

Dieter Dörr/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.)

Medien in der Europäischen Gemeinschaft

Schriftenreihe des Arbeitskreises
Europäische Integration e.V.

Band 59



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-3128-5

1. Auflage 2007

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Werberegungen und Herkunftslandprinzip

Georgios Gounalakis

A. Einleitung

Die Europäische Gemeinschaft hat im Laufe der vergangenen Jahre ein gutes Stück Medienrecht geschaffen. Ausgangspunkt und noch immer Kern der europäischen Medienordnung war die Verabschiedung der Fernsehrichtlinie¹ im Jahr 1989. Mit ihrem Sendestaatsprinzip sollte sie die freie grenzüberschreitende Verbreitung von Fernsehsendungen in der Gemeinschaft ermöglichen. Eine konsequente Entwicklung, hatte doch der EuGH den Rundfunk schon längst dem System der Grundfreiheiten des EGV zugeordnet.² Damit wenig einverstanden zeigten sich seinerzeit Kritiker, die in dieser wirtschaftsrechtlichen Verortung des Fernsehens eine Vereinnahmung der nationalstaatlichen Kulturkompetenzen durch die Gemeinschaft erblickten. Besonders für die materiell-rechtlichen Bestimmungen der Richtlinie, die eine Mindestharmonisierung der nationalen Rechtsordnungen bewirken sollen, wurde eine Regelungskompetenz der Gemeinschaft in Zweifel gezogen.

Inzwischen ist diese Kritik verstummt. Und wenn man sich heute streitet, dann geht es um die zweite Novelle der Fernsehrichtlinie nach 1997: Soll der Anwendungsbereich der Richtlinie auf das Fernsehen beschränkt bleiben oder ist es unter den Bedingungen einer „Konvergenz der Medien“ nicht sinnvoller, weg von einem plattformabhängigen Ansatz hin zu einer inhalteorientierten Regulierung sämtlicher audiovisueller Mediendienste zu gelangen? Und: Beschreiben die bestehenden Mindeststandards eigentlich noch einen Mindeststandard oder ist eine Liberalisierung angezeigt?

Für unser Thema „Werberegungen und Herkunftslandprinzip in der Europäischen Gemeinschaft“ ist besonders die letzte Frage von Interesse, denn Forderungen nach einer Liberalisierung werden seit jeher gegenüber dem Werberecht der Fernsehrichtlinie erhoben. Traditionell werden die quantitativen Werbebestimmungen, genauer die Werbezeitbeschränkungen, als zu restriktiv kritisiert. Und als Überras-

1 Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität vom 3. Oktober 1989, ABl. L 298 vom 17.10.1989, S. 23–30.

2 Vgl. EuGH, Urteil vom 30. April 1974, Rs. 155/73, Slg. 1974, 409 – *Sacchi*; EuGH, Urteil vom 18. März 1980, Rs. 52/79, Slg. 1980, 833 – *Debauve*; EuGH, Urteil vom 18. März 1980, Rs. 62/79, Slg. 1980, 881 – *Coditel I*.

schung des Kommissionsentwurfs zur Novellierung der Fernsehrichtlinie trat Ende des vergangenen Jahres zeitgleich mit der Aufarbeitung des ARD-Schleichwerbungsskandals die Diskussion rund um die Legalisierung des Product Placement mit auf die rechtspolitische Agenda. Auf diese Einzelfragen wird näher einzugehen sein, doch nicht ohne zuvor einen Querschnitt durch das Werberecht der Europäischen Gemeinschaft insgesamt vorgenommen zu haben; schließlich steht die Fernsehrichtlinie auch als sektorspezifische Quelle europäischer Werbebestimmungen längst nicht mehr isoliert da.

In einem zweiten Schritt soll das Zusammenspiel von sekundärrechtlichem Herkunftslandprinzip und Mindeststandardprinzip anhand des EG-Werberechts thematisiert werden. Am Ende dieser Überlegungen sollte sich die These bewährt haben, dass das Herkunftslandprinzip als binnenmarktrealisierendes Rechtsinstrument ohne eine gleichzeitig erfolgende Mindestharmonisierung der nationalen Rechtsordnungen auch im Bereich der Werbung kaum zu rechtspolitisch wünschenswerten Ergebnissen führen kann. Dies lässt sich anhand einer Gegenüberstellung von E-Commerce-Richtlinie³ und Fernsehrichtlinie anschaulich machen. Als Beispiel für ein wenig gelungenes Zusammenspiel von Herkunftsland- und Mindeststandardprinzip soll darüber hinaus auch die geplante Neuregelung der Werbebestimmungen der Fernsehrichtlinie kritisch hinterfragt werden.

Abschließend soll ein nicht minder aktuelles Kapitel gemeinschaftsrechtlicher Werberegulierung stehen: das umfassende Tabakwerbeverbot der Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG.⁴ Viel ist diskutiert worden über die Kompetenz der Gemeinschaft zum Erlass des Verbots, viel aber auch über seine materielle Rechtmäßigkeit. Nun, da seit dem 13. Juni 2006 die Schlussanträge des Generalanwalts *Philippe Léger* zur Klage Deutschlands gegen die Richtlinie vorliegen, sollte die Gelegenheit genutzt werden, auch hierüber einige Worte zu verlieren.

B. Werberecht aus Sicht des Primärrechts und des primärrechtlichen Herkunftslandprinzips

Doch zunächst zurück zum versprochenen Querschnitt durch das europäische Werberecht insgesamt. Werbung im europarechtlichen Rahmen genießt erst einmal Werbefreiheit, nämlich als nach Art. 10 EMRK geschützte Form kommerzieller Kommunikation.⁵ Werbeordnungsrecht, wie es sich in den einzelnen EG-Richtlinien

3 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt vom 8. Juni 2000, ABl. L 178 vom 17.07.2000, S. 1–16.

4 Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen vom 26. Mai 2003, ABl. L 152 vom 20.06.2003, S. 16–19.

5 Vgl. *Bullinger*, HRLJ 1985, S. 339 (349); *Engel*, Privater Rundfunk vor der EMRK, Baden-Baden 1993, S. 115 ff.

wiederfindet, ist dagegen vor allem ein Recht der Werberestriktionen, also der Beschränkungen und Verbote. Normziele dieser Restriktionen sind vielfältiger, sich zum Teil überschneidender Provenienz. So entstammen die Zwecke der Werbebestimmungen dem Wettbewerbsschutz – ein Regelungszweck, der den Kompetenzen der EG am nächsten steht –, aber auch den Gebieten des Medienrechts, des Gesundheits- und des Jugendschutzes. Für diese Gebiete hat die Gemeinschaft freilich keine unmittelbaren Rechtsetzungskompetenzen, ihre Regelungsbefugnis beansprucht sie allein aus Gründen der Binnenmarktharmonisierung.⁶

Typisch medienrechtliche Zwecke verfolgen beispielsweise Bestimmungen über die Trennung von Werbung und Programm bzw. das Verbot getarnter Werbung, wobei hier auch Ziele des Verbraucherschutzes über eine Irreführung über den werbenden Charakter eines redaktionell aufbereiteten Beitrags mit einfließen. Ebenso als medienrechtlich einzustufen sind die für das Fernsehen geltenden Werbezeitbeschränkungen, die einer Überflutung des Zuschauers mit Werbung vorbeugen und darüber hinaus auch als Schutznormen vor einem allzu sehr auf Werbewirksamkeit ausgerichteten Programm interpretiert werden können. Gesundheitspolitischen Zielen dienen die Restriktionen für Heilmittel-, Alkohol- oder Tabakwerbung.

Eingebettet hat der Gemeinschaftsgesetzgeber seine Werberegulungen mitsamt ihrer einzelnen Schutzzwecke in das System der Grundfreiheiten, wie es der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Sicherung eines grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehrs entwickelt hat. Am Ende dieser Rechtsprechung stand eine Dogmatik der Grundfreiheiten, die sich als sog. primärrechtliches Herkunftslandprinzip kennzeichnen lässt.⁷ Ausgangspunkt war die berühmte Entscheidung *Cassis de Dijon* aus dem Jahre 1979.⁸ Mit ihr hatte der EuGH anerkannt, dass auch diskriminierungsfrei anzuwendende Vorschriften des Importstaates grundsätzlich vom Verbot der Beschränkung des freien Warenverkehrs (heute geregelt in Art. 28 EG) erfasst sein können. Da eine Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bis auf weiteres nicht zu erreichen war, sah der Gerichtshof die einzige Möglichkeit, den gemeinsamen Markt zu verwirklichen, in einer Warenverkehrsfreiheit, die die einzelnen Mitgliedstaaten dazu zwingt, die Vorschriften der jeweils anderen Mitgliedstaaten im Bereich der Warenproduktion als grundsätzlich gleichwertig anzusehen und keine darüber hinausgehenden rechtlichen Anforderungen zu stellen. Das primärrechtliche Herkunftslandprinzip führte also fortan dazu, dass die nach dem Marktortprinzip berufenen Sachnormen bei einem Verstoß gegen die Warenver-

6 Die einzelnen Regelungszwecke der Werbebeschränkungen stellen sich stets als Rechtfertigungsgründe für Behinderungen des innergemeinschaftlichen Handels dar. Eine Aufstellung der einzelnen Rechtfertigungsgegenstände findet sich bei *Doukas*, Werbefreiheit und Werbebeschränkungen, Hamburg 2003, S. 86 ff.

7 Ein Begriff, der seine Prägung der deutschen Europarechtswissenschaft verdankt, die mit ihm den Grundsatz beschreibt, wonach eine den Bestimmungen des Herkunftslands gemäß produzierte und angebotene Ware grundsätzlich die Verkehrsfähigkeit innerhalb des gesamten Binnenmarkts besitzt. Vgl. nur *Steindorff*, ZHR 150 (1986), S. 687 (689).

8 EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rs. 129/78, Slg. 1979, 649 – *Rewe-Zentral-AG*.

kehrsfreiheit nicht angewendet werden dürfen, es sei denn, es gelingt die Rechtfertigung. Rechtfertigende Wirkung haben nach der Rechtsprechung des EuGH Regelungen, die zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls entsprechen.⁹ Als solche stets ausdrücklich betont hat das Gericht die Lauterkeit des Handelsverkehrs sowie den Verbraucherschutz.¹⁰

Nun sind Werbeverbote keine produktbezogenen Vorschriften, sondern betreffen vielmehr die Art und Weise des Vertriebs von Produkten. Doch können bei grenzüberschreitendem Vertrieb unterschiedliche Werbevorschriften auch Einfluss auf den zwischenstaatlichen Handel haben und daher grundsätzlich unter den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 EG fallen. Dies ist angesichts der *Dassonville*-Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1974 unzweifelhaft.¹¹ Nach ihr ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, von der Warenverkehrsfreiheit erfasst.

Allerdings nahm die *Keck*-Entscheidung¹² den Bereich des Werberechts weitgehend aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit heraus. Der EuGH stellte fest, diskriminierungsfreie Verkaufsmodalitäten seien nicht geeignet, den freien Verkehr von Waren zu behindern und könnten daher auch nicht zu den Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EG gehören. Als Verkaufsmodalitäten gelten Regelungen, die sich auf den räumlichen und zeitlichen Vertrieb von Waren beziehen, nicht jedoch auf die Eigenschaften der betroffenen Produkte.¹³ Sind daher nationale Werbebeschränkungen in aller Regel mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar, richtet sich der Fokus dieser Regeln auf deren Einklang mit der Dienstleistungsfreiheit.

Unterschiedliche Werbebestimmungen behindern den grenzüberschreitenden Verkehr von Werbung als Dienstleistung und stellen daher rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigungen des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 49 EG dar. Beeinträchtigungen sind gerechtfertigt, wenn die betreffende Regelung dem Schutz des Allgemeininteresses dient, nicht im Missverhältnis zum angestrebten Ziel steht und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.¹⁴ Es zeigt sich also: Nationalstaatliche Werbebeschränkungen, die den genannten Zwecken des Wettbewerbs-, Verbraucher- und Gesundheitsschutzes, aber auch dem Ziel der Er-

haltung der Vielfalt in den Medien dienen, verstoßen nicht per se gegen die Waren- oder die Dienstleistungsfreiheit, sofern sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Konnte mit diesem vom EuGH errichteten System der Grundfreiheiten zwar die Grundlage für einen funktionierenden Binnenmarkt gelegt werden, blieben doch gravierende Unterschiede in der Werberegulierung der Mitgliedstaaten unvermeidbar. Hinzu trat die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der jeweils anzuwendenden nationalen Regelungen; vor allem, weil die Grundsätze des EuGH nur beschränkt trennscharf handhabbar, gerichtliche Entscheidungen nur begrenzt vorhersehbar blieben.

C. Sekundärrecht im Überblick

I. Fernsehrichtlinie 89/552/EWG

Mit der Verabschiedung der Fernsehrichtlinie wurde den Schwächen eines allein primärrechtlichen Herkunftslandprinzips erstmals für den Bereich der Medien Rechnung getragen. Die Richtlinie schreibt das Herkunftslandprinzip sekundärrechtlich fest. So hat der Sendestaat nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie dafür zu sorgen, dass die von seinem Gebiet ausgehenden Sendungen dem nationalen und dem europäischen Recht entsprechen. Grundsätzlich sind alle Fernsehsendungen gemeinschaftsweit frei weiterzuverbreiten. Ausdrücklich darf kein Mitgliedstaat die Verbreitung von Fernsehsendungen aus Gründen der durch die Richtlinie koordinierten Bereiche behindern.

Kommt auf der Basis dieses strikten Sendestaatsprinzips eine Beschränkung der Weiterverbreitung einer Fernsehsendung fremder Mitgliedstaaten so gut wie nicht in Frage, wäre an und für sich danach zu fragen, weshalb angesichts des damit einhergehenden Liberalisierungsdrucks überhaupt noch nationalstaatliche Werbebeschränkungen bestehen. Die Antwort freilich liegt im zweiten in der Richtlinie festgeschriebenen Prinzip: dem der Normierung von Mindeststandards. Das Mindeststandardprinzip stellt materiellrechtliche Mindestanforderungen an europäische Fernsehsendungen, unter denen gerade die Anforderungen an Fernsehwerbung breiten Raum einnehmen.

Neben Werbeverboten und Beschränkungen für Tabakerzeugnisse, Arzneimittel und Alkohol normiert die Fernsehrichtlinie den Grundsatz der Trennung von Werbung und Programm, das Schleichwerbungsverbot, Kennzeichnungspflichten und als komplexesten Teil Vorschriften über Teleshopping. Hinzu kommt eine ganze Reihe quantitativer Werbebeschränkungen, die etwa überaus kompliziert festlegen, welchen Anteil der täglichen Werbezeit mit Spotwerbung belegt werden darf, oder in welchen Abständen eine Fernsehsendung mit Spotwerbung in welcher Dauer unterbrochen werden darf. Man tut der deutschen Gesetzgebung, die diese Mindeststandards annähernd eins zu eins ins deutsche Recht übernommen hat, also Unrecht mit der Behauptung, das deutsche Fernsehwerberecht sei zu kompliziert und zu

9 EuGH, Urteil vom 26. April 1988, C-352/85, Slg. 1988, 2085 – *Bond van Adverteerders*, Rn. 36.

10 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 25. Juli 1991, C-288/89, Slg. 1991, I-4007 – *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, Rn. 14.

11 EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5.

12 EuGH, Urteil vom 24. November 1993, C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck und Mithouard*.

13 EuGH, Urteil vom 24. November 1993, C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck und Mithouard*, Rn. 15 ff.

14 EuGH, Urteil vom 26. April 1988, C-352/85, Slg. 1988, 2085 – *Bond van Adverteerders*, Rn. 36; EuGH, Urteil vom 22. Januar 2002, C-390/99, Slg. 2002, I-607 – *Canal Satélite Digital*, Rn. 33.

streng. Von der für die Mitgliedstaaten in der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit, für die ihrer Rechtsordnung unterworfenen Fernsehveranstalter strengere Werbevorschriften vorsehen zu dürfen, hat die Bundesrepublik lediglich für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Gebrauch gemacht. Dass sich die Europäische Kommission im Jahr 2004 veranlasst sah, eine Mitteilung zur nach ihrer Ansicht zutreffenden Auslegung der Werbebestimmungen der Fernsehrichtlinie zu veröffentlichen,¹⁵ spricht jedenfalls für sich.

Insgesamt verfolgt die derzeit zur Überarbeitung anstehende Fernsehrichtlinie ein gemischtes Konzept. Es besteht aus dem Herkunftslandprinzip einerseits und dem Prinzip der Mindestharmonisierung andererseits und soll in der Orientierung am System der Grundfreiheiten einen freien Dienstleistungsverkehr im Fernsehwerbesektor forcieren.

Doch ist die Fernsehrichtlinie längst nicht mehr einzige Quelle gemeinschaftsrechtlicher Werbebestimmungen. Im bestehenden Rechtsrahmen der Europäischen Gemeinschaft lassen sich drei Gruppen unterscheiden: *Sektorspezifische Werbevorschriften*, die sich in Fernsehrichtlinie und E-Commerce-Richtlinie finden, *produktbezogene Regelungen*, die in der Tabakwerberichtlinie und der Richtlinie zur Schaffung eines Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel¹⁶ enthalten sind, sowie drittens *allgemein wettbewerbsrechtliche Werbebestimmungen*, wie sie in der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung¹⁷ und auch in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken¹⁸ normiert sind.

II. E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG

Zu den sektorspezifischen Werberegulungen zählt die E-Commerce-Richtlinie. Nach Art. 1 Abs. 1 soll sie einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarkts leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt. In sachlicher Hinsicht ist die Richtlinie auf Dienste der Informationsgesellschaft begrenzt. Sie enthält Vorschriften

15 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf bestimmte Aspekte der Bestimmungen der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ über die Fernsehwerbung vom 28. April 2004, Abl. C 102 vom 28.04.2004, S. 2–11.

16 Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vom 6. November 2001, ABl. L 311 vom 28.11.2001, S. 67–128.

17 Richtlinie 84/450/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung vom 10. September 1984, ABl. L 250 vom 19.09.1984, S. 17–20.

18 Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003, ABl. L 149 vom 11.06.2005, S. 22–34.

über den elektronischen Geschäftsverkehr, womit auch die Werbung in elektronischen Abrufdiensten erfasst ist. Dies stellt Erwägungsgrund 18 der Richtlinie klar, der die kommerzielle Kommunikation ausdrücklich als Dienst der Informationsgesellschaft nennt.

Bemerkenswert an der E-Commerce-Richtlinie ist die Reichweite des in ihr normierten Herkunftslandprinzips. Während sich das Sendestaatsprinzip der Fernsehrichtlinie auf den durch sie harmonisierten Bereich beschränkt, geht das Herkunftsprinzip der E-Commerce-Richtlinie über den von ihr harmonisierten Bereich hinaus. In Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie heißt es: „Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.“ Und nach Abs. 2 „dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.“

Auf den ersten Blick scheint mit der Verwendung des Begriffs „koordinierter Bereich“ das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie dem der Fernsehrichtlinie nachempfunden zu sein. Doch ist dieser Begriff im Normzusammenhang der E-Commerce-Richtlinie nicht etwa deckungsgleich mit dem engen Begriffsverständnis, wie sie die *De Agostini*-Entscheidung des EuGH im Jahre 1997¹⁹ für den koordinierten Bereich im Sinne der Fernsehrichtlinie ermittelt hat:²⁰ Entspricht danach der koordinierte Bereich der Fernsehrichtlinie noch weitestgehend dem durch sie harmonisierten Bereich, definiert Art. 2 lit. h) der E-Commerce-Richtlinie den koordinierten Bereich viel umfassender, nämlich als Anforderungen, welche in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und für die Dienste der Informationsgesellschaft festgelegt sind. Auch soll es nicht auf die Frage ankommen, ob diese Anforderungen allgemeiner Natur sind oder ob sie speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft zugeschnitten sind. Dies soll ausdrücklich auch für Anforderungen gelten, die auf Werbung zutreffen.

Im Ergebnis normiert die E-Commerce-Richtlinie das Herkunftslandprinzip unabhängig von jeglicher Rechtsangleichung und erstreckt den koordinierten Bereich weit über den harmonisierten hinaus.²¹ Demzufolge richten sich die Werbemaßnahmen für Waren oder Dienstleistungen, die über das Internet deutschen Kunden angeboten werden, jeweils nach der Niederlassung der Anbieter. Schließlich wird die Gefahr einer Harmonisierung auf niedrigstem Schutzniveau weder durch die wenigen materiell-rechtlichen Mindestbestimmungen noch durch die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip gebannt:

Als Mindeststandard sieht die Richtlinie in Art. 6 Informationspflichten vor, wonach kommerzielle Kommunikationen als solche klar erkennbar, und die Personen,

19 EuGH, Urteil vom 9. Juli 1997, Rs. C-34/95, Slg. 1997, I-3843 – *De Agostini and TV-Shop*.

20 *Bodewig*, GRUR Int. 2000, S. 475 (479); *Ohly*, GRUR Int. 2001, S. 899 (900).

21 *Bodewig*, GRUR Int. 2000, S. 475 (479); *Ohly*, GRUR Int. 2001, S. 899 (900).

in deren Auftrag sie erfolgen, klar identifizierbar sein müssen. Ferner bestimmt Art. 7, dass nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation, das sog. Spamming, als Werbemaßnahme klar erkennbar ist. Und Art. 8 der Richtlinie stellt Mindeststandards für die Verwendung kommerzieller Kommunikation bei reglementierten Berufen wie denen des Anwalts, des Arztes oder anderer Freiberufe auf. Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip sind nach Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie nur aus wichtigen Gründen, wie etwa bei einer ernsthaften und schwerwiegenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder der Verbraucher zulässig.

Alles in allem ist bei der werberechtlich höchst bedeutsamen Regelung der E-Commerce-Richtlinie der gesetzgeberische Entschluss unverkennbar, die Unternehmen im elektronischen Geschäftsverkehr von der Pflicht zu befreien, das Recht der verschiedenen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, sowie die rechtlichen Anforderungen auf die Rechtsordnung des Niederlassungsstaats des Unternehmens zu konzentrieren.²² Inwieweit die damit unvermeidliche Liberalisierung des Werberechts im Binnenmarkt noch verbraucherträglich ist, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit der europäische Gesetzgeber mit seinem europäischen Wettbewerbsrecht den materiellen Mindeststandard für Werbemaßnahmen anzuheben vermag.

III. Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung 84/450/EWG

Den Kern europäischer Wettbewerbsgesetzgebung bildete bis zur Verabschiedung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im Jahre 2005 die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung. Mit Inkrafttreten der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken ist die Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich stark beschnitten worden. Sie gilt fortan nur noch zwischen Gewerbetreibenden untereinander, während bisher Verbraucher, Handel- oder Gewerbetreibende, Angehörige freier Berufe und die Allgemeinheit vom Schutz der Richtlinie erfasst waren. In Art. 3 stellt sie nicht etwa Fallgruppen irreführender Werbung, sondern lediglich Mindestkriterien auf, anhand derer beurteilt werden kann, ob eine Werbung irreführend ist. Danach sind alle Bestandteile der Werbung, etwa Merkmale von Waren oder Dienstleistungen, Preisangaben oder Angaben über die Person in die Gesamtwürdigung mit einzubeziehen. Art. 3a normiert die Voraussetzungen für die Zulässigkeit vergleichender Werbung. So darf vergleichende Werbung etwa nicht irreführend sein, muss Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder die gleiche Zweckbestimmung vergleichen und hat sich auf relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen zu beziehen.

²² Drexl in: Münchener Kommentar BGB, Band 11, 4. Aufl. München 2006, IntUnlWettbR, Rn. 44.

IV. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG

Während die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung nunmehr auf den B2B-Sektor beschränkt ist, regelt die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken das Verhältnis zum Verbraucher. Den Kern der Richtlinie bildet Art. 5 Abs. 1, der mit seiner Generalklausel schlichtweg anordnet, dass unlautere Geschäftspraktiken verboten sind. In welchen Fällen das Verbot greift, darüber gibt Art. 5 Abs. 2 dann näheren Aufschluss: Danach ist eine Geschäftspraktik unlauter, wenn sie zum einen den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und zum anderen geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Was das Verbraucherleitbild anbelangt, hat man auf eine Definition bewusst verzichtet und mit Erwägungsgrund 18 ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen. Als unlauter gelten nach Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie insbesondere solche Praktiken, die irreführend oder aggressiv sind. Art. 5 Abs. 5 schließlich verweist auf den Anhang zur Richtlinie, der eine Liste von 31 Fällen enthält, die per se als unlauter und damit als unzulässig gelten. Die Richtlinie bezweckt damit einen dreistufigen Prüfungsaufbau: Beginnend mit der Liste der unter allen Umständen als unlauter geltenden Praktiken, gefolgt von den Beispielfällen über irreführende oder aggressive Praktiken, bis schließlich hin zur Generalklausel. Die Beispielfälle für irreführende und aggressive Praktiken und die Per-Se-Regelungen des Anhangs einzeln aufzuzählen, bedürfte eines eigenen Vortrags.²³ Aus medienrechtlicher Sicht besonders erwähnenswert erscheint mir jedoch das in Nr. 11 des Anhangs statuierte Verbot der als Information getarnten Werbung: Danach ist es unlauter, redaktionelle Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung einzusetzen, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus den für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern oder Tönen eindeutig hervorgeht. Wer nun meint, dies erteile auch der vieldiskutierte Werbeform des Product Placement eine generelle Absage, wird enttäuscht. Denn freilich lässt die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken die speziellen Vorschriften der Fernsehrichtlinie zur Trennung von Werbung und Programm sowie des Schleichwerbungsverbots unberührt.

Gerade dieses Beispiel zeigt, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken den europäischen Rechtsrahmen nicht gerade vereinfacht oder vereinheitlicht hat. Wegen der nur subsidiären Geltung genießen die sektorspezifischen Werberegulungen weiterhin Vorrang. Außerdem ist eine weitere Fragmentierung des Werberechts zu beklagen, da ja die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung für den B2B-Sektor weiterhin in Kraft bleibt. Was die Kritik am weitreichenden Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie betrifft, dokumentiert die neue Richtlinie allerdings eine Wende in der bisherigen Kommissionspolitik: Während die E-Commerce-Richtlinie mit ihrem stark kritisierten Herkunftslandprinzip den Ruf nach einer Stärkung des europäischen Verbraucherschutzes laut werden ließ, verfolgt die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken das Ziel einer Voll-

²³ Einen Überblick gibt Henning-Bodewig, GRUR Int. 2005, S. 629 ff.

harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen. So ist sie durchaus geeignet, den Liberalisierungstendenzen der E-Commerce-Richtlinie auch einen jedenfalls aus Sicht des Werberechts ausreichenden Mindeststandard an materiell-rechtlichen Regelungen an die Seite zu stellen. Das Ziel der Vollharmonisierung lässt letztlich auch die Frage nachrangig werden, ob die „Binnenmarktklausel“ des Art. 4 der Richtlinie als ein sekundärrechtliches Herkunftslandprinzip zu verstehen ist.²⁴

D. Herkunftslandprinzip und Liberalisierungswirkung

Soll es bis hierher mit dem Überblick über das Geflecht bestehender Werberegulierung der Europäischen Gemeinschaft sein Bewenden haben, so steht noch ein Restimee über den sich darin zeigenden marktordnungsrechtlichen Zusammenhang zwischen Herkunftslandprinzip und Mindestharmonisierung aus: Greift der europäische Gesetzgeber, wie etwa in der Fernseh- oder der E-Commerce-Richtlinie, auf das Herkunftslandprinzip zurück, kann der einzelne Mitgliedstaat anders als im Geltungsbereich der Grundfreiheiten die Anwendung eigenen Rechts nicht mehr mit zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls begründen. Das sekundärrechtliche Herkunftslandprinzip nimmt den Mitgliedstaaten also jede Rechtfertigungsmöglichkeit. Diese Konsequenz ist immer dann besonders bedenklich, wenn an sich im System der Grundfreiheiten bestehende Rechtfertigungstatbestände nicht als materielle Mindeststandards harmonisiert werden. Die vehemente Kritik am Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie hat gerade hier angeknüpft, weil sie eine verbraucherfeindliche Liberalisierung des Binnenmarkts befürchtet hat.²⁵ Denn bis zum Inkrafttreten der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken wurde auf eine Mindestharmonisierung, die das Herkunftslandprinzip in seiner Tendenz zur Liberalisierung hätte im Zaum halten können, weitgehend verzichtet.

Sollen also die im System der Grundfreiheiten anerkannten zwingenden Gründe des Allgemeinwohls auch weiterhin marktordnungsrechtlich zu berücksichtigende und rechtspolitisch wünschenswerte Belange bleiben, hat der europäische Gesetzgeber auf einen maßvollen Einsatz des Herkunftslandprinzips zu achten. Ohne ein Mindestniveau an rechtlicher Harmonisierung drohen in der Tat Entwicklungen, die gemeinhin mit den Stichworten „race to the bottom“, „Delaware-Effekt“ oder „forum shopping“ umrissen werden.

24 Über die mit dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag verbundenen kollisionsrechtlichen Unklarheiten gibt *Drexl* in: Münchener Kommentar BGB, Band 11, 4. Aufl. München 2006, IntUnlWettbR, Rn. 69 Auskunft.

25 Ausführliche und argumentativ reiche Kritik am Herkunftslandprinzip bei *Mankowski*, ZVglRWiss 100 (2001), S. 137 ff.

E. Die geplante Absenkung der Mindeststandards der Fernsehrichtlinie

Ausgehend von diesem Befund ist nun die von der Europäischen Kommission geplante Liberalisierung der Werbebestimmungen der Fernsehrichtlinie von besonderem Interesse. Hier hatte man erwartet, der von der Kommission vorgelegte Entwurf würde die Mindeststandards der quantitativen Werberestriktionen absenken. Hier ist die Kommission allerdings nur äußerst behutsam vorgegangen und hat Vorschriften über die Häufigkeit und Dauer von Werbeunterbrechungen aufrecht erhalten. Ob diese Vorschriften noch die Bezeichnung Mindeststandard verdienen, darf bezweifelt werden. Stattdessen ist die Kommission mit ihrem Entwurf²⁶ einen anderen Weg gegangen, indem sie ein weithin als Mindeststandard anerkanntes Verbot in erheblichem Umfang aufhebt: das Schleichwerbungsverbot. In dem Bestreben, die Fernsehrichtlinie für sog. neue Werbeformen zu öffnen, soll unter gewissen Voraussetzungen die Werbepraktik des Product Placement zulässig sein.

Mit der Einführung des neuen Begriffs des Product Placement soll jedoch ganz offensichtlich verschleiert werden, dass es sich bei dieser Werbeform um nichts anderes handelt als Schleichwerbung.²⁷ Daran können insbesondere auch die einschränkenden Voraussetzungen, unter denen Product Placement zulässig sein soll, nichts ändern. Denn weder die Pflicht zur Kennzeichnung dieser Werbeform noch das Verbot, mit Product Placement Entscheidungen der Programmverantwortlichen zu beeinflussen, noch der recht dürftige Katalog von Sendeformaten, in denen Product Placement gänzlich ausgeschlossen sein soll, kann verhindern, dass die klassischen Schutzgüter des Schleichwerbungsverbots verletzt werden.²⁸ Als Schutzgüter stehen nicht nur Wettbewerbssicherung und Verbraucherschutz, sondern auch der rundfunkrechtlich gebotene Schutz der Programmverantwortlichen vor wirtschaftlicher Vereinnahmung im Raum. Auch ist die Vielfalt eines Programms in Gefahr, wenn es sich gegenüber herkömmlicher Werbung in nochmals verstärkter Form um Zuschauerträchtigkeit zu bemühen hat.

Dies sind sämtlich Schutzgüter, die im System der Grundfreiheiten als zwingende Allgemeinwohlintressen gelten. Bestätigt wird dies durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, die getarnte Werbung ausdrücklich verbietet. Die Europäische Kommission fasst also die Legalisierung einer Werbepraktik ins Auge, die das Gemeinschaftsrecht außerhalb des Fernsehbereichs als unlauter einstuft! Die geplante Novelle des Werberechts der Fernsehrichtlinie darf man insgesamt getrost als „schlechten Wurf“ bezeichnen.

26 Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit vom 13.12.2005, KOM(2005) 646 endg.

27 Dazu und zu den Normwidersprüchen, zu denen dies führt *Gounalakis/Wege*, K&R 2006, S. 97 ff.

28 *Gounalakis/Wege*, K&R 2006, S. 97 (99 ff.).

Zum Abschluss bleibt als Beispiel für produktbezogene Werberegelungen noch die Tabakwerberichtlinie der Gemeinschaft aus dem Jahre 2003 zu erwähnen. Die Richtlinie fungiert als Nachfolgerichtlinie zu der vom EuGH im Oktober 2000 aufgehobenen Tabakwerberichtlinie aus dem Jahre 1998²⁹ und enthält ein weitgehendes Werbe- und Sponsoringverbot für Tabakerzeugnisse. Kern der Regelung ist das grundsätzliche Verbot, für Tabak in Diensten der Informationsgesellschaft sowie in Presseerzeugnissen und sonstigen Printmedien zu werben.

In den hier zu behandelnden Kontext von Harmonisierungsmaßnahmen im Anwendungsbereich sekundärrechtlicher Herkunftslandprinzipien passt eine tiefere Auseinandersetzung mit der Tabakwerberichtlinie eigentlich nicht. Doch verweist sie mit ihrem unverkennbar gesundheitspolitischen Ansatz darauf, dass die Gemeinschaft im Rahmen ihrer Maßnahmen zur Binnenmarktharmonisierung durchaus auch Rechtsmaterien querschnittsartig mitregeln darf, für die sie keine eigene Regelungskompetenz hat. Darüber hinaus zeigt aber auch die Pflicht der Gemeinschaft aus Art. 152 Abs. 1 EG, bei allen ihren Maßnahmen auf ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu achten, dass Binnenmarktharmonisierung nicht immer zugleich auch Binnenmarktliberalisierung bedeuten muss.

Ob nun die Gemeinschaft aber im konkreten Fall der Tabakwerberichtlinie über eine Harmonisierungskompetenz, die wenn, dann aus Art. 95 EG folgen könnte, verfügt, erscheint mehr als zweifelhaft. Dies gilt vor allem für das Werbeverbot für Tabak in Presseerzeugnissen. Entscheidend hierfür ist die Frage, ob unterschiedliche mitgliedstaatliche Tabakwerbevorschriften tatsächlich zu einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung führen. Freilich, der Gemeinschaftsgesetzgeber kann sich bei der Beantwortung dieser Frage auf einen weiten legislativen Beurteilungsspielraum stützen und wurde in seiner Beurteilung jüngst von Generalanwalt *Philippe Léger* unterstützt, der beantragt, die Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Tabakwerberichtlinie abzuweisen.³⁰ Doch nach wie vor kann man sich eines Eindrucks nicht erwehren: Der Eingriff in originär gesundheitsrechtliche Kompetenzen der Mitgliedstaaten sowie die Beeinträchtigungen der Meinungs- und Pressefreiheit stehen in keinem angemessenen Verhältnis zum Bedürfnis einer Binnenmarktharmonisierung im Pressesektor. Verhältnismäßigkeitsfragen scheinen jedoch dem Alles-oder-Nichts-Prinzip bei der Auslegung von Kompetenznormen fremd zu sein.

29 Richtlinie 98/43/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen vom 6. Juli 1998, ABl. L 213 vom 30.07.1998, S. 9–12.

30 Vgl. die Schlussanträge vom 13. Juni 2006 in der Rs. C-380/03 Bundesrepublik Deutschland gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union.

Trifft der europäische Gesetzgeber seine Harmonisierungsmaßnahmen, wie mit der Tabakwerberichtlinie geschehen, auf dem höchsten Gesundheitsschutzniveau, entzieht er den nationalen Gesetzgebern de facto die Möglichkeit zu autonomer Regulierung. Diese hier besonders offensichtlichen Zentralisierungstendenzen sind allerdings auch – und hiermit möchte ich schließen – dem Mindeststandardprinzip zu eigen. Dass das Herkunftslandprinzip ohne eine gewisse Korrektur durch das Mindeststandardprinzip zu rechtspolitisch nur begrenzt erstrebenswerten Liberalisierungseffekten führt, ist eingangs gesagt worden. Doch als ebenso wenig wünschenswert muss es gelten, wenn das Mindeststandardprinzip entgegen seinem Wortlaut den nationalstaatlichen Regelungsspielraum über Gebühr einengt. Die quantitativen Werberestriktionen im Kommissionsentwurf einer neuen Fernsehrichtlinie dürften meines Erachtens ein Beispiel hierfür sein. Wo allerdings jeweils die Grenzen zu ziehen sind, ist allemal einer Diskussion würdig.