich des Rechtswidrigkeitsmaßstabs ist zwischen der Haftung für rechtswidriges Verwaltungshandeln („administratives Unrecht“) und der Haftung für normatives Unrecht („legislatives Unrecht“) zu unterscheiden⁶²¹.

Bei Richtlinien geht es um Normsetzung.

Eine Haftung für normatives Unrecht setzt einen Verstoß gegen eine höherrangige individualschützende Rechtsnorm voraus⁶²².

Eine individualschützende Norm liegt vor, wenn eine Norm zwar überwiegend den Allgemeininteressen dient, jedoch zumindest auch teilweise individuelle Interessen fördert⁶²³.

Bei Grundrechtsverletzungen ist dieses Erfordernis der Verletzung einer individualschützenden Norm erfüllt⁶²⁴.

Die Verletzung einer individualschützenden Norm allein genügt jedoch bei legislativem Unrecht nicht. Vielmehr gilt ein qualifizierter Rechtswidrigkeitsmaßstab mit engen Voraussetzungen⁶²⁵. Der EuGH will vermeiden, dass die Organe der Gemeinschaft durch die Möglichkeit von Schadenersatzklagen daran gehindert werden, den notwendigen Ausgleich

⁶²⁰ Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9 Rdn. 38.

⁶²¹ Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9 Rdn. 40.

⁶²² Fischer, Europarecht, § 8 Rdn. 74; Koenig/Pechstein/Sander, EU-, EG-Prozeßrecht, Rdn. 731.

⁶²³ Berg, in: Schwarze, Art. 288 EGV Rdn. 37.

⁶²⁴ Gellermann, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 9 Rdn. 41.

⁶²⁵ Fischer, Europarecht, § 8 Rdn. 73.

zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen Einzelner vorzunehmen, mit der Folge, dass der sich wirtschaftlich betätigende Einzelne im gewissen Umfang die schädigenden Folgen einer Norm des Gemeinschaftsrechts selbst dann hinzunehmen hat, wenn diese vom EuGH für nichtig erklärt wurde⁶²⁶. Eine Haftung wegen legislativem Unrecht kommt nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann in Betracht, wenn es sich um eine qualifizierte, das heißt eine offensichtliche und schwerwiegende Verletzung einer höherrangigen, dem Schutz des Einzelnen dienenden Rechtsnorm handelt⁶²⁷. Dies ist zum Beispiel bei einer an Willkür grenzenden, erheblichen und offenkundigen Überschreitung der Befugnisse des betreffenden Organs der Fall. Es muss sich um einen unentschuldbaren erheblichen Rechtsbruch ohne erkennbare Begründung handeln⁶²⁸.

Nur unter diesen engen Voraussetzungen ist ein Schadensersatzanspruch gegeben.

Betroffen sind bei der Richtlinie 2003/33/EG neben den Zigarettenherstellern, vor allem die Verlage von Zeitungen und Zeitschriften, Veranstalter von Hörfunk, Anbieter von Portalen im Internet sowie Organisatoren von Veranstaltungen, die mit Sponsoring finanziert werden. Ihnen wird durch die in der Richtlinie enthaltenen Verbote ein großes Werbevolumen entzogen. Es handelt sich dabei zwar um Grundrechtsverstöße, aber nicht um eine offensichtliche Verletzung von Grundrechten. Eine Verletzung von Grundrechten ist für jedermann aus der Richtlinie nicht ohne weiteres erkennbar bzw. ersichtlich. Die Regelung in der Richtlinie trägt nicht den Stempel des Rechtsbruchs auf der Stirn.

Von daher werden die engen Voraussetzungen einer qualifizierten Rechtsverletzung nicht erfüllt.

⁶²⁶ Berg, in: Schwarze, Art. 288 EGV Rdn. 45.

⁶²⁷ EuGH, Urt. v. 25.5.1978, verb. Rs. 83/76, Slg. 1978, 1209, Rdn. 6.

⁶²⁸ Berg, in: Schwarze, Art. 288 EGV Rdn. 45, 50.

Ein Schadensersatzanspruch nach dem Art. 288 Abs. 2 EGV besteht somit nicht.

4. Inzidente Normenkontrolle

In Betracht kommen könnte für natürliche und juristische Personen noch eine inzidente Normenkontrolle nach Art. 241 EGV.

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass Rügegegenstand auch Richtlinien sein können.

Der Wortlaut des Art. 241 EGV beschränkt den Anwendungsbereich der Inzidentrüge auf Verordnungen. Der Gerichtshof hat jedoch in extensiver Auslegung den Rügegegenstand auch auf Rechtshandlungen der Gemeinschaftsorgane erstreckt, die obwohl nicht in Form einer Verordnung ergangen, gleichartige Wirkungen wie diese entfalten⁶²⁹.

Ob davon auch Richtlinien umfasst sind, ist umstritten.

Nach einer Ansicht kann der Rügegegenstand auch eine Richtlinie sein⁶³⁰. Dabei wird einschränkend zum Teil der Anwendungsbereich nur dann auf Richtlinien erstreckt, wenn diese unmittelbare Wirkungen entfalten⁶³¹.

Nach anderer, überwiegender Auffassung werden Richtlinien von der Inzidentkontrolle nicht erfasst, da sich Richtlinien ausschließlich an die Mitgliedstaaten mit der Maßgabe wenden, diese in das innerstaatliche Recht umzusetzen⁶³².

Dieser letztgenannten Ansicht ist der Vorzug zu geben. Für eine Inzidentkontrolle auch von Richtlinien besteht kein Bedürfnis. Richtlinien richten sich nach Art. 249 Abs. 3 EGV an die Mitgliedstaaten. Für den Einzelnen erlangen Richtlinien

⁶²⁹ EuGH, Urt. v. 6.3.1979, Rs. 92/78, Slg. 1979, 777, Rdn.40.

⁶³⁰ Däubler, NJW 1968, 329; Rodrigues Iglesias, EuR 1992, 227.

⁶³¹ Borchard, in: Lenz, Art. 241 EGV Rdn. 8;.

⁶³² Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union § 11 Rdn.14; Schwarze, in: Schwarze, Art. 241 EGV Rdn. 7.

erst nach erfolgter Umsetzung in das innerstaatliche Recht Bedeutung⁶³³. Ausführungsmaßnahmen auf der Grundlage von Richtlinien werden von den Mitgliedstaaten erlassen, so dass der einzelne Betroffene vor den nationalen Gerichten gegen die Einzelakte vorgehen kann⁶³⁴. Die nationalen Gerichte können bzw. müssen dann bei einer Vorlageverpflichtung ihrerseits im Fall der Geltendmachung der Rechtswidrigkeit von Gemeinschaftsrichtlinien dem EuGH die Rechtsache im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EGV vorlegen⁶³⁵.

Die Meinung, dass Rügegegenstand auch eine Richtlinie sein könne, wenn sie unmittelbare Wirkung entfalte, ist deshalb nicht haltbar⁶³⁶, weil in diesen Fällen die Inzidentkontrolle nach Art. 241 EGV praktisch so gut wie keinen Anwendungsbereich hätte. Dies ergibt sich daraus, dass nach der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur Richtlinien nur zugunsten des Einzelnen unmittelbar anwendbar sind. Derjenige hat aber in der Regel kein Interesse an einer Inzidentkontrolle⁶³⁷.

5. Kurze Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass für natürliche und juristische Personen nur sehr beschränkt die Möglichkeit besteht, sich gegen eine Richtlinie gerichtlich zur Wehr zu setzen.

⁶³³ Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 11 Rdn. 14; Schwarze, in: Schwarze, Art. 241 EGV Rdn. 7.

⁶³⁴ Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union § 11 Rdn. 14;

⁶³⁵ Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union § 11 Rdn. 14.

⁶³⁶ Schwarze, in: Schwarze, Art. 241 EGV Rdn. 7.

⁶³⁷ Schwarze, in: Schwarze, Art. 241 EGV Rdn. 7.

II. Gewährleistung effektiven Individualrechtsschutzes bei Richtlinien

Aufgrund dieser Rechtslage ist fraglich, ob der Individualrechtsschutz bei Richtlinien noch ausreichend ist.

1. Herleitung des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes

Zu den elementaren Bestandteilen des gemeinschaftlichen Rechtsstaatsprinzips zählt auch der gemeinschaftsverfassungsrechtliche Grundsatz effektiven Rechtsschutzes, der auf einen wirksamen und umfassenden Schutz subjektiver Gemeinschaftsrechte abzielt und selbst Grundrechtscharakter hat⁶³⁸.

Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ist vom EuGH unter Hinweis auf Art. 6 und 13 EMRK als gemeinschaftsrechtliches Verfahrensgrundrecht anerkannt⁶³⁹.

Gemeinschaftsrecht wird häufig von mitgliedstaatlichen Behörden angewendet, so dass gegen deren Maßnahmen effektiver Rechtsschutz hinsichtlich richtiger Anwendung des Gemeinschaftsrechts in der Regel zunächst durch die nationalen Gerichte gewährleistet wird. Aber auch gegenüber Gemeinschaftsorganen gilt das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz⁶⁴⁰.

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz hat auch in Art. 47 der Charta seinen Ausdruck gefunden. Art. 47 der Charta enthält einen Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf, wenn Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, die durch das Unionsrecht garantiert werden. Er gilt gegenüber allen Organen der Union und den Mitgliedstaaten, wenn diese das

⁶³⁸ Nowak, in: Nowak/Cremer, Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, S. 47, 48.

⁶³⁹ EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rdn. 18; ders., Urt. v. 15.10.1987, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097, Rdn. 14.

⁶⁴⁰ Stumpf, in: Schwarze, Art. 6 EUV Rdn. 39.

Unionsrecht anwenden, und zwar für sämtliche durch das Unionsrecht garantierten Rechte. Die Regelung des Art. 47 Abs. 1 der Charta entspricht im Wesentlichen Art. 13 EMRK, der die Verletzung von Konventionsrechten voraussetzt⁶⁴¹. Im Unterschied zur EMRK besteht jedoch ein Anspruch auf einen Rechtsbehelf durch Klage bei einem Gericht. Dies entspricht dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes, den der EuGH für das Gemeinschaftsrecht angenommen hat⁶⁴².

2. Meinungsstand in der Literatur und Rechtsprechung mit entsprechenden Lösungsmöglichkeiten

Ein Teil der Literatur fordert eine Liberalisierung der Voraussetzungen für eine Individualklage. Sie kritisiert die strengen Voraussetzungen für eine Klage von Privatpersonen unmittelbar beim Gemeinschaftsgericht, wie sie in Art. 230 Abs. 4 EGV niedergelegt sind und von der Rechtsprechung ausgelegt werden, als zu eng und nicht geeignet, das Grundrecht auf einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten⁶⁴³. Die Rechtsprechung stellt, wie bereits dargestellt, hohe Anforderungen an das Merkmal der unmittelbaren und auch individuellen Betroffenheit.

Erforderlich ist beispielsweise grundsätzlich für die individuelle Betroffenheit, dass die Entscheidung den Betroffenen wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebenden Umstände berührt und daher in ähnlicher Weise individuali-

⁶⁴¹ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 8.

⁶⁴² EuGH, Urt. v. 15.5. 1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rdn. 18; ders., Urt. v. 15.10.1987, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097, Rdn. 14.

⁶⁴³ Zur unmittelbaren Betroffenheit vgl.: Cremer, EuZW 2001, 453, 457; Ehrlicke, in: Streinz, Art. 230 EGV Rdn. 49; zur individuellen Betroffenheit vgl.: Generalanwalt Jakobs, Schlussanträge vom 21.3.2002, Rs. 50/00, Slg. 2002, I-6677, Rdn. 60; Gündisch, EuR Beiheft 2/2002, 29, 54; von Burchard, EuR 1991, 140,162.

siert wie den Adressaten⁶⁴⁴.

Diese Hürde bedeutet, dass Nichtigkeitsklagen Einzelner gegen Normativakte und damit gegen Richtlinien regelmäßig nicht zulässig sind⁶⁴⁵.

Einige andere fordern die Einführung einer Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene, die auch als Europäische Grundrechtsbeschwerde bezeichnet wird⁶⁴⁶.

Wieder andere sind der Auffassung, dass im Gemeinschaftsrecht ein vollständiges Klagerecht vorhanden sei, das den effektiven gerichtlichen Rechtsschutz einschließlich für Grundrechte sehr wohl gewährleistet⁶⁴⁷, so auch das EuG in seinem Urteil hinsichtlich der Richtlinie 98/43/EG⁶⁴⁸.

Das EuG hat sich in diesem Urteil mit der Frage des effektiven Rechtsschutzes auseinandergesetzt, nachdem es die Klage mangels unmittelbarer Betroffenheit als unzulässig abgewiesen hatte.

Dabei hat das EuG sich zunächst mit der Behauptung der Klägerinnen beschäftigt, in den meisten Mitgliedstaaten gebe es keine oder jedenfalls keine effektiven Klagemöglichkeiten gegen die Rechtsakte zur Umsetzung einer Richtlinie und gegen die Auswirkungen von Richtlinien vor ihrer Umsetzung⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ EuGH, Urt. v. 15.7.1963, Rs. 25/62, Slg. 1963, 211, 238.

⁶⁴⁵ Gundel, VerwArch 92 (2001), 81, 82; Schneider, AöR 1994, 294, 303.

⁶⁴⁶ Allkemper, Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag, 195, 200; Callies, EuZW 2001, 261, 268; Everling, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentags Münster 1994, Bd.II/1, S. N 19; Hommel, Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht. Defizite und Wege zu ihrer Behebung, S. 250; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 102; Mahlmann, ZEuS 2000, 419, 440, 441, Pernice, DVBl. 2000, 847, 858; Reich, ZRP 2000, 375; Rengeling, in: Festschrift für Everling, S. 1187 ff.; Tappert, DRiZ 2000, 204, 207; Weber, NJW 2000, 537, 544.

⁶⁴⁷ Everling, DRiZ 1993, 5, 9; Schwarze, in: Festschrift für Schlochauer, 927, 945.

⁶⁴⁸ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 72-78.

⁶⁴⁹ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 73.

Das EuG hat dazu ausgeführt, dass Schwächen oder Eigenheiten des internen nationalen Rechtsschutzes für den Zugang zur Gemeinschaftsgerichtsbarkeit ohne Belang seien, weil andernfalls der Grundsatz der Gleichheit aller Rechtsunterworfenen missachtet würde. Die Mitgliedstaaten seien vielmehr gehalten, zur Vollständigkeit des durch den EG-Vertrag geschaffenen Rechtsschutz- und Verfahrenssystems beizutragen, innerhalb dessen dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane aufgetragen ist. Eine Abweichung von dem in Art. 230 Abs. 4 EGV geschaffenen Rechtssystem, was einer Zuständigkeitsüberschreitung gleichkomme, könne durch Rechtsschutzdefizite in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht gerechtfertigt werden⁶⁵⁰.

Weiterhin hatten die Klägerinnen in dem Verfahren vorgetragen, das Vorabentscheidungsverfahren sei generell keine echte Alternative zur effektiven und schnelleren Direktklage⁶⁵¹.

Das EuG hat dem entgegengehalten, dass es nicht ermächtigt sei, sich an die Stelle des Verfassungsgebers zu setzen und das Rechtsschutzsystem der Art. 230, 234 und 235 EGV zu ändern. Letztlich werde den Klägerinnen nicht jedes Klagerecht gegen die Richtlinie vorenthalten. Wenn ihnen durch die Richtlinie ein unmittelbarer Schaden entstanden sei, könne der Rechtsakt im Rahmen eines Verfahrens wegen außervertraglicher Haftung nach dem Art. 235 EGV überprüft werden. Nach alledem sei der allgemeine Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, wonach jede Person, die in ihren Rechten und Freiheiten verletzt ist, Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz habe, der sich an Art. 13 EMRK anlehnt,

⁶⁵⁰ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 74.

⁶⁵¹ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 73.

im vorliegenden Fall eingehalten⁶⁵².

Abschließend vertritt somit das Gericht erster Instanz die Auffassung, dass im Gemeinschaftsrecht ein vollständiges Klagesystem vorhanden sei, dass den effektiven gerichtlichen Rechtsschutz einschließlich für Grundrechte sehr wohl gewährleistet.

Fraglich ist, ob ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet ist und falls nein, wie dieses Problem zu lösen ist.

Um dies festzustellen, ist konkret zu prüfen, ob der Individualrechtsschutz gegen Richtlinien noch ausreichend ist.

3. Gewährleistung des Individualrechtsschutzes bei Richtlinien – Eigene Prüfungs- und Lösungsmöglichkeit

Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes verlangt zunächst, dass überhaupt eine gerichtliche Überprüfung und gegebenenfalls eine Aufhebung der Richtlinie durch das Gericht herbeigeführt werden kann.

a) Vorabentscheidungsverfahren und Schadensersatzklage

Soweit der Betroffene die legislative bzw. eine darauf beruhende exekutive Umsetzungsmaßnahme vor den nationalen Gerichten angreifen kann, wird die Richtlinie vom nationalen Gericht untersucht⁶⁵³.

Wenn das Gericht Zweifel an der Gemeinschaftsrechtmäßigkeit hat, kann bzw. muss es den Fall zur Vorabentscheidung dem EuGH vorlegen⁶⁵⁴.

Gegen die Wirksamkeit dieses Rechtsschutzsystems lässt sich

⁶⁵² EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172, 175-177/98, Slg. 2000, II-2487, Rdn. 75-78.

⁶⁵³ Tappert, DRiZ 2000, 204, 207.

⁶⁵⁴ Tappert, DRiZ 2000, 204, 207.

einwenden, dass dadurch keinesfalls sichergestellt ist, dass sich der EuGH mit der Rechtssache auch befasst. So ist es möglich, dass ein nationales Gericht es nicht für nötig hält, dem Gerichtshof die Rechtssache vorzulegen.

Soweit ein Gericht den EuGH entgegen seiner Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV nicht anruft, stellt dies einen Gemeinschaftsrechtsverstoß dar. Die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten können dann ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226, Art. 227 EGV einleiten, was in der Praxis aber kaum geschieht. Nach der Rechtsprechung des EuGH und der herrschenden Meinung verfügt die Kommission hierbei wegen des Wortlauts des Art. 226 Abs. 2 EGV „kann“ hinsichtlich der Klageerhebung über ein Ermessen⁶⁵⁵.

Die Missachtung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV durch ein deutsches Gericht stellt nicht nur einen Gemeinschaftsrechtsverstoß dar. Da der EuGH gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist⁶⁵⁶, kommt auch eine Verletzung dieser Bestimmung des Grundgesetzes in Betracht. Die Nichtvorlage an den EuGH ist ein Verfahrensfehler, den der Einzelne bei Urteilen vorlagepflichtiger Gerichte durch eine Verfassungsbeschwerde gegen das betreffende Urteil geltend machen kann (Art. 93 I Nr. 4 a in Verbindung mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).

Das BVerfG qualifiziert indes nicht jeden Verfahrensfehler als eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter. Vielmehr verlangt ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nach der Rechtsprechung ein willkürliches Verhalten des Gerichts bei der Auslegung und Anwendung von Verfahrensnormen, das bei verständiger Würdigung der das

⁶⁵⁵ Mögele, BayVBl. 1993, 129, 137, Nowak, in: Nowak/Cremer, Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, S. 47, 61.

⁶⁵⁶ BVerfGE 73, 339, 366; Fischer, Europarecht, § 8 Rdn. 65.

Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist⁶⁵⁷.

Hinsichtlich der Vorlagepflicht deutscher Gerichte nach Art. 234 Abs. 3 EGV hat das BVerfG die Anforderungen, unter denen ein willkürliches Verhalten anzunehmen ist, näher konkretisiert.

Danach verletzt die Missachtung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV die Garantie des gesetzlichen Richters⁶⁵⁸:

1. bei einer grundsätzlichen Verkennung der Vorlagepflicht.

Dies ist dann der Fall, wenn ein letztinstanzliches Gericht eine Vorlage nach Art. 234 Abs. 3 EGV überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl nach seiner eigenen Auffassung eine Frage des Gemeinschaftsrechts entscheidungserheblich ist und das Gericht selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hat.

2. bei einem bewussten Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlagebereitschaft.

Das letztinstanzliche Gericht weicht in einer entscheidungserheblichen Frage bewusst von der Rechtsprechung des EuGH ab und legt gleichwohl nicht oder nicht erneut nach Art. 234 EGV vor.

3. unter Umständen auch bei einer nicht einheitlichen Rechtsprechung des EuGH.

Liegt eine einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur entscheidungserheblichen Frage nicht vor, ist die Frage noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint einer Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht völlig ausgeschlossen, so wird Art. 101

⁶⁵⁷ BVerfGE 29, 198, 207.

⁶⁵⁸ BVerfG NJW 1988, 1456, 1457.

Abs. 1 S. 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen hinsichtlich gemeinschaftsrechtlicher Fragen in unvertretbarer Weise überschritten hat. Dies ist dann der Fall, wenn mögliche Gegenauffassungen zu den entscheidungserheblichen Fragen des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Auffassung eindeutig vorzuziehen sind.

Ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV führt aufgrund der restriktiven Auslegung des BVerfG somit nur ausnahmsweise zu einer Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG⁶⁵⁹. Die Verpflichtung zur Vorlage kann somit nur in ganz seltenen Fällen erzwungen werden⁶⁶⁰.

Auf die Möglichkeit einer Schadensersatzklage kann der Einzelne nicht immer verwiesen werden.

Die Haftung für normatives Unrecht soll einen Ausgleich dafür schaffen, dass die Gemeinschaft durch ihre Normativakte in hohem Maße inhaltliche Anforderungen an das Handeln des Einzelnen aufstellt, sich der Einzelne andererseits nur eingeschränkt gegen dieses normative Handeln wehren kann⁶⁶¹. Der Schadensersatzanspruch ist an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft. Mit ihm lässt sich ein Rechtsakt auch dann nicht aus der Gemeinschaftsrechtsordnung entfernen, wenn er rechtswidrig sein sollte⁶⁶². Für eine Schadensersatzklage, für die außerdem der Eintritt eines unmittelbaren Schadens erforderlich ist, müssen andere Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit vorliegen

⁶⁵⁹ Reich, ZRP 2000, 375, 376.

⁶⁶⁰ Reich, ZRP 2000, 375, 376; von Burchard, EuR 1991, 140, 145, 169.

⁶⁶¹ Fischer, Europarecht, § 8 Rdn. 73.

⁶⁶² Schohe/Arhold, EWS 2002, 320, 322.

als bei einer Nichtigkeitsklage. Bei einer Nichtigkeitsklage muss der Richter die Rechtmäßigkeitskontrolle in ihrem ganzen Umfang wahrnehmen. Bei der Schadensersatzklage prüft der Richter nicht sämtliche Faktoren, die die Rechtmäßigkeit der Maßnahme beeinträchtigen könnten, sondern beschränkt sich auf einen hinreichend und qualifizierten Rechtsverstoß⁶⁶³.

Auch hilft diese Möglichkeit nicht in den Fällen weiter, bei denen es nicht um eine geldwerte Position geht, es somit um Rechtsgüter geht, deren Verletzung nicht in Geld ausgeglichen werden können⁶⁶⁴.

Effektiver Rechtsschutz bedeutet zweifelsfrei nicht optimaler Rechtsschutz. Sicherlich soll nicht jeder Bürger, der in seinen Grundrechten beeinträchtigt ist, gleich die Möglichkeit haben, vor dem EuGH zu klagen. Dies würde zu einer Überlastung des EuGH führen. Die Effektivität des Rechtsschutzes wird grundsätzlich durch den nationalen Richter in Verbindung mit dem Vorlageverfahren nach Art. 234 EGV sichergestellt. Sobald aber das Ersuchen um Vorabentscheidung durch ein dazu verpflichtetes Gericht verworfen wird oder dem Bürger unzumutbare und schwere Grundrechtsbeeinträchtigungen drohen, bei denen etwa das Vorabentscheidungsverfahren zu spät käme, sollte der Bürger die Möglichkeit haben, direkt vor den EuGH zu gehen⁶⁶⁵.

Dies deshalb, weil in dieser Situation der Rechtsschutz des Einzelnen nicht mehr gewährleistet ist.

Wie soll nun die Anrufung des EuGH ausgestaltet werden?

Dabei gibt es zum einen die Möglichkeit, Art. 230 Abs. 4 EGV analog anzuwenden und die Voraussetzungen der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit großzügiger

⁶⁶³ Schohe/Arhold, EWS 2002, 320, 322.

⁶⁶⁴ Rengeling, in: Festschrift für Everling, S. 1187, 1195.

⁶⁶⁵ Cremer, EuZW 2001, 453, 457.

auszulegen, zum anderen die Möglichkeit, eine Art Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene einzuführen.

b) Erweiterung der Voraussetzungen für eine Nichtigkeitsklage

Gegen die erweiternde Anwendung und Auslegung von Art. 230 Abs. 4 EGV könnte die Funktionsunfähigkeit der Gerichte durch Überbelastung sprechen⁶⁶⁶. Eine Überlastung kann durch Änderung der Geschäftsverteilung des Gerichts behoben werden. Von daher ist dieses Argument nicht stichhaltig. Ein stichhaltiges Argument gegen die Ansicht ergibt sich aber aus der Funktion der Nichtigkeitsklage. Die Nichtigkeitsklage ist eine Art Anfechtungsklage, auf Aufhebung eines Rechtsakts gerichtet und nicht hinsichtlich der Zulässigkeit und Begründetheit auf Grundrechtsverletzungen zugeschnitten. Bei den Grundrechten handelt es sich um wichtige Rechtsgüter des Gemeinschaftsbürgers, bei deren Verletzung auch die Möglichkeit bestehen muss, diese prozessual angemessen durchzusetzen. Um die Besonderheiten einer Grundrechtsverletzung zu beachten und die Befugnis zu ihrer Geltendmachung auch danach auszurichten, müssen spezielle Anforderungen bzw. Voraussetzungen formuliert werden. Dazu bedarf es einer gesonderten, speziellen Klagemöglichkeit, die gleichsam auf die Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen zugeschnitten ist.

Eine solche Klagemöglichkeit könnte die Verfassungsbeschwerde darstellen.

c) Einführung einer Verfassungsbeschwerde

Der Gedanke der Einführung einer Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene ist nicht neu.

⁶⁶⁶ Gundel, VerwArch 92 (2001), 81, 97.

aa) Befürworter einer Einführung einer Verfassungsbeschwerde

So hat der ehemalige EuGH-Richter Everling 1994 auf dem Deutschen Juristentag in Münster die Einführung einer Klagemöglichkeit vor dem EuGH für die der deutschen Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze vergleichbare Fälle gefordert⁶⁶⁷. Auch Professor Rengeling hat sich für die Einführung einer Art Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene ausgesprochen⁶⁶⁸.

Angesichts der Verkündung der Grundrechtscharta hat diese Diskussion wieder an Konturen gewonnen. Neuere Vorschläge für eine Verfassungsbeschwerde finden sich etwa bei Reich, Tappert und anderen⁶⁶⁹.

Im Folgenden wird nun eine solche Einführung einer Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene diskutiert und schließlich unter besonderen Voraussetzungen befürwortet.

bb) Auseinandersetzung mit den Argumenten für und gegen die Einführung einer Verfassungsbeschwerde

Gegen die Einführung einer Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene könnte die damit verbundene zu hohe Arbeitsbelastung des EuGH und des EuG sprechen⁶⁷⁰.

Dies ist jedoch kein stichhaltiges Argument, da eine zu hohe Arbeitsbelastung des EuGH und des EuG eine Frage des

⁶⁶⁷ Everling, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentags Münster 1994, Bd.II/1, S. N 19.

⁶⁶⁸ Rengeling, in: Festschrift für Everling, S. 1187 ff.

⁶⁶⁹ Allkemper, Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag, 195, 200; Callies, EuZW 2001, 261, 268; Hommel, Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht. Defizite und Wege zu ihrer Behebung, S. 250; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 102; Mahlmann, ZEuS 2000, 419, 440, 441, Pernice, DVBI 2000, 847, 858; Reich, ZRP 2000, 375; Tappert, DRiZ 2000, 204, 207; Weber, NJW 2000, 537, 544.

⁶⁷⁰ Kübler, Die Säulen der Europäischen Union: einheitliche Grundrechte?, S. 202; Lenz, NJW 1994, 2063, 2066.

Gerichtsverfassungs und -verfahrensrechts ist⁶⁷¹.

Dieses Problem kann durch eine Änderung der Gerichtsbarkeit gelöst werden.

Eine Überforderung der Gemeinschaftsgerichte kann auch durch eine Begrenzung des Beschwerdegegenstandes sowie Beschwerdebefugnis verhindert werden.

Um den Kreis der Beschwerdeführer nicht ausufern zu lassen, ist eine unmittelbare Betroffenheit zu fordern⁶⁷². Dies soll der Fall sein, wenn die Regelung keinen Ermessensspielraum hat.

Auch eine individuelle Betroffenheit ist zu fordern, um Popularklagen auszuschließen. Von einer individuellen Betroffenheit sollte gesprochen werden, wenn eine rechtliche Betroffenheit vorliegt. Diese Definition ist ausreichend und angemessen, um das Ziel, Popularklagen auszuschließen, zu erreichen.

Auch das Merkmal der Erschöpfung des Rechtswegs sollte eingeführt werden. So sollte die Verfassungsbeschwerde immer subsidiär sein: das heißt zunächst sollte der Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten gesucht werden, wenn er möglich und zumutbar ist⁶⁷³.

Dies bedeutet im Einzelnen, dass die tatsächliche und rechtliche Lage zunächst durch die mitgliedstaatlichen Gerichte aufgeklärt wird, bevor der EuGH sich mit einer Verfassungsbeschwerde auseinandersetzt. Grundsätzlich sollte nach Klärung der Rechtslage die Rechtssache dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung vorgelegt werden. Durch den nationalen Richter in Verbindung mit dem Vorlageverfahren nach Art. 234 EGV wird dem Bürger effektiver Rechtsschutz grundsätzlich gewährleistet. Wird die Vorlage durch ein dazu verpflichtetes Gericht abgelehnt, sollte dem Einzelnen die Möglichkeit eröffnet werden, direkt vor den EuGH zu ge-

⁶⁷¹ Rengeling, in: Festschrift für Everling, S. 1187, 1196.

⁶⁷² Reich, ZRP 2000, 375, 378.

⁶⁷³ Rengeling, in: Festschrift für Everling, S. 1187, 1196, 1197.

hen⁶⁷⁴. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich hierbei nicht gegen eine Entscheidung des nationalen Gerichts, sondern gegen das Gemeinschaftsorgan, das den angeblich grundrechtswidrigen Akt erlassen hat⁶⁷⁵. Auch sollte der Bürger, wenn ihm irreparable oder schwerwiegende Grundrechtsbeeinträchtigungen drohen, die Möglichkeit haben, direkt den EuGH anzurufen⁶⁷⁶. Sonst würde dies für den Einzelnen zu unzumutbaren Härten führen. Eine solche direkte Anrufung des EuGH sollte beispielsweise dann in Betracht kommen, wenn ein betroffenes Unternehmen substantiiert geltend macht, dass es am Ende des nationalen Gerichtsverfahrens in Verbindung mit dem Vorabentscheidungsverfahren wegen der Länge der Verfahrensdauer nicht mehr existiert.

Daraus folgt, dass eine Abstimmung der verschiedenen Rechtswege möglich ist und somit ein Verlust an Transparenz und Klarheit durch Einführung einer Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene nicht zu erwarten ist⁶⁷⁷.

Dass einzelne Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer solchen Verfassungsbeschwerde nicht haben, spricht als solches nicht gegen die Einführung einer Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene. Denn die Entscheidung, ob eine solche eingeführt werden kann bzw. darf, hängt von den tatsächlichen Rechtsschutzmöglichkeiten ab bzw., ob aufgrund der vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten effektiver Rechtsschutz des Bürgers gewährleistet ist⁶⁷⁸.

Früher wurde die Einführung einer solchen Beschwerde oft mit dem Argument abgelehnt, dass ein Grundrechtskatalog nicht existiere⁶⁷⁹.

Dieses Argument ist heute in der Art und Weise nicht mehr

⁶⁷⁴ Everling, EuR 1990, 195, 211; Reich, ZRP 2000, 375, 378.

⁶⁷⁵ Reich, ZRP 2000, 375, 378.

⁶⁷⁶ Rengeling, in: Festschrift für Everling, S. 1187, 1207.

⁶⁷⁷ Rengeling; in: Festschrift für Everling, S. 1187, 1198.

⁶⁷⁸ Rengeling, Festschrift für Everling, S. 1187, 1193.

⁶⁷⁹ Everling, DRiZ 1993, 5, 9.

vertretbar. Am 7. Dezember 2000 ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Nizza feierlich unterzeichnet worden. Diese Charta gibt dem Bürger die Möglichkeit, herauszufinden, welche Grundrechte ihm zustehen. Fühlt er sich in seinem Grundrecht verletzt, kann er auf diese Weise leichter herausfinden, ob dieses Grundrecht vorgesehen ist. Die Charta sorgt somit für Transparenz und Klarheit⁶⁸⁰. Bisher konnte der Bürger die von der Gemeinschaft anerkannten Grundrechte nur dann finden, wenn er die umfangreiche Sammlung der Rechtsprechung des EuGH durchsah. Gleichzeitig wird der Bürger durch die Grundrechtscharta näher an die Europäische Union herangeführt⁶⁸¹. Vielen Bürgern ist die Europäische Union auch nach der Einführung des EUROS 2002 immer noch fremd.

Ein deutliches Indiz dafür, dass dem Bürger die Europäische Union noch immer fremd ist, ist auch die geringe Wahlbeteiligung in den Mitgliedstaaten bei den Wahlen zum Europäischen Parlament⁶⁸².

Durch die Grundrechtscharta sollen die Bürger stärker mit Europa verbunden werden. Statt eines fernen Gebildes soll die EU eine Union sein, die den Bürger als Individuum ernst nimmt und seine Rechte schützt. Insgesamt handelt es sich bei der Charta der Grundrechte um einen wesentlichen Schritt zu einem Europa der Bürgerinnen und Bürger⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Hommel, Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht. Defizite und Wege zu ihrer Behebung, S. 240; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 69; Rengeling, in: Festschrift für Rauschnig, S. 225, 250; Ritgen, ZRP 2000, 371, 373; Schwarze, EuZW 2001, 517, 522.

⁶⁸¹ Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 211; Kübler, Die Säulen der Europäischen Union: einheitliche Grundrechte?, S. 203; Pietsch, ZRP 2003, 1, 2; Schwarze, EuZW 2001, 517, 522; Tappert, DRiZ 2000, 204, 205.

⁶⁸² Rengeling, in: Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Die Zukunft der Europäischen Union, S. 155.

⁶⁸³ Rengeling, in: Festschrift für Rauschnig, S. 225, 250.

Auch tritt durch die Charta die Gemeinschaft deutlicher als Wertegemeinschaft hervor⁶⁸⁴.

Die Charta der Grundrechte ist bis jetzt noch nicht verbindlich. Fraglos liegt schon jetzt ein großer Gewinn darin, die Grundrechte erstmals in einer übersichtlichen und strukturierten Form vorliegen zu haben. Damit ist ein wichtiger und notwendiger Schritt vollzogen worden. Dieser Schritt ist aber noch ergänzungsbedürftig: So muss die Charta möglichst schnell in die europäischen Verträge überführt werden und dadurch Rechtsverbindlichkeit erlangen⁶⁸⁵. Selbst eine noch so gelungene Charta von Grundrechten ist aber ohne die Einführung eines Verfassungsgerichts wenig wert⁶⁸⁶. Denn was nützt eine Grundrechtscharta dem Bürger, der zwar nun sieht, welche Grundrechte er hat, er diese Rechte jedoch nicht angemessen durchsetzen kann.

Für die Einführung einer Verfassungsbeschwerde spricht neben dem prozessual formulierten Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz auch eine materiell rechtliche Begründung: Jedes einzelne Grundrecht ist ohne die Anerkennung eines effektiven Rechtsschutzes entwertet⁶⁸⁷.

Von daher ist die Einführung einer Verfassungsbeschwerde notwendig, um dem Bürger einen ausreichenden und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Weg auch beschritten wird. Gerade die deutsche Erfahrung zeigt, dass es aufgrund der Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde einen hohen Kenntnisstand in der Bevölkerung über den Inhalt des Grundgesetzes gibt und das

⁶⁸⁴ Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 211; Meyer/Engels, Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union -Eine Einführung-, S. 7.

⁶⁸⁵ Für die Rechtsverbindlichkeit: Baer, ZRP 2000, 361, 364; Magiera, DÖV 2000, 1017, 1019; Meyer/Engels, Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union -Eine Einführung-, S. 7, 34; Pache, EuR 2001, 475, 486; Schaller, Die EU-Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeinschaftsgrundrechte, S. 211; Schmuck, integration 2000, 48, 51.

⁶⁸⁶ Tappert, DRiZ 2000, 204, 207.

⁶⁸⁷ Rengeling, in: Festschrift für Everling, S. 1187, 1203.

Verfassungsgericht diejenige Instanz ist, die das höchste Ansehen in der Bevölkerung genießt⁶⁸⁸.

cc) Formulierungsvorschlag

Aus den gerade genannten Überlegungen wird vorgeschlagen, Art. 230 EGV durch folgenden Abs. 6 zu ergänzen:

(6) Behauptet eine natürliche oder juristische Person eine Verletzung der in der Charta anerkannten Grundrechte durch eine Handlung eines Organs der Gemeinschaft, so kann sie gegen diesen Akt Beschwerde beim EuGH (Europäische Grundrechtsbeschwerde) einlegen, sofern sie hiervon individuell und unmittelbar betroffen ist und andere Verfahren nicht bzw. nicht mehr zur Verfügung stehen oder unzumutbar sind.

dd) Konsequenzen für die Richtlinie 2003/33/EG

Bei der Richtlinie kommt es auf den konkreten Einzelfall an, um überprüfen zu können, ob die genannten Voraussetzungen vorliegen.

Als möglicherweise in Betracht kommender Einzelfall sei folgender genannt:

Die Richtlinie möchte einen umsatzmäßig/finanziell ganz erheblichen Bereich der Tabakwerbung verbieten. Ganz besonders betroffen sind die Presseunternehmen. Die Richtlinie verletzt diese Unternehmen besonders intensiv in ihrem gemeinschaftsrechtlichen Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit und Berufsfreiheit. Für manche Presseverlage würde die Umsetzung des Verbots in Verbindung mit den Nebenfolgen der Verbote existentielle Probleme aufwerfen, ein Abwarten ist in so einem Fall unzumutbar.

⁶⁸⁸ Meyer/Engels, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union -Eine Einführung-, S. 7, 34, 35.

Hier dürfte daher die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zulässig sein.

III. Reformvorhaben bezüglich des Individualrechtsschutzes

Vor diesem Hintergrund des unzureichenden Rechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht setzte sich auch die Arbeitsgruppe 2 „Charta der Grundrechte“ des einberufenen Konvents unter Leitung des Vorsitzenden Valéry Giscard d'Estaing insbesondere mit der Frage der Liberalisierung der Voraussetzungen für eine unmittelbare Klage beim Gerichtshof bzw. sogar mit der Einführung einer Verfassungsbeschwerde auseinander⁶⁸⁹. Der Konvent hat seine Arbeit abgeschlossen. Es existiert ein noch nicht bindender Verfassungsentwurf⁶⁹⁰.

In diesem werden auch die Rechtsschutzmöglichkeiten bzw. deren Voraussetzungen hinsichtlich des Individualrechtsschutzes modifiziert. So soll nach Art. III-270 Abs. 4 des Entwurfes der Individualrechtsschutz bei der Nichtigkeitsklage in der Weise geändert werden, dass jede natürliche oder juristische Person unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen oder sie unmittelbar oder individuell betreffenden Handlungen Klage erheben kann sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Richtlinien als Klagegegenstand werden nicht erwähnt.

Die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde ist in dem Verfassungsentwurf nicht enthalten. Dies ist zu bedauern. Es bleibt abzuwarten und zu hoffen, dass es in dieser Hinsicht zu einer Änderung kommt. Diese Verfahrensart würde nicht nur zu einer Stärkung des grundrechtlichen Schutzes natürli-

⁶⁸⁹ Europäischer Verfassungskonvent vom 18.6.2002, CONV 116/02, WG II 1, S. 15, 16.

⁶⁹⁰ ABl. EG Nr. C 169 vom 18.7.2003, S. 1 ff.

cher und juristischer Personen führen. Es wäre auch im Hinblick auf die Förderung der Akzeptanz der Gemeinschaft unter den Bürgern begrüßenswert, wenn ihnen zur Durchsetzung der in der Grundrechtscharta sichtbar gemachten Garantien auch eine entsprechende Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung stünde.

G. Zusammenfassung

1. Rat und Parlament haben eine neue Richtlinie 2003/33/EG über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen erlassen. Sie stützen sich, wie bei der früheren Richtlinie 98/43/EG, auf die EG-Zuständigkeit zur Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt nach Art. 95 EGV und die entsprechende Vorschrift über den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV). In der neuen Richtlinie ist an die Stelle des früheren allgemeinen Verbots der Tabakwerbung und des Sponsorings nunmehr eine Aufzählung der verbotenen Werbemittel getreten: Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen, Rundfunk, Dienste der Informationsgesellschaft, Sponsoring einschließlich Gratisverteilung. Im Vergleich mit der alten nichtigen Tabakwerberichtlinie bleiben vor allem die Kino- und Plakatwerbung und das Sponsoring nationaler Veranstaltungen vom Verbotsbereich der neuen Richtlinie ausgenommen. Dennoch umfasst auch die neue Richtlinie einen ganz erheblichen Verbotsbereich.

2. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Richtlinie ergibt sich, dass diese nicht rechtmäßig ist.

a) Für die Richtlinie hat die Gemeinschaft keine Kompetenz.

Die Voraussetzungen der von ihr als Rechtsgrundlage angegebenen Artikel 95, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV liegen nicht vor.

Eine Kompetenz nach diesen Vorschriften setzt in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften voraus, welche die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarkts behindern. Die

Richtlinie muss tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs, die tatsächlich bestehen oder wahrscheinlich entstehen können, beitragen und/oder zur Beseitigung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen. Dabei kann ein erlassener Rechtsakt auch Bestimmungen umfassen, die zur Beseitigung von Hemmnissen nichts beitragen, wenn sie erforderlich sind, um die Umgehung bestimmter diesem Ziel dienender Verbote zu verhindern.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen ist von den Darlegungen in den Erwägungsgründen und dem übrigen Gesetzesmaterial auszugehen. Reichen diese nicht aus, so wird ergänzend auf eigene Erwägungen zurückgegriffen.

Das Verbot der Tabakwerbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen nach Art. 1 a), 3 der Richtlinie dient weder der Beseitigung von Hemmnissen des freien Verkehrs mit Druckerzeugnissen, die Tabakwerbung enthalten, noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen. Ganz besonders gilt die für die regionalen und lokalen Druckerzeugnisse, die in die Richtlinie einbezogen wurden, obwohl bei ihnen ein grenzüberschreitender Verkehr nicht vorliegt.

Ähnliches gilt für das Verbot der Tabakwerbung im Internet nach Art. 1 c), 3 Abs. 2 der Richtlinie. Ein grenzüberschreitender Verkehr findet genauso wie bei den Druckerzeugnissen nur im geringen Umfang statt. Auch in diesem geringen Bereich bestehen keinerlei Handelshemmnisse und spürbare Wettbewerbsverzerrungen. Auch stellt die Regelung keine Umgehungs-

schutzklausel dar. Es fehlt sowohl an einer wirksamen Hauptregelung als auch an der erforderlichen inhaltlichen Anbindung.

Das Verbot der Hörfunkwerbung für Tabakerzeugnisse nach Art. 1 b), 4 der Richtlinie erfüllt ebenfalls nicht die Voraussetzungen. Hörfunk ist regional/lokal und allenfalls national organisiert. Da grenzüberschreitendes Radiohören in den seltensten Fällen stattfindet, ist für die Beseitigung von tatsächlichen Hemmnissen im Binnenmarkt und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen kein Raum. Auch als Umgehungsschutzklausel kommt die Regelung mangels der wirksamen Hauptbestimmung, das Verbot der Werbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, nicht in Betracht.

Gleiches gilt für das Verbot jeden Sponsorings von Hörfunkprogrammen durch Tabakfirmen nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie.

Das Verbot des Sponsorings grenzüberschreitender Veranstaltungen, Art. 1 d), 5 Abs. 1 der Richtlinie ist ausnahmslos. So werden auch kleinere Veranstaltungen erfasst, bei denen weder Dienstleistungshemmnisse bestehen oder drohen noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen.

Dem Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen bei diesen Veranstaltungen in Art. 1 d), 5 Abs. 2 der Richtlinie fehlt als lokales Ereignis der Binnenmarktbezug. Auch stellt es keine Umgehungsschutzklausel mangels einer wirksamen Hauptregelung dar.

Zudem handelt es sich um einen Verstoß gegen das Harmonisierungsverbot nach Art. 152 Abs. 4 EGV.

Die Richtlinie dient nicht der Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und/oder spürbarer Wettbewerbsverzerrungen. Es handelt sich bei der Richtlinie vielmehr um eine Maßnahme, die von ihrem Inhalt und Ziel her eine Maßnahme des Gesundheitsschutzes beinhaltet.

Hier ist aber nach Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ausgeschlossen.

Andere Kompetenznormen nach dem EG-Vertrag greifen nicht.

Selbst wenn die Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Binnenmarkt/Gesundheitsschutz unterstellt würde, würde die Richtlinie an den Kompetenzausübungsschranken, dem Grundsatz der Subsidiarität und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, scheitern.

Die Richtlinie genügt aus folgenden Gründen dem Grundsatz der Subsidiarität nicht:

Die Regelungen der Tabakwerbung und des Sponsorings in der Richtlinie weisen nur in ganz geringem Maße transnationale Aspekte auf, die durch die Maßnahmen der Mitgliedstaaten ausreichend und nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung geregelt werden können. Außerdem werden die Interessen der Mitgliedstaaten nicht erheblich beeinträchtigt und Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene bringen auch keine deutlichen Vorteile mit sich.

Der Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich aus folgenden Gründen:

Die Richtlinie ist sowohl hinsichtlich des Ziels Binnenmarkt als auch hinsichtlich des Ziels Gesundheitsschutz weder geeignet noch erforderlich, im übrigen auch nicht angemessen.

Die Umsetzung des Werbeverbots hat gravierende wirtschaftliche Folgen. Durch das Werbeverbot geht ein großer Teil der Werbeeinnahmen verloren. Der Verlust von Einnahmen hat für einige existenzgefährdende Auswirkungen. Ein Tabakwerbeverbot gefährdet Arbeitsplätze in zahlreichen Medien, Werbeagenturen und Firmen des Sponsorings. Außerdem handelt es sich um ein legales Produkt. Alle legalen Produkte müssen beworben werden dürfen. Werbung als Teil der Marktwirtschaft dient der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, da sie ihn über am Markt befindliche Produkte und Dienstleistungen informiert. Gerade durch Werbung wird eine Auswahl dieser angebotenen Leistung möglich.

Auf der anderen Seite bringt ein solches umfassendes Verbot keine nennenswerten tatsächlichen Verbesserungen des Binnenmarkts mit sich. Auch hat sich herausgestellt, dass ein beschränktes Werbeverbot in Hinblick auf das Ziel Gesundheitsschutz unwirksam ist und zudem noch nicht wissenschaftlich erwiesen ist, dass die Werbung Einfluss auf das Konsumverhalten hat. Bei einer derartigen Lage kann jedenfalls nicht mehr von einer Gleichwertigkeit der Rechtsgüter gesprochen werden.

- b) Ferner verstößt die Richtlinie gegen Grundrechte des Gemeinschaftsrechts und zwar gegen die Meinungs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit.

Die Richtlinie ist bezüglich der Meinungs- und Berufsfreiheit hinsichtlich des Ziels Binnenmarkt/Gesundheitsschutz weder geeignet noch erforderlich noch angemessen und genügt damit nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Hinsichtlich der Eigentumsfreiheit ist die Maßnahme nicht geeignet und erforderlich.

c) Schließlich weist die Richtlinie zahlreiche Begründungsmängel auf.

3. Für natürliche und juristische Personen besteht nur sehr beschränkt die Möglichkeit, sich gegen Verletzungen der Gemeinschaftsgrundrechte durch Richtlinien bzw. durch die Richtlinie 2003/33/EG gerichtlich zur Wehr setzen.

Es kommen insgesamt nur drei Rechtsschutzmöglichkeiten in Betracht:

Die Nichtigkeitsklage, das Vorabentscheidungsverfahren und die Schadensersatzklage.

Eine Nichtigkeitsklage scheitert überwiegend an der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit.

Das Vorabentscheidungsverfahren hat den Nachteil, dass der Kläger im Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit hat, die Vorlage an den Gerichtshof zu erzwingen.

Für eine Schadensersatzklage bestehen enge Voraussetzungen, die auch die konkrete Richtlinie nicht erfüllt. Auch gibt es Positionen, die verletzt sind, jedoch nicht in Geld wieder ausgeglichen werden können.

Wenn der Einzelne durch eine Maßnahme der Gemeinschaft eine schwere und nicht wiedergutzumachende Grundrechtsverletzung erleidet, sollte ihm vor

dem Hintergrund der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten die Möglichkeit gegeben werden, direkt vor den EuGH zu gehen. Dafür spricht auch entscheidend die neue Charta der Grundrechte. Diese ist zwar „lediglich“ verkündet worden und entfaltet damit noch keine Rechtsverbindlichkeit. Ob und wie rechtsverbindlich die Charta sein wird, wird noch zu klären sein. Zu befürworten ist dabei eine Aufnahme der Charta in die Verträge und, damit der Rechtsschutz auch effektiv und ausreichend geschützt ist, die Einführung einer Art Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene, die auch zu einem Europa-Gefühl der Bürger und Bürgerinnen erheblich beitragen würde.

H. Ausblick

Ingesamt gesehen ist das Vorgehen der Gemeinschaft europapolitisch als besonders störend anzusehen⁶⁹¹. Sie setzt sich über das Urteil des EuGH und die Vorgaben des EG-Vertrags hinweg und versucht mit allen Feinessen des juristischen Handwerks, einen gewissen Einstieg in eine von Brüssel geregelte Gesundheitspolitik zu finden⁶⁹².

Es bleibt abzuwarten, wie das Verfahren vor dem EuGH gegen die Richtlinie ausgehen wird.

Kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass entgegen der klaren Vorgaben des EG-Vertrages der Gemeinschaft eine Regelungskompetenz im Bereich der Werbung für Tabakerzeugnisse aus Gründen des Gesundheitsschutzes zukommt, eröffnet dies der Gemeinschaft die Möglichkeit, Werbeverbote für eine Vielzahl von weiteren Produkten zu erlassen. Es lassen sich für fast alle legal im Handel erhältlichen Produkte irgendwelche Gefährdungen für Leib oder Leben herleiten.

⁶⁹¹ Oppermann, ZUM 2001, 950, 953.

⁶⁹² Oppermann, ZUM 2001, 950, 953.

Alkohol kann zu Abhängigkeit und Organschäden führen, Süßigkeiten können die Zähne schädigen, Autos verursachen Unfälle. Der übernächste Schritt nach Werbeverboten könnte dann ein Verbot der Produkte selbst sein, aber dies ist nach über 500 Jahren Tabak in Europa weder realistisch noch zulässig. Wird das Tabakwerbeverbot vom EuGH für rechtmäßig erklärt, so würden sich bei der anschließenden Umsetzung der Richtlinie zudem folgende Probleme ergeben:

Die Umsetzung der Richtlinie würde einen Verlust von Arbeitsplätzen bedeuten. Auf Deutschland als dem größten Tabakmarkt innerhalb der EU bezogen entfallen nach den Zahlen für das Jahr 2000 ungefähr 40 % der Aufwendungen für Tabakwerbung. Werbeeinnahmen bilden die wirtschaftliche Grundlage einer freien und unabhängigen Presse. Ein Tabakwerbeverbot würde Arbeitnehmer in zahlreichen Medien, Werbeagenturen und Firmen des Sponsorings gefährden und Entlassungen zur Folge haben.

Auf dem Spiel stehen zudem Innovation und Wettbewerb in der Industrie. Wer Werbung verbietet, behindert den Wettbewerb und verringert die Absatzmöglichkeiten für neue Produkte. Das steht im Widerspruch zur Idee des freien Austauschs von Waren und Dienstleistungen im gemeinsamen Markt.

Literaturverzeichnis

- ALLKEMPER, Ludwig
Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag, Baden-Baden 1995.
- AMENTBRINK, Fabian
Harmonisierungsmaßnahmen im Binnenmarkt im Lichte der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Tabakwerberichtlinie, VuR 2001, S. 163 ff.
- ARNDT, Hans-Wolfgang
Europarecht, 5. Aufl., Heidelberg 2001.
- BAER, Silke
Grundrechtecharta ante portas, ZRP 2000, S. 362 ff.
- BATTIS, Ulrich
Vereinheitlichung des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt, NUR 1989, S. 365 ff.
- BEHRENS, Peter
Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145 ff.
- BENEYTO, José María
Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten. Thesen und Vorschläge, in: Dieter H. Scheuing (Hrsg.), Europäische Verfassungsordnung, Baden-Baden 2003, S. 101 ff.

- BERBALK, Ottmar/
BOMMERSHEIM, Martin
- „Perspektive für Europa“. Luxemburgs Ministerpräsident hofft auf zielgerichtete Vorschläge zum Verfassungskonvent, in: Focus vom 10.12.2001, S. 284 ff.
- dies.
- Brüsseler Drohgebärden. Ein Tabakwerbeverbot träfe auch Deutschland, in: Focus vom 1.7.2002, S. 178 ff.
- BERG, Werner
- Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, Baden-Baden 1997.
- BERNSDORFF, Norbert
- Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NdsVBl. 2001, S. 177 ff.
- BEYER, Thomas
- Gemeinschaftsrecht und Umweltschutz nach Maastricht, JuS 1997, S. 294 ff.
- BISCHOF, Hans-Helmut
- Europarecht für Anfänger, 2. Aufl., München 1996.
- BLECKMANN, Albert
- Europarecht, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1997.
- BOCKLET, Reinhold
- Die Zukunft des Subsidiaritätsprinzips. Leitlinien für die Kompetenzausübung und -kontrolle, in: Politische Studien, Der Europäische Verfassungskonvent - Strategien und Argumente, München Sonderheft 1/2003, S. 6 ff.

- BOECK, Ilka
Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union. Zur Notwendigkeit und zu den Vorteilen bzw. Nachteilen der Aufstellung eines Kompetenzkatalogs in den Gemeinschaftsverträgen, Baden-Baden 2000.
- BORCHMANN, Michael
Was kommt nach Amsterdam, EuZW 1998, S. 641.
- BRAUN, Jens-Daniel/
KETTNER, Moira
Die Absage des EuGH an eine richterrechtliche Reform des EG-Rechtsschutzsystems - „Plaumann“ auf immer und ewig? -, DÖV 2003, S. 58 ff.
- BREIER, Siegfried
Der Streit um die richtige Rechtsgrundlage in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuR 1995, S. 46 ff.
- ders.
Die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage in der gemeinschaftlichen Umweltpolitik, ÖZW 1995, S. 65 ff.
- ders.
Kompetenzen, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.) EUDUR, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2003, Bd. I § 13.
- BROß, Siegfried
Bundesverfassungsgericht-Europäischer Gerichtshof-Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwA 92 (2001), S. 425 ff.

- BUNGENBERG, Marc
Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, EuR 2000, S. 879 ff.
- BUSSE, Christian
Eine kritische Würdigung der Präambel der Europäischen Grundrechtscharta, EuGRZ 2002, S. 559 ff.
- CALLIES, Christian
Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 25.2.1999/Verb. Rs. C-164/97&C-165/97, ZUR 1999, S. 224 ff.
- ders.
Das „Tabakwerbe-Urteil“ des EuGH, Jura 2001, S. 311 ff.
- ders.
Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, S. 261 ff.
- ders./
LAIS, Martina
Anmerkung zum Urteil des EuG vom 3.5.2002 - Rs. T-177/01, ZUR 2002, S. 344 ff.
- ders./
RUFFERT, Matthias (Hrsg.)
Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, -EUV/EGV-, 2. Aufl., Neuwied 2002.
- CLAPHAM, Ronald
Eine Wirtschaftsverfassung für Europa, in: Politische Studien, Der Europäische Verfassungskonvent - Strategien und Argumente, München Sonderheft 1/2003, S. 96 ff.

- CLEMENT, Wolfgang
Europa gestalten - nicht verwalten, in:
Walter-Hallstein-Institut (Hrsg.),
Die Reform der europäischen Institutionen, Forum
Constitutionis Europae, Bd. 3,
Baden-Baden 2002, S. 177 ff.
- CREMER, Wolfram
Nichtigkeitsklagen einzelner
gegen Rechtsakte der
Gemeinschaft: Klagegegenstand und Klagebefugnis
nach Art. 173 EGV,
EWS 1999, S. 48 ff.
- ders.
Individualrechtsschutz gegen
Richtlinien,
EuZW 2001, S. 453 ff.
- ders.
Individualrechtsschutz gegen
Rechtsakte der Gemeinschaft:
Grundlagen und neuere Entwicklungen, in: Carsten Nowak/
Wolfram Cremer (Hrsg.),
Individualrechtsschutz
in der EG und der WTO,
Baden-Baden 2002, S. 27 ff.
- CRONES, Luisa
Grundrechtlicher Schutz von
juristischen Personen im
europäischen Gemeinschaftsrecht,
zugl. Freiburg, Univ.,
Diss., 2001/2002,
Baden-Baden 2002.
- DAIG, Hans-Wolfram
Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften,
Baden-Baden 1985.
- DÄUBLER, Wolfgang
Die Klage der EWG-Kommission gegen einen Mitgliedstaat,
NJW 1968, S. 325 ff.

- DAUSES, Manfred A. Empfiehlt es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgabe der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte weiterzuentwickeln?, Gutachten D in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages in Münster 1994, Band I (Gutachten), München 1994, S. D 1 ff.
- ders. Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, S. 425 ff.
- DETERMANN, Lothar Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, Baden-Baden 1999.
- DI FABIO, Udo Werbeverbote - Bewährungsprobe für europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, AfP 1998, S. 564 ff.
- DONNER, Andreas Tabakwerbung und Europa. Die Zulässigkeit und der Umfang von Maßnahmen der europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der kommerziellen Kommunikationen am Beispiel einer Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, Berlin 1999.
- DÖRR, Dieter/
ZORN, Nicole Die Entwicklung des Medienrechts, NJW 2001, S. 2837 ff.

- EBERHARTINGER, Michael
Konvergenz und Neu-
strukturierung der Grund-
freiheiten, EWS 1997, S. 43 ff.
- EHLERS, Dirk
Nichtigkeit der EG-Richtlinie
über das Tabakwerbeverbot,
Jura 2001 Heft 3/01, JK/01,
EGV Art.95.
- EISBERG, Jörg
Grundsatz der Abfallentsorgung
im Inland. Vereinbarkeit mit
dem Recht der Europäischen
Gemeinschaften und den Über-
einkommen zum Schutz der
Meeresumwelt,
zugl. Göttingen, Univ., Diss.,
1990/1991,
Frankfurt am Main 1991.
- EISELSTEIN, Claus
Europäische Verfassungs-
gebung. Einige grund-
sätzliche Überlegungen im Vor-
feld der Regierungskonferenz,
ZRP 1991, S. 18 ff.
- EPINEY, Astrid
Gemeinschaftsrechtlicher
Umweltschutz und Verwirkli-
chung des Binnenmarktes
„Harmonisierung“ auch der
Rechtsgrundlagen?,
JZ 1992, S. 564 ff.
- dies.
Umweltrecht in der Europä-
ischen Union, Köln, Berlin,
Bonn, München 1997.
- dies./
MÖLLERS, Thomas M.J.
Freier Warenverkehr und
nationaler Umweltschutz,
Köln, Berlin, Bonn, München
1992.

- EVERLING, Ulrich. Brauchen wir „Solange III“?,
EuR 1990, S. 195 ff.
- ders. Probleme der Rechtsan-
gleichung zur Verwirklichung
des europäischen Binnen-
marktes, in: Jürgen F. Baur u.a.
(Hrsg.), Festschrift für Ernst
Steindorff zum 70. Geburtstag
am 13. März 1990, Berlin, New
York 1990, S. 1155 ff.
- ders. Abgrenzung der Rechts-
angleichung zur Verwirklichung
des Binnenmarkts nach Art.
100a EWGV durch den Ge-
richtshof, EuR 1991, S. 179 ff.
- ders. Justiz in Europa von morgen,
DRiZ 1993, S. 5 ff.
- ders. Empfiehlt es sich, das System
des Rechtsschutzes und der
Gerichtsbarkeit in der
Europäischen Gemeinschaft,
insbesondere die Aufgabe der
Gemeinschaftsgerichte und der
nationalen Gerichte weiterzu-
entwickeln?, Referat N in:
Verhandlungen des 60.
Deutschen Juristentages in
Münster 1994, Band II/1
(Sitzungsberichte-Referate und
Beschlüsse), München 1994,
S. N 9 ff.
- ders. Quis custodiet custodes ipsos?
EuZW 2002, S. 357 ff.
- FISCHER, Hans Georg Europarecht,
3. Aufl., München 2001.

- FISCHER, Klemens H. Der Vertrag von Nizza. Text und Kommentar; einschließlich der konsolidierten Fassung des EUV und EGV sowie des Textes der EU-Charta der Grundrechte Baden-Baden 2001.
- FISCHER, Oliver/
SEIDLER, Marei Tabakkonzerne wehren sich gegen Werbeverbot. Gesetzesvorschlag der EU-Kommission sorgt am Nicht-rauchertag für dicke Luft, in: Financial Times Deutschland vom 1.6.2001, S. 11.
- FUSS, Ernst-Werner Die „Richtlinie“ des Europäischen Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1965, S. 378 ff.
- GEIGER, Rudolf EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar, 3. Aufl., München 2000.
- GLOS, Michael Europäische Union - Klare Grenzen und klare Kompetenzen geben Stabilität und Stärke für die Zukunft, in: Politische Studien, Der Europäische Verfassungskonvent – Strategien und Argumente, München Sonderheft 1/2003, S. 26 ff.
- GNAN, Reinhold Der Vertrag von Nizza, BayVBl. 2001, S. 449 ff.
- GOLL, Ulrich/
KENNTNER, Markus Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? EuZW 2002, S. 101 ff.

- GÖRLITZ, Niklas
Tabakwerbung und Europa:
Im zweiten Anlauf endlich am
Ziel?,
ZUM 2002, S. 97 ff.
- ders.
EU-Binnenmarktkompetenzen
und Tabakwerbeverbote,
EuZW 2003, S. 485 ff.
- GÖTZ, Volkmar
Anmerkung zum EuGH-Urteil
vom 5.10.2000-C-376/98,
JZ 2001, S. 34 ff.
- ders.
Die Abgrenzung der Zuständig-
keiten zwischen der Europä-
ischen Union und den Mitglied-
staaten nach dem Europä-
ischen Rat von Laeken, in:
Volkmar Götz/José Martínez
Soria (Hrsg.), Kompetenzvertei-
lung in der Europäischen Uni-
on und den Mitgliedstaaten,
Baden-Baden 2002, S. 83 ff.
- ders.
Anmerkung zum EuGH-Urteil
vom 25.7.2002, Rs. C-50/00,
DVBl. 2002, S. 1350 ff.
- GRABENWARTER, Christoph
Die Charta der Grundrechte
für die Europäische Union,
DVBl. 2001, S. 1 ff.
- ders.
Europäisches und nationales
Verfassungsrecht,
VVDStRL H. 60 (2001),
S. 290 ff.
- GRABITZ, Eberhard/
HILF, Meinhard (Hrsg.)
Kommentar zur Europäischen
Union, Band II, Stand
München September 1994.

- dies. Kommentar zur Europäischen Union, Band II, Stand München April 2003.
- GRABITZ/Eberhard
ZACKER, Christian Die neuen Umweltkompetenzen der EWG,
NVwZ 1989, S. 297 ff.
- ders./
VON BOGDANDY, Armin Vom Gemeinsamen Markt bis zum Binnenmarkt - Statik und Dynamik des Europäischen Marktes, JuS 1990, S. 170 ff.
- GROßE WENTRUP, Anna Die europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, zugl. Münster, Univ., Diss., 2002, Berlin 2003.
- GUNDEL, Jörg Rechtsschutzlücken im Gemeinschaftsrecht?,
VerwArch 92 (2001), S. 81 ff.
- GÜNDISCH, Jürgen Rechtsschutz gegenüber der europäischen Wirtschaftsverwaltung, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung,
EuR Beiheft 2/2002, S. 29 ff.
- GÜNTER, Johannes Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union - Eine rechtsvergleichende Studie -, Heidelberg 1998.
- HAHN, Oliver/
OBERRATH, Jörg-Dieter Die Rechtsakte der EG - eine Grundlegung,
BayVBl. 1998, S. 353 ff.

- HAILBRONNER, Kay/
KLEIN, Eckard/
MAGIERA, Siegfried/
MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian
- Handkommentar zum EU-
Vertrag, Köln, Stand:
November 1998.
- HALLIER, Bernd
- Beeinflusst Werbung die Höhe
des Konsums?,
Der Markenartikel 1985,
S. 444 ff.
- HATJE, Armin
- Die institutionelle Reform der
Europäischen Union - der
Vertrag von Nizza auf dem
Prüfstand -,
EuR 2001, S. 143 ff.
- HECTOR, Pascal
- Die Charta der Grundrechte der
Europäischen Union,
in: Jürgen Bröhmer (Hrsg.), Der
Grundrechtsschutz in Europa,
Baden-Baden, S. 180 ff.
- HERDEGEN, Matthias
- Europarecht,
4. Aufl., München 2002.
- HESELHAUS, Sebastian
- Individualrechtsschutz in der
EG und der WTO,
DVBl. 2001, S. 616 ff.
- ders.
- Abgabenhoheit der
Europäischen Gemeinschaft in
der Umweltpolitik. Eine Unter-
suchung unter besonderer
Berücksichtigung der Möglich-
keiten und Grenzen einer
Ertragshoheit der Europäischen
Gemeinschaft, Berlin 2001.
- HILF, Meinhard/
FRAHM, Katharina
- Nichtigkeitserklärung der
Richtlinie zum Tabakwerbe-
verbot: Das letzte Wort?,
RIW 2000, S. 951 ff.

- HIRSCH, Günter
Gemeinschaftsgrundrechte als Gestaltungsaufgabe, in: K.F. Kreuzer/Dieter H. Scheuing/ Ulrich Sieber (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Baden-Baden 1998, S. 9 ff.
- HOBE, Stephan
Europarecht, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- HOCHLEITNER, Ferdinand
Die Kompetenzen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiet des Umweltschutzes, zugl. Linz, Univ., Diss., 1988, Wien 1990.
- HOMMEL, Ulf
Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht. Defizite und Wege ihrer Behebung. Eine Untersuchung anhand der Rechtsprechung des EuGH zur Bananenmarkt-Verordnung, zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss., 2002, Regensburg 2002.
- HUBER, Peter M.
Demokratische und rechtsstaatliche Anforderungen an eine europäische Verfassung, in: Politische Studien, Der Europäische Verfassungskonvent - Strategien und Argumente, München Sonderheft 1/2003, S. 77 ff.
- HUMMER, Waldemar
Der Status der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, Bonn 2002.

- IPSEN, Hans Peter
Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- JARASS, Hans D.
EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, S. 209 ff.
- ders.
Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121(1996), S. 173 ff.
- KAMANN, Hans-Georg
Viel Rauch um nichts? - Gesundheitsschutz im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung gemäß Art. 95 EGV nach dem „Tabakwerbeurteil“ des EuGH, ZEuS 2001, S. 23 ff.
- ders./
SCHROEDER, Werner
Die gemeinschaftliche Kompetenzordnung und das EuGH-Verfahren gegen das EG-Tabakwerbeverbot, Europablätter 1999, S. 83 ff.
- KAUFMANN, Sylvia-Yvonne (Hrsg.)
Grundrechtecharta der Europäischen Union. Mitglieder und Beobachter des Konvents berichten, Bonn 2001.
- KEVEKORDES, Daniel
Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1994.
- KIRCHHOF, Ferdinand/
FRICK, Karl
Werbeverbot und Etikettierungszwang für Tabakwaren, AfP 1991, S. 677 ff.

- KLEIN, Eckard/
HARATSCH, Andreas
Neuere Entwicklungen des
Rechts der Europäischen
Gemeinschaften - 2. Teil -,
DÖV 1994, S. 133 ff.
- KLOEPFER, Michael
Produktinweispflichten bei
Tabakwaren als Verfassungs-
frage, Berlin 1991.
- KNÖLL, Ralf
Die Charta der Grundrechte
der Europäischen Union.
Inhalt, Bewertung und Ausblick,
NVwZ 2001, S. 392 ff.
- KÖNTGETER, Matthias
Erweiterte Klageberechtigung
bei Individualnichtigkeitsklagen
gegen EG-Verordnungen?,
NJW 2002, 2217 ff.
- KOENIG, Christian/
HARATSCH, Andreas
Europarecht,
4. Aufl., Tübingen 2003.
- KOENIG, Christian/
KÜHLING, Jürgen
Der Streit um die neue Tabak-
produkttrichtlinie,
EWS 2002, S. 12 ff.
- KOENIG, Christian/
PECHSTEIN, Matthias/
SANDER, Claude
EU-, EG-Prozeßrecht,
2. Aufl., Tübingen 2002.
- KRÄMER, Ludwig
Einheitliche Europäische Akte
und Umweltschutz.
Überlegungen zu einigen
Bestimmungen im Ge-
meinschaftsrecht, in: Hans-
Werner Rengeling (Hrsg.),
Europäisches Umweltrecht und
europäische Umweltpolitik.
Referate und Diskussions-
berichte der Tagung des
Arbeitskreises Europäische
Integration e.V. in Osnabrück
vom 5. bis 7. Februar 1987,
Köln, Bonn, Berlin, München
1988, S. 137 ff.

- KÜBLER, Johanna
Die Säulen der Europäischen Union: einheitliche Grundrechte? Zur Grundrechtsdivergenz zwischen der ersten und dritten Säule am Beispiel des Datenschutzes, zugl. Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2002, Baden-Baden 2002.
- KÜHLING, Jürgen
Grundrechte, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge, Berlin u.a. 2003, S. 583 ff.
- KUPFER, Dietrich
Rechtsschöpfung oder Rechtsharmonisierung? - Tendenzen des Europäischen Umweltrechts, AgraR 1989, S. 57 ff.
- LAMBSDORFF, Otto Graf
Werbeverbote sind Ohrfeigen für Verbraucher, in: Die Welt vom 9.6.2001, S. 12.
- LANGHEINE, Bernd
Rechtsangleichung unter Art. 100 a EWGV-Harmonisierung vs. Nationale Schutzinteressen- EuR 1988, S. 235 ff.
- LECHELER, Helmut
Die umweltrechtlichen Kompetenzen der EG, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts (Jb.UTR) 1991, S. 275 ff.
- LEINEN, Jo
Eine Europäische Verfassungsgrundlage einer föderalen und demokratischen Ordnung der EU, in: Heiner Timmermann, (Hrsg.) Eine Verfassung für die Europäische Union, Opladen 2001, S. 58 ff.

- ders./
SCHÖNLAU, Justus
- Charta der europäischen Grundrechte – Visitenkarte für das europäische Gesellschaftsmodell, in: Sylvia-Yvonne Kaufmann (Hrsg.), Grundrechtecharta der Europäischen Union. Mitglieder und Beobachter des Konvents berichten, Bonn 2001.
- LEISNER, Walter
- Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1991, S. 498 ff.
- LENZ, Carl Otto
- Rechtsschutz im Binnenmarkt, NJW 1994, S. 2063 ff.
- ders./
BORCHARDT Klaus-Dieter (Hrsg.)
- EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 3. Aufl., Köln 2003.
- LIETZMANN, Kurt
- Die neuen Umweltbestimmungen im EWG-Vertrag, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und Europäische Umweltpolitik. Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Osnabrück vom 5. bis 7. Februar 1987, Köln, Bonn, Berlin, München 1988, S. 163 ff.
- LÜBBIG, Thomas
- Anmerkung zum Urteil des EuG vom 3.5.2002-Rs.T-177/01, EuZW 2002, S. 415 ff.
- MAGIERA, Siegfried
- Die Rechtsakte der EG-Organen, Jura 1989, S. 595 ff.

- ders. Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, DÖV 2000, S. 1017 ff.
- ders. Zur Kompetenzneuordnung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, integration 2002, S. 269 ff.
- ders. Die Bedeutung der Grundrechtecharta für die Europäische Verfassungsordnung, in: Dieter H. Scheuing (Hrsg.), Europäische Verfassungsordnung, Baden-Baden 2003, S. 117 ff.
- MAHLMANN, Matthias Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, ZEuS 2000, S. 419 ff.
- MALFERRARI, Luigi/
LERCHE, Christoph Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage von Privatpersonen nach Art. 230 EG - Niedergang und Wiederaufleben des Plaumann-Tests, EWS 2003, S. 254 ff.
- MAYER, Franz Christian Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, München 2000.
- ders. Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 2001, S. 577 ff.
- MEYER, Andreas Produktspezifische Werbe-regelungen in Deutschland und der Europäischen Union, Köln, Berlin, Bonn, München 1996.

- ders. Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werbe-recht, GRUR Int. 1996, S. 697 ff.
- MEYER, Jürgen/
ENGELS, Markus Eine Einführung, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Berichte und Dokumente, Berlin 2001.
- MICKLITZ, Hans W./
REICH, Norbert Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union - Perspektive für 1993, EuZW 1992, S. 593 ff.
- MIDDEKE, Andreas Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, zugl. Osnabrück, Univ., Diss., 1993, Köln (u.a.) 1994.
- ders. Kompetenznormkonflikt umweltrechtlicher Gemeinschaftsakte im Binnenmarkt - zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 17.3.1993 in der Rechtssache C-155/91, DVBl. 1993, S. 769 ff.
- MÖGELE, Rudolf Neuere Entwicklungen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, BayVBl. 1993, S. 129 ff.
- MOLKENBUR, Gerhard Umweltschutz in der Europäischen Gemeinschaft, DVBl. 1990, S. 677 ff.
- MONTAG, Frank Umweltschutz, Freier Warenverkehr und Einheitliche Europäische Akte, RIW 1987, S. 935 ff.

- MÖSCHEL, Wernhard
Politische Union für Europa:
Wunschtraum oder Alptraum?,
JZ 1992, S. 877 ff.
- MÜLLER, Wolfgang
Deutsches Wettbewerbsrecht
und die europäische
Konvention zum Schutz der
Menschenrechte,
WRP 1992, S. 20 ff.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian
Die Rechtsangleichung zur Ver-
wirklichung des Binnenmarktes,
EuR 1989, S. 107 ff.
- MÜLLER-MICHES, Olaf
Grundrechtlicher Eigentums-
schutz in der Europäischen
Union. Das Eigentumsrecht
in der Rechtsordnung der EU,
in der EMRK und in den Ver-
fassungen Deutschlands,
Italiens und Irlands, zugl.
Bochum, Univ, Diss., 1996,
Berlin 1996.
- NETTESHEIM, Martin
Kompetenzkonflikte in der EG,
EuR 1993, S. 243 ff.
- ders.
Kompetenzen, in:
Armin von Bogdandy (Hrsg.),
Europäisches Verfassungs-
recht. Theoretische Grundlagen
und dogmatische Grundzüge,
Berlin u.a. 2003
- NOWAK, Carsten
Das Verhältnis zwischen
zentralem und dezentralem
Individualrechtsschutz im
Europäischen Gemeinschafts-
recht - Verwirrspiel zwischen
Wechselwirkung und
Beziehungslosigkeit -,
EuR 2000, S. 724 ff.

- ders. Anmerkung zum EuG-Urteil vom 30.1.2002, Rs.T-54/99, EuZW 2002, S. 191 ff.
- ders. Zentraler und dezentraler Individualrechtsschutz in der EG im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsatzes effektiven Rechtsschutzes, in: Carsten Nowak/Wolfram Cremer (Hrsg.) Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, Baden-Baden 2002, S. 47 ff.
- OPPERMANN, Thomas Europarecht, 2. Aufl., München 1999.
- ders. EU-Tabakwerbeverbot am Europäischen Gerichtshof vorbei?, ZUM 2001, S. 950 ff.
- ders. Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl. 2003, S. 1 ff.
- ders. Eine Verfassung für die Europäische Union - Der Entwurf des Europäischen Konvents - 1. Teil, DVBl. 2003, S. 1165 ff.
- OSSENBÜHL, Fritz Verfassungs- und europarechtliche Grundfragen eines Werbeverbots, ZLR 1999, S. 107 ff.
- PACHE, Eckard Die europäische Grundrechtscharta - ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz für Europa, EuR 2001, S. 475 ff.

- PALME, Christoph E. Das Unternehmen im Zugriff europäischer und nationaler Umweltgesetzgebung, EWS 1991, S. 377 ff.
- PAULUS, Joachim Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit - Inhalt und Schranken von Art. 5 Abs. 1 S.1 Grundgesetz (GG), WRP 1990, S. 22 ff.
- PERAU, Guido Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1997.
- PERNICE, Ingolf Kompetenzordnung und Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und Technikrechts, DV 1989, S. 1 ff.
- ders. Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht – Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, S. 201 ff.
- ders. Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, S. 866 ff.
- ders. Eine Grundrechtecharta für die Europäische Union, DVBl. 2000, S. 847 ff.
- PESCATORE, Pierre Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag und die Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, BayVBl. 1987, S. 33 ff.

- PHILIPPI, Nina
Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Entstehung, Inhalt und Konsequenzen für den Grundrechtsschutz in Europa, zugl. Saarbrücken, Univ., Magisterarbeit 2001/2002, Baden-Baden 2002.
- PICKER, Rolf
Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kurz-Kommentar, Starnberg 2001.
- PIEPER, Stefan Ulrich
Subsidiarität. Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, zugl. Münster, Univ., Diss., 1992, Köln (u.a.)1993.
- PIETSCH, Jörg
Die Grundrechtecharta im Verfassungskonvent, ZRP 2003, S. 1 ff.
- POSENER, Alan
Blauer Dunst aus Brüssel, in: Die Welt vom 31.5.2001, S. 10.
- QUASDORF, Peter
Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, Frankfurt am Main u.a. 2001.
- RABE, Hans- Jürgen
Über den Rechtsschutz innerhalb der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1966, S. 69 ff.
- ders.
Zur Reform des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften, EuR 2000, S. 811 ff.

- ders./,
MIDDEKE, Andreas/
GELLERMANN, Martin (Hrsg.)
- Handbuch des Rechtsschutzes
in der Europäischen Union,
2. Aufl., München 2003.
- RESS, Georg
- Die Europäische Grundrechts-
charta und das Verhältnis zwi-
schen EGMR, EuGH und den
nationalen Verfassungs-
gerichten, in: Alfred
Duschaneck/Stefan Griller
(Hrsg.), Grundrechte für Euro-
pa. Die Europäische Union
nach Nizza,
Wien u.a. 2002, S. 183 ff.
- RICHTER, Stefan
- Die unmittelbare Wirkung von
EG-Richtlinien zu Lasten
Einzelner, EuR 1988, S. 394 ff.
- RITGEN, Klaus
- Grundrechtsschutz in der
Europäischen Union,
ZRP 2000, S. 371 ff.
- RODRÍGUES IGLESIAS, Gil Carlos
- Der Gerichtshof der Europä-
ischen Gemeinschaften als
Verfassungsgericht. Vorträge
und Berichte des Zentrums
für Europäisches Wirtschafts-
recht, Nr. 15, 1992=EuR 1992,
S. 225 ff.
- RUFFERT, Matthias
- Kontinuität oder Kehrtwende im
Streit um die gemeinschafts-
rechtlichen Umweltkom-
petenzen? - EuGH, EuZW
1993, 290 -, Jura 1994,
S. 635 ff.
- SCHALLER, Werner
- Die EU-Mitgliedstaaten als
Verpflichtungsadressaten der
Gemeinschaftsgrundrechte,
zugl. Würzburg, Univ., Diss.,
2002, Baden-Baden 2003.

- SCHERZBERG, Arno
Innerstaatliche Wirkungen von
EG- Richtlinien,
JURA 1993, S. 225 ff.
- SCHEUING, Dieter H.
Umweltschutz auf der
Grundlage der Einheitlichen
Europäischen Akte,
EuR 1989, S. 152 ff.
- ders.
Europäisches Umwelt-
verfassungsrecht im Spiegel
der Rechtsprechung des EuGH,
in: Klaus-Peter Dolde (Hrsg.)
Umweltrecht im Wandel,
Berlin 2001, 129 ff.
- SCHMIDTHUBER, Peter M./
HITZLER, Gerhard
Binnenmarkt und
Subsidiaritätsprinzip,
EuZW 1993, S. 8 ff.
- SCHMITZ, Thomas
Die EU-Grundrechtscharta aus
grundrechtsdogmatischer und
grundrechtstheoretischer Sicht,
JZ 2001, S. 833 ff.
- SCHMUCK, Otto
Die Ausarbeitung der Euro-
päischen Grundrechtscharta
als Element der Verfassungs-
entwicklung,
integration 2000, S. 48 ff.
- SCHNEIDER, Hans-Peter
Tollhaus Europa,
NJW 1998, S. 576 ff.
- ders.
Narrenschiff Staatsrecht oder
Tarnkappe Europapolitik,
NJW 1998, S. 2191 ff.

- ders. Viel Rauch um Nichts?
Verfall der Rechtskultur:
Kommission, Parlament und
Rat halten den Europäischen
Gerichtshof zum Narren, in:
Frankfurter Allgemeine Zeitung
vom 24.7.2001, S. 8.
- SCHNEIDER Heinrich Der Post-Nizza-Prozess: ein
direkter Anlauf zur
Konstitutionalisierung der
Europäischen Union,
integration 2001, S. 198 ff.
- SCHNEIDER, Jens-Peter Effektiver Rechtsschutz Privater
gegen EG-Richtlinien,
AöR 119 (1994), S. 294 ff.
- SCHOHE, Gerrit/
ARHOLD, Christoph Betroffen und kein Klagerecht?
- Zum Individualrechtsschutz
gegen Eingriffsnormen der
Europäischen Gemeinschaft,
EWS 2002, S. 320 ff.
- SCHROEDER, Werner Vom Brüsseler Kampf gegen
den Tabakrauch – 2.Teil,
EuZW 2001, S. 489 ff.
- SCHRÖER, Thomas Mehr Demokratie statt
umweltpolitische Subsidiarität?
- Anmerkungen zum
Titandioxid-Urteil des EuGH -,
EuR 1991, S. 356 ff.
- ders. Die Kompetenzverteilung
zwischen der Europäischen
Wirtschaftsgemeinschaft und
ihren Mitgliedstaaten auf dem
Gebiet des Umweltschutzes,
Berlin 1992.
- SCHWARTZ, Ivo E. EG-Kompetenz für das Verbot
der Tabakwerbung?,
AfP 1998, S. 553 ff.

- SCHWARZE, Jürgen
Rechtsschutz Privater gegenüber normativen Rechtsakten im Recht der EWG, in: Ingo von Münch (Hrsg.), Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht. Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag am 28.3.1981, Berlin, New York 1981, S. 927 ff.
- ders.
Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht - zu den Forderungen der deutschen Bundesländer im Hinblick auf die Regierungskonferenz 1996 -, DVBl. 1995, S. 1265 ff.
- ders.
Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung, DVBl. 1999, S. 1677 ff.
- ders. (Hrsg.)
EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- ders.
Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtscharta, EuZW 2001, S. 517 ff.
- ders.
Grenzen der Harmonisierungskompetenz der EG im Presse-recht, ZUM 2002, S. 89 ff.
- ders.
Der Rechtsschutz Privater vor dem Europäischen Gerichtshof: Grundlagen, Entwicklungen und Perspektiven des Individualrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2002, S. 1297 ff.

- ders.
Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents - zugleich eine Untersuchung der Grundrechtsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2004, S. 135 ff.
- SCHWEITZER, Michael/
FIXON, Oliver
Subsidiarität und Regionalismus in der Europäischen Gemeinschaft, Jura 1992, S. 579 ff.
- ders./
HUMMER Waldemar
Europarecht, 5. Aufl., Neuwied 1996.
- ders./
SCHROEDER, Werner/
BOCK, Yves
EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, Heidelberg 2002.
- SCHWEIZER, Robert
Läßt sich ein Tabakwerbeverbot im Hinblick auf die Pressefreiheit rechtfertigen? AfP 1998, S. 571 ff.
- SELMAYR, Martin/
KAMANN Hans- Georg/
AHLERS, Sabine
Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, S. 49 ff.
- SICKMANN, Helmut
Verfassungsmäßigkeit eines umfassenden Verbots der Werbung für Tabakprodukte, DÖV 2003, S. 657 ff.
- SIMMA, Bruno/
WEILER, J.H.H./
ZÖCKLER, Markus
Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, Berlin 1999.

- SORIA, José Martínez
Diskussionsbeitrag zur
Göttinger Seminartagung
„Verteilung von Aufgaben und
Kompetenzen in der Europä-
ischen Union“ am 26. Juni
2001, in: Volkmar Götz/
José Martínez Soria (Hrsg.),
Kompetenzverteilung in der
Europäischen Union und den
Mitgliedstaaten,
Baden-Baden 2002, S. 73 ff.
- STEEG, Marcus ter
Eine neue Kompetenzordnung
für die EU,
EuZW 2003, S. 325 ff.
- STEIN, Torsten
Gemeinschaftsregeln für den
Werbemarkt und ihre Grenzen
nach Gemeinschaftsrecht und
Grundrechten, Bonn 1992.
- ders.
Subsidiarität als Rechts-
staatsprinzip?, in: Detlef Merten
(Hrsg.), Die Subsidiarität Euro-
pas, 2. Aufl., Berlin 1994,
S. 23 ff.
- ders.
Freier Wettbewerb und
Werbeverbote in der
Europäischen Union,
EuZW 1995, S. 435 ff.
- ders.
Keine Europäische „Verbots“-
Gemeinschaft, EWS 2001,
S. 12 ff.
- STEINDORFF, Ernst
Grenzen der EG-Kompetenzen,
Heidelberg 1990.
- STEWING, Clemens,
Verfassungs- und europarecht-
liche Grenzen einer Werbebe-
schränkung für Tabakerzeug-
nisse,
RIW 1993, S. 185 ff.

- STIESS, Katia/
HELLERT, Joos
Kein Ende der Tabakwerbung,
ZUM 2000, S. 1038 ff.
- STOCK, Martin
Medienfreiheit in der EU-Grund-
rechtscharta. Art. 10 EMRK er-
gänzen und modernisieren!,
Frankfurt am Main (u.a.) 2000.
- STREINZ, Rudolf
Europarecht,
6. Aufl., Heidelberg 2003.
- ders. (Hrsg.)
EUV/EGV. Vertrag über die
die Europäische Union und
Vertrag zur Gründung der
Europäischen Gemeinschaft,
München 2003.
- TAPPERT, Willi
Die Charta der Grundrechte für
die Europäische Union,
DRiZ 2000, S. 204 ff.
- TETTINGER, Peter J.
Die Charta der Grundrechte der
Europäischen Union,
NJW 2001, S. 1010 ff.
- ders.
EG-rechtliche Verbote von
Werbung und Sponsoring bei
Tabakerzeugnissen und
deutsches Verfassungsrecht,
Bonn 1998.
- THIEL, Jürgen Michael
Umweltrechtliche Kompetenzen
in der Europäischen Union,
Bochum 1995.
- TRIEBEL, Matthias
Die rechtliche Bedeutung der
Grundrechtecharta,
Jura 2003, S. 525 ff.

- TRÜE, Christiane
Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, Baden-Baden 2002.
- ULLRICH, Meike
Die Wahl der Rechtsgrundlage als Rechtsproblem des Gemeinschaftsrechts, ZEuS 2000, S. 243 ff.
- VEDDER, Christoph
Das System der Kompetenzen in der EU unter dem Blickwinkel einer Reform, in: Volkmar Götz/José Martinéz Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, Baden-Baden 2002, S.1 ff.
- VON BOGDANDY, Armin/
BAST, Jürgen
Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union und verfassungspolitische Reformperspektiven, EuGRZ 2001, S. 441 ff.
- VON BORRIES, Reimer
Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, S. 263 ff.
- ders.
Kompetenzverteilung und Kompetenzausübung, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), EUDUR, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2003, Band I § 25.
- VON BURCHARD, Friedrich
Der Rechtsschutz natürlicher und juristischer Personen gegen EG-Richtlinien gemäß Art. 173 Abs. 2 EWGV, EuR 1991, S. 140 ff.

- VON DANWITZ, Thomas
- Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischen Grundrechtsschutz. Zum Rechtsschutz gegen das vorgeschlagene Verbot der direkten und indirekten Tabakwerbung in Europa, Berlin 1998.
- ders.
- Tabakwerbeverbot, die Zweite!?, RIW 2003, S. 1.
- VON DER GROEBEN, Hans/
SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.)
- Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Aufl., Baden-Baden 2003.
- dies.
- Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Aufl., Baden-Baden 2003.
- VON MILCZEWSKI, Christine
- Der grundrechtliche Schutz des Eigentums im Europäischen Gemeinschaftsrecht, zugl. Bonn, Univ., Diss., 1993, Frankfurt am Main u.a. 1994.
- VORWERK, Axel
- Die umweltpolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten nach Inkrafttreten der EEA, München 1990.

- VOß, Ulrike/
WENNER, Gregor
- Der EuGH und die gemeinschaftsrechtliche Kompetenzordnung - Kontinuität oder Neuorientierung?,
NVwZ 1994, S. 332 ff.
- WÄGENBAUR, Rolf
- Werbeverbot für Tabakerzeugnisse: Betrachtungen eines Nichtrauchers,
EuZW 1998, S. 33 ff.
- ders.
- Das gemeinschaftsweite Verbot der Tabakwerbung,
EuZW 1999, S. 144 ff.
- ders.
- Verbot der Tabakwerbung:
Fortsetzung der Saga,
EuZW 2001, S. 450.
- WEBER, Albrecht
- Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft – Föderalismus und Demokratie als Strukturelemente,
JZ 1993, S. 325 ff.
- ders.
- Die Europäische Grundrechtscharta - auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung,
NJW 2000, S. 537 ff.
- ders.
- Die Zukunft der Grundrechtscharta, in: Stefan Griller/
Waldemar Hummer (Hrsg.),
Die EU nach Nizza. Ergebnisse und Perspektiven, Wien 2002.
- ders. (Hrsg.)
- Charta der Grundrechte=
Charter of Fundamental Rights
of the European Union=Charte
des droits fondamentaux de
l'Union Européenne,
München 2002.

- ders. Einheit und Vielfalt der europäischen Grundrechtsordnung(en). Zur Inkorporation der Grundrechtscharta in einen europäischen Verfassungsvertrag, DVBl. 2003, S. 220 ff.
- WEGENER, Bernhard W. Die Neuordnung der EU-Gerichtsbaharkeit durch den Vertrag von Nizza, DVBl. 2001, S. 1258 ff.
- WEIDENFELD, Werner (Hrsg.) Reform der Europäischen Union, Gütersloh 1995.
- WUERMELING, Joachim Warum die EU zentralistisch ist und was man dagegen tun muss, in: Politische Studien, Der Europäische Verfassungskonvent - Strategien und Argumente, München Sonderheft 1/2003, S. 37 ff.
- WOLFF, Dietmar Pluralismus der Medien? in: Institut für Europäisches Medienrecht (Hrsg.), Nizza, die Grundrechte-Charta und ihre Bedeutung für die Medien in Europa= Nice, the charter of fundamental rights and their importance for the media in Europe, Baden-Baden 2001, S. 53 ff.
- ders. Verbraucherschutz und Binnenmarkt – Die Pressefreiheit in der EU gerät zwischen die Fronten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2001, S. 18.

- WUNDERLICH, Christian Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Eigentumsgarantie und ihre Auswirkungen auf die Staatshaftung für legislatives Unrecht, zugl. Köln, Univ., Diss., 1993, Frankfurt am Main u.a. 1994.
- ZAPKA, Klaus Grund- und europarechtliche Bewertung der Werbung, RIW 1990, S. 132 ff.
- ZIMMER, Andreas Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen Gemeinschaftsrecht, Grundgesetz und EMRK, Baden-Baden 2002
- ZULEEG, Manfred Die Rechtswirkungen europäischer Richtlinien, ZGR 1980, S. 466 ff.
- ders. Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips, in: Knut Wolfgang Nörr/Thomas Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 185 ff.

ABKÜRZUNGEN

Bezüglich der Abkürzungen in dieser Arbeit wird verwiesen auf:

- KIRCHNER, Hildebert/
BUTZ, Cornelia Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
5. Aufl, Berlin 2003.

Anhang

Übersicht zum Umfang des grenzüberschreitenden Vertriebs deutscher Zeitschriften in der Europäischen Union

Erfasste Zeitschriften:

Erfasst wurden die 20 nach der Statistik der Informationsgesellschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e.V. (IVW) meist verkauften deutschen Publikumszeitschriften. Dabei handelt es sich um die folgenden Titel:

ADAC motorwelt	Bild der Frau
Mein Eigenheim, Wohnen & Leben	TV-Hören und Sehen
house and more	Neue Post
TV-Movie	Die Johanniter
TV 14	Der Spiegel
TV-Spielfilm	Freizeit Revue
Metall	Stern
Das Haus	Readers´ s Digest Das Beste
Hoerzu	Funk Uhr
Auf einen Blick	ohnen – Das Magazin für Wohnungseigentum, Geldanlage, Vorsorge

Erfasste Zeiträume:

Quartale I, II, III, IV/2002

Auflagenstatistik:

Die folgenden Zahlen beziehen sich auf die durchschnittliche verkaufte Auflage pro Ausgabe einer Zeitschrift in jedem der angegebenen Quartale.

Quartal I/2002

Verkaufte Auflage insgesamt: **45.388.713**

Verkaufte Auslandsauflage innerhalb der EU:
(entspricht 1,80 % der gesamten verkauften Auflage) **816.629**

Davon Einzelverkauf/Lesezirkel/sonstige Verkäufe:
(entspricht 1,36 % der gesamten verkauften Auflage) **618.301**

Quartal II/2002

Verkaufte Auflage insgesamt: **48.821.596**

Verkaufte Auslandsauflage innerhalb der EU:
(entspricht 1,70 % der gesamten verkauften Auflage) **829.432**

Davon Einzelverkauf/Lesezirkel/sonstige Verkäufe: **635.784**
(entspricht 1,30 % der gesamten verkauften Auflage)

Quartal III/2002

Verkaufte Auflage insgesamt: **44.704.896**

Verkaufte Auslandsauflage innerhalb der EU: **868.263**
(entspricht 1,94 % der gesamten verkauften Auflage)

Davon Einzelverkauf/Lesezirkel/ sonstige Verkäufe: **673.039**
(entspricht 1,50% der gesamten verkauften Auflage)

Quartal IV/2002

Verkaufte Auflage insgesamt: **44.749.596**

Verkaufte Auslandsauflage innerhalb der EU: **749.032**
(entspricht 1,67 % der gesamten verkauften Auflage)

Davon Einzelverkauf/Lesezirkel/ sonstige Verkäufe: **556.104**
(entspricht 1,24% der gesamten verkauften Auflage)

Anmerkung:

Im Jahresdurchschnitt 2002 betrug der Anteil der im EU-Ausland verkauften auflagenstärksten deutschen Zeitschriften an der verkauften Auflage insgesamt 1,77 %. Bei den im Einzelhandel über Lesezirkel oder sonstige Verkäufe abgesetzten Zeitschriften ergab sich ein durchschnittlicher Prozentsatz von 1,35.

Übersicht zum Umfang des grenzüberschreitenden Vertriebs deutscher Zeitungen in der Europäischen Union

Erfasste Zeitungen:

Erfasst wurden 170 deutsche Zeitungen; darunter auch 20 der nach der Statistik der Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e.V. (IVW) meist verkauften deutschen Zeitungen. Dazu zählen folgende Titel:

BILD	Zeitungsgruppe WAZ
Hannoversche Allgemeine Zeitung	Die Zeit
Süddeutsche Zeitung	Die Welt
Rheinische Post	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Südwest Presse	Nürnberger Nachrichten
Leipziger Volkszeitung	Hamburger Abendblatt
Thüringer Allgemeine Zeitung	Kölner Stadtanzeiger
Neue Westfälische	Augsburger Allgemeine
Ruhr Nachrichten	B.Z.-Berlin
Rheinpresse	Express Köln-Bonn

Erfasster Zeitraum:

Quartal III/2002 (aufgrund der Sommerferienzeit findet in diesem Quartal der stärkste grenzüberschreitende Verkehr deutscher Zeitungen statt).

Auflagenstatistik:

Verkaufte Auflage insgesamt: **19.340.991**

Verkaufte Auslandsauflage innerhalb der EU: **289.315**
(entspricht 1,80% der gesamten verkauften Auflage)

Tatsächlich von Deutschland aus in andere EU-Staaten gelieferte Auflage (einige Zeitungen drucken einen Teil ihrer Auslandsauflage, der für den Einzelhandel bestimmt ist, direkt in den Bestimmungsstaaten): **ca. 170.000**
(dies entspricht rund 0,9 % der gesamten verkauften Auflage)

Anmerkung:

Von der grenzüberschreitend vertriebenen Auflage werden etwa 95.000 Exemplare als Abonnement per Post zugestellt. Ca. 75.000 Exemplare sind im Einzelverkauf, also in Geschäften, in anderen EU-Staaten erhältlich. Der Anteil dieser im Einzelverkauf vertriebenen Exemplare an der verkauften Auflage insgesamt beträgt 0,39 %.

**Bruttoausgaben 2002 für Werbung und Sponsoring
zugunsten von Tabakerzeugnissen in Deutschland
(Branchenschätzungen):**

Zeitungen und Zeitschriften	58 Mio. €
Rundfunk	-----
Internet	10 Mio. €
Ausgaben für Sponsoring bei den beiden Formel-Eins-Rennen in Deutschland	40 Mio. €
sonstiges Sponsoring	10 Mio. €