SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS
vom 22. Januar 1998 *

1. Die grundlegende Frage, die dem Gerichtshof in dieser Rechtssache vom Østre Landsret vorgelegt wird, ist die, ob eine Tabakrolle, die von einer Hülle aus poröser Zellulose umgeben ist und aus der der Verbraucher eine Zigarette herstellt, indem er sie in eine gesondert vertriebene Zigarettenpapierhülse schiebt, eine Zigarette oder Rauchtabak im Sinne der Gemeinschaftsvorschriften über die Verbrauchsteuern ist.

Einschlägige Gemeinschafts- und nationale Vorschriften

2. Die Richtlinie 72/464/EWG [1] des Rates (Erste Richtlinie) enthielt allgemeine Grundsätze für die Harmonisierung der Strukturen der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren. Nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie galten als Tabakwaren

„a) Zigaretten,

b) Zigarren und Zigarillos,

c) Rauchtabak,

d) Schnupftabak,

e) Kautabak."

3. In der Richtlinie 79/32/EWG des Rates [2] (Zweite Richtlinie oder Richtlinie) wurden die verschiedenen Arten von Tabakwaren definiert. Artikel 3 Absatz 1 bestimmte in der zur entscheidungserheblichen Zeit geltenden Fassung:

„Als Zigaretten gelten Tabakrollen, die sich als solche zum Rauchen eignen und nicht Zigarren oder Zigarillos im Sinne des Artikels 2 sind."

4. Rauchtabak wurde in Artikel 4 Nummer 1 wie folgt definiert:

„geschnittener oder anders zerkleinerter, gesponnener oder in Platten gepreßter Tabak, der sich ohne weitere industrielle Bearbeitung zum Rauchen eignet".

* Originalsprache: Englisch.

1 — Richtlinie 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1).

2 — Zweite Richtlinie 79/32/EWG des Rates vom 18. Dezember 1978 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. 1979, L 10, S. 8).

5. Die Erste und die Zweite Richtlinie wurden durch die Richtlinie 92/78/EWG [3] des Rates geändert. Artikel 2 Nummer 3 der letztgenannten Richtlinie ersetzte Artikel 3 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie wie folgt:

„(1) Als Zigaretten gelten:

a) Tabakstränge, die sich unmittelbar zum Rauchen eignen und nicht Zigaretten oder Zigarillos nach Artikel 2 sind;

b) Tabakstränge, die durch einen einfachen nichtindustriellen Vorgang in eine Zigarettenpapierhülse geschoben werden;

c) Tabakstränge, die durch einen einfachen nichtindustriellen Vorgang mit einem Zigarettenpapierplättchen umhüllt werden."

6. Vor einiger Zeit wurden die Erste und die Zweite Richtlinie — die Gegenstand einer Reihe weiterer, im vorliegenden Fall unerheblicher Änderungen waren — durch die Richtlinie 95/59/EG des Rates [4] in einem einzigen Text zusammengefaßt.

7. Die zur entscheidungserheblichen Zeit anwendbaren dänischen Vorschriften waren im Lov om tobaksafgifter (Tabaksteuergesetz) Nr. 614 von 1988 in der Fassung des Gesetzes Nr. 825 von 1989 enthalten. § 1 des Gesetzes enthielt die Steuersätze für Zigaretten, Zigarettenpapier, Rauchtabak, Kau- und Schnupftabak. Zigaretten unterlagen einer Steuer von 60,68 Øre/Stück plus 21,22 % des auf der Zigarettenpackung angegebenen Einzelhandelspreises. Es wurde zwischen Feinschnitt- und Grobschnittabak unterschieden; der erste wurde erheblich stärker, nämlich mit DKR 531,00 per kg besteuert. Zigarettenpapier wurde mit 2 Øre/Stück belastet. Das Tabaksteuergesetz enthielt selbst keine Definitionen der verschiedenen Tabakerzeugnisse; in § 33 wurde jedoch der Steuerminister ermächtigt, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Vorschriften zu erlassen, darunter Bestimmungen über die Definition der Tabakerzeugnissen in Übereinstimmung mit den von den Europäischen Gemeinschaften erlassenen Vorschrif-

3 — Richtlinie 92/78/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 zur Änderung der Richtlinie 72/464/EWG und 79/32/EWG über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 316, S. 5).

4 — Richtlinie 95/59/EG des Rates vom 27. November 1995 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 291, S. 40).

ten. Zur entscheidungserheblichen Zeit waren keine Definitionen aufgrund dieser Bestimmung festgelegt worden. Zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens ist allerdings unstreitig, daß die in der Zweiten Richtlinie enthaltenen Definitionen der Tabakerzeugnisse im dänischen Recht unmittelbar anwendbar sind.

Sachverhalt und Fragen des vorlegenden Gerichts

8. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Brinkmann Tabakfabrik GmbH, ist eine deutsche Gesellschaft, die Tabakerzeugnisse herstellt und verkauft. Sie erwarb 1988 die ausschließliche Lizenz für die Herstellung und den Verkauf eines Tabakerzeugnisses mit der Bezeichnung „Westpoint" in Dänemark und anderen Ländern. Dieses besteht aus einer Packung, die 25 g Feinschnittabak enthält, der in 30 industriell hergestellte Tabakrollen mit einer Umhüllung aus poröser Zellulose aufgeteilt ist. Jede Tabakrolle ist 68,6 mm lang und besteht aus ca. 833 mg Feinschnittabak. Die Tabakrollen können nicht geraucht werden, indem sie nur angezündet werden, sondern müssen zunächst mit Zigarettenpapier umkleidet werden. Die Firma Brinkmann verkauft separat Zigarettenpapierhülsen mit einem Spezialdesign, in die die Westpoint-Tabakrollen hineingeschoben werden können. Das Erzeugnis kann auch mit gewöhnlichem Zigarettenpapier umhüllt werden.

9. Im April 1989 entschied eine dänische Distriktstoldkammer (regionale Zoll- und Steuerbehörde) auf Antrag des dänischen Vertragshändlers der Firma Brinkmann, daß Westpoint als Feinschnittabak zu besteuern sei. Später im selben Jahr erließ eine andere Regionalbehörde auf Antrag eines Konkurrenten der Firma Brinkmann eine identische Entscheidung. Diese Entscheidung wurde nach Einlegung eines Rechtsbehelfs vom Told- og Skattestyrelse (Zoll- und Steuerbehörde) aufrechterhalten, dann jedoch aufgrund eines weiteren Rechtsbehelfs vom Momsnævn, der obersten dänischen Verwaltungsbehörde für Steuerfragen, aufgehoben. Das Momsnævn beschloß durch Entscheidung vom 14. Mai 1990, bestätigt durch eine weitere Entscheidung vom 23. Oktober 1990, daß das Erzeugnis Westpoint als Zigaretten zu besteuern sei, die einem höheren Steuersatz unterliegen als Rauchtabak.

10. Am 2. April 1990, kurz vor Erlaß der Entscheidung vom 14. Mai 1990, führte die Firma Brinkmann Westpoint auf dem dänischen Markt ein. Der dänische Vertragshändler der Firma Brinkmann wurde vier Tage später, am 6. April 1990, vom Momsnævn über das bei diesem anhängige Rechtsbehelfsverfahren unterrichtet. In der Verhandlung am 1. Mai 1990 vor dem Momsnævn beantragte die Firma Brinkmann, sollte gegen sie entschieden werden, der Entscheidung aufschiebende Wirkung zu verleihen, um ihre Verluste für den Fall zu begrenzen, daß die Entscheidung des Momsnævn im Widerspruch zu einer Entscheidung des Gerichtshofes stehen sollte. Das Momsnævn wies den Antrag der Firma Brinkmann mit Entscheidung vom 14. Mai 1990 und, nachdem er in einer weiteren Verhandlung erneut gestellt worden war, mit Entscheidung vom 23. Oktober 1990 zurück.

11. Die Firma Brinkmann erhob am 8. Januar 1991 beim vorlegenden Gericht Klage, mit der sie beantragt, dem dänischen Steuerministerium aufzugeben, das Erzeugnis Westpoint als Rauchtabak einzuordnen. Sie beantragte weiterhin Schadensersatz für alle Verluste, die sie dadurch erlitten habe, daß das Erzeugnis durch die kombinierte Wirkung des höheren Steuersatzes auf die Tabakrollen und der auf Zigarettenpapier und Hülsen erhobenen Steuer vom Markt verdrängt worden sei.

12. Vor diesem Hintergrund ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen:

1. Ist eine Ware mit folgenden Merkmalen unter Berücksichtigung der Definitionen in der Zweiten Richtlinie des Rates vom 18. Dezember 1978 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (79/32/EWG) in der Fassung vom 14. Mai 1990 als Zigaretten oder als Rauchtabak anzusehen:

— eine Packung, die 25 g Feinschnitttabak enthält, der in 30 Tabakrollen aufgeteilt ist, die industriell hergestellt sind und die gleiche Größe und Festigkeit besitzen und gleichartig sind,

— jede Tabakrolle ist 68,6 mm lang und besteht aus ca. 833 mg Feinschnitttabak, der von einer Hülle aus poröser Zellulose umgeben ist, die in eine dünne Platte gepreßt ist,

— die Hülle ist so porös, daß sich die Tabakrolle als solche nicht zum Rauchen eignet, sondern zunächst in eine Zigarettenpapierhülse geschoben oder mit gewöhnlichem Zigarettenpapier umkleidet werden muß, was in beiden Fällen ohne Hilfsmittel erfolgen kann.

Für den Fall, daß die Ware aufgrund der Antwort auf die erste Frage als Rauchtabak anzusehen ist, wird der Gerichtshof um Beantwortung folgender Fragen ersucht:

2. Hat ein Unternehmen nach dem Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf Erstattung für jeden Verlust, den es infolge eines Verstoßes eines Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht erleidet, der darin besteht, daß eine Behörde, die als letzte Verwaltungs-

instanz darüber entscheiden kann, unter welche Steuergruppe eine Tabakware fällt, eine Entscheidung erlassen hat, die gegen Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 79/32/EWG verstößt? Unter welchen Bedingungen wird der Mitgliedstaat gegebenenfalls haftbar?

3. a) Sind die Definitionen der verarbeiteten Tabakerzeugnisse in der Richtlinie 79/32/EWG in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß umgesetzt, wenn der Steuerminister durch Gesetz ermächtigt wird, Bestimmungen über die Definitionen von Tabakwaren in Übereinstimmung mit den Vorschriften, die in den Europäischen Gemeinschaften erlassen werden, festzusetzen, wenn keine Rechtsvorschriften nach dem Gesetz erlassen worden sind?

Für den Fall, daß die Frage 3a verneint wird, wird der Gerichtshof ersucht, folgende Fragen zu beantworten:

3. b) Ist es für die Beantwortung der zweiten Frage erheblich, daß die in der Tabakrichtlinie enthaltenen Definitionen in dem Mitgliedstaat nicht umgesetzt wurden, wenn die nationale Behörde in ihrer Entscheidung auf die Definitionen verwiesen hat und die Parteien des Ausgangsverfahrens sich darüber einig sind, daß die in der Richtlinie enthaltenen Definitionen unmittelbar anwendbar sind?

4. Ist es für die Beantwortung der zweiten Frage erheblich, daß die Behörden es abgelehnt haben, der Entscheidung der Behörde aufschiebende Wirkung zu verleihen, wie die Klägerin in der Absicht einer Schadensbegrenzung beantragt hatte?

Die erste Frage

13. Die Firma Brinkmann trägt vor, das Erzeugnis Westpoint sei nach der Zweiten Richtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung als Rauchtabak einzuordnen gewesen. Das dänische Steuerministerium, die finnische Regierung und die Kommission sind der Auffassung, daß es als Zigarette einzuordnen gewesen sei.

14. Ich teile die Auffassung der Firma Brinkmann, daß das Erzeugnis Westpoint als Rauchtabak einzuordnen war. Dieses Ergebnis folgt aus dem Wortlaut der Richtlinie und steht mit ihrer Zielsetzung im Einklang.

15. Was ihren Wortlaut angeht, so enthält die Zweite Richtlinie zwar keine besondere Definition eines Erzeugnisses wie Westpoint. Meines Erachtens entspricht dieses Erzeugnis aber eher der Definition des Rauchtabaks. Die Definition der Zigarette ist

präzise und enthält drei Merkmale: a) Es muß sich um Tabakrollen handeln, b) diese müssen sich „unmittelbar zum Rauchen eignen", und c) es darf sich nicht um Zigarren oder Zigarillos handeln. Die Beteiligten sind sich darüber einig, daß dem Erzeugnis Westpoint das zweite Merkmal fehlt.

16. Der Rauchtabak wird seinerseits definiert als „geschnittener oder anders zerkleinerter, gesponnener oder in Platten gepreßter Tabak, der sich ohne weitere industrielle Bearbeitung zum Rauchen eignet". Das Erzeugnis Westpoint besitzt diese Merkmale. Es ist geschnitten und ohne weitere industrielle Bearbeitung zum Rauchen geeignet. Dies ist der Fall, obwohl es zusätzlich mit poröser Zellulose umhüllt ist, denn dadurch wird es nicht zur Zigarette im Sinne der angegebenen Definition.

17. Das Vorbringen des dänischen Steuerministeriums und der finnischen Regierung, auch Zigarren müßten, bevor sie geraucht werden könnten, manchmal abgeschnitten werden und eigneten sich deshalb nicht „unmittelbar" zum Rauchen, überzeugt mich nicht. Der Begriff „unmittelbar" bedeutet, daß es sich um ein Fertigerzeugnis handeln muß. Eine Zigarre ist auch dann ein Fertigerzeugnis, wenn sie abgeschnitten werden muß. Sie erfordert nicht das Zusammenfügen zweier getrennt vermarkteter Erzeugnisse.

18. Diese Auffassung findet eine Stütze in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie in der Fassung der Richtlinie 92/78. Diese Vorschrift enthält drei voneinander unabhängige Definitionen der Zigarette: „Tabakstränge, die sich unmittelbar zum Rauchen eignen" (Buchstabe a), „Tabakstränge, die durch einen einfachen nichtindustriellen Vorgang in eine Zigarettenpapierhülse geschoben werden" (Buchstabe b), und „Tabakstränge, die durch einen einfachen nichtindustriellen Vorgang mit einem Zigarettenpapierplättchen umhüllt werden" (Buchstabe c). Diese Formulierung steht im Widerspruch zu der Auffassung, daß die Richtlinie 92/78 die Definition der Zigarette nicht erweitert, sondern nur erläutert habe. Buchstabe a — die ursprüngliche Vorschrift — bleibt unberührt. Das Erzeugnis Westpoint wird nicht nach dieser Vorschrift, sondern aufgrund der neuen, davon unabhängigen Definitionen in den Buchstaben b und c als Zigarette eingeordnet.

19. Darüber hinaus stützt die Übergangsvorschrift des Artikels 3 Absatz 1, die es Deutschland gestattet, die in Buchstabe b genannten Tabakrollen weiterhin als Feinschnittabak zu besteuern, die Auffassung, daß das Erzeugnis Westpoint nicht unter die ursprüngliche Definition fiel. Sie zeigt zumindest, daß der Rat davon ausging, daß die ursprüngliche Vorschrift so weit gefaßt war, daß sie diese Auslegung zuließ, so daß sie eine Übergangsvorschrift für einen Mitgliedstaat rechtfertigte, in dem ein dort ansässiger Hersteller aufgrund dieser Auslegung Investitionen vorgenommen hatte.

20. Das Ergebnis, daß das Erzeugnis Westpoint nicht unter die in der Richtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung enthaltene Definition der Zigarette fiel, findet eine

weitere Stütze in dem Hinweis auf Entscheidungen nationaler Behörden im Vorlagebeschluß. Danach wurde das Erzeugnis in Deutschland, im Vereinigten Königreich und aufgrund eines Rechtsbehelfs in den Niederlanden als Rauchtabak eingeordnet. Darüber hinaus wurde es auch in Dänemark von zwei regionalen Zoll- und Steuerbehörden und vom Told- og Skattestyrelse als Rauchtabak eingeordnet; nur das Momsnævn war anderer Auffassung.

21. Die Ziele der Regelung geben meines Erachtens keinen entscheidenden Hinweis. Wie das dänische Steuerministerium ausführt, bezweckt die Regelung, Verfälschungen des Wettbewerbs zwischen den zur gleichen Gruppe gehörenden verschiedenen Arten von Tabakwaren zu verhindern (vgl. die fünfte Begründungserwägung der Ersten Richtlinie). Einige Hinweise auf die Überlegungen, die der Richtlinie zugrunde liegen, finden sich in der in den Erklärungen des dänischen Steuerministeriums zitierten Begründung des Vorschlags der Kommission für eine Zweite Richtlinie. Die Kommission führte dort aus, daß die Aufnahme des gesamten Rauchtabaks in eine einzige Gruppe dadurch gerechtfertigt sei, daß dieser gesamte Tabak, sogar Feinschnittabak, in einer Pfeife geraucht werden könne. Die Kommission war jedoch besorgt, daß eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen feingeschnittenem Rauchtabak und Zigaretten eintreten könnte, weil Feinschnittabak von den Verbrauchern auch zum Zigarettendrehen benutzt werden könne. Sie nahm sich vor, die Angelegenheit nicht aus den Augen zu verlieren. Anschließend wurden durch Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 92/78 die Arten der Tabakwaren in Artikel 3 der Ersten Richtlinie geändert, indem zwischen „Feinschnittabak für selbstgedrehte Zigaretten" und „anderem Rauchtabak" unterschieden wurde. Der erstgenannte Tabak wird in dem neuen Artikel 4a der Zweiten Richtlinie definiert, der durch Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 92/78 eingefügt wurde.

22. Aus alledem ergibt sich, daß der Kern des Problems im vorliegenden Fall der ist, daß schon an sich ein Potential für Wettbewerbsverfälschungen gegeben ist, wenn Feinschnittabak nach einem niedrigeren Satz besteuert wird als Zigaretten. Die beiden Erzeugnisse stehen in einem signifikanten Maße miteinander im Wettbewerb. Vielleicht aus diesem Grund besteuert Dänemark das Zigarettenpapier selbst und Zigarettenpapierhülsen wie die, die von der Firma Brinkmann verkauft wurden. Wenn diese Steuer auf einen angemessenen Satz angehoben würde, wäre es vermutlich möglich, den Vorteil des niedrigeren Steuersatzes auf Feinschnittabak, der zur Herstellung von Zigaretten verwendet wird, auszugleichen.

23. Deshalb steht das Erzeugnis Westpoint unvermeidlich potentiell im Wettbewerb sowohl mit fertigen Zigaretten als auch mit feingeschnittenem Rauchtabak (der dazu benutzt werden kann, Zigaretten entweder mit der Hand oder unter Verwendung eines der zu diesem Zweck hergestellten, auf dem Markt erhältlichen Geräte zu drehen). Es ist möglich, daß die etwas leichtere Zusammenfügung von Westpoint für einige Verbraucher attraktiv ist, die normalerweise die Bequemlichkeit des Fertigprodukts vorziehen würden und sonst trotz des Preisvorteils nicht versucht wären, ihre Zigaretten selbst zu drehen. Insoweit würde die Besteuerung von Westpoint als Rauchtabak die mögliche Verfälschung des Wettbewerbs zwischen Ziga-

retten und feingeschnittenem Rauchtabak noch verschärfen. Es steht jedoch nicht fest, wie viele Raucher, die fertige Zigaretten bevorzugen, gegebenenfalls von Westpoint angezogen werden könnten. Die Notwendigkeit des Zusammenfügens mag in vielen gesellschaftlichen Situationen lästig sein. Darüber hinaus sind das immer noch erforderliche Maß an Manipulation und Geschicklichkeit sowie der Nachteil, der darin besteht, daß das Erzeugnis sich in zwei getrennten Behältnissen befindet, in der Praxis geeignet, viele Raucher spürbar abzuschrecken.

— stets unveränderter Geschmack

— stets gleichbleibende Rauchbedingungen (Rauchzeit, Zug)

— gleichbleibend vorausbestimmter Schadstoffanteil pro Zigarettenpapierhülse

24. Der Wettbewerb mit Feinschnittabak ist ebenso wahrscheinlich, wenn nicht noch wahrscheinlicher. Einige Raucher mögen zum Drehen ihrer eigenen Zigaretten durch Gesichtspunkte bewogen werden, die nichts mit dem Preis zu tun haben, wie etwa das Image, das Westpoint möglicherweise unattraktiv macht (obwohl auch Westpoint wie loser Tabak mit Zigarettenpapier umhüllt werden kann). Für die Raucher dagegen, die ihre Zigaretten hauptsächlich deshalb selbst drehen, weil dies billiger ist, erscheint Westpoint als attraktives Angebot (vorausgesetzt, daß sein Preis im Vergleich zu dem selbstgedrehter Zigaretten günstig ist). Die im dänischen Patent genannten Merkmale des Erzeugnisses weisen in der Tat darauf hin, daß Westpoint in erster Linie mit zum Zigarettendrehen bestimmtem Rauchtabak in Wettbewerb treten sollte:

— extrem einfache Herstellung einer mit einer industriell hergestellten Zigarette unmittelbar vergleichbaren Zigarette

— keine Tabakzylinderhülle, die weggeworfen werden muß

„— neuartige Tabakdosierung schon durch die industrielle Herstellung

— günstigere Besteuerung im Verhältnis zu industriell hergestellten Zigaretten."

Der einzige Vorteil, den Westpoint vor Zigaretten hat, nämlich der niedrigere Steuersatz, gilt auch für Feinschnittabak.

25. Zwar ähnelt Westpoint, wie die Kommission dargelegt hat, aufgrund seiner Merkmale eher einer industriell hergestellten Zigarette. So gesehen befriedigt das Erzeugnis eher dieselben Bedürfnisse wie eine Zigarette. Darauf könnte jedoch entgegnet werden, daß dem Erzeugnis Westpoint immer noch das Hauptmerkmal einer industriell hergestellten Zigarette fehlt, nämlich die unmittelbare Eignung zum Rauchen. Würde Westpoint nämlich aufgrund einer höheren Besteuerung genauso viel kosten wie Zigaretten, so wären die genannten Nachteile wohl so groß, daß sie den Verbraucher vom Kauf des Erzeugnisses abhalten würden, es sei denn, er hätte eine sehr starke Präferenz für den besonderen Geschmack von Westpoint. Würde Westpoint als Zigarette besteuert, wenn er ein so wesentliches Bedürfnis nicht befriedigte, so würde dem Erzeugnis wahrscheinlich die Wettbewerbsfähigkeit genommen. Seine Besteuerung als Rauchtabak würde es ihm andererseits ermöglichen, unter gleicher Steuerbelastung mit zum Zigarettendrehen bestimmtem Feinschnitttabak zu konkurrieren, wobei seine besonderen Vorteile vor diesem Tabak einige, aber gewiß nicht alle Raucher, die herkömmlicherweise ihre Zigaretten selbst gedreht haben, anziehen würde. Anders gesagt, die Einordnung als Rauchtabak führt bei vergleichender Betrachtung wohl zu einer geringeren Wettbewerbsverzerrung.

26. Obwohl man sicher nicht sagen kann, daß die Ansicht des Rates, die der Änderung der Richtlinie zugrunde lag, daß nämlich das Erzeugnis Westpoint in so engem Wettbewerb mit Zigaretten steht, daß es als solche eingeordnet werden muß, falsch oder unvernünftig war, können deshalb meines Erachtens aus der Zielsetzung der Richtlinie keine entscheidenden Gesichtspunkte für die Auslegung der ursprünglichen Vorschrift hergeleitet werden. Aus ähnlichen Gründen bringt uns der Hinweis des dänischen Steuerministeriums auf die vom Gerichtshof im Zusammenhang mit Artikel 95 des Vertrages aufgestellten Grundsätze nicht weiter. Der Gerichtshof hat, wie die dänische Regierung ausführt, im Urteil Kommission/Dänemark [5] unter Hinweis auf das Urteil Rewe [6] ausgeführt, daß zur Beurteilung der Gleichartigkeit, auf der das Verbot des Artikels 95 beruhe, zu prüfen sei, „ob die Erzeugnisse gleiche Eigenschaften haben und in den Augen der Verbraucher denselben Bedürfnissen dienen". Wie bereits ausgeführt, könnte man zumindest die Behauptung aufstellen, daß Westpoint unter diesem Gesichtspunkt Feinschnittabak stärker ähnelt als Zigaretten, da ihm — ebenso wie diesem Tabak — das rechtlich vorgeschriebene Hauptmerkmal der Zigarette, nämlich die unmittelbare Eignung zum Rauchen, fehlt und es somit auch nicht demselben Bedürfnis dient wie eine industriell hergestellte Zigarette.

27. Ich komme deshalb zu dem Ergebnis, daß ein Erzeugnis wie Westpoint nach der Zweiten Richtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung als Rauchtabak im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 der Richtlinie einzuordnen war.

5 — Rechtssache 106/84 (Slg. 1986, 833).

6 — Rechtssache 45/75 (Rewe, Slg. 1976, 181).

Die zweite, die dritte und die vierte Frage

28. Die übrigen Fragen des vorlegenden Gerichts, die sinnvollerweise zusammen beantwortet werden sollten, gehen dahin, unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedstaat für Verluste haftet, die sich aus der unrichtigen Einordnung eines Erzeugnisses nach der Richtlinie ergeben (Frage 2); in diesem Zusammenhang fragt das vorlegende Gericht, ob es eine Rolle spielt, daß die Behörden es abgelehnt haben, der Entscheidung auf Ersuchen des Antragstellers aufschiebende Wirkung zu verleihen (Frage 4). Das vorlegende Gericht fragt weiter, ob die Definitionen der Tabakwaren in der Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt sind, wenn der Steuerminister ermächtigt wird, Definitionen der Tabakerzeugnisse aufzustellen, dies jedoch nicht getan hat (Frage 3a); verneinendenfalls möchte das Gericht weiter wissen, ob es für die Beantwortung der zweiten Frage erheblich ist, daß die Parteien des Rechtsstreits sich darüber einig sind, daß die in der Richtlinie enthaltenen Definitionen unmittelbar anwendbar sind (Frage 3b).

29. Insoweit enthält das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Denkavit [7] eine nützliche Feststellung der entscheidungserheblichen Grundsätze:

„Nach ständiger Rechtsprechung folgt der Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, aus dem Wesen der mit dem Vertrag geschaffenen Rechtsordnung (siehe u. a. Urteile vom 5. März 1996 in den Rechtssachen C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 31, und vom 8. Oktober 1996 in den Rechtssachen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/90, Dillenkofer u. a., Slg. 1996, I-4845, Randnr. 20).

In diesen Urteilen hat der Gerichtshof im Hinblick auf die Umstände des jeweiligen Falles entschieden, daß das Gemeinschaftsrecht einen Entschädigungsanspruch anerkennt, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß ist hinreichend qualifiziert, und zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den Geschädigten entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang (Urteile Brasserie du Pêcheur und Factortame, a. a. O., Randnr. 51, und Dillenkofer u. a., a. a. O., Randnrn. 21 und 23). Der Gerichtshof hat insbesondere festgestellt, daß diese Voraussetzungen auch gelten, wenn ein Mitgliedstaat eine Gemeinschaftsrichtlinie nicht ordnungsgemäß in sein innerstaatliches Recht umsetzt (Urteil vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-392/93, British Telecommunications, Slg. 1996, I-1631, Randnr. 40).

Zwar ist es grundsätzlich Sache der nationalen Gerichte, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Haftung der Mitgliedstaaten für einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erfüllt sind. In der vorliegenden Rechtssache verfügt der Gerichtshof jedoch über alle Informationen, die für die Beurtei-

7 — Verbundene Rechtssachen C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Denkavit u. a., Slg. 1996, I-5063).

lung der Frage erforderlich sind, ob der hier gegebene Sachverhalt einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erkennen läßt.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist ein Verstoß hinreichend qualifiziert, wenn ein Organ oder ein Mitgliedstaat bei der Ausübung seiner Rechtsetzungsbefugnis deren Grenzen offenkundig und erheblich überschritten hat (Urteile Brasserie du Pêcheur und Factortame, a. a. O., Randnr. 55, und Dillenkofer u. a., a. a. O., Randnr. 25). Insoweit gehört zu den Gesichtspunkten, die berücksichtigt werden können, insbesondere das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift (Urteile Brasserie du Pêcheur und Factortame, a. a. O., Randnr. 56, und British Telecommunications, a. a. O., Randnr. 42)." [8]

30. Vor einer Anwendung dieser Grundsätze auf die vorliegende Rechtssache ist es sinnvoll, die dritte Frage zu beantworten. Es ist klar, daß die bloße Ermächtigung eines Ministers, Vorschriften zur Umsetzung zu erlassen, keine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie darstellt. Für die Frage der Haftung des Mitgliedstaats ist jedoch erheblich, daß die dänischen Behörden die in der Richtlinie enthaltenen Definitionen anwenden. Bemühen sich die Behörden eines Mitgliedstaats, die in der Richtlinie enthaltenen Definitionen anzuwenden, tun sie dies jedoch fehlerhaft, so ergibt sich ein daraus folgender Schaden nicht aus der Nichtumsetzung der Definitionen durch ministerielle Vorschriften, sondern aus der unrichtigen Anwendung der Richtlinie durch die Behörden. Somit stellt sich aufgrund der dargelegten Prinzipien die Frage, ob angesichts der Klarheit und Genauigkeit der betreffenden Richtlinienvorschrift Dänemark die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat.

31. Meines Erachtens ist dies eindeutig nicht der Fall. Wie Dänemark und die Kommission ausgeführt haben, entspricht das Erzeugnis Westpoint keiner der insoweit in der Richtlinie enthaltenen Definitionen genau — es liegt vielmehr zwischen beiden. Auch der Zielsetzung der Richtlinie sind keine klaren Hinweise zu entnehmen. Die Behörden der Mitgliedstaaten mußten deshalb eine Wahl zwischen den beiden Definitionen treffen.

32. Obwohl ich mich nach einer Abwägung für die von der Firma Brinkmann befürwortete Auslegung der Richtlinie entschieden habe, so wird doch die von Dänemark vertretene Auffassung im vorliegenden Verfahren von Finnland und von der Kommission geteilt und ist offenbar auch von einem niederländischen Steuerinspektor vertreten worden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß sie unhaltbar ist oder bösgläubig vertreten wurde. Tatsächlich ist die Auffassung Dänemarks, daß sich die Einordnung als Zigarette aus der Zielsetzung der Richtlinie ergebe, offensichtlich vom Rat geteilt worden, als er die Richtlinie änderte.

8 — Randnrn. 47 bis 50 des Urteils.

33. Da unklar war, wie die in Rede stehenden Vorschriften auf ein Erzeugnis wie Westpoint anzuwenden waren, kann der Verstoß Dänemarks gegen diese Vorschriften nicht als so schwerwiegend angesehen werden, daß er zur Haftung im Sinne der obengenannten Urteile führt. Deshalb ist es nicht erforderlich, die übrigen darin aufgestellten Haftungsvoraussetzungen zu prüfen.

34. Was die vierte Frage betrifft, so hat der Umstand, daß die Behörde es abgelehnt hat, ihrer Entscheidung aufschiebende Wirkung zu verleihen, im vorliegenden Fall keinen Einfluß auf die Haftung Dänemarks für eventuelle Schäden. Das Gegenteil würde dazu führen, die administrative Entscheidungsfindung zu lähmen, da die Verwaltungsbehörden dann nicht mehr in der Lage wären, ihre Entscheidungen in anderen als völlig klaren Fällen durchzusetzen, ohne sich möglicherweise bedeutenden Schadensersatzforderungen auszusetzen. Wenn in einem Fall wie dem vorliegenden ein innerstaatliches Gericht der Meinung ist, daß die Auslegung einer Vorschrift zweifelhaft ist, kann es die Frage dem Gerichtshof vorlegen und, wenn die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, vorläufigen Rechtsschutz gewähren, etwa die Besteuerung nach dem höheren Steuersatz gegen angemessene Sicherheitsleistung durch den Steuerzahler aussetzen.

35. Da schließlich nicht vorgetragen worden ist, daß Dänemark nach dänischem Recht bei einem ebenso schweren Verstoß gegen das nationale Recht haftbar wäre, ist dieser Staat auch gemäß dem Grundsatz nicht haftbar, daß auf das Gemeinschaftsrecht gestützte Klagen nicht ungünstiger behandelt werden dürfen als Klagen, die aufgrund des nationalen Rechts erhoben werden.

Ergebnis

36. Dementsprechend bin ich der Auffassung, daß die vom Østre Landsret vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten sind:

1. Ein Erzeugnis, das aus einer Tabakrolle besteht, die von einer Hülle aus poröser Zellulose umgeben ist und sich nicht unmittelbar zum Rauchen eignet, sondern zunächst in eine Zigarettenpapierhülse geschoben oder in gewöhnliches Zigarettenpapier gehüllt werden muß, war als Rauchtabak im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/32/EWG in der am 14. Mai 1990 geltenden Fassung einzuordnen.

2. Ein Mitgliedstaat, dessen Behörden ein derartiges Erzeugnis in Anwendung der in der Richtlinie 79/32 enthaltenen Definitionen fehlerhaft als Zigarette im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie eingeordnet haben, ist nach Gemeinschaftsrecht nicht zum Ersatz der Verluste und Schäden verpflichtet, die sich aus der fehlerhaften Einordnung ergeben, außer wenn eine solche Haftung unter gleichen Umständen wegen eines Verstoßes gegen das nationale Recht begründet wäre.