

## Die Freiverkehrsgarantie nach Art. 13 Abs. 1 der Tabakprodukt-Richtlinie \*

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. und Wiss. Ass. Christina Engelmann

Die sog. „Tabakprodukt-Richtlinie“<sup>1</sup> hat bereits Anlaß zu vielen kontroversen Diskussionen gegeben. Deren Gegenstand war hauptsächlich die Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem EG-Primärrecht, insbesondere die Frage nach der Kompetenzgrundlage im EG-Vertrag<sup>2</sup>. Anforderungen an eine Harmonisierung auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz (Art. 95 EG) stelle der EuGH in seinem Urteil vom 5. Oktober 2000 zur „Tabakwerbe-Richtlinie“ auf<sup>3</sup>. Um auf Art. 95 EG gestützt werden zu können, muß eine Richtlinie danach tatsächlich und effektiv den Zweck verfolgen, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes durch die Beseitigung von Verkehrshindernissen bzw. von Wettbewerbsverzerrungen zu verbessern (sog. Effektivitätsgebot). Im folgenden sollen die einzelnen Bestimmungen der Tabakprodukt-Richtlinie aber nicht erneut an diesen Maßstäben gemessen werden. Vielmehr verfolgt der vorliegende Beitrag das Anliegen, die einschlägigen Bestimmungen, insbesondere die Freiverkehrsklausel des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie, dahingehend auszulegen, daß das vom EuGH aufgestellte Effektivitätsgebot in praktisch wirksamer Weise verwirklicht wird (effet utile). Die vom EuGH aufgestellten Maßstäbe zum Effektivitätsgebot dienen damit zugleich als Auslegungsmaßstäbe der Richtlinienbestimmungen.

### I. Zur Bedeutung der Freiverkehrsgarantie des Art. 13 Abs. 1 der Tabakprodukt-Richtlinie

Die Tabakprodukt-Richtlinie (im folgenden Richtlinie) enthält Vorschriften für die Herstellung und Vermarktung von Tabakprodukten. Neben Anforderungen an die Warenhinweise auf Packungen von Tabakprodukten<sup>4</sup> und sonstigen Vorgaben zur Etikettierung<sup>5</sup> sind etwa Regelungen zum Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidhöchst-

\* Die Abhandlung beruht in Teilen auf einem Rechtsgutachten.

1 Richtlinie 2001/37/EG, ABl. EG 2001 Nr. L 134, S. 26 = EuZW 2001, 495.

2 Vgl. Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 17 ff.; Schroeder, EuZW 2001, 489 ff.; Hüf, Gutachten über die Kompetenzgrundlagen der Tabakprodukt-Richtlinie (unveröffentlichtes Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie), 2001; von Danwitz, Stellungnahme zur primärrechtlichen Beurteilung der Tabakrichtlinie (unveröffentlichtes Rechtsgutachten), 2001.

3 EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat* („*Tabakwerbe-Richtlinie*“), Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 77 ff. = ZLR 2000, 874 ff.

4 Insbesondere Art. 5 der Richtlinie.

5 Etwa Art. 7 der Richtlinie.

ZLR 3/2002 *Koenig/Engelmann*, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie

gehalten von Zigaretten<sup>6</sup> sowie Pflichten zur Prüfung der Inhaltsstoffe der Tabakprodukte<sup>7</sup> vorgesehen. Die Vorgaben der Richtlinie sind dabei überwiegend als Mindest- oder Rahmenvorschriften ausgestaltet. Daher kann die Situation entstehen, daß ein Mitgliedstaat strengere Umsetzungs Vorschriften erläßt als ein anderer.

Vor diesem Hintergrund dient die Freiverkehrsgarantie des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie dem Zweck, daß trotz der möglichen Unterschiede der nationalen Regelungen im Hinblick auf die Prüfung und die Aufmachung von Tabakerzeugnissen der Binnenmarkt effektiv verwirklicht werden kann. Nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten die „Einfuhr, den Verkauf und den Konsum von Tabakerzeugnissen, die dieser Richtlinie entsprechen, nicht aus Gründen untersagen oder beschränken, die mit [...] den gesundheitsrelevanten Warnhinweisen und sonstigen Angaben oder anderen Erfordernissen dieser Richtlinie zusammenhängen [...]“. Diese Regelung hat zur Folge, daß Tabakerzeugnisse, die den Anforderungen der Richtlinie genügen, grundsätzlich in der gesamten Gemeinschaft verkehrsfähig sind. Ein Mitgliedstaat darf sich deshalb der Einfuhr eines Tabakerzeugnisses grundsätzlich nicht unter Berufung auf abweichende nationale Regelungen betreffend die Aufmachung der Packungen von Tabakerzeugnissen widersetzen, sofern das eingeführte Erzeugnis den von der Richtlinie diesbezüglich gestellten Anforderungen genügt<sup>8</sup>.

Gemäß Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie sind von der grundsätzlich geltenden Freiverkehrsgarantie jedoch Ausnahmen möglich. Danach ist es den Mitgliedstaaten gestattet, strengere Vorschriften für die Herstellung, die Einfuhr, den Verkauf und den Konsum von Tabakerzeugnissen beizubehalten oder zu erlassen, wenn diese Vorschriften von den Mitgliedstaaten zum Schutz der Gesundheit für erforderlich gehalten werden und nicht im Widerspruch zur Tabakprodukt-Richtlinie stehen. Die Befugnis zum Erlaß von über die Richtlinie hinausgehenden nationalen Gesundheitschutznormen nach dieser Ausnahmevorschrift erstreckt sich nicht nur auf Regelungsgegenstände, die von der Richtlinie noch gar nicht berührt werden<sup>9</sup>, sondern auch auf Bereiche, die von der Richtlinie bereits geregelt sind. Denn nach Art. 13

<sup>6</sup> Siehe Art. 3 der Richtlinie.

<sup>7</sup> Art. 4 der Richtlinie.

<sup>8</sup> In Bezug auf die in Art. 8 der – mittlerweile durch Art. 15 der Richtlinie aufgehobenen – Richtlinie über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen von 1989 (Richtlinie 89/622/EWG) enthaltene Freiverkehrsklausel vgl. EuGH, Rs. C-222/91, *Philip Morris Belgium u. a.*, Slg. 1993, I-3469, Rdnr. 13 und EuGH, Rs. C-117/92, *Gallagher u. a.*, Slg. 1993, I-3545, Rdnr. 16.

<sup>9</sup> Soweit sekundärrechtliche Schutznormen in der Richtlinie noch fehlen, bleibt generell die Befugnis der Mitgliedstaaten bestehen, nationale Schutznormen zu erlassen. Mit nationalen Regeln verbundene Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten sind dann zulässig, wenn sie gemäß Art. 30 bzw. Art. 46 EG oder zur Verfolgung ungesehnterer Gemeinwohlgründe gerechtfertigt sind. Dagegen sind in sekundärrechtlich geregelten Bereichen nationale abweichende Vorschriften nur rechtmäßig, wenn dies in dem betroffenen Sekundärrechtsakt vorgesehen ist, vgl. etwa EuGH, Rs. C-323/93, *Centre d'investissement de la Crespelle*, Slg. 1994, I-5077, Rdnr. 31; *Epinieg*, in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EC-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 30 EG Rdnr. 9, *Luz*, in: Lenz, EG-Vertrag, 2. Auflage, 1999, Art. 30 Rdnr. 2.

*Koenig/Engelmann*, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie ZLR 3/2002

Abs. 2 der Richtlinie bleibt ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten unberührt, „strengere“ Vorschriften zu erlassen. Durch das eingefügte Adjektiv „strengere“ wird der Bezug zwischen den in der Richtlinie enthaltenen Schutzvorgaben und den weitergehenden nationalen Umsetzungs Vorschriften hergestellt. Das Recht zum Erlaß mitgliedstaatlicher strengerer Vorschriften wird jedoch dadurch begrenzt, daß diese Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erforderlich sein müssen und nicht im Widerspruch zu der Richtlinie stehen dürfen.

## II. Reichweite der Freiverkehrsgarantie im Rahmen verschiedener Fallkonstellationen

Um die Reichweite der Freiverkehrsklausel, ihre Bedeutung für die Binnenmarktwirklichkeit und verbleibende Regelungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten näher zu erläutern, bietet sich eine Betrachtung verschiedener Fallkonstellationen an.

### 1. Zum Wortlaut der vorgeschriebenen Warnhinweise auf Packungen von Tabakerzeugnissen

Im Hinblick auf Vorschriften betreffend den Wortlaut der Warnhinweise auf Packungen von Tabakerzeugnissen ist zunächst von folgender hypothetischer Fallkonstellation auszugehen: Unterstellt, ein bestimmtes Tabakprodukt wird in der Bundesrepublik Deutschland für den belgischen Markt hergestellt. Hierzu werden die nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie vorgeschriebenen Warnhinweise auf der Verpackung in den belgischen Amtssprachen Französisch, Niederländisch und Deutsch auf der für Staaten mit drei Amtssprachen vorgeschriebenen Fläche aufgedruckt. Allerdings richtet sich der Wortlaut der Hinweise nicht nach den belgischen Vorschriften, sondern folgt den für die Bundesrepublik Deutschland geltenden Regeln in §§ 5 ff. der Tabakprodukt-Verordnung<sup>10</sup> (im folgenden Verordnung). So wird der in der Bundesrepublik Deutschland nach § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2. Alt. der Verordnung gebotene Hinweis „Rauchen kann tödlich sein“ verwendet, anstatt wie in Belgien vorgeschrieben „Rauchen ist tödlich“. In dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob die belgischen Behörden mit Blick auf die Freiverkehrsgarantie des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie die Einfuhr dieser Tabakprodukte verhindern können oder ob sie in Belgien uneingeschränkt verkehrsfähig sind.

#### a) Eingreifen der Freiverkehrsklausel des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie

Entscheidend für die Verkehrsfähigkeit eines Tabakerzeugnisses im Hinblick auf die aufzudruckenden Warnhinweise ist, daß diese Hinweise den in Art. 5 der Richtlinie

<sup>10</sup> Es wird unterstellt, der Verordnungs-Entwurf würde in der Form verbindlich, wie er den Verbänden vom Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft mit Brief vom 19.11.2001 mitgeteilt wurde. (Geschäftszeichen 214-8470-10).

ZLR 3/2002 Koenig/Engelmann, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie

enthaltenen Anforderungen entsprechen. Denn dann greift die Freiverkehrsklausel des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie ein. Wenn auf den in Deutschland hergestellten für den belgischen Markt bestimmten Packungen ein allgemeiner Warnhinweis mit dem Wortlaut „Rauchen kann tödlich sein“ in den belgischen Amtssprachen<sup>11</sup> aufgedruckt ist, so entspricht dies den Vorschriften der Richtlinie. Denn hinsichtlich des Wortlauts des allgemeinen Warnhinweises räumt Art. 5 Abs. 2 lit. a der Richtlinie den Mitgliedstaaten Ermessen bei der Wahl zwischen dem Aufdruck „Rauchen ist tödlich“ und „Rauchen kann tödlich sein“ ein. Beide Aufdrücke genügen damit den Anforderungen der Richtlinie. Deshalb kann ein Mitgliedstaat – wie in der vorliegenden (fiktiven) Fallkonstellation etwa Belgien – die Einfuhr von Tabakerzeugnissen mit dem milderem Warnhinweis „Rauchen kann tödlich sein“ grundsätzlich nicht untersagen, auch wenn für die auf belgischem Hoheitsgebiet hergestellten Produkte zwingend der Warnhinweis „Rauchen ist tödlich“ aufzudrucken ist.

*b) Einschränkung der Freiverkehrsfähigkeit gemäß Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie*

Strengere mitgliedstaatliche Vorschriften, welche die Freiverkehrsgarantie des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie einschränken, dürfen gem. Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie nur erlassen werden, wenn der betreffende Mitgliedstaat sie zum Schutz der Gesundheit für erforderlich hält. Aus der Formulierung „für erforderlich halten“ ergibt sich, daß den Mitgliedstaaten bei der Beurteilung der Erforderlichkeit nationaler Schutznormen ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht. In der hier zu beurteilenden Fallkonstellation stellt sich die Frage, ob ein Mitgliedstaat – wie etwa Belgien – es als zum Schutz der Gesundheit erforderlich erachten darf, zwingend den Aufdruck des Warnhinweises „Rauchen ist tödlich“ auf Packungen von Tabakerzeugnissen vorzuschreiben. Eine solche Vorschrift geht über die Mindestanforderungen der Richtlinie hinaus. Jedoch erscheint es plausibel, wenn ein Mitgliedstaat davon ausgeht, der strengere Warnhinweis sei effektiver, und sich deshalb dafür entscheidet, diesen auf allen Tabakerzeugnissen vorzuschreiben. Dem könnte zwar entgegengehalten werden, daß der strengere Warnhinweis „Rauchen ist tödlich“ so verstanden werden kann, daß Rauchen notwendig und zwangsläufig zum Tode führt. Eine solche Monokausalität wäre aber inhaltlich unzutreffend, so daß der entsprechende Warnhinweis vom Verbraucher möglicherweise als unwahr empfunden und daher nicht ernst genommen werden könnte. Jedoch ließe sich auch argumentieren, daß aufgrund des strengen Warnhinweises beim Verbraucher ein Schockeffekt erzielt werden kann und die wahren Inhalte deshalb besonders intensiv auf ihn wirken. Angesichts dessen ist davon auszugehen, daß ein Mitgliedstaat seinen Beurteilungsspielraum nicht überschreitet, wenn er zwingend den strengeren allgemeinen Warnhinweis vorschreibt.

<sup>11</sup> Gem. Art. 5 Abs. 6 lit. e der Richtlinie muß der allgemeine Warnhinweis zwingend in der bzw. den Amtssprachen des Mitgliedstaates abgefaßt werden, in dem das Erzeugnis in den Verkehr gebracht wird.

Koenig/Engelmann, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie ZLR 3/2002

Allerdings dürfen nach Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie die strengeren nationalen Vorschriften, die von den Mitgliedstaaten für erforderlich gehalten werden, nicht im Widerspruch zu dieser Richtlinie stehen. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob – und wenn ja, in welchen Fällen – die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Warnhinweise für im Inland hergestellte Produkte strengere Regeln vorsehen dürfen. Darüber hinaus ist insbesondere zu klären, ob im Falle zulässiger inländischer Regeln auch die *Einfuhr von Erzeugnissen* verboten werden darf, die zwar den Anforderungen der Richtlinie, aber nicht den strengeren nationalen Vorschriften entsprechen. Nationale Einfuhrverbote für richtlinienkonform etikettierte Tabakerzeugnisse sind insoweit besonders problematisch, als dadurch die Freiverkehrsgarantie und damit die von der Richtlinie bezweckte Beseitigung von Handelshemmnissen konterkariert wird. Dieses Ziel der Tabakprodukt-Richtlinie, ein „reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes für Tabakerzeugnisse“ zu gewährleisten, soll durch die Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen erreicht werden<sup>12</sup>. So dient auch die Schaffung gemeinschaftsweiter Anforderungen an die Warnhinweise auf Packungen von Tabakerzeugnissen der Beseitigung von Einfuhrhindernissen durch divergierende mitgliedstaatliche Vorschriften betreffend die Warnhinweise. Fraglich ist daher, inwieweit im von der Richtlinie harmonisierten Bereich überhaupt strengere nationale Regelungen erlassen werden können, ohne einen Widerspruch zur Richtlinie hervorzurufen.

*aa) Reichweite des Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte*

Hinweise zur Beantwortung der Frage, in welchen Fällen eine nationale Regelung im Widerspruch zu der Richtlinie steht, lassen sich zunächst aus einem Vergleich der gültigen Fassung des Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie mit dessen Vorgängervorschrift ableiten. Denn in Art. 8 der – mittlerweile durch Art. 15 der Richtlinie aufgehobenen – Etikettierungsrichtlinie aus dem Jahre 1989<sup>13</sup> war eine mit Art. 13 der Richtlinie vergleichbare Vorschrift enthalten.

Art. 8 Abs. 2 der Etikettierungsrichtlinie bestimmte ausdrücklich, daß von der Richtlinie das Recht der Mitgliedstaaten zum Erlaß von gesundheitsschützenden Vorschriften für die Einfuhr, den Verkauf und den Verbrauch von Tabakerzeugnissen nicht berührt werde, „sofern dies keine Änderung der Etikettierung gegenüber den Vorschriften dieser Richtlinie beinhaltet“. Auf der Grundlage dieser Bestimmung folgte der EuGH in zwei parallel ergangenen Urteilen aus dem Jahre 1993, daß die Mitgliedstaaten zwar für im Inland hergestellte Produkte strengere Vorschriften

<sup>12</sup> Begründungserwägungen Nr. 2, 3 und 33 der Richtlinie.  
<sup>13</sup> Richtlinie 89/622/EWG, ABl. EG 1989 Nr. L 359, S. 1.

ZLR 3/2002 Koenig/Engelmann, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie

erlassen durften, soweit die Etikettierungsrichtlinie nur Mindestvorgaben enthielt<sup>14</sup>. Allerdings durften diese strengeren Vorschriften ausschließlich die *nationalen Hersteller* von Tabakerzeugnissen verpflichten und nicht zum Entstehen von Hemmnissen im innergemeinschaftlichen Handel führen. Der Gerichtshof unterstrich, daß es mit Blick auf die Freiverkehrsgarantie unzulässig sei, strengere nationale Etikettierungsvorschriften für die *Einfuhr* richtlinienkonformer Erzeugnisse aufzustellen<sup>15</sup>. Einfuhrhemmnisse waren somit unter Geltung der Etikettierungsrichtlinie nur aus Gründen des Gesundheitsschutzes zulässig, die nicht den von der Richtlinie harmonisierten Bereich der Etikettierung betrafen.

Im Unterschied zu Art. 8 Abs. 2 der Etikettierungsrichtlinie stellt Art. 13 Abs. 2 der Tabakprodukt-Richtlinie zwar nicht eindeutig klar, daß der freie grenzüberschreitende Verkehr mit Tabakerzeugnissen in keinem Fall durch nationale Vorschriften behindert werden darf, die Abweichungen von den Vorgaben der Richtlinie enthalten. Es wird nicht präzisiert, in welchen Fällen mitgliedstaatliche Vorschriften im „Widerspruch zu dieser Richtlinie stehen“. Die im Vergleich zur Vorgängervorschrift weniger präzise Formulierung in Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie ist jedoch nicht nur dadurch zu erklären, daß unter Abweichung von der Etikettierungsrichtlinie nun Einfuhrhindernisse durch strengere nationale Umsetzungsvorschriften erlaubt werden sollten. Vielmehr kann die allgemeinere Formulierung auch darauf beruhen, daß die neue Richtlinie nicht nur den speziellen Bereich der Etikettierung betrifft, sondern Vorgaben für mehrere unterschiedliche Bereiche der Herstellung und Vermarktung von Tabakerzeugnissen enthält, die zuvor in verschiedenen Richtlinien geregelt waren<sup>16</sup>. Damit liegt es nahe, daß die verallgemeinernde Formulierung aus Praktikabilitätsgründen gewählt wurde, um die gesamten von der Richtlinie geregelten Bereiche zu erfassen, aber ohne damit eine inhaltliche Abweichung von der vorherigen Regelung bewirken zu wollen. Deshalb läßt sich aus den Urteilen des Gerichtshofs zur Etikettierungsrichtlinie auch im Hinblick auf die neue Tabakprodukt-Richtlinie ableiten, daß durch nationale strengere Vorschriften nicht der mit der Richtlinie erreichte Harmonisierungsstand untergraben werden darf. Auf dieser Grundlage ist nachfolgend im einzelnen zu untersuchen, welche nationalen Vorschriften im Widerspruch zu der Richtlinie stehen.

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-11/92, *Gallagher u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 23; Rs. C-222/91, *Philip Morris Belgium u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 17.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-222/91, *Philip Morris Belgium u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 17.  
<sup>16</sup> Durch die Tabakprodukt-Richtlinie wurden die drei bestehenden Binnemarktrichtlinien zum Teugehalt von Zigaretten (Richtlinie 90/239/EWG, ABl. EG 1990 Nr. L 137, S. 36), zu Tabakerzeugnissen, die zum oralen Gebrauch bestimmt sind (Richtlinie 92/41/EWG, ABl. EG 1992 Nr. L 158, S. 30), und zur Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen (Richtlinie 89/622/EWG, ABl. EG 1989 Nr. L 359, S. 1) zusammengefaßt, ergänzt und aktualisiert.

Koenig/Engelmann, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie ZLR 3/2002

*bb) Widerspruch zur Richtlinie bei Abweichung von eindeutigen Vorgaben*

Die Harmonisierungswirkung der Tabakprodukt-Richtlinie würde jedenfalls dann konterkariert, wenn die Mitgliedstaaten Herstellung, Vertrieb und Einfuhr richtlinienkonformer Erzeugnisse unter Berufung auf nationale Vorschriften verhindern könnten, die von zwingenden (Rahmen-)Vorgaben der Richtlinie abweichen.

Sofern die Richtlinie also zwingende Vorschriften enthält, die den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum einräumen (z. B. die Vorgabe für die Gestaltung des Warnhinweises in Art. 5 Abs. 6 lit. a der Richtlinie, wonach diese in Helvetica fett schwarz auf weißem Hintergrund aufzudrucken sind), stellt jede abweichende nationale Umsetzungsvorschrift einen Widerspruch zur Richtlinie dar. Dies gilt gleichermaßen bei Bestimmungen für inländische und für importierte Produkte. Dementsprechend hat der Gerichtshof in Bezug auf die Etikettierungsrichtlinie geurteilt, daß eine Abweichung von Richtlinienbestimmungen, die keine Mindestvorschriften darstellen, nicht zulässig sei<sup>17</sup>. Gleiches muß gelten, wenn die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen mehreren Regelungsvarianten läßt, die Mitgliedstaaten aber unter Abweichung von diesen Vorgaben andere, in der Richtlinie nicht vorgesehene Regelungen treffen. So dürfen nationale Vorschriften z. B. nicht den Aufdruck anderer Warnhinweise auf Packungen von Tabakerzeugnissen verlangen als in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie vorgesehen. Auch dürfen sie nicht vorschreiben, daß der in Art. 5 Abs. 6 lit. d der Richtlinie genannte „Balken von mindestens 3 und höchstens 4 mm Breite“ mehr als 4 mm breit sein muß. Solche Vorschriften stünden eindeutig im Widerspruch zu der Richtlinie.

*cc) Widerspruch zur Richtlinie durch die Ausübung des von der Richtlinie eingeräumten Ermessens, sofern dadurch Handelshemmnisse bewirkt werden*

Fraglich ist jedoch, ob auch dann ein Widerspruch zur Richtlinie vorliegt, wenn sich ein Mitgliedstaat im Rahmen der von der Richtlinie vorgegebenen Regelungsvarianten für eine strengere Regelung als andere Mitgliedstaaten entscheidet und aus diesem Grund die Einfuhr von Erzeugnissen aus einem Mitgliedstaat mit weniger strengen Umsetzungsregelungen verbietet. In diesem Fall widersprechen die nationalen Regelungen als solche nicht der Richtlinie. So bewegt sich auch die in der oben genannten Fallkonstellation getroffene fiktive belgische Regelung, nach der zwingend der strengere Warnhinweis „Rauchen ist tödlich“ auf die Packungen aufgedruckt werden muß, im Rahmen des durch die Richtlinie eingeräumten Ermessens.

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C-222/91, *Philip Morris Belgium u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 28; zur Unterscheidung zwischen zwingenden Richtlinienvorschriften und solchen, die Ermessen einräumen auch Rdnr. 8 ff.; gleichlautend EuGH, Rs. C-11/92, *Gallagher u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 11 ff.

ZLR 3/2002 *Koenig/Engelmann*, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie

Allerdings ist zu beachten, daß der von der Richtlinie bezweckte Abbau von Binnenmarkthindernissen nicht effektiv verwirklicht werden könnte, wenn Mitgliedstaaten, die bei der Richtlinienumsetzung strengere Regelungen erlassen haben als andere Staaten, unter Berufung auf diese Regelungen die Einfuhr von richtlinienkonformen Erzeugnissen unterbinden könnten. Das mit der Harmonisierung verfolgte Ziel der Binnenmarktförderung würde dabei vollständig unterminiert. Gemäß den Vorgaben des Gerichtshofs müssen aber Harmonisierungsvorschriften in Richtlinien, die auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EG gestützt sind, tatsächlich die Binnenmarktwirklichkeit fördern<sup>18</sup>. Sie sind daher stets so auszulegen, daß sie effektiv zum Funktionieren des grenzüberschreitenden Handels beitragen. Insbesondere muß eine auf der Rechtsgrundlage des Art. 95 EG erlassene Richtlinie gewährleisten, daß Erzeugnisse, die den harmonisierten (Mindest-)Anforderungen dieser Richtlinie entsprechen, innerhalb der Gemeinschaft frei gehandelt werden können<sup>19</sup>. Bezogen auf die Tabakprodukt-Richtlinie kommt damit der Freiverkehrsklausel des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie entscheidende Bedeutung zu. Bei der Richtlinienauslegung ist deshalb immer zu berücksichtigen, daß der Zweck der Freiverkehrsklausel nicht praktisch unmöglich gemacht werden darf.

Unter Beachtung dieser Auslegungsvorgaben ist Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie dahingehend zu verstehen, daß die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie zwar im Rahmen ihres Ermessens strengere Umsetzungsregeln erlassen dürfen. Diese Regeln dürfen sie jedoch nicht der Einfuhr von Tabakerzeugnissen entgegenhalten, die den in der Richtlinie harmonisierten Anforderungen genügen und von der Freiverkehrsklausel erfaßt werden. Sofern also die Richtlinie gemeinschaftsweite Rahmenvorgaben aufstellt, sind alle nationalen Umsetzungsrichtlinien, die sich in diesem Rahmen halten, gegenseitig anzuerkennen. Soweit in Folge dessen divergierende Umsetzungsrichtlinien dazu führen, daß inländische Erzeugnisse strenger behandelt werden als aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte, beruht dies auf dem durch die Richtlinie angestrebten Harmonisierungsgrad<sup>20</sup> und ist gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden<sup>21</sup>.

Nationale Einfuhrverbote lassen sich daher nur dann auf Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie stützen, wenn sie Bereiche regeln, die durch die Richtlinie noch nicht harmonisiert worden sind. Um den Zweck der Freiverkehrsklausel praktisch zu verwirklichen, darf im Ergebnis ein Mitgliedstaat, der im Hinblick auf den Wortlaut der allgemeinen Warnhinweise strengere nationale Umsetzungsrichtlinien als ein anderer Mit-

<sup>18</sup> EUGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat („Tabak-Werberichtlinie“)* (Fn. 3), Rdnr. 84.

<sup>19</sup> Vgl. EUGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat („Tabak-Werberichtlinie“)* (Fn. 3), Rdnr. 101 ff.

<sup>20</sup> Mit der Richtlinie wird nur eine Teil- bzw. Mindestharmonisierung angestrebt. Vgl. zu den verschiedenen Begriffen *Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung*, 2000, S. 450 f.

<sup>21</sup> Vgl. EUGH, Rs. C-11/92, *Gallagher u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 22.

*Koenig/Engelmann*, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie ZLR 3/2002

gliedstaat erlassen hat, die Einfuhr von richtlinienkonformen Erzeugnissen aus jenem Staat nicht untersagen.

## 2. Zur von den Warnhinweisen einzunehmenden Fläche

Für Vorschriften über die Größe der Warnhinweise gilt im Grundsatz das gleiche wie hinsichtlich des Wortlauts der allgemeinen Warnhinweise. Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie bestimmt, daß der allgemeine Warnhinweis mindestens 30 % der Außenfläche der entsprechenden Breitseite<sup>22</sup> der Packung des Tabakerzeugnisses einnehmen muß, auf der er aufgedruckt ist<sup>23</sup>. Damit setzt die Tabakprodukt-Richtlinie eine verbindliche gemeinschaftsweite Untergrenze für die Größe der Warnhinweise fest. Entsprechen Tabakerzeugnisse diesen harmonisierten Mindestanforderungen, so sind sie gemäß Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie in der gesamten Gemeinschaft verkehrsfähig. Unterstellt, die Umsetzungsrichtlinie eines Mitgliedstaates zu Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie sieht vor, daß die von den Warnhinweisen zu beanspruchende Fläche größer sein muß als in der Richtlinie vorgeschrieben, so dürfen diese strengeren nationalen Anforderungen der Einfuhr richtlinienkonformer Erzeugnisse aufgrund von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie grundsätzlich nicht entgegengehalten werden.

Fraglich ist allenfalls, ob Mitgliedstaaten, die zum Schutz der Gesundheit eine größere Fläche für die Warnhinweise für erforderlich halten, gemäß Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie zum einen strengere Vorschriften erlassen und zum anderen auf deren Grundlage die Einfuhr von richtlinienkonform etikettierten Erzeugnissen unterbinden dürfen. Dies wäre nur der Fall, wenn solche Vorschriften nicht im Widerspruch zu der Richtlinie stünden.

Die Richtlinie enthält im Hinblick auf die von den Warnhinweisen einzunehmende Fläche in Art. 5 Abs. 5 nur Mindestvorgaben. Wie der Gerichtshof in Bezug auf eine entsprechende Vorschrift in der Etikettierungsrichtlinie entschieden hat, räumt Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie den Mitgliedstaaten ein Ermessen ein, aufgrund dessen sie strengere Anforderungen vorsehen können<sup>24</sup>. Dem steht nicht entgegen, daß keine Obergrenze für die Größe der Warnhinweise vorgegeben ist und daß sich deshalb die möglichen mitgliedstaatlichen Vorschriften – anders als die Umsetzungen der in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie genannten Regelungsvarianten bezüglich des Wortlauts der Warnhinweise – nicht in einem durch die Richtlinie klar abgegrenzten Regelungs-

<sup>22</sup> Damit ist die am ehesten ins Auge fallende Breitseite (Art. 5 Abs. 2 lit. a) gemeint, d. h. die Vorderseite.

<sup>23</sup> Bei Staaten mit zwei Amtssprachen erhält sich diese Fläche auf 32 %, bei drei Amtssprachen auf 35 %. Bei Verpackungen von anderen Tabakerzeugnissen als Zigaretten, deren Breitseite mehr als 75 cm<sup>2</sup> aufweist, muß der Warnhinweis mindestens eine Fläche von 22,5 cm<sup>2</sup> einnehmen.

<sup>24</sup> EUGH, Rs. C-11/92, *Gallagher u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 20.

ZLR 3/2002 Koenig/Engelmann, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie

rahmen bewegen<sup>25</sup>. Aufgrund des Ausdrucks „mindestens“ dürfen die in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie genannten Flächenvorgaben zwar nicht unterschritten werden, sie sind aber nicht zwingend unverändert in nationales Recht zu übernehmen<sup>26</sup>. Daher ist davon auszugehen, daß strengere nationale Vorschriften, die für inländische Erzeugnisse eine größere Fläche für die Warnhinweise vorsehen, nicht als solche im Widerspruch zu der Richtlinie stehen<sup>27</sup>.

Damit ist jedoch noch keine Aussage über eingeführte Erzeugnisse getroffen. Auch wenn strengere nationale Vorschriften über die Größe der Warnhinweise mit der Richtlinie vereinbar sind, dürfen darauf keine Einfuhrverbote gestützt werden<sup>28</sup>. Denn es steht im Widerspruch zu der Richtlinie, wenn ein Mitgliedstaat die Einfuhr von Erzeugnissen verbietet, die zwar seinen nationalen Vorschriften nicht entsprechen, aber in Einklang mit den Mindestanforderungen der Tabakprodukt-Richtlinie stehen. Trotz der Einordnung als Mindestvorschriften führen die Vorgaben in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie zu einem gemeinschaftsweit anzuerkennenden Schutzniveau. Insofern gilt das gleiche wie bei der Vorgabe eines bestimmten Regelungsrahmens durch eine Richtlinie: Die den harmonisierten Anforderungen entsprechenden Erzeugnisse müssen zur effektiven Förderung des Binnenmarktes gemeinschaftsweit verkehrsfähig sein. Liebe Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie ein Einfuhrverbot aufgrund strengerer mitgliedstaatlicher Anforderungen zu, würde die Erreichung von Sinn und Zweck der Freiverkehrsklausel praktisch unmöglich gemacht. Deshalb dürfen die nationalen Regeln nicht der Einfuhr von Tabakerzeugnissen entgegengehalten werden, welche den in der Richtlinie harmonisierten (Mindest-)Anforderungen genügen und von der Freiverkehrsklausel erfaßt werden.

### 3. Zur Zulässigkeit von Inhaltsstoffen in Tabakwaren

Im Unterschied zur Gestaltung der Packungen von Tabakprodukten enthält die Richtlinie im Hinblick auf die Zulässigkeit von Inhaltsstoffen von Tabakerzeugnissen keine harmonisierten Anforderungen. In Art. 12 der Richtlinie ist lediglich vorgesehen, daß bis zum 31.12.2004 eine gemeinsame Liste zugelassener Inhaltsstoffe erstellt werden soll. Bis zur Erstellung dieser Liste fällt die Entscheidung über die Zulässig-

<sup>25</sup> Zu den Bedenken, die u. a. aufgrund der fehlenden Obergrenze gegen ein mitgliedstaatliches Ermessen sprechen, siehe GA Lenz, *Schlußanträge zu Rs. C-222/91 und C-11/92*, Slg. 1993, I-3486, 3492. Rdnr. 31 ff. Rdnr. 42. Der Gerichtshof ist diesen Bedenken nicht gefolgt.

<sup>26</sup> Vgl. EUGH, Rs. C-11/92, *Gallagher u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 20.

<sup>27</sup> Im Hinblick auf die Grundrechte der Hersteller ist es jedoch problematisch, wenn vorgeschrieben wird, daß die Warnhinweise 50 oder gar 60 % der Packungsbräuterie in Anspruch nehmen müssen. Dabei wird die Packungsgestaltung durch den Warnhinweis dominiert und die Marke in den Hintergrund gedrängt. Viel spricht dafür, daß der mit solchen „überdimensional“ großen Warnhinweisen verbundene erhebliche Grundrechtseingriff in keinem angemessenen Verhältnis zu der damit nur möglicherweise erreichbaren geringfügigen Verbesserung der gesundheitsschützenden Wirkung des Hinweises steht.

<sup>28</sup> Vgl. EUGH, Rs. C-222/91, *Philip Morris Belgium u. a.* (Fn. 8), Rdnr. 17.

Koenig/Engelmann, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie ZLR 3/2002

keit der Inhaltsstoffe von Tabakerzeugnissen in die Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es mit der Freiverkehrsklausel vereinbar ist, wenn vor Fertigstellung der Liste ein Mitgliedstaat die Einfuhr von in der Bundesrepublik Deutschland hergestellten Tabakerzeugnissen verbietet, die einen bestimmten Zusatzstoff enthalten, der zwar nach den deutschen Vorschriften, nicht aber im Einfuhrstaat in Tabakerzeugnissen zulässig ist.

Aus Art. 12 der Richtlinie, der die Erstellung einer gemeinschaftsweiten Liste zugelassener Inhaltsstoffe vorsieht, läßt sich kein „Standstill“-Gebot für mitgliedstaatliche Regelungen in diesem Bereich ableiten. Denn Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie sieht ausdrücklich vor, daß die Mitgliedstaaten bis zur Fertigstellung dieser Liste unter bestimmten Voraussetzungen weiterhin nationale Verbote erlassen können. Da noch keine harmonisierten Anforderungen an Inhaltsstoffe vorliegen, bleiben bis zur Schaffung der Liste auch Einfuhrverbote zulässig. Die Freiverkehrsklausel des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie greift hier nicht ein. Allerdings dürfen die Mitgliedstaaten nicht beliebig darüber entscheiden, welche Inhaltsstoffe sie bei im Inland hergestellten und bei eingeführten Tabakerzeugnissen als zulässig erachten. Vielmehr ergeben sich auch vor Erstellung der Liste aus der Richtlinie Vorgaben für die Mitgliedstaaten, unter welchen Voraussetzungen Inhaltsstoffe verboten werden dürfen.

#### a) Nur Verbote von Stoffen zulässig, die das Suchtpotential der Tabakerzeugnisse erhöhen

Zunächst gilt gemäß Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie, daß strengere mitgliedstaatliche Vorschriften nach Ansicht des jeweiligen Mitgliedstaates zum Schutz der Gesundheit erforderlich sein müssen und nicht im Widerspruch zu den übrigen Vorschriften der Tabakprodukt-Richtlinie stehen dürfen. Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie präzisiert diese Regelung sodann für nationale Verbote der Verwendung bestimmter Inhaltsstoffe. Danach dürfen die Mitgliedstaaten diejenigen Inhaltsstoffe verbieten, welche die „süchtig machende Wirkung von Tabakerzeugnissen verstärken“. Einfuhrverbote aufgrund im Importstaat nicht zugelassener Inhaltsstoffe in den aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnissen sind somit nur zulässig, wenn der Einfuhrmitgliedstaat darlegen kann, daß die verbotenen Inhaltsstoffe eine Verstärkung der süchtig machenden Wirkung von Tabakerzeugnissen zur Folge haben.

#### b) Kriterien für die Annahme einer Verstärkung der süchtig machenden Wirkung

Es stellt sich die Frage, in welchen Fällen eine Verstärkung der süchtig machenden Wirkung anzunehmen ist. Diesbezüglich ist problematisch, daß der Begriff der Sucht in der Wissenschaft sehr umstritten ist. Man könnte davon ausgehen, daß bereits die Zugabe von geschmacksverbessernden Stoffen dazu führt, daß zum einen Raucher davon abgehalten werden das Rauchen aufzugeben und zum anderen der „Einstieg“

in das Rauchen gefördert wird<sup>29</sup>. Würde man auf einer solchen Grundlage alle geschmacksverbessernden Zusatzstoffe verbieten, wären davon sehr viele in der EG handelsübliche Inhaltsstoffe von Tabakerzeugnissen erfaßt. Im Ergebnis würde ein solches Verbot zu einem faktischen Totalverbot der Einfuhr von Tabakerzeugnissen führen. Hierdurch würde jedoch die Verwirklichung des Zwecks der Tabakprodukt-Richtlinie, zwischenstaatliche Handelshemmnisse abzubauen, praktisch unmöglich gemacht. Auch vor der Schaffung einer gemeinsamen Liste zulässiger Inhaltsstoffe darf der zwischenstaatliche Handel in der EG durch Einfuhrverbote, die auf die Verwendung von im Einfuhrstaat nicht zulässigen Inhaltsstoffen gestützt sind, nicht vollständig konterkariert werden. Solche nationalen Einfuhrverbote dürfen nicht unter dem Deckmantel der Suchbekämpfung dazu mißbraucht werden, um ein Vordringen des Binnenmarktes für Tabakerzeugnisse zu verhindern<sup>30</sup>.

In Anbetracht dieser Auslegungsmaßstäbe ist unter dem Kriterium der Verstärkung der süchtig machenden Wirkung eine entsprechende physiologisch nachweisbare pharmakologische Wirkung zu verstehen. Hierbei ist von der Prämisse auszugehen, daß Nikotin die Hauptursache dafür darstellt, daß Tabakkonsum süchtig macht<sup>31</sup>. Ausweislich der Richtlinienbegründung soll durch das Verbot suchterverstärkender Inhaltsstoffe vermieden werden, daß die in der Richtlinie „festgelegten Grenzen für den Nikotingehalt unterlaufen werden könnten“<sup>32</sup>. Führt ein bestimmter Inhaltsstoff zu einer erleichterten oder intensiveren Nikotinaufnahme, so wäre deshalb von einer suchterverstärkenden Wirkung auszugehen.

Die Frage, ob bestimmte Tabakadditive wie etwa Kakao, Zucker und Ammoniumverbindungen die Nikotinaufnahme erleichtern oder verstärken, ist jedoch in der Wissenschaft nicht eindeutig geklärt<sup>33</sup>. Deshalb ist entscheidend, ob die Mitgliedstaaten einen Zusatzstoff erst dann verbieten dürfen, wenn dessen Wirkung auf die Nikotinaufnahme aufgrund eindeutiger Nachweise unumstritten ist. Diesbezüglich ist zu beachten, daß den Mitgliedstaaten bei der Entscheidung, welche Maßnahmen sie zum Gesundheitsschutz für erforderlich halten, ein Beurteilungsspielraum zusteht<sup>34</sup>. Gerade im Hinblick auf die Beurteilung streitiger Begriffe wie der Suchterverstärkung

ist dieser Spielraum von Bedeutung. Der Beurteilungsspielraum wird jedoch dadurch begrenzt, daß die nationalen Maßnahmen die aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigen müssen und in Anbetracht deren nicht willkürlich sein dürfen<sup>35</sup>. Sie müssen also von vernünftigen Erwägungen getragen werden und dürfen nicht offensichtlich ernstensehlerhaft sein<sup>36</sup>. Im Falle eines Streites in der Wissenschaft ist deshalb davon auszugehen, daß ein Mitgliedstaat bei der Entscheidung über die Zulässigkeit von Tabakadditiven im Hinblick auf deren suchterverstärkende Wirkung zwar nicht zwingend der herrschenden Meinung in der Wissenschaft folgen muß. Er darf ein Verbot aber auch nicht nur auf eine Einzelmeinung stützen. Im Ergebnis ist davon auszugehen, daß ein Staat einen bestimmten Zusatzstoff verbieten darf, wenn ein gewichtiger Anteil kompetenter Wissenschaftler von einer physiologisch nachweisbaren Verstärkung der süchtig machenden Wirkung von Tabakerzeugnissen ausgeht.

#### 4. Zu den Prüfungen des Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidgehalts von Zigaretten

Abschließend sei kurz auf einen weiteren Bereich hingewiesen, in dem die Freiverkehrsgarantie des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie nicht vollumfänglich gilt: Nach Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 der Richtlinie werden die Prüfungen des Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidgehalts von Zigaretten von Prüflabors durchgeführt, die von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zugelassen und von ihnen überwacht werden<sup>37</sup>. Die Ermittlung der Werte erfolgt – wie in der Richtlinie vorgeschrieben – entsprechend der ISO-Norm 4387 (für Teer), ISO-Norm 10315 (für Nikotin) und ISO-Norm 8454 (für Kohlenmonoxid), wobei die Verfahren zur Überprüfung der Genauigkeit der Angaben jedoch nur für Teer und Nikotin in der ISO-Norm 8243 standardisiert sind<sup>38</sup>. Es fehlt zudem an einer Regelung, unter welchen Voraussetzungen die Institute und die von ihnen ermittelten Ergebnisse von den Mitgliedstaaten gegenseitig anzuerkennen sind. Fraglich ist, ob die Mitgliedstaaten deshalb die Einfuhr von

<sup>35</sup> Zur Pflicht zur Berücksichtigung der Ergebnisse der internationalen wissenschaftlichen Forschung EuGH Rs. 247/84, *Morte*, Slg. 1985, 3887, Rdnr. 24.

<sup>36</sup> Zur Kontrolle mitgliedstaatlicher Maßnahmen auf offensichtliche Ermessensfehler siehe EuGH, Rs. C-293/93, *Houttuinper*, Slg. 1994, I-4249, Rdnr. 22; zur offensichtlichen Ungeeignetheit als Grenze von Beurteilungsspielräumen des Gemeinschaftsgesetzgebers siehe etwa EuGH, Rs. 40/72, *Schröder/Deutschland*, Slg. 1973, 129, Rdnr. 14; Rs. 139/79, *Matzera/Rat*, Slg. 1980, 3393, Rdnr. 26 f.; Rs. 265/87, *Schröder/Hauptzollamt Gronau*, Slg. 1989, 2237, Rdnr. 22.

<sup>37</sup> In der Bundesrepublik Deutschland gibt es bislang keine zentrale Stelle, welche für die Zulassung und die Überwachung der Prüflabors zuständig ist. Auf Vorschlag der betroffenen Wirtschaftskreise wird derzeit geprüft, ob die Einrichtung einer solchen zentralen Stelle benannt werden soll. Die Wirtschaftskreise haben den Wunsch geäußert, daß die Chemische und Veterinäranstalt Sigmaringen mit der Durchführung der Aufgaben betraut werden solle. Aus diesem Grund ist mit einer künftigen Ergänzung der Bestimmung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 Tabakprodukt-Verordnung zu rechnen.

<sup>38</sup> In Bezug auf Kohlenmonoxid (CO) ist problematisch, daß die in den verschiedenen Mitgliedstaaten gemessenen Ergebnisse aufgrund der Verwendung unterschiedlicher Abraummaschinen nur schwer vergleichbar sind.

<sup>29</sup> Vgl. *Bates/Jarvis/Connolly*, Tobacco Additives – Cigarette Engineering and Nicotine Addiction, im Internet verfügbar unter <http://www.ash.org.uk/html/regulation/html/additives.html>.

<sup>30</sup> Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, daß Schutzaspekte nicht nur als Trimmung für eine verschleierte Handelsbeschränkung dienen dürfen, vgl. Art. 30 Satz 2 EG, siehe dazu *Müller-Graff*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlertmann*, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 5. Auflage 1997, Art. 36 Rdnr. 170 ff.

<sup>31</sup> Diese Prämisse liegt der Tabakprodukt-Richtlinie zugrunde.

<sup>32</sup> Erwägungsgrund Nr. 25 der Richtlinie.

<sup>33</sup> Vgl. *Müller/Roper*, Commentary – It ain't necessarily so, in: Beiträge zur Tabakforschung International, 2000, 51 ff.; *Dixon/Lambing/Seaman*, On the Transfer of Nicotine from Tobacco to the Smoker: A brief Review of ammonia and „pH“ Factors, in: Beiträge zur Tabakforschung International, 2000, 103 ff.

<sup>34</sup> Allgemein ist zum Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes *Emmerich-Fritzsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung, 2000, S. 471.

ZL/R 3/2002 *Koenig/Engelmann*, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie

Tabakerzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten unterbinden können, indem sie sich darauf berufen, die Ergebnisse der im Herkunftsstaat durchgeführten Prüfungen nicht anzuerkennen. Nach Art. 13 Abs. 1 letzter Halbsatz sind „Maßnahmen zur Überprüfung der nach Art. 4 mitgeteilten Angaben“ von dem Verbot der Einfuhrbeschränkung ausgenommen. Die Freiverkehrsgarantie hilft hier also nicht weiter. Daraus folgt, daß die Richtlinie es den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht verwehrt, die Theer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidwerte, die durch Labors im Herkunftsland eines Tabakerzeugnisses ermittelt und überprüft wurden, nochmals durch zertifizierte Labors im Einfuhrstaat zu überprüfen.

Das Niehteingreifen der Freiverkehrsklausel führt aber nicht dazu, daß mitgliedstaatliche Einfuhrhindernisse uneingeschränkt zulässig wären. Die von den Mitgliedstaaten zur Überprüfung der Werte eingeführter Erzeugnisse vorgesehenen Maßnahmen dürfen vielmehr nicht im Widerspruch zum EG-Primärrecht stehen. Sie müssen daher insbesondere mit dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EG vereinbar sein. Nach der *Cassis*-Rechtsprechung des EuGH folgt aus Art. 28 EG der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von im Herkunftsmitgliedstaat durchgeführten Kontrollen, der nur aufgrund der in Art. 30 EG niedergelegten Gründe oder anderer zwingender Erfordernisse des Gemeinwohls durchbrochen werden darf<sup>39</sup>.

Bezogen auf die Prüfungen des Theer-, Nikotin- und CO-Gehalts von Zigaretten bedeutet dies, daß Art. 28 EG grundsätzlich systematischen zusätzlichen Prüfungen im Einfuhrstaat entgegensteht, da diese den freien Warenverkehr erheblich beschränken. Unter bestimmten Voraussetzungen können solche Kontrollen jedoch gemäß Art. 30 EG zum Schutz der Gesundheit erforderlich und daher gerechtfertigt sein. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind Doppelkontrollen nur mit Art. 30 EG vereinbar, wenn sie im konkreten Fall ein zum Schutz der Gesundheit erforderliches Mittel darstellen<sup>40</sup>. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, daß zusätzliche Kontrollen im Einfuhrstaat hinsichtlich des zeitlichen und finanziellen Aufwandes möglichst zu beschränken sind<sup>41</sup>. Bei der Frage, welche Kontrollen erforderlich sind, müssen die Ergebnisse von im Herkunftsland bereits durchgeführten Untersuchungen berücksichtigt werden<sup>42</sup>. Um den Vorgaben des Art. 30 EG gerecht zu werden, können die Mitgliedstaaten für die Einfuhr von Zigaretten ein Verfahren vorsehen, in dem geprüft wird, ob die im Herkunftsland durchgeführten

<sup>39</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, Slg. 1979, 649, Rdnr. 8 ff.; vgl. dazu nur *Opptermann*, Europarecht, 2. Auflage 1999, Rdnr. 1299.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH, Rs. 247/84, *Morte*, Slg. 1985, 3887, Rdnr. 23.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. 272/80, *Frans-nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten*, Slg. 1981, 3277, Rdnr. 15; vgl. auch Rs. 406/85, *Procureur de la République/Gofette und Gilliard*, Slg. 1987, 2525, Rdnr. 10.

<sup>42</sup> Vgl. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung, 2000, S. 576 f.; *Nicolajsen*, Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1996, S. 68 f.

*Koenig/Engelmann*, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie ZL/R 3/2002

Untersuchungen als gleichwertig anerkannt werden oder ob zusätzliche Laboruntersuchungen im Einfuhrstaat erforderlich sind. Ein solches Verfahren ist zulässig, weil die Anforderungen an die Qualität der Prüflabors nicht harmonisiert sind und in den einzelnen Mitgliedstaaten stark divergieren. Deshalb kann es bei den gemessenen Theer-, Nikotin- und CO-Werten zu Unterschieden kommen, obwohl die von den Labors anzuwendenden Prüfverfahren durch den Verweis auf die aktuellen ISO-Normen in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie gegenseitig anzuerkennen sind. Um die Gleichwertigkeit der Laborprüfungen im Herkunfts- und im Einfuhrmitgliedstaat beurteilen zu können, kann vom Importeur die Vorlage entsprechender Unterlagen gefordert werden<sup>43</sup>. Aber nur wenn aus den vorgelegten Unterlagen hervorgeht, daß die bereits im Ausfuhrstaat erfolgten Kontrollen im konkreten Fall den im Einfuhrstaat geltenden Qualitätsanforderungen nicht entsprechen und deshalb Abweichungen hinsichtlich der ermittelten Werte zu befürchten sind, dürfen systematisch zusätzliche Laborprüfungen im Importstaat verlangt werden<sup>44</sup>. Die Darlegungslast liegt diesbezüglich beim Einfuhrmitgliedstaat<sup>45</sup>.

#### IV. Fazit

Die Freiverkehrsklausel des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie trägt entscheidend dazu bei, daß mit der Tabakprodukt-Richtlinie das Ziel der Binnenmarkterwirklichkeit tatsächlich effektiv verfolgt wird. Bei der Auslegung der Reichweite dieser Bestimmung ist deshalb darauf zu achten, daß die Erreichung dieses Ziels nicht praktisch unmöglich gemacht werden darf. Soweit in der Richtlinie gemeinschaftsweit harmonisierte (Mindest-)Anforderungen enthalten sind, dürfen die Mitgliedstaaten daher etwaige strengere nationale Regeln der Einfuhr von Tabakerzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten nicht entgegenhalten, wenn diese Erzeugnisse den in der Richtlinie harmonisierten Anforderungen genügen und von der Freiverkehrsklausel erfaßt werden.

Aber auch in Bereichen, in denen die Richtlinie noch keine umfängliche Harmonisierung bewirkt und die Freiverkehrsklausel deshalb nicht eingreift, ergeben sich aus dem Ziel der Verbesserung des Binnenmarktes doch gewisse Anforderungen an mitgliedstaatliche Einfuhrbeschränkungen. Dementsprechend dürfen beispielsweise gemäß Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie nationale Verbote der Einfuhr von Tabakerzeugnissen mit im Einfuhrstaat nicht zugelassenen Tabakadditiven (Zusatzstoffen) auch vor Erlaß einer gemeinschaftsweiten Liste zulässiger Inhaltsstoffe nur erlassen wer-

<sup>43</sup> EuGH, Rs. 174/82, *Sandoz*, Slg. 1983, 2445, Rdnr. 24; siehe hierzu *Nicolajsen* (Fn. 42), S. 68 f.

<sup>44</sup> Im Hinblick auf Kohlenmonoxid kommt zusätzlich die Darlegung in Betracht, daß die im Herkunftsland ermittelten Ergebnisse aufgrund der verwendeten unterschiedlichen Rauchmaschinen nicht den Anforderungen des Einfuhrstaates entsprechen.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. 251/78, *Denkavit Futtermittel/Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten*, Slg. 1979, 3369, Rdnr. 24; EuGH, Rs. 174/82, *Sandoz*, Slg. 1983, 2445, Rdnr. 22 ff.



ZLR 3/2002 Koenig/Engelmann, Freiverkehrsgarantie der Tabakprodukt-Richtlinie

den, wenn der betroffene Zusatzstoff in physiologisch nachweisbarer Weise die süchtig machende Wirkung von Tabakerzeugnissen verstärkt. Hierdurch werden nationale Binnenmarkthindernisse in Konkretisierung des Art. 30 EG auf das zum Gesundheitsschutz notwendige Maß beschränkt. Neben einer solchen sekundärrechtlichen Konkretisierung des Art. 30 EG kann es in anderen Bereichen zu einem Zusammenspiel zwischen einer sekundärrechtlichen Teilharmonisierung und den primärrechtlichen Vorschriften der Art. 28 und 30 EG kommen. Dies ist der Fall, soweit in der Tabakprodukt-Richtlinie gewisse materielle Anforderungen an die Verkehrsfähigkeit von Tabakprodukten festgelegt sind, die Freiverkehrsklausel allerdings mangels umfassender Harmonisierung nicht eingreift – wie etwa hinsichtlich der Prüfung des Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidgehalts von Zigaretten. Die materielle Harmonisierung der Prüfverfahren führt hier zwar nicht zur Anwendung der Freiverkehrsklausel, so daß man deren Eignung zur Binnenmarktwirklichmachung in Frage stellen könnte. Jedoch kann auch eine solche Teilharmonisierung zur Beseitigung von Handelshemmnissen beitragen. Denn sie führt dazu, daß ein Rückgriff der Mitgliedstaaten auf Art. 30 EG nur noch eingeschränkt möglich ist. Die gegenseitige Anerkennung mitgliedstaatlicher Prüfergebnisse wird somit zwar nicht unmittelbar durch die Richtlinie, aber mittelbar aufgrund der Warenverkehrsfreiheit (nach Maßgabe der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung) erreicht.