
Das Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH

Markus Rauber*

Inhalt

I. Einleitung	151
II. Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage	152
1. Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG	152
2. Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie 2003/33/EG	157
3. Artikel 4 der Richtlinie 2003/33/EG	158
III. Schlussbemerkungen	160

I. Einleitung

Mit Urteil vom 12. Dezember 2006 in der Rechtssache C-380/03 hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 3 und 4 der Richtlinie 2003/33/EG¹ in allen fünf Klagepunkten² abgewiesen.

Gegenstand des folgenden Beitrags sollen diesbezüglich aber nicht die (fallbezogenen) Ausführungen der Luxemburger Richter zur Begründungspflicht des Art. 253 EGV, zu den Anforderungen des Mitentscheidungsverfahrens nach Art. 251 EGV oder zur Verhältnismäßigkeit, sondern vielmehr die Erwägungen von grundsätzlicher Bedeutung zur Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten sein.

* Markus Rauber LL.M. ist Referendar am Landgericht Trier und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Torsten Stein, für Europarecht und Europäisches Öffentliches Recht an der Universität des Saarlandes.

¹ Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 152 v. 20.6.2003, S. 16-19.

² Siehe zum Ganzen: Klageschrift der Bundesrepublik Deutschland in der Rs. C-380/03, ABl. Nr. C 275 v. 15.11.2003, S. 31-32.

Die aktuelle Bestätigung des Art. 95 EGV als taugliche Rechtsgrundlage für ein Tabakwerbeverbot unterscheidet sich in erheblicher Weise von der zur ersten Tabakwerbeverbot-Richtlinie³ im Jahr 2000 ergangenen Entscheidung, im Rahmen derer der EuGH die Vorgängerregelung der jetzigen Norm wegen Kompetenzüberschreitung der Gemeinschaftsorgane für nichtig erklärt hatte.⁴ Ob dies trotz der Umstellung des generalklauselartigen Totalverbots der Richtlinie 98/43/EG auf eine enumerative Aufzählung einzelner, jeweils verbotener Werbemittel in den Artikeln 3 bis 5 der Nachfolgenorm⁵ nicht erneut der richtigere Weg gewesen wäre, wird im Folgenden erörtert.

II. Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage

Seinen bisherigen klaren Aussagen⁶ nicht in aller Deutlichkeit folgend⁷ geht der Gerichtshof auch in der aktuellen Entscheidung davon aus, dass eine auf Art. 95 EGV gestützte Maßnahme die Beseitigung von Hemmnissen des freien Waren- bzw. Dienstleistungsverkehrs oder von Wettbewerbsverzerrungen bezwecken muss.⁸ Im Rahmen der ersten Variante stellt er dabei auf divergierende mitgliedstaatliche Schutzmaßnahmen ab, welche den freien Verkehr von insoweit betroffenen Erzeugnissen in der Gemeinschaft behindern.

1. Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG

Hinsichtlich des in Art. 3 Abs. 1 aufgeführten generellen Verbots der Werbung in Erzeugnissen der Presse und in anderen gedruckten Veröffentlichungen sieht der EuGH die Voraussetzungen des Art. 95 EGV als gegeben an.⁹ Tatsächlich ist die Vorbedingung einer Rechtsharmonisierung auch erfüllt. Wie sich aus der zutreffen-

³ Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 9-12.

⁴ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 (*Deutschland/Parlament und Rat*).

⁵ Görlietz, EU-Binnenmarktkompetenz und Tabakwerbeverbote, EuZW 2003, S. 485 ff. (485).

⁶ EuGH, Rs. C-376/98, (Fn. 4), Rdnrn. 82, 83, 95.

⁷ Zwar verweist der EuGH u.a. auch auf die in Rdnr. 95 der Rs. C-376/98 (Fn. 4) formulierten Voraussetzungen, vernachlässigt in der Folge jedoch die Prüfung eines tatsächlichen Beitrags zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts.

⁸ Zur Tatbestandsalternativität („oder“) siehe auch EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 60 (*British American Tobacco*).

⁹ EuGH, Rs. C-380/03, Rdnrn. 60, 78 (*Deutschland/Parlament und Rat*); noch nicht in aml. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

den Feststellung des Gerichtshofs unter Berufung auf die Angaben der Kommission¹⁰ ergibt, unterschieden sich zum maßgeblichen Zeitpunkt des Richtlinienerlasses die nationalen Regelungen erheblich (von vollständigen Verboten bis zu recht liberalen Regimen).

In konsequenter Anwendung der vom Gerichtshof aufgestellten Kriterien kann eine Heranziehung der Binnenmarktkompetenz jedoch von vornherein nur in Betracht kommen, wenn die zu erlassende Verbotsnorm grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst. Werden die regulierten Erzeugnisse lediglich innerhalb der Grenzen der Mitgliedstaaten vertrieben, ist eine positive Auswirkung eines Verbots auf den Gemeinschaftsmarkt nicht denkbar. Daran kann auch der Verweis des Gerichtshofs¹¹ sowie des Generalanwalts *Léger* in seinen Schlussanträgen¹² auf die neuere Rechtsprechung zur ebenfalls auf Grundlage des jetzigen Art. 95 EGV erlassenen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG¹³ nichts ändern. Dort hatte der EuGH entschieden, dass die Heranziehung des Art. 95 EGV nicht in jedem vom entsprechenden Sekundärrechtsakt erfassten Einzelfall einen tatsächlichen Zusammenhang mit dem freien Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten verlangt.¹⁴ Der Umkehrschluss aus diesen Aussagen legt gerade nahe, dass Rechtsakte, die fast ausschließlich und nicht nur in Einzelfällen rein innerstaatliche Sachverhalte regeln, nicht auf Art. 95 EGV gestützt werden können.¹⁵

Hinsichtlich der somit entscheidenden Binnenmarktrelevanz stellt der Gerichtshof – wohl in Anlehnung an seine Ausführungen in den Rechtssachen *British American Tobacco*, *André Arnold und Swedish Match*¹⁶ – ohne weitere Belege fest, dass auf dem Markt für Presseerzeugnisse ein relativ bedeutender Handel zwischen den Mitgliedstaaten stattfindet und der Verkehr von Zeitungen, Zeitschriften und Magazinen eine allen Mitgliedstaaten gemeinsame Realität sei.¹⁷ Dieser durch die zitierte Rechtsprechung lediglich für den Markt von Tabakerzeugnissen selbst belegte Fakt findet

¹⁰ EuGH, *ibid.*, Rdnr. 46.

¹¹ EuGH, *ibid.*, Rdnr. 79 f.

¹² Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* in EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Nr. 168 ff. (*Deutschland/Parlament und Rat*).

¹³ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 31-50.

¹⁴ EuGH, Rs. C-101/01, Slg. 2003, I-12992, Rdnrn. 40 bis 42 (*Bodil Lindqvist*) und EuGH, verb. Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Slg. 2003, I-04989, Rdnr. 41 (*Österreichischer Rundfunk*).

¹⁵ Bedenken im Hinblick auf eine zu weit gefasste Produktgruppe äußern auch *Selmayr/Kamann/Ablers*, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, S. 49 ff. (54).

¹⁶ EuGH, Rs. C-491/01, (Fn. 8); EuGH, Rs. C-434/02, Slg. 2004, I-11825 und EuGH, Rs. C-210/03, Slg. 2004, I-11893; genaue Angaben in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Geelhoed* in EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Nr. 61 i.V.m. Fn. 30.

¹⁷ EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnrn. 53, 54.

auf dem hier zu betrachtenden Werbemarkt für Tabakerzeugnisse jedoch gerade keine Entsprechung, denn der Gesamtmarkt für Zeitungen und Zeitschriften stellte sich im Entstehungszeitraum der Richtlinie 2003/33/EG in Deutschland wie folgt dar¹⁸:

Von den 20 nach der Statistik der Informationsgesellschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e.V. (IVW) meistgehandelten deutschen Zeitschriften betrug im Jahresdurchschnitt 2002 der Anteil der über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus ins EU-Ausland verkauften Ausgaben an der Gesamtauflage lediglich 1,77 Prozent.

Für die von der Studie ebenfalls erfassten 170 deutschen Zeitungen (darunter auch die 20 auflagenstärksten) ergibt sich ein identisches Bild. Im dritten Quartal (hier findet der stärkste grenzüberschreitende Verkehr statt) wurden von insgesamt 19.340.991 Zeitungen 289.315 außerhalb der Bundesrepublik abgesetzt. Dies entspricht einer Quote von 1,80 Prozent.

Angesichts der Tatsache, dass die zitierte Statistik auf den jeweils meistverkauftesten und damit weitverbreitetsten deutschen Produkten basiert, ist wegen deren tendenziell größerer Nachfrage in der Union mit einem noch geringeren Auslandsanteil bei Betrachtung aller Zeitschriften und Zeitungen zu rechnen.

Die Gründe für diese Zahlen liegen auf der Hand. Thematisch rein lokal bzw. regional ausgerichtete Publikationen stoßen im Ausland von vorneherein auf keinerlei Interesse und damit auch nicht auf Nachfrage. Für sie existiert mithin gar kein Binnenmarkt.¹⁹

Anders ist dies (zumindest potenziell) bei Presseerzeugnissen, die sich inhaltlich mit dem politischen Gesamtgeschehen des Herkunftslands oder gar mit internationalen Fragestellungen auseinandersetzen. Aber auch hier verhindern sprachliche Barrieren einen nennenswerten Verkaufsumfang im Ausland.

Der Heranziehung des deutschen Marktes zur Bestimmung des Anteils grenzüberschreitend vertriebener Produkte stehen auch nicht die Ausführungen des Generalanwalts *Léger*²⁰ entgegen, nach denen zwischen Mitgliedstaaten, die eine gemeinsame Sprache wie Französisch (Belgien, Frankreich, Luxemburg) oder Englisch (Irland, Vereinigtes Königreich) verbindet, in besonderem Maße innergemeinschaftlicher Handel stattfindet. Zum einen befindet sich die Bundesrepublik hin-

¹⁸ Statistik des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft für das Jahr 2002, entnommen *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand, Dissertation, Osnabrück 2004, Anhang.

¹⁹ *Stein*, in: Schneider/Stein, *The European Ban on Tobacco Advertising*, 1. Aufl. 1999, S. 257 ff. (264), Rdnr. 9; *ders.*, in: Schwarze, *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1. Aufl. 1999, S. 52 ff. (55).

²⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* in EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 12), Nr. 106.

sichtlich ihres Nachbarn Österreich in der gleichen Lage. Zum anderen stellen die genannten Beispiele sprachliche Ausnahmesituationen dar, die den geringen Anteil der gemeinschaftsweit betrachteten Verkäufe in andere Mitgliedstaaten (wenn überhaupt) nur unerheblich vergrößern können. Dies muss umso mehr gelten, als dass durch die Erweiterung der Union am 1. Mai 2004 viele neue Sprachen mit geringem Verbreitungsgrad in der Gemeinschaft (vor allem in den alten Ländern) hinzugekommen sind. Die von Gerichtshof und Generalanwalt²¹ zur Darlegung divergierender nationaler Rechtslagen angeführte Vergrößerung auf 25 Mitgliedstaaten wird aufgrund zunehmender Sprachbarrieren eher zu einer Absenkung des Anteils überstaatlich vertriebener Erzeugnisse am nunmehr vergrößerten Gesamtmarkt führen.

Somit ist davon auszugehen, dass im Sinne der oben dargestellten Erfordernisse das generelle Verbot von vornherein weitestgehend ungeeignet ist, die Ziele des Art. 95 EGV zu verwirklichen.

Aber auch für den Bereich der über einen Mitgliedstaat hinaus verkauften Produkte ergibt sich letztlich kein anderes Resultat. Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass ein fast ausschließlich lokale bzw. regionale Presseerzeugnisse umfassendes Werbeverbot nicht per se an Art. 95 EGV scheitert, wäre damit noch nichts über tatsächlich bestehende oder zukünftige Hemmnisse im verbleibenden Bereich der international vertriebenen Zeitungen gesagt.

An solchen fehlt es aber gerade. Denkbar sind Behinderungen ohnehin nur beim Export von Zeitungen und Zeitschriften, die in Mitgliedstaaten ohne Verbotsnorm hergestellt wurden in solche mit Tabakwerbeverbot. Letztgenannte haben jedoch teilweise die in anderen Mitgliedstaaten gedruckten Presseerzeugnisse ausdrücklich vom nationalen Verbot ausgenommen.²² Zumindest aber werden Einfuhr und Verkauf ausländischer Produkte dort faktisch nicht behindert.²³ Die Argumentation des EuGH mit der Ausklammerung ausländischer Produkte vom jeweiligen Verbot als Bestätigung dafür, dass die Mitgliedstaaten von einem nicht unbedeutenden innergemeinschaftlichen Handel ausgingen²⁴ kann insofern nur verwundern. Denn die ungestörte Zirkulation ausländischer Zeitschriften und Zeitungen in Mitgliedstaaten mit Werbeverbot ist gerade Ausdruck deren Überzeugung, dass die entsprechenden Produkte überwiegend von Touristen und Geschäftsleuten aus dem jeweiligen Herkunftsland gelesen werden und somit das nationale Regelungsziel des Werbeverbots durch diese so gut wie nicht berührt wird.²⁵

21 EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnr. 47; Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtsache C-380/03, (Fn. 12), Nr. 98.

22 Schroeder, Die neue EG-Tabakwerberichtlinie, *Ecolex* 2004, S. 578 ff. (580).

23 Stein, Die Grundfreiheiten müssen „Freiheiten“ bleiben! – Nochmals zu Tabakwerbeverbot und Gemeinschaftskompetenz, *EuZW* 2000, S. 337 f. (337); Schroeder, *Ecolex* 2004, (Fn. 22), S. 580.

24 EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnr. 59.

25 Dazu Stein, *EuZW* 2000, (Fn. 23), S. 337.

Somit ist entgegen den Ausführungen des Gerichtshofs davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG nicht die Voraussetzungen der Harmonisierungskompetenz erfüllt.

Daran ändert auch die Aufnahme einer Freiverkehrsklausel in Art. 8 der Richtlinie nichts. Die Luxemburger Richter weisen zwar zu Recht auf die besondere Bedeutung einer solchen Klausel hin.²⁶ Diese lässt sich den Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *British American Tobacco* genau entnehmen.²⁷ Auch die dort zum Verfahrensgegenstand gemachte Tabakprodukt-Richtlinie²⁸ enthält eine Freiverkehrsgewährleistung. Durch diese Bestimmung könne die Richtlinie ihre volle Wirkung im Hinblick auf das von ihr verfolgte Ziel der Verbesserung der Bedingungen für das Funktionieren des Binnenmarkts entfalten. Daraus folge, dass sie auf der Grundlage des Art. 95 EGV erlassen werden konnte. Der Gerichtshof erkennt²⁹ in seiner aktuellen Entscheidung jedoch, dass die Aussagen bei genauerer Betrachtung nicht übertragen werden können. Hintergrund war in der Rechtssache C-491/01 das Vorliegen tatsächlicher Handelshemmnisse, zu deren Beseitigung die entsprechenden Harmonisierungsmaßnahmen beitrugen. In dieser Situation stellt eine Verkehrsklausel einen notwendigen Mosaikstein zur Verwirklichung der Voraussetzungen des Art. 95 EGV dar. Im Unterschied hierzu fehlt es im Rahmen des neuen Werbeverbots jedoch gerade an entsprechenden Behinderungen. Das bloße Vorliegen der Freiverkehrsklausel kann somit alleine nicht zur Vereinbarkeit mit Art. 95 EGV führen.³⁰

Auch liegen keine (vom Gerichtshof wegen der Annahme von Handelshemmnissen nicht näher zu prüfenden) Wettbewerbsverzerrungen vor. Möglich erscheinen Verzerrungen ohnehin nur im Bereich international vertriebener Zeitungen und Zeitschriften. Aber auch hier konkurrieren einheimische und ausländische Presseerzeugnisse nicht miteinander.³¹ Aus Sicht des Lesers sind nationale Publikationen kaum durch ausländische ersetzbar.

Eine genauere prozentuale Bezifferung eventuell dennoch verbleibender Wettbewerbsverhältnisse (auch im Hinblick auf eine denkbare Konkurrenz verschiedener ausländischer Erzeugnisse untereinander³²) kann hier dahinstehen, da es in jedem

²⁶ EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnr. 73 ff.

²⁷ EuGH, Rs. C-491/01, (Fn. 8), Rdnrn. 74, 75.

²⁸ Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 194 v. 18.7.2001, S. 26-35.

²⁹ Ebenso der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen, (Fn. 12), Nr. 140 ff.

³⁰ *Schroeder*, *Ecolex* 2004, (Fn. 22), S. 580.

³¹ *Stein*, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft – das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbot-Richtlinie, *EWS* 2001, S. 12 ff. (17).

³² *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand, (Fn. 18), S. 55.

Falle an der vom Gerichtshof im 1. Tabakwerbeurteil³³ geforderten „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsverzerrung fehlt. Dieses der Rechtsprechung zu den Art. 81 bzw. 82 EGV entlehnte quantitative Kriterium³⁴ ist aufgrund des geringen grenzüberschreitenden Handels von Presseerzeugnissen keinesfalls erfüllt. So hat denn beispielsweise das Pariser Handelsgericht 1995 eine Klage französischer Verleger auf Verbot deutscher und amerikanischer Presseerzeugnisse wegen deren Tabakanzeigen und des daraus abgeleiteten vermeintlichen Vorteils mangels spürbarem Wettbewerb mit einheimischen Erzeugnissen abgelehnt.³⁵

2. Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie 2003/33/EG

Das Verbot der Werbung in den Diensten der Informationsgesellschaft sieht der Gerichtshof ebenfalls als von Art. 95 EGV gedeckt an. Er stellt dazu lediglich fest, dass die Tabakwerbung in diesem Medium grenzüberschreitenden Charakter habe.³⁶ Von der problemlosen grenzüberschreitenden Zugänglichkeit jeglicher Werbung im Internet³⁷ kann aber gerade nicht auf das wirkliche Vorliegen von Handelshemmnissen bzw. Wettbewerbsverzerrungen geschlossen werden. Denn die technische Möglichkeit sagt nichts über den tatsächlichen Umfang grenzüberschreitender Nutzung von werberelevanten Internetseiten aus. Werbung findet sich vor allem auf Webseiten von Suchmaschinen- oder E-Mail-Diensteanbietern sowie von Providern wieder. Letztgenannte agieren zwar grundsätzlich weltweit, diversifizieren sich aber über nationale Töchter. So wird beispielsweise der Provider „America Online“ über verschiedene deutsche Mitglieder der AOL-Gruppe wie Bertelsmann betrieben. Auf diese Weise entstehen jeweils in Sprache und Mentalität national geprägte Online-Dienste, zu denen auch die entsprechende Werbung gehört.³⁸ Auch Suchmaschinen oder E-Mail-Dienste werden vor allem „national“ genutzt. So verwendet der deutsche Kunde in der Regel die einheimische Seite der jeweiligen Anbieter wie z.B. „google.de“ oder „yahoo.de“.

Auch der verbleibende zwischenstaatliche Werbeverkehr in den Diensten der Informationsgesellschaft sieht sich keinen Handelshemmnissen ausgesetzt. Aufgrund der

³³ EuGH, Rs. C-376/98, (Fn. 4), Rdnr. 106.

³⁴ *Görlitz*, EuZW 2003, (Fn. 5), S. 487; *Kamann*, Viel Rauch um nichts?, ZEuS 2001, S. 23 ff. (37, 38).

³⁵ *Heim*, in: Schwarze, (Fn. 19), S. 60 ff. (62, Fn. 2).

³⁶ EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnrn. 61, 63.

³⁷ Der Begriff der „Dienste der Informationsgesellschaft“ erfasst nach weitverbreiteter Ansicht im Wesentlichen das Internet; dazu *Görlitz*, EuZW 2003, (Fn. 5), S. 488; *Wägenbaur*, Verbot der Tabakwerbung: Fortsetzung der Saga, EuZW 2001, S. 450.

³⁸ *Oppermann*, Gutachten zum Kommissionsvorschlag der späteren Richtlinie 2003/33/EG für den ZAW e.V., Rdnr. 89.

ortsunabhängigen Verfügbarkeit stehen dem gemeinschaftsweiten Abruf derzeit keine (einzig in Betracht kommenden) technischen Hemmnisse entgegen.³⁹ Solche sind auch in naher Zukunft nicht zu erwarten.

Schließlich vermögen auch die Ausführungen des Generalanwalts zu Art. 3 Abs. 2 als Umgehungsschutzklausel⁴⁰ das Verbot der Werbung in den Diensten der Informationsgesellschaft nicht zu rechtfertigen. Zwar wäre bei einem auf Druckmedien beschränkten Verbot damit zu rechnen, dass Verlage sich verstärkt des Mediums Internet bedienen würden, um die ansonsten mittels gedruckten Zeitungen und Zeitschriften verbreiteten Inhalte an den Verbraucher zu vermitteln.

Die Verhinderung der Umgehung müsste aber dem Ziel der Beseitigung von Handelshemmnissen dienen. Dies ist jedoch bei Verlagerung der Werbung auf die sehr zahlreichen Internetzeitungen mit lokal oder regional geprägtem Inhalt gerade nicht der Fall. Sie sind zwar in technischer Hinsicht weltweit abrufbar. Mangels Interesse in anderen Mitgliedstaaten beschränkt sich das Verbreitungsgebiet aber tatsächlich auf den innerstaatlichen Bereich.

Anders stellt sich die Situation – wie bei den Druckerzeugnissen selbst – hinsichtlich der verbleibenden thematisch international ausgerichteten Angebote dar. Doch in diesem Bereich kann die Frage nach dem Anteil grenzüberschreitender Zugriffe auf die jeweiligen Seiten dahinstehen. Denn das selbst nichts zur Beseitigung von Hemmnissen beitragende Verbot der Werbung in den Diensten der Informationsgesellschaft ist jedenfalls in seiner Existenzberechtigung akzessorisch zur (vermeintlich) binnenmarktfördernden Hauptregelung.⁴¹ Da das Verbot der Tabakwerbung in den Printmedien die Voraussetzungen des Art. 95 EGV aber nach der hier vertretenen Auffassung nicht erfüllt, teilt die Umgehungsschutzklausel das Schicksal des Art. 3 Abs. 1 und verstößt mithin ebenso gegen Gemeinschaftsrecht.⁴²

3. Artikel 4 der Richtlinie 2003/33/EG⁴³

Mit den gleichen knappen Formulierungen wie zu Art. 3 Abs. 2 billigt der Gerichtshof auch das Verbot der Werbung im Rundfunk.⁴⁴ Trotz der heute gegebenen Möglichkeit, mittels Antenne, Kabel oder Satellit Sender aus anderen Mitgliedstaaten im

³⁹ So zutreffend das Vorbringen der Klägerin, siehe EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnr. 22.

⁴⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* in EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 12), Nr. 150.

⁴¹ *Görlitz*, EuZW 2003, (Fn. 5), S. 488.

⁴² So auch *Strutz*, EG-Werbeverbot für Tabakerzeugnisse auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand, (Fn. 18), S. 61.

⁴³ Die folgenden Ausführungen zu Absatz 1 gelten sinngemäß auch für Absatz 2.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnrn. 61, 63.

eigenen Land zu empfangen,⁴⁵ existiert jedoch in tatsächlicher Hinsicht grenzüberschreitender Radioempfang nur in sehr geringem Umfang. Denn der Hörfunk ist in gleichem Maße wie die Presselandschaft rein regional orientiert und zudem denselben Sprachbarrieren ausgesetzt.

Auch der Verweis⁴⁶ des Gerichtshofs sowie des Generalanwalts auf Art. 13 der Fernseh-Richtlinie 89/552/EWG⁴⁷ kann das Verbot nicht retten. Zwar untersagt dieser berechtigterweise jede Form der Fernsehwerbung für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse, also auch in rein innerstaatlich verbreiteten Sendungen. Mangels vergleichbarer Situation kann die Fernseh-Richtlinie jedoch kein Argument zur Stützung des Werbeverbots im Rundfunk liefern. Denn Art. 13 der Fernseh-Richtlinie bildet eine inhaltliche Einheit mit einer Fülle von Harmonisierungsvorgaben für die Ausstrahlung von Fernsehsendungen, die allesamt zum Zwecke der Verwirklichung des freien Sendeverkehrs in der Gemeinschaft ergangen sind. Im Gegensatz dazu kommt dem Radiowerbeverbot in seiner isolierten Erscheinung eine derartige Binnenmarktfinalität gerade nicht zu.⁴⁸ Es ist im Gegenteil eingebettet in weitere Verbotsvorschriften der Tabakwerbung.

Zudem ist fraglich, ob der Gerichtshof die Fernseh-Richtlinie überhaupt als Vergleichsmaßstab hätte heranziehen dürfen. Denn zum Zeitpunkt ihres Erlasses (1989) gab es weder einen Titel Gesundheitswesen mit Harmonisierungsverbot (jetzt: Art. 152 Abs. 4 EGV), noch die Möglichkeit der Binnenrechtsangleichung (jetzt: Art. 95 EGV). Beide Normen wurden erst durch den Vertrag von Maastricht geschaffen. Aufgrund dieser unterschiedlichen Rechtslagen kann die Richtlinie 89/552/EWG nur schwerlich Präjudizwirkung für die Erfüllung der Kriterien des Art. 95 EGV durch das Rundfunkwerbeverbot entwickeln.⁴⁹

⁴⁵ *Sopp*, Tabakkonsum und Tabakwerbeverbot – eine ökonomische Analyse des Gemeinschaftsrechts, EuZW 2005, S. 365 ff. (366).

⁴⁶ EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 9), Rdnr. 64; Schlussanträge des Generalanwalts *Léger* in EuGH, Rs. C-380/03, (Fn. 12), Nr. 172.

⁴⁷ Richtlinie 89/552/EWG des Rates v. 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. Nr. L 298 v. 17.10.1989, S. 23-30, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG, ABl. Nr. L 202 v. 30.7.1997, S. 60-70.

⁴⁸ *Görlitz*, EuZW 2003, (Fn. 5), S. 488.

⁴⁹ *Oppermann*, Gutachten zum Richtlinienentwurf der Kommission, (Fn. 38), Rdnrn. 26, 74 und 96.

III. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Verabschiedung der Tabakwerbeverbot-Richtlinie gegen das in Art. 5 Abs. 1 des EG-Vertrags verankerte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verstoßen hat. Es fehlt ihm an einer tragfähigen Rechtsgrundlage zum Erlass der Richtlinie 2003/33/EG. Die Verbote der Werbung in Druckerzeugnissen, in den Diensten der Informationsgesellschaft sowie im Hörfunk erfüllen nicht die Voraussetzungen des Art. 95 EGV, da sich in keiner Hinsicht eine auch vom Gerichtshof weiterhin geforderte Eignung der divergierenden mitgliedstaatlichen Rechtslagen zur Beeinträchtigung von Grundfreiheiten feststellen lässt.

Die eingangs gestellte Frage nach dem richtigeren Entscheidungsweg ist somit dahingehend zu beantworten, dass eine erneute Verwerfung der Tabakwerberegulation trotz Umstellung des generalklauselartigen Totalverbots der Richtlinie 98/43/EG auf eine enumerative Aufzählung einzelner, jeweils verbotener Werbemittel wünschenswert gewesen wäre. Wenn der EuGH in seiner aktuellen Entscheidung schon bedauernswerterweise die Aussagen der Rechtssache C-376/98 in der dort an den Tag gelegten Klarheit vermissen lässt und somit inzident die formulierten Kriterien teilweise aufweicht, sollte er zumindest das modifizierte Prüfprogramm an den einzelnen Verbotsnormen konsequent abarbeiten und letzteres nicht noch im Sinne einer Zeitgeistentscheidung flexibel handhaben.