

MARKETING-MIX UND KOMMERZIELLE SPRACHE AUS GEMEINSCHAFTSRECHTLICHER PERSPEKTIVE

I. Vorbemerkung zur Vorgehensweise

1. *Konzentration auf die Werbung und die Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 EGV)*

Auch im Rahmen dieses Kapitels soll die Agenda dieser Untersuchung beibehalten werden; nämlich die Nutzbarmachung der Differenzierungen des Marketing-Mix (siehe die Übersicht) für die Anwendung von Recht, und hier insbesondere von Art. 30 und 36 EGV. Diese parallele Zuordnung von *Marketingpolicyoptionen zu Rechtsfolgen* soll der Vorhersehbarkeit der rechtlichen Bewertung für die Praktiker dienen wie auch der Darstellung des Schutzes von kommerzieller Sprache durch die Organe der EG,¹ insbesondere durch den EuGH. Die Zuordnung von Sachverhalt und rechtlicher Lösung unter Zuhilfenahme des Marketing-Mix² entspricht dem Vorgehen der Europäischen Kommission: In ihrem Grünbuch „Kommerzielle Kommunikationen“ stellt sie ausdrücklich auf das Marketing-Mix ab.³

a) *Werbung*

Die Arbeit sieht sich gezwungen, bei diesem ersten Kapitel der „Rechtsverglei-
chung“⁴ Schwerpunkte zu setzen: Im Rahmen der „Kommunikationspolitik“ er-

1 Zum unterschiedlichen Sprachgebrauch hinsichtlich des Verhältnisses von Europäischer Union zu den Europäischen Gemeinschaften A.v.Bogdandy/M.Nettesheim, Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union, NJW 1995, 2354 ff und dagegen O.Dörr, Noch einmal: Die Europäische Union und die Europäischen Gemeinschaften, NJW 1995, 3162; M.Pechstein/Ch.König, Rechtspersönlichkeit für die Europäische Union? EuZW 1997, 225. Im Rahmen dieser Arbeit wird am bisher noch von der herrschenden Meinung in der Literatur vertretenen Sprachgebrauch festgehalten und das EG-Recht nicht unmittelbar dem EU-Recht zugerechnet (so auch M.Zuleeg, Bananen und Grundrechte – Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit, NJW 1997, 1201).

2 Eine Parallele zwischen EuGH-Rechtsprechung und dem "Marketing-Mix" erwähnt auch J.Stuyck, Cahiers du droit européen, 1994, S.431, 452;

3 KOM (96) 192 endg., S. 8.

4 Siehe zum US-amerikanischen Recht im 4.Kapitel; bei diesem gemeinschaftsrechtlichen Kapitel handelt es sich aufgrund des Verhältnisses von Gemeinschafts- und deutschem Recht nicht um Rechtsvergleichung im technischen Sinn; die Ausbildung "allgemeiner Rechtsgrundsätze" (dazu H.Lecheler, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, 1971, S. 56 ff) durch den EuGH, die im Rahmen dieses Kapitels vorbereitet werden sollen, machen die Rechtsvergleichung der mitgliedstaatlichen Gewährleistung zu einem methodischen Instrument (R.Schulze, Vergleichende Gesetzesauslegung und Rechtsangleichung, EWS 1998, 183, 188 f) wie auch die Integration durch den Gemeinschaftsgesetzgeber die Kenntnis mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen voraussetzt (Ch.Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021, 1026).

folgt eine Konzentration auf die „*Werbung*“. Es gibt mehrere Gründe für diese Konzentration:

- (1) Ein Grund ist das Fehlen gleichmäßig scharfer Konturen *aller Bestandteile der Kommunikationspolitik im Gemeinschaftsrecht*. Das Gemeinschaftsrecht ist erst am Beginn einer systematischen Anwendung des Marketing-Mix, insbesondere der Varianten der „Kommunikationspolitik“. Nuancen, wie der Unterschied von Sponsoring, persönlichem Verkauf und Werbung finden sich in der EuGH-Rechtsprechung in dieser Grundsätzlichkeit (noch) nicht wieder.⁵ Der EuGH hat sich bisher für eine Unterteilung des Marketing in „(bestimmte) Verkaufsmodalitäten, Werbung auf der Verpackung (Etikettierung) und sonstige Absatzförderung entschieden.“⁶ Die „*lege ferenda*“⁷ wird sich der EuGH aber vermutlich vom Motor der Gemeinschaften antreiben lassen: die Kommission legt in ihrem Grünbuch „Kommerzielle Kommunikationen“ eine sehr umfassende, und damit gleichzeitig noch wenig ausdifferenzierte Definition der „kommerziellen Sprache“ zugrunde. Unter dem von ihr gewählten Begriff der „*Kommerzielle Kommunikationen*“ versteht sie:

„*Sämtliche* Formen der Kommunikation, die auf die Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen bzw. des Image eines Unternehmens oder einer Organisation gegenüber den Endverbrauchern und/oder des Vertriebsunternehmens abzielen. *Der Begriff bezieht sich auf alle Formen der Werbung, des Direktmarketings, Sponsorings, der Verkaufsförderung und der Öffentlichkeitsarbeit...Die Verpackung von Produkten ist nicht eingeschlossen.*“⁸

Die Unterscheidung von „Kommunikation, die auf der Produktverpackung erfolgt, und „Kommunikation, die sich anderer Werbeträger und -mittel bedient“, reflektiert eine in der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 30 EGV etablierte, rechtliche Differenzierung: immer wenn ein Mitgliedstaat Verpackungswerbung beschränkt oder verbietet, ist der Anwendungsbereich des Art. 30 EGV eröffnet.⁹

- (2) Ein weiterer Grund für die Wahl des Schwerpunkts „Werbung“ ist die Erkenntnis, daß bereits bei diesem Prototyp „kommerzieller Kommunikation“ die Unsicherheit auf der einen und die behauptete Gewißheit auf der anderen Seite hinsichtlich ihres gemeinschaftsrechtlichen Schutzes beträchtlich ist. So überrascht es, daß in der Mannigfaltigkeit der Literatur zu gemeinschaftsrechtlichen Werbebeschränkungen Fälle wie Fall I (in ihrer prospektiven Beurteilung durch den EuGH) – soweit ersichtlich – nicht behandelt werden. Handelt es sich doch um Werbung, die keine unzutreffenden oder irreführen-

5 Im Sekundärrecht eines Werbeträgers, nämlich der "Fernsehrichtlinie", läßt sich diese Differenzierung nachweisen (Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 zur Änderung der Richtlinie 98/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, AB I Nr. L 202/60 Art.1 b) und d) zu Fernsehwerbung und Sponsoring; wie auch im produktbezogenen Arzneimittelrecht (Richtlinie 92/28/EWG des Rates v. 31.3.1992 über die Werbung für Humanarzneimittel AB I Nr. L 113/13 Art. 1 Abs. 3, wo Sponsoren zur "Werbung" gezählt wird). Für den grundrechtlichen Fokus dieser Arbeit, die sich mit dem (grund-)rechtlichen Schutz der Varianten des Kommunikations-Mix auf deutscher und Gemeinschaftsebene befaßt, läßt diese werbeträgerspezifische Recht allerdings keine unmittelbar übergreifenden Schlüsse zu.

6 Siehe unter III 4 und 5.

7 Zur Funktion des EuGH als Rechtsquelle

8 Kommerzielle Kommunikationen, KOM (96) 192 endg., S. 7.

9 Siehe unter III 5.

den Angaben macht, und die sich in einem Bereich bewegt, der auch nach der Einschätzung der Kommission einer gemeinschaftlich-einheitlichen, rechtlichen Beurteilung bedarf.¹⁰ Die Untersuchung will sich deshalb von Fall I („Ente“) führen lassen und anhand dieses „leading case“ *die Beurteilungskriterien des Gemeinschaftsrechts für mitgliedstaatliche Beschränkungen der Werbung diskutieren*. Zur Darstellung des Korrespondenzszenarios – *die mögliche Verletzung des Garantiebereichs deutscher (Grund-)Rechte durch gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen* – soll als Beispiel das jetzt erörterte umfassende Werbeverbot für Tabak wenn die US-amerikanischen Tabakhersteller nicht ohne Grund Vergleichsverträge mit einigen Bundesstaaten geschlossen haben (Stichwort: Suchtgefahr bei Nikotin),¹¹ dienen. Beim Tabakwerbungsszenario liegt der Schwerpunkt in der Darstellung der Perspektiven des deutschen und des Gemeinschaftsrechts und weniger in der Erörterung der Detailfragen der jetzt diskutierten, aber eben noch nicht verabschiedeten Richtlinienentwürfs.¹²

b) Warenverkehrsfreiheit

Das Ziel dieses Kapitels kann bereits aufgrund seiner Eigenschaft als „Kapitel“ *nicht die Darstellung des gesamten gemeinschaftsrechtlichen Marketing- und Kommunikationsrechts*¹³ sein. Das Gemeinschaftsrecht ist in weiten Teilen¹⁴ das Recht der Vermarktung von Produkten und eine märkteübergreifende Darstellung des „Primär“, „Sekundär- und „Tertiärrechts“¹⁵ und seiner Auswirkungen ist im

-
- 10 Grünbuch der Kommission, Kommerzielle Kommunikationen, KOM (96) 192, S. 37 f zur Werbung mit politischen Inhalten oder Frauen (siehe Fall III) und der Einschätzung, daß die Werberechte der Mitgliedstaaten sich hier immer mehr voneinander entfernen.
 - 11 Es handelt sich um zwei Fallgestaltungen: die überwiegende Literatur nimmt zu der alten Fallgestaltung der Gemeinschafts- und Verfassungsrechtsmäßigkeit der "Tabaketikettierung" Stellung; im Laufe dieser Untersuchung sollen aber auch die jetzt vorgeschlagenen Tabakwerbeverbote erörtert werden.
 - 12 Der Rat, Interinstitutionelles Dossier Nr. 00/0194 (COD), Gemeinsamer Standpunkt ... des Rates v. 26.1.1998 im Hinblick auf Erlaß der Richtlinie 98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, Art.3. Bisher werden absolute Werbe- und Sponsoringverbote erörtert; daneben soll (in Zukunft) die Verwendung von Tabakmarken für andere Produkte und Dienstleistungen untersagt werden. Diese Arbeit beleuchtet den meinungsfreiheitlichen Aspekt des Werbeverbots. Bei der Einschränkung der Übertragung von Marken auf andere Produkte (siehe auch die Strategie der Firmen zur Markendiversifikation "Benson Hedges Kaffee ... (Der Spiegel 9/1998 S. 89 "Tabakwerbung ohne Tabak")) handelt es sich um eine eigentumsrechtliche Problematik; die strukturell ähnlich wie der Entzug der Konzessionen für die Einfuhr von Bananen zu prüfen ist.
 - 13 Dazu G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 68-85; A.Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 115-136; N.Reich, Europäisches Verbraucherschutzrecht, 2.Aufl., 1993, S. 230-242; 3.Aufl.; E.Ullmann, Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht, JZ 1994, 928, 930 ff zu einigen Etikettierungsrichtlinien im Lebensmittel, Kosmetika- und Arzneimittelsbereich.
 - 14 Neben dem institutionellen Binnenrecht und denjenigen Vorschriften, die das Verhältnis der Gemeinschaften zu völkerrechtlichen Subjekten im Außenverhältnis regeln.
 - 15 Unter "Tertiärrecht" soll das Durchführungsrecht von Sekundärrecht verstanden werden, also etwa Durchführungsrichtlinien und Entscheidungen der Kommission, die auf Sekundärrecht gestützt werden (im Unterschied zu Entscheidungen der Kommission, die auf Primärrecht gestützt sind, und deshalb dem "Sekundärrecht" zuzurechnen wären. Die Unterscheidung zwischen Sekundärrecht, als auf das Primärrecht, also die Verträge, unmittelbar

Rahmen *einer* Monographie nicht möglich. Sie wäre zudem ohne eine Darstellung der Werberechte der 15 Mitgliedstaaten unvollständig, weil in dem Bereich, der aus verfassungsrechtlicher Perspektive der interessante Bereich ist – *nämlich das allgemeine Lauterkeitsrecht für Werbung mit zutreffenden Aussagen* (siehe Fälle I, II) – eine Harmonisierung durch Sekundärrecht bisher nicht erfolgt ist. Im Vordergrund steht deshalb eine primärrechtliche Beurteilung durch das Gemeinschaftsrecht. Für diese Arbeit, die einen *grundrechtlichen Fokus* hat, ist die *Darstellung des Werberechts der und in der Europäischen Union*¹⁶ allerdings auch nicht notwendig; notwendig ist vielmehr die Aufzeichnung der Struktur des *rechtlichen Verhältnisses und des Interaktionsprozesses des mitgliedstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Schutzes der kommerziellen Sprache, insbesondere der Werbung*.¹⁷ Das gewählte Paradigma ist die „Warenverkehrsfreiheit“, die vor allem aus zwei Gründen im Mittelpunkt der Arbeit stehen soll:

- (1) Die Warenverkehrsfreiheit hat den größten Anteil an der „Marketing-Rechtsprechung“ des EuGH. Die im Bereich der Warenverkehrsfreiheit übliche Prüfungsreihenfolge¹⁸ aus „**Dassonville-Keck-Prüfung, Art. 36 EGV, und Cassis-Test**“¹⁹ hat auch präjudizielle Bedeutung für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 58, 59, 60 EGV). Die Konzentration auf die Warenverkehrsfreiheit soll indes nicht ausschließen, daß aussagekräftige Entscheidungen zur Dienstleistungsfreiheit²⁰ punktuell in die Darstellung einbezogen werden.

gestütztes Recht und Tertiärrecht dient dazu, die Prüfungsstruktur für die (Gemeinschafts-) Rechtmäßigkeit anzugeben. Das Tertiärrecht verlangt den jeweiligen Rekurs auf Sekundär- und dann Primärrecht.

- 16 G.Schricker, *Recht der Werbung in Europa*, 1995; P.Schotthöfer, *Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten*, 2.Aufl., 1997.
- 17 Wie im deutschen Recht können auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene Rechtsfragen zu **kommerzieller und ideeller Sprache** bestehen. Die ideelle Sprache der Angehörigen der gemeinschaftlichen Institutionen als gemeinschaftliches "Binnenrecht" wird in die Untersuchung nur insoweit einbezogen, als ihr Aussagekraft für die Behandlung kommerzieller Sprache zukommt.
- 18 Zur Prüfungsreihenfolge des "Cassis-Tests" zu Art. 36 EGV vergleiche EuGH *Urt.v.25.7.1991 Rs. C-1/90, 176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior S.A.u.a./Generalitat de Catalunya*, *Slg.* 1991, I-4151 Tz. 13, der bei Einschlägigkeit von Art. 36 EGV von einem Cassis-Test (EuGH *Urt.v.29.2.1984 Rs.37/83 Rewe Zentrale AG/Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland Slg.* 1984, 1229, 1248 Tz.18) absieht. Siehe auch die in einer Skizze erfaßte Prüfungsreihenfolge bei W.Hummer/B.Simma/Ch.Vedder/F.Emmert, *Europarecht in Fällen*, 2.Aufl., 1994, S.508. Zur Kritik an der fehlenden Konsistenz der Entscheidungen des EuGH, der bisweilen auch scheinbar dahinstehen läßt, ob eine Maßnahme gleiche Wirkung vorliegt, und er auf die Rechtfertigung nach Cassis abstellt R.Sack, *Staatliche Regelungen sogenannter "Verkaufsmodalitäten" und Art. 30 EG-Vertrag, EWS 1994*, 37, 40 sowie Generalanwalt G.Tesauro in der *Rs. C-292/92 Hünermund u.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg* EuGH *Urt. v. 15.12.1993 Slg.* 1993, I-6787.
- 19 EuGH *Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Strafverfahren gegen B. Keck u.a. Slg.* 1993, I – 6097; EuGH *Urt. v. 11.07.1974 Rs.8/74 Staatsanwaltschaft/B. und G. Dassonville Slg.* 1974, 837; EuGH *Urt. v. 20.02.1979 Rs.120/78 REWE-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Slg.* 1979, 649.
- 20 Wichtig für das gemeinschaftsrechtliche Werberecht ist auch die *Niederlassungsfreiheit*, (Art. 52 ff) und zwar vor allem bei Werberegungen, die an die "Person des Werbenden" (siehe im 3.Kapitel I 2) anknüpfen. Art. 52 Abs. 2 EGV schützt neben der Niederlassung auch die "Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit" und damit auch die Werbung, wenn man ein weites Verständnis zugrundelegt (dazu R.P.Troberg, Art. 52 Rn. 28, in: H.v.d.Groeben, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 1997) Ein Beispiel ist das berufsspezifische

(2) Kommerzielle Sprache – insbesondere die Werbung – war bereits mehrfach Gegenstand der warenfreiheitlichen Beurteilung des EuGH.²¹ Einige der bis-

sche Werberecht der Anwälte (EuGH Urt.v. 30.11.1995 Rs. C-55/94 R.Gebhard/Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano EuZW 1996, 92 f). Grundsätzlich ist die Niederlassungsfreiheit vorrangig vor der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen (Art. 60 Abs. 3 EGV). Der EuGH hat eine berufsständische Beanstandung, die einem in Italien "niedergelassenen" (Tz. 28), deutschen Anwalt die Bezeichnung als "avvocato" auf dem Briefkopf untersagte, einem strengen Verhältnismäßigkeitstest unterworfen, der verlangt, daß die mitgliedstaatliche Beschränkung (1) nicht diskriminierend angewandt wird, (2) zwingende Gründe des Allgemeinwohls sie rechtfertigen müssen, (3) die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels gewährleisten müssen und (4) nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Tz. 37).

Die Niederlassungsfreiheit kann also einschlägig sein (Art. 52 ff EGV); ihre Bedeutung wird aber davon abhängen, *inwieweit der Niederlassungsfreiheit über ein Diskriminierungsverbot hinaus ein allgemeines Beschränkungsverbot zu entnehmen ist* (R.Erhard, Art. 52 Rn. 7 ff, in: Lenz, EGV-Kommentar, 1994 und W.H.Roth, E I Rn.61, 117 ff in: Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1.Erg.Lfg. 1994 m.w.N.) und *inwieweit eine der "Keck-Rechtsprechung" ähnliche Beschränkung der EuGH-Kontrolle auf die Niederlassungsfreiheit erfolgt oder – was der bisherige Zustand ist – eben gerade nicht erfolgt*. (Anderer Meinung G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, 171 f, der bei der Niederlassungsfreiheit keine weiteren Besonderheiten im Vergleich zu anderen Grundfreiheiten erkennen kann). Relevant wird diese Fragestellung für Fall VI, der die ärztlichen Informationen zum Gegenstand hat.

Der Schwerpunkt der Diskussion um die anwaltlichen Werbeverbote liegt derzeit noch auf der "Dienstleistungsfreiheit", weil die europaweit tätigen Kanzleien für ihre Dienstleistungen mit Mitteln werben wollen, die in ihrem Herkunftsland zulässig sind und die Voraussetzung für eine kontinuierliche Niederlassung (Art. 60 Abs. 3 EGV) (noch) nicht gegeben sind. Dazu M.Henssler, Neue Tendenzen in der Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das anwaltliche Berufsrecht in Europa, S, 45, 50, in: Liber Amicorum für H.J.Rabe, 1995, und J.M.van der Wall Bake/Y.Comtois, Restrictive Publicity Rules for Lawyers: Towards a "Community" Definition of the Standing of the Profession", European Law Review 1993 (18), 109, 113 f, 118 zur "umgekehrten Diskriminierung", wenn Anwälte, die sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können, extensiver werben können als im Bestimmungsland niedergelassene Anwälte, die sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen können. Das Problem ist bei den Anwälten bekannt; sie versuchen deshalb durch Standesregeln der "Rechtsanwälte der europäischen Gemeinschaft" (Anlage zu § 29 Abs. 1 Berufsordnung und Fachanwaltsordnung für Rechtsanwälte (§ 59 lit b Abs. 2 Nr. 3 BRAO) (BRAK-Mitt 1997, 81 und NJW-Beilage zu Heft 19, 1997) ff) in 2.6 Regelungen über die persönliche Werbung zu treffen.

Die Niederlassungsfreiheit in ihrer Bedeutung für das Werberecht muß deshalb grundsätzlich immer mitberücksichtigt werden; es ist nach hier vertretener Auffassung allerdings voraussehbar, daß der EuGH auch hier einen "Keck-Vorbehalt" etablieren wird, weil es keine Rechtfertigung dafür gibt, die Werbung für Waren, bei der die Warenverkehrsfreiheit vorrangig ist, anders als die Werbung für Dienstleistungen, zu behandeln (siehe aber später unter III 6) – für die bei dauerhafter Niederlassung die Niederlassungsfreiheit einschlägig ist. Beschränkendes (nicht diskriminierendes) Werberecht mag mit ein Faktor für die Wahl der Niederlassung sein: Es ist aber kein so bestimmender Faktor, daß diese unterschiedliche Behandlung zwischen Waren, grenzüberschreitenden oder nicht von einer dauernden Niederlassung erbrachten Dienstleistungen und Dienstleistungen, die von einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat erbracht werden, aber von einer Niederlassung am Marktort stammen, gerechtfertigt wäre. Siehe auch R.Sack, Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, WRP 1998, 103, 115 f zur Anwendung der Keck-Ratio auf Dienstleistungsbeschränkungen.

21 Die wichtigsten Entscheidungen *in zeitlicher Reihenfolge* EuGH Urt.v. 16.5.1989 Rs.382/87 R.Buet/SARL Educational Business Service (EBS)/Ministère public Slg. 1989, 1235 (Kundenwerbung an der Haustür sowie EuGH Urt.v.14.3.1991 Rs. C-361/89 P. Di Pinto Slg. 1991, I-1189), EuGH Urt. v. 07.03.1990 Rs. C-362/88,GB-INNO-BM/Confédération du Commerce Luxembourgeois Slg. 1990 I-667 (Verbot von Preisvergleichen); EuGH Urt.v.12.12.1990 Rs. C 241/89 SARPP/Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre de France u.a. Slg. 1990, I – 4695 besprochen von R.Streinzi/G.Hohmann, Die

her vorliegenden Entscheidungen könnten dafür sprechen, daß der Schutz der kommerziellen Sprache durch das Gemeinschaftsrecht, insbesondere das Primärrecht, wesentlich stärker ist als durch das deutsche Verfassungs- und Wettbewerbsrecht. Besonders eine EuGH-Entscheidung („Yves Rocher“) hat bereits mittelbar²² zu einer *Liberalisierung* des deutschen Werberechts geführt: Sie war Motiv für die Abschaffung des abstrakten Gefährdungsdeliktes im früheren § 6 e UWG, der auch wahrheitsgemäße Eigenpreisvergleiche wegen der Mißbrauchsgefahr²³ (und der daraus resultierenden Gefahr der unberechtigten Anlockung von Kunden) als wettbewerbswidrig erklärte. Diese Entscheidung – die eine Anwendung von § 6 e UWG auf Unternehmen aus anderen Mitgliedsländern der EU ausschloß – scheint zumindest faktisch eine Stärkung des gemeinschaftsrechtlichen Status von kommerzieller Sprache im Widerstreit zu (vorgeblich) verbraucherschützenden *Beschränkungen* zu indizieren.²⁴ Ein sekundärrechtliches Indiz für die These von der größeren Wer-

Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Lebensmittelrechts 1990-1992, JZ 1993, 712, 716 zur französischen, (unzulässigen) Beschränkung von Werbung für Süßstoff, die den Begriff "Zucker" nicht verwenden durfte; EuGH Urt.v.25.7.1991 verb. Rs. C-1/90, 176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior SA u.a./Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Catalunya, Slg. 1991, I – 4151 (spanisches Alkoholverbot; dazu A.Leupold/A.Nachbaur, Werbebeschränkungen und Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EWG-Vertrag, JZ 1991, 1110), EuGH Urt. v. 18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361 (deutsches Verbot von Preisvergleichen); EuGH Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92 Hünermund u. a./ Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (Werbeverbot für apothekenübliche Waren); EuGH Urt.v. 2.2.1994 Rs. C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb e.V./Clinique Laboratoires SNC u.a. Slg. 1994, I-330 EuGH Urt.v.10.11.1994 Rs. C-320/93 Lucien Ortscheit GmbH/Eurim-Pharm-Arzneimittel GmbH Slg. 1994, I-5243 (Werbeverbot für nicht zugelassene, ausländische Arzneimittel § 8 Abs. 2 HWG); EuGH Urt.v.6.7.1995 Rs. C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH Slg. 1995, I-1936.

22 Dazu, daß die "umgekehrte Diskriminierung" der Inlandsunternehmen nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt; siehe unter I 4 a) und b).

23 EuGH Urt. v. 18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361 (BGH Urt.v. 14.10.1993 "Yves Rocher II" GRUR 1994, 306 zum früheren § 6 e Abs.1 UWG (Mit Wirkung zum 01.08.1994 ist § 6e UWG aufgehoben, BGBl 1994 I, S. 1738):

Wer im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, die tatsächlich geforderten Preise für einzelne, aus dem gesamten Angebot hervorgehobene Waren oder gewerbliche Leistungen höheren Preisen gegenüberstellt oder Preissenkungen um einen bestimmten Betrag oder vom Hundertsatz ankündigt und dabei den Eindruck erweckt, daß er die höheren Preise früher gefordert hat, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

§ 6e UWG enthielt damit das Verbot des Eigenpreisvergleiches als abstraktes Gefährdungsdelikt, weil befürchtet wurde, daß diese Werbeform oft in irreführender Form verwendet würde und deshalb die Gefahr bestünde, daß Verbraucher mit irreführenden Preisvergleichen angelockt würden. Wegen dieses Gefährdungspotentials wurde diese Werbeform ex ante generell verboten, ohne daß es des Nachweises einer Irreführung im Einzelfall ex post bedurfte (davor für eine ähnliche Vorschrift des luxemburgischen Werberechts EuGH Urt.v.7.3.1990 Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confederation du commerce luxembourgeois Slg. 1990, I-667).

24 Zum vielleicht unterschiedlichen "Verbraucherleitbild" des deutschen Rechts und des Gemeinschaftsrechts: EuGH Urt.v.16.1.1992Rs. C-373/90 X ("Nissan") Slg. 1992, I- 131, 150 Tz. 16 stellt bei dem Schutz vor Irreführung auf eine "erhebliche Zahl" von Verbrauchern ab; dazu V. Deutsch, Der Einfluß des europäischen Rechts auf den Irreführungstatbestand des § 3 UWG GRUR 1996, 541, 546 und derselbe Noch einmal: Das Verbraucherleitbild des EuGH und das Nissan-Urteil GRUR 1997, 44 f, der von einer Vorlageentscheidung des BVerwG zu der Frage, ob die Richtlinie über irreführende Werbung einen empirisch nachweisbaren Irrtum oder einen normativen Irrtum – den das Gesetz selbst feststellen kann –

bungsliberalität des „Gemeinschaftsgesetzgebers“ ist die jüngst erfolgte Zulassung der „vergleichenden Werbung“.²⁵

Dieses Kapitel kann nicht die Frage beantworten, inwieweit die These der „größeren Liberalität“²⁶ gegenüber kommerzieller Sprache auf Gemeinschaftsebene zutrifft. Die Untersuchung konzentriert sich auf die kritische Begleitung des Weges, auf dem das Gemeinschaftsrecht und gegebenenfalls der EuGH zu seinen Ergebnissen kommt oder voraussichtlich kommen wird. Entsprechend der grundrechtlichen Fragestellung der Arbeit ist Untersuchungsgegenstand, *ob und inwieweit das Gemeinschaftsrecht und insbesondere der EuGH eine grundfreiheitliche oder gemeinschaftsgrundrechtliche „Meinungsfreiheit“ für die Werbung kennt oder kennen wird* und inwieweit hier ähnliche Systembrüche wie im deutschen (Verfassungs-)Recht feststellbar und gegebenenfalls vermeidbar sind. Bei der Beurteilung der meinungsfreiheitlichen Aspekte des gemeinschaftsrechtlichen Schutzes von Werbung sind zwei Szenarien zu unterscheiden, die als „*Kollisionslage*“ und „*Interdependenzsituation*“ überschrieben werden. Bei der Kollisionslage

verlangt; R.Springer, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäß § 3 UWG, 1996, 207, die die "Durchschnittsadressaten" und nicht den für das deutsche UWG propagierten Schutz des "flüchtigen Betrachters" für maßgeblich erachten. So auch A.Martin-Ehlers, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, 1996, 223 f; W.Leisner, Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH EuZW 1991, 498 f; derselbe, Wahrheitssuche statt Suggestionssvermutung, EuZW 1993, 655; M.Dreher, Der Verbraucher in den opera des europäischen und deutschen Rechts? JZ 1997, 167, 171 m.w.N; W.Veelken, Gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, EWS 1993, 377, 385 (kein Schutz von nationalen Verbrauchererwartungen); H.Piper, Zu den Auswirkungen des EG-Binnenmarkts auf das deutsche Recht gegen unlauteren Wettbewerb, WRP 1992, 685, 688 zur "Etikettierungsrechtsprechung des EuGH", die Klarstellung durch Etikettierung als milderes Mittel gegenüber anderen Beschränkungen des Marketing-Mix (Produktpolitik) in EuGH Ur.t.v.4.12.1986 Rs. 179/85 Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1986, 3879, 3897 Tz. 12 ("pétillant de raisin")) vorzieht. Siehe zur Ansicht des KG Berlin, daß der EuGH sich noch nicht auf ein bestimmtes Verbraucherleitbild festgelegt habe, KG Ur.t.v.10.1.1994 ("irreführende Werbung für Produkte aus der europäischen Union"), EuZW 1994, 541, 54. Zur Frage der Verwechslungsgefahr nach der Richtlinie 89/104/EWG des Rates v.21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ABI Nr. L 40, S. 1 siehe EuGH Ur.t.v.11.11.1997 Rs. C-251/95 Säbel BV/Puma AG u.a. NJW 1998, 741 f und dazu K.H.Fezer, Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr – oder: "Wie weit springt die Raubkatze?" NJW 1998, 713, 715, der in dieser Entscheidung keine Festlegung des EuGH auf den verständigen oder den flüchtigen Rezipienten sieht.

25 Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABI Nr. L 290/18 v. 23.10.1997.

26 Die Frage, ob das gemeinschaftsrechtliche Werberecht tatsächlich liberaler ist, kann nur differenziert beantwortet werden: Die Gemeinschaft selbst zeichnet sich durch zum Teil rigide Werbebeschränkungen aus, was Beispiele wie die jetzt diskutierten Tabakwerbeverbote (FAZ v. 6.12.1997, S.1; Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435 ff; G.Schricker, Werbeverbote in der EG, GRUR Int. 1991, 185 ff) und die Säuglingsnahrungswerbungsbeschränkungen belegen. Umgekehrt läßt die Gemeinschaft nunmehr vergleichende Werbung zu. Soweit es um die Beurteilung mitgliedstaatlicher Werbebeschränkungen geht, ist dagegen sehr wohl eine Tendenz zu größerer Liberalität festzustellen; so auch G.Schricker, Zur Werbepolitik der EG-Liberalisierung und Restriktion im Widerstreit. GRUR Int. 1992, 347, 350 und R.Wägenbaur, Werberecht und Werbeverbote EuZW 1995, 431 f.

handelt es sich um die Prüfung eines möglicherweise vorliegenden Eingriffs in Grundrechte der deutschen Verfassung durch gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen – Paradigma sind die jetzt erörterten Verbote der Tabakwerbung gegenüber dem Publikum, die alle Werbeträger und Werbemittel erfassen sollen. Bei der Interdependenzsituation sind zwei Szenarien zu unterscheiden:

- (1) Zum einen können die mitgliedstaatlichen Grundrechte zur Basis des meinungsfreiheitlichen Grundrechtsschutzes für Werbung auf Gemeinschaftsebene werden.
- (2) Zum anderen kann das Gemeinschaftsrecht, wenn es für Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat eine liberalere Handhabung des Werberechts verlangt (hier wird Fall I zu prüfen sein), mindestens zum Argument für eine Liberalisierung des Marktrechts in Deutschland werden („Inländerdiskriminierung“).

2. *Kollisionslage: Gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen als Eingriff in Grundrechte der deutschen Verfassung?*

Die Kollisionslage kann theoretisch durch den widersprechenden „Geltungsanspruch“²⁷ von gemeinschaftsrechtlichem **Primärrecht** und Verfassungsrecht, von gemeinschaftsrechtlichem **Sekundärrecht** und Verfassungsrecht und von gemeinschaftlichem „**Tertiärrecht**“ und Verfassungsrecht bestehen.

a) *Primärrechtliche Grundlagen*

aa) Primärrechtliche Grundlagen als Quelle und Grund

Das *werbungseinschränkende* Potential des puren Primärrechts ist bisher noch nicht deutlich geworden.²⁸ Drei Vorschriften des Primärrechts, die die *Quelle*²⁹

27 Dogmatisch handelt es sich um einen "Anwendungsvorrang" (EuGH Urt.v.17.2.1970 Rs. 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Slg. 1970, 1125 f; EuGH Urt.v.9.3.1978 Rs. 106/77 Staatliche Finanzverwaltung/S.p.A. Simmenthal Slg. 1978, 629, 644 Tz. 21 ff; EuGH Urt.v.7.2.1991 Rs. C-184/89 H.Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg, Slg. 1991-I, 297, 321 Tz.19; BVerfGE 75, 223, 244; 85, 191, 204; BVerwGE 87, 154, 159. Zum Anwendungsvorrang grundsätzlich J.Gundel, Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997, S. 27-42 und Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften ... v.2.10.1997, "Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (ABl Nr. C 340, 1, 105) Nr. 2 ..."dabei werden die vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze für das Verhältnis zwischen einzelstaatlichem und Gemeinschaftsrecht nicht berührt"). Die Verwendung des Begriffs "Geltungsanspruch bei einem Kollisionsszenario macht deutlich, daß es sich um Fallgestaltungen handelt, die mit dem Terminus "Anwendungsvorrang" nicht mehr harmonisiert werden können, weil der Geltungsanspruch des Anwendungsvorrangs strittig ist.

28 So auch G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, 67 f.

29 Das Instrument sind Richtlinien, die auf *Art. 100, Art. 100 a* EGV gestützt sind; vgl. auch Art. 129 a Abs. 3 lit a) EGV nach dem Amsterdamer Vertrag. Zum Streitstand, inwieweit die Gemeinschaftsorgane sich auf doppelte Rechtsgrundlagen berufen können siehe die inzwischen überholte Titandioxid Entscheidung EuGH Urt.v. 11.6.1991 Rs. C 300/89 Kommission u.a./Rat Slg. 1991, I-2867, 2901 Tz. 24 f und die neuere Entscheidung des EuGH Urt.v. v. 17.3.1993 Rs. C 155/91, Kommission/Rat, Slg. 1993, I- 939, 968 Tz.20 zu einer Abfallrichtlinie, bei der der EuGH ausdrücklich auf den Hauptzweck der Maßnahme abstellt (Rz. 19-21). Zu jüngeren Entwicklungen L.Krämer, Die Rechtsprechung des Ge-

gemeinschaftsrechtlicher Werberestriktionen sind bzw. dazu werden können, sind hervorzuheben³⁰, nämlich der Schutz des Integritäts- und Äquivalenzinteresses der Verbraucher in Art. 129, 129 a (siehe auch Art. 2, Art. 100 a Abs. 3 EGV) und der Schutz der Umwelt in Art. 130 r EGV³¹. Das Primärrecht mißt der Selbsthilfe des Verbrauchers und der informationellen Parität von Anbietern und Nachfragern entscheidende Bedeutung bei, wenn es die Informationsinteressen der Verbraucher in das Zentrum des Verbraucherschutzes stellt: Art. 129 a Abs. 1 b) EGV kündigt „spezifische Aktionen“ der Gemeinschaft zur „**Sicherstellung der angemessenen Information der Verbraucher**“ an. Der Vertrag von Amsterdam beinhaltet eine weitere „Verschärfung“ des Art. 129 a (dann Art. 153) EGV an:

„Zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zum Schutz der **Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen** der Verbraucher sowie zur Förderung **ihres Rechtes auf Information**, Aufklärung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen....“³²

bb) Sekundärrechtliche Instrumente

Die wesentliche Waffe, die die Gemeinschaft *dem* Verbraucher in die Hand drückt, ist die „Information“.³³ Es gibt grundsätzlich drei Arten, wie der Verbraucher an diese Informationen gelangt:

(1) durch Auskunftsansprüche und Einsichtsrechte;³⁴

richtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Umweltrecht 1992- 1994, EuGRZ 1995, 45, 52, der aber auch die "Zufälligkeit" der Inanspruchnahme von binnenmarktrechtlichen (Art. 100 a EGV) und umweltschutzrechtlichen Kompetenzen darstellt. Im Bereich des Verbraucherschutzes siehe EuGH Urt.v.13.5.1997 Rs C-233/94 Deutschland/Parlament und Rat EuZW 1997, 436 Tz. 20 und T.Reher/M.Schöner, Gesetzgebungskompetenzen der Gemeinschaft nach dem Urteil des EuGH zur Einlagensicherungsrichtlinie, EWS 1997, 366, 371. Das Tabakwerbeverbot darf nach Ansicht von H.P.Schneider, Tollhaus Europa, NJW 1998, 576 f nicht auf Art. 100 a EGV gestützt werden, weil im Schwerpunkt eine Wettbewerbsverzerrung, die Voraussetzung von Art. 100 a EGV sei, nicht vorliege und die Gemeinschaft so ultra vires handele.

30 Sie sind nicht abschließend wie sich anhand der auf Art. 43 EGV gestützten Verordnung (EWG) Nr. 2092/91 des Rates v. 24.6.1991 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel ABl L 198/1 v.22.7.1991 belegen läßt, die in Art. 5 Voraussetzungen für den Bezug auf "ökologischen Landbau" bei Werbung und Etikettierung enthält. Siehe auch das Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft über die besondere Etikettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen v.26.2.1988 BGBI 1998, 380.

31 Die Verpflichtung der Gemeinschaft zu einem hohen Umweltschutzniveau (Art. 130 r EGV) kann in Zukunft zu Werbebeschränkungen führen, etwa dem Verbot der Verwendung bestimmter Werbemittel und -träger wie auch zu Substantiierungsverpflichtungen bei Produkten, die Energie verbrauchen und aufgrund ihrer Verbreitung umweltrelevant sind. Ein Beispiel sind die Etikettierungspflichten für stromverbrauchende Haushaltsgeräte.

32 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte v. 2.10.1997 ABl. Nr. C 340/01, 247 f.

33 Soweit die Sicherheit, Gesundheit und die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher nicht Eingriffe in die Struktur und das Marktverhalten der Anbieter verlangen.

34 Verordnung vom 24.6.1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung

- (2) durch Güte- und Umwelt“siegel“;³⁵
- (3) durch Etikettierungs- und/oder Werbevorschriften³⁶, die die Verpflichtung zur Substantiierung und/oder Warnung vorsehen.

Vor allem bei den Etikettierungs- und Werbevorschriften ist das Gemeinschaftsrecht in einigen Branchen ein Vorreiter – etwa wenn Reiseveranstalter die Dauer der Reise³⁷, oder Haushaltsgerätehersteller den Energieverbrauch³⁸ und die Lautstärke der Geräte angeben müssen. In anderen Bereichen – wie bei genmanipulierten oder BSE-gefährlichen Produkten – ist dagegen strittig, ob die Substantiierungspflichten ausreichend für die Information der Verbraucher sind. Aufklärungspflichten bei Werbung *und* Etikettierung kennen sowohl das Tabak- wie auch das Säuglingsnahrungswerberecht.

Grundsätzlich hat das Verbraucherinformationssystem, das sich aus den primärrechtlichen Kompetenzen des EGV speist, nur den Nachteil, daß der Verbraucher in seiner Rezeptionsbereitschaft und -intelligenz gefordert ist – und das nicht nur durch die Vielzahl und oberflächliche Verwechselbarkeit von „Siegeln“ und „Zertifikaten“. Das Werbeklima, das so (mitglied-)staatlich geprägt wird, baut Hürden gegenüber der suggestiven Werbung auf. Neben der Errichtung einer Informationsverteilungsordnung durch Richtlinien und Verordnungen (Art. 187 EGV)³⁹ zwischen Anbietern und Nachfragern beginnt das Sekundärrecht nunmehr, das *negative Rezipienteninteresse* der Verbraucher zu schützen. Bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz dürfen

- (1) Kommunikationen mit Automaten als Gesprächspartner (Voice Mail System)
- (2) Fernkopien (Telefax)

(Nr. 1836/93) ABl. Nr. L 168/1, wo Umweltberichte der Unternehmen in Registern einsehbar sind.

- 35 Art. 10 der oben genannten Verordnung und das deutsche Umweltauditgesetz erlauben nur die Werbung mit dem Umweltaudit für das Unternehmen (Zur Irreführungsgefahr Th.Kienle, Werbung mit (Umwelt-)Qualitätsmanagementsystemen – Gefühlsausnutzung oder Kundeninformation? NJW 1997, 3360 ("Umweltsiegel") und RichtlinieUmweltzeichen .
- 36 Richtlinie 92/41/EWG des Rates v.15.5.1992 zur Änderung der Richtlinie 89/622/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen ABl Nr. L 158/30 (vorher ABl 1990 Nr. L 137/36 ABl 1989 Nr. L 359/1)
- 37 EG-Richtlinie zu Pauschalreisen, ABl. L 158 v.23.6.1990, S.59 ff; umgesetzt durch die Informationspflichtverordnung BGBI I 1994, 3436.
- 38 Richtlinie 92/75/EWG v. 22.9.1992 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch Haushaltsgeräte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen" ABl EG L 297/16 v. 13.10.1992; und als Tertiärrecht: Richtlinie 97/17/EG der Kommission v. 16.4.1997 zur Durchführung der Richtlinie 92/75/EWG des Rates betreffend die Energieetikettierung für Haushaltsgeschirrspüler ABl L 118/1 f v. 7.5.1997.
- 39 Siehe auch K.Tonner/C.Brieske, Verbraucherschutz durch gesetzliche Kennzeichnungserfordernisse, BB 1996, 913, 918 mit weiteren Beispielen.

- (3) und andere Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben ... nur dann verwendet werden, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.⁴⁰

Soweit es also technisch möglich ist, die Übermittlung von Werbung „offenkundig abzulehnen“, soweit müssen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, daß Verbraucher nicht belästigt werden.⁴¹ Der Sperrvermerk („Keine Werbung“) am Briefkasten ist jetzt⁴² auch gemeinschaftsweit und -rechtlich durchsetzbar.

Mit diesen Beispielen wird deutlich, daß das Gemeinschaftsrecht sowohl die Äquivalenz- wie auch die Integritäts- und Rezipienteninteressen der Verbraucher befriedigen will. Vor allem bei der Wahrung der Integritätsinteressen lassen sich die Konturen des Kollisionsszenarios ausmachen – weil dort die Parallelität von mitgliedstaatlich-deutscher und gemeinschaftsrechtlicher Perspektive fehlt.

b) *Schutz des Integritätsinteresses durch Sekundär- und Tertiärrecht: die Beispiele Säuglingsnahrung und Tabak*

Das Szenario, um das in Literatur, Rechtsprechung und Politik⁴³ gestritten wird, ist das Tabakwerberecht. Eine andere Werbebeschränkung, das Säuglingsnahrungs-“werbe“recht, das ebenfalls den Schutz des *Integritätsinteresses* beabsichtigt, wird vor allem in der Literatur diskutiert.⁴⁴ Die Gemeinschaft hat für diese Produkte einschneidende Werbebeschränkungen in *Richtlinien* erlassen, die die Mitgliedstaaten in nationales Recht umsetzen mußten (Art 189 Abs.3 EGV).⁴⁵

40 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ABl Nr. L144/9, Art. 10. Die Verbraucherrechte sind unabdingbar (Art. 12). Vorher KG Berlin Urt.v.29.5.1997 CR 1998, 9 "Telefax-Werbung", wo das KG das in Deutschland geltende Verbot der Telefax-Werbung (§ 1 UWG) als "Verkaufsmodalität" qualifiziert; siehe nunmehr auch EuGH (I.Kammer) Beschl.v.15.1.1998 Rs. C- 196/97 Intertronic F.Cornelis GmbH/Kommission EWS 1998, 100 f zur (nicht bestehenden) Verpflichtung der Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens wegen des Verbots der Telefaxwerbung in der BRD.

41 Dazu im einzelnen im 7.Kapitel.

42 Zur richtlinienkonformen Auslegung (von § 1 UWG) vor Ablauf des Umsetzungsfristraums BGH Urt.v.5.2.1998 AZ. I ZR 211/95.

43 H.P.Schneider, Tollhaus Europa, NJW 1998, 576 f ; Der Spiegel Nr. 6, 1998 "Schlechte Verlierer".

44 Die Diskussion ist aber längst nicht so verbreitet wie im Tabakwerbeverbotsrecht und konzentriert sich in kompetenzieller Hinsicht vor allem auf die tertiärrechtliche Verabschiedung eingreifender Wirtschaftslenkungsmaßnahmen durch Ausschüsse (dazu D.Gorny, Die Bedeutung der Ausschlußverfahren nach dem Ratsbeschluß vom 13.7. 1987 (87/373/EWG) für die Angleichung des Lebensmittelrechts der Mitgliedstaaten, in: Festschrift für A.C.Gaedertz, 1992, S. 227, 239).

45 Beim Tabakwerberecht handelt es sich um Sekundärrecht, beim Säuglingsnahrungswerbe-recht ergingen die Werbebeschränkungen aufgrund einer Durchführungsrichtlinie zu einer Richtlinie, also aufgrund von Tertiärrecht, das in Deutschland auch umgesetzt wurde. Die Bundesrepublik ist diesen Umsetzungsverpflichtungen durch Erlaß des Gesetzes über die Säuglingsnahrung und Folgenahrung v.10.10.1994 BGBl 1994 I, S. 2846 (Richtlinie der Kommission über Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung v. 14.5.1991 ABl. 1991 Nr. L.175/ 35; Richtlinie des Rates v. 3.5.1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind (89/398/EWG) ABl Nr. L 186/27) und die Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch vom 29.10.1991

Beide Rechtsgebiete sind paradigmatisch für die strukturellen Maßgaben, denen eine Prüfung der Vereinbarkeit von mitgliedstaatlicher Werbungsliberalität und gemeinschaftsrechtlicher Restriktion unterliegt.

aa) Tabakwerberecht: Werbebeschränkungen als deutsches Recht trotz gemeinschaftsrechtlicher Umsetzungspflicht.

Das Tabakwerberecht⁴⁶ steht für *eine* Fallgestaltung, in der das Sekundärrecht (Richtlinie) Werbebeschränkungen enthält, die von der Bundesrepublik umzusetzen sind. Diese gemeinschaftsrechtliche Wurzel der deutschen Werbebeschränkung, nämlich der Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen,⁴⁷ blieb vom BVerfG unbeachtet. *Das Gericht prüft allein und isoliert den deutschen Umsetzungsakt.* Im konkreten Beispiel handelte es sich um § 21 LMBG in Verbindung mit der Generalklausel (!) des § 1 UWG, die nach Ansicht des BVerfG Grundlage von Tabakwerbebeschränkungen in Deutschland sind.⁴⁸ Mit

BGBl. I, 2053 und Verordnung zur Änderung ... v.5.7.1994, BGBl. I, 1461 nachgekommen. Das deutsche Säuglingsnahrungswerbungsrecht ist unstrittig als *Umsetzung* von Gemeinschaftsrecht erlassen; beim Tabakwerberecht nimmt zumindest das BVerfG an, daß die gesetzliche Grundlage § 21 Abs.1 Nr.1 LMBG *und* das deutsche Wettbewerbsrecht sei *und nicht das Gemeinschaftsrecht* (BVerfG Beschl.v.22.1.1997 NJW 1997, 2871; kritisch M.Daues, Eine Lanze für "Solange III", EuZW 1997, 705).

46 Die Besonderheit des Tabakwerbebeschränkungsrechts besteht darin, daß durch den Hinweis "Die EG-Gesundheitsminister:..." deutlich wird, daß es sich nicht um eine Meinungsäußerung des Tabakproduzenten handelt. Das BVerfG (Beschl.v.22.1.1997 NJW 1997, 2871) und die Mehrheit in der Literatur (K.H.Friauf/R.Scholz, Europarecht und Grundgesetz, 1990, S.62-71, 103 und M.Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991, S.41; zweifelnd U. Di Fabio, Produkte als Träger fremder Meinungen – Zum Beschluß des BVerfG Warnhinweise auf Tabakverpackungen betreffend, NJW 1997, 2863) verneinen die Einschlägigkeit von Art. 5 GG. Alle verneinen einen Verstoß gegen Art. 5 und Art. 12 GG bei der Tabakwerbebeschränkung, wenn die Warnungen *zutreffend, substantiiert und sachlich* sind. Nach Art. 12 GG kommt es dann darauf an, ob es sich nur um gesicherte Tatsachenmitteilungen handelt, oder um Werturteile. *Insoweit* werden die Werbebeschränkungen als verfassungswidrig qualifiziert.

Auch aufgrund der angenommenen gemeinschaftsrechtlichen Quellen beider Systeme waren sie längere Zeit einer materiellen, richterlichen Prüfung anhand der Meinungsfreiheit des Art. 5 GG nicht unterworfen worden. BVerfG Beschl.v.12.5.1989 EuR 1989, 270 (mit Anmerkung von G.Nicolaysen, Tabakrauch, Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz, EuR 1989, 215) hielt eine "vorbeugende" Klage der Tabakhersteller hinsichtlich der Mitwirkung der Bundesrepublik am Richtlinienenerlaß für nicht statthaft. Das BVerfG (Beschl.v.22.1.1997) hat für das Tabakwerberecht nunmehr festgestellt, daß es ungeachtet seiner *auch* gemeinschaftsrechtlichen Wurzeln "nur" nach deutschem Verfassungsrecht zu beurteilen ist (NJW 1997, 2871 f.).

47 Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch vom 29.10.1991 BGBl. I, 2053.

48 BVerfG Beschl.v.22.1.1997 NJW 1997, 2871. Für das jetzt diskutierte, "absolute" Tabakwerbeverbot kommt § 22 LMBG, der von einer Werbebeschränkung, nicht aber von einem Werbeverbot ausgeht, als Reservegrundlage *nicht* in Betracht. Wenn die Richtlinie – wie geplant – verabschiedet wird, dann wird entweder der deutsche Gesetzgeber ein "Tabakwerbeverbotsgesetz" erlassen oder die Rechtsprechung wird § 1 UWG nach der Umsetzungsfrist richtlinienkonform so interpretieren müssen, daß der Gesundheitsschutz ein Werbe- und Sponsoringverbot erfordere. Es ist dann eine Frage an den EuGH, ob er sich mit einer solchen richtlinienkonformen Auslegung einer wettbewerbsrechtlichen Generalklausel zufriedengibt – insbesondere weil das Wettbewerbsrecht kein Instrument für staatliche Behörden zur Durchsetzung dieses Werbeverbots darstellt. Zu den Möglichkeiten nach deutscher Rechtslage zur Einschränkung der Tabakwerbung O.C.Brändel, Werbeverbote für ge-

dem Verweis auf deutsches Lebensmittel- und Wettbewerbsrecht sah das BVerfG den diesem Kapitel zugrundeliegenden Tatbestand – nämlich einer gemeinschaftsrechtlichen „Beeinflussung“ deutscher Rechtssetzung und deutscher Grundrechte – als *nicht gegeben* an.⁴⁹ Die Bedeutung dieser Entscheidung für die Methodik der Prüfung des Verhältnisses von deutschem und Gemeinschaftsrecht ist nicht zu unterschätzen.⁵⁰ Grundsätzlich bestehen zwei Optionen:

- (1) Die erste Option liegt aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nahe: Zuerst ist deutsches Recht auf mögliche, gemeinschaftsrechtliche Quellen hin zu untersuchen. Wenn eine gemeinschaftsrechtliche Quelle, die in der Tabakwerbeentscheidung durch eine Richtlinie mit Umsetzungsverpflichtung gespeist wurde, festzustellen ist, dann wird das zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts geschaffene deutsche Recht an einem *gemeinschaftsrechtlich modifizierten, „deutschen“ Grundrechtsstandard*⁵¹ gemessen. Die Schwäche dieser Vorgehensweise ist, daß Erörterungen zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht notwendig sind, die dann, wenn bereits eine Grundrechtskonformität ohne Einbeziehung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts bejaht werden könnte, *nicht ergebnisrelevant* sind.
- (2) Die zweite Option hat das BVerfG gewählt und ist von ihrem Ausgangspunkt her eine fiktive Prüfung: Deutsches Recht wird anhand der deutschen Rechtsordnung⁵² und insbesondere der deutschen Grundrechte überprüft. Das Gemeinschaftsrecht wird ausgeblendet. Gemeinschaftsrechtliche Wurzeln, bleiben, selbst wenn sie bekannt oder in den Beratungen zum Rechtssetzungsverfahren nachweisbar sind, unberücksichtigt – eine Methodik, die hier als „Binnenbetrachtung“ bezeichnet wird.⁵³

Wenn am Ende der Prüfung die Erkenntnis der Grundrechtskonformität steht, dann ist die zweite Option der kürzere Weg zum Ergebnis. Ausführungen zum nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG „vergleichbaren Grundrechtsstandard“ in „beiden“ Rechtsordnungen können unterbleiben. *Im Ergebnis scheint deshalb zwischen den Optionen kein Unterschied zu bestehen.* Wenn die Tabakwerbungsentscheidung verallgemeinerbar ist, dann bleibt bei allen Werbebeschränkungen, die auf

sundheitsgefährdende Genußmittel, S. 861 in: Festschrift für E.Steindorff zum 70.Geburtstag, 1990.

49 BVerfG Beschl.v.22.1.1997 NJW 1997, 2871beruft sich auf BGH Urt.v. 25.11.1993 NJW 1994, 730 f, obwohl die zitierte BGH-Entscheidung ihre Begründungsnöte gerade durch den Rekurs auf "gemeinschaftsrechtliches Lauterkeitgedanken" zu verdecken sucht: BGH Urt. v. 25.11.1993 NJW 1994, 730 f.

50 Siehe zur Prüfungsstrategie des französischen Conseil constitutionnel J.Gundel, Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997., S. 170, 250 m.w.N.

51 Dafür M.Nettesheim, Art. 23 GG, nationale Grundrechte und EU-Recht, NJW 1995, 2083 f, der Art. 23 GG als zusätzliche, systematische Schrankenbestimmung für die deutschen Grundrechte sehen will.

52 Falls besondere Ermächtigungsgrundlagen – wie in der Tabakwerbeentscheidung für den Erlass einer Verordnung – notwendig sind, dann sucht man die Ermächtigungsgrundlage im deutschen Recht.

53 Das BVerfG vermengt so die *Ermächtigung* für Werbebeschränkungen, die auch nach deutschem Recht vorliegen mag, mit der *Verpflichtung* zu Werbebeschränkungen, die das Gemeinschaftsrecht durch eine Richtlinie begründet (Art. 189 EGV) hat.

deutsche Ermächtigungen⁵⁴ und/oder auf die wettbewerbsrechtliche *Generalklausel des § 1 UWG*⁵⁵ gestützt werden können und die der nationalen Grundrechtsprüfung standhalten, die gemeinschaftsrechtliche Quelle der Werbebeschränkung *zunächst* unbeachtet. Das BVerfG nimmt dann eine – gemeinschaftsrechtlich unbeeinflusste – Prüfung anhand deutscher Grundrechte vor. Unter seiner Prämisse ist in den Fällen, in denen der Umsetzungsakt grundrechtskonform ist, auch die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zum Erlaß von Werbebeschränkungen und -verboten grundrechtskonform. Die Schwäche der zweiten Option wird aber dann offenbar, wenn ein – ohne Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts *nicht zu rechtfertigender* Eingriff – vorliegt. Die Tatsache, daß diese Rechtsprechungs“methodik“ nur dann den Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht – also die Feststellung der Kollisionslage – vermeidet, wenn die Prüfung im Ergebnis positiv ausfällt – also die Verfassungskonformität bejaht wird – ist in der Literatur bereits bemerkt worden.⁵⁶

Eine Methodik, die mit ihrer Anwendung die Kenntnis des Ergebnisses voraussetzt, ist ebenso rechtsprechungspragmatisch wie wissenschaftlich unbefriedigend. Sie ist aufgrund der Autorität des BVerfG für diese Fallgestaltung zu referieren und mit der Feststellung zu verbinden, daß bei diesen Szenarien – insbesondere wenn deutsches Recht wegen seines weit gefaßten Geltungsbereichs⁵⁷ (§ 1 UWG)

54 Die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien selbst bieten keine unmittelbare Ermächtigungsgrundlage; siehe dazu auch den Etikettierungsfall EuGH Urt.v.8.10.1987 Rs. 80/86 Kolpinghuis Nijmegen BV Slg. 1987, 3969, 3986 Tz. 12 ff.

55 Das BVerfG (Beschl.v.22.1.1997 NJW 1997, 2871) beruft sich auf BGH Urt.v. 25.11.1993 NJW 1994, 730 f, wo der BGH unter Berufung auf einen auch dem Gemeinschaftsrecht zugrundeliegenden "Lauterkeitsgedanken" begründet, daß *bei der Anzeigenwerbung für Zigaretten über den Wortlaut des damaligen Sekundärrechts hinaus* aufgrund von § 1 UWG Warnhinweise erfolgen müßten. Das BVerfG macht sich damit eine Interpretation von § 1 UWG zu eigen, die nicht mehr einem "allgemeinen Gesetz" im Sinne von Art. 5 GG genügen kann; dazu siehe im 7.Kapitel.

56 M.Dauses, Eine Lanze für "Solange III" EuZW 1997, 705.

57 Das Gemeinschaftsrecht könnte allerdings bestimmen, daß die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht durch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung einer Generalklausel wie § 1 UWG nicht rechtmäßig erfolgt. Dies hat der EuGH im Umweltrecht bei der Umsetzung von Richtlinien durch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften angenommen (EuGH Urt. 30.5.1991 Rs. C-361/88 Kommission/Bundesrepublik Deutschland Slg. 1991, I-2567, 2602 Tz. 21 und EuGH Urt.v.30.5.1991 Rs. C-59/89 Kommission/Bundesrepublik Deutschland Slg.1991, I-2607, 2632 Tz. 24, wonach es an der "Konkretheit, Bestimmtheit und Klarheit fehlte, die nach der Rechtsprechung des EuGH notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen). Die Parallele zwischen normkonkretisierender Verwaltungsvorschrift, die über Art. 3 GG Außenwirkung hat und der generalklauselartigen Interpretationsweite des § 1 UWG ist nicht ganz von der Hand zu weisen, weil in beiden Fällen die Verbindlichkeit der Umsetzung nur eingeschränkt gewährleistet ist. M.Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts, AÖR 119 (1994), 263, 284, verlangt eine Umsetzung in "zwingenden Vorschriften", die die gerichtliche Verbindlichkeit in hinreichend klarer und bestimmter Weise gewährleisten. Er beruft sich für seine Meinung auf EuGH Urt.v.23.5.1985 Kommission/Bundesrepublik Deutschland Rs. 29/84 Slg. 1985, 1661(1671, Tz. 15 ff), wo aber im wesentlichen nur eine Verwaltungspraxis (mit der Folge der Selbstbindung) bestand. Einschlägiger ist EuGH Urt.v.9.4.1987 Rs. 363/85 Kommission/Irische Republik Slg. 1987, 1733, 1742 Tz. 7, wo grundsätzlich verlangt wird, daß jedenfalls *tatsächlich* gewährleistet werden müsse, daß die Richtlinie und die von ihr Begün-

gemeinschaftskonform interpretiert werden kann – *erst dann die Frage des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht zu deutschem (Verfassungs-)Recht zu stellen ist, nachdem ein „sonst nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff bejaht wurde.“* Erst bei Feststellung fehlender Verfassungskonformität in der „*Binnenbetrachtung*“ kommt es also zur *Einbeziehung der Kollisionslage*. Die Logik verlangt dann aber auch eine dogmatische Differenzierung. Man kann nicht eine Verletzung deutscher Grundrechte bejahen, wenn die bis dahin ignorierten, gemeinschaftsrechtlichen Werbebeschränkungen Anwendungsvorrang gegenüber den deutschen Grundrechten beanspruchen und deshalb insoweit eine Eröffnung des effektiven Garantiebereichs⁵⁸ des deutschen Grundrechts (und eine Verletzung) verneint werden muß. Der Garantiebereich eines Grundrechts kann nicht verletzt sein, wenn es zugunsten des Gemeinschaftsrechts in seiner Anwendung zurücktritt – wie es der allgemeinen Dogmatik des Anwendungsvorrangs entspricht. Gesetzt den Fall also, daß das BVerfG bei der Maßnahme an den deutschen Grundrechten zum Ergebnis kommen müßte, daß ein „nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff“ vorliegt, dann müßte es weiterprüfen, *inwieweit* wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts der *effektive Garantiebereich*⁵⁹ des Grundrechts *nicht* eröffnet ist.

Eine dogmatische Differenzierung, die diesem Verstoß gegen die Logik vorbeugt, wäre damit die Annahme einer zusätzlichen *Rechtfertigung* des „Eingriffs“ durch das Gemeinschaftsrecht (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. mit den speziellen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts). Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts hätte dann die Folge, daß eine *zusätzliche Eingriffsrechtfertigung* zu den Grundrechtsschranken tritt. Die Terminologie von Art. 5 Abs. 2 GG müßte systematisch und sinngemäß interpretiert werden: „Die Meinungsfreiheit kann auch eingeschränkt werden, wenn der Eingriff (durch oder) aufgrund von Gemeinschaftsrecht erfolgt.“

Es bleibt im weiteren Gang der Untersuchung zu klären, welchen Voraussetzungen dieses werbeeinschränkende Gemeinschaftsrecht genügen muß.

stigten ihre Rechte einklagen und durchsetzen können. Bei der Richtlinie über die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung berichtet die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Arbeitsgruppe "Überprüfung des Wettbewerbsrechts" GRUR 1997, 201, 208 über Uneinigkeit bei der Frage, ob die Rechtsprechung oder der Gesetzgeber die Richtlinie umsetzen müsse; zurückhaltend auch die Arbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium GRUR 1997, 199.

58 Die Frage der Eröffnung des Schutzbereichs – in seinem normativen, nicht in seinem effektiven Sinn – ist derzeit nicht absehbar.

59 Zur Terminologie: G.Lübbe-Wolf, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 27 ff, 63 ff

bb) Säuglingsnahrungswerbung: Gemeinschaftsrecht als „Eingriff in deutsche Grundrechte“

Bei der gemeinschaftsrechtlichen Säuglingsnahrungswerbungseinschränkung handelt es sich um eine „tertiärrechtliche“ Vorschrift. Die Bundesrepublik hat diese Vorschrift durch ein Säuglingsnahrungswerbungsgesetz umgesetzt; in diesem Szenario stellt sich also sofort und unmittelbar die Frage, inwieweit Gemeinschaftsrecht deutsche Grundrechte einzuschränken fähig und berechtigt ist.⁶⁰ Die Frage nach der Eingriffspotenz von Gemeinschaftsrecht ist zugleich die Frage der Kontrollkompetenz des BVerfG.

c) *Prozessuale Komponente: die Prüfungskompetenz des BVerfG?*

Das BVerfG nimmt in der Maastricht-Entscheidung an, daß auch die Ausübung der Hoheitsgewalt durch die Gemeinschaften „öffentliche Gewalt“ im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG und § 90 Abs.1 BVerfGG sei.⁶¹ Es gibt zunächst hauptsächlich zwei Möglichkeiten, wie gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen zu Einschränkungen deutscher Grundrechte führen können, nämlich zum einen durch ein Handeln der *Gemeinschaft selbst*⁶² und zum anderen *durch den Vollzug*

60 Die Frage ist schon von Literaturlösungen gestellt worden, die Werbung als Meinung schützen wollen und die die Werbung für Säuglingsnahrung verfassungswidrig eingeschränkt sehen. Kritik in der Literatur geht zumindest bei den Einschränkungen der Werbung für Säuglingsnahrung davon aus, daß sie Art. 5 Abs. 1 S.1 1. Alt. GG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 S.1 letzte Alt. GG und der Solange-Rechtsprechung **nicht gerecht werden**. Sehr kritisch und die Verfassungswidrigkeit der Richtlinie über Säuglingsanfangsnahrung und Folgenahrung v. 14.5.1991 (ABl. EG 1991 Nr.L.175, S.35) nach deutschem Recht bejahend D.Gorny, Die Bedeutung der Ausschlußverfahren nach dem Ratsbeschluß vom 13.7. 1987 (87/373/EWG) für die Angleichung des Lebensmittelrechts der Mitgliedstaaten, in: Festschrift für A.C.Gaedertz, 1992, S. 227, 239, 243, der zudem ein Solange III fordert. Grundlage des Problems ist § 3 Abs.2 Nr. 1 SNWG (Gesetz über die Werbung für Säuglingsnahrungswerbung und Folgenahrung v.10.10.1994 (BGBl I S.2846), der Werbung verbietet, die "...andere die Zusammensetzung betreffende Werbeaussagen als die in der Anlage aufgeführten verwendet; ausgenommen sind zutreffende und wissenschaftlich hinreichend gesicherte Sachinformationen." Der Hersteller Milupa hatte eine neue Zusammensetzung mit mehrfach ungesättigten Fettsäuren (LCP) angeboten. Nach dem deutschen Text des SNWG wäre die Werbung wegen des zweiten Halbsatzes zulässig; die zugrundeliegende Richtlinie 91/321/EWG v.14.5.1991 (Abl. EG Nr. L 175 S.35) kennt aber diesen Zusatz nicht. Das deutsche SNWG wurde deshalb in Brüssel als richtlinienwidrig qualifiziert. Milupa darf nach augenblicklicher Rechtslage nicht werben (Quelle: ZAW-Service Nr. 189/190 /1996, S. 10f.) Nach hier vertretener Ansicht wäre eine teleologische Interpretation der Richtlinie eingehender zu prüfen – insbesondere auch vor dem Hintergrund eines effektiven Grundrechtsschutzes für Werbung und Forschung.

61 BVerfGE 89, 155, 175; wobei die Aussage, daß es sich beim EuGH um einen "gesetzlichen Richter" im Sinne von Art. 101 Abs.1 S.2 GG handelt und die Verletzung der Vorlageverpflichtung gerügt werden kann, bereits in BVerfGE 73, 339, 366; 75, 223, 233 und 82, 159, 192 enthalten ist. Anderer Meinung W.Frenz, Grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie gegen Europäische Rechtsakte, Der Staat 35 (1995), 586, 591, 603-605, der auf die fehlende Praktikabilität hinweist und in Art. 19 Abs.4 GG nicht die Garantie eines Rechtswegs zum BVerfG und damit einen "Schutzauftrag" des BVerfG bejaht.

62 Bei Akten des Gemeinschaftsrechts soll nach bisher überwiegender Meinung eine Kontrolle vor deutschen Gerichten nicht stattfinden (R.Streinz, Europarecht, 3.Aufl, 1996, Rn. 213 unter Hinweis auf BVerfGE 22, 293, 295). Nach hier vertretener Ansicht ist nicht ausgeschlossen, daß nach der Maastricht-Entscheidung Gemeinschaftsakte Handlungen der "deutschen öffentlichen Gewalt" sind. Es kann aber an der Zulässigkeit des Rechtswegs

und/oder die Vollstreckung von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten.

Die Beziehung von mitgliedstaatlichen, im vorliegenden Fall deutschen, Grundrechten und gemeinschaftsrechtlicher Intervention wird von der Handlungsform, die die Gemeinschaft wählt, **im Ergebnis nicht entschieden**: Es ist nämlich kein Sachverhalt vorstellbar, in dem Gemeinschaftsrecht ohne Beteiligung eines Mitgliedstaates **vollstreckt** werden kann.⁶³ Das Vorliegen eines Aktes mitgliedstaatlicher, „deutscher öffentlicher Gewalt“, der nach § 90 Abs. 1 BVerfGG für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG verlangt wird, kann deshalb spätestens seit der Maastricht-Entscheidung immer erzwungen werden.⁶⁴ ⁶⁵ Die Überprüfung von sekundärem und tertiärem Gemeinschaftsrecht auf seine Grundrechtskonformität hin kann sowohl im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs.1 GG) als auch einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4 a GG) erfolgen. Das BVerfG hat in der sogenannten „Solange II“-Entscheidung⁶⁶ angekündigt, diese bestehende **Gerichtbarkeit solange nicht auszuüben**⁶⁷, wie die „Europäischen Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als **unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz**⁶⁸ im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt ...“

(„Kooperationsverhältnis“) und der individuellen Betroffenheit oder der Unmittelbarkeit fehlen. Gegen diese These spräche, daß bei 15 Mitgliedstaaten, der Gemeinschaftsrechtsakt deutschem, französischem, italienischem, englischen ...Recht **mitzuzuordnen** wäre.

- 63 So im Ergebnis auch Giegerich, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, ZaöRV 1997, 409, 549, der davon ausgeht, daß eine unmittelbare Kontrolle von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht nicht durch das BVerfG erfolgt. Selbst wenn die Gemeinschaft eine unmittelbar wirkende **Entscheidung** oder **Verordnung** (Ein Beispiel ist das Verbot der Werbung mit der Durchführung eines Umweltauditverfahrens auf Produkten (Art. 10 Abs. 3 der Verordnung über die **freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung** v.24.6.1993, ABl. L 168/1)) erläßt (Art. 189 EGV), die sie auch durch eigene Behörden anwendet, fehlt es ihr an einer Vollstreckungsbefugnis.
- 64 Ungeklärt ist, ob das BVerfG dann, wenn das Gemeinschaftsrecht unzutreffend angewendet wird und es sich deshalb um eine Kompetenzüberschreitung des Gemeinschaftsrechts handelt, ein Feststellungsmonopol des EuGH respektieren muß. Eine verbreitete Meinung in der Literatur geht von der Notwendigkeit einer vorherigen Befassung des EuGH aus: M.Schweitzer/W.Hummer, Europarecht, 5.Aufl., 1996, Rn. 868; H.U.Erichsen/W.Frenz, Gemeinschaftsrecht vor deutschen Gerichten, Jura 1995, 422 f unter Berufung auf das in der Maastricht-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 89, 155, 174) angesprochene **„Kooperationsverhältnis“**. Sogar eine Letztentscheidungsbefugnis des EuGH bejahen G. Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation? NJW 1996, 2457, 2463 f; F.Graf Vitzthum, Gemeinschaftsgericht und Verfassungsgericht – rechtsvergleichende Aspekte JZ 1998, 161 f, 167 (unter Verweis auf das französische Recht). Positiv dagegen zu einem möglichen Kompetenzkonflikt von BVerfG und EuGH U.Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Der Staat 33 (1993), 191, 215.
- 65 Das gilt natürlich ohnehin, wenn die Gemeinschaft durch eine **Verordnung** oder eine **Richtlinie** (siehe auch G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 286 ff) handelt, die der mitgliedstaatlichen Umsetzung und des mitgliedstaatlichen Vollzugs bedarf.
- 66 BVerfGE 73, 339, 387. Zur Chronik der Entscheidungen M.Schweitzer/W.Hummer, Europarecht, 5.Aufl., 1996, Rn. 854 -869.
- 67 Kritik an dieser prozessualen **„Lösung“** in der Entscheidungsanmerkung von H.Rupp, JZ 1987, 241.
- 68 Siehe auch BVerfG Beschl.v.12.5.1989 **„Tabakwerberichtlinie I“** NJW 1990, 974.

Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht scheint bei Solange II durch *eine Lösung im Rahmen des Prozeßrechts* bestimmt zu werden. Der Verzicht des BVerfG ist die Konsequenz des Nichteintretens der „auflösenden Bedingung“, nämlich dem Ende der Gewährleistung eines „unabdingbar“ gebotenen Grundrechtsschutzes durch die Gemeinschaften. In der Maastricht-Entscheidung hat das BVerfG den Grund für diesen self restraint seiner Gerichtsbarkeit genannt und vielleicht zugleich modifiziert, nämlich durch Schöpfung⁶⁹ des

„*Kooperationsverhältnisses*“ mit dem EuGH:⁷⁰ „... in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz *in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet* der Europäischen Gemeinschaften garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine *generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards* (vgl. BVerfGE 73, 339, 387) beschränken kann.“

Dieser Satz der Maastricht-Entscheidung hat aus zwei Perspektiven Interpretationszweifel geweckt: zum einen aus der Sicht der Solange-Rechtsprechung und zum anderen aus der Sicht des Art. 23 Abs. 1 S. 1 letzte Alt. GG:

aa) Modifizierung von „Solange II“

Die prozessuale Sichtweise von „*Solange II*“ vermengt sich in der Maastricht-Entscheidung mit materiellem Recht. Das „Kooperationsverhältnis“ und die Aussage, bei Gemeinschaftsrecht handele es sich um vom BVerfG zu beurteilendes Recht, deutet – anders als nach Solange II⁷¹ – auf ein *unbedingtes, arbeitsteiliges Nebeneinander von BVerfG und EuGH* hin. Das BVerfG übt seine Gerichtsbarkeit neben dem EuGH aus; ein genereller Ausübungsverzicht, der auflösend bedingt ist, besteht nicht mehr. Die Besonderheit ist bei dieser Interpretation die Reduktion des Prüfungsgegenstandes auf eine „*generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards*“. Beschwerdeführer müßten also jeweils eine Verletzung dieser „unabdingbaren Grundrechtsstandards“ rügen, damit das Gericht sich mit dem Beschwerdegegenstand befaßt.

69 Der Begriff wurde von den Vorabentscheidungsverfahren (Art. 177 EGV) übernommen, in denen der EuGH das Verfahren der Vorabentscheidung als Verfahren der Zusammenarbeit kennzeichnet (EuGH Urt.v. 25.6.1992 Rs. C 147/91 M.Ferrer Laderer 1992, I- 4097, 4115 Tz.6).

70 BVerfGE 89, 155, 175.

71 So auch D.Horn, Grundrechtsschutz in Deutschland – Die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaften und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1995, 89, 91. Anderer Meinung ?..., die den Solange-II-Vorbehalt auch noch vor die Befassung mit dem materiell-reduzierten Prüfungsumfang legen. Die Überwachung des "unabdingbar gebotenen Grundrechtsstandards" in einem Einzelfall könnte dann unter der zusätzlichen, aufschiebenden Bedingung stehen, daß der Gemeinschaft *generell* nachzuweisen ist, daß sie einen vergleichbaren Grundrechtsstandard nicht wahr.

bb) Diskrepanz zu Art. 23 Abs. 1 GG

Rätsel gibt die Maastricht-Entscheidung in ihrer verbalen Diskrepanz zu **Art. 23 Abs. 1 S.1 letzte Alt. GG**^{72 73} auf. Die „Solange II-Formel“ und die „Maastricht-Entscheidung“ begnügen sich mit „**unabdingbaren Grundrechtsstandards**“, während Art. 23 Abs.1 S.1 GG einen „**im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz**“⁷⁴ auf Gemeinschaftsebene verlangt. Kompliziert wird die eindeutige, materiell-rechtliche Distanz zwischen der Existenz („unabdingbar“) und dem Wohlbefinden („im wesentlichen vergleichbar“) eines Grundrechtskörpers durch die Hinzufügung des „Kooperationsverhältnisses“⁷⁵. Die Interpretation der Formulierungen ist strittig. Die hier angebotene Positionierung der Formeln zueinander arbeitet mit zwei Haupt-Szenarien:

(1) Das erste ist ein positives Szenario. Grundsätzlich operiert das BVerfG mit einer **Vermutung zugunsten der Wahrung grundrechtlich geschützter Interessen bei gemeinschaftsrechtlichem Handeln**. Es vertraut den Gemeinschaftsorganen, insbesondere dem EuGH. Ein Anhaltspunkt dafür ist das von ihm angestrebte „Kooperationsverhältnis,“ die Entwicklung der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des EuGH und die Verpflichtung der EU nach Art. F Abs. II EUV. Das BVerfG sieht in Art. 23 und Art. 24 GG nicht eine Einbahnstraße, die Gemeinschaftsrecht auf dem Weg zum deutschen Recht befährt, sondern gleichzeitig den Weg, auf dem deutsches Recht seinen örtlichen Geltungsbereich ausdehnt und auf Handlungen einer supranationalen Hoheitsgewalt erstreckt.⁷⁶ Mit dieser Erstreckung deutschen Rechts wächst auch die Kompetenz des BVerfG, Gemeinschaftsrecht zu beurteilen. Würde das BVerfG das in dem Rahmen tun, den Art. 23 Abs. 1 letzte Alt. GG vorgibt, wäre der Kompetenzkonflikt mit dem EuGH vorgezeichnet. Der unbestimmte Rechtsbegriff, wenn nicht sogar der offene Verfassungsbegriff „we-

72 Art. 23 GG bezieht sich nach seinem Wortlaut auf die "Europäische Union". Der Begriff ist aber offen und bezieht sich allgemein auf den Prozeß der Europäischen Einigung R.Scholz, Art 23 Rn. 13 in: Maunz/Dürig, 32 Lfg., 1996.

73 Wobei R.Scholz, Art 23 Rn. 13 in: Maunz/Dürig, 32 Lfg., 1996 betont, daß:"... die Regelung des Art. 23 GG nur auf dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des BVerfG im einzelnen zu verstehen bzw. interpretationsmäßig aufzuhellen." ist. Um so gewichtiger müßten die Diskrepanzen im Wortlaut der Maastricht-Entscheidung und des Art. 23 GG wiegen, für die R.Scholz das "Kooperationsverhältnis" als Auffangtatbestand sieht (Art. 23 Rn. 61). Zur Chronik R.Scholz, Europäische Union und deutscher Bundesstaat, NJW 1993, 817, 822 und F.Ossenbühl, Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?, DVBl 1993, 629, 631 f; M.Herdegen, Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union, EuGRZ 1992, 589, 591 f.

74 Das beanstandet auch V.Götz, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, 1081, 1083.

75 Sowohl die Ankündigung des "Kooperationsverhältnisses" ist einseitig durch das BVerfG erfolgt und auch seine Ausgestaltung – so in praxi eine Kooperation der Gerichte feststellbar wäre – ist informell und nicht transparent. Anderer Meinung H.Gersdorf, Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, DVBl 1994, 674, 681, der das Kooperationsverhältnis mit rechtlichen Inhalten zu füllen versucht; unter anderem auch unter Hinweis auf die nicht gemeinschaftsvertraglich fixierte Loyalitätspflicht der Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten (A.v.Bogdandy, Art. 5 Rn.79 ff, in: Grabitz/Hilf, Lfg.7, 1994). Der Hinweis geht fehl, weil das BVerfG die Loyalität nur gegenüber sich, nicht aber gegenüber allen Mitgliedstaaten fordert und eine Kooperation mit allen Verfassungsgerichten wegen der vom EuGH angenommenen Autonomie der Rechtsordnungen systemfremd ist.

76 BVerfGE 89, 155, 174.

sentlich vergleichbarer Grundrechtsschutz“ bietet viel Raum für richterliche Konkretisierung. Das BVerfG würde mit einer konkurrierenden Kompetenz bei der „Feststellung des im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutzes“ die Entwicklung desselben auf Gemeinschaftsebene gefährden. Wenn das BVerfG andere Maßstäbe als der EuGH anlegte, führte dies aus Sicht des Gemeinschaftsrechts zumindest zu einer Ungleichbehandlung der Gemeinschaftsbürger. Und mit dem Verlust des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes verlören die Gemeinschaften wiederum einen „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“.⁷⁷ Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, das auf seinen, vom deutschen Recht auch akzeptierten Anwendungsvorrang zu pochen vermag, handelt es sich um eine vertragswidrige Willkür. Um diesen systemfremden Kompetenzkonflikt zu vermeiden, reduziert das BVerfG seinen Prüfungsgegenstand auf ein Konzentrat von Grundrechtsinhalten, die „unabdingbaren Standards“. Das Kooperationsverhältnis bietet bei dieser Sichtweise die Brücke zwischen dem „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) und der Kontrolle der „unabdingbaren Standards“ durch das BVerfG nach den „Solange II-“, und Maastricht-Entscheidungen.

- (2) Das zweite Haupt-Szenario ist durch den Wegfall der Vermutung zugunsten der grundgesetzlichen und insbesondere der grundrechtlichen Interessenverbundenheit der Gemeinschaften geprägt. Der Wegfall der Vermutung kann grundsätzlich zwei Ursachen haben:

- (a) *Handeln ultra vires*. Die Beschränkungen der Prüfung durch das BVerfG kann nur insoweit akzeptiert werden, als die Gemeinschaften *im Rahmen der ihnen nach Art. 24 a.F.⁷⁸ und Art. 23 GG übertragenen Kompetenzen*⁷⁹ handeln. Nur insoweit kann überhaupt eine Einschränkung der Grundrechtsprüfung akzeptiert werden; handeln die Gemeinschaften *ultra vires*, muß es jedem deutschen Gericht überlassen bleiben, diese Schein-Rechtsakte als solche festzustellen.⁸⁰ *Die Frage der Verletzung von*

77 Sollen etwa EG-Verordnungen in Deutschland nicht durchsetzbar sein, und in anderen Mitgliedstaaten mit "schwächeren" Grundrechtsstandard doch?

78 Zu Art. 24 GG, der vor Erlaß von Art. 23 GG Grundlage etwa für die Delegation von Hoheitsrechten an die EG war, R.Scholz, Art. 23 Rn. 2 und A.Randelzhofer, Art. 24 in: Maunz-Dürig, 30 Lfg., 1992.

79 Auch wenn die Grenzen im Einzelfall fließend sein mögen.

80 BVerfGE 89, 155, 188, 195, 210. Das BVerfG stellt nicht ausdrücklich fest, wer feststellungsbefugt ist. Nach hier vertretener Meinung kann dies jedes Gericht tun – allerdings erst nach Einschaltung des EuGH, der die Gemeinschaftsrechtsmäßigkeit zuvor prüfen müßte. Anderer Meinung M.Schweitzer/W.Hummer, Europarecht, 5.Aufl., 1996, Rn.868, die ein Auslegungsmonopol des EuGH bejahen möchten. O.Dörr, Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 406-408 m.w.N. in: Nomos Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 1998 unterscheidet – ähnlich wie im Rahmen dieser Arbeit – zwischen "Grenzen des Übertragbaren" (Rn. 406) und "Grenzen des Übertragenen" (Rn. 407). Für die Grenzen des Übertragbaren soll ein Verwerfungsmonopol des BVerfG bejaht werden; für die Grenzen des Übertragenen – der wesentlich praktischere Fall – soll die Verwerfungsbefugnis allen rechtsanwendenden Staatsorganen zustehen (nach Vorlage an und Prüfung durch den EuGH). Jedenfalls diese Betrachtungsweise ist abzulehnen, weil der Sinn des Verwerfungsmonopols (Art. 100 Abs. 1 GG) entleert wird, wenn nur der (evidente) Zugriff auf verfassungsrechtliche Essentialia vom BVerfG beurteilt wird, und im übrigen, gleichsam im Vorstadium, eine nicht autoritative und kanalisierte Verwerfungsbefugnis besteht (siehe aber BVerfGE 31,145, 174 f, der die Verwerfungskompetenz den zuständigen Gerichten überließ – zu einer Zeit, in der der Einfluß des Gemeinschaftsrechts eher von theoretischen denn praktischem Interesse geprägt war). Die These, es handele sich "nur" um die Interpretation des Zustimmungsgesetzes als einfachem Gesetz kann nach hier vertretener Ansicht nach der Maastricht-Entscheidung nicht mehr aufrechterhalten werden.

Grundrechten durch kompetenzüberschreitendes Gemeinschaftsrecht stellt sich deshalb nicht, weil der kompetenzüberschreitende Gemeinschaftsakt keine Rechts- und damit auch keine Eingriffsqualität hat. Die Feststellung, ob die Gemeinschaften *innerhalb oder außerhalb ihrer enumerativen Kompetenzen* gehandelt haben, muß zunächst der EuGH als Gemeinschaftsgericht treffen. Erst wenn der EuGH (unzutreffend) ein Handeln innerhalb der Kompetenzen der Gemeinschaften angenommen hat, können deutsche Gerichte ihre Bewertung treffen und ein insoweit unverbindliches Handeln „*ultra vires*“ feststellen, das Grundlage einer Vorlage nach Art. 100 GG an das BVerfG ist.⁸¹ Diese Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß die Gemeinschaften sich Materien anmaßen, für die ihnen keine Kompetenz zusteht. Vor allem im Tabakwerbungszenario wird dieses Handeln *ultra vires* in der deutschen Literatur nahezu unisono⁸² behauptet, weil die „*einschlägige Rechtsgrundlage*“, der Gesundheitsschutz (Art. 129 EGV)⁸³, den Gemeinschaften gerade keine Kompetenz zur *Harmonisierung* von Werbebeschränkungen und -verbote verleihe.⁸⁴ Hier ist zu entgegnen:

(aa) **Art. 100 a EGV als Kompetenzgrundlage.** Art. 100 a Abs. 1 EGV verweist auf das Funktionieren des Binnenmarktes (Art. 7 a Abs. 2 EGV), also eines Marktes, in dem der freie Verkehr von Waren gewährleistet ist. Art. 100 a EGV ermöglicht aber nicht nur den Abbau von Hindernissen für den freien Warenverkehr, sondern auch die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen⁸⁵ Es wird behauptet, daß ein Werbeverbot ohne begleitendes Vertriebsverbot in einem Binnenmarkt unzulässig ist.⁸⁶ Ein Werbeverbot steht dem quantitativ unbeschränkten Vertrieb, der auch in Zukunft gemeinschaftsrecht-

-
- 81 Th.Schilling, Zum Wesen der Kompetenz des EuGH, ZfRV 1997, 96, 98. A.Schmitt-Glaeser, Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts, 1996, S. 88 ff. Ein Beispiel, das im Ergebnis zu einer Ablehnung eines "ultra vires Handeln führte, ist die BVerfG-Entscheidung zur Rechtsfortbildung durch den EuGH, der die unmittelbare Wirkung von Richtlinien bejaht hatte (EuGH Urt.v.19.1.1982 Rs.8/81 Ursula Becker Slg. 82, 53 Tz. 17 ff und BVerfGE 75, 223,240 f).
- 82 Siehe aber N.Reich, Tollhaus Europa oder Narrenschiff Staatsrecht? NJW 1988, 1537.
- 83 Art. 152 nach dem Vertrag von Amsterdam, der aber ebenfalls keine Harmonisierungskompetenz der Gemeinschaften enthält.
- 84 H.P.Schneider, Tollhaus Europa, NJW 1998, 576 f; Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435 f; derselbe, Werbeverbote und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 777 ff zu grundfreiheitlichen und -rechtlichen Prüfung, in: Gedächtnisschrift für E.Grabitz, 1995; F.Kirchhof/K.Frick, Werbeverbot und Etikettierungszwang für Tabakwaren, AfP 1991, 677 f; A.Meyer, Produktspezifische Werberegungen in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 167 f; D.Kevekordes Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, 1994, S. 174 ff, 177; M.Dauses, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425, 429 ("bedenklich"). Dagegen R.Wägenbaur, Werberecht und Werbeverbote, EuZW 1995, 431 434, der auf das sehr unterschiedliche Werbeverbotsrecht für Tabak in den Mitgliedstaaten verweist und so die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung zumindest bei den zirkulierenden Medien bejaht (allerdings noch unter dem Eindruck der Dassonville-Formel (vor "Keck", dazu siehe unter III 5) die Wettbewerbsverzerrungen bejaht.
- 85 B.Langeheine, Art. 100 a EGV Rn. 20, 43 in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union. EuGH Urt.v.13.7.1995 Rs. C-350/92 Königreich Spanien/Rat der Europäischen Union Slg. 1995, I-1985, 2014 Tz. 32 ff.
- 86 Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435 f.

lich⁸⁷ zulässig bleiben soll, aber nur *mittelbar* entgegen. Die fehlende sprachliche Präsenz des Produkts „Tabak“⁸⁸ wiegt nach hier vertretener Ansicht nicht so schwer, daß bereits das *Binnenmarktprinzip* ein Werbeverbot begrifflich ausschliesse mit der Folge, daß Art. 100 a EGV nicht anwendbar ist.⁸⁹ Ein Argument ist der Hinweis auf Art. 100 a Abs. 3 EGV, der das „hohe Niveau“ des Gesundheitsschutzes für das Funktionieren (Art. 100 a Abs.1 S. 2 EGV) des Binnenmarktes bei der Harmonisierung voraussetzt und so selbst die Aufgabe der Konkordanz von Binnenmarkt und Gesundheitsschutz stellt. Ein weiteres Argument ist die unterschiedliche dogmatische Wertigkeit von Werbeverbot und Binnenmarkt: ein Werbeverbot ist ein *Instrument* zur Erzielung eines bestimmten Erfolges; der Binnenmarkt ist Instrument und in seiner dynamischen Vollendung gleichzeitig *ein* (End)ziel des Gemeinschaftsrechts. Ein Instrument (Werbeverbot) kann deswegen nie darüber entscheiden, ob das Ziel erreicht werden kann; sondern umgekehrt rechtfertigt das Ziel vielleicht das Instrument. Es ist deswegen eine Frage der weiteren Prüfung, aber nicht der *Inkompatibilität per definitionem*, ob Art. 100 a EGV Werbeverbote (für Ziele des Verbraucherschutzes oder des Umweltschutzes) begründen kann.⁹⁰ Auch ein pragmatisches Argu-

87 Zur Möglichkeit der Mitgliedstaaten, besondere Tabakverkaufsstellen auch nach Erlaß der Werbeverbotsrichtlinie beizubehalten, siehe Art.3 Abs. 5 .

88 außerhalb der nach wie vor zulässigen Werbung an der "Stätte der Leistung".

89 Ein weiteres Argument ist die Frage, ob der Markt für "Kommerzielle Kommunikationen" tatsächlich akzessorisch im "Markt für Produkte" aufgeht. Es mag zutreffen, daß das Verbot der Werbung dazu führt, daß eingeführte Tabakprodukte sich keine neuen Marktanteile erobern könnten (F.Kirchhof/K.Frick, Werbeverbot und Etikettierungszwang für Tabakwaren, AfP 1991, 677 f) und so "Monopole" zementiert werden. Diese Wirkungen, die ein Werbeverbot für den *Tabakmarkt* haben kann – aber nicht haben muß, weil die Verbraucher entscheiden – könnten durch die Wirkungen, die ein Werbeverbot auf dem Markt der *"kommerziellen Kommunikationen"* haben kann, "ausgeglichen" werden. Eine selbst von den Gegnern erkannte Zersplitterung des Tabakwerberechts in der Gemeinschaft führt dazu, daß in den Ländern, in denen die Werbung zulässig ist, sich ähnliche Monopole auf dem "Markt der kommerziellen Kommunikationen" verfestigen als in Werbeverbotsländern. Das hat Folgen für die Werbeagenturen wie auch für die Medien in diesen Ländern, die die Werbung weiterverbreiten. Hier kann es – wenn nicht ein einheitliches Werbe(verbots-)recht geschaffen wird, ebenfalls zu Marktverzerrungen kommen. Zumindest der grenzüberschreitende Vertrieb von Presseerzeugnissen (vgl. EuGH-Urteil ... familiapress ...) wird durch die Adaption an das Landesverbotsrecht behindert.

90 So auch G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 222 ff, der nur im Detail – nämlich der optionalen Ausgestaltung der Werbung an der Stätte der Leistung (Art.3 Abs. 5) – eine Kompetenzüberschreitung sieht; nach der sogenannten "Keck"-Rechtsprechung (dazu siehe unter III 5) werde die Funktion des Binnenmarktes durch solche "Verkaufsmodalitäten" grundsätzlich nicht berührt. Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber sich aber zu einer "Totalharmonisierung" entschlöße – was ihm auch unter dem Eindruck der Keck-Rechtsprechung nicht verschlossen sei (zurecht, weil "Keck" eben nur den Respekt vor den Regelungen der Mitgliedstaaten bei fehlender gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung betrifft) – könnte er die Werbung an der Stätte der Leistung nicht mehr den Mitgliedstaaten als optionale Modalität überlassen (S. 225): Der Richtlinienvorschlag spalte den Binnenmarkt in einen Teilmarkt mit absolutem Werbeverbot sowie mit erlaubter Werbung innerhalb geschlossener Verkaufsräume. Diese Spaltung en detail sei inkonsistent und entlarve den Richtlinienvorschlag als Gesundheits- und nicht als Marktschutz. Die inkonsistente Ausfüllung einer Kompetenz stellt nach hier vertretener Meinung die Kompetenz per se nicht in Frage. Und soweit es darum geht, ein einheitliches Vermarktungsrecht zu schaffen, kann die Detailfrage – ob in den geschlossenen Räumen der Verkaufsstätte Werbung betrieben werden darf (was eine Erleichterung bedeutet) – letztendlich nicht über die Kompetenz entscheiden.

ment spricht für diese Auffassung: Fast niemand würde derzeit eine gemeinschaftsrechtliche Regelung über die Etikettierung von Rindfleisch,⁹¹ die de facto eine Vertriebsgefährdung von englischem Rindfleisch (angus beef) bedeutet, unter *Hinweis auf die fehlende Zuständigkeit der Gemeinschaft* angreifen wollen. Es ist unreal, die agrarpolitische Marktordnung für Rindfleisch und die gemeinschaftliche Verantwortung für ihre Gefahren akzeptieren zu wollen und bei der allgemeinen Vermarktung von Tabak diese Gefahren außerhalb des Anwendungsbereichs des EGV stellen zu wollen. Die Gefahren sind vor allem weil es um die prognostische Bewertung von Risiken geht,⁹² durchaus vergleichbar. Auch die Tabaksubventionierung⁹³ fällt in den Anwendungsbereich der Verträge und hier stellt sich dann eher das Problem konkurrierender Kompetenzen für das Werbeverbot (Art. 43 EGV⁹⁴, 100, 100 a EGV) denn des Handelns ultra vires.

- (bb) **Tabakwerbeverbote und Subsidiarität (Art. 3b EGV).** Das scheint zumindest ein Vertreter der These von der definitorischen Inkompatibilität⁹⁵ zu fühlen, wenn er gemeinschaftsrechtliche Werbeverbote in die primäre Kompetenz der Mitgliedstaaten relegieren will, mit der Folge, daß dort Selbstbeschränkungsabkommen der Wirtschaft geprüft werden sollten⁹⁶. Voraussetzung des Subsidiaritätsprinzips ist die Kompetenz der Gemeinschaften – wenn diese ultra vires handeln, ist das Subsidiaritätsprinzip logisch nicht einschlägig.
- (cc) **Gesundheitsschutz und Binnenmarktförderung:** Art. 129 EGV und Art. 100 a EGV. Auf der einen Seite steht das Interesse der Mitgliedstaaten, ihre Konzeptionen zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu verwirklichen. Auf der anderen Seite steht die Konnektivität von Produktvertrieb, Produktgefährdung und das Bestreben, einheitliche Wettbewerbsbedingungen gerade für die Herstellung und den Vertrieb solcher Produkte zu schaffen. Wenn der Vertrieb des Produkts in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt – wenn es einen grenzüberschreitenden Markt für Tabak unbestrittenmaßen gibt – dann muß auch das Werberecht und dann müssen auch die Werbeverbote zum Binnenmarkt gehören – gerade wenn grundsätzlich in keinem Mitgliedstaat⁹⁷ ein Produktions- oder

91 Siehe EuGH Urt.v. 5.5.1998 Rs.- C180/96 Vereinigtes Königreich/Kommission EuZW 1998, 431, 439 Tz. 131 ff

92 Wenn die US-amerikanischen Tabakhersteller nicht ohne Grund Vergleichsverträge mit einigen Bundesstaaten geschlossen haben (Stichwort: Suchtgefahr bei Nikotin): FAZ v. 22.3.1997 S. 18 berichtet von dem ersten Unternehmen "Liggett", dem weitere Unternehmen folgten; dazu E.v.Hippel, Ersatz von Tabakschäden, ZRP 1998, 6 ff und E.Steffen, Produzentenhaftung für Raucherschäden in den USA, NJW 1996, 3062 f.

93 FAZ v. 29.1.1998 S. 11 "Brüssel will Tabakanbau weiter fördern".

94 Art. 100 a EGV ist subsidiär zu Art. 43 EGV "soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist".

95 Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435 f.

96 Diese Interpretation des Subsidiaritätsprinzips wird indes vom Wortlaut nicht getragen, weil dort nur von der Subsidiarität gegenüber den Mitgliedstaaten nicht aber die Subsidiarität des Staates gegenüber Privaten erfaßt ist.

97 In einigen Mitgliedstaaten bestand ein Vermarktungsverbot für Tabakprodukte, die zum oralen Verbrauch bestimmt sind: Richtlinie 92/41/EWG des Rates v. 15.5.1992 zur Änderung der Richtlinie 89/622/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften

Vertriebsverbot besteht, sondern nur die „Werberechte“ unterschiedlichst gestaltet sind.⁹⁸ Die Existenz von Vermarktungsverboten in einzelnen Mitgliedstaaten wäre allerdings ein Hinweis darauf, daß es solitär um Gesundheitsschutz und nicht um die Egalisierung von Vertriebsbedingungen geht. Selbst dann könnte man aber noch erwägen, ob Werbeverbote die weniger einschneidende Maßnahme zu Vertriebsverboten⁹⁹ sind, und auch diese Beschränkung zu einem – realistisch gesehen – *möglichst* freien Markt der Produkte gehören. Insoweit entbehren die grundsätzlichen Einwürfe *gegen eine gemeinschaftsrechtliche Kompetenz* für Werbeverbote für Tabak der Grundlage.

- (b) *Kein vergleichbarer Schutz von Grundrechten auf Gemeinschaftsebene*¹⁰⁰. Das BVerfG kommt zu der Überzeugung, daß ein im „wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz“ durch die Gemeinschaften nicht mehr zu bejahen ist und deshalb die Vermutung widerlegt ist. Es wird dann das Kooperationsverhältnis beenden und seine Gerichtsbarkeit in vollem Umfang ausüben.

Es handelt sich – ähnlich dem vom BVerfG als Ausweg festgeschriebenen Wegs des Austritts aus den Gemeinschaften- um ein nur theoretisches Szenario.

Das Interesse dieser Untersuchung gilt deshalb der näheren Untersuchung des ersten Haupt-Szenarios, und dort insbesondere der Ausformung der Konturen der „unabdingbaren Grundrechtsstandards.“

- d) *Materiellrechtliche Komponente: Schutz der Grundrechte vor Handlungen der Gemeinschaft?*

Die Grundrechte binden

„die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 3 GG)“.

Bei strikter wörtlicher Interpretation könnte mit dieser Trias der Gewaltenteilung auch eine andere oder supranationale Gewalt gebunden sein, die Grundrechtsträger im örtlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes in ihren Rechten verletzt.

der Mitgliedsstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen ABI Nr. L 158/30 f Art. 1 Abs. 2 und Abs. 5.

98 Zur französischen Rechtslage Tribunal de Commerce Paris Beschl.v.8.6.1995 EuZW 1995, 648 f (Tabakwerbeverbot). Der EuGH (Urt.v.22.6.1993 Rs. C-222/91 Ministero delle Finanze u.a./Philip Morris Belgium u.a. Slg 1993, I – und Rs. C-11/92 The Queen/Secretary of State for Health u.a. Slg. 1993, I –) hat für das Etikettierungsrecht die Rechtsgrundlage des Art. 100 a EGV nicht beanstandet.

99 Wobei die Erfahrungen der USA mit der Prohibition von Alkohol zeigen, daß Vertriebsverbote für kulturelle Genußmittel zur Schwarzmarktbildung und organisierter Kriminalität führen. Das Binnenmarktprinzip schließt grundsätzlich auch Vertriebsverbote nicht aus. Wer wollte wirklich den Mißerfolg der Prohibition für Alkohol in den USA leugnen? Die "Lösung" für Alkohol besteht im beschränkten Vertrieb (staatsabhängig im Alter von 18-21 Jahren) mit den sogenannten "brown bags" (damit in der Öffentlichkeit die Flaschenform nicht wahrgenommen werden kann).

100 Ergänzende Szenarien, die im Rahmen dieser grundrechtsorientierten Betrachtung nicht weiter ausgeführt werden, ist die Nichterfüllung anderer, in Art. 23 Abs. 1 GG vorgeschriebener Kriterien, wie etwa Verletzungen des Bundesstaats- oder des Rechtsstaatsprinzips.

Diese Sichtweise entspricht zunächst weder einer traditionellen noch einer logischen Interpretation. Traditionell hatte das BVerfG noch im Eurocontroll I-Beschluß für den Bereich der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG argumentiert:

„Grundsätzlich gilt das Grundgesetz ... nur für die von ihm verfaßte Staatsgewalt, begrenzt auf das „Gefüge der deutschen Staatsorganisation...“¹⁰¹

Erst in der „Maastricht-Entscheidung“ hat es diese Sichtweise ausdrücklich aufgegeben:

„Auch Akte einer besonderen, von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten geschiedenen öffentlichen Gewalt einer supranationalen Organisation betreffen die Grundrechtsberechtigten in Deutschland. Sie *berühren* damit die Gewährleistungen des Grundgesetzes und die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts, die den Grundrechtsschutz in Deutschland und *insoweit* nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zum Gegenstand haben (Abweichung von BVerfGE 58, 1, 27)“.

Mit der Feststellung eines „Berührens“ der Gewährleistungen wird so die Geltung der Grundrechte „begründet“. Diese Sichtweise ist ambivalent: Zum einen ist einsichtig, daß der deutsche Staat sich seiner Grundrechtsbindung nicht durch eine *Delegation* von Hoheitsrechten an andere Hoheitsträger, die ihrerseits nicht grundrechtsgebunden sind, *gänzlich* entäußern kann. Der Grundrechtsverpflichtete kann sich seiner Verpflichtung nicht durch Abschluß eines Schuldübernahmevertrags mit dem Übernehmer, den Gemeinschaften und der Union, entziehen. Diese Postulate könnten als „*Delegationsthese*“¹⁰² überschrieben werden. Gegen die Delegationsthese ist einzuwenden, daß die Logik verlangt, daß grundrechtsverpflichtet nur sein kann, wer Grundrechtsadressat ist.¹⁰³ Strittig ist deshalb, ob die Gemeinschaften selbst grundrechtsverpflichtet sind. Bei der Beantwortung dieser Frage sind die *deutsche und die gemeinschaftsrechtliche Position* zu unterscheiden: Das BVerfG unterstellt in der „Maastricht-Entscheidung“ die Grundrechtsgeltung¹⁰⁴ ohne – neben der Erwähnung von Art. 23 und Art. 24 GG – den

101 BVerfGE 58, 1, 26 unter Bezug auf BVerfGE 22, 293, 297. Siehe zum Anspruch auf diplomatischen Schutz, den die "Bundesrepublik ihren Staatsangehörigen bietet, um ihre Interessen im Ausland zu wahren, zu fördern und gegen völkerrechtswidrige Behandlung zu verteidigen" J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, § 111 Rn. 123 in Handbuch des Staatsrechts Band V und Th.Giegerich, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, ZaöRV 1997, 409, 550 f.

102 Allgemein K.E.Heinz, Delegation und Mandat, Der Staat 36 (1997), 493, 499 f.

103 D.Horn, Grundrechtsschutz in Deutschland – Die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaften und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1995, 89, 93: die Grundrechtsberechtigung reicht soweit wie der Arm des Grundrechtsverpflichteten.

104 Wobei es *im Ergebnis* keinen Unterschied macht, ob es die Grundrechtsverpflichtung der Gemeinschaften annimmt oder es sich vorbehält, alle Akte der Gemeinschaft anhand deutscher Grundrechte revisionistisch zu messen.

Grund für diese Geltung zu nennen. Der EuGH folgt in ständiger Rechtsprechung seit der Costa/E.N.E.L.¹⁰⁵-Entscheidung einer „*Autonomiethese*“, nach der:

„... dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“

Delegations- und Autonomiethese scheinen unvereinbar zu sein.¹⁰⁶ Drei dogmatische Konstruktionen versuchen diesen Widerspruch abzumildern:

aa) „Hypothekentheorie“

Die „*Hypothekentheorie*“ besagt, daß die Grundrechtsbindung die Hypothek ist, die auf den auf die Gemeinschaft übertragenen Hoheitsrechten lastet.¹⁰⁷ Die Besonderheit der „Maastricht-Entscheidung“ ist bei dieser Sichtweise, daß die Grundrechtsbindung nach der BVerfG-Rechtsprechung auf die „unabdingbaren Standards“ *beschränkt* ist. Eine Hypothek im Sinne einer unbeschränkten Grundrechtsgeltung, wäre angesichts der zu vermutenden Unterschiede in den 15 mitgliedstaatlichen Verfassungen wirklichkeitsfremd und würde das Integrationsziel vereiteln.¹⁰⁸ Gegen die These von der „eingeschränkten Hypothek“ spricht, daß das Gemeinschaftsrecht sie nicht akzeptiert und etwa eine Bindung an alle einzelstaatlichen Grundrechte als Grundlage für die Bildung der Gemeinschaftsgrundrechte verneint. Es grenzt an Absurdität, einen Anspruch auf Grundrechtsbeachtung gegenüber einem Schuldner konstruieren zu wollen, der sich explizit gegen diese Verpflichtung wehrt – wie es der EuGH seit der Costa/E.N.E.L.-Entscheidung tut. Die Idee der Hypothek ist damit eine Fiktion des deutschen Rechts. Gegen die Hypothekentheorie spricht ferner, daß die „Hypothek“ in kein „Grundbuch“ oder einen „Brief“ eingetragen ist: die Zustimmungsgesetze enthalten Aussagen zur Qualität des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes *gerade*

105 Zur Autonomie allgemein: EuGH Urt.v.15.7.1964 Rs.6/64 F.Costa/E.N.E.L Slg.1964, 1255, 1270; EuGH Urt.v. 5.2.1963 N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung Rs.26/62 Slg. 1963, 1, 24. Zum Verhältnis der Grundrechte der Mitgliedstaaten zum Gemeinschaftsrecht: EuGH Urt.v. 17.12.1970 Rs. 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel Slg. 1970, 1125, 1135 Tz. 3; EuGH Urt.v.8.10.1986 Rs. 234/85 F.Keller Slg. 1986, 2897, 2912 Tz. 7; A.Glaesner, Der Europäische Gerichtshof: Aufgaben, Verfahren und Rechtsprechungsgrundsätze, WM 1994, 536, 539.

106 Zu Monismusvorstellungen A.Bleckmann, Europarecht, 6.Aufl., 1997 Rn. 1137-1151.

107 So D.Horn, Grundrechtsschutz in Deutschland – Die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaften und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1995, 89, 94, der von einer Geltungserweiterung des Grundgesetzes durch Art. 23 und Art. 24 GG ausgeht und das mit einer abgewandelten "Hypothekentheorie" begründet, nach der der Integrationsgesetzgeber nur grundrechtlich gebundene Hoheitsrechte überantworten könne.

108 Zur sogenannten Hypothekentheorie, R.Strein, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 220 Fn. 25 m.w.N, 259.

nicht ebenso wie es an einem *normierten* gemeinschaftsrechtlichem Grundrechtsschutz in concreto fehlt.¹⁰⁹

bb) „Integrationsthese“

Die „*Integrationsthese*“ besagt, daß die Gemeinschaftsrechtsakte nur aufgrund des Rechtsanwendungsbefehls des Integrationsgesetzes – etwa des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Maastricht – gelten. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gemeinschaftsaktes setzt deshalb die Inzident-Prüfung der Grundrechtskonformität des Integrationsgesetzes voraus.¹¹⁰ An dieser Grundrechtskonformität fehlt es, wenn das europäische Grundrechtssystem nicht mehr einen vergleichbaren Grundrechtsschutz bieten kann. Dieser Weg zeichnet sich durch dogmatische Klarheit aus; das BVerfG ist ihn in der „Maastricht-Entscheidung“ aber nicht gegangen. Es hat *unmittelbar* auf die eingeschränkte Grundrechtskonformität des Gemeinschaftsrechts abgestellt und nicht den „Umweg“ der inzidenten Prüfung des Integrationsgesetzes, das den Rechtsanwendungsbefehl enthält, gewählt.¹¹¹ Diese pragmatische Handhabung des BVerfG ist gerechtfertigt, weil unterschiedliche Integrationsgesetze¹¹² in ihrer Gesamtheit ein sehr unübersichtlicher Prüfungsgegenstand sind und es diesen Integrationsgesetzen wiederum an *einer* Festlegung des Grundrechtsstandards *in concreto* mangelt.

cc) „Fiktionsthese“

Ein Weg, der Kollision von „Autonomie-“, und „Delegationsthese“ vorzubeugen, ist das Bekenntnis zu einer nur *hypothetischen Geltung der Grundrechte*¹¹³ für *das Gemeinschaftshandeln* verbunden mit einer *Wächterstellung des BVerfG, das sich selbst einen Schutzauftrag erteilt*. Den Gehalt, den das BVerfG den „im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ (Art. 23 GG) gibt, ist dann ein System bestehend aus

109 Zum Grundrechtsschutz in den Gemeinschaften vergleiche BVerfGE 73, 339, 378-387. Art. F Abs.2 EUV ist die Festlegung auf eine konkrete Anzahl von Grundrechten in einer konkreten Ausprägung nicht zu entnehmen. So im Ergebnis auch St.Storr, Zur Bonität des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union, Der Staat 37 (1997) 547ff; O.Lenz, Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft, NJW 1997, 3289 f.

110 P.Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, § 183, Rn. 63 ff in: Handbuch des Staatsrechts, Band VII (Rn. 65 von W.Graf Vitzthum, Gemeinschaftsgericht und Verfassungsgericht – rechtsvergleichende Aspekte JZ 1998, 161 f Fn. 8 als "Brückenhäuschentheorie" bezeichnet). R.Strein, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, EuZW 1994, 329, 331 unter Hinweis auf denselbe, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 158, 159, 162 f.

111 Anders als in BVerfGE 73, 339, 375; BVerfGE 75, 223, 244. BVerfGE 89, 155 hatte als Verfahrensgegenstand den Vertrag von Maastricht, so daß die Vermeidung dieses Umwegs nicht eindeutige Schlußfolgerungen zuläßt.

112 Zustimmungsgesetze (Art. 59 GG) zu den Verträgen zur Gründung der EWG, Montanunion, Euratom, EU oder zu den Verträgen von Amsterdam usw.

113 So auch D.Horn, Grundrechtsschutz in Deutschland – Die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaften und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1995, 89, 95, der von einer "Hintergrundgeltung" ausgeht.

- einer Reduktion eines hypothetischen materiellen Prüfungsgegenstandes („unabdingbar“)
- einer *Schutzfunktion* und ein selbst erkannter Schutzauftrag des BVerfG, die in materieller Hinsicht grundsätzlich eingeschränkt sind
- und einer funktionierenden Kontrolle durch den EuGH („Kooperationsverhältnis“).

*Die präsenste Kontrolle des BVerfG bietet insoweit die Rechtfertigung für die materielle Unterschreitung des im „wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutzes“ nach Art. 23 Abs. 1 letzte Alt.*¹¹⁴ Bei dieser dritten Betrachtung ist nicht mehr primär entscheidend, wann „ein vergleichbarer Grundrechtsschutz“ gegeben ist, sondern wann die „unabdingbaren Standards“ vorliegen, die eine Verfassungsbeschwerde begründet¹¹⁵ machen *und zusammen mit der Kontrollfunktion des BVerfG und des EuGH im Ergebnis zu einem „im wesentlichen“ vergleichbaren Grundrechtsschutz führen.* Gegenüber der Hypothekenthese hat die „Fiktionsthese“ den Vorteil, daß sie der Realität – nämlich die gemeinschaftsrechtliche Ablehnung der Bindung an das nationale Recht – offen Rechnung trägt.

e) *Gehalt der „unabdingbaren Standards“ nach der „Maastricht- und Solange-Rechtsprechung“*

Nach der „Maastricht-Entscheidung“ ist das BVerfG auf die „*generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards*“ beschränkt.^{116 117}

aa) „Unabdingbare Standards“

Unabdingbare Standards sind zunächst einmal die Standards, die *Art. 79 Abs. 3 GG* für den Integrationsgesetzgeber errichtet. Diese „Selbstverständlichkeit“¹¹⁸ ist nunmehr auch Inhalt von *Art. 23 Abs. 1 S.3 GG*. *Art. 79 Abs. 3 GG* verlangt nicht nur den Schutz der *Art. 1 und 20 GG*, sondern garantiert im Rahmen von *Art. 1*

114 Sie wird auch der Gesamtheit der Gesetze, die dem Europäischen Einigungsprozeß konstituieren gerecht. Die ersten Zustimmungsgesetze erfolgten auf der Grundlage von *Art. 24 GG*, der einen, *Art. 23 GG* vergleichbaren Grundrechtsschutz nicht vorsah; zu *Art. 24 GG* erging die „Unabdingbarkeits“-Rechtsprechung des BVerfG.

115 Das BVerfG hat noch nicht entschieden, ob die Verletzung der unabdingbaren Standards auch eine Frage der Zulässigkeit ist. Die Entscheidungen BVerfG Kammerbeschl.v.25.1.1995 NJW 1995, 590 „Bananenmarkt“ und BVerfG Beschl.v.12.5.1989 NJW 1990, 974 „Tabakwerberberichtlinie I“ scheinen auch von einer Zulässigkeitsvoraussetzung auszugehen, wenn der Rechtsweg zum EuGH nicht gegeben ist oder es nicht ausgeschlossen ist, daß der EuGH diese unabdingbaren Standards nicht eingehalten hat.

116 BVerfGE 89, 155, 175.

117 Sie zitiert die Solange-II-Entscheidung, obwohl dort nicht von Grundrechtsstandards, sondern von einem Grundrechtsschutz die Rede ist, der unabdingbar geboten sei und die generelle Verbürgung des Wesensgehaltes der Grundrechte umfasse (BVerfGE 73, 339, 387). Weitere Anhaltspunkte dafür, daß das BVerfG den nach Solange-II geforderten Grundrechtsschutz unterschreiten wollte, gibt es nicht; so daß zu der näheren Konkretisierung des Grundrechtsschutzes in der Maastricht-Entscheidung auf die Solange-II-Entscheidung rekuriert werden kann.

118 Siehe dazu A.Schmitt-Glaeser, Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts, 1996, S. 63 ff und P.M.Huber, Maastricht – ein Staatsstreich, 1993, S. 15 m.w.N. dazu, daß es sich im europarechtlichen Schrifttum nicht immer um eine Selbstverständlichkeit handelte.

GG (Menschenwürde) und Art. 20 GG (Demokratie- und Sozialstaatsprinzip) auch einen *Minimalinhalt der speziellen Freiheitsrechte*.¹¹⁹ Das BVerfG verweist in der „Maastricht-Entscheidung“ auf die „Solange II-Entscheidung“, die bei den Gemeinschaften eine „*generelle Verbürgung des Wesensgehalts der Grundrechte*“¹²⁰ bejaht. Vom Inhalt der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG unterscheidet sich der Wesensgehalt des Art. 19 Abs. 2 GG dadurch, daß jedes einzelne Grundrecht Anspruch auf Realisierung hat, während im Rahmen von Art. 79 Abs. 3 nur diejenige Freiheitssphäre eines Grundrechts geschützt ist, die für ein menschenwürdiges Leben und die Wahrung des Demokratie- (etwa die Meinungsfreiheit) und des Sozial- und des Rechtsstaatsprinzip notwendig sind.

Der *Wesensgehalt der Grundrechte ist nach Art. 19 Abs. 2 GG* geschützt. Die Formulierung einer „generellen Verbürgung“ legt nahe, daß *jedes Grundrecht „generell“ in seinem Wesensgehalt* geachtet wird – es also Wesensgehaltsgarantien gibt. Für die Wesentlichkeitsgarantien als unterste Grenze der unabdingbaren Standards sprechen auch die Ausführungen in der Solange II-Entscheidung¹²¹, die dem EuGH nicht unterstellen,

„... daß ... das vom Grundgesetz geforderte Ausmaß an Grundrechtsschutz auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts generell und offenkundig“ unterschritten werde.

Über die Wesentlichkeitsgarantien hinaus,¹²² scheint sich das BVerfG eine Einschätzungsprärogative vorzubehalten, wann es die Verletzung „unabdingbarer Grundrechtsstandards“ bejaht. Eine Rechtsprechung, die hier weitere Konkretionen bietet, fehlt bisher. Einen Hinweis könnte das BVerfG in der Maastricht-Entscheidung bereits gegeben haben. Dort reduziert das BVerfG die „unabdingbaren Grundrechtsstandards“ durch die Aussage, es beschränke sich auf die Überwachung der „generellen Gewährleistung.“

bb) „Generelle Gewährleistung“

Bei dieser Aussage ist nicht deutlich, ob es sich um eine prozessuale oder eine materiell-rechtliche Voraussetzung handelt. *Für eine verfahrensrechtliche Deutung* spricht, daß das BVerfG die „Einzelfälle“ dem EuGH im Rahmen des Kooperationsverhältnisses überläßt. *Für eine auch materiell-rechtliche Bedeutung*

119 Zum Menschenwürdegehalt der speziellen Freiheitsrechte (siehe auch. BVerfGE 84, 90, 121 zu Art. 79 Abs.3 GG) und zum Unterschied zur Wesensgehaltsgarantie B.O.Bryde, Art. 79 Rn. 35 ff in: Münch/Kunig, 3.Aufl., 1996; J.Ipsen, Staatsrecht I, 1997, Rn.1017.

120 BVerfGE 73, 339, 387.

121 BVerfGE 73, 339, 387.

122 Anderer Ansicht D.Horn, DVBl 1995, 89, 90, der einen Schutz nach Art. 19 Abs. 2 GG ablehnt. Er schildert aber nicht, welche "Grundrechtsinteressen" vom EuGH nicht beachtet werden. So wie hier Ch.Tietje, Europäischer Grundrechtsschutz nach dem Maastricht-Urteil, Solange III ? JuS 1994, 197, 201, der Art. 19 Abs. 2 GG unmittelbar auf die Gemeinschaften anwenden will, weil die Gemeinschaften "öffentliche Gewalt" im Sinne von Art. 1 Abs. 3 GG seien. Die vorliegende Arbeit kann diesen Ansatz wegen der hier vertretenen "hypothetischen Geltung" der Grundrechte nicht teilen.

könnte sprechen, daß jenseits des Wesensgehalts der einzelnen Grundrechte zusätzlich ein „generelles Unterschreiten des gemeinschafts(grund)rechtlichen gegenüber dem grundrechtlichen Standard“ zu bejahen sein müßte. Ein „Einzelfall“ könnte dann vor dem BVerfG nur unter der erschwerten Voraussetzung geltend gemacht werden, daß „im übrigen ein generelles Unterschreitens des deutschen Grundrechtsstandards“ vorliege. *Die nähere Ausformung der „generellen Gewährleistung der unabdingbaren Standards“ muß zukünftigen Fällen und der BVerfG-Rechtsprechung überlassen bleiben; die untere Hürde, nämlich mindestens die Garantie des Wesensgehalts jedes Grundrechts, ist indes bereits errichtet.*

cc) Keine nominelle Vergleichbarkeit

Unstrittig ist die Vergleichsgrundlage, die für den Vergleich von grundrechtlichem und gemeinschaftsrechtlichem Schutz von Interessen gilt. Die Beurteilung muß für den einzelnen Fall konkret und nicht anhand einer abstrakten Hierarchie der Rechtsquellen erfolgen. Eine Gleichung, die dogmatische Parallelität forderte, wie

„verfassungsrechtlich-meinungsfreiheitlicher Schutz von Werbung durch den Mitgliedstaat kleiner/gleich gemeinschaftsgrundrechtlicher, meinungsfreiheitlicher Schutz von Werbung“

ist unzutreffend. Es kommt nicht auf die gemeinschaftsrechtliche Terminologie eines „gemeinschaftsgrundrechtlichen“ oder „grundfreiheitlichen“, eines betätigungs- oder eine meinungsfreiheitlichen Schutzes für kommerzielle Sprache an, sondern auf die konkreten **Ergebnisse im Einzelfall**. Es kommt nicht auf den Namen des Rechts an – also „Meinungsfreiheit“ (Art 5 GG, 10 EMRK) oder „Betätigungsfreiheit“ (Art. 12 bzw. Art. 12, 2 und 14 GG und die entsprechende Rechtsprechung des EuGH¹²³) – sondern auf den konkreten Umfang des Schutzes – also den effektiven Garantiebereich.¹²⁴

123 Siehe unter III.

124 Diese Annahme ist auch das Ergebnis der in Deutschland derzeit geführten Diskussion zum Verhältnis von gemeinschaftsrechtlichem und mitgliedstaatlich-verfassungsrechtlichem Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit bei der Vermarktung von Bananen. Wobei die Diskussion sich insoweit unterscheidet, als die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit sowohl nach Gemeinschaftsrecht als auch deutschem Verfassungsrecht auf **„grundrechtlicher“ Ebene** gewährleistet wird. M.Zuleeg, Bananen und Grundrechte – Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit, NJW 1997, 1201, 1206, C.Classen, Die Bananenmarktordnung der EG- ein Fall für das Bundesverfassungsgericht? JZ 1997, 454 f, A.Weber, Die Bananenmarktordnung unter Aufsicht des BVerfG? EuZW 1997, 165, 169 und H.U.Erichsen/W.Frenz, Gemeinschaftsrecht vor deutschen Gerichten, Jura 1995, 422, 424 (r. Sp. oben) gehen davon aus, daß im Bananenmarktfall *nach* der Entscheidung des EuGH eine deutsche verfassungsrechtliche Prüfung *nicht mehr* stattfinden sollte, da die Grenzen der Maastricht-Entscheidung (BVerfGE 89, 1) und von Art. 23 Abs.1 GG eingehalten seien.

f) *Gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen und -verbote als Eingriffe in deutsche Grundrechte – eine Bestandsaufnahme*

Die Hürden, die gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen und -verbote nach deutschem Verfassungsrecht überwinden müssen, erscheinen auf den ersten Blick nicht hoch:

- (1) Der Wesensgehalt von Art. 12 und/oder Art. 5 GG müßte gewahrt sein, und
- (2) vielleicht – das ist nach der BVerfG-Rechtsprechung nicht geklärt – müßten sie zusätzlich nachweisen, daß die EuGH-Rechtsprechung in ihrem Fall¹²⁵ nicht nur einen „Ausreißer“ produziert hätte, sondern eine „generelle Unterschreitung des deutschen Grundrechtsniveaus“

in den Gemeinschaften, insbesondere trotz der EuGH-Rechtsprechung vorläge.

Wie niedrig diese Hürden wirklich sind, wird bei näherer Betrachtung noch deutlicher:

- (1) Der Schutz von kommerzieller Sprache nach Art. 5 GG entspricht zwar dem augenblicklichen „main stream“ in der Literatur und den jüngeren Erkenntnissen des BGH.¹²⁶ Vor allem der BGH ignoriert aber, daß er den Ast sägt, auf dem er sitzt: für die Fallgestaltungen, in denen der BGH unter Einbeziehung von Art. 5 GG auf einen Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) erkannt hat, hat er dies nach bisher einhelliger Meinung der öffentlich-rechtlichen Literatur in verfassungswidriger Weise getan.¹²⁷ So wird deutlich, daß die deutsche Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sich derzeit noch nicht im Klaren oder einig darüber sind, welches Ausmaß eine werbliche Meinungsfreiheit – geschweige denn ihr Wesensgehalt – annehmen könnte. Vielleicht ist die Annahme eines „Wesensgehalts werblicher Meinungsfreiheit“ ein Oxymoron: vielleicht besteht der „Wesensgehalt“ der werblichen Meinungsfreiheit allenfalls in einem Anteil am Kernbereich der „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“ oder genießt per se überhaupt keine Wesensgehaltsqualität. Es gehört wohl eher nicht zum Wesensgehalt irgendeines Grundrechts, für ein Produkt oder ein Unternehmen mit einer ölverschmutzten Ente werben zu dürfen (Fall I).

Auch wenn die geschilderte BGH-Rechtsprechung nicht überzeugt, so verbleiben diesseits des Verdikts sittenwidriger Werbung unzählbare Äußerungsvarianten, die zulässig sind. Der Wesensgehalt einer Äußerung ist deshalb bei Werbebeschränkungen, die den Inhalt, einzelne Werbeträger und -mittel betreffen, wohl nicht verletzt. „Näher“ liegt eine Verletzung des *Wesensgehalts einer Äußerungsfreiheit und/oder Betätigungsfreiheit*, wenn ein „absolutes“ Werbeverbot für Publikumswerbung vorliegt. Ein legal vertriebenes Produkt soll sich gegenüber seinen Interessenten und Konsumenten nicht mehr unmittelbar kommunikativ darstellen dürfen.¹²⁸ Es handelt sich hier um eine einschneidende Beschränkung der Äußerungs- wie auch Vermarktungsfreiheit; die Bundesrepublik selbst hat diese Beschränkungen im personalen, also vor allem dem berufsbezogenen, Werberecht über Jahrzehnte toleriert, und das

125 Nach notwendiger Vorlagen der Instanzgerichte (Art. 177 EGV).

126 Siehe im 1.Kapitel I.

127 Siehe im 7.Kapitel.

128 Von dem Werbeverbot sind, da jede Werbung ausgeschlossen sein soll, auch Public Relations zu den Produktionsverfahren u.ä. erfaßt.

BVerfG „liberalisiert“ erst in den letzten fünfzehn Jahren¹²⁹ das Standesrecht der „freien Berufe“. Allein diese parallelen Erfahrungen wie auch die Werbeverbote in einigen Ländern der Europäischen Union (wie in Belgien) sprechen dafür, eine Verletzung des innersten Kernbereichs der Äußerungs- wie Betätigungsfreiheit abzulehnen. Das Werbeszenario unterscheidet sich grundlegend vom sogenannten „Bananenmarktszenario“, bei dem die Beschränkung von Bananeneinfuhrkonzessionen in die Europäische Gemeinschaft existenzvernichtende Folgen für die Importeure hatte.¹³⁰ Die Tabakunternehmen können solche existenzvernichtenden Folgen, die aufgrund des Werbeverbots eintreten, *nicht* geltend machen. Um so unwahrscheinlicher ist es, daß unter Berufung auf die Verletzung der „unabdingbaren Standards“ die Kollisionslage von gemeinschaftsrechtlichen Werbeverböten und -beschränkungen und nationalem Verfassungsrecht ergebnisrelevant werden könnte¹³¹.

- (2) Wenn der weiteren BVerfG-Rechtsprechung – Anlaß werden vielleicht die anhängigen Verfahren zur EG-Bananenmarktordnung sein – Kriterien für die Aufgabenverteilung von EuGH und BVerfG im „Kooperationsverhältnis“ entnommen werden können, dann wird man über konkretere Vorstellungen für die Voraussetzungen der Befassung des BVerfG mit gemeinschaftsrechtlichen Werbeverbotsszenarien verfügen. Derzeit erscheint die Möglichkeit einer Befassung des BVerfG mit gemeinschaftsrechtlichen Werbeverboten als gering. Unter anderem auch deshalb, weil das BVerfG bisher in ständiger Rechtsprechung die Generalklausel (in ihrer Bedeutung als „Einschränkung“ der Betätigungsfreiheit) akzeptiert hat¹³², und auch deshalb eine „generelle Unterschreitung des Grundrechtsstandards“ durch den EuGH in weite, nebelumwehte Fernen rückt.

Umgekehrt proportional zu dieser rechtlichen Einschätzung, die (gegenwärtig) zur Aussichtslosigkeit von Klagen gegen gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen und -verbote vor dem BVerfG tendiert¹³³, suggerier(t)en die Stellungnahmen in der Literatur eine große Bedeutung des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung für die Klärung des Verhältnisses von mitgliedstaatlichen Grundrechten und Gemeinschaftsrecht. Die Tabakwerbebeschränkungen soll(t)en sogar

129 Siehe von den ersten Beschlüssen zur Berufsordnung der Rechtsanwälte (BVerfGE ...) zu der Lockerung der Werbevorschriften für Apotheker (BVerfG Beschl.v.22.5.1996 NJW 1996, 3067,3070) und Notare (BVerfG ...).

130 Eine neuere Kammerentscheidung des BVerfG (Beschl.v.25.1.1995, NJW 1995, 590 "Bananenmarkt"), die in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erging, scheint trotz des grundsätzlichen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts eine verfassungsrechtliche Prüfungskompetenz des deutschen Gerichts – und des Rechtsanwenders – zu bejahen. Siehe hierzu den Ansatz von M.Nettesheim, Art. 23 GG, nationale Grundrechte und EU-Recht, NJW 1995, 2083 f, der Art. 23 GG zur Schranke für die deutsche Grundrechtsprüfung von Gemeinschaftsrecht machen will. Das VG Frankfurt a.M (Beschl.v.24.10.1996, EuZW 1997, 182) hat im Rahmen der Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG analog) dem BVerfG die Frage vorgelegt, inwieweit die gemeinschaftsrechtliche Gestaltung des Bananenmarktes, die nach der EuGH-Rechtsprechung **gemeinschaftsgrundrechtsgemäß** ist (EuGH Urt.v.9.11.1995 Rs. C-466/93 Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH u.a./Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, Slg. 1995, I-3799), **mit dem Grundgesetz vereinbar** sei. Siehe auch C.D.Classen, Die Bananenmarktordnung der EG – ein Fall für das Bundesverfassungsgericht? JZ 1997, 454.

131 Anderer Meinung H.P.Schneider, Tollhaus Europa, NJW 1998, 576, 578.

132 Siehe im 3.Kapitel I 6 e.

133 Bei Fallgestaltungen, bei denen sich die Gemeinschaft argumentativ und nachvollziehbar auf die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im weiteren Sinne berufen kann.

ein „Solange III“ (!) verlangen.¹³⁴ Das BVerfG hat anders geurteilt¹³⁵ – nach hier vertretener Ansicht damit aber nur ein vorläufiges Wort gesprochen. Zum einen sind die Tabakwerbebeschränkungen deswegen etwas Besonderes, weil die Einschränkung der Werbefreiheit durch einen kenntlich anderen Autor erfolgt: die Warnungen stammen von den „EG-Gesundheitsministern“, und nicht vom Werbenden. Zum anderen rückt die Bedeutung kommerzieller Sprache für die Freiheit des Wettbewerbs erst in jüngerer Zeit¹³⁶ in den Blickwinkel sowohl des BVerfG mit anhängigen Verfahren zur Benetton-Werbung wie auch der Gemeinschaftsorgane. Auch wenn das „Kollisionsszenario“ derzeit nicht „entscheidungsreif“ ist, ist die rechtsvergleichende Auslotung des Schutzbereichs von kommerzieller Sprache nach deutschem und Gemeinschaftsrecht nützlich. Es gibt nämlich einen besseren Anlaß als das Kollisionsszenario, um sich „rechtsvergleichend“ mit dem Schutz kommerzieller Sprache in Deutschland und der Europäischen Union zu beschäftigen: nämlich die Interdependenzen beider Rechtsordnungen.

3. Interdependenzsituation: Mitgliedstaatliche Grundrechte als Basis des gemeinschaftsrechtlichen Schutzes von kommerzieller Sprache

Hier schließt sich in der Theorie – wenn auch bisher nicht in der Rechtspraxis – der Kreis der Bedeutung des meinungsfreiheitlichen Schutzes von „Werbung“ auf deutscher Verfassungsebene. Er könnte nämlich – mit anderen Mitgliedstaaten – einem „*gemeinschaftsrechtlichem Grundrecht*“ werblicher Meinungsfreiheit den Boden bereiten,¹³⁷ weil der EuGH die Gemeinschaftsgrundrechte auch aus einer rechtsvergleichenden Betrachtung der mitgliedstaatlichen Verfassungen gewinnt.¹³⁸ Eine Voraussetzung für die Relevanz dieses Szenarios ist die Klärung der Vergleichsgrundlagen und insbesondere die Beantwortung der Frage, inwieweit das Gemeinschaftsrecht neben dem *grundfreiheitlichem Schutz der kommerziellen Sprache noch nach einem gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutz* verlangt. Das Interdependenz-Szenario ist aber keine Einbahnstraße von nationa-

134 M.Daues, Eine Lanze für "Solange III" EuZW 1997, 705; Vorher K.H.Friauf/R.Scholz, Europarecht und Grundgesetz, 1990 und M.Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991 und P.Lerche, Grundfragen eines gemeinschaftsrechtlichen Verbots mittelbarer Werbung, 1990; Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435.

135 BVerfG Beschl.v. 22.1.1997 NJW 1997, 2871.

136 Grünbuch der Kommission: Kommerzielle Kommunikationen, Kom (96) 192 endg..

137 Siehe dazu bereits die vergleichenden Studien von W.Skouris (Hrsg.), Advertising and Constitutional Rights in Europe, 1994; derselbe: Werbung und Grundrechte in Europa- Ergebnisse einer rechtsvergleichenden Analyse, EuZW 1995, 438, 439, 442 auch mit der Schilderung der Probleme, der die Rechtsvergleichung hier begegnet

138 Art. F Abs. 2 EUV hat diese Rechtsprechung "übernommen":

"Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4.11.1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben".

len Verfassungsrecht in das Gemeinschaftsrecht, sondern kann vom Gemeinschaftsrecht auch in Richtung der Mitgliedstaaten befahren werden:

4. Interdependenzsituation: Inländer- und umgekehrte Diskriminierungen

Der umgekehrte Fall ist denkbar, wenn auch – wie zu zeigen sein wird – bisher nicht praktisch: ein gemeinschafts(grund)rechtlich höheres Meinungsfreiheitsniveau für die Werbung könnte die Rechtsträger – Angehörige aus *anderen* Mitgliedstaaten der EU – nach einer Literaturmeinung – zur Klage vor dem BVerfG berechtigen.¹³⁹ Die „EU-Ausländer“ sollen dann unter Berufung auf ein höheres, gemeinschaftsrechtliches Schutzniveau eine Gesetzesverfassungsbeschwerde (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) erheben können, während deutsche Mitbewerber sich „nur“ auf *die* Grundrechte berufen können. Diese Meinung ist abzulehnen, weil sie die Systematik der Trennung beider Rechtsordnungen ignoriert. Derzeit definiert der EuGH einheitlich für alle Mitgliedstaaten das Niveau des gemeinschafts(grund)rechtlichen Schutzes von Interessen; eine Komplementärzuständigkeit des BVerfG bei der Anwendung von Gemeinschaftsgrundrechten würde diese Rechtsklarheit gefährden. Ein solcher Auftrag an das BVerfG zur Prüfung von Gemeinschaftsgrundrechten bedürfte zudem einer zumindest klarstellenden Änderung des BVerfGG – und es würde sich dann die Frage stellen, ob diese Ungleichbehandlung deutscher und „ausländischer“ Beschwerdeführer ihrerseits mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar wäre: die faktische Folge dieser Ansicht wäre, daß „**Grundrechte**“ mit gemeinschaftsrechtlich erweitertem Inhalt“ für Angehörige aus anderen Mitgliedstaaten gelten, nicht aber für die „Inländer“. Diese Meinung wurde geschildert, weil sie theoretisches wie auch rechtspolitisches Potential für die Zukunft besitzt.

Bisher spielt sich dieses Szenario in der Praxis noch nicht auf der Ebene der Grundrechte (und der Beschwerdebefugnis vor dem BVerfG) ab, sondern vorwiegend¹⁴⁰ im Verhältnis von primärrechtlichen Grundfreiheiten¹⁴¹ zu einfachem, deutschem Gesetzesrecht. Ein Beispiel ist die oben geschilderte „Yves-Rocher-Entscheidung“ des EuGH,¹⁴² die die Wirkung hatte, daß § 6 e UWG alter

139 W.Frenz, Die Verfassungsbeschwerde als Verfahren zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich verliehener Rechte, DÖV 1995, 414, 416 f will bei Verletzung von Grundfreiheiten und von gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten die Gesetzesverfassungsbeschwerde mit Vorlagemöglichkeit des BVerfG an den EuGH eröffnen; für die Klagen gegen Exekutiv- und Judikativakte soll es bei der alleinigen Zuständigkeit des EuGH bleiben.

140 Nicht jede Erweiterung von Freiheit, die aus der Erklärung der Unvereinbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts mit Gemeinschaftsrecht resultiert, führt unmittelbar zu einer Erweiterung des "Grundrechtsschutzes". Das kann grundsätzlich nur der Fall sein, wenn vor dem EuGH Rechte geltend gemacht werden können, die das "Verfassungs"-Recht des Mitgliedstaates nicht oder nicht so kennt.

141 Zum Verhältnis von Sekundärrecht und Inländerdiskriminierung siehe Ch.Hammerl, a.a.O., S. 172, 75 ff.

142 EuGH Urt. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361.

Fassung für deutsche Unternehmen anwendbar blieb und für Angehörige anderer Mitgliedstaaten ein „Werbevorteil“ auf dem deutschen Markt bestand, weil sie vom Anwendungsvorrang des Art. 30 EGV gegenüber § 6 e UWG profitierten.

Vorstellbar wäre dieses Szenario auch für Fall I, wenn man den Sachverhalt abwandeln würde, und B als in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen ansieht¹⁴³, das eine multinationale Kampagne mit der Ente verbreiten will, und der BGH – wie geschehen – einen Verstoß gegen § 1 UWG bejahte. Der EuGH könnte in dieser Untersagung eine Behinderung des Warenverkehrs (Art. 30 EGV) erkennen,¹⁴⁴ mit der Folge, daß B auf dem deutschen Markt so werben kann, der *inländische Mitbewerber X* (auf dem deutschen Markt: Binnensachverhalt) aber nicht.

Dieser Fall I soll noch um einen weiteren Vortrag des X erweitert werden, der in einer Fallvariante behauptet, im In- **und** Ausland mit einer solchen Kampagne werben zu wollen (grenzüberschreitende oder multinationale Werbung¹⁴⁵).

Die Bezeichnung für diese Konsequenz des Dualismus von deutschem und Gemeinschaftsrecht ist nicht einheitlich.

a) *Terminologie: Inländer- oder umgekehrte Diskriminierung*

aa) Diskriminierung

Wenn in Fall I der EuGH – anders als der BGH – die Werbung für Werbetreibende aus anderen Mitgliedstaaten für zulässig erklärte, dann würde das zu einer unterschiedlichen Behandlung *eines Werbemittels* auf dem deutschen Markt führen. Unstrittig ist, daß es sich zunächst um eine „**Diskriminierung**“ handelt, nämlich eine

„unterschiedliche Behandlung zweier gleicher¹⁴⁶ Tatbestände, die den/die Betroffenen (hier: X) benachteiligt.“¹⁴⁷

143 In den Verfahren vor dem BGH wurden teils inländische Presseunternehmen, und Benetton selbst (Fall I), verklagt.

144 Der EuGH könnte im Wege der Vorabentscheidung (Art. 177 Abs. 2 EGV) mit der Frage befaßt werden. Unterstellt wird in diesem Szenario, daß die Werbung nicht allgemein unter die "Keck"-Hürde (dazu siehe unter III 5) fällt, es sich damit um eine Maßnahme gleicher Wirkung handelt (Art. 30 EGV), weil auch die Imagewerbung eine Vermarktungsstrategie des Produkts ist und eine Rechtfertigung nach Art. 36 EGV beziehungsweise der Cassis-Formel nicht in Betracht kommt: Ein aufgeklärter Verbraucher braucht nicht vor solchen Sentimentalitäten geschützt werden; bei Fall I handelt es sich der Sache nach (die Subsumtion erfolgt unter den Begriff der "guten Sitten" des § 1 UWG) **nicht** um eine Bestimmung, die hier (anders als in Fall II, wo dies diskussionsfähig ist) der "öffentlichen Sittlichkeit" (Art. 36, S. 1 EGV) dient (Dazu EuGH Urt.v.14.12.1979 Rs.34/79 Strafverfahren gegen M.D.Henn u.a. Slg. 1979, 3795, 3813 Tz. 15 ff – ein Einfuhrverbot für Pornographie – überläßt die Definition den Mitgliedstaaten – der BGH gibt aber selbst nicht vor, daß in Fall I "unsittlich" geworben werde; so auch EuGH Urt.v.11.3.1986 Rs. 121/85 Conegate Ltd./HM Customs & Excise Slg. 1986, 1007, 1022 Tz. 15 für die Einfuhr von "Rubber Ladies".) Der *Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs* sind Kriterien, die nach der "Cassis"-Rechtsprechung (EuGH Urt. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361) Maßnahmen gleicher Wirkung zu rechtfertigen vermögen. In beiden Fällen fehlt es hier aber an der Erforderlichkeit der Einschränkung für die Erreichung dieser Ziele; allgemein siehe die Beispiele von P.Müller-Graf, Art. 30 Rn. 215 ff, in: H.v.d.Groeben u.a., Kommentar zum EU/EG-Vertrag.

145 Siehe dazu unter III 3.

Dieses Diskriminierung ist die Folge des (Vorrangs des) Gemeinschaftsrechts und eines deutschen Werberechts, das zwischen In- und Ausländern (und zwischen in- und ausländischen Produkten¹⁴⁸, Produktions-, Vertriebsverfahren ...) *rechtlich nicht mit der Folge differenziert*,¹⁴⁹ daß inländische Rechtsträger benachteiligt werden (sollen). Wenn der EuGH in der Yves Rocher Entscheidung den Hinweis gibt, daß § 6e UWG gemeinschaftswidrig ist, dann können sich Angehörige anderer Mitgliedstaaten auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts berufen – die natürlichen Personen mit Wohnsitz und die juristischen Personen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland aber nicht. Die „Diskriminierung“ liegt hier

„nicht darin, daß ein staatliches Organ für verschiedene Personengruppen unterschiedliche Maßnahmen trifft, sondern darin, daß es sich mit Maßnahmen bezüglich einer Gruppe begnügt, während für die Vergleichsgruppe von einem anderen Hoheitsträger disparitäre Maßnahmen getroffen werden.“¹⁵⁰

bb) Inländer- oder umgekehrte Diskriminierung

Was die weitere Terminologie – „Inländer“¹⁵¹- oder „umgekehrte“ Diskriminierung – angeht, herrscht begriffsjuristische Kreativität in der Literatur und Rechtsprechung.¹⁵² Der Begriff dient – hier – nicht der Lösung des Problems. Die vorliegende Arbeit entscheidet sich für den Begriff der „Inländerdiskriminierung“; auch wenn diese Bezeichnung deshalb kritisiert werden kann, weil es sich fast immer um eine vertriebs-, sitz- und produktionsortbedingte Differenzierung handelt und *nicht* um eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Anders als der Begriff der „umgekehrten Diskriminierung“ macht die Verwendung des Begriff der „Inländerdiskriminierung“ unmittelbar deutlich, daß die „Inländer“ die Kläger und Beschwerdeführer sind.¹⁵³ Für die rechtliche Beurteilung der Inländer-

146 Wenn X das gleiche Bild verwenden würde, könnte urheberrechtliche und wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen. Zu unterstellen wäre also, daß X einen in Öl getauchten Fisch oder eine Robbe abbildet.

147 Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 23.

148 Im Sinne von "Waren" und "Dienstleistungen".

149 Zum Fall "direkter" Inländerdiskriminierung, der aber wohl nicht praktisch sein wird, Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 27. Ein Beispiel "direkter Ausländerdiskriminierung" stellt EuGH Urt.v.10.11.1994 Rs. C-320/93 Lucien Ortscheit GmbH/Eurim-Pharm-Arzneimittel GmbH Slg. 1994, I-5243 (Werbeverbot für nicht zugelassene, ausländische Arzneimittel § 8 Abs. 2 HWG) dar; siehe zur Zulässigkeit diskriminierender Regelungen durch einen Hoheitsträger U.Fastenrath, Inländerdiskriminierung, JZ 1987, 170, 176 f.

150 U.Fastenrath, Inländerdiskriminierung, JZ 1987, 170, 173.

151 Im Sinne von Trägern subjektiver Rechte in Anlehnung zu Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 53, der diese Terminologie auch in Hinblick auf den Einwand von A.Epiney, a.a.O., S. 20 es handele sich um produktbezogene und nicht um staatsangehörigkeitsbezogene Kriterien, verteidigt. A.Reitmaier, Die Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, 1982, S. 4 ff m.w.N.

152 P.Troberg, Art. 52 Rn. 61 f in: H.v.d.Groeben, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997; Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S.23-54 m.w.N. und Schilderungen zu indirekten und direkten Diskriminierungen; A.Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, 33 f und A.Bleckmann, Die umgekehrte Diskriminierung (discrimination à rebours) im EWG-Vertrag, RIW 1985, 917. Fest steht nur, daß der traditionelle Begriff die im Völkerrecht behandelte "Ausländerdiskriminierung" ist.

153 So auch Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 53.

diskriminierung kommt grundsätzlich sowohl das Gemeinschaftsrecht als auch das deutsche Verfassungsrecht in Betracht.

b) „Inländerdiskriminierung“ und Gemeinschaftsrecht

aa) Werbebeschränkung als einfuhrbeschränkende „Maßnahme gleicher Wirkung“ (Art. 30 EGV)

Die Warenverkehrsfreiheit beinhaltet nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein Beschränkungsverbot.¹⁵⁴ Inwieweit Art. 30 EGV Werbebeschränkungen und -verbote entgegensteht, ist unter dem Eindruck der neueren „Keck-Rechtsprechung“ des EuGH (dazu siehe unter 6. Kapitel III 5) umstritten und unklar. Für eine detaillierte Prüfung der subjektiven Rechte von B (Fall I) wird deshalb auf die Ausführungen im folgenden Abschnitt verwiesen, die *hier* zu dem Ergebnis kommen, daß sich B *nicht* auf eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit berufen kann. In Ermangelung eines Präzedenzfalles ist nicht ausgeschlossen, daß der EuGH zu einem anderen Ergebnis kommen würde und die BGH-Entscheidung in ihrer Interpretation von § 1 UWG als Behinderung des Warenverkehrs qualifiziert.

Wichtig für dieses Unterkapitel ist die Erkenntnis des Verhältnisses der Grundfreiheit (Art. 30 EGV) zu der „Inländerdiskriminierung“: *je weiter die Grundfreiheit auf „binnen-mitgliedstaatliche Sachverhalte“ erstreckt wird, desto weniger bleibt an Sachverhalten, die als „Inländerdiskriminierungsfälle“ bezeichnet werden können.* Für den „deutschen“ Mitbewerber X ist dann entscheidend, *inwieweit die Grundfreiheit ein Beschränkungsverbot enthält.* Wenn X sich auf Art. 30 EGV berufen könnte, und die Interpretation des § 1 UWG gemeinschaftsrechtswidrig wäre,¹⁵⁵ dann würde kein Fall der Inländerdiskriminierung vorliegen. Es handelte sich dann um einen *nur grundfreiheitlichen Ansatz*, der unmittelbar zur Liberalisierung des deutschen Werberechts – auch für in Deutschland ansässi-

154 H.Matthies, Art.30 Rn. 27, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, 9.Erg.Lfg., 1995 m.w.N. und O.Dörr, Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EWG-Vertrag – doch bloß ein Diskriminierungsverbot? *RabelsZ* 54 (1990), 677, 689; P.Ch.Müller-Graff, Art. 30 Rn 326, in: H.v.d.Groeben, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997. U.F.Kleier, Freier Warenverkehr (Art. 30 EWG-Vertrag) und die Diskriminierung inländischer Erzeugnisse, *RIW* 1988, 623 f.

155 So der – gescheiterte – Versuch deutscher Apotheker, sich gegen das Werbeverbot für apothekenübliche Waren mit der Waffe des Art. 30 EGV zu wehren: EuGH *Urt.v.15.12.1993* Rs. C-292/92 R.Hünemann u.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg *Slg.* 1993, I-6787; siehe A.Epiney, Umgekehrte Diskriminierung, 1995, S. 144 ff, die erwägt, Art. 30 EGV so umfassend zu interpretieren, daß er aufgrund teleologischer Auslegung der Schaffung neuer Disparitätsslagen, die binnenmarktgefährdend sind, entgegensteht. Bei der Inländerdiskriminierung handelt es sich aber nicht um die Schaffung eines "neuen" Hindernisses für den Binnenmarkt, sondern um die zahlenmäßige Verringerung der Sachverhalte, die – mangels gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung – bis jetzt dem freien Warenverkehr entgegenstehen.

ge Unternehmen – führte.¹⁵⁶ Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen präjudiziert:

„Eine Ungleichbehandlung von Waren, die nicht geeignet ist, die Einfuhr zu behindern oder den Absatz der *eingeführten oder reimportierten* Waren zu erschweren, fällt nicht unter das Verbot des Art. 30 EGV.“¹⁵⁷

Der Vorteil, den Art. 30 EGV eingeführten Waren einräumt, fällt nicht unter das Verbot des Art. 30 EGV, so daß sich Inländer darauf berufen könnten.¹⁵⁸ Art. 30 EGV bietet damit für Fall I kein rechtliches Argument gegen Inländerdiskriminierungen.

bb) Werbebeschränkung als ausfuhrbeschränkende „Maßnahme gleicher Wirkung“ (Art. 34 EGV)

X kann in Fall I auch in der Fallvariante nicht dartun, daß er durch die Werbebeschränkung an der Ausfuhr seiner Produkte gehindert wird („Maßnahme gleicher Wirkung“; Art. 34 Abs. 1 EGV). Bei Werbebeschränkungen, die nur im Inland gelten, scheidet der inländische Mitbewerber X grundsätzlich bereits an der Darlegung der Kausalität der Werbebeschränkung für die ausfuhrbehindernde Wirkung: kann er sich doch im Ausland nach dem dort geltenden, liberaleren Werbe-recht an seine Adressaten wenden.¹⁵⁹ Eine Verringerung seines Ausfuhrvolumens ist deshalb unwahrscheinlich.

X könnte sich nur mit der Begründung auf Art. 34 Abs. 1 EGV berufen, daß er eine grenzüberschreitende oder multinationale Werbekampagne mit dem Motiv

156 Der Gegenpol ist auch sichtbar: Eine Literaturansicht will jede Disparität der mitgliedstaatlichen Regelungen in der Gemeinschaft grundsätzlich unter dem Aspekt der "umgekehrten Diskriminierung" betrachten, auch wenn in der Folge die Lösung anhand einzelner Grundfreiheiten erfolgen sollen. Es handele sich um eine Fallgruppe, die grundsätzlich bei allen Grundfreiheiten abstrahierbar sei. A.Epiney, *Inländerdiskriminierung*, 1995, S. 23 will deshalb – anders als diese Arbeit – auch "Diskriminierungen" im Geltungsbereich verschiedener nationaler Rechtsordnungen erfassen. Dabei handelt es sich grundsätzlich nicht um eine Frage, die mit *Diskriminierungsansätzen* zu lösen ist, sondern um eine Frage des *Anwendungsbereichs und des Umfangs von Grundfreiheiten* und gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung; (so auch A.Epiney, S. 172 ff, 174) also um Einzelfragen, die nach hier vertretener Ansicht für jede Grundfreiheit getrennt – etwa bei der Niederlassungsfreiheit die Diskussion über das Ausmaß des Beschränkungsverbots (W.A.Kewenig, *Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung*, JZ 191990, 20, 22; F.J.Schöne, *Die "umgekehrte Diskriminierung" im EWG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, RIW 1989, 450 f und derselbe, *Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht*, 1989, S. 88 – 92 zur "materiellen Diskriminierung") – diskutiert werden müssen und für die der "allgemeine Diskriminierungsansatz" nicht weiterführt. Eine so weite Definition der "umgekehrten Diskriminierung" wie A.Epiney sie zugrundelegt (jede Disparität in den Mitgliedstaaten), führt sich damit als "Diskriminierungsthese" selbst ad absurdum.

157 EuGH Urt.v.23.10.1986 Rs. C- 355/85 Driancourt/Cognet Slg. 1986, 3231, 3242 Tz. 10; EuGH Urt.v. 13.11.1986 verb.Rs. C-80/85 und 159/85 Nederlandse Bakkerij Stichting / Edah BV Slg. 1986, 3359, 3384 Tz. 18.

158 EuGH Urt.v. 13.11.1986 verb.Rs. C-80/85 und 159/85 Nederlandse Bakkerij Stichting / Edah BV Slg. 1986, 3359, 3384 Tz. 18.

159 Oder dort strengeres Werberecht (wobei dann ein Fall der Inländerdiskriminierung ferner liegt) unter Berufung auf Art. 30 EGV angreifen.

plane und er durch die Modifizierung der Kampagne im Inland (Aufgabe des beanstandeten Motivs) höhere Kosten für die Kampagne habe als der importierende Konkurrent B. Art. 34 EGV liegt nach der überwiegenden Meinung in der Literatur und nach der Rechtsprechung des EuGH aber eine andere ratio als Art. 30 EGV zugrunde: Allgemein anwendbare Regelungen (wie § 1 UWG) bewirken

„... Handelserschwerisse ... nicht ...wegen der Herkunft der Waren aus einem *anderen Mitgliedstaat* mit *anderem Regelungsregime*, sondern wegen der Herkunft der Waren aus dem *nämlichen Mitgliedstaat*“.¹⁶⁰

Allgemeine, insbesondere nicht formell-diskriminierende Regelungen, die in einem nicht oder nicht vollständig gemeinschaftsrechtlich harmonisierten Bereich existieren, sind damit – wie die Inländerdiskriminierung – außerhalb des Anwendungsbereichs des EGV. Der EuGH verdeutlicht diesen Ansatz, wenn er eine Maßnahme verlangt, die eine

„spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme bezweckt oder bewirkt“.¹⁶¹

Das kann man für § 1 UWG evident verneinen.

cc) Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 6 EGV)

Die überwiegende Meinung in der Literatur und die EuGH-Rechtsprechung gehen davon aus, daß „Inländerdiskriminierungen“ nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen und damit nicht dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 6 EGV unterliegen.¹⁶² Die Begründungen sind unterschiedlich:

(1) Zum einen wird darauf abgestellt, daß Art. 6 EGV nur auf die Akte „*eines Rechtssubjekts*“ anwendbar sei, mit der Konsequenz, daß Disparitäten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen – ohne Hinzutreten weiterer Umstände – nicht in seinen Anwendungsbereich fallen.¹⁶³

160 P.Ch.Müller-Graff, Art. 34 Rn. 17, in: H.v.d.Groeben, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997.

161 EuGH Urt.v. 14.7.1981 Rs. 155/80 Bußgeldverfahren gegen S.Oebel Slg. 1981, 1993, 2009 Tz. 15: "Art. 34 EGV bezieht sich auf nationale Maßnahmen, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaats und seinen Außenhandel schaffen, so daß die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil (dagegen P.Ch.Müller-Graff, Art. 34 Rn. 21, in: H.v.d.Groeben, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997) erlangt" unter Verweis auf EuGH Urt.v. 8.11.1979 Rs. 15/79 Groenveld Slg. 1979, 3409, 3415). Gegen eine extensive Auslegung des Art. 34 EGV, die in der Literatur diskutiert wird, Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 145 ff m.w.N.

162 EuGH Urt.v.23.10.1986 Rs. C 355/85 Driancourt/M.Cognet Slg. 1986, 3231, 3242 Tz. 11; EuGH Urt.v.15.1.1986 Rs. 44/84 D.G.E.Hurd/K.Jones Slg. 1986, 29, 85 Tz. 55 f; EuGH Urt.v. 13.11.1986 verb.Rs. C-80/85 und 159/85 Nederlandse Bakkerij Stichting /Edah BV Slg. 1986, 3359, 3384 Tz. 23; Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 149 ff m.w.N und S. 157 ff m.w.N sowie zur Differenzierung einer Inländerdiskriminierung, die aufgrund von Primärrecht (wie in Fall II) oder aufgrund von Sekundärrecht eintritt. Anderer Meinung L.Münnich, Art. 7 EWG und Inländerdiskriminierung, ZfRV 1992, 92, 96 ff, der dieses Ergebnis aus einer teleologischen Reduktion des Art. 6 EGV mit dem Ziel der Herstellung des Binnenmarkts gewinnt.

163 Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 151.

- (2) Ein weiterer Begründungsansatz ist, daß nach Art. 6 Abs. 1 EGV der „**Anwendungsbereich**“ des EGV eröffnet sein müsse. Dieses Kriterium verlange einen **grenzüberschreitenden Bezug** des Sachverhalts¹⁶⁴, der bei dem Vorbringen des X, er sei in Deutschland am Absatz seiner Waren gehindert, nicht gegeben ist.
- (3) Eine weitere Voraussetzung für Art. 6 Abs. 1 EGV ist, daß eine Diskriminierung „aufgrund der „**Staatsangehörigkeit**“ erfolgt¹⁶⁵. Die „Diskriminierung“ von X beruht aber nicht auf seiner Staatsangehörigkeit, sondern auf der Tatsache, daß er sich auf ein deutsches Vertriebs- und Absatzgebiet beschränkt.¹⁶⁶
- (4) Soweit X sich darauf beruft, eine grenzüberschreitende oder multinationale Kampagne planen zu wollen, handelt es sich um einen Sachverhalt, der aufgrund der nicht formell-diskriminierenden Natur des § 1 UWG specialiter durch Art. 34 EGV erfaßt wird. Das bringt auch Art. 6 Abs. 1 EGV zum Ausdruck, der sich nur „**unbeschadet besonderer Bestimmungen**“¹⁶⁷ für anwendbar erklärt. Mit der Ablehnung von Art. 34 EGV ist dann ein Rekurs auf Art. 6 EGV nicht mehr statthaft.

dd) Gemeinschaftsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Das Gemeinschaftsrecht kennt einen Gleichbehandlungsgrundsatz. Grundsätzlich sind durch den Gleichbehandlungsgrundsatz nur die Organe der Gemeinschaften gebunden; die Inländerdiskriminierung ist die Konsequenz der Interdependenz zweier Rechtsordnungen.¹⁶⁸ Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist deshalb nicht eröffnet, soweit Primärrecht in seiner Anwendung zu einer unterschiedlichen Behandlung von In- und Ausländern führt.¹⁶⁹ Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß X unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht keine Chancen hat, der deutschen Werbebeschränkung zu entgehen.¹⁷⁰

c) „Inländerdiskriminierung“ und deutsches Verfassungsrecht

aa) Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG

Bei Art. 3 Abs. 1 GG ist umstritten, ob der Anwendungsbereich der Norm überhaupt eröffnet ist.

164 EuGH Urt.v.28.1.1992 Rs. C-332/90 V.Steen/Deutsche Bundespost, Slg. 1992, I- 341, 357, Tz. 11f; siehe auch Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 151 f.

165 Zu den Voraussetzungen der "materiellen Diskriminierung" aufgrund der Staatsangehörigkeit siehe A.Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, 109. Bei § 1 UWG ist auch eine materielle Diskriminierung nicht gegeben .

166 Allein die personale Argumentation, daß es sich bei X um einen "Inländer" handelt und deshalb der Anwendungsbereich des EGV nicht eröffnet sei, ist nicht überzeugend. Das Ziel von Art. 6 EGV ist die Beendigung von gewissen Diskriminierungen, die Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben und es ist nicht ausgeschlossen, daß Inländerdiskriminierungen zu Beeinträchtigungen des Binnenmarktes führen; so A.Epiney, Umgekehrte Diskriminierung, 1995, 121 f.

167 Restriktiver beim Begriff der "besonderen Bestimmungen" A.Epiney, a.a.O., S. 114.

168 V.Jänich, Überhöhte Verbotsstandards im UWG?, 1993, S. 112 f m.w.N.

169 EuGH Urt.v.23.10.1986 Rs. C 355/85 Driancourt/M.Cognet Slg. 1986, 3231, 3242 Tz. 11.

170 Allgemeine Meinung, daß die Inländerdiskriminierung aus dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt; siehe auch A.Martin-Ehlers, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, 1996, S. 215.

(1) **Parallele zur Kompetenzverteilung im Bundesstaat:** Die Disparität der Rechtsfolgen für B und X ist Folge unterschiedlicher Kompetenzen und *nicht* einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung durch *einen* Hoheitsträger. Ein Argument dafür, daß Art. 3 Abs. 1 GG *ein Gesetz und einen Hoheitsträger* verlangt, könnte die Formulierung „*vor dem Gesetz*“ sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz erschöpft sich aber nicht durch die Gleichbehandlung durch ein Gesetz, sondern verlangt nach Gleichbehandlung durch und vor dem Recht.¹⁷¹ *Gegen* die Anwendbarkeit des Gleichheitsgrundsatzes wird die Parallele zur Gliederung des Bundesstaates in Ländern eingewandt. Dort unterfallen Kompetenzen nicht dem Verdikt des Gleichheitsgrundsatzes.¹⁷² Die Gegenansicht konzediert zwar eine insoweit gefestigte Rechtsprechung des BVerfG¹⁷³, bestreitet aber die Vergleichsgrundlage für die Verhältnisse von Bundesstaat und Bundesland auf der einen und Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaat auf der anderen Seite. Die Kompetenzverteilung zwischen Bundesstaat und Ländern führe dazu, daß im Rahmen des jeweiligen „Hoheitsgebiets“ *eine Regelung für alle* gelte, während bei der Kompetenzverteilung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht *auf einem Gebiet mehrere „Regelungen“* gelten.¹⁷⁴ Dieser konstruktivistische Einwand ist zutreffend, für die Lösung aber nicht weiterführend. Das grundsätzliche Problem des Verhältnisses von Kompetenz und Gleichheitsgrundsatz – wenn auch nicht seine Folgen – ist dem Bundesstaat und den Gemeinschaften (Art. 3 EGV)¹⁷⁵ gemein.

(2) **Kompetenz und Gleichbehandlungsgrundsatz:** Je stringenter dabei der Gleichbehandlungsgrundsatz gehandhabt wird, desto weniger Raum bleibt für die Ausfüllung von Kompetenzen übrig. Nach der BVerfG-Rechtsprechung weist der Gleichheitsgrundsatz eine Spannbreite auf, die *sachverhaltsabhängig* vom

„bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an *Verhältnismäßigkeitserfordernisse* ...“¹⁷⁶

reicht. Je mehr sich also der Gleichbehandlungsgrundsatz inhaltlich vom Willkürverbot entfernt, desto mehr stellt er die unterschiedliche Ausübung von Kompetenzen in Frage. Grundsätzlich überzeugt deshalb die These von der Inkompatibilität von Kompetenz und Gleichbehandlungsgrundsatz.

(3) **Kompetenz zur Einheit und Kompetenz zur Vielfalt:** Im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu den Gemeinschaften könnte dieser Graben zwischen Kompetenz und Inländergleichbehandlung allerdings viel enger sein als im deutschen Binnenrecht: Die Bundesrepublik hat sich nämlich zur Mitwirkung an der Verwirklichung des Binnenmarkts verpflichtet und der umfaßt

171 Th.Schilling, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8, 11.

172 U.Fastenrath, Inländerdiskriminierung, JZ 1987, 170, 173 f, 177.

173 BVerfGE 51, 43, 58; BVerfGE 17, 319, 331 zur Divergenz von Personalvertretungsrechten unter Hinweis auf BVerfGE 10, 354, 371; 12, 139, 143 und 12, 319, 324.

174 H.Weis, Inländerdiskriminierung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, NJW 1983, 2721, 2725; U.F.Kleier, Freier Warenverkehr (Art. 30 EWG-Vertrag) und die Diskriminierung inländischer Erzeugnisse, RIW 1988, 623 f.

175 Zum Prinzip der begrenzten Ermächtigung H.P.Krauß.

176 Das BVerfG differenziert zwischen einer unterschiedlichen Behandlung von Personengruppen, Verhaltensformen und übrigen Sachverhalten (BVerfGE 88, 87, 96 zum Namensrecht Transsexueller). Je unmittelbarer die Behandlung von Verhaltensformen und Sachverhalten zu einer Beeinträchtigung der individuellen Grundrechtsausübung führt, desto weiter entfernt sich der Gehalt von Art. 3 GG vom Willkürverbot.

„einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren ... gewährleistet ist“ (Art. 7 a Abs. 2 EGV).

In rechtstechnischer Sicht ist damit nur *der Warenverkehr betroffen, der diese „Grenzen“ überschreiten will (Art. 3 lit d EGV)* und gerade nicht der Inländer. In einer teleologischen Auslegung wird aber auch deutlich, daß die unterschiedliche Behandlung von In- und Ausländern am jeweiligen Marktort diesem Prinzip der Warenverkehrsfreiheit widerspricht. Anders als bei der Kompetenzverteilung von Bundesstaat und Bundesland, die der Verfassungsgeber als horizontale Gliederung konstruiert hat, und wo die Vielfalt gewollt ist, werden die EG und die Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 1 EGV) hier einem gemeinsamem Ziel, das auf der Vertikalen liegt, verpflichtet. Die Vielfalt wird in Kauf genommen, um zur Einheit zu werden.¹⁷⁷ Dieses Bekenntnis zur Warenverkehrsfreiheit ist nach hier vertretener Meinung so bindend, daß die kategorische Ablehnung der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gleichheitsgrundsatzes tatsächlich einem „venire contra factum proprium“¹⁷⁸ gleichkommt. Es handelt sich hier um Werberecht als Teil des Wettbewerbs- und Wirtschaftsrechts¹⁷⁹ und damit um den *Kernbereich der EG und des EGV, der die Errichtung eines gemeinsamen Marktes (Art. 2 EGV)* zum Ziel hat. Wie anders als durch *Vereinheitlichung des Wettbewerbs- und Wirtschaftsrechts* kann dieses „Kernanliegen“ verwirklicht werden?

- (4) *Statische und flexible Kompetenzen:* Die mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume existieren in diesem *Kernbereich* nur noch, weil eine gemeinschaftsrechtliche (sekundärrechtlicher) Harmonisierung noch nicht erfolgt ist. Die mitgliedstaatliche Kompetenz ist „flexibel“ – sie steht unter der auflösenden Bedingung einer fortschreitenden Harmonisierung, die der Binnenmarkt, der grundsätzlich durch jede Regelungsdisparität gestört wird, fordert. Die Einführung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 3 b EGV) ziseliert im Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht diesen Trend zur Harmonisierung durch Vereinheitlichung¹⁸⁰ Diese flexiblen, *dynamisch-zu reduzierenden Restkompetenzen der Mitgliedstaaten*¹⁸¹ unterscheiden sich von den statischen, gleichberechtigten Kompetenzen der Bundesländer gegenüber dem Bundesstaat.^{182 183}

177 Th.Schilling, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8, 11.

178 Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 184.

179 Zur Entwicklung des Begriffs "Wirtschaftsrecht" ..

180 Andere Optionen einer Harmonisierung wäre das das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (siehe etwa Art. 10 EGV). Gerade im Werberecht für europaweite Kampagnen ist es wichtig, bereits bei der Konzeption einen einheitlichen Regelungsrahmen vorzufinden, den die Kommission nunmehr auch erstellen will.

181 Diese dynamische Reduzierung mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechts hat die Kommission in ihrem Grünbuch bereits angekündigt; selbstverständlich ist sie verpflichtet dabei dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 3 b EGV) Rechnung zu tragen; siehe auch Z.Gülbay, Vergleichende Werbung, Subsidiarität und Europa, 1996, S. 258 f.

182 Jedenfalls im Bereich von Art. 30 GG. Die seit Erlaß des Grundgesetzes erfolgte Ausfüllung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 GG) hat sicher ebenfalls dynamische Aspekte. Für den Kernbereich der landesgesetzlichen Gesetzgebungskompetenzen, wie etwa der Kultur und Bildungspolitik, gilt der Grundsatz *statischer* Kompetenzverteilung (vorbehaltlich von Grundgesetzänderungen). Diese Kompetenzen sollen den Bundesländern wegen der föderalen Struktur reserviert werden.

183 Die Mitgliedstaaten können sich bei Werbebeschränkungen, bei denen der EuGH eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit bejaht hat, auch nicht unterstützend auf das Subsidiaritätsprinzip (Art. 3 b EGV) als "stabilisierendem Faktor" ihrer Kompetenz berufen. Grundsätzlich hat der EuGH dieses Prinzip (siehe unter III5e) bei seiner Entscheidung bereits berücksichtigt; für die Kehrseite der Entscheidung, die Inländerdiskriminierung, kann das

bb) Effektiver Garantiebereich des Art. 3 Abs. 1 GG

Wenn man den Schutzbereich von Art. 3 GG mit der hier vertretenen Meinung, die auch das BVerwG und einige Untergerichte in Wettbewerbsstreitigkeiten teilen,¹⁸⁴ für eröffnet erachtet, dann erstreckt sich die Prüfung nach der BVerfG-Rechtsprechung¹⁸⁵ darauf, ob

„eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.

Das BVerfG fährt fort:

„Diesen Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG hat das BVerfG namentlich im Zusammenhang mit Versuchen hervorgehoben, aus *einem Gesetzeswerk* eine den Gesetzgeber bindende Sachgesetzlichkeit herzuleiten und eine Systemwidrigkeit als Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes zu beanstanden (BVerfGE 34, 103, 105¹⁸⁶).“¹⁸⁷

Die Frage nach der „Systemgerechtigkeit“ ist im Zusammenhang mit der „Inländerdiskriminierung“ die Frage nach einem monistischen oder mindestens dualistischen¹⁸⁸ Verständnis des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht:

- (1) Wer einer monistischen Vorstellung zuneigt, der bejaht den Verstoß gegen die Systemgerechtigkeit dann, wenn

Subsidiaritätsprinzip deshalb keine (zweite) Anwendung finden. Eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips kann letztendlich nur der deutsche Gesetzgeber durch Austritt aus den Gemeinschaften oder das BVerfG durch entsprechende Kontrolle ahnden oder heilen,

184 Das BVerfG (Kammerbeschl.v.8.11.1989 NJW 1990, 1030) hat eine auch auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde zum anwaltlichen Lokalisierungsgebot nicht zur Entscheidung angenommen. Das BVerwG hat einen ausländerrechtlichen Sachverhalt, in dem eine Inländerdiskriminierung behauptet wurde, ohne Vorbehalte an Art. 3 GG gemessen; im Ergebnis hat es einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz abgelehnt (BVerwGE 98, 298, 307 f). Die Einordnung der Entscheidung ist deswegen nicht eindeutig, weil das Gericht aus arbeitsökonomischen Gesichtspunkten ergebnisorientiert davon abgesehen haben könnte, der Vorfrage, nämlich der Anwendbarkeit, "zuviel" Raum zu widmen. Eindeutig haben das LG Passau (Beschl.v.27.10.1993 EuZW 1994, 187) und das LG Düsseldorf (Beschl. v. 24.11.1993 EuZW 1994 188 f) für die Inländerdiskriminierung deutscher Unternehmen, die für die Zeit zwischen der EuGH-Entscheidung ("Yves Rocher") und der Abschaffung von § 6 e UWG nicht mit Preisgegenüberstellungen werben durften, *die Anwendbarkeit und den Verstoß gegen Art.3 GG* bejaht. Beide Gerichte haben zum Zwecke der konkreten Normenkontrolle den Rechtsstreit dem BVerfG vorgelegt (Art. 100 Abs. 1 GG). Das VG Mannheim (Beschl.v. 7.8.1995 NJW 1996, 72) hat unter Bezugnahme auf den Ausschluß von Art. 3 GG im Bund-Land-Verhältnis die Anwendbarkeit von Art. 3 GG verneint (NJW 1996, 72, 74).

185 BVerfGE 71, 39, 53; BVerfGE 55, 72, 88 unter Verweis auf BVerfGE 22, 387, 415; 52, 277, 28; siehe auch W.Heun, Art. 3 Rn. 19 Fn. 102 m.w.N. in H.Dreier, Grundgesetzkommentar, 1996.

186 Gemeint ist wohl BVerfGE 34, 103, 115.

187 BVerfGE 55, 72, 88.

188 Gegen eine nur dualistische Betrachtung sprechen die Relationen des deutschen und des Gemeinschaftsrechts zum allgemeinen und Vertragsvölkerrecht.

„ältere Regelungen bestehen bleiben, obwohl sich der Gesetzgeber bereits auf supranationaler Ebene für entgegenstehende Normen des EGV *entschieden* hat.“¹⁸⁹

Der Bruch mit dieser Systemgerechtigkeit, dem Bekenntnis zu einer Warenverkehrs*freiheit* mit der Betonung auf den letzten Silben „Freiheit“, *indiziert* dann den Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz.

(2) Wer einem dualistischen Verständnis zuneigt, der prüft zunächst die Vergleichbarkeit der Sachverhalte und dann die Rechtmäßigkeit der Differenzierungskriterien.

(a) Die Vergleichbarkeit des Sachverhalts ist in Fall I nur eingeschränkt zu bejahen:

- Soweit der X geltend macht, seine Produkte nur im Inland absetzen zu wollen, fehlt die Vergleichbarkeit.¹⁹⁰ B muß mindestens zwei Werberechte berücksichtigen, X kann diese Disparität mit den entsprechenden Kostenfolgen und der prognostischen Belastung für die Teilnahme am deutschen Markt¹⁹¹ nicht geltend machen.
- Soweit der X geltend macht, er müsse bei der Ausfuhr zwei Werberechte berücksichtigen, der B aber bei der Einfuhr nur eines, handelt es sich um einen *vergleichbaren Sachverhalt*. X ist in seinen Marktchancen, zu denen auch der Export gehört, gegenüber B benachteiligt.

(b) Personales Differenzierungskriterium

Ein sachliches Differenzierungskriterium ist bei „multi-state“ und „grenzüberschreitender“ Werbung von in- und ausländischen Unternehmen nicht ersichtlich. Es handelt sich in der Terminologie des BVerfG um eine Differenzierung zwischen der Werbung zweier Personengruppen – nämlich der Werbung Deutscher in Deutschland und der Werbung von „EU-Ausländern“ in Deutschland. Bei dieser Fallgestaltung besteht zwar nicht die Gefahr der Ungleichbehandlung einer „Minderheit“¹⁹², weil die deutschen Mitbewerber voraussichtlich in der Mehrheit sind. Es handelt sich aber um eine personengruppenabhängige Differenzierung, die strikten Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen genügen muß.

(c) Differenzierungsziel

189 Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 184 f, der aber die Feststellung des Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz von weiteren Kriterien (Differenzierungskriterium, Differenzierungsziel, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; S. 181 f) abhängig machen will, im Wettbewerbsrecht aber eine Rechtfertigung der Differenzierung kaum mehr sieht (S. 184).

190 Anderer Meinung wohl Th.Schilling, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8, 14, der die Vergleichbarkeit des Sachverhalts "ungeachtet ihres unterschiedlichen Auslandsbezugs" feststellen will. Das erscheint unlogisch: Wenn man Art. 3 Abs. 1 GG auf die Inländerdiskriminierung erstreckt, dann muß für die Frage der "Nachbesserungspflicht" des deutschen Gesetzgebers auch der gesamte Sachverhalt – und nicht der Ausschnitt des Inlandsmarktes – berücksichtigt werden.

191 Zunächst könnte man argumentieren, daß die Teilnahme an (mindestens) zwei Märkten eben doppelte Chancen und damit auch doppelte Kosten (für die Prüfung der Rechtslage, wie ggf. Anpassung der Kampagnen) rechtfertigt. Die Binnenmarktkonzeption ist aber eine andere: der Wettbewerb auf mehreren Märkten soll – was den konzeptionellen Aufwand (bei der Umsetzung gibt es nahezu immer erhöhte Kosten) angeht – mit möglichst geringem und möglichst einer Anstrengung möglich sein.

192 BVerfGE 88, 87, 96.

Das Differenzierungsziel ist nicht leicht auffindbar. Es könnte der Schutz der Äquivalenzinteressen der Verbraucher sein, die weder (mittelbar) diese Werbung mitbezahlen wollen¹⁹³ noch mit einem Unternehmen als Mahner von Mißständen konfrontiert werden sollen. Die unlautere Werbung würde, wenn man der BGH-Rechtsprechung folgt – damit nur ausländischen Unternehmen eröffnet werden; weil die Inländer immer noch in der Mehrzahl sind, ist das Verbot unlauterer Werbung ihnen gegenüber *geeignet* dieses Differenzierungsziel zu fördern.¹⁹⁴ Ein milderer Mittel als die Untersagung nach § 1 UWG ist nicht ersichtlich.¹⁹⁵ Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne kann bejaht werden, weil die Einschränkung der Werbeinhalte noch genügend andere Werbeinhalte übrig läßt, die dem Unternehmen eine Selbstdarstellung ermöglichen und die Beschränkungen die das Unternehmen hinnehmen muß, nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liegt deshalb nicht vor.

cc) Wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG)

Die Prüfung der „Inländerdiskriminierung“ im Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht anhand von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG entspricht – im Unterschied zur Anwendung von Art. 3 GG – dem main-stream in der Literatur und Rechtsprechung. Bei der Werbung handelt es sich um einen Aspekt wirtschaftlicher Betätigung, so daß auch für eine „Inländerdiskriminierung aufgrund der Existenz deutscher, gemeinschaftsrechtswidriger Werbebeschränkungen“ der Schutzbereich von Art. 12 GG eröffnet ist. Im Unterschied zum Gleichbehandlungsgrundsatz wird im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG *auch* der Binnenwerbesachverhalt Prüfungsgegenstand. X kann sich also sowohl bei europaweiter sowie bei multi-state als auch bei nur inländischer Werbung auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit berufen.

Eine weitere Voraussetzung ist die Feststellung des *Eingriffs*. Grundsätzlich kommen zwei Sachverhalte in Betracht:

- (1) Zum einen könnte man einen *unmittelbaren Eingriff* gegenüber X annehmen, der in einem *Unterlassen* besteht: nämlich in einem Unterlassen der Anpassung¹⁹⁶ des nationalen Rechts an Gemeinschaftsrecht durch die Rechtspre-

193 Dieses Argument ist nicht stichhaltig, weil die Verbreitungskosten auch für positiv-suggestive Werbeinhalte identisch sind.

194 Selbst wenn die Werbung ausländischer Unternehmen um so mehr Aufmerksamkeit erregt und damit vielleicht mehr Wirkung erzielt als es bei der Verbreitung dieser Werbeinhalte durch in- und ausländische Unternehmen der Fall ist. Das Ziel eines bestimmten werbekulturellen Standards kann gerade auch in der Diskussion dieser dann minderheitlichen Fälle erreicht werden.

195 Die deutsche Werbewirtschaft setzt zwar auf die Tätigkeit des dt. Werberates und die Selbstbeschränkung. Schockwerbung, die kampagnenmäßig wie die von B. betreiben wird, wird sich aufgrund ihrer "Philosophie" Rügen des Werberates voraussichtlich nicht beugen.

196 Bei einer Generalklausel wie § 1 UWG stellt sich dann immer das Problem, ob die Rechtsprechung zu gemeinschaftskonformer Auslegung nach den Grundsätzen der verfassungskonformen Auslegung verpflichtet ist, oder ob der Gesetzgeber tatsächlich zu konkretisierender "Nachbesserung" verpflichtet werden kann.

chung im Rahmen von § 1 UWG oder den Gesetzgeber.¹⁹⁷ Dieses „Unterlassen“ ist der Hintergrund für eine Entscheidung der Gerichte, aufgrund deren die konkrete Normenvorlage (Art. 100 Abs. 1 GG) oder die Individualverfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG) erfolgen kann.¹⁹⁸

- (2) Zum anderen könnte ein *mittelbarer Eingriff* durch die Zustimmung¹⁹⁹ zu gemeinschaftsrechtlich erweiterten Werbemöglichkeiten für EG-Ausländer liegen, die sich wie eine „Subvention“ als Wettbewerbsvorteil für B darstellen – und so zum Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des X werden.

Gegen die Qualifizierung als „mittelbarer Eingriff“ spricht, daß bei der Zustimmung zum Primärrecht der sachliche und personale Umfang der „Subventionierung“ nicht *voraussehbar* und deshalb nicht konkretisierbar war. Zudem würde die Bejahung eines „mittelbaren“ Eingriffs verlangen, daß eine bestimmte Schwere der Folgen für den B festgestellt werden müßte, die bei der (partiellen) Unzulässigkeit von Werbekampagnen angesichts der Problematik der Werbewirkungsforschung²⁰⁰ schwer begründbar wären. Primär zu prüfen ist deshalb die Rechtfertigung eines Eingriffs durch „Unterlassen.“²⁰¹

Es handelt sich um eine Berufsausübungsregelung,²⁰² an deren Geeignetheit (und in der Folge an der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) dann gezweifelt werden kann, wenn die beanstandeten Werbeeinhalte durch Werbungen von EG-Ausländern so verbreitet sind, daß die Allgemeinwohlbelange, die geschützt werden sollen, effektiv durch das Verbot gegenüber Inländern nicht mehr geschützt werden können. Das Besondere an der „*gefühlbetonten Werbung*“ ist, daß bereits der Einsatz *weniger Werbemittel durch wenige Werbende bei entsprechender Medienberichterstattung* – wie im Fall Benetton unstrittig gegeben – dazu führen können, daß der Schutz von Rezipienteninteressen nicht mehr effektiv erfolgen kann und es deshalb in der Folge auch an einer Verhältnismäßigkeit in der Relation von Werbeverbot (eingesetztes Mittel) zum Schutz von Rezipienteninteressen führt. Gerade die Interessen, die der BGH zu schützen vorgibt – nämlich der

197 Diese Problematik wird von Ch.Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997, S. 190 ff und D.König, Das Problem der Inländerdiskriminierung – Abschied von Reinheitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung? AÖR 118 (1993), 591, 600 ff ignoriert.

198 Man könnte auch die Statthaftigkeit einer Gesetzesverfassungsbeschwerde gegen das "Unterlassen" erwägen, weil durch die gemeinschaftsrechtliche Aufhebung der Werbebeschränkung der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers *in diesem Fallbeispiel* verengt sein könnte.

199 Zustimmungsgesetze nach Art. 58 Abs. 1 GG i.v.m. Art. 24 GG a.F. und Art. 23 GG bei Inländerdiskriminierung aufgrund von Primärrecht; schwieriger wird die Begründung des Eingriffs bei einer Inländerdiskriminierung aufgrund von Sekundärrecht, weil etwaige Mitwirkungshandlungen der Bundesrepublik, wenn sie überstimmt wird, nicht kausal für den Eingriff sind.

200 Siehe dazu im 3.Kapitel I 4 a..

201 Zum mittelbaren Eingriff BVerfGE 13, 230, 232 "Ladenschluß"; zum Eingriffscharakter von Subventionen G.Lübbe-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 305, die den Grundrechtseingriff durch Subventionierung des Konkurrenten auch weniger schwerwiegenden Folgen bejaht. Siehe auch P.M.Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1992, S. 495 zur Teilnahme am Wettbewerb und S. 497 ff, 500 zur Subvention.

202 Zur Kritik an der "Drei-Stufen-Lehre" siehe im 7.Kapitel.

Schutz der Verbraucher vor der kommerziellen Ausnutzung ihrer Solidarität – kann durch das Verbot dieser Anzeige – in Ermangelung offensichtlicher Nachahmung – derzeit noch erreicht werden.

dd) Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

Soweit ersichtlich ist die „Inländerdiskriminierung“ als Fallgruppe zu Art. 5 GG bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur behandelt worden²⁰³. Art. 5 Abs. 1 GG als Gewährleistung eines umfassenden Rechts auf „free flow of information“²⁰⁴ ist – wenn man der BGH-Rechtsprechung und der neuen Literatur folgt – zumindest vorrangig²⁰⁵ vor Art. 12 GG zu prüfen.

- (1) Schutzbereich. Der Schutzbereich entweder der Meinungs- und/oder Informationsauswahlfreiheit ist eröffnet, weil es sich bei der Werbung um eine Meinung handelt und/oder der Rezipient Anspruch auf die „Verbreiterung“ des Informationsangebots hat.
- (2) Eingriff. Der Eingriff liegt in der hypothetischen Untersagung der gleichen Werbung wie bei B durch ein Gericht (siehe oben).
- (3) Effektiver Garantiebereich. Voraussetzung ist ein allgemeines „Gesetz“. Ein allgemeines Gesetz liegt nach der Kombinationsformel des BVerfG vor, wenn es sich *nicht um ein Gesetz gegen einen bestimmten Meinungsinhalt handelt und (kumulativ)*²⁰⁶ *die Beschränkung nicht zum Schutz von Rechtsgütern erfolgt, die im Vergleich zur Meinungs- und Informationsfreiheit niederen Ranges sind*. Die Hinnahme der Inländerdiskriminierung bei der Anwendung von § 1 UWG führt dazu, daß die Beiträge von EU-Ausländern zur öffentlichen Meinung in Deutschland – insbesondere die Assoziation eines bestimmten Unternehmens mit einem sozialen Problemfeld – möglich ist, die formal identische Assoziation²⁰⁷ eines deutschen Unternehmens mit gleichen oder ähnlichen Belangen aber nicht.²⁰⁸ Nun könnte man einwenden, daß es deutschen Unternehmen unbenommen bleibt, mit weniger „gefühlbetonten“ Anzeigen dieses Anliegen zu verfolgen. Diese Inhalts- und Formkontrolle von Meinungen und Informationen, ist dem Meinungsfreiheitsrecht grundsätzlich fremd; auch der zweite Bestandteil der Kombinationsformel kann durch eine inländerdiskriminierende Rechtsprechung nicht in verfassungsmäßiger Weise gewahrt werden. Gegenüber dem Recht auf Zugang zum öffentlichen Meinungsmarkt erscheint der Schutz anonymer Rezipienten vor einer Solidarisierungsgefahr deutlich zweitrangig. Wenn der Sinn des „free flow of information“ in der (quantitativen) Erweiterung des Meinungs- und Informationsangebots liegt und so zur Teilnahme möglichst vieler Meinung am Meinungswettbewerbsmarkt ist, dann ist die Eliminierung von Meinungen mit dem Diffe-

203 Für einen Ansatz, der von einer Schrankenparallelität von Art. 12 und Art. 5 GG ausgeht, (V.Jänich, Überhöhte Verbotsstandards im UWG, 1993, S. 90 ff., 96) ist das *im Ergebnis* – aber nur im Ergebnis – entbehrlich.

204 Siehe dazu im 7.Kapitel.

205 Zum Konkurrenzverhältnis siehe im 7.Kapitel.

206 Siehe dazu im 7.Kapitel.

207 Vorbehaltlich der Wahrung des urheberrechtlichen Schutzes von Werbeslogans und -kampagnen; siehe dazu die Literaturhinweise unter III 3 d.

208 Siehe dazu das Credo des Verantwortlichen der Benetton-Kampagnen, Toscani, der an seinen Kampagnen rühmt, daß Werbegeld ("altruistisch und zukunftsorientiert") zur Förderung der Lösung gesellschaftlicher Probleme verwandt werde.

renzierungskriterium der Angehörigkeit des Autors zu einem bestimmten Vertriebsmarkt verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Meinungen sollen in dem „Jedermannsrecht“ des Art. 5 Abs. 1 GG Äußerungsrechte und Verbreitungschancen irrespektive der lokalen Produktabsatzinteressen des Äußernden haben.

Die Prüfung der Inländerdiskriminierung im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG muß deshalb in beiden Varianten – inländisches und auch/ausländisches Absatz und Vertriebsinteresse des X – zur Verfassungswidrigkeit führen²⁰⁹. Damit würde für die Kritik an der BGH-Entscheidung, die sich bisher entweder auf das Wettbewerbsrecht²¹⁰ und/oder auf der Verfassungsrecht konzentriert, eine weitere Argumentationsfront eröffnet: nämlich die gemeinschaftsrechtliche. Inwieweit hier die BGH-Rechtsprechung die Breitseite präsentiert und wie wahrscheinlich und mit welcher Begründung ein solcher gemeinschaftsrechtlicher Angriff zu erwarten ist, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden.

5. Vorgehensweise

Primär ist in den nächsten Abschnitten zu überprüfen, inwieweit ein *gemeinschaftsgrundrechtlicher* Schutz der Kommunikationspolitik in der EuGH-Rechtsprechung nachweisbar ist. An die Beantwortung dieser Frage schließt sich die Prüfung des *grundfreiheitlichen* Schutzes der Kommunikationspolitik und *seiner Struktur im einzelnen* an. Erst dann ist es möglich, zu beurteilen, inwieweit Divergenzen des (verfassungs-)rechtlichen Schutzes der kommerziellen Sprache in der Bundesrepublik Deutschland und in der Gemeinschaft feststellbar sind. Diese Feststellung ist Voraussetzung für die prognostische Beantwortung der Kollisions- und Interdependenzszenarien.

II. Gemeinschaftsgrundrechtlicher Schutz der Werbefreiheit?

1. Quellen der Gemeinschaftsgrundrechte

Die gemeinschaftsrechtlichen **Grundrechte**²¹¹ sind nicht kodifiziert; sie beruhen auf Präjudizien des EuGH. Rechtsvergleichend bezieht der Gerichtshof

209 Zu den Folgen der Verfassungswidrigkeit, die wohl eher in einer Anpassungsverpflichtung des deutschen Gesetzgebers münden wird als in einer Nichtigerklärung siehe D.König, Das Problem der Inländerdiskriminierung – Abschied von Reinheitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung? AÖR 118 (1993), 591, 612f, die die Parallele zur Korrektur gesetzlicher Prognosespielräume im technischen Sicherheitsrecht (BVerfGE 49, 89, 130 "Kalkar") erwägt.

210 Siehe im 7.Kapitel.

211 In der Terminologie des Gerichts als "allgemeine Rechtsgrundsätze" wie EuGH Urt.v. 14.5.1974 Rs. 4/73 J.Nold/Kommission Slg. 1974, 491, 507 Tz. 13ff; EuGH Urt.v. 8.10.1986 Rs. 234/85 F.Keller, Slg. 1986, 2897, 2912 Tz. 8. Einführend M.Schweitzer/W.Hummer, Europarecht, 5.Aufl., 1996, Rn. 786 ff; H.W.Rengeling, Grundrechtsschutz in

- die mitgliedstaatlichen Grundrechtsgewährleistungen,
- die internationalen Verträge über die Menschenrechte (insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention EMRK) und
- die Erklärungen der Gemeinschaftsorgane

in die Findung von „*Rechtsgrundsätzen*“ ein, die grundrechtlichen Gehalt haben. Die Quellen dieser „Gemeinschaftsgrundrechte“ sind aufgrund der eindeutigen Diktion des Gerichts bekannt; wenig konturiert ist die verhältnismäßig junge, gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsdogmatik in Fragen der Drittwirkung, der Leistungsrechte und der Schutzpflichten.²¹² Für die Relation der Interessen der Werbenden und der Verbraucher lassen sich deshalb auf grundrechtlicher Ebene keine unmittelbaren Parallelen von Gemeinschafts- und deutschem Verfassungsrecht ziehen.

2. *Werbefreiheit als Meinungsfreiheit?*

Hier sind zwei Aspekte zu trennen: zum einen, inwieweit das Gemeinschaftsrecht ein „Grundrecht“ der Meinungsfreiheit überhaupt kennt und zum anderen, ob die gemeinschaftsrechtliche Meinungsfreiheit sich auch auf die kommerzielle Sprache, also hier die Werbung, erstreckt.

a) *Meinungsfreiheit*

Bei der Meinungsfreiheit ist parallel zum Abschnitt, der das deutsche Verfassungsrecht untersucht,²¹³ zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller, ins-

der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S. 12 ff. Weder die EU noch die EG sind der EMRK beigetreten (EuGH Rs. 2/94 Gutachten nach Art. 228 Abs. 6 EGv v.28.3.1996 Slg. 1996, I-1759, Tz. 33 ff). Die Rechte der EMRK sind von den Organen der EU zu achten (Art. F Abs.2 EUV) und sie gehören zu den internationalen Verträgen, die Hinweise geben für die Schöpfung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des EG-Gemeinschaftsrechts und auch dort zu berücksichtigen sind (EuGH Urt.v 14.5.1974 Rs.4/73 Nold/Kommission Slg. 1974, 491 Tz.13). Siehe auch die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte ABl. 1987, L 169, 1 und die gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 5.4.1977, Abl. 1977 C 103, 1 und des Europäischen Parlaments vom 12.4.1989, ABl. 1989 C 120, 1). Zur rechtsvergleichenden Gewinnung von Gemeinschaftsgrundrechten, die nicht dem "Prinzip des kleinsten gemeinsamen Nenners" entspricht, M.Zuleeg, Der Schutz der Menschenrechte im Gemeinschaftsrecht, DÖV 1992, 937, 941; E.Chwolik-Lanfermann, Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, 1994, S.54 ff; EuGH Urt.v.13.07.1989 Rs. 5/88 Wachauf/Bundesrepublik Deutschland Slg.1989, 2633, 2639 Tz. 17f: "Die vom Gerichtshof anerkannten Grundrechte können jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern sind im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen. Daher kann die Ausübung dieser Rechte, insbesondere im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation, Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der diese Rechte in ihrem *Wesensgehalt* antastet."

212 H.Gersdorf, Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange-II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 1994, 400, 415, 425 ff; E.Steindorff, Drittwirkung der Grundfreiheiten im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 575 in : P.Badura/u.a., Festschrift für P.Lerche, 1993.

213 Siehe im 7.Kapitel.

besondere ideeller und medialer Sprache zu unterscheiden.²¹⁴ Mit der Fortschreibung dieser Kategorien soll nicht eine Interpretation des Gemeinschaftsrechts anhand von deutschem Verfassungsrecht versucht werden, sondern die Kategorisierung soll Grundlage der Rechtsver- und nicht Angleichung²¹⁵ sein. Grundsätzlich weist das Gemeinschaftsrecht wie auch die EMRK in dogmatischen Fragen (noch?) nicht die dogmatische Klarheit und Differenzierung auf wie das deutsche Verfassungsrecht. Dafür gibt es personale – 15 mitgliedstaatliche Verfassungstraditionen – und temporale – Alter des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtssystems²¹⁶ – sowie materielle – keine komplette Rechtsordnung, die zu allen (Lebens-)bereichen Aussagen enthält – Gründe, die im Ergebnis in Zukunft dazu führen können, aufgrund gesicherter Erkenntnisse und Rechtsprechungserfahrung von einer eigenständigen, charakteristischen gemeinschaftsgrundrechtlichen Dogmatik zu sprechen. Für den Gegenstand dieser Untersuchung müssen diese Rahmenbedingungen offengelegt werden, damit die Bezugnahme der gemeinschaftsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung auf ein (einheitliches) „Kommunikations(grund-)recht“ verständlich wird; eine Unterteilung der Kommunikationsfreiheiten in Äußerungs-, mediale und Rezipientenrechte, wie sie dieser Untersuchung zugrundeliegt, ist weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur konturiert. Nach hier vertretener Ansicht entbindet auch ein gemeinschaftsrechtliches (Grund)Recht des „free flow of information“ nicht von einer Ermittlung der im jeweiligen Sachverhalt betroffenen, (faktischen) Interessen. Selbst wenn man der These der Arbeit, die dieser Kategorisierung rechtliche Relevanz beimißt²¹⁷ und ein uniformes Kommunikationsrecht ablehnt, nicht folgt, dient die folgende Gliederung der Darstellung der unterschiedlichen, zunächst **faktischen Betroffenheit der Interessen der Marktteilnehmer und der Allgemeinheit auf dem Meinungsmarkt**.

aa) Mediale Sprache

Das Gemeinschaftsrecht kennt „**eine mediale Meinungsfreiheit**“ die aber bisher nur in wenigen Entscheidungen *ergebnisrelevant* werden konnte.²¹⁸ In einem Fall,

214 Anders als der vom deutschen Verfassungsrecht geprägte Interpret es erwartet, ist weder bei der EMRK noch im Gemeinschaftsrecht eine strikte Trennung zwischen Meinungs- Presse- und Informationsfreiheit feststellbar. Das BVerfG trifft die Abgrenzung zwischen Meinungs- und Pressefreiheit je nach dem ob es um den Inhalt der Meinung geht – dann die Meinungsfreiheit – oder ob es um die Organisation von Medien geht – dann die Pressefreiheit (BVerfGE 85,1, 11ff ("Bayer Aktionäre"); s. die Kritik R.Herzog, Art.5 Rn. 154 ff, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, 32 Erg.Lfg., 1996).

215 Allgemein Ch.Starck, Rechtsvergleichung und öffentliches Recht, JZ 1997, 1021, 1029 f.

216 Siehe etwa EuGH Urt.v.17.12.1970 Rs. 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel Slg. 1970, 1125, 1135 Tz.3, 1138 Tz.20; EuGH Urt.v.17.12.1970 Rs. 25/70 Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel/Köster u.a. Slg. 1970, 1161, 1176 Tz. 22, 1178 Tz. 36; EuGH Urt.v.14.5.1974 Rs. 4/73 J.Nold/Kommission Slg. 1974, 491.

217 Siehe im 7.Kapitel.

218 In einem niederländischen Fall wurde versucht, vertikale Preisbindungen im Buchhandel mit der Erwägung zu rechtfertigen, dieses Vertriebssystem gewährleiste, daß auch schwerer

der den Ernennungsanspruch von EG-Beschäftigten, die als Journalisten gearbeitet hatten, zum Gegenstand hat, bewertet der EuGH die Freiheit der Meinungsäußerung als

„ein Grundrecht, dessen Wahrung der Gerichtshof innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung zu sichern hat...“²¹⁹

verkäufliche Werke verlegt würden. Selbst wenn die Meinungsfreiheit der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 10 EMRK) gewährleiste, daß Bücher unter wirtschaftlich vertretbaren Voraussetzungen herausgegeben werden könnten, vermochte der EuGH in der gemeinschaftsrechtlichen Untersagung der vertikalen Preisbindung keinen Grundrechtsverstoß sehen. (EuGH Urt.v.17.1.1984 verb.Rs. 43 und 63/82 *Vereening ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB u.a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften* Slg. 1984, 19, 62 Tz.33 f). Eine Zuordnung zu den unterschiedlichen Gewährleistungsrichtungen – es könnte sich entweder um die Informationsfreiheit der Leser oder die Meinungsfreiheit des Autors oder die Pressefreiheit des Verlegers handeln – fand *nicht* statt. In EuGH Urt.v.11.7.1985 *Cinéthèque SA u.a./Fédération nationale des cinémas français*, Rs. 60, 61 /84 Slg. 1985, 2605, 2627 Tz.25 f hat der EuGH zwar Ausführungen zu einer nach Art. 10 EMRK bestehenden Meinungsfreiheit gemacht. Diese Meinungsfreiheit befand sich bei mitgliedstaatlichem Handeln "außerhalb des Anwendungsbereichs des Vertrages." Seit EuGH Urt.v.18.7.1991 Rs. C 260/89 *Eliniki Radiophonia Tileorassi AE/Dimotiki Etaireia Pliroforisis u. Sotirios Kouvelas* Slg. 1991, I-2925, 2964 Tz.43) kann EuGH Urt.v.11.7.1985 Rs. 60, 61 /84 *Cinéthèque SA u.a./Fédération nationale des cinémas français* Slg. 1985, 2605, 2627 Tz. 26 insoweit als überholt angesehen werden. Die Gemeinschaft ist nicht Garant der umfassenden Beachtung der Gemeinschaftsgrundrechte durch die Mitgliedstaaten. Mitgliedstaatliche Maßnahmen, *die keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht haben*, werden deshalb vom EuGH *nicht* auf ihre Vereinbarkeit mit den Gemeinschaftsgrundrechten überprüft. Der Bezug zum Gemeinschaftsrecht ist aber dann hergestellt, wenn die Mitgliedstaaten entweder *im Vollzug von Gemeinschaftsrecht* tätig werden oder die mitgliedstaatliche Maßnahme als *Eingriff in eine Grundfreiheit* zu qualifizieren ist. Bei Einschränkungen der **Grundfreiheiten** prüft der EuGH die Rechtfertigung der Einschränkungen

"im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte," (EuGH Urt.v.18.7.1991 Rs. C 260/89 *Eliniki Radiophonia Tileorassi AE/Dimotiki Etaireia Pliroforisis u. Sotirios Kouvelas* Slg. 1991, I-2925, 2964 Tz.43 ("ERT"))

weil das Gemeinschaftsrecht nicht eine mitgliedstaatliche Verfolgung von Zielen respektieren kann, die qualitativ oder quantitativ in Widerspruch zu den Gemeinschaftsgrundrechten erfolgt. Zur Problematik, wann, wenn die Mitgliedstaaten ohne sekundärrechtliche Wurzeln handeln (EuGH, Urt.v.4.10.1991, Rs. C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children (SPUC)/St.Grogan u.a.* Slg. 1991, I-4733, Tz.31) der Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet ist, Th.Jürgensen/I.Schlünder, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AÖR 121 (1996), 200, 213 ff. So hat der EuGH mitgliedstaatliche Einschränkungen der Pressefreiheit nicht als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit angesehen (Art. 60, 59 EGV); EuGH, Urt.v.4.10.1991, Rs. C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children (SPUC)/St.Grogan u.a.*, Slg. 1991, I-4733 Tz.31, wenn kein Bezug zum Dienstleistungserbringer bestand.. Der EGMR, Urt.v.19.12.1992 Nr.64/1991 73167387-388 *Open Door and Dublin Well Woman/Ireland* NJW 1993, 773 Tz.55 (deutsche Übersetzung) bejaht eine Beeinträchtigung der Rechte aus Art. 10 EMRK der über die Möglichkeit der Abtreibung in Großbritannien beratenden Personen wie auch der zu Informierenden.

- 219 EuGH Urt.v.13.12.1989 Rs. C-100/88 *A.Oyowe u.a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften* Slg. 1989, 4285, 4309 Tz.16; Siehe auch EuGH Urt.v.26.6.1997 Rs. C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH/H.Bauer Verlag* EuZW 1997, 470, Tz. 26, wo das Verbot des Verkaufs von Zeitschriften, die die Teilnahme an Preisausschreiben anbieten, als Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit angesehen wird und die Pluralismussicherung von der Gemeinschaft anerkannt wird (Tz. 18) qualifiziert wurde; so auch für das Kabelfernsehen EuGH Urt.v.25.7.1991 Rs. C-353/89 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich der Niederlande* Slg. 1991, I-4069, 4097 Tz. 30.

Mit dieser und anderen Entscheidungen sind – so man die Struktur von Art. 5 GG auf das Gemeinschaftsrecht übertragen wollte – in der EuGH Rechtsprechung **mediale Freiheiten**, hier die *pressefreiheitliche* Meinungsfreiheit, nachgewiesen. Weitere Entscheidungen ergingen zur medialen Meinungsfreiheit des Rundfunks und des Kabelfernsehens.²²⁰

bb) Mediale Werbung und Werbung via mediis im Schutzbereich der Meinungsfreiheit?

Wie im Kapitel zum deutschen Verfassungsrecht sind hier folgende Konstellationen zu unterscheiden:²²¹

- die Gefährdung²²² der medialen Meinungsfreiheit durch Beschränkungen medialer Marketingoptionen (**medialer Werbung**), nämlich
 - der **Eigenwerbung** des Mediums,
 - der **Fremdwerbung** des Mediums, und
- der Eingriff in eine werbliche Meinungsfreiheit des Werbenden, die in diesem Abschnitt **medial-werbeträgergebunden** ist (etwa Werbung via Presse, Fernsehen oder Rundfunk: „**Werbung via mediis**“).

Die Frage der Zulässigkeit der medialen Verbreitung von Fremdwerbung wie auch der Zulässigkeit der „Werbung via mediis“²²³ stellt sich regelmäßig innerhalb *eines* Sachverhalts.

(1) **Gefährdung der medialen Meinungsfreiheit durch Beschränkungen der Eigenwerbung:** Bei der **Verbreitung von Programmen mit Eigenwerbestandteilen** deutet sich durch eine jüngere Entscheidung an, daß, **wie auch in der BVerfG-Rechtsprechung,²²⁴ Marketingbestandteile am meinungsfreiheitlichen Schutz der medialen Sprache teilhaben:**²²⁵ Bei der Frage, ob die Verbreitung einer in einem anderen Mitgliedstaat hergestellten Zeitschrift deshalb untersagt werden könne, weil sie ein²²⁶ Kreuzworträtsel mit Gewinnauslobung enthielt, erklärte der EuGH in der „Familiapress-Entscheidung“ den Anwendungsbereich der Meinungsfreiheit für eröffnet. Der EuGH geht – ohne dies zu begründen – von einer Selbstverständlichkeit aus. Medien, die sich durch verkaufte Werbung finanzieren, müssen sich ihrerseits vermarkten,

220 Rundfunk: EuGH Urt.v.18.7.1991 Rs. C 260/89 Eliniki Radiophonia Tileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliroforisis u. Sotirios Kouvelas Slg. 1991, I-2925, 2964 Tz.43; Kabelfernsehen: EuGH Urt.v.5.10.1994 Rs. C-92/93 TV 10 SA/Commissariaat voor de Media Slg. 1994, I – 4795 Tz..24-26.

221 Siehe im 7.Kapitel.

222 und/oder der Eingriff in die mediale Meinungsfreiheit.

223 Eine Entscheidung, die alle Szenarien verknüpft, ist EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654; De Agostini vertreibt ein Jugendmagazin mit "Zugaben", ähnlich dem Preisrätsel bei "Familiapress" (mediale Eigenwerbung) und benutzt für die Verbreitung dieser Eigenwerbung einen fremden Werbeträger.

224 Siehe im 7.Kapitel.

225 EuGH Urt.v.26.6.1997 Rs. C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH/H.Bauer Verlag EuZW 1997, 470, Tz. 26.

226 am Marktort wettbewerbsrechtlich unzulässiges

um dank ihrer Reichweite für Werbekunden attraktiv zu sein. Wenn Ihnen kommunikations-, produkt- und preispolitische Optionen²²⁷ verschlossen werden, besteht immer die Gefahr eines „mittelbaren“ Eingriffs in die Freiheit der Medien.²²⁸

(2) **Gefährdung der medialen Meinungsfreiheit durch Beschränkungen der Fremdwerbung:** Der EuGH hat bei medialen Sachverhalten mit **Fremdwerbung**, die ihm vor der Familiapress-Entscheidung vorgelegt wurden, einen meinungsfreiheitlichen Schutz **der medialen Werbung und der „Werbung via mediis“** nicht festgestellt. In einer Reihe von Entscheidungen, die die Einspeisung und Ausstrahlung von (Kabel)-Fernseh- und Rundfunkprogrammen zum Gegenstand hatten, spielte die mediale Meinungsfreiheit nicht bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Einschränkung – des „Ob“ – sondern allenfalls bei der Anwendung des Einschränkungstatbestandes – des „Wie“ – eine Rolle. Eine Entscheidung soll diese Perspektive des Gemeinschaftsrechts verdeutlichen: Die Niederlande hatten Regelungen zur Beschränkung und Kennzeichnung von Werbung erlassen, die rechtlich und faktisch die Ausstrahlung von Programmen erschwerten, die in anderen Mitgliedstaaten für den niederländischen Markt produziert worden waren.²²⁹ Die Frage, **ob** solche Einschränkungen der medialen Werbung (Fremdwerbung) wie auch der „Werbung via mediis“ meinungsfreiheitlich gerechtfertigt sind, hat der EuGH nicht unter dem Aspekt des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes, sondern nur grundfreiheitlich, erörtert:

„In diesem Zusammenhang ist zunächst hervorzuheben, daß Beschränkungen der Sendung von Werbemitteilungen, wie zum Beispiel das Verbot der Werbung für bestimmte Erzeugnisse oder an bestimmten Tagen, die Beschränkung der Dauer oder der Häufigkeit dieser Mitteilungen oder Beschränkungen, die verhindern sollen, daß die Radiohörer oder die Fernsehzuschauer die kommerzielle Werbung mit anderen Programmteilen verwechseln, durch zwingende Gründe **des** Allgemeinwohls gerechtfertigt sein können. Derartige Beschränkungen können vorgeschrieben werden, um die Verbraucher gegen ein Übermaß an kommerzieller Werbung zu schützen **oder** um im Rahmen der Kulturpolitik eine bestimmte Programmqualität zu erhalten“.²³⁰

227 Das Preisrätsel mit Gewinnauslobung kombiniert kommunikations-(wenn das Preisrätsel auf der Titelseite angekündigt wird) und produktpolitische Elemente – Preisrätsel als Programmbestandteil – mit preispolitischen (Unterfall der Kontrahierungspolitik) – Gewinnchance als Zugabe. Die Qualifizierung als "Zugabe" oder "Programmteil" muß dabei marktspezifisch getroffen werden; S.Hödl, Die Folgen des EuGH-Urteils "Familiapress" für § 9a UWG, Wbl. 1997, 325, 327f.

228 Zur Gefährdung von Grundrechten siehe im 3.Kapitel V 6 g dd).

229 EuGH Urt.v. 26.4.1988 Rs. 352/85 Bond van Adverteerders u.a./Niederländischer Staat Slg. 1988, 2085; EuGH Urt.v.25.7.1991 Rs. C-353/89 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich der Niederlande Slg. 1991, I-4069, 4097 Tz. 30.

230 EuGH Urt.v.25.7.1991 Rs. C-353/89 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich der Niederlande Slg. 1991, I-4069, 4101 Tz. 45.

Die Frage, *wie* die Einschränkung der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit²³¹ – nicht der Meinungsfreiheit – zu bewerten sei, hat der EuGH anhand der Meinungsfreiheit beantwortet. Die Sicherung des *Medienpluralismus als Bestandteil einer meinungsfreiheitlichen Ordnung, die auch auf Gemeinschaftsebene zu wahren sei*, könne grundsätzlich eine Beschränkung der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen.²³² Der EuGH scheint davon auszugehen, daß die mediale (Fremd-)Werbung grundfreiheitlich, und *nicht* meinungsfreiheitlich geschützt ist. Die Sicherung der *Meinungsfreiheit anderer (der Informationsauswahlfreiheit der Rezipienten)* kann also den Werbenden²³³ und auch denjenigen, die Werbung im Kontext von Medien verbreiten, entgegengehalten werden. Die Erforderlichkeit der zur Sicherung *der Meinungsfreiheit anderer getroffenen Maßnahmen* ist der Schwerpunkt der bisherigen EuGH-Perspektive; *nicht aber der Schutz der Meinungsfreiheit des Werbenden (werbliche Meinungsfreiheit; in diesem Abschnitt handelt es sich um werbeträgergebundene werbliche Meinungsfreiheit) oder des medialen Werbeträgers (mediale Meinungsfreiheit) der Fremdwerbung.*²³⁴ Erklärbar ist der Schwerpunkt der Rechtsprechung,

231 Die Bezüge zur Dienstleistungsfreiheit sind mehrfach: Die Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen, die die Verbreitung von in einem anderen Mitgliedsstaat ausgestrahlten Sendungen an ihre eigenen Teilnehmer weiterleiten sowie die Dienstleistung gegenüber den Werbeagenturen, denen die Verbreitung zugesichert wird (EuGH Urt.v. 26.4.1988 Rs. 352/85 Bond van Adverteerders u.a./Niederländischen Staat Slg. 1988, 2085, 2131 Tz. 14 ff) und der Waren- und/oder Dienstleistungsfreiheit der "Hersteller" oder des "Vertriebs" (Gegen die Annahme einer Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit EuGH Urt.v.9.2.1995 Rs. C-412/93 Société d'importation É. Leclerc-Siplec/Tf1 Publicité SA u.a. Slg. 1993, I-179, 216 Tz.18 ff ("Verkaufsmodalität"), wobei es sich hier um ein Fall der Werbung via mediis und nicht der medialen Werbung handelt; offen in EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Komsumentenombudsmannen/De Agostini Svenska Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654,657 Tz.42.

232 EuGH Urt.v.25.7.1991 Rs. C-353/89 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich der Niederlande Slg. 1991, I-4069, 4097 Tz. 30; zurückhaltender EuGH Urt.v. 26.4.1988 Rs. 352/85 Bond van Adverteerders u.a./Niederländischen Staat Slg. 1988, 2085, 2135, Tz. 35 f.

233 Eine Entscheidung, die alle Szenarien verknüpft, ist EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Komsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654: De Agostini vertreibt ein Jugendmagazin mit "Zugaben", ähnlich dem Preisrätsel bei "Familiapress" (mediale Eigenwerbung) und benutzt für die Verbreitung dieser Eigenwerbung eines Mediums einen fremden Werbeträger. Der EuGH prüft für das Medium nur die Warenverkehrsfreiheit; nicht aber – *was man in Fortführung der Familiapress-Entscheidung hätte erwarten können* – die mediale Meinungsfreiheit. Die medialen Werbeträger – TV3, TV4 und ein Homeshopping Channel – sind nicht Partei des Verfahrens. Die Einschränkungen ihrer Dienstleistungsfreiheit wird dennoch zum Gegenstand der Urteilsgründe (Tz. 48 ff). Ein Hinweis auf die Meinungsfreiheit unterbleibt sowohl beim medialen Werbenden als auch beim medialen "Werbeträger"(Tz. 47, 54).

234 Die Unterscheidung von Fremd- und Eigenwerbung findet sich nun mehr auch im Sekundärrecht; vorläufig nur für das Medium Fernsehen: Die Eigenwerbung der Werbeträger gehört beim Fernsehen zur "Werbungsdefinition" (Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 zur Änderung der Richtlinie 98/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl Nr. L 202/60 Art.1 c); soweit sie Hinweise auf eigene Programme oder Begleitmaterialien enthält, wird sie nicht den – begrenzten – Werbezeiten zugerechnet (Erwägungsgrund 35) ; soweit sie aus Programmauszügen besteht, wird sie dem "Programm" zugerechnet (Erwägungsgrund 39). Kritisch zur Eigenwerbung

die den *Schutz der medialen Eigenwerbung* betont, nach hier vertretener Ansicht²³⁵ durch mehrere Betrachtungen

- (1) Ein Aspekt ist die Unterscheidung *zwischen der Verbreitung und der Weiterverbreitung* von Programmen mit Werbebestandteilen. Ganz überwiegend²³⁶ handelte es sich um Fälle der „*Weiterverbreitung*“ von Programmen (mit Fremdwerbung). Es handelte sich um Programme, die in einem anderen Mitgliedstaat produziert wurden, und um die Frage, ob diese Programme hinsichtlich ihrer werblichen Ergänzungen modifiziert werden mußten²³⁷, bevor sie im Empfangsstaat verbreitet werden durften. Die Gefahr, daß ein Mitgliedstaat (und gegebenenfalls die Gemeinschaft) durch die Beschränkung der (Fremd-)Werbung „in Wahrheit“ die Beschränkung des Programms erstrebt – also „über die Bande spielt“ – ist bei diesen grenzüberschreitenden Sachverhalten viel weniger greifbar als im mitgliedstaatlichen Binnensachverhalt ohne Anknüpfungspunkte zum Gemeinschaftsrecht.²³⁸ Der Prozeß der Produktion des Programms und der Anreicherung mit „Werbung“ ist bei den grenzüberschreitenden Sachverhalten schon abgeschlossen. Es geht um die Dienstleistung des *Weiterverbreitens* – und nur mittelbar um die Freiheit der medialen Meinungsäußerung. Diese Ausführungen sollen nicht verschweigen, daß in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Mehrinvestitionen für die Anpassung des Programms an das Werberegime des Empfangsstaates²³⁹ er-

des Fernsehens, das die besten Positionen im Werbeblock für sich beansprucht (H.Jung, "Der brave Mann am Buffet denkt an sich selbst zuerst" Die Zeit v.12.3.1998 S. 75).

- 235 J.Kühling, Grundrechtskontrolle durch den EuGH: Kommunikationsfreiheit und Pluralismussicherung im Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1997, 296, 320 bietet unter Hinweis auf die Schlußanträge des Generalanwalts G.Thesauro vielleicht eine andere Erklärung: der EuGH bewerte jeden Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit als Beschränkung der Rezeptionsfreiheit. Die Rezeptions- im Sinne einer Informationsfreiheit sei die korrespondierende Freiheit zur Meinungsäußerung und letztendlich die wichtigere. Aus einer Rezipientenperspektive ist es aber schwer zu begründen, warum dem österreichischen Verbraucher Kaufanreize oder Programmbestandteile vorenthalten werden sollen.
- 236 Fälle, in denen es nicht nur um die *Weiterverbreitung* von Programmen mit Werbebestandteilen ging, sind EuGH Urt.v.30.4.1974 Rs.155/73 G.Sacchi Slg. 1970, 409, EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654 (Verbreitung einer Jugendzeitschrift) und EuGH Urt.v.12.9.1996 Verb. Rs. C 320/94 u.a. Reti Televisive SpA (RTI) u.a./Ministerio delle Poste e Telecomunicazioni Slg. 1996, I-6471.
- 237 Entweder sollten die Werbemitteilungen gekürzt werden (Verb. Rs. C 320/94 u.a. Reti Televisive SpA (RTI) u.a./Ministerio delle Poste e Telecomunicazioni Slg. 1996, I-6471), vor einem bestimmten Publikum nicht gesendet werden oder die Verbreitung wegen ihres irreführenden Charakters untersagt werden (Jugendschutz und unlautere Werbung: EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654)
- 238 Da es im Bereich der Europäischen Union immer noch an *einer öffentlichen Meinung* fehlt, fehlt auf Unionsebene noch das typische Gegenüber von Staat, Medien und Öffentlichkeit, siehe dazu im 7.Kapitel..
- 239 Wie jüngere Entscheidungen verdeutlichen, sind die Probleme durch die mit der Fernsehrichtlinie erfolgte Harmonisierung eher vom Primärrecht auf die Auslegung der Richtlinie verschoben, denn abschließend gelöst worden. Siehe vor allem EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a.

heblich sein können. Vor allem wenn es sich um Medien handelt, die die Positionierung von Werbung mit viel Engagement und finanziellem Aufwand perfektionieren,²⁴⁰ was die eingangs geschilderte Infiltrationsstrategie der Werbung verlangt. Diese Auswirkungen scheinen aber nicht so erheblich zu sein, als daß der EuGH es für notwendig befindet, bei der Weiterverbreitung von Programmen den Fremdwerbungs-“bestandteil“ vom meinungsfreiheitlichen Schutz des Mediums zu umfassen.²⁴¹

(2) Ein weiterer Aspekt könnte die *relative Geringfügigkeit der Einschränkungen* sein. Bei Fällen, in denen sich Fernsehanstalten²⁴² gegen Beschränkungen der Werbezeit wandten (wo es sich also nicht um die *Weiterverbreitung* handelt), hat der EuGH – wohl wegen der Geringfügigkeit der Gefährdung der medialen und/oder der Geringfügigkeit der Beeinträchtigung der werblichen Meinungsfreiheit (Werbung via mediis) – anders als etwa der Generalanwalt²⁴³ – die Meinungsfreiheit nicht einmal erwähnt. Diese Nicht-Erwähnung ist aus dogmatischer Sicht unbefriedigend, weil sie die Begründung offenläßt: Handelt es sich bei derartigen Rahmenbestimmungen für die Werbung um so *geringfügige Gefährdungen der medialen Meinungsfreiheit oder so geringe Eingriffe in die werbliche Meinungsfreiheit, daß*

- der Schutzbereich der (medialen und werblichen) Meinungsfreiheit nicht eröffnet ist oder daß

EuZW 1997, 654 ff zur Möglichkeit, daß mitgliedstaatliches Lauterkeitsrecht die Weiterverbreitung nach der Fernsehrichtlinie unterbindet.

240 Ein einfaches Beispiel ist die Positionierung der Bundeswehrwerbung in der FAZ v.27.2.1998. Zwei Soldaten werden in einem Photobericht über die Vorstellung der Werbekampagne mit dem Verteidigungsminister abgebildet und finden sich auf der gleichen Seite innerhalb der Werbekampagne noch einmal dargestellt. Im Fernsehen sind im Kinderfernsehen vor allem die Fragen, wann für Disney Land im Anschluß an Disney Programme geworben werden darf oder – als Negativbeispiel – die Einblendung von Coca-Cola Werbespots unmittelbar vor der Einblendung eines Massakers (L.C.Ubertazzi, Die freie Verwertung von Werbung, GRUR Int. 1996, 534) bekannt geworden. Grundsätzlich geht es um die optimale Gestaltung des als Meinungsumfeld geschilderten Werbeumfelds (siehe dazu im 7.Kapitel), das sicher Auswirkungen auf die Attraktivität des Mediums für die Werbeagenturen hat.

241 EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654 (Verbreitung einer Jugendzeitschrift) könnte mit diesem "Weiterverbreiten" und einem Mittelbarkeitskriterium begründet werden. Es geht um die Eigenwerbung der Presse, die aber über einen fremden, medialen Werbeträger verbreitet werden soll. Die Verbindung dieser medialen Eigenwerbung zum eigenen Programm ist damit nicht mehr gegeben; es handelt sich um die Verbreitung von Fremdwerbung durch einen anderen medialen Werbeträger.

242 Fälle, in denen es nicht nur um die *Weiterverbreitung* von Programmen mit Werbebestandteilen ging, sind EuGH Urt.v.30.4.1974 Rs.155/73 G.Sacchi Slg. 1970, 409, und EuGH Urt.v.12.9.1996 Verb. Rs. C 320/94 u.a. Reti Televisive SpA (RTI) u.a./Ministerio delle Poste e Telecomunicazioni Slg. 1996, I-6471.

243 EuGH Urt.v.30.4.1974 Rs.155/73 G.Sacchi Slg. 1970, 409, 427 f Tz. 6; EuGH Urt.v.18.3.1980 M.Debauve u.a. Slg. 1980 833, 854 Tz.6; EuGH Urt.v.12.12.1996 Verb. Rs. C 320/94 u.a. Reti Televisive SpA (RTI) u.a./Ministerio delle Poste e Telecomunicazioni Slg. 1996, I-6474, 6488, der die Einschlägigkeit der Meinungsfreiheit bejaht, eine Verletzung aber wegen der Evidenz der Zulässigkeit der Einschränkung verneint.

- der effektive Garantiebereich²⁴⁴ *evident* nicht verletzt ist²⁴⁵.

Die Ausführungen des EuGH in der oben zitierten Entscheidung zum niederländischen Medienrecht lassen sich eher so interpretieren, als ob der EuGH bereits den *Schutzbereich der medialen und werblichen Meinungsfreiheit* bei Regelungen, die die Werbung beschränken, für nicht eröffnet hält. Damit vereinbar ist auch, daß der EuGH in einer Entscheidung zum Verbot der Fernsehwerbung für den Handel („Vertrieb“) ebenfalls die (werbliche) Meinungsfreiheit nicht geprüft hat, während er bei der Frage des Kreuzworträtsels mit Gewinnauslobung, das sachlich große Nähe mit dem Programm, also der medialen Freiheit hat, die Meinungsfreiheit geprüft hat.²⁴⁶

cc) Nicht-kommerzielle Sprache: Ideelle Sprache

Eine Art.5 Abs.1.S.1 1.Alt.GG vergleichbare Meinungsfreiheit ist durch Präjudizien bisher nicht nachweisbar. Es ist nur eine Frage der Gelegenheit, bis der EuGH eine Art. 5 Abs. 1 S.1 1.Alt GG vergleichbare Meinungsfreiheit anerkennt; etwa eine Meinungsfreiheit der Beamten und Bediensteten (Art. 179 EGV)²⁴⁷ der EG. Den Schritt in diese Richtung hat er mit der eingangs geschilderten Entscheidung zum Ernennungsanspruch der Journalisten²⁴⁸ bereits getan.

dd) Zusammenfassung

Voraussagbar ist, daß der EuGH beim *medialen Marketing, also bei den Marketingoptionen der Medien für die Eigenwerbung*,²⁴⁹ in Fortführung der „Familia-press“-Entscheidung die Meinungsfreiheit der Medien berücksichtigen wird. *Aus der Sicht des Marketing-Mix* ist das Besondere an dieser Fallgestaltung, daß die Trennung von Produkt-, Preis- und Kommunikationspolitik ungeeignet ist, um Aussagen über die Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs zu treffen. Gerade das Beispiel der Zeitschrift mit Preisrätsel, das kommunikations-, preispolitische und produktpolitische Elemente kombiniert, zeigt, daß die *Ausstrahlung der medialen Meinungsfreiheit* sich gegebenenfalls auf alle Bestandteile des Marketing-Mix erstrecken muß.²⁵⁰ Der *medialen Fremdwerbung* hat der EuGH bisher einen meinungsfreiheitlichen Schutz nicht zugebilligt. Anders als

244 G.Lübbe-Wolf, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 27 ff, 63 ff.

245 So der Schlußantrag des Generalanwalts F.Jacobs zu EuGH Urt.v.12.12.1996 Verb. Rs. C 320/94 u.a. Reti Televisive SpA (RTI) u.a./Ministerio delle Poste e Telecomunicazioni Slg. 1996, I-6471.

246 EuGH Urt.v.9.2.1995 Rs. C-412/93 Société d'importation É. Leclerc-Siplec/Tfl Publicité SA u.a. Slg. 1993, I-179, 216; EuGH Urt.v.26.6.1997 Rs. C-368/95 Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH/H.Bauer Verlag EuZW 1997, 470 f.

247 Zuständig wäre erstinstanzlich das EuG (Beschuß des Rates (88/591/EGKS, EWG, Euratom) zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften) v.24.10.1988, Sartorius Nr. 220 b Art. 3 Abs. 1 lit. a.

248 EuGH Urt.v.13.12.1989 Rs. C-100/88 A.Oyowe u.a./Kommission der Europäischen Gemeinschaften Slg. 1989, 4285, 4309 Tz.16.

249 Siehe im 3.Kapitel I 3 c.

250 Auch auf die distributionspolitische Komponente, damit die Medien auch ihre Rezipienten finden können.

bei der medialen Eigenwerbung geht es weniger um die Problematik der Beeinflussung des Programms durch die Werbebeschränkung (Vermischungsproblematik), sondern um die Erhaltung der **Finanzierungsquellen** der Medien. Ein solcher Finanzierungsanspruch ist auch im deutschen Recht bisher nur für die öffentlich-rechtliche Rundfunkanbieter bekannt;²⁵¹ während für private Anbieter ein Kernbereich an Fremdwerbung²⁵² gewährleisten sein muß, um die Verwirklichung ihrer Meinungsfreiheit zu gewährleisten. Nach hier vertretener Ansicht ist es nur eine Frage der Gelegenheit, bis der EuGH auch *insoweit* die Eröffnung des Schutzbereichs der **medialen Meinungsfreiheit bejaht**. Kritisch bleibt nur, wann das „insoweit“ vom Einschränkungssachverhalt her vorliegt, damit der EuGH diese Aussage treffen kann. Anhaltspunkte mögen neben der **Stärke der Beschränkung der Fremdwerbung** die oben bereits genannte Unterscheidung von **Verbreitung** und **Weiterverbreitung** sein.

Aussagen zur **werblichen, medial-werbeträgergebundenen Meinungsfreiheit**, der Werbung via mediis, hat der EuGH nicht getroffen. Jenseits der medialen und ideellen Sprache, stellt sich deshalb weiterhin die grundsätzliche Frage des meinungsfreiheitlichen Schutzes von Werbung irrespektive des gewählten Werbeträgers und -mittels:

b) *Werbefreiheit als Meinungsfreiheit?*

aa) EuGH-Rechtsprechung: Akzessorietät zu Grundfreiheit und wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit

Die EuGH Rechtsprechung **kennt eine gemeinschaftsgrundrechtliche Meinungsfreiheit für die Werbung** bisher **nicht**²⁵³ – und zwar weder bei der Prüfung mitgliedstaatlicher noch bei der Beurteilung gemeinschaftsrechtlicher Werbebeschränkungen- und verbote. Stattdessen bekennt sich der EuGH in erster Linie zu einem grundfreiheitlichen Verständnis von Werbung: Der EuGH qualifiziert **Wer-**

251 Dazu siehe im 7.Kapitel.

252 Die Betonung liegt auf "Fremd" und nicht auf "Werbung", weil Pay TV allein heute einer medialen Meinungsfreiheit nicht mehr genügt und die Fernsehveranstalter deshalb darauf angewiesen sind, ihr Medium für das Marketing (Verkaufsförderung, Werbung ..) anderen zur Verfügung zu stellen.

253 So auch M.Daues, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425, 429 f, der von einem gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz von Werbung ausgeht; Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435, 437 f; A.Meyer, Produktspezifische Werbebefreiungen in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 195, die eine Er-streckung auf die kommerzielle Sprache- Werbung – fordern. Der EuGH hat in seinen die Kommunikationspolitik betreffenden Entscheidungen nicht auf die Meinungsfreiheit des Werbenden, sondern auf die Bedeutung von Kundeninformation für die Warenverkehrsfreiheit abgestellt. Die Kundeninformation sah er dabei eher reflexartig in der Warenverkehrsfreiheit enthalten (EuGH, Urt.v.7.3.1990, Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confederation du commerce luxembourgeois, Slg. 1990, I-667 Tz.8; EuGH Urt. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361) denn als Informationsfreiheit des Kunden oder Äußerungsfreiheit des Werbenden ausgestaltet.

bung als Voraussetzung und Bestandteil der Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 EGV) und der Dienstleistungsfreiheit.²⁵⁴ Eine Auffassung, die als „*Akzessorietätsthese*“ überschrieben werden könnte; die Kommunikations- und Produktpolitik („Werbung auf der Verpackung“, „Kennzeichnung durch Etikettierung“) wird als „*conditio sine qua non*“ der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen geschützt. Diese Akzessorietätsbetrachtung hat auch zur Folge, daß Werbung keine eigenständige Definitionskraft für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten hat (*Produktakzessorietät*). **Der Inhalt der Werbung bestimmt darüber, welche Grundfreiheit einschlägig ist – nicht dagegen die eingesetzten Werbemittel- und -träger:** Die Werbung für Waren unterfällt dementsprechend der Warenverkehrsfreiheit, die Werbung für Dienstleistungen der Dienstleistungsfreiheit (Art.60 Abs.1, 59 Abs.1 EGV). So wird die Versendung von Prospekten (Waren), die für eine Dienstleistung (Lotterie) werben, ebenfalls als Dienstleistung²⁵⁵ qualifiziert.²⁵⁶ Eine Ausnahme vom Grundsatz der produktakzessorischen Behandlung ist das Medienrecht: Die Fernseh- und Rundfunkwerbung teilt nach gefestigter Rechtsprechung den Dienstleistungscharakter der Werbeträgers (Art. 60 EGV)²⁵⁷ (*Werbeträgerakzessorietät in der Rundfunkwerbung*) **und hat – aus der Perspektive des Werbenden – Anteil an der Warenfreiheit.**²⁵⁸ Der grundfreiheitliche Schutzbereich der Werbung ist demzufolge nicht eigenständig zu definieren, sondern bemißt sich danach, inwieweit die Ausübung der Warenverkehrsfreiheit oder der Dienstleistungsfreiheit Werbefreiheit – bei der medialen Sprache inwieweit diese die Zulässigkeit von Fremdwerbung – verlangt.

Die *akzessorisch-grundfreiheitliche Behandlung von Werbung* unterscheidet sich damit von der *grundfreiheitlichen und gemeinschaftsgrundrechtlichen Behandlung* anderer, potentiell meinungsfreiheitlicher Sachverhalte. So hat der EuGH mitgliedstaatliche Beschränkungen der medialen Sprache²⁵⁹ an *Grundrecht (Meinungsfreiheit) und Grundfreiheit (Waren- und/oder Dienstleistungsfrei-*

254 Siehe dazu die im folgenden geschilderten Entscheidungen „Schindler“ und „Alpine“.

255 EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92, Her Majesty's Customs and Excise/G. Schindler u.a., Slg. 1994, I-1039, 1093 Tz.45 = EuZW 1994, S. 311 mit Anm. v. Th. Stein.

256 Für das "cold calling" (Dienstleistung) – Telefonanrufe bei potentiellen Interessenten – zur Vermarktung von Finanzdienstleistungen EuGH, Urt.v.10.5.1995, Rs. C-384/93, Alpine Investments BV/Minister von Financien, EuZW 1995, 404 f. Der EuGH überträgt auf die Werbung für Dienstleistungen die im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelten Tests – Keck und Cassis.

257 EuGH Urt.v.18.3.1980. Debaue u.a. Rs.52/79 Slg. 1980, 833, Rn.8 für Werbesendungen im Kabelfernsehen und hinsichtlich Regeln für das modifizierte Einspeisen von im Ausland produzierten Programmen mit Werbemitteilungen als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit EuGH Urt.v.25.7.1991 Rs. C-288/89 Stichting Collectieve Antennenvoorziening Gouda u.a./Commissariaat voor de Media EuZW 1991, 699 f Rn.26 ff.

258 EuGH Urt.v. 9.5.1995 Rs. C-412/93 Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec/ TF1 Publicité SA u.a. Slg. 1995, I-209 Tz. 21; EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654 Tz. 40 ff.

259 Siehe oben EuGH Urt. v. 24.03.1994 Rs. C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise/G. Schindler u. II 2.

heit) gemessen.²⁶⁰ Bei parallel gelagerten Sachverhalten, die mitgliedstaatliche Beschränkungen der Werbefreiheit zum Gegenstand hatten („Yves Rocher“ und „GB-INNO“),²⁶¹ hat der EuGH eine Prüfung dieser mitgliedstaatlichen Beschränkungen anhand eines Gemeinschaftsgrundrechts nicht einmal erwogen.²⁶²

Gegen diese akzessorietäts- und grundfreiheitsbetonte Einordnung der EuGH-Rechtsprechung könnte eingewandt werden, daß dem EuGH in diesen Entscheidungen zum deutschen und luxemburgischen Werberecht bereits der grundfreiheitliche Garantiebereich genügte, um die mitgliedstaatlichen Werbebeschränkungen als gemeinschaftsrechtswidrig zu qualifizieren.²⁶³ Einer darüber hinaus erfolgenden Prüfung der mitgliedstaatlichen Argumente an einem Gemeinschaftsgrundrecht bedurfte es für das Ergebnis der Entscheidungen deshalb nicht. Dieser rechtsprechungspragmatische Erklärungsansatz für das Schweigen des EuGH zur Meinungsfreiheit für die Werbung läßt die Frage eines gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzes für die Werbung als noch offen erscheinen.

Im Unterschied zu dieser noch offenen Fallgestaltung – meinungsfreiheitlicher Grundrechtsschutz für die Werbung – ist in anderer Hinsicht bereits eine Konkretisierung erfolgt, die zum einen zur *Modifizierung der nur grundfreiheitlichen Akzessorietätsthese zwingt, zum anderen aber ein weiteres Argument gegen einen meinungsfreiheitlichen Werbungsschutz liefert*. Bei der Werbung auf der Verpackung – also *der* Form kommerzieller Sprache, die sich im Schnittstelle von Produkt(gestaltungs)- und Kommunikationspolitik befindet – hat der EuGH einen grundfreiheitlichen *und* grundrechtlichen Schutz bejaht. Der EuGH hat Etikettierungs-Beschränkungen^{264 265} auf der *Verpackung* nicht anhand der Meinungsfrei-

260 EuGH Urt.v.18.7.1991 Rs. C 260/89 Eliniki Radiophonia Tileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliroforisis u. Sotirios Kouvelas Slg. 1991, I-2925, 2964 Tz.43.

261 EuGH, Urt.v.7.3.1990, Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confederation du commerce luxembourgeois, Slg. 1990, I-667 Tz.8; EuGH Urt. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361); siehe auch zum Verbot der Fernsehwerbung für den Handel EuGH Urt.v. 9.5.1995 Rs. C-412/93 Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec/ TF1 Publicité SA u.a. Slg. 1995, I-209, 215 Tz. 21 f , wo nicht einmal der Anwendungsbereich von Art. 30 EGV eröffnet wurde. Zur Dienstleistungsfreiheit: EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654, 656 Tz.48 (Werbung im Fernsehen als Dienstleistung); EuGH Urt.v. 26.4.1988 Rs. 352/85 Bond van Adverteerders u.a./Niederländischen Staat Slg. 1988, 2085, 2131 Tz. 14 ff.

262 Siehe auch EuGH Urt.v.6.4.1992 Rs. C-62/90 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1992, I-2575, 2607 Tz.16 zur Berücksichtigung der Betätigungsfreiheit.

263 EuGH, Urt.v.7.3.1990, Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confederation du commerce luxembourgeois, Slg. 1990, I-667 Tz.8; EuGH Urt. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361; zur Dienstleistungsfreiheit EuGH Urt.v. 26.4.1988 Rs. 352/85 Bond van Adverteerders u.a./Niederländischen Staat Slg. 1988, 2085, 2131 Tz. 14 ff. 2136, 41.

264 Es gibt eine Reihe von Entscheidungen, in denen die Produktpolitik durch Etikettierungs- und Kennzeichnungsvorschriften eingeschränkt wird, bei denen der EuGH eine gemeinschaftsgrundrechtliche Verbürgung der Produktpolitik bei der "Verpackungswerbung" nicht einmal erwogen hat: etwa EuGH Urt.v.12.10.1995 Rs. C-85/94 Groupement des produc-

heit sondern unter Hinweis auf eine gemeinschaftsgrundrechtliche „*Betätigungsfreiheit*“ überprüft. Soweit ersichtlich führte aber keines der Verfahren zu einer Verletzung des im Gemeinschaftsrecht „nur“ geschützten „Wesensgehalts“ dieses Grundrechts.²⁶⁶ Nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung wird also die Verpackungswerbung grundrechtlich geschützt – und zwar *eher* nach einem Art. 12 und 14 GG vergleichbaren Recht.²⁶⁷ Die bisherige Rechtsprechung des EuGH läßt sich deshalb eher als Indiz für die Ablehnung eines meinungsfreiheitlichen Grund-

-
- teurs, importateurs et agents généraux d'eaux minérales étrangères, VZW (Piageme) u.a./Peeters NV Slg. 1995, I- 2955, mit Anmerkung von Th.Schilling, EuZW 1996, 16 zum Zwang, bei Etikettierung und Werbung Mindestangaben in einer "leicht verständlichen" Sprache zu machen; siehe auch EuGH Urt. v.18.6.1991 Rs. C-369/89 Piageme u.a./BVBA Peeters Slg. 1991, I-2971. Bei anderen Etikettierungsfällen (EuGH Urt.v. 9.8.1994 Rs. C-51/93 Mehui NV/Schott Zwiesel Glaswerke AG Slg. 1994, I – 3879; EuGH Urt.v. 18.6.1991 Rs. C-369/89 ASBL Piageme u.a./BVBA Peeters, Slg. 1991, I-2971, EuGH Urt.v.15.1.1991 Rs. C-372/89 Gold-Ei Erzeugerverbund gegen Überwachungsstelle für Milcherzeugnisse und Handelsklassen Slg. 1991, I – 43, 54 Tz.13 (Verpackungsdatum als "Legedatum") wie Markenfällen (EuGH Urt.v. 2.2.1994 Rs. C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb e.V./Clinique Laboratories SNC u.a. Slg. 1994, I-330; EuGH Urt.v. 26.11.1996 Rs. C-313/94 E. Graffione SNC/Ditta Fransa EuZW 1997, 245) hat der EuGH jede Nennung der "Meinungsfreiheit" unterlassen.
- 265 Zur Verpflichtung zum Abdruck von Warnhinweisen auf der Verpackung EuGH Urt.v.22.6.1993 Ministerio delle Finanze u.a./Philip Morris Belgium SA u.a. Rs C222/91 Slg. 1993, I-3469 und EuGH Urt.v.22.6.1993 Rs. C-11/92 The Queen/Secretary of State for Health ex parte: Gallaher Ltd. u.a., Slg. 1993, I-3545; In beiden Verfahren wurde die Grundrechtswidrigkeit oder die Beeinträchtigung von Grundfreiheiten – im Unterschied zur deutschen Diskussion der Grundrechte (M.Kloepfer, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991) – weder geltend gemacht noch vom EuGH geprüft. Es ging um die Auslegung des Sekundärrechts.
- 266 EuGH Urt.v. 8.10.1986 Rs. 234/85 Strafsache gegen F.Keller, Slg. 1986, 2897, 2912 Tz. 8. Wie im deutschen Recht ist die Terminologie unklar und reichen die Begriffe auch hier von Berufsfreiheit (A.Meyer, a.a.O., S. 180) über den vom EuGH verwandten Begriffe der Berufs(ausübungs-)freiheit (EuGH Urt.v. 8.10.1986 Rs. 234/85 Strafsache gegen F.Keller, Slg. 1986, 2897; EuGH Urt.v.15.12.1979 Rs. 44/79 L.Hauer/Land Rheinland-Pfalz, Slg. 1979 3727, 3750 Tz.32) wie auch der "Handelsfreiheit" (EuGH Urt.v.7.2.1985 Rs. 240/83 Procureur de la République/ADBHU, Slg. 1985, 531/548 Tz. 9). Die unterschiedliche Terminologie des EuGH (s.a.Urt.v.17.12.1970 Rs.11/70 Internationale Handelsgesellschaft/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel Slg. 1970, 1125 (1135 ff.)) rührt wohl auch daher, daß die Verfahrenssprache Anteil an der Bildung der Begrifflichkeiten hat. Beim deutschen "Entscheidungsgegenstand" (EuGH Urt.v. 5.10.1994 Rs. C-280/93 Bundesrepublik Deutschland/Rat EuZW 1994, 688/692 Tz. 78) ist deshalb von Berufsausübungsfreiheit die Rede, bei einem französischen Gegenstand von "Handelsfreiheit (EuGH Urt.v.7.2.1985 Rs. 240/83 Procureur de la République/ADBHU, Slg. 1985, 531/548 Tz. 9 *liberté du commerce et de l'industrie*). Teilweise ist nicht einmal der Sprachgebrauch innerhalb einer Entscheidung einheitlich: siehe EuGH Rs. C-84/95 Urt.v.30.7.1996 Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS/Minister for Transport, Energy and Communications u.a. Slg. 1996, I-3953 "freie wirtschaftliche Betätigung" und 3986 "freie Berufsausübung". Die Begriffe "Berufsausübung", "Freiheit wirtschaftlicher Betätigung", "Wettbewerbsfreiheit" oder – wie im österreichischen Recht – "Erwerbsfreiheit" (siehe Ch.Grabenwarter, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit, Wien, 1994, S. 5 ff) sind in ihrer sachlichen Abgrenzung zueinander wie auch in ihrer Verwendung durch die Literatur nicht trennscharf definierbar.
- 267 Die EuGH-Rechtsprechung liegt damit auf einer Linie mit der BVerfG-Rechtsprechung, die eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit bei den Warnhinweisen auf Zigarettenverpackungen nicht erkennen kann, – obwohl bei dieser Fallgestaltung eine größere Affinität zum meinungsfreiheitlichen Schutzbereich (Verpflichtung zur Integration von expliziter Antiwerbung) zu bejahen ist als bei den Substantiierungspflichten des gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherinformationsrechts.

rechtsschutzes für die Werbung interpretieren. Warum soll Werbung auf dem Plakat – *anders als Werbung auf der Verpackung* – meinungsfreiheitlich geschützt sein? Fest steht aber bereits jetzt, daß zumindest bei der produktpolitischen Werbung (Verpackungswerbung) ein grundrechtlicher, wenn auch kein meinungsfreiheitlicher Schutz besteht. Festzuhalten ist weiter, daß in der Rechtsprechung des EuGH dieses Schnittstelle von Produkt- und Kommunikationspolitik in seiner rechtlichen Behandlung gut durchdrungen und konturiert ist.

bb) Literaturforderungen nach werblicher Meinungsfreiheit

Die Literaturmeinungen,²⁶⁸ die werbliche Meinungsfreiheit im Gemeinschaftsrecht fordern, tun das unter Berufung auf die *in Art. 10 EMRK geschützte Meinungsfreiheit*. Da Art. 10 EMRK nach seinem Wortlaut Werbung als Meinung ebenfalls nicht explizit schützt, müssen sie auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) rekurrieren. Das ist bereits methodisch problematisch, weil die EMRK zwar Bestandteil der Rechtsquellen der ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechte sein mag, nicht aber automatisch die zugehörige Rechtsprechung des EGMR.²⁶⁹ Der EGMR selbst hat nur in *einer* Entscheidung zur „klassischen Wirtschaftswerbung“ Stellung genommen,²⁷⁰ nämlich zur Information eines Rechtsanwaltes über seine Praxis. Zum „meinungsfreiheitlichem Gehalt“ von Verpackungstexten wie zur suggestiven Werbung etwa des „Marlboro Cowboys“ hat er noch nicht Stellung genommen, wie in dem Kapitel zum Schutz der Werbung in der EMRK (siehe im 5.Kapitel II) nachgewiesen wird. Auch hat der EGMR noch keine Aussage darüber getroffen, inwieweit für die Rezipienten schädliche „Information“ – wie die Werbung für Suchtmittel (Tabak) – von Art. 10 EMRK umfaßt sein soll. *Gerade für diese Werbeinhalte und für suggestive Werbemittel beanspruchen die Befürworter* einen meinungsfreiheitlichen Grundrechtsschutz (auf Gemeinschaftsebene²⁷¹); ihre Argumentation entbehrt deshalb, *soweit sie allein auf die Rechtsprechung des EGMR gestützt ist*, der Schlüssigkeit.

268 So die Konsequenz der Forderung von M.Dauses, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425, 429 f, der von einem gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz von Werbung ausgeht; siehe auch Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435, 437 f; A.Meyer, Produktspezifische Werberegulungen in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 195.

269 Dazu siehe im 5.Kapitel V 3.

270 Urt.v.24.2.1994 Casado Coca/Spanien Series A: Judgements and Decisions (1994) Vol. 258 A S. 27 § 49.

271 Th.Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435, 437; Und das gerade in den Bereichen, für die nach deutscher Dogmatik der meinungsfreiheitliche Grundrechtsschutz überhaupt nicht eröffnet ist, wie im Tabakwerberecht (siehe BVerfG Beschl.v.22.1.1997 NJW 1997, 2871).

cc) Grünbuch der EU-Kommission: Kommerzielle Kommunikationen

Die EU-Kommission geht in ihrem 1996 erschienen Grünbuch²⁷² vom meinungsfreiheitlichen Schutz von Werbung aus; sie vermag diese These aber durch keine EuGH-Entscheidung zu belegen:

„Die Europäische Kommission für Menschenrechte und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sowie der UN-Menschenrechtsausschuß haben bereits anerkannt, daß das Recht der freien Meinungsäußerung ... auch für die kommerziellen Kommunikationen gilt.“²⁷³

Die Kommission rekurriert so auf die seit der Nold-Entscheidung²⁷⁴ als Quellen der Gemeinschaftsgrundrechte anerkannten „internationalen Verträge“, und im besonderen auf Art. 19 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966²⁷⁵ („IPbürgR“), der eine Meinungs- und Informationsfreiheit schützt, die **„Informationen und Gedankengut jeder Art“** umfaßt. Dieser weite Wortlaut²⁷⁶ („jeder“) schließt eine Nichtberücksichtigung von Werbung aus. Es handelt sich auch bei suggestiver Werbung, der man den Informationscharakter absprechen könnte,²⁷⁷ zumindest um **„Gedanken“** gut²⁷⁸. Der Menschenrechtsausschuß²⁷⁸ der Vereinten Nationen hat anlässlich zweier Mitteilungen, die sich gegen frankokanadisches Sprachrecht wandten, *seine* Auslegung des Paktes präzisiert. Zum einen wurde **jeder „Gehalt“, der überhaupt kommuniziert werden kann, meinungsfreiheitlich geschützt; zum anderen wurde der These vom geringeren Schutz der kommerziellen Sprache abgelehnt.**²⁷⁹ Die Ausführungen zur Eröff-

272 Siehe dazu F.Henning-Bodewig, Das Grünbuch der EU-Kommission über die "Kommerzielle Kommunikationen" GRUR Int. 1997, 515

273 Grünbuch, S. 12 unter Angabe von Fundstellen.

274 Kommerzielle Kommunikationen, Kom (96) 192 endg. S. 13; EuGH Urt.v.14.5.1974 Rs. 4/73 J.Nold/Kommission Slg. 1974, 491, 507 Tz. 13.

275 BGBl 1973 II, 1534; Sartorius II Nr. 20: "(1) Jedermann hat das Recht auf ungehinderte Meinungsfreiheit. (2) Jedermann hat das Recht auf freie Meinungsäußerung; dieses Recht schließt die Freiheit ein, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder anderer Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen oder weiterzugeben. (3) Die Ausübung der in Absatz 2 vorgesehenen Rechte ist mit besonderen Pflichten und einer besonderen Verantwortung verbunden. Sie kann daher bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die erforderlich sind a) für die Rechte oder des Rufs anderer b) für den Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sittlichkeit."

276 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v.23.5.1969 BGBl 1985 II 926; Sartorius II Nr. 320 Art. 31-33.

277 Siehe im 3.Kapitel I 4 b c).

278 Zur Möglichkeit der Individualbeschwerde, die in dem kanadischen Fall den Opfern das Forum eröffnete: Art. 1 des Fakultativprotokolls zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.2.1966 (BGBl 1992 II, 1247, Sartorius II Nr. 20 a; dem übrigens die Bundesrepublik gem. Bek. v. 30.12.1993 (BGBl 1994 II, 311) beigetreten ist) in Verbindung mit Art. 28 ff, 42 Abs. 7 lit. b) IPbürgR.

279 Views v. 31.3.1993 CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989: Communications Nr.359/1989 and 385/1989 J.Ballantyne and E.Davidson, and G.McIntyre para. 11.3: "...every form of subjective ideas and opinions capable of transmissions to others ...The Committee does not agree either that any of the above forms of expression can be subjected to varying degrees of limitation, with the result that some forms of expression may suffer broader restrictions than others."

nung des Schutzbereichs werden von der Kommission als Argument für den meinungsfreiheitlichen Schutz der kommerziellen Kommunikationen²⁸⁰ zitiert; die Ausführungen zur Gleichwertigkeit des „effektiven Garantiebereichs“ werden von ihr unterschlagen, wenn sie ausführt:

„In diesem Zusammenhang wird der spezifischen Art kommerzieller Kommunikationen bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung getragen“.²⁸¹

Hier zeigt sich eine symptomatische Gefahr der rechtsvergleichenden Ermittlung von Gemeinschaftsgrundrechten: die Gefahr, bei dem Verweis auf internationale Verträge die Rechtslage nur teilweise zu ermitteln und nur die jeweils mit der eigenen Meinung konformen Argumente zu verwenden. So unterbleibt die Problematisierung des offensichtlichen Widerspruchs zwischen der EGMR-Rechtsprechung zum geringeren Schutz „kommerzieller Sprache“²⁸² und der Interpretation des Menschenrechtsausschusses²⁸³, der damit wohl die international weitestgehende Interpretation zum effektiven Garantiebereich kommerzieller Sprache vertritt. Nicht nur seine Aussagen zum „effektiven Garantiebereich“, sondern auch die Aussagen zum „Schutzbereich“ können nicht ohne weiteres in das Gemeinschaftsrecht (oder deutsches Verfassungsrecht) übernommen werden, wie die zugrundeliegenden Sachverhalte zeigen:

Es handelte sich in beiden Fällen um „klassische“ Werbung, um Firmennamen und um Außenwerbung an der Stätte der Leistung²⁸⁴ in der Provinz Quebec. Die Werbung war – einer „Charte der französischen Sprache“ widersprechend – in englischer Sprache verfaßt. Die Werbung störte so die „visage linguistique“²⁸⁵ des Gebiets. Es handelte sich also um eine Spielart der „affirmative action“ zugunsten der Frankokanadier, die vermeiden sollte, daß die Öffentlichkeitswirkung von Werbung negative Auswirkungen auf das kulturelle Leben der französischen Minderheit hat (Art. 27 IPbürgR).²⁸⁶ Einer solchen, monosprachlich determinierten, negativen Rezipientenfreiheit hat der Menschenrechtsausschuß den Schutz verweigert.

Wenn man diesen Sachverhalt hypothetisch in der Europäischen Union plazieren (etwa in Belgien) und die Eröffnung des Anwendungsbereichs des EGV²⁸⁷ unterstellen würde, dann stünden nach dem Gemeinschaftsrecht Grundfreiheiten, das

280 Zum Begriff siehe bereits im 2.Kapitel II 2; nicht umfaßt ist die Verpackungswerbung.

281 Grünbuch, S. 12. Diese These kann allenfalls für die Rechtsprechung des EGMR beansprucht werden.

282 Dazu siehe im 5.Kapitel IV.

283 Die Interpretation ist nicht rechtlich verbindlich, dennoch aber von erheblicher Bedeutung; siehe Ch.Tomuschat, (59) Rn. 17 f in: R.Wolfrum, *United Nations: Law, Policies and Practice*, 1. Band. Siehe inzwischen aber EuGH Urt.v.17.2.1998 Rs. C-249/96 L.J.Grant/South-West Trains Ltd. NJW 1998, 969, 971, Tz.46 ff, der den Feststellungen keinen "rechtsverbindlichen" Charakter beimißt.

284 Bei Ballantyne und Davidson wurden Kleidung und Gemälde verkauft. Bei McIntyre handelt es sich um ein Beerdigungsinstitut.

285 Para.7.2.

286 Para. 8.7

287 Grenzüberschreitender Warenverkehr.

Diskriminierungsverbot (Art. 6 EGV), der Gleichheitsgrundsatz und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als Maßstäbe zur Verfügung.²⁸⁸ Für mitgliedstaatliche Vorschriften, die die Etikettierung in einer bestimmten Sprache²⁸⁹ vorschreiben, existiert eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH²⁹⁰, die allenfalls von einem betätigungsfreiheitlichen, *nicht* aber von einem meinungsfreiheitlichen Schutz gegen Sprachbestimmungen, die die Produkt- und Kommunikationspolitik betreffen, ausgehen.²⁹¹ Damit fehlt es an der Vergleichbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheits- und Grundrechtssystems mit dem Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte, weil die Schutzbereiche anders strukturiert und benannt sind. Auch hinsichtlich der Eröffnung des meinungsfreiheitlichen Schutzbereichs für die Werbung überzeugt die Argumentation der EU-Kommission damit ohne weitere Prüfung nicht.

dd) Meinungsfreiheit für die Tabakwerbung nach der Richtlinie über das Tabakwerbeverbot

Die Begründung Nr. 9 der Tabakwerbeverbotsrichtlinie²⁹² verlangt, daß die Tabakwerbe, -sponsoring und Gratisvergabeverbote

„unbeschadet des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der freien Meinungsäußerung“

zu regeln sind. Diese, vom *Rat und dem Europäischen Parlament* mitverantwortete Richtlinie (Art. 189 b EGV), geht also von einem meinungsfreiheitlichen Schutz der Werbung aus. Pikant ist, daß der Rechtsakt, der als Verstoß gegen die Meinungsfreiheit von einer starken Literaturströmung begriffen wird, sekundärrechtlich zum ersten Mal die Meinungsfreiheit auf die Werbung erstreckt. Die Schlußfolgerungen für den effektiven Garantiebereich dieser werblichen Meinungsfreiheit ähneln der Rechtslage der EMRK: ein weitergehender Schutz als die deutsche „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ scheint mit diesen „Meinungsfreiheiten“ nicht verbunden zu sein. Abzuwarten bleibt, inwieweit der EuGH sich dieser Betrachtung der anderen Organe anschließen wird.

ee) Parallelität der gemeinschaftsrechtlichen und der mitgliedstaatlichen Grundrechte?

Eine Jahrzehnte überspannende Rechtsprechung, die den *gemeinschaftsrechtlichen, meinungsfreiheitlichen Aspekt* der Werbung *nicht* kennt, ist per se kein Argument, das den Literaturforderungen überzeugend entgegengehalten wer-

288 Im deutschen Verfassungsrecht wäre vorrangig Art. 3 Abs. 3 GG einschlägig.

289 Siehe auch zum vergleichbaren Loi Toubon J.Gundel, Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997, S. 170, 250.

290 Siehe unter II 2b).

291 Diese Auffassung des EuGH stimmt mit der hier für das deutsche Recht vertretenen These von der Akzessorietät von Werbung und Betätigungsfreiheit überein.

292 Der Rat, Interinstitutionelles Dossier Nr. 00/0194 (COD), Gemeinsamer Standpunkt ... des Rates v. 26.1.1998 im Hinblick auf Erlaß der Richtlinie 98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen.

den kann. Diese Rechtsprechung kann aber ein weiteres Argument dafür sein, daß auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene der meinungsfreiheitliche, grundrechtliche Schutz von Werbung *wegen des grundfreiheitlichen Schutzes der Werbung im Rahmen der Akzessorietätsbetrachtung weitgehend systemfremd ist*. So begründen die Befürworter eines meinungsfreiheitlichen Schutzes für die Werbung auch nicht, inwieweit ein gemeinschaftsgrundrechtlicher Schutz von Werbung *neben dem grundfreiheitlichen Schutz* überhaupt notwendig ist. Grundsätzlich gilt die bereits bei der Inländerdiskriminierung getroffene Feststellung: Je mehr sich die Warenverkehrsfreiheit von einem Diskriminierungs- zu einem Beschränkungsverbot entfernt, desto mehr „Binnensachverhalte“ werden bereits von den Grundfreiheiten erfaßt und geschützt.²⁹³ Was unterscheidet oder verbindet den grundrechtlichen und grundfreiheitlichen Schutz? Der „grenzüberschreitende“ Bezug der Warenverkehrsfreiheit unterscheidet sie grundsätzlich vom Schutzbereich der *Gemeinschaftsgrundrechte*, die die Wahrung des *freiheitlichen Standards durch die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts verlangen*.²⁹⁴ Die Gemeinschaftsgrundrechte sind zudem, wie die folgende Prüfung zeigen wird, vielgestaltiger als die „vier“ Grundfreiheiten.

Das hindert aber nicht, daß Entscheidungen des EuGH, die einen Verstoß gegen eine Grundfreiheit ablehnen, einen Verstoß gegen ein Gemeinschaftsgrundrecht aber bejahen, theoretisch zwar denkbar sind, in der Praxis aber bisher nicht nachgewiesen sind. Ein Grund für diesen Befund ist der Hauptanwendungsbereich der Grundrechte, der in der *Interpretation* von gemeindlichem Sekundär- und Tertiärrecht liegt.²⁹⁵

Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen wird deshalb zunächst die *grundfreiheitliche* Bewertung der kommerziellen Sprache, insbesondere der Werbung, durch den EuGH stehen. Es werden zwei Szenarien²⁹⁶ unterschieden:

- zum einen die grundfreiheitliche Beurteilung der gemeinschaftsrechtlichen *Einschränkungen der Sprache Privater* und
- zum anderen die grundfreiheitliche Beurteilung *mitgliedstaatlicher Beschränkungen der kommerziellen Sprache*.

293 Dazu siehe unter III. Siehe auch die Überlegungen der Privatrechtler, die erwägen, die privatautonome Rechtsgestaltung nicht dem Beschränkungsverbot zu unterwerfen, im Ergebnis damit aber nicht zu überzeugen vermögen (P.O. Mühlert, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, ZHR 159 (1995), 2, 9 ff.)

294 R.Schwemer, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, 1995, S.95; G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S.249 f; C.D.Classen, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten? EWS 1995, 97, 101, 104.

295 EuGH Urt.v.10.7.1991 Verb.Rs. C-90/90 und 90/91 J.Neu/Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture u.a. Slg. 1991, I-3617, 3637 Tz. 13 f.

296 Ein drittes Szenario wäre die Beurteilung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der kommerziellen Sprache *der* Mitgliedstaaten: Zu einer staatlich initiierten Marketingkampagne (Werbung und Zuschüsse) für den Kauf irischer Waren siehe EuGH Urt.v.24.11.1982 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Irland Rs.249/81 Slg. 1982, 4005, 4022 Rn. 26 ff und V.Schmid, Strom- und Energiesparmarketing in ihrer Bedeutung für das Umweltrecht, 1997, S. 146 ff.

Die Trennung beider Szenarien ist – obwohl die grundfreiheitlichen und gemeinschaftsgrundrechtlichen Beurteilungsmaßstäbe rechtlich identisch sind – durch die Sachverhalte vorgegeben.²⁹⁷ Eine gemeinschaftsgrundrechtliche Überprüfung des Handelns des Gemeinschaftsgesetzgebers in Bereichen, die *entweder bereits stark harmonisiert sind*²⁹⁸ oder *die sich durch hohe wirtschaftliche Komplexität und Prognoserisiken* – wie etwa das Tabakwerbeverbot, wo die Folgen nicht eindeutig absehbar sind – auszeichnen, findet nur eingeschränkt statt. Den weiteren Spielraum, den der Gemeinschafts“gesetzgeber“ gegenüber dem mitgliedstaatlichem genießt, hat der EuGH für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit in einer jüngeren Entscheidung bestätigt. Der EuGH will von einer Kontrolle des harmonisierenden Gemeinschaftsgesetzgebers ganz absehen, wenn die gesetzgeberische Entscheidung sich nicht als

„offensichtlich fehlerhaft erwiese oder wenn die Nachteile, die sich aus ihr für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer ergeben, zu den *im übrigen mit ihr verbundenen Vorteilen völlig außer Verhältnis stünden*.“²⁹⁹

297 Grundsätzlich hat der *europäische* Normgeber bei harmonisierendem Sekundärrecht die Gemeinschaftsgrundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere die Waren- und Dienstleistungsverkehrsfreiheit zu wahren. Die Grundfreiheiten sind aber nur dann beeinträchtigt, wenn die *gemeinschaftsweit einheitliche Anordnung von Werbebeschränkungen zur Teilabschottung von mitgliedstaatlichen Märkten führt*. R.Schwemer, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, 1995, S.28,37,45, 53, 67, 95 m.w.N.; G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, 249 ff; EuGH Urt.v.29.2.1984 Rs.37/83 Rewe Zentrale AG/Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland Slg. 1984, 1229, 1248 Tz.18; EuGH Urt.v.20.4.1978 verb.Rs. 80und 81/77 Société Les Commissionnaires Réunis S.à.r.l./Receveur des douanes; S.à.r.l Les fils de Henri Ramel/Receveur des douanes, Slg. 1978, 927, Tz. 27-36.

298 Für den Agrarmarkt: EuGH Urt.v.5.10.1994 Rs. C-280/93 Bundesrepublik Deutschland/Rat der Europäischen Union, Slg. 1994, I-5039, 5069 Tz. 90 beschränkt die Überprüfung des Gemeinschaftshandelns auf die "offensichtliche Ungeeignetheit der Maßnahme" oder auf die Zugrundelegung von Erkenntnissen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers "offensichtlich irrig" waren (Zum weiten Ermessen siehe auch EuGH Urt. v. 15.4.1997 Rs. C-22/94 The Irish Farmer Association u.a./Minister for Agriculture, Food and Forserty u.a. EuZW 1997, 693, 695 Tz.30 f.) Aus dieser Entscheidung schließt eine Meinung (M.Zuleeg, Bananen und Grundrechte – Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit, NJW 1997, 1201, 1203), daß ein gleichmäßiger oder wenigstens gleichartig strukturierter Schutz von Berufungsfreiheit auf gemeinschaftsrechtlicher wie deutscher Ebene (BVerfGE 77, 84, 106; 77, 308, 332) bestünde. Anderer Meinung M.Nettesheim, Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, EuZW 1995, 106 f, der gerade bei der Agrarpolitik Protektionismus und Interessenverzerrungen annehmen will und gerade insoweit einen härteren Prüfungsmaßstab fordert; eine grundsätzliche – und nicht wie hier bereichsspezifische – Interpretation und Kritik auch bei J.Kokott, Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AÖR 121 (1996) 599, 608 f.

299 EuGH Urt.v.13.5.1997 Rs. C-233/94 Deutschland/Parlament u. Rat EuZW 1997, 436, 440 Tz. 56; Kritik bei St.Wernicke, EuZW 1997, 442, f, der – ohne weitere Begründung – eine Einschränkung der Kontrolle des Gemeinschafts- gegenüber dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber ablehnt; siehe dagegen die Schlußanträge des Generalanwalts Ph.Léger, ZIP 1997, 14, 22 Tz. 101 "Die Verwirklichung eines im Vertrag festgelegten Zieles kann aber nicht an einem einzigen Mitgliedstaat gemessen werden; dies gilt vor allem dann, wenn sie einem Harmonisierungsvorhaben entspricht, bei dem nach der Logik der Angleichung der Rechtsvorschriften die Mitgliedstaaten Zugeständnisse machen müssen, sofern diese nicht unverhältnismäßig groß sind und sofern das *in den Vertragsvorschriften festgelegte Ziel insgesamt gesehen auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann*".

Der Nutzen einer Harmonisierung rechtfertigt danach eher Beschränkungen der Grundfreiheiten als die nur mitgliedstaatliche Einschränkung. Die Rechtfertigung ist eine Summenbetrachtung, die die Beschränkung in der Sache durch eine (örtliche) Erweiterung der Absatzchancen, die mit der Harmonisierung erzielt werden soll, aufwiegen will. Ein weiteres Argument für die Erweiterung des Spielraums der Gemeinschaften ist, daß dem Gemeinschafts“gesetzgeber“ eine angemessene Abwägung der Interessen zugetraut wird, weil sich die Kommission und alle Mitgliedstaaten in den Entscheidungsprozeß einbringen können.

III. Grundfreiheitliche Beurteilung der (Verpackungs-) Werbung durch den EuGH

Im Mittelpunkt dieses Kapitels steht die gemeinschaftsrechtliche Auflösung des Konflikts zwischen den sprachlichen Darstellungsinteressen der Anbieter und den Informationsinteressen der Verbraucher. Wie bereits geschildert, kennt das Gemeinschaftsrecht eine Unterscheidung zwischen „Werbung“ und „Werbung via Verpackung“³⁰⁰ (Verpackungswerbung). Bei der Verpackungswerbung ist in der EuGH-Rechtsprechung geklärt, und unbestritten, daß nationale Vorschriften über die Gestaltung der Verpackung eines Produkts, seien es Etikettierungsvorschriften, die bestimmte Mindestinhalte vorschreiben (Substantiierung) oder zur Ab- oder Wiedergabe von Warnungen und Empfehlungen verpflichten (Information), in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit fallen. Bei der übrigen Werbung, auch der nicht werbeträgergebundenen Werbung (persönlicher Verkauf: Vertreterbesuch) ist die Eröffnung des Schutzbereichs *bei der mitgliedstaatlichen Beschränkung* fraglich.

Die Berücksichtigung der Verbraucherinteressen ist grundsätzlich akzessorisch: nur dort, *wo die Werbung vom Schutzbereich der Grundfreiheit umfaßt ist, dort können auch die Verbraucherinteressen gemeinschaftsrechtlich (mit-)berücksichtigt* werden. Zuerst soll das, in der Praxis weitaus häufigere Szenario der Marktabschottungsgefahr durch mitgliedstaatliches „Werbebeschränkungs“-recht geschildert werden.

1. Wahrung der Grundfreiheiten bei Werbebeschränkungen durch die Mitgliedstaaten

Gerade in diesem Szenario läßt sich die EuGH-Auffassung von den „meinungsfreiheitlichen Elementen““ der *Grundfreiheiten der Anbieter und des akzessorischen grundfreiheitlichen Schutzes der Informationsinteressen der Kunden nachvollziehen*. Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen steht mitgliedstaat-

300 Noch genauer Werbung auf dem Etikett.

liches³⁰¹ Marktrecht, das Inländer und EU-Ausländer gleich behandelt – also formell nicht diskriminierend ist.

a) *Werbung als Bestandteil der Grundfreiheit*

In der zum luxemburgischen Eigenpreisverbot ergangenen „GB-INNO-Entscheidung“ hat der EuGH die Informationsfreiheit als Bestandteil der Warenverkehrsfreiheit qualifiziert:

„Der freie Warenverkehr betrifft aber nicht nur den gewerblichen Handel, sondern auch Privatpersonen. Dies bedeutet ... daß es den in einem Mitgliedstaat ansässigen Verbrauchern möglich sein muß, sich frei eines anderen Mitgliedstaates begeben zu können, um dort unter denselben Bedingungen wie die ortsansässige Bevölkerung einzukaufen. **Dieses Recht der Verbraucher** wird beeinträchtigt, wenn ihnen der Zugang zu dem im Einkaufsland erhältlichen **Werbematerial** verwehrt wird.“³⁰²

Der EuGH parallelisiert mit dieser Entscheidung das Informationsrecht der Kunden („passive Grundfreiheit“) mit dem Mitteilungsrecht der Anbieter („aktive Grundfreiheit“). Das Kundeninformationsrecht erstreckt sich **gegenständlich** auf die **Eigenwerbung des Anbieters**. Das Informationsrecht der Kunden steht nicht für sich, sondern ist nur als Pendant, als „Anhängsel“, zu einer aktiven Ausübung der Grundfreiheit geschützt („**Akzessorietätsthese**“). Diese Erkenntnis wird durch einen dienstleistungsfreiheitlichen Fall bestätigt. In dieser Entscheidung lehnt der EuGH eine grundrechtliche Überhöhung des grundfreiheitlichen Informationsrechts mit der Folge eines selbständigen Informationsrechts des Verbrauchers ab:

b) *Werbende Wirkung des Programms (Fremdwerbung) als Bestandteil des grund- und meinungsfreiheitlichen Schutzes der medialen Sprache?*

Der Anlaß für die EuGH-Entscheidung waren Druckwerke einer irischen Studentenvereinigung (Jahrbücher, die jedenfalls nach der BVerfG-Rechtsprechung des BVerfG³⁰³ als „Presse“ zu qualifizieren wären), die die Adressen britischer Abtreibungskliniken bekanntgaben und so über „Umgehungsmöglichkeiten“ des in

301 "Maßnahmen" im Sinne von Art. 30 EGV müssen nicht nur von Staaten, sondern können auch von von ihnen personal und finanziell beeinflussten juristischen Personen (EuGH Urt.v.24.11.1982 Rs.249/81 Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Irland Slg. 1982, 4005, 4022 Tz.23 f) und beruflichen Standesorganisationen (EuGH Urt.v.15.12.1993 Rs. C-292/92 R.Hünermund u.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg Slg. 1993, I-6787 Tz.15. EuGH Urt.v.18.5.1989 The Queen/Royal Pharmaceutical Society...Rs.266 und 267/87 Slg. 1989, 1295, 1327 Rn.15 f) erlassen werden.

302 EuGH, Urt.v.7.3.1990, Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois Slg. 1990, I-667, 686.

303 Eine Identität des gemeinschaftsgrundrechtlichen Pressebegriffs mit dem mitgliedstaatlichen, deutschen Pressebegriff soll nicht impliziert werden. Wenn hier die Kategorie "Presse" erwähnt wird, dient dies nur einer Konturierung eines gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalts aus mitgliedstaatlicher Perspektive. Zum weiten Pressebegriff des BVerfG, der auch Werkzeitungen wie die Inserentenpresse umfaßt siehe BVerfG Beschl.v. 8.10.1996 NJW 1997, 386) und Anzeigen (BVerfGE 21, 271, 278) und Anzeigenblätter (BVerfG NJW 1986, 1743).

Irland geltenden Abtreibungsverbots unterrichteteten. Die Verbreitung der Druckwerke wurde untersagt. Unstrittig hat das Informationsangebot der Studentenpresse in Irland Relevanz für die Absatzchancen der in Großbritannien legal angebotenen Dienstleistung „Abtreibung“. Es handelt sich um *mediale Sprache (Programme), bei der die Wirkung einer Fremdwerbung zu vermuten ist. Diese mediale Sprache fällt, selbst wenn sie sich auf Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft bezieht, nach Meinung des EuGH nicht in den „Anwendungsbereich“³⁰⁴ des EGV. Die unterschiedlichen Ansätze zur Bewertung der Informationsfreiheit im Gemeinschaftsrecht finden sich im Schlußantrag des Generalanwalts van Gerven auf der einen und den Urteilsgründen des EuGH auf der anderen Seite.*

aa) Selbständiger Schutz der grundrechtlichen Informationsfreiheit der Kunden: Argumente des Generalanwalts in „Society for the Protection of Unborn Children v. St. Grogan“

Konstruktiv geht der Generalanwalt³⁰⁵ von der EuGH-Rechtsprechung aus, die zu der in Art. 59, 60 Abs.1,2 EGV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit nicht nur die Freiheit zählt, im Bestimmungsland Dienstleistungen anzubieten, sondern sich auf dem Schutz des Kunden erstreckt, sich an den Marktort des Dienstleisters zu begeben und dort die Leistung *entgegenzunehmen*³⁰⁶ („*passive Dienstleistungsfreiheit*“). Voraussetzung der Realisierung der „passiven Dienstleistungsfreiheit“ ist die *Information über das Angebot*. Dieser Schutz der Abnahme- und Informationsinteressen der Kunden durch die Grundfreiheiten war in der „GB-INNO-Entscheidung“ für die Warenverkehrsfreiheit³⁰⁷ („*passive Warenverkehrsfreiheit*“) anerkannt worden. Konsequenter legt der Generalanwalt diesen „kundenfreiheitlichen“ Bestandteil der Grundfreiheiten zugrunde *und interpretiert ihn im Lichte der in Art. 10 Abs.1 S.2 EMRK geschützten Informationsfreiheit der „Kunden“ von Abtreibungsdienstleistungen.*³⁰⁸ Auch hier kann sich der Gene-

304 Beschränkungen der ideellen Sprache können deshalb auch nicht Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sein (Art. 60, 59 EGV); EuGH Urt.v.4.10.1991 Rs. C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd./St.Grogan u.a. Slg. 1991, I-4733, Tz.31.

305 Generalanwalt W. van Gerven in der Rs. C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd./ St.Grogan u.a. Slg. 1991, I-4685, 4712 Tz. 18 ff.

306 EuGH Urt.v.2.2.1989 Rs.186/87 I. W. Cowan/Trésor public Slg. 1989, 195, 220 Tz.15; EuGH Urt.v.31.1.1984 G.Luisi u.a./Ministerio del Tesoro Slg. 1984, 377, 403 Tz.16.

307 EuGH Urt.v.7.3.1990 Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois, Slg. 1990 I-667 Tz.8. Siehe dagegen die Kritik von J.Sack, Nationale Werbebeschränkungen und freier Warenverkehr, EuZW 1990, 312 f, der dem EuGH eine verbraucherpolitische Festlegung der Informationspolitik nicht zugestehen, sondern vielmehr dem Gemeinschafts"gesetz"geber vorbehalten will.

308 Zwischen der Meinungs- und Pressefreiheit der Studentenvereinigung und der Informationsfreiheit von Interessenten wird nicht klar unterschieden, Generalanwalt W. van Gerven in der Rs. C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children ... /St.Grogan u.a., Slg. 1991, I-4685, 4725, Tz.34.

ralanwalt auf Präjudizien³⁰⁹ berufen: der EuGH legt seit der berühmten ERT-Entscheidung Grundfreiheiten im Kontext von Gemeinschaftsgrundrechten aus.³¹⁰ Er hat damit die dogmatische „Schiene“ für eine *Parallelisierung von passiver Dienstleistungsfreiheit und gemeinschaftsgrundrechtlichem Schutz der Informationsinteressen der Kunden* selbst gelegt, auf der der Generalanwalt mit seinen Argument „gleitet“.³¹¹

bb) Primärer Schutz der aktiven Dienstleistungsfreiheit: EuGH-Entscheidung in „Society for the Protection of Unborn Children v. St. Grogan“

In seiner Entscheidung ändert der EuGH die Weichenstellung bei der passiven Dienstleistungsfreiheit: stand im Mittelpunkt seiner Vorentscheidungen die Freiheit des Kunden, die *Leistung in Empfang zu nehmen*, und bereitete er so den Boden für den *grundfreiheitlichen Schutz* des Informationsinteresses des Kunden (das der Generalanwalt dann grundrechtlich erhöht), so stellt er in dem irischen Fall *nur* auf das Absatzinteresse der Dienstleister aus Großbritannien ab. Gemeinschaftsrechtlich geschützt wird nur die Kommunikation, *die der Dienstleister selbst initiiert*. Es ist deshalb für den EuGH *ausschlaggebend*, daß die *Kliniken nicht mit der Studentenvereinigung zusammenarbeiteten* und die

„Informationen ...nicht im Auftrag eines in einem anderen Staat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmers verbreitet (werden, sondern) vielmehr eine Inanspruchnahme der Meinungs- und Informationsfreiheit dar(stellen), die von der wirtschaftlichen Tätigkeit, die die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Kliniken ausüben, *unabhängig* ist“.³¹²

In der Konsequenz dieser Entscheidung ist deshalb *nur die Verbindung von aktiver Dienstleistungsfreiheit mit von den Dienstleistern initiierteter Kommunikation*³¹³ – *also die Eigenwerbung* – grundfreiheitlich geschützt. Ein *eigen- und*

309 Zum am französischen Urteilsstil angelehnten Begründungsstil des EuGH U.Everling, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften EuR 29 (1994), 127, 136 ff; zu der bisher nicht erfolgenden, stringenten Berücksichtigung von Präjudizien A.Arnulf, Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice, CMLR 1993, 247, 252 ff; J.Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice, 1993, S.176 und W.Hummer/W.Obwexer, Vom "Gesetzesstaat zum Richterstaat" und wieder retour? EuZW 1997, 295, 304 zu britischen Vorschlägen einer Kodifikation von "leading cases" des EuGH.

310 EuGH Urt.v.18.7.1991 Rs. C 260/89 Eliniki Radiophonia Tileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliroforisis u. Sotirios Kouvelas Slg. 1991, I-2925, 2964 Tz.43.

311 Im Ergebnis geht der Generalanwalt von einer Rechtfertigung des Informationsverbotes auch im Lichte einer gemeinschaftsgrundrechtlichen Interpretation der Grundfreiheit aus, weil den Mitgliedstaaten ein Ermessenspielraum zustände (I-4730, Tz. 39).

312 EuGH Urt.v.4.10.1991 Rs. C-159/90 Society for the Protection of Unborn Children /St.Grogan u.a., Slg. 1991, I- 4685, 4740 Tz. 25 f.

313 Die Dienstleistungsfreiheit wäre auch einschlägig gewesen, wenn irische Kunden diesen Informationen etwa bei einer englischen Agentur (entgeltlich) abgerufen hätten. Die grenzüberschreitende Erbringung dieser Informationsdienstleistung wäre durch ein irisches Verbreitungsverbot behindert worden. Die "Presse", die hier selbständig tätig wird, ist vom Gemeinschaftsrecht nicht geschützt. Die Nachfrageleistung die der Kunde durch die Abnahme oder den Kauf der Presse erbringt, reicht für den EuGH nicht aus. Anderer Meinung zu diesem Fall Ch.Langefeld/A.Zimmermann, Interdependenzen zwischen nationalem

selbständiger grundfreiheitlicher und/oder gemeinschaftsgrundrechtlicher Schutz der Informationsinteressen der Kunden ist *ausgeschlossen*. Die Entscheidung stellt damit klar, daß nur dort ein grundfreiheitlicher Schutz der Information der Kunden besteht, wo auch ein grundfreiheitlicher Schutz für das Marketing des Anbieters besteht.

cc) Kritik

Die Annahme des Generalanwalts, es gebe ein *in Art. 10 EMRK* geschütztes Informationsrecht der „Kunden“ wurde vom *EGMR* in seiner (späteren) Entscheidung geteilt.³¹⁴ Die Entscheidungen des *EGMR* binden den *EuGH* rechtstechnisch nicht in seiner rechtsfortbildenden Gestaltung der Gemeinschaftsgrundrechte.³¹⁵ Soweit die Überzeugungskraft ihrer Argumente reicht, begründen sie eine *Darlegungslast*, ob und inwieweit Gemeinschaftsgrundrechte den Standard der *EMRK* unterschreiten. Eine Interpretation des *Informationsinteresses der Kunden im Lichte eines grundfreiheitlichen (und gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzes der Informationsfreiheit)* hätte sich vom Sachverhalt her angeboten:

- (1) *Absatzinteresse umfaßt die mediale Sprache*. Selbst wenn man den Ausgangspunkt des *EuGH* teilt, und in den Mittelpunkt der Grundfreiheit das Absatzinteresse des Anbieters stellt, überzeugen seine Ausführungen zu absatzfördernden Informationen, die unabhängige Dritte geben, nicht. Die *EuGH*-Entscheidung ist angesichts der hohen emotionalen und rationalen Wertigkeit der Abtreibungsdiskussion rechtspolitisch erklärbar; marketingtechnisch ist sie realitätsfremd. Produkte werden in einem Binnenmarkt innerhalb eines kulturellen und medialen Rahmens angeboten. Dabei sind diejenige Produkt- und Kommunikationspolitiken fortschrittlich, die es vermögen, die Medien für sich zu gewinnen. Dieser Marketingerfolg, der durchaus nur durch das Angebot einer besonders attraktiven, notwendigen oder in einem Binnenmarkt andernorts verbotenen Leistung bestehen kann, muß *grundfreiheitlich zumindest auf der Seite des Anbietenden berücksichtigt werden*. Wenn es sich bei Abtreibungen um „Dienstleistungen“ im Sinne des *EGV* handelt³¹⁶ – wie der *EuGH* meint – dann muß auch die mediale Berichterstattung in einem freien und geeinten Europa zumindest von der Grundfreiheit erfaßt sein. Die Ausführungen des *EuGH*, der diesen medialen Rahmenbedingungen gemeinschaftsrechtlich nur dann Rechnung tragen will, wenn der Anbieter kommunikationspolitisch selbst in der Form der Eigenwerbung tätig geworden sind,

Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Verfassungsrecht, *ZaöRV* 1992, 259.

314 *EGMR* Urt.v.19.12.1992 Nr.64/199173167387-388 *Open Door and Dublin Well Woman/Ireland* *NJW* 1993, 773 Tz.55 bejaht eine Beeinträchtigung der Rechte aus Art. 10 *EMRK* der über die Möglichkeit der Abtreibung in Großbritannien beratenden Personen wie auch zweier potentiell zu beratenden Frauen. Siehe aber die abweichenden Meinungen der Richter Matscher, Petitti, Russo u.a. zur Entscheidung des *EGMR* in *EuGRZ*, 1992, 484, 490.

315 Auch Art. F Abs. 2 *EUV* zwingt nur zur Beachtung der *EMRK* und nicht zur Bindung an die Rechtsprechung des *EGMR*....

316 Hier hätte man intensiver als das der Fall war diskutieren *müssen*, ob es sich bei Abtreibungen wirklich um eine (typische) Dienstleistung, für die das Binnenmarktprinzip Geltung beanspruchen kann, handelt.

überzeugen nicht.³¹⁷ Es gibt aber zwei weitere Argumente, die die EuGH-Rechtsprechung nachvollziehbar machen:

- (2) *Fehlende Akzessorietät auf Grundrechtsebene.* Die *parallele, gemeinschaftsgrundrechtliche Gewährleistung für den aktiven Grundrechtsträger lag in diesem Fall nicht vor.* Der grundrechtlichen Informationsfreiheit des Kunden entsprach nicht eine gemeinschaftsgrundrechtlich geschützte Meinungs- oder Pressefreiheit des Anbieters der Information.³¹⁸ Die Behörden und Gerichte des irischen Staates hatten eine irische Presseveröffentlichung untersagt. Bei diesem *innerstaatlichen Sachverhalt* lag eine Anknüpfung zum Gemeinschaftsrecht im Sinne der ERT-Entscheidung nicht vor. Wäre eine englische Zeitschrift in Irland mit diesem Inhalt vertrieben worden, dann hätte der EuGH dazu Stellung nehmen müssen, inwieweit eine gemeinschaftsgrundrechtliche mediale Meinungsfreiheit es rechtfertigen kann, daß die Verbreitung der Informationen von einem Mitgliedstaat untersagt wird.³¹⁹
- (3) In der *wettbewerbsrechtlichen* Dogmatik und Praxis – jedenfalls des Mitgliedstaates Deutschland – ist die *„Gleichwertigkeit“ des Schutzes von Anbieter- und Nachfragerinteressen bisher nicht erreicht.* Der *Freiheit des Anbieters von Waren- und Dienstleistungen entspricht nur eingeschränkt und spezialgesetzlich angeordnet eine Verpflichtung zur Offenbarung* der Eigenschaften und insbesondere der „Mängel“ oder Verwendungsfolgen seines Produkts. Den schon sehr frühen Forderungen der Wissenschaft nach dem „Recht auf Unterrichtetheit des Verbrauchers“³²⁰ – siehe in Zukunft Art. 153 EGV mit dem Recht des Verbrauchers auf Information – stehen in der Praxis dogmatisch unterschiedliche (Sachmängelgewährleistung, Widerrufsrechte, Schadensersatzansprüche) und angebotsspezifische (Reiseleistungen, Kinder-

317 Der EuGH verneint damit – eine selbständige Rechtsposition des Kunden – Informationsfreiheit –, die ihm als **Grundfreiheit** reflexiv im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit des Anbieters zustehen könnte (und auf die die Studentenvereinigung sich berufen könnte);
- ein **gemeinschaftsgrundrechtliches** Informationsrecht des Kunden qua Art. 10 Abs.1 S.2 EMRK (Der EGMR Urt.v.19.12.1992 Nr.64/199173167387-388 Open Door and Dublin Well Woman/Ireland NJW 1993, 773 Tz.55 bejaht eine Beeinträchtigung der Informierenden wie der zu Informierenden. Der Fall ist hinsichtlich der Kläger anders zu beurteilen als der Fall, der dem EuGH vorlag: es handelt sich um die Tätigkeit von Beratungsstellen bzw. Beraterinnen, die sich auf ihre Meinungsfreiheit berufen, und nicht um ein Presseorgan (EuGH Slg. 1991 I – 4685, 4686 ff), auf das sich die Studentenvereinigung ("Presse") berufen könnte;
- eine Dienstleistungsfreiheit des britischen Dienstleisters, auf die sich die Studentenvereinigung berufen könnte;
- eine Dienstleistungsfreiheit der Studentenvereinigung selbst, die über einen außeririschen Sachverhalt berichtet
- oder autonom eine Pressefreiheit qua Art. 10 Abs.1 S.1 EMRK, die seiner Entscheidungskompetenz, unterlägen.

318 Die Klägerinnen vor dem EGMR konnte sich zum einen auf die Meinungsfreiheit der Beraterinnen und zum anderen auf die Informationsfreiheit (zweier Frauen) berufen.

319 In Parallele zu EuGH Urt.v.26.6.1997 Rs. C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH/H.Bauer Verlag EuZW 1997, 470 f. Der EuGH hätte sich dann aber dazu äußern müssen, ob Programme, die die Wirkungen einer Fremdwerbung haben, vom "meinungsfreiheitlichen Schutz" umfaßt sind. Das ist grundsätzlich zu bejahen.

320 B.Röper, Zur Manipulation von Bedürfnissen, in: F.R.Facilides u.a.(Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 37 f "Der Konsument hat ein Grundrecht auf bessere Information" und S.Strassner, Verbraucherinformationsrecht, 1992, S. 114 ff zu der ökonomischen Bedeutung der Verbraucherinformation.

tees...) Regelungen zu den Informationspflichten (oder ihrer Nichterfüllung) gegenüber.³²¹

Vor dieser Ausgangssituation erscheint die Konstruktion eines gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzes von Informationsinteressen ohne gleichzeitigem gemeinschaftsgrundrechtlichem Schutz des Informationsgebers – wie in dem irischen Fall vom Sachverhalt vorgegeben – zumindest mit der wettbewerbsrechtlichen Tradition eines Mitgliedstaates nicht vereinbar. „Grundrechte“ werden hier benutzt um verfassungsrechtliche Paritätsszenarien zu entwerfen, die die Realitäten des Wirtschaftslebens – Grundlage von Vertragsschlüssen sind eben auch Informationsdisparitäten – (un-)bewußt nicht zur Kenntnis nehmen.

Die hier ausgewählten, mitgliedstaatlichen Werbebeschränkungsszenarios werden auch durch die grundfreiheitliche Behandlung der gemeinschaftsrechtlichen Werbebeschränkungen bestätigt:

2. *Wahrung der Grundfreiheiten bei Werbebeschränkungen durch die Gemeinschaftsorgane*

Die Grundfreiheiten sind auch von den Gemeinschaftsorganen zu beachten.³²² Ein sekundärrechtlicher Verstoß gegen die Grundfreiheiten liegt nur dann vor, wenn (aufgrund einer „Maßnahme gleicher Wirkung“) die *Gefahr der Marktabschottung* besteht.

a) *Werbeverbote*

Bei Harmonisierungen, die zu *Werbeverboten* greifen – wie jetzt für Tabak diskutiert – besteht diese Gefahr nach einer Literaturmeinung³²³ dann, wenn das Werbeverbot dazu führt, daß (einige) mitgliedstaatliche Märkte gegenüber Newcomer abgeschottet werden und so Monopolstellungen zementiert würden. Werbung ist *nur* ein Bestandteil des Marketing-Mix. Preis- und/oder Qualitätspolitik sind andere Instrumente, die den Unternehmen weiterhin zur Verfügung stehen. Zudem unterstellt die Qualifikation eines Werbeverbots als (absolute) Marktzugangsschranke eine Wirksamkeit von Werbung, die so nicht nachweisbar ist. Der vorliegende Richtlinienentwurf zum Verbot der Tabakwerbung wäre mit diesem Argument aber auch aus einem anderen Grund nicht angreifbar, weil er es den

321 Siehe im einzelnen unterIn der Magna Charta des deutschen Wettbewerbsrechts, dem UWG spiegelt sich die Differenz zwischen Anbieter- und Nachfragerschutz in der Ablehnung der Klagebefugnis individuell verletzter Verbraucher zugunsten der Verbandsklagebefugnis der Verbraucherschutzverbände wieder (§ 13 Abs.2 Nr.3 UWG).

322 EuGH Urt.v. 9.8.1994 Rs. C-51/93 Mehui NV/Schott Zwiesel Glaswerke AG Slg. 1994, I – 3879 Tz.11; R.O.Schwemmer, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, 1995, S.28, 37, 45, 53, 67, 95 m.w.N.; G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S.249 bejaht eine analoge Anwendung; EuGH Urt. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361; EuGH Urt.v.20.4.1978 verb.Rs. 80und 81/77 Société Les Commissionaires Réunis S.à.r.l./Receveur des douanes; S.à.r.l Les fils de Henri Ramel/Receveur des douanes, Slg. 1978, 927, Tz. 27-36.

323 F.Kirchhof/K.Frick, Werbeverbot und Etikettierungszwang für Tabakwaren, AfP 1991, 677 f erheben dieses Argument gegen Art. 100 a EGV.

Mitgliedstaaten überläßt innerhalb der geschlossenen Räume der Tabakverkaufsstellen Werbung zuzulassen (Art. 3). Insofern kann also durch Verkaufsförderungsmaßnahmen in den Geschäften solchen Marktabschottungen, wenn sie überhaupt nachweisbar sind, (durch grundfreiheitenkonforme Auslegung) Rechnung getragen werden.³²⁴

b) *Sprachregelungen bei Etikettierungsvorschriften*

Bei Harmonisierungen, die marktortabhängig *Sprachregelungen für die Etikettierung* beinhalten, besteht nach Meinung des EuGH die Gefahr der Marktabschottung. Ein Beispiel ist ein Etikettierungsfall, in dem sekundärrechtlich der Aufdruck der Anteile des Bleigehalts von Kristall in der Sprache des Marktorts gefordert wurde. Der EuGH hat die Gefahr einer Marktabschottung bejaht, im Ergebnis einen Verstoß gegen Art. 30 EGV aber verneint. Als Rechtfertigung für den Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit hat er die Informationsinteressen der Verbraucher angenommen.³²⁵ Die Erleichterung der Information der Verbraucher (durch Etikettierungsangaben in der Sprache des Marktortes) kann damit Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen.

In allen, sowohl den gemeinschaftsrechtlichen als auch den mitgliedstaatlichen Werbebeschränkungsszenarien spielte eine Meinungsfreiheit für die Werbung keine Rolle. Wenn es darum ging, daß gemeinschaftsrechtliche Werbebeschränkungen die Grundrechte der Wettbewerber beeinträchtigen, dann hat der EuGH allenfalls ergänzend eine Beeinträchtigung der *wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit* geprüft. Mit der in neueren Entscheidungen bereits geschilderten, sehr beschränkten Überprüfung auf eine evident fehlende Verhältnismäßigkeit sind kaum Fälle vorstellbar, in denen der Gemeinschaftsgesetzgeber einen Verstoß gegen *gemeinschaftliche Grundrechte* bejahen wird. Das *grundfreiheitliche Szenario* hat bei gemeinschaftsrechtlichen *Werbebeschränkungen* – soweit ersichtlich – noch in keinem einzigen Fall zu einer Liberalisierung geführt.

Diesem weiten Vertrauensvorschuß gegenüber dem Gemeinschafts“gesetzgeber“ stand lange Zeit ein großes Mißtrauen gegenüber dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber gegenüber. Im Anwendungsbereich des Art. 30 EGV stand er bei (Werbe-)beschränkungen immer unter der Argumentationslast – mit der Sanktion des non liquet – der Wahrung von Verbraucherschutz und Allgemeinwohlinteressen. So hat der EuGH allein mit seiner grundfreiheitlichen Rechtsprechung zu einer Liberalisierung von mitgliedstaatlichen Werberechten beigetragen (GB-INNO-BM; Yves Rocher). Im Gefolge einer neuen Rechtsprechungsentwicklung – die nach

324 Das übersieht G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 222 ff, der an diesem Detail die Kompetenzwidrigkeit des Richtlinienentwurfs festmachen will.

325 EuGH Urt.v. 9.8.1994 Rs. C-51/93 Mehui NV/Schott Zwiesel Glaswerke AG Slg. 1994, I – 3879 Tz.19 ff.

der ersten Entscheidung „Keck“ benannt ist – scheint das Gericht auch den Mitgliedstaaten die Argumentationslast erleichtern zu wollen. Die folgenden Abschnitte zeichnen diese neue Tendenz im Szenario der mitgliedstaatlichen Werbebeschränkungen nach. Voraussetzung für die Beurteilung der Wirkungen dieser Beschränkungen ist die Kenntnis der Struktur von Werbekampagnen, die zunächst untersucht werden soll.

3. *Global-, Euro, Multi-State-, grenzüberschreitende und Binnen-Werbung und Marketing – Begriffsabgrenzungen*

Für die örtlichen Koordinaten von Marketing im allgemeinen und Werbung im besonderen³²⁶ können die obigen, *fünf Bezeichnungen*³²⁷ gewählt werden.

a) „Globales Marketing“ und „globale Werbung“

aa) „Global“ oft als Attribut der Ambition und nicht der Realität

Für den Bereich des *Marketing* ist „Global-marketing“ eher Programm, denn Realität, weil die *globale Identität eines marketing-mix*, also *einer* Kommunikations-, Preis-, Produkt-, und Vertriebsstrategie aufgrund absatzstrategischer Spezialitäten praktisch nicht gegeben sein wird.^{328 329} Wieviele Marken können wohl beanspruchen, in *allen* vorstellbaren Ländern und Landschaften (Polarkreise) *vertrieben und beworben* zu werden.³³⁰ Bei Global- oder Euro-Marketing handelt es sich deshalb vor allem um „globale“ und „Euro“-Marketingkonzepte, die die *Identität einzelner, vor allem kommunikationspolitischer und produktpolitischer Maßnahmen in unterschiedlichen Ländern zur Folge haben*. Das Verein-

326 A.M. scheinbar Th.Ch.Paefgen, Globales und Euro-Marketing, 1988, der beide Begriffe nebeneinander ohne weitere Differenzierung verwendet; siehe dagegen S.Steffens, Werbepolitik multinationaler Unternehmungen, 1982, S.22ff.

327 Der Begriff "Binnen-Werbung" wurde hier anstatt nationaler oder mitgliedstaatlicher Werbung gewählt. Die Verwechslungsgefahr mit einer "Werbung im Binnenmarkt" (siehe Art. 7a EGV; im Rahmen dieser Arbeit: "Euro-Werbung") wurde in Kauf genommen.

328 Einen grundsätzlichen Überblick bietet J.Althans, Die Übertragbarkeit von Werbekonzeptionen auf internationale Märkte, Analyse und Exploration auf der Grundlage einer Befragung bei europaweit tätigen Werbeagenturen, 1982, S.3 ff.

329 So ist zu vermuten, daß die "McDonalds-Restaurants" in Peking oder Moskau und das "Pizza-Hut" im Jemen einen ganz anderen Nimbus (mit entsprechender Preisgestaltung) haben als die Fast-Food-Verkaufsstätten in den USA, die mit der Wellness-Bewegung nur mühsam Schritt halten können. Die Nennung derjenigen Unternehmen, die Globalmarketing betreiben, wie Fluglinien, Coca-Cola oder Microsoft macht auch deutlich, daß "globales Marketing" zumindest multinationale Unternehmensstrukturen voraussetzt. Zum Begriff des multinationalen Unternehmens siehe S.Steffens, Werbepolitik multinationaler Unternehmungen, 1982, S.15,ff. Neuere Entwicklungen deuten sich aber hier durch den Verkauf via Internet an, der Vertriebszentren teilweise entbehrlich macht, und so die Ansässigkeit in vielen Ländern entbehrlich macht, siehe FAZ v. 27.1998, S. 21 "Paketdienste wachsen durch das Internet". Die Einschränkung, daß deutsche Unternehmen derzeit noch nicht im globalen Marketing aktiv sind, wird durch die Liste der Top-Sponsoren des Olympischen Komitees bei der Winterolympiade 1998 bestätigt, die aus 9 amerikanischen, 1 japanischen und 1 koreanischem Unternehmen besteht (FAZ v. 10.2.1998, S. 34)

330 Auch für Coca-Cola mag es in den Ländern der dritten und vierten Welt, die sich dieses Produkt (gegenwärtig) nicht leisten können, noch "blank spots" auf der Landkarte geben.

heitlichungsinteresse dieser Konzepte zielt vorrangig³³¹ auf die Gestaltung der Verpackung als produktpolitische und die Gestaltung der Werbung als kommunikationspolitische Maßnahme. So wird das Erscheinungsbild des Produktes geprägt und die Persönlichkeit von Unternehmen, die als juristischen Personen eines Persönlichkeitsdesigns bedürfen, konturiert. Auf einem Informationsmarkt, auf dem immer mehr Akteure um die Aufmerksamkeit des Rezipienten werben, kann es einen Vorteil bedeuten, daß der Rezipient auch bei allen Reisen in der „Fremde“ die bekannten Produkte erkennt und einheitlich beworben sieht. Theoretisch könnten zu den kommunikationspolitischen Elementen auch Sponsoring und public relations-Aktivitäten gezählt werden; gerade der Fall der Shell-Esso-Bohrinsel Brent-Spar zeigt aber, daß hier länderabhängig – England scheinbar geringe Umweltsensitivität, Deutschland und Holland große Sensitivität – unterschiedliche Selbstdarstellungsbedürfnisse und -konzepte von Konzerntöchtern und der Mutter feststellbar sind, die einem Euro-Public-Relations-Konzept entgegenstehen. Der kommunikationspolitische Bereich – siehe die Übersicht zum Marketing-Mix – wird deshalb vor allem auf den Bereich der *Werbung* verengt – faktisch oft noch weitergehend auf vereinzelte *Werbekonzepte*³³².

bb) Konzentration auf die Werbung

Die weitere Untersuchung konzentriert sich deswegen auf *Werbungskonzepte* (einschließlich der Verpackungswerbung, die im Schnittfeld von Kommunikations- und produktpolitischen Maßnahmen liegt), die für mehrere Märkte einheitlich erstellt werden. Die so gebotene Chance für eine ein- und ganzheitliche Selbstdarstellung des Unternehmens ist *ein* bedeutsamer Aspekt, der neben dem oft zitierten Kostenreduktionsargument zu berücksichtigen ist: *Für* „märkteübergreifende Werbestrategien“ spricht der Glaube, daß gute Ideen Grenzen überschreiten sollen und Kosten gespart werden,:

„wenn nicht in jedem Land, in dem eine internationale Marke beworben wird, das Rad neu erfunden werden muß“.³³³

Das Motiv ist die Hoffnung auf eine Kostendegression durch Mehrfachnutzung („economies of scale“). Dieses Ziel ist leichter erreichbar, wenn die Sprache im

331 Siehe aber auch die strukturellen Konzepte, die in vielen Ländern gleichmäßig und getrennt verwirklicht werden wie F.Ebbing, Strukturprinzip oder Schneeballsystem? Zur Zulässigkeit des Multi-Level-Marketing im US-amerikanischen Recht, GRUR Int 1989, 15 ff, der beschreibt, daß in den USA tätige Unternehmen in einzelnen Mitgliedstaaten Tochterunternehmen haben, die jeweils auf diesem Binnenmarkt tätig werden. Ein *grenzüberschreitender Handel* in den Gemeinschaften liegt damit gerade nicht vor. Zum Problem auch E.M.Kieninger, Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages? EWS 1998, 277, 287.

332 H.Riesenbeck, Globale Marken- wie global sind sie wirklich? MA 1994, 328, 333 empfiehlt eine Standardisierung der Kernelemente des Marketingkonzepts.

333 J.Wilmshurst, The Fundamentals of Advertising, 1985, S.247, ff mit einem Überblick über internationale Werbeoptionen. Skeptisch hinsichtlich einer Globalisierungseuphorie Th.Ch.Paefgen, Globales und Euro-Marketing, 1988, S.29 ff.

Verbreitungsgebiet identisch ist, oder es auf Sprache beispielsweise bei den Fällen I-II oder bei einem musikalischen Rundfunkwerbespot nicht ankommt (oder auf eine gemeinsame Fremdsprache (Englisch) rekurriert werden kann, was bei minimalen sprachlichen Gehalten („Go West“) realisierbar ist). **Gegen** märkteübergreifende Werbung spricht die Gefahr der fehlenden Berücksichtigung nationaler Eigenheiten, die im Einzelfall sogar zur Vereitelung des Werbeerfolgs führen kann: Ein oft genanntes, älteres Beispiel ist die Bezeichnung eines Chevrolet-Kraftfahrzeugs als „Nova“, das im spanisch-sprachigen Raum nicht erfolgreich sein dürfte („no va“ zu deutsch: „geht nicht“)³³⁴. Ein jüngeres Beispiel sind die je nach Land unterschiedlichen Erfahrungen, die der für die Benetton-Werbung verantwortliche Kreative mit der Aufnahme seiner Aids-Werbung (Fall II a) gemacht hat: Sie reichten von strikter Ablehnung der Motive bis zur Vereinnahmung durch Aids-Aktivisten für deren Kampagnen.³³⁵

Zusammenfassend kann der Meinungsstand wie folgt beschrieben werden: für einzelne Produkte und Unternehmen mag globales oder Euro-Marketing durchaus eine erfolgversprechende Strategie sein; die Betonung liegt aber für die Mehrzahl der Unternehmen bisher eher auf der „Strategie“ denn auf der Durchführung.³³⁶ Die technischen Möglichkeiten für globale und Euro-Werbung sind durch das Satellitenfernsehen und die kommunikative Vernetzung durch Netzwerke wie das Internet verfügbar und ökonomisch interessant geworden. Die Streubreite dieser Medien (medialer over-spill und media-overlapping) führt auch dazu, daß den Marketingstrategen die Entscheidung über grenzüberschreitende Werbung teilweise abgenommen wird. Bereits die Mitbestrahlung von Nachbarländern mit Rundfunkprogrammen (im Grenzbereich)³³⁷ und nunmehr weitergehend der Zugriff auf Satellitenprogramme durch Rezipienten mehrerer Staaten tendiert zum multi-state-Marketing. Die Streubreite der Medien wird deshalb in das Kalkül von Werbekampagnen einbezogen, die für solche Werbeträger konzipiert werden.³³⁸

334 Beispiel nach B.Tietz Euro-Marketing: Unternehmensstrategien für den Binnenmarkt, 2.Aufl. 1990, S. 270; H.Riesenbeck, Globale Marken- wie global sind sie wirklich? MA 1994, 328, 332 mit Beispielen erfolgloser und erfolgreicher globaler Marken – als letzere bezeichnet er Pampers und Polaroid, also technische Innovationen, und Dunhill und Cartier als emotional positionierte Produkte. Der Jury Präsident zur Verleihung des Goldenen Löwen, Frank Lowe, beschreibt unterschiedliche Werbementalitäten in Japan, Italien, England und Holland, Der Spiegel 26/1995, S.179.

335 In den Niederlanden und Japan übernahmen Aktivisten die Werbemittel für eigene Kampagnen; in England überklebten Aktivisten die Plakate mit der Telefonnummer des eigenen Bereitschaftsdienstes; O.Toscani, Die Werbung ist ein lächelndes Aas, 1997, S. 80 ff.

336 Im einzelnen H.H.Holz Müller, Internationaler Werbe-Overflow, Entscheidungsdeterminante im Marketing von Konsumgütern. Dargestellt am Beispiel des deutschen Sprachraums, 1982, S.202,ff.

337 H.H.Holz Müller, Internationaler Werbe-Overflow, Entscheidungsdeterminante im Marketing von Konsumgütern. Dargestellt am Beispiel des deutschen Sprachraums, 1982, S. 5, f zu Konstellationen der Abweichung von Zielmenge und Kontaktmenge an unterschiedlichen Positionierungen der Staatsgrenze.

338 Eine Übersicht über media-overlapping im Fernseh- und Zeitschriftenbereich gab S.Steffens, Werbepolitik multinationaler Unternehmungen, 1982, S.174,f (Übersicht 25,26),

Der Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit eines europäischen Werbe- und Marketingrechts kommt deshalb auch rechtstatsächlich Bedeutung zu.³³⁹ Die anderen vier territorialen Marketingkoordinaten (Euro-, multi-state-, grenzüberschreitende, Binnen-) haben dabei Bedeutung für die strategische Planung von Globalmarketing: Je einheitlich- freizügiger³⁴⁰ das Werberegime innerhalb der Europäischen Union³⁴¹ ist, desto einfacher und kostengünstiger ist die Analyse der rechtlichen Werbeoptionen und desto eher, öfter und preiswerter sind einheitliche, zur Globalisierung tendierende Konzeptionen zu verwirklichen.

b) „Euro-Marketing“ und „Euro-Werbung“

Auch bei dem Attribut „Euro“ beginnt – geographisch bedingt – die Zuordnungsungewißheit: Europa könnte mindestens bis zum Ural reichen. Die Arbeit beschränkt „Euromarketing“ und „Eurowerbung“ – korrespondierend zum rechtlichen Untersuchungsgegenstand – auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Auch hier wird aber sehr schnell deutlich, daß nur wenige Unternehmen in 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Union Marketing und/oder Werbung betreiben. Viel häufiger wird es sich um „multi-state-, Marketing und Werbung handeln. Auch das Attribut „Euro“ bezeichnet damit oft mehr das *Konzept*, denn die Realität. Im folgenden wird deshalb der Begriff „multi-state-Werbung“ zugrundegelegt.³⁴²

c) „Binnen“-Marketing und „Binnen“-Werbung

In der Realität häufig feststellbar sind „Binnen-,Marketing und -Werbung, die sich an Rezipienten innerhalb eines Mitgliedstaates (im Rahmen dieser Arbeit die Bundesrepublik Deutschland) wenden. In der Realität handelt es sich oft nicht um

die bspw. bei Deutschland und Österreich bei den Zeitschriften ein Overlapping von 98,4 % und zwischen Deutschland und Luxemburg ein Overlapping von 83,7 % feststellte. Zum von ihm genannten spillover -Effekt siehe auch Th.Ch.Paefgen, Globales und Euro-Marketing, 1988, S.43; zu den unterschiedlichen Begriffen – Overspill, Overlapping, Overflow, Spill-in, Spill-out – siehe H.H.Holz Müller, Internationaler Werbe-Overflow, 1982, S. 12,f.

339 U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S.4 ff.

340 Eine einheitliche, restriktive Werbepolitik in der EU kann "Globalmarketing" mehr beschränken als eine Mischung aus restriktiven und liberalen Marketing- und Werberechten in den einzelnen Mitgliedstaaten. Vorstellbar ist, daß sich dann das Werbungsinteresse auf die Staaten konzentriert, die ein liberales Werberecht haben und ein Wettbewerb der Rechtsordnungen um Werbung eintritt .

341 Diese Untersuchung beschränkt sich auf die Europäische Union, weil sie an der Interaktion von Werberecht, Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht interessiert ist. Weitere Forschungen zum Europäischen Wirtschaftsraum wären für das Globalmarketing von Bedeutung.

342 Es ist grundsätzlich nicht erkennbar, wieso die primärrechtliche gemeinschaftsrechtliche Beanstandung von mitgliedstaatlicher Werberechtsdisparität davon abhängen soll, ob in allen oder nur in einigen Mitgliedstaaten geworben wird. Anders und ohne Problembewußtsein J.Kotthoff, Der Schutz des Euromarketings über Art. 30 EGV, WRP 1996, 79 f.

den „deutschen“ Markt, sondern um die Vermarktung und Werbung auf regionalen und lokalen Märkten.

d) *Marketing und Werbung: „grenzüberschreitend“ oder „Multi-State“*

aa) Unterschiede zwischen „grenzüberschreitend“ und „multi-state“

Weiter als Binnenmarketing und – werbung reichen **„grenzüberschreitende-„**, und **„multi-state-„**, Marketing – und Werbekampagnen. „Grenzüberschreitend“ scheint zunächst der ältere Begriff zu sein, der in *einem engeren Sinn* vor allem für Werbeträger, die Grenzen „überschreiten“, zutrifft – beispielsweise das Fernsehen. In *einem weiteren Sinn* wird der Begriff hier verwandt, *um Werbung zu beschreiben, die in Grenzregionen betrieben wird und der kein multinationales Werbekonzept zugrundeliegt*. Ein Beispiel ist der gemeinschaftsrechtliche Fall „GB-INNO- BM“, bei dem *ein* Werbemittel – ein Handzettel – in mehreren Ländern verteilt wurde.³⁴³ *Charakteristisch ist, daß die Konzeption national, und nur die Distribution multinational ist*. Bei der Benutzung von Werbeträgern, wie etwa Satellitenfernsehen ist danach zu unterscheiden, ob es sich nur um die Wahl eines grenzüberschreitenden Werbeträgers („grenzüberschreitende Werbung“) oder um die Wahl einer grenzüberschreitenden Werbekonzeption (multi-state-Werbung) handelt. Die Unterscheidung von multi-state- und grenzüberschreitender Werbung ist notwendig³⁴⁴, um bei *der* beeindruckenden Argumentation gegen mitgliedstaatlich-disparitäre Werberegime differenzieren zu können, nämlich dem Kostenargument. Diese Argumentation behauptet, daß die Disparität in den Werbe(beschränkungs)rechten entweder

- (1) zur Erhöhung der Werbe- und folglich der Marketingkosten führt („hier als **„Kostenerhöhungsargument“** bezeichnet) oder
- (2) eine mögliche Kosteneffektivierung und -reduzierung (hier als **„Kosteneffektivierungsargument“** bezeichnet) unmöglich macht.³⁴⁵

Die *rechtliche* Bedeutung dieser Argumente wird im gemeinschaftsrechtlichen Kapitel behandelt (siehe unter III 5) die *tatsächliche* Bedeutung dieser Argumente soll im folgenden Abschnitt näher untersucht werden.

343 EuGH Urt. v. 07.03.1990 Rs. C-362/88,GB-INNO-BM/Confédération du Commerce Luxembourgeois Slg. 1990 I-667 .

344 Auch aus einem anderen Grund ist die Unterscheidung von multi-state- und grenzüberschreitender Werbung angebracht: Multi-state-Werbekonzepte müssen nicht den Einsatz dieser grenzüberschreitenden Werbeträger beinhalten, sondern können auch die mehrfache, parallele, "binnennationale" Anwendung vorsehen. Dies war bei den Benetton- und Hennes & Mauritz -Kampagnen der Fall, bei denen im wesentlichen Plakatwände als Werbeträger eingesetzt wurden.

345 Die Erhöhung von Werbe- und Marketingkosten bei "Euro-Werbung" hat Bedeutung für die Betätigungsfreiheit von Unternehmen auf dem gemeinschaftsrechtlichen Binnenmarkt und damit auch für die gemeinschaftsrechtliche Makroökonomie. Die Verhinderung der Ausnutzung von Kostenvorteilen durch Mehrfachnutzung von Werbekonzepten hat – so ist zumindest zu vermuten – preispolitische Konsequenzen. Gerade in Märkten, in denen die emotionale Positionierung des Produkts durch Werbung bedeutsam ist (Waschmittel), können den Verbrauchern Preisvorteile vorenthalten werden.

bb) Relevanz des Kostenarguments bei Analyse, Konzeption und Realisation von Werbekampagnen

Es handelt sich bei den Kostenargumenten um generalisierende Behauptungen der notwendigen, wirtschaftlichen und praktischen Voraussetzungen für Werbung und einer Prognose von Werbe(er-)folgen, die aus juristischer Sicht schwer handhabbar sind. Die Kosten für Kampagnen mögen je nach dem Werbe- und Marketing-Know-How des einzelnen Unternehmens sehr unterschiedlich ausfallen. Von der Vielzahl der eigenen Werbeabteilungen oder der Beauftragung mehr oder wenig exklusiver Werbeagenturen,³⁴⁶ und von der Kreativität und der Effektivität des einzelnen hängen die Kosten der Konzeption wie der Realisation ab. Nicht ausgeschlossen ist, daß die Chance, in mehreren Ländern Waren abzusetzen, und konsequente Absatzerfolge die höhere Kosten für Kampagnen, die unterschiedliche Werberegime einbeziehen und beachten, wenigstens im Durchschnitt rechtfertigen können. Und natürlich spielt vor allem bei den Absatzerfolgen und den resultierenden Gewinnen die Qualität des Produkts eine entscheidende Rolle. Wer sich also auf ein ungünstiges Verhältnis von Werbekosten (für multi-state-Kampagnen) zu Umsätzen und daraus folgend einer Vereitelung oder Verminderung von Gewinnen beruft, beansprucht durch die Rechtsvereinheitlichung eventuell die Erleichterung der Folgen wirtschaftlich schlechter „performance“. Diese grundsätzlichen Zusammenhänge müssen gesehen werden; das Detailproblem, wie man Werbekampagnen rechtlich strukturiert, bleibt. Soweit ersichtlich, hat sich bisher nur das Urheberrecht dieser Aufgabe stellen müssen: Dort wird gegenwärtig diskutiert, ob „*Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen*“ (nach § 2 Urheberrechtsgesetz³⁴⁷) rechtlich geschützt sind.³⁴⁸ Eine *Vorfrage*, die sich auch dem Urheberrecht stellt ist, wie Werbung in

346 Pauke Verlag, Verzeichnis Deutscher Werbeagenturen, 9. Ausgabe.

347 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte v. 9.9.1965 BGBl I, S. 1273 = Schönfelder Nr. 65. Werbetexte, Werbeslogans und Werbegravuren unterstehen unproblematisch dem Urheberrecht (G.Schricker, Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, GRUR 1996, 815, 819 f, der auch einräumt, daß die Begriffe Werbeidee, -konzeption, -kampagne und -schöpfung fließend und bisweilen – je nach konkreter Kampagne – untrennbar sind und P.W.Hertin. Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeleistungen unter besonderer Berücksichtigung von Werbekonzeptionen und Werbeideen, GRUR 1997, 799, 802 f m.w.N.) soweit es sich nicht nur um ein Wort, sondern Slogans wie "ein Himmelbett als Handgepäck" oder "biegsam wie ein Frühlingsfalter bin ich im Forma-Büstenhalter" oder Gravuren wie "Atomkraft? – Nein danke" handelt. Auf die vielfältigen Verwertungsformen von Werbung, die von der Unterbrechungswerbung (Ein Coca-Cola Werbespot wurde dreimal bei einem Spielfilm eingeblendet und unmittelbar nach der Einblendung erfolgte jeweils die Darstellung eines Massakers) bis zu ihrer Wiedergabe in speziellen Sendungen über Werbung reichen: L.C.Ubertazzi, Die freie Verwertung von Werbung, GRUR Int. 1996, 534.

348 Siehe G.Schricker, Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, GRUR 1996, 815, dazu auch P.W.Hertin. Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeleistungen unter besonderer Berücksichtigung von Werbekonzeptionen und Werbeideen, GRUR 1997, 799.

der Praxis betrieben wird. Zentral ist die Werbekonzeption³⁴⁹, die aus zwei Bestandteilen besteht, und in einer dritten Phase umgesetzt wird:

- (1) **Analyse:** „Der analytische Teil behandelt Stellung, Image und Wettbewerbsposition des Unternehmens ..., Charakteristika des zu bewerbenden Produkts, Marktverhältnisse, mögliche Zielgruppen, Vertriebswege, Konsumtrends, psychologische Faktoren und *sonstige Rahmenbedingungen* sowie die Ziele der Werbekampagne.“³⁵⁰

Je nach der Stellung des Unternehmens in dem konkreten Markt können hier unterschiedliche Recherchekosten anfallen: ein Newcomer in einem werbeintensiven, mitgliedstaatlichem Markt (etwa Kraftfahrzeuge, Kinderwindeln oder Waschmittel) mag hier mehr „Statistiken, Marktanalysen, Verbraucher- und Händlerbefragungen“ beiziehen müssen als ein Unternehmen, das schon Erfahrung auf diesem Markt hat. Zu den „sonstigen Rahmenbedingungen“ gehört sicher auch das Werberecht des Marktes, und damit entstehen im analytischen Teil bei Werbedisparität zunächst **Recherchekosten**.

- (2) **Konzeption:** „Im gestalterischen Teil werden Kommunikationsstrategien entwickelt, Zielgruppen identifiziert, Vorschläge zur Positionierung von Marken gemacht, ästhetische Grundlinien fixiert, der zeitlich/räumliche Einsatz der Kampagne abgesteckt, Werbeargumente entwickelt, werbliche Einzelmaßnahmen namhaft gemacht, die Medienplanung entworfen, die Werbeträger ausgewählt, Entwürfe für Anzeigen, Plakate, Werbeschriften und -filme, Werbegeschenke, Gewinnspiele und sonstige Absatzförderungsmaßnahmen vorgelegt und ein Etatplan ausgearbeitet.“³⁵¹

Schon dieses Zitat zeigt einige und gleichzeitig viele Strukturelemente, die in eine Werbekampagne eingehen. Der Konkretisierungsgrad, den solche Konzeptionen erreichen, kann je nach Auftraggeber und befaßter Werbeagentur sehr unterschiedlich sein. Bei der Frage, welche Auswirkungen die Disparität der *Werberechte der Mitgliedstaaten auf die Konzeption* hat, sind verschiedene Fallgestaltungen zu unterscheiden:

- (a) **Keine „multi-state-Werbung“:** Wer Kenntnisse über unterschiedliche Strukturen der Märkte hat, bei dem mag dies auch zu differenzierten Konzepten führen und dann im *Ergebnis zur Ablehnung von multi-state-Kampagnen. Die Kosten(erhöhungen) für die Anpassung an unterschiedliche Märkte ist dann grundsätzlich werbestrategisch bedingt; ursächlich ist nicht die Disparität der Werberechte.*
- (b) **(Teilidentische) „multi-state-Werbung“:** Vorstellbar ist auch, daß Teile einer Kampagnenkonzeption im jeweiligen Markt übernommen werden und die Unterschiedlichkeit der Werberechte *ein* ausschlaggebender Aspekt für die *Änderung, teilweise Aufgabe von Werbemotiven oder Anpassung der gesamten Kampagne* an den „kleinsten gemeinsamen, rechtlichen Nenner“ ist. Diese Fallgestaltung liegt aber gerade bei auf

349 G.Schricker, Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, GRUR 1996, 815.

350 G.Schricker, GRUR 1996, 815.

351 G.Schricker, GRUR 1996, 815 f.

„Globalität“ angelegten multi-state-Kampagnen keineswegs so nahe, wie man glauben möchte. Auf „Globalität“ angelegte multi-state-Kampagnen scheinen weder so eingehende Marktanalysen noch differenzierende Konzeptionen zu beinhalten, die höhere Anpassungs- oder Umgestaltungskosten für die Konzeption erwarten lassen: Das Kennzeichen solcher Kampagnen scheint es gerade zu sein, Differenzen zu ignorieren. Grundsätzlich werden dabei zwei unterschiedliche Strategien verfolgt: zum einen suggestive Werbung, die die ewig-positiven Attribute „Jung, frei und schön“³⁵² wiedergibt und wegen Ihrer Suggestivität und damit substantiellen Inhaltsleere keine Konfrontation mit den mitgliedstaatlichen Werbe-rechten eingeht und zum anderen die suggestive Schockwerbung,³⁵³ für die die Benetton-Werbung ein Beispiel ist und bei der besonders deutlich wird, daß der Schock der Rezipienten³⁵⁴ und gegebenenfalls die „Zensur“ durch eine Rechtsordnung zumindest billigend in Kauf genommen werden, um die Ziele der Kampagne – breite Medienwirkung – zu erreichen. Mehrkosten in der *Konzeption* entstehen aber dann oft nicht, weil die Gesamtkonzeption von einer partiellen³⁵⁵ Unzulässigkeit der Werbung im Rechtssystem einiger Mitgliedstaaten dann eben zur territorialen Beschränkung in der Realisation führen. Mehrkosten entstehen deshalb allenfalls im dritten Teil einer Kampagne, nämlich der Realisation. Das zeigt auch das Beispiel einer zur Globalität tendierenden multi-state-Werbung, nämlich der Benetton-Kampagne: Ein Motiv war die Darstellung der Geschlechtsteile von Männern, Frauen und Kindern, „*zurechtgeschnitten* in Paßbilder, einzeln in Rechtecken, klinisch aneinandergereiht wie in einem Setzkasten.“³⁵⁶

Benetton konnte – ohne Rechtsstreit- in Europa den Abdruck *dieses* Motivs nur in einer europäischen Zeitung erreichen. In Italien wurde dieses Foto zur Biennale eingeladen, so daß insoweit eine gewissen Medienwirksamkeit zu vermuten ist.³⁵⁷ Gerade bei diesem Beispiel wird deutlich, daß die Disparität der Werberechte nicht unmittelbar kausal für Kostenerhöhungen bei „Global-“, und „Euro“-Werbung ist. Diese Einschätzung bestätigt auch ein Blick auf die Tabakwerbung, der ein alle Werbeträger umfassendes Verbot von Werbung und Sponsoring bevorsteht. *Die* in einigen Mitgliedstaaten (wie in Belgien) existierenden *Werbeverbote* können logisch nicht zu einer Anpassung des Konzepts und demzufolge einer Erhöhung der Konzeptionskosten führen. Bei der Notwendigkeit, in den Ländern, wo das noch zulässig ist, Werbemittel (Spots und Anzeigen) mit dem Text: „Die Gesundheitsminister“ zusätzlich zu versehen, handelt es sich nicht um eine Veränderung der Konzeption, sondern um eine Ergänzung. Diese Ergänzung erfolgt bei der Tabakwerbung in ganz Europa,

352 O.Toscani, Die Werbung ist ein lächelndes Aas, 1997, S. 22, der den Etat der so typisierten Pepsi-Cola und Coca-Cola Werbung "weltweit" 1992 auf ca. DM 1,8 Milliarden schätzt.

353 Wobei die Methode als solches nicht schutzfähig ist: P.W.Hertin. Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeleistungen unter besonderer Berücksichtigung von Werbekonzeptionen und Werbeideen, GRUR 1997, 799, 812.

354 Zur im Ergebnis erfolglosen Rechtsverteidigung von Benetton-Händlern, die unter Berufung auf die negative Wirkung der Schockwerbung Umsatzverluste behaupteten und Zurückbehaltungsrechte geltend machten (BGH Urt.v.23.7.1997 NJW1997, 3304 "Benetton I" und BGH Urt.v. 23.7.1997 NJW 1997, 3309 "Benetton II").

355 Andernfalls handelte es sich um die Unzulässigkeit der Werbung in allen Mitgliedstaaten und damit wäre die Disparität kein kausaler Faktor mehr.

356 O.Toscani, Die Werbung ist ein lächelndes Aas, 1997, S.94 f.

357 O.Toscani, a.a.O., S.94 f.

und ist damit kein Beispielfall für die erhöhten Konzeptionskosten durch Disparität im Werberecht. Da das Tabakwerbungsszenario aber nur das Vorspiel für ein Alkoholwerbungsszenario sein kann und wird, verdient es der Erwähnung. Grundsätzlich werden durch die Ergänzungen die Realisationskosten erhöht; ein Eingehen der Konzeption auf die behördliche Warnung ist (derzeit noch)³⁵⁸ kaum feststellbar³⁵⁹.

- (3) **Realisation:** Es entspricht wohl der Realität, daß erst am Ende der Konzeptionsphase oder zu Beginn der Realisationsphase das Risiko und die Kosten einer notwendigen Rechtsverteidigung in einem³⁶⁰ Mitgliedstaat konkret bewertet werden und so die Kosten (Rückstellungen) von Kampagnen erhöhen bzw. diese mit einem „Risk of Chill“ belasten.^{361 362}

cc) Relevanz des Kostenarguments bei „grenzüberschreitender“ Werbung

Wer „nur“ grenzüberschreitende Werbung betreibt, kann nur das Argument der **Kostenerhöhung** durch Andersartigkeit des Nachbarwettbewerbsrechts geltend machen. Wenn man zwischen den drei Phasen unterscheidet, ergibt sich:

- (1) Die **Analysekosten** erhöhen sich nicht, weil die unterschiedlichen Werberechte nicht bei der Konzeption berücksichtigt werden. Hierin besteht der Unterschied zu „multi-state-Werbung“.
- (2) Die **Konzeptionskosten** erhöhen sich demzufolge auch nicht. Der Vorteil grenzüberschreitender Werbung ist, daß **die** Konzeption in größerer Streubreite eingesetzt werden kann und deshalb der Konzeptionsaufwand pro Rezipient geringer wird.

358 Auch dann stellt sich die Frage, inwieweit infolge der Disparität der Werberechte tatsächlich unterschiedliche Konzeptionen (für Mitgliedstaaten, die die Beifügung von Warnungen verlangen und anderen Mitgliedstaaten) feststellbar sind. Wenn sich die Alkoholwerbung wie die Tabakwerbung (in der Vergangenheit) verhält, dann wird sie sich bemühen, durch graduelle Selbstbeschränkung gerade in den Staaten, die die Einschränkungen noch nicht kennen, einer gesetzlichen Beschränkung vorzubeugen.

359 Ein Ausnahme ist die Verpackungswerbung für Zigaretten, die die Aufschrift "Black Death" enthielt und einen Totenschädel enthielt (Jahrbuch Deutscher Werberat 1996, S. 38). Interessant wäre es, wenn hier das Unternehmen (solange die Pflicht zu Warnhinweisen noch nicht gemeinschaftsweit vorgeschrieben war) argumentieren würde, durch die Notwendigkeit des Warnhinweises zu dieser ironisierenden Verpackungswerbung gezwungen zu sein und insoweit für die Länder, in denen die Hinweise vorgeschrieben sind, eine eigene Werbung mit "Black Death" entwickeln zu müssen. Es würde sich dann um einen Fall von multi-state-Werbung handeln, die wegen der Disparität im Werberecht teurer würde.

360 Jedenfalls für die Frage der Werbeselbstdisziplin gilt international **grundsätzlich** das Herkunftslandsprinzip Ch.Beckmann., Werbung mit Auslandsberührungen, WRP 1993, 651, 657 m.w.N.

361 In Anbetracht der im deutschen Recht erfolgenden Kostenerstattung für die obsiegende Partei.

362 Hinzukommen mögen die Rechtsverfolgungskosten für Streitigkeiten, die sich aus der Abwicklung von Verträgen mit Werbeträgern ergeben haben, die sich (nach Bezahlung) weigern, das Werbemittel mit dem unzulässigen Inhalt zu verbreiten (Ein Berliner Fall betrifft die – vertragswidrige – Weigerung der Verkehrsbetriebe, in ihren U-Bahnen Werbung der evangelischen Patmos-Gemeinde zu verbreiten, die gegen die Bundeswehr und die Erziehung zur Tötung von Menschen polemisierten (Berliner Morgenpost, 25.11.1994, S.14 und AG Berlin Schöneberg, v.25.4.1994 Az. 14 C 80/94 und LG Berlin v. 24.11.1994 Az. 13 S 10/94). O.Toscani, a.a.O., S. 95 beschreibt die "Zensur" an einer Werbung mit der Abbildung von Geschlechtsteilen, die nur in Frankreich abgedruckt wurden) oder Kosten, um den Abdruck der Werbemittel durchzusetzen.

- (3) Die *Realisationskosten* erhöhen sich um die *Recherchekosten*, falls vor der Verbreitung im Grenzland die rechtliche Zulässigkeit geprüft wird. Bei fehlender Eindeutigkeit des Werberechts – etwa wenn es sich um eine wettbewerbsrechtliche Generalklausel handelt und Präjudizien fehlen – kommt gegebenenfalls das Zeit- und Kostenrisiko einer gerichtlichen Klärung (in fremdem Recht) hinzu (*Kosten der Rechtsverteidigung*).

Die erhöhten *Distributionskosten* müssen dagegen unberücksichtigt bleiben, weil der *Werbende* einen größeren Rezipientenkreis anspricht und er für diese Erhöhung seiner Chancen dementsprechenden Einsatz bringen muß.

- (4) Zusammenfassend kann festgestellt werden: Im wesentlichen erhöhen sich die *Recherchekosten* oder – falls eine Recherche unterbleibt – das Kostenrisiko der *Rechtsverteidigung* oder dem Werbenden(, der nach Prüfung der Rechtslage auf eine *Distribution verzichtet*,) entgegen economies of scale. Es handelt sich um die Konsequenzen einer fehlenden sekundärrechtlichen Harmonisierung der Werberechte. Kosten für ein Gesamtkonzept, das die Werberechte mehrerer Mitgliedsländer berücksichtigt, sind nicht angefallen. Im wesentlichen beansprucht der Werbende bei „grenzüberschreitender Werbung“ eine Gleichartigkeit der Wettbewerbsbedingungen und damit die *Erhöhung* seiner Werbe- und Absatzchancen mit *gleichem* konzeptionellem Einsatz. Die Erhöhung der Recherchekosten (nicht nur das Recht des Mitgliedstaates, für den die Kampagne konzipiert ist, muß erkannt werden) muß nach hier vertretener Ansicht im (noch) nicht harmonisierten Bereich oder in Bereichen, wo das Prinzip gegenseitiger Anerkennung nicht zum Tragen kommt, unberücksichtigt bleiben. Es handelt sich sicher um Kosten, die durch Harmonisierung vermeidbar wären. Solange diese aber nicht erfolgt ist, muß den Bürgern im Werbe- wie im Wirtschaftsrecht – genauso wie im sonstigen Recht – zugemutet werden, das von Ihnen zu beachtende Recht zu kennen oder ermitteln zu lassen. Die Kosten für Rechtskenntnis müssen deshalb rechtlich³⁶³ irrelevant bleiben. Eine andere Frage ist, inwieweit die Bürger und Unternehmen in den Mitgliedstaaten vom Primärrecht verlangen können, daß es ihnen Wettbewerbsvorteile durch Effektivierungen (bei den Konzeptionskosten) verschafft, ihnen also die „economies of scale“ erstreitet.³⁶⁴

dd) Relevanz des Kostenarguments bei „Multi-State-Werbung“

Wer vorträgt, „multi-state-Werbung“ zu betreiben, bei dem kann, wenn ein entsprechend substantiiertes Vortrag erfolgt, je nach Sachverhaltsgestaltung nicht ausgeschlossen werden oder es liegt sogar nahe, daß die Konzepte (teilweise) verteilt werden und deshalb eine *Kostenerhöhung* vorliegt. Wenn man zwischen den drei Phasen unterscheidet, ergibt sich:

- (1) Die *Analysekosten* erhöhen sich um die *Recherchekosten* für die Rechtslage in den Mitgliedstaaten, in denen Werbung betrieben wird.
- (2) Die *Konzeptionskosten* erhöhen sich dann, wenn tatsächlich eine Anpassung an das Recht einzelner Mitgliedsländer erfolgt. Das ist – wie oben beschrieben ((*Teilidentische*) „*multi-state-Werbung*“(2b))- keinesfalls oft oder immer der Fall; logisch ist es aber auch nicht ausgeschlossen.

363 Auch wenn man in ökonomischer und wirtschaftspolitischer Betrachtung eine Harmonisierung vorziehen würde.

364 Dazu siehe unter III 5.

- (3) Die *Realisationskosten* erhöhen sich um Ergänzungen, die ein Mitgliedstaat verlangen könnte, wenn er etwa für die Alkoholwerbung eine Warnung verlangt.

Genauso wie bei der „grenzüberschreitenden Werbung“ sind die Recherchekosten rechtlich unbeachtlich, weil Recht die Kenntnis der Rechtsunterworfenen voraussetzt und nicht die Rechtskenntnis einzelner Adressaten subventionieren kann. Die Erhöhung der *Konzeptionskosten* vermag bei entsprechend substantiiertem Vortrag zu überzeugen; die allgemein gehaltene Behauptung, daß Disparität zur Erhöhung der Kosten bei „Euro-Werbung“ führt, vermag dabei per se – weil es sich zunächst nur um die Recherchekosten handelt – nicht zu überzeugen. Soweit der Werbetreibende geltend macht, die notwendigen Recherchen und das Risiko einer Kostenerhöhung oder Rechtsverteidigung, würden ihm vom Euro-Marketing abschrecken und ihm deshalb Gewinne entgehen, so sind diese Gewinnchancen wiederum rechtlich nicht geschützt. Die Erhöhung der *Realisationskosten* durch notwendige Ergänzungen kann zusammen mit der Erhöhung der *Konzeptionskosten* eine Behinderung des freien Verkehrs von Waren und Dienstleistungen sein und wird im folgenden Abschnitt zu prüfen sein.

4. *Eröffnung des Anwendungsbereich des Vertrages (Art. 30 EGV) nach „Dassonville-Cassis“*

Art.30 EGV enthält das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und „Maßnahmen gleicher Wirkung“; letzere sind der Anknüpfungspunkt für die Behandlung mitgliedstaatlichen Marketing- insbesondere Werberechts für Waren.

a) *Dassonville-Test*

In der sog. Dassonville-Entscheidung³⁶⁵ hat der Gerichtshof die „Maßnahme gleicher Wirkung“ definiert als

„jede Handelsregelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“

Dieser weite Blickwinkel des Gerichts eröffnet sich vor der Annahme, daß beim Warenverkehr bereits das Herkunftsland Marketingvorschriften erlassen hat und deshalb weitere und weitergehende, formell nicht diskriminierende Beschränkungen im Bestimmungsland einer Rechtfertigung bedürfen.

Diese Rechtfertigung bietet zum einen Art. 36 EGV und zum anderen die sogenannte „Cassis“-Rechtsprechung³⁶⁶, die der Wahrung *zwingender Erfordernisse*

365 EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs.8/74, Benoit und Gustave Dassonville, Slg. 1974, S. 837.

366 Ergänzt hat der EuGH im "Cassis de Dijon"- Urteil (EuGH Urt. v. 20.02.1979 Rs.120/78 REWE-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein Slg. 1979, 649, 664 Tz.14) die Dassonville-Formel um die Rechtfertigung, daß

"Maßnahmen, die ohne Unterschied inländische und eingeführte Waren betreffen (nicht diskriminierend), nicht unter das Verbot von Art.30 EGV fallen (und daher auch keiner Rechtfertigung nach Art.36 EGV bedürfen), wenn sie in Ermangelung einer gemeinschaftli-

des Allgemeininteresses – unter ihnen den Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs – *unter Beachtung eines Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* dient.

Für diese Betrachtungsweise wird weitgehend der Begriff „*Herkunftsland(s)prinzip*“ verwandt.³⁶⁷

b) *Werbebeschränkungen als „Maßnahme gleicher Wirkung“*

Erstmals hat der EuGH 1980 für französisches Werberecht, das für alkoholhaltige Getränke (ab einem bestimmten Prozentsatz) umfassende Werbeverbote enthielt, festgestellt, daß „Werbebeschränkungen – obwohl sie die Einfuhren nicht unmittelbar betreffen – geeignet sind, deren Umfang *zu mindern*“.³⁶⁸ *Mit diesem Kriterium – der Minderung von Einfuhren – das eher prognostisch, denn empi-*

chen Regelung notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“.

Beide Entscheidungen bilden eine Prüfungsreihenfolge, die der Europäische Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen auf die kommerzielle Sprache angewandt hat (J.Stuyck, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union, WRP 1994, S. 578f, zitiert als ersten Fall EuGH, Urt. v. 15.12.1982 Rs.286/81 Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV Slg. 1982, 4575, 4587 Tz. 15). Die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit solcher Werbebeschränkungen hängt aber davon ab, ob – in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung – zwingende Erfordernisse, wie der Verbraucherschutz, für die nationale Regelung (Cassis-Argument) sprechen und die eingesetzten Mittel geeignet, erforderlich und in der Zweck/Mittel/Relation verhältnismäßig sind. (Beim Cassis-Test hat der Europäische Gerichtshof einen anderen Maßstab als der Gesetzgeber, der § 6e UWG als abstrakten Gefährdungstatbestand ausgestaltet hatte, gesetzt – nämlich den mündigen und intelligenten Verbraucher. Begrüßt wurde diese Entwicklung von W. Leisner, Wahrheitssuche statt Suggestionsvermutung, ein neuer Anstoß des EuGH zur Wettbewerbsliberalisierung, EuZW 1994, 655 f). Dieser Test beschreibt aber nur den Rahmen, den Literatur und Gerichtshof in konkreten Fällen ganz unterschiedlich ausgefüllt sehen.

367 M.A.Dauses, Art.30 Rn.97,f in: M.A.Dauses (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1993; W.H.Roth, Rückzug des Europäischen Gerichtshofs vom Binnenmarktkonzept?, in: FIW Symposium: Marktwirtschaft und Wettbewerb im sich erweiternden europäischen Raum, 1995, S. 21, 38 Fn.112; Grundsätzlich: E.M.Kieninger, Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages? EWS 1998, 277 f "Herkunftslandprinzip".

368 EuGH Urt.v.10.7.1980 Rs.152/78 Kommission/Frankreich Slg. 1980, 2299 Tz.11; es handelt sich um einen diskriminierenden Sachverhalt. EuGH Urt. v. 15.12.1982 Rs.286/81 Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV Slg. 1982, 4575, 4587 Tz. 15 "eine nationale Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, kann – obwohl sie die Einfuhr nicht unmittelbar regelt – geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für eingeführte Erzeugnisse beeinträchtigt." Werberegulungen, die einen Wirtschaftsteilnehmer zwingen, unterschiedlich ausgestaltete Werbemittel herzustellen, können damit grundsätzlich Maßnahmen gleicher Wirkung sein (Dassonville-Argument). Im niederländischen Fall handelte es sich um Zugaben, also vorwiegend kontrahierungs = preispolitische Maßnahmen. EuGH Urt.v.25.7.1991 Rs. C-1/90, 176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior S.A.u.a./Generalitat de Catalunya, Slg. 1991, I-4151 Tz. 13 hat Alkoholwerbeverbote zum Gegenstand; dazu A.Leupold/A.Nachbaur, Werbebeschränkungen und Warenverkehrsfreiheit nach Art. 30 EWG-Vertrag, JZ 1991, 1110, 1114 die die Einteilung als vollkommen willkürlich bezeichnen.

*risch belegbar ist*³⁶⁹ – verbinden sich unterschiedliche Auffassungen zu Art. 30 EGV, die Konsequenzen für die Bewertung der Beschränkung von Werbung haben. *Die Betrachtungsweise des EuGH ist dabei überwiegend von formalistischen Kategorisierungsmut* und nicht von konkreten Ursache-Folgen-Kosten-Nutzen-Überlegungen *geprägt*. Zur Konkretisierung, wann Werbebeschränkungen in ihrer Wirkung Einfuhrbeschränkungen gleichen, bieten sich nach einer Rechtsprechungsanalyse zwei Konzeptionen an; zum einen das schon erwähnte Herkunftslandsprinzip und zum anderen das Einheitlichkeitsprinzip.

aa) Herkunftsland- oder Einheitlichkeitsprinzip?

Beide Prinzipien ermöglichen es die Wirkung mitgliedstaatlicher Werbebeschränkungen unterschiedlich zu quantifizieren.

(1) Das *Herkunfts(land(s))prinzip*³⁷⁰ stellt darauf ab, ob im Herkunftsland³⁷¹ eine bestimmte „Werbeform“ zulässig ist. Diese Betrachtung führt zu einer Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung aller mitgliedstaatlichen Werbestandards unter Wahrung des Cassis-Vorbehalts. Dieses Prinzip würde auch Fälle erfassen, in denen Kampagnen nur für *ein* Land geplant werden, aber in (mindestens) zwei Ländern verteilt werden sollen oder werden („grenzüberschreitende Werbung“; dazu siehe unter III 3 d). Auch die grenzüberschreitende Werbung infolge eines – nicht in die Konzeption einbezogenen – Over-Spills des Werbeträgers wäre vom Herkunftslandsprinzip begünstigt. Der Diversifikationszwang und der Druck, Grenzüberschreitungen in den Mitgliedstaat, in dem die Werbung unzulässig wäre, verhindern zu müssen, ist Grund für die Bejahung einer „Maßnahme gleicher Wirkung“. Als Beispielsfall kann die „GB-INNO-BM-Entscheidung“ erwähnt werden, die das *Verteilen* von Werbeschriften in den Grenzregionen zweier Länder zum Gegenstand hat. Es handelt sich hier um einen Fall des grenzüberschreitenden Marketing mittels

369 Zu den Kriterien unmittelbar, mittelbarer, tatsächlich oder möglich L.W.Gormley, "Actually or Potentially, Directly or Indirectly? Obstacles to the Free Movement of Goods, YEL 9 (1989), 197; H.Weyer, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, 1997, S. 22 f.

370 H.Weyer, Nationale Werbebeschränkungen im System des freien Warenverkehrs, DZWir 1993, 359, 362 f und derselbe, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, 1997, S. 216-233 unter Bezugnahme auf "Cassis de Dijon" (EuGH Urt.v.29.2.1984 Rs.37/83 Rewe Zentrale AG/Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland Slg. 1984, 1229, 1248 Tz.18) und die Richtlinie 70/50/EWG der Kommission v. 22.12.1969 über die Beseitigung von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen, die nicht unter andere auf Grund des EWG-Vertrages erlassene Vorschriften fallen ABI L 13, S. 29 ff. Die Terminologie ist nicht eindeutig, wie der Vergleich mit A.Martin-Ehlers, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, 1996, S. 30 ff m.w.N in Fn. 45 "Ursprungslandprinzip" und aus ihm folgend das "Prinzip der gegenseitigen Anerkennung". Das Einheitlichkeitsprinzip kennt er nicht.

371 Theoretisch kann es sich um das Produktionsland oder um das Sitzland des Anbieters handeln.

Werbung,³⁷² dessen Konzept in der Konzentration auf *ein mitgliedstaatliches* Werberecht besteht.³⁷³ Die Produkte werden auch nur in einem Mitgliedstaat angeboten; *nur die Werbung überschreitet die Grenze.*

Die Absicht „multi-state“-Marketing und -Werbung zu betreiben, die grundsätzlich auch den Vertrieb (Distributionspolitik) in mehreren Mitgliedstaaten³⁷⁴ und eine multi-state-Werbekonzeption verlangt (dazu siehe unter III 3 d) ist nach dem Herkunftslandsprinzip *nicht notwendig*, um die Dassonville-Prüfung zu *eröffnen*.

(2) Das *Einheitlichkeitsprinzip* stellt darauf ab, ob *eine einheitliche Werbekonzeption für mehrere Länder* (multi-state-Werbung) vorliegt. Im Unterschied zum Herkunftslandsprinzip ist nicht notwendig, daß die Werbekonzeption *im* Herstellungsland *der Produkte zulässig* ist; es reicht, wenn sie *in einem Land*, das für die Werbung ausersehen ist, zulässig ist.³⁷⁵ Konkretisiert werde dieses Prinzip durch die „*Oosthoek-Formel*“:³⁷⁶ „Der für *einen Unternehmer bestehende Zwang*,

- *sich entweder der für die einzelnen Mitgliedsstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und³⁷⁷ Absatzförderung zu bedienen*
- *oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben“*,

kann selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und für eingeführte Erzeugnisse gilt“.³⁷⁸ Die

372 Die kollisionsrechtliche Betrachtung des Internationalen Privatrechts, die zum Ergebnis kommt, daß das Wettbewerbsrecht des *Marktorts* maßgeblich ist, wird vom EuGH als Vorgabe angenommen und anschließend unter Hinweis auf Dassonville-Cassis das Herkunftsprinzip für maßgeblich erklärt. Insoweit hat die Dassonville-Cassis-Rechtsprechung auch Bedeutung für die nach internationalem Privatrecht zu beantwortende Frage nach dem Herkunfts- oder Marktort-Prinzips (P.Bernhard, Cassis de Dijon und Kollisionsrecht – am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs, EuZW 1992, 437, 440, der sich wegen der Wettbewerbsgleichheit am Marktort gegen das Herkunftslandsprinzip im Kollisionsrecht wendet.)

373 U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994 S.2 faßt GB-INNO-BM als Fallgestaltung eines grenzüberschreitenden *Werbekonzepts* auf; die bloße Verteilung in zwei Grenzregionen spricht nach hier vertretener Meinung gegen einen konzeptionellen Mehraufwand und eher für eine Erhöhung des Verteilungsaufwands.

374 Das ist der Fall bei Euromarketing und – Vertrieb oder bei Versandhandel, wie im Falle EuGH Urte. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361, der Fall.

375 H.Weyer, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, 1997, S.238.

376 H.Weyer, Nationale Werbebeschränkungen im System des freien Warenverkehrs, DZWir 1993, 359, 362 unter Hinweis auf EuGH Urte. v. 15.12.1982 Rs.286/81 Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV Slg. 1982, 4575, 4585 f Tz. 6 f; wiederholt in EuGH Urte. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361, 2388 Tz.10 zum früheren § 6 e UWG m.w.N. oder EuGH Urte. v. 07.03.1990 Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois Slg. 1990, I-667 Tz.7.

377 Das "und" ist alternativ und nicht kumulativ zu verstehen; es muß also nicht immer Werbung und Vertrieb grenzüberschreitend sein.

Oosthoek-Formel³⁷⁹ ist allerdings nach hier vertretener Ansicht nur in ihrem ersten Bestandteil dem Einheitlichkeitsprinzip zuzurechnen. Nur hier errichten unterschiedliche Werberegime der Mitgliedstaaten Hürden für ein einheitliches Marketingkonzept. Der zweite Bestandteil, der sich am „Diversifikationszwang“³⁸⁰ orientiert, ist demgegenüber dem Herkunftslandsprinzip zuzuordnen. Bereits diese Ambivalenz der Formel zeigt, daß die EuGH-Rechtsprechung einseitig weder der Herkunfts- noch der Einheitlichkeitsthese zuzuordnen ist.³⁸¹

Festzuhalten ist, daß das Einheitlichkeitsprinzip verlangt, daß eine mitgliedstaatenübergreifende Werbe- und/oder Marketingkonzeption vorliegt – also zumindest „multi-state“- Marketing und Werbung. Beschränkungen der Over-Spill-Werbung oder mono-mitgliedstaatlicher Werbekonzepte mit grenzüberschreitender Distribution („grenzüberschreitende Werbung“) lösen die Dassonville-Prüfung nach einem Einheitlichkeitsprinzip „pur“ nicht aus.

bb) Konkrete oder abstrakte Maßstäbe?

Dem EuGH, dem konkrete Zahlen wohl selten zur Verfügung stehen werden, kann die Berechnung von Markt(durchsetzungs)chancen und erhöhten Konzeptionskosten nicht aufgegeben werden; er unterscheidet deswegen auch nicht zwischen einem Kostenerhöhungs- und dem Kosteneffektivierungsargument (dazu siehe oben III 3 d). Grundsätzlich reichte unter „Dassonville“ der Vortrag aus, die Kosten für die eingeführten Produkte würden sich abstrakt erhöhen.^{382 383} Bei der Bewertung der „Verhältnismäßigkeit“ der Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 36 EGV und „Cassis“-Test) bedurfte es dann konkreterer „Maßstäbe“. Der Abstand zwischen diesen Markierungen auf diesem Maßstab – und die Argumentationslasten derjenigen, die sich auf Art. 30 EGV berufen – kann gröber oder feiner sein:

378 EuGH Urt. v.18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361

379 Anders H.Weyer, Nationale Werbebeschränkungen im System des freien Warenverkehrs, DZWir 1993, 359, 362 f.

380 U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S.39.

381 Auch H.Weyer, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, 1997, S. 231 bemerkt, daß der EuGH Zwischenwege geht, wenn er bei der GB-INNO-BM-Entscheidung (EuGH Urt. v. 07.03.1990 Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois Slg. 1990, I-667 Tz.7) die Oosthoek-Formel nicht zitiert, sondern mit einem abgewandelten Inhalt auf sie Bezug nimmt. Nach der Keck-Entscheidung nimmt er an, daß eine Deutung der Oosthoek-Formel als Bestandteil des Herkunftslandsprinzips nicht mehr möglich sei (a.a.O., S. 231 f).

382 Konkret können sich die Kosten durch die Ansprache eines größeren Kundenkreises im Durchschnitt senken.

383 Einen anderen Maßstab schlägt E.M.Kieninger, a.a.O. bei Fn. 97 an: es käme erst nach "Keck" auf den Vergleich von eingeführten und Binnenprodukten an; vorher hätte jede Erhöhung der Kosten für die Eröffnung der Prüfung nach "Dassonville" genügt.

- (1) Argumente, die implicite einem *Herkunftslandsprinzip* nahe stehen, tendieren dazu, bereits die Verschiedenheit mitgliedstaatlicher Werberegungen als einführbeeinflussend im Sinne Dassonvilles zu qualifizieren: So die Forderung, daß

„an die Beurteilung, ob das Werbeverbot geeignet ist, den innergemeinschaftlichen *Handelsverkehr* zu beeinflussen nur minimale Anforderungen zu stellen“ sind.³⁸⁴

Hier wird nicht zwischen „grenzüberschreitender“ und „multi-state-Werbung“ unterschieden. Es wird darauf verzichtet, ob hier geltend gemacht wird, daß Kosten erhöht werden oder daß Kosteneffektivierungen vereitelt werden. In concreto bleibt dann wohl unberücksichtigt, ob durch geringfügige Änderungen des Werbematerials der Verschiedenheit mitgliedstaatlicher Werberechte genügt werden könnte.

- (2) Argumente, die einem *Einheitlichkeitsprinzip* nahe stehen, verlangen konkrete Anhaltspunkte der beschränkenden Wirkung. Bei „*grenzüberschreitender Werbung*“ fehlt es nach hier vertretener Ansicht an der signifikanten Erhöhung der Kosten, weil nur die – rechtlich nicht relevanten – Recherchekosten erhöht sind.³⁸⁵ Hier würde nur das Kosteneffektivierungsargument, nicht aber der Kostenerhöhungsargument, erhoben werden können. *Die Kosteneffektivierung ist aber Aufgabe des Gemeinschaftsgesetzgebers, und nicht der Mitgliedsstaaten.* Soweit das Argument zumindest der „multi-state-„Werbung erhoben wird, ist nicht ausgeschlossen, daß ein Kostenerhöhungsargument vorliegt. Voraussetzung der weiteren Prüfung ist dann, daß ein Konzept überhaupt vorliegt und dieses Konzept *so* wegen der Disparität nicht zu verwirklichen ist. Insoweit also der Kern eines Konzepts verwirklicht werden kann, können Divergenzen zumutbar sein, die eben Folge fehlender Harmonisierung (Art. 100, 100 a EGV) und fehlender Voraussetzungen für ein Handeln der Kommission nach Art. 101 EGV sind. Über Art. 30 EGV ein Recht auf bestimmte Werbeinhalte zu kreieren, ist – angesichts möglicher Kompromiß- oder Substitutionslösungen – ultima ratio.

- (3) Ein Fall, in dem beide Argumente aufeinander trafen, ist die Entscheidung „*Yves Rocher*“, wo ein französisches Mutterunternehmen Werbekonzepte mit damals in Deutschland unzulässigem Eigenpreisvergleich verwirklichte (§ 6e UWG). Yves Rocher wollte das Konzept des Herkunftslands einheitlich in

384 E.Ullmann, Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht, JZ 1994, 928, 934: im Rahmen des Cassis Test könnte die Schwere der Beeinträchtigung berücksichtigt werden.

385 Die Tatsache, daß die Kommission in ihrem Grünbuch, Kommerzielle Kommunikationen, S. 5 ff den Rechercheaufwand für maßgeblich hält, widerspricht der hier vertretenen Meinung nicht ohne weiteres. Die Kommission handelt in Vorbereitung der Harmonisierung. Hier geht es um die Harmonisierung durch Primärrecht – nämlich Art. 30 EGV.

Deutschland und Frankreich verbreiten. Es handelte sich in der Terminologie dieser Arbeit um eine „multi-state-Werbung“. Die Bundesregierung trug vor, daß die Unterschiedlichkeit deutschen und französischen Werberechts bei der Abfassung deutscher Werbeprospekte berücksichtigt werden könnte und deshalb die Berücksichtigung deutschen Werberechts – summa summarum – nicht zu Kostenerhöhungen (hier der Realisation) führte. *Der EuGH ist auf dieses Argument nicht eingegangen.*³⁸⁶ Er konstatierte gerade bei der Werbebeschränkung formal die einfuhr- und ausfuhrbeeinflussende Wirkung von Maßnahmen und scheint damit der Notwendigkeit konkreter Kostenfolgeerwägungen bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 30 EGV auszuweichen.

Im Gegensatz zu dieser Entscheidung zur *Kommunikationspolitik*, wo der EuGH auf das Kostenerhöhungsargument nicht eingegangen ist, rekurriert der EuGH bei Sachverhalten, die das Schnittstelle von Produkt- und Kommunikationspolitik betreffen – also die bereits erwähnte *Verpackungswerbung* – offen auf das Kostenerhöhungsargument.³⁸⁷ Hier liegt es aber so nahe – werden Verpackungen doch oft mit mehrsprachigen Begleittexten versehen und enthalten sprachlich indifferente Minimalangaben (ein Beispiel ist die Verpackung von Eiskrem mit dem Hinweis „Mars 10 % +“) – so daß es sehr leicht einsehbar ist, daß mitgliedstaatliche Beschränkungen zur *Produktumgestaltung* führen müssen – und deshalb die Kostenerhöhung immer zu bejahen ist. Bei der das Produkt begleitenden Kommunikation – *wo selbst die abstrakten Maßstäbe nicht leicht greifbar sind* – fehlt dagegen eine Stellungnahme, ob und inwieweit unter Geltung des Kostenerhöhungsarguments die „gleiche Wirkung“ zu bejahen ist.^{388 389}

386 So der in Yves Rocher erfolgte Vortrag der Bundesregierung, die Eigenpreisvergleiche könnten in der – notwendigen – Übersetzung der Werbeschriften unterbleiben (EuGH, Urt. v. 18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH Slg. 1993, I-2361, 2367. Allein aus der Tatsache, daß der EuGH in Yves Rocher auf dieses Argument nicht weiter eingegangen ist, kann wohl in Anbetracht von EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. nicht dazu verleiten zu folgern, daß dieses Argument keine Rolle spielt (so aber für die Rechtslage vor EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. H.Weyer, Nationale Werbebeschränkungen im System des freien Warenverkehrs, DZWir 1993, 359, 363; für die Rechtslage nach EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. W.Möschel, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit NJW 1994, 429 f). So im Ergebnis auch Th. Schilling, Rechtsfragen zu Art.30 EGV – zugleich eine Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 24.11.1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267 und 268/91 – , EuR 1994, S. 51, 68, der zu einer Interessenabwägung zwischen Verbraucherschutz und Warenverkehrsfreiheit gelangt und hier die minimale Beeinträchtigung des Werbenden, der nur neue Werbezetel drucken muß, grundsätzlich als hinnehmbar ansieht; im Gegensatz zu E. Steindorff, Unvollkommener Binnenmarkt, ZHR 158 (1994), S. 148, 164, der im Interesse eines Binnenmarktes Euro-Werbung fördern will.

387 EuGH Urt.v.22.6.1982 T.F.Robertson u.a. Rs.220/81 Slg. 1982, 2349, 2361 Tz.10 zur Veränderung oder Anbringung von Silberstempeln.

388 So im Ergebnis H.Weyer, Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union, 1997, S.233, der zwischen produkt- und nicht produktbezogenen Regelungen unterscheiden will.

Vor einer Konkretisierung des Kostenerhöhungsarguments muß aber ein grundsätzlicher Vorbehalt eingreifen: *Teleologisch bedenklich am Kostenerhöhungsargument ist vor allem, daß es nur bei Werbebeschränkungen, nicht aber bei Werbeverböten, aussagekräftig ist.* So kann im Fall Hünernmund³⁹⁰ für bestimmte Artikel überhaupt keine Werbung³⁹¹ betrieben, deshalb können (bereits vorhandene) Werbekonzepte nicht benutzt werden und sie müssen folglich nicht angepaßt werden. Die Werbekosten für die Importprodukte im Vergleich zu Inlandsprodukten, für die ebenfalls keine Werbung betrieben werden kann, würden sich deshalb *nicht erhöhen*. Man kann diesem Argument aber begegnen, in dem man *Werbeverböte* als Ausnahme zur Regel *nicht am Kostenerhöhungsargument mißt oder als Ausnahme, das Kosteneffektivierungsargument genügen läßt.*³⁹² Notwendig ist die Bildung dieser Ausnahmen, weil sonst die Mitgliedstaaten inspiriert wären, eher Werbeverböte³⁹³ zu erlassen, als vom milderen Mittel, den Werbebeschränkungen Gebrauch zu machen.³⁹⁴

Der EuGH und auch die Literatur unterscheiden nicht – wie es die vorliegende Arbeit für hilfreich befindet – zwischen „grenzüberschreitender“ und „multi-state-Werbung“. Die Literatur verwendet „Euro-Marketing“ und „grenzüberschreitende „Vermarktungs“³⁹⁵ – und Werbekonzepte“ sogar synonym.³⁹⁶ In der Konsequenz

389 Zum Kostenerhöhungsargument siehe auch die Stellungnahme des Generalanwalts P.Leger in der Rs. C-470/93 Verein gegen Unwesen im Handel/Mars GmbH, Tz.23.

390 Selbst wenn man sich einen exportwilligen Hersteller aus einem anderen Mitgliedstaat hinzudenkt.

391 Gegenstand war eine Standesregelung, die übertriebene Werbung untersagte: "Übertrieben ist insbesondere die Versendung von Werbebriefen, Verteilung von Flugblättern und Werbemitteln außerhalb der Apotheke. Die Einzelwerbung in Zeitungen, Zeitschriften und anderen Druckschriften, wenn sie mehr als den Namen und die Adresse der Apotheke (einschließlich Telefonnummer) sowie den Namen des Inhabers enthält; sie darf nicht größer als 40 cm² sein und nicht häufiger als einmal wöchentlich erscheinen. Die Aufgabe von Stellenanzeigen und sonstigen Annoncen in Zeitungen und anderen Druckschriften, sofern die Anzeigen größer als 40 cm² sind. Werbung in Kinos sowie in anderen Medien (z. B. Funk, Fernsehen, BTX). Werbung mit Eröffnungs-, Übernahme- und Jubiläumsanzeigen, soweit diese größer als 80 cm² sind und häufiger als zweimal im Zusammenhang mit dem betreffenden Ereignis erscheinen. Derartige Anzeigen dürfen außer dem Namen und der Adresse der Apotheke (einschl. Telefonnummer) sowie dem Namen des Inhabers nur Hinweise auf die Eröffnung oder das Jubiläum enthalten, keine Produktwerbung. Außerdem gelten als Jubiläumsanzeigen nur solche, in denen die Alterszahl der Apotheke durch 25 teilbar ist. Der Eindruck in Fernsprechbüchern und Anschriftenverzeichnissen jeder Art, wenn dieser die Apotheke in besonderer Weise hervorhebt oder in einem für die Apotheke örtlich nicht zuständigen Verzeichnis (bei Telefonbüchern z. B. nicht im Ortsnetzverzeichnis) erfolgt". Quelle: Normenkontrollbeschuß des VGH Mannheim, GewArch 1994, 320.

392 Ein vergleichbarer Ausnahmefall W.H.Roth, Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt, 1977, S.42 unter Hinweis auf die nicht tatsächlich feststellbare einfuhrbeschränkende Wirkung von Kontingentierungen, falls das Kontingent nicht ausgeschöpft wird.

393 Zur Problematik der Abgrenzung von Werbeverböten und Werbebeschränkungen siehe im 3.Kapitel I 1 a).

394 Und mit der Keck-Rechtsprechung würden diese Werbeverböte – so sie zu den "bestimmten Verkaufsmodalitäten" gehörten – außerhalb des Anwendungsbereichs des EGV fallen.

395 Es müßte doch deutlich sein, daß das Unternehmen, das tatsächlich auch einen gemeinschaftsrechtlichen Vertrieb hat, anders von den Kosten von werblicher Disparität betroffen ist (Kostenerhöhungsargument) als dasjenige, das nur behauptet, die Absicht grenzüber-

der bisher genannten Entscheidungen und unter Anwendung der in ihnen gegebenen Argumente schien das gesamte deutsche Werberecht – soweit es nicht bereits durch gemeinschaftsrechtliche Regelungen³⁹⁷ harmonisiert war – dem prüfenden Auge eines kritischen EuGH ausgesetzt, wobei der Schwerpunkt sich dann – nachdem jede Werbebeschränkung den Dassonville-Test zu passieren schien – auf die Frage der Rechtfertigung nach dem Cassis-Test oder nach Art. 36 EGV³⁹⁸ verlagerte. Erst dort verlangten dann Teile der Literatur die Berücksichtigung von Kosten, wobei aber auch nicht – wie hier – zwischen dem Kostenerhöhungs- und dem Kosteneffektivierungsargument getrennt wird. Die Kompetenz des EuGH würde unter Umständen auch Fall I beleuchten,³⁹⁹ wenn der EuGH die Dassonville-Formel unverändert beibehalten hätte. Im Originalfall I handelte es sich um die Fremdwerbung deutscher Presse – und mit dem Argument, ihr werde untersagt, die Werbung eines ausländischen Anbieters zu verbreiten – hätte der Anwendungsbereich des Vertrages und via Dassonville der Warenverkehrsfreiheit eröffnet werden können.⁴⁰⁰ Durch eine neuere Entscheidung, die „Keck-Entscheidung“, scheinen sich die Gewichte wieder vorzuverlagern und sich die Dassonville Frage nach dem Anwendungsbereich des Vertrages neu zu stellen. Der EuGH hat *seinen* Weg nicht in von der Literatur vorgeschlagenen Abwägungsprozessen der „Cassis“-Formel und bei Art. 36 EGV gefunden, sondern *grundsätzlich* seine *abstrakte* Betrachtungsweise durch die Einführung einer neuen Kategorie, nämlich der „Verkaufsmodalitäten“, ausdifferenziert.

schreitender Werbung zu haben, ohne wirklich bereit zu sein, sich auf den Markt einzulassen.

- 396 E.M.Kieninger, Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages? EWS 1998, 277. Ohne jede Differenzierung J.Kotthoff, Der Schutz des Euro-Marketings über Art. 30 EGV, WRP 1996, 79 ff.
- 397 Allgemeine Harmonisierungen erfolgten durch die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v.6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung ABI L 290/18 v.23.10.1997 und die Richtlinie des Rates v. 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (84/450/EWG) und W.Tilmann, Richtlinie vergleichende Werbung, GRUR 1997, 790 ff. Neben diesen "allgemeinen Harmonisierungen" gibt es selbstverständlich eine Fülle von Vorschriften, die die Etikettierung, Kennzeichnung und Werbung bestimmter Produkte speziell behandeln (siehe dazu A.Meyer, Produktspezifische Werberegeln in Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S.115- 136 unterscheidet die Materien "Lebensmittel, Weine und vergleichbare alkoholische Getränke, Arzneimittel, Kosmetika und Tabakerzeugnisse" (mit weiteren Untergliederungen) ersichtlich unter Aufgabe des Anspruchs auf Vollständigkeit (so auch G.Perau, Werbeverbote im Gemeinschaftsrecht, 1997, S.67-85).
- 398 Ein Beispiel ist die vorläufig als rechtshistorisch einzuschätzende Arbeit von G.Eckhardt, Das Verbot der vergleichenden Werbung und Art. 30 EWG-Vertrag, die die Keck-Entscheidung nicht berücksichtigt und eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Unzulässigkeit vergleichender Werbung in Deutschland (S. 50-73) feststellt (S. 205).
- 399 Zu den Voraussetzungen der Auslandsberührung siehe unter III 4 .
- 400 Anders als in dem irischen Abtreibungsfall handelte es sich um Fremdwerbung (und nicht mediales Programm) deutscher Presse für einen ausländischen Anbieters für seine Produkte, deren Veröffentlichung die Presse nach der BGH-Rechtsprechung zu § 1 UWG hätte ablehnen müssen.

5. Eröffnung des Anwendungsbereich des Vertrages (Art. 30 EGV) nach „Keck-Hünermund“

a) Keck-Test – die Einführung der Verkaufsmodalität

Ein Motiv dieser neuen Rechtsprechung war, daß Art. 30 EGV sich zu einem uferlosen Beschränkungsverbot zu entwickeln drohte:

„Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art. 30 EGV berufen, um **jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit⁴⁰¹ auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet** ist, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet **zu überprüfen und klarzustellen**“⁴⁰²

Der „Keck“-Entscheidung lag ein in Frankreich bestehendes Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis⁴⁰³ (kontrahierungspolitische Maßnahme) zugrunde. Die Kläger, die gegen dieses Verbot verstießen, beriefen sich auf Art.30 EGV. Der EuGH stellte – unter Modifizierung von „Dassonville“ – fest:

„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die **bestimmte Verkaufsmodalitäten** beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten **nicht geeignet**, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten **im Sinne des Urteils Dassonville** unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen **für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten**, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und sofern sie **den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren**“.

Die Kritik der Keck-Entscheidung hat neue und auch älteste Stimmen zu Art. 30 EGV⁴⁰⁴ erstarren lassen. Für diese Arbeit ist entscheidend, inwieweit mitgliedstaatliche Beschränkungen der Kommunikationspolitik – insbesondere der Werbung – weiterhin vom EuGH überprüft werden. Auch wenn dem EuGH – wie bereits geschildert – eine meinungsfreiheitliche Betrachtungsweise fremd ist, hat **bereits die Überprüfung anhand der Grundfreiheiten** in der Vergangenheit zur Liberalisierung deutschen Werberechts beigetragen. Wenn es sich bei Werbung nur um eine Verkaufsmodalität handelte, dann bliebe für die Liberalisierung (mitgliedstaatlichen Werbebeschränkungsrechts) nur der Weg über deutsches Recht oder der Weg durch die Harmonisierungsinstanzen der Gemeinschaft. Der EuGH würde denjenigen Meinungen, die den Reformstau im deutschen Werberecht kriti-

401 "commercial freedom", "liberté commercial".

402 EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 B. Keck u.a. Slg. 1993, I- 6097 Tz.14.

403 EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. u. D.Mithouard, EuZW 1993, S. 770, f; ähnlich EuGH, Urt.v.11.8.1995, Rs. C-63/94, Groupement National des Negociants en Pomme de Terre Belgique/ITM Belgium SA u.a. EuZW 1994, 638 f für ein mitgliedstaatliches Verbot von Verkäufen, die nur eine äußerst niedrige Gewinnspanne mit sich bringen.

404 Etwa Art. 30 EGV enthalte nur ein **Diskriminierungsverbot** oder Keck weise hauptsächlich darauf hin, daß es sich um einen **Sachverhalt mit Auslandsberührung** handeln müsse; siehe grundsätzlich die Darstellung bei E.M.Kieninger, EWS 1998, 277, 279 f.

sieren⁴⁰⁵, keine Schützenhilfe mehr leisten – was auch nicht seine Mission ist. Die allgemeine Kritik an der „Keck“- und den „Folgeentscheidungen“ läßt sich von der Frage, inwieweit Werbung eine Verkaufsmodalität ist, schwer trennen. Die folgenden Abschnitte versuchen, der Besonderheit der Kommunikationspolitik Rechnung zu tragen. Die Kritik setzt bereits am Begriff der „Verkaufsmodalitäten“ an.

b) *Werbung als Verkaufsmodalität: der Umkehrschluß?*

Das Gericht unterscheidet mit obigen Worten zwischen „Maßnahmen gleicher Wirkung“ und „Verkaufsmodalitäten“, ohne letztere zu definieren. Das „Keck“-Urteil selbst enthält keine Definition der „Verkaufsmodalitäten“. Die „Verkaufsmodalitäten“ sind – wie sie in einigen Übersetzungen⁴⁰⁶ des Keck-Urteils geschildert werden – für die mit Marketing befaßten Wissenschaften bisher ein nicht qualifizierbarer Begriff; es handelt sich also um einen (juristischen) Kunst(begriff).⁴⁰⁷ Die Keck-Entscheidung enthält jedoch eine „Konkretisierungshilfe“, wenn sie „*Verkaufsmodalitäten*“ von *Vorschriften über die Produktgestaltung* abgrenzt (Skizze I :Produktspolitik):

„ ...Vorschriften...(wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung⁴⁰⁸), stellen (Erg. d. Verf.) selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Art.30 EGV verbotene *Maßnahmen gleicher Wirkung* dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen läßt, *der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht*“⁴⁰⁹.

Mitgliedstaatliche Beschränkungen von *Werbung, die produktgestaltend* ist – also vor allem die Werbung auf und durch die Verpackung – unterfallen damit immer der „Dassonville-Brille“ des Art. 30 EGV.⁴¹⁰ Wegen dieser besonderen

405 Siehe nur den Bericht der Arbeitsgruppe "Überprüfung des Wettbewerbsrechts" der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1997, 201 ff wo alle notwendigen Änderungen – Umbenennung der Generalklausel, Problematik, ob die Rechtsprechung im Rahmen von § 1 UWG genügt, um den neuen Richtlinien zur vergleichenden Werbung zu genügen, usw. – höchstens dilatorisch behandelt wurden.

406 "modalités de vente" in Tz. 16 der französischen (Verfahrenssprache) Urteilsgründe. Vergleiche dagegen die englische Fassung Tz.13, wo "method of sales promotion" und in TZ.16 "certain selling arrangements" beschrieben werden.

407 E.L.White, In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty, CMLR 1989, 235, 247 schlägt vor, daß Regelungen, die nur die Umstände, unter denen Produkte einer Kategorie verkauft oder benützt werden, nicht unter Art. 30 EGV fallen sollen "Verkaufsmodalitäten" können nicht identisch mit den "Modalitäten der Vermarktung" sein, weil sie sonst auch zu den Vorschriften zählten, die das "Wer, Wo, Wann und Wie" – so der Generalanwalt Tesauro in der Entscheidung Hünermund Tz.9 – der Vermarktung regeln. Es spricht vielmehr einiges dafür, daß es sich um einen Ausschnitt der Vermarktungsregeln handelt.

408 Dieser Katalog ist vorentworfen von E.L.White, In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty, CMLR 1989, 235, 247.

409 EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 B.Keck. u.a. Slg. 1993, I-6097, 6131 Tz.16.

410 Bekräftigt durch EuGH Urt.v.6.7.1995 Rs. C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH Slg. 1995, I-1936 (Siehe neben der Entscheidung "Mars" bereits vorher EuGH Urt.v. 2.2.1994 Rs. C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb

Behandlung der *Schnittstelle aus Produkt- und Kommunikationspolitik* ist es konsequent, daß die Kommission – wie eingangs geschildert – diesen Bereich von ihrer Definition der „Kommerziellen Kommunikationen“ ausnimmt.⁴¹¹ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs könnte deshalb zutreffend als „*Verpackungsrechtssprechung*“ bezeichnet werden.⁴¹² Welche Formen der Kommunikationspolitik (persönlicher Verkauf, Verkaufsförderung, Werbung, Sponsoring) *entgegen* der Keck-Ratio weiterhin Art. 30 EGV unterfallen, ist durch die „Verkaufsmodalitäten“ nicht geklärt. *Der Umkehrschluß, den man aus diesen Konkretisierungshinweisen ziehen könnte, ist, daß mitgliedstaatliche Maßnahmen, die nur oder vorrangig die „Kommunikationspolitik“ – und nicht die Produktpolitik – der Unternehmen beeinflussen, stets „Verkaufsmodalitäten“ sind.*⁴¹³

Dafür spricht auch die Entscheidung „Hünernmund“,⁴¹⁴ in der der EuGH ein in der Rechtspraxis (Standesrecht) bestehendes Werbeverbot für Apotheken hinsichtlich apothekenüblicher Waren ebenfalls als „Verkaufsmodalität“ behandelt hat. Damit wurde ein ⁴¹⁵ kommunikationspolitischer Sachverhalt als „*Verkaufsmodalität*“ behandelt. Die deutschen Gerichte scheinen dieser Linie zu folgen, wenn sie allgemeines Werberecht – wie das Verbot der Laienwerbung beim multi-level-

e.V./Clinique Laboratories SNC u.a. Slg. 1994, I-330; Vorabentscheidungsersuchen des LG Berlin, EuZW 1992, 744). Ähnlich die Würdigung bei T.Lüder, Mars: Zwischen EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 B. Keck u.a. und Cassis, EuZW 1995, 609, der allerdings die "Verkaufsmodalitäten" des EuGH durch eine ebenso wenig "verwurzelte" Unterscheidung von Hardware ("physisches Erscheinungsbild eines Produktes und seine europaweite Verkehrsfähigkeit") und Software ("die mit dem Vertrieb des Produktes verbundene Absatz- und Vermarktungsstrategie einschließlich der Werbung, die nicht unmittelbar das äußere Erscheinungsbild des Produktes betrifft), ersetzen will. Von der Anbindung an das Produkt zeigt sich auch OLG Dresden Urt.v.21.1.1997 GRUR 1997, 231 "EG-Neuwagen" beeindruckt, wenn ausgeführt wird, bei der Unterbindung irreführender (Halbwahrheit) Werbeaussagen handele es sich um das Wahrheitsgebot der Werbung und *nicht* um die Untersagung des Vertriebs des Produkts wegen "produkttypischer Eigenschaften". Es bejaht deshalb für § 3UWG den Charakter einer Verkaufsmodalität; siehe früher zu Dasonville OLG Hamburg Urt.v.3.9.1987 "Nan-Yu-Tee" GRUR Int. 1988, 254 f zur Rechtsfertigung nach der Cassis-Formel (Verbraucherschutz).

411 Siehe im 2.Kapitel II 1b.

412 Siehe neben der Entscheidung "Mars" bereits vorher EuGH, Urt.v. 2.2.1994, Rs. C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb e.V./Clinique Laboratories SNC u.a., EuZW 1994, 148 f; Vorabentscheidungsersuchen des LG Berlin EuZW 1992, 744.

413 M.Petschke, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, Anmerkungen zu den Urteilen EuGH, EuZW 1993, 770 – EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. und EuGH, EuZW 1994, 119 – Hünernmund, EuZW 1994, S. 107, 110, f will in Konsequenz der Entscheidungen Keck und Hünernmund grundsätzlich Werbung als Verkaufsmodalität qualifizieren und damit aus dem Anwendungsbereich des Art. 30 EGV entfernen. Das bedarf aber nach dem "Schindler" und dem "Alpine" Judikat einer weiteren Begründung; siehe dazu unter III 5 d.

414 EuGH Urt.v.15.12.1993 Rs. C-292/92 R.Hünernmund/Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, EuZW 1994, 107, 110, f.

415 Weil es sich um ein Verbot handelt.

marketing (§ 1 UWG) oder das deutsche Recht des Schutzes vor irreführender Werbung (§ 3 UWG) als „Verkaufsmodalitäten“ qualifizieren.⁴¹⁶

Gegen diese pauschale Gleichung: *Werbung und mitgliedstaatliches Werbebeschränkungsrecht = Verkaufsmodalität*

könnte die Pauschalität eingewandt werden. Einem Unternehmen, das multi-state-Werbung plant, können tatsächlich höhere *Konzeptionskosten* (siehe dazu unter III 3 d) entstehen, als einem Unternehmen, das sich auf lokale und regionale Märkte konzentriert. Die Kommunikation – allen voraus die Werbung – hat eben Schrittmacherfunktion für die tatsächliche Vollendung des Binnenmarktes (Art. 7 EGV). Der EuGH selbst hat auch nicht jede „Verkaufsmodalität“ von seiner Überprüfung ausnehmen wollen, sondern nur „*bestimmte*“ Verkaufsmodalitäten,⁴¹⁷ nämlich diejenigen, die

„...den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“

Hier könnte also wiederum die Möglichkeit eröffnet sein, um der unterschiedlichen Betroffenheit von eingeführten und Inlandsprodukten Rechnung zu tragen – es stellt sich also erneut die Frage nach den abstrakten und konkreten Maßstäben, für diese „gleiche Berührung im Tatsächlichen“. Nur geht es jetzt um die Bewertung der „Bestimmtheit“ der Verkaufsmodalitäten – und nicht um „Dassonville pur“. Die Struktur der Argumente ist bekannt, die Gewichtung ist verändert. Diese Untersuchung versucht sich dem Kern der „Keck-Rechtsprechung“ durch die Elimination von Extrempositionen zu nähern:

aa) Primärer Schutz vor Warenverkehrsbeschränkungen – keine Optimierung der „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“

„Keck“ erteilt durch die Kreation der Verkaufsmodalität der Gleichung⁴¹⁸

„in dubio pro communitate“ = „in dubio pro libertate“⁴¹⁹

eine Absage. In einer kommunikationspolitischen Betrachtung könnten einige Entscheidungen vor „Keck“ für eine solche Optimierungsintention sprechen,^{420 421}

416 OLG München Urt.v.6.7.1995 "Multi-Level-Marketing" WRP 1996, 42 f; OLG Dresden Urt.v.21.1.1997 GRUR 1997, 231 "EG-Neuwagen" ; zu weiteren Nachweisen E.M.Kieninger, EWS 1998, 277, 279, Fn. 12.

417 Mit der Betonung auf den certain selling arrangements auch I.Higgins, The Free and Not so Free Movement of Goods since Keck, IJEL 6 (1997), 166, 171.

418 D.Chalmers, Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. Judgement, ELR 1994, 385, 392, 396, der Cassis als Entscheidung für ein individuelles Recht auf Warenverkehrsfreiheit begreift.

419 J.Gründisch, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der Entwicklung des freien Warenverkehrs, in: Festschrift für Rudolf Nirk zum 70 Geburtstag, 1992, S.417, 431; zum grundrechtlichen Ausmaß einer Vermutung pro libertate Denninger, in: Alternativkommentar, vor Art. 1 GG Rn. 12 f.

420 EuGH Urt. v. 18.05.1993 Rs. C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH EuGH Urt. v.18.05.1993 Slg. 1993, I-2361 (deutsches Verbot von

nach „Keck-Hünermund“ ist deutlich, daß der EuGH das Primärrecht nicht mehr als Damoklesschwert, das über allem mitgliedstaatlichem Marketing- und Werbe-recht schwebt, begreift.⁴²² Die Klarheit, die man nur erwarten könnte, nämlich daß das mitgliedstaatliche Werberecht nach „Hünermund“ (soweit es formell nicht diskriminiert) nicht unter Art. 30 EGV fällt, ist in der Literatur nicht eingetreten: Teile der Literatur und auch die Stellungnahme des Generalanwalts Tesauro⁴²³ in der Rechtssache Hünermund bemängeln die formalistische Verwendung der Kategorie „Verkaufsmodalität“, die *ohne Rückgriff auf die Wirkungen der Freiheitsbeschränkungen*⁴²⁴ *und ohne konkrete Ausführungen zur einfuhr- oder aus-fuhrmindernden Bedeutung der angegriffenen Maßnahmen erfolge*.⁴²⁵

bb) Wider den kategorisierenden Formalismus – die bestimmten Verkaufsmodalitäten

Es käme nach dieser Kritik vor allem auf die zusätzliche Feststellung an, daß es sich um die „bestimmten“, und nicht nur um „Verkaufsmodalitäten“ handelt. Dementsprechend wird⁴²⁶ die Schöpfung der „Keckschen“ Verkaufsmodalitäten

Preisvergleichen); EuGH Urt.v.7.3.1990 Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois Slg. 1990, I-667.

421 So auch W.H.Roth, Rückzug des Europäischen Gerichtshofs vom Binnenmarktkonzept?, in: FIW Symposium: Marktwirtschaft und Wettbewerb im sich erweiternden europäischen Raum, 1995, S. 21, 33 ff.

422 Die aber nach einer Literaturmeinung nicht dazu führt, grundsätzlich den individualrechtswahrenden Charakter von Art. 30 EGV in Frage zu stellen: von D.Chalmers, Repackaging the Internal Market – The Ramifications of the EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. Judgement, ELR 1994, 385, 402 f wird das als Reifeprozess bezeichnet. Demgegenüber legen andere Meinungen den Schwerpunkt auf die Liberalisierung des gemeinschaftlichen Handels, und nicht die Optimierung freier Ausübung der Handelstätigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten, mit der Begründung, diese werde durch die gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Grundrechte wahrgenommen (W.H.Roth, Rückzug des Europäischen Gerichtshofs vom Binnenmarktkonzept?, in: FIW Symposium: Marktwirtschaft und Wettbewerb im sich erweiternden europäischen Raum, 1995, S. 21, 34).

423 Generalanwalt G.Tesauro, Tz.23 in der Rs. Hünermund u. a/Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92. Zum früheren Formalismus des Gerichtshofs, der bei einigen mitgliedstaatlichen Vermarktungsregeln bisweilen schwer nachvollziehbar die Beeinflussung der Warenverkehrsfreiheit verneinte, L.W.Gormley, "Actually or Potentially, Directly or Indirectly? Obstacles to the Free Movement of Goods, YEL 9 (1989) , 197, 198 ff unter Bezugnahme auf EuGH Urt.v. 14.7.1981 Rs. 155/80 S.Oebel Slg.1981, 1993, 2010 Tz. 20, das eine einfuhrbeschränkende Wirkung des Nachtbackverbots verneint.

424 Generalanwalt G.Tesauro, Tz.28 in der Rs. Hünermund u. a/Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92 Slg stellt die Frage nach dem Freiheitsgehalt, den Art. 30 EGV gewähre, offen.

425 N.Reich, The "November Revolution" of the European Court of Justice: EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernard Keck u.a., Meng and Audi revisited, CMLR 1994, 459, 470, 479. Siehe auch der Vorschlag nur "wesentliche Behinderungen" zu erfassen, Vorschlag des Generalanwalts Jakobs in: EuGH, Urt.v.9.2.1995, Rs. C-412/93, Rs. Edouard Leclerc/Siplec/Tfl Publicité SA, Tz..47; dagegen EuGH, Urt.v.9.2.1995, Rs. C-412/93, Rs. Edouard Leclerc/Siplec/Tfl Publicité SA, Tz..47 U.Becker, Von "Dassonville" über "Cassis" zu "Keck " – Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, 162, 167 m.w.N.

426 So J.Basedow, Keck on the facts, EuZW 1994, 225, der die Hersteller mit europaweiten Marketingstrategien als nicht betroffen ansieht. Vorstellbar ist bei zunehmender Konzentra-

als Hinweis darauf verstanden, daß ein „Auslandsbezug“⁴²⁷ des Ausgangsverhalts“ vorliegen müsse. „Keck“ habe deutlich gemacht, daß Art. 30 EGV *Einfuhr- und nicht Handelsbeschränkungen*⁴²⁸ im allgemeinen betreffe.⁴²⁹ Werbung sei – entgegen den bisher vorliegenden Entscheidungen („Hünermund“ und „Leclerc“) – dann keine „bestimmte Verkaufsmodalität“, wenn ein Sachverhalt mit Auslandsberührung und „Euromarketing-Konzepte“ vorlägen, die nicht verwirklicht werden könnten. Die Interpretation der „Verkaufsmodalität“ als „Spürbarkeitstest im Anwendungsbereich des Art. 30 EGV“⁴³⁰ – eine Fragestellung die sich um die Weitergeltung der Oosthoek-Formel (in ihrem Einheitlichkeitsaspekt) gruppiert⁴³¹ – überzeugt nicht.

- (1) Der EuGH hat den (fehlenden) Auslandsbezug in der „Keck“-Entscheidung und der folgenden, sie bestätigenden und konkretisierenden Rechtsprechung „Hünermund“ *gerade nicht* zum Kriterium seiner Entscheidungen gemacht. Sowohl „Keck“ als auch die werberechtlich entscheidende, fortführende Entscheidung „Hünermund“ haben Binnensachverhalte zum Gegenstand: Dort wollten deutsche Apotheker in Deutschland Waren bewerben und es handelte sich um deutsches Werbebeschränkungsrecht.⁴³² Den Apothekern wird zugemutet, auf eine Marketingoption zu verzichten, ohne daß der EuGH diese Werbeverbote prüft. Wieso sollte aber der EuGH in diesen Entscheidungen zu „Verkaufsmodalitäten“ Stellung nehmen, wenn der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit – Einfuhr- und nicht allgemeine Handelsbeschränkung – überhaupt nicht eröffnet ist? Die Etablierung der *Kategorie „Verkaufsmodalität“* ist nur sinnvoll, wenn sie den Bürgern und den Mitgliedstaaten deutlich macht, daß mitgliedstaatliche *Beschränkungen bestimmter Marketingoptionen*, (so sie nicht formell diskriminierend erfolgen und eingeführte und Inlandsprodukte gleichmäßig berühren) vom EuGH respektiert werden. Auch in seiner Entscheidung zu griechischen Distributionsbeschränkungen für

tion etwa im Lebensmittel- und Möbelbereich auch die Entwicklung von multi-state - Vermarktungsstrategien auf der Vertriebsseite.

- 427 Innerhalb der EU, weil nur insoweit die Warenverkehrsfreiheit als Bestandteil des Binnenmarkts geschützt ist.
- 428 Siehe auch den kontrahierungspolitischen Fall EuGH Urt.v.13.3.1993 Rs. C 93/92 CMC Motorradcenter GmbH/P.Baskiciogullari Slg. 1993, I-5009 Tz. 12, wo eine Aufklärungspflicht als zu mittelbar angesehen wird, daß sie Art. 30 EGV eröffne.
- 429 J.Basedow, Keck on the facts, EuZW 1994, 224.
- 430 K.H.Fezer, Europäisierung des Werberechts, JZ 1994, 317, 324; R.Sack, Staatliche Regelungen sogenannter "Verkaufsmodalitäten" und Art. 30 EGV, EWS 1994, 37, 45.
- 431 Dafür J.Basedow, Keck on the facts, EuZW 1994, 225; dagegen Generalanwalt P.Leger in der Rs. C-470/93 Verein gegen Unwesen im Handel/Mars GmbH, Tz.30; P.O.Mülbert, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, ZHR 159 (1995), 2, 27.
- 432 Ein weiterer Fall ist EuGH Urt.v.25.7.1991 Rs. C-1/90, 176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior S.A.u.a./Generalitat de Catalunya, Slg. 1991, I-4151, bei der in Spanien ansässige Unternehmen Plakatwerbung für Alkohol betreiben wollten; siehe dazu Th.Ackermann, Warenverkehrsfreiheit und "Verkaufsmodalitäten" RIW 1994, 189, 194.

Säuglingsnahrung, die eingeführt werden muß⁴³³, hat der EuGH eine „Verkaufsmodalität“ bejaht, ohne zum bestehenden oder fehlenden Auslandsbezug im konkreten Fall Ausführungen zu machen.

- (2) Gerade bei der Werbung ist diese Interpretation der EuGH-Rechtsprechung überzeugend: die *Intention*, erstellte Werbekonzepte etwa in Grenzregionen oder im Versandhandel verbreiten zu wollen, wäre sehr schnell plausibel zu machen. Die „Verkaufsmodalität“ muß im Vordergrund stehen, und nicht der Sachverhalt der einzelnen Klage, bei dem es oft ein *accidens* ist, wie real der Auslandsbezug ist. Wie leicht dieser Auslandsbezug grundsätzlich herzustellen ist, zeigt der Fall Hünernmund, wo die *Intention* eines anderen EU-Mitgliedstaatsangehörigen, in Deutschland apothekenübliche Waren zu verkaufen, behauptet und mit vergleichsweise wenig Aufwand auch unter Beweis gestellt werden könnte.⁴³⁴ Und die *Intention*, solche Kampagnen zu starten, müßte bei einer „marktgerechten Auslandsberührungsbetrachtung“ genauso, wenn nicht mehr zählen, als der Hinweis auf bereits durchgeführte Kampagnen und Absatzstrategien. Gerade der Newcomer, der auf neue Märkte vorstoßen will, müßte doch geschützt werden. Eine andere Betrachtung wäre eher ein (grundrechtlicher) Schutz von Besitzständen, nämlich derjenigen Unternehmen, die schon „Euromarketing“ betreiben. Das soll mit der Warenverkehrsfreiheit nicht vermengt werden. So würde sich dann erneut die Frage nach der Bedeutung der „Verkaufsmodalität“ für die Rechtsprechung stellen; als prinzipielle Umschreibung einer Marketingstrategie hätte dieser Begriff, wenn er *nur vom einzelnen Sachverhalt*⁴³⁵ her interpretiert wird, keine generalisierende Ordnungsfunktion mehr. Der in diesem Abschnitt erwogene *Umkkehrschluß wäre bei der Abhängigkeit von konkreten Berührungen zum Ausland*, die von den Klägern vorgegeben sind (*speziell bei Vorlageentschei-*

433 Nach E.M.Kieninger, Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages? EWS 1998, 277.

434 Diese leichte Herstellung des "gewissen" Auslandsbezuges gerade bei Werbekonzepten wird von J.Basedow, EuZW 1994, 224 nicht erkannt; er geht von Werbung als Vollzug von "europaweit einheitlichen Vermarktungsstrategien" aus. Gerade wenn der Auslandsbezug durch die Ware nicht hergestellt wird, gewinnen Werbekonzepte besondere Bedeutung.

435 Gegen eine kategorisierende Betrachtung spricht allerdings, daß – wie oben bereits aufgeführt – Werberegulungen oder auch kontrahierungspolitische Anforderungen die Einfuhr von Produkten je nach Einzelfall unterschiedlich treffen können. So könne das Verbot des Verlustpreisverkaufs ganz unterschiedliche Folgen haben, je nachdem, ob es den Einzelhandel mit importierten Produkten betrifft oder den Exporteur im Versandhandel, daran hindere, mit Angeboten zu niedrigeren Preisen erst einmal auf einem neuen Markt Fuß zu fassen. (E. Steindorf, ZHR 158 (1994), S. 149, 161) .Im Grundsatz überzeugt diese Argumentation, weil die Einfuhr von Produkten tatsächlich unterschiedlich erschwert sein kann und die Cassis du Dijon-Rechtsprechung eine Abwägung zwischen Erschwerung des Absatzes und Gefährdung und Schutz für das geschützte Rechtsgut ermöglicht – anders als eine schematische Ausgrenzung aus dem Anwendungsbereich von Art.30 "à la Keck-Hünernmund".

*dungen deutscher Gerichte), unschlüssig.*⁴³⁶ Wenn es auf die *Bestimmtheit* der Verkaufsmodalitäten ankäme, dann hätte ein Umkehrschluß, *daß die Kommunikationspolitik (diesseits der Schnittstelle von Kommunikations- und Produktpolitik) immer Verkaufsmodalität sei*, keine Aussagekraft. Die Kategorisierung hinge dann zunächst vom Grad der Auslandsberührung ab („bestimmt“), und erst in zweiter Linie von der gewählten Vermarktungsstrategie („Verkaufsmodalität“). Der EuGH hat diese Priorität nach hier vertretener Interpretation nicht gewählt:

- (3) Bestätigt wird diese Interpretation durch die Entscheidung „De Agostini“. Eine in Italien gedruckte⁴³⁷ Jugendzeitschrift sollte nicht über Fernsehwerbung vertrieben werden können, weil mitgliedstaatliches Verbraucherschutzrecht die Rezipienten als zu jung ansah beziehungsweise substantiierende Ergänzungen der Werbung verlangte.⁴³⁸ Der EuGH stellt zunächst fest, daß es sich bei Fernsehwerbung um eine „Verkaufsmodalität“ handelt.⁴³⁹ Zur tatsächlichen Berührung rekurriert er nicht auf „Kostenerhöhungs“ oder „Kosteneffektivierungsargument“; scheinbar hält er allein den Vortrag, „de Agostini“ könne überhaupt nicht effektiv werben, für erörterungswürdig:

„...läßt sich nicht ausschließen, daß das vollständige Verbot einer Form der Förderung des Absatzes eines Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat, das dort regelmäßig verkauft wird, stärkere Auswirkungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten hat. Die Wirksamkeit verschiedener Absatzförderungsformen ist zwar eine Frage, die grundsätzlich vom vorlegenden Gericht zu beantworten ist; De Agostini hat jedoch in ihren Erklärungen darauf hingewiesen, daß die Fernsehwerbung für sie die einzig wirksame Form der Absatzförderung sei, um in den schwedischen Markt eindringen zu können, da ihr keine anderen Werbemittel zur Verfügung ständen, um die Kinder und ihre Eltern zu erreichen.“⁴⁴⁰

Der EuGH bürdet „de Agostini“ die Darlegungs- und dem mitgliedstaatlichen Gericht die Feststellungslast auf, ob eine Berührung des eingeführten Produkts „in gleicher Weise“ vorliegt. Der EuGH stellt aber auch klar, daß de Agostini das *non liquet* trägt. Man hat den Eindruck, daß der EuGH sich bei den Verkaufsmodalitäten *prozessual* der Feststellungslast, *ob im Einzelfall eine „tatsächlich gleiche“ Berührung vorliegt*, entledigt. Bei dieser subsidiären Rolle des EuGH (im Rahmen der Verkaufsmodalitäten) ist nicht ersichtlich, daß dieses Gericht sich der konkreten Prüfung von grenzüberschreiten-

436 E.M.Kieninger, EWS 1998, 277, 286 qualifiziert das in Deutschland de facto bestehende Verbot des "Multi-Level-Marketing" als Verkaufsmodalität zumindest für die Fälle, in denen ein grenzüberschreitendes Marketing nicht vorliegt.

437 Offensichtlich von einer schwedischen Tochterfirma vertrieben (De Agostini (Svenska) Förlag AB).

438 Bzw. der Gesamtpreis des Sammelwerks und der Zugaben angegeben werden mußte.

439 Tz. 40 f.

440 Tz. 42 f.

den und multi-state-Marketing-Intentionen und -Konzepten (dazu siehe unter III 3 d) annehmen wird.⁴⁴¹

Festgehalten werden kann deshalb, daß dem Umkehrschluß, daß Kommunikationspolitik, insbesondere Werbung ein Fall der „Verkaufsmodalität“ sei, nicht entgegen werden kann, daß konkrete Sachverhalte mit – wie substantiiert auch immer vorgetragenen Werbekonzepten eine andere Wertung rechtfertigen. Die Berücksichtigung der *konkrete Sachverhalte* erfolgt im Rahmen der Verkaufsmodalität, stellt sie aber selber nicht mehr in Frage. Wenn die Entscheidung „De Agostini“ verallgemeinerbar ist, dann kommen Kosteneffektivierungs- und Kostenerhöhungsargumenten für die Zuordnung zu „Keck“ oder „Dassonville“ keine Bedeutung zu. Lediglich der Vortrag, überhaupt nicht effektiv vertreiben zu können, ist dann relevant.

Der Umkehrschluß ist damit nicht ausgeschlossen; seine Überzeugungskraft könnte aber durch eine andere Schlußmöglichkeit geschwächt werden:

c) *Kommunikationspolitik als aliud zur Verkaufsmodalität?*

Mit dem Umkehrschluß sind die Deutungsmöglichkeiten der Relation von Kommunikationspolitik und „Verkaufsmodalitäten“ nicht erschöpft. Ein anderer Konkretisierungsversuch könnte annehmen, daß der EuGH bei „*Verkaufsmodalitäten*“ – entgegen der obigen Annahme – nicht zur *Kommunikationspolitik*, sondern *nur zu anderen Bereichen* des Marketing-Mix – in „Keck“ zur *Kontrahierungspolitik* – Stellung nehmen wollte.⁴⁴² Eine *Ergänzung zu dieser Regel wäre die „Verpackungsrechtsprechung“*⁴⁴³, die der *Schnittmengenfunktion der Etikettierung von Produkt- und Kommunikationspolitik* Rechnung trägt. Die EuGH-Rechtsprechung, die für die *Kommunikation am Produkt* bereits festgestellt hat, daß sie nicht als „*Verkaufsmodalität*“ zu betrachten ist, wäre so erweiterungsfähig.

441 Siehe dagegen den differenzierten Prüfungskatalog von Generalanwalt G.Tesauro, Tz.28 in der Rs. Hünermund u. a/Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92; Prüfungskatalog: Eine Maßnahme, (a) die Werbung einer bestimmten Kategorie von Geschäften für bestimmte Waren betrifft; (b) unterschiedslos anwendbar ist; (c) weder den Marktzugang noch die Vermarktung eingeführter Waren gegenüber inländischen Waren verteuert oder erschwert; (d) die Einfuhr nur deshalb eventuell verringert, weil sie auch die Verkäufe eventuell verringert; (e) diese Auswirkung auch dann hätte, wenn im Ursprungsland der fraglichen Ware eine entsprechende Maßnahme in Kraft wäre.

442 Die sachliche Unterteilung in Regelungen der Kontrahierungs-, Produkt-, und Kommunikationspolitik bezeichnet im folgenden die **Wirkungen**, die Recht hat. Diese Ablösung von der Rechtsquelle – z.B. UWG oder GWB bei Einschränkungen der Kontrahierungspolitik – ist im Rahmen von Art. 30 EGV berechtigt, weil die Vorschrift selbst auf "Wirkungen" abstellt. So auch U.Becker, Von "Dassonville" über "Cassis" zu "EuGH Urt.v.24.11.1993 Rs. C-267/91, 268/91 Bernhard Keck u.a. " – Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, 162, 171 auch Fn. 72.

443 Die Tatsache, daß das Marketing-Mix in seinen Teilbereichen – wie jede Kategorisierung – nicht trennscharf ist, muß hingenommen werden. Der Vorteil ist die nähere Lokalisierung des Sachverhalts.

Diese Zuordnung der „*Verkaufsmodalität*“ zur „*Kontrahierungs- und Distributionspolitik*“ überzeugt, wenn man eine Reihe anderer Entscheidungen des EuGH einbezieht. So wurden neben dem *kontrahierungspolitischen Fall „Keck“* auch Fälle, die in der Übersicht S1 der *Distributionspolitik*⁴⁴⁴ zuzuordnen sind, als Verkaufsmodalitäten qualifiziert:⁴⁴⁵ *Beispiele sind die Beschränkung der Ladenöffnungszeiten für Tankstellen wie auch Sonntagsverkaufsverbote, die die Absatzchancen auf bestimmten Vertriebswegen beeinflussen können.*⁴⁴⁶

Gegen eine solche Zuordnung der „*Verkaufsmodalität*“ zur *Kontrahierungs- und Distributionspolitik* spricht freilich die Entscheidung „*Hünernmund*“,⁴⁴⁷ in der der EuGH ein in der Rechtspraxis bestehendes Werbeverbot für Apotheken hinsichtlich apothekenüblicher Waren ebenfalls als Verkaufsmodalität behandelt hat. Auch die Fernsehwerbung⁴⁴⁸ wurde als ein kommunikationspolitischer Sachverhalt als Verkaufsmodalität behandelt; deshalb bedarf es zusätzlich zu der bereits als *Schwerpunkt* erkannten Verortung der Verkaufsmodalität bei der *Distributions- und Kontrahierungspolitik* einer weiteren Konkretisierung für die „*kommunikationspolitische Verkaufsmodalität*.“

d) *„Grenzüberschreitende Kontaktaufnahme“ als Bindeglied zwischen Kommunikations-, Distributions- und Kontrahierungspolitik*

Hier wird versucht, durch die Benennung von Negativ-Szenarien *den* Bereich, den eine (auch-)kommunikationspolitische Verkaufsmodalität zu besetzen vermag, zu verengen. Das Kriterium, das von dieser Arbeit vorgeschlagen wird, könnte als

444 Siehe vor der Keck-Entscheidung bereits EuGH Urt.v.16.12.1992 Rs. C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent u.a./B&Q plc Slg. 1992, I-6635, 6658 Tz. 15, das bei Ladenschlußzeiten eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits innerhalb des Art. 30 EGV je nach den hypothetischen, mittelbaren oder unmittelbaren Wirkungen für den Absatz zu bejahen scheint und EuGH Urt.v.23.11.1989 Rs. C-145/88 Torfaen Borough Council gegen B & Q plc Slg. 1989, 3851, 3889 Tz.17.

445 Der EuGH hat in zwei weiteren Entscheidungen diese Rechtsprechung bestätigt: EuGH Urt.v.23.3.1995 Rs. C-63/94 Groupement national des négociants en pommes de terre de Belgique (Belgapom)/ITM Belgium SA und Vocarex SA Slg. 1995, I-2467, 2491 Tz. 13 ff (Verbot des Verkaufs mit niedriger Gewinnspanne) und EuGH Urt.v. 14.12.1995 Rs. C-387/93 Slg. 1993, I- 4683 Strafverfahren gegen G.D.Banchero (staatlich erteilte Konzessionen für den Vertrieb von Tabak; ein Sachverhalt, der vorrangig distributionspolitisch ist, aber auch kontrahierungspolitische Auswirkungen haben kann).

446 EuGH Urt.v.29.6.1995 Rs. C-391/92 Kommission/Griechenland Slg. 1995, I-1621 (Vertrieb von Säuglingsnahrung über Apotheken); EuGH Urt.v.2.6.1994 Strafverfahren gegen Tankstation 't Heuske vof und J.B.E.Boermans Rs. C-401/92 u. 402/92 Slg.1994, I-2199 Tz.14 (Öffnungszeiten von Tankstellen) und EuGH, Urt.v.2.6.1994 verb. Rs. C-69/93, 258/93, Punto Casa SpA/Sindaco del Commune di Capena u.a. und Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl. (PPV)/Sindaco del Commune di Torri die Quartesolo u.a. Slg. 1994, I-2355, 2369 Tz. 13 (Sonntagsverkaufsverbote).

447 EuGH Urt.v.15.12.1993 Rs. C-292/92 R.Hünernmund u.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg Slg. 1993, I-6787.

448 EuGH Urt.v. 9.5.1995 Rs. C-412/93 Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec/ TF1 Publicité SA u.a. Slg. 1995, I-209 Tz. 21; .EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654 Tz. 40 ff.

„unmittelbare, grenzüberschreitende Kontaktaufnahme zwischen Anbieter und Nachfrager, bei der die Kommunikationspolitik in die Kontrahierungspolitik mündet“

bezeichnet werden. Fälle, in denen die Werbung *unmittelbar* in die Kontrahierungspolitik übergeht („persönlicher Verkauf“) und in denen der Anbieter und/oder Nachfrager mittels kommunikationspolitischer Instrumente *grenzüberschreitend*⁴⁴⁹ Kontakt⁴⁵⁰ aufnehmen kann, bleiben dem Dassonville-Cassis-Test anvertraut.⁴⁵¹ Dort, wo Kommunikationspolitik dieser Funktion dient, handelt es sich auch in der „Post-Keck-Ära“ *nicht* um eine „Verkaufsmodalität“. So ist auch zu begründen, daß die Fernsehwerbung, die nicht unmittelbar zur Kontrahierung führt, „Verkaufsmodalität“⁴⁵² ist und der Keck-Ratio unterfällt, das „Cold Calling“⁴⁵³ – das Anrufen von Kunden in einem anderen Mitgliedsstaates zum Zweck des Abschlusses von Warentermingeschäften („Persönlicher Verkauf“) und die grenzüberschreitende Versendung von Werbematerial für Lotterien aber nicht.⁴⁵⁴ Die Motivation des EuGH für die Beschränkung seines „judicial review“ könnte die Verpflichtung aus dem Subsidiaritätsprinzip sein:

e) Subsidiaritätsprinzip und „Keck“-Ratio

Ein weiteres, die Keck-Ratio unterstützendes Argument, das die Verengung des weiten Blickwinkel von Dassonville erklären könnte, ist die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 3 b Abs.2,3 EGV)⁴⁵⁵ im Rahmen von Art. 30 EGV. Die

449 Eine Meinung will "Keck on the facts" (J.Basedow, EuZW 1994, 225) lesen, d. h. vor dem **Sachverhalt einer nicht zwischen in- und ausländischen Produkten unterscheidenden Absatzregelung, die auch den Absatz ausländischer Waren nicht im Vergleich zu inländischen Waren erschwert**. Allein durch das Verbot der Verlustpreisabgabe werden dem Importeur keine höheren Kosten zugemutet als dem inländischen Verkäufer. Keck stelle sich damit auch als Ausprägung des Grundsatzes dar, daß Sachverhalte ohne Auslandsberührung (So auch N.Reich EuZW 1995, 406 f r. Sp. in seiner Anmerkung zu "Alpine", der die Vorlage in "Keck" als zu weit gefaßt und deshalb den Bezug zum Warenverkehr nicht als eindeutig ansieht) keine "Maßnahme gleicher Wirkung" wie eine Einfuhrbeschränkung sein können. Gegen diese Sichtweise spricht die Einführung einer bis dahin nicht gekannten dogmatischen Kategorie – der Verkaufsmodalität. Andernfalls hätte das Gericht sich auf die Feststellung der Nichteröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 30 EGV beschränken können.

450 Ungeklärt ob es sich um Herkunftsmitgliedstaat der Ware oder des Wirtschaftsteilnehmers handelt, Generalanwalt G.Tesauro in EuGH Urt.v.15.12.1993 Rs. C-292/92 R.Hünemann u.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg Slg. 1993, I-6787 --- Fn.35.

451 EuGH Urt.v.16.5.1989 Rs. 382/87 R.Buet und SARL Educational Business Services (EBS)/Ministère public Slg. 1989, 1235, Tz..8,9, der das Angebot von pädagogischem Material durch Haustürverkauf zum Gegenstand hat, wäre deshalb nach hier vertretender Auffassung eine Regelung der Verkaufsmodalität, weil der grenzüberschreitende Bezug der Kontaktaufnahme fehlt.

452 EuGH Urt.v. 9.5.1995 Rs. C-412/93 Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec/ TF1 Publicité SA u.a. Slg. 1995, I-209, 215 Tz. 21 f.

453 EuGH, Urt.v.10.5.1995 Rs. C-384/93 Alpine Investments BV/Minister von Financien, EuZW 1995, 404 f.

454 EuGH Urt. v. 24.03.1994 Rs. C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise/G. Schindler u.a. Slg. 1994, I-1039, 1093 Tz.45 .

455 E.Ullmann, Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht, JZ 1994, 928 f lehnt pauschal jede Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips ab, weil es sich bei

primärrechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher, materieller Marktrechtsnormen – und dazu gehören §§ 1,3 UWG – müßte dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung tragen. Dabei wird vorausgesetzt, daß der Binnenmarktauftrag der Gemeinschaft nicht per se⁴⁵⁶ eine ausschließliche Zuständigkeit begründet – die die Anwendung des Art. 3 b Abs.2 EGV ausschliesse.⁴⁵⁷ Eine Geltung des Subsidiaritätsprinzips im Rahmen von Art. 30 EGV soll aus zwei Gründen abzulehnen sein:

(1) *Art. 36 EGV sei von einer Abwägung zwischen den Erfordernissen der EG-Marktintegration und den Erfordernissen des einzelstaatlichen Schutzes anderer Rechtsgüter geprägt und erlaube deshalb keine Erwägungen dazu, ob die EG die auf mitgliedstaatlicher Ebene avisierten Regelungsziele ebenfalls – oder erfolgreicher – realisieren könne.*⁴⁵⁸

Zutreffend ist, daß eine Korrelierung des Subsidiaritäts- mit dem Binnenmarktprinzip, *nachdem* man eine Maßnahme gleicher Wirkung bejaht hat, sinnlos ist. Wer sich durch Richterrecht via „Dassonville“ ein breites Feld für den judicial review gerodet hat, kann danach nicht unter Hinweis auf die Subsidiarität erneut Wälder säen⁴⁵⁹. Der Binnenmarkt ist das *Ziel* und *Subsidiaritäts* ist der Grundsatz, mit dem dieses Ziel erreicht werden muß. Eine Abwägung von Ziel mit Grundsatz ist wegen der dogmatischen Unterschiedlichkeit nicht möglich. Die Relationierung beider kann aber dazu dienen, die Feststellung von Kompetenzen im Einzelfall als auch auf die Art, wie diese Kompetenzen wahrzunehmen sind, zu konturieren.⁴⁶⁰ Diese Verbindung hindert deshalb nicht, bereits bei der Festlegung der eigenen Binnenmarkt-konzeption das Subsidiaritätsprinzip zumindest *prozedural* mitzubedenken. Das tut der EuGH seit „Keck“ und verringert so den Umfang binnen-

der Verwirklichung des Binnenmarkts um eine ausschließliche Kompetenz der EG handele. Ähnlich N.Reich in seiner Besprechung der Keck-Entscheidung ZIP 1993, 1814, 1881. Gegen diese Auffassungen spricht, daß Gegenstand der Beurteilung bei Art. 30, 59 EGV gerade nicht harmonisiertes und deshalb eo ipso nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EG fallendes mitgliedstaatliches Recht ist. Dafür spricht auch die Wirkung der Entscheidungen des EuGH, der in ständiger Rechtsprechung nur "Auslegungshilfen" für die Anwendung nationalen Rechts gibt.

456 So nur – ohne weitere Begründung – N.Reich in einer Entscheidungsanmerkung zu Keck, ZIP 1993, 1813, 1818. Anderer Ansicht statt vieler J.Jickeli, Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips, JZ 1995, 57, 63.

457 Zu der Existenz und Lösung von Abgrenzungsproblemen Helmut Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip, Strukturprinzip einer europäischen Union, 1993, S.60. P.Chr.Müller-Graff, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip? ZHR 159 (1995), 34, 59 f nennt die Agrarmarktpolitik, die Beihilfekontrolle; Zolltarife; Vorschläge zur Methodik macht Ch.Callies, Der Schlüsselbegriff der "ausschließlichen Zuständigkeit" im Subsidiaritätsprinzip des Art. 3 b II EGV, EuZW 1995, 693, 696.

458 P.Chr.Müller-Graff, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip? ZHR 159 (1995), 34, 75; zustimmend St.Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab und globale Integration, 1996, S. 94 – 98.

459 Daran kranken auch Ansätze, die Sachverhalte, die außer der Anrufung des EuGH keinen grenzüberschreitenden Bezug haben, unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip ausschließlich dem jeweiligen Marktrecht unterwerfen wollen (U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S.60). Wenn ein solcher Bezug nicht vorhanden ist, ist eine Zuständigkeit des Gemeinschaftsrechts überhaupt nicht gegeben, so daß es der Subsidiarität nicht bedarf.

460 Die Grenzen zwischen beiden Bereichen können – wie unter Dassonville – verschwimmen; deshalb überzeugt auch der Einwand, daß Art. 3 b EGV nur eine Zuständigkeits- und keine Auslegungsregel sei, nicht.

marktmotivierter gemeinschaftsrechtlicher Prüfung nicht harmonisierten Rechts.⁴⁶¹ Der Binnenmarkt des Primärrechts wird dann zum gewollt „unvollkommenen Binnenmarkt“, der der Vollendung durch Sekundär- und Tertiärrecht harrt ⁴⁶² – *oder eben unter Beachtung von Art.3 b EGV durch den Gemeinschaftsgesetzgeber gerade nicht*. Auch könnte so der Literaturkritik, beispielsweise gegen das Yves Rocher Verdikt, daß der EuGH in Ermangelung eines „gemeinschaftsgesetzlich“ fundierten Verbraucherbildes seine Vorstellung anstelle die der Mitgliedstaaten setze, durch die maßvolle Zurückhaltung des Gerichts Rechnung getragen werden.⁴⁶³ So hat der EuGH jedenfalls bei der Beurteilung potentieller Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Rundfunkwerbung – damals ohne Geltung des Art. 3b EGV – darauf maßgebend abgestellt, ob gemeinschaftsrechtlich eine Harmonisierung besteht.⁴⁶⁴

(2) *Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips (§ 3 b EGV) als „diskretionärer“ Faktor gefährde die Marktintegration und die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung.*⁴⁶⁵

Weil Primärrecht auch für den EuGH gelten muß, kann es nicht darauf ankommen ob ein „diskretionärer Faktor“ durch die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips in die Rechtsprechung eingeführt wird – einer Rechtsprechung, die zudem wegen der Involvierung unterschiedlicher Rechtstraditionen und der Befassung mit generalklauselartige Primärrecht anders als mitgliedstaatlich-nationale Gerichte methodisch arbeitet.⁴⁶⁶ Zutreffend ist, daß die ver-

461 So interpretiert J.Stuyck, Cahiers du droit européen, 1994, S.431, 450 "Keck" und andere Entscheidungen als "moins logique" als der Rekurs auf Subsidiarität und Marktfreiheit (Art. 3a,b EGV).

462 Steindorff ZHR 1994, 148, f. Skeptisch J.Jickeli, Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips, JZ 1995, 57,63, weil dann notwendig werdendes Sekundärrecht (Richtlinien) unter Umsetzungskostengesichtspunkten und als auch Normenflutaspekten weniger effektiv sei und das Ziel größerer Bürgernähe – wohl der EU – verfehlt werden könnte. Dagegen ist einzuwenden, daß die richterliche Auslegung des Primärrechts bürgerferner und weniger transparent sein kann als normatives Sekundärrecht und daß die Bürgernähe auch durch entsprechende mitgliedstaatliche Handhabung erzielt werden könnte.

463 J.Sack, Nationale Werbebeschränkungen und freier Warenverkehr, EuZW 1990, 312 f. Siehe auch U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S.44 ff zur von ihm – wie auch hier – abgelehnten unterschiedlichen Qualifikation von "Cassis" als Immanenzvorbehalt und Art. 36 EGV als "echter Rechtfertigung (S.50) und der Thesen von (un-)eingeschränkten Beurteilungsspielräumen der Mitgliedstaaten.

464 EuGH Urt.v.18.3.1980 Rs.52/79 Debauve u.a. Slg. 1980, 833, 857 Tz..15 .

465 P.Chr.Müller-Graff, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip? ZHR 159 (1995), 34, 75, obwohl er auch annimmt, daß in einem "allgemein-politischen Sinne" unter dem Gesichtspunkt der "Wertungsstimmigkeit" die "Auslegung der die Grundfreiheiten gewährenden Verbote (Art. 30 EGV) im Zweifle zugunsten des Handlungsspielraums der Mitgliedstaaten zu erfolgen hat (74). Dagegen grundsätzlich W.Dichmann, Subsidiarität: Herkunft, sozialpolitische Implikationen und ordnungspolitische Konsequenzen eines Prinzips, ORDO 45 (1994), 195, 242, der das Subsidiaritätsprinzip als inhaltlich nicht präzisiert begreift, dennoch aber von der Möglichkeit eines länderübergreifenden Wettbewerbs unterschiedlicher Systeme ausgeht.

466 Zur Methodik A.Arnulf, Owinging up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice, CMLR 1993, 247, 252 ff; J.Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice, 1993, S.176 und M.Nettesheim, Art.3 Rn. 65 in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, 9.Erg.Lfg., 1995.

meintlich fehlende Präzision der Subsidiaritätsprinzipien⁴⁶⁷ die Rechtsprechung vor besondere Konkretisierungsaufgaben stellen⁴⁶⁸ und die hier vorgeschlagene Anwendung nicht in einem Zitiergebot für eine „Floskel“ münden darf. Zumindest als Appell zu einer neuen Anstrengung⁴⁶⁹ für eine dogmatisch strukturierte Rechtsprechung mag der Subsidiaritätsgrundsatz bereits in Keck gewirkt haben;⁴⁷⁰ er beschränkt sich dort aber wohl nach hiesigem Verständnis nur auf eine *Argumentationslastregel*. Wenn im Einzelfall – geplantes „Euro-marketing“ oder „multi-state-Marketing (Kostenerhöhungsargument) oder in seinen Auswirkungen erheblich beeinträchtigender Diversifikationszwang (Kosteneffektivierungsargument mit unzumutbaren Auswirkungen) – eine einführbehindernde Wirkung nachgewiesen wird, verlangt das Binnenmarktprinzip die Prüfung anhand von Art. 30 EGV. Das hat der EuGH in „De Agostini“ zumindest angedeutet⁴⁷¹ – wenn er bei „Verkaufsmodalitäten“ diese Prüfung den mitgliedstaatlichen Gerichten überläßt. Nach hier vertretener Ansicht hat die Kategorisierung als „Verkaufsmodalität“ zur Folge, daß das mitgliedstaatliche Gericht eben selbst beurteilen darf, ob eine tatsächlich gleiche Berührung vorliegt. Nur wenn es das verneint, ist es in den Bereichen, die als „Verkaufsmodalität feststehen, noch sinnvoll, dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 36 EGV und Cassis vorzulegen.

-
- 467 Zum alten Vorwurf der fehlenden Präzision, der auch ein Anti-Geltungs-Argument war, Helmut Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip, Strukturprinzip einer europäischen Union, 1993, S.59 ff, der auf S.64 die Ausformung durch **konkrete Vorschriften** verlangt. Damit ist aber das Problem der richterrechtlichen Umsetzung – der EuGH als Gemeinschaftsorgan gehört auch zu den Adressaten "Gemeinschaft" im Sinne von Art. 3b EGV (A.v.Bogdandy/M.Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 3b Rn 26. – nicht gelöst. Vielleicht läßt sich dieser Ansatz aber weiterentwickeln, und die **Berücksichtigung des Prinzips im Zusammenhang mit konkreten Vorschriften (Art. 30, 59 EGV)** zu fordern. Eine solche Anwendung mag dann auch zu unterschiedlichen Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips – unterschiedlichen Prinzipien- führen. So ob es um Binnenmarktpolitik und communitarian judicial review geht oder um die kompetenzrechtliche Sicherung der Selbstverwaltung von Gemeinden (dazu H.Lecheler, S. 125 ff).
- 468 Die Probleme der **Anwendung** eines – dort nicht normativ verankerten – Subsidiaritätsprinzips sind aus dem nationalen Verfassungsrecht bekannt; so Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 1968, in seiner Schlußbemerkung "Die konkrete Anwendung von Verfassungsprinzipien steht unter einer doppelten Gefährdung: des lebensfremden Normativismus wie des ordnungsfeindlichen Dezisionismus".
- 469 A.v.Bogdandy/M.Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 3b Rn.34 verlangen eine Abwägung im Interessengeflecht von der Gemeinschaft vorgegebenem Ziel – hier wäre dies der von freiem Wettbewerb und offener Marktwirtschaft (Art. 3 a Abs.1 EGV) geprägte Binnenmarkt (Art.7 a Abs.2 EGV) – mitgliedstaatlichen Interessen und Interessen der Unionsbürger.
- 470 Ein weiterer Ansatzpunkt könnte im Rahmen der Anwendung von Cassis und Art. 36 EGV gefunden werden, wo R.Sack, Staatliche Regelungen sogenannter "Verkaufsmodalitäten" und Art. 30 EGV, EWS 1994, 37, 46 die Berücksichtigung "nationaler Singularitäten" fordert.
- 471 Der Einwand in "de Agostini" lautet weder auf Kostenerhöhung noch auf Kosteneffektivierung sondern schlicht, daß nur durch diesen Werbeträger effektiv geworben werden könne. Es wird interessant sein – und ist nach hiesiger Prognose auch aussichtslos – daß de Agostini diesen Nachweis führen kann.

f) *Kommunikationspolitik im Rahmen von Art. 30 EGV – ein Modell*

- aa) Trias von Produktpolitik, bestimmten Verkaufsmodalitäten und Modalitäten der Vermarktung (Maßnahmen gleicher Wirkung/Verkaufsmodalität)

Die Kreation der Verkaufsmodalitäten und ihrer Abgrenzung zu den aus der EuGH-Rechtsprechung bereits bekannten „Vermarktungsregeln“ bietet für ein Struktogramm von Art. 30 EGV die Alternative eines zwei- und eines drei-Bereiche-Modells: Gibt es eine formalistische Zweiteilung im Rahmen von „Maßnahmen gleicher Wirkung“ -Verkaufsmodalitäten und Dassonville – oder eine Dreiteilung – Verkaufsmodalitäten – „Bestimmte Verkaufsmodalitäten“ – Dassonville⁴⁷²? Nach einem hier vorgeschlagenen Modell gibt es drei Bereiche:

- (1) Die Produktpolitik (-gestaltung) als Paradigma von „Dassonville“;
- (2) Die „*bestimmte Verkaufsmodalität*“ im Sinne von „Keck“, die regelmäßig **nicht** im Schnittfeld von Distributions-Kommunikations-Kontrahierungspolitik ist und *keinen unmittelbaren, grenzüberschreitenden* Bezug aufweist und
- (3) ein mittlerer Bereich, in dem der EuGH noch klassifizierend tätig werden muß und der „Verkaufsmodalitäten“ wie „Maßnahmen gleicher Wirkung“ enthält.

Nicht diskriminierende produktpolitische Wirkungen fallen wegen der Erschwerung der Vermarktung immer unter Dassonville. Nicht diskriminierende distributions-, kontrahierungs- und kommunikationspolitischen Wirkungen fallen grundsätzlich in den Bereich, der in der Terminologie des EuGH für Verkaufsmodalitäten in Frage kommen. Falls es sich um die Schnittstelle von Kontrahierungs-/Distributions-/Kommunikationspolitik – also Modalitäten des persönlichen Verkaufs (Alpine, Schindler)⁴⁷³- mit grenzüberschreitendem Bezug handelt („Repräsentant des Anbieters und Nachfrager sind in unterschiedlichen Mitgliedstaaten“) oder um die Schnittstelle Produkt-/Kontrahierungspolitik (Verpackungswerbung), dann sind Beschränkungen einer Dassonville-Cassis oder Art. 36 EGV-Prüfung zuzuführen. „Persönlicher Verkauf“ kennzeichnet sich durch das Ineinanderübergehen von Werbung und Kauf – eine Konnexität, die bei sonstigen Werbeformen – Plakatwerbung, Fernsehwerbung nicht gegeben ist. Bei Einwirkungen auf das kommunikationspolitische Instrumentarium kommt es im Einzelfall darauf an, ob die Divergenz mitgliedstaatlichen Werberechts im Lichte von Art. 30 EGV für den einzelnen wie auch den Binnenmarkt zumutbar ist. „Oosthoek“ in seiner *Einheitlichkeitskomponente* – wenn multi-state-Werbung und/oder Marketing und *nicht* nur grenz(en)überschreitende Werbung/Marketing *geplant* sind – ändert in der Konsequenz der Entscheidungen „Hünernmund“, „Leclerc“ und „De Agostini“

472 So wohl Generalanwalt P.Leger in EuGH Urt.v.6.7.1995 Rs. C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH Slg. 1995 I-1936, Tz. 29, der Verkaufsmodalitäten und "bestimmte Verkaufsmodalitäten" im Sinne von Keck unterscheiden will; von einem Drei-Bereiche-Modell geht auch J.Stuyck, Cahiers du droit européen, 1994, 431, 458 aus.

473 Siehe vor "Keck" EuGH Urt.v. 16.5.1989 Rs.382/87 R.Buet/SARL Educational Business Service (EBS)/Ministère public Slg. 1989, 1235 Tz..8,9.

nichts an der Zuordnung zur „Verkaufsmodalität“. Für Werbung und disparitäres mitgliedstaatliches Werbebeschränkungsrecht steht Dassonville nicht mehr offen. Es ist dann Aufgabe des mitgliedstaatlichen Gerichts zu prüfen, inwieweit *tatsächlich* eine ungleiche Berührung von Inlands- und Auslandsprodukten vorliegt. Die Argumentationslast liegt beim Werbenden – wie hoch sie ist, hat der EuGH nicht im einzelnen bezeichnet. Das Kosteneffektivierungsargument reicht nicht aus; das Kostenerhöhungsargument muß unter Vorlage der Werbekonzeption vor dem mitgliedstaatlichen Gericht belegt werden.⁴⁷⁴

„Oosthoek“ in seiner *Herkunftslandskomponente* ist grundsätzlich nicht mehr einschlägig – es sei denn die Divergenz führt im Einzelfall zu einer gravierend und *unzumutbar unterschiedlichen Betroffenheit* von Inlands- und Auslandsprodukten („Kosteneffektivierungsargument“). Letzteres ist ein Fall, der nach hier vertretener Ansicht für umfassende Marketingstrategien, wie das Multi-Level-Marketing theoretisch in Betracht kommen könnte.⁴⁷⁵ Die Argumentationslast, die von einem Unternehmen verlangt wird, ist sehr schwer; insbesondere muß es dartun, daß die Kostenerhöhung durch Konzeptschnitte und -veränderungen nicht aufgefangen werden können.

bb) Keine „bestimmten“ Verkaufsmodalitäten

Mit dieser vorsichtigen Dreiteilung wird das Potential der Ungewißheit der alten Rechtsprechung allenfalls verkleinert, aber nicht beseitigt. Der Betonung der *tatsächlichen, individuellen Betroffenheit* unter Berufung auf den Keck-Formel-Bestandteil „*tatsächlich in gleicher Weise berühren*“ ist das Argument der gleichmäßigen Anwendbarkeit von Art. 30 EGV entgegengehalten worden.⁴⁷⁶ Ob jemand ein einheitliches Werbekonzept vorlegen könne, sei unerheblich, weil die Anwendbarkeit des Art. 30 EGV auf eine bestimmte Regelung nur einheitlich für alle „Einführer“ beantwortet werden könne. Diese Argumentation besticht durch ihre Klarheit, vernachlässigt aber die besondere Problematik der Kategorisierung der *inhaltlichen Komponenten* der Kommunikationspolitik. Distributions- und Kontrahierungspolitiken sind in ihren Optionen, ohne daß es eines Beispielsfalles bedürfte, theoretisch faßbar und personal verengbar auf Angebots- und Nachfragerseite. Sie haben deshalb den „Vorteil“ in spezialgesetzlichen Bestimmungen erfaßt zu sein und nicht dem Verdikt der Generalklauseln („Concurrence déloyale“, „unfair trade practices“, „guten Sitten“) zu unterliegen. Die Regel, die einschlägig ist, kann in diesen Bereichen ohne konkreten Beispielsfall in ihrer einführbeschränkenden Funktion beurteilt werden – ohne daß es eines Rückgriffs auf

474 Siehe auch Th.Ackermann, Warenverkehrsfreiheit und Verkaufsmodalitäten, RIW 1994, 189, 194.

475 Nicht als diskriminierend beabsichtigt, aber sich so auswirkend J.Stuyck, Cahiers du droit européen, 1994, S.431, 451

476 H.Matthies, Artikel 30 EG-Vertrag nach Keck, Gedächtnisschrift für Sasse, 803.

die Wirkung im Einzelfall bedarf. Die Kommunikationspolitik ist demgegenüber durch scheinbar unendliche Vielfalt geprägt, oft in Generalklauseln gezwängt, und ist in ihrer rechtlichen Zulässigkeit ohne konkretes Vorhaben nicht zu beurteilen. So ist die (fehlende) europaweite Zulässigkeit von Eigenpreisvergleichen („GB-INNO-BM“; „Yves Rocher“) mit ihren Folgen für die Warenverkehrsfreiheit anders zu beurteilen als die (fehlende) Zulässigkeit der gefühlsbetonten Werbung in allen Mitgliedstaaten. Kommunikationspolitik ist darüber hinaus durch personale Erweiterung – Einbeziehung der Öffentlichkeit – und Perpetuierungsinteresse geprägt. „Einführer“, die beabsichtigen Kommunikationspolitik mindestens multi-state-weit zu betreiben, werden anders von einer kommunikationspolitischen Beschränkung betroffen, als „Einführer“, die kontrahierungs- (Beispiel: Zugaben) oder distributionspolitische (Abgabe von Säuglingsmilch in Supermärkten statt in Apotheken⁴⁷⁷) Schwerpunkte setzen. Kommunikation unterscheidet sich von anderen Marketingoptionen – ohne sich auf ein Rangverhältnis⁴⁷⁸ im Vergleich zu anderen Elementen des Marketing-Mixes versteifen zu wollen – durch ihre Wahrnehmbarkeit auf dem Binnenmarkt. Die Bedeutung der Kostenerhöhung und der Kosteneffektivierung, die bei anderen Marketingoptionen evident oder prognostisch leichter einzuschätzen sind, sind hier wegen der Beteiligung „Dritter“ und ihrer Reaktion – wegen des Eigenwertes, den unternehmerische Selbstdarstellung länderübergreifend haben kann – auch einzelfallabhängig zu beurteilen. Diese Einzelfallbeurteilung hat der EuGH in „De Agostini“ unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen ermöglicht – und damit auch die Berücksichtigung des Arguments erlaubt, daß Werbeverbote – wenn ganze Motivreihen betroffen sind (wie in Fall I-II) – zu einer Vereitelung effektiver Marktdurchsetzung für eingeführte Produkte führen können.

Dieser Versuch einer Konkretisierung der Zuordnung der Kommunikationspolitik zu „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ beantwortet aber eine Frage nicht: welche Auswirkungen hat die Addition kommunikationspolitischer zu kontrahierungs- oder distributionspolitischen Sachverhalten.

g) Akzessorietät der kommunikationspolitische Aspekte bei distributions- und kontrahierungspolitischen Sachverhalten

Das Problem stellt sich, wenn man dem „Keck-Fall“ einen Werbungssachverhalt unterlegt (*Hypothetisches Keck-Szenario*): Ein Produkt wird in einem Mitgliedsstaat zulässigerweise zum Verlustpreis angeboten und soll nach Frankreich ex-

477 EuGH Urt.v.29.6.1995 Rs. C-391/92 Kommission/Griechenland Slg. 1995, I-1621.

478 Generalanwalt G.Tesauro in Rs. Hünermund a.a.O., Tz.9 Fn.11 bezeichnet die Werbung als wirksamste Methode der Absatzförderung. Anderer Ansicht H.Matthies, Artikel 30 EG-Vertrag nach Keck, in: Gedächtnisschrift Sasse, 803, 813, der Gleichbehandlung mit anderen Absatzmethoden verlangt. Zurückhaltender U.Becker, Von "Dassonville" über "Cassis" zu "Keck" – Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, 162, 174 der aber Klärungsbedarf einräumt.

portiert werden, wo dieses kontrahierungspolitische Instrument unzulässig ist. Für das Produkt werden Prospekte gedruckt, die in dem exportierenden Land und in Frankreich wegen linguistischer Identität verwendet werden können und mit dem Preis⁴⁷⁹ werben. Nach der Keck-Entscheidung ist das Verbot der Abgabe zum Verlustpreis „bloße Verkaufsmodalität“. Ändert sich *die Beurteilung durch das Hinzufügen eines kommunikationspolitischen Sachverhalts?*⁴⁸⁰ Demzufolge würde allein die *Absicht* von „grenzüberschreitender Werbung“ und/oder multi-state-Werbung (und/oder Marketing) in den Ländern der Europäischen Union ausreichen, um einen „Maßnahme gleicher Wirkung“ zu provozieren (deren Rechtfertigung nach „Cassis“ oder Art. 36 EGV zu prüfen wäre). Die *zusätzliche Betroffenheit der Kommunikationspolitik* stellt damit die Frage nach der abschließenden Kategorisierung von „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ („Keck“) und *anderen „Verkaufsmodalitäten“* („Dassonville“). ?

Für eine *spezifisch-kommunikationspolitische* Betrachtungsweise spricht das *Kostenerhöhungsargument*⁴⁸¹, das die Literatur besonders in Werbefällen („Yves Rocher“) anführt. Durch mitgliedersstaatlich disparitäre Werbebeschränkungen sei es notwendig, in unterschiedlichen Ländern unterschiedliche Prospekte zu drucken und damit würden sich die Werbekosten insgesamt erhöhen und *deshalb* eine absatzbehindernde Wirkung etwa für ausländische Produkte einstellen. Die Übertragung des Kostenerhöhungsarguments auf disparitäre kontrahierungspolitische Beschränkungen könnte im hypothetischen Keck-Szenario erfolgen, weil in den Prospekten in Frankreich nunmehr der Preis der importierten Produkte verändert werden muß. Könnte diese werbliche Auswirkung der Beschränkung der Kontrahierungspolitik dazu führen, das Verlustpreisabgabeverbot in Art. 30 EGV anders zu beurteilen als seine werbechanceneinschränkende Wirkung für „grenzüberschreitende“ und „multi-state-Werbung“.⁴⁸² Jeder gut beratene Kläger würde die konkretisierte Absicht („Konzept“) einer Werbekampagne darlegen, und würde so das kontrahierungspolitische Diktum der „Verkaufsmodalität“ konterkarieren. Nach hier vertretener Ansicht vermag die Addition der weiteren Verkaufsmodalität „Werbung“ nichts an der *grundsätzlichen* Zuordnung einer kontrahierungs- oder distributionspolitischen Beschränkung zur „bestimmten Verkaufsmodalität“ zu ändern. Es ist dann wiederum eine Frage der Argumentationslast, ob ein effektiver Markteintritt vereitelt wird⁴⁸³, Kostenerhöhungen, die nicht

479 Vorläufig noch in zwei Währungen.

480 Bejahend wohl J.Basedow, Keck on the facts, EuZW 1994, 224, jedenfalls wenn eine "europaweit einheitliche Vermarktungsstrategie" vorliegt; Verneinend U.Everling, Der Einfluß des EG-Rechts auf das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich des Täuschungsschutzes, ZLR 1994, 221, 229.

481 Nach hier vertretener Meinung handelt es sich um grenzüberschreitendes Marketing; das Kostenerhöhungsargument ist deshalb nicht besonders schwer zu bewerten.

482 Siehe unter III 3 d).

483 Das könnte man am ehesten bei Marketingstrategien bejahen, die kontrahierungs- kommunikations- und distributionspolitische Aspekte *unmittelbar strategisch* verknüpfen; also

durch geringfügige und zumutbare Anpassungsmaßnahmen⁴⁸⁴ vermieden werden können („multi-state-Werbung) verursacht oder Kosteneffektivierungen verwehrt werden und so gravierende und unzumutbare Folgen für den Wettbewerber entstehen. Diese Arbeit vertritt grundsätzlich eine akzessorische Behandlung kommunikationspolitischer Beschränkungen, soweit sie originär auf der Beschränkung von distributions- und kontrahierungspolitischen Beschränkungen beruht. Dieser Ansicht scheint die EuGH-Rechtsprechung („Schindler“) zu widersprechen, die sich bei der Beurteilung der Dienstleistungsbeschränkung ausländischer Lotterien in England wie auch des Verbots der Versandwerbung vom Ausland nach England für eine parallele Behandlung von Tätigkeits- und Werbeverbot entschieden hat.⁴⁸⁵ Es handelte sich indessen sowohl bei der Tätigkeitsbeschränkung wie auch beim Werbeverbot *nicht* um eine Verkaufsmodalität⁴⁸⁶.

h) Kommunikationspolitische Aspekte im Rahmen des Art. 30 EGV – ein Modell
Systematisierend für die EuGH-Rechtsprechung läßt sich – zusammenfassend – ein einfaches, binäres Modell – Betroffenheit von nur zwei Mitgliedstaaten⁴⁸⁷ – entwickeln, bei dem es vier Alternativen gibt:

- (1) „Zwei“ Mitgliedstaaten haben unterschiedliche, einschlägige produktpolitische Regelungen; (Verpackung) ein Fall, der dem Dassonville-Test unterliegt⁴⁸⁸.
- (2) „Zwei“ Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Werberechte. Der „Keck“-Test ist einschlägig. Die Argumentationslast hinsichtlich der
 - Unmöglichkeit effektiver Vermarktung für das eingeführte Produkt
 - Kostenerhöhung wegen „Euro“-Werbung (nach hier vertretener Ansicht „multi-state-Werbung“, und nicht grenzüberschreitender Werbung)
 - der unzumutbaren Verwehrung der Kosteneffektivierung
 trägt der Kläger und die Prüfungslast das mitgliedstaatliche Gericht.
- (3) „Zwei Mitgliedstaaten habe unterschiedliche kontrahierungs- und/oder distributionspolitische Regelungen, die wegen der Keck-Ratio nicht in den Anwendungsbereich der Art. 30 EGV fallen; hier kann allein die akzessorische Einschränkung von Werbung nicht zu einer Prüfung nach „Dassonville“ führen. (hypothetischer Fall Keck). Es ist wiederum eine Frage der Argumentations- und Prüfungslast wie unter (2).

beim sog. Multi-Level-Marketing. Der Vertrieb über Laien und ihre Bekannten und Freunde, die von den Kundenberatern selbst angeworben werden, verlangt eine besondere Ausrichtung der distributions-, kommunikations- und kontrahierungspolitischen Maßnahmen.

484 Falls Werbung in sprachverschiedenen Ländern erfolgt, müssen Werbeprospekte ohnehin neu gedruckt werden und die minimale Beeinträchtigung, die die Berücksichtigung unterschiedlicher Werberegulungen beinhaltet, mag zumutbar sein.

485 EuGH Urt. v. 24.03.1994 Rs. C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise/G. Schindler u.a. Slg. 1994, I-1039, 1093 Tz.45 (Tz. 48, 62 "insbesondere die Werbung")

486 Konsequenz nach der hier vertretenen Ansicht, weil die Werbung unmittelbar der Anbahnung grenzüberschreitender Kontrahierung diene.

487 Es können natürlich mehr Mitgliedstaaten betroffen sein.

488 Beispiel EuGH, Urt.v.6.7.1995, Rs. C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH, EuZW 1995, 611.

- (4) „Zwei“ Mitgliedstaaten haben unterschiedliche kontrahierungspolitische, produktpolitische oder distributionspolitische Regelungen, die in den Anwendungsbereich von Art.30 EGV fallen. Hier können – akzessorisch – auch die werblichen Auswirkungen ihrerseits einen Verstoß gegen Art. 30 EGV darstellen.⁴⁸⁹

6. Meinungsfreiheitlicher Schutz von Werbung im Gemeinschaftsrecht – eine Zusammenfassung

a) „Bestimmte Verkaufsmodalität“ als Einschränkung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsgrundrechte

aa) Mitgliedstaatliche Einschränkungen der Werbung

Der Schwerpunkt des Schutzes von Werbung liegt im Gemeinschaftsrecht auf dem **grundfreiheitlichen Schutz**, wobei der „effektive Garantiebereich“ durch die Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten⁴⁹⁰ beeinflusst werden kann. Dieser grundfreiheitliche Fokus hat die Folge, daß bei mitgliedstaatlichen Eingriffen in die Grundfreiheiten⁴⁹¹ **auch die Gemeinschaftsgrundrechte** berücksichtigt werden können. Hier deutet sich eine unterschiedliche Entwicklung bei der Waren- und der Dienstleistungsverkehrsfreiheit an:

- (1) Für die **Warenverkehrsfreiheit** fällt Werbung unter die Verkaufsmodalitäten und bewegt sich damit außerhalb des „judicial review“ des EuGH. Sogar die Frage, ob eingeführte Produkte in **tatsächlich** „gleicher Weise“ vom mitgliedstaatlichen Werbebeschränkungsrecht erfaßt werden – ob es sich also um „bestimmte“ Verkaufsmodalitäten handelt – ist den mitgliedstaatlichen Gerichten überantwortet. Die Argumentationslast liegt hier bei den Klägern – der Zugang zu Grundfreiheiten und im Gefolge davon zu gemeinschaftlichen, vermeintlich mehr freiheitsgebenden Grundrechten ist damit verengt. In Fall I (Originalszenario „Ölverschmutzte Ente“) sind die Kläger mit Darlegungs- und demzufolge Beweislasten beschwert, bei denen von deutschen Gerichten bisher ungeklärt ist, ob das Kosteneffektivierungsargument ausreicht oder das

489 Siehe bei der Dienstleistungsfreiheit EuGH, Urt. v. 24.03.1994, Rs. C-275/92, Her Majesty's Customs and Excise/G. Schindler u.a., EuZW 1994, S. 311 mit Anm. v. Th. Stein.

490 EuGH Urt.v.18.7.1991 Elliniki Radiophonia Tileorassi AE/Dimotiki Etairia Pliroforisis u.a. Rs. C-280/89, Slg. 1991, I-2925, 2964 Tz. 44 f: "Dem vorlegenden Gericht ist daher zu antworten, daß die Beschränkungen der Befugnis aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit die in Art. 66 in Verbindung mit Art. 56 genannten Regelungen anzuwenden, unter Beachtung des allgemeinen Grundsatzes der in Art. 10 EMRK verbürgten Meinungsfreiheit zu beurteilen sind".

491 Siehe auch die widerstreitenden Ansichten, die von J.Weiler/N.Lockhart, "Taking rights seriously" seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, CMLR 32(1995), 51 und CMLR 32 (1995), 579 diskutiert werden. Sie lehnen die Vorrangthese wirtschaftlicher Ziele über nationales und gemeinschaftsrechtliches Verfassungs- und Grundrechte ab (diesen Vorrang in der EuGH-Rechtsprechung behaupten J.Coppel/A.O'Neil, The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CMLR 29 (1992) 669, 682, 692) gleichzeitig fordern sie aber – jenseits einer aus "menschenrechtlicher" ("human rights") Sicht maximalistischen These – auch vom EuGH die gemeinschafts- und unionsrechtliche Gewährleistung eines Grundrechtsstandards in allen EU-Ländern irrespektiv des Handelns der Mitgliedstaaten im Vollzug von EU-Recht.(S.622).

Kostenerhöhungsargument verlangt wird. Nach hier vertretener Ansicht ist grundsätzlich das Kostenerhöhungsargument maßgeblich; das Kosteneffektivierungsargument kann nur bei existenzvernichtenden Folgen Geltung beanspruchen. Auch beim Kostenerhöhungsargument (das grundsätzlich nur bei multi-state-Kampagnen einschlägig ist) sind geringe Kostenerhöhungen (die nur das Konzept betreffen können), insbesondere wenn sie durch Mitwirkungshandlungen wie geringe Anpassungen im Konzept minimalisiert werden können, zumutbar. Auch wenn man hier einen strikten Maßstab anwendet, und bei jeder notwendigen Veränderung des Konzepts eine „Bestimmtheit“ der Verkaufsmodalität ablehnt, ist eindeutig, daß die Hoffnung auf den Zugang zum freizügigeren Gemeinschaftsrecht sehr verengt ist. Der Raum, der für die Berücksichtigung von Inländerdiskriminierungen im Rahmen von Art. 5 GG bleibt (Abwandlung von Fall I mit exportwilligen inländischen Mitbewerber), ist damit auch geschmolzen.

- (2) Für die *Dienstleistungsfreiheit* deutet sich eine andere Bewertung an. In der schon erwähnten Entscheidung „De Agostini“ hat der EuGH die Werbung für Waren als Verkaufsmodalität behandelt; die Dienstleistung der Weiterverbreitung mittels eines grenzüberschreitenden Werbeträgers – des Fernsehens – hat es aber weiterhin dem Cassis-Test unterstellt.⁴⁹² Das bedeutet, daß jedenfalls in den Fällen, in denen *ein Werbeträger, der durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt ist, beteiligt*⁴⁹³ ist, *in Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit* der alte Blickwinkel von Dassonville-Cassis⁴⁹⁴ (*zusätzlich*) eröffnet ist. Der EuGH bestätigt mit dieser Rechtsprechung die strukturelle Trennung von Werbung, die sich bestimmter, gegebenenfalls medialer *Werbeträger*⁴⁹⁵ bedient (medialer werbeträgergebundener Werbung) und Werbung, die auf solche Werbeträger verzichtet (persönlicher Verkauf durch Vertreter). Auch die Betonung des unmittelbar grenzüberschreitenden Aspekts der Verbreitung von Werbung (siehe unter III 5 d) bestätigt sich hier. *Unklar ist auch nach*

492 EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654, Tz. 48 -54; L.Stanbrook, Die Bestimmungen zur Werbung an Kinder, der Verbraucherschutz und das Herkunftslandsprinzip, Kommerzielle Kommunikationen 1997, Heft. 7, S. 18, 20; differenzierend J.Sack, Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EGV, WRP 1998, 103, 115 ff, der die Anwendung der "Keck"-Ratio von Spürbarkeitskriterien abhängig machen will und zwischen Werbeverhalten und Werbebeschränkungen unterscheiden will (S. 115).

493 Zum Verhältnis zur Werbung von Waren und Dienstleistungen siehe auch Troberg, Art. 59 Rn. 36 in: V.d.Groeben, 1997 und U.Everling, Zum Begriff der Ware im Binnenmarkt der EG und sein Verhältnis zu den Dienstleistungen, S. 365, 371in: A. Weber (Hrsg.), Währung und Wirtschaft, Festschrift für H.Hahn, 1997;

494 Tz.54: Das vorlegende Gericht hat zu prüfen, ob diese Vorschriften aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses oder zur Erreichung eines der in Art. 56 EGV aufgeführten Ziele erforderlich sind, ob sie hierzu in einem angemessenen Verhältnis stehen und ob diese Ziele oder zwingenden Gründe nicht durch Maßnahmen hätten erreicht werden können, die den gemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtigen.

495 J.Stuyck, CMLR 34(1997), 1458, 1467 "in that sense "advertising" is surely not a selling arrangement.

„De Agostini“, inwieweit die Tatsache, daß eine Werbeagentur (Vorbereitung der Verbreitung von Werbung) oder ein „Suchservice“⁴⁹⁶ (Fremdwerbung) grenzüberschreitende „Dienstleistungen“ anbietet, zu einer zusätzlichen und eigenständigen, dienstleistungsfreiheitlichen Würdigung der mitgliedstaatlichen Werbebeschränkungen führen wird. Im Rahmen dieser Arbeit wird hier eine im Ergebnis akzessorische Behandlung zur „Verkaufsmodalität“ des Warenverkehrs vorgeschlagen, weil die Differenzierung zwischen Werbenden, die für Waren werben und (grenzüberschreitend) eine Werbeagentur einschalten und solchen, die diese Werbung selber erstellen, nicht überzeugt. Es kommt andernfalls zu einer unübersichtlichen Kumulation von grundfreiheitlichen Prüfungen, die die „Keck-Hünernund-Ratio“ in der Praxis sinnentleert.

Festzuhalten ist bei mitgliedstaatlichen Einschränkungen, daß der potentielle Einfluß des Gemeinschaftsrechts durch die Keck-Ratio geringer geworden ist. Für eine meinungsfreiheitliche Sonderbehandlung der Verkaufsförderung und des Sponsoring bietet das Gemeinschaftsrecht *de lege lata* wie nach hier vertretener Ansicht *de lege ferenda* keine Anhaltspunkte.

bb) Gemeinschaftsrechtliche Einschränkungen der Werbung

Der grundfreiheitliche Argumentationseinwand mit der Gefahr der Abschottung von nationalen Märkten wird nur seltenst einschlägig sein; die gemeinschaftsgrundrechtliche Argumentationsschiene ist dogmatisch einschlägig, wohl aber nicht ergebnisrelevant. Die bereits geschilderten weiten Prognosespielräume bei der Freiheit des Eigentums und der „wirtschaftlichen Betätigung“ und die dogmatische Verengung auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, der es an speziellen meinungsfreiheitlichen Konturen mangelt, lassen nicht erwarten, daß der EuGH die Tabakwerbeverbote wie auch die Eingriffe in die Besitzstände der Marken⁴⁹⁷ als gemeinschaftsgrundrechtswidrig qualifizieren wird. Es ist nicht einsichtig, welche Konturen ein meinungsfreiheitlicher Schutz von Werbung im Gemeinschaftsrecht haben soll; insbesondere ist nicht ersichtlich, inwieweit dieser meinungsfreiheitliche Schutz über den in den Etikettierungsfällen bereits anerkannten Schutz der „wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit“ hinausgehen soll. Für einen besonderen (meinungsfreiheitlichen) Schutz des Sponsorings oder der Verkaufsförderung ist kein Anhaltspunkt ersichtlich.

496 Zu einem Anwaltssuchservice und der Fremdwerbungsproblematik siehe im 3. Kapitel I 2 c).

497 Zum Vertrauensschutz, dem durch Übergangsregelungen Rechnung getragen wird, vergleiche Art. 6 der „Tabakwerbeverbotsrichtlinie“.

b) Gleichwertiger Schutz der Marketingoptionen durch die „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“

Die vorliegenden Ausführungen zeigen, daß es einem EuGH bisher vollkommen fremd ist, im Rahmen von Waren- und Dienstleistungsfreiheit „kommerzielle Sprache“ wegen ihres meinungsfreiheitlichen Bezugs anders zu behandeln als kontrahierungs-, distributions-, oder produktpolitische Restriktionen. So hat er in einer⁴⁹⁸ Entscheidung,⁴⁹⁹ die als Beleg für die Bindung der Gemeinschaftsorgane an Art. 30 EGV zitiert wird, und in der ein Kristallhersteller sich weigerte, seine Produkte in der Verkehrssprache des Endverbrauchslandes auszuzeichnen und für sie so zu werben, mit keinem Wort die meinungsfreiheitliche Problematik einer solchen Auszeichnungspflicht angesprochen. Auch bei der Behandlung des Werbeverbots für nicht zugelassene ausländische Arzneimittel (§§ 73 Abs.3 AMG i.V.m. § 8 Abs.2 HWG) hat der EuGH den meinungsfreiheitlichen Aspekt nicht berücksichtigt.⁵⁰⁰ Der EuGH liegt mit der fehlenden Anerkennung eines meinungsfreiheitlichen Schutzes für die Werbung auf der Linie dieser Arbeit. Er ist deshalb auch nicht mit dem Problem konfrontiert, Bestandteile des Marketing-Mix, die einen kommunikationspolitischen Aspekt haben, aus der Grundrechtsperspektive anders zu behandeln als die übrigen Optionen. Die „Verpackungsrechtsprechung“ des EuGH ist durch die besondere Berührung der Grundfreiheit bei der Gestaltung des Produkts (gegebenenfalls der Werbung auf dem Produkt) erklärbar. Hier ist das Kostenerhöhungs- und nicht nur das Kosteneffektivierungsargument so greifbar, daß immer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung à la Cassis verlangt wird.

Ergänzend festzustellen ist: Selbst wenn man den Forderungen nach der Berücksichtigung des meinungsfreiheitlichen Aspektes von kommerzieller Sprache nachkäme, werden sich auch im Rahmen von Gemeinschaftsgrundrechten dieselben Gewichtungprobleme zwischen

- Freiheit des Äußernden,
- Freiheit des Verbrauchers (Integritäts- und Äquivalenzinteresse) und –
- Freiheit des Rezipienten

stellen wie im mitgliedstaatlichen, deutschen Verfassungsrecht (siehe dazu im 7. Kapitel). Wenn sich die Meinungsfreiheit *nur* auf die Meinungsfreiheit des sich Äußernden beschränken würde, würde dies zu einer Dominanz kommerzieller

498 M.Dausen, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425, 428.

499 EuGH Urt.v. 9.8.1994 Meyhui NV/Schott Zwiesel Glaswerke AG Rs. C-51/93 EuZW 1994, 662 Rn.12. Siehe dagegen die restriktive Handhabung einer belgischen Sprachenregelung bei Etikettierung und Werbung für Lebensmittel, die entgegen dem Richtlinien-text (Art. 14 Richtlinie 79/112/EWG) die Sprache des Verkaufslands verlangte und die Alternative "es sei denn, die Unterrichtung des Käufers ist durch andere Maßnahmen gewährleistet" nicht ausschöpfte EuGH Urt.v. 18.6.1991 Rs. C-369/89 ASBL Piageme u.a./BVBA Peeters, Slg. 1991, I-2971.

500 EuGH Urt.v.10.11.1994 Rs. C-320/93 L.Ortscheit GmbH/Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH EuZW 1995, 86, wo nicht einmal der betätigungsfreiheitliche Aspekt geprüft wird.

Sprache auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene führen. An dieser Einbeziehung der dann ebenfalls zu entwickelnden (Grund-)rechte der Verbraucher und Rezipienten mangelt es den literarischen Forderungen nach meinungsfreiheitlichem Grundrechtsschutz für die Werbung.

7. Exkurs: Anwendbares Recht für „Werbung mit Auslandsberührung“

Die Ermittlung *des Rechts*, das auf eine bestimmte Werbung und Kampagne anwendbar ist, ist Voraussetzung oder Bestandteil der Beurteilung von „Auslands-sachverhalten“ nach dem Grundgesetz wie auch dem Gemeinschaftsrecht. Dieses Kapitel will die wesentlichen Strukturen herausarbeiten, die für die territoriale Reichweite des deutschen internationalen Wettbewerbsrechts, die Konkretisierungskraft des Grundgesetzes (Art. 5 oder 12 GG) und die Wirkung deutschen öffentlichen Wirtschaftsrechts im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG von Bedeutung sind. Die Klärung dieser Strukturen ist Voraussetzung auch für die Beurteilung der (kollisionsrechtlichen) Bedeutung des Gemeinschaftsrechts. Unter dem Oberbegriff „Werbung mit Auslandsberührung“ verbergen sich unterschiedliche Fallgestaltungen, wobei die rechtliche Behandlung im wesentlichen – soweit es um die Beschränkung von Werbung durch Lauterkeitsanforderungen und Irreführungsschutz geht – von drei „Rechtskreisen“ geprägt ist: nämlich

- (1) den bi- und internationalen Verträgen,⁵⁰¹ insbesondere der Pariser Verbandsübereinkunft
- (2) dem (deutschen) internationalen Wettbewerbsrecht und
- (3) dem Europäischen Gemeinschaftsrecht.

Entscheidend für eine Analyse des verfassungsrechtlichen Einflusses auf die Konkretisierung von § 1 UWG, der wettbewerbsrechtlichen Sanktionsachse, ist die Reichweite deutschen Wettbewerbsrechts. Eine anschließende Frage ist die Kongruenz des Anwendungsbereichs des öffentlich-rechtlichen Werberechts (etwa HWG und LmBG) und des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes mit dem Geltungsbereich des UWG.

a) Geltendes Wettbewerbsrecht bei Auslandsberührung nach deutschem „internationalen Privatrecht“

Allein die Überschrift zeigt, daß „internationales Privatrecht“⁵⁰² *hier* nationales Kollisionsrecht ist⁵⁰³. Für das *unlautere Wettbewerbsrecht existiert keine spezi-*

501 Siehe de lege ferenda B.Dutoit, Une Convention Multilatérale de Droit International Privé en Matière de Concurrence Déloyale: Mythe ou Nécessité, in: E.Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L.Droz, 1996, S. 51 ff. Einen Überblick über die einschlägigen Verträge etwa P.Schotthöfer, Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten, 1997, S. 45 ff.

502 Das "Privatrecht" wurde in Anführungszeichen gesetzt, weil manche Länder behördliche Verfahren zur Aufsicht über den lautereren Wettbewerb einsetzen, und es sich deshalb in diesen Fällen um eine Frage auch des internationalen öffentlichen Rechts handelt.

503 Welches Sachrecht auf Werbung Anwendung findet, wird – wenn ein ausländisches Gericht befaßt wird – vom ausländischen internationalen Privatrecht (mit-)entschieden. Von den

elle und einheitliche Kollisionsregel; es hat deshalb an Vorschlägen (der Literatur) für ein wettbewerbsrechtliches, zunächst ein- und dann allseitiges, deutsches Kollisionsrecht nicht gefehlt.⁵⁰⁴ Die BGH-Rechtsprechung hat eine Art von „*sui generis* Konsequenz“ aus der Komplexität der Theorien gezogen⁵⁰⁵ und eine

EU-Mitgliedstaaten verfügen Österreich und Spanien über eine kodifizierte Festlegung des *Auswirkungsprinzips*. In der Schweiz bestimmt Art. 136 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 die Geltung des Auswirkungsprinzips (GRUR Int. 1988, 343 ff); zu § 48 Abs.2 des österreichischen Bundesgesetzes v.15.6.1978 über das internationale Privatrecht: P.Bernhard, Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, 1994, 240, 256 Fn. 1111 m.w.N.. Im übrigen scheint eine Anknüpfung an das deliktsrechtliche *Tatortstatut* – mit allen Ungewißheiten hinsichtlich der Handlungs-, Erfolgs- oder Markt- und Werbeortprinzipien – vorherrschend. Siehe zum Kollisionsrecht anderer Länder A.Toller, *Unfair Competition* (1980) Chapter 34, und I.Schwartz/J.Basedow, *Restrictions on Competition* (1995) Chapter 35, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3.

504 Im wesentlichen (B.V.Hoffmann/H.Stoll, Art. 38 Rn. 511- 513, in: *Internationales Privatrecht*, Band I, 1992) können fünf Ansätze unterschieden werden, nach denen maßgebend sein sollen:

(1) Die *sachnormzweckbezogene Anknüpfung* (E.Deutsch, *Wettbewerbstatbestände mit Auslandsbeziehungen*, 1962, S. 43 ff.): Es handelt sich um eine Rückkehr zum alten "Statutenprinzip", das der Anknüpfung des internationalen Privatrechts an umfassendere "Rechtsverhältnisse" vorausging (H.J.Sonnenberger, Einl. Rn. 12 ff, in: *Münchener Kommentar*, 3.Auf. 10.Band, 1998). Gegen *eine* sachnormzweckbezogene Anknüpfung spricht, daß das UWG eine Interessentrias aus Mitbewerber-, Konsumenten- und Allgemeinwohlintereessen schützt. Damit verliert diese Zuweisung an Eindeutigkeit – soll es auf den Ort ankommen, an dem der Mitbewerber oder die Konsumenten oder die Orte, an denen die Allgemeinheit geschädigt wird.

(2) Das aus dem individualrechtlich geprägten Patent-, Muster-, Marken und Urheberrecht bekannte *Schutzlandprinzip*. Das UWG hat in den hier interessierenden Fällen nicht den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten zum Gegenstand und deshalb gibt es auch kein Schutzland.

(3) Das kartellrechtliche *Auswirkungsprinzip* (§ 98 GWB)(O.Sandrock, *Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht*, GRUR Int 1985, 507, 520 f). Gegen die Übernahme des Auswirkungsprinzips spricht, daß das UWG nicht (nur) Wettbewerbsverstöße – wie das Kartellrecht – sondern auch abstrakte Gefährungsdelikte zum Gegenstand hat. Damit sind die *Auswirkungen wie etwa in Fall I* ("Ölverschmutzte Ente") nicht feststellbar?

(4) Die Anknüpfung an das *Personalstatut der Mitbewerber* wurde mit der berühmten Nußbaumregel vom Reichsgericht zugrundegelegt(RGZ 140, 25, 29; 150, 265, 270). Dagegen spricht, daß Mitbewerber irrespektive ihrer Sitz- und Herkunftsländer auf *einem* Markt, der deshalb sachgerecht einheitliche Lenkungskriterien verlangt, konkurrieren.

(5) Eine Meinung verlangt eine Kombinationsbetrachtung. Der Ausgangspunkt ist das Schutzlandprinzip, der um die Ermittlung der materiellen ratio legis (statutistische Anknüpfung) des "Schutzgesetzes" ergänzt wird:

"Der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb richtet sich grundsätzlich nach dem Recht desjenigen Landes, für dessen Territorium der Verletzte den Schutz gegen diesen Wettbewerb in Anspruch nimmt. *Inwieweit dieser Schutz über das Territorium des betreffenden Schutzlandes hinaus in Anspruch genommen werden kann, bestimmt sich nach dem materiellen Zweck derjenigen Norm, auf Grund derer der Anspruchsteller diesen außerterritorialen Schutz begehrt.*" (O.Sandrock, *Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht*, GRUR Int 1985, 507, 522 diskutiert als Beispiel den Verstoß gegen das Rabattgesetz. Siehe auch die Darstellung der Meinungen bei W.F.Weber, *Die kollisionsrechtliche Behandlung von Wettbewerbsverletzungen und Auslandsbezug*, 1982, S. 23-60; Ch.Regelmann, *Die internationalprivatrechtliche Anknüpfung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb*, 1987, S. 46 – 71 und A.K.Schnyder, *Wirtschaftskollisionsrecht*, 1990, S.397- 437).

505 Die Literatur hat die Erkenntnis, daß keiner dieser Ansätze allein, aber an allen etwas Richtiges ist, durch die Bildung von Fallgruppen sophistiziert: Siehe etwa B.V.Hoffmann/

grundsätzlich-territoriale Anknüpfung an den „Werbeort“ für das Wettbewerbsrecht getroffen. Nur ausnahmsweise ist das Personalstatut der Wettbewerber Anknüpfungspunkt. Bedeutung haben die oben geschilderten „Prinzipien“ für die Kritik und die Ausnahmen zu dieser Rechtsprechung, die im folgenden dargestellt werden soll.

aa) Begehungsort- versus Personalstatut

Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung ist *das Deliktsstatut*⁵⁰⁶ mit der Vorbehaltsklausel des Art. 38 EGBGB. Soweit nicht die Voraussetzungen der Anwendung von Art. 29 EGBGB (Verbraucherverträge) vorliegen, handelte es sich beim „internationalen Wettbewerbsrecht“ zunächst um „internationales Deliktsrecht“.⁵⁰⁷ Das Deliktsrecht kennt nach der herrschenden Meinung das Recht des *Tatorts (Begehungsort)*⁵⁰⁸ als *Regelstatut*.⁵⁰⁹ Bei diesem Tatortstatut gilt grundsätzlich die *Ubiquitätsregel*, das heißt es stehen Handlungs- und Erfolgsort zur Wahl.⁵¹⁰ Dem Deliktsstatut folgend käme es also darauf an, *wo* die wettbewerbs-

H.Stoll, Art. 38 Rn. 520 ff, in: Internationales Privatrecht, Band I m.w.N. und W.F.Lindacher, Zum Internationales Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, WRP 1996, 645, 649 ff.

506 Zu dessen richterrechtlicher Entwicklung Hohloch, Das Deliktsstatut, 1984 und M.Rohe, Zu den Geltungsgründen des Deliktsrechts, 1994.

507 Eine Überblick bieten K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 231 ff; P.Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, 1994, S.171. Anders G.Schricker, Die Durchsetzbarkeit deutscher Werberegungen bei grenzüberschreitender Rundfunkwerbung, GRUR Int.1982, 720, 723 unter Hinweis auf den Schutz der Institution des Wettbewerbs, der Fortentwicklung des UWG vom privatnützigen Landesrecht (dagegen A.Baumbach/W.Hefermehl, UWG, 18.A., EinUWG Rn.183) und der Verwandtschaft mit dem Kartellrecht als Marktordnungsrecht, der für ein "Auswirkungsprinzip" plädiert.

508 Synonym verwandt wie J.Kropholler, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 1997, S. 474.

509 K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 12 ff in: Münchner Kommentar, 10.Band, 3.Aufl., 1998. m.w.N. Art. 29 EGBGB ist nicht analogiefähig, weil er nicht die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit kommunikationspolitischer Instrumente, sondern die Auswirkungen auf die Inhalte der Kontrahierungspolitik verändert. Auch wenn die Werbung Anknüpfungspunkt für die Geltung des Sitzrechts des "Verbrauchers" ist (Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Der BGH hat in der "Kauf im Ausland" (BGHZ 113, 11, 14 ff) Entscheidung eine Analogie zu Art. 29 EGV nicht erwogen; dazu P.Bernhard, Insel-Recht auf Gran Canaria, Zum internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1992, 366.

510 Danach ist als Deliktort jeder Ort anzusehen, an dem (auch nur) ein Teil des gesetzlichen Deliktstatbestandes verwirklicht worden ist; K.Kreuzer, a.a.O., Art. 38 Rn. 40. Anderer Ansicht anscheinend G.Kegel, Internationales Privatrecht, 1995, S. 541, der bei "Multistate-"Delikten das Recht *jedes Handlungsorts* anwenden will und des Erfolgsorts nur dann, soweit der Schaden aus Rechtsgutsverletzungen gerade dort entstanden ist. Eine Gesamtschadensliquidation nach einem Wettbewerbsstatut lehnt auch K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 248 in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998 ab. Diese Ansätze werden von W.Nixdorf, Presse ohne Grenzen: Probleme grenzüberschreitender Presseveröffentlichungen im europäischen Raum, GRUR 1996, 842, 844 als "Mosaikbeurteilung" bezeichnet. Der BGH Urt.v.19.12.1995 GRUR 1996, 923 f "Caroline von Monaco II" hat bei grenzüberschreitenden Presseveröffentlichungen als *Handlungsort den Erscheinungsort des Druckwerks und als Erfolgsort den Ort der Verbreitung* bezeichnet. Für die Zuständigkeit der Gerichte, soweit sie sich nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ (der auch für Wettbewerbsstreitigkeiten gilt (R.Müller-Feldhammer, Der Deliktgerichtsstand des Art. 5 Nr.3 EuGVÜ im internationalen Wettbewerbsrecht, EWS 1998, 162, 170) beurteilt, hat der EuGH (Urt.v.7.3.1995 Rs. C-68/93 Shevill u.a./Presse Alliance S.A.Slg. 1995, I-415 bei ehrverletzenden Presseartikeln für den Gesamtschaden die Niederlassung des Herausgebers (Tz. 24) und jeweils anteilmäßig die in den jeweiligen Ländern, in denen ein Schaden eingetreten ist, ansässigen

widrigen Handlungen begangen und/oder wo die Auswirkungen festgestellt werden.

Zumindest für den Fall, in dem die wettbewerbswidrige Handlung eines Deutschen zur Schädigung eines Deutschen führt, könnte als *lex specialis* das *gemeinsame* Personalstatut einschlägig sein. Es käme damit darauf an, *wer* die wettbewerbswidrige Handlung (*gegenüber wem*) begangen hat. Die Einschlägigkeit des *Personalstatuts* könnte⁵¹¹ – als Folge der deliktsrechtlichen Struktur des internationalen Wettbewerbsrechts – durch den Rekurs auf § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger⁵¹² (RanVO) begründet werden. Nach dieser Verordnung wird bei außervertraglichen Schadensersatzansprüchen wegen einer Handlung oder Unterlassung *eines Deutschen gegenüber einem Deutschen deutsches Recht* (gemeinsames Personalstatut) für anwendbar erklärt.⁵¹³ Bei einer Anknüpfung an das Personalstatut müßte demzufolge bei einem Wettbewerb zwischen Deutschen *auch im Ausland* deutsches Recht gelten. Die Anwendung des im Vergleich zu anderen Wettbewerbsrechten einschränkenderen UWGs für Deutsche im Ausland wäre *exportfeindlich*; umgekehrt würde eine Geltung ausländischen Wettbewerbsrechts für auf dem deutschen Markt *tätige ausländische Unternehmen*⁵¹⁴ die Marktgleichheit (*par conditio concurrentium*⁵¹⁵) stören.⁵¹⁶ Die Rechtsanwendungsverordnung wird deshalb im internationalen Wettbewerbsrecht nicht angewandt.

Das Recht des unlauteren Wettbewerbs nimmt auch aus einem weiteren Grund eine Sonderstellung gegenüber dem internationalen Deliktsrecht ein. Das Wettbewerbsrecht dient nicht nur dem Schutz *eines Mitbewerbers*, sondern auch dem Schutz der Verbraucher und der Allgemeinheit. Im internationalen Wettbewerbsrecht geht es

Gerichte für zuständig erkannt (Tz. 29). Das materielle Kollisionsrecht hat er nur insoweit beeinflussen wollen (Tz. 41), als die Zuständigkeiten nach dem EuGVÜ dadurch berührt werden. Siehe G.Wagner, Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht, RabelsZ 62(1998), 244 ff.

511 Offengelassen in BGHZ 40, 391, 398 "Stahlexport"; das Schrifttum nimmt zur Anwendung der RanVO entweder nicht oder ablehnend Stellung (Nachweise bei K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 250 f in: Münchner Kommentar, 10.Band, 3.Aufl., 1998, der eine Anwendung bei nicht marktorientierten Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht annimmt; W.P.Lindacher, Zum internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, WRP 1996, 645, 648).

512 außerhalb des Reichsgebietes vom 7.12.1942, RGBl. I 706.

513 OLG München Ur.v.16.4.1992 "PC PROFESSIONELL" GRUR 1992, 634; zurückhaltend BGHZ 40, 391, 398 "Stahlexport".

514 Siehe auch die sog. Nußbaumregel des Reichsgerichts (RGZ 140, 25, 29; 150, 265, 270), die auch beim von der Verordnung nicht erfaßten Bereich des Ausländerwettbewerbs eine Anknüpfung an das *Personalstatut* verlangte.

515 E.Ulmer, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1932, S. 22 ff.

516 Vergleiche aber die zum Teil feststellbare Integration ausländischer Verkehrsanschauungen im Rahmen von § 1 UWG in BGH Ur.v.4.6.1987 GRUR 1988, 453, 456 "Der Champagner unter der Mineralwässern."

„typischerweise nicht darum, die nächstliegende Rechtsordnung zur Regelung des Schadensersatzes nach einer *individuellen Rechtsgutverletzung* zu bestimmen. *Die typische Frage ist vielmehr, welche Rechtsordnung berufen ist, um unter Berücksichtigung der Interessen aller Marktbeteiligten und der Allgemeinheit darüber zu entscheiden, ob eine Wettbewerbsmaßnahme zu untersagen ist.*“⁵¹⁷

Eine Folge dieser Markt Betrachtungen, insbesondere der Marktgleichheitsbetrachtungen, ist das vorrangige Abstellen auf den *Behebungsort*.⁵¹⁸

Dieser grundsätzliche Verzicht auf die *Anknüpfung an das Personalstatut* der Beteiligten kennt nach einer BGH-Entscheidung („Stahlexport“) sowie nach Literaturmeinungen vor allem eine *Ausnahme*, nämlich wenn sich die Wettbewerbsbehandlung eines Inländers im Ausland gezielt gegen einen inländischen Mitbewerber richtet.⁵¹⁹ Die Begründungen für diese Ausnahme reichen von der Differenzierung zwischen „betriebsbezogenen“ und „marktorientierten“ Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht⁵²⁰ bis zur *entsprechenden* Anwendung der Rechtsanwendungsverordnung durch die BGH-Rechtsprechung.⁵²¹ Entscheidend ist letztendlich, inwieweit Verbraucher-⁵²² und Allgemeininteressen *neben den Konkurrenteninteressen* betroffen sind: In einem Fall, bei dem die Irreführung von englischen Verbraucher drohte, hat der BGH aus diesem Grund an den ausländischen *Behebungsort* (=Werbeort) – und nicht an den Sitz der inländischen Konkurrenten – angeknüpft.⁵²³ Festzuhalten ist, daß der Grundsatz ein „Territorialitätsprinzip“ (konkretisiert durch eine Interessenkollisionsregel) ist – und die Anknüpfung an das Personalstatut die Ausnahme bleibt.

517 So J.Kropholler, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 1997, S. 474.

518 BGHZE 40, 391, 395, 397 "Stahlexport" oder wenn der *"fragliche Wettbewerb auf dem Auslandsmarkt sich ausschließlich zwischen inländischen Unternehmen abspielt"*. Im Ergebnis so auch P.Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, 1994, S. 285 der eine Modifikation der lex loci Regel vorschlägt: "Stellt sich die unerlaubte Handlung nicht als Teilnahme am örtlichen Verkehr dar, ist das Recht der gemeinsamen Herkunft der Beteiligten maßgeblich." Die Sanktionierung der Verlagerung von Inlandssachverhalten ins Ausland ist im übrigen ratio des Art. 29 EGBGB.

519 M.Rohe, Zu den Geltungsgründen des Deliktsrechts, 1994, S. 249. Kritisch J.Kropholler, Internationales Privatrecht, 3.Aufl., 1997, S. 475 mit weiteren Angaben zum EGBGB-Entwurf von 1984.

520 Einen Überblick bieten B.V.Hoffmann/H.Stoll, Art. 38 Rn. 520 ff, in: Internationales Privatrecht, Band I m.w.N. Kritisch zu der Möglichkeit der Differenzierung, weil jenseits der Individualinteressen immer Interessen der Allgemeinheit betroffen seien, W.P.Lindacher, Zum internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, WRP 1996, 645.

521 BGHZE 40, 391, 395, 397 "Stahlexport".

522 Ganz anderer Meinung noch A.Toller, Unfair Competition (1980) Chapter 34 in: International Encyclopedia of Comparative Law, Band 3, S. 34-4 "However, the protection of customers is not the *immediate aim*, but the consequence of fair competition. *The relationship between the competitor and his customers must therefore be disregarded*, when it comes to selecting the law applicable."

523 BGH Urt.v.11.3.1982 "Domgarten-Brand" GRUR 1982, 495, 498. Siehe auch BGH Urt.v.26.11.1997 RIW 1998, 398 f für eine Werbung, die in Tschechien abgesandt wurde und für den französischen Markt bestimmt war. Die Unterscheidung, ob im Schwerpunkt auch ein ausländischer Mitbewerber geschützt werden soll, verlangt auch BGH Urt.v.27.3.1968 NJW 1968, 1572, 1575 Schmiergeld bei "Bierexport".

bb) Wettbewerbsrecht als Sonderdeliktsrecht: das Statut des Begehungsorts

Die Emanzipation des internationalen Wettbewerbsrechts vom Deliktsrecht führt zur Abkehr von der Ubiquitätsregel, nach der⁵²⁴ Handlungs- und Erfolgsort zur Wahl des Geschädigten stehen. Als *Begehungsort* wird bei wettbewerbsrechtlicher Betrachtung weder pauschal der Ort an dem die Handlung *vorgenommen wird*⁵²⁵, noch der Ort, an dem der *Erfolg eintritt (Auswirkungsprinzip)*,⁵²⁶ angesehen, sondern der Ort^{527 528}, an dem *wettbewerbliche Interessen (der Mitbewerber) aufeinandertreffen*.⁵²⁹

cc) Werbe- und/oder Absatzmarkt bei der „grenzüberschreitenden Werbung“

Die weitere Frage ist, ob als „Begehungsort“ auf den *Werbemarkt*,⁵³⁰ also den Markt, an dem Werbung auf ihre Adressaten einwirkt, oder den *Absatzmarkt*, also

524 Danach ist als Deliktort jeder Ort anzusehen, an dem (auch nur) ein Teil des gesetzlichen Deliktstatbestandes verwirklicht worden ist; K.Kreuzer, a.a.O., Art. 38 Rn. 40. G.Kegel, Internationales Privatrecht, 1995, S. 541, der bei "Multistate-"Delikten das Recht *jedes Handlungsorts* anwenden will und des Erfolgsorts nur dann, soweit der Schaden aus Rechtsgutsverletzungen gerade dort entstanden ist. Eine Gesamtschadensliquidation nach einem Wettbewerbsstatut lehnt auch K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 248 in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998 ab. Diese Ansätze werden von W.Nixdorf, Presse ohne Grenzen: Probleme grenzüberschreitender Presseveröffentlichungen im europäischen Raum, GRUR 1996, 842, 844 als "Mosaikbeurteilung" bezeichnet. Der BGH Urt.v.19.12.1995 GRUR 1996, 923 f "Caroline von Monaco II" hat bei grenzüberschreitenden Presseveröffentlichungen als *Handlungsort den Erscheinungsort des Druckwerks und als Erfolgsort den Ort der Verbreitung* bezeichnet. Für die Zuständigkeit der Gerichte, soweit sie sich nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ beurteilt, hat der EuGH (Urt.v.7.3.1995 Rs. C-68/93 Shevill u.a./Presse Alliance S.A.Slg. 1995, I-415 bei ehrverletzenden Presseartikeln für den Gesamtschaden die Niederlassung des Herausgebers (Tz. 24) und jeweils anteilmäßig die in den jeweiligen Ländern, in denen ein Schaden eingetreten ist, ansässigen Gerichte für zuständig erkannt (Tz. 29). Das materielle Kollisionsrecht hat er nur insoweit beeinflussen wollen (Tz. 41), als die Zuständigkeiten nach dem EuGVÜ dadurch berührt werden. Siehe G.Wagner, Ehreenschutz und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht, RabelsZ 62(1998), 244, 284, der das Mosaikprinzip ablehnt und für eine Berufung der jeweiligen, nach dem EuGVÜ zuständigen lex fori kommt.

525 Eine weitere Konsequenz des Markttortsprinzips ist, daß Vorbereitungshandlungen (wie das Verschicken von Werbematerial), die in anderen Ländern erfolgen, bei der Anknüpfung unberücksichtigt bleiben. P.Bernhard, Cassis de Dijon und Kollisionsrecht – am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs, EuZW 1992, 437, 440.

526 Wenn es auf den Erfolgsort ankäme, hätte der BGH in der "Kauf im Ausland" Entscheidung zusätzlich auf den Absatzmarkt abstellen müssen oder auf die Ubiquitätsregel rekurren müssen.

527 BGHZ 113, 11, 14 ff "Kauf im Ausland" ; OLG Düsseldorf, Urt.v. 19.10.1993, NJW 1994, 869 für die Werbung deutscher Rechtsanwälte für die Tätigkeit im Ausland; anders in der von G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 192 als "Ausreißer" qualifizierten Entscheidung BGH, GRUR 1987, 172,174 "Unternehmensberatungsgesellschaft I".

528 Siehe allerdings BGH Urt.v.9.10.1986 GRUR 1987, 172 "Unternehmensberatungsgesellschaft I" zur Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts auf eine Schweizer Unternehmensberatung, deren Handlungsort auch die Schweiz gewesen sein konnte(174).

529 Grundlegend BGHZ 35, 329, 334 ff "Kindersaugflaschen". Es handelt sich also um eine modifizierte Tatortregel, nach der der Deliktort dort liegt, wo wettbewerbsrechtliche Interessen aufeinanderstoßen. Überblick bei U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S.8-13.

530 P.Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EG, 1994, S.273 und Fn. 1186 erwägt für kommunikationspolitische Sachverhalte eine Anknüpfung nur an den Werbemarkt.

den Markt der Produkte, an dem die Erfolge oder Verluste eintreten, abzustellen ist. Die Antwort ist vor allem für eine Fallgestaltung von erheblicher Bedeutung, nämlich die *grenzüberschreitende Werbung*⁵³¹ (dazu siehe unter III 3). Werbung trifft bei dieser Konstellation auf den *Werbemarkt* im Ausland und kann den *Absatzmarkt* im Inland berühren.⁵³² Diese Fallgestaltung wird deshalb als ein Beleg für ein *Auseinanderfallen von Absatz- und Werbemarkt* zitiert,⁵³³ ohne daß allerdings die Determinanten für den „Werbe-, und den getrennten „Absatzmarkt“ im Einzelfall subsumiert werden.⁵³⁴ Vorstellbar ist, daß allein die Verbindung von Werbe- und Absatzmarkt eben auf einen einheitlichen Markt hindeutet. Die schwierige Handhabung der Marktabgrenzungskriterien mag ein Grund gewesen sein, weshalb der BGH in seiner „Kauf im Ausland“- Entscheidung den „Marktort, an dem ... Maßnahmen auf den Kunden einwirken sollen“

für maßgeblich gehalten hat,⁵³⁵ *ohne die Auswirkungen*⁵³⁶ *des Wettbewerbsverhaltens* auf anderen Märkten zu berücksichtigen.⁵³⁷ Die Problematik einer Prüfung

-
- 531 Die Werbung findet im Ausland statt und soll zum Kauf im Inland auffordern. Es handelt sich um die Fallgestaltung EuGH Urt.v.7.3.1990 Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois Slg. 1990, I-667. Zur Bedeutung des Gemeinschaftsrechts als Internationales Privatrecht in diesem Fall siehe E.Brödermann/ H.Iversen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1995, R. 409 ff.
- 532 P.Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, 1994, S.272 ff. Ein weiteres Beispiel ist der Tourismus, S. 267.
- 533 P.Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, 1994, S.267; R.Sack, Die Kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschem Recht, GRUR Int. 1988, 320, 323.
- 534 Weder wird eine Teilidentität erwogen, noch werden die Kriterien für einen *nicht absatzmarktakzessorischen* Werbemarkt – der allenfalls für Public-Relations oder Unternehmenswerbung zu vermuten wäre – dargestellt. Zweifeln hinsichtlich des Auseinanderfallens von Absatz- und Werbemarkt Th.Ch.Paefgen, Unlauterer Wettbewerb im Ausland, GRUR Int.1994, 99, 103 gegen R.Sack, a.a.O. und auch P.Bernhard, Insel-Recht auf Gran Canaria, Zum internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1992, 366, 369.
- 535 Zu einem Fall, der den Verkauf von "Oberbett und Kopfkissen" anlässlich einer Freizeitveranstaltung in Gran Canaria beinhaltete, wobei die Lieferung in Deutschland erfolgen sollte, (§ 2 Abs. 1 Nr.2 HaustürWG): BGHZ 113, 11, 15 "Kauf im Ausland": "Wenn es um die Beurteilung von Maßnahmen zur Gewinnung von Kunden geht, ist der Marktort, an dem diese Maßnahmen auf den Kunden einwirken sollen, auch dann der für die Bestimmung des anwendbaren Rechts maßgebliche Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision, wenn der spätere Absatz auf einem anderen Markt stattfinden soll." Wenn deshalb auf dem Auslandsmarkt primär Allgemeininteressen berührt sind – Verbraucherschutz – kommt dortiges Wettbewerbsrecht zur Anwendung: so BGH, Urt.v.11.3.1982 "Domgarten-Brand" GRUR 1982, 495, 498.
- 536 Im Kartellrecht bestimmt § 98 Abs.2 S.1 GWB: *Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken...* Zu den praktischen Anwendungsschwierigkeiten und dem völkerrechtlichen Grundsatz der Nichteinmischung Karl Matthias Meesen, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975, S. 198 ff, 261 ff und J.Basedow, Wirtschaftskollisionsrecht, RabelsZ 52 (1988),8, 32 ff. Zum Auswirkungsprinzip als sinnvoller Anknüpfung Rehbinder: in Immenga/Mestmäcker, Kartellrecht, 1992, § 98 Rn.19. Zu den Anstrengungen zu einem globalen Recht des unlauteren Wettbewerbs insbesondere unter Betonung des Kartellrechts siehe I.Schwartz/J.Basedow, Restrictions on Competition (1995) Chapter 35, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Band 3, S. 35-111 bis 35-113.

und Abgrenzung von Werbe- und Absatzmarkt wird durch das Zugrundelegen des *ersten Ortes*, auf dem wettbewerbsrechtlich geschützte Interessen kollidieren (Interessenkollisionsregel), ersetzt und umgangen. Für die vorliegende Arbeit ist das Verhältnis von Kommunikator und Rezipient (und nicht etwa das Verhältnis zu anderen Kommunikatoren = Mitbewerbern) von zentralem Interesse. Die Feststellung des Begehungsortes bei Werbung bestimmt sich nach dieser Rechtsprechung bei *konsumentenschädigenden* Werbungen nach dem Ort, bei dem der Rezipient/Konsument mit dem Anbieter zusammentrifft⁵³⁸ und der hier als „Werbeort“ bezeichnet werden soll. Zusammenfassend kann festgehalten werden: Wenn man das „Kauf im Ausland“ – Iudikat des BGH zugrundelegt,⁵³⁹ so gilt bei der *Werbung (von Deutschen) im Ausland ausländisches Werberecht*. Bei *Werbung (auch von Ausländern) in Deutschland*⁵⁴⁰ gilt *deutsches Werberecht*.⁵⁴¹ Diese Rechtsprechung hat – und das ist von der Literatur kritisiert worden – verbraucherfeindliche Wirkungen. Die Deutschen gehen nämlich, wenn sie von einem (deutschen) Unternehmen im Ausland beworben werden, ihres starken deutschen Verbraucherschutzes verloren.⁵⁴² Es existieren zwei Lösungsvorschläge:

- (1) *Wahl des Geschädigten bei gemeinschaftsrechtlich harmonisiertem Verbraucherschutz*. Diesem Ergebnis will eine Meinung dadurch begegnen, daß eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dazu „zwingt“, als Anknüpfungspunkte alle betroffenen Märkte – also sowohl den Werbe-, wie den Absatz- wie den Markt, auf dem „Vorbereitungshandlungen“ erfolgen – nach Wahl des Geschädigten zu eröffnen.⁵⁴³ Dieser Vorschlag erfolgt für die *Bekämpfung der irreführenden Werbung, die im Gemeinschaftsrecht sekundärrechtlich geregelt* ist.⁵⁴⁴ Wenn man davon ausgeht, daß – soweit eine se-

537 Das verlangt U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, 1994, S.11. Theoretisch entspricht dieses Abstellen auf den Werbemarkt dem Verbraucherschutz. Praktisch führt es dazu, daß eine Begehung im Ausland bejaht wird und damit die Geltung ausländischen Rechts bejaht wird. Wenn dort das angegriffene Verhalten nicht wettbewerbswidrig ist, kann dies zur Schlechterstellung der Verbraucher im Vergleich zu deutschem Wettbewerbsrecht führen.

538 G.Schricker, Großkommentar, Einl F 203.; P.Bernhard, Insel-Recht auf Gran Canaria, Zum internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1992, 366, 370.

539 P.Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EG, 1994, S.267.

540 BGH Urt.v.3.12.1971 "Besichtigungsreisen" GRUR 1972, 367 f bejaht unproblematisch den Anwendungsbereich des UWG für Werbung, die in Deutschland stattfindet, aber auf den Absatz von Ferienwohnungen im Ausland zielt.

541 So auch U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S.12.

542 N.Reich, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, RabelsZ 56 (1992), 444, 507- 517.

543 N.Reich, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, RabelsZ 56 (1992), 444, 517; dagegen R.Sack, Grenzüberschreitende Zugabe- und Rabattwerbung, IPRax 1991, 386, 388; weniger überzeugend U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S. 218 ff, der den sekundärrechtlichen Hintergrund der Meinung Reichs verkennt.

544 Praktisch wird das bei Umsetzungsdefiziten oder bei unterschiedlicher Effizienz der Sanktionsverfahren.

kundärrechtliche Harmonisierung erfolgt ist – dem Verbraucherschutz grundsätzlich gleichmäßig in den Mitgliedstaaten Rechnung getragen wird, dann überzeugt diese „Wahlbefugnis“ des Geschädigten nicht.

- (2) **Allgemeine Berichtigungsklausel.** Grundsätzlich verlangen andere Meinungen eine „Allgemeine Berichtigungsklausel“ zur Regelanknüpfung an den „Werbeort“. In den „Gran Canaria – Fällen“, in denen die Käufer im Ausland **nur beworben werden**, der Kaufvertrag auf deutsch gefaßt, und in Deutschland durch Lieferung des Produkts und Gewährung der Garantie erfüllt werden soll, soll deutsches Werberecht gelten.⁵⁴⁵ Die Begründung für diese Ausnahme ist, daß es sich um Wettbewerbsverstöße handelt, die nicht **gegen den Markt** „Gran Canaria“ gerichtet seien. Die Werbung für die nach Deutschland verkauften Betten erfolge nicht in Konkurrenz zu einheimischen Anbietern und nicht gegenüber einheimischen Käufern – **obwohl das im Einzelfall als negative Tatsache schwer festzustellen sein wird.**

Es kann an dieser Stelle festgehalten werden, daß eine Einigkeit über das Recht, das bei einem Auseinanderfallen von Absatz- und Werbemarkt jedenfalls in den Fällen, in denen der Werbeort nur leicht (keine Konkurrenz zu ausländischen Anbietern; keine Werbung gegenüber Ausländern) und der Absatzmarkt vergleichsweise erheblich betroffen ist, nicht besteht. Der Meinungsstreit kann im Rahmen dieser Arbeit nicht entschieden werden. Festgehalten werden kann, daß die Wahlanknüpfung den Geschädigten privilegiert und den Werbenden belastet: er muß mit einer Mehrzahl einschlägiger Werberechte rechnen. Der BGH hat sich trotz der Gewichtungprobleme der unterschiedlich intensiven Berührung von Werbe- und Absatzmarkt für **eine** Anknüpfung entschieden, und zwar – aus der Sicht der Werbung – die erste durch Werbung vermittelte Interessenkollision. Diese eindeutige Anknüpfung entspricht dem Interesse des Werbenden an Vorhersehbarkeit; sie versagt indessen, wenn der Sachverhalt eine Mehrzahl von Werbeorten kennt.

- dd) Werbemarkt oder -märkte bei der multi-state-Werbung: die Unterscheidung von werbeträgerakzessorischer und nicht werbeträgerakzessorischer Werbung
Für „multi-state“⁵⁴⁶ Werbung wäre **jeder** nationale Markt nach dem dort geltenden Marktrecht zu beurteilen, denn auf jedem Markt können die Interessen der Werbenden wie Rezipienten aufeinandertreffen und unterschiedlich bewertet wer-

545 K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 253 in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998 m.w.N. Von Art. 29 EGBGB werden diese Fälle nicht erfaßt, weil der Verkäufer die Kunden nicht in das Ausland gebracht hat (Art. 29 Abs. 1 num. 3 EGBGB). Gegen den Vorwurf, die Verbraucher gingen ihres Schutzes verloren, könnte man einwenden, daß der einzelne Verbraucher selbst nach dem UWG (vgl. § 13 Abs. 2 UWG) keine Rechte geltend machen kann, so daß er auch keiner Rechte verloren geht. Nach der Systematik des Gesetzes machen etwa die Mitbewerber (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG) geltend, daß die Werbung irreführend sei (BGH Urt.v.11.3.1982 "Domgarten-Brand" GRUR 1982, 495).

546 Zum Begriff siehe unter III 3 d aa). Im internationalen Privatrecht auch als "Streudelikte" bezeichnet M.Kort, Zur "multistate"-Problematik grenzüberschreitender Fernsehwerbung, GRUR Int. 1994, 594 m.w.N.

den.⁵⁴⁷ Aus der Perspektive des Werbenden muß damit mit der Geltung des strengsten Werberecht gerechnet werden;⁵⁴⁸ für den „Verletzten“ besteht grundsätzlich ein Wahlrecht, wo er mit welchem Recht seine Ansprüche durchsetzen will. Die Vielzahl und Unübersichtlichkeit berufener Rechtsordnungen verlangt nach Literaturmeinungen⁵⁴⁹ nach Einschränkungskriterien, denen die berufenen Rechtsordnungen genügen müssen. Das Risiko, das *der Werbende* auf sich nehmen, sei nicht mehr kalkulierbar. Diskutiert werden diese Selektionskriterien für „berufene Rechtsordnungen“ *vor allem bei Werbeträgern, deren Reichweite zunehmend global wird.*

Hier ist deshalb eine grundsätzliche Unterscheidung zu treffen: und zwar zwischen Werbung, die auf Werbeträgern verbreitet wird, die eine Steuerung der Streuung grundsätzlich erlauben (nicht-werbeträgerakzessorische Werbung) und Werbeträgern, bei denen das technisch und/oder ökonomisch unmöglich ist (werbeträgerakzessorische Werbung). Ein Beispiel für die „*nicht-werbeträgerakzessorische Werbung*“ ist die Zeitungswerbung. Die Verbreitung einer Zeitung verlangt immer noch die Verteilung über Verkaufsstellen und eine Kaufentscheidung des Rezipienten. Dementsprechend ist es auch möglich, den Vertrieb einer Zeitung *auf einem Werbemarkt* zu untersagen oder die entsprechenden Anzeigen auf einem Markt zu „schwärzen“.⁵⁵⁰ Ein Beispiel für *werbeträgerakzessorische Werbung* sind Internet-Werbung⁵⁵¹ und Werbespots in einem Programm, das über Satellit in vielen Ländern eines Kontinents ausgestrahlt wird. Die Nicht-Bestrahlung eines Landes inmitten Europas (Deutschland) ist technisch⁵⁵² nicht möglich; die „Schwärzung“ scheidet deswegen ebenfalls aus und grundsätzlich gilt deshalb das „pars pro toto“-Prinzip: Die Unzulässigkeit eines Werbespots nach *einem*

547 O.Sandrock, Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht, GRUR Int 1985, 507, 522. R.Sack, Die kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschem Recht, GRUR Int. 1988, 320, 328. G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 185, 189. So auch K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 248 in: Münchner Kommentar, 10.Band, 3.Aufl., 1998.

548 Dieser Grundsatz kennt schutzzweckorientierte Modifikationen, so wenn es um den Schutz der Bezeichnung von Firmenangaben und anderen Unterscheidungszeichen geht, G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 7, 198.

549 So auch W.Nixdorf, Presse ohne Grenzen: Probleme grenzüberschreitender Presseveröffentlichungen im europäischen Raum, GRUR 1996, 842, 844 m.w.N.; Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), GRUR Int. 1985, 104, 107 ff. Die European Advertising Standards Alliance (EASA), in der sich nationale Einrichtungen der Werbeselbstdisziplin vereinigt haben, geht vom Ursprungsland des Werbeträgers aus; Ch.Beckmann, Werbung mit Auslandsberührung, WRP 1993, 651, 657.

550 EuGH Urt.v.26.6.1997 Rs. C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und -vertriebs GmbH/H.Bauer Verlag EuZW 1997, 470 ff.

551 N.Dethloff, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, NJW 1998, 1596, 1600 f.

552 M.R.Köhler, Rechtsfragen des inländischen und grenzüberschreitenden Rundfunkwerberechts, 1992, S. 213- 217, 200 f allgemein zu Übertragungstechniken.

Wettbewerbsrecht verlangt das Unterlassen der Ausstrahlung im ganzen Sendegebiet. Die Anwendung *eines* Werbeverbotsrechts – wie auch immer sie kollisionsrechtlich begründet wird – führt aus technischen Gründen zur rechtlichen Unmöglichkeit der Verbreitung der Werbung auf Märkten, zu denen sich das berufene Werberecht überhaupt nicht äußern wollte, auf die es sich aber auswirkt.⁵⁵³

ee) Werbeträgerspezifische Ergänzungen zum Werbeortsprinzip – die Spürbarkeit?

Unklar und in der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist, welche Begrenzungskriterien⁵⁵⁴ für die Zahl der berufenen Rechtsordnungen praktikabel sind. Grundsätzlich wird von mehreren Ansichten eine Analogie zum kartellrechtlichen *Auswirkungsprinzip vorgeschlagen*⁵⁵⁵ mit der Konkretisierung einer „kollisionsrechtlichen Spürbarkeitsgrenze“.⁵⁵⁶ Diese Spürbarkeitskriterien werden im einzelnen unterschiedlich angegeben, dogmatisch führen sie nicht dazu, daß es an *einem* „Werbeort“ fehlt, sondern es soll Klagen gegen solche Auswirkungen – de minimis – das Rechtsschutzbedürfnis fehlen⁵⁵⁷. Wenn werbeträgerakzessorisch ein beabsichtigter⁵⁵⁸ oder unbeabsichtigter over-spill⁵⁵⁹ erfolgt, sollen Wettbewerbsverstöße, die auf den Markt der Bundesrepublik Deutschland treffen, nicht dem Anwendungsbereich des UWG unterliegen, wenn

- nur wenige Personen involviert sind,

553 M.R.Köhler, Rechtsfragen des inländischen und grenzüberschreitenden Rundfunkwerberechts, 1992, S. 246 -254 m.w.N.

554 M.R.Köhler, Rechtsfragen des inländischen und grenzüberschreitenden Rundfunkwerberechts, 1992, 251 ff zu prozessualen Lösungen (Fehlen des Rechtsanwendungsinteresses).

555 M.Kort, Zur "multistate"-Problematik grenzüberschreitender Fernsehwerbung, GRUR Int. 1994, 594, 598 ff, 600 zur Gesamtliquidation des globalen Schadens innerhalb einer Rechtsordnung. G.Schricker, Die Durchsetzbarkeit deutscher Werberegulungen bei grenzüberschreitender Rundfunkwerbung, GRUR Int.1982, 720, 724. R.Sack, Die Kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschem Recht, GRUR Int. 1988, 320, 329.

556 G.Schricker, Die Durchsetzbarkeit deutscher Werberegulungen bei grenzüberschreitender Rundfunkwerbung, GRUR Int.1982, 720, 724. Dann ist aber auch die Frage zu beantworten, wie die Anknüpfung bei nicht markt-vermittelten Verstößen erfolgen muß P.Bernhard, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG, 1994, 274 f. Zur Spürbarkeit Rohe, a.a.O., S. 251 f.

557 R.Sack, Die Kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschem Recht, GRUR Int. 1988, 320, 329.

558 BGH GRUR 1971, 153 f "Tampax" zum beabsichtigten Over-Spill bei Zeitschriften, wenn *nicht nur Einzelstücke in die BRD gelangen*, sondern ein "erheblicher Umfang" prognostizierbar ist.

559 Lokalisiert man den Tatort "auf dem Markt, auf dem die Wettbewerbsmaßnahme auf Abnehmer oder Lieferanten einwirken soll" (K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 241in: Münchner Kommentar, 2.Aufl. 7.Band, 1990), so fällt ein "unbeabsichtigter over-spill" eigentlich ohnehin aus dem Bereich des internationalen Wettbewerbsrechts. Spürbarkeit ist dann nur noch bei beabsichtigtem over-spill erforderlich. Praktisch ist beides schwer voneinander abzugrenzen. Siehe dazu auch M.Kort, Zur "multistate"-Problematik grenzüberschreitender Fernsehwerbung, GRUR Int. 1994, 594, 597, der darauf hinweist, daß das Satellitenfernsehen den "overspill" obsolet macht, weil Überschreitungen des Sendegebiets bei globalem Fernsehen nicht mehr existieren.

- Werbung sprachlich nicht verständlich ist⁵⁶⁰ und
- für in der Bundesrepublik nicht erhältliche Produkte geworben wird und kein Substitutionsdruck ausgeübt wird.⁵⁶¹

Ein anderer Vorschlag stellt auf eine vermutete, potentiellen Mindest-Erhöhung des Absatzmarktanteils des beworbenen Produkts um 3 % ab, die dazu führe, daß die Rechtsordnungen nur dieser „Begehungsorte“ berufen werden (und der Geschädigte unter ihnen die Wahl hat). Diese Vorschläge verdeutlichen, daß es auf den Einzelfall ankommt und die Rechtsprechung noch keine grundsätzlichen Strukturen entwickelt hat. Deshalb kann an dieser Stelle nur festgehalten werden, daß das Problem von multi-state-Werbung im (deutschen) internationalen Privatrecht nicht gelöst ist. Es bedarf der fallweisen Entwicklung von Begrenzungskriterien durch die Rechtsprechung. **Die bisher diskutierten Kriterien führen vorhersehbar zu einem sehr weiten Anwendungsbereich des deutschen UWG, wenn Werbung auf den deutschen Markt trifft.** Fraglich ist, ob das mit Vorrang ausgestattete **Gemeinschaftsrecht** diesen weiten Anwendungsbereich des UWG, das in dem Verdacht steht, besonders strikt zu sein, akzeptiert. Die Beantwortung dieser Frage hängt **etwa für den Werbeträger Fernsehen**⁵⁶² davon ab, ob das **gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht** mit seiner Festlegung des „Sendestaatsprinzips“ einer Anknüpfung an den „Werbeort“ entgegensteht.

b) *Einfluß des sekundären Gemeinschaftsrechts auf das (deutsche) internationale Wettbewerbsrecht*

aa) Gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht als Kollisionsrecht: Werbeortsprinzip versus Sendestaatsprinzip beim Fernsehen

Die Zugrundelegung des **Werbeorts** als Konkretisierung des wettbewerbsrechtlichen Tatortstatuts könnte dem gemeinschaftsrechtlichen Sendestaatsprinzip beim Fernsehen widersprechen. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit das **gemein-**

560 Wobei die Werbung mit musikalischen Jingles (Werbemelodien) oder suggestiven Inhalten – etwa die Marlboro-Werbung – ohne besondere (fremd-)sprachliche Kenntnisse interpretierbar ist.

561 G.Schricker, Die Durchsetzbarkeit deutscher Werberegungen bei grenzüberschreitender Rundfunkwerbung, GRUR Int.1982, 720, 724. Abwägungskriterien könnten auch die subjektive Komponente (Absichtlicher over-spill) und die tatsächlichen Möglichkeiten zur Verhinderung des over-spill sein R.Sack, Die Kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschem Recht, GRUR Int. 1988, 320, 329.

562 Bei dem die multi-state-Werbung mit der Problematik der Unübersichtlichkeit der Rechtsordnungen sehr nahe liegt. Die Richtlinien über irreführende und vergleichende Werbung (Richtlinie 84/450/EWG v. 10.9.1984, ABl. Nr. L 250/20; Richtlinie 97/55/EG v. 6.10.1997 ABl. Nr. L 290/18) enthalten keine Bestimmungen, die als Kollisionsrecht interpretierbar sind; so auch M.Kort, Zur "multistate"-Problematik grenzüberschreitender Fernsehwerbung, GRUR Int. 1994, 594, 602. Die Richtlinie 937837EWG des Rates v.27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheberrechtlicher- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelerweiterung ABl. Nr. L 248/15 Erwägungsgrund (7) nennt die Rechtsunsicherheit beim Satellitenrundfunk. Die geschützten Urheberrechte werden durch die Werbung grundsätzlich nicht verletzt, so daß insoweit eine primärrechtliche, wettbewerbsrechtliche Kollisionsnorm nicht vorliegt.

*schaftsrechtliche Sekundärrecht*⁵⁶³ gegenüber dem deutschen internationalen Wettbewerbsrecht vorrangiges Kollisionsrecht ist.

(1) *Rechtsgrundlagen des Sendestaatsprinzips.* Für das Fernsehen in Europa gilt das Fernsehübereinkommen des Europarates (FsÜ) wie die gemeinschaftsrechtliche Fernsehrichtlinie⁵⁶⁴ (FsRl), die beide das *Sendestaatsprinzip* beinhalten. Grundsätzlich genießt die Fernsehrichtlinie Vorrang vor dem Fernsehübereinkommen.⁵⁶⁵

(2) *Sendestaatsprinzip und Werbeortsprinzip.* Das Sendestaatsprinzip der Fernsehrichtlinie (Art. 2 Abs. 1 FsRl) könnte das Werbeortsstatut abgeändert haben. Das Sendestaatsprinzip bestimmt, daß die Mitgliedstaaten *mit geeigneten Mitteln im Rahmen ihrer Rechtsvorschriften*⁵⁶⁶ dafür sorgen, daß die jeweils ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter die Bestimmungen dieser Richtlinie einhalten“ (Art.3 Abs.2 FsRl). Damit wird das Sendestaats- = Herkunftslandsprinzip (siehe oben unter III 4 b) sekundärrechtlich verankert. Fraglich bleibt die Reichweite des (sekundären) Gemeinschaftsrechts in das internationale Wettbewerbsrecht. Unter Bezugnahme auf die der Richtlinie vorangestellte Begründungserwägungen,

„Diese Richtlinie, die sich auf spezifisch für das Fernsehen geltende Regelungen beschränkt, läßt bestehende oder künftige Rechtsangleichungsmaßnahmen *der*

563 Siehe auch K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 227a in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998 m.w.N. Allgemein zu kollisionsrechtlichen Bestimmungen bei Richtlinien über "Time-Sharing" oder "Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz" mit der Kritik der Zersplitterung des gemeinschaftsrechtlichen wie des Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten E.Jayme/Ch.Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 1996 – Anpassung und Transformation der nationalen Rechte, IPRax 1996, 377, 380 ff. Zur Kompetenz für das Kollisionsrecht siehe Art. K num.6 EUV, K.3 Abs. 2 lit. c EUV. Nach dem Vertrag von Amsterdam wird das Kollisionsrecht auf Art. 65 UA b) EGV ("Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten") beruhen. Siehe dazu J.Basedow, Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, EuZW 1997, 609 und E.Jayme/Ch.Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 1997 – Vergemeinschaftung durch "Säulenwechsel"?, IPRax 1997, 385, 388.

564 Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität ABl. Nr. L 202/60 Art. 2 Abs. 1 : "Jeder Mitgliedstaat sorgt dafür, daß alle Fernsehsendungen, die von seiner Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter gesendet werden, den Vorschriften des Rechtssystems entsprechen, die auf für die Allgemeinheit bestimmte Sendungen *in diesem Mitgliedstaat* anwendbar sind."

565 Übereinkommen und Richtlinie unterscheiden sich in ihrem sachlichem Anwendungsbereich. Die Fernsehrichtlinie bezieht sich auf Fernsehen in der Gemeinschaft, während das Fernsehübereinkommen sich auf grenzüberschreitendes Fernsehen beschränkt. Die Fernsehrichtlinie genießt für die Mitgliedstaaten Vorrang vor dem Fernsehübereinkommen, soweit die Fernsehrichtlinie – wie bei der Werbung und beim Sponsoring – Regelungen trifft (Art. 27 Abs. 1 FsÜ).

Nach dem Erläuternden Bericht zum Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen, (Europarats-Dokument DH-MM ((9)2 v. 28.4.1989) Abs.87, 162 sollen die Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb unberührt bleiben. Das Sendestaatsprinzip des Übereinkommens verändert damit nicht den Werbeort als Anknüpfung des internationalen Wettbewerbsrechts.

566 Die FsRl kennt – im Gegensatz zum Fernsehübereinkommen – kein spezielles Aussetzungsrecht der Verbreitung von Sendungen wegen ihres unzulässigen Werbeinhalts (Art. 2 Abs.2 S.2 i.V.m. Art.22 FsRl vgl. dagegen Art. 24 Abs.2 i.V.m.Art. 12,13,14 15 FsÜ). H.Höfling/B.Möwes/M.Pechstein, Europäisches Medienrecht, 1991, D Art.24. S.74 f.

Gemeinschaft unberührt⁵⁶⁷, mit denen insbesondere zwingenden Erfordernissen zum Schutz der Verbraucher, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Wettbewerbs entsprochen werden soll.“⁵⁶⁸

wurde vertreten, daß die Richtlinie *für die Sachverhalte, die sie regelt*, eine zusätzliche, *parallele zivil- und wettbewerbsrechtliche Kontrolle im Empfangsstaat verbiete*.⁵⁶⁹ Für das Werberecht hätte diese Auffassung zur Folge, daß Verstöße gegen das Verbot der Schleichwerbung (Art.10 Abs.4 FsRI), der subliminalen Werbung (Art.10 Abs.3) und etwa die Verbote von Werbung, die die Menschenwürde verletzt, die diskriminierend ist, die religiöse oder politische Überzeugungen verletzt oder Verhaltensweisen fördert, die die Gesundheit und Sicherheit gefährden (Art. 12 a-d, 22 FsRI) *nur der Sendestaatskontrolle unterfallen. Vergleichsweise geringfügige Beanstandungen* wie Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht wie in Fall I (wenn man sich einen Werbespot mit der „Ölverschmutzten Ente“ vorstellt, bei dem ein Verstoß nach § 1 UWG zu bejahen wäre) würden dann, weil sie nicht von den Werbevorschriften der Fernsehrichtlinie erfaßt sind, *dem Regime der multi-state-Werbung folgen und in allen Empfangsstaaten* (Werbeorten) einer *Kontrolle* unterliegen. Der Verstoß gegen das Werberecht der Fernsehrichtlinie würde so *zunächst* faktisch privilegiert, weil *nur* die Sanktionsorgane des Sendestaats tätig werden.⁵⁷⁰ Es wäre dann eine Frage der Prüfung anhand des grundfreiheitlichen *Primärrechts* (Art. 30 und Art. 59 EGV), inwieweit das internationale Wettbewerbsrecht, soweit es außerhalb des Anwendungsbereichs der Fernsehrichtlinie zur Anwendung eines strengeren Werberechts führt, gemeinschaftsrechtswidrig ist (Dazu siehe unter c).

Nach der EuGH-Entscheidung „De Agostini“ muß diese Auffassung modifiziert werden. Der EuGH hat für schwedisches Verbraucher- und Jugendschutzrecht erklärt, daß die Fernsehrichtlinie der

„Anwendung einer nationalen Regelung grundsätzlich nicht entgegen(steht), die *allgemein dem Verbraucherschutz* dient, dabei aber keine zweite Kontrolle der Fernsehsendungen zusätzlich zu den von den Sendestaaten durchzuführenden Kontrollen bestimmt.“⁵⁷¹

Allgemeines Wettbewerbsrecht (*des Empfangsstaates*) ist damit durch das Sekundärrecht nicht ausgeschlossen. Internationales Wettbewerbsrecht kann damit, soweit es Voraussetzung für die Berufung des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist,

567 Zur irreführenden und vergleichenden Werbung siehe Richtlinie 84/450/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung v. 10.9.1984, ABl. 1984, Nr. L 250/20 und zur vergleichenden Werbung Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997 ABl Nr. L 290/18. Soweit müßte also eine konkurrierende Kontrolle nach den Verfahren des Werbeträgerrechts wie auch des Wettbewerbsrecht zulässig sein.

568 Richtlinie des Rates v.3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (89/552/EWG) ABl Nr. L298/23 f.

569 G.Schricker, Großkommentar, Einl. F. 372- 375 .

570 Nur die Wettbewerber im *Sendestaat* sowie die zuständigen Behörden würden auf Verstöße gegen das Fernseh-Wettbewerbsrecht achten und nicht auch die Wettbewerber und Behörden in den Empfangsstaaten (die sich zwar an die Behörden im Sendestaat wenden können, was aber sicher schwieriger ist, als die Geltendmachung im eigenen Staat). Zu den unterschiedlichen Verfahren der Beanstandung von Werbung in den Mitgliedsländern N.Reich, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, RabelsZ 56 (1992), 444, 455 ff.

571 EuGH Urt.v.9.7.1997 verb. Rs. C- 34-36/95 Konsumentenombudsmannen/De Agostini (Svenska) Förlag AB u.a. EuZW 1997, 654, Tz. 34, 59.

durch das Sendestaatsprinzip ebenfalls nicht ausgeschlossen sein. Lediglich bei mitgliedstaatlichen Beschränkungen, die sich in von der Richtlinie erfaßten Bereichen (hier: Jugendschutz) *speziell* der Fernsehwerbung widmen, sind durch den Vorrang des sekundären Gemeinschaftsrechts – Sendestaatsprinzip – betroffen.⁵⁷² Der Entscheidung des EuGH ist auch deshalb beizupflichten, weil sie dem unvollkommenen Sanktionsmodus der Fernsehrichtlinie bei *richtlinien- und wettbewerbswidriger Werbung* Rechnung trägt: Ein *Aussetzungsrecht* der Verbreitung besteht bei unzulässiger Werbung gerade nicht. Insoweit kann der Sanktionsmodus des allgemeinen Lauterkeitsrechts ergänzend eingreifen. Mit dieser EuGH-Rechtsprechung bleibt die Fernsehwerbung Bestandteil der mitgliedstaatlichen (internationalen) Lauterkeitsrechte (der Empfangsstaaten) und wird nicht werbeträgerspezifisch behandelt. Nur speziell gegen die Fernsehwerbung gerichtete (Wettbewerbsrechte, die rechtsgutsorientiert identisch sind, sind vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts betroffen. *Das allgemeine (internationale) Wettbewerbsrecht ist dann in einem weiteren Schritt Gegenstand einer primärrechtlichen Prüfung* (Dazu siehe unter c). Festzuhalten ist, daß das Begehungs-/Markt-/Werbeortprinzip durch die Fernsehrichtlinie im Verhältnis zu *allgemeinem, nicht werbeträgerspezifischen Werberecht* (wie § 1 UWG etwa im Fall I eines Werbespots mit ölverschmutzten Enten) *nicht* ersetzt wird.⁵⁷³

bb) Anwendung des deutschen UWG bei Werbung im Ausland, wenn die Werbung für Produkte mit dem Absatzort Deutschland erfolgt und die Wettbewerbsverstöße Gegenstand gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung sind

N.Reich⁵⁷⁴ will aus Art. 5 EGV, dem „effet utile“ und dem (sekundärrechtlichen) Herkunftslandsprinzip⁵⁷⁵ eine „Quell-Verantwortung“ des Verursacherstaates für die Rechtmäßigkeit einer Werbemaßnahme in der Gemeinschaft folgern. *Im Bereich des harmonisierten Gemeinschaftsrechts* – also vor allem bei irreführender und vergleichender Werbung⁵⁷⁶ – könne der deutsche Staat sich nicht auf seine territorial beschränkten Kompetenzen berufen. Grundsätzlich müsse er – in Parallele zum gemeinschaftsrechtlichen Umweltrecht, das den Export gemeinschaftsrechtlich unzulässiger Emissionen aus einem Mitgliedstaat in einen anderen verbiete – verhindern, daß in Deutschland unzulässige Werbung „erstellt“ werde, die im Ausland verbreitet werde (lex causae). *Die Anknüpfung an den Werbeort, wie sie das deutsche internationale Wettbewerbsrecht träge, sei des-*

572 So Tz. 59.

573 Zum Sendestaat: Siehe auch die Behandlung eines luxemburgischen Kabeleinspeisers als "niederländisch", weil der luxemburgische Einspeiser sich in Entzugsabsicht dort angesiedelt hatte, im wesentlichen aber die Niederlande bediente (EuGH Urt.v.5.10.1994 Rs. C-23/93 TV 10 SA/Commissariaat voor de Media GRUR Int. 1995, 147).

574 N.Reich, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, RabelsZ 56 (1992), 444, 509 f.

575 Siehe auch P.v.Willmowsky, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 62 (1988), 1, 11 zur Nichtexistenz eines primärrechtlichen Herkunftslandsprinzips.

576 S. 513 Tz. 55; zur Werbung für Arzneimittel macht er keine Ausführungen.

halb nur noch im Bereich des nicht harmonisierten Gemeinschaftsrechts einschlägig.

Gegen diese Ansicht spricht, daß das gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht diese Bestimmungen einer grenzüberschreitenden Einschlägigkeit des deutschen Wettbewerbsrechts selbst anordnen kann, wenn es das für erforderlich hält. Ohne eine solche Festlegung führt eine solche, gemeinschaftsrechtlich-fundierte Erstreckungsinterpretation⁵⁷⁷ zur Entstehung von Kollisionen und nicht zu ihrer Lösung. Das beginnt schon damit, daß N. Reich selbst das deliktsrechtliche „Ubiquitätsprinzip“ wiederauferweckt, wenn er alternativ das Recht des Verletzungsorts wie des Verursachungsorts gelten lassen will.⁵⁷⁸

c) *Einfluß des primären Gemeinschaftsrechts auf das (deutsche) internationale Wettbewerbsrecht*

Das deutsche internationale Wettbewerbsrecht ist in seinem Anwendungsanspruch zugleich dominierend und nachgebend. Es ist dominierend, soweit Werbung in Deutschland erfolgt, weil der *Werbeort* maßgeblicher Anknüpfungspunkt auch bei der Werbung ausländischer Unternehmen für Leistungen, die im Ausland erbracht werden, ist. Es ist nachgebend, weil es – aus deutscher Sicht – die Werbung deutscher Unternehmen im Ausland grundsätzlich dem ausländischen Marktrecht unterwirft.⁵⁷⁹ Für das Verhältnis des deutschen internationalen Wettbewerbsrechts zum *primären Gemeinschaftsrecht* sind mehrere Konstellationen zu unterscheiden:

aa) Anwendung des UWG in Deutschland gegenüber EU-Ausländern oder bei Vertrieb von EU-Waren

Hier stellt sich die allgemeine, bereits in den vorherigen Abschnitten behandelte Frage, inwieweit ein *strengeres deutsches Werberecht* den Keck-Hünernmund-Test, ergänzt durch den „Cassis-de-Dijon-Test“ (bei zusätzlicher Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit⁵⁸⁰) besteht. Die Beteiligung eines EU-Ausländers oder einer „EU-Ware“ begründet den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, den sogenannten „Auslandssachverhalt“⁵⁸¹ im Rahmen von (Art. 30 EGV). Nur

577 Zum "Anwendungsbereich des Vertrages" etwa bei der Klagebefugnis ausländischer Verbraucherschutzverbände nach § 13 Abs. 1 Nr.3 UWG N.Reich, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt, *RabelsZ* 56 (1992), 444, 502 f.

578 S. 513.

579 Es ist dann eine Frage eines zuständigen ausländischen Gerichts, inwieweit das ausländische Privatrecht das eigene Marktrecht zugrundelegt oder auf das deutsche Wettbewerbsrecht (durch eine Anknüpfung an das Personalstatut) zurückverweist. Skeptisch dazu, ob das deutsche internationale Wettbewerbsrecht eine Rück- und Weiterverweisung akzeptieren kann K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 239 in: *Münchener Kommentar*, 3.Auf. 10.Band, 1998 m.w.N. Siehe auch N.Dethloff, *Ausländisches Wettbewerbsrecht im einstweiligen Rechtsschutz*, *RabelsZ* 62 (1998), 286, 295 ff zur Ermittlung des ausländischen Rechts und zur Anwendung inländischen Wettbewerbsrechts als "Ersatzrecht".

580 Vgl. zur "De Agostini"-Entscheidung siehe oben unter III 6.

581 Siehe unter III 4.

dieser „Auslandssachverhalt“ verlangt grundsätzlich nach der Überprüfung als „Maßnahme gleicher Wirkung“ und/oder als „bestimmte Verkaufsmodalität.“ Eine *speziell-kollisionsrechtliche* Aussage verlangen diese Sachverhalte nicht⁵⁸².

bb) Disparität der mitgliedstaatlichen Werberechte in der EU – das Günstigkeitssprinzip

Darüber hinaus könnte das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich den Charakter einer Kollisionsnorm innehaben, die bei unterschiedlichen Werberechten – ungeachtet des Anknüpfungsstatuts – immer das für den Werbenden günstigere Werberecht zugrundelegt.⁵⁸³ Mit dieser Auffassung würde der Grundsatz der Marktgleichheit auf nicht harmonisierten, mitgliedstaatlichen Werbemärkten vernachlässigt. *Weitere Argumente, die gegen diese Qualifizierung des Gemeinschaftsrechts als allseitiger Kollisionsnorm sprechen, sind die Einschränkungen der warenverkehrsfreiheitlichen Kontrolle im Gefolge der Keck-Hünermund-Entscheidungen.*⁵⁸⁴ Wie könnte das Gemeinschaftsrecht immer die Anwendung des für den Werbenden günstigsten Rechts verlangen, wenn es sich etwa bei grenzüberschreitender Werbung (zum Begriff siehe oben III 3 d aa) um eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ handelt? Unterstützt wird die Ablehnung des gemeinschaftlichen Primärrechts als allseitiger Günstigkeits-Kollisionsnorm durch die besonderen Kollisionsnormen, die teilweise im Sekundärrecht enthalten sind – wie etwa in der der Fernsehrichtlinie. Solcher Festlegungen bedürfte es nicht, wenn das Primärrecht allgemein die Geltung des günstigsten Werberechts verlangt. Gegen das letzte Argument müßte allerdings eingewendet werden, daß sekundärrechtliche Beschränkungen der Grundfreiheiten im Interesse der Vorteile, die durch die Harmonisierung erzielt werden sollen, gemeinschaftsrechtlich zulässig sein können.⁵⁸⁵

582 Grundsätzlich ist zwischen Sachrecht und Kollisionsrecht zu unterscheiden. *Das Kollisionsrecht bedarf nach hier verretener Ansicht isoliert keiner Prüfung durch das Gemeinschaftsrecht*, weil das Risiko (von einem anderen Staat) sich auf eine andere Rechtsordnung einlassen zu müssen, nicht per se eine "Maßnahme gleicher Wirkung" darstellt. Die Mühen der Kenntnis der einschlägigen Rechtsquellen kann das Gemeinschaftsrecht – im nicht harmonisierten Bereich – dem Werbenden nicht abnehmen (so schon oben unter III 3 d). Das Primärrecht kann nicht die Kenntnis des Rechts (mittelbar) finanzieren oder ersetzen. Ein weiterer Gesichtspunkt ist, daß der Werbende diese Regeln an dem Markttort, an der er sich kraft eigener Entscheidung begibt, vorfindet. Die Auswirkungen des Kollisionsrechts sind damit zu spekulativ.

583 So Basedow, *RabelsZ* 59 (1995)1, 49 ff

584 So auch K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 227a in: *Münchener Kommentar*, 3.Auf. 10.Band, 1998 m.w.N.

585 Differenzierend N.Reich, *Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt*, *RabelsZ* 56 (1992), 444, 494 f, der auf die "territoriale Erweiterung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen" in Hinblick auf eine allgemeine Marktzugangskontrolle hinweist, die dann ein "prima facie" Zugangsrecht (S. 493) begründe. Allerdings bestimmt diese von ihm zugrundegelegte Aufgabe der "Herkunftslandskontrolle" nicht, nach welchem Recht das Herkunftsland diese Kontrolle vornimmt (S.96).

Grundsätzlich spricht gegen das gemeinschaftsrechtliche Günstigkeitsprinzip allein die notwendig Berücksichtigung des Verbraucherschutzes nach der „Cassis-de-Dijon“-Formel: solange eine werbeeinschränkende Norm diesen Verbraucherschutzanforderungen genügt, muß auch das *für den Verbraucher günstigste Recht* anwendbar bleiben.⁵⁸⁶ Mit der Erkenntnis einer bipolaren „Günstigkeit“ – nämlich für den Werbenden wie für die Verbraucher – verliert das Primärrecht den Charakter *eines* Günstigkeitsprinzips und damit auch einen generellen Zuweisungsgehalt als Kollisionsnorm.

Festzuhalten bleibt deshalb: Wann immer das deutsche Wettbewerbsrecht auf Sachverhalte mit EU-Auslandsbezug Anwendung findet, stellt sich die Frage, ob es sich um „grenzüberschreitende“ oder „multi-state-Werbung“ handelt. Bei der grenzüberschreitenden Werbung handelt es sich nach hier vertretener Ansicht immer um eine „bestimmte Verkaufsmodalität“, während es bei multi-state-Werbung der Prüfung der „Bestimmtheit“ der Verkaufsmodalitäten bedarf (dazu siehe oben unter III 5b).

cc) Disparität der mitgliedstaatlichen Werberechte als unzulässige Diskriminierung (Art. 6 Abs. 1 EGV)

Hier drängen sich zwei Konstellationen auf:

- (1) Zum einen die Frage, inwieweit ein internationales Wettbewerbsrecht, das an das *Personalstatut* der Mitbewerber anknüpft, und dann zu einer strengeren Behandlung der Ausländer im Vergleich zu den Inlandsmitbewerbern führte, diskriminierend ist. Es handelt sich aber um *keine* Frage, die für das deutsche internationale Wettbewerbsrecht von Bedeutung ist: Das deutsche internationale Wettbewerbsrecht knüpft grundsätzlich an den Werbeort – und nicht an die Staatsangehörigkeit der Marktteilnehmer an.⁵⁸⁷ Selbst⁵⁸⁸ wenn man eine Prüfung anhand von Art. 6 EGV vornimmt, wird es wegen der Anknüpfung an das „Werbeortsstatut“ an einer Diskriminierung aufgrund der „Staatsangehörigkeit“ fehlen.
- (2) Zum anderen die Frage, inwieweit das Privileg des Art. 38 EGV, das deutsche Mitbewerber bei strengeren Wettbewerbsrechten im Ausland vor der Inanspruchnahme schützt, noch gemeinschaftskonform ist. Der Anwendungsbereich des EGV ist hier eröffnet.⁵⁸⁹ Es ist dann nur noch strittig, ob Art. 38 EGV auf die EU-Ausländer erstreckt wird oder ob er – wenn er der Inan-

586 Andernfalls bestünde auch die Gefahr, daß Art. 36 EGV und die „Cassis-Rechtsprechung“ faktisch bedeutungslos würden. Siehe auch P.v.Willmowsky, EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit, *RabelsZ* 62 (1988), 1, 17 f.

587 Die Vielfalt der internationalen Wettbewerbsrechte in der Europäischen Union unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbotes (Art. 6 EGV) auf das *Marktortprinzip* verengen zu wollen, wird von P.Bernhard, *Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG*, 1994, 247 ff abgelehnt.

588 Der allgemeine Diskriminierungsgrundsatz ist gegenüber den Grundfreiheiten subsidiär. Insoweit könnte es, soweit das „strengere Werberecht“ zu einer Ungleichbehandlung führt, bereits an der Einschlägigkeit von Art. 6 EGV im Verhältnis zu Art. 30 EGV fehlen.

589 BGH *Urt.v.19.12.1995* „Caroline von Monaco“ GRUR 1996, 923, 927 konnte die Anwendung von Art. 6 EGV dahinstehen lassen, weil Monaco nicht zur EU gehört.

sprachnahme deutscher Mitbewerber durch EU-Ausländer entgegensteht – gemeinschaftskonform insoweit unangewendet bleibt.⁵⁹⁰

Die in den vorangegangenen Abschnitten geschilderten Argumente geben aus der Sicht des deutschen internationalen Wettbewerbsrechts für die Werbung mit Auslandsbezug die folgende Struktur vor.

d) *Werbung mit Auslandsbezug – eine Struktur*

aa) Globale Werbung

Bei der globalen Werbung ist begrifflich jede Werbung in jedem Land identisch; zusätzlich können grenzüberschreitende Werbemaßnahmen ergriffen werden. Ein dem Globalmarketing und der Globalwerbung entsprechendes globales Recht gegen den unlauteren Wettbewerb gibt es bisher nicht.⁵⁹¹ Am umfassendsten ist die Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ).⁵⁹² ⁵⁹³ Es handelt sich um einen Vertrag zwischen 117 Staaten – darunter allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der zur Wahrung des Lauterkeitsanspruchs und zum Irreführungsschutz verpflichtet (Art. 25 PVÜ).⁵⁹⁴ Die PVÜ⁵⁹⁵ verpflichtet zur *Gleichbehandlung ausländischer*

590 W.F.Lindacher, Wettbewerbsrecht und privilegium germanicum, in: W.Erdmann u.a., Festschrift für H.Piper, 1996, S. 355, 359 ff und M.Wandt, Internationale Produkthaftung, 1995, S.521 f.m.w.N.

591 Das Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Trips) behandelt den Schutz geographischer Herkunftsangaben (Art. 22-24) und den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Art. 39). In Art.22 wird insoweit auf "Art. 10 bis PVÜ" verwiesen. Dazu A.Heineman, Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im Trips-Übereinkommen der Welthandelsorganisation, GRUR Int. 1995, 535. Zum auf Art. 10 UNO-Satzung gestützten Restrictive Business Practices Code, der aber im wesentlichen kartellrechtliche Inhalte hat R.Nebel, Internationale Verhaltensregeln über wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken, 1986 und P.Kather, Der Kodex der Vereinten Nationen über wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken, 1986 und W.Fikentscher, Wettbewerbsrecht im TRIPS-Agreement der Welthandelsorganisation, GRUR Int. 1995, 529, 531. Nur im Bereich der Säuglingsnahrungswerbung enthält das soft law des Völkerrechts Werbeverbote; zum Infant Formula Code W.Fikentscher, United Nations Codes of Conduct: New Paths in International Law, AJCL 30(1982), 577, 590 ff.

592 BGBl 1970 II 293, 391. Einen komprimierten Überblick bietet G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 19 ff.

593 RGBI II 115; BGBl. II 1974, 469. Konkretisiert wird der Irreführungsschutz bei der Angabe geographischer Bezeichnungen durch das "Madrider Abkommen über die Unterdrückung falscher und irreführender Herkunftsangaben", dem aber das deutsche Recht ebenfalls genügt. (G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 117). Zu weiteren binationalen Abkommen zum Schutz von Herkunftsbezeichnungen Einl. F 124 ff; zu deren gemeinschaftsrechtlicher Zulässigkeit Einl. F 141 ff.

594 Art. 10bis (1) Die Verbandsländer sind gehalten, den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb zu sichern. (2) Unlauterer Wettbewerb ist jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft. (3) Insbesondere sind zu untersagen:

1. alle Handlungen, die geeignet sind, auf irgendeine Weise eine Verwechslung mit der Niederlassung, den Erzeugnissen oder der gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit eines Wettbewerbers hervorzurufen;

2. die falschen Behauptungen im geschäftlichen Verkehr, die geeignet sind, den Ruf der Niederlassung, der Erzeugnisse oder der gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit eines Wettbewerbers herabzusetzen;

3. Angaben oder Behauptungen, deren Verwendung im geschäftlichen Verkehr geeignet ist, das Publikum über das Beschaffenheit, die Art der Herstellung, die wesentlichen Eigenschaften, die Brauchbarkeit oder die Menge der Waren irrezuführen.

Vertragsbegünstigter mit Inländern,⁵⁹⁶ hat damit für das Kollisionsrecht allenfalls mittelbare Bedeutung und gewährt einen *Mindeststandardschutz*. Das deutsche (internationale) Wettbewerbsrecht⁵⁹⁷ erfüllt diese Vorgaben. *Eine selbständige materielle Bedeutung*⁵⁹⁸ für die Anwendung des nationalen Lauterkeitsrechts hat die PVÜ (Art. 10bis PVÜ) gegenwärtig wohl nicht.⁵⁹⁹

bb) Grenzüberschreitende Werbung

Die grenzüberschreitende Werbung kann Bestandteil eines Marketing-/Werbekonzepts (siehe unter (1a und b)) oder Resultat der Reichweite des Werbeträgers – also werbeträgerakzessorisch (siehe unter (2)) – sein. Nicht-werbeträger- und werbeträgerakzessorische Werbung können deshalb unterschieden werden.

(1) *Werbung, die nicht-werbeträgerakzessorisch ist:*

- (a) *Werbung des ausländischen Anbieters auf dem deutschen Markt.* Der auf dem ausländischen Markt⁶⁰⁰ tätige Anbieter wirbt auf dem inländischen Markt, um das hiesige Nachfragepotential zu einem grenzüberschreitenden Einkauf in persona oder via Versandhandel zu motivieren.⁶⁰¹ Weil es hier auf den *Ort der Werbung* und nicht auf den *Ort des Absatzes* ankommt – Marktstimulierungs- statt Bedarfsdeckungsstatut im deutschen internationalen Wettbewerbsrecht – ist deutsches Recht anwendbar.
- (b) *Werbung des (inländischen) Anbieters auf dem ausländischen Markt.* Nicht um einen Fall grenzüberschreitender Werbung im technischen Sinne⁶⁰², aber um einen Fall von *Werbung mit grenzüberschreitenden Auswirkungen* kann es sich handeln, wenn inländische Anbieter im Ausland

Art. 10ter (1) Um alle in den Artikeln 9, 10 und 10bis bezeichneten Handlungen wirksam zu unterdrücken, verpflichten sich die Verbandsländer, den Angehörigen der anderen Verbandsländer geeignete Rechtsbehelfe zu sichern. (2) Sie verpflichten sich außerdem, Maßnahmen zu treffen, um den Verbänden und Vereinigungen, welche die beteiligten Gewerbetreibenden, Erzeuger oder Händler vertreten und deren Bestehen den Gesetzen ihres Landes nicht zuwiderläuft, das Auftreten vor Gericht oder vor den Verwaltungsbehörden zum Zweck der Unterdrückung der in Artikeln 9, 10 und 10bis bezeichneten Handlungen in dem Maß zu ermöglichen, wie es das Gesetz des Landes, in dem der Schutz beansprucht wird, den Verbänden und Vereinigungen dieses Landes gestattet

595 Der Gleichbehandlungsanspruch nach der Pariser Verbandsübereinkunft erstreckt sich auch auf die Gleichbehandlung im internationalen Privatrecht G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 39, 157.

596 G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 20.

597 F.Henning Bodewig, Wirksamer Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb nach Art. 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft, GRUR Int. 1994, 151, 155.

598 Zur unmittelbaren einfachgesetzlichen Wirkung Baumbach/Hefermehl, UWG, Internationales Wettbewerbsrecht Grdz. Rn.14 und konventionsfreundliche Auslegung G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 28 ff, 51 m.w.N.

599 Prozessual führt eine PVÜ-gemäße Auslegung zur Klagebefugnis ausländischer Verbände nach § 13 Abs.2 Nr.2, 3 UWG. Zur unmittelbaren Anwendung von Art. 10bis G.Schricker, Großkommentar, Einl. F 52 ff und Baumbach/Hefermehl, UWG, zu Art.10ter PVÜ.

600 U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1994, S.2 f.

601 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois, Slg. 1990, I-667.

602 Weil die Werbung nicht in mindestens zwei Ländern verbreitet wird, sondern eben nur in "Gran Canaria" erfolgt.

Inländer bewirbt. Nach dem *Werbeortsprinzip* gilt ausländisches Wettbewerbsrecht.⁶⁰³

(2) *Werbeträgerakzessorische Werbung*. Der auf dem ausländischen Markt tätige Anbieter wirbt⁶⁰⁴ auf dem ausländischen Markt. Der Werbeträger und/oder die Werbemittel gelangen aber auch ins deutsche Inland. Es handelt sich also um beabsichtigten oder unbeabsichtigten over-spill.⁶⁰⁵ Hier muß *werbeträger-spezifisch* unterschieden werden:

(a) Bei allen Medien außer dem Fernsehen – zum Beispiel Zeitschriften⁶⁰⁶ – kommt nach dem Werbeortsprinzip deutsches Recht zur Anwendung – gegebenenfalls den *Literaturvorschlägen* und der Rechtsprechung⁶⁰⁷ folgend, eingeschränkt durch dem *Auswirkungsgrundsatz entlehnte Spürbarkeitskriterien*.

(b) Bei Werbung via Fernsehen muß wegen Fernsehübereinkommen (FsÜ) und *Fernsehrichtlinie* (FsRL) differenziert werden:

(aa) Sendestaat ist ein Staat, der weder Zeichner des FsÜ noch der FsRL ist. Es bleibt bei der Zuständigkeit der Sende- und Empfangsstaaten und das jeweils wahlweise vorbehaltlich einer Beschränkung durch die besagten Spürbarkeitskriterien.

(bb) Sendestaat ist ein Staat, der Mitglied der Europäischen Union ist: Nach hier vertretener Meinung schließt die Fernsehrichtlinie das mitgliedstaatliche Wettbewerbsrecht nur insoweit aus, als es in der Richtlinie geregelte Sachverhalte (etwa Jugendschutz) speziell (werbeträgerorientiert) noch einmal durch den Empfangsstaat regulieren will. Insoweit bleibt es also bei der Zuständigkeit des Empfangsstaats wie auch der Anwendbarkeit seines, im Vollzug der Fernsehrichtlinie ergangenen Rechts.

(cc) Sendestaat ist ein Staat, der kein Mitglied der Europäischen Union, aber Zeichner des FsÜ ist. Hier schließt das FsÜ die Geltung nationaler Wettbewerbsrechts nicht aus.⁶⁰⁸

cc) Multi-State-Werbung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Euromarketing ist – wie das Globalmarketing – in der Praxis eher multi-state-Marketing und weiter verengt eher multi-state-Werbung⁶⁰⁹ (Dazu siehe oben unter III 3 a). Für das *deutsche internationale Wettbewerbsrecht* hat die Unterscheidung zwischen „multi-state-Werbung“ und „grenzüberschreitender Werbung“ keine Bedeutung:

(1) Bei multi-state-Werbung, die nicht werbeträgerakzessorisch ist, liegt ein umfassendes multi-state = Euro-Werbungskonzept zugrunde, bei dem vor al-

603 BGHZE 113, 11, 15 "Kauf im Ausland".

604 Th.Ch.Paefgen, Unlauterer Wettbewerb im Ausland, GRUR Int. 1994, 99, 103.

605 Beim unbeabsichtigten over-spill ist nur die Werbung, nicht aber das Marketing grenzüberschreitend.

606 BGH GRUR 1971, 153 f "Tampax".

607 BGH GRUR 1971, 153 f "Tampax".

608 Hier soll nach dem Erläuternden Bericht zum Europäischen Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen, Europarats-Dokument DH-MM ((9)2 v. 28.4.1989 Abs.87, 162 die Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb unberührt bleiben.

609 Bei (nicht werbeträgerakzessorischer) multi-state-Werbung außerhalb der Europäischen Union bleibt es aus der Sicht des deutschen internationalen Wettbewerbsrechts bei der Zuständigkeit aller Werbeorte.

lem das *Konzept grenzüberschreitend* ist. Die Werbung kann grenzüberschreitend (siehe oben) sein; sie kann aber auch für die jeweiligen nationalen Märkte ohne Grenzüberschreitung konzipiert sein. Maßgebend ist zunächst das harmonisierte EG-Werberecht; mangels Harmonisierung ist das deutsche internationale Wettbewerbsrecht einschlägig. Letzteres führt zur wahlweisen Anwendung der Rechte der Werbeorte.

- (2) Bei *werbeträgerakzessorischer multi-state-Werbung bemißt sich die Zulässigkeit*, soweit das Fernsehen betroffen ist, nach dem Sendestaatsprinzip der Fernsehrichtlinie und ergänzend nach dem Wettbewerbsrecht des Empfangsstaats. Für andere werbeträgerakzessorische Werbungen gilt – aus Sicht des deutschen internationalen Werberechts – das Recht aller *Empfangsstaaten mit Wahlmöglichkeit des Geschädigten*.

Der grundsätzliche Befund ist damit deutlich: deutsches Werberecht gilt in der Bundesrepublik Deutschland. Rechtlich ungelöst ist die Behandlung der multi-state-Delikte bei werbeträgerakzessorischer Werbung. Hier werden von der Literatur Hoffnungen auf völkerrechtliche und vor allem auf gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungen gehegt.⁶¹⁰ An eine Darstellung der grundsätzlichen Reichweite des § 1 UWG schließen sich die Detailfragen nach dem Konkretisierungsgehalt der öffentlich-rechtlichen Werbebeschränkungen wie auch der Verfassung an. Dabei soll in Abschnitt e) im wesentlichen der Werbeort Deutschland im Vordergrund stehen und in den Abschnitten f) und g) ausländische Werbeorte.

- e) *Kongruenz des Anwendungsbereichs der wertneutralen und wertbezogenen Vorschriften des öffentlichen Wirtschaftsrechts mit dem deutschen internationalen Wettbewerbsrecht*

aa) Nicht-werbeträgerakzessorische Werbung in Deutschland

Grundsätzlich findet den vorherigen Abschnitten zufolge § 1 UWG bei jeder Werbung Anwendung, die auf deutsches Staatsgebiet trifft. Die Rechtsprechung erstreckt § 1 UWG nur dann auf das Ausland, wenn es sich dort um den Wettbewerb zweier inländischer Firmen⁶¹¹ handelt und die Verstöße gegen das Werberecht *nicht marktorientiert* sind, also nicht Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und/ oder der Allgemeinheit auf dem ausländischen Markt berühren. Es handelt sich bei einer Werbung deutscher natürlicher oder juristischer Personen im Ausland, die keine Interessen der ausländischer Mitbewerber wie der Verbraucher und Allgemeinheit berühren soll, um eine Konstellation, die nur in „Gran Canaria Fällen“ vorstellbar war. Es ist deshalb sicher kein Zufall, daß in der jüngeren Rechtsprechung eine Anwendung des UWG auf *Werbung im Ausland nicht erfolgt*⁶¹² ist. Für die nicht-werbeträgerakzessorische Werbung gilt bei den wertneutralen wie wertbezogenen Vorschriften nichts besonderes; grundsätzlich wol-

610 N.Dethloff, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, NJW 1998, 1596, 1600 f.

611 In seiner "Gran Canaria" Rechtsprechung hat der BGH (BGHZ 113, 11, 15 "Kauf im Ausland") es gerade nicht ausreichen lassen, daß die Verkäufer und die Beworbenen ein gemeinsames Personalstatut hatten.

612 Siehe etwa BGH Urt.v.11.3.1982 "Domgarten-Brand" GRUR 1982, 495, 498.

len sie ihre Regelungsziele bei allen Werbungen, die deutsches Staatsgebiet erreichen, verwirklichen.

bb) Exkurs: Nicht-werbeträgerakzessorische Werbung der leading cases im Ausland

Werbung mit schockierenden oder emotionalisierenden Inhalten (Fälle I-III) wie auch die Werbung eines Arztes mit seinen Qualifikationen oder Behandlungsmethoden (Fall VI) berühren jedenfalls regelmäßig die Interessen der dortigen Marktteilnehmer. In den „leading cases“ würde die *Werbung im Ausland* immer zur Anwendung ausländischen Werberechts führen. Die Frage, ob die Anwendungsbereiche des deutschen „privaten“ Wettbewerbsrechts (§1 UWG) mit den, den Verstoß gegen die guten Sitten begründenden bzw. konstituierenden, wertneutralen⁶¹³ und wertbezogenen Normen⁶¹⁴ des *öffentlichen Wirtschaftsrechts* (etwa des Heilmittelwerberechts) identisch sind⁶¹⁵, stellt sich deshalb bei der *nicht-werbeträgerakzessorischen Werbung* der leading cases im Ausland in der Praxis nicht. Es handelt sich um Auslandssachverhalte, bei denen sich dann nur die Frage stellt, inwieweit etwa auch ausländisches öffentliches Werberecht von deutschen Gerichten anwendbar ist (siehe unter f).

cc) Werbeträgerakzessorische Werbung in Deutschland

Bei multi-state-Werbung, die *werbeträgerakzessorisch* ist, stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich⁶¹⁶ des öffentlich-rechtlichen Werberechts. Die in

613 Diese Problematik ist beim Verstoß *gegen privatrechtliches, spezielles Wirtschaftsrecht* bereits aufgetreten. Es handelte sich aber um die Problematik einer Werbung in Deutschland (§ 1 UWG) mit der Gewährung von Rabatten im Ausland. Es handelte sich um das Werben für einen Mitgliederpaß in Deutschland, der bei Hotels und Geschäften *im Ausland zulässig gewährte Rabatte* verspricht, und die bei einer Geltung deutschen Rabattrechts im Ausland nicht zulässig wären. Das Rabattgesetz ist dabei eine sogenannte *„wertneutrale Vorschriften“*. (BGH Urt.v.13.5.1977"Weltweit-Club", WRP 1977, 572; kritisch R.Sack, Grenzüberschreitende Zugabe- und Rabattwerbung, IPRax 1991, 386, 390 ff, der den Anwendungsbereich des Rabattgesetzes auch auf die Gewährung von Rabatten im Ausland erstrecken möchte). In diesem Fall hat der BGH unter Berufung auf das Argument des *„Vorsprungs durch Rechtsbruch“* – des Verstoßes gegen das RabattG – den Verstoß gegen die guten Sitten bejaht, ohne zu prüfen, inwieweit das deutsche Rabattgesetz für im Ausland gewährte Rabatte anwendbar ist. Damit würde das *Rechtsgefälle zwischen ausländischem und deutschem Recht* konstituierend für den Sittenverstoß – in einer späteren Entscheidung (Die Ausnutzung des Rechtsgefälles stellt per se noch keinen Vorsprung dar, der den Verstoß gegen die guten Sitten begründet. BGH Urt.v.9.5.1980 GRUR 1980, 725 "Asbestimporte", wo ein an deutsche Arbeitsschutzvorschriften gebundener Asbesthersteller gegen den aus Korea importierenden Mitbewerber klagte) hat es die Ausnutzung des Rechtsgefälles nicht mehr für einen Sittenverstoß ausreichen lassen. Dieser Entscheidung ist beizupflichten – es bedarf in jedem Einzelfall der Prüfung, inwieweit die speziellen, privatrechtlichen Wirtschaftsgesetze sich auf Sachverhalte mit Auslandsberührung erstrecken. Nur dann, wenn dies bejaht wird, können sie auch den Sittenverstoß konstituieren.

614 Siehe 3.Kapitel V 2 b).

615 Zum Territorialitätsprinzip

616 Zur Unterscheidung von *Geltungsbereich* eines Gesetzes – dort wo territorial staatliche Hoheitsakte, die Einhaltung inländischen Rechts erzwingen können – zum *Anwendungsbereich* – Umgrenzung der Sachverhalte, auf die staatliche Hoheitsakte anzuwenden sind – K.M.Meessen, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975, S. 15.

der Literatur zitierten Beispiele stammen aus dem Fernsehwerberecht und sind in ihrer praktischen Bedeutung sehr einleuchtend: *Ein Beispiel* wäre der „Verstoß“ gegen das rundfunkstaatliche Blockwerbungsgebot durch einen ausländischen Sender, der weder originär an FsÜ noch FsRI gebunden ist.⁶¹⁷ Nach deutschem internationalen Wettbewerbsrecht findet das deutsche Werberecht Anwendung, weil der Werbeort Deutschland ist. § 1 UWG beantwortet die Frage nicht, ob verstreute Spots im Programm gegen die guten Sitten verstoßen. Grundsätzlich handelt es sich beim Blockwerbungsgebot um eine „wertbezogene“ Vorschrift, die den Sittenverstoß unmittelbar konstituiert. Es kommt also dann darauf an, ob das deutsche rundfunkstaatliche Blockwerbungsgebot auch für Werbung gilt, die von den Satelliten einer beliebigen Nation ausgestrahlt wird. *Ein weiteres Beispiel* wäre die Ausstrahlung einer Publikumswerbung für ein Heilmittel, etwa ein potenzförderndes Präparat.⁶¹⁸ Auch beim Heilmittelwerberecht gilt, daß es sich um „wertbezogene Vorschriften“ handelt.

Grundsätzlich wäre es unproblematisch für den „Ausstrahlungsbereich“ in Deutschland (Werbeort) den Schutz der Rezipienten vor einem Übermaß⁶¹⁹ von Werbung im Programm (negative Rezipientenfreiheit) oder der Integritätsinteressen (Schutz vor gesundheitsgefährdender Selbstmedikation) auch wettbewerbsrechtlich zu verlangen. Dementsprechend würden das Rundfunkstaatsvertragsrecht wie das Heilmittelwerberecht als wertbezogene Vorschriften den Sittenverstoß (§ 1 UWG) begründen. Das technische Problem der *werbeträgerakzessorischen Werbung* besteht aber in der Unteilbarkeit des „multi-state-Delikts“, die dazu führt, daß das strengste (deutsche) Werberecht zur Untersagung der Ausstrahlung per se führen müßte.⁶²⁰ Das führt zu der Frage, *inwieweit in solchen Fallgestaltungen die wertbezogenen (öffentlich-rechtlichen) Vorschriften den Sittenverstoß zu konstituieren vermögen, soweit auch das Ausland betroffen ist.*

Das internationale öffentliche Recht wird – im Gegensatz zum internationalen Privatrecht⁶²¹ – „grundsätzlich“ vom „Territorialitätsprinzip“⁶²² geprägt. Öffentli-

617 G.Schricker, Die Durchsetzbarkeit deutscher Werberegungen bei grenzüberschreitender Rundfunkwerbung, GRUR Int. 1982, 720, 724 ff.

618 Siehe 3.Kapitel V 2 b bb).

619 Es handelt sich um den Schutz vor der Zerstückelung des Programms, weil vor den spannendsten Sequenzen des Programms die Werbung vorgeschaltet würde und so ein einheitlicher Handlungsablauf nicht möglich wäre.

620 Für Internet und Satellitenfernsehen: N.Dethloff, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, NJW 1998, 1596, 1600 f; M.R.Köhler, Rechtsfragen des inländischen und grenzüberschreitenden Rundfunkwerberechts, 1992, S. 246 -254.

621 Das internationale Wettbewerbsrecht ist grundsätzlich ein Unterfall des internationalen Privatrechts; jedenfalls soweit es das internationale "Werberecht" des UWG betrifft. Soweit es um das Kartellrecht geht, könnte man – wie auch im deutschen Recht – durchaus über die Zugehörigkeit zu Privat- oder öffentlichen Recht streiten.

622 M.Heintzen, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, 1988, S. 127- 144; das Statusverhältnis des Art. 1 Abs. 3 GG hat nach diesem Ansatz zur Folge, daß außerhalb der Bundesrepublik Deutschland alle Grundrechte zu Deutschenrechten mutieren (S. 138). Siehe allgemein H.J.Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 17 -74 zur Problematik der Trennung von öffentli-

ches Recht wird durch die Hoheitsgewalt eines Staates genauso erzeugt, wie verwirklicht und letztendlich vollstreckt. Es ist die völkerrechtlich anzuerkennende Prerogative der jeweiligen staatlichen Souveränität, daß jeder Staat für sein Hoheitsgebiet die rechtlichen Verhältnisse regelt. Ergänzt wird dieses „Territorialitätsprinzip“ durch die Notwendigkeit der *Sonderanknüpfung* bei Eingriffsnormen. Das internationale Wettbewerbsrecht (hier: Werberecht) als Unterfall des internationalen Privatrechts beruft *die* Rechtsordnung, die die Interessenkollisionen unter Privaten entscheidet. Soweit eine ausländische öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm⁶²³ (mit-)einschlägig ist, bedarf es einer (neuen) Prüfung, inwieweit die durch das internationale Wettbewerbsrecht berufene Rechtsordnung auch die Wahrung der ausländischen öffentlichen Interessen zuläßt (Sonderanknüpfung)⁶²⁴ bzw. wenn auf deutsches Werberecht verwiesen wird, inwieweit die deutsche öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm auch Sachverhalte mit Auslandsbezug sanktionieren will.⁶²⁵ Grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers, einer Sachnorm eine Rechtsanwendungsnorm anzufügen.⁶²⁶ Tut er dies, wie im Rundfunkstaatsvertragsrecht oder im Heilmittelwerberecht⁶²⁷ nicht, dann hängt es von der Teleologie der Norm ab, ob sie auch für Sachverhalte mit Auslandsberührung gelten will.

Bei der Frage nach der Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen, wertbezogenen Vorschriften im Rahmen von § 1 UWG handelt es sich aber nicht um die *grundsätzliche Frage der internationalen Anwendung des öffentlichen Rechts, sondern um die Behandlung einer „Teilfrage“ im Rahmen des Wettbewerbsrechts*. Die Frage einer eigenständigen oder zum Privatrecht akzessorischen Anknüpfung öffentlich-rechtlicher⁶²⁸ Vorfragen ist strittig. Vorwiegend wird mit dem Zweck der Normen argumentiert. Das Blockwerbungsgebot des Rundfunkstaatsvertragsrechts erstreckt sich nur auf die *Weiterverbreitung* von Programmen innerhalb Deutschlands.⁶²⁹ Bei werbeträgerakzessorischen multi-state-Delikten führt das

chem und Privatrecht aus der Perspektive des Kollisionsrechts und den Voraussetzungen einer Sonderanknüpfung an die jeweilige Eingriffsnorm mit zahlreichen Literaturnachweisen und K.Kreuzer, Art. 38 Rn. 227a in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998; K.G.Kegel, Internationales Privatrecht, 1995, S. 843 ff; U.Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, 1994, S.7. Siehe zu den gegenüber der deutschen Gerichtsbarkeit Ex-territorialen (§ 18 ff GVG).

623 loi d'application immédiate.

624 D.Coester-Waltjen, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsberührung – familien- und erbrechtlicher Bereich, S. 1, 11in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998.

625 H.J.Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 34. Zum örtlichen Anwendungsbereich der (§§ 14, 15 HWG) P.Bülow/G.Ring, Heilmittelwerbeengesetz, 1996, § 1 Rn.9 m.w.N.

626 H.J.Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 45, in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998;

627 Anders für die Tabakwerbebeschränkungen, soweit sie auf das LmBG gestützt werden (§ 50 LmBG); vgl. dazu auch M.Wandt, Internationale Produkthaftung, 1995, S.294.

628 Zur Behandlung von Vorfragen H.J.Sonnenberger, Einl. IPR Rn. 387- 389 in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998 mit der Darstellung des Meinungsstandes, der bei den Vorfragen zum Teil die gleiche Anknüpfung wie das internationale Privatrecht wählt.

629 So M.R.Köhler, Rechtsfragen des inländischen und grenzüberschreitenden Rundfunkwerberechts, 1992, S.225 jedenfalls für den unvermeidbaren "spill-over"; siehe auch G.Schricker, Die Durchsetzbarkeit deutscher Werberegeln bei grenzüberschreitender Rundfunkwer-

dazu, daß der Verstoß gegen das Rundfunkwerberecht nicht den Sittenverstoß konstituieren kann. Beim Heilmittelwerberecht ist demgegenüber deutlich, daß der Schutz der Gesundheit der Bürger bezweckt wird. Dementsprechend müßten, wenn die Ausstrahlung⁶³⁰ Deutschland erreicht, die wertbezogene Vorschriften des Heilmittelwerberechts (etwa das Verbot der Publikumswerbung § 11...HWG) zur Anwendung kommen.

f) *Reichweite der Verweisung des deutschen internationalen Wettbewerbsrechts auf ausländisches Werberecht (Art. 38, 6 EGBGB) bei der Werbung im Ausland*

Korrespondierend zu dem Inlandszenario des Abschnitt e) soll hier das Auslandsszenario diskutiert werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht geht es um die Frage, inwieweit das ausländische (Werbe-)Recht dem deutschen grundrechtlichen Standard (Art. 6 EGBGB) genügen muß. Es gibt grundsätzlich drei Konstellationen, die hier in einer Vorbemerkung zu erörtern sind.

aa) Bedeutung der Grundrechte für Auslandssachverhalte – eine Vorbemerkung

- (1) Zum einen ist **die Bedeutung der Grundrechte als Schranken für die Anwendung von ausländischem Recht in Deutschland zu ermitteln**. Es handelt sich also um die Maßgaben, die das Grundgesetz für völkerrechtliche Verträge (Art. 59 GG) und Gemeinschaftsrecht (Art. 23 GG) setzt. Hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts kann auf die Ausführungen unter I 2 und II verwiesen werden. Die Frage der Grundrechtsmäßigkeit von völkerrechtlichen Werbebeschränkungen verdichtet sich im hier interessierenden Rahmen auf die Frage der Grundrechtskonformität der Pariser Verbandsübereinkunft, und hier sind angesichts der geringen Anforderungen an das deutsche Wettbewerbsrecht keine Argumente ersichtlich, die auch nur die Prüfung eines Grundrechts nahelegen.
- (2) Zum anderen geht es um die Bedeutung der Grundrechte als Schranke der Verweisung deutschen Kollisionsrechts auf ausländisches Werberecht (bei Auslandssachverhalten mit Inlandswirkung). Es handelt sich im wesentlichen um die Prüfung, inwieweit der deutsche ordre public der Anwendung ausländischen Werbebeschränkungsrechts entgegensteht. Diese Prüfungsstruktur soll in den nächsten Unterabschnitten (folgend bb) skizziert werden.
- (3) Zum dritten geht es um die Frage, inwieweit Grundrechte Schutzansprüche gegenüber dem deutschen Staat bei Auslandssachverhalten begründen. In Abschnitt g) soll erörtert werden, wie weit der deutsche Staat sich auch für die werbliche Meinungsfreiheit im Ausland stark machen muß. Es handelt sich hierbei bisher um eine Konstellation, die wenig praktische Relevanz hat. Wenn sich der Schutz von Werbung nach Art. 5 GG durchsetzt, kann sich das ändern.

bung, GRUR Int. 1982, 720, 726, der eine solche, über deutsches Sendegebiet hinausgehende Bedeutung des Rundfunkstaatsvertragswerberechts ablehnt

630 Anders bei der Erstellung von Sendungen in Deutschland, die für die Ausstrahlung im Ausland vorbereitet werden.

bb) Reduktion der Unterlassungsansprüche auf deutsches Recht bei deutschen Werbetreibenden (Art. 38 EGV)

Wie oben geschildert, verweist das internationale Wettbewerbsrecht bei der Werbung im Ausland grundsätzlich auf das Recht des Werbeorts, und damit auf ausländisches Recht. Wenn deutsche Unternehmen im Ausland werben, ist deshalb grundsätzlich ausländisches privates Wettbewerbs- und damit Werberecht⁶³¹ einschlägig. *Wenn diese Werberecht strenger als deutsches Werberecht ist* – was gerade bei der Abbildung weiblicher Körperteile⁶³² (vielleicht auch bei Fall II a „HIV-positiv“) ⁶³³ – und bei Tabakwerbeverboten vorstellbar ist,⁶³⁴ könnte ein deutscher⁶³⁵ Mitbewerber die Unterlassung der Werbung von einem deutschen Mitbewerber vor deutschen Gerichten fordern.⁶³⁶ Wenn – was gerade jüngere Meinungen behaupten⁶³⁷ – unter Geltung von Art. 5 Abs. 1 GG nationale (und gemeinschaftsrechtliche) Werbeverbote für Tabak nicht verfassungsgemäß sind oder die Untersagung der Darstellung von Frauen mit ihren geschlechtstypischen Vorzügen vom Grundgesetz nicht gebilligt wird⁶³⁸, stellt sich die Frage der Nichtanwendbarkeit des ausländischen Werberechts.

Es stellt sich zunächst die Frage, inwieweit *Art. 38 EGBGB* dazu führt, daß die Unterlassungsansprüche nach ausländischem Recht auf den Umfang des deutschen Rechts begrenzt werden. Art. 38 EGBGB ist *insoweit* die spezielle Vorbehaltsklausel, die vor der allgemeinen Vorbehaltsklausel für den *ordre public* zu prüfen ist (Art. 6 EGBGB).⁶³⁹ Zunächst ist festzustellen, daß der Wortlaut des Art. 38 EGBGB eindeutig zu sein scheint:

„Aus einer im Ausland begangenen *unerlaubten Handlung* können gegen einen Deutschen *nicht weitergehende Ansprüche* geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind“.

631 Soweit dieses Recht wie das deutsche Wettbewerbsrecht "privates" und "nicht öffentliches Recht" ist. Siehe dann die im Detail unerschlossene Problematik zur Anwendung ausländischer „Eingriffsnormen“ K.Firsching/B.von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 1997, § 10 Rn. 92 ff; G.Kegel, Internationales Privatrecht, 1995, § 23 und etwa den Diskussionsbericht von K.Anderegg, Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen, *RabelsZ* 52 (1988), 260 ff m.w.N.

632 Siehe etwa Grünbuch der Kommission, Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt, Kom(96) 192 S. 37 zu den Unterschieden in den Mitgliedstaaten.

633 Falls das BVerfG sich entscheidet, diese Werbung für zulässig zu beurteilen.

634 Tribunal de Commerce Paris Beschl.v.8.6.1995 *EuZW* 1995, 648 mit Anmerkung von M.Daues zum französischen "Loi Envin" das Tabakwerbung in Zeitschriften verbietet.

635 Zur Notwendigkeit der Inlandsbeziehung bei Art 6 EGBGB H.J.Sonnenberger, Art. 6 Rn. 81 m.w.N. in: *Münchener Kommentar*, 3.Auf. 10.Band, 1998.

636 Siehe etwa die Fallkonstellation bei BGH Urt.v.11.3.1982 "Domgarten-Brand" GRUR 1982, 495, 498, wo die irreführende Werbung – und kein Werbeverbot – zwischen zwei deutschen Mitbewerbern strittig war. Die Gründe für die Inanspruchnahme mögen in der Zurückhaltung der Wettbewerber im Ausland oder der (finanziellen) Unannehmlichkeiten der Bemühung der dortigen Gerichte liegen.

637 7.Kapitel.

638 7.Kapitel.

639 K.Kreuzer, Art.38 Rn. 319, 21 in: *Münchener Kommentar*, 3.Auf. 10.Band, 1998 dazu, daß Wettbewerbsverstößen Art. 38 EGV unterfallen.

Art. 38 EGBGB unterscheidet in einer grammatischen Auslegung nicht zwischen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen. Wenn das internationale Wettbewerbsrecht noch dem Deliktsregime unterliegt, und Art. 38 EGBGB auch auf wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche anwendbar ist, dann wäre die BGH-Rechtsprechung mit ihrer Verweisung auf den Werbeort *im Ergebnis* konterkariert. Genau *die* Rechtsordnung, die die Marktgleichheit unter Mitbewerbern wie unter Verbrauchern zu gewährleisten hat, würde unter Anwendung von Art. 38 EGBGB – dem Privileg für die deutschen Mitbewerber – von den deutschen Gerichten⁶⁴⁰ einseitig auf deutsches Werbeortsrecht reduziert. Soweit ersichtlich wurde die Rechtsprechung noch nicht mit dieser Frage konfrontiert, weil die allgemeine Meinung immer das deutsche als das strengste Werberecht voraussetzt.⁶⁴¹ Im Rahmen dieser Arbeit wird deshalb vorgeschlagen, die Schadensersatz- – *nicht aber die wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche* – Art. 38 EGBGB im Wettbewerbsrecht unterzuordnen. Die ratio von Art. 38 EGV ist es, Deutsche vor der Auferlegung von unmäßigen Leistungspflichten zu schützen. Soweit das Unterlassen geschuldet ist, handelt es sich bei unerlaubten Handlungen um eine Selbstverständlichkeit – ein *accidens* –, während die Unterlassung im Wettbewerbsrecht *der* Anspruchsinhalt per se ist. Es erscheint deswegen gerechtfertigt, Art. 38 EGBGB auf die Schadensersatzansprüche zu reduzieren und wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche – die im hier interessierenden Bereich charakteristisch sind – wegen der kollisionsrechtlichen Verweisung auf den Marktort unberührt zu lassen.

cc) Kollisionsrechtliche Verweisung auf ausländische(s) Werberecht(e) als unvereinbar mit Art. 5 Abs. 1 GG?

Soweit Art. 38 EGBGB mit der hier vertretenen Meinung bei Unterlassungsansprüchen nicht unmittelbar zu einer Nivellierung des ausländischen Wettbewerbsrechts führt, stellt sich die Frage nach dem Grundrechtseingriff durch

- das internationale Wettbewerbsrecht wie
- durch Anwendung des ausländischen Werberechts (dazu siehe unter dd).⁶⁴²

Die *Verweisung des internationalen Wettbewerbsrechts* auf das Recht des Werbeorts widerspricht weder Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG noch Art. 5 Abs. 2 GG, weil es sich um ein „allgemeines Recht“ (die Verweisung erfolgt kraft Richterrechts, das

640 Dazu, daß die Nichtanwendung des Art. 38 EGV durch ausländische Gerichte kein Verstoß gegen den *ordre public* ist.

641 H.Wilde, § 6 Rn. 56 ff in: W.Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2.Aufl., 1997, verkennt ersichtlich das Verhältnis von Art. 38 zu Art. 6 EGBGB; G.Schricker, Einl F 170ff, 172 in: Großkommentar, 1994, der die hier vorliegende Konstellation eines strengeren ausländischen Werberechts nur in Ausnahmen der Reichsgerichtsrechtsprechung zu erkennen vermag; ohne Problembewußtsein bzw. undifferenziert A.Baumbach/W.Hefermehl, UWG, 19.Aufl, 1996, Einl Rn. 179 und K.Kreuzer, Art.38 Rn. 319, 21 in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998 dazu, daß Wettbewerbsverstöße Art. 38 EGV unterfallen.

642 Diese zweistufige Prüfung ist seit der Spanier-Entscheidung vorgegeben (BVerfGE 31, 58, 77 ff).

in Art. 38 EGBGB vorausgesetzt wird) handelt, das durch das Ziel der Gleichheit der Chancen aller Mitbewerber am ausländischen Markt gerechtfertigt wird.

Für „*multi-state-Delikte*“, bei denen regelmäßig ein Wahlrecht des geschädigten Mitbewerbers und/oder Konsumenten angenommen werden muß, wo und nach welchem Prozeß- und Kollisionsrecht er seine Unterlassungsansprüche geltend macht, könnte die Vielzahl der nach deutschem Kollisionsrecht berufenen Rechtsordnungen das Risiko (insbesondere) der werbeträgerakzessorischen Werbung in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise erhöhen. Es könnte an der *Vorhersehbarkeit des einschlägigen Wettbewerbsrechts* fehlen.⁶⁴³ Mit diesem Gedanke wird von einer Literaturmeinung bereits jetzt bei multi-state-Delikten im Presse-recht „gespielt“.⁶⁴⁴ Jedenfalls ist die Möglichkeit, Werbung auf einem attraktiven Werbeträger, wie dem Satellitenfernsehen oder dem Internet zu verbreiten, möglicherweise von der deutschen Werbefreiheit umfaßt: Grundsätzlich wird man nicht argumentieren können, daß die verfassungsrechtliche Freiheit der Werbung sich auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt und nur die Benutzung von Werbeträgern gestattet, die diesem, *einem* Sendegebiet zugeordnet werden können⁶⁴⁵. Es kommt dann darauf an, ob Art. 12 GG und/oder Art. 5 Abs. 1 GG eine unterschiedliche Toleranz hinsichtlich eines Klimas der Einschüchterung aufweisen, das aus der Unsicherheit der Inanspruchnahme nach dem Verfahrens- und Werberecht der Sendegebiete entsteht, die strenge Werberechte kennen – soweit dort jeweils erhebliche Vermarktungsinteressen bestehen (zu den Spürbarkeitserfordernissen siehe unter III 4 ff). Grundsätzlich wird man davon ausgehen müssen, daß die Kenntnis unterschiedlicher Rechtssysteme wie das Risiko der Inanspruchnahme eher nach Art. 12 GG denn nach Art. 5 GG zumutbar ist. Die Meinungsfreiheit ist insoweit grundsätzlich sensibler. Wenn man die Praxis betrachtet, verwirklicht sich derzeit das Risiko unterschiedlicher Wettbewerbsrechte (noch) nicht. Die fehlende internationale Zuständigkeit der Gerichte⁶⁴⁶ führt de facto zu fehlenden Sanktionen der „globalen“ werbeträgerakzessorischen Werbung.

643 Dazu eingehend M.Wandt, Internationale Produkthaftung, 1995, S. 256-262 m.w.N. zur vergleichbaren Problematik bei nicht vorhersehbaren Produkthaftungsregimen.

644 G.Wagner, Ehrenschatz und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 62(1998), 244, 268-272, der keine Prüfung anhand von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG annimmt, sondern Art. 10 EMRK und ein gemeinschaftsrechtliche Pressefreiheit andenk.

645 Zum Umfang der Anwendung der Grundrechte siehe unter III 7 f aa).

646 Eine Zuständigkeit für das Internet bejaht LG München Urt.v.17.10.1996 IPRax 1998, 208 f. Dagegen mit überzeugenden Argumenten B.Bachmann, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im Internet, IPRax 1998, 179, 185; und zur strafrechtlichen Problematik E.Hilgendorf, Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, *NJW* 1997, 1873 ff.

dd) Ausländisches Werberecht als Verstoß gegen Art. 6 EGBGB

Die *Anwendung des ausländischen Werberechts* kann an Art. 6 EGBGB scheitern, der bestimmt, daß das Recht eines anderen Staates nur dann angewendet werden darf, wenn *dieses Recht mit den Grundrechten*⁶⁴⁷ vereinbar ist. Es darf dabei nicht nach tragbaren oder untragbaren Grundrechtsverletzungen differenziert werden, sondern für das BVerfG steht fest, daß

„jede durch die Anwendung ausländischen Rechts im Einzelfall bewirkte Grundrechtsverletzung das Eingreifen des deutschen ordre public auslöst“⁶⁴⁸

Zu den „Grundrechten“ im Sinne des EGBGB gehören zunächst die Grundrechte des Grundgesetz.⁶⁴⁹ Bei der wirtschaftlichen Betätigung könnte es sich bei Art. 6 EGBGB um eine Gesetz handeln, das Ausdruck des Ausgestaltungsvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG oder ein allgemeines Gesetz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG ist. Der Allgemeinwohlbelang, der eine Einschränkung der Betätigungsfreiheit rechtfertigen könnte, ist der völkerrechtliche Handlungsspielraum der Bundesrepublik Deutschland. Insbesondere der Wortlaut des Art. 6 EGBGB spricht gegen diese Auffassung eines grundrechtseinschränkenden Gesetzes, stellt er doch auf die Anwendung der Grundrechte und nicht auf ihre eingeschränkte Anwendung ab. Die herrschende Meinung recurriert deshalb unmittelbar auf die Grundrechte und differenziert zwischen Inlands- und Auslandssachverhalten. Die Eröffnung des Schutzbereichs der Grundrechte bei Auslandssachverhalten ist kaum umstritten.⁶⁵¹ Strittig ist der Umfang des effektiven Garantiebereichs, wobei die überwiegende Meinung die BVerfG-Rechtsprechung, die zu einem verminderten Grundrechtsschutz führt, allenfalls wegen ihrer fehlenden systembildenden⁶⁵²

647 Zum Charakter des Art. 6 EGBGB als einfachem Gesetz, das eine Öffnungsklausel für das Verfassungsrecht enthält (H.J.Sonnenberger, Art. 6 Rn. 53 in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998).

648 BVerfGE 31, 58, 86 "Spanier".

649 Die EMRK soll ebenfalls zu den "Grundrechten" (dafür D.Coester-Waltjen, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsberührung – familien- und erbrechtlicher Bereich, S. 20 m.w.N. in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998. bzw. zum deutschen "ordre public" gehören J.Kokott, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public, S. 71, 96 ff, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998, so daß eine werbungsfreundliche Rechtsprechung des EGMR insoweit ebenfalls Bedeutung zu erlangen vermag.

650 Art. 6 EGBGB ist es als einfachem Gesetz aus Gründen der Normenhierarchie verwehrt, Grundrechte des Grundgesetzes einzuschränken.(H.J.Sonnenberger, Art. 6 Rn. 50, 70 in: Münchner Kommentar, 3.Auf. 10.Band, 1998),

651 H.Kronke, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, S. 33, 40 f m.w.N., in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998.

652 Für ein offenes "System" H.Kronke, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, S. 51, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998:"Ein offenes, bewegliches Argumentationssystem ohne Anbetung dogmatischer Götzen, wie Territorialitätsprinzip, Subjektion usw. Ein System mit wenigen Fixpunkten (Ausgangspunkt Grundrechtsnorm, Relativität der Grundrechtswirkung und der Eingriffslegitimation nach Maßgabe der In-

Funktion kritisiert, ihr im Ergebnis aber folgt.⁶⁵³ Das BVerfG hat in seiner berühmten „Spanier“-Entscheidung die Intensität der Geltung der Grundrechte vom Ausmaß der Inlandsbeziehung abhängig gemacht:

„Hierfür mag schon darauf hingewiesen werden, daß der Verfassungsgeber selbst bei der Ausprägung einzelner Grundrechte zwischen Deutschen und Nichtdeutschen unterschieden hat. Unabhängig davon kann ein Grundrecht wesensgemäß eine bestimmte Beziehung zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung voraussetzen, so daß eine uneingeschränkte Durchsetzung in ganz oder überwiegend auslandsbezogenen Sachverhalten den Sinn des Grundrechtsschutzes verfehlen würde. Wieweit dies der Fall ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen. **Vielmehr ist jeweils durch Auslegung der entsprechenden Verfassungsnorm festzustellen, ob sie nach Wortlaut, Sinn und Zweck für jede denkbare Anwendung hoheitlicher Gewalt innerhalb der Bundesrepublik gelten will oder ob sie bei Sachverhalten mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung eine Differenzierung zuläßt oder verlangt** (...). Im Rahmen dieser, aus der Verfassung selbst zu entwickelnden Bestimmung der Reichweite der Grundrechte mag auch die erwähnte Grundhaltung der Verfassung gegenüber anderen Staaten und der Völkerrechtsgemeinschaft ihre Rolle spielen.“⁶⁵⁴

Es muß also im Rahmen von Art. 6 EGBGB zunächst geprüft werden, inwieweit die Grundrechte auf den Auslandssachverhalt überhaupt anwendbar sind.⁶⁵⁵ Allein die Vermittlung durch die Bindung der deutschen Rechtsprechung nach Art. 1 Abs. 3 GG soll nicht genügen. **Es geht also grundsätzlich um das „Wieviel“** (effektiver Garantiebereich) – und nicht vorrangig um das „Ob“ (Schutzbereich) und das „Wo“ der Grundrechtsausübung. Der Ausgangspunkt der Betrachtung ist – wie das BVerfG in seiner „Zweitregisterentscheidung“ angenommen hat – der geringere (faktische und (völkerrechtliche) Gültigkeitsanspruch des deutschen Rechts:

„Berührt die Ausübung des Grundrechts zwangsläufig die Rechtsordnungen anderer Staaten und werden die widerstreitenden Interessen der Grundrechtsträger in einem Raum ausgetragen, der von **der deutschen Rechtsordnung nicht mit alleinigem Gültigkeitsanspruch** beherrscht wird, ist die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers größer als bei der Regelung von Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt. **Namentlich ist es ihm nicht verwehrt, besondere Gegebenheiten zu berücksichtigen, die den ausgestaltungsbedürftigen Sachbereich prägen, sich aber seiner Verfügungsgewalt entziehen.** ...

Der deutsche Gesetzgeber steht deswegen vor der Alternative, den deutschen Grundrechtsstandard entweder ungeschmälert zu wahren, ihm damit aber dem Bereich der Hochseeschifffahrt praktisch zu entziehen oder **ihm ein Anwendungs-**

landsbeziehung, unantastbarer Wesensgehalt) und vielen Variablen (den denkbaren Anknüpfungen für die Messung der Inlandsbeziehung).“

653 Darstellung bei R.Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, S. 30- 73 m.w.N.

654 BVerfGE 31, 58, 77.

655 H.Kronke, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, S. 33, 48 m.w.N., in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998.

*feld zu erhalten, dann aber eine Minderung des Grundrechtsstandards in Kauf zu nehmen.*⁶⁵⁶

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß das Ausmaß der Minderung des Grundrechtsstandards umstritten ist. Wie bei dem verwandten, wenn aber auch anders gelagerten Fall der Geltung der Grundrechte *bei der Delegation von Hoheitsbefugnissen an die Europäischen Gemeinschaften*⁶⁵⁷, wird das Ausmaß der Minderung des Grundrechtsstandards vorläufig der einzelfallbezogenen Rechtsprechung überantwortet bleiben. Es ist selbstverständlich, daß Wesens- und Kerngehalt der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG; Art. 79 Abs. 3 GG) nicht zur Disposition stehen. Für die Meinungsfreiheit stellt sich aber – anders als für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit⁶⁵⁸ – die grundsätzliche Frage, inwieweit eine Minderung des Grundrechtsschutzes vertretbar ist. Aus völkerrechtlicher Sicht könnte man angesichts eines dort umfassenden meinungsfreiheitlichen Schutzes⁶⁵⁹ auch vertreten, daß gerade eine Durchsetzung durch nationale Grundrechtsstandards der Durchsetzung des Völkerrechts dient.⁶⁶⁰ Das wird gerade von einer Literaturmeinung⁶⁶¹ für die Meinungsfreiheit bejaht und das unter Rekurs auf die bei-läufigen Worte des BVerfG in der frühen „Elfes-Entscheidung“, nach der Art. 5 GG das Recht umfasse

*„... seine Meinung im In- und Ausland zu äußern.“*⁶⁶²

Ein *globales deutsches Grundrecht auf Meinungsfreiheit* kann – jedenfalls für die *werbliche Meinungsfreiheit* – nur als Grundrechtshypertrophie kritisiert werden. Es muß jeder Volkswirtschaft selbst überlassen bleiben, wieweit sie Werbung zuläßt oder verbietet; insbesondere wie sie den Schutz von Integritäts- und negativen Rezipienteninteressen bewertet. Die andere Gewichtung, die eine andere Rechtsordnung für diese der Werbung entgegenstehenden Rechtsgüter, trifft, kann

656 BVerfGE 92, 26, 41, f.

657 Dazu siehe unter I 2.

658 Das **Ausmaß** wirtschaftlicher Freiheit gehört in den immer noch existierenden "Planwirtschaften" gerade nicht zu dem Kern, der unterschiedslos überall gewährleistet werden darf. Das BVerfG hat in der Zweitregisterentscheidung zwar eine Schutzpflicht für die Berufsausübung (Art. 12 GG) bejaht (BVerfGE 92, 26, 46 f), im Ergebnis aber den unterschiedlichen Schutzregimen des m Konkurrenzdruck des internationalen

659 Art. 10 EMRK, Art. 19 IPbürgR.

660 Dafür J.Kokott, S. 105 ff, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998, die die Rechtsprechung des BVerfG als rechtlich zulässig, nicht aber als vom Völkerrecht gefordert, kritisiert.

661 Terminologie wie G.Elbing, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Auslandssachverhalten, 1992, S. 99, f. Im Gegensatz zu diesem umfassenden Schutz der Meinungsfreiheit als "Jederrecht" will etwa M.Heintzen, Auswärtige Beziehungen privater Verbände, 1988, S. 127- 144 außerhalb der Bundesrepublik Deutschland alle Grundrechte zu Deutschenrechten mutieren (S. 138) und also Ausländern keine Meinungsfreiheit zusprechen. Auch ausländisches Werbefernsehen soll deshalb nur reflexartig durch die Informationsfreiheit, und nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt sein; siehe dazu W.Löwer, Ausländisches Werbefernsehen und deutsches Verfassungsrecht, JZ 1981, 730, 733 ff.

662 BVerfGE 6, 32, 44.

die deutsche Rechtsordnung nach hier vertretener Ansicht *regelmäßig* hinnehmen. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil die Werbung im Rahmen des Marketing-Mix nur *eine* Absatztechnik ist, und es deshalb nicht gerechtfertigt ist, Beschränkungen der Preispolitik grundsätzlich anders zu bewerten als den Einsatz von Kommunikationspolitik.⁶⁶³ Ausländisches Werbebeschränkungs- und verbotsrecht verstößt damit grundsätzlich nicht gegen den *ordre public* des deutschen Kollisionsrechts.

Von der Frage der Anwendbarkeit ausländischen Werberechts vor deutschen Gerichten ist die Frage der staatlichen Schutzpflichten bei Werbebeschränkungen im Ausland zu trennen.

g) *Schutzanspruch (deutscher) Werbetreibender gegenüber der Bundesrepublik Deutschland bei ausländischen Werbebeschränkungen*

Dieser Fall unterscheidet sich von vorherigem Abschnitt dadurch, daß die Mitbewerber in Bezug auf die Auslandswerbung *nicht* vor deutschen Gerichten vorgehen, sondern eine Beschränkung der Werbung im Ausland (unter Mitwirkung) von ausländischen Staatsorganen erfolgt und der deutsche Werbetreibende dagegen vor deutschen Gerichten *vom deutschen Staat* Schutz beansprucht. Die Existenz grundrechtlicher Schutzpflichten ist unbestritten; bestritten ist jeweils der Umfang der Pflichten des deutschen Staates. Es gibt hier theoretisch zwei Schienen; zum einen den Anspruch auf konsularischen Schutz und zum anderen einen grundrechtlichen Einwirkungsanspruch der Werbetreibenden gegenüber dem deutschen Staat.

aa) Anspruch auf diplomatischen Schutz

Beim Anspruch auf „konsularischen oder diplomatischen Schutz“^{664 665} handelt es sich um den Anspruch gegen den deutschen Staat, die Interessen seiner Staatsangehörigen gegenüber fremden Staaten zu vertreten. Die Rechtsgrundlage dieses Anspruchs ist unklar, weil das Grundgesetz im Gegensatz zu Vorgängerverfassungen schweigt.⁶⁶⁶ Auch in seiner berühmten „Hess-Entscheidung“ hat das BVerfG die Rechtsgrundlage nicht ausdrücklich genannt und wenn man die dort

663 Dazu siehe im 7.Kapitel.

664 Siehe zum Anspruch auf diplomatischen Schutz J.Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, § 111 Rn. 123 in Handbuch des Staatsrechts, Band V, und Th.Giegerich, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, ZaöRV 1997, 409, 550 f. M.Ruffert, Diplomatischer und konsularischer Schutz zwischen Völker- und Europarecht, AÖR 35 (1997), 458, 463 ff zum gemeinschaftsrechtlichen Schutzanspruch.

665 R.Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, S. 110 ff zum Anspruch auf ermessensfehlerhafte Entscheidung und zur Frage der Entschädigung bei Nichterfüllung. Zum Unterschied von "Einwirkungsanspruch" und Anspruch auf diplomatischen Schutz G: Elbing, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug, 1992, S. 107 ff.

666 R.Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, S. 108 m.w.N.; zu den Rechtsgrundlagen des Statusverhältnis aus Art. 1 Abs. 3 GG (M.Heintzen, a.a.O., 136 ff).

in Bezug genommenen Entscheidungen liest, drängt sich der Verdacht auf, daß das BVerfG⁶⁶⁷ die Nennung der Rechtsgrundlage bewußt vermeidet. Das *Ergebnis* dieser Rechtsprechung zum konsularischen Schutz ist indes eindeutig: es besteht nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens und angesichts der Weite des benötigten und respektierten außenpolitischen Spielraums ist der Anspruch de facto kaum justitiabel, sofern er sich auf mehr als die Bescheidung des Ablehnens des Tätigwerdens erstreckt.

bb) Grundrechtlicher Anspruch auf Einwirkung

Dieses Ergebnis wird von einer Literaturmeinung als unbefriedigend empfunden. Zumindest für die nicht-kommerzielle Meinung bejaht sie einen „*Einwirkungsanspruch*“ *gegen die deutsche Staatsgewalt*, die „die Beachtung der Grundrechte des Grundrechtsträgers bei der fremden Staatsgewalt *anmahnen muß*.“^{668 669}

Im Unterschied zum diplomatischen Schutz wird der Einwirkungsanspruch auf das jeweilig betroffene Grundrecht – also Art. 12 und/oder Art. 5 GG gestützt – und eine Konkretisierung des Mittels – nämlich eine „Bemühenslast“ der deutschen Gewalt⁶⁷⁰ angenommen. Der effektive Garantiebereich des Einwirkungsanspruchs kann allerdings auch nach dieser Meinung durch „gewichtige Interessen des Allgemeinwohls“⁶⁷¹ reduziert werden. Die Vorstellung, daß die Bundesrepublik gezwungen werden kann, für die HIV-Werbung (Fall Ila) eines deutschen Unternehmens im Iran vorstellig zu werden, entbehrt also auch nach dieser Meinung der Wahrscheinlichkeit. Die theoretischen Grundlagen wären durch diese Meinung allerdings gelegt.

h) Zusammenfassung

Dieser Abschnitt konnte nur die Strukturen des internationalen Wettbewerbs- und Grundrechtskollisionsrechts skizzieren. Der juristische Erkenntnisstand ist vor allem was die Behandlung von multi-state-Delikten angeht, genauso unbefriedigend wie das Problem in der Sache schwierig ist. Hier ist vorhersehbar, daß die Rechtsprechung mit der Entwicklung von Spürbarkeitskriterien zu einer Minde-

667 BVerfGE 56, 349, 364 unter Verweis auf BVerfGE 6, 290, 299 mit Ausführungen zu einer Schutzpflicht, die auf Art. 14 GG rekurriert; unklarer BVerfGE 41, 141, 177, wo von einer Schutzpflicht zugunsten mehrerer Rechtsgüter (Staatsangehörigkeit, Vermögen) die Rede ist.

668 G.Elbing, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Auslandssachverhalten, 1992, S. 99.

669 Siehe zu einem weiteren Vertreter H.Kronke, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, S. 44 m.w.N., in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, 1998.

670 Deren Erfolglosigkeit allerdings keine Schadensersatzansprüche auszulösen vermag. G.Elbing, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Auslandssachverhalten, 1992, S. 121 ff unter Hinweis auf die Pershing-Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG 66, 39, 62) nach der der BRD bei fehlender Steuerungsfähigkeit ein Grundrechtseingriff nicht zugerechnet werden könne.

671 G.Elbing, Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Auslandssachverhalten, 1992, S. 249 ff.

rung der Zahl der berufenen Rechtsordnung kommen wird. Aus der Sicht des meinungsfreiheitlichen Schutzes der Werbung stellt diese ex-post-Konturierung der zuständigen Rechtsordnung ein (wirtschaftliches) Risiko dar. Man wird dieses Risiko beim derzeitigen Erkenntnisstand⁶⁷² wegen der Verbreitungs- und Gewinnchancen für diese werbeträgerakzessorischen werbliche Meinung auch unter Anwendung von Art. 5 Abs. 1 GG für zumutbar halten müssen.⁶⁷³ Grundsätzlich geht der Kommunikator immer das Risiko ein, daß seine Meinung einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen wird. Das Risiko bei multi-state-Delikten, bei der etwa in 20 Ländern eine Werbung zulässig und in 5 Ländern unzulässig wäre, die „werbliche Meinung“ trotzdem zu äußern, scheint gegenüber dem allgemeinen Risiko der Inanspruchnahme angesichts der Verbreitungschancen grundsätzlich nicht unzumutbar hoch. Selbstverständlich kommt es hier auf den Einzelfall und die Schwere der Sanktionen an, die dem Werbenden oder Werbeträger drohen.

Der Abschnitt über Werbung mit Auslandsberührung bestätigt die These, daß ein meinungsfreiheitlicher Schutz von Werbung der *Ungleichbehandlung* der Politiken des Marketing-Mix Vorschub leistet. Eine ausländische Vorschrift, die die Preispolitik der Wettbewerber (etwa bei Tabak durch die Auferlegung von Steuern) beschränkt oder den Verkauf in gesonderten Verkaufsstellen verlangen würde, gelangte vermutlich kaum in die Nähe einer ordre public- Prüfung⁶⁷⁴ oder eines Einwirkungsanspruchs. In der Sache handelt es sich in beiden Fällen um eine Beschränkung des Marketing.

672 Es bedeutet auch eine erhebliche Investition, für Satelitenprogramme Zuschauerzahlen zu erlangen; eine weitere Unsicherheit ist der Schluß von der Zahl der Zuschauer dieser von außen einstrahlenden Programme auf deren Nachfrageverhalten.

673 Den Risikogedanken – allerdings in anderem Zusammenhang – erwähnt auch G.Elbing, a.a.O.; S. 254 ff.

674 Siehe auch die zurückhaltenden Ausführungen des BVerfG (BVerfGE 91, 335,338 ff) zum Schutz von Vermögensinteressen nach Art. 2 Abs. 1 GG bei der *Zustellung* von Klagen, die auf die oft erheblichen Strafschadensersatzansprüche (punitive damages) gerichtet sind. Die spätere Anerkennung des Urteils oder seine Verweigerung wird dadurch nicht präjudiziert.