Viel Rauch um nichts? – Gesundheitsschutz im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung gemäß Artikel 95 EGV nach dem „Tabakwerbeurteil“ des EuGH

Hans-Georg Kamann*

Inhalt

I. Einleitung 24
II. Die Problematik: Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage für gemeinschaftliche Gesundheitsschutzmaßnahmen 26
1. Grundlagen 26
2. Die Problematik: Artikel 95 EGV als offener Tatbestand im Kompetenzgefüge des EG-Vertrages 27
a) Der Tatbestand des Artikel 95 Abs. 1 EGV 27
b) Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzes gemäß Artikel 95 Abs. 3 EGV 28
c) Das Verhältnis von Artikel 95 EGV zu Artikel 152 EGV 29
III. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Anwendung des Artikel 95 EGV 30
IV. Das „Tabakurteil“ des Gerichtshofs 33
V. Kritik und offene Fragen 35
1. Umfang der gerichtlichen Kontrolle des Artikel 95 EGV 35
2. Der Anwendungsbereich des Artikel 95 Abs. 1 EGV 35
a) Unmittelbare Hemmnisse für den freien (Waren-, bzw. Dienstleistungs-) Verkehr 36
b) Unmittelbare und spürbare Wettbewerbsverzerrungen 37
3. Das Verhältnis von Binnenmarkt- und Gesundheitsschutzziel 38
4. Die Behandlung von Änderungsmaßnahmen 39
VI. Zusammenfassung und Ausblick 40

* Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Kamann, Frankfurt am Main/Brüssel. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 14. November 2000 am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft, gehalten hat.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Einleitung

Mit der Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) im Februar 1986 hat sich die Europäische Gemeinschaft der Aufgabe der Schaffung eines funktionierenden Binnenmarkts verschrieben.[1] Die notwendige Kompetenzgrundlage für die Gemeinschaft zur Erfüllung dieser Binnenmarktaufgabe bietet Art. 95 EGV (vormals Art. 100a EGV). Artikel 95 Abs. 1 EGV ermächtigt die Gemeinschaft zu „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben". Diese im Februar 1986 buchstäblich in letzter Minute in die EEA eingefügte Vorschrift[2] ist seitdem wohl die umstrittenste Kompetenzvorschrift des EG-Vertrags. Sie wurde schon frühzeitig für ihre Inkonsistenz und mangelnde redaktionelle Präzision kritisiert.[3] Einige Kritiker sehen in ihr sogar eine Grundlage für eine faktische Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft.[4]

Die vielseitigen Bedenken werden dadurch genährt, daß die gemeinschaftlichen Gesetzgebungsorgane Art. 95 EGV nicht nur, wie man bei vordergründiger Betrachtung der Art. 14 Abs. 2 sowie Art. 3 Abs. 1 lit. c) und g) EGV zunächst annehmen könnte, als beschränkte Kompetenznorm für Maßnahmen zur Förderung des Binnenmarktverkehrs sowie des Wettbewerbs ansehen, sondern als Generalnorm zur gemeinschaftlichen Regulierung im Binnenmarkt.[5] Artikel 95 EGV dient ihnen nicht nur zur Öffnung von verkrusteten nationalen Märkten, wie etwa im Telekommunikations- oder Energiesektor. Vielmehr betreiben sie auf der Grundlage von Art. 95 EGV aktiven Umwelt-, Gesundheits- und Verbraucher-

---

1 Der Binnenmarkt charakterisiert sich gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Er umfaßt gem. Art. 14 Abs. 2 EGV einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem dieser freie Verkehr gewährleistet werden soll. Weiterhin hat die Gemeinschaft gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV die Aufgabe, ein System zu schaffen, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt.

2 Zur Entstehungsgeschichte vgl. nur *Ehlermann*, The Internal Market Following the Single European Act, CMLRev 1987, S. 361 (381).

3 *Pescatore*, Die „Einheitliche Europäische Akte" – Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt, EuR 1986, S. 153 (159 ff.); *Møller*, Binnenmarkt und Umweltschutz – Art. 100a der Einheitlichen Europäischen Akte, EA 1987, S. 497 (498 ff.); *Langeheine*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 100a EGV, Rdnr. 6.

4 Vgl. insbesondere *Barents*, The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation, CMLRev 1993, S. 85 (108); *Dashwood*, The Limits of European Community Powers, ELRev 1996, S. 113 (120 ff.); zu Art. 95 als „offener Flanke des gemeinschaftlichen Kompetenzrahmens" vgl. auch *Kamann/Schroeder*, EG-Kompetenzen – Die gemeinschaftliche Kompetenzordnung und das EuGH-Verfahren gegen das EG-Tabakwerbeverbot, Europa-Blätter 1999, S. 83 (87); *Schroeder*, Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, S. 452 (456).

5 Vgl. das Vorbringen von Europäischem Parlament, Rat und Kommission in EuGH, Rs. C-376/98, Urteil v. 5.10.2000, noch nicht amtlich veröffentlicht, Rdnr. 45 ff., „Tabakwerbeverbot" *(Deutschland/Europäisches Parlament und Rat)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schutz. Gestützt wird diese Praxis durch Art. 95 Abs. 3 EGV. Nach dieser Vorschrift sind die Gemeinschaftsorgane verpflichtet, sich beim Erlaß von Harmonisierungsmaßnahmen an einem hohen Gesundheitsschutz-, Sicherheits-, Umweltschutz- und Verbraucherschutzniveau zu orientieren. Unter Berufung auf diese Verpflichtung haben die Organe nach und nach in verschiedensten Wirtschaftsbereichen mehr oder weniger umfassende Regulierungs- und Verbotsmaßnahmen insbesondere aus Gesundheitsschutzgründen erlassen.[6]

Bei all dem verwundert es nicht, daß Art. 95 EGV seit seiner Einführung Gegenstand der weitaus meisten bedeutsamen Kompetenzstreitigkeiten vor dem Europäischen Gerichtshof gewesen ist.[7] Das letzte und wohl spektakulärste Beispiel für eine solche Streitigkeit ist das Verfahren um die sogenannte „Tabakwerberichtlinie"[8]. Durch die „Tabakwerberichtlinie" sollte die Werbung und das Sponsoring für Tabakerzeugnisse aus Gesundheitsschutzgründen umfassend verboten werden. Mit seinem Urteil vom 5. Oktober 2000 hat der Gerichtshof entschieden, daß die Richtlinie zu Unrecht auf Art. 95 EGV gestützt worden und damit kompetenzwidrig ist.[9]

Im folgenden möchte ich das Problem der Anwendbarkeit der Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV als Grundlage für Gesundheitsschutzmaßnahmen der Gemeinschaft nach dem „Tabakwerbeurteil" des Gerichtshofs erläutern. Zunächst skizziere ich kurz die allgemeine kompetenzrechtliche Problematik des Art. 95 EGV (II.). Nach einer Erläuterung der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 95 EGV (III.) werde ich die wesentlichen Aussagen des „Tabakwerbeurteils" des Gerichtshofs darstellen (IV.) und einer kritischen Bewertung im Hinblick auf künftige Gesundheitsmaßnahmen im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung unterziehen (V.).

---

6 Beispiele für regulierende Rechtsakte, bei denen der Gesundheitsschutzgedanke eine maßgebliche Rolle spielt, sind: RL 65/65/EWG des Rates v. 26.1.1965 über Arzneispezialitäten, ABl. Nr. 22 v. 9.2.1965, S. 369; RL 76/768/EWG des Rates v. 27.7.1976 über kosmetische Mittel, ABl. Nr. L 262 v. 27.9.1976, S. 169; RL 90/220/EWG des Rates v. 23.4.1990 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt, ABl. Nr. 117 v. 8.5.1990, S. 15; RL 91/339/EWG des Rates v. 18.6.1991 zur elften Änderung der RL 76/769/EWG zur Beschränkung des Inverkehrbringens und der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe und Zubereitungen, ABl. Nr. L 186 v. 12.7.1991, S. 64; RL 92/41/EWG des Rates v. 15.5.1992 zur Änderung der RL 89/622/EWG über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 158 v. 11.6.1992, S. 30; RL 92/28/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel, ABl. Nr. L 113 v. 30.4.1992, S. 13.

7 Vgl. die unter III. dargestellten Fälle; daneben war Art. 100a Abs. 4 (nach Änderung jetzt Art. 95 Abs. 4 bis 6) Streitgegenstand in EuGH, Rs. C-41/93, Slg. 1994, I-1829, Rdnr. 29 ff. *(Frankreich/Kommission)*; EuGH, Rs. C-319/97, Slg. 1999, I-3143, Rdnr. 20 ff. *(Kortas)*.

8 RL 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 9.

9 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Die Problematik: Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage für gemeinschaftliche Gesundheitsschutzmaßnahmen

1. Grundlagen

Die Grundlage des Kompetenzgefüges in der Gemeinschaft und damit auch der Behandlung des Art. 95 EGV bildet das Prinzip der begrenzten Ermächtigung.[10] Nach diesem Prinzip kommt der Gemeinschaft keine allumfassende Hoheitsgewalt zu. Vielmehr kann die Gemeinschaft nur auf der Grundlage einer konkreten Befugnisnorm des Vertrages tätig werden.[11]

Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung ist Ausdruck des Prinzips der funktionellen Integration: Die Gemeinschaft ist verpflichtet, mit ihren begrenzten Befugnissen die in der Präambel und in Art. 2 EGV formulierten, umfassenden wirtschaftlichen, sozialen und letztlich auch politischen Ziele zu verwirklichen. Dies bedeutet jedoch, daß die gemeinschaftliche Kompetenzordnung zwangsläufig nicht statisch, sondern wie die gesamte Verfassungsordnung der Integrationsgemeinschaft EG dynamisch zu verstehen ist.[12] Diese dynamische Kompetenzordnung steht unter dem Leitmotiv der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft, dem sogenannten Effektivitätsgrundsatz[13] *(effet utile)*. Die durch den EG-Vertrag festgelegten Kompetenzgrenzen können nicht nur, sondern sollen sogar so weit ausgeschöpft werden, daß die Gemeinschaft ihre Ziele und Aufgaben in ihrem jeweiligen Integrationsstadium praktisch wirksam erfüllen kann.

Eine am Effektivitätsgrundsatz ausgerichtete dynamische Interpretation der Gemeinschaftskompetenzen darf jedoch im Ergebnis nicht zu einer Umgehung des Prinzips der begrenzten Ermächtigung und damit einer Vertragsänderung führen.[14] Dem EuGH ist gemäß Art. 220 EGV bei der Wahrung des Gemein-

10 Verankert ist dieses Prinzip insbesondere in Art. 5 Abs. 1 EGV und in Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 EGV; weitere normative Ausprägungen finden sich in Art. 5 EUV, Art. 202, 211 Abs. 2, 230 Abs. 2 und 249 Abs. 1 EGV; vgl. näher *Kraußer*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung, Berlin 1991; zum folgenden eingehend *Kamann/Schroeder*, (Fn. 4), S. 85 ff.; *Schroeder*, (Fn. 4), S. 454 ff.

11 So erstmals Generalanwalt *Lagrange*, Rs. 7/56 u. 3 bis 7/57, Slg. 1957, 83, 167 *(Algera u.a./Gemeinsame Versammlung)*; sodann EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1, 25 *(Van Gend & Loos)*. Durch die einzelnen Befugnisnormen werden in erster Linie die konkreten Organkompetenzen als Bestandteil des durch die Verträge geschaffenen institutionellen Gleichgewichts auf Gemeinschaftsebene bestimmt, vgl. EuGH, Rs. C-70/88, Slg. 1990, I-2041, Rdnr. 21 *(Parlament/Rat)*; die Summe der den verschiedenen Organen zugewiesenen Einzelkompetenzen ergibt letztendlich den Gesamtumfang der begrenzten gemeinschaftlichen Verbandskompetenz, vgl. *v. Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 3), Art. 3b EGV, Rdnr. 3.

12 Ein solches Verständnis liegt auch der Rechtsprechung des EuGH zugrunde, der regelmäßig vom „gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts" spricht, EuGH, Rs. 148/77, Slg. 1978, 1787, Rdnr. 16 *(Hansen/HZA Flensburg)*; Rs. 205 bis 215/82, Slg. 1983, 2633, Rdnr. 18 *(Deutsche Milchkontor)*; speziell zu Kompetenzfragen EuGH, Rs. 281 u.a./85, Slg. 1987, 3203, Rdnr. 30 *(Deutschland u.a./Kommission)*; Gutachen 2/94, Slg. 1996, I-1759, Rdnr. 36 *(EMRK)*.

13 So neuerdings der Begriff des EuGH, Rs. C-231/96, Slg. 1998, I-4951, Rdnr. 34 *(Edis)*.

14 BVerfGE 89, 155, 209 *(Maastricht)*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaftsrechts zwar die Befugnis zur Rechtsfortbildung übertragen. Die Vertragsänderung und damit die Festlegung der Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft liegt dagegen nach wie vor in der Hand der Mitgliedstaaten als den Herren der Verträge.[15] Diese Grundordnung kann auch durch das Integrationsprinzip nicht aufgehoben werden.

Die Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, also die vertikale Kompetenzordnung, untersteht neben dem Integrationsprinzip noch einem weiteren, in diesem Zusammenhang bisher weniger beachteten Leitprinzip: dem der Rechtsgemeinschaft. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, daß die Beschränkung der EG-Hoheitsgewalt nach dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nicht nur auf den Schutz der Souveränität der Mitgliedstaaten angelegt ist,[16] sondern gleichzeitig auch der Freiheitssicherung der Unionsbürger als Rechtssubjekte der Gemeinschaftsrechtsordnung dient.[17] Diese Schutzfunktion kann jedoch nur erfüllt werden, wenn die Zuständigkeiten zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten eindeutig verteilt sind. Die rechtsstaatsähnliche Ausrichtung der Gemeinschaft erfordert, daß die Konturen der Kompetenznormen juristisch klar erkennbar sind. Nur so ist die Kompetenzverteilung für den Unionsbürger berechenbar und der politischen Willkür der Gemeinschaftsorgane entzogen.

Die Auslegung von Gemeinschaftskompetenzen hat sich im Ergebnis nicht mehr allein an der notwendigen Flexibilität zur Erfüllung der der Gemeinschaft gestellten Aufgaben auszurichten, sondern auch an dem Gebot hinreichender Klarheit und Vorhersehbarkeit gemeinschaftlichen Handelns. Je näher sich die Gemeinschaft einer umfassenden, staatsähnlichen Hoheitsgewalt annähert, um so größeres Gewicht muß diesem Gebot zum Wohle der Unionsbürger zukommen. Hieran hat sich auch die Auslegung und Anwendung von Art. 95 EGV auszurichten.

2. Die Problematik: Art. 95 EGV als offener Tatbestand im Kompetenzgefüge des EG-Vertrags

a) Der Tatbestand des Art. 95 Abs. 1 EGV

Die Problematik des Art. 95 Abs. 1 EGV ergibt sich in erster Linie aus seinem offenen Tatbestand. Generell unterscheidet man im EG-Vertrag sogenannte „sachlich-gegenständlich“ und sogenannte „final“ oder „funktional“ definierte Kompetenz-

15 EuGH, Gutachten 2/94 (Fn. 12), Rdnr. 35.

16 *v. Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 3), Art. 3b EGV, Rdnr. 3; *Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Art. 3b, Rdnr. 1.

17 EuGH, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333, Rdnr. 33 *(Roquette Frères/Rat)*, wonach der einzelne eine Verletzung des Prinzips des institutionellen Gleichgewichts zwischen den Gemeinschaftsorganen geltend machen kann; *Kaiser*, Grenzen der EG-Zuständigkeit, EuR 1980, S. 97 (117); *Kamann/Schroeder*, (Fn. 4), S. 86 und allgemein *Kirchhof*, Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, S. 965 (968).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

normen.[18] Artikel 95 Abs. 1 EGV gehört zu den letzteren Kompetenznormen. Er ist funktional (bzw. final) auf den Zweck der Verwirklichung eines funktionierenden Binnenmarkts hin definiert. Sein sachlicher Anwendungsbereich ist demgegenüber nicht positiv bestimmt und daher nahezu unbegrenzt.[19] Lediglich Bestimmungen über die Steuern, die Freizügigkeit und bestimmte Arbeitnehmerfragen sind durch Art. 95 Abs. 2 EGV als sogenannte Bereichsausnahmen ausdrücklich als Gegenstände der Binnenmarktharmonisierung ausgeschlossen. Deshalb kann man Art. 95 Abs. 1 EGV mit Recht als Kompetenznorm für eine Querschnittszuständigkeit der Gemeinschaft bezeichnen.[20]

Damit stellt sich unmittelbar das Problem der Grenzen dieser Querschnittszuständigkeit. Wenn diese Grenze nicht aus den regelungsfähigen Sachmaterien bestimmt wird, so kann sie sich allein aus der Binnenmarktzielsetzung ergeben. Die entscheidende Frage ist also, welche Maßnahmen der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarkts dienen, konkret z.B., ob dies nur freiheits- und wettbewerbsfördernde sind oder auch regulierende Maßnahmen, die in ihrer Eingriffsintensität über die bisher in den Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen hinausgehen oder sogar Totalverbote vorsehen. Sollte es keine Tatbestandsgrenzen hinsichtlich der Eingriffsintensität von Harmonisierungsmaßnahmen geben, fragt sich, wie Art. 95 Abs. 1 EGV ansonsten tatbestandlich begrenzt und konkretisiert werden kann.

b) Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus gemäß Artikel 95 Abs. 3 EGV

Die Komplexität des Tatbestandsproblems wird verschärft durch Art. 95 Abs. 3 EGV, nach dem sich die Gemeinschaftsorgane auf ein hohes Schutzniveau u.a. im Gesundheitsbereich ausrichten müssen. Unbestritten ist, daß Abs. 3 die Gemeinschaftsorgane nicht auf ein bestimmtes Gesundheitsschutzniveau festlegt. Das „hohe Schutzniveau" ist nicht gleichzusetzen mit dem höchsten in einem Mitgliedstaat bestehenden Schutzniveau,[21] und schon gar nicht mit dem höchsten

---

18 Sachlich-gegenständlich definierte Kompetenznormen, z.B. Art. 43, 75 oder 113 EGV, machen einen bestimmten Teilbereich wirtschaftlicher bzw. nichtwirtschaftlicher Betätigungsformen zum Gegenstand einer umfassenden Regelungsbefugnis, ohne daß ein normativer Zielzustand oder eine Aufgabe vorgegeben wird. Demgegenüber begründen funktional (bzw. final) definierte Kompetenznormen eine Rechtsetzungsbefugnis aufgrund einer vorgegebenen Zielsetzung, so z.B. Art. 175 EGV für das Ziel des Umweltschutzes, ohne daß bestimmte Sachgebiete vorgegeben werden. Natürlich gibt es auch Mischformen; vgl. *Nettesheim*, Horizontale Kompetenzkonflikte in der EG, EuR 1993, S. 243 (248); *Kamann/Schroeder*, (Fn. 4), S. 88.

19 Generalanwalt *Fennelly,* Rs. C-376/98 und C-74/99, Schlußanträge v. 15.6.2000, noch nicht amtl. veröffentlicht, Rdnr. 58 *(Deutschland/Rat und The Queen/Secretary of State for Health, ex parte: Imperial Tobacco Ltd.)*; *Langeheine*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 3), Art. 100a EGV, Rdnr. 18; *Herrnfeld,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 95 EGV, Rdnr. 4.

20 So GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 62.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

technisch überhaupt möglichen Schutzniveau.[22] Anderenfalls wären die sogenannten Schutzverstärkungsklauseln des Art. 95 Abs. 4 und 5 EGV, die bei einem erhöhten Schutzbedürfnis nationale Alleingänge zulassen, überflüssig. Umgekehrt verlangt Art. 95 Abs. 3 EGV auch nicht zwingend eine Harmonisierung auf irgendeinem Durchschnitt des ursprünglichen mitgliedstaatlichen Schutzniveaus.[23]

Die Tatsache, daß die Gemeinschaftsorgane nach Art. 95 Abs. 3 EGV nicht ein bestimmtes Gesundheitsschutzniveau verfolgen müssen, bedeutet jedoch nicht, daß sie unter Berufung auf die Notwendigkeit eines hohen Gesundheitsschutzniveaus ihre Eingriffsbefugnisse über Art. 95 Abs. 1 EGV hinaus erweitern könnten. Unmittelbar aus Art. 95 Abs. 3 EGV ergibt sich keine Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass einer Gesundheitsschutzmaßnahme. Bei Art. 95 Abs. 3 EGV handelt es sich vielmehr um eine akzessorische Qualifizierungsnorm, die eine Zuständigkeit gemäß Art. 95 Abs. 1 EGV voraussetzt und diese im Hinblick u.a. auf das Ziel des Gesundheitsschutzes konkretisiert und qualifiziert.[24]

Es bleibt dann die Frage, in welchem Verhältnis das Gesundheitsschutzziel bzw. die übrigen in Art. 95 Abs. 3 EGV genannten Ziele mit dem Binnenmarktziel gemäß Art. 95 Abs. 1 EGV stehen, ob etwa die Berücksichtigung der Ziele des Art. 95 Abs. 3 EGV eine weite Auslegung des Art. 95 Abs. 1 EGV erfordert und welche Grenzen hierfür bestehen.

c) Das Verhältnis von Artikel 95 EGV zu Artikel 152 EGV

Wenn eine Gemeinschaftsmaßnahme tatbestandlich von der Binnenmarktzielsetzung erfaßt wird und daher Art. 95 EGV einschlägig ist, so stellt sich die weitere Frage, ob eine weitere Rechtsgrundlage einschlägig ist und in welchem Verhältnis Art. 95 EGV zu dieser Rechtsgrundlage steht. Normalerweise wird diese Frage nur im Rahmen von sogenannten horizontalen Kompetenzstreitigkeiten, d.h. Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Organen auf der Ebene der Gemeinschaft, relevant, da die Anwendung verschiedener Rechtsgrundlagen bisher noch unterschiedliche Entscheidungsverfahren und Abstimmungsmehrheiten nach sich ziehen.

Für das Verhältnis von Binnenmarkt- und Gesundheitsmaßnahmen besteht jedoch eine besondere Situation. Für Maßnahmen, die den Schutz und die Verbesserung der menschlichen Gesundheit zum Ziel haben, bietet Art. 152 Abs. 4 EGV eine

---

21 So EuGH, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rdnr. 48 *(Deutschland/Parlament und Rat)* zu Art. 47 Abs. 2 EGV.

22 So EuGH, Rs. C-284/95, Slg. 1998, I-4301, Rdnr. 49 *(Safety Hightech)*; EuGH, Rs. C-341/95, Slg. 1998, I-4355, Rdnr. 47 *(Bettati)* zu Art. 174 Abs. 2 EGV.

23 So wohl auch GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 85.

24 Vgl. *von Danwitz*, Zur Reichweite der Gemeinschaftskompetenz nach Art. 100 a I und III EGV a.F. (Art. 95 I und III EGV n.F.), EuZW 1999, S. 622.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kompetenzgrundlage. Artikel 152 Abs. 4 lit. c) EGV schließt hierbei jedoch jegliche Harmonisierung der Regelungen der Mitgliedstaaten aus. Dieses Harmonisierungsverbot bewirkt, daß der Konflikt zwischen zwei Kompetenzvorschriften plötzlich einen vertikalen Kompetenzstreit, d.h. einen Streit zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, verursacht. Denn je nachdem, ob man eine Maßnahme Art. 95 EGV oder Art. 152 EGV zuordnet, liegt eine Gemeinschaftskompetenz vor oder ist gerade ausgeschlossen.[25]

III. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Anwendung des Artikel 95 EGV

Die bislang vorliegenden Entscheidungen des Gerichtshofs zur Reichweite und zu den Konkurrenzen des Art. 95 EGV betreffen allein horizontale Kompetenzkonflikte, d.h. Streitigkeiten darüber, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber für eine Maßnahme Art. 95 oder eine andere Kompetenzvorschrift des EG-Vertrags hätte heranziehen müssen. Im Verhältnis von Art. 95 EGV zu den sachlich-gegenständlich definierten Kompetenznormen des Agrarbereichs gilt dabei nach bisheriger Rechtsprechung die Grundregel, daß die jeweilige Sachkompetenznorm vorgeht.[26] Diese Regel entspricht der von den Schöpfern der EEA beabsichtigten Stellung des Art. 95 EGV. Dieser sollte seinem Wortlaut nach („soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist") ausdrücklich subsidiär gegenüber den übrigen Ermächtigungsnormen des EG-Vertrags sein.

Die Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 95 EGV im Konflikt mit anderen, insbesondere finalen Kompetenznormen, entspricht dieser Regel allerdings nicht:

- Das erste aufsehenerregende Urteil betraf die von der Kommission angefochtene „Titandioxidabfall"-Richtlinie[27]. Diese Richtlinie stellte einheitliche Normen für die Behandlung verschiedenartiger Abfälle der Titandioxid-Industrie auf. Für bestimmte Abfälle schrieb sie ein vollständiges Verbot, für andere bestimmte Grenzwerte vor. Der EuGH hielt sowohl Art. 95 EGV als auch Art. 175 EGV tatbestandsmäßig für einschlägig, sah jedoch in Art. 95 EGV die vorrangige Rechtsgrundlage. Dabei wies er ausdrücklich darauf hin, daß umweltschutzrechtliche Vorschriften die betroffenen Unternehmen belasten können und man-

25 *Kamann/Schroeder*, (Fn. 4), S. 88.

26 EuGH, Rs. 68/86, Slg. 1988, 855, Rdnr. 15 *(Vereinigtes Königreich/Rat)*; EuGH, Rs. 131/86, Slg. 1988, 905, Rdnr. 20 *(Vereinigtes Königreich/Rat)*; EuGH, Rs. 70/88, Slg. 1991, I-4529, Rdnrn. 6 ff., 17 *(Parlament/Rat)*.

27 RL 89/428/EWG des Rates v. 21.6.1989 über die Modalitäten zur Vereinheitlichung der Programme zur Verringerung und späteren Unterbindung der Verschmutzung durch Abfälle der Titandioxid-Industrie, ABl. Nr. L 201 v. 14.7.1989, S. 56.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gels einer Rechtsangleichung der Wettbewerb spürbar verfälscht werden könnte. Eine Maßnahme, die die Produktionsbedingungen in einem Wirtschaftssektor zur Beseitigung der Wettbewerbsverzerrungen in diesem Sektor angleicht, falle in den Geltungsbereich des Art. 95 EGV.[28]

- Gegenstand des Falls *Tschernobyl II* war eine Euratomverordnung, die ein Verfahren zur Bestimmung von Radioaktivitätsgrenzen in Lebensmitteln bei nuklearen Unfällen sowie ein Verbot des Inverkehrbringens bei Überschreiten dieser Grenzwerte festlegte.[29] Nach Auffassung des klagenden Parlaments hätte die Verordnung nicht auf Art. 31 EAG, sondern auch auf Art. 95 EGV gestützt werden müssen. Nach Auffassung des Gerichtshofs hatte die streitige Verordnung nicht den Charakter einer Binnenmarktmaßnahme. Zwar schaffte sie einheitliche Bedingungen für den freien Warenverkehr, indem sie einseitige nationale Maßnahmen verhinderte. Diese Harmonisierung erfolgte jedoch nur „nebenbei".[30]
- Auch im Fall der „Abfalländerungsrichtlinie"[31] lehnte der Gerichtshof die Anwendung von Art. 95 EGV auf der Grundlage dieser sogenannten Schwerpunktbetrachtung ab. Die Richtlinie verpflichtete die Mitgliedstaaten zur Errichtung eines integrierten Netzes von Abfallbeseitigungsanlagen und zum Verbot des Verbringens von Abfällen, das den Abfallbewirtschaftungsplänen der Mitgliedstaaten nicht entsprach. Nach Auffassung des Gerichtshofs bestand der Hauptzweck dieser Maßnahme seinem Ziel bzw. seiner Wirkung nach im Umweltschutz. Da die Maßnahme „nur nebenbei eine Harmonisierung der Marktbedingungen innerhalb der Gemeinschaft" bewirkte, war ein Rückgriff auf Art. 95 EGV nicht gerechtfertigt.[32]
- Die gleiche Linie verfolgte der Gerichtshof im Fall der „Abfallverbringungsordnung"[33]. Diese Verordnung sah ein System zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen zwischen den Mitgliedstaaten vor. Nach Ansicht des Gerichtshofs war auch diese Verordnung eine Umweltschutzmaßnahme und daher auf Art. 175 EGV zu stützen. Auch hier reichte die Betroffenheit des

---

28 EuGH, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rdnr. 23; kritisch *Everling*, Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof, EuR 1991, S. 179 (182).

29 VO (Euratom) 3954/87 des Rates v. 22.12.1987 zur Festlegung von Höchstwerten an Radioaktivität in Nahrungsmitteln und Futtermitteln im Falle eines nuklearen Unfalls oder einer anderen radiologischen Notstandssituation, ABl. Nr. L 371 v. 30.12.1987, S. 11.

30 EuGH, Rs. C-70/88 (Fn. 26), Rdnr. 17.

31 RL 91/156/EWG des Rates v. 18.3.1991 zur Änderung der RL 75/422/EWG über Abfälle, ABl. L 78 v. 26.3.1991, S. 32.

32 EuGH, Rs. C-155/91, Slg. 1993, I-939, Rdnr. 19 f. *(Kommission/Rat)*.

33 VO (EWG) 259/93 des Rates v. 1.2.1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der europäischen Gemeinschaft, ABl. Nr. L 30 v. 6.2.1993, S. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Binnenmarktes und die nebenbei bewirkte Harmonisierung der Marktbedingungen innerhalb der Gemeinschaft nicht zur Begründung der Anwendbarkeit von Art. 95 EGV.[34]

- Im Verfahren *Arzneimittelschutzzertifikat* hatte der Gerichtshof zu prüfen, ob die Verordnung über ein ergänzendes Schutzzertifikat für Arzneimittel[35] berechtigterweise auf Basis von Art. 95 EGV erlassen worden war oder auf Art. 94 bzw. 308 EGV (vormals Art. 235 EGV) hätte gestützt werden müssen. Spanien hatte die Verordnung mit dem Argument angegriffen, das neue Zertifikat fördere nicht den freien Verkehr von Arzneimitteln. Es führe vielmehr durch die Verlängerung des Vertriebsmonopols des begünstigten Arzneimittels über die Laufzeit seines Grundpatents zu einer verlängerten Marktabschottung und Wettbewerbsbehinderung, insbesondere für Generikahersteller.[36] Der Gerichtshof hielt Art. 95 Abs. 1 EGV für die geeignete Rechtsgrundlage. Er stellte fest, daß die Verordnung einer heterogenen Entwicklung durch die Einführung nationaler Schutzzertifikate und damit der Aufspaltung des Arzneimittelbinnenmarkts in nationale Märkte vorbeugen sollte. Den Interessen insbesondere der Generikahersteller sei durch die Begrenzung des Zertifikats auf fünf Jahre ausreichend Rechnung getragen worden.[37]
- Das letzte wichtige Urteil vor dem Tabakverfahren betraf den Fall der „Einlagensicherungsrichtlinie"[38]. Der Gerichtshof hatte zu prüfen, ob diese Richtlinie, die eine Pflichtmitgliedschaft aller Kreditinstitute in bestimmten Einlagensicherungssystemen bestimmte, zulässigerweise auf Art. 47 Abs. 2 EGV (vormals Art. 57 Abs. 2 EGV)[39] gestützt worden war oder ob Art. 308 hätte herangezogen werden müssen. Deutschland hatte als Klägerin vorgebracht, die Richtlinie regele nicht nur die Tätigkeit der Banken, sondern diene in erster Linie dem Schutz der Einleger, also dem Verbraucherschutz. Hierfür sehe jedoch Art. 153 EGV (vormals Art. 129 a EGV) neben Maßnahmen, die nach Art. 95 EGV getroffen werden könnten (Rechtsgrundverweis), keine Möglichkeit zur verbindlichen

---

34 EuGH, Rs. C-187/93, Slg. I-2857, Rdnrn. 17 ff., 25 *(Parlament/Rat)*; die Schwerpunktbetrachtung hat der EuGH später in Urteilen in den Bereichen Arbeitsschutz und transeuropäische Netze bestätigt, vgl. EuGH, Rs. 84/94, Slg. 1996, I-5755, Rdnrn. 25 ff. (45), „Arbeitszeit-RL" *(Vereinigtes Königreich/Rat)*; EuGH, Rs. 271/94, Slg. 1996, I-1689, Rdnr. 32 ff., „Telematiknetze" *(Parlament/Rat)*, wo der EuGH Art. 155 EGV (vormals Art. 129 c EGV) darüber hinaus ausdrücklich als *lex specialis* gegenüber Art. 95 EGV bezeichnete.

35 VO (EWG) 1768/92 des Rates v. 18.6.1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel, ABl. Nr. L 182 v. 2.7.1992, S. 1.

36 EuGH, Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985, Rdnr. 30 *(Spanien/Rat).*

37 EuGH, Rs. C-350/92 (Fn. 36), Rdnrn. 35-39.

38 RL 94/19/EG v. 30.5.1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl. Nr. L 135 v. 31.5.1994, S. 5.

39 Die Vorschrift des Art. 47 Abs. 2 EGV verleiht der Gemeinschaft eine Harmonisierungskompetenz im Bereich der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten. Sie ist damit nur eine spezielle Ausprägung der allgemeinen Binnenmarktkompetenz nach Art. 95 EGV.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:13
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gemeinschaftsgesetzgebung vor.[40] Der Gerichtshof entschied, daß die Richtlinie es den Mitgliedstaaten verwehre, Kreditinstitute unter Berufung auf den Einlegerschutz an ihrer Dienstleistungstätigkeit zu hindern und daher Hindernisse der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit beseitige.[41]

Die Urteilsliste illustriert die Schwierigkeiten, die der Gerichtshof schon bisher mit der Anwendung von Art. 95 EGV hatte. Er fand keine klare dogmatische Linie, weder hinsichtlich der Tatbestandsauslegung des Art. 95 Abs. 1 EGV noch hinsichtlich der Abgrenzung zu anderen Kompetenzvorschriften.

IV. Das Tabakurteil des Gerichtshofs

Gegenstand des Tabakurteils war die Tabakwerberichtlinie. Diese Richtlinie sah ein nahezu vollständiges Verbot sämtlicher Formen von Werbung und Sponsoring in der Gemeinschaft vor. Dieses Verbot umfaßte Werbung in Zeitschriften und Zeitungen, im Kino, auf Plakaten, Sonnenschirmen, Aschenbechern und sonstigen in Hotels, Restaurants und Cafés verwendeten Gegenständen, die Verwendung einer Tabakmarke für Nicht-Tabakerzeugnisse (sogenannte Diversifizierungsprodukte) sowie sämtliche Arten des Sponsoring.

Der Gerichtshof beginnt seine Würdigung der Tabakwerberichtlinie mit der Feststellung, daß sie mitgliedstaatliche Vorschriften betrifft, denen größtenteils gesundheitspolitische Ziele zugrunde liegen.[42] Anschließend verweist er auf das Harmonisierungsverbot nationaler Vorschriften zur Gesundheitsförderung gemäß Art. 152 Abs. 4 EGV. Aus dieser Bestimmung folge nicht, daß eine Harmonisierungsmaßnahme auf einer anderen Vertragsgrundlage keine Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürfe. Andererseits dürften andere Artikel des EG-Vertrags nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um dem Harmonisierungsverbot gemäß Art. 152 Abs. 4 EGV zu entgehen.[43]

Nach diesen einleitenden Hinweisen entwickelt der Gerichtshof ein grundsätzliches Anwendungsprofil des Art. 95 EGV. Einleitend weist er darauf hin, daß Art. 95 EGV dem Gemeinschaftsgesetzgeber keine allgemeine Kompetenz zur

40 Vgl. das Vorbringen Deutschlands in EuGH, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rdnr. 10 *(Deutschland/ Parlament und Rat)*.

41 EuGH, Rs. C-233/94 (Fn. 40), Rdnr. 19; der Gerichtshof prüfte dabei weder, ob in den Mitgliedstaaten überhaupt unterschiedliche Regeln hinsichtlich der Einlagensicherungssysteme tatsächlich bestanden oder bevorstanden, noch, ob diese den freien Dienstleistungsverkehr der Banken tatsächlich behinderten oder zu Wettbewerbsverzerrungen führten. Auch auf das Verhältnis zur Verbraucherschutzkompetenz gem. Art. 153 EGV ging der Gerichtshof nicht ein.

42 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 76.

43 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnrn. 77-79.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Regelung des Binnenmarkts gewährt. Dies widerspreche dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung.[44] Aus der Gesamtsystematik der Art. 3 Abs. 1 lit. c, Art. 14 und Art. 95 EGV leitet der Gerichtshof gleichzeitig als allgemeinen Grundsatz her, daß ein auf Art. 95 EGV erlassener Rechtsakt „tatsächlich den Zweck haben [muss], die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern". Als Rechtfertigung für eine Harmonisierungsmaßnahme genüge nicht die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen.[45] Die Gemeinschaft dürfe danach zwar eine Harmonisierung durchführen, um einer heterogenen Entwicklung der nationalen Vorschriften vorzubeugen. Das Entstehen von Hindernissen für den Binnenmarkt durch eine solche Entwicklung müsse jedoch wahrscheinlich sein und die Harmonisierungsmaßnahme ihre Vermeidung tatsächlich bezwecken.[46]

Abschließend stellt der Gerichtshof fest, daß wenn die von ihm aufgestellten Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 95 EGV erfüllt sind, seiner Anwendung nicht entgegensteht, daß der Gesundheitsschutz für die getroffene Maßnahme maßgebende Bedeutung hat. Vielmehr seien nach Art. 129 Abs. 1 Unterabs. 3 EGV[47] die Erfordernisse des Gesundheitsschutzes gerade Bestandteil der übrigen Politiken der Gemeinschaft. Im übrigen schreibe Art. 95 Abs. 3 EGV die Orientierung an einem hohen Gesundheitsschutzniveau bei Harmonisierungsmaßnahmen ausdrücklich vor.[48]

Anschließend prüft der Gerichtshof, ob die Tabakwerberichtlinie Hemmnisse des freien Warenverkehrs bzw. der Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf die betroffenen Werbeträger und -dienstleistungen oder Wettbewerbsverzerrungen beseitigt. Beide Voraussetzungen sieht der Gerichtshof zumindest bei Teilen der Tabakwerberichtlinie als nicht erfüllt an. Im Hinblick auf die Verkehrsfreiheiten bestehe zwar die Wahrscheinlichkeit, daß die nationalen Werberegelungen künftig Hindernisse für den freien Verkehr von Presseerzeugnissen verursachten. Dies gelte jedoch nicht für lokal eingesetzte Werbeträger, für Werbespots im Kino oder für die sogenannten Diversifizierungsprodukte.[49] Wettbewerbsverzerrungen können nach Auffassung des Gerichtshofs nur dann durch eine Harmonisierungsmaßnahme gemäß Art. 95 EGV beseitigt werden, wenn diese spürbar sind.[50] Derartige spürbare

44 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 83.

45 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 84.

46 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 86.

47 Art. 129 Abs. 1 Unterabs. 3 wurde durch den Amsterdamer Vertrag in Art. 152 Abs. 1 Unterabs. 1 integriert.

48 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 88.

49 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnrn. 97-99, 102-104.

50 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 106 unter Berufung auf EuGH, Rs. C-300/89 (Fn. 28), Rdnr. 23.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verzerrungen seien jedoch im Wettbewerb zwischen den Werbeagenturen und den Herstellern von Werbeträgern im Hinblick auf verschiedene Formen des Sponsoring sowie auch auf dem Markt für Tabakerzeugnisse nicht zu erkennen.[51]

Zwar hätte im Ergebnis nach Ansicht des Gerichtshofs das Verbot für bestimmte Formen der Werbung und des Sponsoring auf Art. 95 EGV gestützt werden können. Dennoch erklärte er die gesamte Tabakwerberichtlinie für nichtig.[52]

V. Kritik und offene Fragen

1. Umfang der gerichtlichen Kontrolle des Art. 95 EGV

Bemerkenswert ist das Tabakurteil zunächst einmal aufgrund seines Ergebnisses und aufgrund der in ihm zum Ausdruck kommenden grundsätzlichen Haltung des Gerichtshofs zu seiner Aufgabe als Kontrolleur der Gemeinschaftskompetenzen. Der Gerichtshof hat erstmals seit langer Zeit wieder einmal entschieden, daß die Gemeinschaft für eine bestimmte Maßnahme keinerlei Kompetenz hat. Dabei hat er mehrfach ausdrücklich hervorgehoben, daß das Prinzip der begrenzten Ermächtigung ein grundlegendes Prinzip der Kompetenzordnung der Gemeinschaft ist und daß er die Grenzen der Gemeinschaftskompetenzen genau überprüft.

Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 95 EGV weist das Tabakurteil ein zweifaches „Mehr" an gerichtlicher Kontrollintensität auf. Erstens versucht der Gerichtshof, dem Tatbestand des Art. 95 EGV insgesamt stärkere rechtliche Konturen zu geben. Zweitens scheint der Gerichtshof gewillt, künftig die tatsächlichen Grundlagen einer Harmonisierungsmaßnahme, insbesondere die betroffenen Wirtschaftssektoren und Märkte, konkret zu untersuchen.[53] Damit zeigt der Gerichtshof, daß er als Verfassungsgericht der Gemeinschaft nicht allein dem Effektivitätsprinzip, sondern auch dem Prinzip der Rechtsgemeinschaft verpflichtet ist.

2. Der Anwendungsbereich des Art. 95 Abs. 1 EGV

Der Gerichtshof prüft – wenn auch nicht immer klar erkennbar – die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 95 Abs. 1 EGV anhand eines von GA *Fennelly* vorgeschlagenen Zwei-Stufen-Tests[54]: Auf der ersten Stufe untersucht er, ob durch den

51 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnrn. 109-113.

52 EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 117.

53 Vgl. unten V.2.b).

54 GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 93.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bestand der nationalen Rechtsvorschriften Hemmnisse für den freien (Waren- und Dienstleistungs-)Verkehr im Binnenmarkt bestehen oder wahrscheinlich entstehen können oder ob auf dem Binnenmarkt spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen. Schon das Vorliegen einer dieser beiden Voraussetzungen ist dabei ausreichend, um den Anwendungsbereich des Art. 95 Abs. 1 EGV zu eröffnen. Sie sind also keine kumulativen, sondern alternative Voraussetzungen.[55] Auf der zweiten Stufe prüft der Gerichtshof, ob die konkrete Harmonisierungsmaßnahme tatsächlich die Beseitigung bzw. Vermeidung der Verkehrshindernisse bzw. Wettbewerbsverzerrungen bezweckt.

a) Unmittelbare Hemmnisse für den freien (Waren-, bzw. Dienstleistungs-) Verkehr

Die erste alternative Anwendungsvoraussetzung der ersten Stufe – Hemmnisse für den freien (Waren-, bzw. Dienstleistungs-)Verkehr – ist nicht schon dann erfüllt, wenn die „abstrakte Gefahr" solcher Hemmnisse besteht, sondern nur, wenn solche Hemmnisse tatsächlich „bestehen oder wahrscheinlich entstehen können". Mit dieser Einschränkung führt der Gerichtshof ein Unmittelbarkeits- bzw. Adäquanzkriterium ein, das schon aus der Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Grundfreiheiten bekannt ist.[56] Nach dieser Rechtsprechung fallen nationale Regelungen dann nicht in den Schutzbereich des Art. 28 EGV, wenn ihre beschränkenden Wirkungen für den freien Warenverkehr „zu ungewiß und indirekt" sind.[57] Analog kann der gegenwärtige Bestand nationaler Regelungen eines bestimmten Binnenmarktbereichs dann nicht Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen nach Art. 95 Abs. 1 EGV sein, wenn er nicht geeignet ist, den Binnenmarktverkehr konkret und unmittelbar ursächlich zu beschränken. Nationale Rechtsvorschriften, die bloß hypothetisch Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel haben können, sind nicht harmonisierungsfähig.

---

55 Für diese Sichtweise spricht insbesondere die Tatsache, daß der Gerichtshof nach der Feststellung, daß keine Hemmnisse für den freien Verkehr bestehen, das Vorliegen von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen voll durchprüft; sie wird bestätigt durch die Feststellung in Rdnr. 114 („auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen [...]"); mißverständlich dagegen Rdnr. 95 („sowie").

56 Das Unmittelbarkeitskriterium ist nicht zu verwechseln mit dem Kriterium der Spürbarkeit; ein solches Spürbarkeitskriterium verwendet der Gerichtshof bei der Prüfung der Grundfreiheiten ausdrücklich nicht, vgl. z.B. EuGH, Rs. 16/83, Slg. 1984, 1299, Rdnr. 20 *(Prantl)*; Rs. C-126/91, Slg. 1993, I-2361, Rdnr. 21 *(Yves Rocher)*, und wendet es konsequenterweise auch vorliegend nicht an; anders die Prüfung der Wettbewerbsverzerrung, vgl. unten V.2.b).

57 EuGH, Rs. C-69/88, Slg. 1990, I-583, Rdnr. 11 *(Krantz)*; Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 31 *(Corsica Ferries France)*; Rs. C-44/98, Slg. 1999, I-6269, Rdnr. 16 *(BASF)*; analog zur Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-190/98, Urt. v. 27.1.2000, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht, Rdnr. 25 *(Graf/ Filzmoser Maschinenbau GmbH)* mit Anm. *Schroeder*, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Kündigungsabfindung, JZ 2001, S. 87.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Gerichtshof berücksichtigt bei der Unmittelbarkeitsprüfung auch ein evolutives Element. Trotz einer fehlenden gegenwärtigen Verkehrsbeschränkung ist eine Harmonisierung auch dann möglich, wenn sich der Bestand der nationalen Regelungen bei objektiver Betrachtung wahrscheinlich so entwickeln wird, daß in überschaubarer Zukunft mit unmittelbaren beschränkenden Wirkungen zu rechnen ist. Die erforderliche Prognose der künftigen Rechtsentwicklung muß sich dabei jedoch ebenfalls auf konkrete, gerichtlich nachprüfbare Anhaltspunkte gründen.[58] Eine allgemeine Kompetenz zur „vorbeugenden Harmonisierung" hat die Gemeinschaft danach nicht.

b) Unmittelbare und spürbare Wettbewerbsverzerrungen

Der Gerichtshof unterstellt auch die zweite Alternativvoraussetzung der ersten Stufe – Bestehen von Wettbewerbsverzerrungen – dem Unmittelbarkeitskriterium und zusätzlich dem Kriterium der Spürbarkeit. Das Spürbarkeitskriterium entstammt dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht (Art. 81, 82 EGV).[59] Es hatte bereits in der „Titandioxid"-Entscheidung Eingang in die Rechtsprechung zu Art. 95 EGV gefunden.[60] Nach Auffassung des Gerichtshofs darf der Gemeinschaftsgesetzgeber dann nicht auf Art. 95 EGV zurückgreifen, wenn durch die Harmonisierungsmaßnahme bloß „geringfügige Wettbewerbsverzerrungen" beseitigt werden sollten.

Die Anwendung des Spürbarkeitskriteriums erfordert wie im Rahmen der Art. 81, 82 EGV eine marktspezifische Untersuchung. Tatsächlich hat der Gerichtshof auch im Tabakurteil die Spürbarkeit der Wettbewerbsverzerrungen getrennt für die Märkte der Werbeagenturen und Hersteller von Werbeartikeln, auf den Sponsoringmärkten und auf dem Markt für Tabakerzeugnisse geprüft und ist zu differenzierten Ergebnissen gekommen. Auch der Gemeinschaftsgesetzgeber wird also in Zukunft zunächst eine Abgrenzung der relevanten Märkte vornehmen und auf dieser Grundlage entscheiden müssen, für welche Märkte eine Harmonisierung in Betracht kommt und für welche nicht. Betrifft eine Harmonisierungsmaßnahme mehrere unterschiedliche Märkte, so wird man das Bestehen von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen auf einem dieser Märkte ausreichen lassen müssen.

Das Spürbarkeitskriterium ist dem Ursprung nach ein quantitatives Kriterium. Die Kommission hat dementsprechend im Rahmen von Art. 81, 82 EGV in ihrer

---

58 So lag im Fall *Arzneimittelzertifikate* ein konkreter Entwurf für eine Beschränkungsmaßnahme in einem Mitgliedstaat vor, vgl. EuGH, Rs. C-350/92 (Fn. 36), Rdnr. 34; vorliegend stellte der Gerichtshof auf die „Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften, die zu einer immer stärkeren Beschränkung der Werbung für Tabakerzeugnisse führt" ab, vgl. EuGH, Rs. C-376/98 (Fn. 5), Rdnr. 97.

59 Grundlegend EuGH, Rs. 56/65, Slg. 1966, S. 281, 303 f. *(LTM./.Maschinenbau Ulm)*; Rs. 5/69, Slg. 1969, S. 295 *(Völk/Vervaecke)*.

60 Vgl. oben III.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sogenannten „Bagatell-Bekanntmachung“[61] verschiedene quantitative Kriterien zur Konkretisierung des Spürbarkeitskriteriums aufgestellt. Maßgeblich sind danach insbesondere die Marktanteile der beteiligten Unternehmen. Der EuGH hat im Rahmen des Wettbewerbsrechts keine schematische Beurteilung der Spürbarkeit vorgenommen, sondern sich maßgeblich an den Besonderheiten des Einzelfalls orientiert und eine Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände vorgenommen.[62] Es ist anzunehmen, daß der Gerichtshof diese Linie auch im Rahmen von Art. 95 EGV verfolgen wird, insbesondere, da es hier um Wettbewerbsverzerrungen durch nationale Rechtsvorschriften und nicht durch Unternehmen geht und damit das Marktanteilskriterium generell nicht anwendbar ist. Welche Kriterien der Gerichtshof im einzelnen aufstellen wird, bleibt abzuwarten.

3. Das Verhältnis von Binnenmarkt- und Gesundheitsschutzziel

Nicht eindeutig geklärt erscheint weiterhin die Frage des Verhältnisses der Binnenmarkt- und der Gesundheitsschutzzielsetzung, konkret das Verhältnis von Art. 95 Abs. 1, 3 zu Art. 152 Abs. 4 lit. c) EGV. Zwar hat der Gerichtshof ausdrücklich hervorgehoben, daß das Harmonisierungsverbot in Art. 152 Abs. 4 EGV nicht durch die Heranziehung anderer Kompetenzgrundlagen umgangen werden darf. Andererseits hat er jedoch klargestellt, daß eine Beseitigung der Hemmnisse für den freien (Waren-, bzw. Dienstleistungs-)Verkehr nicht nur durch liberalisierende, sondern auch durch Verbotsmaßnahmen erfolgen kann, bei denen das Gesundheitsschutzziel im Vordergrund steht. Dies gilt offensichtlich selbst dann, wenn diese Maßnahmen in ihrer Eingriffsintensität über das bisherige mitgliedstaatliche Niveau hinausgehen.[63]

Die Auflösung dieses augenscheinlichen Widerspruchs liefert zwar nicht der Gerichtshof, jedoch GA *Fennelly*. Dieser bezieht das Harmonisierungsverbot in Art. 152 Abs. 4 lit. c) EGV nur auf die dort angesprochenen Fördermaßnahmen, mißt also Art. 152 Abs. 4 lit. c) EGV nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich zu.[64] Außerdem sieht er Art. 152 Abs. 4 EGV vorliegend als irrelevant an.[65]

---

61 Bekanntmachung v. 9.12.1997 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen, ABl. Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 13.

62 Grundlegend EuGH, Rs. 56/65 (Fn. 59), S. 303 f.

63 Vgl. GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnrn. 85 und 88, mit der Feststellung, daß Art. 95 Abs. 1 EGV keine „liberale Charta“ darstellt, die zwingend eine Liberalisierung verlangt, und daß die Intensität von Eingriffsmaßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers in die betroffene Wirtschaftstätigkeit größer sein kann, als „die Summe oder der Durchschnitt der Lasten sind, den die früher geltenden unterschiedlichen nationalen Regelungen auferlegten“.

64 Vgl. GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 71.

65 Vgl. GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 73.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Er löst das Anwendungsproblem des Art. 95 Abs. 1 EGV also allein auf dessen Tatbestandsebene, ohne daß das Verhältnis zu Art. 152 Abs. 4 EGV hierdurch tangiert wäre.[66]

Überhaupt sieht GA *Fennelly* zwischen Binnenmarkt- und Gesundheitsschutzziel keinerlei Zielkonflikt. Vielmehr stehen seiner Auffassung nach beide Ziele selbständig nebeneinander. Ein höheres Gesundheitsschutzniveau habe keinen niedrigeren Binnenmarkt-Gehalt zur Folge.[67] Selbst erhebliche Beschränkungen und Verbote, die aus Gesundheitsgründen erlassen werden, könnten gleichzeitig den Warenverkehr erleichtern und damit dem Binnenmarktziel dienen.[68] Dieser Sichtweise liegt ein „allgemeiner" Begriff des freien Warenverkehrs zugrunde.[69] Freier Warenverkehr ist danach nicht der freie Verkehr der konkret von einer Harmonisierungsmaßnahme betroffenen Produkte, sondern das Gesamtsystem des freien Warenverkehrs in der Gemeinschaft. Selbstverständlich kann dieses System auch durch eine Verbotsmaßnahme gefördert werden. Wie dies jedoch mit der doch eher konkreten Betrachtungsweise des Gerichtshofs in Einklang zu bringen ist, bleibt vorerst offen.

4. Die Behandlung von Änderungsmaßnahmen

Abschließend stellt sich die Frage, wie Änderungsmaßnahmen zu Harmonisierungsmaßnahmen nach dem Zwei-Stufen-Test zu behandeln sind. Es ist unbestritten, daß Art. 95 Abs. 1 EGV die Gemeinschaft nach der sogenannte Erstharmonisierung eines Wirtschaftsbereichs auch zum Erlaß von Änderungs- und Folgemaßnahmen ermächtigt.[70] Offensichtlich ist auch, daß solche Änderungsmaßnahmen wiederum auf Art. 95 Abs. 1 EGV und nicht bloß auf Abs. 3 zu stützen sind. Es fragt sich dann, wie diese Änderungsmaßnahmen in das Prüfungsschema des Gerichtshofs passen, denn immerhin bestehen nach der Harmonisierung eines Wirtschaftsbereichs keine Verkehrshindernisse bzw. Wettbewerbsverzerrungen mehr. Diese Frage läßt sich allein durch eine Gesamtbetrachtung der ursprünglichen Harmonisierungsmaßnahme und der jeweiligen Änderungsvorschriften lösen. Es ist zu prüfen, ob die Harmonisierungsmaßnahme in ihrer geänderten

66 Vgl. zu diesem systematischen Vorgehen oben II.2.c).

67 Vgl. GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 66.

68 Vgl. GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 86.

69 So ausdrücklich GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 86.

70 Dies ergibt sich insbesondere aus Abs. 1 („Funktionieren") und Abs. 3 („neue Entwicklungen"). Artikel 95 geht davon aus, daß der Binnenmarkt in rechtlicher Hinsicht stets unvollkommen ist und daher seine Weiterentwicklung und Anpassung an sich ändernde Gegebenheiten eine dauernde rechtliche Aufgabe ist, vgl. *Steindorff*, Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 1994, S. 149 ff.; *Kahl*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 95 EGV, Rdnr. 7. Dies gilt insbesondere beim Auftritt neuer Gesundheitsprobleme. Hier gilt gem. Art. 95 Abs. 5 und 8 EGV für die Mitgliedstaaten eine Kompetenzsperre. Allein zur Vermeidung eines Gesetzgebungsstillstands muß daher die Gemeinschaft auf solche Probleme mit Änderungsmaßnahmen reagieren können.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fassung von Art. 95 Abs. 1 EGV erfaßt ist. Da diese Prüfung jedoch eine hypothetische Prüfung sein müßte, wird hier eine wirksame Kompetenzkontrolle anhand des Anforderungskatalogs des Gerichtshofs kaum mehr möglich sein.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Der Gerichtshof hat in der Tabakentscheidung offensichtlich versucht, die Binnenmarktkompetenz gemäß Art. 95 EGV in Kongruenz mit dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, insbesondere mit dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 EGV sowie mit dem EG-Wettbewerbsrecht zu entwickeln.[71] Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen sind danach nur nationale Regelungen, die unmittelbare Auswirkungen auf den freien Verkehr oder spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb im Binnenmarkt haben. Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich des Art. 95 EGV sind demgegenüber Gemeinschaftsmaßnahmen, die Regelungssachverhalte ohne Relevanz für den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr bzw. Wettbewerb zu harmonisieren suchen. Dies sind im wesentlichen örtlich beschränkte Sachverhalte. Der Anwendungsbereich des Art. 95 EGV erweist sich im Ergebnis als das kompetenzrechtliche Spiegelbild zu den materiellen Vorschriften der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts.

In dieser Interpretation sollte die kompetenzbeschränkende Wirkung des Tabakurteils nicht überschätzt werden. Tatsächlich verbleiben dem Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen von Art. 95 EGV weiterhin enorme Handlungsfreiheiten. Es ist daher zu erwarten, daß auch in Zukunft der weitaus größte Teil der Gemeinschaftsgesetzgebung auf diese Vorschrift gestützt sein wird und dies nach den Aussagen des Tabakurteils zu Recht. Wollen die Mitgliedstaaten dies verhindern, müssen sie als die Herren der Verträge die Kompetenzregeln ändern. Eine Gelegenheit dazu bietet die für das Jahr 2004 anberaumte Nizza-Nachfolgekonferenz, bei der die Frage eines Kompetenzkatalogs auf der Tagesordnung stehen wird.

Bis dahin und wahrscheinlich auch darüber hinaus wird die Problematik des Gesundheitsschutzes im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung wohl weniger durch die Kompetenzfrage als zunehmend durch materiell-rechtliche Diskussionen bestimmt sein. Relevant wird hierbei neben dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und dem Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten insbesondere Art. 95 Abs. 3 EGV. Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der Binnenmarktteilnehmer aus Gründen u.a. des Gesundheitsschutzes dürfen danach nur unter Berücksichtigung der „auf wissenschaftliche(n) Ergebnisse(n) gestützten neuen Ent-

71 Für eine solche Kongruenz schon *von Danwitz*, (Fn. 24), S. 624.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wicklungen" erfolgen. Die Fragen, die sich stellen werden, liegen auf der Hand. Welche wissenschaftlichen Ergebnisse reichen zur Rechtfertigung von Gesundheitsschutzmaßnahmen aus?[72] Welche Rolle spielt das sogenannte Vorsorgeprinzip? Welchen Anforderungen müssen die erforderlichen Risikobewertungen genügen? Genügt die gemeinschaftliche Praxis den Anforderungen des WTO-Rechts, insbesondere dem sogenannten SPS-Abkommen?[73] Welche Begründungspflichten hat der Gemeinschaftsgesetzgeber bei Gesundheitsschutzmaßnahmen?[74] Man sieht, das Thema des Gesundheitsschutzes im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung hält für Sie als Studenten und mich als Rechtsanwalt auch bzw. gerade nach dem Tabakurteil des Gerichtshofs noch viele spannende Probleme bereit.

72 Vgl. hierzu GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 160 ff.

73 Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen, ABl. Nr. L 336 v. 23.12.1994, S. 40 ff.

74 Vgl. hierzu GA *Fennelly*, (Fn. 19), Rdnr. 178.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2001-1-23, am 12.10.2024, 09:59:14
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb