

Kevin Höbig
Robert-Koch-Straße 5
95447 Bayreuth
E-Mail: hoebig.kevin@web.de

Bayreuth, den 19. Juni 2009

Matrikelnummer: 1091791
6. Fachsemester

**Seminar zum Sportrecht, insbesondere
(Sport-)Sponsoringverträge
Sommersemester 2009**

Schriftliche Ausarbeitung zum Blockseminar
am 16./17. Juli 2009 in den Räumen der Großkanzlei Bird & Bird, München

mit dem Titel:

**Rechtliche Bewertung des Werbeverbots für Tabak und des
geplanten Werbeverbotes für Alkohol sowie Auswirkungen auf
Sponsoringverträge**

bei

Prof. Dr. Peter W. Heermann
Lehrstuhl Zivilrecht VI
Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftrecht,
Rechtsvergleichung und Sportrecht
Universität Bayreuth

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung Seite 1

| | |
|---|---|
| I. Entstehung und Inhalt der Richtlinie | 1 |
| II. Gegenstand der Untersuchung | 3 |

B. Rechtliche Betrachtung der Richtlinie 2003/33/EG Seite 4

| | |
|---|----|
| I. Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft | 4 |
| 1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung..... | 4 |
| 2. Kompetenz nach Art. 95, Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV | 4 |
| a) Abgrenzung zu Art. 94 EGV | 5 |
| b) Abgrenzung zum Gesundheitsschutz | 5 |
| c) Voraussetzungen der Rechtsangleichungskompetenz | 10 |
| d) Prüfung der Voraussetzungen der Rechtsangleichungskompetenz..... | 13 |
| e) Verbot der Umgehung des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV..... | 23 |
| 3. Kompetenz nach Art. 308 EGV..... | 24 |
| 4. Regelungen zur Einschränkung der Kompetenzausübung | 25 |
| a) Subsidiaritätsprinzip | 25 |
| b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz | 28 |
| II. Exkurs: Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsgrundrechten..... | 36 |
| 1. Grundlagen der Prüfung | 36 |
| a) Entwicklung des Grundrechtsschutzes | 36 |
| b) Charta der Grundrechte | 37 |
| c) Aufbau der Grundrechtsprüfung..... | 38 |

| | |
|---|-----------------|
| 2. Prüfung der Grundrechte | 40 |
| a) Meinungsfreiheit..... | 40 |
| b) Berufsfreiheit..... | 45 |
| c) Eigentumsfreiheit..... | 49 |
| 3. Zwischenergebnis | 51 |
| III. Begründungspflicht nach Art. 253 EGV | 52 |
| 1. Anforderungen..... | 52 |
| 2. Konkrete Überprüfung..... | 52 |
| <u>C. Auswirkungen auf die EU-Werbepolitik</u> | Seite 55 |
| <u>D. Zusammenfassung und Ausblick</u> | Seite 58 |
| I. Zusammenfassung der Prüfungsergebnisse | 58 |
| II. Ausblick..... | 60 |

Literaturverzeichnis

Battis, Ulrich: Vereinheitlichung des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt, NuR 1989, S. 365-369.

Behrens, Peter: Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145-162.

Berg, Werner: Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, Baden-Baden 1997.

Bernsdorff, Norbert: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Niedersächsische Verwaltungsblätter 2001, S. 177-184.

Beyer, Thomas: Gemeinschaftsrecht und Umweltschutz nach Maastricht, JuS 1997, S. 294-298.

Bischof, Hans-Helmut: Europarecht für Anfänger, 2. Aufl., München 1996.

Breier, Siegfried: Die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage in der gemeinschaftlichen Umweltpolitik, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ÖZW) 1995, S. 65 ff.

Callies, Christian: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 25.2.1999/Verb. Rs. C-164/97 & C-165/97, ZUR 1999, S. 224-226.

ders.: Das „Tabakwerbe-Urteil“ des EuGH, Jura 2001, S. 311-318.

ders.: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, S. 261-268.

ders./ Ruffert, Matthias (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage, Neuwied 2006.

Determann, Lothar: Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, Baden-Baden 1999.

Di Fabio, Udo: Werbeverbote – Bewährungsprobe für europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, AfP 1998, S. 564-570.

Donner, Andreas: Tabakwerbung und Europa. Die Zulässigkeit und der Umfang von Maßnahmen der europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der kommerziellen Kommunikationen am Beispiel einer Richtlinie über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, Berlin 1999.

Dörr, Dieter / Zorn, Nicole: Die Entwicklung des Medienrechts, NJW 2001, S. 2837-2854.

Eberhartinger, Michael: Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, S. 43-52.

Eisberg, Jörg: Grundsatz der Abfallentsorgung im Inland. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaften und den Übereinkommen zum Schutz der Meeresumwelt, zugleich Universität Göttingen, Dissertation, 1990/1991, Frankfurt am Main 1991.

Epiney, Astrid: Gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutz und Verwirklichung des Binnenmarktes „Harmonisierung“ auch der Rechtsgrundlagen?, JZ 1992, S. 564-570.

Everling, Ulrich: Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, in: Jürgen F. Baur u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin, New York 1990, S. 1155-1173.

ders.: Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof, EuR 1991, S. 179-182.

Fischer, Oliver / Seidler, Marei: Tabakkonzerne wehren sich gegen Werbeverbot. Gesetzesvorschlag der EU- Kommission sorgt am Nichtraucherstag für dicke Luft, in: Financial Times Deutschland vom 1.6.2001, S. 11.

Gnan, Reinhold: Der Vertrag von Nizza, BayVBl. 2001, S. 449-459.

Görlitz, Niklas: Tabakwerbung und Europa: Im zweiten Anlauf endlich am Ziel?, ZUM 2002, S. 97-106.

ders.: EU-Binnenmarktkompetenzen und Tabakwerbeverbote, EuZW 2003, S. 485-490.

Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard (Hrsg.): Kommentar zur Europäischen Union, Band II, Stand München April 2003.

Grabitz, Eberhard / Zacker, Christian: Die neuen Umweltkompetenzen der EWG, NVwZ 1989, S. 297-303.

Grabitz, Eberhard / von Bogdandy, Armin: Vom Gemeinsamen Markt bis zum Binnenmarkt - Statik und Dynamik des Europäischen Marktes, JuS 1990, S. 170-175.

Günter, Johannes: Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union – Eine rechtsvergleichende Studie, Heidelberg 1998.

Hallier, Bernd: Beeinflusst Werbung die Höhe des Konsums?, Der Markenartikel 1985, S. 444 ff.

Hector, Pascal: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Jürgen Bröhmer (Hrsg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, Baden-Baden 2002, S. 180-204.

Heselhaus, Sebastian: Abgabenhoheit der Europäischen Gemeinschaft in der Umweltpolitik. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten und Grenzen einer Ertragshoheit der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 2001.

Hobe, Stephan: Europarecht, 4. Auflage, Oktober 2008.

Hummer, Waldemar: Der Status der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, Bonn 2002.

Jarass, Hans Dieter: Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121(1996), S. 173-185.

Kamann, Hans-Georg: Viel Rauch um nichts? – Gesundheitsschutz im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung gemäß Art. 95 EGV nach dem „Tabakwerbeurteil“ des EuGH, ZEuS 2001, S. 23-36.

ders./ Schroeder, Werner: Die gemeinschaftliche Kompetenzordnung und das EuGH-Verfahren gegen das EG-Tabakwerbeverbot, Europablätter 1999, S. 83-91.

Kaufmann, Sylvia-Yvonne (Hrsg.): Grundrechtecharta der Europäischen Union. Mitglieder und Beobachter des Konventsberichten, Bonn 2001.

Kevekordes, Daniel: Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, Bonn, München 1994.

Kirchhof, Ferdinand/Frick, Karl: Werbeverbot und Etikettierungszwang für Tabakwaren, AfP 1991, S. 677-683.

Kloepfer, Michael: Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, Berlin 1991.

Koenig, Christian/ Kühling, Jürgen: Der Streit um die neue Tabakprodukttrichtlinie, EWS 2002, S. 12-20.

Krämer, Ludwig: Einheitliche Europäische Akte und Umweltschutz. Überlegungen zu einigen Bestimmungen im Gemeinschaftsrecht, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik. Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Osnabrück vom 5. bis 7. Februar 1987, Köln, Bonn, Berlin, München 1988, S. 137 ff.

Kühling, Jürgen: Grundrechte, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge, Berlin u.a. 2003, S. 583-630.

Langeheine, Bernd: Rechtsangleichung unter Art. 100 a EWGV, Harmonisierung vs. Nationale Schutzinteressen, EuR 1988, S. 235-256.

Leisner, Walter: Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1991, S. 498-504.

Lenz, Carl Otto/ Borchardt Klaus-Dieter (Hrsg.): EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 4. Aufl., Köln 2006.

Lietzmann, Kurt: Die neuen Umweltbestimmungen im EWG-Vertrag, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht und Europäische Umweltpolitik. Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Osnabrück vom 5. bis 7. Februar 1987, Köln, Bonn, Berlin, München 1988, S. 163 ff.

Magiera, Siegfried: Die Rechtsakte der EG-Organe, Jura 1989, S. 595-606.

ders.: Die Bedeutung der Grundrechtecharta für die Europäische Verfassungsordnung, in: Dieter H. Scheuing (Hrsg.), Europäische Verfassungsordnung, Baden-Baden 2003, S. 117-132.

Meyer, Andreas: Produktspezifische Werberegungen in Deutschland und der Europäischen Union, Köln, Berlin, Bonn, München 1996.

ders.: Europäischer Binnenmarkt und produktspezifisches Werberecht, GRUR Int. 1996, S. 697-708.

Middeke, Andreas: Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, zugleich Universität Osnabrück, Dissertation, 1993, Köln (u.a.) 1994.

ders.: Kompetenznormkonflikt umweltrechtlicher Gemeinschaftsakte im Binnenmarkt, zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 17.3.1993 in der Rechtssache C-155/91, DVBl. 1993, S. 769 ff.

Montag, Frank: Umweltschutz, Freier Warenverkehr und Einheitliche Europäische Akte, RIW 1987, S. 935-942.

Müller, Wolfgang: Deutsches Wettbewerbsrecht und die europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte, WRP 1992, S. 20-26.

Müller-Graff, Peter-Christian: Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, S. 107-141.

Müller-Miches, Olaf: Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union. Das Eigentumsrecht in der Rechtsordnung der EU, in der EMRK und in den Verfassungen Deutschlands, Italiens und Irlands, zugleich Universität Bochum, Dissertation, 1996, Berlin 1996.

Nettesheim, Martin: Kompetenzkonflikte in der EG, EuR 1993, S. 243-248.

ders.: Kompetenzen, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge, Berlin u.a. 2003.

Oppermann, Thomas: Europarecht, 4. Auflage, München 2009.

ders.: EU-Tabakwerbeverbot am Europäischen Gerichtshof vorbei?, ZUM 2001, S. 950-952.

Palme, Christoph E.: Das Unternehmen im Zugriff europäischer und nationaler Umweltgesetzgebung, EWS 1991, S. 377-381.

Paulus, Joachim: Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit – Inhalt und Schranken von Art. 5 Abs. 1 S.1 Grundgesetz, WRP 1990, S. 22-25.

Perau, Guido: Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1997.

Pernice, Ingolf: Kompetenzordnung und Handlungsbefugnisse der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umwelt- und Technikrechts, DV 1989, S. 1-54.

ders.: Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht –
Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, S. 201-211.

Philippi, Nina: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Entstehung, Inhalt und
Konsequenzen für den Grundrechtsschutz in Europa, zugleich Universität Saarbrücken,
Magisterarbeit 2001/2002, Baden-Baden 2002.

Picker, Rolf: Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kurz-Kommentar, Starnberg
2001.

Pieper, Stefan Ulrich: Subsidiarität. Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschafts-
kompetenzen, zugleich Universität Münster, Dissertation, 1992, Köln (u.a.) 1993.

Quasdorf, Peter: Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, Frankfurt am Main
u.a. 2001.

ders.: Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München 1992.

Ress, Georg: Die Europäische Grundrechtscharta und das Verhältnis zwischen EGMR,
EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten, in: Alfred Duschanek/Stefan Griller (Hrsg.),
Grundrechte für Europa. Die Europäische Union nach Nizza, Wien u.a. 2002, S. 183-207.

Scheuing, Dieter H.: Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte,
EuR 1989, S. 152-192.

Schmidhuber, Peter M./ Hitzler, Gerhard: Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip, EuZW
1993, S. 8-10.

Schmitz, Thomas: Die EU-Grundrechtscharta aus grundrechtsdogmatischer und
grundrechtstheoretischer Sicht, JZ 2001, S. 833-843.

Schneider, Hans-Peter: Tollhaus Europa, NJW 1998, S. 576-578.

ders.: Viel Rauch um Nichts? Verfall der Rechtskultur: Kommission, Parlament und Rat halten den Europäischen Gerichtshof zum Narren, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.7.2001, S. 8.

Schroeder, Werner: Vom Brüsseler Kampf gegen den Tabakrauch – 2.Teil, EuZW 2001, S. 489-495.

Schwartz, Ivo E.: EG-Kompetenz für das Verbot der Tabakwerbung?, AfP 1998, S. 553-564.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008.

ders.: Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtscharta, EuZW 2001, S. 517-524.

ders.: Grenzen der Harmonisierungskompetenz der EG im Presserecht, ZUM 2002, S. 89-97.

Schweitzer, Michael / Schroeder, Werner/ Bock, Yves: EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, Heidelberg 2002.

Schweizer, Robert: Lässt sich ein Tabakwerbeverbot im Hinblick auf die Pressefreiheit rechtfertigen? AfP 1998, S. 571-573.

Selmayr, Martin / Kamann, Hans- Georg / Ahlers, Sabine: Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, S. 49-56.

Simma, Bruno/ Weiler, J.H.H./ Zöckler, Markus: Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, Berlin 1999.

Stein, Torsten: Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (EF 20-18), Bonn 1992.

ders.: Subsidiarität als Rechtsstaatsprinzip?, in: Detlef Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Auflage, Berlin 1994, S. 23 ff.

Steindorff, Ernst: Grenzen der EG-Kompetenzen, Heidelberg 1990.

Stiess, Katia / Hellert, Joos: Kein Ende der Tabakwerbung, ZUM 2000, S. 1038-1046.

Stock, Martin: Medienfreiheit in der EU-Grundrechtscharta. Art. 10 EMRK ergänzen und modernisieren!, Frankfurt am Main 2000.

Streinz, Rudolf: Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008.

ders. (Hrsg.): EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.

Strutz, Beate: EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand, zugleich Universität Osnabrück, Dissertation, 2004.

Tappert, Willi: Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DRiZ 2000, S. 204-207.

Tettinger, Peter J.: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, S. 1010-1015.

Ullrich, Meike: Die Wahl der Rechtsgrundlage als Rechtsproblem des Gemeinschaftsrechts, ZEuS 2000, S. 243-272.

von Bogdandy, Armin/ Bast, Jürgen: Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union und verfassungspolitische Reformperspektiven, EuGRZ 2001, S. 441-458.

von Borries, Reimer: Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, S. 263-300.

von der Groeben, Hans/ Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.

dies.: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.

Wägenbauer, Rolf: Werbeverbot für Tabakerzeugnisse: Betrachtungen eines Nichtrauchers, EuZW 1998, S. 33.

ders.: Das gemeinschaftsweite Verbot der Tabakwerbung, EuZW 1999, S. 144-149.

ders.: Verbot der Tabakwerbung: Fortsetzung der Saga, EuZW 2001, S. 450.

Weber, Albrecht: Die Zukunft der Grundrechtscharta, in: Stefan Griller/Waldemar Hummer (Hrsg.), Die EU nach Nizza. Ergebnisse und Perspektiven, Wien 2002.

Wolff, Dietmar: Verbraucherschutz und Binnenmarkt – Die Pressefreiheit in der EU gerät zwischen die Fronten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2001, S. 18.

Wunderlich, Christian: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Eigentumsgarantie und ihre Auswirkungen auf die Staatshaftung für legislatives Unrecht, zugleich Universität Köln, Dissertation, 1993, Frankfurt am Main u.a. 1994.

Zapka, Klaus: Grund- und europarechtliche Bewertung der Werbung, RIW 1990, S. 132-138.

A. Einführung

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

An kaum einem Produkt scheiden sich die Geister so sehr wie an der Nicotiana – der Tabakpflanze. Sie sorgt wie kein anderes Genussmittel für einen erbitterten Kampf zwischen Politik, Wirtschaft und Verbrauchern. Zum einen sind die Hersteller zu nennen, die für ihre legal hergestellten Tabakerzeugnisse alle durch den EG-Vertrag gewährten Garantien in Anspruch nehmen dürfen, zum anderen die Verbraucher, die sich qualitativ gute und vielfältige Waren zu möglichst niedrigen Preisen wünschen, sowie zu guter Letzt die in sich gespaltenen Mitgliedstaaten. Diese haben einerseits durch sukzessive Steuererhöhungen dafür gesorgt, dass der Verkauf von Tabakwaren zu einer konstant kräftigen Einnahmequelle aufsteigt, andererseits sind sie bestrebt, die öffentliche Gesundheit zu schützen.

Seit der Europäische Rat 1986 sein Programm „Europa gegen Krebs“ startete, wurde eine Vielzahl von Richtlinien erlassen, die darauf abzielen, den Tabakkonsum durch Werbebeschränkungen in der Gemeinschaft zu verringern. So erließ die Gemeinschaft Harmonisierungsrichtlinien über Etikettierung¹ und Inhalt bestimmter Tabakerzeugnisse². Im Bereich der Werbung zugunsten von Tabakerzeugnissen erfolgte eine erste Einschränkung durch das Verbot von Zigarettenwerbung im Fernsehen, später ausgeweitet auf das Teleshopping³. Durch die Richtlinie 98/43/EG⁴ hatte der Gemeinschaftsgesetzgeber nahezu alle verbleibenden direkten und indirekten Werbemöglichkeiten für Tabakerzeugnisse verboten. Mit der spektakulären, auf Nichtigkeitsklage Deutschlands erfolgten

¹ Richtlinie 89/622/EWG des Rates v. 13. 11. 1989 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen, ABIEG Nr. L 359 v. 8. 12. 1989, S. 1, geändert durch die Richtlinie 92/41/EWG des Rates v. 15. 5. 1992, ABIEG Nr. L 158 v. 11. 6. 1992, S. 30; im Folgenden: Etikettierungsrichtlinie.

² Richtlinie 90/239/EWG des Rates v. 17. 5. 1990 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten, ABIEG Nr. L 137 v. 30. 5. 1990, S. 36.

³ Richtlinie 89/552/EWG des Rates v. 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABIEG Nr. L 298 v. 17.10.1989, S. 23, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG, ABIEG Nr. L 202 v. 30.6.1997, S. 60; im Folgenden Fernsehrichtlinie.

⁴ Richtlinie 98/43/EG v. 6. 7. 1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen, ABIEG Nr. L 213 v. 30. 7. 1998, S. 9; im Folgenden Tabakwerberichtlinie I.

Annullierung dieser Richtlinie durch den EuGH⁵ im Jahr 2000 wegen Überschreitung der in Anspruch genommenen Kompetenz aus Art. 95 EGV war ein Höhepunkt der mit Schärfe geführten Auseinandersetzungen erreicht, allerdings kein Abschluss gefunden. Bereits im Mai 2001 hatte die Kommission einen modifizierten Vorschlag vorgelegt, der den Einwänden des Gerichtshofs Rechnung tragen sollte.

Im Jahr 2003 wurde die Verbotregelung schließlich erneut – nun gegen die Stimmen Deutschlands und Großbritanniens – als Richtlinie 2003/33/EG⁶ erlassen, gegen die auch diesmal eine Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik anhängig gemacht wurde. Am 12. Dezember 2006 wies der EuGH die Klage Deutschlands in allen Punkten zurück.⁷ Bereits vor Urteilsverkündung hatte Deutschland angekündigt, die Richtlinie umzusetzen.

Der wichtigste Unterschied zur alten Tabakwerberichtlinie I besteht darin, dass anstelle eines fast vollständigen Verbots der Tabakwerbung nunmehr die verbotenen Werbemittel aufgezählt werden. Die Summe dieser Einzelverbote ergibt nichtsdestotrotz einen ganz erheblichen Verbotsbereich. Nach Art. 1 a) - d) in Verbindung mit Art. 3 - 5 der Richtlinie sind folgende Werbemittel verboten: Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen, Hörfunk, Dienste der Informationsgesellschaft, Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakunternehmen und Sponsoring in Verbindung mit Tabakerzeugnissen einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen. Kino- und Plakatwerbung sowie das Sponsoring nationaler Veranstaltungen wurden vom Verbotsbereich ausgenommen, ebenso wie die Werbung im Fernsehen, für welche bereits gemeinschaftsrechtliche Vorschriften existieren.

Das Ziel der Tabakwerberichtlinie II ist wie bei ihrem Vorgänger die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung für Tabakerzeugnisse und deren Verkaufsförderung (Sponsoring). Es könnte aufgrund der Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften zu verstärkten Hemmnissen für den freien Verkehr der Waren oder Dienstleistungen führen, die

⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (Tabakwerbung).

⁶ Richtlinie 2003/33/EG des Rates v. 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen, ABIEU Nr. L 152 v. 20. 6. 2003, S. 16ff.; im Folgenden Tabakwerberichtlinie II.

⁷ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (Tabakwerbung II).

der Werbung und dem Sponsoring dienen. Es sei bei der Werbung in der Presse bereits zu einigen Hemmnisse gekommen. Beim Sponsoring könnten Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen zunehmen, zumal sie bereits bei einigen größeren Kultur- und Sportveranstaltungen erkennbar geworden seien.

Zur Vervollständigung und zur Verhütung der Umgehung der Richtlinie sei ferner eine ergänzende Vorschrift über ein Verbot der Werbung in Diensten der Informationsgesellschaft, im Rundfunk sowie ein Verbot der Gratisverteilung erforderlich.

Angestrebtes Ziel sei zudem ein hohes Gesundheitsniveau. Durch die Angleichung solle die öffentliche Gesundheit geschützt werden, da der Tabakkonsum in der Gemeinschaft jährlich über eine halbe Millionen Todesfälle verursache.

II. Gegenstand der Untersuchung

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

Daher soll der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung eine rechtliche Prüfung dieser neuen Richtlinie sein. Im Mittelpunkt werden dabei kompetenzrechtliche Fragestellungen stehen. Zudem wird die Richtlinie auch an den Kompetenzausübungsregelungen, dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen. Daneben stellen sich auch Probleme der Grundrechtskonformität und der Begründungspflicht der Richtlinie.

Des Weiteren wird auf die Bedeutung der Richtlinie und des Urteils in Hinblick auf weitere Werbeverbote für andere Produkte (insbesondere Alkohol) eingegangen.

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

B. Rechtliche Betrachtung der Richtlinie 2003/33/EG

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

I. Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft

1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Eine Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass einer Richtlinie besteht nur, wenn der EG-Vertrag eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage enthält. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat keine allgemeine gesetzgeberische Allzuständigkeit⁸, sondern darf gemäß dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EGV nur innerhalb der Grenzen der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig werden. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist eine Grundregel sowohl für das vertikale Kompetenzverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten als auch für das horizontale Verhältnis zwischen den jeweiligen Organen.

In welchen Sachbereichen oder zu welchen Zielen welche Organe in welcher Form nach welchem Verfahren Recht setzen, ist jeweils in den einzelnen Kompetenznormen näher ausgeführt.

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

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

Art. 95 Abs. 1 S. 2 EGV ermöglicht die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Der Binnenmarkt ist laut Art. 14 Abs. 2 EGV ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet wird. Von der Tabakwerberichtlinie II könnten sowohl die Dienstleistungsfreiheit als auch die Warenverkehrsfreiheit betroffen sein. Für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit existiert im Vergleich zu Art. 95 EGV die spezielle Vorschrift des Art. 47 Abs. 2

⁸ BVerfGE 89, 155, 192 (Maastricht).

i.V.m Art. 55 EGV⁹, der die Koordinierung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit zum Zwecke der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten ermöglicht. Art. 95 EGV kommt für rechtsangleichende Maßnahmen im Bereich des freien Warenverkehrs in Betracht.

Die Rechtsangleichungskompetenzen sind abzugrenzen von anderen Kompetenzen.

a) Abgrenzung zu Art. 94 EGV

Zunächst ist eine Abgrenzung zu Art. 94 EGV notwendig. Art. 94 EGV stellt auf die Errichtung und das Funktionieren des gemeinsamen Markts (Art. 2, 3 lit h EGV) ab, Art. 95 EGV gilt für die Verwirklichung der Ziele des Binnenmarktes (Art. 14 EGV). Allerdings könnten beide Begriffe denselben Sachverhalt beschreiben. Dafür spricht der Wortlaut des Art. 15 EGV, der beide Begriffe synonym verwendet. Ferner lässt sich für die Übereinstimmung beider Begriffe auch noch Art. 3 lit. h EGV anführen, der im Wesentlichen mit Art. 95 EGV übereinstimmt¹⁰. Die Begriffe des Gemeinsamen Marktes in Art. 94 EGV und des Binnenmarkts in Art. 95 EGV sind als identisch anzusehen und haben denselben Anwendungsbereich. Allerdings ist Art. 95 EGV aufgrund der eindeutigen Aussage „abweichend von Art. 94 EGV“ die speziellere Norm¹¹.

b) Abgrenzung zum Gesundheitsschutz

Bei einem Verbot der Tabakwerbung und des Sponsorings könnte sich zudem die Kompetenz für die Gemeinschaft aus gesundheitspolitischen Gründen ergeben.

(1) Kompetenz auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes

(aa) Art. 3 lit. p EGV

Art. 3 lit. p EGV handelt vom Schutz der Gesundheit. Er verpflichtet die Gemeinschaft, einen Beitrag für ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu leisten. Der Artikel stellt eine Konkretisierung der in Art. 2 EGV genannten allgemeinen Aufgaben dar und ist eine Zielvorgabe für die Gemeinschaft. Er normiert somit eine Aufgabe, deren Erfüllung „nach Maßgabe des Vertrages“ von einer

⁹ Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rn. 5.

¹⁰ Middeke, DVBl. 1993, 769, 773; ders., Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, S. 235.

¹¹ Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rn. 56; Ullrich, ZEuS 2000, 243, 249.

konkreten Kompetenzzuweisung abhängt. Art. 3 lit. p EGV kommt folglich nicht als Kompetenzgrundlage in Betracht.

(bb) Art. 95 Abs. 3 EGV

Art. 95 Abs. 3 EGV gibt der Gemeinschaft keine eigenständige oder zusätzliche Kompetenz¹², sie verpflichtet lediglich die Gemeinschaft, bei den Harmonisierungsmaßnahmen unter anderem im Bereich der Gesundheit von einem hohen Schutzniveau auszugehen.

(cc) Art. 152 EGV

Art. 152. Abs. 4 EGV ermächtigt ausdrücklich zum Erlass spezifischer Maßnahmen im Bereich des Gesundheitswesens. Einerseits kann die EG bei der Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organtransplantationen und Blutkonserven sowie in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz rechtsangleichende Maßnahmen treffen. Andererseits darf sie bei der Verbesserung der menschlichen Gesundheit Maßnahmen ergreifen, die sich allerdings allgemein auf Förderungen und Empfehlungen begrenzen, so dass vor allem jede Form der Harmonisierung verboten ist. Somit verfügt die Gemeinschaft im Bereich des Gesundheitswesens lediglich in Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV über eine Handlungskompetenz, die zudem nur auf Förderungsmaßnahmen begrenzt ist und somit jegliche Harmonisierung mitgliedstaatlicher Vorschriften ausschließt.

(2) Abgrenzung zu Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV

Die Richtlinie kann aufgrund des in Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV niedergeschriebenen Harmonisierungsverbots entweder auf die Artikel 95, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV oder auf gar keine Kompetenz gestützt werden. Es handelt es hierbei um einen vertikalen Kompetenzkonflikt und somit um eine Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten.

(aa) Wahl zwischen verschiedenen Kompetenzgrundlagen

Die bisher in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen handeln meist von Kompetenzstreitigkeiten auf horizontaler Ebene, deren Inhalte auf

¹² Stein, Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, S. 6; Kirchhof/Frick, AfP 1991, 676, 677.

vertikale Streitigkeiten übertragen werden könnten. Bei den Streitigkeiten geht es darum, auf welche Rechtsgrundlage die Maßnahme zu stützen ist, wodurch sich Konsequenzen für das zu befolgende Entscheidungsverfahren ergeben¹³.

(i) EuGH

(I) Titandioxid-Urteil

Im Titandioxid-Urteil¹⁴ hat der EuGH die gleichzeitige Anwendung zweier Vorschriften wegen deren unterschiedlichen Folgen für die Beteiligung des Europäischen Parlaments abgelehnt. Er ist zu einer Spezialität von Art. 95 EGV gegenüber Art. 175 EGV (in diesem Fall noch Art. 100a EWGV und Art. 130s EWGV) gekommen, sofern dessen Anwendungsbereich eröffnet ist. Im Ergebnis stellt der Gerichtshof einen klaren Vorrang der Binnenmarktkompetenz fest, so dass dieser faktisch eine *lex specialis* Wirkung zukommt¹⁵.

(II) Beurteilung des Titandioxids-Urteils

Diese Entscheidung hat in der Literatur zu Recht zu starker Kritik geführt¹⁶. Durch die Vorrangstellung des Art. 95 EGV wird der Anwendungsbereich des Art. 175 EGV weitgehend obsolet¹⁷. Dies ist mit dem Prinzip der Einheit des Vertrages nicht vereinbar, wonach die Wahl einer Norm nicht dazu führen darf, den rechtlichen Gehalt einer anderen Norm zu eliminieren¹⁸. Zudem muss beachtet werden, dass nach der Neufassung des EGV nun sowohl nach Art. 95 EGV als auch nach Art. 175 EGV dasselbe Verfahren vorgesehen ist. Somit dürfte das Urteil des EuGH heute nur noch bedingt aussagekräftig sein.

(II) Schwerpunkttheorie

Der EuGH hat auf diese Kritik reagiert. In den Fällen der „Abfalländerungsrichtlinie“¹⁹ und „Abfallverbringungsverordnung“²⁰ hat er

¹³ Breier, ÖZW 1995, 65.

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

¹⁵ Ullrich, ZEuS 2000, 243, 261.

¹⁶ Beyer, JuS 1997, 294, 297; Nettesheim, EuR 1993, 243, 250; Breier, ÖZW 1995, 65, 67; Epiney, JZ 1992, 564 ff; Schröder, EuR 1991, 356 ff.

¹⁷ Everling, EuR 1991, 179, 181; Nettesheim, EuR 1993, 243, 256.

¹⁸ Nettesheim, EuR 1993, 243, 256.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 17.3.1993, Rs. C-155/91, Slg. 1993, I-939, Rn. 19f. (Abfalländerungsrichtlinie).

²⁰ EuGH, Urt. v. 28.6.1994, Rs. C-187/93, Slg. 1994, I-2857, Rn. 25 (Abfallverbringungsverordnung).

klargestellt, dass es für die Wahl der Rechtsgrundlage auf den Schwerpunkt („centre de gravité“) des Rechtsakts ankommt.

Dabei ist zu prüfen, ob das Hauptziel bzw. die wesentliche Wirkung des Rechtsakts sowie seiner einzelnen Bestimmungen auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts abzielen, so dass der Rechtsakt ausschließlich auf die Binnenmarktkompetenz zu stützen ist. Bewirkt der erlassene Rechtsakt allerdings nur nebenbei eine Harmonisierung innerhalb der Gemeinschaft, ist er also gegenüber dem Hauptzweck lediglich ein Nebenzweck, ist die Binnenmarktzuständigkeit nicht die geeignete Rechtsgrundlage²¹. Der Rechtsprechung des EuGH lassen sich unterschiedliche Kriterien entnehmen, mit denen der Schwerpunkt auf objektive, gerichtlich nachprüfbar Weise bestimmt werden kann. Dabei ist festzustellen, ob Erwägungsgründe oder Bestimmungen im Gesetzgebungsverfahren ausgetauscht wurden, um die Wahl der Rechtsgrundlage zu beeinflussen, sowie von welchen Gremien der Rechtsakt verabschiedet wurde²².

(ii) Literatur

Nach dem Großteil der Literatur müsse anhand objektiver Kriterien abgegrenzt werden. Zum Teil wird dabei auf die objektive Sachnähe²³, einmal auf den Schwerpunkt²⁴ und wieder ein anderes Mal auf die Intensität²⁵ oder die Wirkung²⁶ der Regelung abgestellt.

Teilweise wird eine subjektive Theorie²⁷ vertreten. Demnach soll die Ermächtigungsgrundlage vom jeweils mit dem Rechtsakt verfolgten Handlungsziel abhängen. Diese Ansicht wird allerdings überwiegend abgelehnt. Eine klare Abgrenzung sei durch ein Abstellen allein auf das mit einer

²¹ EuGH, Urt. v. 26.3.1996, Rs. C-271/94, Slg. 1996, I-1689, Rn. 32 (Edicom).

²² EuGH, Urt. v. 23.2.1999, Rs. C-42/97, Slg. 1999, I-869, Rn. 44 (Förderung der sprachlichen Vielfalt).

²³ Battis, NuR 1989, 365, 366; Grabitz/Zacker, NVwZ 1989, 297, 301; Krämer, in: Rengeling, Europäisches Umweltrecht und Europäische Umweltpolitik, S. 137, 158.

²⁴ Callies, ZUR 1999, 224, 225; Lietzmann, in: Rengeling, Europäisches Umweltrecht und Europäische Umweltpolitik, S. 163, 178.

²⁵ Schröder, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltschutzes, S. 116, 117.

²⁶ Epiney, JZ 1992, 564, 567; dies./Möllers, Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz, S. 15 f.; Scheuing, EuR 1989, 152, 162; Eisberg, Der Grundsatz der Abfallentsorgung im Inland, S. 152.

²⁷ Montag, RIW 1987, 935, 941; Hochleitner, Die Kompetenzen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiet des Umweltschutzes, S. 172.

Gemeinschaftsmaßnahme verfolgte Ziel nicht möglich.²⁸ Weiterhin bestehe die Gefahr, dass sich Handlungsziel und Regelungsinhalt einerseits nicht decken und andererseits bestimmte hierfür vorgesehene Rechtsetzungsverfahren umgangen würden²⁹.

(bb) Übertragung auf die vorliegende Abgrenzung

Eventuell ist eine Übertragung der für die horizontale Ebene entwickelten Abgrenzungsmethoden auf einen vertikalen Kompetenzkonflikt in Form des Verhältnisses von Art. 95 EGV, Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV zu Art. 152 Abs. 4 lit.c EGV möglich. Der EuGH hat sich nicht explizit zur Bedeutung des Schwerpunkt Kriteriums in seinem Urteil zur Tabakwerberichtlinie II geäußert, sondern nur erklärt, dass die Voraussetzungen für die Heranziehung von Art. 95 EG erfüllt wären³⁰ und aus Art. 152 IV lit. C EGV nicht folge, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen nicht Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürften³¹. Damit hat der EuGH gleichzeitig implizit die Anwendung der Schwerpunkttheorie auf den vorliegenden Fall und somit auf vertikale Kompetenzstreitigkeiten abgelehnt. Dies wird von einem Großteil der Literatur ebenso gesehen³². Eine Anwendung auf einen vertikalen Kompetenzkonflikt ist nur dann zweckmäßig, wenn es ein Problem bei der Ermittlung der richtigen aus einer Anzahl der in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen für eine Maßnahme gibt.

Somit bestehen bei vertikalen Kompetenzkonflikten lediglich Exklusivitätsverhältnisse und keine Konkurrenzverhältnisse³³. Folglich kommt es darauf an, ob eine Kompetenzgrundlage existiert und ob deren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind³⁴. Auf den vorliegenden Fall übertragen, müsste die Tabakwerberichtlinie II ihrem Inhalt nach von der Kompetenz zur

²⁸ Pernice, DV 1989, S. 1, 31; Krämer, Einheitliche Europäische Akte und Umweltschutz, S. 158.

²⁹ Middeke, DVBl. 1993, 769, 775.

³⁰ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 96 (Tabakwerbung II).

³¹ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 95 (Tabakwerbung II).

³² Wägenbaur, EuZW 1999, 144, 145.

³³ Berg, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, S. 491; Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rn. 58.

³⁴ Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rn. 58; Schweitzer/Schroeder/Bock, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, S. 29, 30f.; Schwarze, ZUM 2002, 89, 92; a.A. Nettesheim, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 415, 473.

Verwirklichung des Binnenmarkts umfasst werden, wobei sie sich auch auf den Gesundheitsschutz auswirken darf.

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

Allerdings darf der in Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV niedergelegte ausdrückliche Ausschluss der Harmonisierung auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes nicht umgangen werden. Eine Umgehung ist gegeben, wenn bewusst eine Kompetenznorm gewählt wird, bei der man weiß, dass die eigentlich richtige Norm der Gemeinschaft keine Kompetenz gibt. Im vorliegenden Fall dürfte es sich bei der Richtlinie also nicht um eine Binnenmarktmaßnahme handeln. Sollte das Ziel des Verbots tatsächlich nicht in der Verbesserung des Binnenmarkts liegen, sondern dem Schutz der Gesundheit dienen, würde eine Umgehung vorliegen.

Somit ist zu prüfen, ob die Richtlinie von ihrem Inhalt nach von der Kompetenz umfasst wird.

c) Voraussetzungen der Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 95, Art. 47 i.V.m. Art 55 EGV

(1) Zunächst müssten unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften vorherrschen. Unter Rechtsvorschriften sind vor allem Gesetze im formellen wie auch im materiellen Sinne, aber auch Organisationsnormen autonomer Träger öffentlicher Gewalt zu verstehen³⁵. Zudem zählen hierzu das Gewohnheitsrecht und ungeschriebene Rechtssätze, die sich aus bindenden Präzedenzfällen der mitgliedstaatlichen Rechtsprechungsorgane ergeben³⁶. Unter den Verwaltungsvorschriften versteht man alle Anweisungen an nationale Verwaltungsbehörden³⁷. Unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften sind gegeben³⁸.

(2) Weiterhin müssten diese die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarkts behindern, das heißt, die Richtlinie muss zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs, die tatsächlich bestehen oder wahrscheinlich entstehen können, beitragen und/oder zur

³⁵ Langeheine, in: Grabitz/Hilf, Art. 100 EGV Rn. 16; Hernfeld, in: Schwarze, Art. 95 EGV Rn. 10.

³⁶ Langeheine, in: Grabitz/Hilf, Art. 100 EGV Rn. 16.

³⁷ Langeheine, in: Grabitz/Hilf, Art. 100 EGV Rn. 16f.

³⁸ Wolff, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2001, S. 18.

Beseitigung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen³⁹. Für den Begriff „Binnenmarkt“ wird häufig auch die Bezeichnung „gemeinsamer Markt“ verwendet. Die Unterschiede zwischen den Ausdrücken sind hier marginal, so dass im Folgenden beide Begriffe für den gleichen Sachverhalt verwendet werden.⁴⁰

(aa) Grundfreiheiten

Gemäß Art. 14 Abs. 2 EGV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet wird. Somit kommt der Gewährleistung der Grundfreiheiten eine zentrale Bedeutung bei der Verwirklichung des Binnenmarkts zu, so dass Regelungen des Binnenmarktes nicht in die Grundfreiheiten eingreifen dürfen. Dies hat auch der EuGH in seinem Urteil zur Tabakwerberichtlinie II bekräftigt⁴¹. Bei der Prüfung des Vorliegens von Hemmnissen sind für die Grundfreiheiten nicht hohe Anforderungen zu stellen, vielmehr ist auch eine Wahrscheinlichkeit von künftigen Hemmnissen ausreichend⁴².

(bb) Wettbewerbsverzerrungen

Neben der Gewährleistung von Grundfreiheiten umfasst der Begriff des Binnenmarkts zudem die Schaffung eines Schutzsystems vor Wettbewerbsverfälschungen⁴³. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut „in dem der freie Verkehr ... gemäß den Bestimmungen des Vertrages gewährleistet ist“, durch den die Zielbestimmungen und Tätigkeitsbeschreibungen des Art. 2 und 3 g EGV miteinbezogen werden, folglich also auch ein Schutzsystem gegen Wettbewerbsverfälschungen⁴⁴. Dabei muss zwischen standort- und produktbezogenen Wettbewerbsverfälschungen differenziert werden.

³⁹ Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 156; Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 17; Middeke, DVBl. 1993, 769, 773; Kamann, ZEuS 2001, 23, 36.

⁴⁰ Bleckmann, Europarecht, Rn. 2128.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 70 (Tabakwerbung II).

⁴² EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 86 (Tabakwerbung I); EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 38 (Tabakwerbung II); Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rn.32.

⁴³ EuGH, Urt. v. 10.12.2002, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rn. 60 (British American Tobacco); von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 14 EGV Rn. 8; Berg, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, S. 488; Leible, in: Streinz, Art. 95 EGV Rn. 18.

⁴⁴ Müller-Graff, EuR 1989, 107, 124, Tietje, in: Grabitz/Hilf, Art. 95 EGV Rn. 13.

Während sich produktbezogene Wettbewerbsverfälschungen auf den grenzüberschreitenden Verkehr auswirken⁴⁵, entstehen standortbedingte aus rechtlich benachteiligten Produktionsbedingungen in einem Mitgliedstaat gegenüber einem anderen⁴⁶. Bei produktbezogenen Unterschieden könnte aufgrund der Beeinträchtigung des Handels über die Grenzen hinweg eine Kompetenz der Gemeinschaft entstehen. Eine Kompetenz besitzt die Gemeinschaft auch bei Standortunterschieden⁴⁷, da Art. 95 Abs. 2 EGV ansonsten überflüssig wäre, wenn Art. 95 EGV lediglich Hindernisse für die Grundfreiheiten und Wettbewerbsverfälschungen erfasse, die sich nachteilig auf den freien Verkehr auswirken⁴⁸.

Weiterhin muss die Wettbewerbsverzerrung spürbar sein, da ansonsten der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz praktisch keine Grenzen gezogen wären, was zu einer Aushöhlung der Kompetenz führen würde.⁴⁹ Dies betont der EuGH mit seiner Verweisung auf das Titandioxid-Urteil, bei dem er spürbare (standortbedingte) Wettbewerbsverfälschungen als von der Binnenmarktkompetenz umfasst angesehen hatte⁵⁰.

(cc) Dienstleistungsfreiheit nach Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 EGV

Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 EGV sind alle Leistungen, die gegen Entgelt selbständig erbracht werden⁵¹. Eine Koordinierung muss der Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeit im zwischenstaatlichen Dienstleistungsverkehr dienen. Die Dienstleistungsfreiheit umfasst die Freiheit des unternehmerischen Zutritts zu den Dienstleistungsmärkten durch den Dienstleistungsunternehmer und die Freiheit des Abnehmers, Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen⁵².

Der Binnenmarktbeginn umfasst auch bei der Dienstleistungsfreiheit die Beseitigung von Behinderungen zugunsten von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten und die Verhinderungen von spürbaren Wettbewerbs-

⁴⁵ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 Rn. 18.

⁴⁶ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 Rn. 19.

⁴⁷ Götz, JZ 2001, 34, 35; Callies, Jura 2001, 311, 315.

⁴⁸ Pipkorn/Bardenheweyer-Rating/Taschner, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 95 Rn. 19.

⁴⁹ Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 60; Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rn. 10c.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, Slg. 1991, I-2867, Rn. 23 (Titandioxid).

⁵¹ Hobe, Europarecht, Rn. 311.

⁵² Meyer, GRUR Int. 1996, 697, 706; Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 166.

verzerrungen⁵³. Bei der Prüfung sind nicht extrem hohe Anforderungen zu stellen, auch eine Wahrscheinlichkeit von künftigen Hemmnissen ist ausreichend⁵⁴. Von den Vorschriften sind auch solche Bestimmungen erfasst, die zwar nichts zur Beseitigung beitragen, jedoch erforderlich sind, um eine Umgehung diesem Ziel dienender Bestimmungen zu verhindern⁵⁵.

d) Prüfung der Voraussetzungen der Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 95, Art. 47 i.V.m. Art 55 EGV

Bei der Prüfung ist von den Erklärungen in den Erwägungsgründen und dem restlichen Gesetzesmaterial auszugehen, sowie ergänzend auf eigene Erwägungen⁵⁶. Die Richtlinie verbietet jegliche Tabakwerbung in (1) Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, (2) Diensten der Informationsgesellschaft und (3) Rundfunk sowie (4) das Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakunternehmen und (5) Sponsoring in Verbindung mit Tabakerzeugnissen, einschließlich der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen. Der besseren Übersichtlichkeit wegen werden die einzelnen Verbotstatbestände gesondert untersucht.

(1) Presse und andere gedruckte Veröffentlichungen

(aa) Hemmnisse des freien Verkehrs und/oder spürbare (produktbezogene) Wettbewerbsverzerrungen

Um den freien Verkehr der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen sicherzustellen, sollen nach Art. 1 der Richtlinie die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in den betreffenden Medien angeglichen werden. Die Begründungen dafür sind nicht sehr ergiebig. Im ersten Erwägungsgrund wird auf die unterschiedlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten verwiesen, die zu verstärkten Handelshemmnissen bei Werbung und Sponsoring führen könnten und bei der Presse bereits Hemmnisse aufgetreten seien. Des Weiteren bestehe nach dem vierten Erwägungsgrund bei Presseerzeugnissen eine beträchtliche Gefahr für Hemmnisse des freien Verkehrs dieser Waren im Binnenmarkt.

⁵³ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 106f. (Tabakwerbung); Amtenbrink, VuR 2001, 163, 173.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 86, 87 (Tabakwerbung).

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 100 (Tabakwerbung).

⁵⁶ Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 17.

Zwar hatte es der EuGH für wahrscheinlich gehalten, dass zukünftig aufgrund von stärkeren nationalen Beschränkungen für Tabakwerbung in der Presse Hindernisse für den freien Verkehr mit Presseerzeugnissen entstehen könnten⁵⁷. Dies bedeutet aber keineswegs einen Freibrief zum Erlass dieser Richtlinie. Vielmehr müssen tatsächlich Einfuhrhemmnisse bestehen oder drohen und diese müssen auch explizit belegt werden.

Grundsätzlich richten sich Presseerzeugnisse an das jeweilige Herkunftsland. Für ausländische Leser sind sie meist aufgrund von sprachlichen und kulturellen Barrieren uninteressant. Deshalb wird nur ein sehr geringer Teil im Ausland vertrieben, der deutlich unter 5 % liegt.⁵⁸ So verkauften 1998 die fünf Zeitschriften mit den größten Umsätzen mit Tabakwerbung (FOCUS, SPIEGEL, TV Spielfilm, TV Movie und STERN) pro EU-Land nur zwischen 0,3 und 0,4 % der Gesamtauflage.⁵⁹ Bei Zeitungen ist der Anteil noch geringer⁶⁰. Die meisten Zeitungen werden im Ausland von deutschen Touristen und deutschen Geschäftsleuten gekauft. Selbst bei einer Programmzeitschrift werden 80% der Auslandsexemplare von den eben Genannten gekauft. Der Rest geht an Botschaften, Konsulate, an einige im Ausland lebende Deutsche und an einige Redaktionen.⁶¹

Dies hat der EuGH in dem Urteil verkannt. Er ist, wie der Generalanwalt zuvor, allen Behauptungen der Kommission und des Gemeinschaftsgesetzgebers blind gefolgt, ohne sich näher mit den tatsächlichen Fakten zu beschäftigen. So heißt es in Randnummer 54 des Urteils, der Anteil der grenzüberschreitenden Presseerzeugnisse könne „nach unwidersprochenen Erklärungen ... (der Beklagten) ... sogar mehr als die Hälfte der im Verkehr befindlichen Veröffentlichungen ausmachen.“ Nicht nur, dass die Zahl viel zu hoch ist, vielmehr trat der Vertreter der Kläger dieser Behauptung in der mündlichen Verhandlung ganze 15 Minuten entgegen.

Des Weiteren muss bedacht werden, dass ein beträchtlicher Anteil von Werbung in Zeitungen, die meist nur wöchentlich für einen lokalen Markt publiziert

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 97, 98 (Tabakwerbung).

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn.16 (Tabakwerbung); Kamann/Schroeder, Europablätter, 1999, 83, 90.

⁵⁹ Schweizer, AfP 1998, S. 571.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 16 (Tabakwerbung).

⁶¹ Schweizer, AfP 1998, S. 571.

werden, außerhalb des jeweiligen Gebiets keine Leserschaft hat.⁶² Zudem gibt es eine größere Anzahl von anderen „gedruckten Veröffentlichungen“ wie Mitteilungsblätter von lokalen Vereinen oder Einrichtungen, die sich nahezu ausschließlich an die kommunale Leserschaft richten. Diese lokale Tabakwerbung hat keine Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Zeitungshandel, so dass mit dem Verbot fast ausschließlich ein Sachverhalt ohne grenzüberschreitende Wirkung geregelt wird.

Somit können überhaupt nur für den kleinen Teil des grenzüberschreitenden Verkehrs theoretisch Handelshemmnisse auftreten. Die Praxis sieht allerdings anders aus. In Frankreich und Italien wurde trotz inländischer Tabakwerbeverbots die Einfuhr ausländischer Presseprodukte mit Tabakwerbung nicht behindert⁶³. Belgien, Dänemark und Portugal sahen in ihren Gesetzen Freiverkehrsklauseln vor, die sicherstellen sollen, dass der grenzüberschreitende Verkehr ausländischer Presseerzeugnisse mit Tabakwerbung zulässig ist⁶⁴. Andere Länder wiederum wie bspw. Deutschland, Luxemburg und Griechenland erlaubten die Tabakwerbung in der Presse. Tatsächliche Handelshemmnisse bestanden somit nicht.

Jedoch könnte eine produktbezogene Wettbewerbsverzerrung vorliegen. Dafür müssten Produkte, die unter ungleichen Bedingungen hergestellt werden, miteinander konkurrieren. Für lokale Veröffentlichungen, die von aufgrund ihrer kulturellen, politischen und örtlichen Art schon ihrer Natur nach nicht mit entsprechenden Veröffentlichungen in anderen Mitgliedstaaten konkurrieren, kann dies verneint werden.

Bei grenzüberschreitenden Presseveröffentlichungen ist dies fraglich. Gegen ein Konkurrieren spricht, dass eine französische Zeitung eine deutsche Zeitung nicht ersetzen kann – und andersherum. So konkurriert zum Beispiel die französische Zeitschrift ELLE vom französischen Pressekonzern Hachette nicht nennenswert gegen hochwertige Frauenzeitschriften deutscher Verlage mit anderen hochwertigen Frauenzeitschriften. Um im deutschen Markt Erfolg zu haben, hatte Hachette mit einem deutschen Joint-Venture-Partner eine deutsche Gesellschaft gegründet, die eine deutsche ELLE verlegt, welche den deutschen Gesetzen wie

⁶² Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte, S. 41.

⁶³ Wolff, FAZ vom 23.11.2001, S. 18.

⁶⁴ Wolff, FAZ vom 23.11.2001, S. 18.

jeder andere deutsche Verlag unterliegt.⁶⁵ Somit wird der französische Verlag nicht benachteiligt, wenn in Deutschland für Tabak geworben wird. Selbst wenn man eine mögliche Wettbewerbsverzerrung erkennen sollte, wäre diese aufgrund des sehr geringen innergemeinschaftlichen Handels von Presseprodukten nicht spürbar. Vielmehr ist der Anteil der im Ausland verkauften Presseerzeugnisse wirtschaftlich unbedeutend.

Insgesamt überzeugt auch die Argumentation des EuGH nicht. So heißt es in der Randnummer 56: „Maßnahmen, mit denen die Werbung für Tabakerzeugnisse verboten ... wird, können den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindern als für inländische Erzeugnisse“. Dass ein (praktisches) Totalverbot diese Situation verbessern soll, leuchtet wohl nur dem EuGH ein. Weiterhin heißt es in Randnummer 57, dass Unternehmen in Mitgliedstaaten, in denen Tabakwerbung verboten ist, Werbetreibenden im Tabaksektor aus anderen Mitgliedstaaten keinen Werberaum in Veröffentlichungen mehr anbieten können, „wodurch das grenzüberschreitende Angebot der Dienstleistungen beeinträchtigt wird“. Dass deshalb das komplette Angebot in der ganzen EU verboten wird, obwohl man eigentlich den Dienstleistungsbinnenmarkt stärken wollte, ergibt wohl wiederum nur beim EuGH Sinn. Es muss vielmehr bedacht werden, dass es aus den verschiedensten Gründen unterschiedliche Märkte mit unterschiedlichen Chancen gibt, die nicht als solche binnenmarktwidrig sind. Dienstleistungsfreiheit ist schließlich die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat das als Dienst anbieten zu können, was dort erlaubt und nachgefragt ist. Die Vertragsartikel über die Grundfreiheiten sprechen von der Erleichterung der Aufnahme und Ausübung von Tätigkeiten, von Liberalisierung und vom Verbot von Beschränkungen. Nur mit diesem Ziel können die Artikel Grundlagen von Harmonisierungsmaßnahmen sein. Sie für ein gemeinschaftsweites Totalverbot heranzuziehen, erscheint deshalb geradezu absurd.

An einer spürbaren, produktbezogenen Wettbewerbsverzerrung fehlt es somit.

⁶⁵ Schweizer, AfP 1998, S. 572.

(bb) Spürbare standortbezogene Wettbewerbsverzerrung

Presseverlage und Herausgeber von anderen gedruckten Veröffentlichungen decken ihre Produktionskosten mittels Einnahmen, die sie mit Werbung für Tabakwaren generieren. Sind die Tabakwerbeverbote in den Mitgliedstaaten unterschiedlich stark ausgeprägt, so kann ein Unternehmen in einem Land mit keinen oder geringeren Restriktionen über höhere Einnahmen verfügen. Darin könnte eine Wettbewerbsverzerrung liegen.

Diese setzt ein Wettbewerbsverhältnis voraus. Wie bereits oben ausgeführt, besteht dieses allenfalls zwischen Presseverlagen aus verschiedenen Mitgliedstaaten hinsichtlich grenzüberschreitend vertriebener Druckerzeugnissen, wobei es bisher nicht zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen gekommen ist. Die geringe Anzahl der Exemplare, die die Grenzen überschreiten, bereiten den Unternehmen, bezogen auf ihre Gesamtauflage und ihren Gesamtumsatz, nur einen minimalen Nachteil, der im Endeffekt deswegen nicht spürbar ist.

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

(2) Dienste der Informationsgesellschaft

Auch in Diensten der Informationsgesellschaft ist gemäß Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie Werbung verboten, die in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen verboten ist. Diese Dienste umfassen jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf des Empfängers erbrachte Dienstleistung.⁶⁶ Diese Regelung soll vor allem die Werbung im Internet für Tabakerzeugnisse verbieten.

⁶⁶ Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. EG L 204 vom 21.7.1998, S. 37, geändert durch die Richtlinie 98/43/EG, ABl. EG L 217 vom 20.7.1998, S. 8.

(aa) Hemmnisse des freien Verkehrs und/oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen

Begründet wird das Verbot damit, dass die Tabakwerbung in diesem Medium zunähme und stärker genutzt werde, vor allem von Jugendlichen. Schon ihrem Wesen nach sei die Tabakwerbung im Internet grenzübergreifend, so dass sie auf Gemeinschaftsebene geregelt werden solle⁶⁷.

Im Internet können Anzeigen wie bei Printausgaben überall platziert werden. Sei es auf einer eigenen oder fremden Webseite, auf Titelseiten von Informationsangeboten oder in Kopf- und Fußzeilen anderer Dokumente und Dienste.⁶⁸ Die Werbung kann auch variabel geschaltet werden, zum Beispiel mit dem Online-Dienst AdSense von Google Inc. Die Online-Dienste werden wie bei der Print-Presse fast ausschließlich national genutzt⁶⁹. Weltweit agierende Online-Dienste, wie beispielsweise AOL, Google oder GMX, verbreiten sich über nationale Töchter, so dass ein grenzüberschreitender Verkehr nur in sehr geringem Umfang stattfindet. Bereits aus technischen Gründen ist es nahezu ausgeschlossen, dass Handelshemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr in diesem Bereich bestehen oder geschaffen werden.⁷⁰ Das Internet ist weltweit jederzeit frei abrufbar. Zudem sind keine spürbaren Wettbewerbsverzerrungen erkennbar.

(bb) Umgehungsschutzklausel

Bestimmungen, die nichts zur Beseitigung von Hemmnissen beitragen, können (ausnahmsweise) dann zulässig sein, wenn sie erforderlich sind, um die Umgehung bestimmter, diesem Ziel dienender Verbote zu verhindern⁷¹. Allerdings sind solche Umgehungsschutzklauseln in ihrer Existenzberechtigung akzessorisch zur eigentlichen Hauptregelung⁷². Mit anderen Worten: Wenn die Hauptregelung – das Pressewerbeverbot – primärrechtlich nicht haltbar ist, dann kann es auch eine Vorschrift zum Schutz vor ihrer Umgehung nicht sein. Die Hauptregelung ist, wie bereits festgestellt, nicht haltbar. Selbst bei unterstellter

⁶⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, KOM/2001/283 endg., S. 15.

⁶⁸ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet, S. 58.

⁶⁹ Oppermann, ZUM 2001, S. 952.

⁷⁰ Görlitz, EuZW 2003, 485, 488.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 100 (Tabakwerbung).

⁷² Görlitz, ZUM 2002, 97, 103.

Haltbarkeit der Hauptregelung ist fraglich, ob gerade das Verbot der Werbung in den Diensten der Informationsgesellschaft erforderlich ist, die Umgehung zu verhindern. Dazu müsste ein inhaltlicher Bezug zur Hauptregelung bestehen.

Einer Meinung zufolge sei der inhaltliche Bezug zur Hauptregelung gegeben⁷³. Diese Dienste würden einen ausreichend engen Bezug zu Druckerzeugnissen aufweisen, diese sogar ergänzen⁷⁴. Etwas anderes würde sich nur dann ergeben, wenn die Werbebotschaft nicht als Anhang eines gedanklichen Inhalts in Erscheinung trete, sondern eigenständig bleibe, wie dies zum Beispiel bei per E-Mail übermittelten Werbemitteilungen der Fall sei⁷⁵.

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Sie vergisst, dass dieses Verbot aufgrund des unterschiedlichen Verbreitungsmarktes von Internet und Printmedien nicht den nötigen Bezug zur Hauptregelung hat. Die Nutzung des Internets ist derzeit schon sehr hoch und wird höchst wahrscheinlich weiter steigen, es ist inzwischen der bekannteste und weltweit am meisten genutzte Informationsmarkt⁷⁶. Im Internet kann man in der Regel selbst entscheiden, was man sich ansehen möchte und was nicht. Viele Unternehmen bieten im World Wide Web gratis Anwendungen an, mittels derer man über Stichworte die passenden Webseiten findet (z.B. Google, Yahoo, Microsoft). Nur in äußerst seltenen Fällen wird man unfreiwillig mit Tabakwerbung konfrontiert. Folglich wird die Tabakwerbung überwiegend nur dann von dem Internetbenutzer gesehen, wenn er etwa eine Internetadresse rund um Tabak eingibt oder er in den zahlreichen Suchmaschinen nach der Werbung für Tabakerzeugnisse sucht. Dies unterscheidet gerade das Internet von Printveröffentlichungen. Bei einer gekauften Zeitung oder Zeitschrift, die Tabakwerbung beinhaltet, wird man dieser beim Durchlesen zwangsläufig direkt ausgesetzt – ob man will oder nicht.

Der Umgehungsschutz bietet demnach keine ausreichende Rechtfertigung für eine solche Regelung. Das Verbot dient somit im Ergebnis weder der Beseitigung von Dienstleistungshemmnissen noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen, noch stellt es Umgehungsschutzklausel dar.

⁷³ Görnitz, ZUM 2002, 97, 103; ders., EuZW 2003, 485, 488.

⁷⁴ Görnitz, ZUM 2002, 97, 103.

⁷⁵ Görnitz, ZUM 2002, 97, 103.

⁷⁶ Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet, S. 52.

(3) Rundfunk

Alle Formen der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse sind laut Art. 4 der Richtlinie verboten. Als Begründung wird lediglich auf die grenzüberschreitende Natur des Rundfunks verwiesen.

In den Mitgliedstaaten ist der Hörfunk, privat wie öffentlich, meistens regional (WDR, Bayern 3) oder lokal⁷⁷ und nur selten auf nationaler Ebene (z.B. Deutschlandradio) organisiert, so dass die Sendungen fast ausschließlich nur von Personen aus dem jeweiligen Land verfolgt werden. Grenzüberschreitendes Radiohören existiert, auch aufgrund von sprachlichen Barrieren, nur in sehr seltenen Fällen⁷⁸. Spürbare Wettbewerbsverzerrungen sind ebenso wenig vorhanden wie existierende oder wahrscheinlich zukünftig entstehende Hemmnisse⁷⁹. Auch hier könnte die Umgehungsschutzklausel greifen. Diese ist allerdings aufgrund ihrer akzessorischen Art nicht gegeben, da die Hauptregelung die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage nicht erfüllt. Auch die inhaltliche Anbindung ist höchst fraglich. Rundfunk ist wie das Internet eindeutig anders strukturiert als das bei den Printmedien der Fall ist. Auch die Werbung wird vollkommen anders gestaltet: Während Printmedien ihre Werbung in Form von gedruckten Worten verbreitet, übermittelt sie der Rundfunk mittels elektromagnetischer Wellen. Die Wirkung einer solchen Werbung ist viel intensiver als bei gedruckten Werbeformen, weil sie zum Beispiel mit Musik untermalt wird. Dies ist bei Printmedien keineswegs möglich. Folglich wird durch dieses Verbot ein völlig neuer Regelungsbereich eröffnet⁸⁰.

Möglicherweise könnte sich jedoch etwas anderes aus der Fernsehrichtlinie ergeben. Diese sieht in Art. 13 ein im Wortlaut fast identisches, allgemeines Verbot der Tabakwerbung im Fernsehen vor, weshalb die Kommission bei ihrer Begründung auf diese Bezug genommen und von angeblicher Vervollständigung bestehender Gemeinschaftsmaßnahmen bei der Tabakwerbung gesprochen hat.

Diese Parallele zwischen beiden Verboten greift hier jedoch nicht. Zwar wurde mit der Fernsehrichtlinie die Tabakwerbung im Fernsehen verboten. Allerdings war das Verbot Teil eines größeren Pakets von Angleichungsvorgaben für die

⁷⁷ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

⁷⁸ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

⁷⁹ Görnitz, EuZW 2003, 485, 489; Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

⁸⁰ Görnitz, ZUM 2002, 97, 105; ders. EuZW 2003, 485, 489.

gemeinschaftsweite Ausstrahlung von Fernsehsendungen, die allesamt zur Verwirklichung des freien Sendeverkehrs in der Gemeinschaft ergangen waren und die Freiheiten insgesamt erweiterten⁸¹. Mit dem neuen Verbot wird hingegen nicht nur die Tabakwerbung im Rundfunk verboten, es ist vielmehr in andere Verbote eingebettet. Dieses Verbot schafft also nicht gleichzeitig gewisse Freiheiten, wie es bei der Fernsehrichtlinie der Fall war.

Zudem ist die Kompetenz-Entstehungsgeschichte zu beachten. Beim Erlass der Fernsehrichtlinie im Jahre 1989 sah der Vertrag weder einen Titel Gesundheitswesen mit Harmonisierungsverbot noch die Möglichkeit einer Binnenrechtsangleichung vor. Diese Normen wurden erst vier Jahre später eingefügt. Aus diesen Gründen liegt die Möglichkeit von Tabakwerbeverboten aus der Fernsehrichtlinie nicht vor.

Das Verbot dient somit weder der Beseitigung von Dienstleistungshemmnissen oder spürbarer Wettbewerbsverzerrungen noch stellt es eine Umgehungsschutzklausel dar.

(4) Sponsoring von Rundfunkprogrammen

Rundfunkprogramme dürfen nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie nicht durch Unternehmen, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Tabakerzeugnissen ist, gesponsert werden. Allerdings findet grenzüberschreitendes Radiohören nur in den seltensten Fällen statt. Die Regelung kann aus Binnenmarktgesichtspunkten nicht gerechtfertigt werden⁸².

(5) Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten

Veranstaltungen oder Aktivitäten, an denen mehrere Mitgliedstaaten beteiligt sind, die in mehreren Mitgliedstaaten stattfinden oder die eine sonstige grenzüberschreitende Wirkung haben, dürfen nach Art. 5 der Richtlinie nicht gesponsert werden. Begründet wird dies mit dem Hinweis darauf, dass nur die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten bei Sponsoringarten zugunsten von Tabakerzeugnissen mit grenzüberschreitender oder internationaler Wirkung angeglichen werden sollen, da die Unterschiede zu einer beträchtlichen Gefahr von Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt führen

⁸¹ Görnitz, ZUM 2002, 97, 104.

⁸² Görnitz, ZUM 2002, 97, 104.

würden. Diese Verzerrungen könnten wahrscheinlich zunehmen. Diese Begründung sollte den EuGH milde stimmen, da dieser in den Randnummer 110 und 111 des Urteils bezüglich der Tabakwerberichtlinie II⁸³ die Auffassung geäußert hatte, dass das Verbot des Sponsorings in manchen Mitgliedstaaten und seine Zulässigkeit in anderen zur Verlegung insbesondere von Sportwettkämpfen führen könne, was sich wiederum auf die Wettbewerbsbedingungen erheblich auswirken könne. Einschränkend fügte er hinzu, dass solche Verzerrungen lediglich die Untersagung bestimmter Formen des Sponsorings begründen könnten.

Dies kann allerdings keinesfalls ein allgemeiner Freibrief für ein Sponsoringverbot sein, vielmehr muss das Verbot auch tatsächlich den Anforderungen des EGV genügen, das heißt, es muss zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Dienstleistungsverkehrs und/oder zur Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrung beitragen. Lediglich bei größeren, grenzüberschreitenden Veranstaltungen wie der Formel Eins in Spa (Belgien) existieren Hemmnisse bei der Tätigkeit des Sponsorings von Veranstaltungen und spürbare Wettbewerbsverzerrungen. So hatten bspw. die Betreiber der Formel Eins in Spa angekündigt, zum deutschen Nürburgring zu wechseln, weil dort kein Werbeverbot existiere. Derartige Unterschiede wirken sich spürbar deutlich auf die Wettbewerbsbedingungen der an diesen Veranstaltungen beteiligten Unternehmen wie etwa Sponsoren oder Gastronomie aus.

Allerdings erfasst das Verbot nicht nur diese Veranstaltungen, sondern es ist ausnahmslos. Auch kleine Veranstaltungen, bei denen weder spürbare Wettbewerbsverzerrungen noch Dienstleistungshemmnisse bestehen oder drohen, fallen unter diese Regelungen. Somit besteht für ein allgemeines Sponsoringverbot keine Kompetenz⁸⁴.

(6) Kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen

Nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ist die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen verboten. Dieses Verbot wird in Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie damit begründet, dass durch die kostenlose Verteilung eine erhebliche

⁸³ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (Tabakwerbung II).

⁸⁴ Görlitz, EuZW 2003, 485, 489.

potentielle Suchtwirkung bestehen würde. Einen binnenmarktbezogenen Grund finden man erst auf Seite 9 der Begründung: Die Vorschrift schütze vor einer Umgehung anderer Verbotsvorschriften.

Die kostenlose Verteilung ist selbst bei internationalen Veranstaltungen räumlich auf den Ort des Ereignisses und der Verteilung begrenzt. Ein Binnenmarktbezug ist dabei nicht gegeben⁸⁵, zumal ausreichende nationale Regelungen bestehen⁸⁶.

Umgehungsschutzklausel sind in ihrer Existenzberechtigung akzessorisch zur Hauptregelung, die hier im Sponsoringverbot zu sehen ist⁸⁷. Aufgrund der fehlenden Kompetenzvoraussetzung bei der Hauptregelung ist der Umgehungsschutz auch nicht haltbar. Selbst bei unterstellter Kompetenz würde es an der inhaltlichen Anbindung an die Hauptregelung fehlen: Als Beispiel sei die weltweite Organisation der Formel-Eins-Rennen genannt. Diese Großveranstaltungen werden von großen Tabakunternehmen gesponsert, deren Logo auf den Rennwagen und auf der Kleidung der Fahrer sichtbar ist. Demgegenüber richtet sich die kostenlose Verteilung von Tabakprodukten an Personen. Folglich handelt es sich um ganz unterschiedliche Werbearten, weshalb eine Umgehung durch die kostenlose Verteilung von Tabakprodukten ganz ausgeschlossen ist.

Somit erfüllt das Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen nicht die Kompetenzvoraussetzungen.

Im Ergebnis dient die Richtlinie weder der Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen. Zudem beinhaltet es keine Umgehungsschutzklauseln. Somit sind die Voraussetzungen der Artikel 95 Abs. 1, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV nicht erfüllt sind.

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

Deshalb könnte gleichzeitig gegen das Verbot der Harmonisierung im Bereich des Gesundheitsschutzes gemäß Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV verstoßen worden sein. Aufgrund der Feststellung, dass es an Handelshemmnissen und spürbaren

⁸⁵ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

⁸⁶ Verband der Zigarettenindustrie, in: ZAW (Hrsg.), Die Position der Wirtschaft zum neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission vom 30. Mai 2001.

⁸⁷ Görnitz, ZUM 2002, 97, 105.

Wettbewerbsverzerrungen mangelt, ergibt sich, dass mit der Richtlinie in Wirklichkeit nicht das Ziel der Verbesserung des Binnenmarkts verfolgt wird. Die Richtlinie stellt vielmehr Bestimmungen dar, denen überwiegend gesundheitspolitische Erwägungen zu Grunde liegen. Bezeichnend dafür ist, dass der Ursprung der Richtlinie auf den für Gesundheits- und Verbraucherschutzfragen zuständigen Kommissar Byrne und nicht auf den Binnenmarkt Kommissar Bolkestein zurückgeht.

Das Ziel der Besserung des Binnenmarktes ist somit nichts anderes als ein Vorwand. Diese Handlungsweise ist verständlich, schließlich verfügt die Gemeinschaft für eine Harmonisierung im Bereich des Gesundheitswesens über keine Kompetenz – für den Bereich des Binnenmarktes allerdings schon.

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

3. Kompetenz nach Art. 308 EGV

Nach Art. 308 EGV kann der Rat Vorschriften erlassen, wenn ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich wird, um die Ziele im Rahmen des Gemeinsamen Marktes zu verwirklichen, und der EGV die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorsieht.

Der Gesundheitsschutz ist nach Art. 3 lit p EGV ein Ziel der Gemeinschaft. Somit kann Art. 308 EGV grundsätzlich Anwendung finden. Allerdings gibt es mit Art. 152 EGV eine ausdrückliche Kompetenz für den Gesundheitsschutz. Die hierfür erforderlichen Befugnisse sind vorgesehen, eine Harmonisierung wird jedoch ausdrücklich ausgeschlossen. Dieses darf nicht über Art. 308 EGV korrigiert werden.

Somit ist im Ergebnis festzustellen, dass die Gemeinschaft keine Kompetenz für die Richtlinie hat.

4. Regelungen zur Einschränkung der Kompetenzausübung

a) Subsidiaritätsprinzip

Die Gemeinschaft könnte gegen das in Art. 5 Abs. 2 EGV enthaltene Subsidiaritätsprinzip verstoßen haben. Die Gemeinschaft darf Aufgaben, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, übernehmen, wenn die Staaten diese auf ihren Entscheidungsebenen allein nicht mehr zufriedenstellend wahrnehmen können. Die Übertragung dieser Zuständigkeiten muss unter Wahrung der nationalen Identität und der Kompetenzen der Regionen erfolgen. Aus den Urteilen des EuGH hinsichtlich der Tabakwerberichtlinien I und II können bzgl. der Subsidiarität keine Schlussfolgerungen gezogen werden. Allerdings hat sich Generalanwalt Fennelly im ersten Verfahren zur Tabakwerberichtlinie I damit auseinandergesetzt, worauf an geeigneter Stelle noch näher eingegangen wird.

(1) Anwendungsvoraussetzungen

(aa) Zuständigkeit der Gemeinschaft

Zunächst müsste die Gemeinschaft eine Kompetenz besitzen. Grundsätzlich ist sie für eine Binnenmarktregelung zuständig. Wie festgestellt, handelt es sich hier jedoch um eine Regelung des Gesundheitsschutzes, wofür die Gemeinschaft nicht zuständig ist.

Für die folgende Prüfung wird die Zuständigkeit der Gemeinschaft unterstellt.

(bb) Nicht-ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft

Es müsste sich um die Ausübung einer nicht ausschließlichen Gemeinschaftskompetenz handeln. Aufgrund dessen, dass die Begriffe der ausschließlichen und nicht-ausschließlichen Zuständigkeit nicht im Vertrag definiert werden, hat der EuGH in einigen Entscheidungen die Rechtsgebiete für eine ausschließliche Zuständigkeit der EG herausgearbeitet. Die Literatur hat dem zugestimmt⁸⁸. Demnach ist die Gemeinschaft vor allem für die Handelspolitik⁸⁹, die Festlegung des Zolltarifs und das materielle Zollrecht⁹⁰ sowie die Erhaltung der Fischereiresourcen⁹¹ zuständig. Ob die Zuständigkeiten der EG für den

⁸⁸ Von Borries, EuR 1994, 263, 273.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 15.12.1976, Rs. 41/76, Slg. 1976, 1921 (Donckerwolcke).

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 18.02.1970, Rs. 40/69, Slg. 1970, 69, 80 (Bollmann).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 05.05.1981, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045, Rn. 17 (Seefischerei).

Binnenmarkt und den Gesundheitsschutz eine ausschließliche oder nicht-ausschließliche Regelungsbefugnis darstellen, ist umstritten.

(i) Binnenmarkt

Die Kommission vertritt die Ansicht, dass diese auch in den Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten fallen⁹², was auch von Teilen der Literatur⁹³ und von Generalanwalt Fennelly so gesehen wird.

Demgegenüber geht die überwiegende Meinung in der Literatur von einer nicht-ausschließlichen Zuständigkeit aus⁹⁴. Es sei richtig, dass nur die Gemeinschaft harmonisieren könne, da die Mitgliedsländer aufgrund ihrer territorialen Begrenztheit keine Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten ändern können. Allerdings besitze sie die Regelungskompetenz für die meisten Gebiete, die einer Harmonisierung bedürfen, sonst gäbe es keine unterschiedlichen Regelungen und mithin keinen Harmonisierungsbedarf⁹⁵.

Zudem kann der Meinung der Kommission im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips nicht zugestimmt werden: Diese liegen in der Begrenzung der Kompetenzen der EG durch Prüfung des Regelungsbedarfes. Würde die Realisierung des Binnenmarkts als weitestreichender Auftrag der Gemeinschaft nicht unter das dem Subsidiaritätsprinzip fallen, liefe es praktisch ins Leere⁹⁶.

Somit besitzt die Gemeinschaft lediglich eine nicht-ausschließliche Kompetenz.

(ii) Gesundheitsschutz

Nach einhelliger Auffassung besteht hier eine nicht-ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft⁹⁷.

⁹² Mitteilung der Kommission an den Rat und das EP vom 27.10.1992, Bulletin EG 10/1992, S.118, 122.

⁹³ Micklitz/ Reich, EuZW 1992, 593, 594; Pieper, Subsidiarität, S. 263.

⁹⁴ Schmidhuber/Hitzler, EuZW 1993, 8, 9; Jarass, AÖR 1996, 173, 191; ders., EuGRZ 1994, 209, 210; von Bogdandy/Bast, EuGRZ 2001, 441, 449; Kahl, in: Callies/Ruffert, Art. 95 EGV Rn.7; Stein, in: Merten, Subsidiarität Europas, S. 351ff.

⁹⁵ Callies, Jura 2001, 311, 317.

⁹⁶ Von Borries, EuR 1994, 263, 275.

⁹⁷ Von Borries, EuR 1994, 263, 275; Bischof, Europarecht für Anfänger, S. 7.

(2) Inhaltliche Maßstäbe

Die Richtlinie müsste den materiellen Anforderungen entsprechen. Zunächst ist erforderlich, dass der betreffende Bereich transnationale Aspekte aufweist, die durch die Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können. Weiterhin müssen alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen gegen Anforderungen des Vertrages verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen. Zuletzt ist notwendig, dass die Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.

Transnationale Aspekte treten bei der Tabakwerbung nur bei grenzüberschreitender Verbreitung auf. Allerdings werden Druckerzeugnisse überwiegend lokal, regional oder national vertrieben, ebenso wie Rundfunk und Internet. Auch der kostenlosen Verteilung von Tabakprodukten fehlt der Binnenmarktbezug. Folglich ist das grenzüberschreitende Element nicht vorhanden. Falls es aber doch zu geringem grenzüberschreitenden Verkehr kommen sollte, sind bisher weder Behinderungen noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen aufgetreten. Somit ist nicht ersichtlich, wie die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigt werden, zumal sich die Regelungen der Richtlinie sogar eher als kontraproduktiv erweisen: Das Tabakwerbeverbot wird eher dazu führen, dass Tabakerzeugnisse aus einem Mitgliedstaat Schwierigkeiten beim Vordringen in neue Märkte haben werden⁹⁸.

Darüber hinaus muss bedacht werden, dass mögliche Störungen nach den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung erfolgreich behoben oder in Gesetzen bestimmte Freihandelsklauseln verankert werden können. Demnach dürfte ein Mitgliedstaat den Handel mit Presseprodukten aus anderen EU-Staaten nicht wegen der darin enthaltenen Werbung für Tabakprodukte verbieten oder einschränken, selbst wenn die Werbung mit strengeren, inländischen Vorschriften nicht im Einklang steht. Auch an eine freiwillige Selbstkontrolle, die sich bspw. in Deutschland seit über 30 Jahren bewährt hat, ist als wirksame Maßnahme zu denken.

⁹⁸ Kamann/Schroeder, Europablätter 1999, 83, 90; Di Fabio, AfP 1998, 564, 567.

Des Weiteren sei noch darauf hingewiesen, dass aufgrund von stark differierenden Verbrauchergewohnheiten einzelstaatliche Regelungen erfolgversprechender erscheinen, da diese auf die nationalen Besonderheiten mit entsprechenden Konzepten reagieren können⁹⁹.

Somit können die Mitgliedstaaten selbst erfolgversprechende Regelungen erlassen, so dass ein Handeln auf Gemeinschaftsebene keine deutlichen Vorteile mit sich bringt. Die Richtlinie widerspricht somit dem Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 EGV.

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Gemäß dem in Art. 5 Abs. 3 EGV verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfen die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrages erforderliche Maß hinausgehen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezieht sich auf alle Maßnahmen, so dass auch die ausschließlichen Kompetenzen umfasst sind¹⁰⁰. Die Gemeinschaft ist, wie oben dargelegt, zwar für eine Binnenmarktregelung zuständig, allerdings handelt es sich bei der Richtlinie nicht um eine Binnenmarktregelung, sondern um eine Regelung des Gesundheitsschutzes, wofür die Gemeinschaft nicht zuständig ist. Die Zuständigkeit soll aber im Folgenden unterstellt werden.

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit umfasst die Geeignetheit, Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Maßnahme¹⁰¹. Nach Ansicht des Generalanwalts Fennelly erweist sich die Richtlinie als ungeeignet, die von ihr angestrebten Ziele zu erreichen¹⁰². Dem Urteil des EuGH zur Tabakwerberichtlinie II kann wenig entnommen werden. Auf beide Äußerungen wird an geeigneter Stelle eingegangen.

⁹⁹ Schneider, NJW 1998, 578.

¹⁰⁰ Lienbacher, in: Schwarze, Art. 5 EGV Rn. 35.

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rn. 21 (Schröder).

¹⁰² Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge vom 15.6.2000, Rs. C- 376/98 und C-74/99; Slg. 2000, I-8418, Rn. 149.

(1) Ziel Binnenmarkt

(aa) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist dann geeignet, wenn sie die Fähigkeit besitzt, den verfolgten Zweck zu erreichen¹⁰³. Bei der Beurteilung besitzt der Geeignetheit Spielraum, so dass eine Maßnahme nicht offensichtlich ungeeignet sein darf¹⁰⁴. Um die Geeignetheit besser beurteilen zu können, sind hier die einzelnen Verbotstatbestände der Richtlinie gesondert zu prüfen.

(i) Wie bereits erwähnt, werden Druckerzeugnisse nur im geringen Umfang grenzüberschreitend vertrieben, bei dem weder tatsächliche Hindernisse noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen. Deshalb ist das Werbeverbot in Druckerzeugnissen nicht geeignet, die Ziele Binnenmarkt zu verwirklichen.

(ii) Für Tabakwerbung wird das Internet grenzüberschreitend nur selten benutzt. Vielmehr werden überwiegend nationale Online-Dienste und deren nationale Werbung genutzt. Bei der grenzüberschreitenden Nutzung gab es bisher weder Behinderungen noch spürbare Verzerrungen¹⁰⁵. Auch die Umgehung einer anderen Verbotsvorschrift wird durch das Werbeverbot im Internet nicht geschützt. Folglich ist auch das Verbot der Internetwerbung für Tabakwaren ungeeignet.

(iii) Rundfunk wird ebenso überwiegend national genutzt, grenzüberschreitendes Rundfunkhören existiert nur in seltenen Fällen. Hemmnisse oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen sind nicht ersichtlich¹⁰⁶, ebenso wenig wie der Schutz vor einer Umgehung einer anderen Verbotsvorschrift¹⁰⁷. Somit ist auch das Verbot der Rundfunkwerbung für Tabakwerbung ungeeignet.

(iv) Das Verbot nach Art. 4 Abs. 2, Rundfunkprogramme zu sponsern, trägt ebenfalls nichts zur Beseitigung von Hemmnissen oder spürbaren Wettbewerbsverzerrungen bei¹⁰⁸ und ist somit ungeeignet.

¹⁰³ Koenig/Kühling, EWS 2002, 12, 15.

¹⁰⁴ Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 5 EGV Rn. 48.

¹⁰⁵ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

¹⁰⁶ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

¹⁰⁷ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

¹⁰⁸ Görlitz, ZUM 2002, 97, 104.

(v) Auch das allgemeine Sponsoringverbot vermag nicht zu überzeugen. Ein branchenspezifisches Verbot, das jeweils durch entsprechende Wettbewerbsdefizite in der jeweiligen Branche gedeckt ist, wäre angebrachter gewesen, zumal hinsichtlich der Effektivität schon deshalb Bedenken entstehen, weil jederzeit die Möglichkeit der Verlagerung der betroffenen Veranstaltung in Drittstaaten außerhalb der EU besteht. Somit ist das Sponsoringverbot auch ungeeignet.

(vi) Die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen bei gesponserten Veranstaltungen ist ein jeweils lokales Ereignis, bei dem der Binnenmarktbezug fehlt¹⁰⁹. Ein Umgehungsschutz liegt auch nicht vor. Folglich ist das Verbot auch ungeeignet.

Somit ist die Tabakwerberichtlinie II nicht zur Verwirklichung des Binnenmarkts geeignet.

(bb) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist dann erforderlich, wenn aus einer ex-ante-Betrachtung kein anderes gleich wirksames, aber weniger eingriffsintensives Mittel zur Verfügung gestanden hätte¹¹⁰. Der Rat besitzt auch einen weiten Beurteilungsspielraum, damit dieser einen Ausgleich zwischen divergierenden Interessen schaffen kann¹¹¹.

Die Richtlinie bezieht bei ihrem Verbot der Tabakwerbung in Druckerzeugnissen auch solche Erzeugnisse mit ausschließlich regionaler oder lokaler Bedeutung ein, denen eine grenzüberschreitende Bedeutung vollständig fehlt¹¹². Diese Erzeugnisse würden von einer Harmonisierung in keiner Weise profitieren¹¹³. Auf diese Problematik geht die Tabakwerberichtlinie II überhaupt nicht ein.

Teilweise wird angeführt, dass eine Abgrenzung impraktikabel sei, weil die Presselandschaft in einem stetigen Wandel begriffen sei.¹¹⁴ Diese Ansicht überzeugt nicht. Vielmehr ist eine Abgrenzung zwischen Veröffentlichungen mit

¹⁰⁹ Oppermann, ZUM 2001, 950, 952.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 11.7.1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rn. 21 (Schräder).

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 13.5.1997, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rn. 55, 56 (Einlagensicherung).

¹¹² Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

¹¹³ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

¹¹⁴ Görlitz, ZUM 2002, 97, 102.

und ohne Binnenmarktbezug anhand der Warenströme sehr einfach: Presseerzeugnisse, die ausschließlich auf den Inlandsmarkt vertrieben werden, sind eindeutig ohne jeden Binnenmarktbezug. Da die lokalen Erzeugnisse nicht von der Harmonisierung profitieren, ist dann das Legislativermessen offensichtlich überschritten

Zudem wäre eine Freiverkehrsklausel als milderes Mittel denkbar. Sie wäre in gleicher Weise für eine Verbesserung des Binnenmarktes geeignet.

Ein umfassendes Verbot der Tabakwerbung in der Presse ist somit nicht erforderlich.

Ähnlich verhält es sich mit dem Hörfunk. Dieser ist fast ausschließlich national, zumeist aber regional oder lokal organisiert, so dass es auch hier an einem Binnenmarktbezug fehlt. Ein grenzüberschreitender Empfang kann wegen der technischen Reichweite fast komplett ausgeschlossen werden. Somit kann zumindest der lokal und regional organisierte Rundfunk aus dem Verbotsbereich ausgeklammert werden, was ein deutlich milderes und gleich geeignetes Mittel darstellen würde.

Die Einbeziehung des national, regional oder lokal begrenzten Rundfunks ist somit nicht erforderlich.

Etwas anderes ergibt sich beim Internet. Aufgrund der Konzeption des Internets kann grenzüberschreitende Nutzung nicht ausgeschlossen werden. Eine Ausklammerung der nicht grenzüberschreitenden Nutzung ist somit nicht möglich.

Somit lässt sich festhalten, dass Verbot von Tabakwerbung weder geeignet noch hinsichtlich der Druckerzeugnisse und des Rundfunks erforderlich ist.

(cc) Angemessenheit

Eine Maßnahme ist nicht angemessen, wenn die verursachten Nachteile zu den angestrebten Zielen außer Verhältnis stehen. Auch hier hat der Gemeinschaftsgesetzgeber einen Einschätzungsspielraum¹¹⁵.

¹¹⁵ Schwarze, ZUM 2002, 89, 94.

Ein Werbeverbot würde zu wirtschaftlichen Belastungen in Form von verminderten Werbeeinnahmen führen, insbesondere bei zahlreichen Medien und Werbeagenturen. Der Zentralverband der Deutsche Werbewirtschaft beziffert diesen Wert auf ca. 350 Mio. Euro – pro Jahr.¹¹⁶ Ein Tabakwerbeverbot gefährdet Arbeitsplätze in zahlreichen Medien, Werbeagenturen und Firmen des Sponsorings, besonders die Presse ist stark betroffen. Der Verlust für Zeitschriften und Tageszeitungen beläuft sich auf 50 Millionen Euro¹¹⁷.

Hinzu kommt, dass es sich bei Tabakerzeugnissen um legale Produkte handelt. Alle legalen Produkte und Dienstleistungen müssen beworben werden dürfen. Ein Produkt muss bekannt werden, um sich auf dem Markt zu etablieren. Diese Bekanntheit kann es aber nur durch Werbung erreichen. In denjenigen Mitgliedstaaten, die bereits ein Werbeverbot für Tabakerzeugnisse kannten, wie bspw. Frankreich, Italien und Spanien, besitzen die nationalen Tabakunternehmen praktisch ein Monopol¹¹⁸. Ausländische Tabakunternehmen können in die praktisch abgeschotteten nationalen Märkte fast unmöglich eindringen.

Ein solches Verbot bringt weiterhin keine nennenswerten tatsächlichen Verbesserungen des Binnenmarkts mit sich, vielmehr wird damit das Gegenteil dessen erreicht, was bezweckt wird: Es findet keine Erleichterung, sondern eine Behinderung des Binnenmarkts statt¹¹⁹.

Im Ergebnis genügt die Tabakwerberichtlinie II aus mehreren Gründen nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinsichtlich des Ziels Binnenmarkt.

(2) Ziel Gesundheitsschutz

(aa) Geeignetheit

Es ist umstritten, ob die Tabakwerbung Einfluss auf den Konsum von Tabak hat. Die Hersteller von Tabakerzeugnissen und die Werbewirtschaft sind der Ansicht, dass die Tabakwerbung keinerlei Einfluss auf den Gesamtverbrauch habe¹²⁰. Als Begründung wird ein Vergleich des Einflusses der Werbung auf das Rauchverhalten Jugendlicher zwischen Italien und Deutschland herangezogen: Der Zigarettenverbrauch in Italien sei nach dem 1962 eingeführten Werbeverbot

¹¹⁶ Rademacher ZRP 20001 Heft 2 Rn. 64.

¹¹⁷ Die Tabak Zeitung vom 19.4.2002, S. 1.

¹¹⁸ Kirchhof/Frick, AfP 1991, 677, 678.

¹¹⁹ Di Fabio, AfP 1998, 564, 567; Kamann/Schroeder, Europablätter 1999, 83, 90

¹²⁰ Zapka, RIW 1990, 132, 136; Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 79.

ständig gestiegen¹²¹ und auch das in der Bundesrepublik Deutschland bereits seit 1974 gültige Verbot im Fernsehen habe weder zu einem Rückgang des Zigarettenkonsums insgesamt noch speziell unter Kindern und Jugendlichen geführt¹²².

Andere Stimmen, die von einem Einfluss der Tabakwerbung auf den Konsum ausgehen, werfen ein, dass gerade Jugendliche für den Tabakkonsum sehr empfänglich seien und so durch Werbung zum Rauchen veranlasst werden könnten¹²³. Dies widerlegt die Werbewirtschaft: Untersuchungen zeigen, dass ganz andere Gründe dafür entscheidend sind, dass Jugendliche mit dem Rauchen anfangen, z.B. durch das Rauchverhalten von Bezugspersonen (Familie, Freunde) oder das Imponiergehabe in der Gruppe¹²⁴.

Das beste Argument gegen eine Geeignet liefert der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst: Unabhängig voneinander entstandene wissenschaftliche Expertisen, die vom Gemeinschaftsgesetzgeber zur vermeintlichen Stützung vorgelegt wurden, kommen übereinstimmend zum Ergebnis, dass nur umfassende Verbote eine Senkung des Tabakverbrauchs erzielen¹²⁵ und beschränkte Verbote die Wirkung nur marginal berühren, weil sie Ersatzwerbung in anderen Medien erlauben. Generalanwalt Fennelly erklärte dazu, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber vernünftige Gründe für die Annahme aufgezeigt habe, dass eine begrenzte Beschränkung der Tabakwerbung unwirksam sein würde¹²⁶, was auch die Kommission noch einmal betonte¹²⁷. Allerdings sind die Tabakwerbverbote der neuen Richtlinie nicht umfassend. Vielmehr werden nach ihr „nur“ die Bereiche der Art. 1 und Art. 2-5 der Richtlinie erfasst. Beispielsweise kann weiterhin auf Plakaten oder im Kino geworben werden.

¹²¹ Zapka, RIW 1990, 132, 136.

¹²² Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 33.

¹²³ Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drs. 14/6780, S. 6, 7; Siekmann, DÖV 2003, 657, 661.

¹²⁴ Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 33; Kevekordes, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, S. 81.

¹²⁵ Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rn. 162.

¹²⁶ Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rn. 164.

¹²⁷ Richtlinienvorschlag KOM/2001/283 endg., S. 7.

Die begrenzten Werbeverbote sind somit ungeeignet, einen Beitrag zum Gesundheitsschutz zu leisten¹²⁸.

(bb) Erforderlichkeit

Ein milderes Mittel wäre zum Beispiel eine Aufklärungskampagne über die Gesundheitsrisiken. Diese würde auch der bisherigen Politik entsprechen, die auf Aufklärung und Information des Verbrauchers setzt. Dies würde auch das Bild eines mündigen Verbrauchers wahren, von dem der EuGH in ständiger Rechtsprechung ausgeht¹²⁹. Konsumiert der mündige Bürger aus eigener Überzeugung dennoch das als gesundheitsschädlich gekennzeichnete Produkt, so muss dies vom Gemeinschaftsgesetzgeber toleriert werden. Dies kann ihn nicht dazu berechtigen, alle Verbraucher mit einem Informationsverbot zu belegen. Eine Rechtfertigung für Ausnahmen und starke Einschränkungen besteht erst, wenn es um den Schutz einer bestimmten Personengruppe, wie Kinder und Jugendliche geht, die noch nicht als mündige Bürger eingestuft werden können¹³⁰. So könnte beispielsweise das Sponsoring bei Veranstaltungen verboten werden, die sich speziell an Jugendliche richten. Des Weiteren kann man die Einführung einer Chipkarte für den Automatenverkauf in Erwägung ziehen, so dass Jugendliche an Automaten grundsätzlich keine Zigaretten kaufen können. Auch könnte die Internet-Tabakwerbung durch Einführung eines Systems der Zugangskontrolle auf die Fachleute auf dem Tabaksektor sowie auf Erwachsene beschränkt werden. Möglich wäre weiterhin ein Verbot der Werbung an Orten, die vorwiegend von Jugendlichen besucht werden, wie Diskotheken, Jugendzentren und Schulen, sowie in Medien, die von Jugendlichen bevorzugt oder speziell an sie gerichtet werden, wie beispielsweise Jugendzeitschriften¹³¹.

Selbst bei unterstellter Geeignetheit des Verbots wäre eine Erforderlichkeit nicht gegeben.

¹²⁸ Oppermann, ZUM 2001, 950, 951.

¹²⁹ Leisner, EuZW 1991, 498, 501.

¹³⁰ Stuess/Hellert, ZUM 2000, 1038, 1045.

¹³¹ Stewing, RIW 1993, 185, 186.

(cc) Angemessenheit

Tabak ist ein Genussmittel und ein Konsumgut, das legal und frei zugänglich ist. Dass für illegale Produkte oder Verhaltensweisen nicht geworben werden darf, ist selbstverständlich. Im Umkehrschluss sollte es grundsätzlich selbstverständlich sein, ein legales Produkt bewerben zu dürfen. Dem mündigen Bürger muss es erlaubt sein, sich über ein legales Produkt auch zu informieren. Zudem ist die Gemeinschaft inkonsequent: Einerseits fördert sie den Tabakanbau durch Subventionen in Höhe von einer Milliarde Euro pro Jahr¹³², andererseits verbietet sie die Werbung für dieses von ihr geförderte Produkt. Wie oben bereits ausgeführt, kommt zudem hinzu, dass das Werbeverbot gravierende wirtschaftliche Folgen hat.

Demgegenüber steht der Gesundheitsschutz, der generell ein hochrangiges Rechtsgut ist. Allerdings ist nicht wissenschaftlich erwiesen, dass die Werbung Einfluss auf das Konsumverhalten von Tabak hat. Zudem ist ein beschränktes Werbeverbot unwirksam.

Somit kann nicht von einer Gleichwertigkeit der Rechtsgüter gesprochen werden. Das Verbot ist nicht angemessen. Das Verbot genügt hinsichtlich des Ziels Gesundheitsschutz nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Im Ergebnis verstößt die Tabakwerberichtlinie II in mehrfacher Hinsicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 3 EGV.

¹³² EU-Report, Juli 2004.

II. Exkurs: Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsgrundrechten

Fraglich ist weiterhin, ob die Tabakwerberichtlinie II mit den Grundrechten in Einklang steht. Die folgende Untersuchung erstreckt sich auf Grundrechte des Gemeinschaftsrechts, nationale Grundrechte bleiben dabei außer Betracht.

Zum Zeitpunkt der Tabakwerberichtlinie I ging die wohl überwiegende Auffassung von einer Verletzung der Grundrechte aus¹³³. Generalanwalt Fennelly kam zu einem Verstoß gegen das Recht auf Eigentum und die Berufsfreiheit, jedoch nicht gegen die Meinungsfreiheit¹³⁴. Im Urteil selbst gab es keine Berücksichtigung. Auch dem Urteil bezüglich der Tabakwerberichtlinie II ist nur wenig zu entnehmen. Die geringfügigen Ausführungen werden an geeigneter Stelle angesprochen.

Zunächst wird allgemein auf die Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der EU eingegangen. Die Schaffung und Kundgebung der Charta der Grundrechte¹³⁵ hat zu einigen Überlegen im EU-Grundrechtsschutz geführt, so dass auf deren Entstehung und ihrer rechtliche Bedeutung eingegangen wird. Erst danach wird eine konkrete Grundrechtsüberprüfung vorgenommen.

1. Grundlagen der Prüfung

a) Entwicklung des Grundrechtsschutzes

Der EuGH hat schon früh die Existenz von Grundrechten auf Gemeinschaftsebene anerkannt und stetig weiterentwickelt¹³⁶. Grundrechte gehören nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die vom EuGH zu wahren sind.¹³⁷ Unter allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind Normen zu verstehen, die grundlegende Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit zum Ausdruck bringen und denen jede Rechtsordnung verpflichtet ist¹³⁸.

Zur Ermittlung der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte greift der EuGH auf die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zurück¹³⁹. Weitere Erkenntnisquellen sind die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte,

¹³³ Wägenbaur, EuZW 1999, 144, 149.

¹³⁴ Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rn. 151.

¹³⁵ Im Folgenden Charta.

¹³⁶ Tappert, DRiZ 2000, 204; Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 357.

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 6.3.2001, Rs. 274/99 P, 1611, Rn. 37 (Connolly).

¹³⁸ Fischer, Europarecht, § 5 Rn. 11.

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 15 (Hauer); Stock, Medienfreiheit in der EU, S. 17.

insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁴⁰, die auch in Art. 6 Abs. 2 EUV aufgenommen wurde. Art. 6 Abs. 2 EUV bestimmt ausdrücklich, dass die EU die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Rechtsgrundsätze ergeben, achtet. Unter „Achtung“ ist allerdings nicht die Anerkennung eines ausformulierten Grundrechtskatalogs zu verstehen.¹⁴¹ Vielmehr sind unter den zu achtenden Grundrechten die Grundrechte gemeint, die der EuGH richterrechtlich als allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelt hat. Art. 6 Abs. 2 EGV bedeutet demnach, dass die Gemeinschaftsorgane bei jeder Handlung in der Union rechtlich an den vom EuGH entwickelten Grundrechtsschutz in seinem jeweiligen Bestand gebunden sind.¹⁴²

b) Charta der Grundrechte

Die Rechtslage könnte sich durch die Schaffung der Charta der Grundrechte verändert haben.

(1) Entstehung

Die Charta wurde vom ersten europäischen Konvent erarbeitet und anschließend von einer Reihe von Organen gebilligt. Die feierliche Proklamation durch die Staats- und Regierungschefs erfolgte zur Eröffnung der Regierungskonferenz von Nizza am 7. Dezember 2000. Allerdings blieb die Charta zunächst unverbindlich. Im geplanten, neuen Europäischen Verfassungsvertrag bildet sie den Teil II. Nachdem die Ratifizierung der Verfassung gescheitert ist, soll nun der Vertrag von Lissabon die europäische Einigung voranbringen. Dabei ist die Grundrechtscharta nicht mehr Teil des Vertrags. Durch einen Verweis soll sie jedoch für alle Staaten, ausgenommen Polen und Großbritannien, für bindend erklärt werden. Die Proklamation der Charta erfolgte am 12. Dezember 2007 in Straßburg.

¹⁴⁰ Stock, Medienfreiheit in der EU, S. 17.

¹⁴¹ Tappert, DRiZ 2000, 204, 205; Bernsdorff, NdsVBl. 2001, 177; Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 357.

¹⁴² Fischer, Europarecht, § 2 Rn. 21.

(2) Rechtliche Bedeutung

Durch die reine Proklamation in Nizza und in Straßburg hat die Charta noch keine Rechtsverbindlichkeit erlangt¹⁴³. Erst wenn der Vertrag von Lissabon in Kraft tritt, wird auch die Charta rechtsverbindlich. Damit ist die Rechtslage hinsichtlich der Gemeinschaftsgrundrechte auf der Basis des Art. 6 EUV unverändert, so dass die EMRK neben den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten weiterhin die Grundlage für die Ermittlung der allgemeinen Rechtsgrundsätze¹⁴⁴.

Auch wenn die Grundrechtscharta rechtlich unverbindlich ist, beeinflusst sie trotzdem das Unionsrecht¹⁴⁵. Der EuGH zieht die Charta heran, um ein auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 EUV gewonnenes Ergebnis zu bestätigen bzw. zu konkretisieren¹⁴⁶. Schließlich hat die Charta einen Grundrechtskatalog formuliert, der zumindest in seinem Kern durch EMRK, EU-Vertrag und EG-Vertrag und Rechtsprechung des EuGH bereits jetzt zum rechtlich bindenden Standard gehört¹⁴⁷. Die Rechte, die in der Charta niedergelegt sind, seien sowieso „nur“ eine ohne Frage bedeutsame Bestätigung und Bekräftigung geltenden Rechts¹⁴⁸. Die Heranziehung der Grundrechtscharta wird deshalb auch als „Interpretationshilfe“ oder als Ausdruck gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten¹⁴⁹ bezeichnet. Folglich ist bei der Grundrechtsprüfung auch die Charta der Grundrechte zu berücksichtigen.

c) Aufbau der Grundrechtsprüfung

Die Grundrechtsprüfung des Gemeinschaftsrechts lässt sich mit der deutschen Grundrechtskontrolle vergleichen¹⁵⁰. Als erstes erfolgten eine Definition des Schutzbereichs und die Bestimmung eines Eingriffs, der allerdings gerechtfertigt

¹⁴³ Zimmer, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zwischen Gemeinschaftsrecht, Grundgesetz und EMRK, S. 20; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“, S. 56; Weber, in: Griller/Hummer, Die EU nach Nizza, S. 281, 291.

¹⁴⁴ Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anh. zu Art. 6 EUV Rn. 30; Callies, EuZW 2001, 261, 267; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1,11.

¹⁴⁵ Magiera, in: Scheuing, Europäische Verfassungsordnung, S. 117, 129; Hector, in: Bröhmer, Der Grundrechtsschutz in Europa, S. 180, 238; Ress, in: Duschaneck/Griller, S. 183.

¹⁴⁶ Gnan, Der Vertrag von Nizza, BayVBl. 2001, 449, 459; Grabenwarter, DVBl. 2001, 1,11; Schwarze, EuZW 2001, 517.

¹⁴⁷ Callies, EuZW 2001, 261, 267.

¹⁴⁸ Callies, EuZW 2001, 261, 267; Hummer, Der Statuts der „EU-Grundrechtecharta“. Politische Erklärung oder Kern einer europäischen Verfassung?, S. 61.

¹⁴⁹ Kingreen, in: Callies/Ruffert Art. 6 EUV Rn. 35 a; Philippi, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 52.

¹⁵⁰ Quasdorf, Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, S. 177.

sein kann. Zudem können die Grundrechte Beschränkungen unterworfen werden (Schranken)¹⁵¹, die sich allgemein an den Zielen und Strukturen der Gemeinschaft orientieren¹⁵². Zudem müssen sie bestimmten Anforderungen gerecht werden (Schranken-Schranken)¹⁵³.

Inwiefern Ziele und Zwecke der Gemeinschaft Grundrechtsengriffe rechtfertigen können, überprüft der EuGH anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹⁵⁴. Demnach ist eine Maßnahme nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist. Des Weiteren dürfen die Nachteile, die mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen bzw. Zielen stehen, die sie bewirkt.

Die Grundrechte der Charta besitzen grundsätzlich keine eigenen Schrankenbestimmungen, sondern richten sich nach dem in Art. 52 der Charta niedergeschriebenen allgemeinen Schrankenvorbehalt. So wird in Art. 52 Abs. 1 zunächst der Vorbehalt des Gesetzes genannt. In Art. 52 Abs. 1 und S. 2 der Charta werden die Wesensgehaltsgarantie und das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenzen von Grundrechtseingriffen erwähnt. Gemäß Art. 52 Abs. 2 der Charta gelten für die Rechte der Charta, die im EU-Vertrag oder in den Gemeinschaftsverträgen begründet sind, die dort festgelegten Bedingungen und Grenzen. Für die Rechte, welche solchen aus der EMRK entsprechen, bestimmt wiederum Art. 52 Abs. 3 S. 1 der Charta, dass sie die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie dort.

¹⁵¹ Callies/Ruffert, Art. 6 EUV, Rn. 69.

¹⁵² Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 215.; Meyer, Produktspezifische Werberegungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 177.

¹⁵³ Callies/Ruffert, Art. 6 EUV, Rn. 73; Meyer, Produktspezifische Werberegungen in Deutschland und der Europäischen Union, S. 177.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 23 (Hauer).

2. Prüfung der Grundrechte

In Betracht kommen Verstöße gegen die Meinungs-, Berufs-, und Eigentumsfreiheit.

a) Meinungsfreiheit

(1) Schutzbereich

(aa) Rechtsprechung des EuGH

Die allgemeine Meinungsfreiheit ist in Art. 10 EMRK garantiert und vom EuGH als Gemeinschaftsgrundrecht anerkannt¹⁵⁵. Der EuGH knüpft beim Schutzbereich unmittelbar an Art. 10 EMRK und die diesbezügliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGMR) an¹⁵⁶.

Nach Art. 10 Abs. 1 EMRK hat jeder das Recht auf freie Meinungsäußerung. Der gesamte Kommunikationsprozess, von der Freiheit der Meinungsäußerung bis hin zur Freiheit, Nachrichten und Ideen zu empfangen, ist nach Satz 2 geschützt, genauso wie die Meinungsäußerung durch Presse und Rundfunk, auch wenn diese Medien nicht gesondert aufgeführt sind¹⁵⁷.

Hier verbietet die Tabakwerberichtlinie II die Werbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, im Internet sowie im Rundfunk. Hierdurch wird die Werbefreiheit geregelt. Wie der EuGMR bereits festgestellt hat, umfasst Art. 10 EMRK auch die Werbung.¹⁵⁸ Dies wurde auch überwiegend von der Literatur so gesehen¹⁵⁹ und von Generalanwalt Fennelly bestätigt¹⁶⁰. Folglich ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist somit eröffnet.

(bb) Art. 11 der Charta der Grundrechte

Nach Art. 11 Abs. 1 der Charta ist die freie Meinungsäußerung geschützt. Der Wortlaut stimmt mit Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK überein, allerdings ist Art. 11 Abs. 2 der Charta über die Freiheit und Pluralität der Medien neu. Er ist

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 17.1.1984, verb. Rs. 43, 63/82, Slg. 1984, 13, Rn. 33-34 (Flämische Bücher); ders., Urt. v. 18.6.1991, Rs. 260/89, Slg. 1991, 2925, Rn. 44 (ERT).

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 21.9.1989, verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, 2859, Rn. 18 (Hoechst); ders., Urt. v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 18, 25 (Familiapress).

¹⁵⁷ Ossenbühl, ZLR 1999, 107, 122.

¹⁵⁸ EuGMR, 20.11.1989, Nr.3/1988/147/201, EuGRZ 1996, 302, 304.

¹⁵⁹ Müller, WRP 1992, 20, 22; Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen, S. 306; Stein, Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, S. 19; Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, S. 44; Paulus, WRP 1990, 22, 24;

¹⁶⁰ Generalanwalt Fennelly, Schlussanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98 und C-74/99, Slg. 2000, I-8419, Rn. 153f.

nicht in der EMRK vorhanden und wurde auf Drängen von Deutschland eingefügt¹⁶¹. Damit wird das vom EuGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK vertretene Ergebnis verwirklicht, dass ein kulturell vielfältiges Mediensystem im Interesse der Informationsfreiheit ein Umstand ist, dem bei der Medienfreiheit entscheidende Bedeutung zukommt. Somit ergibt sich ein zusätzliches Argument für die Grundrechtsgewährleistung aus Art. 11 der Charta.

(2) Eingriff

Des Weiteren müsste ein Eingriff vorliegen. Ein Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs durch eine hoheitliche Maßnahme¹⁶². Dabei ist fraglich, ob die Richtlinienbestimmung oder erst der nationale Umsetzungsakt Eingriffsqualität aufweist.

Eine eingriffsgleiche Grundrechtsgefährdung ist dann anzunehmen, wenn von der Richtlinienformulierung das zwingende Gebot ausgeht, bestimmte Grundrechtseingriffe vorzunehmen. Dafür spricht Art. 230 EGV, nach dessen Absatz 2 Richtlinien Gegenstand von Organ- und Staatennichtigkeitsklagen sein können.¹⁶³ Würde erst die Umsetzung für einen Eingriff verlangt, wäre eine Grundrechtsprüfung nach Art. 230 EGV nicht möglich, da stets die zweimonatige Frist nach Absatz 5 abgelaufen wäre. Dann müsste auf das langatmige Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV zurückgegriffen werden¹⁶⁴, was nicht im Sinne eines gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes sein kann.

Im vorliegenden Fall hindert die Tabakwerberichtlinie II verschiedene Gruppierungen, wie Tabakhersteller, Rundfunk- und Internetanbieter oder Werbeagenturen, für Tabakprodukte zu werben. Zudem haben die Kunden weniger Möglichkeiten, mit Produktinformationen über Tabakerzeugnisse versorgt zu werden. Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit liegt bereits durch die Richtlinie vor.

¹⁶¹ Dörr/Zorn, NJW 2001, 2837, 2842.

¹⁶² Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anhang zu Art. 6 EUV Rn. 36.

¹⁶³ Kühling, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 583, 614, 615.

¹⁶⁴ Kühling, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 583, 615.

(3) Rechtfertigung

(aa) Schranken/Schranken-Schranken

Beschränkungen sind nach Art. 10 Abs. 2 EMRK zulässig, sofern sie vom Gesetz vorgesehen sind, einen gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK zulässigen Zweck verfolgen und zur Erreichung des Zwecks in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, das heißt, durch ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt sind und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Ziel stehen. Darauf verweist der EuGH in seinem Urteil bezüglich der Tabakwerberichtlinie II auch noch einmal ausdrücklich.¹⁶⁵

Die in der Charta der Grundrechte verankerte Meinungsfreiheit ist ebenfalls nicht schrankenlos gewährleistet. Aufgrund dessen, dass in Art. 11 der Charta keine Schranke genannt wird, ist auf den allgemeinen Schrankenvorbehalt nach Art. 52 der Charta zurückzugreifen. Demnach sind Einschränkungen nur dann zulässig, wenn sie dem Vorbehalt des Gesetzes genügen, die Wesensgehaltsgarantie achten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.

Für Rechte, die Rechten aus der EMRK entsprechen, bestimmt Art. 52 Abs. 3 S.1 der Charta, dass sie die gleiche Bedeutung und Tragweite haben wie dort. Dabei umfassen die Begriffe Bedeutung und Tragweite den Schutzbereich sowie die Schranken der Grundrechte¹⁶⁶. Somit ist fraglich, ob die Medienfreiheit Teil der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 der Charta oder ein eigenes Grundrecht ist¹⁶⁷.

Aufgrund dessen, dass in Art. 11 Abs. 1 der Charta die Meinungsfreiheit geregelt ist und in einem gesonderten Absatz danach die Medienfreiheit, könnte man die Medienfreiheit als eigenständiges Grundrecht ansehen. Jedoch ist die Erwähnung der Medienfreiheit deshalb in einem gesonderten Absatz geregelt worden, um die Medienfreiheit besonders hervorzuheben¹⁶⁸, nicht aber um ein eigenes, von der Meinungsfreiheit losgelöstes Grundrecht zu statuieren.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Rn. 154 (Tabakwerbung).

¹⁶⁶ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 2; Schmitz, JZ 2001, 833, 838; a.A.: Philippi, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 44.

¹⁶⁷ Schmitz, JZ 2001, 833, 842.

¹⁶⁸ Grabenwarter, DVBl. 2001, 1, 4.

Folglich gilt hier Schranke nach Art. 52 Abs. 3 der Charta¹⁶⁹. Mögliche Einschränkungen dieses Rechts dürfen nicht über die in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgesehenen Einschränkungen hinausgehen¹⁷⁰.

(bb) Prüfung der Voraussetzungen

(i) Gesetzesvorbehalt

Zuerst ist ein Gesetzesvorbehalt erforderlich. Richtlinien sind in Art. 249 Abs. 3 EGV ausdrücklich als Rechtsakt der EG anerkannt und vom EuGH als mittelbare Gesetzgebung bezeichnet worden¹⁷¹. Damit genügen sie dem Vorbehalt¹⁷². Allerdings besitzt die EG keine Kompetenz zum Erlass dieser Richtlinie.¹⁷³ Darum kann die Richtlinie kein Gesetz in diesem Sinne sein. Im Folgenden wird angenommen, dass die Richtlinie wirksamen erlassen wurde.

(ii) Legitimes Ziel

Mit der Richtlinie soll eine Harmonisierung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zum Werbeverbot für Tabakerzeugnisse und zum Sponsoring erreicht werden. In Art. 10 Abs. 2 EMRK ist die Rechtsharmonisierung nicht ausdrücklich als rechtfertigender Zweck genannt. Bisher sind lediglich die beamtenrechtliche Treuepflicht, die Gesundheit und vor allem die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt anerkannt worden.¹⁷⁴ Somit kommt nur noch der Gesundheitsschutz in Frage, der Zweck der Rechtsharmonisierung fällt aus der Prüfung heraus.

(iii) Notwendigkeit

Weiterhin müsste das Tabakwerbeverbot zur Erreichung des Zwecks Gesundheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, das heißt, der Eingriff muss gemessen an dem verfolgten Ziel verhältnismäßig sein¹⁷⁵. Der EuGH weist in seinem Urteil darauf hin, dass ein gewisser Entscheidungsspielraum bestehe, bei

¹⁶⁹ Vgl. Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 52 der Charta, in: Kaufmann, Grundrechtecharta der Europäischen Union, S. 156.

¹⁷⁰ Picker, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kurz-Kommentar, S. 45.

¹⁷¹ EuG, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. T-172/98, Slg. 2000, II-2487, Rn. 29 (Salamander).

¹⁷² Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkung der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, S. 100; Determann, Kommunikationsfreiheit im Internet, S. 374.

¹⁷³ Vgl. dazu II. Rechtliche Betrachtung der Richtlinie 2003/33/EG.

¹⁷⁴ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 157.

¹⁷⁵ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 158.

dem sich die Kontrolle auf die Prüfung beschränke, ob der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht. Indes kommt er nicht zu einer Prüfung, sondern erklärt nur, dass selbst wenn durch die Richtlinie die Freiheit der Meinungsäußerung indirekt geschwächt werden sollte, die Freiheit der journalistischen Meinungsäußerung als solche unberührt bliebe und redaktionelle Beiträge der Journalisten folglich nicht betroffen wären.

Wie bereits oben geprüft, ist das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse hinsichtlich des Ziels des Schutzes der Gesundheit weder geeignet noch erforderlich. Bei der (hilfsweise zu prüfenden) Angemessenheit ist eine Güterabwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Gesundheitsschutz vorzunehmen.

Auf der einen Seite steht die Meinungsfreiheit als hochwertiges Rechtsgut. Durch die Tabakwerberichtlinie II könnten viele verschiedene Gruppierungen nicht mehr für Tabakerzeugnisse werben. Die Presse, der Rundfunk und die elektronischen Medien stellen eine wichtige Säule für den Prozess demokratischer Meinungsbildung dar, so dass es notwendig ist, eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen.¹⁷⁶ Da Tabakerzeugnisse legal hergestellt und vertrieben werden können, muss grundsätzlich auch erlaubt sein, dafür zu werben. Würde man die Werbung für Tabak verbieten, könnten bald auch andere Produkte auf der Verbotsliste folgen. Dies würde sich einerseits finanziell besonders stark bemerkbar machen, denn schließlich bilden Werbeeinnahmen die wirtschaftliche Grundlage einer freien und unabhängigen Presse, des privaten Rundfunks und der elektronischen Medienangebote. Andererseits führe dies auch rechtlich zu Nachteilen der Meinungsbildung in der Demokratie¹⁷⁷. Die Werbung informiert den Verbraucher über die am Markt befindlichen Produkte und Dienstleistungen. Gerade erst durch sie wird eine Auswahl der angebotenen Leistung möglich. Diese Informationsmöglichkeit wäre durch ein Werbeverbot nicht mehr gegeben. Die Tabakwerberichtlinie II greift somit insgesamt stark in die Meinungsfreiheit ein.

Auf der anderen Seite steht der Gesundheitsschutz des Menschen – ein hochwertiges, wenn nicht sogar grundsätzlich höherwertiges Gut. Wie oben bereits beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erwähnt, sind beschränkte Werbeverbote nicht wirksam. Zudem ist die Wirkung von Werbung auf das

¹⁷⁶ Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte, S. 103.

¹⁷⁷ Schwarze, ZUM 2002, 89, 95.

Konsumverhalten noch nicht wissenschaftlich erwiesen. Eine Angemessenheit kann hier somit nicht bejaht werden, so dass das Tabakwerbeverbot aus mehreren Gründen nicht verhältnismäßig ist. Der Grundrechtseingriff kann nicht gerechtfertigt werden, weshalb ein Verstoß gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit vorliegt.

b) Berufsfreiheit

(1) Schutzbereich

Die Berufsfreiheit ist in der EMRK nicht garantiert. Trotzdem ist sie vom EuGH als Gemeinschaftsrechtgrundrecht anerkannt¹⁷⁸ und wird von ihm in einem weiten Sinn als wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aufgefasst¹⁷⁹. Eine ausdrückliche Definition hat der EuGH bisher nicht geliefert. Allerdings kann als zumindest unstrittig angesehen werden, dass eine berufliche Tätigkeit dann gegeben ist, wenn eine Tätigkeit dauerhaft gegen Entgelt zum Zweck der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage erbracht wird und ihr Umfang nicht als völlig unwesentlich anzusehen ist¹⁸⁰. Zudem unterscheidet der EuGH zwischen der freien Berufswahl und der freien Berufsausübung¹⁸¹.

Es ist fraglich, ob auch die Werbung für eine bestimmte Ware und somit die Wettbewerbsfreiheit von der Berufsfreiheit umfasst oder Bestandteil einer objektiven Werteordnung ist.¹⁸² Die einzelnen Unternehmer geraten bei frei zu wählenden und auszuübenden Berufen zwangsläufig miteinander in Wettbewerb. Das Verhalten von ihnen und anderen Beteiligten im Wettbewerb ist damit untrennbar mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit und vor allem der Berufsausübung verbunden ist¹⁸³. Deshalb ergibt es Sinn, die Wettbewerbsfreiheit in den Schutzbereich mit einzubeziehen.

Gemäß Art. 15 der Charta der Grundrechte hat jede Person das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten Beruf auszuüben. Dieser Artikel ist an die EuGH-

¹⁷⁸ EuGH, Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 14 (Nold); ders., Urt. v. 8.10.1986, Rs. 234/85, Slg. 1986, 2897, Rn. 8 (Keller).

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415, Rn. 72 (Süderdithmarschen).

¹⁸⁰ Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 78; Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 132.

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 32 (Hauer).

¹⁸² Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 111f.

¹⁸³ Wunderlich, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Eigentumsgarantie und ihre Auswirkungen auf die Staatshaftung für legislatives Unrecht, S. 109.

Rechtsprechung angelehnt¹⁸⁴, so dass dabei der gleiche Berufsbegriff wie der Rechtsprechung des EuGH zugrundeliegt¹⁸⁵. Zudem wird mit Art. 16 der Charta die unternehmerische Freiheit geschützt. Darunter ist eine selbständige, auf Eigeninitiative und -verantwortlichkeit beruhende Tätigkeit zu verstehen, die eine Freiheit des Marktzugangs und -austritts voraussetzt¹⁸⁶.

(2) Eingriff

Nicht nur unmittelbar berufsregelnde Maßnahmen können das Grundrecht beeinträchtigen, sondern auch nur mittelbar zu Beeinträchtigungen führende Maßnahmen¹⁸⁷. Mit der Tabakwerberichtlinie II wird nicht unmittelbar in die Berufswahl oder Berufsausübung eingegriffen. Allerdings wird der Tabakindustrie verboten, für ihre Produkte mit bestimmten Werbemitteln zu werben, so dass ihnen die Möglichkeit des Wettbewerbs mit anderen Herstellern genommen wird. Folglich ist die Richtlinie eine mittelbare Beeinträchtigung für die Tabakindustrie. Durch das Werbeverbot in ihren jeweiligen Medien sind auch die Presseverleger, die Rundfunkanbieter und die Online-Anbieter mittelbar beeinträchtigt, ebenso die Werbebranche und die Organisatoren von Veranstaltungen.

Mit der Richtlinie wird allein in die Form der Berufsausübung eingegriffen, nicht in die jeweilige Berufswahl. Dies ist von zentraler Bedeutung, da Eingriffe in die Berufswahl schwerer zu rechtfertigen sind als solche, die sich lediglich auf die Berufsausübung beziehen¹⁸⁸.

(3) Rechtfertigung

(aa) Schranken/Schranken-Schranken

Eine Rechtfertigung liegt vor, wenn die Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen, auf

¹⁸⁴ Vgl. auch Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 15 der Charta, in: Kaufmann, Grundrechtecharta der Europäischen Union, S. 140.

¹⁸⁵ Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und den Mitgliedstaaten, S. 83.

¹⁸⁶ Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, S. 77.

¹⁸⁷ Meyer, Produktspezifische Werberegeln in Deutschland und der Europäischen Union, S. 181.

¹⁸⁸ Donner, Tabakwerbung und Europa, S. 376; Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anh. zu Art. 6 EUV Rn. 56.

den verfolgten Zweck bezogenen, unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen¹⁸⁹.

Aufgrund einer fehlenden Normierung eigener Schranken bei Art. 15 und bei Art. 16 der Charta ist auf den allgemeinen Schrankenvorbehalt in Art. 52 der Charta, der die Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen festlegt, zurückzugreifen.

(bb) Prüfung der Voraussetzungen

(i) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Wie bereits festgestellt, fehlt es der Gemeinschaft an der Kompetenz für den Erlass der Tabakwerberichtlinie II und somit das legitime Gemeinschaftsziel. Selbst wenn man die Kompetenz und das legitime Gemeinschaftsziel unterstellt, ist das Verbot weder im Hinblick auf das Ziel Binnenmarkt noch auf das Ziel Gesundheitsschutz geeignet und erforderlich.

(ii) Angemessenheit

Es muss zwischen der vorgesehenen Maßnahme und dem angestrebten Ziel ein angemessenes Verhältnis bestehen. Auf der einen Seite kommt es durch das Werbeverbot zu wirtschaftlichen Nachteilen in Form des Verlusts von erheblichen Werbeeinnahmen¹⁹⁰, was wiederum viele Arbeitsplätze kostet¹⁹¹. Davon ist vor allem die Presse betroffen. Die Einnahmen aus Tabakwerbung machen bei den großen deutschen Zeitungsverlagen einen hohen Anteil der Gesamtwerbeeinnahmen aus. Jährlich werden mit Zigarettenwerbung in Zeitungen und Zeitschriften 60 Millionen Euro umgesetzt¹⁹². Betroffen sind aber auch Veranstalter von Hörfunk, Online-Anbieter sowie Organisatoren von Veranstaltungen, die mit Sponsoring finanziert werden.

Auf der anderen Seite bestehen keine spürbaren Hindernisse für den freien Verkehr der Druckerzeugnisse. Selbst in Ländern mit nationalen Verboten gibt es Ausnahmeregelungen für ausländische Presseerzeugnisse oder eine Duldung der Verbreitung¹⁹³. Trotz des nach dem EuGH wahrscheinlichen Eintritts solcher Hindernisse wurde die Gefahr von der EG bisher nicht konkret nachgewiesen. Vielmehr wurde sie lediglich mit Verweis auf die derzeitige Entwicklung der

¹⁸⁹ EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 78 (Bananenstreit).

¹⁹⁰ Berbalk/Bommersheim, Focus vom 1.7.2002, 178, 179.

¹⁹¹ Vwd Vereinigte Wirtschaftsdienste Online vom 17.4.2002.

¹⁹² Der Spiegel vom 25.2.2002, S. 20.

¹⁹³ Scheider, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.7.2001, S. 8.

nationalen Vorschriften begründet. Selbst wenn eine solche Gefahr konkret bestünde, wäre der Binnenmarkt, wie bereits festgestellt, nur in einem sehr geringen Umfang betroffen¹⁹⁴. Dies gilt ebenso für gedruckte Veröffentlichungen. Bezogen auf Tabakwerbung wird das Internet grenzüberschreitend nur selten benutzt. Vielmehr werden nur national geprägte Online-Dienste genutzt, zu denen auch die jeweilige Werbung gehört. Genauso verhält es sich mit dem Hörfunk, der regelmäßig regional organisiert ist und grenzüberschreitend nur in ganz seltenen Fällen stattfindet¹⁹⁵. Bei beiden Medien ist es bisher bei der grenzüberschreitenden Nutzung weder zu Behinderungen noch zu spürbaren Verzerrungen gekommen, so dass das Tabakwerbeverbot in diesen Medien weder der Beseitigung von Hemmnissen des freien Verkehrs noch spürbarer Wettbewerbsverzerrungen dient. Beide Verbote für Tabakwerbung im Internet und Hörfunk stellen zudem keine Umgehungsschutzklausel dar.

Auch beim Sponsoring ergeben sich Bedenken. Dieses Verbot ist ausnahmslos, so dass auch kleinere Veranstaltungen betroffen sind, bei denen weder Dienstleistungshemmnisse noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen oder drohen.

Aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass die Maßnahme nicht angemessen ist. Die Maßnahme genügt aus mehreren Gründen nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Bezogenen auf das Ziel des Gesundheitsschutzes ergibt sich eine ähnliche Betrachtung. Aufgrund der gerade erwähnten Nachteile bedeutet die Tabakwerberichtlinie II einerseits einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit der Betroffenen. Andererseits ist die Gesundheit ein hochrangiges Schutzgut. Wie bei der Meinungsfreiheit bereits erwähnt, sind die Wirkungen von Werbung auf das Konsumverhalten noch nicht exakt wissenschaftlich erwiesen und beschränkte Werbeverbote auf jeden Fall nicht wirksam. Eine Angemessenheit liegt also auch nicht bei dem Ziel Gesundheitsschutz vor.

Der Eingriff ist somit nicht gerechtfertigt. Folglich liegt ein Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit vor.

¹⁹⁴ Vgl. dazu Ausführungen ab Seite 11.

¹⁹⁵ Vgl. dazu Ausführungen ab Seite 15.

c) Eigentumsfreiheit

(1) Schutzbereich

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist die Eigentumsfreiheit ein auf Gemeinschaftsebene geschütztes Grundrecht¹⁹⁶. Der Schutzbereich umfasst bewegliche und unbewegliche Sachen sowie andere vermögenswerte Rechte¹⁹⁷, die dem Unternehmen seinen wirtschaftlichen Wert verleihen¹⁹⁸. Allerdings ist offen, ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb vom Schutzbereich umfasst ist.

Der EuGMR bejaht dies¹⁹⁹. Dies kann jedoch auch damit zusammenhängen, dass die EMRK kein Grundrecht der Berufsfreiheit enthält²⁰⁰. Der Europäische Gerichtshof hat sich bisher noch nicht entschieden²⁰¹. Auf jeden Fall kann der Schutz des Gewerbebetriebs nicht weiter reichen als seine Grundlagen. Somit muss zumindest der Bestand des Unternehmens betroffen sein²⁰². Somit ist die Einbeziehung künftiger Rechtspositionen ausgeschlossen, so dass bloße Interessen, Hoffnungen oder Gewinnchancen nicht von der Eigentumsgarantie geschützt werden²⁰³. Unter den Eigentumsbegriff fällt auch die Marke²⁰⁴.

In der Charta der Grundrechte ist das Eigentumsrecht in Art. 17 verankert. Der Schutz des geistigen Eigentums, welches das Markenrecht umfasst, wird in Abs. 2 ausdrücklich genannt, wobei die in Abs. 1 vorgesehenen Garantien sinngemäß auch für den Abs. 2 zählen.

(2) Eingriff

Als Eingriffe sind die Eigentumsentziehung und die Beschränkung von Eigentumsrechten zu sehen²⁰⁵. Das Tabakwerbeverbot mindert zwar die Umsatz- und Gewinnchancen der Gewerbetreibenden im Werbe- und Sponsoringbereich

¹⁹⁶ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 17-30 (Hauer).

¹⁹⁷ Zimmerling, in: Lenz/Borchardt, Anh. zu Art. 6 EUV Rn. 62; Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 143, 144.

¹⁹⁸ Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, S. 267.

¹⁹⁹ EGMR, 26.6.1989, Nr. 7/1984/79/123, in: EuGRZ 1988, 35.

²⁰⁰ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 145

²⁰¹ Günter, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, S. 37; a.A. Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, S. 46.

²⁰² Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, S. 40; Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 116.

²⁰³ EuGH, Urt. v. 14.3.1974, Rs 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 14 (Nold); Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 148; Crones, Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 118.

²⁰⁴ Beutler, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 6 EUV Rn. 79; Stein, Gemeinschaftsregeln für den Werbemarkt und ihre Grenzen nach Gemeinschaftsrecht und Grundrechten, S. 28.

²⁰⁵ EuGH, Urt. v. 13.12. 1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 17-30 (Hauer).

sowie der tabakherstellenden Industrie. Allerdings umfasst der Eigentumsbegriff die Umsatz- und Gewinnchancen nicht.

Somit kommen nur noch die bestehenden Markenrechte der Tabakindustrie in Betracht. In Zukunft könnte diese ihre Marken nicht mehr in vielen Bereichen der Werbung einsetzen, wodurch ein ganz erheblicher Absatzverlust droht. Durch das Werbeverbot wird dieser somit nicht das Recht an der Marke selbst entzogen, sondern der Werbeeffect der Marke eingeschränkt. Folglich liegt hier der Eingriff in einer Beschränkung der Ausübung dieses Rechts.

(3) Rechtfertigung

Das Eigentum betreffende Eingriffe müssen den Gemeinschaftszielen und im Hinblick auf den verfolgten Zweck dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

In Art. 17 der Charta sind die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung genannt. Trotzdem wird bei den Erläuterungen beispielsweise des Präsidiums und auch im Schrifttum auf Art. 52 Abs. 3 der Charta in Verbindung mit Art. 1 des Zusatzprotokolls der EMRK verwiesen²⁰⁶. Wie bereits erwähnt, hat gemäß Art. 52 Abs. 3 der Charta das Recht die gleiche Bedeutung und Tragweite wie das in der EMRK verankerte Recht, wobei nicht über die in der EMRK genannten Beschränkungen hinausgegangen werden darf. Deshalb ist es fraglich, ob die Schrankenregelung des Art. 17 der Charta auch als allgemeingültig angesehen werden kann²⁰⁷. Dies kann hier jedoch dahinstehen. Die in Art. 17 der Charta geregelte Nutzung kann nach gängigen Verfassungstraditionen und auch der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH eingeschränkt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.²⁰⁸

Somit ist für einen Grundrechtseingriff zunächst ein Ziel notwendig, das dem Gemeinwohl dient. Wie bereits mehrfach erwähnt, fehlt der Gemeinschaft bei der Förderung des Binnenmarktes und beim Ziel Gesundheitsschutz die Kompetenz und somit das legitime Gemeinschaftsziel. Bei unterstellter Kompetenz und damit legitimen Gemeinschaftsziel ist das Verbot zudem weder geeignet noch erforderlich. Würden beide Voraussetzungen vorliegen, müsste das Verbot

²⁰⁶ Vgl. die Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 52 der Charta, in: Kaufmann, Grundrechtecharta der Europäischen Union, S. 156.

²⁰⁷ Schmitz, JZ 2001, 838.

²⁰⁸ Tettinger, NJW 2001, 1010, 1014.

angemessen sein. Hier wird das Markenrecht hinsichtlich der Nutzung eingeschränkt und auch nur bezüglich des Werbeeffekts. Die Marke an sich bleibt weiter bestehen. Es entstehen zwar schwerwiegende Folgen hinsichtlich der Berufs- und Eigentumsfreiheit, bezogen auf das Markenrecht jedoch nur geringe. Deshalb wäre der Eingriff in das Markenrecht angemessen und folglich bei unterstellter Geeignetheit sowie Erforderlichkeit gerechtfertigt.

3. Zwischenergebnis

Die Tabakwerberichtlinie II verstößt gegen Grundrechte des Gemeinschaftsrechts und zwar gegen die Meinungs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit. Bezüglich der Meinungs- und Berufsfreiheit ist das Ziel Binnenmarkt/Gesundheitsschutz weder geeignet noch erforderlich noch angemessen. Es genügt folglich nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Hinsichtlich der Eigentumsfreiheit ist die Maßnahme nicht geeignet und erforderlich.

III. Begründungspflicht nach Art. 253 EGV

Die Richtlinie könnte gegen die Begründungspflicht nach Art. 253 EGV verstoßen. Der EuGH hat sich in seinem Urteil nur vage dazu geäußert. Indem er lediglich auf die Beweggründe und die alte Tabakwerberichtlinie I verwiesen hat, stellt er fest, dass die „Begründungen“ der Kommission klar und präzise seien.²⁰⁹

1. Anforderungen

Nach Art. 253 EGV sind verbindliche Rechtsakte der EG zu begründen. Damit sollen einerseits die Adressaten die entscheidenden Gesichtspunkte für den Erlass kennenlernen, andererseits soll dem EuGH eine effektive Ausübung seiner Rechtskontrolle ermöglicht werden²¹⁰. Dabei ist eine vollständige Aufzählung nicht notwendig.²¹¹ Vielmehr muss die Begründung inhaltlich die wichtigsten Erwägungen enthalten, auf denen die Maßnahme beruht und welche die Gedankengänge der erlassenen Organe verständlich machen²¹². Sofern der Gedankengang logisch nachvollziehbar ist, kann durchaus knapp begründet werden²¹³. Bei Entscheidungen der EG sind höhere Anforderungen zu stellen als bei allgemein gefassten Rechtsakten (Richtlinie, Verordnung)²¹⁴.

2. Konkrete Überprüfung

Gemäß Art. 3 der Tabakwerberichtlinie II ist die Tabakwerbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen verboten. Das Parlament und der Rat behaupten in Erwägungsgrund 1, bei der Werbung in der Presse seien bereits einige Hindernisse aufgetreten. Zudem bestehe laut Erwägungsgrund 4 ein beträchtliches Risiko für Hemmnisse des freien Verkehrs der Veröffentlichungen wie Zeitschriften, Zeitungen und Magazine – ein Beleg, dass Hemmnisse aufgetreten sind bzw. zu erwarten sind, fehlt gänzlich. Allerdings wäre eine Begründung erforderlich gewesen, um nachvollziehen zu können, warum in Printmedien die Tabakwerbung zur Beseitigung von Beschränkungen des freien Verkehrs und zur Verbesserung des Binnenmarkts verboten werden soll. Vor

²⁰⁹ EuGH, Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rn. 109 und 110 (Tabakwerbung).

²¹⁰ EuGH, Urt. v. 26.3.1987, Rs. 45/86, Slg. 1987, 1493, Rn. 5 (APS); Magiera, Jura 1989, 595, 603.

²¹¹ EuGH, Urt. v. 12.11.1996, Rs. C- 84/94, Slg. 1996, I-5755, Rn. 74 (Arbeitszeitrichtlinie); Schwarze, in: Schwarze, Art. 253 EGV Rn. 4.

²¹² Schwarze, in: Schwarze, Art. 253 EGV Rn. 4.

²¹³ EuGH, Urt. v. 12.11. 1996, Rs. C- 84/94, Slg. 1996, I-5755, Rn. 74 (Arbeitszeitrichtlinie); Callies, in: Callies/Ruffert, Art. 253 EGV Rn. 9.

²¹⁴ Schwarze, in: Schwarze, Art. 253 EGV Rn. 6.

allem der Binnenmarktbezug von lokalen Veröffentlichungen wird nicht dargelegt.

Das Werbeverbot im Internet wird ebenfalls nur kurz in Erwägungsgrund 6 begründet: Die Tabakwerbung in diesem Medium nähme zu und werde stärker genutzt, vor allem von Jugendlichen. Überhaupt sei sie bereits ihrem Wesen nach grenzüberschreitend und müsse daher auf Gemeinschaftsebene geregelt werden. Eine nachvollziehbare und belegte Notwendigkeit des Werbeverbots für Tabakprodukte im Internet lässt sich aus diesen kurzen Erwägungen ebenfalls nicht herleiten.

Art. 4 der Richtlinie möchte alle Formen der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse verbieten. In Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie wird hervorgehoben, dass damit auch das Sponsoring von Rundfunkprogrammen durch Tabakfirmen untersagt werden soll. Auf eine gesonderte Begründung für dieses weitreichende Verbot verzichten Rat und Parlament auch hier nahezu. Lediglich mit einem kleinen Einschub in Erwägungsgrund 6 der Richtlinie wird die kurze Begründung für das Internetwerbeverbot gleichzeitig für das Rundfunkwerbeverbot herangezogen, da der Rundfunk auch über das Internet übertragen werden könne. Dabei wird auf die grenzüberschreitende Natur des Rundfunks abgestellt. Hier hätten Rat und Parlament näher darlegen müssen, was für Hemmnisse bestehen. Gerade die Einbeziehung des lokalen und regionalen Rundfunks wird nicht thematisiert.

Das grenzüberschreitende Sponsoringverbot in der Richtlinie ist pauschal gehalten. In der Begründung des Sponsoringverbots wird die Eingrenzung dieses Verbots betont. Es sollen nur die unterschiedlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über das Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen angeglichen werden, die Aktivitäten und Veranstaltungen mit grenzüberschreitender oder internationaler Wirkung betreffen. Ohne nähere Substantiierung wird davon gesprochen, dass diese Unterschiede zu einer beträchtlichen Gefahr der Wettbewerbsverzerrung für diese Tätigkeit im Binnenmarkt führten, und dass diese Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen wahrscheinlich zunehmen würden. Bei größeren Kultur- und Sportveranstaltungen

seien sie bereits erkennbar geworden²¹⁵. Diese Feststellungen reichen in dieser Allgemeinheit jedoch nicht aus, um eine spürbare Wettbewerbsverzerrung in allen denkbaren Anwendungsformen des Sponsorings zu begründen²¹⁶. Vielmehr hätte hier eine intensive Auseinandersetzung mit den Wettbewerbszuständen in den betroffenen Branchen erfolgen müssen²¹⁷. In der vorgeschlagenen Pauschalität ist das Sponsoringverbot indes nicht haltbar. Erforderlich gewesen wäre somit ein branchenspezifisches Sponsoringverbot, jeweils gedeckt durch entsprechende Wettbewerbsdefizite in der jeweiligen Branche²¹⁸.

Das Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen wird in Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie mit der erheblichen potentiellen Suchtwirkung einer solchen Verteilung begründet. Eine weitergehende Auseinandersetzung findet auch hier nicht statt. Hindernisse des Binnenmarkts oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen werden nicht dargelegt. Der gravierendste Verstoß gegen die Begründungspflicht ist jedoch der Umstand, dass die Erwägungsgründe der Richtlinie den wahren Hauptzweck der Richtlinie verschleiern und nicht die wahren Überlegungen und Motive der erlassenden Gemeinschaftsorgane, nämlich den Gesundheitsschutz, wiedergeben.

Insgesamt gesehen liegen bei der Richtlinie somit mehrere Begründungsmängel vor.

²¹⁵ Erwägungsgründe 1 und 5 der Richtlinie 2003/33/EG.

²¹⁶ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

²¹⁷ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

²¹⁸ Görlitz, ZUM 2002, 97, 105.

C. Auswirkungen auf die EU-Werbepolitik

Mit dem Urteil des EuGH eröffnet dies der Gemeinschaft die Möglichkeit, Werbeverbote für eine Vielzahl von weiteren Produkten zu erlassen. Es lassen sich für fast alle legal im Handel erhältlichen Produkte irgendwelche Gefährdungen für Leib oder Leben herleiten. Alkohol kann zu Abhängigkeit und Organschäden führen, Süßigkeiten können die Zähne schädigen, Autos verursachen Unfälle, usw.

Einen Vorgeschmack auf mögliche nationale Totalverbote, die sich auf die gesamte Gemeinschaft ausweiten könnten, liefert das französische Gesetz über die Bekämpfung des Missbrauchs von Tabak und Alkohol („Loi Evin“)²¹⁹, das eine Vielzahl von Verboten regelt. Wenn zum Beispiel auf einem Plakat zu sehen ist, wie sich ein junger Mann und eine junge Frau, beide sittlich bekleidet, an einem Tisch gegenüber sitzen, sich lächelnd anschauen und vor ihnen zwei Gläser Wein stehen, wird gegen mehrere Loi-Evin-Regeln verstoßen: Erstens dürfen keine Konsumenten abgelichtet werden. Zweitens darf in den Anzeigen keine Wohlfühl-Atmosphäre vermittelt werden. Selbst eine Bordeaux-Wein-Anzeige mit einer Winzerin und einem Winzer wurde verboten, weil der Winzer seinen Arm auf die Schulter der Winzerin legte. Jede werbliche Verbindung von alkoholischen Getränken mit Wohlfühl, mit Sexappeal, mit Erfolg, mit Performance, mit Sport ist verboten.²²⁰

Weiterhin verbietet das Loi Evin in Frankreich anhand eines von den französischen Behörden und Fernsehanstalten erstellten Verhaltenskodexes direkte oder indirekte Fernsehwerbung für alkoholische Getränke. Demnach müssen die französischen Fernsehsender bei Sportveranstaltungen, deren Übertragung sich speziell an das französische Publikum richtet, alle verfügbaren Mittel einsetzen, um zu verhindern, dass im Fernsehen Werbung für alkoholische Getränke gezeigt wird.

In diesem Zusammenhang wurde der Gerichtshof mit zwei Rechtssachen befasst. In einem Vertragsverletzungsverfahren hat die Europäische Kommission

²¹⁹ Loi n°91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

²²⁰ Ina Johansen, Loi Evin – an advertising ban in the Homeland of Red Wine, (zuletzt besucht am 12.6.2009), <http://www.stap.nl/content/bestanden/loi-evin_-article-ina.pdf>.

beantragt²²¹, festzustellen, dass die französische Regelung wegen der durch die „Loi Evin“ eingeführten Hemmnisse für Fernsehübertragungen ausländischer Sportereignisse in Frankreich mit dem vom EG-Vertrag garantierten freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar ist. Ausgangspunkt für das zweite Verfahren²²² ist eine Klage von Bacardi France gegen TF1, Giro Sport und Darmon. Bacardi France wollte erreichen, dass die beklagten Fernsehsender es zukünftig unterlassen, auf ausländische Fußballvereine Druck dahingehend auszuüben, dass sie die Vermietung von Werbetafeln verhindern. TF1 hatte zuvor versucht, dass auf dem Bildschirm keine Marken alkoholischer Getränke zu sehen sind. Daraufhin lehnten einige ausländische Fußballvereine die Vermietung von Werbetafeln an die Firma Bacardi France ab. Der EuGH sollte klären, ob die französische Regelung gegen den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs und die Gemeinschaftsrichtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“²²³ verstößt.

Die indirekte Fernsehwerbung für alkoholische Getränke durch Werbetafeln, die während der Übertragung von Sportveranstaltungen zu sehen sind, stelle keine individualisierbare, im Fernsehen gesendete Äußerung zur Förderung des Absatzes von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ dar, entschied der EuGH.²²⁴ Allerdings stelle diese Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, da sie den Eigentümer von Werbetafeln zwingt, jede Werbung für alkoholische Getränke vorsorglich abzulehnen, sofern die Möglichkeit bestehe, dass die Sportveranstaltung in Frankreich übertragen wird. Zudem müssten französische Sender Übertragungen von Sportereignissen ablehnen, wenn Werbetafeln mit Werbung für in Frankreich vertriebene alkoholische Getränke zu sehen seien. Zuletzt könnten Veranstalter von Sportereignissen, die außerhalb Frankreichs stattfinden, die Übertragungsrechte nicht an französische Sender verkaufen, wenn

²²¹ RS C-262/02, Kommission/Frankreich, Slg 2004, I-6569.

²²² RS C-429/02, Bacardi France, Slg 2004, I-6613.

²²³ Richtlinie 89/552/EWG des Rates v. 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABI. EG Nr. L 298 S. 23, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 06. 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABI. EG Nr. L 202 S. 60, novelliert durch die Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABI. EG L 332 v. 18.12.2007, S. 27.

²²⁴ EuGH, Urteil v. 13.7.2004, Rs. C-262/02, Kommission/Frankreich, Bacardi France, Slg. 2004, 0000.

dabei indirekte Fernsehwerbung für diese alkoholischen Getränke mit ausgestrahlt wird. Zwar seien technische Möglichkeiten zur Unkenntlichmachung der Werbung vorhanden, würden jedoch zu erheblichen Kosten für den französischen Sender führen.

Man müsse aber beachten, dass die französische Fernsehwerbungsregelung dem Gesundheitsschutz diene, so der EuGH weiter. Sie sei geeignet, die Verwirklichung dieses Zieles zu gewährleisten und stehe dabei in einem angemessenen Verhältnis zur Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs. Die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ist deshalb gerechtfertigt, so die Richter abschließend.

Damit steht den nationalen Gesetzgebern Tür und Tor offen, um vergleichbare Regelungen zu treffen. So wollte beispielsweise die Drogenbeauftragte der Bundesregierung Sabine Bätzing Werbe- und Sponsoringverbote bei Alkohol gesetzlich verankern.²²⁵ Allerdings war sie dem öffentlichen Druck (noch) nicht gewachsen, so dass sie einen Rückzieher gemacht hat. Das Werbeverbot für Alkohol im Sport ist vorerst vom Tisch. Allerdings besteht die Forderung nach einem Werbeverbot für Alkohol im Fernsehen und im Kino vor 20 Uhr besteht nach wie vor.

Aber auch auf europäischer Ebene wird an starken Beschränkungen der Werbung für Alkohol gearbeitet. So wurde im April letzten Jahres eine Wissenschaftsgruppe gegründet, welche die bestehenden gesetzlichen und selbstregulativen Bestimmungen im Bereich der Alkoholwerbung sowie über die Auswirkungen von kommerzieller Kommunikation der Alkoholhersteller auf das Trinkverhalten insbesondere junger Menschen analysieren soll.²²⁶ Im Gespräch sind derzeit die Einführung eines EU-weit geltenden, staatlich vorgegebenen Verhaltenskodexes für die Werbung und weitere Verschärfungen der Selbstregulierungskodizes.²²⁷

²²⁵ Drogenbeauftragte Bätzing droht mit Werbeverboten für Alkohol, (zuletzt besucht am 01.06.2009), <http://www.horizont.net/aktuell/marketing/pages/protected/Drogenbeauftragte-Baetzing-droht-mit-Werbeverboten-fuer-Alkohol_73991.html>.

²²⁶ European Alcohol and Health Forum, (zuletzt besucht am 25.05.2009), <http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/alcohol/Forum/alcohol_forum_en.htm>.

²²⁷ European Alcohol and Health Forum: List of commitments by Forum members, (zuletzt besucht am 25.05.2009), <http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/alcohol/Forum/docs/overview_commitments_en.pdf>.

D. Zusammenfassung und Ausblick

I. Zusammenfassung der Prüfungsergebnisse

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Tabakwerberichtlinie II ergibt sich, dass diese nicht rechtmäßig ist.

1. Für die Tabakwerberichtlinie II besitzt die Gemeinschaft keine Kompetenz. Die Voraussetzungen der von ihr als Rechtsgrundlage angegebenen Artikel 95, 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV liegen nicht vor. Eine Kompetenz setzt in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften voraus, welche die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarkts behindern. Die Richtlinie muss tatsächlich zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs, die tatsächlich bestehen oder wahrscheinlich entstehen können, beitragen und/oder zur Beseitigung von spürbaren Wettbewerbsverzerrungen. Der Rechtsakt kann auch Bestimmungen beinhalten, die zur Beseitigung von Hemmnissen nichts beitragen, wenn sie erforderlich sind, um die Umgehung bestimmter diesem Ziel dienender Verbote zu verhindern.

Hier dient das Verbot der Werbung für Tabakprodukte in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen weder der Beseitigung von Hemmnissen des freien Verkehrs mit Druckerzeugnissen, die Tabakwerbung enthalten, noch der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen. Ganz besonders gilt dies für die in die Richtlinie einbezogenen regionalen und lokalen Druckerzeugnisse, da bei ihnen ein grenzüberschreitender Verkehr nicht vorliegt.

Ein grenzüberschreitender Verkehr im Internet findet ebenso nur im geringen Umfang statt. Auch in diesem geringen Bereich bestehen keinerlei Handelshemmnisse und spürbare Wettbewerbsverzerrungen. Zudem stellt die Regelung keine Umgehungsschutzklausel dar. Es fehlt sowohl an einer wirksamen Hauptregelung als auch an der erforderlichen inhaltlichen Anbindung.

Auch das Verbot der Werbung im Hörfunk erfüllt die Voraussetzungen nicht. Hörfunk ist regional oder lokal und maximal national organisiert. Da grenzüberschreitendes Radiohören in den seltenen Fällen stattfindet, ist für die Beseitigung von tatsächlichen Hemmnissen im Binnenmarkt und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen kein Raum. Zudem stellt die Regelung keine

Umgehungsschutzklausel dar. Gleiches gilt für das Verbot jedes Sponsorings von Hörfunkprogrammen durch Tabakfirmen.

Das Verbot des Sponsorings grenzüberschreitender Veranstaltungen ist ausnahmslos. So werden auch kleinere Veranstaltungen erfasst, bei denen weder Dienstleistungshemmnisse noch spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen oder drohen. Dem Verbot der kostenlosen Verteilung von Tabakerzeugnissen bei diesen Veranstaltungen fehlt als lokales Ereignis der Binnenmarktbezug. Auch stellt es keine Umgehungsschutzklausel dar.

Darüber hinaus handelt es sich um einen Verstoß gegen das Harmonisierungsverbot nach Art. 152 Abs. 4 EGV. Die Tabakwerberichtlinie II ist eine Maßnahme, die von ihrem Inhalt und Ziel her eine Maßnahme des Gesundheitsschutzes beinhaltet.

Andere Kompetenznormen nach dem EG-Vertrag greifen nicht.

2. Selbst wenn man der Gemeinschaft die Zuständigkeit unterstellt, würde die Richtlinie an dem Grundsatz der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit scheitern.

Zum einen weisen die Regelungen nur in ganz geringem Maße transnationale Aspekte auf, die durch die Maßnahmen der Mitgliedstaaten ausreichend und nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung geregelt werden können. Die Interessen der Mitgliedstaaten werden nicht erheblich beeinträchtigt und Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene bringen zudem keine deutlichen Vorteile mit sich.

Zum anderen ergibt sich ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus mehreren Gründen:

Die Richtlinie ist sowohl hinsichtlich des Ziels Binnenmarkt als auch hinsichtlich des Ziels Gesundheitsschutz weder geeignet noch erforderlich, im Übrigen auch nicht angemessen.

Zunächst hat die Umsetzung des Werbeverbots schwerwiegende wirtschaftliche Folgen. Durch das Verbot geht ein Großteil der Werbeeinnahmen verloren. Der Einnahmeverlust hat für einige existenzgefährdende Auswirkungen. Viele

Arbeitsplätze in zahlreichen Medien, Werbeagenturen und Firmen des Sponsorings sind extrem gefährdet. Zudem handelt es sich um ein legales Produkt, das beworben werden darf. Werbung als Teil der Marktwirtschaft dient der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, mit ihr kann er sich über die am Markt befindlichen Produkte und Dienstleistungen informieren. Gerade durch Werbung wird eine Auswahl dieser angebotenen Leistung erst möglich.

Auf der anderen Seite bringt ein solch umfassendes Verbot keine bemerkenswerten tatsächlichen Verbesserungen des Binnenmarkts mit sich. Es hat sich herausgestellt, dass ein beschränktes Werbeverbot in Hinblick auf das Ziel Gesundheitsschutz unwirksam ist, zumal noch nicht wissenschaftlich erwiesen ist, dass die Werbung entscheidenden Einfluss auf das Konsumverhalten hat.

3. Ferner verstößt die Tabakwerberichtlinie II gegen Grundrechte des Gemeinschaftsrechts und zwar gegen die Meinungs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit.

Sie ist bezogen auf die Meinungs- und Berufsfreiheit hinsichtlich des Ziels Binnenmarkt/Gesundheitsschutz weder geeignet noch erforderlich noch angemessen. Damit genügt sie nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Hinsichtlich der Eigentumsfreiheit ist die Maßnahme nicht geeignet und erforderlich, aber angemessen.

4. Zudem weist die Richtlinie zahlreiche Begründungsmängel auf.

II. Ausblick

Das Vorgehen der Gemeinschaft ist europapolitisch als besonders fragwürdig zu sehen. Sie setzt sich bewusst über das Urteil des EuGH und die Vorgaben des EG-Vertrags hinweg. Sie versucht mit allen juristischen Feinheiten, einen gewissen Einstieg in die Gesundheitspolitik zu finden.

Mit den beiden Urteilen des EuGH bezüglich der Tabakwerberichtlinie II und dem „Loi Evin“ besitzt die Gemeinschaft alle nötigen rechtlichen Voraussetzungen und Erfahrungen, um weitere Werbebeschränkungen für Produkte im europäischen Raum zu erlassen. Für fast alle legal erhältlichen Produkte werden sich irgendwelche Gefahren für die Gesundheit und das Leben herleiten können.

Neben den Presse-Medien, welche bereits jetzt durch das Tabakwerbeverbot erhebliche Werbeeinnahmen verloren haben und weitere Einnahmeeinbußen befürchten müssen, leidet auch der gesamte Sponsoringbereich unter den Entwicklungen. Die finanzkräftigen Unternehmen werden gezwungen, ihre Gelder nicht mehr für Sponsoring einzusetzen – dass damit vor allem kulturelle und sportliche (Groß-)Veranstaltungen in Finanzierungsprobleme kommen werden, scheint dem Gemeinschaftsgesetzgeber gleichgültig zu sein. Die Symbiose vom Gesponserten und Sponsor wird zerstört, was übrig bleibt, sind Verluste und Belastungen auf beiden Seiten.

Zuletzt stehen auch Wettbewerb und Innovation in der Industrie auf dem Spiel. Wer Werbung verbietet, behindert den Wettbewerb und verringert die Absatzmöglichkeiten für neue Produkte. Das steht im Widerspruch zur Idee des freien Austauschs von Waren und Dienstleistungen im gemeinsamen Markt.

Versicherung über die selbstständige Anfertigung

Hiermit versichere ich, dass ich diese Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe angefertigt habe. Alle von mir verwendeten Quellen sind als solche gekennzeichnet.

Kevin Höbig