SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NIAL FENNELLY
vom 15. Juni 2000 *

Inhaltsverzeichnis

I	— Einleitung	I-8424
II	— Kontext und Vorgeschichte der Normgebung	I-8426
	i) Einschlägige Bestimmungen des EG-Vertrags	I-8426
	ii) Weitere Rechtsvorschriften	I-8427
	iii) Die Entstehungsgeschichte der Werberichtlinie	I-8428
	iv) Zusammenfassung der Werberichtlinie	I-8431
III	— Zulässigkeit	I-8436
IV	— Erklärungen vor dem Gerichtshof	I-8439
	i) Rechtsgrundlage und Zuständigkeit	I-8439
	ii) Subsidiarität	I-8443
	iii) Verhältnismäßigkeit	I-8444
	iv) Verstoß gegen Artikel 30	I-8445
	v) Die Eigentumsgarantie und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit	I-8445
	vi) Meinungsfreiheit	I-8446
	vii) Begründung	I-8447
V	— Erörterung	I-8447
	i) Rechtsgrundlage und Zuständigkeit	I-8447
	Einleitung	I-8447
	Das Wesen der Gemeinschaftszuständigkeit	I-8448
	Gemeinschaftszuständigkeit und nationale Zuständigkeit: unterschiedliche Ziele	I-8450
	Der Schwerpunkt der Werberichtlinie	I-8452
	Der Anwendungsbereich des Artikels 129 Absatz 4 EG-Vertrag	I-8453
	Die Gesetzgebungsgeschichte der Richtlinie	I-8454
	Befugnismissbrauch	I-8456
	Die Bedeutung des Abstimmungsverfahrens des Rates	I-8457
	Der Binnenmarkt	I-8458

* Originalsprache: Englisch.

Binnenmarktziele — konkrete Beurteilung	I-8463
Der Zweck der Werberichtlinie	I-8467
Hemmnisse für den Handel mit Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verkaufsförderung für Tabak	I-8468
Die Angleichung durch die Werberichtlinie	I-8471
Wettbewerbsverzerrung	I-8475
Folgen: Ungültigkeit und Trennbarkeit	I-8476
ii) Subsidiarität	I-8479
iii) Verhältnismäßigkeit	I-8484
iv) Verstoß gegen Artikel 30 EG-Vertrag	I-8484
v) Verstoß gegen Wirtschaftsgrundrechte	I-8484
vi) Meinungsfreiheit	I-8487
vii) Begründungsmangel	I-8495
VI — Kosten	I-8496
VII — Antrag	I-8497

I — Einleitung

1. In den beiden vorliegenden Rechtssachen geht es um die Gültigkeit der Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen¹ (im Folgenden: Richtlinie oder Werberichtlinie). In der Rechtssache C-376/98 hat Deutschland gemäß Artikel 173 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 230 EG) Klage auf Nichtigerklärung der Werberichtlinie erhoben. Der Rechtssache C-74/99 liegt eine Klage mehrerer Hersteller von Tabak-

erzeugnissen im Vereinigten Königreich zugrunde, die vor dem High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office) (im Folgenden: nationales Gericht), u. a. gegen die Absicht und/oder Verpflichtung der Regierung des Vereinigten Königreichs klagen, der Richtlinie Wirksamkeit zu verleihen. Nach Auffassung des nationalen Gerichts haben die Kläger vertretbare Gründe dafür vorgetragen, die Richtlinie für ungültig zu erklären; es hat deshalb dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Das nationale Gericht weist darauf hin, dass sich seine Vorlagefrage weitgehend (aber nicht vollständig) mit dem deutschen Klagevorbringen in der Rechtssache

1 — ABl. L 213, S. 9.

C-376/98 decke. Seine Vorlagefrage fasst die im Ausgangsverfahren geltend gemachten Klagegründe prägnant zusammen:

Werberichtlinie auch Artikel 30 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG) zuwiderlaufe.

Ist die Richtlinie 98/43 des Rates ganz oder teilweise ungültig,

- a) weil Artikel 57 Absatz 2 sowie die Artikel 66 und 100a keine geeignete Rechtsgrundlage darstellen;
- b) weil sie gegen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung verstößt;
- c) weil sie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt;
- d) weil sie gegen das Subsidiaritätsprinzip verstößt;
- e) weil sie die Begründungspflicht verletzt;
- f) weil sie gegen Artikel 222 EG-Vertrag und/oder die grundrechtliche Eigentumsgarantie verstößt?

3. Die wichtigste Rechtsfrage in den beiden Rechtssachen ist die nach der Zuständigkeit oder Rechtsgrundlage. Die Ungültigkeitsgründe einer Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Subsidiaritätsgrundsatzes, der Begründungspflicht oder eines Grundrechts sollten lediglich hilfsweise für den Fall geprüft werden, dass die für die Richtlinie gewählte Rechtsgrundlage nach Auffassung des Gerichtshofes die richtige ist.

4. Die in der Werberichtlinie genannte Rechtsgrundlage bezieht sich auf den Binnenmarkt. Die Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Binnenmarkt ist nicht als solche durch vorbehaltene Befugnisse der Mitgliedstaaten beschränkt. Sie ist eine Querschnittszuständigkeit, deren Ausübung die nationale Gesetzgebungskompetenz im fraglichen Bereich ausschließt. Die gerichtliche Überprüfung der Ausübung einer solchen Zuständigkeit ist ein delikates und komplexes Unterfangen. Wird bei ihr übermäßige Zurückhaltung geübt, so könnte den Gemeinschaftsorganen eine allgemeine oder unbeschränkte Gesetzgebungskompetenz zufallen; dies widerspräche dem Grundsatz, dass die Gemeinschaft nur die beschränkten Zuständigkeiten — so umfassend sie auch sein mögen — besitzt, die ihr der EG-Vertrag zur Erreichung bestimmter Ziele einräumt. Die Gemeinschaft könnte damit unzulässig in die Befugnisse der Mitgliedstaaten eingreifen. Andererseits darf der Gerichtshof den Gemeinschaftsgesetzgeber auch nicht bei der ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgabe behindern, Hindernisse und Verzerrungen im Waren- und

In der Rechtssache C-376/98 macht Deutschland zusätzlich geltend, dass die

Dienstleistungsverkehr zu beseitigen. Als die Instanz, auf der das Vertrauen der Gemeinschaftsorgane, der Mitgliedstaaten und der Unionsbürger ruht, hat der Gerichtshof die schwierige Aufgabe, die verfassungsmäßige Gewaltenteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auf der Grundlage objektiver Kriterien zu schützen.

II — Kontext und Vorgeschichte der Normgebung

i) *Einschlägige Bestimmungen des EG-Vertrags*

5. Der Streit um die Rechtsgrundlage der Werberichtlinie betrifft eine bestimmte Anzahl von Vertragsbestimmungen. Sie haben vor allem den Binnenmarkt und die Dienstleistungsfreiheit zum Gegenstand.

6. Gemäß Artikel 57 Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 47 Absatz 2 EG) in Verbindung mit Artikel 66 EG-Vertrag (jetzt Artikel 55 EG) erlässt der Rat nach dem Verfahren des Artikels 189b EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 251 EG, sog. Mitentscheidungsverfahren) „Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der

Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten“ einschließlich der Dienstleistungsfreiheit².

7. Artikel 100a EG-Vertrag ist nach Änderung nunmehr zu Artikel 95 EG geworden. Gemäß Artikel 100a Absatz 1 erlässt der Rat, soweit im Vertrag nichts anderes bestimmt ist, abweichend von Artikel 100 EG-Vertrag (jetzt Artikel 94 EG) zur Verwirklichung der Ziele des Artikels 7a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 14 EG) im selben Verfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses „die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“.

8. Nach Artikel 100a Absatz 3 geht die Kommission „in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus“.³ Gemäß Artikel 100a Absatz 4 darf ein Mitgliedstaat, wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit eine Harmonisierungsmaßnahme erlassen hat, einzelstaatliche Bestimmungen anwenden, die insbesondere durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 EG-Vertrag (nach Änderung

2 — Bezugnahmen auf Artikel 57 Absatz 2 EG-Vertrag in den vorliegenden Schlussanträgen erfassen auch seine Erstreckung auf die Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 66 EG-Vertrag, sofern sich nichts anderes ergibt.

3 — Im geänderten Artikel 95 Absatz 3 EG ist angefügt: „Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.“ In meinen Ausführungen setze ich voraus, dass sich diese Verpflichtung trotz der beschränkteren Bezugnahme auf die Vorschläge der Kommission von Anfang an aus Artikel 100a Absatz 3 EG-Vertrag ergab.

jetzt Artikel 30 EG) gerechtfertigt sind. Dies gilt vorbehaltlich der Bestätigung durch die Kommission; mit etwaigen Rügen kann außerdem in einem besonderen beschleunigten Verfahren der Gerichtshof befasst werden.

9. Die Klägerinnen stützen sich besonders auf Artikel 129 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 152 EG). Nach Artikel 129 Absatz 1 leistet die Gemeinschaft „durch Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und erforderlichenfalls durch Unterstützung ihrer Tätigkeit einen Beitrag zur Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus Die Erfordernisse im Bereich des Gesundheitsschutzes sind Bestandteil der übrigen Politiken der Gemeinschaft.“ Gemäß Artikel 129 Absatz 4 erlässt der Rat als Beitrag zur Verwirklichung der Ziele dieses Artikels im Mitentscheidungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen Fördermaßnahmen unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten; er kann auch Empfehlungen erlassen.

ii) Weitere Rechtsvorschriften

10. Für die Prüfung, ob die Werberichtlinie rechtmäßig ist, erscheint ein Hinweis auf bestimmte weitere, bei ihrem Erlass bereits bestehende Vorschriften sinnvoll. Vor Er-

lass der Richtlinie hatte die Gemeinschaft auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag oder Artikel 57 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 66 EG-Vertrag Rechtsvorschriften über die Vermarktung von Tabakerzeugnissen erlassen. Am wichtigsten ist Artikel 13 der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität⁴, der, was hier als Hinweis genügen soll, jede Form der Fernsehwerbung und des Teleshoppings für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse untersagt. Allgemein bestimmt Artikel 2a Absatz 1 der Richtlinie 89/552/EWG: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten den freien Empfang und behindern nicht die Weiterverbreitung von Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsbereich aus Gründen, die Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind.“

11. Gemäß der Richtlinie 89/662/EWG des Rates vom 13. November 1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen sowie zum Verbot bestimmter Tabake zum oralen Gebrauch⁵ ist auf allen Zigarettenpackungen der Teer- und Nikotingehalt anzugeben⁶ und außerdem ein allgemeiner

4 — ABl. L 298, S. 23, in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997, ABl. L 202, S. 80; beide Richtlinien wurden auf der Grundlage von Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 66 EG-Vertrag erlassen.

5 — ABl. 359, S. 1, in der Fassung der Richtlinie 92/41/EWG des Rates vom 15. Mai 1992, ABl. L 158, S. 30; beide Richtlinien wurden auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag erlassen.

6 — Artikel 3 der Richtlinie 89/622/EWG.

und ein spezifischer gesundheitlicher Warnhinweis anzubringen⁷. Den Handel mit Erzeugnissen, die den Anforderungen der Richtlinie entsprechen, dürfen die Mitgliedstaaten nicht aus Gründen der Etikettierung einschränken⁸. Ähnlich dürfen sie auch den Handel mit Erzeugnissen, die der Richtlinie 90/239/EWG des Rates vom 17. Mai 1990 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten⁹ entsprechen, nicht „aus Gründen der Begrenzung des Teergehalts von Zigaretten“ einschränken¹⁰. Der Rat erließ beide Richtlinien (89/622/EWG und 90/239/EWG) als Rat der Gesundheitsminister.

12. Die Gemeinschaft hat auch Vorschriften über andere Aspekte der Werbung erlassen. Beispielsweise legt die Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung¹¹ bestimmte objektive Mindestkriterien fest, nach denen beurteilt werden kann, ob eine Werbung irreführend ist¹². Sie normiert außerdem die Bedingungen, unter denen vergleichende Werbung zulässig ist¹³. Die zweite Begründungserwägung der Änderungsrichtlinie 97/55/EG bezeichnet die Werbung als „ein sehr wichtiges Instrument ...“, mit dem überall in der Ge-

meinschaft wirksam Märkte für Erzeugnisse und Dienstleistungen erschlossen werden können“.

13. Die Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel¹⁴ unterwirft diese Art von Werbung bestimmten Anforderungen. So darf etwa die Werbung für bestimmte Erzeugnisse in Medien, die sich an die Öffentlichkeit richten, bestimmte Elemente nicht enthalten und bestimmte therapeutische Indikationen nicht nennen.

iii) Die Entstehungsgeschichte der Werbe-richtlinie

14. Die Möglichkeit einer Regelung der Tabakwerbung auf Gemeinschaftsebene wurde erstmals 1984 von der Kommission in einer Mitteilung an den Europäischen Rat über die Zusammenarbeit in Gesundheitsfragen angesprochen. Mit der Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 7. Juli 1986¹⁵ wurde das erste Aktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaften gegen den Krebs angenommen. In der Entschließung wurde weiter gefordert, zu prüfen, wie der Tabakkonsum, etwa durch Gemeinschaftsaktionen in Bezug auf Werbung und Sponsoring, im Rahmen der Zusammenarbeit in Gesundheitsfragen eingeschränkt werden

7 — Artikel 4 der Richtlinie 89/622/EWG.

8 — Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 89/622/EWG.

9 — ABl. L 137, S. 36; die Richtlinie wurde auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag erlassen.

10 — Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 90/239/EWG.

11 — ABl. L 250, S. 17, in der Fassung der Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997, ABl. L 290, S. 18. Die Richtlinie 84/450/EWG wurde auf der Grundlage von Artikel 100 EG-Vertrag (jetzt Artikel 94 EG), die Änderungsrichtlinie auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag erlassen.

12 — Artikel 2 Absatz 2 und 3 der Richtlinie 84/450/EWG; vgl. auch siebte Begründungserwägung.

13 — Artikel 3a der Richtlinie 84/450/EWG.

14 — ABl. L 113, S. 13; die Richtlinie wurde auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag erlassen.

15 — ABl. C 184, S. 19.

könne. Die Kommission reagierte hierauf mit einem Aktionsplan für die Jahre 1987 — 1989. Sie legte zunächst einen auf Artikel 100a EG-Vertrag fußenden Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse¹⁶ (im Folgenden: erster Richtlinienvorschlag) vor.

15. Im ersten Richtlinienvorschlag wurde festgestellt, dass die Werbung in der Presse und durch Plakate über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinaus wirke und dass die unterschiedlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tabakwerbung Handelshemmnisse bewirken und den Wettbewerb verzerren könnten. Die notwendigen harmonisierten Vorschriften müßten den Schutz der Gesundheit der Bürger, insbesondere der Jugendlichen, in angemessener Weise berücksichtigen. In den Begründungserwägungen wird auch auf das Europäische Aktionsprogramm zur Krebsbekämpfung Bezug genommen. Nach dem ersten Richtlinienvorschlag wäre die Presse- und Plakatwerbung für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse mit gezielten Warnungen zu verbinden gewesen¹⁷. Inhaltlich wäre die Werbung auf Produktinformation und die Darstellung der Verpackung beschränkt worden; es wäre weiterhin unzulässig gewesen, ein überwiegend für Tabakerzeugnisse eingesetztes Warenzeichen, Emblem, Symbol oder anderes Kennzeichen zu verwenden, ohne das Tabakerzeugnis unmittelbar zu erwähnen¹⁸. Jede Art von Werbung für Tabakerzeugnisse in Presseerzeugnissen, die sich über-

wiegend an Jugendliche unter 18 Jahren richteten, wäre nach dem ersten Richtlinienvorschlag zu untersagen gewesen¹⁹. Gemäß seinem Artikel 5 hätten die Mitgliedstaaten den Vertrieb von Veröffentlichungen und Plakaten, die der Richtlinie entsprochen hätten, nicht wegen ihrer Werbung für Tabakerzeugnisse untersagen oder einschränken dürfen.

16. Das Europäische Parlament billigte den ersten Richtlinienvorschlag am 14. März 1990 im Zusammenarbeitsverfahren vorbehaltlich bestimmter Änderungen, die zum Schutz der öffentlichen Gesundheit auf ein Totalverbot der Tabakwerbung zielten²⁰. Die Kommission erachtete ein vollständiges Verbot nach dem Stand der nationalen Rechtsvorschriften für verfrüht, änderte aber ihren Vorschlag im Sinne einer Klarstellung, dass er nur die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten angleiche, in denen Tabakwerbung erlaubt sei²¹. Sie fügte außerdem drei neue Begründungserwägungen ein, die die Ziele der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes und die Beeinflussbarkeit von Jugendlichen durch Werbung hervorhoben.

17. Diese geänderte Fassung des ersten Richtlinienvorschlags wurde im Ausschuss der Ständigen Vertreter unter dem Punkt „Krebsbekämpfung“ erörtert, jedoch konnte weder dort noch in der Arbeitsgruppe Gesundheit des Rates eine Einigung

16 — KOM(89) 163 endg., vorgelegt am 7. April 1989, ABl. C 124, S. 5.

17 — Artikel 2 des ersten Richtlinienvorschlags.

18 — Artikel 3 des ersten Richtlinienvorschlags.

19 — Artikel 4 des ersten Richtlinienvorschlags.

20 — ABl. C 96, S. 98.

21 — KOM(90) 147 endg., vorgelegt am 19. April 1990, ABl. C 116, S. 7.

erzielt werden. Die Kommission zog diesen Vorschlag daraufhin zurück und legte am 17. Mai 1991 einen geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Werbung für Tabakerzeugnisse²² (im Folgenden: zweiter Richtlinienvorschlag) vor. In dessen Begründungserwägungen wurde erstmals ausgeführt, dass eine gegenseitige Abhängigkeit zwischen den verschiedenen Werbemitteln und dem Umstand bestehe, dass der Tabakkonsum eine bedeutende Todesursache in der Gemeinschaft sei. Der zweite Richtlinienvorschlag hätte alle Arten der Werbung für Tabakprodukte, die Werbung in anderen Marktbereichen mit vornehmlich aus dem Tabaksektor bekannten Handelsmarken, die Verwendung anderer Handelsmarken für neue Tabakerzeugnisse und jede Gratisverteilung von Tabakprodukten verboten²³. Die Mitgliedstaaten hätten die Werbung in Tabakgeschäften zulassen²⁴, aber auch strengere Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit ergreifen können²⁵. Aufgrund von Bedenken verschiedener Seiten²⁶ stimmte das Europäische Parlament gegen einen Antrag, die Rechtsgrundlage des Vorschlags von Artikel 100a zu Artikel 235 EG-Vertrag (jetzt Artikel 308 EG) zu ändern, und verabschiedete am 11. Februar 1992 eine legislative Entschlieung, in der u.a. eine neue Begründungserwägung zur Rechtfertigung eines Verbots aus Gründen des Gesundheitsschutzes vorgeschlagen wurde. Die für den Vorschlag verantwortlichen Kommissare für Beschäftigung, Industriepolitik und Soziales (einschließlic

Ge-sundheit) hoben, so wird berichtet, in verschiedenen Reden und sonstigen Äußerungen die Bedeutung des Vorschlags zum Schutz der Gesundheit hervor²⁷.

18. Am 26. November 1986 verabschiedete der Rat eine Entschlieung zur Reduzierung des Tabakkonsums in der Europäischen Gemeinschaft²⁸, in der er feststellte, es müsse „evaluiert werden, ... wie sich Werbung für Tabakerzeugnisse und sonstige Werbemaßnahmen einerseits und Interventionen und Maßnahmen zur Reduzierung des Tabakkonsums andererseits auf den Tabakkonsum auswirken“, und die Kommission ersuchte, „Umfragen zur Ermittlung der besten Praktiken in den Mitgliedstaaten zur Reduzierung weit verbreiteten Tabakkonsums durchzuführen und die Auswirkungen dieser Praktiken zu evaluieren“.

19. Am 12. Februar 1998 verabschiedete der Rat schließlich — auf der Grundlage eines überarbeiteten Entwurfs der Kommission vom 11. Dezember 1997²⁹ — einen gemeinsamen Standpunkt zum zweiten Richtlinienvorschlag³⁰. Dieser führte die Artikel 57 Absatz 2 und 66 neben Artikel 100a EG-Vertrag als weitere Rechtsgrundlagen auf und enthielt mehrere neue Begründungserwägungen für die geänderte Fassung des vorgeschlagenen Verbots der

22 — KOM(91) 111 endg., ABl. C 167, S. 3. Am 30. April 1992 legte die Kommission eine leicht geänderte Fassung vor, KOM(92) 196 endg., ABl. C 129, S. 5.

23 — Artikel 2 des zweiten Richtlinienvorschlags.

24 — Artikel 3 des zweiten Richtlinienvorschlags.

25 — Artikel 5 des zweiten Richtlinienvorschlags.

26 — Etwa verschiedener Delegationen in der Arbeitsgruppe Gesundheit des Rates und des Ausschusses des Europäischen Parlaments für Wirtschafts- und Finanzfragen und Industriepolitik. Ähnliche Zweifel äußerte angeblich auch der Juristische Dienst des Rates in einem Gutachten vom 3. Dezember 1993. Zur Verwendung dieses Rechtsgutachtens siehe meine Stellungnahme unten, Nr. 76.

27 — Reden des Kommissars Papandreu vor dem Europäischen Parlament im November 1991 und am 16. Januar 1992, Äußerungen von Kommissar Flynn im Rat der Gesundheitsminister am 22. Dezember 1994 und seine Reden vor der Europäischen Konferenz für Tabak und Gesundheit am 3. Oktober 1996 sowie zur Einigung über einen gemeinsamen Standpunkt des Rates am 5. Dezember 1997.

28 — ABl. C 374, S. 4.

29 — SN4883/1/97.

30 — ABl. C 91, S. 34.

indirekten Werbung, die erweiterte Ausnahme für Werbung an Verkaufsstellen, ihre Geltung für Mitteilungen innerhalb des Handels und die Ausweitung des Verbots des Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten³¹. Es wurden noch weitere Begründungserwägungen eingefügt, die sich auf weitere den Binnenmarkt betreffende Rechtsakte entweder zur Werbung oder zu Tabakerzeugnissen — die Richtlinien 89/622/EWG in geänderter Fassung, 90/239 und 92/28 — bezogen. Am wichtigsten jedoch erschien — jedenfalls in den Augen derjenigen, die die Richtlinie anfechten —, dass in dem Gemeinsamen Standpunkt die drei folgenden Begründungserwägungen aus früheren Entwürfen entfallen waren:

„Der Europäische Rat von Mailand vom 28. und 29. Juni 1985 hat auf die Bedeutung eines Europäischen Aktionsprogramms zur Krebsbekämpfung hingewiesen.

Der Rat und die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten haben in ihrer EntschlieÙung vom 7. Juli 1986 über ein Aktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaften gegen den Krebs als Ziel dieses Programms die Verbesserung der Gesundheit und der Lebensqualität der Bürger der Gemeinschaft durch eine Verringerung der Zahl der Krebserkrankungen genannt. Dabei haben sie

den Kampf gegen den Tabakkonsum als vorrangig anerkannt.

Jahr für Jahr verursachen Tabakerzeugnisse in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft den Tod vieler Menschen.“

20. Der Gemeinsame Standpunkt wurde vom Europäischen Parlament am 13. Mai 1998 gebilligt³² und die Richtlinie am 22. Juni 1998 vom Rat der Forschungsminister angenommen. Deutschland stimmte gegen ihre Verabschiedung.

iv) Zusammenfassung der Werberichtlinie

21. Die ersten vier Begründungserwägungen der Richtlinie in der verabschiedeten Fassung lauten:

„(1) In den Mitgliedstaaten gelten unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Da diese Werbung und

31 — Siehe dazu die unmittelbar folgende Erörterung des Inhalts der Richtlinie.

32 — Der Ausschuss des Europäischen Parlaments für Rechtsfragen und Bürgerrechte sprach sich allerdings am 16. April 1998 gegen die Rechtsgrundlage des zweiten Richtlinienvorschlages in der geänderten Fassung aus.

dieses Sponsoring über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinaus reichen, können die genannten Unterschiede Hemmnisse für den freien Verkehr von Waren, die der Werbung und dem Sponsoring dienen, sowie von Dienstleistungen in diesem Bereich bilden und zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Sie können auf diese Weise das Funktionieren des Binnenmarktes behindern.

- (2) Es erscheint geboten, diese Handelshemmnisse zu beseitigen. Zu diesem Zweck sind die Vorschriften über die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen anzugleichen. Den Mitgliedstaaten ist jedoch die Möglichkeit zu belassen, unter bestimmten Voraussetzungen Anforderungen festzulegen, die sie aus Gründen des Gesundheitsschutzes für notwendig halten.
- (3) Gemäß Artikel 100a Absatz 3 des Vertrags geht die Kommission in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus.

(4) Diese Richtlinie muss daher den Schutz der Gesundheit gebührend berücksichtigen; dies gilt insbesondere für Jugendliche, bei denen die Werbung eine wichtige Rolle spielt.“

In der fünften Begründungserwägung wird erwähnt, dass auf der Grundlage des Artikels 100a bereits die Richtlinien 89/622/EWG und 90/239/EWG erlassen worden seien. Die sechste Begründungserwägung nimmt Bezug auf die Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel und stellt fest, dass Werbung für Erzeugnisse zur Tabakentwöhnung nicht in den Anwendungsbereich der Werberichtlinie falle. Die siebte Begründungserwägung nennt verschiedene Ausnahmen vom Werbeverbot für Tabakerzeugnisse (Artikel 3 Absatz 5) und fügt hinzu, es sei „Sache der Mitgliedstaaten, gegebenenfalls angemessene Maßnahmen zu ergreifen“ (siehe auch Artikel 5). In der achten und neunten Begründungserwägung der Richtlinie heißt es:

„(8) Angesichts der bestehenden Wechselbeziehung zwischen allen Mitteln der Werbung — mündlich, schriftlich, in Druckwerken, Rundfunk, Fernsehen und Film — muss diese Richtlinie zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und einer Umgehung der Vorschriften alle Formen und Mittel der Werbung mit Ausnahme der Fernsehwerbung, die bereits durch die Richtlinie 89/552/EWG ... erfasst ist, abdecken.

(9) Alle Formen der indirekten Werbung und des Sponsoring sowie eine Gratisverteilung erzeugen die gleichen Wirkungen wie Direktwerbung. Sie sind daher unbeschadet des allgemeinen

Rechtsgrundsatzes der freien Meinungsäußerung³³ zu regeln, und zwar einschließlich der indirekten Werbung, die das Tabakerzeugnis zwar nicht direkt erwähnt, aber einen Namen, eine Marke, ein Symbol oder ein anderes Unterscheidungsmerkmal benutzt, das für Tabakerzeugnisse verwendet wird. Die Mitgliedstaaten können die Anwendung dieser Bestimmungen jedoch verschieben, um Gelegenheit zu geben, die Handelspraktiken anzupassen und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen durch andere geeignete Formen der Unterstützung zu ersetzen.“

In der zehnten Begründungserwägung wird erwähnt, dass die Werbung für Diversifizierungsprodukte — d. h. andere Erzeugnisse oder Dienstleistungen als Tabak, die aber unter einer mit Tabak verbundenen Marke oder einem sonstigen tabakbezogenen Kennzeichen vertrieben werden — weiter gestattet werden kann (Artikel 3 Absatz 2), und zwar „[u]nbeschadet der Regelung der Werbung für Tabakerzeugnisse“³⁴. Die elfte Begründungserwägung weist darauf hin, dass das Sponsoring auch schrittweise abgebaut werden kann (vergleiche Artikel 6 Absatz 3), und fügt hinzu, dass ein derartiges Sponsoring „alle Mittel einschließen [sollte], mit denen sich die Ziele des Sponsoring im Sinne dieser Richtlinie erreichen lassen“.

33 — Diese Bezugnahme auf die Meinungsfreiheit wurde eingefügt, nachdem die Kommission am 11. Dezember 1997 den zweiten Richtlinienvorschlag in geänderter Fassung vorgelegt hatte.

34 — Im geänderten Vorschlag der Kommission vom 11. Dezember 1997 sprach diese Begründungserwägung vom „Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse“ (Hervorhebung von mir).

22. Artikel 1 der Richtlinie lautet:

„Zweck dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen.“

Artikel 2 der Richtlinie enthält u. a. die folgenden Definitionen:

- „1. Tabakerzeugnisse: alle Erzeugnisse, die zum Rauchen, Schnupfen, Lutschen oder Kauen bestimmt sind, sofern sie ganz oder teilweise aus Tabak bestehen;
2. Werbung: alle Angaben im geschäftlichen Verkehr, deren Ziel oder deren direkte oder indirekte Wirkung die Verkaufsförderung für ein Tabakerzeugnis ist, einschließlich der Werbung, die, ohne unmittelbar auf das Tabakerzeugnis hinzuweisen, das Werbeverbot dadurch zu umgehen versucht, dass sie Namen, Marken, Symbole oder andere Unterscheidungsmerkmale von Tabakerzeugnissen verwendet;
3. ‚Sponsoring‘: jeder — öffentlicher oder privater — Beitrag zu einer Veranstal-

...
tung oder Aktivität, dessen Ziel oder dessen direkte oder indirekte Wirkung die Verkaufsförderung für ein Tabakerzeugnis ist“.

Artikel 3 Absätze 1, 2 und 4 der Richtlinie bestimmt:

„(1) Unbeschadet der Richtlinie 89/552/EWG ist jede Form der Werbung und des Sponsoring in der Gemeinschaft verboten.

(2) Absatz 1 hindert einen Mitgliedstaat nicht zu gestatten, dass ein Name, der bereits guten Glaubens sowohl für Tabakerzeugnisse als auch für andere Erzeugnisse oder Dienstleistungen verwendet wird, die von ein und demselben Unternehmen oder von verschiedenen Unternehmen vor dem 30. Juli 1998 in Verkehr gebracht oder angeboten wurden, in der Werbung für die anderen Erzeugnisse oder Dienstleistungen verwendet wird.

Dieser Name darf jedoch nur unter einem Aspekt, der sich von dem für das Tabakerzeugnis herangezogenen Aspekt deutlich unterscheidet, und ohne sonstige für ein Tabakerzeugnis bereits benutzte Unterscheidungsmerkmale verwendet werden.

(4) Jede Gratisverteilung mit dem Ziel oder mit der direkten oder indirekten Wirkung der Verkaufsförderung für ein Tabakerzeugnis ist verboten.“

23. Wie Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie hat wohl auch Absatz 3 Buchstabe b die Werbung für Diversifizierungsprodukte zum Gegenstand, die Bestimmung ist aber kein Muster an Klarheit. Nach ihr darf das Verbot gemäß Absatz 1 bei Erzeugnissen oder Dienstleistungen, die vom 30. Juli 2001 an in Verkehr gebracht oder angeboten werden, nicht durch die Verwendung von Namen, Marken, Symbolen oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen, die bereits für ein Tabakerzeugnis verwendet wurden, umgangen werden. Aus der Bezugnahme auf Artikel 3 Absatz 1 scheint sich zu ergeben, dass das mehrdeutige „Verwenden“ die *Verwendung* einer Marke oder eines sonstigen Kennzeichens *im Sinne von Werbung oder Sponsoring* meint. „Um diese Anforderung zu erfüllen“, darf das fragliche Kennzeichen „nur unter einem Aspekt verwendet werden, der sich von dem für das Tabakerzeugnis verwendeten Aspekt deutlich unterscheidet“. Mangels weiterer Hinweise gehe ich davon aus, dass sich auch dieser Teil der Vorschrift auf Werbung und Sponsoring und nicht auf das Feilbieten der Ware oder Dienstleistung als solches bezieht. Meine ursprünglichen Zweifel hieran sind durch die Antworten des Rates und des Parlaments in der mündlichen Verhandlung ausgeräumt worden.

Nach Artikel 3 Absatz 5 gilt die Richtlinie nicht für:

„— Mitteilungen, die ausschließlich für die am Tabakhandel Beteiligten bestimmt sind;

— die Aufmachung der zum Verkauf angebotenen Tabakerzeugnisse und ihre Preisauszeichnung an den Tabakverkaufsstellen;

— an den Käufer gerichtete Werbung in auf den Verkauf von Tabakerzeugnissen spezialisierten Einrichtungen und in deren Auslagen und an deren Ladefassade oder, im Falle von Einrichtungen für den Verkauf verschiedenartiger Waren oder Dienstleistungen, an den für den Verkauf von Tabakerzeugnissen vorbehaltenen Stellen sowie in Griechenland an Verkaufsstellen, die aus sozialen Gründen einem besonderen Lizenzsystem unterliegen (sogenannte Periptera);

— den Verkauf von in Drittländern herausgegebenen und gedruckten Veröffentlichungen, die Werbung für Tabakerzeugnisse enthalten, wenn diese Veröffentlichungen nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind.“

24. Artikel 4 der Richtlinie betrifft Kontrollmaßnahmen, um die Anwendung der aufgrund der Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften sicherzustellen; er wurde von den Parteien nicht streitig erörtert.

Artikel 5 der Richtlinie lautet:

„Diese Richtlinie lässt das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, im Einklang mit dem Vertrag strengere Vorschriften, die sie zum Schutz der Gesundheit für erforderlich halten, im Bereich der Werbung oder des Sponsoring zugunsten vom Tabakerzeugnissen zu erlassen.“

25. Nach Artikel 6 Absatz 1 müssen die Mitgliedstaaten spätestens bis zum 30. Juli 2001 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, die erforderlich sind, um der Richtlinie nachzukommen. In Artikel 6 Absatz 3 heißt es:

„Die Mitgliedstaaten können die Anwendung des Artikels 3 Absatz 1

— in bezug auf die Presse um ein Jahr und

— in bezug auf das Sponsoring um zwei Jahre verschieben.“

In hinreichend begründeten Ausnahmefällen dürfen die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen, die in den vorliegenden Rechtssachen nicht angesprochen wurden, für einen zusätzlichen Zeitraum von drei Jahren, der spätestens am 1. Oktober 2006 abläuft, die Fortsetzung eines bestehenden Sponsoring weltweit organisierter Veranstaltungen oder Aktivitäten gestatten.

III — Zulässigkeit

26. Vor der materiellen Prüfung ist auf zwei Argumente einzugehen, die der Rat, das Parlament und Frankreich in ihren Stellungnahmen in der Rechtssache C-74/99 hinsichtlich der Zulässigkeit der Vorlage des nationalen Gerichts geltend gemacht haben.

27. Das Parlament bezieht sich in seiner Stellungnahme auf das Vorbringen der Beklagten im Ausgangsverfahren, die Klage sei ihrem Wesen nach allgemein oder hypothetisch, denn sie habe einen nationalen Umsetzungsakt zum Gegenstand, der noch nicht in Kraft getreten und deshalb nicht gerichtlich überprüfbar sei; die Frage nach der Gültigkeit einer Richtlinie könne sich im nationalen Verfahren nur als Inzidentfrage stellen. Das nationale Gericht war offensichtlich der Ansicht, im Einklang mit Order 53 Rule 1 (2) der Rules of the Su-

preme Court könne der Erlass eines Feststellungsurteils sachgerecht sein, um Unklarheiten auszuräumen. Der Rechtsstreit betreffe nicht „rein abstrakte Fragen“, sondern „künftige Rechte“, zu deren Schutz bereits jetzt ein Feststellungsurteil ergehen könne.³⁵

28. Das Parlament verweist darauf, dass das nationale Gericht bei der Beurteilung, ob ein Vorabentscheidungsersuchen zum Erlass seiner Entscheidung erforderlich sei, zu berücksichtigen habe, dass der Gerichtshof keine Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abgebe³⁶. Obgleich in der Rechtssache Bosman ein Vorabentscheidungsersuchen im Kontext eines nicht grundlegend anders gelagerten nationalen Verfahrens zulässig gewesen sei, sei es doch in jener Rechtssache um eine als unmittelbar bevorstehend wahrgenommene Beeinträchtigung bestehender und unmittelbar wirkender Rechte aus dem EG-Vertrag, die seitens eines privaten Dritten gedroht habe, und nicht lediglich um die Erwartung gegangen, dass ein Mitgliedstaat seine Pflichten aus dem EG-Vertrag erfüllen werde. Die Möglichkeit, eine nicht umgesetzte gemeinschaftliche generelle Rechtsnorm vor nationalen Gerichten mit der Folge eines Vorabentscheidungsersuchens anzufechten, liege möglicherweise außerhalb des Rechtsschutzsystems des EG-Vertrags, da damit das Erfordernis umgangen würde, dass der angefochtene Rechtsakt im Falle der unmittelbaren Klage einer natürlichen oder juristischen Person diese unmittelbar und individuell betreffen müsse.

35 — Vgl. die Aussage von Diplock, L. J. in: *Rediffusion (Hong Kong) Ltd/Attorney General of Hong Kong AC 1970*, 1136, 1158.

36 — Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman u. a., Slg. 1995, I-4921, Randnrn. 59 f.).

Der (insoweit von Frankreich unterstützte) Rat hat sich zum hypothetischen Charakter des Verfahrens³⁷ und zur Möglichkeit, dass die Klagevoraussetzungen für eine unmittelbare Anfechtung von Handlungen der Gemeinschaft gemäß Artikel 173 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 230 EG) auf diese Weise umgangen werden könnten, ähnlich geäußert.

29. Das Parlament hat meines Erachtens zu Recht darauf hingewiesen, dass die nationalen Ausgangsverfahren in der Rechtssache Bosman und in der vorliegenden Rechtssache C-74/99 ähnlicher Art sind. Die Klage des Fußballspielers Bosman auf Feststellung, dass bestimmte Regeln über die Staatsangehörigkeit von Berufsfußballspielern in seinem Fall nicht anwendbar seien, erachteten die belgischen Gerichte gemäß einer Bestimmung der belgischen Prozessordnung für zulässig, wonach Klagen statthaft waren, „um die Verletzung eines ernstlich bedrohten Rechts zu verhindern“, denn er hatte Beweise dafür vorgelegt, dass der befürchtete Schaden und eine Beeinträchtigung seiner Laufbahn tatsächlich eintreten könnten³⁸. Damit hatte die damalige Klage feststellenden Charakter; sie musste sich, da mit ihr die Verletzung eines bedrohten Rechts verhindert werden sollte, zwangsläufig auf Prognosen stützen, die ihrem Wesen nach ungewiss waren. Doch ergab sich aus der Zulässigkeit solcher Klagen nach nationalem Recht, dass die vom nationalen Gericht vorgelegten Fragen zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, mit denen das Gericht ordnungsgemäß befasst worden war, objektiv erforderlich waren³⁹. Das damalige Vorabentscheidungsersuchen war deshalb

insoweit zulässig. Zentral ist dabei die Erwägung, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, jeweils die Statthaftigkeit einer Klage nach nationalem Recht zu beurteilen.

30. Auch im Ausgangsverfahren der Rechtssache C-74/99 machen die klagenden Tabakunternehmen geltend, ihnen drohe eine Beeinträchtigung der künftigen Wahrnehmung ihrer Rechte. Es ist davon auszugehen, dass das nationale Gericht bei seiner Bejahung eines Feststellungsinteresses das nationale Recht fehlerfrei angewendet hat. Die vom Parlament aufgezeigten Unterschiede zwischen beiden Rechtssachen sprechen zusätzlich für die Zulässigkeit der vorliegenden Rechtssache. Geht man davon aus, dass die Mitgliedstaaten ihre Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag zu erfüllen bestrebt sind, so war die drohende Beeinträchtigung der Interessen der Kläger aufgrund der Verpflichtung, die zur Umsetzung der Werberichtlinie erforderlichen Maßnahmen bis spätestens 30. Juli 2001 zu erlassen — und des selbstverständlichen Rechts zu einer früheren Umsetzung⁴⁰ — konkreter als in der Rechtssache Bosman. Die Option, die Anwendung bestimmter Teile der Richtlinie bis spätestens zum 1. Oktober 2001 (in Ausnahmefällen eines bestehenden Sponsoring) aufzuschieben, mag diese drohende Beeinträchtigung in mancher Hinsicht in die fernere Zukunft verschieben, macht sie aber nicht hypothetischer⁴¹. Daher hat der

37 — Vgl. Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnr. 25).

38 — Urteil Bosman (zitiert in Fußnote 36, Randnrn. 44 und 64).

39 — Ebd., Randnr. 65.

40 — Eine Richtlinie ist gegenüber den Mitgliedstaaten, an die sie gerichtet ist, vom Zeitpunkt ihrer Notifizierung an rechtlich wirksam, vgl. Rechtssache C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie, Slg. 1997, I-7411, Randnrn. 41 und 44).

41 — Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache Bosman (zitiert in Fußnote 36, Nr. 99).

Gerichtshof keinen Anlass, die Beurteilung des nationalen Gerichts, dass ein Vorabentscheidungsersuchen mit den vorgelegten Fragen für den Erlass seines Urteils erforderlich sei, in Frage zu stellen⁴².

31. Ich komme nun zu dem weiteren Vorbringen, dass mit einem Ersuchen um Vorabentscheidung über die Gültigkeit nicht die Regelung der Klagebefugnis in Artikel 173 EG-Vertrag umgangen werden dürfe. Der Gerichtshof hat tatsächlich Beteiligten, die „unstreitig“ eine Nichtigkeitsklage gemäß Artikel 173 EG-Vertrag hätten erheben können, die Möglichkeit versagt, die in dieser Bestimmung festgelegte Klagefrist durch ein Ersuchen um Vorabentscheidung über die Gültigkeit eines Rechtsakts der Gemeinschaft zu umgehen⁴³. Der Rat, das Parlament und Frankreich wollen offenbar die Tragweite dieser außergewöhnlichen Entscheidung dahin ausweiten, dass Personen, die weder die Adressaten eines generellen Rechtsakts der Gemeinschaft noch von ihm unmittelbar und individuell betroffen sind, seine Gültigkeit nicht vor den nationalen Gerichten mit dem Ziel rügen könnten, hierüber eine Vorabentscheidung des Gerichtshofes zu erwirken.

32. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil in der Rechtssache 216/82 ausgeführt, dass der Bescheid einer nationalen Behörde die einzige Maßnahme sei, die die Klägerin im dortigen Ausgangsverfahren vor Gericht anfechten könne, „ohne Schwierigkeiten

beim Nachweis ihrer Klagebefugnis zu haben“. Er stellte weiter fest, der Kläger müsse nach „einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der seinen Niederschlag in Artikel 184 EWG-Vertrag gefunden hat, ... die Möglichkeit haben, im Rahmen einer nach nationalem Recht erhobenen Klage gegen die Ablehnung seines Antrags die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung der Kommission geltend zu machen, die als Grundlage für die gegen ihn ergangene nationale Entscheidung dient“⁴⁴. Allgemeiner formulierte der Gerichtshof in seinem Urteil vom 23. April 1986 in der Rechtssache 294/83: „Obliegt die Durchführung den nationalen Stellen, so können die Betroffenen die Ungültigkeit von [generellen] Rechtsakten vor den nationalen Gerichten geltend machen und diese veranlassen, sich mit Vorabentscheidungsfragen an den Gerichtshof zu wenden“⁴⁵. Der Gerichtshof führte weiter aus, dass Artikel 177 EG-Vertrag zu einem umfassenden Rechtsschutzsystem gehöre, innerhalb dessen ihm die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe übertragen sei. Natürliche und juristische Personen seien so gegen die Anwendung von generellen Handlungen auf sie geschützt, die sie wegen der besonderen Zulassungsvoraussetzungen des Artikels 173 Absatz 2 EG-Vertrag nicht unmittelbar vor dem Gerichtshof anfechten könnten⁴⁶.

42 — Vgl. Urteil Bosman (ebd., Randnr. 59).

43 — Vgl. Urteil vom 9. März 1994 in der Rechtssache C-188/92 (TWD Textilwerke Deggendorf, Slg. 1994, I-833, Randnrn. 24 f.).

44 — Urteil vom 27. September 1983 in der Rechtssache 216/82 (Universität Hamburg, Slg. 1983, 2771, Randnr. 10).

45 — Urteil vom 23. April 1986 in der Rechtssache 294/83 (Les Verts/Parlament, Slg. 1986, 1339, Randnr. 23) (Hervorhebung von mir). Aus der Bezugnahme auf das unmittelbare und individuelle Betroffensein im vorhergehenden Satz ergibt sich meines Erachtens eindeutig, dass dieses Erfordernis nach Auffassung des Gerichtshofes für Personen, die ein solches nationales Verfahren eingeleitet haben, nicht gilt.

46 — Ebd. Vgl. ferner Urteil vom 2. April 1998 in der Rechtssache C-321/95 P (Greenpeace, Slg. 1998, I-1651, Randnr. 33) und meine Stellungnahme dazu in meinen Schlussanträgen vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-70/97 (Kruidvat, Slg. 1998, I-7183, Randnrn. 71 bis 74) sowie Beschluss des Gerichts vom 20. Oktober 1994 in der Rechtssache T-99/94 (Asocarne, Slg. 1994, II-871, Randnr. 17).

33. Die Rechtssache C-74/99 ist meines Erachtens kein Fall einer unmittelbaren Anfechtung der Werberichtlinie, auch wenn deren Gültigkeit für den Ausgang des nationalen Verfahrens von zentraler Bedeutung ist. Die klagenden Tabakunternehmen wollen die zuständigen Mitglieder der Regierung des Vereinigten Königreichs an der Verwirklichung ihrer erklärten Absicht hindern, die Richtlinie durch Verordnungen gemäß Section 2(2) des European Communities Act 1972 umzusetzen. Ob sie diese Umsetzung durch den Erlass von abgeleitetem Recht vornehmen dürfen, hängt offensichtlich von der Gültigkeit der Richtlinie ab⁴⁷. Die Gültigkeit der Richtlinie betrifft damit unmittelbar und inzident eine Frage des Verfassungsrechts des Vereinigten Königreichs, und zwar die Befugnis der Beklagten, die in Aussicht genommenen Verordnungen zu erlassen. Das Vorbringen des Parlaments, des Rates und Frankreichs ist deshalb nicht geeignet, die Zulässigkeit der Vorlage des nationalen Gerichts in Frage zu stellen.

IV — Erklärungen vor dem Gerichtshof

34. In beiden Rechtssachen haben das Europäische Parlament, der Rat, die Bundesrepublik Deutschland, die Französische Republik, die Republik Finnland, das Ver-

einigte Königreich Großbritannien und Nordirland und die Kommission schriftliche Erklärungen abgegeben. In der Rechtssache C-74/99 haben ferner die Imperial Tobacco Ltd und die weiteren Kläger des Ausgangsverfahrens sowie die Italienische Republik schriftliche Erklärungen abgegeben. Am 12. April 2000 hat in beiden Rechtssachen eine gemeinsame mündliche Verhandlung stattgefunden, in der alle Beteiligten, die schriftliche Erklärungen abgegeben hatten, vertreten waren.

35. In der nachstehenden Zusammenfassung des Vorbringens bezeichne ich Deutschland und die Kläger im Ausgangsverfahren in der Rechtssache C-74/99 gemeinsam als „Kläger“. Den Begriff „Beklagte“ verwende ich als gemeinsame Bezeichnung für die Gemeinschaftsorgane und die übrigen Mitgliedstaaten, die die Gültigkeit der Werberichtlinie in ihrem Vorbringen verteidigt haben. Soweit erforderlich, greife ich Einzelheiten der Sach- und Rechtsausführungen beider Seiten und die von ihnen angeführten Entscheidungen und sonstigen Dokumente im Rahmen meiner rechtlichen Prüfung auf. In der folgenden Zusammenfassung gebe ich die von den Klägern erhobenen Rügen in der Reihenfolge wieder, in der ich sie im Rahmen meiner Rechtsausführungen erörtern werde.

i) Rechtsgrundlage und Zuständigkeit

36. Die Kläger machen geltend, die Gemeinschaft sei für den Erlass der Richtlinie

47 — Vgl. Urteil von Lord Woolf, MR, im Court of Appeal zu dem Antrag, dem Vereinigten Königreich die Umsetzung der Richtlinie vor dem Erlass des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache C-376/98 im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen: R/Secretary of State for Health u. a., ex parte Imperial Tobacco Ltd u. a., 1 ALL ER 2000, 572, 575 f.

nicht zuständig gewesen; keinesfalls folge eine solche Zuständigkeit aus den Vertragsbestimmungen, auf die sich der Gesetzgeber tatsächlich gestützt habe. Nach Ansicht Deutschlands hat der Gemeinschaftsgesetzgeber mit dem Erlass der Richtlinie seine Befugnisse missbraucht. Eine andere Beurteilung liefe dem Grundsatz der Einzelermächtigung in Artikel 3b EG-Vertrag (jetzt Artikel 5 EG) zuwider. Dieser Klagegrund besteht aus zwei umfassenden, zusammenhängenden Argumenten, wobei die vorgebrachten Beweise zugleich für die Klagegründe einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Subsidiaritätsprinzips der Grundrechte und des Artikels 30 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG) Bedeutung haben.

37. Das erste Argument geht dahin, dass die Richtlinie in Wirklichkeit eine Maßnahme zum Schutz der Gesundheit sei, deren Auswirkung auf den Binnenmarkt allenfalls eine Nebenfolge ihres — sich aus ihrem Inhalt ergebenden — Hauptziels sei, das Rauchen einzuschränken. Die Gesundheit sei seit der Verabschiedung des Europäischen Programms zur Krebsbekämpfung im Jahr 1985 der maßgebende Gesichtspunkt für die Initiativen der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Tabakwerbung gewesen. Dass der Gesundheitsschutz den Hauptzweck der Richtlinie bilde, werde belegt durch ihre jetzigen und die vor ihrer Verabschiedung gestrichenen Begründungserwägungen, den Umstand, dass für den Gesundheitsschutz zuständige Minister, Kommissare und Beamte das Gesetzgebungsverfahren geführt hätten, sowie verschiedene Äußerungen verantwortlicher Politiker. Die gerichtliche Überprüfung sei nicht auf die in den Begründungs-

erwägungen angegebenen Normzwecke beschränkt, die manipuliert sein könnten. Da Artikel 129 EG-Vertrag Harmonisierungsmaßnahmen ausdrücklich nicht vorsehe, sei die Gemeinschaft nicht befugt gewesen, die Richtlinie unter Rückgriff auf eine Rechtsgrundlage zu erlassen, die lediglich einen Nebenaspekt ihres wahren Ziels und Inhalts betreffe.

38. Als zweites Argument wird vorgebracht, dass die Richtlinie aus mehreren Gründen keine gültige Binnenmarktmaßnahme sei. Erstens finde kein spürbarer (oder gar kein) grenzüberschreitender Verkehr mit den fraglichen Werbendienstleistungen oder -trägern statt, die sich vielmehr auf den innerstaatlichen Handel bezögen, weshalb unterschiedliches nationales Recht als potentiell Hindernis für einen solchen Verkehr vernachlässigungswert sei und keine nennenswerte Verzerrung des Wettbewerbs bewirke. Beispielsweise verkaufe keine Zeitung oder Zeitschrift in der Gemeinschaft mehr als 5 % ihrer Auflage außerhalb ihres Heimatmitgliedstaats, und keine Zeitung oder Zeitschrift unterliege Beschränkungen wegen in ihr enthaltener Tabakwerbung. Etwaige Hemmnisse hätten durch die Forderung eines freien Warenverkehrs mit Zeitungen ungeachtet ihres Werbeinhalts ausgeräumt werden können. Zweitens führe die Richtlinie im Ergebnis ein völliges Verbot der Tabakwerbung ein, da sie umsatzbezogen 98 % dieser Werbung einschließlich der rein innerstaatlichen untersage, und erreichte damit ein Hindernis für den freien

Verkehr mit werbebezogenen Waren und Dienstleistungen. Weiter mache Tabakwerbung nur einen sehr kleinen Teil der Gesamtwerbung aus; da überdies der Geschmack des Publikums von Land zu Land sehr unterschiedlich sei, unterschieden sich auch die nationalen Werbestrategien, die damit nicht Gegenstand grenzüberschreitenden Waren- oder Dienstleistungsverkehrs seien. So gebe es nahezu keine wirklich internationalen Tabakmarken in der Gemeinschaft.

39. Auch wenn Beschränkungen oder Verbote bestimmter Erzeugnisse oder Dienstleistungen als Teil einer Gesamtregelung der Marktöffnung erforderlich sein könnten, sei die völlige Beschränkung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit der Erreichung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs nicht vereinbar. Ein solches Ergebnis führe zur Ausschaltung von Wettbewerb. Dem Verbot stünden keine Gewinne bei anderen Werbesektoren gegenüber; selbst die wenig bedeutsamen Ausnahmen von dem Werbeverbot dürften die Mitgliedstaaten nach ausdrücklicher Erlaubnis der Richtlinie im Interesse der Gesundheit beschränken, so dass die angeblich gleichen Wettbewerbsbedingungen gleichwohl verzerrt werden könnten.

40. Die Werberichtlinie habe auch insoweit wettbewerbsfeindliche Wirkungen und trage zur Abschottung der Märkte bei, als sie den Marktzugang neuer Tabakmarken, der üblicherweise durch Werbung erzielt werde, praktisch unmöglich mache. Die

Richtlinie behaupte nicht, zum freien Verkehr mit Tabakwaren beizutragen. Sie verzerre auch den Wettbewerb zwischen Gemeinschaftsmedien und solchen aus Drittländern. Weiter verzerre sie in einem eigenen und eigenständigen Markt den Wettbewerb zwischen Nicht-Tabakerzeugnissen — Kleidern, Toilettenartikeln u. a. —, die tabakbezogene Marken trügen (Diversifizierungsprodukte), und solchen, die das nicht täten.

41. Grundsätzlich bestehe die Möglichkeit, Artikel 100a EG-Vertrag unter dem Vorwand zu missbrauchen, dass angebliche Wettbewerbsverzerrungen abgestellt werden sollten. Seine Anwendung sollte daher auf Gebiete beschränkt werden, in denen die Gemeinschaft auch dem Gegenstand nach zuständig sei. Angesichts der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung könnte sonst die qualifizierte Mehrheit im Rat dazu verwendet werden, die Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten zu untergraben.

42. Die Beklagten tragen vor, Tabakwerbung sei Gegenstand eines gewissen grenzüberschreitenden Handels sowohl mit Dienstleistungen — beispielsweise gäben multinationale Firmen einheitliche Marken, Logos, Bilder, Slogans und Themen für Tabakerzeugnisse in Auftrag — als auch mit Waren, nämlich solchen, die als Träger oder Medien für die Werbung dienen, wie Zeitungen, Plakate und Werbefilme für Kinos. In gewissem Umfang gebe es somit internationale Produktmarken; Werbe-

kampagnen würden über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinaus geführt. Die Quantifizierung des Umfangs des Verbots (beispielsweise 98 %) dürfe nicht allein auf der Grundlage der bisher in einem relativ liberalen Mitgliedstaat wie Deutschland erlaubten Werbetätigkeit erfolgen. Ganz unterschiedliche Beschränkungen der Tabakwerbung in den Mitgliedstaaten vom völligen Verbot in Finnland, Italien und Portugal bis zu relativ liberalen Regelungen in Mitgliedstaaten wie Deutschland stellten Schranken für die Erbringung von Werbedienstleistungen und den freien Warenverkehr dar. Einige Beteiligte trugen auch vor, dass diese unterschiedlichen Regelungen den freien Warenverkehr der Tabakerzeugnisse selbst und den Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigten.

auch eine Marktregulierung ohne Liberalisierung. Zudem sei eine umfassende Regulierung nötig gewesen, um Umgehungsmaßnahmen (und Wettbewerbsverzerrungen) durch eine Ableitung erhöhter Werbungs- und Sponsorentätigkeit auf Medien außerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie zu vermeiden, selbst wenn einige von diesen nicht Gegenstand eines merklichen grenzüberschreitenden Verkehrs gewesen seien. Selbst rein lokale Medien könnten für ausländische Werbeagenturen oder Tabakerzeuger Dienstleistungen erbringen. Es gebe zahlreiche Beispiele für Rechtsvorschriften, die die Werbung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen völlig verböten oder bestimmte Formen der Werbung streng regulierten. Gleichwohl laufe die Maßnahme nicht auf ein völliges Verbot der Tabakwerbung hinaus, weil Artikel 5 Ausnahmen vorsehe und es den Mitgliedstaaten erlaube sei, die Werbung für Diversifizierungserzeugnisse nicht zu verbieten.

43. Diese Schranken und die damit verbundene Verzerrung des Wettbewerbs hätten nur durch Angleichung der einschlägigen nationalen Maßnahmen beseitigt werden können. Dabei sei im Hinblick auf den Gesundheitsschutz ein hohes Schutzniveau gewählt worden, weil dies zum einen die bereits bestehende, anscheinend verhältnismäßige, aber sogar noch strengere Regelung in einigen Mitgliedstaaten berücksichtigt habe und weil Artikel 100a Absatz 3 und ganz allgemein Artikel 129 Absatz 1 Unterabsatz 3 es vorschrieben. Diese beiden Ziele hätten nebeneinander bestanden; das Gesundheitsziel habe nicht vom Binnenmarktziel abgelenkt, aus dem sich die zitierten Rechtsgrundlagen ergeben hätten. Artikel 100a EG-Vertrag schreibe keine ungeprüfte Liberalisierung der nationalen Bestimmungen vor. Dieser Artikel erlaube

44. Damit sei für die verbliebenen, erlaubten Formen der Werbung Chancengleichheit geschaffen worden, die es den Anbietern von Werbedienstleistungen und den Erzeugern und Vertreibern von Werbemedien erlaube habe, auf der Grundlage gemeinsamer Regeln frei in Wettbewerb zu treten. Es gebe kein Kriterium des Umfangs des Nutzens für den Binnenmarkt oder des früheren Umfangs der Handelshindernisse, das erfüllt sein müsse, bevor Harmonisierungsmaßnahmen ergriffen werden dürften. Binnenmarktmaßnahmen seien, kurz gesagt, keinem Schwellentest unterworfen. Dieser Test sei nur für die Frage der Verhältnismäßigkeit erheblich. Eine solche Harmonisierung sei auch als Beantwortung von nur möglichen Gefahren zulässig,

selbst wenn sie den Handel nicht merklich zu beeinträchtigen oder den Wettbewerb nicht merklich zu verzerren drohten. Die Beschränkung des Zugangs zu gewissen Werbemedien behindere die Markteinführung neuer Tabakmarken nicht. Die Frage, ob Wettbewerbsverzerrungen merklich seien, sei nur für Artikel 100 EG-Vertrag von Belang.

45. Die Richtlinie sei offenkundig eine Binnenmarktmaßnahme und befasse sich nicht in erster Linie mit der Gesundheit, so dass Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 66 (für Dienstleistungen) sowie Artikel 100a die zutreffenden Rechtsgrundlagen seien. Das ergebe sich aus ihrem Ziel und Inhalt, wie sie in den Begründungserwägungen und den Bestimmungen objektiv dargelegt würden. Dem könnten rein subjektive Beweismittel hinsichtlich der Überzeugungen der gesetzgebenden Personen, die aus den Materialien entnommen würden, die schlicht ein Teil des Umfelds der Richtlinie seien, nicht entgegengehalten werden. Gesichtspunkte wie die Zusammensetzung des Rates oder der allgemeine Auftrag von Arbeitsgruppen seien irrelevant. Daher lasse sich nicht sagen, dass der Schwerpunkt der Richtlinie anderswo als in der Erreichung des Binnenmarkts liege oder dass ihre Bestimmungen mit der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarkts nur inzident oder in dienender Weise zusammenhängen. Der Ausschluss von Harmonisierungsmaßnahmen in Artikel 129 Absatz 4 EG-Vertrag beeinflusse den Anwendungsbereich des Artikels 100a nicht, der nur von den ausdrücklichen Grenzen des Artikels 100a Absatz 2 beschränkt sei.

ii) Subsidiarität

46. Die Kläger tragen vor, wenn die Gemeinschaft, wie nicht, dafür zuständig wäre, aufgrund der angeführten Rechtsgrundlagen zu handeln, so teile sie ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten. Der Gesetzgeber habe die Leitlinien für die Subsidiarität, die der Europäische Rat in Edinburgh 1992 beschlossen habe⁴⁸, und das interinstitutionelle Abkommen von 1993 zwischen dem Rat, dem Parlament und der Kommission über Verfahren zur Durchführung des Subsidiaritätsprinzips⁴⁹ missachtet. Insbesondere habe er in den Begründungserwägungen der Richtlinie das Subsidiaritätsprinzip nicht angezogen. Auch seien weder qualitative noch quantitative Beweise für die Erforderlichkeit eines gemeinschaftlichen Vorgehens erbracht worden. In Ermangelung eines merklichen grenzüberschreitenden Elements und im Lichte erheblicher nationaler Unterschiede hätte die Regelung der Werbung den Mitgliedstaaten überlassen bleiben sollen. Würde das Subsidiaritätsprinzip auf Maßnahmen auf der Grundlage des Artikels 100a EG-Vertrag nicht angewandt, so würde seine Bedeutung gegen Null tendieren.

47. Das Hauptargument der Beklagten ist, dass die Zuständigkeit zur Rechtsangleichung oder -koordinierung, die der Gemeinschaft in Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 100a EG-Vertrag übertragen sei, der Sache nach ausschließlich sei, so dass die Subsidiarität ohne weiteres aus dem Spiel bleibe. Würde das Prinzip aber Anwendung finden, so sei klar, dass die Mit-

48 — Bull. EG 12/92, S. 9.

49 — Bull. EG 10/93, S. 129.

gliedstaaten die Ziele der Richtlinie, Wettbewerbsverzerrungen und Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel mit Medien und Werbedienstleistungen zu beseitigen, nicht erreichen könnten, so dass die Gemeinschaft notwendig habe handeln müssen. Der Gesetzgeber habe wegen der unterschiedlichen nationalen Regeln offenkundig ein Bedürfnis für ein gemeinschaftliches Handeln gesehen. Zudem lasse die Richtlinie den Mitgliedstaaten in vieler Hinsicht einen erheblichen Spielraum.

totales Verbot den Gesamttabakkonsum verringern würde, habe der kanadische Supreme Court zurückgewiesen; ihnen widersprüchen auch erhebliche Beweismittel, die im Ausgangsverfahren in der Rechtsache C-74/99 dem nationalen Gericht vorgelegen hätten. Andere weniger beschränkende und wirksamere Methoden zur Erreichung dieses Zieles seien möglich, etwa Informationskampagnen und Beschränkungen des Rauchens. Harmonisierte Vorschriften über den freien Handel mit Zeitungen und anderen Veröffentlichungen, ja selbst das Schwärzen von Tabakwerbung, hätten den Handel weniger beeinträchtigt.

iii) *Verhältnismäßigkeit*

48. Was das erklärte Ziel der Richtlinie angeht, dem Binnenmarkt zu dienen, so tragen die Kläger vor, die Wirkung eines fast vollständigen Verbotes werde aus den oben angeführten Gründen entweder minimal oder kontraproduktiv sein. Der spekulative Charakter der Beurteilung des Marktes in den Begründungserwägungen erbringe nicht den Beweis für Verhältnismäßigkeit. Die Richtlinie beschränke den Handel, ohne wirkliche Schranken oder Verzerrungen zu beseitigen, so dass sie weder erforderlich noch angemessen sei. Der Gesetzgeber habe geirrt, als er angenommen habe, die Richtlinie werde zu einem Rückgang des Tabakverbrauchs führen, da die Werbung dazu diene, den Marktanteil einer Marke, nicht aber, die Zahl der Raucher zu erhöhen. Über die wahrscheinlichen Auswirkungen eines Werbeverbots einschließlich des Verbots der Bewerbung von Diversifizierungsergebnissen auf das Rauchen sei trotz einer entsprechenden Aufforderung des Rates keine spezialisierte Untersuchung durchgeführt worden. Behauptungen, dass ein

49. Die Beklagten halten dem entgegen, dass der Gesetzgeber über einen weiten Spielraum verfüge. Die gesetzgeberische Entscheidung werde gerichtlich nur im Fall eines offenkundigen Irrtums oder der Auferlegung von Nachteilen überprüft, die völlig außer Verhältnis zu dem Nutzen der Maßnahme stünden. Bei der Entscheidung, ob die Richtlinie verhältnismäßig sei, seien sowohl ihr Binnenmarktziel als auch das mit verfolgte Gesundheitsziel zu berücksichtigen. Angesichts der Bedeutung beider Ziele und des Umfangs bestehender nationaler Beschränkungen habe der Gemeinschaftsgesetzgeber die öffentlichen und privaten Interessen angemessen gegeneinander abgewogen. Alle Wirtschaftsteilnehmer hätten nunmehr die gleichen Chancen. Dass die Öffentlichkeit zum Beispiel über Zigaretten mit niedrigem Teergehalt weniger informiert werde, werde durch die Aussicht auf einen geringeren Gesamtkonsum mehr als aufgewogen. Zudem sei im Licht von Studien, die der Rat, das Vereinigte Königreich und Frankreich anführen, die Annahme nicht plausibel, dass die Richtlinie keine solche Wirkung

haben werde, da es die Aufgabe der Werbung sei, zum Verbrauch anzureizen. Weiter sei das Verbot (anders als das in Kanada aufgehobene) nicht umfassend und führe in einigen Mitgliedstaaten zu einer gewissen Liberalisierung. Schließlich seien die langen Übergangsperioden in einigen Fällen, die Option, bestimmte Diversifizierungserzeugnisse nicht zu verbieten, und der Umstand zu berücksichtigen, dass nur ein Aspekt der Ausübung von Markenrechten beschränkt werde.

als es sich aus einer Prüfung der Zuständigkeit nach Artikel 100a EG-Vertrag und der Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahme ergebe. Die Richtlinie beseitige Handelshindernisse und sichere gleichzeitig ein hohes Gesundheitsschutzniveau.

iv) *Verstoß gegen Artikel 30*

50. Deutschland trägt vor, der Gemeinschaftsgesetzgeber sei auch beim Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen an Artikel 30 EG-Vertrag gebunden. Die Richtlinie verhindere im Ergebnis jeden grenzüberschreitenden Handel mit Werbemedien; das sei eine unverhältnismäßige Beschränkung, deren Erforderlichkeit wissenschaftlich nicht nachgewiesen sei und für die es weniger beschränkende Alternativen gebe.

51. Die Beklagten tragen vor, Artikel 30 EG-Vertrag gelte nur, soweit es keine Harmonisierungsmaßnahmen gebe. Selbst wenn dieser Artikel anwendbar sei, könne er nicht zu einem anderen Ergebnis führen,

v) *Die Eigentumsgarantie und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit*

52. Die Kläger verweisen auf Artikel 222 EG-Vertrag (jetzt Artikel 295 EG) und Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie nehme Tabakfirmen, Werbeagenturen und Medienfirmen bestehende vertragliche Rechte. Die Beschränkungen der Verwendung von Marken beträfen ihren spezifischen Gegenstand, stellten unter Verstoß gegen Artikel 20 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) vom 15. April 1994 und gegen die genannten Grundrechte eine Enteignung dar und würden durch Artikel 3 Absatz 2 nur partiell gemildert. Unternehmen, die Diversifizierungserzeugnisse vertrieben, würden erhebliche Verluste erleiden. Diese Beschränkungen seien unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.

53. Die Beklagten halten Artikel 222 EG-Vertrag für nicht einschlägig, da die Richt-

linie die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt lasse. Die angeführten Rechte seien nicht schrankenlos gewährleistet und könnten im Allgemeininteresse verhältnismäßigen Beschränkungen unterworfen werden, die ihren Wesensgehalt nicht antasteten. Die Reglementierung der Verwendung von Marken stelle keine Enteignung dar, da die Marken weiterhin auf den Tabakerzeugnissen selbst und in den zulässigen Werbeformen verwendet werden könnten. Ein Rückgang des Gewinns stelle keinen Angriff auf die Eigentumsgarantie oder die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit dar.

führen würden. Vielmehr werde ein Preiswettbewerb zwischen den Erzeugern die Folge sein, der wahrscheinlich zu einem erhöhten Verbrauch führen werde. Es sei nicht erforderlich, dass der Gerichtshof dem Gemeinschaftsgesetzgeber insoweit einen weiten Spielraum zubillige. Die Beschränkung sei daher unverhältnismäßig. Ein völliges Werbeverbot sei ein besonders schwerer Eingriff in die Meinungsfreiheit und die Wahlmöglichkeiten anderer. Dieses Ergebnis entspreche der Rechtsprechung in Kanada, den USA und Österreich.

vi) *Meinungsfreiheit*

54. Die Kläger berufen sich insbesondere auf Artikel 10 EMRK, der auch Informationen wirtschaftlicher Natur (commercial speech) schütze, mit denen Unternehmen die Öffentlichkeit über ihre Erzeugnisse, etwa diejenigen mit niedrigem Teergehalt, unterrichten könnten. Dieser Schutz werde im Gemeinschaftsrecht anerkannt. Beschränkungen der Information über Erzeugnisse, die rechtmäßig seien, seien nicht hinnehmbar. Die Erreichung des Binnenmarkts sei kein zulässiger Grund für die Beschränkung dieses Rechts. Die Berufung auf den gesundheitlichen Nutzen des Verbots sei mit der Rechtsgrundlage der Richtlinie unvereinbar. Zudem gebe es keine überzeugenden wissenschaftlichen Beweise dafür, dass solche Beschränkungen zu einem Rückgang des Tabakkonsums

55. Die Beklagten halten dem entgegen, dass die Grundrechte nicht schrankenlos gewährleistet seien und im Zusammenhang mit der Gemeinschaftsrechtsordnung einschließlich der grundlegenden wirtschaftlichen Freiheiten betrachtet werden müssten. Artikel 10 Absatz 2 EMRK erlaube Beschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutz der Gesundheit; dieses Ziel verfolge die Richtlinie erlaubtermaßen gleichzeitig neben dem Binnenmarktziel. Die Tabakwerbung verführe zum Rauchen, das erhebliche Gesundheitsgefahren mit sich bringe. Umfangreiche Beschränkungen der Werbung für solche Erzeugnisse seien daher verhältnismäßig, zumal ihr Informationsgehalt vernachlässigenswert sei. Für das Sponsoring der Künste und des Sports sei eine lange Übergangsperiode vorgesehen, damit andere Finanzierungsquellen gefunden werden könnten.

vii) *Begründung*

56. Die Kläger bringen vor, die Begründung der Richtlinie sei unter Verstoß gegen Artikel 190 EG-Vertrag (jetzt Artikel 253 EG) unter einer Reihe von Gesichtspunkten mangelhaft. Die Begründungserwägungen gingen weder auf die grenzüberschreitenden Aspekte der Werbung und des Sponsoring zugunsten des Tabaks noch auf die spezifischen Handelshemmnisse oder Wettbewerbsverzerrungen ein, die den Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme auf dem Gebiet der Tabakwerbung rechtfertigen könnten. Sie zeigten auch nicht auf, warum die Werbebeschränkungen auf alle Medien und das Sponsoring, auf die Gratisverteilung, auf die Werbung für Diversifizierungserzeugnisse und auf Aspekte der Markengebung bei Tabakerzeugnissen erstreckt werden müßten. Sie entsprächen auch nicht in vollem Umfang dem Umstand, dass der wahre Grund für den Erlass der Richtlinie der Gesundheitsschutz gewesen sei. Andererseits zeigten sie nicht auf, wie die Richtlinie den Gesundheitsschutz verbessere. Sie ließen schließlich jede Bezugnahme auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Subsidiaritätsprinzip vermissen.

57. Die Beklagten antworten, die Begründungserwägungen enthielten die wesentlichen Aspekte der Überlegungen des Gesetzgebers betreffend den Binnenmarkt, die in der — oben summarisch wiedergegebenen — Beantwortung des ersten Klagegrunds näher dargelegt seien, und betreffend die Notwendigkeit eines hohen Gesundheitsschutzniveaus. Das Gemeinschaftsrecht schreibe nicht vor, dass in den Begründungserwägungen einer generellen Maßnahme technische Details enthalten

seien. In solchen Fällen genüge die Angabe der allgemeinen Lage und der verfolgten Ziele. Der Umfang der in der Richtlinie vorgesehenen Werbebeschränkungen werde in den Begründungserwägungen durch die Bezugnahme auf die Gefahr der Umgehung einer beschränkteren Maßnahme und das Erfordernis begründet, indirekte Werbeformen zu regulieren. Auf Grundsätze wie den der Subsidiarität brauche nicht ausdrücklich eingegangen zu werden, soweit die Begründungserwägungen Angaben enthielten, die die Beachtung dieser Grundsätze, soweit sie anwendbar seien, nachwiesen. Ganz allgemein sei die Begründung angemessen, um den Beteiligten und dem Gerichtshof eine rechtliche Überprüfung zu ermöglichen.

V — *Erörterung*i) *Rechtsgrundlage und Zuständigkeit*

Einleitung

58. In diesem Abschnitt möchte ich die beiden umfassenden Argumente der Kläger erörtern, dass die Werberichtlinie auf der Grundlage von Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 100a EG-Vertrag nicht rechtswirksam erlassen wurde, weil i) entweder ihr Schwerpunkt im Gesundheitsschutz und nicht im Binnenmarkt liegt, auf den sie sich folglich nur inzident auswirkt, oder ii) weil sie im wesentlichen eine Verbotsmaßnahme

ist und daher in keinem Fall dem Tatbestand dieser beiden Bestimmungen entspricht. Kurz zusammengefasst komme ich zu folgendem Ergebnis. Die Zuständigkeit nach Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 100a ist eine funktional durch Bezugnahme auf die Binnenmarktziele definierte weite Querschnittszuständigkeit in Gebieten, die in vielen Fällen im übrigen von den Mitgliedstaaten geregelt werden. In geeigneten Fällen muss die Gemeinschaft den Gesundheitsschutz bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten berücksichtigen. In Ermangelung einer eigenen gemeinschaftlichen Harmonisierungszuständigkeit im Gebiet des Gesundheitsschutzes und angesichts der Möglichkeit, Gesundheitsschutzziele und Binnenmarktziele gleichzeitig zu verfolgen, kann die Frage, ob die Gemeinschaft innerhalb ihrer Zuständigkeit gehandelt hat, nicht durch die Bezugnahme auf einen angeblichen Schwerpunkt der Maßnahme auf einem dieser beiden nicht vergleichbaren Ziele beantwortet werden. Die Zuständigkeitsfrage muss stattdessen dadurch entschieden werden, dass geprüft wird, ob die Richtlinie die objektiven Erfordernisse des Binnenmarkts beachtet, wobei insbesondere der für die Maßnahme in Anspruch genommene konkrete Nutzen für den Binnenmarkt zu berücksichtigen ist. Im Fall der Werberichtlinie macht der Gemeinschaftsgesetzgeber einen solchen Nutzen nur im Hinblick auf den Sektor der Tabakwerbung und des Tabakspensoring sowie auf die in diesem Sektor verwendeten Medien geltend. Da die Richtlinie der Sache nach die Wirtschaftstätigkeit auf diesem Sektor umfassend verbietet und die nationalen Bestimmungen auf den kleinen Gebieten, wo die Tabakwerbung nicht verboten ist, nicht harmonisiert, lässt sich nicht sagen, dass sie den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr auf dem fraglichen Sektor erleichtert oder Wettbewerbsverzerrungen dort beseitigt. Sie ist daher unter Berücksichtigung des Tatbestands der

Rechtsgrundlagen, auf die sich der Gesetzgeber stützt, ungültig.

Das Wesen der Gemeinschaftszuständigkeit

59. Um die in beiden Rechtssachen erhobene Rüge zu erörtern, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber seine Befugnisse aus dem EG-Vertrag überschritten habe, insbesondere, dass die Werberichtlinie sich nicht auf die angeführten Rechtsgrundlagen stützen lasse, muss ich auf das Wesen der Gemeinschaftszuständigkeit und die Grundsätze eingehen, die die gerichtliche Überprüfung ihrer Ausübung regeln.

60. Mehrere Bestimmungen des EG-Vertrags übertragen der Gemeinschaft Zuständigkeiten, damit diese Ziele erreicht, die diesen Bestimmungen, verstanden im Sinne der allgemeinen Ziele der Gemeinschaft, eigen sind. Der Umfang der Gemeinschaftszuständigkeit muss daher im Verhältnis zum Umfang dieser Ziele bestimmt werden. So heißt es in Artikel 3b Absatz 1 EG-Vertrag: „Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse *und gesetzten Ziele* tätig“ (Hervorhebung nur hier). Hieraus folgt, dass die Gemeinschaft „nur über begrenzte Ermächtigungen“ ver-

fügt⁵⁰. Es ist u. a. Aufgabe des Gerichtshofes, sicherzustellen, dass die Gemeinschaft die Grenzen dieser Befugnisse beachtet.

61. Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt, dass „die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts nicht allein davon abhängen kann, welches nach der Überzeugung eines Organs das angestrebte Ziel ist“⁵¹. Vielmehr hat der Gerichtshof in einer langen Rechtsprechungslinie stets betont, dass „sich die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts [im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft] auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen [muss]. Zu diesen Umständen gehören insbesondere das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts“⁵². Obwohl der Gerichtshof diese Vorgehensweise im allgemeinen in Fällen anwendet, in denen der Streit darum geht, auf welcher von zwei Rechtsgrundlagen eine Maßnahme erlassen wird, findet dieser objektive Test auch in Fällen Anwendung, wo die einzige mögliche alternative Rechtsgrundlage Artikel 235 EG-Vertrag ist⁵³, und meines Erachtens auch in Fällen, in denen keine Alternative ersichtlich ist⁵⁴. In solchen ebenso wie in den vor-

liegenden Fällen liegt dem Gerichtshof ein mehr oder weniger offener Streit über die jeweiligen Gesetzgebungszuständigkeiten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten vor⁵⁵.

62. Die Zuständigkeit der Gemeinschaft nach Artikel 100a Absatz 1 EG-Vertrag ist eine Querschnittszuständigkeit. Sie ist nicht von vornherein durch Bezugnahme auf einen bestimmten Gegenstand definiert⁵⁶. Vielmehr ist die Gemeinschaft befugt, Maßnahmen zur Angleichung zu erlassen, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. Daher wird der Anwendungsbereich dieser Bestimmung „nach Maßgabe eines *funktionellen* Kriteriums [bestimmt], das sich [querschnittsartig] auf sämtliche zur Verwirklichung des Binnenmarkts“ bestimmten Maßnahmen erstreckt⁵⁷. Sie führt „zu gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ..., die die unterschiedlichsten Bereiche des nationalen Rechts berühren“⁵⁸, sofern sie für die Er-

50 — Gutachten 2/94 (Europäische Menschenrechtskonvention, Slg. 1996, I-1759, Randnr. 23). Vgl. auch Artikel 4 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 7 Absatz 1 EG) und den ersten Nichtigkeitsgrund in Artikel 173 Absatz 2 EG-Vertrag, nämlich Unzuständigkeit.

51 — Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juni 1991 in der Rechtssache C-300/89 (Kommission/Rat, Slg. 1997, I-2867, im Folgenden: Titandioxid, Randnr. 10). Zur Frage des Beweises subjektiver Überzeugungen im Zusammenhang der vorliegenden Rechtssachen siehe unten, Nrn. 74 bis 77.

52 — Urteil des Gerichtshofes vom 13. Mai 1997 in der Rechtssache C-233/94 (Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 1997, I-2405; im Folgenden: Einlagensicherung, Randnr. 12). Siehe neuestes Urteil des Gerichtshofes vom 4. April 2000 in der Rechtssache C-269/97 (Kommission/Rat, Slg. 2000, I-2257; im Folgenden: Rinderkennzeichnung, Randnr. 43).

53 — Vgl. etwa Rechtssache Einlagensicherung (zitiert in Fußnote 52, Randnrn. 10 f.), unmittelbar vor der oben zitierten Stelle.

54 — Der Gerichtshof stellte in dem Gutachten 2/94, Europäische Menschenrechtskonvention (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 30), klar, dass Artikel 235 „keine Grundlage dafür bieten [kann], den Bereich der Gemeinschaftsbefugnisse über den allgemeinen Rahmen hinaus auszudehnen, der sich aus der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen ... ergibt“; hierfür wäre eine Vertragsänderung erforderlich.

55 — Die Frage, ob die Richtlinie auf der Grundlage des Artikels 235 hätte erlassen werden können, ist für die vorliegenden Angriffe gegen ihre Gültigkeit nicht erheblich, da Artikel 235 jedenfalls nur dann hätte angewandt werden können, wenn die Gemeinschaft zum Erlass der Werberrichtlinie nicht auf der Grundlage von Artikel 57 Absatz 2, Artikel 66 und 100a EG-Vertrag zuständig war; vgl. Gutachten 2/94, Europäische Menschenrechtskonvention (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 29); Rechtssache 45/86 (Kommission/Rat, Slg. 1987, 1494, Randnr. 13).

56 — Vgl. die Bestimmungen, die der Gemeinschaft in unterschiedlichem Umfang die Zuständigkeit in gegenständlich definierten Gebieten wie der Landwirtschaft (Artikel 39 [nach Änderung jetzt Artikel 33 EG], Artikel 40 [nach Änderung jetzt Artikel 34 EG], 41 [nach Änderung jetzt Artikel 35 EG], 42 [jetzt Artikel 36 EG] und 43 [nach Änderung jetzt Artikel 37 EG]) und dem Umweltschutz (Artikel 130s EG-Vertrag, nach Änderung jetzt Artikel 175 EG) verleihen.

57 — Rechtssache Titandioxid (Fußnote 51), Schlussanträge des Generalanwalts Tesoro, Randnr. 10.

58 — Rechtssache C-350/92 (Spanien/Rat, Slg. 1995, I-1985), Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs, Nr. 26. Spanien hatte die Nichtigerklärung der Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates vom 18. Juni 1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzcertifikates für Arzneimittel, ABl. 1992, L 182, S. 1, beantragt, die auf Artikel 100a EG-Vertrag gestützt war.

richtung und das Funktionieren des Binnenmarkts von Bedeutung sind⁵⁹. Somit ist der Zuständigkeitsbereich nach Artikel 100a EG-Vertrag ausschließlich durch Bezugnahme auf das angegebene Ziel, nicht nach seinem sachlichen Gegenstand bestimmt.

63. Auch Artikel 57 Absatz 2 EG-Vertrag schafft eine funktional bestimmte Querschnittszuständigkeit, wenn auch ihr Anwendungsbereich spezifischer oder beschränkter als derjenige der Zuständigkeit ist, die Artikel 100a der Gemeinschaft verleiht: Kein Gebiet der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit ist von vornherein davon ausgenommen, von Maßnahmen erfasst zu werden, die Hindernisse für die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit beseitigen zu wollen. Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 66 EG-Vertrag werden auch als Teil der Rechtsgrundlage der Richtlinie angeführt, weil die erste und die zweite Begründungserwägung anzeigen, dass diese teilweise auch mit Schranken der Dienstleistungsfreiheit befasst ist. Da Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 100a beide die Erreichung von Binnenmarktzielen betreffen, wenn auch der Grad der Spezifität ihres Anwendungsbereichs unterschiedlich ist, und da die jeweils vorgeschriebenen Ge-

setzgebungsverfahren nicht unvereinbar sind⁶⁰, braucht hier nicht die genaue Grenzlinie zwischen diesen beiden Bestimmungen etwa hinsichtlich der Zuständigkeit geprüft zu werden, Wettbewerbsverzerrungen zwischen Dienstleistungserbringern zu beseitigen.

Gemeinschaftszuständigkeit und nationale Zuständigkeit: unterschiedliche Ziele

64. Es liegt in der Natur von Zuständigkeiten, die eingeräumt werden, um weitgefasste, funktionale Ziele zu erreichen, dass ihre Ausübung zugleich Gegenstände berührt, die im übrigen in die gegenständig bestimmte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und/oder der Gemeinschaft fallen. Wenn die Voraussetzung erfüllt ist, dass das Ziel der Angleichungs- oder Koordinierungsmaßnahme die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts oder die Angleichung nationaler Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung von Tätigkeiten als Dienstleistungserbringer ist, muss ihr Inhalt — das Niveau der Regelung, ihre Art und ähnliches — grundsätzlich materielle Gesichtspunkte wie die Gesundheit berücksichtigen. Darüber hinaus verpflichtet Artikel 100a Absatz 3 die Kommission, „von einem hohen Schutzniveau aus[zugehen]“, wenn sie Vorschläge

59 — Zwei Einschränkungen sind zu machen: Zum einen schließt Artikel 100a Absatz 2 EG-Vertrag bestimmte Bereiche ausdrücklich von der Anwendung des Absatzes 1 aus; zum anderen findet Artikel 100a Absatz 1 nur Anwendung, „soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist“. Einige Beispiele: Artikel 57 Absatz 2 EG-Vertrag, auf den Artikel 7a EG-Vertrag ausdrücklich Bezug nimmt; Bestimmungen über bestimmte sektorale Ziele, wie Artikel 129 b-d EG-Vertrag (jetzt nach Änderung Artikel 154-156 EG); ganz allgemein die gemeinsame Landwirtschaftspolitik nach Artikel 43 EG-Vertrag.

60 — Soweit es die Richtlinie angeht, wird in beiden Bestimmungen im wesentlichen das gleiche Gesetzgebungsverfahren vorgeschrieben. Die zusätzliche Bestimmung in Artikel 100a Absatz 1 über die Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses wurde im vorliegenden Fall beachtet und berührt das Wesen des Verfahrens nach Artikel 57 Absatz 2 nicht, da es dem Rat sowieso freigestanden hätte, den Ausschuss zu befassen; vgl. Rechtssache Titandioxid (zitiert in Fußnote 51, Randnr. 18).

in den Bereichen „Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz“ macht. Das wird durch die Vorschrift in Artikel 129 Absatz 1 Unterabsatz 3 untermauert, dass „[d]ie Erfordernisse im Bereich des Gesundheitsschutzes ... Bestandteil der übrigen Politiken der Gemeinschaft [sind].“

65. Das wäre selbst ohne Vorschriften wie Artikel 100a Absatz 3 und Artikel 129 Absatz 1 Unterabsatz 3 völlig selbstverständlich, da die Gemeinschaft nicht in einem politischen Vakuum agiert. Ergreift sie Angleichungs- oder Koordinierungsmaßnahmen, so ersetzt sie nationale Bestimmungen, die zwar vielleicht den Handel beschränkten oder den Wettbewerb verzerrten, aber doch durch ganz andere materielle Gesichtspunkte wie Gesundheit, Verbraucherschutz, Umweltschutz und ähnliches motiviert sein konnten⁶¹, durch Bestimmungen auf Gemeinschaftsebene. Mit dem Erlass gesetzgeberischer Maßnahmen tritt die Gemeinschaft somit an die Stelle der Mitgliedstaaten und muss nationalen Gesichtspunkten Rechnung tragen, die nicht Gegenstand einer spezifischen

61 — Solche nationalen Maßnahmen konnten aus solchen Gründen sogar für die Zwecke der Artikel 30 und 59 EG-Vertrag gerechtfertigt sein.

Gemeinschaftskompetenz sind⁶² — erst recht solchen, deren Beachtung nach einer ausdrücklichen Empfehlung im EG-Vertrag auf einem hohen Schutzniveau stattzufinden hat.

66. Dass die ursprünglichen, unterschiedlichen nationalen Werbebeschränkungen in einigen Mitgliedstaaten und die Politik, die der Gemeinschaftsgesetzgeber offensichtlich aus ähnlichen Gründen⁶³ verfolgt, augenscheinlich auf Gesundheitsgründen beruhen, begründet meines Erachtens daher in sich noch keine Zweifel an der Befugnis der Gemeinschaft, eine Binnenmarktmaßnahme zu erlassen. Dieser Umstand allein zeigt weder, dass die Gemeinschaft eine ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verletzt hätte, noch, dass das Ziel der Maßnahme unter Ausschuss alle anderen Ziele der Gesundheitsschutz ist⁶⁴. Entscheidend ist vielmehr, dass eine Maßnahme die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts oder die Errei-

62 — Zur allgemeinen Verpflichtung des Gemeinschaftsgesetzgebers, die Gesundheit im Auge zu behalten, wenn er auf der Basis von Rechtsgrundlagen wie Artikel 43 und Artikel 100 EG-Vertrag handelt, vgl. Urteil vom 23. Februar 1988 in der Rechtssache 68/86 (Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1988, 855, im Folgenden: Hormone, Randnrn. 12 und 14). Diese Rechtssache wurde entschieden, bevor Artikel 129 in den EG-Vertrag eingefügt wurde. Vgl. auch Rechtssache Einlagensicherung (zitiert in Fußnote 52, Randnr. 17) und Rechtssache Rinderkennzeichnung (zitiert in Fußnote 52, Randnr. 46). Diese Aussage kann sicher nicht dahin verstanden werden, dass Artikel 100a dazu verwendet werden kann, Gesundheitsschutzmaßnahmen ohne Bezug auf die unten dargelegten Binnenmarktkriterien zu erlassen. Ein Beispiel für die gerichtliche Überprüfung der Beachtung einer Querschnittsbestimmung über das Allgemeininteresse, nämlich des Artikels 129a EG-Vertrag (jetzt nach Änderung 153 EG), bietet die Rechtssache Einlagensicherung, ebd., Randnrn. 46 bis 49.

63 — Siehe dritte und vierte Begründungserwägung der Werberrichtlinie.

64 — Vgl. Urteil vom 29. März 1990 in der Rechtssache C-62/88 (Griechenland/Rat, Slg. 1990, I-1527; im Folgenden: Griechisches Tschernobyl, Randnr. 20).

chung der Dienstleistungsfreiheit zum Ziel hat⁶⁵. Es lässt sich nicht sagen, dass ein höheres Gesundheitsschutzniveau einen niedrigeren Binnenmarkts-„Gehalt“ zur Folge hätte. Jedes materielle Ziel, sei es die Gesundheit oder ein anderes Gebiet der Regulierungstätigkeit, das auch verfolgt wird, steht nicht so sehr im Wettbewerb mit dem Binnenmarktziel oder dient ihm; es ist vielmehr von anderer Art und kann daher gleichzeitig, oder „untrennbar“⁶⁶, so intensiv verfolgt werden, wie es der Gesetzgeber wünscht (oder für erforderlich hält), sofern die funktionalen Ziele des Binnenmarkts von der erlassenen Maßnahme gefördert werden.

Der Schwerpunkt der Werberichtlinie

67. Die Kläger haben Gegenteiliges vorgebracht und dabei großen Wert auf Artikel 129 Absatz 4 EG-Vertrag gelegt. Sie tragen vor, der Schwerpunkt der Werberichtlinie liege auf dem Gebiet der Gesundheit, nicht auf dem des Binnenmarkts; Artikel 129 sei die einzige Bestimmung des EG-Vertrags, die sich mit diesem Ziel befasse; und Artikel 129 Absatz 4 schließe jede Harmonisierung ausdrücklich aus. Artikel 129 Absatz 4 ermächtige den Rat und das Parlament, im Mitentscheidungsverfahren „Fördermaßnahmen“ als Beitrag zur Verwirklichung der Ziele dieses Artikels

65 — Selbst in Fällen, in denen eine Reihe von Rechtsgrundlagen nebeneinander in Betracht kommt, ist es vorzuziehen, die gerichtliche Überprüfung mit der Untersuchung zu beginnen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der tatsächlich angewandten Rechtsgrundlage gegeben waren; vgl. etwa den Aufbau des Urteils in der Rechtssache Griechisches Tschernobyl, ebd., Randnrn. 13 bis 16.

66 — Rechtssache Titandioxid (Fußnote 51, Randnr. 13).

zu erlassen, allerdings ausdrücklich unter Ausschluss „jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“.

68. Ich habe schon klargestellt, dass ich es nicht für angebracht halte, die Rechtmäßigkeit der Richtlinie anhand der Frage zu bestimmen, ob ihr Schwerpunkt in der Verfolgung von Gesundheitsschutzziele anstelle von Binnenmarktzielen liegt. Dieses Vorgehen ist nur angebracht, wenn der Streit darum geht, ob eine Maßnahme auf der Grundlage der einen oder der anderen zweier möglicher Rechtsgrundlagen zu erlassen ist.⁶⁷ Sind beide Aspekte der Maßnahme gleich bedeutend, so sollten beide Rechtsgrundlagen angeführt und beide Rechtsetzungsverfahren beachtet werden⁶⁸. Nur wenn diese Verfahren unvereinbar sind, ist eine doppelte Rechtsgrundlage unmöglich; dann muss zwischen ihnen entschieden werden⁶⁹. Bezieht sich andererseits eine Maßnahme in erster Linie auf ein Gebiet und hat sie nur inzidente Auswirkungen auf andere Gebiete, dann sollte nur die erste Rechtsgrundlage verwendet werden⁷⁰. Die Vorstellung vom Schwerpunkt wird in diesem Zusammenhang manchmal angezogen, wenn geprüft wird, ob die Wirkungen einer Maßnahme

67 — Die hier anwendbaren Grundsätze hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 25. Februar 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-164/97 und C-165/97 (Parlament/Rat, Slg. 1999, I-1139 (im Folgenden: Schutz des Waldes), Randnr. 14), kurz und knapp dargestellt.

68 — Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 165/87 (Kommission/Rat, Slg. 1988, 5545, Randnrn. 6 bis 13); Urteil vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 242/87 (Kommission/Rat, Slg. 1989, 1425, Randnrn. 33 bis 37).

69 — Rechtssache Titandioxid (zitiert in Fußnote 51, Randnrn. 17 bis 21).

70 — Urteil vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-70/88 (Parlament/Rat, Slg. 1991, I-4529; im Folgenden: Tschernobyl); Urteil vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-271/94 (Parlament/Rat, Slg. 1996, I-1689, Randnrn. 32 f.).

in einem Gebiet nur inzident oder dienender Natur sind.

69. In den vorliegenden Fällen geht es hingegen nicht um die Wahl zwischen zwei möglichen Rechtsgrundlagen. Es ist vollkommen klar, dass Artikel 129 Absatz 4 EG-Vertrag keine alternative Rechtsgrundlage für die Werberichtlinie darstellt, da Harmonisierungsmaßnahmen ausgeschlossen sind. Vielmehr ähnelt die Lage teilweise derjenigen in der Rechtssache *Titandioxid*⁷¹: Wenn, wie damals, eine von zwei Rechtsgrundlagen zwangsläufig ausgeschlossen ist oder, wie in den vorliegenden Fällen, keine alternative Rechtsgrundlage existiert, ist die Gemeinschaft kraft Artikel 100a (und, durch Erstreckung des Gedankengangs des Gerichtshofes, kraft Artikel 57 Absatz 2) dafür zuständig, Maßnahmen zu ergreifen, die dem Binnenmarkt und, parallel dazu, einem anderen Allgemeininteresse, sei es der Umweltschutz oder die Gesundheit, dienen. Die Zuständigkeit ist zu bejahen, wenn dem Binnenmarktziel tatsächlich gedient wird; so hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Titandioxid* geprüft, ob die objektiven Voraussetzungen des Artikels 100a vorliegen, ohne das relative „Gewicht“ des Binnenmarkts und der Umweltaspekte der rechtlichen Regelung zu berücksichtigen⁷². Auch die Frage, ob die Wirkungen einer Maßnahme auf den Binnenmarkt nur inzident sind, lässt sich unter diesen Umständen nicht dadurch beantworten, dass die relative Intensität der Binnenmarkts- und der Gesundheitsaspekte der Maßnahme beurteilt werden. Ich habe mich bereits eingehend bemüht, zu zeigen,

dass diese Ziele sich nicht ausschließen, sondern unterschiedlicher Art sind und nicht im Wettbewerb stehen. Ob die Wirkungen einer Maßnahme auf den Binnenmarkt nur inzident oder dienender Natur sind, sollte anhand von Kriterien festgestellt werden, die für dieses Ziel nach dem EG-Vertrag kennzeichnend sind, was ich im Folgenden tun werde.

Der Anwendungsbereich des Artikels 129 Absatz 4 EG-Vertrag

70. Die Kläger berufen sich weiter auf Artikel 129 Absatz 4 EG-Vertrag, der den Umfang der Gemeinschaftshandlung *unter Artikel 100a selbst* beschränke. Beide berufen sich auf eine Äußerung von Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-350/92, *Spanien/Rat*⁷³.

71. Obwohl die Richtlinie unbestritten nicht auf der Grundlage des Artikels 129 Absatz 4 hätte erlassen werden können, wäre es überraschend (und stünde im Widerspruch zur Rechtssicherheit), wenn die Verfasser des Vertrages über die Europäische Union, als sie im EG-Vertrag neue Befugnisse im Hinblick auf die Gesundheit vorsahen, eine bestehende Zuständigkeit in einem anderen Gebiet so erheblich beschränkt hätten, nur weil sie sich manch-

71 — (zitiert in Fußnote 51, Randnrn. 13, 16 und 21 bis 24, insbesondere 24).

72 — ebd., Randnrn. 14, 15 und 23.

73 — Rechtssache *Spanien* (zitiert in Fußnote 58, Nr. 27 der Schlussanträge).

mal auf die Gesundheit auswirkt⁷⁴. Die Artikel 100a und 129 widersprechen sich unter keinem Gesichtspunkt. Wie gezeigt ergänzen sich Artikel 100a Absatz 3 und Artikel 129 Absatz 1 Unterabsatz 3 dahin, dass sie zeigen, dass Artikel 100a verwendet werden kann, um Maßnahmen zu erlassen, die einem besseren Gesundheitsschutz dienen. Die Beschränkung in Artikel 129 Absatz 4 widerspricht dem nicht. Sie betrifft ihrem Wortlaut nach nur die „Fördermaßnahmen“, die sie vorsieht.

72. Ich glaube auch nicht, dass Generalanwalt Jacobs an der Stelle, die sowohl die Tabakfirmen wie Deutschland zitiert haben, etwas anderes sagte. Er zitierte Artikel 129 Absatz 4 neben einigen anderen Bestimmungen als Beispiel für den Ausschluss einer Gesetzgebungszuständigkeit der Gemeinschaft, um diese Bestimmungen dem Fehlen einer ähnlichen Beschränkung „in bezug auf das Patentrecht oder das Recht an geistigem Eigentum im allgemeinen“ gegenüberzustellen. Er äußerte sich nicht, auch nicht stillschweigend, über den Umfang dieses Ausschlusses noch insbesondere dazu, ob er die Gesetzgebungskompetenz jenseits seines eigenen spezifischen Kontexts beschränke. Im Kontext des Artikels 100a wäre ein solcher Ausschluss eher in Form einer Erweiterung der Liste in Artikel 100a Absatz 2 zu erwarten, die die Umstände umfasst, die als solche ausdrücklich ausgeschlossen sind.

74 — Aus der Rechtssache Griechisches Tschernobyl (zitiert in Fußnote 64, Randnrn. 19 f.), ergibt sich z. B. klar, dass die Einfügung des Artikels 130 EG-Vertrag (jetzt nach Änderung Artikel 174 EG) die Zuständigkeiten der Gemeinschaft aufgrund anderer Rechtsgrundlagen unberührt ließ; vgl. auch Rechtssache C-405/92 (Mondiet, Slg. 1993, I-6133).

73. Zusammenfassend bin ich der Meinung, dass Artikel 129 EG-Vertrag für die Diskussion der Rechtsgrundlage, um die es in den vorliegenden Rechtssachen geht, irrelevant ist. Dass sich die Kläger darauf berufen, geht von einer falschen Prämisse aus. Diese offenkundig falsche Prämisse ist, dass die Gemeinschaft ohne die Einschränkung in Artikel 129 Absatz 4 zuständig gewesen wäre, Harmonisierungsmaßnahmen „als Beitrag zur Verwirklichung der Ziele [des Artikels 129]“ auf der Grundlage anderer Bestimmungen des EG-Vertrags wie etwa Artikel 100a und ohne Rücksicht auf die spezifischen Ziele dieser anderen Rechtsgrundlagen zu erlassen.

Die Gesetzgebungsgeschichte der Richtlinie

74. Die Kläger haben sich auch weitläufig auf die Ereignisse bezogen, die zum Erlass der Werberichtlinie führten; vieles davon habe ich oben zusammengefasst (Nummern 14 bis 20). Sicherlich hat der Gerichtshof gelegentlich die Gesetzgebungsgeschichte als Hilfe für die Auslegung von Gemeinschaftshandlungen herangezogen⁷⁵. Er hat sogar den Umstand, dass der Rat eine vom Parlament vorgeschlagene Änderung abgelehnt hat, als Bestätigung des Wunsches des Rates angesehen, den Schwerpunkt der

75 — Vgl. etwa Rechtssache C-449/93 (Rockfon, Slg. 1995, I-4291); Rechtssache C-6/98 (ARD, Slg. 1999, I-7599).

Maßnahme bei der Entscheidung zwischen zwei Rechtsgrundlagen beizubehalten⁷⁶. Ganz allgemein jedoch ist eine Bezugnahme auf den Zusammenhang, indem eine Maßnahme erlassen wurde, für die Bestimmung der angemessenen Rechtsgrundlage irrelevant⁷⁷.

75. Die Kläger zitieren die Gesetzgebungsgeschichte nicht zu dem Zweck, eine unklare Bestimmung der Werberichtlinie auszulegen, sondern um zu belegen, dass diese in Wahrheit — sowohl nach ihrem Inhalt als nach der Absicht ihrer Verfasser — hauptsächlich dem Gesundheitsschutz dienen sollte, indem der Verkauf von Tabakprodukten beschränkt werden sollte, und dass sie *deswegen* keine echte Binnenmarktmaßnahme sei. Jedoch zeigt meine obige Erörterung, dass es zum Wesen jeder Binnenmarktmaßnahme gehört, dass sie ganz legitim zwei Ziele verfolgt: die Beseitigung von Hindernissen für den Handel oder von Wettbewerbsbeschränkungen und (als Mittel zur Erreichung des ersten) den Erlass von harmonisierten Gemeinschaftsmaßnahmen, die die nationalen Maßnahmen im fraglichen Gebiet ersetzen. Ganz abgesehen also von der Tatsache, dass der EG-Vertrag nur einen Rat kennt, der schlicht besteht „aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaats auf Ministerebene, der befugt ist, für die Regierung des Mitglied-

staats verbindlich zu handeln“⁷⁸, beweist der Umstand, dass die Ratsverhandlungen vor dem endgültigen Erlass der Richtlinie von den Gesundheitsministern geführt wurden, nichts; höchstens wäre es seltsam gewesen, wenn es sich anders verhalten hätte. Das gleiche gilt für die Erörterung des Vorschlags in der Arbeitsgruppe des Rats und in einem Parlamentsausschuss für Gesundheitsfragen. Zudem ist zu erwarten, dass diejenigen, die auf politischer Ebene mit der Förderung oder dem Erlass dieser Maßnahme beschäftigt sind, eher am zweiten als am ersten Aspekt interessiert und durch ihn motiviert — sogar hauptsächlich motiviert — sind. Solche Prioritäten sind rein subjektiv, und es ist deshalb nicht angebracht, dass der Gerichtshof Erklärungen politischer Vertreter im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens berücksichtigt.

76. Selbst wenn weiter Rechtsgutachten wie jenes, das der Juristische Dienst des Rates erstellt haben soll, als Beweismittel zugelassen werden könnten⁷⁹, so ist es doch für die objektive rechtliche Würdigung der Richtlinie durch den Gerichtshof irrelevant, dass solche Gutachten erstellt wurden, dass die politische Ebene nicht auf sie eingegangen ist und dass sie dem Vortrag des Rates in den vorliegenden Rechtsachen anscheinend widersprechen. Es ändert nichts daran, dass die Überprüfung der Gemeinschaftszuständigkeit zum Erlass solcher Maßnahmen durch den Gerichtshof

76 — Rechtssache C-42/97 (Parlament/Rat, Slg. 1999, I-869, Randnr. 54). Vgl. auch die Erörterung von Materialien in der Rechtssache 131/86 (Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1988, 905, Randnrn. 26 und 27); die angeführten Materialien bestätigen die Auffassung des Gerichtshofes vom Ziel und der angemessenen Rechtsgrundlage der angefochtenen Maßnahme; der Gerichtshof hat sie vielleicht nur erörtert, weil das Vereinigte Königreich sie zur Behauptung des Gegenteils angeführt hatte.

77 — Rechtssache Rinderkennzeichnung (zitiert in Fußnote 52, Randnr. 44).

78 — Artikel 146 EG-Vertrag (jetzt Artikel 203 EG); Hervorhebung nur hier; siehe auch Artikel 4 Absatz 1 EG-Vertrag.

79 — Solche Gutachten kommen nicht in den Genuss des *Legal professional privilege*, wie der Gerichtshof in der Rechtssache 155/79 (AM & S, Slg. 1982, 1575, Randnr. 18) entschieden hat. Gleichwohl stimme ich der Auffassung von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Spanien (zitiert in Fußnote 58, Nr. 35 der Schlussanträge) zu, dass solche Gutachten im Verfahren vor dem Gerichtshof nicht ohne Zustimmung des jeweiligen Organs verwendet werden sollten.

sich danach richtet, ob dem erstgenannten Ziel gedient wird oder nicht.

77. Was die Gesetzgebungsgeschichte im engeren Sinne betrifft, so haben die Kläger hervorgehoben, dass erst sehr spät drei Begründungserwägungen aus dem Entwurf gestrichen wurden (diese sind oben in Nr. 19 zitiert), die sich auf die Gesundheitsvorstellungen des Gemeinschaftsgesetzgebers bezogen. Wirklich von Bedeutung ist jedoch, ob die Beibehaltung dieser drei Begründungserwägungen das Wesen der Werberichtlinie geändert hätte. Ich sehe nicht, wie dies der Fall sein könnte, wenn die Bestimmung des Zieles einer Gemeinschaftsmaßnahme nicht auf den mathematischen Prozess des Abzählens der Bezugnahme auf verschiedene Politiken in der Präambel reduziert werden soll. Die gestrichenen Begründungserwägungen waren nur zusätzliche Punkte betreffend die Gesundheitsvorstellungen des Gesetzgebers, die sich bereits aus der dritten und der vierten Begründungserwägung ergeben und die als solche durchaus legitim sind.

Befugnismissbrauch

78. Deutschland macht einen Missbrauch der Befugnisse des Gemeinschaftsgesetzgebers geltend. Ich glaube nicht, dass dieses Vorbringen durch die Gesetzgebungsgeschichte der Werberichtlinie irgendwie gestützt wird. Der Gerichtshof hat Befugnismissbrauch im Zusammenhang der Gesetzgebungsbefugnis definiert als den „Erlass eines Rechtsaktes durch ein Gemeinschaftsorgan ausschließlich oder zumindest überwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken oder mit dem Ziel,

ein Verfahren zu umgehen, das der EG-Vertrag speziell vorsieht, um die konkrete Sachlage zu bewältigen“⁸⁰. Wie gezeigt, schreibt der EG-Vertrag für die Harmonisierung der Regeln über den Gesundheitsschutz als Gegenstand kein spezifisches Verfahren vor; eine solche Befugnis ist vielmehr in Artikel 129 Absatz 4 ausdrücklich ausgeschlossen, so dass der zweite mögliche Grund für einen Befugnismissbrauch nicht gegeben ist.

79. Was den ersten möglichen Grund für die Feststellung eines Befugnismissbrauchs angeht, so ist das parallele Ziel des Gesundheitsschutzes in der dritten und der vierten Begründungserwägung der Richtlinie ausdrücklich angesprochen; wie bereits gesagt, ändert die Weglassung anderer, ähnlicher Begründungserwägungen, die im Vorschlag noch vorhanden waren, nichts daran, dass die Verfolgung dieses Zieles im Rahmen der auf der Grundlage von Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 100a EG-Vertrag erlassenen Maßnahmen nicht illegitim ist. Ich darf weiter daran erinnern, dass die Verfolgung von Zielen des Gesundheitsschutzes und des Binnenmarkts sich nicht gegenseitig ausschließt und daher die ersteren in geeigneten Fällen neben die letzteren treten müssen. Daher war es, wie ich bereits gesagt habe, weder überraschend, noch, wie ich jetzt hinzufügen möchte, fehl am Platz, dass die Politiker ein Interesse am gesundheitlichen Nutzen der Werberichtlinie äußerten. Selbst ihr Schweigen zum angeblichen Nutzen für den Binnenmarkt erlaubt nicht den Nachweis, dass dieser Nutzen nicht tatsächlich ins Auge gefasst

80 — Urteil vom 12. November 1996 in der Rechtssache C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1996, I-5755; im Folgenden: Arbeitszeit, Randnr. 69).

oder beabsichtigt war. Deutschland hat keinen Beweis für das Gegenteil erbracht. Auch das übrige Material, das dem Gerichtshof vorliegt, belegt keinen Befugnismissbrauch. Das deutsche Vorbringen eines Befugnismissbrauchs sollte daher zurückgewiesen werden. Die Frage, ob die vom Gemeinschaftsgesetzgeber behaupteten Binnenmarktziele von der Richtlinie tatsächlich verwirklicht wurden, ist eine objektive Frage, die die Zuständigkeit betrifft. Eine Verneinung dieser Frage reicht meines Erachtens nicht aus, um einen Befugnismissbrauch des Gesetzgebers nachzuweisen.

80. Die wahre Frage in dem vorliegenden Verfahren ist daher nicht, ob der Gesundheitsschutz im Vordergrund der Motive derjenigen stand, die die Annahme der Werberichtlinie forderten, sondern ob der *Binnenmarkt* als solcher eine haltbare Rechtsgrundlage für sie darstellt. Mangels einer alternativen Rechtsgrundlage werde ich mich daher in meinen weiteren Erörterungen der Gemeinschaftskompetenz zunächst mit der Feststellung des objektiven Tatbestands des Artikels 57 Absatz 2 und des Artikels 100a EG-Vertrag und dann mit der Prüfung befassen, ob die Werberichtlinie diesen Tatbestand erfüllt. Vorab ist es erforderlich, kurz auf das Vorbringen Deutschlands über die Bedeutung des anwendbaren Abstimmungsverfahrens für die Voraussetzungen der Ausübung einer Gemeinschaftskompetenz einzugehen und es zurückzuweisen.

Die Bedeutung des Abstimmungsverfahrens des Rates

81. Deutschland hat besonders in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben, dass Artikel 100a eine Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit vorsehe, und argumentiert, dass eine solche Querschnittszuständigkeit daher missbraucht werden könne, um in Gebiete mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten überzugreifen. Das ist ohne Relevanz für die Bestimmung der richtigen Rechtsgrundlage einer Gemeinschaftsmaßnahme, die unabhängig vom anwendbaren Gesetzgebungsverfahren denselben objektiven Grundsätzen folgen muss. Wie bereits festgestellt, muss die Gemeinschaft jederzeit im Rahmen ihrer Befugnisse handeln, und zwar auch dort, wo der Rat eine Maßnahme einstimmig auf der breiten Grundlage des Artikels 235 EG-Vertrags beschließt⁸¹. Zusätzliche Erwägungen betreffend die Souveränität der Mitgliedstaaten sind für die Erörterung dieser Befugnisse irrelevant⁸². In der Rechtssache Titandioxid gab der Gerichtshof Artikel 100a als Rechtsgrundlage den Vorzug vor Artikel 130s, obwohl der erstere eine Mehrheitsabstimmung im Rat, der letztere aber Einstimmigkeit vorschrieb⁸³. Im Lichte meiner Erörterung des Querschnittscharakters des Artikels 100a lässt sich nicht annehmen, dass der entscheidend wichtigen Gemeinschaftszuständigkeit für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes vorab allein deswegen Grenzen gesetzt werden sollten, *die über die diesem Ziel innewohnenden hinausgehen*, weil darüber mit qualifizier-

81 — Gutachten 2/94, Europäische Menschenrechtskonvention (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 30).

82 — Siehe Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Spanien (zitiert in Fußnote 58, Nr. 37).

83 — (zitiert in Fußnote 51, Randnrn. 18 f.).

ter Mehrheit abgestimmt wird. Schließlich wurde dieser Mechanismus durch die Einheitliche Europäische Akte gerade eingeführt, um die Integration des Marktes nicht vom Veto eines einzelnen Mitgliedstaats abhängig zu machen⁸⁴. Der beste Schutz der Interessen der Mitgliedstaaten gegen einen Missbrauch oder einen Übergriff der Gemeinschaft, der mit dem EG-Vertrag vereinbar ist, ist die Überprüfung durch den Gerichtshof, ob sich der Gemeinschaftssetzgeber im Rahmen des objektiven Tatbestands des Artikels 100a oder gegebenenfalls des Artikels 57 Absatz 2 bewegt. Wie ich in der letzten Nummer sagte, setzt das als erstes voraus, den Tatbestand dieser Vorschriften zu bestimmen.

...

- (g) ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt;
- (h) die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist.“

Artikel 7a Absatz 2 EG-Vertrag lautet:

Der Binnenmarkt

82. Nach Artikel 3 EG-Vertrag (jetzt nach Änderung Artikel 3 EG) umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe des EG-Vertrags:

„(c) einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist;

„Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist.“

83. Nach diesen Bestimmungen ist der Binnenmarkt kein wertfreies Synonym für eine allgemeine Wirtschaftsregulierung. Das ist von einiger Bedeutung, da der Rat vorträgt, dass die Verfolgung der Binnenmarktziele nicht notwendig eine Liberalisierung darstellen müsse, sondern auch eine schlichte Regulierung enthalten könne. Ich erkläre später, warum der Binnenmarkt nicht schlicht in Begriffen der Liberalisierung oder Deregulierung beschrieben werden kann. Gleichwohl kann die Übertragung der Kompetenz, die Errichtung und

84 — Vgl. die Bemerkungen des Generalanwalts Tesoro in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Titandioxid (zitiert in Fußnote 51, Nr. 13). Ich möchte jedoch hinzufügen, dass die Möglichkeit einer qualifizierten Mehrheit im Rat nach Artikel 100a EG-Vertrag für sich genommen kein Grund ist, diese Bestimmung weiter auszulegen als es sonst der Fall wäre.

das Funktionieren des Binnenmarkts zu verfolgen, nach Artikel 100a und den spezifischeren Bestimmungen des Artikels 57 Absatz 2 meines Erachtens nicht mit der Schaffung einer allgemeinen Regulierungskompetenz der Gemeinschaft gleichgesetzt werden. Diese Zuständigkeiten sind eingeräumt, um entweder die Ausübung der Grundfreiheiten zu erleichtern oder die Wettbewerbsbedingungen anzugleichen.

angefochtene Maßnahme nicht zu einer Liberalisierung des Handels mit Abfällen führen, sondern im Gegenteil zu einer Einschränkung der Verbringung von Abfällen innerhalb der Gemeinschaft⁸⁹. Ebenso betrifft die Rechtssache Abfall II eine Verordnung⁹⁰, die der Gerichtshof dahin auslegte, dass sie ein harmonisiertes System von Verfahren bereitstellen solle, mit denen der Umlauf der Abfälle aus Gründen des Umweltschutzes begrenzt werden könne; sie diene nicht dazu, den freien Verkehr von Abfällen innerhalb der Gemeinschaft zu verwirklichen⁹¹. Stillschweigend verwarf der Gerichtshof das Vorbringen, eine Maßnahme könne unter Artikel 100a EG-Vertrag fallen, wenn sie den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten *reguliere*, ohne dass es erforderlich wäre, ihn tatsächlich zu *erleichtern*⁹².

84. Für den freien Verkehr belegen dies die beiden Abfallentscheidungen⁸⁵. In der Rechtssache Abfall I führte der Gerichtshof aus, das Ziel der angefochtenen Richtlinie⁸⁶ sei es, den Grundsatz durchzuführen, dass der Ort der Abfallbeseitigung in der Nähe des Ortes der Abfallerzeugung liegen müsse, damit der Abfalltransport weitestgehend beschränkt werde⁸⁷, und schloss daraus, dass die Richtlinie nicht darauf gerichtet sei, den freien Verkehr von Abfällen innerhalb der Gemeinschaft zu verwirklichen⁸⁸. Wie Generalanwalt Tesaro bemerkte, soll die

85. Selbstverständlich sind die Artikel 7a und 57 Absatz 2 sowie Artikel 100a des EG-Vertrags nach dieser Rechtsprechung nicht als liberale Charta auszulegen, die eine Harmonisierung auf dem niedrigsten Niveau oder auch nur auf irgendeinem Durchschnitt der früheren mitgliedstaatlichen Niveaus zur Folge hätte. Zum einen

85 — Urteil vom 17. März 1993 in der Rechtssache C-155/91 (Kommission/Rat, Slg. 1993, I-940; im Folgenden: Abfall I); Urteil vom 28. Juni 1994 in der Rechtssache C-187/93 (Parlament/Rat, Slg. 1994, I-2857, im Folgenden: Abfall II, Randnr. 25). Was die Vereinbarkeit von Harmonisierungsmaßnahmen, die bestimmte Wirtschaftstätigkeiten beschränken oder verbieten, mit dem Gemeinsamen Markt betrifft, vgl. auch Rechtssache Spanien (zitiert in Fußnote 58), Rechtssache Einlagensicherung (zitiert in Fußnote 52) und Urteil vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-359/92 (Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-3681; im Folgenden: Produktsicherheit), die sämtlich im folgenden noch erörtert werden.

86 — Richtlinie 91/156/EWG des Rates vom 18. März 1991 zur Änderung der Richtlinie 75/442/EWG über Abfälle (ABl. L 78, S. 32).

87 — Rechtssache Abfall I (zitiert in Fußnote 85, Randnrn. 13 f.).

88 — Ebd., Randnr. 15.

89 — Ebd., S. I-959 seiner Schlussanträge.

90 — Verordnung (EG) Nr. 259/93 des Rates vom 1. Februar 1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft, ABl. L 30, S. 1.

91 — Rechtssache Abfall II (zitiert in Fußnote 85, Randnrn. 23 und 26). Vgl. auch Nrn. 44 und 45 der Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs, auf die sich der Gerichtshof bezieht.

92 — Dieses Vorbringen schrieb Generalanwalt Jacobs in Nr. 38 seiner Schlussanträge dem Parlament zu. Er hielt dem entgegen, zu fragen sei, „ob die Maßnahme insgesamt darauf gerichtet ist, diesen Verkehr zu fördern und nicht zu beschränken“; ebd. Nr. 43. Auf diesen Vorschlag eines Tests ging der Gerichtshof nicht ausdrücklich ein.

habe ich mich bereits auf die Pflicht der Gemeinschaft⁹³ bezogen, Gesichtspunkte des Allgemeininteresses und damit den Grad des Schutzes zu berücksichtigen, den die Mitgliedstaaten erreicht oder bezweckt hatten.

86. Zum anderen sollten Harmonisierungsmaßnahmen, die im Allgemeininteresse erhebliche Beschränkungen vorsehen, nicht ausnahmslos als Absicht betrachtet werden, den Handel im fraglichen Sektor zu beschränken. Dass der Gemeinschaftsgesetzgeber befugt ist, solche Beschränkungen selbst so weitgehend zu verhängen, dass der Handel mit bestimmten Erzeugnissen verboten wird, wenn er gleichzeitig ein weiteres Ziel des freien Warenverkehrs und ein Allgemeininteresse verfolgt, zeigt die Rechtssache Produktsicherheit. Der Gerichtshof brachte diese wiederstreitenden Ziele im Hinblick auf eine Maßnahme, die die Kommission ermächtigte, von den Mitgliedstaaten zu verlangen, vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, um den Verkauf gefährlicher Produkte zu verhindern, wie folgt in Einklang⁹⁴:

„Der freie Warenverkehr kann nämlich nur garantiert werden, wenn die Sicherheitsanforderungen für die Produkte in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht erheblich voneinander abweichen. Das hohe Schutzniveau kann nur erreicht werden, wenn gefährliche Produkte in allen Mit-

gliedstaaten Gegenstand geeigneter Maßnahmen sind.“

Damit wurde ein einheitliches System der Abwehr gefährlicher Produkte verstanden als Maßnahme zur Erleichterung des freien Warenverkehrs im allgemeinen. Der freie Warenverkehr kann durchaus durch Maßnahmen erleichtert werden, die den Verkehr bestimmter Waren verbieten, beschränken oder belasten⁹⁵.

In der Rechtssache Rewe-Zentrale⁹⁶ entschied der Gerichtshof: „Zwar zielen ... die Artikel 30 bis 36 des Vertrages in erster Linie auf einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten ab, nichtsdestoweniger müssen aber auch die Gemeinschaftsorgane die Freiheit des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs, die ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinsamen Marktes ist, beachten.“ Er kam gleichwohl zu dem Ergebnis, dass die kraft der angefochtenen Richtlinie⁹⁷ durchzuführenden Inspektionen nicht „darauf abzielten, den Warenverkehr zu *hemmen*“; die bean-

95 — Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache Abfall II (zitiert in Fußnote 85, Nr. 44). Der Generalanwalt nahm Bezug auf die Richtlinie 91/157/EWG des Rates vom 18. März 1991 über gefährliche Stoffe enthaltende Batterien und Akkumulatoren (ABl. L 78, S. 38) und führte aus, das Verbot des Verkaufs von Batterien, deren Quecksilbergehalt ein bestimmtes Maß übersteige, sei verhängt worden, damit der freie Verkehr mit Batterien, die dieses Maß nicht überstiegen, im Binnenmarkt möglich sei. Vgl. auch z. B. Artikel 4 der Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel (ABl. L 262, S. 169), wonach die Mitgliedstaaten im Interesse der Gesundheit das Inverkehrbringen kosmetischer Mittel verbieten, wenn diese bestimmte Stoffe enthalten.

96 — Urteil vom 29. Februar 1994 in der Rechtssache 37/83 (Slg. 1984, 1229, Randnr. 18).

97 — Richtlinie 77/93/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über Maßnahmen zum Schutz gegen das Verbringen von Schadorganismen der Pflanzen oder Pflanzenerzeugnisse in die Mitgliedstaaten (ABl. 1997, L 26, S. 20), insbesondere Artikel 11 Absatz 3.

93 — Für ein Beispiel der gerichtlichen Überprüfung unter Beachtung des Artikels 100a Absatz 3 vgl. Rechtssache Einlagensicherung (zitiert in Fußnote 52, Randnr. 48).

94 — Rechtssache Produktsicherheit (zitiert in Fußnote 85, Randnr. 34). Vgl. auch die Ausführung von Generalanwalt Jacobs in Nummer 33 seiner Schlussanträge.

standete Richtlinie suche „im Gegenteil schrittweise die Maßnahmen abzubauen, die von den Mitgliedstaaten einseitig getroffen wurden und seinerzeit grundsätzlich durch Artikel 36 des Vertrages gerechtfertigt waren“⁹⁸.

87. Ein weiteres Beispiel, das für die vorliegenden Fälle von größerer Bedeutung ist, ist das Verbot der Werbung für Tabakwaren im Fernsehen kraft Artikel 13 der Richtlinie 89/52/EWG. Diese und andere Bestimmungen über den Werbeinhalt von Rundfunksendungen sollen teilweise die Voraussetzungen für das Erbringen von Fernsehdienstleistungen harmonisieren. Daher gewährleisten „die Mitgliedstaaten den freien Empfang ... und [behindern] die Weiterverbreitung von Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet aus Gründen, die die Fernsehwerbung und das Sponsoring betreffen, nicht“⁹⁹. Ähnlich verbieten Artikel 8 Absatz 3 der Richtlinie 89/622/EWG und Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 90/239/EWG den Mitgliedstaaten, den Verkauf von Tabakerzeugnissen zu behindern, die den Anforderungen dieser Richtlinien an die Etikettierung und den maximalen Teergehalt entsprechen.

88. An dritter Stelle betrifft Artikel 100a EG-Vertrag nicht ausschließlich die Beseitigung von *Hindernissen* für die Ausübung der Grundfreiheiten. „Zur Verwirk-

lichung der in Artikel 8a genannten Grundfreiheiten müssen wegen der zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestehenden Unterschiede Harmonisierungsmaßnahmen in den Bereichen getroffen werden, in denen die Gefahr besteht, dass diese Unterschiede verfälschte Wettbewerbsbedingungen schaffen oder aufrechterhalten“¹⁰⁰. Artikel 100a kann verwendet werden, um Harmonisierungsmaßnahmen mit der Absicht zu erlassen, die Wettbewerbsbedingungen in einem bestimmten Industriezweig, etwa die Beseitigung von verschmutzenden Nebenprodukten, anzugleichen, und gleichzeitig „untrennbar“ ein Ziel des Allgemeininteresses wie ein hohes Umweltschutzniveau zu verfolgen. So hat der Gerichtshof ausgeführt, dass Artikel 100a die richtige Rechtsgrundlage für die Maßnahmen in der Rechtssache Titandioxid gewesen sei, die ein völliges Verbot der Beseitigung bestimmter Abfälle aus bestehenden Anlagen, die besondere Verfahren anwendeten, in den Gemeinschaftsgewässern oder der hohen See und Grenzwerte für Schadstoffe in anderem Abfall vorsahen¹⁰¹. In Artikel 1 der Richtlinie hieß es ausdrücklich, dass sie „die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen für die Titandioxid-Industrie [bezweckt]“. Ich behaupte deshalb, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst dann lästige Anforderungen stellen darf, die auf die einschlägige Wirtschaftstätigkeit im gesamten gemeinsamen Markt anwendbar sind, wenn die

98 — Ebd. (Fußnote 96), Randnr. 19; Hervorhebung nur hier. Wie der Verweis auf Artikel 36 EG-Vertrag klarstellt, betrifft diese Rechtssache auch das vorhergehende Argument, dass Allgemeininteressen bei der Gesetzgebung für den Binnenmarkt in Betracht zu ziehen sind.

99 — Urteil vom 7. Juli 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 (De Agostini und TV-Shop, Slg. 1997, I-3843; im Folgenden: De Agostini, Randnr. 33).

100 — Rechtssache Titandioxid (zitiert in Fußnote 51, Randnr. 15). Artikel 8a wurde Artikel 7a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 14 EG). Obwohl die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen für erforderlich erklärt wurde, um die Grundfreiheiten zu verwirklichen, werde ich im Folgenden aus Gründen der Klarheit die Fragen der Grenzen oder der Beschränkung der Ausübung dieser Freiheiten einerseits und von Wettbewerbsverzerrungen andererseits getrennt behandeln.

101 — Richtlinie 89/428/EWG des Rates vom 21. Juni 1989 über die Modalitäten zur Vereinheitlichung der Programme zur Verringerung und späteren Unterbindung der Verschmutzung durch Abfälle der Titandioxid-Industrie (ABl. L 201, S. 56). Vgl. auch Rechtssache Titandioxid (zitiert in Fußnote 51, Randnr. 2).

Lasten unter jedem möglichen Gesichtspunkt größer als die Summe oder der Durchschnitt der Lasten sind, den die früher geltenden unterschiedlichen nationalen Regelungen auferlegten.

89. Gleichwohl gibt die Verfolgung gleicher Wettbewerbsbedingungen dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht freie Hand, alle beliebigen nationalen Regelungen liberalisierend oder regulierend zu harmonisieren. Ohne meine Ablehnung des deutschen Vorbringens betreffend die Gefahr einer Ausdehnung der Gemeinschaftszuständigkeit durch Mehrheitsabstimmung in irgendeiner Weise einzuschränken, bestünde doch die Gefahr, dass die allgemeine Regulierungskompetenz der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft übertragen würde, wenn die Anwendung des Artikels 100a zum Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen im Interesse eines unverzerrten Wettbewerbs nicht daraufhin überprüft würde, ob wirklich ein Zusammenhang zwischen diesen Maßnahmen und Binnenmarktzielen besteht. Dass sich die Artikel 7a und 100a EG-Vertrag zu den gleichen Wettbewerbsbedingungen nicht äußern, ist ein weiterer Grund dagegen, Artikel 100a mit dieser Begründung zum Instrument einer allgemeinen Wirtschaftsregulierung zu machen.

90. Einen möglichen Test, eine Art Vorbedingung für den Rückgriff auf Artikel 100a, scheint der Gerichtshof in der Rechtssache Titandioxid vorgeschlagen zu haben: dass die mit einer Harmonisie-

rungsmaßnahme zu behebende Wettbewerbsverzerrung merklich gewesen sein muss¹⁰². Ich würde einen solchen Test begrüßen, obwohl ich dazu für die Zwecke meiner folgenden Erörterung nicht endgültig Stellung nehmen muss.

91. Eine andere Voraussetzung, die sich der Rechtsprechung zweifelsfrei entnehmen lässt und die hier in höherem Maße einschlägig ist, betrifft das Wesen der nach Artikel 100a EG-Vertrag erlassenen Harmonisierungsmaßnahme. Diese Bestimmung ist keine richtige Rechtsgrundlage für eine Maßnahme, deren Wirkung auf die Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen nur inzident ist. Das ist nicht schlicht die Frage, welches von mehreren Zielen das Hauptziel einer Maßnahme ist. Der Gerichtshof hat kategorisch, nicht nur relativ festgestellt, dass „der Umstand, dass die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes betroffen ist, allein die Anwendung von Artikel 100a EWG-Vertrag noch nicht erforderlich [macht]“¹⁰³. Ich verstehe die Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache Abfall I¹⁰⁴ dahin, dass die damals fragliche Richtlinie nicht nach Artikel 100a hätte erlassen werden können, selbst wenn Artikel 130s

102 — Rechtssache Titandioxid (zitiert in Fußnote 51, Randnr. 23); Rechtssache 91/79 (Kommission/Italien, 1980, 1099, Randnr. 8); Rechtssache 92/79 (Kommission/Italien, 1980, 1115, Randnr. 8). Der Gerichtshof hat in der Rechtssache Titandioxid nicht ausdrücklich festgestellt, dass Artikel 100a EG-Vertrag nur verwendet werden könne, um merklichen Wettbewerbsverzerrungen abzuwehren, die sich aus unterschiedlichen nationalen Regelungen ergäben; die Beklagten haben in den vorliegenden Rechtssachen vorgetragen, dass diese Voraussetzung unter Berücksichtigung der angeführten früheren Rechtssachen sich nur auf den weniger weitreichenden Artikel 100 EG-Vertrag (jetzt Artikel 94 EG) beziehe. Offenkundig folgt jedoch aus der Anwendung dieses Tests unter Artikel 100, dass das Vorbringen der Beklagten, er sei nur für die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags auf Unternehmen anwendbar, nicht begründet ist.

103 — Rechtssache Abfall I (zitiert in Fußnote 85, Randnr. 19); vgl. auch Rechtssache C-426/93 (Deutschland/Rat, Slg. 1995, I-3723, Randnr. 33).

104 — Ebd., Randnrn. 17 bis 20, insbesondere Randnr. 19.

nicht als alternative Rechtsgrundlage zur Verfügung gestanden hätte. Der Gerichtshof unterscheidet Gesetzgebungsakte, deren Hauptziel die wirksame Abfallverwaltung innerhalb der Gemeinschaft unabhängig von ihrem Ursprung war und die nur Nebeneffekte auf den Wettbewerb und den Handel einschließlich der Produktionskosten hatte, von der Richtlinie, um die es in der Rechtssache Titandioxid ging und die „darauf gerichtet ist, die nationalen Rechtsvorschriften über die Produktionsbedingungen in einem bestimmten Industriesektor mit dem Ziel der Beseitigung der Wettbewerbsverzerrungen *in diesem Sektor* anzugleichen“¹⁰⁵. Ich komme zu dem Schluss, dass der Beitrag einer Maßnahme zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen in dem Sektor, der davon begünstigt werden soll, für diesen Sektor, wie weit auch immer umgrenzt, spezifisch und nicht nur inzident sein muss. Gemeinschaftsbestimmungen, deren einzige Wirkung in einem bestimmten Sektor das Verbot der einschlägigen Wirtschaftstätigkeit ist, gleichen folglich die Wettbewerbsbedingungen *in diesem Sektor* unabhängig davon nicht an, was ihre Wirkungen auf den Wettbewerb in einem anderen verwandten Gebiet sein mögen.

kel 100a oder in den allgemeinen Bestimmungen des EG-Vertrags über die Ziele und Tätigkeiten der Gemeinschaft und die Definition des Binnenmarkts keine ersichtliche Stütze. Sie ist mit dem Querschnittscharakter des Artikels 100a unvereinbar. Zudem wirft sie mindestens ebenso viele Probleme auf wie sie zu lösen vorgibt. Zu den gegenständlich umschriebenen Gebieten der Zuständigkeit der Gemeinschaft gehören solche, in denen ihre Befugnisse umfassend sind — so etwa in der Landwirtschaft —, und solche, in denen sie recht beschränkt sind — etwa in Gesundheitsfragen —. Falls keine weiteren Verfeinerungen vorgeschlagen werden, lässt sich dieses Vorbringen, da der Ausschluss der Harmonisierung in Artikel 129 Absatz 4, wie ausgeführt, die Zuständigkeit nach Artikel 100a nicht berührt, nicht dahin verstehen, dass es die Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen in einem Gebiet von erheblicher Bedeutung für die Gesundheit ausschließt. Wie sich jedoch noch zeigen wird, brauche ich zu diesem Vorbringen nicht abschließend Stellung zu nehmen.

Binnenmarktziele — konkrete Beurteilung

92. Die Kläger verweisen auf eine andere mögliche Grenze, dass nämlich die Berufung auf Artikel 100a EG-Vertrag zur Behebung von Wettbewerbsverzerrungen auf die Gebiete beschränkt sein sollte, in denen die Gemeinschaft auch ausdrückliche gegenständliche Zuständigkeiten hat, wie etwa Umweltschutz. Das überzeugt mich nicht. Diese Auffassung findet in Arti-

93. Um feststellen zu können, ob eine Gemeinschaftsmaßnahme Binnenmarktziele verfolgt, ist eine zweistufige Untersuchung erforderlich. Zunächst ist festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine Harmonisierung vorliegen, also unterschiedliche nationale Regelungen bestehen, die entweder die Ausübung der Grundfreiheiten behin-

105 — Ebd., Randnr. 20, Hervorhebung nur hier.

dern oder die Wettbewerbsbedingungen in einem Wirtschaftssektor verzerren¹⁰⁶. Dann muss die konkrete, tatsächlich von der Gemeinschaft ergriffene Maßnahme der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarkts dienlich sein. Hierzu ist die Prüfung erforderlich, wie der Gemeinschaftsgesetzgeber die zentralen Tatbestandsmerkmale von Bestimmungen wie Artikel 100a und 57 Absatz 2, dass darauf gestützte Maßnahmen den freien Verkehr erleichtern oder Wettbewerbsbedingungen in einem spezifischen Sektor angleichen, mit seiner Pflicht vereinbaren will, Gesichtspunkte des Allgemeininteresses zu berücksichtigen, die für ein sehr restriktives Vorgehen in einem bestimmten Wirtschaftssektor sprechen mögen.

überprüfen ist, ergibt sich aus den wiederholten Feststellungen des Gerichtshofes, dass Überprüfungen der Zuständigkeit insbesondere auf das Ziel und den Inhalt der Maßnahme abstellen sollten. In Fällen der vorliegenden Art muss eine konkrete Erörterung der Gemeinschaftszuständigkeit ausschließlich darauf abstellen, dass diese Maßnahme die Binnenmarktziele verfolgt, für die die Zuständigkeit eingeräumt wurde, und dabei berücksichtigen, dass das mit der gleichzeitigen Erreichung anderer, ergänzender, im Allgemeininteresse liegender Ziele vereinbar sein kann, die als solche einen Rückgriff auf Artikel 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag nicht rechtfertigen würden.

94. Namentlich die Kommission hat vorgetragen, dass damit im wesentlichen die Frage der Angemessenheit einer Maßnahme aufgeworfen ist, was eine Frage der Verhältnismäßigkeit und nicht der Zuständigkeit sei. Der Gerichtshof sollte deshalb in diesem Stadium nicht eingreifen. Diese Auffassung teile ich nicht. Wenn die Ausübung der Gemeinschaftskompetenz gerichtlich überprüfbar sein soll, so genügt es nicht, zu überprüfen, ob die Voraussetzungen der Harmonisierung erfüllt sind, da die Artikel 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag keine umfassende Kompetenz zur Harmonisierung um ihrer selbst willen übertragen, sobald diese Voraussetzungen erfüllt sind. Dass die tatsächlich erlassene Harmonisierungsmaßnahme konkret zu

95. Der Gerichtshof hat eine solche konkrete Überprüfung in den Rechtssachen Spanien und Einlagensicherung vorgenommen, in denen Mitgliedstaaten die Zuständigkeit der Gemeinschaft zu einem Vorgehen nach Artikel 100a bzw. Artikel 57 Absatz 2 bestritten hatten¹⁰⁷. In der Rechtssache Spanien prüfte der Gerichtshof das Vorbringen, die Verordnung Nr. 1768/92¹⁰⁸ spalte den Gemeinschaftsmarkt über die Dauer der nationalen Grundpatente hinaus auf und verhindere den freien Wettbewerb der Industrie für generische Arzneimittel mit Patentinhabern, und wies es zurück¹⁰⁹. Er entschied, dass die harmonisierte Erstreckung der Dauer des Patentschutzes durch die Verordnung eine Aufspaltung des Arzneimittelmarktes verhindere, indem sie eine unterschiedliche

106 — Diese beiden Gründe werden zur Verteidigung der Werberichtlinie in den vorliegenden Rechtssachen angeführt. Zur Frage, ob es andere Gründe zu einem Vorgehen aufgrund der fraglichen Bestimmungen gibt, nehme ich nicht Stellung.

107 — Eine solche konkrete Überprüfung kennzeichnet auch das Vorgehen des Gerichtshofes bei der Frage der Anwendbarkeit der einen oder der anderen Rechtsgrundlage wie in der Rechtssache Titandioxid (zitiert in Fußnote 51) und den beiden Abfallsachen (zitiert in Fußnote 85).

108 — Zitiert in Fußnote 73.

109 — Rechtssache Spanien (zitiert in Fußnote 58, Randnrn. 30 f.).

Entwicklung der nationalen Rechtsordnungen unterbinde¹¹⁰, obwohl eine solche Schutzerstreckung in den meisten Mitgliedstaaten unbekannt war¹¹¹. Der Gerichtshof prüfte weiter die Abwägung zwischen den Interessen der Patentinhaber und der Firmen, die generische Arzneimittel herstellten¹¹². Obwohl dies natürlich auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung ist, hat der Gerichtshof es in jenem Fall wohl als Frage der Zuständigkeit geprüft, als von den „Zielen des [Artikel 7a EG-Vertrag] gefordert“¹¹³, und damit impliziert, dass es für die Frage, ob eine Harmonisierungsmaßnahme Binnenmarktziele verfolge, möglicherweise relevant sei, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit — damals diejenige der Hersteller von Generika —, beschränkt wird und wie sehr sie beschränkt wird¹¹⁴. Ich fühle mich in meinem generellen Ansatz in den vorliegenden Rechtssachen auch dadurch bestärkt, dass der Gerichtshof, nachdem er das Binnenmarktziel der angefochtenen Verordnung bejaht hatte, nicht auf das relative Gewicht des ergänzenden Ziels der Regelung, nämlich der Förderung der Arzneimittelforschung in der Gemeinschaft, Bezug genommen hat.

96. In der Rechtssache Einlagensicherung gegen die Gerichtshof auf das Vorbringen

110 — Ebd., Randnrn. 36 bzw. 35.

111 — Ebd., Randnr. 34.

112 — Ebd., Randnr. 37-39.

113 — Ebd., Randnr. 37.

114 — Siehe auch die Erörterung oben in Nrn. 83 bis 87 zu der Frage, ob der Erlass von handelsbeschränkenden Maßnahmen mit der Verfolgung von Binnenmarktzielen vereinbar ist.

ein, das in der angefochtenen Maßnahme¹¹⁵ ausgesprochene Verbot dessen, dass Bankzweigstellen in anderen Mitgliedstaaten den Vorteil eines nationalen Einlagensicherungssystems geltend machen könnten, das die Verbraucher in höherem Maße schützte als das in der Richtlinie vorgesehene, sei mit dem Ziel des Artikels 57 Absatz 2 EG-Vertrag unvereinbar. Der Gerichtshof entschied, dass die Höchstdeckung für den Einlagenschutz, den Zweigstellen in anderen Mitgliedstaaten anbieten durften, „eine weit geringere Belastung [ist] als die Verpflichtung, unterschiedlichen Rechtsvorschriften über die Einlagensicherungssysteme in den verschiedenen Aufnahmemitgliedstaaten nachzukommen“, so dass die fragliche Richtlinie selbst den Zweigstellen von in Deutschland zugelassenen Kreditinstituten die Aufnahme und Ausübung der Bankentätigkeit in anderen Mitgliedstaaten erleichtere¹¹⁶.

97. Diese Art der Prüfung unterscheidet sich von der Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Hier wird — im Hinblick auf die Prüfung, ob der Tatbestand einer zu funktionellen Zwecken übertragenen Zuständigkeit erfüllt ist — gefragt, ob die Maßnahme die angeführten Binnenmarktziele verfolgt, nicht, ob sie über das zu deren Erreichung Erforderliche hinausgeht. Weiter sind wir, wie ausgeführt, in diesem Punkt der Prüfung ausschließlich mit der Erreichung dieser Ziele befasst, da dies der Zweck ist, zu dem die Zuständigkeit übertragen wurde. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit hingegen muss auch das zusätzliche materielle Ziel berücksichtigt werden, das durch die Bin-

115 — Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme (ABl. 1994, L 135, S. 5).

116 — Zitiert in Fußnote 52, Randnr. 44.

nenmarktmaßnahmen zu erreichen ist, einschließlich des Ziels eines hohen Gesundheitsschutzniveaus.

98. Offensichtlich muss der Gerichtshof, wenn er mit der konkreten Überprüfung komplexer gesetzgeberischer Entscheidungen befasst ist, die unterschiedliche wirtschaftliche und sonstige Interessen berühren, normalerweise die Feststellung des Gesetzgebers hinnehmen, dass die Wirksamkeit der Maßnahme im Hinblick auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts die auferlegten Beschränkungen rechtfertigt¹¹⁷. Der Gerichtshof kann seine Beurteilung nicht an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen oder die Zweckmäßigkeit einer bestimmten politischen Initiative überprüfen¹¹⁸. Auch wenn es hier um die Bestimmung der Grenzen der gemeinschaftlichen Gesetzgebungszuständigkeit geht, hat die erforderliche konkrete Beurteilung des Verhältnisses der erlassenen Maßnahme zu ihren angegebenen Zielen zur Folge, dass der Gerichtshof den üblichen Maßstab für die Überprüfung der Ausübung eines weiteren gesetzgeberischen Spielraums der Organe anwenden muss. Wo die Organe „über einen weiten Entscheidungsspielraum insbesondere hinsichtlich der Art und des Umfangs der zu treffenden Maßnahme [verfügen], [beschränkt] sich [die Kontrolle des Gemeinschaftsrichters] auf die Prüfung ..., ob [ihnen] beim Treffen einer solchen Entscheidung ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Spielraums offensichtlich überschritten [haben]“¹¹⁹.

99. Gleichwohl ist die Aufgabe des Gerichtshofes in Fällen einer Gesetzgebung einfacher, deren Wirkungen für den fraglichen Sektor — wie im Fall eines Verbots — extrem sind. Es gibt zwar keine Vermutung, dass das praktisch vollständige Verbot einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Gemeinschaftsgesetzgeber den Zielen des Binnenmarkts zuwiderläuft. Andererseits kann ein Gericht die Wirkungen eines solchen Verbots und der daraus zu ziehenden rechtlichen Schlussfolgerungen einfacher feststellen; gegenüber delikaten Abwägungen des Gesetzgebers zwischen unterschiedlichen materiellen Interessen würde es sich sehr viel mehr zurückhalten¹²⁰. Das erleichtert die Prüfung, ob die notwendige Übereinstimmung zwischen dem *Inhalt* des Verbots und dem *Binnenmarktziel* der entsprechenden Maßnahme gegeben ist, wie es namentlich in deren Begründungserwägungen und in materiellen Bestimmungen (wie Artikel 1 der Werberichtlinie) niedergelegt ist, die ausdrücklich oder stillschweigend, aber zwangsläufig, auf ihre Ziele verweisen. Diese Übereinstimmung ist letzten Endes durch Bezug auf die feststellbaren Wirkungen der angefochtenen Maßnahme zu beurteilen. Das genaue Binnenmarktziel, das verfolgt wird, sollte sich aus der Maßnahme selbst ergeben; es lässt sich meines Erachtens nicht durch die Bezugnahme auf weitere oder andere Ziele in einem späteren Stadium ergänzen¹²¹. Stimmen die Wirkungen einer Maßnahme mit den Binnenmarktzielen nicht überein, denen die verwendeten *und vom Gesetzgeber tatsächlich angerufenen* Rechtsgrundlagen dienen, dann hat der Gemeinschaftsgesetzgeber

117 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtssache Einlagensicherung (zitiert in Fußnote 32, Nr. 13).

118 — Vgl. Rechtssache Arbeitszeit (zitiert in Fußnote 80, Randnr. 23).

119 — Urteil vom 5. Mai 1989 in der Rechtssache C-180/96 (Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1998, I-2265, im Folgenden: BSE, Randnr. 60); Urteil vom 25. Januar 1979 in der Rechtssache 98/78 (Racke, Slg. 1979, 69, Randnr. 5). Ich möchte wiederholen, dass Befugnismissbrauch in den vorliegenden Rechtssachen nicht bewiesen ist.

120 — Vgl. etwa Rechtssache Spanien (zitiert in Fußnote 58, Randnrn. 38 f.).

121 — Damit soll nicht gesagt werden, dass die Begründung der Maßnahme einschließlich erheblicher qualitativer oder quantitativer Informationen detaillierter als üblich in der Maßnahme selbst dargestellt werden muss. Hier geht es mir nicht um die hinreichende Begründung der Werberichtlinie (in Abschnitt V *ii* behandelt), sondern darum, die Art dieser Gründe und der verfolgten Ziele klar festzustellen, um die Richtlinie unter Bezug auf ihr Ziel und ihren Inhalt materiell zu überprüfen.

einen offenkundigen Irrtum begangen oder seinen Spielraum überschritten.

Der Zweck der Werberichtlinie

100. Nach Artikel 1 der Richtlinie ist ihr Zweck „die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen“. In der ersten Begründungserwägung heißt es, dass die in den Mitgliedstaaten geltenden unterschiedlichen einschlägigen Bestimmungen Hemmnisse nicht nur für Dienstleistungen im Hinblick auf die Werbung und das Sponsoring von Tabakerzeugnissen, sondern auch für den freien Verkehr von Waren, die der Werbung und dem Sponsoring dienen, bilden können. Diese Unterschiede verzerrten auch den Wettbewerb. Das lässt sich nur dahin verstehen, dass es sich auf den Wettbewerb zwischen den Erbringern der vorgenannten Dienstleistungen — Werbung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen — und zwischen den Herstellern und Verkäufern der Medien für diese Werbung und dieses Sponsoring bezieht. In diesem Zusammenhang bezieht es sich offenkundig nicht auf den Wettbewerb im Werbe- und Sponsoringsektor im allgemeinen, der in der Richtlinie nirgends erwähnt wird. Weiter deutet nichts in dieser Begründungserwägung oder an anderer Stelle in der Werberichtlinie darauf hin, dass es ihr um Schranken für den Handel mit Tabak- oder Diversifizierungserzeugnissen oder um Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Herstellern oder den Verkäufern solcher Produkte oder zwischen den Erzeugern oder Verkäufern

von Waren und Dienstleistungen, die mit Tabak verbundene Marken trügen, und solchen ginge, die dies nicht täten. Die Begründungserwägung endet mit der Feststellung, dass diese Hemmnisse und Verzerrungen das Funktionieren des Binnenmarktes behindern könnten.

101. Die erste Begründungserwägung lässt sich dahin verstehen, dass sie die Vorbedingung für eine Gemeinschaftsharmonisierung auf der Grundlage der Artikel 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag erfüllen will. Die zweite Begründungserwägung enthält die ausdrückliche Feststellung einer Verbindung zwischen der gegebenen Lage, dem Erreichen der Binnenmarktziele — das vorgebliche *Ziel* einer auf der Grundlage der Artikel 100a und 57 Absatz 2 erlassenen Maßnahme — und der tatsächlich getroffenen Maßnahme —, ihrem *Inhalt*¹²²:

„Es erscheint geboten, diese Handelshemmnisse zu beseitigen. Zu diesem Zweck sind die Vorschriften über die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen anzugleichen.“

Die Klägerin Imperial Tobacco trug vor, zu den Zielen der Richtlinie gehöre nicht die Bekämpfung einer Wettbewerbsverzerrung,

122 — Ich möchte natürlich nicht strikt zwischen Ziel und Inhalt unterscheiden. Das Ziel einer Maßnahme kann aus ihren materiellen Bestimmungen wie aus ihren Begründungserwägungen abgeleitet werden — vgl. etwa Rechtssache Schutz des Waldes (zitiert in Fußnote 67, Randnr. 13). In den vorliegenden Rechtssachen lassen sich hingegen den anderen Bestimmungen der Werberichtlinie keine zusätzlichen Hinweise entnehmen.

die sich von den Handelshemmnissen unterscheiden, die in der zweiten Begründungserwägung angeführt werden. Das ist zu eng. Die achte Begründungserwägung verweist auf die Wechselbeziehungen zwischen allen Mitteln der Werbung und stellt fest, dass die Richtlinie „zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen“ alle Formen der Werbung (mit Ausnahme der Fernsehwerbung) erfassen müsse.

102. Ich werde zunächst die Binnenmarktziele der Richtlinie im Hinblick auf die Beseitigung von Hemmnissen für den freien Handel mit Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Werbung und dem Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen überprüfen. Anschließend werde ich mich der Frage der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen im selben spezifischen Wirtschaftssektor zuwenden.

Hemmnisse für den Handel mit Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verkaufsförderung für Tabak

103. Ob es einen ernstlich erheblichen grenzüberschreitenden Handel mit Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verkaufsförderung für Tabak gebe, war im Parteivorbringen ebenso umstritten wie die Frage, ob es Hemmnisse für diesen Handel gebe.

104. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass es für das im EG-Vertrag niedergelegte Verbot von Hemmnissen für den Handel,

die aus unterschiedlichen nationalen Gesetzen folgten, keine Mindestschwelle gebe: Im Zusammenhang des freien Warenverkehrs wurde beispielsweise eine Maßnahme als eine Beschränkung angesehen, die den Handel der Gemeinschaft unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potentiell behindern könne, „selbst wenn die Behinderung geringfügig ist und noch andere Möglichkeiten für den Vertrieb der eingeführten Erzeugnisse bestehen“¹²³. Dass eine nationale Vorschrift nur einen — geographisch oder im Hinblick auf den erfassten grenzüberschreitenden Handel — beschränkten Markt erfasst, ist für die Anwendung des Artikels 30 EG-Vertrag ebenso irrelevant¹²⁴. Die Rechtsprechung zu Dienstleistungen legt den Schluss nahe, dass in diesem Gebiet dasselbe gilt¹²⁵. Die Gemeinschaft ist dafür zuständig, Hemmnisse für den Handel mit Waren und Dienstleistungen durch auf die Artikel 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag gestützte Harmonisierungsmaßnahmen zu beseitigen, die Gesichtspunkte des Allgemeininteresses berücksichtigen, die zunächst zum Erlass der nationalen Bestimmungen geführt hatten. Daraus folgt jedoch nicht, dass derartige Vorgehen ohne weiteres durch geringfügigste Handelshemmnisse gerechtfertigt ist. Es ist zumindest vertretbar, dass Harmonisierungsmaßnahmen sich auf nationale Regeln beziehen sollten, die den Handel nicht nur äußerst geringfügig be-

123 — Urteil vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechts-sachen 177/82 und 178/82 (Van de Haar und Kaveka de Meern, Slg. 1984, 1797, Randnr. 14). Siehe auch Rechts-sache C-126/91 (Yves Rocher, Slg. 1993, I-2361, Randnr. 21).

124 — Vgl. Rechtssache C-67/97 (Bluhme, Slg. 1998, I-8033, Randnrn. 18 bis 22) und meine damaligen Schluss-anträge, Nrn. 18 f.

125 — Vgl. etwa Rechtssache C-384/93 (Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141). Aus dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Bluhme (zitiert in Fußnote 124, Randnr. 22), folgt klar, dass der Ausschluss von der An-wendung der einschlägigen Bestimmungen des EG-Ver-trags in Rechtssachen wie der Rechtssache C-79/92 (Peralta, Slg. 1994, I-3453), von nur mittelbaren oder zufälligen Hemmnissen für den Handel mit Waren oder Dienstleistungen auf die geringe Wahrscheinlichkeit ihrer Wirkungen auf den Handel zurückzuführen ist, nicht auf den Umfang dieser Wirkungen.

treffen. Diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall nicht, da die unterschiedlichen nationalen Bestimmungen, von denen einige höchst restriktiv waren, unmittelbare, bedeutende Wirkungen auf den Handel mit Werbedienstleistungen und -materialien für Tabak haben können. Auch die Frage, ob das Ausmaß des betroffenen grenzüberschreitenden Handels mit Waren oder Dienstleistungen entweder absolut oder im Verhältnis zum rein internen Handel merklich ist, kann von Belang sein. Sie ist jedoch nicht so sehr für die Prüfung der Kompetenz als vielmehr für die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wo es darum geht, ob die Maßnahme zu weit greift (beispielsweise, weil sie einen erheblichen inländischen Handel ebenso wie einen relativ geringen grenzüberschreitenden Handel berührt), und damit bei der Prüfung von Bedeutung, ob überweite beschränkende Wirkungen einer Maßnahme ihren Nutzen für den Binnenmarkt überwiegen.

105. Das deutsche Vorbringen, dass es tatsächlich keine grenzüberschreitende Erbringung von Werbe- und Sponsoringdienstleistungen für die Verkaufsförderung von Tabak¹²⁶ gibt, die von unterschiedlichen nationalen Regelungen dieser Wirtschaftstätigkeit¹²⁷ berührt werden könnte, überzeugt mich nicht. Eine solche Dienstleistung kann etwa von einer internationalen Werbe-

agentur, die in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist, zur Verwendung in der gesamten oder einem Teil der Gemeinschaft¹²⁸ oder von einer örtlichen Zweigstelle zur rein inländischen Verwendung für einen internationalen Kunden (möglicherweise einschließlich einer internationalen Werbeagentur) erbracht werden; sie kann den Entwurf von Markennamen, Werbethemen, Slogans und Kampagnen; die Inauftraggabe von Kunstwerken, die Beauftragung von Models oder Schauspielern und anderen damit, Werbebilder, Filme usw. zu erstellen; die Aufgabe von Anzeigen in den Medien und von Sponsoring verschiedener sportlicher, künstlerischer oder anderer Organisationen, Veranstaltungsorte oder Mannschaften; und die Organisation der Gratisverteilung von Geschenken oder Werbematerial an die Öffentlichkeit umfassen. Die Erbringung solcher Dienstleistungen gegen Entgelt ist offensichtlich wirtschaftlicher Natur. Nur wenn eine bestimmte Dienstleistung aus Gründen des Ordre public in allen Mitgliedstaaten vollständig verboten wäre, fiele sie aus dem Bereich des EG-Vertrags¹²⁹; so verhält es sich mit der Verkaufsförderung für Tabak nicht. Das Sponsoring von Mannschaften oder Ereignissen als Gegenleistung für die Anerkennung des Beitrags des Sponsors oder die Ausstellung von Werbematerial (das auch bei Fernseh- oder Radioubertragung des gesponserten Ereignisses gezeigt werden kann) stellt ebenfalls eine entgeltliche Dienstleistung der Ersteren für den Letzteren dar¹³⁰. Nach den Akten, die dem Gerichtshof vorliegen, sind solche Tätigkeiten nicht unüblich.

126 — Die Werbung für Diversifizierungserzeugnisse, die Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie regelt — Nicht-Tabakerzeugnisse, die Namen, Marken, Symbole oder sonstige Unterscheidungsmerkmale tragen, die für Tabakerzeugnisse verwendet werden — wird als indirekte Form der Tabakwerbung betrachtet und ist deshalb in der anschließenden Prüfung der Werbung für Tabakerzeugnisse mit erfasst, soweit sie nicht für eine besondere Erörterung ausgenommen wird.

127 — Zu nichtdiskriminierenden Beschränkungen der Dienstleistungserbringung vgl. Rechtssache C-275/92 (Schindler, Slg. 1994, I-1039, Randnr. 43), Rechtssache C-76/90 (Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12).

128 — Eine Dienstleistung, die im Mitgliedstaat B von einer Agentur, die im Mitgliedstaat A niedergelassen ist, für einen Kunden irgendwo in der Gemeinschaft einschließlich des Mitgliedstaats A erbracht wird, fällt unter die Bestimmung des EG-Vertrags über Dienstleistungen. Vgl. etwa Rechtssache C-154/89 (Kommission/Frankreich, Slg. 1991, I-659, Randnr. 9) zur Tätigkeit der Fremdenführer.

129 — Rechtssache Schindler (zitiert in Fußnote 127, Randnr. 32).

130 — Vgl. verbundene Rechtssachen C-51/96 und C-191/97 (Delège, Slg. 2000, I-2549, Randnr. 57).

106. Beschränkungen von Dienstleistungen, die Artikel 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) unterliegen, liegen vor, wenn eine Werbeagentur, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig Werbedienstleistungen für Tabakerzeugnisse erbringt, dies in einem anderen Mitgliedstaat aufgrund der dortigen restriktiveren Haltung zur Werbung und zum Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen nicht tun darf. Ähnlich wird die Erbringung von Dienstleistungen etwa durch Sportmannschaften, Orchester, Wanderausstellungen oder sportliche Wettkämpfe, die an vielen Veranstaltungsorten ausgetragen werden, beschränkt, wenn das Sponsoring, das sie nach der Rechtslage eines Mitgliedstaats annehmen und veröffentlichen dürfen, in einem anderen verboten und zusätzlichen Bedingungen unterworfen ist. Auch die grenzüberschreitende Erbringung von Radiodienstleistungen könnte von nationalen Vorschriften über den Werbegehalt solcher Sendungen berührt werden ¹³¹.

107. Die Gruppe von Waren, die unter die Werberichtlinie fallen und für die es Handelschranken geben mag, ist weniger umfassend. Sie beinhaltet nur Waren, die zwischen den Mitgliedstaaten gehandelt werden und nicht ausschließlich als Medien für die Tabakwerbung oder das Tabaksponso-

ring dienen. Das offensichtliche Beispiel sind Zeitungen oder Zeitschriften, die normalerweise sowohl anderen werblichen als auch redaktionellen Inhalt haben und deren Verbreitung in einem anderen Mitgliedstaat tatsächlich oder potentiell dadurch behindert wird, dass Tabakanzeigen, die im Herstellungsmitgliedstaat zulässig sind, in anderen Mitgliedstaaten verboten oder anderen Bedingungen unterworfen sind. Nicht zu erörtern in diesem Zusammenhang sind Zigaretten, die zu Zwecken der Verkaufsförderung gratis verteilt (und vermutlich vom Hersteller geliefert) werden, oder mobile Werbe- oder Sponsoringträger wie Rennwagen oder Mannschaftssportkleidung, die in internationalen Wettbewerben verwendet werden: Diese sind unter solchen Umständen nicht Gegenstand eines innergemeinschaftlichen *Handels*, selbst wenn sie Grenzen überschreiten ¹³². Gleichwohl kann das Organisieren einer Vertriebskampagne oder einer Sponsoringabmachung (ebenso wie die Übernahme eines verkaufsfördernden Sponsoring) grenzüberschreitende Aspekte haben, die von unterschiedlichen nationalen Regeln berührt werden können. Gegenstände hingegen, die im Einzelfall ausschließlich als Medium der Tabakwerbung dienen — Plakate, Broschüren, Flugblätter u. a. —, werden wahrscheinlich besser unter dem Gesichtspunkt einer verkaufsfördernden Dienstleistung geprüft, deren greifbarer Ausdruck sie sind ¹³³, selbst wenn sie unter bestimmten Aspekten selbst Gegenstand des Handels sind (beispielsweise die Lieferung von Drucksachen durch einen Drucker an eine Werbeagentur).

131 — Vgl. die obige Erörterung der Richtlinie 89/552/EWG. Entgeltliche grenzüberschreitende Rundfunkwerbung ist eine Dienstleistungserbringung im Sinne des Artikels 59 EG-Vertrag: Rechtssache 352/85 (Bond van Adverteerders, Slg. 1988, 2085).

132 — Die Bestimmung des EG-Vertrags über den freien Warenverkehr würden jedoch Anwendung finden auf den unabhängigen Handel mit Fanartikeln, soweit sie, wie häufig, dieselben Sponsoringslogos tragen und die als „Erzeugnisse, die als Medium für Werbung und Sponsoring dienen“, angesehen werden könnten.

133 — Vgl. Rechtssache Schindler (zitiert in Fußnote 127, Randnr. 22).

108. Meiner Überzeugung nach lagen somit die Vorbedingungen dafür vor, dass die Gemeinschaft ihre Harmonisierungskompetenz für den Handel und die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen im vorliegenden Fall ausüben konnte. Daher ist zu prüfen, wie die Werberichtlinie die vorgenannten nicht-diskriminierenden Hemmnisse für den Handel mit Waren und Dienstleistungen behandelt.

Die Angleichung durch die Werberichtlinie

109. Der zentrale Punkt der Werberichtlinie ist ein umfassendes Verbot der direkten und indirekten Werbung und des Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Dieses Verbot in Artikel 3 Absatz 1 der Werberichtlinie ist unbeschadet des Verbots der Fernsehwerbung durch die Richtlinie 89/552/EWG allumfassend; jedoch ist die Anwendung der Richtlinie in Artikel 3 Absatz 5 ausdrücklich einer Reihe von Ausnahmen unterworfen.

110. Die Bedeutung dieser Ausnahmen unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaft und der Verkaufsförderung im Verhältnis zur gesamten Werbung für Tabak wurde breit erörtert. Der Streit darüber, ob die Richtlinie im Ergebnis ein „völliges Verbot“ der Tabakwerbung enthält, ist nur sprachlicher Natur. Meines Erachtens sind die Ausnahmen im Zusammenhang der gesamten Tabakwerbung geringfügig. Das

Verbot kann billigerweise als umfassend beschrieben werden. Es umfasst alle an den Verbraucher gerichtete Werbung von Wirtschaftsunternehmen innerhalb der Gemeinschaft außerhalb der Verkaufsstelle.

111. Im Lichte dieses umfassenden Verbotes ist zu bestimmen, welchen Nutzen der Binnenmarkt aus der Werberichtlinie zieht. Entscheidend ist, wie insbesondere die Klägerin Imperial Tabacco vorgetragen hat, dass die Richtlinie nicht versucht, die bestehenden nationalen Bestimmungen hinsichtlich der beschränkten Formen von Werbung zu harmonisieren, die sie nicht selbst verbietet. Unter im übrigen gleichen Umständen hätte es vertretbar sein können, zu behaupten, dass der Handel mit Dienstleistungen und Waren in den ausgenommenen Gebieten durch die Annahme der Maßnahme stillschweigend liberalisiert worden wäre, die umfassende Bereiche der fraglichen Wirtschaftstätigkeit — durch Verbot — harmonisierte. Aber das hat die Richtlinie nicht getan. Artikel 5 stellt außer Zweifel, dass die Richtlinie keine solche liberalisierende Wirkung haben oder auch nur solche Werbung unter bestimmten Bedingungen erlauben soll, da er ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten unberührt lässt, auf den ausgenommenen Gebieten aus Gründen des Gesundheitsschutzes strengere Vorschriften zu erlassen. Auch wenn solche nationalen Maßnahmen im Einklang mit dem EG-Vertrag stehen müssen, berührt die Richtlinie unter keinem Gesichtspunkt ihre fortdauernde Anwendbarkeit auf Aspekte der Tabakwerbung, die nicht unter ihr weitreichendes harmonisiertes Verbot fallen.

112. Ich sehe sehr wohl, dass die Mitgliedstaaten, selbst wenn für die von der Richtlinie nicht verbotenen Formen der

Tabakwerbung harmonisierte Bestimmungen erlassen worden wären, sich auf Artikel 100a Absatz 4 EG-Vertrag hätten berufen können, um weiterhin aus Gründen der Gesundheit strengere nationale Maßnahmen anzuwenden. Von Belang ist hier, dass dieses Verfahren nicht auf Gesichtspunkte einer Maßnahme anwendbar ist, die Hemmnisse für die Erbringung von Dienstleistungen enthält und für die Artikel 57 Absatz 2 EG-Vertrag, nicht aber Artikel 100a die spezifische Rechtsgrundlage ist. Zudem wäre die hypothetische Situation, auf die ich eben Bezug genommen habe, eine ganz andere als diejenige, die sich aus der Nichtangleichung der nationalen Bestimmungen in den Gebieten ergibt, auf die Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie Bezug nimmt. Zunächst setzt der Rückgriff auf Artikel 100a Absatz 4 EG-Vertrag ein besonderes, von der Kommission verwaltetes Bestätigungsverfahren voraus, wobei die Entscheidung der Kommission auf Klage anderer Mitgliedstaaten der gerichtlichen Kontrolle unterliegt¹³⁴. Die Mitgliedstaaten können nicht einseitig ohne Zustimmung der Kommission handeln¹³⁵. Verweigert die Kommission die Bestätigung, so muss der mitteilende Mitgliedstaat die Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission betreiben, bevor er handeln kann¹³⁶. Setzen sie ohne eine solche Bestätigung eine Harmonisierungsrichtlinie nicht fristgerecht um, kann diese vor den nationalen Gerichten unmittelbare Wirkung entfalten¹³⁷. Angesichts all dessen lässt sich nicht vertreten, ohne den Nutzen eines Gemeinschaftsvorgehens nach Artikel 100a EG-Vertrag in vielen Zusammenhängen in Frage zu stel-

len, dass jede Form der — vollständigen oder bedingten — harmonisierten Liberalisierung der in Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie erwähnten Gebiete unweigerlich zu einem Ergebnis geführt hätte, das dem unter der Richtlinie erzielten letztlich ähnlich wäre.

113. Nach alledem steht fest, dass die Werberichtlinie keine Hindernisse für den Handel mit Dienstleistungen, die inhaltlich ausschließlich der Werbung oder dem Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen dienen — einschließlich solcher Dienstleistungen, die ihren Ausdruck in Waren wie Broschüren, Flugblättern oder Plakaten gefunden haben, sowie der Dienstleistungselemente der Gratisverteilung von Tabakerzeugnissen —, beseitigt und diesen Handel dadurch erleichtert hat. Die *einzig*e Wirkung der Richtlinie in ihrem weiten Anwendungsbereich ist das Verbot des Handels mit den fraglichen Dienstleistungen. Es gibt keine ausgleichenden Vorteile für Unternehmen, die in der Herstellung oder dem Vertrieb solcher Dienstleistungen tätig sind. Bestehende Hemmnisse aufgrund unterschiedlicher nationaler Bestimmungen bestehen in den von der Richtlinie nicht erfassten Gebieten fort. Auch wenn dieses Ziel nicht ausdrücklich erwähnt wird, ergibt sich sowohl aus dem Inhalt der Richtlinie als auch aus ihrem Parallelziel, den Gesundheitsschutz des Bürgers zu berücksichtigen¹³⁸, dass sie den Handel mit den fraglichen Dienstleistungen einschneidend zu verringern beabsichtigt oder dass ein solches Ergebnis zumindest unausweichlich ist. Aus rechtlicher Sicht kann eine Maßnahme, deren einzige Wirkung das Verbot einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist, nicht als Beseitigung von Hemmnissen für den

134 — Vgl. Rechtssache C-41/93 (Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-1829).

135 — Rechtssache C-319/97 (Kortas, Slg. 1999, I-3143, Randnrn. 28 und 36).

136 — Rechtssache Kortas, ebd., Randnr. 27. Vgl. etwa Rechtssache C-512/99 (Deutschland/Kommission), und Rechtssache C-3/00 (Dänemark/Kommission), beide noch anhängig.

137 — Rechtssache Kortas, ebd., Randnr. 22.

138 — Vgl. vierte Begründungserwägung der Richtlinie.

Handel betrachtet werden, *die diese Tätigkeit betreffen*. Ich komme daher zum Ergebnis, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber, was die Beurteilung der Vorteile betrifft, die Unternehmen, die auf dem fraglichen Gebiet tätig sind, und der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarktes tatsächlich zugute kommen, offenkundig geirrt oder seinen Spielraum offenkundig überschritten hat.

114. Zu einem anderen Ergebnis würde ich kommen, wenn die Werberichtlinie nur den Handel mit solchen Dienstleistungen und Waren erfasste, die zwar als Medium für Werbung und Sponsoring dienen, aber auch andere Funktionen und anderen wirtschaftlichen Wert haben. Eine solche Dienstleistung ist die grenzüberschreitende Erbringung von Radiosendungen. Der Grund für das Verbot tabakbezogener Werbung oder von Programmsponsoring im Radio ist genau dasselbe wie der für ihr früheres Verbot im Fernsehen. Eine weitere solche Dienstleistung ist die Sponsoringdienstleistung durch Mannschaften oder durch die Sportorganisation selbst in umherziehenden Sportarten wie den Formel-Eins-Rennen. Zwei unterschiedliche Beispiele einschlägiger Waren, die ich bereits genannt habe, sind einerseits Zeitungen und Zeitschriften, andererseits Fanartikel. In allen diesen Fällen könnte zwar der Ertrag der jeweiligen Tätigkeit durch das Verbot von Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen in der Richtlinie beeinträchtigt werden, es steht aber keineswegs fest, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber irrt oder seinen Spielraum überschritt, als er zu dem Ergebnis kam, dass der freie Verkehr oder die grenzüberschreitende Erbringung durch einheitliche Bestimmungen über den Inhalt von Werbung und Sponsoring erleichtert würde, die die tatsächliche oder potentielle

Beschränkung durch unterschiedliche nationale Regelungen beseitigen¹³⁹.

115. Das gilt entsprechend für das in Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie enthaltene Verbot der Werbung für Nicht-Tabakerzeugnisse oder Dienstleistungen, die Namen, Marken, Symbole oder sonstige Unterscheidungsmerkmale tragen, die für ein Tabakerzeugnis verwendet werden (Diversifizierungserzeugnisse). Schwieriger ist die Lage bei der Bewerbung von Waren und Dienstleistungen, die vor dem 30. Juli 1998 guten Glaubens unter einem Namen in den Verkehr gebracht wurden, der auch für Tabakerzeugnisse verwendet wird¹⁴⁰. Die Mitgliedstaaten können kraft Artikel 3 Absatz 2 der Werberichtlinie gestatten, dass dieser Name für die Bewerbung der fraglichen anderen Waren oder Dienstleistungen verwendet wird. Im Ergebnis sind daher die Vorschriften über die Erbringung von Werbedienstleistungen in diesem Gebiet nicht vollständig harmonisiert worden. Gewisse Bedingungen für die Zulässigkeit solcher Werbung sind verhängt worden — dass der Name in einer Weise verwendet wird, die sich deutlich von der unterscheidet, die für ein Tabakerzeugnis verwendet wird —, aber dies dient nur dazu, alle nicht übereinstimmenden Verkaufsförderungsmaßnahmen zu verbieten, ohne Unterschiede zwischen den nationalen Bestimmungen über diese Formen der Werbung für die fraglichen Erzeugnisse und Dienstleistungen anzugehen, die nicht unter das Verbot fallen. Im Ergebnis kombiniert diese Bestimmung auf eigentümliche Weise die Vorliebe für einer-

139 — Vgl. etwa Artikel 5 des ersten Richtlinienvorschlages, der dem Erlass der Werberichtlinie vorherging, und den Mitgliedstaaten die Beschränkung des Handels mit Veröffentlichungen verboten hätte, die dem Vorschlag gerecht wurden.

140 — Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie spricht nicht von Sponsoring.

seits ein Verbot, andererseits eine Nicht-harmonisierung, die die gesamte Regelung kennzeichnet. Da es den Mitgliedstaaten freigestellt bleibt, Werbung, die der vorgenannten Bedingung betreffend die Differenzierung des Namens entspricht, zu erlauben oder zu verbieten, trägt diese Bestimmung zudem nicht einmal zur Beseitigung von Hemmnissen für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen und vom Handel mit Waren wie Radio und Zeitungen bei, die nicht ausschließlich Werbemedien für Tabak sind. Da Artikel 3 Absatz 2 eine Ausnahmemöglichkeit von einem gemeinschaftsrechtlichen Verbot vorsieht, würden die daraus folgenden Unterschiede zwischen nationalen Rechtsordnungen weiterhin wahrscheinlich einer Prüfung an den Artikeln 30 und 59 EG-Vertrag entzogen. Ich komme zu dem Ergebnis, dass diese Bestimmung in keiner Weise zur Beseitigung von Hemmnissen für den Handel mit Waren und Dienstleistungen beiträgt, die mit der Tabakwerbung im Zusammenhang stehen, und dass daher die Artikel 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag für ihren Erlass keine geeignete Rechtsgrundlage darstellen.

116. Einer besonderen Erörterung bedarf auch Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a der Werberichtlinie. Nach dieser Bestimmung tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass kein Tabakerzeugnis den Namen, die Marke, das Symbol oder ein sonstiges Unterscheidungsmerkmal anderer Erzeugnisse oder Dienstleistungen trägt, es sei denn, dass dieses Tabakerzeugnis am 30. Juli 2001 — dem Tag, an dem die Frist zur Umsetzung der Richtlinie abläuft — bereits auf dieser Basis in den Verkehr gebracht worden ist. Der Zweck dieser Bestimmung ist aus den Begründungserwägungen der

Richtlinie nicht unmittelbar ersichtlich, da sie dort nicht spezifisch erwähnt ist. Eine solche Namensgebung für Tabakerzeugnisse fällt als solche nicht einmal unter die großzügige Definition der Werbung in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie. Allenfalls lässt sich sagen, dass Artikel 3 Absatz 1 verhindern soll, dass Tabakerzeugnisse indirekt von der unbeschränkten Werbung für Nicht-Tabakerzeugnisse profitieren, deren Namen sie kraft einer Art umgekehrter Diversifizierung teilen¹⁴¹. Das könnte für den Binnenmarkt in Werbedienstleistungen und Werbemedien generell von Belang sein, wenn es unterschiedlichen nationalen Bestimmungen über die Zulässigkeit der Bewerbung von Nicht-Tabakerzeugnissen entgegenwirken sollte, die Namen in dieser Weise teilen; jedoch ist ein solches Ziel weder vom Gemeinschaftsgesetzgeber erwähnt noch sonst ersichtlich. Die Bestimmung scheint in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Errichtung des Binnenmarkts in Dienstleistungen und Waren zu stehen, die mit der Werbung und dem Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen zusammenhängen und die ihrerseits als Wirtschaftstätigkeiten, wie gesehen, mit sehr geringen Ausnahmen unabhängig davon verboten sind, welche Namen die fraglichen Tabakerzeugnisse tragen. Im Ergebnis bin ich daher der Auffassung, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber unter Berücksichtigung der Binnenmarktziele, auf die er sich beruft, nicht dafür zuständig war, Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie auf der Grundlage der Artikel 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag zu erlassen.

141 — Sie stellt auch eine harmonisierte Bestimmung für ein Erzeugnis hinsichtlich dessen Darbietung dar, die für den freien Verkehr mit Tabakerzeugnissen in der Gemeinschaft erheblich sein mag; dieser freie Verkehr zählt jedoch nicht zu den Zielen der Richtlinie. Angesichts des parallelen Zieles der Richtlinie, der Gesundheit, wie es insbesondere in der vierten Begründungserwägung zum Ausdruck kommt, lässt sich kaum annehmen, dass diese den Handel mit Tabakerzeugnissen erleichtern soll.

Wettbewerbsverzerrung

117. Ich wende mich nunmehr der Frage zu, ob die Richtlinie Wettbewerbsverzerrungen beseitigt, die sich aus der Anwendung unterschiedlicher nationaler Bestimmungen über die Verkaufsförderung für Tabak auf anderem Wege als durch nicht ausschließliche Werbemedien ergeben. Auf die Frage nicht ausschließlicher Werbemedien und Träger von Sponsoring wie Radiosendungen, Zeitschriften, „mobile“ sportliche und künstlerische Ereignisse, Mannschaften, Orchester usw. werde ich nicht mehr eingehen, da ich bereits zum Schluss gekommen bin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nach den Artikeln 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag zuständig gewesen wäre, aus den genannten Gründen die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabak in solchen Fällen zu verbieten. Ich beschränke meine Bemerkungen weiter auf die Wirkungen des zentralen Verbots der Werbung und des Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie. Die Wirkung von Artikel 3 Absätze 2 und 3 lässt sich aus dieser Erörterung ableiten, wie ich es selbst bereits für die Beseitigung von Handelshemmnissen getan habe.

118. Ich erinnere nochmals an mein oben gefundenes Ergebnis, dass die Gemeinschaftskompetenz nach Artikel 100a EG-

Vertrag, nationale Bestimmungen zu harmonisieren, um einen unverzerrten Wettbewerb sicherzustellen, auf Maßnahmen beschränkt ist, die nicht nur inzident Bedingungen in einem spezifischen Sektor¹⁴² betreffen, und dass der Wirtschaftssektor, den die Werberichtlinie regelt, jener der Werbung und des Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen und des damit verbundenen Handels in Medienerzeugnissen ist¹⁴³. Letztlich ist es nicht erforderlich zu untersuchen, ob oder wie der Wettbewerb in dem fraglichen Sektor verzerrt war oder ob solche Verzerrungen fühlbar waren oder eine andere mögliche Schwelle überschritten. Meines Erachtens trägt die Richtlinie schlicht nicht zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen in dem fraglichen Sektor bei, aus dem schlichten, bereits angeführten Grund, dass sie diesen Sektor zu einem sehr großen Teil beseitigt und, soweit sie dies nicht tut, keine Harmonisierung der Bedingungen erreicht.

119. Ich möchte jedes Vorbringen dahin zurückweisen, dass der Wettbewerb, selbst wenn die Mitgliedstaaten weiterhin unterschiedliche Bestimmungen über die von dem Verbot kraft Artikel 3 Absatz 5 der Richtlinie ausgenommenen Formen der Werbung erlassen können, auf diesen Gebieten gleichwohl weitgehend angeglichen ist, weil alle Werbenden von den verbotenen Gebieten ausgeschlossen sind. Dieses Vorbringen beruft sich auf mögliche Wirkungen auf den Wettbewerb bei den ausgenommenen Werbeformen — dass allen Marktbeteiligten der Zugang zu Größenvorteilen genommen werde, weil sie alle

142 — Vgl. die Erörterung der Rechtssachen Titandioxid (zitiert in Fußnote 51) und Abfall I (zitiert in Fußnote 85), oben in Nr. 91.

143 — Siehe oben, Nrn. 99 bis 102.

von einem großen Teil des Marktes ausgeschlossen seien —, die bestenfalls mittelbar und entfernt sind. Für diejenigen, die tatsächlich Werbeflächen zur Verfügung stellen — Branchenveröffentlichungen, Einzelhändler und Drittlandsveröffentlichungen — ist es irrelevant, da diese sowieso keine notwendigen Verbindungen mit den verbotenen Medien haben. Was die Erbringer allgemeiner Werbedienstleistungen für die Tabakindustrie, etwa Werbeagenturen, betrifft, ist die Angleichung der Bedingungen in den verbleibenden Tätigkeitsgebieten schlicht durch das Verbot großer Teile einer reinen *Nebentätigkeit* von nur sehr entferntem wettbewerblichem Vorteil. Es lässt sich meines Erachtens nicht mit der harmonisierten Regulierung (einschließlich des Verbots) des Inputs, des Outputs oder des Umfelds eines spezifischen Sektors vergleichen, der von einheitlichen Wettbewerbsbedingungen profitieren soll, wie in der Rechtssache Titandioxid. Ich würde dies für einen klaren Fall der Anwendung der Aussage in der Rechtssache Abfall¹⁴⁴ halten, wo der Unterschied zu dem vorgenannten Fall darin gesehen wird, dass die fragliche Gesetzgebung zwar das Funktionieren des Binnenmarktes berührte, diese Wirkung aber nicht ausreichte, um Artikel 100a EG-Vertrag anwendbar zu machen, da diese Wirkung nur inzident war. Ich habe bereits angedeutet, dass dies der Fall sei, wenn die Wirkung der Maßnahme auf die Wettbewerbsbedingungen in den betroffenen Sektoren so entfernt waren, dass sie nicht auf der Grundlage des Artikels 100a erlassen werden konnten, selbst wenn es an einer alternativen Rechtsgrundlage fehlte. Das muss auch im vorliegenden Fall gelten, wo Artikel 129 EG-Vertrag offensichtlich keine solche Alternative bietet.

¹⁴⁴ — Zitiert in Fußnote 85, Randnrn. 18 f..

120. Folglich beging der Gemeinschaftsgesetzgeber einen offenkundigen Irrtum oder überschritt seinen Spielraum offenkundig, als er die Werberichtlinie als Maßnahme zur Sicherung eines unverzerrten Wettbewerbs auf dem Gebiet der Werbung und des Sponsoring zugunsten von Tabak erließ.

Folgen: Ungültigkeit und Trennbarkeit

121. Ich bin zu dem Ergebnis gelangt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht zuständig war, die Richtlinie aus einem der von ihm angeführten Gründe — Beseitigung von Hemmnissen für den Handel mit Waren und Dienstleistungen oder Angleichung der Wettbewerbsbedingungen — zu erlassen, soweit es um die Werbung in Medien geht, die in jedem Einzelfall ausschließlich Tabakwerbung enthalten. Folgt der Gerichtshof meiner Ansicht, dass die Werberichtlinie auf der angegebenen Rechtsgrundlage nicht gültig erlassen wurde, so wird er gemäß Artikel 174 EG-Vertrag (jetzt Artikel 231 EG) „die angefochtene Handlung für nichtig [erklären]“.

122. Andererseits wäre der Gemeinschaftsgesetzgeber meines Erachtens dafür zuständig gewesen, unter Berufung auf die in der Richtlinie angeführten Gründe des freien Verkehrs die Werbung und das Sponsoring zugunsten von Tabak in Medien zu verbieten, die auch anderen, davon unabhängigen Inhalt haben und in denen ein eigenes Dienstleistungs- oder Handelelement enthalten ist, wie Zeitungen und Radiosendungen. Was ergibt sich aus diesem Ergebnis, wenn der Gerichtshof ihm folgt, für dessen Entscheidung in den vorliegenden Rechtssachen? Der Gerichtshof kann zweifelsfrei die Maßnahme teilweise

für nichtig erklären, wie er es häufig tut. Der Gerichtshof hat keine allgemeinen Leitlinien zur Frage der Teilnichtigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme aufgestellt. Gleichwohl will mir scheinen, dass er dann zur Teilnichtigkeitsklärung gegriffen hat, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt waren: wenn zum einen eine besondere Bestimmung für sich allein stehen kann und somit ohne Änderung des restlichen Textes abgetrennt werden kann; wenn zum anderen die Nichtigkeitsklärung dieser Bestimmung den Gesamtzusammenhang der gesetzgeberischen Regelung, zu der sie gehört, nicht berührt.

123. Das Urteil in der Rechtssache Arbeitszeit¹⁴⁵ bietet ein gutes Beispiel. Der Gerichtshof hat Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 93/104/EG vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung¹⁴⁶ für nichtig erklärt, der grundsätzlich den Sonntag zum wöchentlichen Ruhetag bestimmte. Er wurde aus dem Grund für nichtig erklärt, dass der Rat nicht dargetan hatte, warum der Sonntag als wöchentlicher Ruhetag im engerem Zusammenhang mit der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer — dem Ziel der angefochtenen Richtlinie — stehen solle als ein anderer Wochentag. Der Gerichtshof stellte ausdrücklich fest, dass Artikel 5 Absatz 2 von den übrigen Bestimmungen abgetrennt werden könne; es ist klar, dass er nicht davon ausging, dass diese Entfernung die gesetzliche Regelung

stören würde, da die Bestimmung mit deren Ziel nicht im Zusammenhang stand.

124. Der Gerichtshof hat sich auch außerhalb des Zusammenhangs der Gesetzgebung mit der Frage der Teilnichtigkeit befasst. So hat er in der Rechtssache Consten und Grundig entschieden, dass unter den Umständen des Falles die Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht hinreichend begründet habe, warum sie eine Vereinbarung zwischen Unternehmen in ihrer Gesamtheit als wettbewerbswidrig verboten habe und nicht nur bestimmte abtrennbare Klauseln, stellte aber auch fest, dass ein solches Verbot der gesamten Vereinbarung möglich sei, „wenn sich diese Teile nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen“¹⁴⁷. In der Rechtssache Transocean Marine Paint erklärte der Gerichtshof die Bestimmung einer umfassenderen Kommissionsentscheidung für nichtig, die als einzige von der betroffenen Handelsvereinigung angefochten worden war, und zwar trotz ihrer Bedeutung, weil sie von den anderen Bestimmungen getrennt werden konnte und weil die Entscheidung als Ganzes den Interessen der betroffenen Unternehmen entsprach¹⁴⁸. Das legt meines Erachtens den Schluss nahe, dass es dem Gerichtshof um die Kohärenz der bei einer Teilnichtigkeitsklärung aufrechterhaltenen Bestimmung ging.

125. Nützliche Hinweise zur Frage der gesetzgeberischen Kohärenz lassen sich auch den Rechtsordnungen entnehmen, in denen die Gerichte die Befugnis haben, Gesetze im Hinblick auf Bestimmungen einer ge-

145 — Zitiert in Fußnote 80, Randnr. 37.

146 — ABL. L 307, S. 18.

147 — Urteil vom 13. Juli 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56/64 und 58/64 (Slg. 1966, 321, 392).

148 — Rechtssache 17/74 (Slg. 1974, 1063, Randnr. 21).

schriebenen Verfassung für ungültig zu erklären.

126. Der irische Supreme Court hat ausgeführt:

„Es gibt eine Vermutung dafür, dass ein Gesetz oder eine Verordnung nicht nur als Gesamtheit für verfassungsgemäß erklärt werden kann. Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar Wenn das, was übrig bleibt, mit dem für nichtig erklärten Teil so unlösbar verbunden ist, dass der Rest nicht für sich allein Bestand haben kann, oder wenn der Rest der Absicht des Gesetzgebers nicht mehr entspräche, dann wird der Rest nicht abgetrennt und für verfassungsgemäß erklärt. Es geht ganzwesentlich um die Auslegung des Willens des Gesetzgebers im Lichte der einschlägigen Verfassungsbestimmungen Würden die Gerichte einen Teil einer Verordnung als verfassungswidrig abtrennen und den Rest für gültig erklären und damit eine Wirkung erzielen, die der gesetzgeberischen Absicht widerspräche, so würde das Gericht in den ausschließlichen Bereich der Gesetzgebung übergreifen und damit seine Kompetenz überschreiten“¹⁴⁹.

Für den Supreme Court der Vereinigten Staaten führte Richter Brandeis in der Sache Lynch/US aus:

„Sicherlich ist ein Gesetz, das teilweise verfassungswidrig ist, nicht notwendig ins-

gesamt nichtig. Eine im Rahmen der Befugnisse des Gesetzgebers erlassene Bestimmung kann erhalten bleiben, wenn sie vom verfassungswidrigen Teil abgetrennt werden kann. Aber keine Bestimmung, so wenig auch gegen sie einzuwenden sein mag, kann Bestand haben, wenn nicht klar ist, dass diese Bestimmung für sich allein Rechtswirkung haben kann und dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die nicht zu beanstandende Bestimmung bestehen zu lassen, falls die anderen, für verfassungswidrig befundenen Bestimmungen aufgehoben würden.“¹⁵⁰

Ich schlage vor, ein ähnliches Vorgehen im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich zu verankern.

127. Keine der erwähnten Bedingungen ist in den vorliegenden Fällen erfüllt. Zunächst schlägt sich die mögliche Gültigkeit eines Werbeverbots für bestimmte Medien nicht in eigenen, abtrennbaren Textstellen der Werberichtlinie nieder. Artikel 2 Absätze 1 und 2 der Werberichtlinie definiert die Werbung und das Sponsoring ganz allgemein; Artikel 3 Absatz 1 verhängt ein allgemeines, umfassendes Verbot jeder Form der Werbung und des Sponsoring. Spezifische Werbe- oder Sponsoringmedien sind nur in Artikel 3 Absatz 5 im Zusammenhang mit der Sonderbehandlung erwähnt. Jede Teilnichtigkeitsklärung würde daher zu einer schöpferischen Neufassung der Maßnahme durch den Gerichtshof im Wege der Auslegung führen. Keine offen-

150 — 292 US 571 (1934). Anscheinend beachten die Gerichte der Vereinigten Staaten die erste oben aufgestellte Bedingung nicht; sie erklären manchmal ein allgemein anwendbares Gesetz oder eine allgemein anwendbare Verordnung für einige Anwendungen für nichtig, für andere aber nicht. Ihre Verpflichtung auf den Willen des Gesetzgebers findet erst recht Anwendung, wenn die Abtrennbarkeit gesetzlicher Bestimmungen strenger behandelt wird.

149 — Maher/Attorney General [1973] IR 140.

kundig abtrennbare Bestimmung bietet sich an, im Wege einer Nichtigerklärung sauber abgetrennt zu werden.

128. Weiter würden die aufrechterhaltenen Teile nur einen Teil des Gegenstands des Verbotes darstellen, das der Gemeinschaftsgesetzgeber offensichtlich ganz allgemein beabsichtigt hatte. Der Gerichtshof würde die Axt an den Baum anlegen, aber sich bemühen, einige Äste überleben zu lassen, obwohl die achte Begründungserwägung der Richtlinie auf die Wechselbeziehung zwischen allen Mitteln der Werbung und auf die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen zwischen ihnen hinweist. Unabhängig davon, ob dies zutrifft, ergibt sich aus dieser Begründungserwägung sowie aus Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 3 Absatz 1 klar, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber (vorbehaltlich gewisser spezifischer Ausnahmen in Artikel 3 Absätze 2 und 5) eine Maßnahme von allgemeiner, undifferenzierter Anwendung im Auge hatte, nicht aber eine solche, die auf die Eigenarten bestimmter Werbemedien oder Sponsoringdienstleistungen abgestellt war. Jeder Versuch, die Richtlinie von Gerichts wegen neu zu schreiben, stünde auch im Widerspruch zur Rechtssicherheit: Es wäre außerordentlich schwierig, die Teile des Werbeverbots, die bestehen bleiben sollten (unter der Annahme, dass sie nicht aus einem der anderen Nichtigkeitsgründe verworfen werden, die in diesen Rechts-sachen geltend gemacht worden sind), angemessen zu beschreiben, da sich eine solche Beschreibung in der Richtlinie nicht findet.

129. Ich schlage dem Gerichtshof also vor, die Werberichtlinie insgesamt für nicht zu erklären.

130. Die Nichtigkeitsgründe, auf die sich die Kläger weiter berufen, behandle ich zwangsläufig kürzer als die Hauptfrage. Ich kann keine Vermutungen darüber anstellen, wie der Gerichtshof vorgehen wird, falls er meinen Hauptantrag zurückweist. Das gilt insbesondere für die Verhältnismäßigkeit, wo sonst viele verschiedene alternative Hypothesen betrachtet werden müssten.

ii) Subsidiarität

131. Wenn es auch einen Zusammenhang zwischen Rechtsgrundlage und Subsidiarität gibt, stellt sich die Frage doch anders. Es ist nicht die Frage, ob die Gemeinschaft zum Erlass der angefochtenen Maßnahme zuständig war, sondern die Frage, ob sie diese Zuständigkeit ausüben sollte¹⁵¹.

132. Das Subsidiaritätsprinzip tauchte im EWG-Vertrag auf dem beschränkten Gebiet der neuen Gemeinschaftskompetenz für die Umwelt, die mit der Einheitlichen Europäischen Akte eingefügt worden war, zum ersten Mal auf¹⁵². Allgemein wurde es mit dem Vertrag über die Europäische Union

151 — Ähnlich, wenn auch nicht gleich, die Erörterung in den Schlussanträgen des Generalanwalts Léger in der Rechts-sache Arbeitszeit (zitiert in Fußnote 80, Nrn. 126 f.).

152 — Artikel 130r Absatz 4 EWG-Vertrag lautete: „Die Gemein-schaft wird ... insoweit tätig, als die ... Ziele besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können als auf der Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten“. Diese Bestim-mung wurde mit Inkrafttreten des Vertrages über die Europäische Union am 1. November 1993 aufgehoben.

als Artikel 3b EG-Vertrag eingeführt. Artikel 3b Absatz 2 lautet:

„In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“

133. Das Prinzip betrifft nur die Entscheidung zwischen einem Vorgehen der Gemeinschaft und einem solchen der Mitgliedstaaten. Aus diesem Grund neben anderen¹⁵³ spiegelt es die Präambel und Artikel A des Vertrags über die Europäische Union (nach Änderung jetzt Artikel 1 EU) allenfalls unvollständig wider, wonach „Entscheidungen möglichst bürgernah getroffen werden“ sollen. Bei einem Vorgehen der Mitgliedstaaten ist die Frage der Bürgernähe von der Verfassung und der Struktur des betroffenen Mitgliedstaats abhängig. Aus demselben Grund erscheint es nicht angebracht, den Inhalt oder die Anwendung des weiteren Grundsatzes zu erörtern, es sei falsch, „das, was die kleineren untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können,

153 — Artikel L des Vertrages über die Europäische Union (nach Änderung jetzt Artikel 46 EU) nennt weder Artikel A noch Artikel B (nach Änderung jetzt Artikel 2 EU), der die Union auf die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips verpflichtet, unter den Bestimmungen, hinsichtlich derer der Gerichtshof zuständig ist.

für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen“¹⁵⁴. Aus diesem und einem weiteren Grund wird meine Erörterung des Subsidiaritätsprinzips recht eng sein.

134. Die vorliegenden Rechtssachen betreffen die rechtliche Bedeutung und Anwendbarkeit des Grundsatzes, wie er im EG-Vertrag seinen Ausdruck findet. Dieser ist durch die Eingangsworte des Artikels 3b Absatz 2 definiert und begrenzt: „In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen“.

135. In den vorliegenden Rechtssachen hängt die Anwendbarkeit des Prinzips davon ab, ob Harmonisierungsmaßnahmen nach den Artikeln 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen. Bejahendenfalls findet das Prinzip keine Anwendung. Andererseits scheinen die Kläger in beiden Rechtssachen davon auszugehen, dass die Rechtsgrundlage, auf der die Richtlinie erlassen wurde, nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt. Ist diese Annahme unzutreffend, was sie meines Erachtens ist, so braucht nicht erörtert zu werden, ob das Prinzip beachtet wurde.

154 — Päpstliche Encyclica *Quadragesimo Anno* (1931), Nr. 79.

136. Ich wende mich zunächst dem Wesen der Harmonisierung nationaler Bestimmungen zu. Ich stimme dem Vorbringen zu, das das Parlament in der mündlichen Verhandlung mit Nachdruck vertreten hat, dass die Mitgliedstaaten ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften schlicht nicht gegenseitig in Gebieten harmonisieren können, die in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen. Einseitiges Vorgehen ist logisch ausgeschlossen; kollektives Vorgehen der 15 Mitgliedstaaten (etwa durch einen völkerrechtlichen Vertrag) ist aus Rechtsgründen insbesondere unter Berücksichtigung des Artikels 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) ausgeschlossen¹⁵⁵. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache Arbeitszeit in einer Aussage, auf die ich noch näher eingehen werde, ausgeführt, sobald eine Harmonisierung der Bedingungen nach Artikel 118 a EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag und durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt) erforderlich sei, setze dies „unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen voraus“¹⁵⁶.

genstands übertragene Harmonisierungsbefugnisse ausübt, deren Ziel es ist, auf dem fraglichen Gebiet bestimmte Ergebnisse zu erzielen, etwa die Erhaltung und den Schutz der Umwelt sowie die Verbesserung ihrer Qualität¹⁵⁷. In diesen Gebieten ist die Gemeinschaft zwar ausschließlich zuständig, um Harmonisierungsmaßnahmen zu ergreifen; diese Zuständigkeit ist jedoch nicht mit dem klaren Ziel übertragen, Einheitlichkeit zu erreichen¹⁵⁸. Hier wird der Erlass einheitlicher Gemeinschaftsbestimmungen zu dem Zweck vorgesehen, bestimmte gegenständliche Ziele zu erreichen, die die Mitgliedstaaten in Ausübung ihrer eigenen Zuständigkeiten auch verfolgen. In diesem Sinne ist die *gegenständliche* Zuständigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten konkurrierend. Es gibt eine Wahlmöglichkeit zwischen einem Vorgehen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten in Verfolgung derselben Ziele. Das Subsidiaritätsprinzip ist anwendbar; seine Voraussetzungen sind erfüllt, wenn das Erfordernis des Erlasses gemeinsamer harmonisierter Maßnahmen nachgewiesen ist, da dieses nur auf Gemeinschaftsebene erfolgen kann.

137. Das heißt nicht, dass das Subsidiaritätsprinzip unanwendbar wäre, wenn die Gemeinschaft ihr aus Gründen des Ge-

138. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache Arbeitszeit entschieden, dass die zweite Voraussetzung, die das Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 3b EG-Vertrag für ein Tätigwerden der Gemeinschaft aufstellt, dass nämlich das fragliche Ziel

155 — Auf die Rechtmäßigkeit der Koordinierung auf solchen Gebieten unter einer kleineren Zahl von Mitgliedstaaten gehe ich nicht ein, da das keine Alternative zur Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene für die ganze Gemeinschaft darstellt; einen Sonderfall regelt Artikel 233 EG-Vertrag (jetzt Artikel 306 EG). Aus den gleichen Gründen wende ich mich nicht der Frage externer Verpflichtungen der Mitgliedstaaten gegenüber Drittstaaten zu, die, soweit die Gemeinschaft intern noch nicht gehandelt hat, unter Berücksichtigung der beschränkteren Außenkompetenz der Gemeinschaft zu beurteilen sein mag.

156 — Zitiert in Fußnote 80, Randnr. 47. Vgl. auch die Aussage von Generalanwalt Léger in Nr. 129 seiner Schlussanträge, dass die Harmonisierung „notwendig ein Tätigwerden supranationaler Art voraussetzt“.

157 — Artikel 130r Absatz 1 erster Gedankenstrich EG-Vertrag.

158 — Auf gegenständliche Zuständigkeiten, die die Befugnis zur Einführung einer gemeinsamen Politik umfassen, gehe ich hier nicht ein. Die nachstehende Erörterung des abschließlichen Wesens der Binnenmarktzuständigkeiten der Gemeinschaft kann für sie von größerer Bedeutung sein.

auf Gemeinschaftsebene besser als auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden kann, durch die Erforderlichkeit des Gemeinschaftshandelns erfüllt war¹⁵⁹. Er führte aus:

„Artikel 118a beauftragt den Rat, Mindestvorschriften zu erlassen, um durch Harmonisierung zur Hebung des Niveaus der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer beizutragen, die gemäß Artikel 118a Absatz 1 in erster Linie den Mitgliedstaaten obliegt. Sobald der Rat also festgestellt hat, dass das bestehende Niveau des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit der Arbeitnehmer verbessert und die in diesem Bereich bestehenden Bedingungen bei gleichzeitigem Fortschritt harmonisiert werden müssen, setzt die Erreichung dieses Zieles durch das Setzen von Mindestvorschriften unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen voraus, das es im übrigen wie im vorliegenden Fall den Mitgliedstaaten in weitem Umfang überlässt, die erforderlichen Durchführungsmodalitäten zu regeln.“¹⁶⁰.

139. In der Rechtssache Arbeitszeit war der Gerichtshof mit einem Gebiet konkur-

rierender Zuständigkeit befasst und hatte daher den Ausdruck „ausschließliche Zuständigkeit“ nicht auszulegen. Im Falle der Ausübung der Gemeinschaftskompetenz zum Erlass harmonisierender Maßnahmen in Verfolgung der Binnenmarktziele ist die Rechtslage anders und meines Erachtens klarer. Ich habe bereits ausgeführt, dass die Artikel 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag eine allgemeine Gemeinschaftskompetenz von funktionalem Querschnittscharakter schaffen¹⁶¹. Wenn unterschiedliche nationale Bestimmungen zu Hemmnissen für den Handel mit Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen oder zu Wettbewerbsverzerrungen führen, hat die Gemeinschaft ein Interesse daran, einheitliche Handelsbedingungen zu schaffen, das sich von ihrem Interesse am gegenständlichen Inhalt der erlassenen einheitlichen Regeln durchaus unterscheidet. Die Koordinierung oder Angleichung nationaler Bestimmungen, die die Wirtschaftstätigkeit berühren, ist das Wesen dieser Zuständigkeiten, *sofern* sie den Zwecken des Binnenmarktes dient und nicht nur ein Instrument ist, um eigene, gegenständlich definierte Ziele zu erreichen. Offenkundig kann nur die Gemeinschaft Maßnahmen ergreifen, die diesen Erfordernissen gerecht werden. Die Mitgliedstaaten können versuchen, einige Wirkungen unterschiedlichen Rechts zu beseitigen, indem sie etwa Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung erlassen, aber sie können selbst keine Einheitlichkeit auf dem fraglichen Gebiet herstellen. Dass die Mitgliedstaaten in einem gegenständlichen Bereich zuständig sind, der von Binnenmarktmaßnahmen berührt werden kann, etwa für den Gesundheitsschutz, hat nicht zur Folge, dass die Binnenmarktzuständigkeiten der Gemeinschaft konkurrierend wären. Ebenso wie die ver-

159 — Zitiert in Fußnote 80, Randnr. 55. Siehe auch die Schlussanträge des Generalanwalts Léger, Nr. 131. Der damalige Kläger schuf eine gewisse Verwirrung, da er sich nicht auf das Subsidiaritätsprinzip als Nichtigkeitsgrund berief, in seinem Vorbringen aber regelmäßig darauf abstellte (vgl. Nr. 124 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger und Randnr. 46 des Urteils); der Gerichtshof hat die Frage anscheinend als aufgeworfen behandelt.

160 — Ebd., Randnr. 47.

161 — Siehe oben, Nrn. 62 bis 66.

folgten Ziele von anderer Art sind¹⁶², so sind es auch die zugrundeliegenden Zuständigkeiten¹⁶³.

140. In der Rechtssache Einlagensicherung ging Generalanwalt Léger ähnlich vor. Er führte aus, in Artikel 57 EG-Vertrag — der Rechtsgrundlage der damals angefochtenen Richtlinie — sei nirgends von der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten die Rede. Diese Bestimmung „betraut allein die Gemeinschaft mit der Aufgabe, die nationalen Rechtsnormen in diesem Bereich zu koordinieren; dies zeigt, dass die Verfasser des Vertrages *von Anfang an* der Ansicht waren, dass die Koordinierung im Bereich der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten durch ein Tätigwerden der Gemeinschaft besser erreicht wird als durch ein Tätigwerden auf nationaler Ebene“¹⁶⁴. Die Rechtssache Einlagensicherung ist aus diesen Gründen möglicherweise für die vorliegenden Rechtssachen von größerer Bedeutung als die Rechtssache Arbeitszeit, die eine konkurrierende gegenständliche Zuständigkeit betraf.

141. Deutschland hat vorgetragen, der Gerichtshof habe sich zur Frage der ausschließlichen Zuständigkeit nicht geäußert

und sei damit dem Generalanwalt insoweit nicht gefolgt. Das beruht jedoch auf einem Missverständnis des Urteils. Der Gerichtshof hat sorgfältig dargelegt, dass das Vorbringen Deutschlands in jener Rechtssache nicht dahin gehe, dass die angefochtene Richtlinie das Subsidiaritätsprinzip verletze, „sondern dem Gemeinschaftsgesetzgeber nur vorwirft, keine Gründe zur Rechtfertigung seines Handelns im Hinblick auf dieses Prinzip angegeben zu haben“¹⁶⁵. Das Vorbringen betraf mit anderen Worten nicht die materielle Beachtung des Prinzips, sondern die Begründungspflicht. In diesem Zusammenhang ist das Urteil auszulegen. Außerdem stellte der Gerichtshof seinem Ergebnis, die Begründungspflicht sei beachtet worden, das Wort „jedenfalls“ bei¹⁶⁶. Der Gerichtshof entschied daher nur, dass die angegebenen Gründe *unabhängig davon* ausreichend waren, *ob* das Subsidiaritätsprinzip anwendbar war, nicht aber, wie vorgetragen wird, dass das Prinzip tatsächlich anwendbar *war*. Es war durchaus angebracht, dass der Gerichtshof davon Abstand nahm, über eine Frage von erheblicher verfassungsmäßiger Bedeutung zu entscheiden, die allenfalls am Rande erörtert worden war. Sein Urteil kann daher nicht als Präzedenzfall betrachtet werden.

162 — Siehe oben, Nr. 69.

163 — Daher ist die eigene Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in Fragen der Gesundheit durch die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen in Verfolgung der Binnenmarktziele nicht beschränkt. Wenn man Fragen der Beachtung von Bestimmungen des EG-Vertrags wie der Artikel 30 und 59 außer Acht lässt, ist die Ausübung einer nationalen Kompetenz in einem Gebiet wie dem des Gesundheitsschutzes nur insoweit ausgeschlossen, als es tatsächlich ergriffene Binnenmarktmaßnahmen betrifft. Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtssache Einlagensicherung (zitiert in Fußnote 52, Nr. 85) und die umfangreiche Rechtsprechung zu Vorrangfragen.

164 — Zitiert in Fußnote 52, Nr. 82; Hervorhebung im Original. In Nr. 86 sagte der Generalanwalt, dass die Gemeinschaft „nicht im Rahmen einer ergänzenden Zuständigkeit ..., sondern aufgrund ausschließlicher Befugnisse“ tätig werde.

142. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass die Ausübung der Gemeinschaftskompetenz nach den Artikeln 100a und 57 Absatz 2 EG-Vertrag ihrem Wesen nach ausschließlich ist und das Sub-

165 — Ebd., Randnr. 24.

166 — Ebd., Randnr. 28.

sidiaritätsprinzip keine Anwendung findet. Es gibt keinen Test einer „vergleichenden Effizienz“ zwischen möglichem Vorgehen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft. Gäbe es ihn, würden sich noch schwierigere Grundsatzfragen stellen. Insbesondere wäre zu fragen, wie der Nutzen einer gemeinschaftlichen Harmonisierungsmaßnahme in Verfolgung des Binnenmarkts mit Bestimmungen der einzelnen Mitgliedstaaten über völlig andere nationale Interessen gegenständlichen Charakters abzuwägen wäre.

143. Das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, wäre es denn bei Erlass der Werberichtlinie bereits in Kraft gewesen, hätte an diesem Ergebnis nichts geändert. Insbesondere stellt es klar, dass „das Subsidiaritätsprinzip ... nicht die Befugnisse in Frage [stellt], über die die Europäische Gemeinschaft aufgrund des Vertrags entsprechend der Auslegung des Gerichtshofes verfügt“¹⁶⁷. Das Protokoll wiederholt, dass es für Bereiche gilt, „für die die Gemeinschaft nicht die ausschließliche Zuständigkeit besitzt“.

144. Es mag in der Tat überraschend sein, wie die Kläger vorgetragen haben, dass die Subsidiarität in einem Gebiet keine Anwendung findet, das seinem Wesen nach voraussetzt, dass die Gemeinschaft in Gebieten tätig wird, die im übrigen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. In der Rechtssache Einlagensicherung hat Deutschland vorgetragen, wenn man der Gemeinschaft eine ausschließliche Zuständigkeit für den Bereich des Binnenmarktes einräumen würde, besäße sie diese Zuständigkeit in fast allen Sachbereichen, so-

fern die betreffende Maßnahme Hindernisse für den Binnenmarkt beseitigen würde¹⁶⁸. Generalanwalt Léger wies dieses Vorbringen zurück und untersuchte detailliert, unter welchen Gesichtspunkten mitgliedstaatliches Vorgehen zulässig bleibe. Da im übrigen die Notwendigkeit der Errichtung und des Funktionierens des Binnenmarkts selbst nicht in Zweifel steht, komme ich zu dem Ergebnis, dass die gerichtliche Kontrolle der Erfüllung der objektiven Kriterien für den Erlass von Maßnahmen auf diesen Rechtsgrundlagen in gewissem Umfang den Bedenken gegen überflüssiges Gemeinschaftsvorgehen auf Gebieten gerecht wird, in denen die Mitgliedstaaten über Zuständigkeiten verfügen, die die Einfügung des Subsidiaritätsprinzips in den EG-Vertrag veranlassen.

145. Da das Subsidiaritätsprinzip meines Erachtens nicht einschlägig ist, brauche ich nicht zu prüfen, ob es beachtet wurde. Diesen Nichtigkeitsgrund würde ich daher zurückweisen.

iii) *Verhältnismäßigkeit*

iv) *Verstoß gegen Artikel 30 EG-Vertrag*

v) *Verstoß gegen Wirtschaftsgrundrechte*

146. Ich werde diese drei Nichtigkeitsgründe zusammen behandeln, weil mein

167 — Nr. 3 des Protokolls.

168 — Vgl. Nr. 79 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger (zitiert in Fußnote 52).

Vorgehen bei allen dreien im wesentlichen auf die Wirksamkeit der Verfolgung von Binnenmarktzielen durch die Gemeinschaft abstellt.

147. Nach Artikel 3b EG-Vertrag gehen „die Maßnahmen der Gemeinschaft ... nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus“. In der Rechtssache BSE hat der Gerichtshof den folgenden dreiteiligen Test für die Verhältnismäßigkeit aufgestellt:

„Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ... dürfen die Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die verursachten Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen“¹⁶⁹.

148. Nach diesem Test lässt sich sowohl bestimmen, ob die Werberichtlinie dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Gemeinschaftsrecht entspricht, worum es mir hier zunächst geht, als auch feststellen, ob sie erlaubtermaßen die Ausübung von Grundrechten wie der

Meinungsfreiheit beschränkt¹⁷⁰. Der Test wird jedoch in den beiden Zusammenhängen nicht unbedingt zum selben Ergebnis führen, weil unterschiedliche Faktoren abgewogen werden.

149. Aus meiner vorstehenden Erörterung ergibt sich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber vollkommen zu Recht gleichzeitig Binnenmarkt- und Gesundheitsziele verfolgen darf. Die Rechtsgrundlage der Werberichtlinie wird daher nicht in Zweifel gezogen, wenn der Gesundheitsschutz bei der Erörterung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme eine Rolle spielt¹⁷¹. Die theoretische Möglichkeit des Erlasses weniger beschränkender Binnenmarktmaßnahmen — etwa die Verpflichtung zur Aufhebung nationaler Beschränkungen der Verkaufsförderung von Tabak — lässt sich daher nicht zu dem Nachweis verwenden, dass die Richtlinie nicht die am wenigsten beschränkende Maßnahme zur Erreichung der Ziele des Gesetzgebers ist, weil dabei ihr paralleles Gesundheitsschutzziel außer Acht gelassen würde. Andererseits kann der Gesundheitsschutz auch nicht für sich allein als Ziel dienen. So groß auch der Vorteil für die Gesundheit sein mag, der aus dem Verbot der meisten Formen der Werbung selbst in ausschließlich inländischen Zusammenhängen fließen mag, kann dies doch die erste Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit nur dann erfüllen, wenn die Richtlinie zur Erreichung der Binnenmarktziele beiträgt; andernfalls ist sie zu verwerfen, weil sie ein wesentliches Ziel nicht erfüllt, das auch eine Voraussetzung der Ausübung der Zuständigkeit überhaupt ist. Für meine obige Erörterung der Rechtsgrundlage der Richtlinie war der of-

169 — Zitiert in Fußnote 119, Randnr. 96; vgl. auch Urteil des Gerichtshofes vom 13. November 1990 in der Rechtssache 331/88 (Fedesa u. a., Slg. 1990, I-4023; nachfolgend: Fedesa, Randnr. 13).

170 — Vgl. etwa die Erörterung von Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache C-159/90 (Grogan, Slg. 1991, I-5703, Nr. 35).

171 — Siehe oben, Nr. 97.

fenkundige Irrtum des Gemeinschaftsgesetzgebers hinsichtlich der Erreichung des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit oder des unverzerrten Wettbewerbs im Gebiet der Werbung und des Sponsoring zugunsten von Tabak entscheidend. Aus demselben Grund betrachte ich die Richtlinie als ungeeignet, die angestrebten Ziele zu erreichen, so dass sie auch die erste Stufe des Verhältnismäßigkeits-tests nicht besteht¹⁷². Sollte der Gerichtshof meinem Vorschlag bei der Frage der Zuständigkeit nicht folgen, weil er entweder die allgemeinen Bestimmungen über die Zuständigkeit oder deren Anwendung anders würdigt, so möchte ich mit meiner Erörterung dieser Frage doch hilfsweise zeigen, dass die Richtlinie im weiteren Sinne des Begriffes unverhältnismäßig ist, da sie das erste der drei Tatbestandsmerkmale der Verhältnismäßigkeit nicht erfüllt¹⁷³. Es ist nicht angebracht, weiter über die unterschiedlichen möglichen Vorgehensweisen des Gerichtshofes bei der Prüfung der komplexen Frage der Zuständigkeit und ihre Auswirkungen auf diejenige der Verhältnismäßigkeit zu spekulieren, da dies nur dazu führen könnte, dass ich auf der Grundlage hypothetischer Auffassungen vorgehe, die weder meine eigene Auffassung von der Zuständigkeitsfrage noch diejenige des Gerichtshofes darstellen.

150. Das deutsche Vorbringen zu Artikel 30 EG-Vertrag enthält meines Erach-

172 — Insoweit überschneiden sich die Prüfung der Zuständigkeit und der Verhältnismäßigkeit; siehe oben, Nr. 97.

173 — Daher ist es nicht erforderlich, die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also die Interessenabwägung, vorzunehmen, die die dritte Stufe des oben vorgestellten Verhältnismäßigkeits-tests ist.

tens keine zusätzlichen Gesichtspunkte. Ich bin letztlich nicht davon überzeugt, dass der Gerichtshof die Vereinbarkeit einzelner Bestimmungen gemeinschaftlicher Binnenmarktmaßnahmen mit Artikel 30 prüfen sollte¹⁷⁴, wenn die mit solchen Maßnahmen verhängten Beschränkungen, wie gesehen¹⁷⁵, notwendige Bestandteile einer handelserleichternden Regelung sein können, die gleichzeitig bestimmte Erfordernisse des Allgemeininteresses berücksichtigen muss¹⁷⁶. Sollte der Gerichtshof gleichwohl so vorgehen, so ergibt sich aus seinem Urteil in der Rechtssache Kieffer und Thill¹⁷⁷, dass die Erörterung der Verhältnismäßigkeit einer Warenhandelsbeschränkung im Lichte des Binnenmarkts oder anderer Ziele der Richtlinie der oben skizzierten Erörterung entspricht, so dass die Richtlinie auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären wäre.

151. Aus demselben Grund schlage ich vor, die Richtlinie wegen Verstoßes gegen die Eigentumsgarantie und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit für nichtig erklären. Diese Rechte sind wie alle gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht schrankenlos gewährleistet, „sondern müssen im Hinblick auf ihre gesellschaft-

174 — Vgl. etwa Rechtssache C-51/93 (Meyhui, Slg. 1994, I-3879, Randnrn. 13 f.).

175 — Vgl. oben, Nrn. 86 f.

176 — Der Rückgriff auf Artikel 30 kann nützlich sein, wenn die angeblich durch eine Binnenmarktmaßnahme berührte Wirtschaftstätigkeit eine andere als diejenige ist, die Vorteile aus der Maßnahme ziehen soll. Im Lichte meines Ergebnisses sowohl im Abschnitt V i als auch im vorliegenden Abschnitt und der nach wie vor lebhaften Debatte über die Wirkungen erheblich beschränkender nationaler Bestimmungen über Verkaufsregelungen auf den Marktzugang ist es weder erforderlich noch angebracht, hier die Wirkung der Richtlinie auf den Handel mit Tabakerzeugnissen zu prüfen. Vgl. Rechtssache de Agostini (zitiert in Fußnote 99, Randnr. 42); Rechtssache C-412/93 (Leclerc-Siplec, Slg. 1995, I-179, Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs, Nrn. 37 bis 49); Rechtssache C-190/98 (Graf, Slg. 2000, I-493, Randnr. 23, und Nrn. 18 bis 20 meiner Schlussanträge in jener Rechtssache).

177 — Rechtssache C-114/95 (Slg. 1997, I-3629, Randnrn. 29 bis 37).

liche Funktion gesehen werden“¹⁷⁸. Das erlaubt Beschränkungen, die tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastete¹⁷⁹. Die Richtlinie erlegt meines Erachtens keine Beschränkungen auf, die den Binnenmarktzielen entsprechen, was für ihren rechtmäßigen Erlass erforderlich wäre.

vi) Meinungsfreiheit

152. Aus zwei miteinander zusammenhängenden Gründen ist es nützlicher, die Vereinbarkeit der Werberichtlinie mit dem Grundsatz der freien Meinungsäußerung auf der Grundlage zu überprüfen, dass die Richtlinie im übrigen (und entgegen den Ergebnissen, zu denen ich in den Abschnitten V i und iii bis v gelangt bin) eine recht- und verhältnismäßige Maßnahme zur Verfolgung von Binnenmarktzielen ist, die die Wirtschaftsgrundrechte und die von ihr berührten Interessen beachtet. In Wirklichkeit wurde die Beschränkung der Meinungsfreiheit durch die Richtlinie nahezu ausschließlich mit der Verfolgung von Gesundheitsschutzzielen gerechtfertigt, zu denen ich mich in der Sache noch nicht geäußert habe. Ich bin mir auch der möglichen Auswirkungen dieser Frage auf die Rechtfertigung restriktiver Wirkungen auf den Handel mit Waren und Dienstleistungen von *nationalen* Bestimmungen

178 — Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-200/96 (Metronome Musik, Slg. 1998, I-1953, Randnr. 21).

179 — Ebd.

bewusst, die die Verkaufsförderung für Tabak regeln.

153. Die Grundrechte, die als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts geschützt sind, umfassen die Meinungsfreiheit¹⁸⁰. Bei der Bestimmung der Rechte, die das Gemeinschaftsrecht schützt, und des Umfangs des gewährten Schutzes hat die EMRK „besondere Bedeutung“ als Inspirationsquelle¹⁸¹. In Artikel 10 Absatz 1 EMRK heißt es, soweit hier erheblich:

„Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.“

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verdienen alle Formen der Meinungsäußerung Schutz nach Artikel 10 Absatz 1 EMRK. Dazu gehören auch Informationen wirtschaftlicher Natur¹⁸², also die Verbreitung von Informationen, die Äußerung

180 — Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 44); Rechtssache C-368/95 (Familiapress, Slg. 1997, I-3689, Randnr. 25).

181 — Rechtssache ERT, ebd., Randnr. 41; Rechtssache C-222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 18).

182 — Vgl. etwa Fall Markt Intern/Deutschland, Urteil vom 20. November 1989, Serie A, Nr. 165, Randnrn. 25 f.; Fall Casado Coca/Spanien, Urteil vom 24. Februar 1994, Serie A, Nr. 285, Randnrn. 35 f.

von Ideen oder die Verbreitung von Bildern als Teil der Verkaufsförderung einer Wirtschaftstätigkeit und das entsprechende Recht, solche Mitteilungen zu empfangen.

154. Informationen wirtschaftlicher Natur sollten auch im Gemeinschaftsrecht geschützt sein. Solche Informationen tragen zwar nicht in derselben Weise wie politische, journalistische, literarische oder künstlerische Meinungen in einer liberalen demokratischen Gesellschaft zur Erreichung gesellschaftlicher Ziele wie beispielsweise der Förderung der demokratischen Debatte und der Verantwortlichkeit oder dem Infragestellen tradierter Überzeugungen im Hinblick auf die Förderung der Toleranz oder des Wechsels bei. Persönliche Rechte werden jedoch als Grundrechte nicht nur wegen ihrer instrumentalen, gesellschaftlichen Funktion anerkannt, sondern auch deswegen, weil sie für die Autonomie, die Würde und die Persönlichkeitsentwicklung erforderlich sind¹⁸³. Die Freiheit der Bürger, ihre wirtschaftliche Betätigung durch Äußerungen zu fördern, fließt daher nicht nur aus ihrem Recht auf wirtschaftliche Betätigung und im Gemeinschaftskontext aus der allgemeinen Verpflichtung auf eine auf den freien Wettbewerb gestützte Marktwirtschaft, sondern auch aus ihrem ursprünglichen Anspruch als Menschen, Ansichten zu jeder Frage einschließlich der Qualität von Waren oder Dienstleistungen, die sie verkaufen oder erzeugen, auszudrücken und zu empfangen.

183 — Das Urteil Handyside/Vereinigtes Königreich vom 7. Dezember 1976, Serie A, Nr. 24 (im Folgenden: Handyside), Randnr. 49, nimmt sowohl auf die gesellschaftlichen wie auf die persönlichen Funktionen der Meinungsfreiheit Bezug.

155. Andererseits kann die Meinungsfreiheit natürlich wie andere Rechte und Freiheiten im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden, um anderen den Genuss von Rechten oder die Erreichung bestimmter Gemeinwohlziele zu ermöglichen. Der Gesundheitsschutz ist einer der Gründe, aus denen Artikel 10 Absatz 2 EMRK Beschränkungen der Meinungsfreiheit zulässt. Dem sollte die Gemeinschaftsrechtsordnung folgen. Der Gerichtshof hat dem Gesundheitsschutz unter den in Artikel 36 EG-Vertrag aufgezählten öffentlichen Interessen den ersten Rang zugewiesen¹⁸⁴; zudem spielt er in den eigenen Politiken der Gemeinschaft kraft Artikel 3 Buchstabe o, Artikel 100a Absatz 3 und Artikel 129 Absatz 1 EG-Vertrag eine hervorragende Rolle.

156. Aufgrund des Grundrechtscharakters der Meinungsfreiheit muss gleichwohl das öffentliche Interesse daran, ihren Gebrauch unter besonderen Umständen oder für bestimmte Zwecke zu beschränken, von der öffentlichen Stelle nachgewiesen werden, die diese Beschränkung vorschlägt oder verhängt. Insbesondere muss diese Stelle eine Beachtung des dreiteiligen Verhältnismäßigkeitstests nachweisen, der oben in den Nummern 147 f. vorgestellt wurde. Für die Werberichtlinie wurde geltend gemacht, dass der Genuss von Tabakerzeugnissen die Gesundheit der Raucher schädigt, dass die Werbung und das Sponsoring diesen Genuss fördert und dass das umfassende Verbot dieser Formen der Meinungsäußerung zu einem Rückgang des Tabakgenusses und damit zu einer Förderung der Gesundheit führen wird. Dass das

184 — Rechtssache C-320/93 (Ortscheit, Slg. 1994, I-5243, Randnr. 16).

Rauchen die Gesundheit schädigt, ist in den vorliegenden Rechtssachen nicht bestritten worden; Deutschland hat hervorgehoben, es wüßte den Tabakgenuss selbst zu beschränken. Heftig umstritten war jedoch, ob das Verbot der meisten Formen der Verkaufsförderung von Tabakerzeugnissen das Ziel erreichen wird, den Tabakgenuss zu reduzieren, oder ob es nur den Wettbewerb zwischen Tabakmarken berührt.

157. Wie dargelegt, ist es bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit gesetzgeberischer Entscheidungen in komplexen Gebieten regelmäßig die Aufgabe des Gerichtshofes, zu prüfen, „ob [den Organen] beim Treffen einer solchen Entscheidung ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Spielraums offensichtlich überschritten [haben]“¹⁸⁵. Zweifelsfrei ist die Prüfung der Wirkungen der Werbung auf das Niveau des Verbrauchs eines Erzeugnisses und der wahrscheinlichen Wirkungen eines umfassenden Werbeverbots eine komplexe Angelegenheit. Gleichwohl ist dies meines Erachtens nicht der richtige Maßstab für die gerichtliche Überprüfung der Beschränkung der Ausübung eines Grundrechts wie der Meinungsfreiheit¹⁸⁶.

158. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt regelmäßig, dass die Vertragsstaaten einen *überzeugenden Beweis eines dringenden gesellschaftlichen Bedürfnisses (pressing social need)* für eine Beschränkung der Meinungsfreiheit beibringen¹⁸⁷. Für Fälle von Informationen wirtschaftlicher Natur hat der Menschenrechtsgerichtshof offensichtlich einen anderen Ansatz gewählt: Beschränkungen sind hier zulässig, wenn die zuständigen Behörden die Beschränkungen *aus vernünftigen Gründen* für erforderlich halten¹⁸⁸. Eine solche unterschiedliche Behandlung ist meines Erachtens gerechtfertigt, weil Informationen wirtschaftlicher Natur und etwa politische Meinungsäußerungen mit dem Allgemeininteresse in unterschiedlicher Weise zusammenwirken. Wie bereits bemerkt, dient die politische Meinungsäußerung selbst außerordentlich wichtigen gesellschaftlichen Interessen¹⁸⁹; Informationen wirtschaftlicher Natur hingegen haben normalerweise keine weitere gesellschaftliche Funktion von einiger Bedeutung als ihre Rolle, die Wirtschaftstätigkeit zu fördern, hinsichtlich derer der Gesetzgeber zu Recht über ein weites Ermessen verfügt, um Beschränkungen im Allgemeininteresse zu verhängen.

159. Ich würde daher vorschlagen, in der Gemeinschaftsrechtsordnung ähnlich vorzugehen. Ist nachgewiesen, dass eine Gemeinschaftsmaßnahme die Freiheit zu Informationen wirtschaftlicher Natur beschränkt, wie es die Werberichtlinie

185 — Rechtssache BSE (zitiert in Fußnote 119, Randnr. 60), bereits in Nr. 98 zitiert.

186 — Bei wirtschaftlichen Grundrechten wie der Eigentumsgarantie oder der Berufsfreiheit verhält es sich anders, nicht zuletzt deswegen, weil die allgemeine Wirtschaftspolitik, bei der der Gesetzgeber (oder der von ihm Bevollmächtigte) ein weites Ermessen haben sollte, die Ausübung dieser Rechte unweigerlich beeinflusst. Vgl. Rechtssache C-44/94 (Fishermen's Organisations u. a., Slg. 1995, I-3115, Randnrn. 57 bis 61).

187 — Vgl. Fall Handyside; Fall Sunday Times, Urteil vom 26. April 1979, Serie A Nr. 30.

188 — Fall Markt Intern (zitiert in Fußnote 182, Randnr. 47).

189 — Vgl. etwa Fall Lingens/Österreich, Urteil vom 8. Juli 1986, Serie A Nr. 103, Randnr. 42, zur Bedeutung einer freien Presse.

offenkundig tut, so sollte der Gemeinschaftsgesetzgeber dem Gerichtshof nachweisen müssen, dass er vernünftige Gründe des öffentlichen Interesses für den Erlass dieser Maßnahme hatte. Konkret sollte er schlüssigen Beweis dafür erbringen, dass die Maßnahme das angeführte Allgemeinwohlziel tatsächlich erreichen wird — in den vorliegenden Rechtssachen ein Rückgang des Tabakgenusses gegenüber dem Niveau, das er sonst hätte — und dass weniger einschränkende Maßnahmen nicht gleichermaßen wirksam gewesen wären.

160. Der Umfang der Beweise, die erforderlich sind, um eine Beschränkung zu rechtfertigen, wird von der Art der Behauptung abhängen. Hier geht es hauptsächlich um die objektive Bewertung der wahrscheinlichen Auswirkungen der Werbeline. Der Spielraum des Gesetzgebers sollte nicht so weit sein wie etwa beim Schutz der Moral¹⁹⁰. Andererseits sollte es der Gemeinschaft nicht deshalb verboten werden, im Allgemeininteresse tätig zu werden, weil die Rechtfertigung ihres Vorgehens zwangsläufig nicht auf „harten“ naturwissenschaftlichen Studien beruht, sondern auf Beweismitteln sozialwissenschaftlichen Charakters, die auf der Grundlage früheren Verhaltens auf die künftigen Reaktionen von Verbrauchern auf einen geänderten Umfang der Werbetätigkeit schließen¹⁹¹. Kann der Gemeinschaftsgesetzgeber zudem zeigen, dass er auf der Basis von Studien angesehener

Fachleute des fraglichen Gebiets gehandelt hat, dann zeigt der Umstand, dass andere anscheinend angesehene Studien das gegenteilige Ergebnis erreicht haben, für sich allein noch nicht, dass der Gesetzgeber keine vernünftigen Gründe für sein Vorgehen hatte. In den vorliegenden Rechtssachen ist die Würdigung der Wirkungen der Tabakwerbung durch den Gesetzgeber mit der Aussage des Gerichtshofes vereinbar, es lasse sich nicht bestreiten, „dass die Werbung einen Konsumanreiz darstellt“¹⁹². Zudem lässt sich die Werbung meistens nicht so trennscharf formulieren, dass sie sich nur an aktuelle Raucher wendet, die zwischen verschiedenen Marken wählen, und andere ausschließt, die entweder zum Rauchen animiert oder dazu veranlasst werden, Pläne, das Rauchen aufzugeben, aufzugeben.

161. Die Anforderungen an die Beweise mögen weniger streng sein, wenn es um die Gesundheit geht. In der Rechtssache BSE hat der Gerichtshof entschieden: „Wenn das Vorliegen und der Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit ungewiss ist, können die Organe Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe dieser Gefahren klar dargelegt sind“¹⁹³. In den vorliegenden Rechtssachen geht es jedoch nicht um ein Verbot des Vertriebs von Tabakerzeugnissen als solchen, deren gesundheitsschädliche Wirkungen unbe-

190 — Siehe Fall Handyside (zitiert in Fußnote 183, Randnr. 48); Rechtssache Grogan (zitiert in Fußnote 170, Nr. 37 der Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven sowie Randnr. 20 des Urteils).

191 — Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Beweisen ist zudem nicht so klar, wie man denken könnte: Naturwissenschaftliche Schlüsse werden normalerweise durch die Vorhersage erreicht, dass bestimmte Wirkungen bei ähnlichen zukünftigen Umständen mehr oder weniger wahrscheinlich ebenso weiterhin eintreten werden, wie das in der Vergangenheit beobachtet wurde.

192 — Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 152/78 (Kommission/Frankreich, Slg. 1980, 2299, Randnr. 17); vgl. auch Urteil vom 25. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia, Slg. 1991, I-4151; nachfolgend: Aragonesa, Randnr. 17), wo der Gerichtshof entschied, es sei nicht „offenkundig unangemessen“, die Werbung für Getränke mit einem gewissen Mindestalkoholgehalt „zur Bekämpfung des Alkoholismus“ zu beschränken. Die Frage der Meinungsfreiheit wurde in jener Rechtssache jedoch nicht aufgeworfen.

193 — Rechtssache BSE (zitiert in Fußnote 119, Randnr. 99). Siehe auch Rechtssache Fedesa (zitiert in Fußnote 169, Randnr. 9).

stritten sind, sondern nur um ein umfassendes Verbot der Verkaufsförderung für solche Erzeugnisse. Die fragliche wissenschaftliche Debatte betrifft die Wirkungen dieser Verkaufsförderung auf das allgemeine Verbrauchsniveau (im Gegensatz zur Markenwahl aktueller Raucher), was einen Schritt von der Beurteilung der Gesundheitsrisiken entfernt ist, die der Tabakgenuss beinhaltet. Außerdem war das in der Rechtssache BSE fragliche Verbot vorübergehender Art und sollte nach einer weiteren Überprüfung der Sachlage überarbeitet werden¹⁹⁴. Unterschiedliche Meinungen über die Wirkungen der Tabakwerbung gibt es schon seit langem; sie werden vermutlich nicht schnell zu lösen sein. Der im letzten Absatz vorgeschlagene Maßstab berücksichtigt die fehlende Einmütigkeit in wissenschaftlichen Kreisen; die Meinungsfreiheit würde meines Erachtens nicht hinreichend gewahrt, wenn dem Gesetzgeber darüber hinaus erlaubt würde, ihre Ausübung ohne irgendeinen klaren Beweis dafür zu beschränken, dass diese Beschränkung wahrscheinlich zu Verhaltensänderungen führen wird, die ihrerseits wahrscheinlich der Gesundheit dienen.

162. Der Rat hat die Ergebnisse zweier Berichte zu den Akten gereicht, deren einer vom National Bureau of Economic Research (NBER) der Vereinigten Staaten¹⁹⁵ erstellt worden war und deren anderen das Bundesministerium für Gesundheit beim Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung, Kiel, in Auftrag gegeben hatte¹⁹⁶. Zwar haben die Kläger in der

Rechtssache C-74/99 vor dem nationalen Gericht Studien vorgelegt, die das Gegenteil beweisen sollen; jedoch legte auch das Vereinigte Königreich Studien vor, die im vorliegenden Verfahren nicht erörtert wurden. Auch Frankreich legte Beweismittel zur Wirkung seiner nationalen Beschränkungen (loi Evin) vor. Meines Erachtens genügt es, die Studien in Betracht zu ziehen, auf die sich die Organe berufen. Diese Berichte stellen einen Zusammenhang einerseits zwischen der Tabakwerbung und dem Beginn des Rauchens insbesondere bei Jugendlichen und andererseits zwischen dem Verbot der Werbung und dem Rückgang des Tabakverbrauches pro Kopf der Bevölkerung fest. Der Bericht des NBER enthält eine auf eine Regressionsanalyse gestützte Schätzung der wahrscheinlichen Auswirkungen der 1997 geänderten Fassung des zweiten Richtlinienvorschlages der Kommission¹⁹⁷, die zu dem Ergebnis kommt, dass sie den Tabakverbrauch während des Erhebungszeitraums wahrscheinlich um ungefähr 6,9 % gesenkt hätte¹⁹⁸. Darüber hinaus kommt sie zu dem Ergebnis, dass ein umfassendes Verbot zwar den Tabakverbrauch klar reduziert, beschränkte Verbote die Wirkung der Werbung aber nur minimal berühren, weil sie Ersatzwerbung in anderen Medien erlauben und nicht zum Rückgang der Gesamtkosten für die Tabakwerbung oder ihres Gesamteinflusses führen. Die Möglichkeit, ein Verbot zu umgehen, das nicht alle Formen der Werbung umfasst, wird in der achten Begründungserwägung der Werbeleitlinie angesprochen. Es ist bemerkenswert, dass die Organe bestritten haben, dass das Verbot umfassend sei, um es so zu verteidigen zu können, obwohl sich aus ihren Beweismitteln ergibt, dass ein we-

194 — Ebd., Randnr. 101.

195 — H. Saffer und F. Chaloupka, „Tabacco Advertising: Economic Theory and International Evidence“, NBER Working Paper Nr. 6958 (Cambridge, MA., 1999).

196 — R. Hanewinkel und J. Pohl, „Advertising and tobacco consumption: Analysis of the effects, with particular reference to children and adolescents“ (Kiel, 1998).

197 — Vgl. oben, Nr. 19.

198 — Diese Analyse war auf Daten aus 11 Mitgliedstaaten für den Zeitraum von 1986 bis 1992 gestützt.

niger umfassendes Verbot weniger wirksam wäre.

und es keinen Beweis dafür gibt, dass sich ihre Wirkungen vollkommen decken.

163. Auf der Grundlage dieser Beweislage komme ich zu dem Ergebnis, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass ein umfassendes Verbot der Tabakwerbung zu einem merklichen Rückgang des Verbrauchsniveaus führen würde und somit zum Gesundheitsschutz beitrüge.

164. Was das Erfordernis betrifft, dass Beschränkungen nicht über das erforderliche Maß hinausgehen dürfen, akzeptiere ich das Vorbringen, dass ein nahezu vollständiges Verbot der Werbung für eine Wirtschaftstätigkeit ein besonders schwerer Eingriff in die Ausübung der Meinungsfreiheit ist¹⁹⁹. Je einschneidender die Wirkungen sind, desto größer ist die Beweislast des Gesetzgebers dafür, dass eine weniger belastende Maßnahme nicht genügt hätte. Den erforderlichen Beweis hat der Gesetzgeber in den vorliegenden Rechtssachen jedoch dadurch erbracht, dass er gezeigt hat, dass er vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass eine begrenzte Beschränkung der Tabakwerbung unwirksam sein würde. Dass auch andere, positive Maßnahmen, etwa Informationskampagnen, eine Wirkung haben könnten, belegt als solches noch nicht, dass ein umfassendes Werbeverbot übermäßig beschränkend ist, da die eine Vorgehensweise (vorbehaltlich der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten) die andere nicht ausschließt

165. Ich wende mich nunmehr der dritten Stufe der Erörterung zu, nämlich der Frage, ob die Beschränkungen der Freiheit zu Informationen wirtschaftlicher Natur, die die Werberichtlinie verhängt, außer Verhältnis zu den angestrebten Vorteilen für die Allgemeinheit stehen, auch wenn sie wirkungsvoll verfolgt werden. Angesichts der erheblichen Rolle des Tabakkonsums als Mortalitätsfaktors und als Ursache erheblicher Gesundheitsprobleme in der Gemeinschaft bin ich der Meinung, dass ein möglicher Rückgang des Verbrauchsniveaus um 6,9 % ein erheblicher Gewinn für die Gesundheit wäre, der wahrscheinlich der Rettung von Tausenden von Menschenleben entspräche.

166. Grundsätzlich bin ich der Meinung, dass Rechte wie dasjenige auf Freiheit zu Informationen wirtschaftlicher Natur dann, wenn eine Maßnahme geeignet und erforderlich ist, durch ein Verbot der Verkaufsförderung für gefährliche Erzeugnisse nicht inakzeptabel beschränkt werden, sofern der Meinungs-austausch über wissenschaftliche und andere Informationen und über politische Ansichten betreffend die Regulierung des fraglichen Wirtschaftszweigs nicht beschränkt werden. Es steht den Tabakherstellern weiterhin frei, ihre Erzeugnisse zu verkaufen, auf die sich die angeführten Rechte der Meinungsfreiheit letztlich beziehen, und sie können sogar an der Verkaufsstelle Werbung betreiben, wenn das nationale Recht dies erlaubt.

199 — In der Rechtssache Aragonesa (zitiert in Fußnote 192, Randnr. 18), maß der Gerichtshof im Zusammenhang der Erörterung der Verhältnismäßigkeit eines Hindernisses für den freien Warenverkehr dem Umstand einige Bedeutung bei, dass die Beschränkung der Werbung für alkoholische Getränke nicht umfassend war.

167. Dass die Werberichtlinie die Verkaufsförderung für Erzeugnisse verbietet, die in der Gemeinschaft rechtmäßig verkauft werden, ist nicht entscheidend, aber auch nicht ohne Belang. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in dem Fall *Open Door Counselling/Irland* ausgeführt, die angefochtenen nationalen Bestimmungen seien genau zu prüfen, da die verbotene Information in jenem Fall sich auf eine Tätigkeit bezog, die am Ort ihrer Ausübung rechtmäßig war²⁰⁰, was voraussetzt, dass die Verbreitung von Informationen über rechtmäßige Tätigkeiten in manchen Fällen rechtmäßig beschränkt werden kann. Ich schlage vor, dass der Gerichtshof die Durchführungs- und ähnlichen Probleme, die mit einem unmittelbaren Verbot einer suchtfördernden Tätigkeit wie dem Rauchen²⁰¹ verbunden wären (wie auch die Beschränkung der persönlichen Freiheit der Raucher, die das zur Folge haben würde), als gerichtsbekannt betrachtet. Die Rechtmäßigkeit einer Tätigkeit (und dass es problematisch wäre, sie zu verbieten) hat daher nicht zur Folge, dass sie keine negativen Auswirkungen hat, die zu überwachen der Gesetzgeber im Allgemeininteresse versuchen kann. Außerdem ist es mit dem Maßstab der Erforderlichkeit nicht unbedingt vereinbar, zu verlangen, dass eine Tätigkeit verboten werde, um Beschränkungen der Werbung für sie zu erlauben.

168. Ich kann den Fall *Open Door*, dessen Bedeutung in der mündlichen Verhandlung heiß erörtert wurde, weil er angeblich ein unverhältnismäßiges *vollständiges* Verbot

einer Äußerung betraf, nicht als hilfreichen Präzedenzfall betrachten.

169. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte akzeptierte das Vorbringen der irischen Regierung, dass die Beschränkung, die sich aus einem Beschluss des Supreme Court ergab, das rechtmäßige Ziel des Schutzes der Moral verfolgte, zu dem in Irland auch der Schutz des ungeborenen Lebens gehört²⁰². Jedoch wurde nur die besondere, den damaligen Klägern durch einen Gerichtsbeschluss auferlegte Beschränkung als absolut betrachtet. Der Gerichtshof wies im Folgenden denn auch darauf hin, dass Informationen über ausländische Abtreibungsdienste aus einer Reihe anderer Quellen bezogen werden könnten²⁰³.

170. In die Beurteilung der Erforderlichkeit und damit der Verhältnismäßigkeit dieser besonderen Beschränkungen ließ der Gerichtshof für Menschenrechte den Schutz der Gesundheit der Frauen einfließen, eine im gegebenen Zusammenhang offenkundig relevante Erwägung, die aber die schlichte Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und einem einzelnen dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis verkompliziert.

171. Für die Entscheidung des Gerichtshofes für Menschenrechte besonders wichtig war seine Auffassung, da einige

200 — Urteil vom 29. Oktober 1992, Serie A, Nr. 246 (im Folgenden: *Open Door*), Randnr. 72.

201 — Vgl. etwa das Urteil von Richter La Forest vom kanadischen Supreme Court im Fall *RJR MacDonald Inc./Canada (Attorney General)* [1995] S.C.R. 199, Randnr. 34.

202 — Fall *Open Door* (zitiert in Fußnote 200, Randnr. 63).

203 — Ebd., Randnrn. 70 bis 75.

Frauen sich im Anschluss an die ergebnisoffene Beratung, um die es in jenem Fall ging, gegen die Abtreibung entschieden, sei der Zusammenhang zwischen der Verbreitung von Informationen und der Vernichtung ungeborenen Lebens nicht so direkt wie behauptet. Zudem sei der Gerichtsbeschluss weitgehend unwirksam gewesen, da eine große Zahl irischer Frauen weiterhin zum Schwangerschaftsabbruch nach Großbritannien gegangen sei.

172. Die Mehrheit des Gerichtshofes für Menschenrechte löste die Frage der Verhältnismäßigkeit schließlich gemäß ihrer eigenen Auffassung von den im Wettstreit liegenden Werten der Gesundheit der Frau (die sie mit dem Recht auf Information in Beziehung setzte), der Meinungsfreiheit und des Schutzes des ungeborenen Lebens. Sie scheint dem, was sie stillschweigend als *teilweise wirksamen* Schutz des letztgenannten Wertes auffasste, keinerlei Bedeutung beigemessen zu haben. Würde diese Sachbehandlung wörtlich auf die Umstände des vorliegenden Falls übertragen, so ließe sich vielleicht nicht mehr sagen, dass das Ziel einer Verringerung des Rauchens um bloße 6,9 % ein umfassendes Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse rechtfertigte, auch wenn es eine merkliche Verringerung der absoluten Zahl der Raucher (und von mit dem Rauchen wahrscheinlich verbundenen Krankheiten und Todesfällen) darstellte.

173. Andererseits fand Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache Grogan, in der er im Wesentlichen die gleiche Frage im Zusammenhang des Gemeinschaftsrechts,

aber auch im Lichte des Artikels 10 EMRK prüfte, die Beschränkung verhältnismäßig²⁰⁴.

174. Letztendlich glaube ich nicht, dass der Fall Open Door aus seinem außerordentlich schwierigen und empfindlichen Zusammenhang gelöst werden kann oder dass sich daraus irgendwelche endgültigen Folgerungen für die vorliegenden Rechtssachen ziehen lassen. Der Fall Open Door betraf die ergebnisoffene Information über den Schwangerschaftsabbruch, nicht die wirtschaftliche Förderung des Schwangerschaftsabbruchs²⁰⁵; in den vorliegenden Rechtssachen hingegen geht es um die Beschränkung unmittelbarer und mittelbarer *verkaufsfördernder* Maßnahmen²⁰⁶. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass andere als verkaufsfördernde Informationen über rechtmäßige Erzeugnisse beschränkt würden²⁰⁷.

175. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass die Werberichtlinie keine unverhältnismäßige Beschränkung der Meinungsfreiheit darstellt, soweit sie die Wer-

204 — Zitiert in Fußnote 170, Nrn. 32 bis 38 der Schlussanträge. Der Gerichtshof ist auf diese Frage im Urteil nicht eingegangen. Vgl. auch die abweichende Meinung von Richter Baka im Fall Open Door (zitiert in Fußnote 200).

205 — Fall Open Door (zitiert in Fußnote 200, Randnr. 75). Daher hat der Gerichtshof für Menschenrechte den Fall offensichtlich nicht als einen solchen betrachtet, der Information wirtschaftlicher Natur betraf.

206 — Vgl. die Definitionen von Werbung und Sponsoring in Artikel 2 Absätze 3 und 4 der Werberichtlinie.

207 — Aus diesem Grund unter anderen gehe ich nicht auf die Frage der Freiheit des Empfangs von Informationen ein, die ins Spiel kommen könnte, wenn ein aktueller oder potentieller Verbraucher von einem Tabakhersteller oder -verkäufer Informationen über seine Produkte haben wollte. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Verbraucher Interesse an *verkaufsförderndem* Material hat, liegt weniger nahe.

bung für Tabakerzeugnisse umfassend verbietet²⁰⁸.

176. Das gilt jedoch nicht für das Verbot der Werbung für Diversifizierungserzeugnisse. Es ist in keiner Weise selbstverständlich, dass die Werbung für Nicht-Tabakwaren und -dienstleistungen, die Marken oder andere Unterscheidungsmerkmale tragen, die mit Tabakerzeugnissen in Verbindung gebracht werden, sich auf das Verbrauchsniveau der letzteren insgesamt auswirkt²⁰⁹. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat keinen Beweis dafür vorgelegt, dass ein solcher Zusammenhang besteht. Er hat damit im Ergebnis nicht den Beweis erbracht, dass er vernünftige Gründe für die Beschränkungen dieser Werbung in Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie hatte; diese Bestimmung sollte daher für nichtig erklärt werden. Sie lässt sich nicht mit der Begründung rechtfertigen, ihre Bedeutung in der Praxis könnte dadurch eingeschränkt werden, dass Mitgliedstaaten von Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie Gebrauch machten. Ebenso wenig wurden Gründe oder gar Beweise vorgebracht, die erklärten, warum nach Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a Tabakerzeugnisse keine Namen oder anderen Unterscheidungsmerkmale tragen dürfen, die bereits mit anderen Waren und Dienstleistungen in Verbindung stehen. Soweit die Anwendung eines solchen Namens oder einer Marke auf ein Erzeugnis auch eine Ausübung der Freiheit zu Information

wirtschaftlicher Art darstellt, komme ich zu dem Ergebnis, dass nicht dargetan ist, dass Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a der Werberrichtlinie eine gerechtfertigte Beschränkung dieser Freiheit ist. Er sollte daher für nichtig erklärt werden. Beide Teile des Artikels 3 Absatz 3 der Richtlinie können meines Erachtens gemäß den oben in den Nummern 122 bis 126 dargelegten Kriterien abgetrennt werden.

vii) Begründungsmangel

177. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Begründungspflicht nach Artikel 190 verlangt, dass die betroffenen Rechtsakte eine Darstellung der Gründe enthalten, die die Organe zu ihrem Erlass veranlasst haben, so dass der Gerichtshof sie überprüfen kann und sowohl die Mitgliedstaaten als auch die beteiligten Staatsangehörigen die Bedingungen erfahren, unter denen die Gemeinschaftsorgane den EG-Vertrag angewandt haben²¹⁰. Wie detailliert die Begründung sein muss, richtet sich dabei nach der Art der fraglichen Handlung. Im Fall einer generellen Norm können sich die Begründungserwägungen darauf beschränken, die allgemeine Lage, die zu ihrem Erlass führte, und die allgemeinen Ziele anzugeben, die sie erreichen soll. Es brauchen nicht alle Umstände angegeben zu werden, die der Gesetzgeber berücksichtigt hat und die häufig sehr zahlreich und komplex sind, noch muss die Maßnahme eine vollständige Bewertung dieser Umstände enthalten²¹¹.

208 — Es ist nicht klar, ob der Bericht des NBER das Sponsoring unter die allgemeine Kategorie der Werbung für die Zwecke der Berechnung der wahrscheinlichen Wirkungen des Richtlinienvorschlages eingeschlossen hat. Da diese Frage vor dem Gerichtshof nicht erörtert wurde und da ich die Meinungsfreiheit nur alternativ neben meinem Hauptantrag behandle, die Richtlinie insgesamt für nichtig zu erklären, werde ich auf das Verbot des Sponsoring in diesem Abschnitt nicht eingehen.

209 — Die Frage, ob diese Art von Werbung bestimmte Tabakmarken gegenüber anderen stärkt, interessiert mich hier nicht.

210 — Rechtssache C-41/93 (Frankreich/Kommission, zitiert in Fußnote 134, Randnr. 34).

211 — Rechtssache 87/78 (Welding, Slg. 1978, 2457, Randnr. 11).

178. Wie sich aus meiner Erörterung der Zuständigkeitsfrage ergibt, halte ich die Begründungserwägungen der Werberichtlinie für ausreichend; sie ermöglicht dem Gerichtshof die gerichtliche Überprüfung. Die grundlegende Auffassung des Gemeinschaftsgesetzgebers vom Binnenmarkt ist in der ersten und der zweiten Begründungserwägung klar herausgestellt; dass die Richtlinie die gesetzten Ziele nicht erreicht, steht dem nicht entgegen, dass die Begründung ausreichend ist. Der Gesetzgeber brauchte keine detaillierten Informationen über die Studien über die Wirkungen der Werbung auf den Tabakkonsum oder das jeweilige Niveau des grenzüberschreitenden Handels in Werbedienstleistungen und Medien aufzunehmen. Ich würde nur dann vorschlagen, die Richtlinie insgesamt wegen mangelhafter Begründung aufzuheben, wenn der Gerichtshof beabsichtigen sollte zu entscheiden, dass die Gemeinschaft zum Erlass der Richtlinie aufgrund ihrer Wirkungen auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes in Wirtschaftssektoren zuständig war, die in den Begründungserwägungen nicht erwähnt werden, etwa der Tabakhersteller und -verkäufer oder der Werbeindustrie insgesamt. Es ist meines Erachtens nicht zulässig, dem Gesetzgeber zu gestatten, zuvor nicht erwähnte Vorteile für den Binnenmarkt vorzutragen, sobald die Erreichung der ursprünglich angeführten Ziele zweifelhaft geworden ist.

179. Ich schlage jedoch vor, Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie wegen

mangelnder Begründung für nichtig zu erklären. Für diese Sonderbestimmung über die Verwendung von Namen oder anderen Unterscheidungsmerkmalen von anderen Waren und Dienstleistungen für Tabakerzeugnisse ist keine Begründung gegeben; wie in Nummer 116 ausgeführt, ist kein Zusammenhang mit dem erklärten Ziel der Richtlinie ersichtlich, den Binnenmarkt mit Dienstleistungen und Waren im Zusammenhang mit der Werbung und dem Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen zu erreichen.

VI — Kosten

180. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes sollten der Rat und das Parlament in der Rechtssache C-376/98 in die Kosten Deutschlands verurteilt werden. Da das Verfahren in der Rechtssache C-74/99 für die Parteien des Ausgangsverfahrens ein Zwischenstreit in dem bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit ist, ist die Kostenentscheidung Sache dieses Gerichts. Die Kosten der Kommission und der anderen Mitgliedstaaten, die dem Streit beigetreten sind oder Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind in beiden Rechtsachen nicht erstattungsfähig. Für den Fall, dass der Gerichtshof einem meiner Hilfsanträge auf teilweise Nichtigerklärung entsprechen oder aber anders entscheiden sollte, mache ich keinen Kostenvorschlag.

VII — Antrag

181. Nach alledem beantrage ich,

- die Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen aufzuheben, weil die Gemeinschaft zu ihrem Erlass aufgrund der angeführten Rechtsgrundlagen nicht zuständig war.

Sollte der Gerichtshof diesem Antrag nicht folgen, so beantrage ich hilfsweise

- die Richtlinie 98/43/EG für nichtig zu erklären, weil sie gegen den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, gegen Artikel 30 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG), gegen die Eigentumsgarantie und gegen die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit verstößt.

Für beide Fälle beantrage ich,

- das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union in der Rechtssache C-376/98 in die Kosten der Bundesrepublik Deutschland zu verurteilen.

Höchst hilfsweise beantrage ich,

- Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 98/43/EG für nichtig zu erklären, da er gegen die Meinungsfreiheit verstößt, und/oder
- Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie 98/43/EG wegen mangelnder Begründung für nichtig zu erklären.