

Dr. Friedemann Kainer*

Das europäische Tabakwerbeverbot in der Rechtsprechung des EuGH: Nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Léger (Rs. C-380/03)

Abstract

Am 13. Juni 2006 hat Generalanwalt *Léger* mit seinen Schlussanträgen zum Nichtigkeitsverfahren der Bundesrepublik Deutschland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union die Rechtmäßigkeit der zweiten Tabakwerberichtlinie (Richtlinie 2003/33/EG, ABl. EG 2003 Nr. L 152/16) bestätigt. Obschon damit noch keine endgültige Entscheidung über den Ausgang des Verfahrens getroffen wurde, hat die Bundesregierung zwischenzeitlich angekündigt, die Richtlinie alsbald umzusetzen. Jedoch bleiben Zweifel daran, ob das Tabakwerbeverbot, auch wenn es gegenüber der ersten Tabakwerberichtlinie (Richtlinie 98/43/EG, ABl. EG 1998 Nr. L 213/9) entschärft wurde, mit europäischem Recht vereinbar ist. Die Zweifel nähren sich dabei aus der beschränkten Reichweite der in Anspruch genommenen Kompetenzgrundlage einerseits und möglicherweise verletzten Rechten der Tabakhersteller andererseits.

Nachstehend sollen die Schlussanträge von *Léger* erörtert und in einen größeren Zusammenhang gestellt werden. Hierzu wird zunächst der dem Verfahren zugrundeliegende Sachverhalt sowie – skizzenhaft – das Verfahren zur ersten Tabakwerberichtlinie erörtert (I), in die relevanten gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen eingeführt (II) und sodann der Schlussantrag selbst analysiert (III). Dessen Erwägungen sollen einer kritischen Stellungnahme unterworfen werden (IV). Am Ende steht ein kurzes Fazit (V).

* Der Verf. ist Wiss. Assistent am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg.

I. Der Sachverhalt

1. Tabakwerbung in der europäischen Politik

Die Kommission beschäftigt sich seit langem mit der Eindämmung des Tabakkonsums in der Europäischen Gemeinschaft¹. Im Jahr 1989 veröffentlichten der Rat und die im Rat vereinigten Gesundheitsminister eine Resolution, welche die Mitgliedstaaten zur Eindämmung des Rauchens in der Öffentlichkeit aufforderte. Im selben Jahr verbot die Fernsehrichtlinie jede Form der Fernsehwerbung für Zigaretten oder andere Tabakerzeugnisse;² die Richtlinie über Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz in Arbeitsstätten sah einen angemessenen Schutz vor Tabakrauch für nichtrauchende Kollegen oder Kolleginnen vor.³ In den Folgejahren wurden Vorschriften über den maximalen Teergehalt von Zigaretten⁴ und das Verbot einiger nikotinhaltiger Ersatzprodukte⁵ erlassen. Allgemein bekannt sind die von der Gemeinschaft vorgeschriebenen Warnhinweise auf Tabakerzeugnissen.⁶ Alles in allem geht es der Kommission darum, das Rauchen um dessen gesundheitsschädlicher Wirkungen und Folgen willen einzudämmen.⁷ Deutlich zeigt sich dies schließlich auch in der Rahmenkonvention der WHO zur Tabakkontrolle, der die Europäische Gemeinschaft zusammen mit ihren Mitgliedstaaten beigetreten ist.⁸

2. Die erste Tabakwerberichtlinie

Im Jahr 1998 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaft mehrheitlich, aber gegen die Stimmen Deutschlands, die erste Tabakwerberichtlinie erlassen.⁹ Sie verbot generalklauselartig jede Form der Werbung und des Sponsorings mit dem Ziel, den Verkauf von Tabakerzeugnissen zu fördern. Verboten wurde des Weiteren jede verkaufsfördernde Gratisverteilung von Zigaretten oder anderen Tabakerzeugnissen. Die Richtlinie wurde von der Kommission kompetenziell auf Art. 57 Abs. 2, 66 und

1 Aus Gründen der Präzision wird in diesem Beitrag zwischen Europäischer Gemeinschaft und Europäischer Union unterschieden. Letztere hat nach wie vor keine eigenständige Rechtssubjektivität und kann daher nicht Zuordnungsobjekt von Kompetenzen oder Zuständigkeiten sein.

2 Richtlinie 89/552/EWG, ABl. EG 1989 Nr. L 298/23, dort Art. 13.

3 Richtlinie 89/654/EWG, ABl. EG 1989 Nr. L 393/1, dort Anhang I, Ziff. 16.3 f. und Anhang II, Ziff. 11.3.

4 Richtlinie 90/239/EWG, ABl. EG 1990, Nr. L 137/36.

5 Richtlinie 92/41/EWG, ABl. EG 1992 Nr. L 158/30.

6 Richtlinie 2001/37/EG, ABl. EG 2001 Nr. 194/26. Im hierzu angestrebten Verfahren hat der Gerichtshof die Richtlinie für im wesentlichen gemeinschaftskonform erklärt (Rs. C-491/01, *British American Tobacco u. a.*, Slg. 2002, I-11453); dazu etwa *Wägenbauer*, *Tabak*, Ende der Diskussion oder Diskussion ohne Ende?, *EuZW* 2003, 107 ff.

7 Vgl. etwa den Bericht der Kommission „Fortschritte beim Schutz der öffentlichen Gesundheit vor den schädlichen Wirkungen des Tabakkonsums“, KOM(1999) 407 endg.

8 Abgedruckt in ABl. EG 2004 Nr. L 213/8 ff.

9 Richtlinie 98/43/EG, ABl. EG 1998 Nr. L 213/9.

Art. 100a (jetzt: Art. 47 Abs. 2, 55 und 95) EGV und damit auf die binnenmarktlichen Kompetenzgrundlagen gestützt. Die Begründungserwägungen hierzu stellen fest, dass in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Werbung zugunsten von Tabakerzeugnissen gelten; da die Werbung in ihrer Wirkung über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinausreichen würde, könnten für den freien Verkehr von Waren ebenso wie für Werbedienstleistungen Wettbewerbsverzerrungen entstehen, die das Funktionieren des Binnenmarktes behindern könnten. Die Kommission wies zur Begründung des Tabakwerbeverbots weiter auf das gem. Art. 100a Abs. 3 (jetzt: Art. 95 Abs. 3) EGV anzustrebende hohe Schutzniveau für den Gesundheitsschutz hin.

Diese Begründung hatte vor dem Europäischen Gerichtshof keinen Bestand. In seinem Urteil vom 5. Oktober 2000 erklärte der EuGH die Richtlinie für nichtig.¹⁰ Schon in den Urteilsgründen wird jedoch klargestellt, dass ein begrenztes Werbeverbot für grenzüberschreitende Presseerzeugnisse und Sponsoring zulässig sein könnte.¹¹

3. Die zweite Tabakwerberichtlinie und das Verfahren in der Rs. C-380/03

a) Die Kompetenzgrundlage in der Begründung der Kommission

Die Kommission hat auf dieser Grundlage schon am 30. Mai 2001 einen Vorschlag für eine neue (zweite) Tabakwerberichtlinie vorgelegt und vergleichsweise ausführlich und unter Berücksichtigung der Urteilsgründe des EuGH zur binnenmarktlichen Kompetenz Stellung genommen.¹² Für die Kommission führen die festgestellten unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regelungen im Hinblick auf die Tabakwerbung zu einer Behinderung des freien Verkehrs von Waren und Dienstleistungen, die als Werbeträger verwendet werden. Während manche Mitgliedstaaten kaum oder geringe Beschränkungen der Tabakwerbung eingeführt haben, besteht in diversen Staaten ein vollständiges Werbeverbot. Es sei damit zu rechnen, dass diese Mitgliedstaaten die Einfuhr von entsprechenden Werbeträgern (z. B. Zeitschriften) oder die Durchführung von tabakgesponserten Veranstaltungen verbieten würden. Im Hinblick hierauf seien bei der Kommission schon Beschwerden eingegangen. Deswegen könne eine Harmonisierung („logischerweise“) nur in Form eines Verbots der Werbung in der Presse, in Printmedien, im Internet und in Form des Sponsorings (mit grenzüberschreitender Wirkung) erfolgen.¹³ Die Kommission liest Art. 95 Abs. 3 EGV hier scheinbar als eine Regelung, derzufolge eine Harmonisierung nur dann zulässig ist, wenn sie zugleich einen optimalen Gesundheitsschutz verwirklicht.¹⁴

10 *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Tabakwerberichtlinie I, Slg. 2000, I-2247. Zu den Gründen s. sub II.2.d.

11 *EuGH* (Fn. 10), Rn. 98 und 111.

12 KOM(2001) 283 endg.

13 Ebd., S. 8.

14 Zutreffenderweise ist die Gemeinschaft bei der Binnenmarktharmonisierung nicht auf ein optimales Schutzniveau verpflichtet, vgl. etwa Streinz/*Leible*, EUV/EGV, 2003, Art. 95 EGV Rn. 56.

Durchaus überzeugend und sehr ausführlich wird der Zusammenhang zwischen Tabakwerbung und Gesundheitsschutz skizziert.

b) Die Verbotstatbestände der zweiten Tabakwerberichtlinie

Im Gegensatz zur ersten Richtlinie verbietet die Gemeinschaft nicht mehr jede Form der Tabakwerbung; vielmehr sieht der Text Einzelstatbestände vor.

Verboten ist zunächst die Werbung in *Druckerzeugnissen* und in *Diensten der Informationsgesellschaft* (insb. im Internet, Art. 3 RL). Lediglich Veröffentlichungen, die ausschließlich für im Tabakhandel beschäftigte Personen bestimmt sind, bleiben zulässig. Dasselbe gilt für Veröffentlichungen aus Drittländern, soweit sie nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind. Diese Regelung erlaubt den Vertrieb etwa von Zeitungen aus Drittstaaten, auch wenn sie Tabakwerbung enthalten und erklärt sich einerseits daraus, dass die Beschränkungen nicht den Binnenhandel betreffen, andererseits, dass die Beeinträchtigung der Gesundheit minimal sind.

Einem Verbot unterliegen des Weiteren alle Formen der *Werbung im Hörfunk* (Art. 4 RL).¹⁵ Damit wird das Verbot der Fernsehwerbung für Tabak nunmehr auf den Hörfunk erweitert. Unzulässig ist auch jede Form des Sponsorings durch Unternehmen, deren Haupttätigkeit die Tabakherstellung ist.

Schließlich ist das *Sponsoring* allgemein von Veranstaltungen oder Aktivitäten zum Zwecke der Förderung des Tabakverkaufs gänzlich verboten, wenn von ihnen eine grenzüberschreitende Wirkung ausgeht (Art. 5 Abs. 1 RL). Im Gegensatz zum Rundfunk ist das Verbot also abhängig von einer grenzüberschreitenden Relevanz im Einzelfall. Unberührt vom gemeinschaftsrechtlichen Verbot verbleibt mithin das lokale oder rein regionale Sponsoring.¹⁶ Großveranstaltungen, wie etwa die Formel eins, müssen hingegen ohne die erheblichen Beträge der Tabakindustrie auskommen. Auch *Gratisverteilungen* bei solchen Veranstaltungen sind untersagt (Art. 5 Abs. 2 RL).¹⁷

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Regelungen der zweiten Richtlinie im Wege einer Teilnichtigkeitsklage nur im Hinblick auf Art. 3 und 4 RL angegriffen. Das Verbot des Tabaksponsorings wurde nicht gerügt. Dementsprechend hat sich Generalanwalt Léger mit Art. 5 RL nicht beschäftigt.

15 Der Text der Richtlinie spricht in Art. 4 Abs. 1 von „Rundfunkwerbung“, womit der Wortbedeutung nach auch Fernsehen eingeschlossen wäre. In Art. 1 RL ist der Anwendungsbereich der Richtlinie neben Presse jedoch auf den Hörfunk beschränkt, so dass die Fernsehwerbung nach wie vor von Art. 13 der Fernsehrichtlinie (s. o., Fn. 2) geregelt wird. Vgl. auch Erwägungsgrund 12.

16 Vgl. Erwägungsgrund 12.

17 Der Wortlaut ist hier ungenau und scheint die Gratisverteilung wegen des Bezugs auf Abs. 1 nur bei entsprechend gesponserten Veranstaltungen zu verbieten. Zutreffenderweise wird man Art. 5 Abs. 2 RL jedoch so auslegen müssen, dass jede Gratisverteilung bei Veranstaltungen mit grenzüberschreitenden Wirkungen verboten ist; da das Sponsoring ja schon als solches unzulässig ist, würde andernfalls das Verbot von Gratisverteilungen keinen Sinn ergeben. Umgekehrt wäre eine Gratisverteilung bei grenzüberschreitenden Veranstaltungen auch ohne zugrundeliegendes Sponsoring problematisch.

II. Rechtliche Grundlagen

Die kompetentielle Begründung der Kommission ist nicht zweifelsfrei. Hier sollen zunächst die binnenmarktliche Kompetenz des Art. 95 EGV und schließlich die gesundheitspolitischen Kompetenzen in Art. 152 EGV erörtert werden.

1. Die Grundstruktur der Kompetenzzuweisung in der Europäischen Gemeinschaft

Die Europäische Gemeinschaft ist kein Staat. Rechtsetzungskompetenzen stehen ihr wie jede andere Form der Ausübung von Souveränität nicht aus eigener Machtvollkommenheit zu, sondern bedürfen einer Übertragung von den Mitgliedstaaten an die Gemeinschaft. Das BVerfG hat diese Begrenztheit der Hoheitsbefugnisse der EG in seiner Maastricht-Entscheidung aus der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland und aus dem Demokratieprinzip abgeleitet und dahingehend verdichtet, dass die Kompetenzen der Gemeinschaft in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert sein müssten, so dass sich das Gemeinschaftsrecht nach wie vor legitimatorisch auf das Staatsvolk zurückführen lasse.¹⁸ Im EG-Vertrag findet dies etwa in Art. 249 Abs. 1 seine Entsprechung, wenn Sekundärrecht *nach Maßgabe des Vertrages* erlassen werden darf, vor allem aber in dem in Art. 5 Abs. 1 EGV wurzelnden Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung:¹⁹ Die Gemeinschaft wird (nur) innerhalb der Grenzen der ihr im EG-Vertrag zugewiesenen Befugnisse tätig.

Weitere Grundprinzipien sind das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EGV) und das Prinzip der Subsidiarität. Während letzteres bei der Binnenmarktharmonisierung im Ergebnis keine tragende Rolle spielt,²⁰ muss dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Aufmerksamkeit geschenkt werden: Es begrenzt die Rechtsetzung im Hinblick auf die Intensität der Maßnahmen gegenüber dem Souveränitätsinteresse der Mitgliedstaaten.²¹

2. Die binnenmarktliche Kompetenzgrundlage des Art. 95 EGV

Die wichtigsten Kompetenzen im EG-Vertrag gruppieren sich um das Binnenmarktpinzip, namentlich in Art. 95 EGV. Spezielle Kompetenzgrundlagen sind den ein-

18 BVerfG, NJW 1993, 3047, 3050 ff. (sub C I).

19 Hierzu und zur Zuständigkeitsordnung etwa Streinz, Europarecht, 7. Aufl. (2005), Rn. 498 f., 141 ff.; Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. (2005), § 6 Rn. 5 ff., 10, 62 ff., insb. 63.

20 Da die Mitgliedstaaten selbst zwar sachliche Politikziele erreichen können, jedoch gerade nicht eine Harmonisierung, können sie das Harmonisierungsziel niemals besser erreichen als die Gemeinschaft.

21 Vgl. Groeben/Schwarze/Zuleeg, Kommentar zum Vertrag über die EU und zur Gründung der EG, 6. A. 2003, Art. 5 EGV Rn. 37. Vom Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EGV ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Verletzung von Rechten einzelner Bürger abzugrenzen, dazu unten sub IV.3.

zelen Grundfreiheiten angegliedert (z. B. Art. 43 Abs. 2, 47 Abs. 2, 55 EGV); für sie gelten die nachstehenden Erwägungen weitgehend entsprechend.²²

a) Der Binnenmarkt

Der Binnenmarkt ist nach wie vor Kern und sinngebendes Gravitationszentrum der europäischen Integration.²³ Mit dem Binnenmarkt (bzw. anfangs dem Gemeinsamen Markt) werden die verbindenden Kräfte der wettbewerblich agierenden Privatrechtsgesellschaft in den Dienst der Integration gestellt.²⁴ Erforderlich hierzu ist zunächst die Gewährleistung möglichst weitgehender grenzüberschreitender Freiheiten; ferner gilt es, den hierdurch entstandenen Wettbewerb vor mitgliedstaatlichen (und privaten) Verzerrungen zu schützen.²⁵ Denn nur ein möglichst gut funktionierender Wettbewerb vermag die mit dem Binnenmarkt verbundenen Wirkungen (Wohlstand, Frieden, Solidarität) effektiv hervorzubringen.

Nach Art. 14 Abs. 2 EGV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in welchem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Nach Art. 95 Abs. 1 EGV ist binnenmarktliche Harmonisierung folglich zulässig, wenn hierdurch Hindernisse für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr oder²⁶ Wettbewerbsverzerrungen abgebaut werden. Zulässig sind des Weiteren Regelungen, die notwendig sind, um eine Umgehung binnenmarktspezifischer Regelungen zu verhindern.²⁷

22 Anders liegt es jedoch bei den (vertragssystematisch stimmig) hinter die Personenverkehrsfreiheit angeordneten Kompetenzgrundlagen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 61 ff. EGV): Als flankierende Maßnahmen verlangen sie keine freiverkehrsfördernde Wirkung im Einzelfall, auch wenn die Kompetenzen auf Art. 14 Abs. 2 EGV Bezug nehmen. Dementsprechend ist ihr Ermächtigungsgesamt gewissermaßen kompensatorisch eher auf enger gefasste Einzelatbestände begrenzt.

23 Zu neueren Entwicklungen vgl. *Kainer*, in: Bodnar u. a. (Hrsg.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, 2003, S. 469 ff. sowie *ders.*, in: Jopp/Matl (Hrsg.), *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa. Analysen zur Konstitutionalisierung der EU*, 2005, S. 283, 284 ff.

24 Hierzu näher *Basedow*, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992.

25 *S. EuGH*, Rs. C-300/89, *Kommission/Rat* (Titandioxyd), Slg. 1991, I-2867; *Streinz/Leible* (Fn. 14), Art. 14 EGV Rn. 25 m. w. N.

26 Es genügt das alternative Vorliegen einer der beiden Begründungsansätze, vgl. *Kamann*, *Viel Rauch um nichts? – Gesundheitsschutz im Rahmen der Binnenmarktharmonisierung gemäß Artikel 95 EGV nach dem Tabakwerbeurteil des EuGH*, ZEuS 2001, 23 (36); *Koenig/Kühling*, *Der Streit um die neue Tabakproduktrichtlinie – Ist der Gemeinschaftsgesetzgeber bei seinem Kampf gegen den Tabakkonsum einmal mehr im Konflikt mit Gemeinschaftsgrundrechten und Kompetenzbestimmungen?*, EWS 2002, 12, 17; *Streinz/Leible* (Fn. 14), Art. 95 EGV Rn. 19: s. auch *EuGH*, Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 60.

27 *EuGH*, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat, Tabakwerberichtlinie I*, Slg. 2000, I-2247 Rn. 100.

b) Der Abbau von Hindernissen für den grenzüberschreitenden Wettbewerb

Hindernisse für die Ausübung der grundfreiheitlich gesicherten Wirtschaftstätigkeit liegen insbesondere vor, wenn mitgliedstaatliche Regelungen die Grundfreiheiten verletzen.²⁸ Dies gilt auch und gerade dann, wenn die Beschränkung der grenzüberschreitenden Freiheit im Einzelfall mit zwingenden Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Keine Binnenmarktrelevanz haben hingegen „bestimmte“ Verkaufsmodalitäten im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung²⁹. Denn da sie weder diskriminierende Wirkungen entfalten noch den Marktzugang berühren,³⁰ sind sie binnenmarktlich unschädlich.

c) Der Abbau von Wettbewerbsverzerrungen

Kompetenzbegründend wirken auch Wettbewerbsverfälschungen aufgrund der Unterschiedlichkeit nationaler Normen, Verfahren etc. Die Gemeinschaft kann daher Sekundärrecht auch dann auf Art. 95 Abs. 1 EGV stützen, wenn zwar keine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten eingetreten ist, unterschiedliche Bedingungen in den Mitgliedstaaten jedoch „verfälschte Wettbewerbsbedingungen schaffen oder aufrecht erhalten“.³¹ In seiner *Titandioxyd*-Entscheidung hat der EuGH insbesondere festgestellt, dass die Angleichung von Produktionsregelungen zulässig ist, wenn unterschiedliche Produktionsbedingungen in den Mitgliedstaaten den gemeinschaftsweiten Wettbewerb verzerren.³² Im zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die Beseitigung unterschiedlicher Umweltauflagen für die Produktion von Titandioxyd. Allerdings hat der Gerichtshof festgestellt, dass Wettbewerbsverzerrungen nur dann kompetenzbegründend wirken, wenn die festgestellte Verfälschung *spürbar* ist.

d) Die Auslegung von Art. 95 EGV im (ersten) Tabakwerbeurteil und die dahinter stehende Ratio

Für beide kompetenzbegründenden Ansätze in Art. 95 EGV hat der EuGH in seinem (ersten) Tabakwerbeurteil klargestellt, dass rein abstrakte Gefahren für den oder abstrakte Beeinträchtigungen des Binnenmarkts ein Tätigwerden der Gemeinschaft nicht rechtfertigen können. Andernfalls könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden.³³ Dies hindere zwar nicht die Beseitigung zukünftiger (potentieller) Hemmnisse, doch müssten diese

28 Vgl. *EuGH*, Rs. C-434/02, Arnold André, Slg. 2004, I-11825 Rn. 30, Rs. C-210/03, Swedish Match, Slg. 2004, I-11893 Rn. 29; nicht überzeugend Streinz/*Leible* (Fn. 14), Art. 95 EGV Rn. 15, nach welchem Hindernisse dann nicht kompetenzbegründend wirken, wenn sie bereits mit Hilfe der Grundfreiheiten beseitigt werden können: Hier besteht immer die Gefahr einer abschreckenden Wirkung.

29 *EuGH*, verb. Rs. C-267, 268/91, *Keck* und *Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

30 Vgl. *ebd.*, Rn. 16.

31 *EuGH*, Rs. C-300/89, Kommission/Rat (*Titandioxyd*), Slg. 1991, I-2867 Rn. 15.

32 *EuGH*, *ebd.* Rn. 23.

33 *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, *Tabakwerberichtlinie I*, Slg. 2000, I-2247 Rn. 84. Vgl. zuvor schon *EuGH*, Rs. C-350/92, Spanien/Rat, Slg. 1995, I-1985 Rn. 35; Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 61.

„wahrscheinlich“ sein. Im Einzelnen hielt der EuGH das allgemeine Tabakverbot für kompetenzwidrig. Weder erleichtere es die Wahrnehmung der Grundfreiheiten hinreichend noch beseitige es spürbare Wettbewerbsverzerrungen.

Einerseits könne insbesondere das Verbot von Werbung auf Plakaten, Sonnenschirmen, Aschenbechern oder etwa das Verbot von Tabakwerbung im Kino nichts zum Abbau von Beschränkungen des grenzüberschreitenden Verkehrs beitragen, da solche Werbemaßnahmen rein lokaler Natur seien.³⁴ Die Richtlinie ließ zudem strengere mitgliedstaatliche Beschränkungen unberührt, so dass selbst Werbemaßnahmen, die mit ihr im Einklang standen, von einzelnen Mitgliedstaaten verboten werden konnten.

Spürbare Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliches Werberecht andererseits hat der Gerichtshof nicht erkennen können. Weder Werbeunternehmen noch Tabakhersteller seien in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten konkret beeinträchtigt.³⁵

Der Gerichtshof hat mit diesen (allerdings recht knappen) Überlegungen in die richtige Richtung gezielt: Art. 95 EGV gewährt der Gemeinschaft keine allgemeine Kompetenz „zur Regelung des Binnenmarkts“. Dies wäre weder mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung vereinbar noch achtete sie die integrationslogisch angelegte Begrenztheit des Binnenmarktkonzepts. Dieses ist zwar auf Schaffung eines Marktes ähnlich einem innerstaatlichen Markt gerichtet, steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zum Prinzip grundsätzlich fortbestehender mitgliedstaatlicher Regelungshoheit.³⁶ Der Fortbestand mitgliedstaatlicher Spielräume ist auch eine Forderung der oben angesprochenen verfassungsrechtlichen Schranken der europäischen Konstitutionalisierung: Die Übertragung von Souveränität muss vorhersehbar bleiben. In der Konsequenz heißt dies aber auch, dass gewisse Unterschiede in den normativen Produktionsbedingungen hinzunehmen sind, zumal die Marktteilnehmer durchaus in gewissen Grenzen anpassungsfähig sind.³⁷

3. Die gesundheitspolitische Kompetenz in Art. 152 EGV und die Sperrwirkung in Abs. 4 lit. c

Der EG-Vertrag enthält über die binnenmarktlichen Kompetenzen hinaus weitere Rechtsetzungskompetenzen, die mit der Schaffung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs nur in losem Zusammenhang stehen oder von ihm abgelöst sind.³⁸ Der Schutz der Gesundheit in Art. 152 EGV ist der Gemeinschaft nur sehr partiell zugewiesen, und zwar abgesehen von zwei sektoral weitergehenden Ermächtigungen in

34 *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Tabakwerberichtlinie I, Slg. 2000, I-2247 Rn. 99 f.

35 *Ebd.*, Rn. 109 ff.

36 Hierzu schon *Müller-Graff*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, *EuR* 1989, 107, 119 f.; ausführlich *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 86 ff.; *Kainer*, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht. Zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, 2004, S. 140 ff.

37 *S. Müller-Graff* (Fn. 36), 119.

38 Bspw. Art. 174 f. EGV (Umweltschutz).

Abs. 4 lit. c nur für Fördermaßnahmen „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung“. Obschon Art. 152 EGV mithin nicht als Kompetenzgrundlage für die *Harmonisierung* der Tabakwerbung herangezogen werden kann, wirft dies die Frage auf, ob Abs. 4 lit. c EGV eine Sperrwirkung dahingehend entfaltet, dass jegliche, auch binnenmarktorientierte Harmonisierung im Gesundheitsbereich dem Zugriff der Gemeinschaft entzogen ist. Das Tabakwerbeurteil ist insoweit nicht ganz klar: Zwar dürfen auf Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben;³⁹ andererseits dürfen diese Kompetenzen nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um den Ausschluss jeglicher Harmonisierung zu umgehen.⁴⁰ Man wird dies so auflösen können, dass binnenmarktliche Harmonisierungen, die *im Schwerpunkt* auf den Schutz der Gesundheit abzielen, der Sperre des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV unterliegen;⁴¹ ist der Gesundheitsschutz hingegen ein *Nebenzweck* der Harmonisierung zum Abbau von Hemmnissen des grenzüberschreitenden Wettbewerbs, dann ist die Maßnahme zulässig.

III. Die wesentlichen Erwägungen der Schlussanträge

Der Generalanwalt hat nunmehr im zweiten Tabakwerbeverfahren die Richtlinie 2003/33/EG für kompetenzgerecht befunden. Nach der Feststellung, dass zwischen den mitgliedstaatlichen Regelungen in Bezug auf die Tabakwerbung tatsächliche Unterschiede bestehen,⁴² prüft Léger, ob die Werbeverbote in Presse und Rundfunk die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes betreffen. Dies wird vor allem im Hinblick auf den wachsenden Markt grenzüberschreitender Printmedien bejaht.⁴³ Die Erwägungen schließen sich sodann dem Argument der Kommission an, dass Hemmnisse für den Warenverkehr wegen gesetzlicher Regelungen in manchen Mitgliedstaaten, auch ausländische Presseerzeugnisse mit Tabakwerbung zu verbieten, durchaus realistisch seien. Ähnliches gälte für Hörfunkprogramme und Internetdienste.⁴⁴ Das Verbot der Tabakwerbung für die gesamte Gemeinschaft würde solche Hemmnisse zweifellos beseitigen.⁴⁵ Hierbei sei insbesondere auch zu beachten, dass Art. 8 RL vorsieht, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Waren, die mit der Richtlinie im Einklang stehen, nicht beeinträchtigen dürfen. Dass der Anwendungsbereich der Art. 3 und 4 RL schließlich auch nicht grenzüberschreitende Sachverhalte erfasse, sei aus Gründen der Rechtssicherheit hinzunehmen.⁴⁶

39 *EuGH*, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Tabakwerberichtlinie I, Slg. 2000, I-2247 Rn. 78.

40 *Ebd.*, Rn. 79, 88.

41 *Ebs. W. Schroeder*, Vom Brüsseler Kampf gegen den Tabakrauch – 2. Teil, *EuZW* 2001, 489, 491 mit Hinweis auf den *EuGH*, *ebd.*

42 Schlussanträge Léger, Rn. 96–103.

43 *Ebd.*, Rn. 106 f.

44 *Ebd.*, Rn. 110, 112 ff.

45 *Ebd.*, Rn. 120 und ausführlich Rn. 134 ff.

46 *Ebd.*, Rn. 167 ff. mit Bezug auf die Rechtsprechung, *EuGH*, verb. Rs. C-465/00, 137/01, 139/01, Österreichischer Rundfunk, Slg. 2003, I-4989 Rn. 41 f.

Neben Fragen des Verfahrens geht Generalanwalt Léger schließlich auch noch auf die Rechte der Tabakhersteller und auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein. Dabei wird den Rechtsetzungsorganen jedoch wegen der Komplexität der Materie ein großer Ermessensspielraum zugestanden;⁴⁷ die Beschränkung der Kontrolle der Verhältnismäßigkeit müsse um so größer sein, als es sich hierbei um den Schutz der öffentlichen Gesundheit handle.⁴⁸ Vor dem auf diese Weise eingegrenzten Maßstab auf eine evidente Ermessensüberschreitung hält die Richtlinie der Verhältnismäßigkeitprüfung erwartungsgemäß stand; Beeinträchtigungen von Rechten einzelner ließen sich mit dem Gesundheitsschutz rechtfertigen.⁴⁹

IV. Stellungnahme

Die Kompetenzmäßigkeit der Richtlinie wird in den Schlussanträgen somit alleine aus der Erleichterung der Waren- und Dienstleistungsfreiheit begründet. Dies ist fraglich (1). Auch ein Verstoß gegen das Harmonisierungsverbot des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV ist nicht ausgeschlossen (2). Schließlich überzeugt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Rechte der Tabakhersteller und etwa der Verlage in ihrer apodiktischen Kürze nicht (3).

1. Die Erleichterung der Ausübung von Grundfreiheiten

Die Beeinträchtigung der Ausübung von Grundfreiheiten rührt aus Werbeverböten der Mitgliedstaaten und ihrer Durchsetzung her. Der Gedanke des Generalanwalts geht dahin, dass z. B. Zeitschriften mit Tabakwerbung im Nachbarstaat nicht mehr verkauft werden dürfen: Den „*Spiegel*“ suchte der deutsche Tourist in der Bretagne mithin vergeblich. Tatsächlich importieren gerade kleinere Mitgliedstaaten in größerem Umfang Zeitschriften und Zeitungen aus anderen Mitgliedstaaten, die u. U. (in der Zukunft) nicht mehr verkauft werden dürfen. Die Kommission hat geltend gemacht, dass solche Beschwerden tatsächlich an sie herangetragen wurden, dies jedoch nicht substantiiert. Geht man davon aus, dass solche Behinderungen wirklich bestehen, dann ist ein Werbeverbot jedenfalls geeignet, die Ausübung der Grundfreiheiten für Verlage zu erleichtern. Bei Rundfunkanstalten ist dies hingegen insofern zweifelhaft, als in der Tat zahlreiche Hörfunksender betroffen werden, die nicht grenzüberschreitend senden oder deren Sendegebiet lokal beschränkt ist.⁵⁰ Auch die Möglichkeit, dass Tabakhersteller das *grenzüberschreitende* Werbeverbot durch lokalen Hörfunk umgehen, ist abwegig. Allenfalls könnte hier geltend gemacht werden, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit eine Differenzierung verbieten müsste.⁵¹ Da allerdings Hörfunk eine klar begrenzte Reichweite hat und nicht jedes Hörfunkpro-

47 Ebd., Rn. 214.

48 Ebd., Rn. 215.

49 Ebd., Rn. 216 ff.

50 Ebs. Görlitz, EuZW 2003, 485, 488.

51 S. o., bei Fn. 46.

gramm im Internet übertragen wird, wäre eine Abgrenzung des Verbots auf in anderen Mitgliedstaaten empfangbare Sender durchaus möglich, ebenso wie dies bei grenzüberschreitend wirksamen Großveranstaltungen möglich ist. Nicht zuletzt stellt sich die Frage, welchen Beschränkungen diese Rundfunksender eigentlich ausgesetzt sind: Da Radiowellen ebenso wenig wie Internetangebote ohne weiteres vom Nachbarstaat verboten oder aufgehalten werden können, ist eine Behinderung der Rundfunkveranstalter nicht ersichtlich. Der Hinweis auf die (im Übrigen einen größeren Zusammenhang regelnden⁵²) Fernsehrichtlinie mit ihrem allgemeinen Werbeverbot ersetzt eine Argumentation nicht.

Andererseits wird durch das Werbeverbot die Warenverkehrsfreiheit auf dem Tabakmarkt massiv eingeschränkt, desgleichen die Dienstleistungsfreiheit auf den Werbemärkten: Bislang durften Werbeagenturen ihre Dienstleistungen grenzüberschreitend in den Mitgliedstaaten ohne Werbeverbot anbieten. Gerade ein Werbeverbot wirkt, wie auch der Generalanwalt feststellt, wie eine Marktzugangssperre: Ohne die Möglichkeit, sein Produkt zu bewerben, wird der Marktzutritt für ein neues (Tabak-) Produkt kaum gelingen.⁵³ Das Argument des Generalanwalts, bisherige Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch Werbeverbote einzelner Mitgliedstaaten dadurch abzuschaffen, dass Werbung im ganzen Gemeinschaftsgebiet verboten wird, ist nicht überzeugend: Auch der Richtliniengeber hat die Grundfreiheiten zu beachten und muss ggf. eine Beschränkung mit Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen.⁵⁴ Eine Binnenmarktharmonisierung muss im Übrigen zwar nicht stets rein liberalisierenden Charakters sein, sondern kann durch eine Marktordnung auch regulieren, sofern damit im Ergebnis die Funktion des Wettbewerbs verbessert wird. Ob die Erleichterungen auf dem Pressemarkt die Erschwernisse auf dem Tabakmarkt durch das Werbeverbot jedoch aufwiegen, wurde weder von der Kommission noch von den Schlussanträgen aufgegriffen und geprüft. Um beide Grundfreiheiten in Konkordanz zu bringen, hätte der Richtliniengeber als milderer Mittel etwa die Werbung thematisch beschränken und effektive Warnhinweise vorschreiben können.⁵⁵

2. Das Harmonisierungsverbot des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV

Wie oben herausgearbeitet wurde, verbietet Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV Harmonisierungen im Bereich des Gesundheitsschutzes auch bei Rückgriff auf Art. 95 EGV, wenn mit der Harmonisierung im Schwerpunkt Gesundheitsschutz bezweckt wird. Zweck der Harmonisierungssperre ist ersichtlich, die Kompetenzen der Mitgliedstaaten im Gesundheitsschutz mit seinen z. T. traditionell unterschiedlichen Wert-

52 Zutreffend Görlitz, EU-Binnenmarktkompetenzen und Tabakwerbeverbote, EuZW 2003, 485, 488.

53 Schlussanträge Léger, Rn. 117 mit Bezug auf Generalanwalt Jacobs, Rs. C-405/98, Gourmet International Products, Slg. 2001, I-1795 Rn. 36.

54 Näher Kainer, Binnenmarktrechtliche Grenzen des Übernahmerechts, ZHR 168 (2004), 542, 561 ff.; ausführlich Scheffer, Die Marktfreiheiten als Ermessensgrenze des Gemeinschaftssetzgebers, 1997.

55 Zur Verhältnismäßigkeit noch unten, IV.3.

vorstellungen und Gefahrgewichtungen zu erhalten. Dies wird missachtet, wenn unter Rückgriff auf die Binnenmarktkompetenz geringfügige Freiverkehrsbeschränkungen für eine allgemeine Gesundheitspolitik zum Anlass genommen werden.⁵⁶ Gesundheitsschutz als Nebenzweck bleibt, wie auch Art. 95 Abs. 3 EGV zu verstehen gibt, selbstverständlich zulässig.

War der Gesundheitsschutz nun Haupt- oder Nebenzweck für den Erlass der Richtlinie? Hier gibt insbesondere die Einbindung der Tabakwerberichtlinie in die Verhandlungen zum WHO-Übereinkommen zur Tabakkontrolle zu denken: Dieses sieht u. a. ein umfassendes Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse vor und ist parallel zur Richtlinie (im Juni 2003) verabschiedet worden.⁵⁷ Die Richtlinie reiht sich zudem in eine lange Reihe von tabakbekämpfenden Maßnahmen der Gemeinschaft ein. Auch ihre Begründung beschäftigt sich im Schwerpunkt nicht mit den Gefahren national unterschiedlicher Werbeverbote für den Freiverkehr, sondern mit Gefahren des Tabakgenusses für die menschliche Gesundheit.⁵⁸ Gesundheitsschutz ist hier folglich unzulässiger Hauptzweck der Richtlinie.⁵⁹

3. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Nicht befriedigend ist schließlich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Hier geht es insbesondere um Rechte der Tabakhersteller und Werbedienstleister: Betroffen sind in erster Linie ihre Rechte aus Art. 28 und 49 EGV. Allerdings hat der Gerichtshof seinen Prüfungsmaßstab bei der Verhältnismäßigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten zurückgenommen und überprüft diese nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit oder ein offensichtliches Missverhältnis zwischen verfolgten Zielen und dem Eingriff in Rechte Dritter.⁶⁰ Mit einer ähnlichen Fragestellung hatte sich der Gerichtshof schon in der *British American Tobacco*-Entscheidung zu befassen, ohne dass der Gerichtshof die vorgetragene Argumente dort wirklich im Detail nachprüfte. Auch Generalanwalt Léger beschränkt sich auf eine Evidenzprüfung und bejaht folgerichtig die Verhältnismäßigkeit der angegriffenen Werbeverbote.⁶¹ Untersucht man insbesondere die Erforderlichkeit des Werbeverbots, so kann man – darauf wurde oben schon hingewiesen – zwei mildere Mittel erkennen: Zum einen die Beschränkung auf wirklich grenzüberschreitende Publikationen und Hörfunksendungen und zum anderen die obligatorische Integration von Warnhinweisen etc.

56 Ähnlich etwa W. Schroeder (Fn. 43), 491.

57 S. o., Fn. 8.

58 Vgl. den begründeten Vorschlag der Kommission zum Erlass der Richtlinie (KOM(2001) 283 endg.: S. 8 f. begründet die Kompetenzgrundlage, S. 9–11 die Gefahren des Tabakkonsums.

59 Ebs. Dausies, „... sed perseverare in errore ...“ (Editorial), EuZW 2001, 577.

60 Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 123 mit weiteren Nachweisen. Kritisch Wägenbauer (Fn. 8). S. zuvor schon W. Schroeder (Fn. 43), 494 f.

61 Schlussanträge Léger, Rn. 209 ff.

V. Fazit

Den oben angemeldeten Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Verbots von Tabakwerbung in Presseartikeln und Rundfunk zum Trotz sprechen einige Gründe dafür, dass der Gerichtshof die zweite Tabakwerberichtlinie durchwinken wird. Im Gegensatz zur ersten Version sind keine offensichtlichen Zweifel an der Binnenmarktrelevanz vorhanden: Der nur lokal abschattende Sonnenschirm darf weiter von Marlboro etc. bedruckt werden. Die von der Kommission behaupteten Hemmnisse für den Waren- und Dienstleistungsverkehr sind nachvollziehbar. Wer nicht genauer hinschaut, wird zum selben Ergebnis kommen.

Allerdings hätte viel dafür gesprochen, Tabakwerbung jedenfalls im Hörfunk lediglich für grenzüberschreitend ausgestrahlte Programme zu verbieten. Eine enge Begrenzung der Werbeverbote hätte zugleich den Hinweis auf Umgehung des Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV verstummen lassen. So nimmt sich die Richtlinie wie eine genuine Maßnahme des Gesundheitsschutzes aus; ein Bereich, der der Gemeinschaft in diesem Umfang entzogen ist. Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit ist die Analyse von *Léger* vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH sicher zutreffend. Gleichwohl wünschte man sich doch eine genauere Untersuchung der Argumente der (zumal demokratisch nicht umfassend legitimierten) europäischen Legislative, wenn Grundfreiheiten (oder Grundrechte) der Bürger betroffen sind.

Im Ergebnis sollten die Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit von Tabakwerbung entscheiden. Dies haben sie mit Abschluss des WHO-Übereinkommens und den dort enthaltenen Werbeverböten übrigens getan; die Richtlinie ist mithin weitgehend überflüssig. Mit Blick auf die vor dem Hintergrund der Abgrenzung von Kompetenzen wichtige Entscheidung ist auf eine möglichst detailliert begründete Entscheidung des Gerichtshofs zu hoffen.