

Schriften zum Europäischen Recht

Band 4

**Grundrechtsfragen eines
gemeinschaftsrechtlichen Verbots
mittelbarer Werbung**

Von

Prof. Dr. Peter Lerche



Duncker & Humblot · Berlin

PETER LERCHE

**Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots
mittelbarer Werbung**

Schriften zum Europäischen Recht

**Herausgegeben von
Siegfried Magiera und Detlef Merten**

Band 4

Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots mittelbarer Werbung

Von

Prof. Dr. Peter Lerche



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Lerche, Peter:

Grundrechtsfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots
mittelbarer Werbung / von Peter Lerche. — Berlin: Duncker
und Humblot, 1990

(Schriften zum Europäischen Recht; Bd. 4)

ISBN 3-428-06984-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1990 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0937-6305

ISBN 3-428-06984-6

Vorwort

Die hier vorgelegte Untersuchung behandelt verfassungsrechtliche Fragen, die Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie betreffend die Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse aufwirft. Nach dieser Vorschrift soll auch mittelbare Werbung bestimmter Art untersagt werden. Damit stellen sich, wie u. a. bereits der Bundesrat angedeutet hat, vor allem grundrechtliche Probleme.

Die Untersuchung ist aus einem Rechtsgutachten hervorgegangen, das der Verfasser im Frühjahr 1990 dem Markenverband e. V., Wiesbaden, erstattet hat.

P. Lerche

Gliederungsübersicht

A. Sachverhalt und Prüfungsgegenstand	11
1. Sachverhalt	11
2. Prüfungsgegenstand	13
a) Eingrenzung der Prüfung	13
b) Bisherige verfassungsrechtliche Bedenken (Bundesrat)	13
B. Motivation und Tragweite des Art. 3 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags	16
1. Motivation	16
2. Tragweite	17
a) Wortsinn	17
b) Verhältnis Sinngehalt – Wortsinn	17
3. Konsequenzen	18
C. Beeinträchtigung verfassungsrechtlicher Positionen aus Art. 14 GG? 21	
1. Einwirkung in den geschützten Tatbestand?	21
a) Erfordernis subjektivrechtlicher Positionen	21
aa) Allgemeine Grundsätze	21
bb) Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes	22
cc) Insbesondere Warenzeichenrechte	23
b) Relevanz erst künftig zu erwerbender Rechte?	24
c) Bedeutung der Vorstellung des Schutzes vom „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“	26

aa)	Erfordernis subjektivrechtlicher Positionen bleibt grundsätzlich unberührt	26
bb)	Zum Schutz des Unternehmens als Ganzes	27
cc)	Relevanz mangelnder Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den Fortbestand der Rechtslage?	28
d)	Tatbestandliche Erfassung von Rechten außerhalb der Warenzeichenrechte	29
2.	Erfordernisse der Sozialbindung des Eigentums erfüllt?	30
a)	Legitimation durch Gemeinwohlerfordernisse?	30
aa)	Allgemeine Grundsätze	30
bb)	Begrenzung der Legitimation auf die gewollte Erfassung von Umgehungssachverhalten	31
cc)	Unmöglichkeit strikterer Formulierung?	32
dd)	Problematik der Typisierungsweite des Normgebers	33
ee)	Zusätzlich: Gesteigertes öffentliches Interesse u. U. notwendig	35
b)	Zur Bindung an das Erforderlichkeitsprinzip	36
aa)	Allgemeines	36
bb)	Anwendungsbereich dieser Bindung	36
cc)	Konsequenzen	37
c)	Bindung an das Prinzip der Verhältnismäßigkeit i.e.S.	37
aa)	Allgemeines Mißverhältnis	38
bb)	Zusätzlich: Auch erst zukünftige Gemeinsamkeit mit direkter Werbung erfaßt	39
cc)	Zusätzlich: Zum Risiko der Sachverhaltsfeststellung; hinreichende Bestimmtheit?	40
dd)	Zusätzlich: Vollständige Untersagung im Verhältnis zur direkten Werbung	41
ee)	Zusätzlich: Intensität des Opfers	42
3.	Enteignungsschranken durchbrochen?	42
a)	Allgemeines	42

Gliederungsübersicht	9
b) Entzug der betroffenen Rechte	44
c) Sonderopfer?	44
d) Beschränkung auf schon erworbene Rechte	45
e) Mangelnde Überleitungsregelung	46
f) Relevanz der Intensität des Opfers?	47
4. Ergebnis der Anwendung des Art. 14 GG	49
D. Beeinträchtigung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)?	50
1. Einwirkung in den geschützten Tatbestand?	50
2. Maßgebliche Zulässigkeitskriterien	51
3. Konsequenzen und Einzelfragen	52
a) Zum Anwendungsbereich des Erforderlichkeitsprinzips	52
b) Zur umfassenden Angemessenheitsprüfung	53
c) Spezialfragen	53
aa) Judikatur zu Umgehungssachverhalten	53
bb) Judikatur zu Überwachungs-Erleichterungen	53
4. Ergebnis der Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG	54
E. Beeinträchtigung der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG)?	55
1. Einwirkung in den geschützten Tatbestand?	55
a) Streitstand, inwieweit Wirtschaftswerbung Meinungsäußerung ist	55
b) Insbesondere die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts	57
c) Sonstige Äußerungen	57
d) Insbesondere zu Art. 10 EMRK; USA	58
e) Konsequenzen für den vorliegenden Sachverhalt	58
2. Maßgebliche Zulässigkeitskriterien	59
3. Ergebnis der Anwendung des Art. 5 GG	60

F. Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)?	61
1. Verhältnis zu den vorstehenden Grundrechten	61
2. Zur Relevanz des Übermaßverbots	62
3. Bedeutung insbesondere für die Werbewirtschaft	63
4. Ergebnis der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG	63
G. Ergänzende Bemerkungen zum Europäischen Gemeinschaftsrecht . .	64
H. Hauptergebnisse	66

A. Sachverhalt und Prüfungsgegenstand

1. Sachverhalt

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse (künftig: Richtlinienvorschlag)¹ vorgelegt. Während Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags die Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse mit bestimmten Beschränkungen (Warnspflichten, inhaltliche Begrenzungen) versehen, bestimmt Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags:

„Werbung in der Presse und durch Plakate, die das Tabakerzeugnis zwar nicht direkt erwähnt, sich jedoch eines Warenzeichens, Emblems, Symbols oder anderen Kennzeichens bedient, das überwiegend für Tabakerzeugnisse verwendet wird, ist untersagt.“

Dieser Vorschlag ergänzt die nunmehr vorliegende Richtlinie des Rates vom 3. 10. 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (EG-Rundfunkrichtlinie).² Und zwar insofern, als deren Art. 13 „jede Form der Fernsehwerbung für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse“ untersagt.³

Die Begründung der Kommission⁴ für den hier primär interessierenden erstgenannten Vorschlag versteht ihn offenbar als bloße Prolongation der EG-Rundfunkrichtlinie; erklärt sie doch unter Berufung auf

¹ KOM (89) 163 endg./2 – SYN 194; hier zitiert nach ABl. Nr. D 124/5 vom 19. 5. 1989. Zu den damit aufgeworfenen Grundrechtsfragen – außerhalb der hier behandelten Problematik – siehe jetzt bes. R. Scholz, in: Friauf / Scholz, Europarecht und Grundgesetz, 1990, bes. S. 62 ff.

² ABl. Nr. L 298/23 vom 17. 10. 1989.

³ Die Zustimmung der Bundesregierung zu dieser Richtlinie ist Gegenstand eines Verfassungstreits des Freistaates Bayern gegen den Bund vor dem Bundesverfassungsgericht (Az.: 2 BvG 1/89). Der Verfasser vertritt in diesem Streit, der um föderale Fragen geführt wird, das antragstellende Land.

⁴ KOM (89) 163 endg./2 – SYN 194, 18. 4. 1989.

ihren vorangegangenen Vorschlag zu dieser Richtlinie⁵ ausdrücklich, „wie schon“ dieser Vorschlag untersagte auch Absatz 2 des Art. 3 „Werbung für Marken von Tabakerzeugnissen auf dem Umweg über andere Erzeugnisse“.⁶

Eine solche Aussage ist allerdings jenem seinerzeitigen Vorschlag ebenso wie jetzt dem angeführten endgültigen Text, den die EG-Rundfunkrichtlinie inzwischen erhalten hat, nicht ohne weiteres zu entnehmen.⁷

In der von der Kommission gegebenen Begründung⁸ für jenen seinerzeitigen Vorschlag war nur erklärt worden:

„Angesichts der möglichen Substituierung der verschiedenen Sorten von Tabakerzeugnissen und der Schwierigkeit, diese Möglichkeit auszuschließen, erstreckt sich das Werbeverbot auf alle *Tabakerzeugnisse*, wie das bereits in vielen Mitgliedstaaten der Fall ist.“⁹ Hiernach war also von einem Ausgreifen auf weitere Produkte noch keine Rede.

Die nunmehr vorliegenden Erwägungsgründe der zustandekommenen EG-Rundfunkrichtlinie¹⁰ gehen allerdings einen Schritt weiter. Hier heißt es:

„Fernsehwerbung für Zigaretten und Tabakwaren muß ganz verboten werden, einschließlich indirekter Formen der Werbung, die zwar nicht direkt das Tabakerzeugnis erwähnen, aber das Werbeverbot durch Benutzung von Markennamen, Symbolen oder anderen Kennzeichen von Tabakerzeugnissen oder von Unternehmen, die bekanntermaßen oder hauptsächlich solche Erzeugnisse herstellen bzw. verkaufen, zu umgehen suchen.“

Damit will also auch indirekte Werbung erfaßt sein, indes eindeutig nur beschränkt auf *Umgehungs-sachverhalte*. Eine derartige eindeutige Begrenzung läßt der Text des Art. 3 Abs. 2 des hier interessierenden

⁵ KOM (88) 154 endg.

⁶ A.a.O., S. 3 (zu Art. 3).

⁷ Art. 9 jenes Vorschlags lautete vielmehr nur: „Die Rundfunkwerbung für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse muß untersagt sein.“ Im Vorschlag der vorangestellten Erwägungsgründe (a.a.O., S. 16) hieß es pauschal: „In Übereinstimmung mit der in den meisten Mitgliedstaaten gewählten Lösung muß deshalb Werbung für Zigaretten und Tabakwaren ganz verboten . . . werden.“

⁸ KOM (86) 146 endg., 29. 4. 1986 (S. 27f. zu Art. 9).

⁹ A.a.O., S. 28. Hervorhebung nur hier.

¹⁰ ABl. Nr. L 298/23, 17. 10. 1989 (S. 25).

Richtlinienvorschlags, wie sogleich näher darzulegen sein wird, nicht erkennen.

2. Prüfungsgegenstand

a) Eingrenzung der Prüfung

Zu untersuchen ist, ob der Inhalt dieser vorgeschlagenen Vorschrift (Art. 3 Abs. 2) im Einklang mit dem Grundgesetz steht – ungeachtet der Frage, wie das Verhältnis der Vorschrift als supranationales Recht zu deutschem Verfassungsrecht zu sehen wäre, falls die Richtlinie mit einem derartigen Inhalt zustandekäme.¹¹

Nicht im Vordergrund sollen etwaige Bedenken stehen, die sich auf die Vereinbarkeit des Richtlinienvorschlags als Ganzem oder speziell des Art. 3 Abs. 2 mit dem Gemeinschaftsrecht beziehen.¹²

b) Bisherige verfassungsrechtliche Bedenken (Bundesrat)

Verfassungsrechtliche Bedenken allgemeinerer wie speziellerer Art gegen den Richtlinienentwurf wurden namentlich bereits vom Bundes-

¹¹ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang: Die kürzliche Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. 5. 1989 EuGRZ 1989, 339 in Sachen EG-Richtlinie über Etikettierung von Tabakerzeugnissen verdeutlicht (korrigiert?) die bisherige Linie der sog. „Solange“-Entscheidungen insofern (vgl. dazu jetzt auch *H. Reiter*, ZfSH/SGB 1990, 10 ff., 18 m. w. H.), als eine Überprüfung der Richtlinie durch das Bundesverfassungsgericht bejaht wird, wenn auf dem Weg über den Europäischen Gerichtshof (wo die Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Grundrechtsstandard des Gemeinschaftsrechts überprüft werden kann) „der vom Grundgesetz als unabdingbar gebotene Grundrechtsstandard nicht verwirklicht werden sollte“ (340).

Zur Gesamtfrage jetzt bes. *Friauf / Scholz*, Europarecht und Grundgesetz, 1990.

¹² Vielfache Bedenken in letzterer Hinsicht sind gegenüber dem Richtlinienvorschlag als Ganzem namentlich unter dem Aspekt mangelnder *Erforderlichkeit* für den freien Warenverkehr erhoben worden.

Soweit sich die nachfolgende verfassungsrechtliche Untersuchung speziell zu Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs namentlich mit Ausprägungen des Grundsatzes der *Verhältnismäßigkeit* i. w. S. zu befassen haben wird, ist bemerkenswert, daß dieser Grundsatz auch das EWG-Recht beherrscht; dies wird unten G nur ergänzend dargestellt. Auch wird am Rande (unten E 1 d) auf Fragen eingegangen, die die Europäische Menschenrechtskonvention betreffen.