

**Univ.-Prof. Dr. Werner Schroeder, LL.M.**

**Institut für Europarecht und Völkerrecht**

**Universität Innsbruck**

## **Rechtsgutachten**

**zur geplanten Neuregelung der Kennzeichnung  
und Verpackung von Zigaretten durch die EU**

**im Auftrag des Deutschen Zigarettenverbandes (DZV)**

**Mai 2013**

## Inhalt

A. Zusammenfassung.....	5
B. Aufgabenstellung.....	10
I. Geplante Änderung der TPR.....	10
II. Verfahren zur Änderung der TPR .....	12
III. Vorgehensweise des Rechtsgutachtens .....	12
C. Gutachterliche Prüfung: Allgemeiner Teil .....	14
I. Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften für Zigaretten auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) .....	14
1. Reichweite der Binnenmarktkompetenz.....	14
a) Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz im Allgemeinen .....	14
b) Umgehungsverbot bezüglich des Gesundheitsschutzes.....	16
2. Zulässigkeit einer Folgeharmonisierung durch den Vorschlag TPR 2012.....	18
a) Vorschlag TPR 2012 als Folgeharmonisierung nach Art. 114 AEUV.....	18
b) Voraussetzungen einer Folgeharmonisierung nach Art. 114 AEUV .....	18
c) Notwendige Förderung der Marktintegration durch den Vorschlag TPR 2012.....	20
3. Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften für Zigaretten behindern das Funktionieren des Binnenmarktes .....	21
a) Schaffung neuer Handelshemmnisse .....	21
b) Schaffung neuer Wettbewerbsverzerrungen .....	23
4. Zwischenergebnis .....	24
II. Verletzung von Grundrechten durch Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften für Zigaretten .....	24
1. Schutz der Grundrechte nach der EU-Grundrechtecharta.....	24
2. Wirkung „additiver Grundrechtseingriffe“ durch den Vorschlag TPR 2012.....	25
3. Prüfungsabfolge .....	27
4. Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht .....	27
a) Individualisierung von Zigarettenpackungen und Eigentumsgrundrecht.....	27
b) Eigentumseingriff durch faktisches Individualisierungsverbot.....	28
c) Grundrechtsschranken.....	31
d) Verhältnismäßigkeit der TPR.....	31
e) Wesensgehalt des Eigentumsgrundrechts.....	34
5. Verstoß gegen die Meinungs- und Informationsfreiheit.....	37

6. Verstoß gegen die unternehmerische Freiheit.....	39
7. Zwischenergebnis .....	40
III. Übertragung der Befugnis an die Kommission, die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten anzupassen .....	41
1. Delegation von Kompetenzen durch den EU-Gesetzgeber nach Art. 290 AEUV .....	41
2. Keine pauschale Delegation des Rechts zu weiteren Restriktionen bei der Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen .....	44
3. Zwischenergebnis .....	45
D. Gutachterliche Prüfung: Besonderer Teil.....	46
I. Art. 8 Vorschlag TPR 2012 .....	46
1. Inhalt der textlichen Warnhinweise .....	46
2. Größe der textlichen Warnhinweise .....	47
3. Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung .....	48
4. Zwischenergebnis .....	49
II. Art. 9 Vorschlag TPR 2012 .....	49
1. Größe der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise .....	49
2. Positionierung der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise .....	50
3. Mangelnde Begründung der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise .....	51
a) Keine Beseitigung von Handelshemmnissen.....	51
b) Kein wissenschaftlich belegter Wirkungszusammenhang .....	52
4. Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung .....	54
5. Zwischenergebnis .....	55
III. Art. 12 Vorschlag TPR 2012 .....	56
1. Mangelnde Bestimmtheit.....	56
2. Verbot von Elementen und Merkmalen, die Tabakerzeugnisse attraktiv erscheinen lassen .....	57
3. Verbot von sog. Slim-Zigaretten.....	59
4. Zwischenergebnis .....	60
IV. Art. 13 Vorschlag TPR 2012 .....	60
1. Harmonisierung von Packungsform und -inhalt.....	60
2. Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung .....	62
3. Zwischenergebnis .....	63
V. Art. 24 Vorschlag TPR 2012 .....	63
1. Unechte „Freiverkehrsklausel“ gemäß Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 .....	64
2. Ermächtigung an die Mitgliedsstaaten nach Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 .....	65

a) Unklarheit, welche nationalen Vorschriften in den Regelungsbereich der Richtlinie fallen.....	65
b) Unklarheit über das Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 und primärrechtlichem nationalen Alleingang nach Art. 114 Abs. 4-6 AEUV .....	66
c) Folgen für die „Freiverkehrsklausel“ in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 .....	68
3. Zwischenergebnis .....	68
E. Gesamtergebnis.....	70

## A. Zusammenfassung

### ALLGEMEINER TEIL

- 1 Die geplante Neufassung der Tabakprodukttrichtlinie 2001/37/EG durch den Vorschlag der Kommission vom 19.12.2012 (Vorschlag TPR 2012) kann **nicht auf der Grundlage von Art. 114 AEUV beschlossen** werden. Das in ihr enthaltene Maßnahmenbündel behindert in seiner **kumulativen** Wirkung das Funktionieren des Binnenmarktes, anstatt dieses zu verbessern. Es schafft neue Handelshemmnisse für Tabakerzeugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und behindert den Wettbewerb für derartige Erzeugnisse in der EU.
- 2 Die Einführung von weitgehend standardisierten Zigarettenpackungen, die von den Herstellern kaum durch Logos oder Marken individuell gestaltet werden dürfen, kombiniert mit dem Verbot bestimmter Produktbeschreibungen und der weitgehenden Vereinheitlichung von Aufmachung und Inhalt von Zigarettenpackungen, **verletzt** in mehrfacher Hinsicht **die Grundrechte von Unternehmen und Privatpersonen**.
- 3 Dieses Maßnahmenpaket missachtet den Wesensgehalt der durch Art. 17 Abs. 2 GrC **eigentumsgrundrechtlich** geschützten Markenrechte der Hersteller von Tabakerzeugnissen, da es die Funktion dieser Marken weitgehend eliminiert. Es enthält auch einen Verstoß gegen das durch die **Meinungsfreiheit** grundrechtlich nach Art. 11 Abs. 1 GrC geschützte Recht der Hersteller auf Wirtschaftswerbung und Markenkommunikation gegenüber den Verbrauchern. Umgekehrt verletzt es aber auch die ebenfalls durch Art. 11 Abs. 1 GrC geschützte **Informationsfreiheit** der Verbraucher, die über den Gegenstand ihrer potentiellen Kaufentscheidung aufgeklärt werden wollen, um Fehlentscheidungen zu vermeiden. Schließlich greift es in die **unternehmerische Freiheit** der Hersteller gemäß Art. 16 GrC ein.
- 4 Der Vorschlag TPR 2012 ist auch nicht aus Gemeinwohlerwägungen nach Art. 52 Abs. 1 GrC zu rechtfertigen, da er **unverhältnismäßig** ist. Die Einführung von weitgehend standardisierten Zigarettenpackungen trägt nicht zum Schutz der Verbraucher vor den Gefahren des Rauchens und damit zum Gesundheitsschutz bei. Die fraglichen Maßnahmen sind daher nicht geeignet, solche Gefahren zu verhüten. Vielmehr haben sie unerwünschte Nebeneffekte, die das Ziel der TPR beeinträchtigen. Standardisierte Zigarettenpackungen können einen Preiskampf unter Tabakherstellern verursachen oder Fälschungen und illegalen Handel begünstigen. Dies würde den Konsum von Zigaretten sogar noch fördern. Im Übrigen sind die Maßnahmen auch nicht erforderlich, weil es andere Optionen gibt, die mindestens ebenso effektiv in Bezug auf das angestrebte Regelungsziel sind, aber weniger belastend wären, insbesondere angemessene Information der Verbraucher.
- 5 Im Vorschlag TPR 2012 enthaltene Vorschriften, die der Kommission das Recht übertragen, Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften im Wege der delegierten Rechtsetzung anzupassen, verstoßen gegen **Art. 290 Abs. 1 AEUV**. Danach darf der EU-Gesetzgeber der

Kommission lediglich das Recht zur Ergänzung oder Änderung „bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes“ übertragen. Die im Vorschlag TPR 2012 genannten Befugnisübertragungen an die Kommission betreffen jedoch **keineswegs „unwesentliche“ Regelungsaspekte** der geplanten Richtlinie. Sie eröffnen der Kommission zum einen zahlreiche Regelungsoptionen, deren Inhalt in der TPR nicht abschließend umschrieben wird, und ermöglichen zum anderen erhebliche Grundrechtseingriffe, die vom Gesetzgeber selber vorzunehmen wären. Die Verletzung von Art. 290 AEUV führt zur Nichtigkeit der jeweiligen Delegation.

## **BESONDERER TEIL**

### **Art. 8 Vorschlag TPR 2012**

- 6 Indem Art. 8 Vorschlag TPR 2012 den Zigarettenherstellern im Rahmen der auf den Schmalseiten der Zigarettenpackungen anzubringenden textlichen Warnhinweise vorschreibt, den Appell „Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf“ abzudrucken, greift er in die **(negative) Meinungsfreiheit** der Hersteller ein, ohne dass dieser Eingriff durch den Gesundheitsschutz in verhältnismäßiger Weise zu rechtfertigen wäre.
- 7 Die **Unverhältnismäßigkeit** des Richtlinienvorschlags zu Art. 8 ergibt sich auch daraus, dass die textlichen Warnhinweise 50 % der Schmalseiten bedecken müssen. Da auf der Packungsoberfläche noch ein individuelles Erkennungsmerkmal, ein Sicherheitsmerkmal von mindestens 1 cm<sup>2</sup> Größe sowie die Steuerbanderole abzudrucken sind, verbleibt auf den Schmalseiten lediglich ein **geringer Raum** für die individuelle Gestaltung der Packung und die Anbringung von Marken der Hersteller.
- 8 Da die Delegationsermächtigung in Art. 8 Abs. 4 Vorschlag TPR 2012 der Kommission **zu große Gestaltungsspielräume** lässt und der Ausübung dieser Ermächtigung keine inhaltlichen Grenzen setzt, verstößt sie gegen Art. 290 Abs. 1 AEUV.

### **Art. 9 Vorschlag TPR 2012**

- 9 Die Verpflichtung nach Art. 9 Vorschlag TPR 2012, kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise auf 75 % der Vorder- und der Rückseite von Zigarettenpackungen abzudrucken, führt zu einer **Vergrößerung** der bestehenden Warnhinweise auf mehr als das Doppelte. Berücksichtigt man, dass auf der Packungsoberfläche noch die bereits genannten weiteren verpflichtenden Angaben Platz finden müssen, bleiben lediglich ca. **20 % der Gesamtpackungsoberfläche** für die individuelle Gestaltung der Zigarettenpackungen übrig. Da die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise außerdem an der **Oberkante** der Packung platziert werden müssen, treten die verbleibenden individuellen Gestaltungsmöglichkeiten vollkommen in den Hintergrund. Im Regal ist der individuell gestaltete unterste Teil der Zigarettenpackung **nahezu nicht mehr sichtbar**. Die nebeneinander stehenden Zigarettenpackungen verschiedener Hersteller und Marken sind

daher in den typischen Verkaufssituationen aus Sicht der Verbraucher **nicht unterscheidbar**, sodass die Marke ihre Wiedererkennungsfunktion einbüßt.

- 10 Die von der Kommission für die Einführung von kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweisen angeführten Gründe überzeugen nicht: Die geplanten Warnhinweise reduzieren nicht, sondern schaffen **neue Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen**. Im Übrigen besteht **keine internationale Verpflichtung** nach Art. 11 FCTC, die Warnhinweise auf 75 % der Packungsvorder- und -rückseite auszudehnen. Schließlich ist **wissenschaftlich nicht** nachgewiesen, dass Größe und Positionierung von kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweisen zur Verringerung der Prävalenz von Tabakkonsum wirksamer sind als die bisherigen textlichen Warnhinweise. Dementsprechend kann sich die Kommission diesbezüglich nicht auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse i.S.d. Art. 114 Abs. 3 AEUV berufen.
- 11 Was die Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung in Art. 9 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 betrifft, bestehen Bedenken bezüglich der **Bestimmtheit** der verwendeten Begriffe sowie des **Fehlens von klaren Kriterien**, nach denen die Kommission zu entscheiden hat. Besonders problematisch ist deshalb, dass die Kommission auch ermächtigt werden soll, die „**Proportionen**“ der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise festzulegen, da dieser Begriff in dem Richtlinienentwurf nicht definiert wird. Wegen der zu weiten Ermächtigung **verletzt** die Delegation insoweit das Gebot in Art. 290 Abs. 1 AEUV, nur unwesentliche Aspekte des Tabakproduktrechts an die Kommission zu delegieren.

### **Art. 12 Vorschlag TPR 2012**

- 12 Art. 12 Vorschlag TPR 2012 enthält eine Reihe von auslegungsbedürftigen Begriffen, deren Verhältnis zueinander unklar ist. Die Vorschrift ist **zu unbestimmt** und daher unionsrechtswidrig. Dies ist im Lichte des unionsrechtlichen Gesetzesvorbehalts besonders problematisch, da die Vorschrift massiv in **Grundrechte** eingreift. Geboten ist dabei nicht nur, dass der EU-Gesetzgeber selbst tätig wird, sondern auch, dass er die Grundrechtseingriffe durch hinreichend **bestimmte Vorschriften** regelt.
- 13 Das Verbot von Elementen und Merkmalen, die Tabakerzeugnisse **attraktiv** erscheinen lassen, wirft besondere **Bestimmtheitsprobleme** auf, insbesondere was das Schicksal diverser Wort-/Bildmarken der Hersteller solcher Erzeugnisse betrifft. Das wegen seiner Unbestimmtheit nicht eingrenzbares Verbot in Art. 12 Vorschlag TPR 2012 macht die **Individualisierung** von Tabakerzeugnissen durch Marken praktisch unmöglich. Auch insoweit fehlen die notwendigen **wissenschaftlichen Belege**, die den Wirkungszusammenhang zwischen dem weitgehenden Verbot von Elementen der Produktbeschreibung und der Raucherprävalenz belegen, um einen derart massiven Grundrechtseingriff **verhältnismäßig** erscheinen zu lassen.
- 14 Dasselbe gilt für das durch Art. 12 Vorschlag TPR 2012 bewirkte Verbot von **Slim-Zigaretten**. Auch insoweit fehlen die **wissenschaftlichen** Grundlagen, mit denen die

Sinnhaftigkeit dieser Maßnahme belegt werden kann. Das Verbot ist daher **nicht** zum Gesundheitsschutz **geeignet** und **unverhältnismäßig**.

#### **Art. 13 Vorschlag TPR 2012**

- 15 Die in Art. 13 Vorschlag TPR 2012 enthaltenen Regelungen betreffend die Standardisierung von Zigarettenpackungen sind ebenfalls **nicht geeignet**, den Gesundheitsschutz zu fördern. Darüber hinaus sind sie im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs **unverhältnismäßig**, da die Verpackung des Produkts ein eminent wichtiger Kanal der **Markenkommunikation** zwischen Hersteller und Verbraucher ist. Die durch Art. 13 Vorschlag TPR 2012 vorgeschriebene Standardisierung der Zigarettenpackungen erschwert zusätzlich die **Unterscheidbarkeit** von Zigaretten durch die Verbraucher.
- 16 Die Ermächtigungen zur delegierten Rechtsetzung durch die Kommission, die in Art. 13 Abs. 3 und 4 Vorschlag TPR 2012 enthalten sind, sind im Ergebnis ausreichend determiniert und damit **unionsrechtskonform**.

#### **Art. 24 Vorschlag TPR 2012**

- 17 Der in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 geäußerte Wille des EU-Gesetzgebers, den freien Verkehr von Tabakerzeugnissen, die der Richtlinie entsprechen, zu gewährleisten, ist aus binnenmarktrechtlicher Sicht grundsätzlich **positiv** zu bewerten. Die genannte Bestimmung ist jedoch keine echte „Freiverkehrsklausel“, denn **sie stellt im Ergebnis den freien Verkehr von Tabakerzeugnissen**, die den Anforderungen der Richtlinie entsprechen, **keineswegs sicher**.
- 18 So bleibt unklar, welche nationalen Regelungen nach Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 in den **Regelungsbereich der Richtlinie** fallen und welche nicht. Auch bleibt das Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 und den **primärrechtlichen** Bestimmungen über den nationalen Alleingang gemäß Art. 114 Abs. 4-6 AEUV unklar. Der Vorschlag TPR 2012 leidet damit an einem **Bestimmtheitsproblem**, das zu Lasten der Mitgliedstaaten und der Hersteller von Tabakerzeugnissen geht. Aus diesem Grund entfaltet die in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 enthaltene Bestimmung, die einen freien Verkehr von Tabakerzeugnissen verspricht, nicht die **binnenmarktfördernde** Wirkung, die nach der Rechtsprechung erforderlich ist. Auch dies spricht dafür, dass sich der Vorschlag TPR 2012 nicht auf die Binnenmarktcompetenz in Art. 114 AEUV stützen kann.



**GESAMTERGEBNIS**

- 19 Das von der Kommission im Vorschlag TPR 2012 vorgelegte Maßnahmenpaket führt aus **mehreren** Gründen zur Nichtigkeit der Richtlinie, sollte sie in der vorgeschlagenen Form beschlossen werden: (1) Diese kann nicht auf die **Binnenmarktkompetenz** des Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden, da sie den Binnenmarkt nicht fördert, sondern schädigt. (2) Darüber hinaus führen mehrere in der Richtlinie enthaltene Maßnahmen und vor allem die kumulative Wirkung des Maßnahmenpakets zu gravierenden Eingriffen in **Unionsgrundrechte** der Hersteller und Verbraucher, die unverhältnismäßig sind und daher die Grundrechte verletzen. (3) Schließlich verstoßen im Vorschlag TPR 2012 enthaltene Vorschriften, die der Kommission das Recht übertragen, Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften im Wege der delegierten Rechtsetzung anzupassen, gegen **Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV**.
- 20 Die Verletzung von Art. 290 AEUV führt zur Nichtigkeit der **jeweiligen** Delegation. Die Missachtung der Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV und die gravierende Verletzung von Unionsgrundrechten durch das geplante Maßnahmenpaket beeinträchtigen hingegen den gesamten Richtlinienvorschlag. Sie führten deshalb zur **Gesamtnichtigkeit** des vorgeschlagenen Rechtsakts. Eine bloß teilweise Nichtigkeitsklärung der geplanten Richtlinie käme deshalb nicht in Betracht.

## B. Aufgabenstellung

- 21 Das Gutachten untersucht aus **europarechtlicher Sicht**, wie weit die Europäische Union (EU) die **Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten** regeln darf. Nationales Verfassungsrecht sowie internationales Wirtschaftsrecht, insbesondere das Recht der Welthandelsorganisation (WTO), werden in der Untersuchung nicht berücksichtigt.

### I. Geplante Änderung der TPR

- 22 **Tabakwaren** sind Produkte, die in den Mitgliedstaaten der EU sowie in verschiedenen Drittstaaten **rechtmäßig hergestellt und vertrieben** werden. Wegen ihres gesundheitsgefährdenden Charakters unterliegen sie allerdings einer intensiven Regulierung.
- 23 Einen europarechtlichen Rahmen bietet hierfür insbesondere die Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen (**Tabakproduktrichtlinie = TPR**).
- ABl. 2001, Nr. L 194/26, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2012/9/EU, ABl. 2012, Nr. L 69/15. Sie ersetzte die Richtlinie 89/622/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen sowie zum Verbot bestimmter Tabake zum oralen Gebrauch und die Richtlinie 90/239/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den höchstzulässigen Teergehalt von Zigaretten, ABl. 1989, Nr. L 359/1, geändert durch die Richtlinie 92/41/EWG, ABl. 1992, Nr. L 158/30 bzw. ABl. 1990, Nr. L 137/36 -
- 24 Die TPR regelt **Höchstgehalte** für Teer, Nikotin und Kohlenmonoxid in Zigaretten. Sie erhöhte u.a. auch die Etikettierungsanforderungen, was sich in einer vergrößerten Darstellung von **Warnhinweisen** auf der Verpackung von Tabakerzeugnissen äußerte. Hervorzuheben ist außerdem, dass mit Inkrafttreten der TPR **Produktbezeichnungen** für Tabakerzeugnisse verboten wurden, die vorgeben, ein bestimmtes Tabakerzeugnis sei weniger schädlich als andere, was das Ende der Produktbezeichnung „light“ oder „mild“ etc. war.
- 25 Ergänzt wurde dieses Regulierungspaket durch die Richtlinie 98/43/EG über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen. Diese Richtlinie wurde zwar vom EuGH für nichtig erklärt, später allerdings durch die Richtlinie 2003/33/EG neu aufgelegt. Darin werden die **Werbung für Tabakerzeugnisse** und ihre Verkaufsförderung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, im Hörfunk, über Dienste der Informationsgesellschaft und durch Sponsoring von grenzüberschreitenden Veranstaltungen **untersagt**.
- ABl. 1998, Nr. L 213/9 bzw. ABl. 2003, Nr. L 152/16 -
- 26 Die Kommission hat am 19.12.2012 den **Vorschlag für eine Richtlinie** veröffentlicht, durch die die TPR von 2001 **ersetzt** werden soll.
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung

und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen, 19.12.2012, KOM(2012) 788 endg. (im Folgenden: Vorschlag TPR 2012) -

- 27 Die Kommission hat, bevor sie ihren Entwurf vorlegte, die **Optionen** zur Änderung der TPR und deren mögliche Konsequenzen analysiert. Sie stützt sich dabei auf den bei RAND Europe in Auftrag gegebenen und im September 2010 veröffentlichten Bericht sowie auf die von ihr selbst 2010 durchgeführte öffentliche Konsultation der Mitgliedstaaten, der Industrie, der Bürger und von NGOs.

- Vgl. RAND Europe, Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive. Study to support a DG SANCO Impact Assessment, Final Report, September 2010 ("RAND-Report"); European Commission, Report on the public consultation on the possible revision of the Tobacco Product Directive, Health and Consumers Directorate General, Directorate D, July 2011 -

- 28 Des Weiteren legte die Kommission ihren Arbeiten einen bei Sambrook Research International in Auftrag gegebenen und im Mai 2009 veröffentlichten Bericht über die wissenschaftliche Basis für Gesundheitswarnungen auf Zigarettenpackungen zugrunde ebenso wie ein Gutachten des Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR) zum Suchtpotential und zur Attraktivität von Zusatzstoffen in Tabakprodukten von September 2010.

- Vgl. Sambrook Research International, A review of the science base to support the development of health warnings for tobacco packages, 18.5.2009; SCENIHR, Addictiveness and Attractiveness of Tobacco Additives, Opinion, 12.11.2010 -

- 29 Schließlich nahm die Kommission auch einen **Folgenabschätzungsbericht** (impact assessment) an, den sie gemeinsam mit ihrem Richtlinienvorschlag im Dezember 2012 veröffentlichte.

- Vgl. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment, SWD(2012) 452 final, 19.12.2012 -

- 30 Der Vorschlag TPR 2012 gesteht den Herstellern von Zigaretten einen **äußerst reduzierten Freiraum** hinsichtlich der **Gestaltung von Zigarettenpackungen** und der Außenverpackung zu. Dies schließt die Verpflichtung der Hersteller ein, sog. kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise (bestehend aus einem textlichen Warnhinweis und einer dazu passenden Farbfotografie) auf **jeweils 75 %** der **Vorder-** und der **Rückseite** der Zigarettenpackungen abzudrucken. Die bisherigen Angaben der Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidgehalte (sog. TNCO-Werte) auf der **Schmalseite** der Zigarettenpackung werden durch textliche Warnhinweise ersetzt, die **jeweils 50 %** der **beiden Schmalseiten** einnehmen. Bedenkt man, dass zusätzlich noch ein individuelles Erkennungsmerkmal, ein Sicherheitsmerkmal von mindestens 1 cm<sup>2</sup> Größe sowie die Steuerbanderole auf der Packungsoberfläche aufgedruckt werden müssen, können die Hersteller die Oberfläche der Packungen nur noch in sehr geringem Umfang individuell gestalten und Logos und Marken verwenden.

- Art. 7 ff., 14 Vorschlag TPR 2012 -

31 Darüber hinaus schreibt der Vorschlag TPR 2012 eine weitgehende **Standardisierung der Zigarettenpackungen** und der Zigarette selbst vor, indem verschiedene Elemente und Merkmale der Produktbeschreibung untersagt, Aufmachung und Inhalt der Packungen weitgehend vereinheitlicht und sog. Slim-Zigaretten verboten werden sollen.

- Art. 12 f. Vorschlag TPR 2012 -

32 Der Vorschlag TPR 2012 enthält auch Bestimmungen, mit denen der **EU-Gesetzgeber die Kommission ermächtigt**, die im Richtlinienvorschlag enthaltenen Vorgaben über die Gestaltung der Verpackung und Etikettierung von Zigaretten abzuändern.

- Vgl. insb. Art. 8 Abs. 4, Art. 9 Abs. 3, Art. 13 Abs. 3 und 4 Vorschlag TPR 2012 -

## II. Verfahren zur Änderung der TPR

33 Ein Vorschlag der Kommission über die Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen ist für die Mitgliedstaaten und die Tabakhersteller nur rechtlich bindend, wenn er Bestandteil einer **EU-Rechtsnorm** wird. Dazu bedarf es einer Änderung bzw. Neufassung der TPR, die in ihrer bisherigen Form als Richtlinie 2001/37/EG auf der Basis der Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EG-Vertrag (EGV) durch das Europäische Parlament und den Rat nach dem Mitentscheidungsverfahren des Art. 251 EGV erlassen wurde. Eine Änderung bzw. Neufassung der TPR wäre nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 wiederum auf der Grundlage der inhaltlich unveränderten **Binnenmarktkompetenz** gemäß Art. 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) möglich. Dabei käme das **ordentliche Gesetzgebungsverfahren** nach Art. 289 AEUV zur Anwendung, bei dem das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam den Rechtsakt erlassen.

34 Die Regelung der Materie durch eine Richtlinie muss innerhalb einer bestimmten **Frist** von den Mitgliedstaaten in ihr nationales Recht umgesetzt werden.

- Der Vorschlag TPR 2012 sieht hierfür in Art. 25 eine Frist von 18 Monaten ab Inkrafttreten der Richtlinie vor. Außerdem dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 26 das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die den Anforderungen der TPR nicht genügen, während eines Zeitraums von bis zu 24 Monaten nach Inkrafttreten der Richtlinie zulassen. -

## III. Vorgehensweise des Rechtsgutachtens

35 Die geschilderte Regulierung der Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten durch die EU wirft eine Reihe europarechtlicher Fragen auf, die im Auftrag des Deutschen Zigarettenverbandes (DZV) im nachstehenden Rechtsgutachten untersucht werden.

36 Insoweit werden die folgenden Punkte untersucht:

- die **Kompetenz der EU**, die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten vorzuschreiben;

- der Aspekt der **Verletzung der Grundrechte** von Marktteilnehmern sowie Verbrauchern und des Prinzips der **Verhältnismäßigkeit** durch die beschriebene Regulierung;
  - das Recht des EU-Gesetzgebers, wesentliche Fragen der Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten **an die Kommission zu delegieren**.
- 37 Diese Fragen werden zunächst in einem **allgemeinen** Teil grundsätzlich geprüft und sodann in einem **besonderen** Teil im Blick auf ausgewählte Bestimmungen des Vorschlags TPR 2012 konkretisiert. In diesem besonderen Teil werden namentlich die Art. 8, 9, 12, 13, 21, 22 und 24 Vorschlag TPR 2012 untersucht.
- 38 **Andere Regelungsgegenstände** des Vorschlags (wie z.B. die Regulierung der Zusatzstoffe) werden in Übereinstimmung mit dem Auftraggeber **nicht** untersucht. Das Gleiche gilt für **andere Rechtsfragen**, die sich im Zusammenhang mit einer solchen Regulierungsmaßnahme stellen könnten, etwa nach der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.

## C. Gutachterliche Prüfung: Allgemeiner Teil

### I. Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften für Zigaretten auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV)

- 39 Aus dem in Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV genannten **Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung** ergibt sich, dass die EU lediglich Sachfragen regeln darf, für die sie aufgrund der Verträge eine Regelungsbefugnis hat. Diese Befugnis muss sich aus konkreten Vorschriften in den Politikbereichen der Verträge ergeben. Dementsprechend ist zu prüfen, ob die mit dem Vorschlag geplanten neuen Regelungen für die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten auf Grundlage der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV erlassen werden dürfen.

#### 1. Reichweite der Binnenmarktkompetenz

##### a) Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz im Allgemeinen

- 40 Die TPR wurde bei ihrem Erlass 2001 primär auf den damaligen Art. 95 EGV gestützt. Die Befugnis der EU zur Nutzung der Binnenmarktkompetenz für eine solche Maßnahme war außerordentlich umstritten, da diese letztlich **gesundheitpolitisch** motiviert war. Gleichwohl hat der EuGH eine entsprechende Kompetenz des EU-Gesetzgebers bejaht. Er hat dies damit begründet, dass im Bereich der Bezeichnung, Zusammensetzung und Etikettierung von Tabakerzeugnissen aufgrund unterschiedlicher nationaler Regelungen **Handelshemmnisse** für solche Erzeugnisse existierten, die durch eine Harmonisierung der entsprechenden Rechtsvorschriften durch die EU beseitigt wurden. Daher trage die TPR zu einem **verbesserten Funktionieren des Binnenmarktes** bei.

- Vgl. zur Rechtmäßigkeit EuGH, Rs. C-491/01, BAT und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453 Rn. 58 ff. -

- 41 Die Neuregelung der Herstellung, Aufmachung und des Verkaufs von Tabakerzeugnissen in der neuen TPR soll nach dem Vorschlag 2012 **wiederum** auf die – seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon neu nummerierte, aber gleichlautende – Binnenmarktkompetenz des **Art. 114 Abs. 1 AEUV** gestützt werden.

- Vgl. Vorschlag TPR 2012, S. 11 f., Nr. 3.9.1 sowie S. 15; Europäische Kommission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment, SWD(2012) 452 final, 19.12.2012, Part 1, S. 43 f. -

- 42 Die Kompetenzvorschrift nimmt damit Bezug auf das **Binnenmarktziel** der EU, das in **Art. 26 Abs. 2 AEUV** wie folgt definiert wird:

- „Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“ -

43 In **Protokoll 27** über den Binnenmarkt und den Wettbewerb zum Vertrag von Lissabon von 2007 wird klargestellt, dass

- „der Binnenmarkt [...] ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“.

44 Das primäre Unionsrecht betont damit, dass **Wettbewerb ein wesentliches Element des Binnenmarktes** darstellt.

45 Die Neufassung der TPR durch den Vorschlag 2012 soll nach Ansicht der Kommission dazu beitragen, jene Handelshemmnisse und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, die sich aus den (noch bestehenden) unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften für die **Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten** ergeben.

- Vgl. Erwägungsgrund 20, Vorschlag TPR 2012 -

46 Zwar trägt eine einheitliche Regelung dieser Fragen auf EU-Ebene dazu bei, dass unterschiedliche nationale Regelungen in diesem Bereich beseitigt werden. Ob dadurch jedoch auch **tatsächlich** das Funktionieren des Binnenmarktes **verbessert** wird, ist in jedem einzelnen Fall konkret zu untersuchen. Es reicht für die Anwendung des Art. 114 Abs. 1 AEUV eben nicht aus, dass auf nationaler Ebene bloße Rechtsunterschiede bestehen, woraus sich abstrakte Gefahren für den Wettbewerb in der EU ergeben könnten. Vielmehr muss aus dem EU-Sekundärrecht, mit dem die nationalen Regelungen angeglichen werden, auch ein **Mehrwert** für den Binnenmarkt entstehen.

- Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rn. 84 -

47 Das bedeutet nicht, dass die Rechtsangleichung im Binnenmarkt stets zu einer Liberalisierung des zwischenstaatlichen Handels führen muss. Vielmehr verpflichtet Art. 114 Abs. 3 AEUV den EU-Gesetzgeber, bei der Binnenmarktharmonisierung „in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem **hohen Schutzniveau**“ auszugehen. Daraus ergibt sich, dass der EU-Gesetzgeber bei der Angleichung der Vorschriften über die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten zugleich **gesundheitpolitische Ziele** verfolgen darf. Diesen darf bei den zu treffenden Entscheidungen sogar **„maßgebende Bedeutung“** zukommen. Allerdings bieten gesundheitspolitische Überlegungen allein keine Grundlage für die Neufassung der TPR. Vielmehr muss diese dazu beitragen, dass **das Funktionieren des Binnenmarktes** auch tatsächlich **verbessert** wird.

- EuGH, Rs. C-491/01, BAT und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453 Rn. 62 -

48 Werden diese Vorgaben nicht beachtet, so ist eine auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützte Maßnahme vom EuGH für **nichtig** zu erklären (vgl. Art. 264 AEUV). Hat die betreffende Maßnahme den „allgemeinen Charakter“ einer gesetzlichen Regelung, so wird der Gerichtshof den **gesamten Rechtsakt**, d.h. in diesem Fall die Neufassung der TPR, für nichtig erklären.

- Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rn. 117 f. -

## b) Umgehungsverbot bezüglich des Gesundheitsschutzes

49 Liegen die Voraussetzungen von Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht vor, kann die Neufassung der TPR durch den EU-Gesetzgeber auch **nicht** alternativ auf der Grundlage der **gesundheitpolitischen Kompetenz** gemäß Art. 168 AEUV beschlossen werden. Zwar scheint sich diese Kompetenz anzubieten, da die Vereinheitlichung der Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten primär gesundheitspolitische Motive hat. Jedoch ist der EU die Angleichung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf diesem Sektor durch eine Richtlinie untersagt.

- Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rn. 77 ff. -

50 Auch der durch den Vertrag von Lissabon neu geschaffene **Art. 168 Abs. 5 AEUV** stellt keine taugliche Kompetenzgrundlage dar. Er sieht zwar den Erlass von Maßnahmen vor, die u.a. „unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch zum Ziel haben“, schließt aber **ausdrücklich jegliche Harmonisierung** in diesem Bereich aus.

- Vgl. Stein/Rauber, Rechtliche Grenzen der Bekämpfung des Tabakkonsums im Mehrebenensystem, 2011, S. 16 ff.; Pache, in: Pache/Schwarz/Sosnitza, Aktuelle Rechtsfragen der Tabakregulierung in Europa, 2012, S. 29 ff. -

51 Der Gerichtshof hat festgestellt, dass aus diesem Harmonisierungsverbot im Bereich der Gesundheitspolitik nicht folge, dass auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz erlassene Harmonisierungsmaßnahmen keine Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürften. Er hat jedoch zugleich betont, dass diese anderen Vertragsbestimmungen nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden dürfen, „um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung [in der Gesundheitspolitik] zu **umgehen**“.

- Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rn. 78 f. -

52 Bislang hat der Gerichtshof die **Reichweite** dieses Umgehungsverbots **nicht präzisiert**. Vielmehr hat er in seinen Urteilen über die TPR von 2001 sowie über die zweite Tabakwerberichtlinie von 2003 lediglich jeweils verneint, dass eine Umgehung vorliegt, und festgestellt, dass im Hinblick auf die Schutzniveaunklausel in Art. 114 Abs. 3 AEUV der Gesundheitsschutz für einen Binnenmarktrechtsakt auch „maßgebende Bedeutung“ haben dürfe.

- Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, BAT und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453 Rn. 190 f.; Rs. C-380/03, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573 Rn. 95 ff.; vgl. Schweitzer/Schroeder/Bock, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, 2002, S. 68 -

53 Die Rechtsprechung lässt sich jedoch so deuten, dass eine Grenze für die Nutzung der Binnenmarktkompetenz erreicht ist, wenn der Gesundheitsschutz für den auf Art. 114 AEUV gestützten Rechtsakt nicht nur „maßgebende“, sondern noch eine **darüber hinausgehende**, d.h. eine überragende Bedeutung für diesen hat. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn der EU-Gesetzgeber „unter Vorspiegelung falscher Zielvorstellungen eine Maßnahme



auf eine bestimmte Rechtsgrundlage stützt, um unter Berufung auf diese weitgehendere Kompetenzgrundlage Harmonisierungsverbote in anderen Normen zu umgehen“.

- Vgl. Schweitzer/Schroeder/Bock, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, 2002, S. 69 -

54 Es ist durchaus vorstellbar, dass der Gerichtshof hinsichtlich des Vorschlags TPR 2012 zu diesem Schluss gelangt. Dieser beinhaltet eine Reihe von **aufeinander bezogenen** und **zusammenwirkenden Maßnahmen** (vgl. Rn. 70),

- textliche Warnhinweise im Umfang von jeweils 50 % der Fläche der beiden Schmalseiten der Packung (Art. 8; vgl. Rn. 182 ff.);

- kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise, d.h. unter Einschluss von Farbfotografien, im Umfang von 75 % der Vorder- und Rückseite der Packung (Art. 9; vgl. Rn. 198 ff.);

- Verbot gewisser Elemente und Merkmale der Produktbeschreibung, einschließlich des Verbots sog. Slim-Zigaretten (Art. 12; vgl. Rn. 230 ff.);

- weitgehende Vereinheitlichung der Aufmachung und des Inhalts der Packungen (Art. 13; vgl. Rn. 249 ff.);

- weitgehende Ermächtigung an die Kommission zur delegierten Rechtsetzung (Art. 21, 22; vgl. Rn. 160 ff.);

- spezifische Ausgestaltung der Freiverkehrsklausel (Art. 24; vgl. Rn. 263 ff.).

55 die **insgesamt** einen Rückgang des Konsums von Tabakerzeugnissen bewirken und die Verbraucher dadurch vor gesundheitlichen Gefahren schützen sollen.

- Vgl. die Begründung in KOM(2012) 788 endg., S. 3 sowie Erwägungsgründe 7, 8 und 31, Vorschlag TPR 2012 -

56 Die **Substanz des Vorschlags TPD 2012** ist damit gesundheitspolitisch motiviert. Selbst wenn man einzelne Maßnahmen für sich genommen noch nicht als Umgehung des Harmonisierungsverbots sehen würde, so ändert sich das Bild, wenn man das von der Kommission vorgeschlagene **Maßnahmenbündel** im Ganzen in den Blick nimmt.

- Vgl. zur Gesamtwirkung „additiver Eingriffe“ bei Grundrechtseingriffen Rn. 88 ff. Die Gesamtwirkung einer Regelung sollte auch bei der Auslegung der Kompetenzvorschriften berücksichtigt werden; siehe zur Gesamtbewertung eines auf Art. 114 AEUV gestützten Rechtsakts auch Craig, The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis, CMLR 2011, 395, 410: „it should not be a surrogate base for legislation that in substance served a different purpose, such as public health“; Notwendigkeit einer Eingrenzung auch betont bei Weatherill, The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising, German Law Journal 2011, 827, 833 f., der andernfalls die Gefahr eines „competence creep“ durch die EU sieht. -

57 Es ist die **Kombination** der Maßnahmen, die im Vorschlag TPR 2012 enthalten sind, der die Handschrift einer **ausschließlich gesundheitspolitischen** Maßnahme trägt und den Binnenmarkt für Zigaretten nicht nur nicht fördert, sondern ihm massiv schadet. **Verstärkt**

wird dieses Ergebnis noch, wenn man für den kumulierten Effekt des Maßnahmenbündels darüber hinaus in Betracht zieht, dass die **Werbung** für Tabakerzeugnisse bereits massiv eingeschränkt ist (vgl. Rn. 25) und daher der Binnenmarkt für solche Produkte ohnehin schon sehr stark in Mitleidenschaft gezogen ist.

- 58 Auch bei einer großzügigen Auslegung des Begriffs der „maßgebenden Bedeutung“ des Gesundheitsschutzes könnte der Gerichtshof daher zum Ergebnis kommen, dass der Vorschlag TPR 2012, sollte er wie von der Kommission vorgeschlagen in Kraft treten, die **Grenze des Umgehungsverbotes im Gesundheitsbereich überschreitet**.

## **2. Zulässigkeit einer Folgeharmonisierung durch den Vorschlag TPR 2012**

### **a) Vorschlag TPR 2012 als Folgeharmonisierung nach Art. 114 AEUV**

- 59 Dem Vorschlag TPR 2012 sind bereits einschlägige Harmonisierungsschritte bezüglich der Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten vorausgegangen. Dieser Umstand schließt eine **weitere Harmonisierung** in diesem Sektor jedoch nicht aus. Da bereits die Richtlinien 89/622/EWG sowie 2001/37/EG die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten 2001 regulierten, stellt der Vorschlag TPR 2012 in gewissem Sinne eine „Drittharmonisierung“ dieses Bereichs dar. Der Einfachheit wird diese weitere Harmonisierung nachstehend als **„Folgeharmonisierung“** bezeichnet.

- Häufig wird von „Zweitharmonisierung“ gesprochen; vgl. etwa Leible/Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 79. Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 49. Ergänzungslieferung 2012, Art. 114 AEUV Rn. 112 spricht von „Änderungsharmonisierung“, Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rn. 20 m.w.N. von „Änderungsmaßnahmen“. -

- 60 Die **Abgrenzung** zwischen Erst- und Folgeharmonisierung ist in Bezug auf den Vorschlag TPD im Einzelfall problematisch, weil sich nicht ohne weiteres sagen lässt, ob die darin genannten Aspekte des Tabakproduktrechts zuvor gar nicht oder aber zumindest teilweise harmonisiert wurden. Dies erfordert eine Wertung. Die Abgrenzung kann hier jedoch **dahinstehen**, weil auch die auf Art. 114 AEUV gestützten Maßnahmen der Folgeharmonisierung ebenso wie die Akte der Erstharmenisierung den Anforderungen des Binnenmarktprinzips unterliegen, wie nachfolgend gezeigt wird.

### **b) Voraussetzungen einer Folgeharmonisierung nach Art. 114 AEUV**

- 61 Man könnte auf die Idee kommen, dass der EU-Gesetzgeber bei der Annahme des Vorschlags TPR 2012 keinen kompetenziellen Beschränkungen unterliegt, sondern vollkommen frei ist, da die Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen aufgrund mehrerer Richtlinien seit 1989 **bereits Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen war**, die möglicherweise die auf diesem Gebiet bestehenden Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen beseitigt haben. In diese Richtung könnte auch eine Äußerung des Gerichtshofs deuten, der im Hinblick auf die Richtlinie 2011/37/EG darauf verwiesen hat,

dass eine Folgeharmonisierung auf dem Tabaksektor dadurch veranlasst werden kann, dass **auf „wissenschaftliche Ergebnisse gestützte neue Entwicklungen“** vorliegen. Er hat außerdem festgestellt, dass dies nicht der einzige Grund für eine Folgeharmonisierung sein kann, weil der Gesetzgeber bei der Ausübung des ihm zustehenden Ermessens auch „andere Erwägungen wie die zunehmende **politische und soziale Bedeutung** des Kampfes gegen den Tabakkonsum“ berücksichtigen könne.

- Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, BAT und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453 Rn. 78 ff.; siehe Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 49. Ergänzungslieferung 2012, Art. 114 AEUV Rn. 113; Leible/Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 79 -

62 Darüber hinaus können auch Entwicklungen im internationalen Bereich relevante „neue Entwicklungen“ im oben genannten Sinne darstellen. Dies betrifft namentlich die Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) der WHO sowie die auf ihrer Grundlage angenommenen „Guidelines“ (vgl. Rn. 213).

- Vgl. den Verweis in EuGH, Rs. C-491/01, BAT und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453 Rn. 71; vgl. auch Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 49. Ergänzungslieferung 2012, Art. 114 AEUV Rn. 149 -

63 Diese Rechtsprechung darf jedoch nicht missverstanden werden. Sie bezieht sich in erster Linie auf die **Motive** des EU-Gesetzgebers, eine Folgeharmonisierung vorzunehmen und auszugestalten, nicht aber auf deren **rechtliche Voraussetzungen**. Tatsächlich sind jedoch Maßnahmen im Rahmen einer Folgeharmonisierung, wenn sie auf die Binnenmarktkompetenz gestützt werden sollen, wie dies in Bezug auf den Vorschlag TPR 2012 der Fall ist (vgl. Rn. 41), ebenso wie die Erstharmenisierung lediglich gestattet, wenn die Voraussetzungen des Art. 114 AEUV beachtet werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn der EU-Gesetzgeber den betreffenden Bereich bislang **noch nicht vollständig harmonisiert hat** und daher die Gefahr von Handelshemmnissen zumindest theoretisch weiterhin gegeben ist.

- Wenn ein Sachbereich hingegen bereits abschließend und vollständig durch den EU-Gesetzgeber harmonisiert ist, geht es nur noch darum, das Schutzniveau anzuheben; vgl. Schweitzer/Schroeder/Bock, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, 2002, S. 37 ff.; Pache, in: Pache/Schwarz/Sosnitza, Aktuelle Rechtsfragen der Tabakregulierung in Europa, 2012, S. 47 ff. -

64 **Art. 114 AEUV unterscheidet nicht zwischen Erst- und Folgeharmonisierung.** Nach dem schon erwähnten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (vgl. Rn. 39) hat sich deshalb jede auf Art. 114 AEUV gestützte Maßnahme an den in der Kompetenzvorschrift festgelegten Bedingungen messen zu lassen, wenn sie nicht zu einer Kompetenzüberschreitung führen soll. Art. 114 AEUV kann nicht pauschal und ohne Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen als Kompetenzgrundlage für alle weiteren Regelungen im Bereich des Tabakwesens herangezogen werden, nur weil in der Vergangenheit bereits eine Maßnahme in diesem Bereich auf der Grundlage dieser Kompetenznorm ergangen ist.

- Vgl. Pache, in: Pache/Schwarz/Sosnitza, Aktuelle Rechtsfragen der Tabakregulierung in Europa, 2012, S. 64 -

65 Zu Recht hat Generalanwalt Poiares Maduro deshalb zur Frage der Folgeharmonisierung festgestellt, dass auch „die **geänderte Maßnahme** [...] den mit [Art. 114 AEUV] verfolgten Zwecken dienen [muss]“. Dementsprechend sei „die Änderung im Gesamtzusammenhang der Regelung zu betrachten, um beurteilen zu können, ob die Regelung (in ihrer geänderten Form) **weiterhin die Marktintegration fördert** und damit die Voraussetzung für die Anwendbarkeit von [Art. 114 AEUV] erfüllt“.

- Schlussanträge GA Poiares Maduro, EuGH, Rs. C-58/08, Vodafone, Slg. 2010, I-4999 Rn. 13 f. Diese Ansicht wird auch in der Literatur unterstützt, etwa von Brenncke, Case Note, CMLR 2010, 1793, 1799, der eine “hypothetical analysis of whether the harmonizing measure as amended meets the conditions of [Art. 114 TFEU] in the absence of Community regulation of the subject matter” fordert; ähnlich Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rn. 20; Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 113, die verlangen, dass die Maßnahme der Folgeharmonisierung, wäre sie als Erstharmenisierung ergangen, den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 114 AEUV genügen muss. -

### c) Notwendige Förderung der Marktintegration durch den Vorschlag TPR 2012

66 Will der EU-Gesetzgeber eine Harmonisierungsmaßnahme auf Grundlage von Art. 114 AEUV durch eine spätere Richtlinie anpassen, so muss daher der Rechtsakt in seiner geänderten Form **weiterhin die Marktintegration fördern**. Da die Kommission hier einen Neuerlass der revidierten TPR vorgeschlagen hat, ist zu prüfen, ob der Vorschlag TPR 2012 diese Voraussetzungen erfüllt.

- Die TPD 2001 hat die Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen nicht abschließend geregelt, wie die Kommission selbst einräumt; vgl. Erwägungsgrund 19, Vorschlag TPR 2012. Aus diesem Grund bezweckt die durch den Vorschlag TPR 2012 angestrebte Maßnahme der Folgeharmonisierung auch nicht nur eine Anhebung des Schutzniveaus, sondern beansprucht auch, eine binnenmarktfördernde Wirkung zu haben; vgl. Rn. 45 -

67 Der EuGH verlangt vom EU-Gesetzgeber in ständiger Rechtsprechung, dass sich im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Union die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts auf **objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände** gründen muss. Damit der EuGH überprüfen kann, ob eine Rechtsgrundlage an Hand objektiver Umstände – insbesondere mit Blick auf das Ziel und den Inhalt des Rechtsakts – gewählt wurde, hat der EU-Gesetzgeber seine Entscheidung ausreichend zu **begründen**. Allein der Umstand, dass in einem bestimmten Sektor unterschiedliche nationale Vorschriften existieren, soll nach Ansicht des Gerichtshofs hierfür jedenfalls nicht ausreichen.

- Vgl. etwa EuGH, Rs. C-491/01, BAT und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453 Rn. 93; Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 1998, I-8419 Rn. 84 -

68 Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob der Vorschlag TPR 2012, würde er als Erstharmenisierung ergehen, den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 114 AEUV genüge. Dazu ist erforderlich, dass er **tatsächlich den Binnenmarkt fördert**. Die nachfolgende

Untersuchung zeigt indessen, dass der Binnenmarkt für Zigaretten durch den Vorschlag TPR 2012 nicht nur nicht gefördert, sondern dass dieser sogar geschädigt wird (vgl. Rn. 69 ff.).

### **3. Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften für Zigaretten behindern das Funktionieren des Binnenmarktes**

69 Der Vorschlag der Kommission für die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten **missachtet** die oben beschriebenen **Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz**. Anstatt Handelshemmnisse zwischen den Mitgliedstaaten und Wettbewerbsverzerrungen in diesem Bereich innerhalb der EU zu beseitigen, wird die neue Richtlinie den gegenteiligen Effekt haben.

#### **a) Schaffung neuer Handelshemmnisse**

70 Der Vorschlag TPR 2012 enthält eine Reihe von aufeinander bezogenen und sich **wechselseitig verstärkenden Maßnahmen**:

- textliche Warnhinweise im Umfang von jeweils 50 % der Fläche der beiden Schmalseiten der Packung (Art. 8; vgl. Rn. 182 ff.);
- kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise, d.h. unter Einschluss von Farbfotografien, im Umfang von 75 % der Vorder- und Rückseite der Packung (Art. 9; vgl. Rn. 198 ff.);
- Verbot gewisser Elemente und Merkmale der Produktbeschreibung, einschließlich des Verbots sog. Slim-Zigaretten (Art. 12; vgl. Rn. 230 ff.);
- weitgehende Standardisierung der Aufmachung und des Inhalts der Packungen (Art. 13; vgl. Rn. 249 ff.);
- weitgehende Ermächtigung an die Kommission zur delegierten Rechtsetzung (Art. 21, 22; vgl. Rn. 160 ff.);
- spezifische Ausgestaltung der Freiverkehrsklausel (Art. 24; vgl. Rn. 263 ff.).

71 Das geplante **Maßnahmenbündel** bewirkt, dass der Gebrauch von Marken und Logos auf den Zigarettenpackungen nahezu vereitelt wird. Berücksichtigt man, dass auf der Packung auch noch ein individuelles Erkennungsmerkmal und ein Sicherheitsmerkmal von mindestens 1 cm<sup>2</sup> Größe (vgl. Art. 14 Vorschlag TPR 2012) sowie das Steuerzeichen angebracht werden müssen, verbleiben nur ca. 20 % der Gesamtoberfläche für den Gebrauch von Marken und Logos. Das geplante Verbot von gewissen Symbolen, figurativen und sonstigen Zeichen und irreführenden Farben in Art. 12 Vorschlag TPR 2012 könnte darüber hinaus besonders die Verwendung gewisser Wort-/Bildmarken beeinträchtigen. Außerdem werden Formmarken unmöglich gemacht. Dazu kommt die weitgehende Standardisierung von Zigarettenpackungen durch Art. 13 Vorschlag TPR 2012.

72 Durch die **kumulative** Wirkung des Maßnahmenpakets treten die individuellen Eigenschaften des Produkts insgesamt in den Hintergrund. Dominierend sind die Warnhinweise, wobei

deren Effekt durch den Appellcharakter des auf der Schmalseite der Packung abdruckenden Textes („Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf“) noch verstärkt wird (vgl. Rn. 184 ff.). Darüber hinaus sind die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf der Vorder- und Rückseite im oberen Verpackungsbereich anzubringen, weshalb die Markenbotschaft der Hersteller in der Praxis nahezu keine Wirkung mehr entfalten wird (Art. 8, 9 Vorschlag TPR 2012; vgl. Rn. 182 ff., Rn. 198 ff.).

- 73 Die Produkte sind dementsprechend durch den Verbraucher kaum noch unterscheidbar. Dadurch wird der **Wettbewerb auf dem Markt für Zigaretten in der EU eliminiert**. Die Beendigung eines Wettbewerbs auf dem Zigarettenmarkt ist keine zufällige Folge der geplanten Regulierung, sondern einer ihrer wesentlichen Zwecke, wie sich aus Dokumenten zur Folgenabschätzung im Zusammenhang mit dem Vorschlag TPR 2012 ergibt (vgl. Rn. 27 ff.). Das geplante Maßnahmenpaket ist darauf ausgerichtet, eine **Markenkommunikation der Hersteller gegenüber den Verbrauchern unmöglich zu machen** und seine Aufmerksamkeit primär auf die Produktwarnung zu lenken.

- Vgl. RAND Europe, Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive – Study to support a DG SANCO Impact Assessment, Final Report, September 2012 (“RAND-Report”), S. 152: “With possibly less or no space on the pack to display brand logos and recognizable graphical features, it will become difficult for tobacco companies to sustain brands”; vgl. auch RAND-Report, S. 233 -

- 74 Darin unterscheidet sich die geplante Richtlinie von der bisherigen TPR von 2001, die sich nach Ansicht des EuGH dadurch auszeichnete, dass sie den Herstellern von Tabakerzeugnissen

- „genügend Raum lässt, um dort andere Angaben, insbesondere bezüglich ihrer **Marken**, anzubringen“ und diesen „die Möglichkeit [belässt] [...] weiterhin [ihr] Erzeugnis durch [...] Unterscheidungszeichen **zu individualisieren**“, vgl. EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 132 und 150 -

- 75 Der weitgehende Ausschluss einer Individualisierung der Zigarettenpackungen durch die enorme Vergrößerung der Warnhinweise i.V.m. einer weitgehenden Standardisierung der Zigarettenpackungen ist mit der bisherigen Judikatur des EuGH und mit Sinn und Zweck von Art. 114 AEUV nicht vereinbar. Diese Maßnahmen führen nicht zum Abbau bestehender, sondern zur **Schaffung neuer Handelshemmnisse** zwischen den Mitgliedstaaten und behindern den freien Verkehr von Zigaretten in der EU.

- 76 Das faktische Verbot, individuell gestaltete Tabakprodukte zu vertreiben, hindert die Hersteller solcher Produkte daran, diese an Verbraucher zu verkaufen, die mit ihren Produkten noch nicht vertraut sind. Nach zutreffender Ansicht, die die EU übrigens selbst bei anderer Gelegenheit vertreten hat, sind die **Individualisierung eines Produkts durch Marken** und andere Instrumente, die eine Kommunikation zwischen Herstellern und Verbrauchern eines Produkts ermöglichen, das wichtigste Mittel, um **Zugang zum Markt** in den Mitgliedstaaten zu erhalten. Wird – wie bei der geplanten Neufassung der TPR – durch

Verbote solcher Kommunikationsmittel der Marktzugang für bestimmte Produkte behindert, liegen ein Handelshemmnis und eine Verletzung des Binnenmarktprinzips vor.

- Vgl. EuGH, Rs. C-405/98, Gourmet International, Slg. 2001, I-1795 Rn. 21; siehe auch Kommission, COMP/M.4581, Imperial Tobacco/Altadis Rn. 68 –

## b) Schaffung neuer Wettbewerbsverzerrungen

77 Zusätzlich führt die geplante Neufassung der TPR zu Wettbewerbsverzerrungen in der EU, anstatt solche zu beseitigen. Sie ist auch daher nicht mit Art. 114 AEUV vereinbar. Der **Markenwettbewerb** zwischen verschiedenen Produkten ist schließlich ein wichtiges **Ziel des EU-Rechts**. Die Verwendung von Marken und anderen Individualisierungszeichen durch die Hersteller von Produkten ist wesentliche Voraussetzung für einen **unverfälschten Wettbewerb** zwischen diesen und vergleichbaren Produkten, der nach Protokoll Nr. 27 zum Vertrag von Lissabon zentraler Bestandteil des Binnenmarktes ist.

- Vgl. EuGH, verb. Rs. 56 und 58/64, Consten & Grundig/Kommission, Slg. 1966, 322, 387 f. zur Notwendigkeit von Markenwettbewerb einerseits bzw. EuGH, Rs. C-10/89, HAG AG, Slg. 1990, I-3711 Rn. 13 zur Funktion von Marken im System des unverfälschten Wettbewerbs andererseits -

78 Die geplante Neufassung der TPR führt dazu, dass die Nutzung von Marken und Logos auf den Zigarettenpackungen weitgehend untersagt wird. Diese Maßnahme untergräbt das Funktionieren des Binnenmarkts, weil sie den mit diesem notwendig verbundenen unverfälschten Wettbewerb zwischen den Tabakerzeugnissen verschiedener Hersteller eliminiert. Ohne die Möglichkeit, ihre Erzeugnisse angemessen zu individualisieren, wird zwischen den Herstellern von Tabakerzeugnissen schließlich **kein wirksamer Wettbewerb** mehr möglich sein, da ihre Produkte in Bezug auf die Verpackung durch die Verbraucher **deutlich schwerer** als bisher **unterscheidbar** sein werden. Das hat **weitere wettbewerbsschädigende** Auswirkungen, denn durch den weitgehenden Wegfall der individualisierten Verpackung wird der Preis zum im Wesentlichen einzigen Differenzierungskriterium. Darüber hinaus können standardisierte Verpackungen zur Zunahme von Produktfälschungen und des illegalen Handels führen (vgl. Rn. 121).

- Das gibt die Kommission übrigens selbst zu; vgl. COMP/M.4581, Imperial Tobacco/Altadis Rn. 68 zur Wirkung von Marken als Instrument des Wettbewerbs -

79 Bezeichnenderweise stellte Generalanwalt Geelhoed in Hinblick auf das Erste Tabakwerberurteil des EuGH fest, dass die ursprüngliche Fassung der Tabakwerberrichtlinie

- „die Werbung für Tabakerzeugnisse weitgehend [beschränkt] und [...] damit ganz besonders den Tabakherstellern ein **Wettbewerbsinstrument [entzieht]**. Denn sie haben infolge der Richtlinie **weniger** Möglichkeiten, ihr Produkt dem **Konsumenten vorzustellen**“; Schlussanträge GA Geelhoed, EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 165 -

80 Insofern der Generalanwalt damals betonte, dass die TPR von 2001 „eine solche besondere Wirkung auf den Wettbewerb nicht auf[weise]“, muss für den Vorschlag TPR 2012 etwas anderes gelten. Durch die kumulative Wirkung des darin enthaltenen Maßnahmenpakets wird

den Herstellern die Packungsoberfläche als wesentliches Instrument des Markenwettbewerbs so gut wie vollständig entzogen. Eine individuelle Präsentation des Produkts gegenüber dem Verbraucher wird demzufolge praktisch unmöglich.

- Vgl. Schlussanträge GA Geelhoed, EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 165 -

#### **4. Zwischenergebnis**

- 81 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die geplante Neufassung der TPR **nicht auf der Grundlage von Art. 114 AEUV beschlossen** werden kann. Das in ihr enthaltene Maßnahmenbündel behindert in seiner **kumulativen** Wirkung (vgl. Rn. 70) das Funktionieren des Binnenmarktes, anstatt dieses zu verbessern. Es schafft neue Handelshemmnisse für Tabakerzeugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und behindert den Wettbewerb für derartige Erzeugnisse in der EU.

## **II. Verletzung von Grundrechten durch Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften für Zigaretten**

- 82 Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die im Vorschlag TPR 2012 vorgesehenen Vorschriften über die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten gegen die **EU-Grundrechte verstoßen**. Die Kommission geht in ihrem Vorschlag davon aus, dass dieser zwar mehrere Grundrechte „berühre“, namentlich den Schutz personenbezogener Daten, die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht. Die im Vorschlag enthaltenen Verpflichtungen seien aber **erforderlich**, um das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern und um ein hohes Gesundheits- und Verbraucherschutzniveau sicherzustellen.

- Vgl. Vorschlag TPR 2012, S. 13, Nr. 3.9.4 -

- 83 Demgegenüber zeigt eine rechtlich fundierte Analyse, dass die geplanten Maßnahmen in mehrfacher Hinsicht die **Grundrechte von Unternehmern und Privatpersonen massiv verletzen**.

### **1. Schutz der Grundrechte nach der EU-Grundrechtecharta**

- 84 Mit einem EU-rechtlichen Verbot, die Verpackungen von Zigaretten individuell zu gestalten, sind **Eingriffe in subjektiv-rechtlich geschützte Positionen**, vor allem der Hersteller der davon betroffenen Erzeugnisse, verbunden. Zwar wurden bereits in der Vergangenheit ähnliche Maßnahmen im Tabaksektor aufgrund der TPR 2001 und der Tabakwerberichtlinie 2003 unter Berufung auf europäische Grundrechte vor dem EuGH angegriffen.

- Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453; Rs. C-380/03, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573 -

- 85 Mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und der **Charta der Grundrechte der Europäischen Union** (GrC) als verbindlichem Text im Jahre 2009 haben sich die Parameter



für eine grundrechtliche Kontrolle der EU-Gesetzgebung jedoch entscheidend geändert. Nach Art. 6 Abs. 1 EUV haben nunmehr „die Rechte, Freiheiten und Grundsätze, die in der [GrC] niedergelegt sind“, den gleichen Rang wie der EUV und der AEUV. Die GrC und die darin enthaltenen Rechte gehören damit neuerdings zum Primärrecht, das die EU-Organe bindet. Zwar waren schon bisher die vom Gerichtshof geschaffenen ungeschriebenen Grundrechte Bestandteil des EU-Rechts, wie Art. 6 Abs. 3 EUV anerkennt. Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass mit der Kodifizierung der Grundrechte in einem einheitlichen Text nicht nur die Sichtbarkeit, sondern auch die **Wirkung dieser Rechte verbessert** wird, weil der Schutzbereich, die Grundrechtsschranken und deren Grenzen klarere Konturen erhalten. Dass die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg nun durch Art. 52 Abs. 1 GrC und Art. 53 GrC verbindlicher **Mindeststandard** für die Auslegung der Charta wird, ist ein weiteres Element eines verbesserten Grundrechtsschutzes in der EU.

- Vgl. Calliess, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 20 Rn. 1 ff. -

86 Nach Art. 51 Abs. 1 GrC hat der EU-Gesetzgeber die in der GrC enthaltenen Rechte **bei der Neufassung der TPR zu beachten**. In Art. 52 Abs. 1 GrC wird zusätzlich betont, dass Einschränkungen der in der GrC enthaltenen Gewährleistungen nur erfolgen dürfen, wenn „sie **erforderlich** sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ entsprechen und „den **Wesensgehalt** dieser Rechte und Freiheiten achten“.

87 Diese Neuerungen haben nicht nur konkrete **Auswirkungen** auf die **Judikatur** des EuGH, der den neuen Grundrechtstext zum Anlass nimmt, seine Kontrollfunktion gegenüber dem EU-Gesetzgeber zu verstärken. Vielmehr hat auch die Kommission aufgrund der GrC die EU zu einer „**Grundrechtsgemeinschaft**“ erklärt, die „Vorbildcharakter“ nach innen und nach außen haben soll.

- Vgl. Kommission, Mitteilung KOM(2010) 573 endg., S. 4 -

## **2. Wirkung „additiver Grundrechtseingriffe“ durch den Vorschlag TPR 2012**

88 Ein weiteres Argument für die grundrechtliche Neubewertung der TPR bzw. ihrer Neufassung durch den Vorschlag 2012 ist die **Regulierungsdichte** für Tabakerzeugnisse im EU-Recht. Diese ist bereits jetzt so hoch, dass jede weitere Regulierung für die Hersteller solcher Produkte mit massiven Grundrechtseingriffen verbunden wäre. So warnte der EuGH, dass die Grundrechtseingriffe durch die TPR bereits 2001 eine Grenze berührten, die der EU-Gesetzgeber nicht überschreiten dürfe.

- EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 132 –

89 Das hat in mehrfacher Hinsicht Auswirkungen auf die Grundrechte der Hersteller, Verkäufer und Käufer von Tabakerzeugnissen. Zum einen hat der EU-Gesetzgeber **bereits** durch die in früheren Richtlinien enthaltenen Werbeverbote und Anforderungen an die Zusammensetzung,

Bezeichnung und Etikettierung solcher Erzeugnisse in die entsprechenden Grundrechte **eingegriffen**. Soweit der Vorschlag TPR 2012 nun weitere Anforderungen aufstellt, enthält er **zusätzliche Eingriffe in diese Grundrechte**. Zum anderen besteht der Vorschlag TPR 2012 selbst nicht nur aus einer einzelnen Regelung, sondern aus einer ganzen Reihe **unterschiedlicher Maßnahmen**, die als selbständige Eingriffe zu bewerten sind, wie nachfolgend gezeigt wird.

- 90 Kombiniert der EU-Gesetzgeber jedoch bestimmte Ge- und Verbote, die während desselben Zeitraums gelten, vergleichbare Zwecke verfolgen und in die gleichen Grundrechte einer bestimmten Personengruppe eingreifen, so spricht man von „**additiven Grundrechtseingriffen**“. In derartigen Fällen dürfen die einzelnen Eingriffe nicht isoliert bewertet werden. Vielmehr muss wegen ihres sachlichen Zusammenhangs auf die von ihnen ausgehende **Gesamtbelastung** abgestellt werden. Zwar hatte der EuGH bisher noch keine Gelegenheit, diesen im deutschen Verfassungsrecht bereits fest etablierten Gedanken in seiner Rechtsprechung zu entwickeln.

- Vgl. zum deutschen Verfassungsrecht BVerfGE 123, 186 (265); 112, 304 (319 f.), wo von additiven Grundrechtseingriffen gesprochen wird, die als „für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Eingriffe in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet“; siehe Hofman, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „additiven“ Grundrechtseingriff, AöR 133 (2008), 523 ff. -

- 91 Jedoch muss sich auch die europäische Grundrechtsdogmatik mit dem Problem auseinandersetzen, dass der EU-Gesetzgeber seine Verpflichtungen aus den Grundrechten und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht durch eine Reihe von Einzelmaßnahmen mit möglicherweise geringer Eingriffstiefe **in Form einer „Salami-Taktik“ unterläuft**. Daher ist es auch im EU-Recht sachlich geboten, dass bei der Verhältnismäßigkeit einzelner Eingriffe deren Gesamtwirkung berücksichtigt wird. Das gilt jedenfalls, wenn hinter den einzelnen Maßnahmen ein Gesamtplan des Gesetzgebers steht und es daher gerechtfertigt ist, die darauf basierenden Eingriffe zusammen zu rechnen.

- Vgl. Jarass, Neue Dimensionen der Tabakproduktregulierung und Grundrechte sowie Grundfreiheiten, 2012, S. 49 f. und 75 f. –

- 92 Die Kommission hat klargestellt, dass die **Regulierung des Rechts für Tabakprodukte einer grundlegenden Idee folgt**, den Konsum solcher Produkte einzudämmen, und dass der Vorschlag TPR 2012 dazu dient, „**weitere Maßnahmen**“ zu diesem Zweck zu verwirklichen.

- Vgl. Erwägungsgründe 31 und 2, Vorschlag TPR 2012; zum Gesamtzusammenhang siehe auch die „Begründung“ von KOM(2012) 788 final vom 19.12.2012, S. 2 f. -

- 93 Da diese Maßnahmen während desselben Zeitraums gelten sollen wie die bereits aufgrund der TPR 2001 und der Werberichtlinie 2003/33/EG erfolgten Regulierungen und die gleiche Zielrichtung wie diese haben, greifen sie zusätzlich in die Rechte der Hersteller, Verkäufer

und Käufer von Tabakwaren ein und sind daher aus Sicht des Verhältnismäßigkeitsprinzips insgesamt zu bewerten.

- Ebenso Jarass, Neue Dimensionen der Tabakproduktregulierung und Grundrechte sowie Grundfreiheiten, 2012, S. 49 f.; Pache/Schwarz/Sosnitza, Aktuelle Rechtsfragen der Tabakregulierung in Europa, 2012, S. 109 f. -

### 3. Prüfungsabfolge

- 94 Die Verpflichtung der Hersteller von Tabakerzeugnissen, Zigarettenpackungen weitgehend einheitlich zu gestalten, könnte gegen die in der Charta verbrieften Grundrechte in Art. 17 GrC (**geistiges Eigentum**), Art. 11 GrC (**Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit**) sowie Art. 16 GrC (**unternehmerische Freiheit**) verstoßen.
- 95 Üblicherweise wird bei einer EU-Grundrechtsprüfung zunächst analysiert, (1) **welches Grundrecht** einschlägig ist, ob die von der EU ergriffenen Maßnahmen (2) einen Grundrechtseingriff darstellen sowie ob dieser prinzipiell (3) zu **rechtfertigen** ist und dabei (4) das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** und das **Wesensgehaltsprinzip** nicht verletzt werden. Teilweise prüft der EuGH auch eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips losgelöst von der Grundrechtsverletzung als eigenständigen Punkt. Diese Prüfungsabfolge – die teilweise auch auf die Fragestellung der vorlegenden nationalen Gerichte zurückgeht – ist jedoch nicht sinnvoll, da sie zu Überschneidungen und Wiederholungen führt. Aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrC ergibt sich im Übrigen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung Bestandteil der Grundrechtsprüfung ist, wobei Individualinteressen und Gemeinwohlziele der EU gegeneinander **abgewogen** werden.

- Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 112 ff. zur TPR 2001 -

### 4. Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht

- 96 Art. 17 GrC enthält ein grundrechtlich geschütztes Eigentumsrecht, welches weitgehend Art. 1 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK entspricht.

#### a) Individualisierung von Zigarettenpackungen und Eigentumsgrundrecht

- 97 **Marken** sind als Eigentum des Markeninhabers im grundrechtlichen Sinne geschützt. Dies ergibt sich aus Art. 17 Abs. 2 GrC, der den Schutz des geistigen Eigentums ausdrücklich dem Eigentumsgrundrecht zuordnet. Es entspricht im Übrigen der Rechtsprechung des EuGH. Der Schutzbereich des Art. 17 GrC umfasst nicht nur die Gewährleistung der **Existenz der Marke** an sich, sondern auch die **Nutzung** derselben durch den Markeninhaber und das Recht, andere, dritte Personen von der Nutzung der Marke auszuschließen.

- Vgl. EuGH, Rs. C-275/06, Promusicae, Slg. 2008, I-271 Rn. 62 bzw. Rs. C-487/07, L’Oreal, Slg. 2009, I-5185 Rn. 58 -

- 98 Die Hauptfunktion der Marke besteht darin, **dem Verbraucher** oder Endabnehmer die **Ursprungsidentität** der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu garantieren,

indem sie ihm ermöglicht, diese Waren oder Dienstleistungen ohne Verwechslungsgefahr von Waren und Dienstleistungen anderer Herkunft **zu unterscheiden**.

- EuGH, Rs. C-10/89, HAG, Slg. 1990, I-3711 Rn. 13; Rs. C-349/95, Frits Loendersloot, Slg. 1997, I-6227 Rn. 22; siehe auch BVerfG, NJW 1997, 2871, 2873 speziell zur Beeinträchtigung von Marken durch Warnhinweise auf Zigarettenpackungen -

- 99 Der Gerichtshof hat dementsprechend betont, dass zu den rechtlich geschützten Funktionen einer Marke vor allem die „Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber den Verbrauchern“ gehört, aber auch „ihre anderen Funktionen wie u.a. die Gewährleistung der Qualität dieser Ware oder Dienstleistung oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktionen“. Diese Markenfunktion bezieht sich auch auf die **Aufmachung** oder **Gestaltung** der Verpackung eines Produkts oder des Produkts selbst, denn diese kann geeignet sein, den Ruf der Marke entweder zu stärken oder zu schädigen.

- Vgl. EuGH, Rs. C-487/07, L'Oréal, Slg. 2009, I-5185 Rn. 58 und Rs. C-337/95, Dior, Slg. 1997, I-6013 Rn. 43; zur Investitionsfunktion vgl. EuGH, Rs. C-323/09, Interflora, Urteil vom 22.09.2011, noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht, Rn. 60 ff. -

- 100 Diese Judikatur wurde vom EuGH auf die **Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten** übertragen, der insoweit festgestellt hat, dass aufgrund des Eigentumsgrundrechts

- „einem Tabakwarenhersteller [...] die Möglichkeit [verbleiben muss] sein Erzeugnis durch [...] Unterscheidungszeichen zu **individualisieren**“; EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 152 -

- 101 Die **Individualisierung der Verpackung** von Tabakerzeugnissen durch Marken, Logos und andere Unterscheidungsmerkmale ist damit durch das Eigentumsrecht gemäß Art. 17 GrC grundrechtlich geschützt.

### **b) Eigentumseingriff durch faktisches Individualisierungsverbot**

- 102 Die EU-rechtliche Verpflichtung, die Zigarettenpackungen weitgehend standardisiert zu gestalten, verletzt das Eigentumsgrundrecht der Hersteller der betreffenden Produkte, weil es ihre **Möglichkeit zur Nutzung der Marken** und Logos auf den Produkten erheblich **beschneidet**. Das geplante Maßnahmenpaket verbietet den Herstellern weitgehend, freiwillige Kennzeichnungselemente auf den Packungen anzubringen. Es entzieht ihnen damit das Recht zur effektiven Nutzung bestimmter Bild-, Wort-/Bildmarken, Farb- und Formmarken.
- 103 Die geplante Vergrößerung der textlichen Warnhinweise auf 50 % der beiden Schmalseiten sowie der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf 75 % der Packungsvorder- und -rückseite (Art. 8 f. Vorschlag TPR 2012; vgl. Rn. 182 ff.) lässt **nur geringen Raum für eine Individualisierung** des Produkts, die in der Praxis kaum noch von den Verbrauchern wahrgenommen werden dürfte.
- 104 Diese stark eigentumsbeschränkende Wirkung der übergroßen Warnhinweise wird noch durch die Verpackungsstandardisierung in Form des **Verbots** gewisser Elemente und Merkmale der **Produktbeschreibung** sowie der weitgehenden **Vereinheitlichung von Aufmachung und Inhalt** der Zigarettenpackungen in Art. 12 und 13 Vorschlag TPR 2012 verstärkt. Dadurch

werden die verbleibenden, ohnehin nur geringen Spielräume zur individuellen Gestaltung des Produkts durch die Verwendung von Marken und Logos weitgehend beseitigt, was nach dem oben zitierten BAT-Urteil des EuGH aus dem Jahre 2001 (vgl. Rn. 100) grundrechtlich nicht zulässig ist.

- 105 Die europäische Grundrechtsdogmatik unterscheidet – zurückgehend auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK – zwischen einer **Eigentumsentziehung**, die zu einem vollständigen und dauerhaften Verlust der Eigentümerstellung führt, etwa in Form einer Enteignung, und einer **sonstigen Beschränkung der Nutzung des Eigentums**.

- Vgl. EuGH, Rs. 44/79, Hauer, Slg. 1979, 3727 Rn. 19; siehe zur Rechtsprechung Calliess, in: ders./Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 17 GrC Rn. 14 f. -

- 106 Allerdings sind auch de facto-Enteignungen denkbar, die vorliegen, wenn dem Eigentümer – ohne dass seine formale Position berührt wird – die **wesentlichen mit dem Eigentum verbundenen Rechte genommen** werden.

- Vgl. EGMR, Nr. 7151/75 und 7152/75 vom 23.09.1982, Sporrang und Lönnroth, EuGRZ 1983, 523 Rn. 63 -

- 107 Analysiert man die **kumulativen** Wirkungen der Einführung großflächiger Warnhinweise auf Vorder- und Rückseite sowie den Seitenflächen der Zigarettenpackungen (Art. 7 ff. Vorschlag TPR 2012) und der weitgehenden Verpackungsstandardisierung (Art. 12 f. Vorschlag TPR 2012) auf das Markeneigentum der Hersteller, so stellt man fest, dass die Hauptfunktion der Marke, die **Herkunftsgarantie**, eliminiert wird, denn der Richtlinie zufolge werden die Zigarettenpackungen nahezu identisch gestaltet und kaum noch unterscheidbar sein. Die **Kommunikations- und Werbefunktionen** gegenüber dem Verbraucher können die Marken der Zigarettenhersteller durch derartige standardisierte Zigarettenpackungen kaum mehr erfüllen. Damit können Verbraucher die Zigaretten eines Herstellers von denen eines anderen nahezu nicht mehr unterscheiden. Jedoch besteht gerade

- „die Hauptfunktion der Marke [darin], dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der mit ihr versehenen Ware zu garantieren, indem ihm ermöglicht wird, diese Ware ohne Verwechslungsgefahr von Waren anderer Herkunft zu unterscheiden“, EuGH, Rs. C-349/95, Loendersloot, Slg. 1997, I-6227 Rn. 24 -

- 108 Hinzu kommt, dass durch derart standardisierte Packungen die **Reputation** der Marke beeinträchtigt wird, für die die „Ausstrahlung“ des Produkts ein wesentlicher Faktor ist. Eine positive Ausstrahlung im Sinne eines Einsatzes der Marke „zum Erwerb oder zur Wahrung eines Rufs [...], der geeignet ist, Verbraucher anzuziehen und zu binden“, ist dementsprechend kaum mehr möglich. Um diese, vom EuGH unterstrichene, **Investitionsfunktion** zu garantieren,

- Vgl. EuGH, Rs. C-59/08, Copad/Dior, Slg. 2009, I-3421 Rn. 24 f. am Beispiel von Prestigewaren; vgl. EuGH, Rs. C-323/09, Interflora, Urteil vom 22.09.2011, noch nicht in der aml. Slg. veröffentlicht, Rn. 60 ff. zur Investitionsfunktion von Marken -

109 reicht es nicht aus, dass die Marke lediglich in für die Verbraucher kaum wahrnehmbarer Weise auf einem Produkt angebracht wird. Studien belegen, dass Verbraucher in solchen Fällen die Informationen über die Produktherkunft und -charakteristika nicht mehr verarbeiten und keine effiziente Kaufentscheidung treffen können. Der Vorschlag TPR 2012 beschädigt die für das Markeneigentum zentrale Investitionsfunktion, weil die auf den Tabakerzeugnissen angebrachten Markennachweise nicht nur kleiner ausfallen müssen, sondern in der konkreten Verkaufssituation (vgl. Rn. 137 f.) aufgrund der Entfernung vom Produkt und der ausschließlichen Sichtbarkeit der kombinierten Warnhinweise an der Oberkante der Packungen für die Verbraucher überhaupt nicht wahrnehmbar sind.

- Vgl. Leighton/Bird, The effect of branding on consumer choice, 2012, S. 8 ff., <http://www.packagingfedn.co.uk/images/reports/The%20Effect%20of%20Branding%20on%20Consumer%20Choice.pdf> -

110 Hinzu kommt, dass die durch die massive Vergrößerung der Warnhinweise erzwungene Verkleinerung der Markennachweise die Schaffung von Nachahmerprodukten erleichtert, die die Reputation der Marke weiter schmälern. Insbesondere steigt dadurch die **Verwechslungsgefahr** zwischen etablierten und Nachahmungsprodukten.

- Vgl. Leighton/Bird, The effect of branding on consumer choice, 2012, S. 13 ff. -

111 Im Übrigen besteht die Gefahr, dass die **für Zigaretten eingetragenen Marken** wegen des für Marken bestehenden Benutzungszwangs nach Art. 11 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 der MarkenRL 89/104/EWG und Art. 51 Abs. 1 GemeinschaftsmarkenVO (EG) Nr. 207/2009 verfallen. Dies trifft zu, wenn eine Marke für die Ware, für die sie eingetragen ist, über einen Zeitraum von fünf Jahren hinweg nicht benutzt wird. Wegen der enorm vergrößerten Warnhinweise können die Marken der Hersteller jedoch künftig kaum mehr in der Form, in der sie eingetragen wurden, auf den Verpackungen benutzt werden (vgl. Rn. 71). Sie können insbesondere keine effektive Unterscheidungsfunktion gegenüber den Verbrauchern mehr ausüben. Nachdem das EU-Markenrecht, wie der EuGH festgestellt hat, die „**ernsthafte Nutzung**“ einer Marke auf der Ware selbst gegenüber dem Verbraucher oder Endabnehmer voraussetzt,

- EuGH, Rs. C-40/01, Ansul/Ajax, Slg. 2003, I-2439 Rn. 36 f. -

112 könnte die Einführung von weitgehend standardisierten Zigarettenpackungen dazu führen, dass die betroffenen Marken **verfallen** oder auf Antrag eines Dritten gelöscht werden.

113 **Im Ergebnis** würde die neugefasste TPR, die Hersteller von Tabakerzeugnissen dazu verpflichtet, Zigarettenpackungen zu produzieren, die durch Marken und Logos kaum noch unterscheidbar sind, die Marken der Hersteller de facto **enteignen**. Faktisch wären die Hersteller dann von jeder relevanter Nutzung ihrer Marke ausgeschlossen, zumal wenn man zusätzlich in Betracht zieht, dass die Benutzung der Marke im Werbekontext durch die Tabakwerberichtlinie (vgl. Rn. 25) massiv beschränkt ist.

### c) Grundrechtsschranken

- 114 Nach Art. 52 Abs. 1 GrC sind jedoch Grundrechtseingriffe durch die EU grundsätzlich **erlaubt**, wenn diese
- gesetzlich vorgesehen sind,
  - den Wesensgehalt der Grundrechte achten sowie
  - den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen tatsächlich entsprechen und
  - verhältnismäßig sind.

- Vgl. Streinz/Michl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2011, Art. 52 GrC Rn. 22 ff. -

- 115 Zunächst würde eine Regelung des Eingriffs dem in dieser Vorschrift verankerten **Gesetzesvorbehalt** entsprechen, wenn dieser durch eine nach Art. 114 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 289 Abs. 1 und Art. 294 AEUV durchgeführte Neuerlassung der TPR, also durch eine Rechtsnorm der EU erfolgt. Der Gesundheitsschutz wäre auch grundsätzlich ein **legitimes Ziel**, um die Eigentumsgrundrechte der Hersteller von Tabakerzeugnissen im Rahmen des Binnenmarktes einzuschränken, das nicht nur in Art. 35 GrC selbst, sondern auch in Art. 114 Abs. 3 AEUV verankert ist.

- Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 150 zur TPR -

- 116 Probleme wirft die beschriebene Novellierung der TPR hinsichtlich der Wahrung des **Wesensgehalts** und des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** auf.

### d) Verhältnismäßigkeit der TPR

- 117 Die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme ist das Ergebnis ihrer Eignung zur Zielerreichung und ihrer Erforderlichkeit (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrC). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist über die Nennung in der GrC hinaus als allgemeiner **rechtsstaatlicher Grundsatz** des EU-Rechts anerkannt. Es enthält die Elemente der (1) Geeignetheit, der (2) Erforderlichkeit und der (3) Angemessenheit. Der EuGH leitet aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ab, dass die „Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht die Grenzen dessen überschreiten (dürfen), was zur Erreichung des mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verbundenen Ziels **geeignet** und **erforderlich** ist. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die verursachten Nachteile in **angemessenem Verhältnis** zu den angestrebten Zielen stehen“.

- Ständige Rechtsprechung; vgl. etwa EuGH Rs. C-157/96, National Farmers' Union, Slg. 1998, I-2211 Rn. 60; siehe auch EuG, Rs. T-70/99, Alpharma/Rat, Slg. 2002, II-3495 Rn. 320 ff.; Rs. T-475/07, Dow AgroSciences/Kommission, Urteil vom 9.9.2011, noch nicht in der aml. Slg. veröff., Rn. 279 ff. -

- 118 Das **Ziel** der fraglichen Maßnahmen, an dem die Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit derselben zu messen ist, besteht – neben der Förderung des Binnenmarktes, die sie jedoch gerade nicht gewährleistet (vgl. Rn. 81) – primär in der „Eindämmung des Tabakgebrauchs“. Die Maßnahmen sollen daher einen Rückgang des Konsums von

Tabakerzeugnissen bewirken, namentlich durch Senkung der Prävalenz des Rauchens bei jungen Menschen, und die Verbraucher dadurch vor **gesundheitlichen Gefahren** schützen.

- Vgl. die Begründung in KOM(2012) 788 endg., S. 3 sowie Erwägungsgründe 7, 8 und 31, Vorschlag TPR 2012; EuGH, Rs. C-491/01, BAT und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453 Rn. 151 i.V.m. Rn. 134 ff. -

119 Obwohl die Kommission davon ausgeht, dass ihr Vorschlag das Verhältnismäßigkeitsprinzip in vollem Umfang wahrt,

- Vgl. Vorschlag TPR 2012, S. 13, Nr. 3.9.3 -

120 ist bereits an der **Eignung** von Standardpackungen zum Gesundheitsschutz zu zweifeln, d.h. dass derartige Maßnahmen dem Gesundheitsschutz auch „**tatsächlich entsprechen**“, wie Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrC fordert. Der EuGH hielt in seinem Urteil aus dem Jahre 2002 die Anforderungen der TPR von 2001 an die Kennzeichnung von Zigarettenpackungen für geeignete Maßnahmen zum Gesundheitsschutz, weil diese entweder durch Verbot der Verwendung bestimmter Begriffe (wie z.B. „leicht“, „mild“) eine Irreführung über gesundheitliche Wirkungen beseitigen oder durch konkrete Informationen über Gesundheitsgefahren die Verbraucher vom Konsum abhalten.

- EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 134 ff. bzw. Rn. 131 -

121 Allerdings lässt sich diese Argumentation des Gerichtshofs nicht auf die Verpflichtung der Hersteller, weitgehend standardisierte Zigarettenpackungen anzubieten, übertragen. So ist es **nicht belegt**, dass derartig gestaltete Packungen zu dem vom EU-Gesetzgeber erwünschten **dauerhaften Rückgang des Konsums** von Zigaretten führen. Zwar würden sich möglicherweise weniger Verbraucher für den Kauf eines derart verpackten Produkts entscheiden, wenn sie die Wahl zwischen diesem und einem aufwändig mit Marken, Logos und Farben verpackten Produkt hätten. Werden jedoch, wozu ja die Richtlinienregelung durch die EU führen würde, **sämtliche** Produkte standardisiert, so verschwindet dieser Effekt wieder. Ein Effekt der Standardisierung von Zigarettenverpackungen ist jedoch die Begünstigung von Fälschungen und illegalem Handel. Ähnliche negative Erfahrungen wurden auf dem Arzneimittelmarkt mit parallelimportierten und generischen Produkten gemacht. Jedenfalls wäre u.U. damit zu rechnen, dass preiswertere Zigaretten in größerem Maße auf dem Markt verfügbar wären und die Verbraucher zum Konsum anregen würden. Daher ist die Einführung von Standardpackungen **nicht geeignet, zum Gesundheitsschutz beizutragen**.

- Vgl. Schwarze, in: Pache/Schwarz/Sosnitza, Aktuelle Rechtsfragen der Tabakregulierung in Europa, 2012, S. 124, 126 f. -

122 Darüber hinaus hängt die Eignung eines Grundrechtseingriffs für den Zweck des Gesundheitsschutzes von der Antwort auf die Frage ab, ob es einen **nachweisbaren Zusammenhang** zwischen der Pflicht zum Abdruck übergroßer Warnhinweise sowie abschreckender Fotos und einer signifikanten Reduktion der Prävalenz des Tabakkonsums gibt. Dabei handelt es sich um empirische Fragen, derer sich der Gesetzgeber (ungeachtet eines ihm allenfalls zustehenden Ermessens) durch entsprechende **wissenschaftliche**



Grundlagen zu versichern hat. In Bezug auf den Vorschlag TPR 2012 hat die Kommission dies mehrfach versäumt (vgl. Rn. 215 ff.; Rn. 242 ff.; Rn. 253 f.).

- 123 Auch an der **Erforderlichkeit** standardisierter Zigarettenpackungen bestehen erhebliche Zweifel, da es eine Reihe Maßnahmen gibt, die den Tabakkonsum effektiver bekämpfen, z.B. verstärkte Information der Verbraucher über die Gefahren des Rauchens, aber weniger stark in das Eigentumsrecht der Hersteller eingreifen.
- 124 Schließlich muss die Einführung von weitgehend standardisierten Zigarettenpackungen auch **angemessen** sein. Das ist ebenfalls sehr fraglich, da dieses Kriterium voraussetzt, dass der Unionsgesetzgeber einen gerechten Ausgleich zwischen den hier kollidierenden Interessen und Rechten vornimmt. Nachdem aber tatsächlich **kaum positive Effekte** durch weitgehend vereinheitlichte Zigarettenpackungen zu erwarten sind
- So geht die EU-Kommission selbst davon aus, dass die vorgeschlagenen Kennzeichnungs- und Verpackungsmaßnahmen innerhalb von fünf Jahren zu einem Konsumrückgang in den EU-Mitgliedstaaten von 1 bis 1,5 % führen werden; vgl. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment, SWD(2012) 452 final, 19.12.2012, Part 6, A.5.2.1, S. 1 f. Ein derartiger Konsumrückgang dürfte sich freilich allein schon aufgrund der demographischen Entwicklung der EU-Mitgliedstaaten einstellen. -
- 125 – übrigens auch nicht auf dem Binnenmarkt, da ihre Einführung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten keineswegs fördert, sondern den Marktzugang von Tabakprodukten in anderen Mitgliedstaaten erschwert (vgl. Rn. 69 ff.) –, kann ihre Einführung weder als zielführend im Hinblick auf das Ziel der Binnenmarktharmonisierung und des Gesundheitsschutzes noch als angemessen bezeichnet werden. Das gilt vor allem, weil es sich dabei um eine **sehr gravierende Maßnahme** handelt, die einer Eigentumsentziehung gleich kommt, und nicht wie bei anderen Etikettierungsvorschriften, die bisher vor den EuGH gelangten, um eine Einschränkung von Marktanteilen.
- Vgl. EuGH, Rs. C-154/04 und C-155/05, Alliance for Natural Health, Slg. 2005, I-6451 Rn. 128 ff. -
- 126 Da die Pflicht zum Abdruck übergroßer Warnhinweise sowie abschreckender Fotos überdies mit einer ganzen Reihe anderer im Vorschlag TPR 2012 vorgesehenen Maßnahmen kombiniert wird (wie z.B. dem Verbot gewisser Elemente und Merkmale der Produktbeschreibung und der weitgehenden Vereinheitlichung der Aufmachung und des Inhalts der Packungen) und diese Maßnahmen zur bereits bestehenden Regulierungslage auf dem Tabaksektor hinzutreten, wirkt der Eigentumseingriff außerordentlich intensiv (vgl. Rn. 88 ff.). Er unterliegt daher einer **besonderen Rechtfertigungslast**, der der Richtlinienentwurf jedoch nicht gerecht wird. Insbesondere macht dieser nicht deutlich, warum die Kombination von Warnhinweisen sowie Fotos gerade 75 % der Vorder- und Rückseite bedecken muss und warum eine geringere Fläche hierfür nicht ausreicht.
- 127 Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 1 Abs. 1 des 1. ZP zur EMRK eine gesetzliche Maßnahme, die eine enteignende Wirkung hat, einer **Entschädigungsregelung** durch den Gesetzgeber bedarf. Diese Rechtsprechung zur EMRK

ist nach Art. 52 Abs. 1 GrC und Art. 53 GrC auch für die Auslegung des EU-rechtlichen Eigentumsgrundrechts in Art. 17 GrC durch die EU-Organe maßgeblich. Würde die Neufassung der TPR, die – wie zuvor beschrieben – auf die Hersteller von Zigaretten eine enteignende Wirkung hat, **ohne** jede Entschädigung durch die EU beschlossen, wäre sie schon deshalb **unverhältnismäßig**.

- Vgl. EGMR, Lithgow u.a./Vereinigtes Königreich, Nr. 9006/80, Urteil vom 8.7.1986, Rn. 120; siehe auch EuGH, Rs. C-120/06, FIAMM, Slg. 2008, I-6513 Rn. 184 -

128 Abgesehen davon wird die Bewertung der Verhältnismäßigkeit davon abhängen, ob der EuGH dem EU-Gesetzgeber in dieser Angelegenheit wie in den bisherigen Verfahren gegen die TPR 2001 und die zweite Tabakwerberichtlinie 2003 einen weiten, letztlich nur nach Maßgabe des Willkürverbots überprüfbaren **Spielraum** zugesteht.

- EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 123 -

129 Davon ist nach der neueren Judikatur des EuGH jedoch nicht mehr auszugehen. Der Gerichtshof schenkt seit dem Inkrafttreten der GrC den Grundrechtseingriffen des Unionsgesetzgebers und der von diesem vorgenommenen Interessenabwägung mehr Aufmerksamkeit. Der EU-Gesetzgeber muss sich dementsprechend um eine „ausgewogene Gewichtung“ der Interessen der EU auf der einen Seite und der Interessen der Grundrechtsträger auf der anderen Seite bemühen. Da sich die Einschränkung der Grundrechte im Rahmen dieser Interessensabwägung auf das „**absolut Notwendige beschränken**“ muss und den von der EU verfolgten Zielen nicht einfach der Vorrang vor dem betroffenen Grundrecht zuerkannt werden kann,

- Vgl. EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, Schecke und Eifert/Hessen, Slg. 2010, I-11063 Rn. 77 und 86 bzw. 85; Schroeder, Neues zur Grundrechtskontrolle in der EU, EuZW 2011, 462, 465 ff. -

130 spricht einiges dafür, dass der Gerichtshof die Rechtsakte der Unionsorgane anhand der GrC **genauer kontrollieren** und **gravierende Grundrechtseingriffe** wie die Einführung von Standardpackungen als unverhältnismäßig beanstanden würde.

### e) Wesensgehalt des Eigentumsgrundrechts

131 Letztlich dürfte die genauere Grundrechtsprüfung nach Inkrafttreten der GrC den EuGH auch veranlassen, in der Verpflichtung zur Einführung von Zigarettenpackungen, die von Warnhinweisen dominiert werden und hinsichtlich der Produktbeschreibungen, Aufmachung und Inhalt fast vollständig standardisiert sind, eine Verletzung des durch Art. 51 Abs. 1, Art. 17 Abs. 2 GrC geschützten **Wesensgehalts des Markeneigentums** zu sehen.

132 Der **Gerichtshof** hat im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht in der Vergangenheit davon gesprochen, dass der Wesensgehalt verletzt ist, sofern eine Maßnahme der EU „jede sinnvolle Vermarktung eines Produkts“ unmöglich machen würde. Anders hingegen verhält es sich, wenn die Maßnahme nur die „Modalitäten der Ausübung eines solchen Rechts betrifft, ohne

dessen Bestand selbst zu gefährden“ und es „den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern unbenommen bleibt“, ihr Eigentum auf andere Weise zu nutzen.

- EuGH, Rs. C-347/03, ERSA, Slg. 2005, I-3785 Rn. 122 bzw. Rs. C-306/93, SMV Winzersekt, Slg. 1994, I-5555 Rn. 24 – allerdings zur Berufsfreiheit; Rs. C-177/90, Kühn, Slg. 1992, I-35 Rn. 17 -

- 133 Diese Judikatur stammt aus dem Bereich des EU-Landwirtschaftsrechts. Der Tabaksektor unterliegt hingegen bereits jetzt aufgrund zahlreicher, vor allem in den Richtlinien 2001/37/EG und 2003/33/EG enthaltener Verbote und Gebote einer deutlich intensiveren EU-rechtlichen Regulierung als jener Bereich. Daher dürfte der Gerichtshof zusätzliche Grundrechtseingriffe durch eine weitere Verschärfung der EU-rechtlichen Anforderungen an die Herstellung und Aufmachung von Tabakerzeugnissen kritischer bewerten als die agrarpolitischen Maßnahmen des EU-Gesetzgebers, die Gegenstand der oben zitierten Entscheidungen waren, in denen es um Herkunftsbezeichnungen für Weine und Schaumweine oder die Zahlung von Subventionen für die Milchwirtschaft ging. Die vorhandene Regelungsdichte im Tabaksektor hat den EuGH bereits 2001 zu der Feststellung veranlasst, dass die von der **TPR** damals vorgeschriebenen Warnhinweise den grundrechtlich relevanten Anforderungen noch entsprechen, die nicht missachtet werden dürfen. Der Unionsgesetzgeber habe damals „die Grenzen des Ermessens, das ihm auf diesem Gebiet zusteht, nicht überschritten“, weil er „den Herstellern dieser Erzeugnisse **noch genügend Raum lässt**, um dort andere Angaben, insbesondere bezüglich ihrer **Marken**, anzubringen“.

- Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 132 -

- 134 Zwar untersagt auch Art. 7 TPR von 2001 die Verwendung bestimmter beschreibender Zusätze zur Marke wie „light“ oder „mild“. Jedoch betrachtet der EuGH dies nicht als Eingriff in den Wesensgehalt des Markeneigentums, weil den Herstellern „noch die Möglichkeit“ bleibt, ihr „**Erzeugnis** durch andere Unterscheidungszeichen **zu individualisieren**“.

- EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 152; ähnlich aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts BVerfGE 95, 173 (188) = NJW 1997, 2871 -

- 135 Mit diesen Aussagen konkretisiert der Gerichtshof in sachgerechter Weise die Wesensgehaltsgrenze für weitere Eingriffe in die Marken- und Eigentumsrechte durch das EU-Tabakproduktrecht. Werden die Individualisierungsmöglichkeiten der Zigarettenpackungen aufgrund der stark vergrößerten Warnhinweise, kombiniert mit der weitgehenden Verpackungsstandardisierung, noch stärker eingeschränkt, würde der **Bestand** der für die Kennzeichnung und Bewerbung dieser Produkte verwendeten Marken gefährdet.
- 136 Geht man davon aus, dass die von den Herstellern von Tabakerzeugnissen verwendeten Marken dazu dienen, den Verbrauchern gegenüber eine bildliche und textuelle Markenbotschaft zu vermitteln, so fragt sich, ob mit Umsetzung des Vorschlages TPR 2012 von diesen eigentumsrechtlich geschützten Rechten in der **Substanz** noch etwas übrig bleibt. Das gilt vor allem deshalb, weil die Marken der Zigarettenhersteller aufgrund der bereits

bestehenden Werbeverbote in TV, Rundfunk, Zeitungen und Diensten der Informationsgesellschaft sowie des grenzüberschreitenden Sponsoringverbots öffentlich bereits jetzt kaum noch verwendet werden können. Die Novelle verschärft die Einschränkungen des Produkt- und Werberechts für Tabakerzeugnisse durch die TPR von 2001 und die Richtlinie 2003/33/EG jedoch noch weiter und könnte damit auf ein **faktisches Markenverbot** hinauslaufen.

- Vgl. zur Bedeutung additiver Grundrechtseingriffe im EU-Recht Rn. 88 ff. -

- 137 Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang darauf abgestellt, dass die Herkunfts-, Zuordnungs- und Unterscheidungsfunktion der Marke solange gewährleistet ist, als „der unterschiedliche und **prägende Gesamteindruck** der verschiedenen Verpackungsgestaltungen trotz der Warnhinweise erhalten bleibt“. Der Vorschlag TPR 2012 führt demgegenüber dazu, dass der „prägende Gesamteindruck“ der Zigarettenpackungen vor allem durch die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise bestimmt wird, die a) 75 % der Vorder- und Rückseite der Packung bedecken, b) an der Oberkante der Packung anzubringen sind und c) durch die Verwendung von Bildern schockierenden Charakters die Aufmerksamkeit der Verbraucher auf sich ziehen sollen (vgl. Rn. 198 ff.). Demgegenüber treten die verwendeten Marken im Hintergrund. Dieser Effekt wird noch dadurch verstärkt, dass weitere Elemente wie das Sicherheitsmerkmal, das individuelle Erkennungsmerkmal und die Steuerbanderole auf der Packungsoberfläche anzubringen sind. Infolge des Vorschlags TPR 2012 können die Marken die ihnen zugeordneten Funktionen **nicht mehr erfüllen**, da der prägende Gesamteindruck der Verpackungen nicht mehr von ihnen, sondern von den anzubringenden Warnhinweisen ausgeht.

- Vgl. BVerfGE 95, 173 (188) = NJW 1997, 2871 -

- 138 Der EuGH hat darüber hinaus festgestellt, dass zur Beurteilung der Frage, ob und inwiefern eine Marke in ihren Funktionen beeinträchtigt ist, auch die **konkrete Verkaufssituation** berücksichtigt werden muss, in der die Marke auf den Verbraucher wirkt.

- EuGH, verb. Rs. C-236/08 bis C-238/08, Google France, Slg. 2010, I-2417 Rn. 85 -

- 139 Tatsächlich werden die Verbraucher in den **typischen Verkaufssituationen** von Zigarettenpackungen die Marken und die von diesen vermittelten bildlichen und textuellen Botschaften nicht mehr erkennen können. In Automaten ist die Zigarettenpackung als solche überhaupt nicht wahrnehmbar. Aber auch in Geschäften, Tankstellen und Supermärkten befinden sich Zigarettenpackungen nie im direkten Zugriffsbereich der Kunden, sondern immer in einer gewissen **Entfernung** zum Verbraucher. Aus dieser Entfernung ist die Wahrnehmung der Marke nicht mehr gewährleistet.

- 140 Hinzu kommt, dass Art. 12 Vorschlag TPR 2012 bestimmte Elemente der **Produktbeschreibung** auf den Zigarettenpackungen in Form von Texten, Symbolen, Farben, Namen und Marken untersagt. Diese Regelung verstärkt die Wirkung, dass die Unterscheidbarkeit der Produkte nahezu aufgehoben wird. Berücksichtigt man die konkrete Verkaufssituation verfängt auch nicht das Argument, den Herstellern verbliebe ja noch ein

gewisser Raum, um ihre Marken anzubringen, da eine Wahrnehmung der individualisierenden Merkmale nicht gewährleistet ist. Somit würden die Marken auf den Packungen in der Praxis keinerlei Wirkung entfalten können. Daher enthält der Vorschlag TPR 2012 ein faktisches Individualisierungsverbot von Zigarettenpackungen, das – i.S.d. Judikatur des EuGH – den Wesensgehalt des Markeneigentumsrechts verletzt.

- Vgl. auch Jarass, Neue Dimensionen der Tabakproduktregulierung und Grundrechte sowie Grundfreiheiten, 2012, S. 45 -

## **5. Verstoß gegen die Meinungs- und Informationsfreiheit**

- 141 Die Verpflichtung zur Einführung von Standardpackungen könnte auch gegen das Grundrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 GrC) verstoßen.
- 142 Das **Recht auf Wirtschaftswerbung und Markenkommunikation** ergibt sich nicht nur bereits aus dem Bekenntnis der EU zu einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ nach Art. 119 AEUV, sondern ist nach der Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des EGMR Bestandteil der europarechtlich geschützten Meinungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit umfasst daher das Grundrecht der Hersteller von Produkten, durch Werbung mit den Verbrauchern zu kommunizieren.
- EuGH, Rs. C-421/07, Frede Damgaard, Slg. 2009, I-2629 Rn. 25 f.; aus Sicht von Art. 10 EMRK, der nach Art. 52 Abs. 3 GrC für die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 GrC relevant ist, EGMR, Nr. 15450/89, Casado Coca/Spain, Urteil vom 24.02.1994 Rn. 35 ff.; vgl. auch zum deutschen Grundrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit entsprechend BVerfGE 95, 173 (181) = NJW 1997, 2871 -
- 143 Weitgehend standardisierte Zigarettenpackungen **unterbinden** faktisch eine entsprechende **Kommunikation**, soweit dazu die Produktverpackung genutzt wird – wobei zu berücksichtigen ist, dass andere Kommunikationskanäle durch das weitgehende Werbeverbot aufgrund der Richtlinie 2003/33/EG auch versperrt sind. Da auf den Packungen aufgrund der enorm vergrößerten Warnhinweise hierzu kein Platz mehr ist und auch gewisse Elemente und Merkmale der Produktbeschreibung verboten und Aufmachung und Gestaltung der Packungen weitgehend vereinheitlicht werden (Art. 12 f. Vorschlag TPR 2012), wird das Recht des Herstellers eingeschränkt, bestimmte Werbeaussagen und Hinweise auf bestimmte Produkteigenschaften **mit dem Produkt selbst** an die Verbraucher zu vermitteln.
- 144 Gleichzeitig führt der in Art. 8 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 vorgesehene allgemeine textliche Warnhinweis „Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf“ zu einem Eingriff in die **negative Meinungsfreiheit** der Hersteller. Diese werden durch die Richtlinie zum Abdruck eines Appells an die Verbraucher verpflichtet werden. Anders als bei der Informationsbotschaft, die bisher nach der TPR von 2001 und deren Vorläufern verpflichtend ist und lediglich auf die Gefahren des Rauchens hinweist, appelliert der künftig zu verwendende Text konkret an die Verbraucher, das Produkt, auf dem der Text abgebildet ist, nicht zu kaufen. Der zu verwendende Text lässt außerdem offen, wer für den Appell an die Verbraucher, mit dem Rauchen aufzuhören, verantwortlich ist. Er könnte gar von diesen durchaus auch den

Herstellern der Tabakprodukte zugeordnet werden. Art. 8 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 **zwingt die Hersteller** von Zigaretten deshalb, sich eine bestimmte und dazu noch für sie nachteilige Meinungsäußerung **zu eigen zu machen** und greift damit in ihre Meinungsfreiheit ein (vgl. Rn. 185).

- 145 Umgekehrt missachten standardisierte Zigarettenpackungen, die sich in Aussage und Gestaltung an den Vorgaben des EU-Gesetzgebers orientieren, aber auch das durch Art. 11 GrC geschützte **Grundrecht der Verbraucher auf angemessene Information** über Produkte, die Gegenstand ihrer potentiellen Kaufentscheidung sind. Dieses Informationsrecht der Verbraucher dient schließlich dazu, ihre ebenfalls durch Art. 7 GrC grundrechtlich geschützte **Entscheidungsfreiheit** zu verwirklichen.

- Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-362/88, GB-INNO, Slg. 1990, I-667 Rn. 18; hierzu Schroeder, Der Informationsanspruch des Verbrauchers, in: Streinz (Hrsg.), Verbraucherinformation und Risikokommunikation im Lebensmittelrecht, 2004, S. 33 -

- 146 Mit den von Warnhinweisen dominierten Packungen gibt es kaum noch Möglichkeiten für Verbraucher, **Informationen** über Produkteigenschaften von Zigaretten zu empfangen.

- 147 Im Zusammenhang mit der Tatsache, dass Werbung für Tabakprodukte im Allgemeinen in vielen Mitgliedstaaten fast vollständig verboten ist, führt die Standardisierung sämtlicher Zigarettenpackungen dazu, dass der Verbraucher diese nahezu nicht mehr unterscheiden und deshalb keine informierte Wahlentscheidung mehr treffen kann. Es wächst das Risiko von **Fehlentscheidungen** (vgl. Rn. 109 f.). Dabei ist klarzustellen, dass die Verpflichtung zur Einführung von weitgehend standardisierten Verpackungen in ihrer Funktion und Wirkung von sonstigen Etikettierungsvorschriften abzugrenzen ist. **Kennzeichnungsvorschriften** der EU

- Vgl. etwa Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 vom 25. Oktober 2011 zur Information der Verbraucher über Lebensmittel, ABl. 2011, Nr. L 304/18 -

- 148 informieren den Verbraucher über den Inhalt eines Produkts und werden damit Art. 11 GrC gerecht. Dies ist nicht der Fall, soweit die geplanten Warnhinweise über den Charakter einer sachlichen Information hinausgehen. So enthalten sie insbesondere behelrende Appelle („Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf“) und emotional aufgeladene, überproportional große Schockbilder.

- 149 Zwar ist auch die Meinungs- und Informationsfreiheit nicht schrankenlos. Auch sie kann wie die Eigentumsfreiheit nach Art. 52 Abs. 1 GrC durch den EU-Gesetzgeber **eingeschränkt** werden, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt des Grundrechts achtet, den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen entspricht und verhältnismäßig ist.

- 150 Was die **Verhältnismäßigkeit** des Eingriffs betrifft, so ist auf das oben Gesagte zu verweisen. (vgl. Rn. 117 ff.). Die kombinierten Warnhinweise sowie vor allem die textlichen Warnhinweise mit Appellcharakter ohne jeden Hinweis auf den Urheber der Hinweise sind nicht zum Gesundheitsschutz geeignet. In keinem Fall sind sie erforderlich, da sachliche

Kampagnen der EU, die die Verbraucher über die Gefahren des Rauchens aufklären, dem Ziel des Gesundheitsschutzes besser Rechnung tragen und weniger in die entsprechenden Grundrechte der Betroffenen eingreifen (vgl. Rn. 123). Erschwerend wirkt sich aus Sicht des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus, dass das geplante Maßnahmenpaket die Meinungs- und Informationsfreiheit nicht nur als Nebenwirkung beschränkt, sondern gerade darauf ausgerichtet ist, eine **Markenkommunikation gegenüber den Kunden weitgehend unmöglich zu machen** und seine Aufmerksamkeit primär auf die Produktwarnung zu lenken (vgl. Rn. 73). Auch insoweit ist vor dem Hintergrund der Theorie zu **additiven Grundrechtseingriffen** (vgl. Rn. 88 ff.) zu berücksichtigen, dass die Möglichkeiten zur Kommunikation zwischen Herstellern und Verbrauchern bereits aufgrund der bestehenden Tabakwerbeverbote und den übrigen durch die TPR vorgesehenen Restriktionen erheblich beeinträchtigt sind.

- 151 Da die Einführung von weitgehend standardisierten Zigarettenpackungen mit übergroßen kombinierten Warnhinweisen nicht zum Gesundheitsschutz geeignet, erforderlich und angemessen ist, wie oben gezeigt wurde, verstößt sie gegen die Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GrC, auch wenn insoweit kein Verstoß gegen den Wesensgehalt vorliegen dürfte.

### **6. Verstoß gegen die unternehmerische Freiheit**

- 152 Die Verpflichtung zur Einführung von standardisierten Zigarettenpackungen könnte auch gegen die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GrC verstoßen.

- 153 Auch in die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GrC greift der Vorschlag TPR 2012 ein. Der Vertrieb von Produktverpackungen ohne kennzeichnende Marken wirkt sich **nachteilig auf die Wettbewerbsfähigkeit** der betreffenden Unternehmen aus und führt – wie alle Werbebeschränkungen – zu einer Marktabschottung. Der Gerichtshof hat insoweit klargestellt, dass die Nutzung von Marken Unternehmen in die Lage versetzt, Kunden an sich zu binden, und daher wesentlicher **Bestandteil eines Systems unverfälschten Wettbewerbs** ist. Dieses Recht würde durch die geplante Neufassung der TPR verletzt.

- Vgl. EuGH, Rs. C-10/89, HAG, Slg. 1990, I-3711 Rn. 13 -

- 154 Auch das deutsche BVerfG sah bereits in früheren Verpackungs- und Etikettierungsvorschriften der EU für Tabakerzeugnisse einen **Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung**,

- BVerfG, NJW 1997, 2871, 2872 -

- 155 der mit dem weitgehenden Verbot der individuellen Gestaltung von Zigarettenpackungen allerdings wesentlich gravierender ausfallen würde. Das gilt vor allem deshalb, weil die weitgehend standardisierten Zigarettenpackungen es einem Hersteller praktisch **unmöglich machen, neue Marken für Tabakprodukte zu schaffen** und auf dem Markt zu etablieren (vgl. auch Art. 17 Vorschlag TPR 2012 zu neuartigen Tabakerzeugnissen). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass diese Produkte aufgrund der Richtlinie

2003/33/EG und nationaler Gesetzgebung ohnehin in vielen Mitgliedstaaten nicht mehr beworben werden dürfen.

- 156 Was die **Verhältnismäßigkeit** betrifft, so ist auf das oben Gesagte zu verweisen (vgl. Rn. 117 ff.). Da die Einführung von standardisierten Zigarettenpackungen nicht dem Gesundheitsschutz dient und auch nicht zu dessen Schutz erforderlich ist, verstößt sie auch gegen die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GrC.

## **7. Zwischenergebnis**

- 157 Die Einführung von standardisierten Zigarettenpackungen, die von den Herstellern kaum mehr unter Hinzufügen von Logos oder Marken individuell gestaltet werden dürfen, kombiniert mit dem Verbot gewisser Elemente der Produktbeschreibung und der weitgehenden Vereinheitlichung von Aufmachung und Inhalt von Zigarettenpackungen, **verletzt** in mehrfacher Hinsicht **die Grundrechte** von Unternehmen und Privatpersonen.
- 158 Dieses Maßnahmenpaket missachtet den Wesensgehalt der durch Art. 17 Abs. 2 GrC **eigentumsgrundrechtlich** geschützten Markenrechte der Hersteller von Tabakerzeugnissen, da es die Funktion dieser Marken weitgehend aufhebt. Es impliziert auch einen Verstoß gegen das durch die **Meinungsfreiheit** grundrechtlich nach Art. 11 Abs. 1 GrC geschützte Recht der Hersteller auf Wirtschaftswerbung und Markenkommunikation gegenüber den Verbrauchern. Umgekehrt verletzt es aber auch die ebenfalls durch Art. 11 Abs. 1 GrC geschützte **Informationsfreiheit** der Verbraucher, die über den Gegenstand ihrer potentiellen Kaufentscheidung aufgeklärt werden wollen, um Fehlentscheidungen zu vermeiden. Schließlich verletzt es die **unternehmerische Freiheit** der Hersteller gemäß Art. 16 GrC.
- 159 Ein solches Maßnahmenpaket wäre auch nicht aus Gemeinwohlerwägungen nach Art. 52 Abs. 1 GrC zu rechtfertigen, da es **unverhältnismäßig** erscheint. Die Einführung von standardisierten Zigarettenpackungen trägt nicht zum Schutz vor den Gefahren des Rauchens und damit zum Gesundheitsschutz bei. Die fraglichen Maßnahmen sind daher nicht geeignet, solche Gefahren zu verhüten. Vielmehr haben sie unerwünschte Nebeneffekte, die die Binnenmarktharmonisierung und den Gesundheitsschutz als Ziele der TPR beeinträchtigen, denn weitgehend vereinheitlichte Zigarettenpackungen können einen Preiskampf unter Tabakherstellern mit unvorhersehbaren Marktverwerfungen verursachen oder Fälschungen und illegalen Handel begünstigen und damit den Konsum von Zigaretten noch fördern. Im Übrigen sind die Maßnahmen auch nicht erforderlich, weil es andere Optionen hinsichtlich der Zigarettengestaltung gibt, die effektiver in Bezug auf das angestrebte Regelungsziel sind, aber weniger belastend wären. Schließlich sind sie auch unangemessen, weil sie wegen der **Kumulierung der Wirkung** der verschiedenen, durch den Vorschlag TPR 2012 sowie durch die Vorgängerrichtlinien und weitere Regulierungsmaßnahmen der EU auf dem Tabaksektor ausgelösten intensiven Grundrechtseingriffe insgesamt im Verhältnis zum möglichen Nutzen der Maßnahmen zu intensiv erscheinen.



### III. Übertragung der Befugnis an die Kommission, die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten anzupassen

160 EU-rechtlich problematisch sind auch die im Vorschlag TPR 2012 enthaltenen **Übertragungen von Befugnissen des EU-Gesetzgebers an die Kommission**, die die bestehenden Regelungen für die Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten anpassen darf.

- Vgl. insb. Art. 8 Abs. 4; Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5; Art. 13 Abs. 3 und 4 Vorschlag TPR 2012; vgl. aber auch Art. 3 Abs. 2 und 3 sowie Art. 6 Abs. 3 und 9 Vorschlag TPR 2012 -

161 Nach der Vorstellung der Kommission soll die Richtlinie durch Anwendung dieses Regelungsinstrumentes „vollständig operationell“ werden und damit zugleich „technischen, wissenschaftlichen und internationalen Entwicklungen Rechnung getragen werden“.

- Vgl. Erwägungsgrund 38, Vorschlag TPR 2012 -

162 **Bislang** ist nach der TPR von 2001 die **Regelungskompetenz der Kommission** auf die Anpassung von Messverfahren, die Inhalte der Warnhinweise und die Kennzeichnung zum Zweck der Identifizierung und Rückverfolgung von Tabakerzeugnissen **beschränkt**. Darüber hinaus erlässt die Kommission die Vorschriften für die Verwendung von Farbfotografien zur Erklärung der gesundheitlichen Folgen des Rauchens, um sicherzustellen, dass die Binnenmarktbestimmungen nicht unterlaufen werden, wenn sich ein Mitgliedstaat entscheidet, ergänzende Warnhinweise in Form von Farbfotografien vorzuschreiben.

- Vgl. Art. 5 Abs. 3, Art. 9 TPR von 2001 -

#### **1. Delegation von Kompetenzen durch den EU-Gesetzgeber nach Art. 290 AEUV**

163 Die weitgehende Delegation von Kompetenzen an die Kommission durch den Vorschlag TPR 2012 könnte mit **Art. 290 Abs. 1 AEUV** unvereinbar sein. Diese Vorschrift räumt dem Unionsgesetzgeber lediglich die Möglichkeit ein, der Kommission die Befugnis zur Ergänzung oder Änderung „bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes“ (UAbs. 1) zu übertragen. Zugleich ist normiert, dass „[d]ie wesentlichen Aspekte eines Bereichs [...] dem Gesetzgebungsakt vorbehalten“ sind (UAbs. 2). Es stellt sich daher zunächst in grundsätzlicher Weise die Frage, wann eine Delegation „wesentliche“ Vorschriften oder Aspekte betrifft.

164 Der **EuGH** hat für die Frage, ob eine Delegation wesentlicher Aspekte oder Vorschriften an die Kommission vorliegt, **bisher** darauf abgestellt, ob durch solche Vorschriften „die **grundsätzlichen Ausrichtungen einer Gemeinschaftspolitik**“ bestimmt werden sollen. Bei der Anwendung dieses Kriteriums ging der Gerichtshof dann sehr großzügig gegenüber der Kommission vor. Er hielt auch die Delegation weitgehender Befugnisse an die Kommission für zulässig, wenn dies **funktional** gerechtfertigt war, weil die Kompetenzen dem vermeintlich zur Verwirklichung der Gemeinschaftsziele am besten geeigneten Organ übertragen wurden.

- Vgl. EuGH, Rs C-240/90, Deutschland/Kommission, Slg. 1992, I-5383 Rn. 36 f. und 40.; Rs. C-356/97, Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen, Slg. 2000, I-5461 Rn. 21 ff.; vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 290 AEUV Rn. 38 -

165 Die vorhandene Judikatur basierte auf dem EGV. Mit dem Inkrafttreten des **Vertrags von Lissabon** haben sich jedoch zwei wesentliche Änderungen ergeben, die sich auf die Auslegung der Delegationsbefugnisse auswirken.

166 Zum einen will der Lissaboner Vertrag die **demokratische Legitimität** der Union verbessern. Zu diesem Zweck hat er insbesondere die Rechte des Europäischen Parlaments weiter gestärkt und es im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (Art. 289 AEUV) in der Mehrzahl der Politikbereiche der Union zum gleichberechtigten Mitgesetzgeber gemacht. Dies gilt auch für den Art. 114 AEUV, auf dessen Grundlage der Vorschlag TPR 2012 erlassen werden soll (vgl. Rn. 33). Aus diesem Grund ist der Begriff der Wesentlichkeit in Art. 290 AEUV weniger funktional und stärker **demokratiepolitisch** dahingehend zu verstehen, dass er die Prärogativen des Gesetzgebers gegenüber der demokratisch nicht vergleichbar legitimierten Kommission sichern will.

- Vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 290 AEUV Rn. 10; vgl. zurückhaltend Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 290 AEUV Rn. 26 und 38 ff. So votiert auch Generalanwältin Kokott für eine restriktivere Auslegung der Delegationsbefugnisse und beruft sich dabei ausdrücklich auf den „Respekt vor den Beteiligungsrechten des Parlaments“; vgl. Schlussanträge GA Kokott, EuGH, Rs. C-66/04, Raucharomen, Slg. 2005, I-10553 Rn. 56 -

167 Zum zweiten ist mit dem Vertrag von Lissabon die **GrC als Primärrecht verbindlich** geworden. Dies hat Folgen für die Auslegung und Handhabung des Wesentlichkeitskriteriums in Art. 290 Abs. 1 AEUV. Zwar wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Begriff der Wesentlichkeit im EU-Recht – anders als im deutschen Verfassungsrecht – **nicht rechtsstaatlich-grundrechtsbezogen** aufzufassen sei.

- Vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 290 AEUV Rn. 10; vgl. skeptisch auch Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 290 AEUV Rn. 39 -

168 Schon eine **grammatikalische** Auslegung, die am normalen Wortsinn orientiert ist, wird jedoch als „wesentlichen“ Aspekt eines Rechtsaktes dessen tragende Elemente bezeichnen. Dazu gehören insbesondere auch jene Bestimmungen des Rechtsakts, mit denen in die **grundrechtlich** geschützten Rechtspositionen von Personen eingegriffen wird. Dieses Ergebnis wird durch die nach der verbindlichen Einführung der GrC gebotene **grundrechtskonforme** Auslegung des gesamten Unionsrechts, also auch von Art. 290 Abs. 1 AEUV, bestätigt.

- Vgl. Schoo, in: Schwarze (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2012, Art. 290 AEUV Rn. 11; zur grundrechtskonformen Auslegung auch des Primärrechts vgl. etwa Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, S. 71 m.w.N. -

169 Dies hat auch Konsequenzen für den **Vorbehalt des Gesetzes** i.S.d. Art. 52 Abs. 1 GrC. Dort ist normiert, dass jede Einschränkung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten

„gesetzlich vorgesehen“ sein muss. Daraus ergibt sich, dass **Grundrechtseingriffe im zugrundeliegenden Gesetzgebungsakt selbst und nicht erst im delegierten Rechtsakt** der Kommission anzuordnen sind.

- Vgl. Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn. 67; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GrC Rn. 62; von Danwitz, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), GrC, 2006, Art. 52 GrC Rn. 34 f.; im Ergebnis zustimmend Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 290 AEUV Rn. 42 -

170 Aus diesem Grund sind an die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen betreffend Kennzeichnung und Verpackung von Zigaretten durch den Vorschlag TPR 2012 strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere was ihre **Determinierung** in Bezug auf **Grundrechtseingriffe** betrifft. Insoweit macht der bloße Umstand, dass eine Ermächtigung der Kommission in einem grundrechtssensitiven Bereich erfolgt, die Delegation noch nicht rechtswidrig. Wäre dies der Fall, wären Delegationen an die Kommission im gesamten Binnenmarktbereich kaum möglich, da die delegierten Rechtsakte wegen des von Binnenmarktrechtsakten angestrebten hohen Schutzniveaus in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz (Art. 114 Abs. 3 AEUV) regelmäßig in die Grundrechte von Herstellern, Händlern und Verbrauchern eingreifen. Das trifft auch für den Vorschlag TPR 2012 zu (vgl. Rn. 82 ff.). Die „Wesentlichkeitstheorie“ bedeutet im Zusammenhang mit einer Delegation von Befugnissen auch aus Sicht der Grundrechte lediglich, dass ein delegierender Rechtsakt wie der Vorschlag TPR 2012 bereits **dem Grunde nach den Grundrechtseingriff selbst vornehmen** und der Kommission durch Festlegung der **Ziele, Inhalte, Geltungsbereich und Dauer** der Befugnisübertragung eindeutige **Vorgaben** machen muss, unter welchen Voraussetzungen dieser Eingriff aktualisiert werden kann.

- Vgl. allg. Mitteilung der Kommission, Umsetzung von Art. 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, KOM(2009) 673 endg., S. 5 f.; speziell zum Grundrechtsbereich Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GrC Rn. 62; Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn. 67 m.w.N. -

171 Entspricht die Delegation im Basisrechtsakt – in diesem Fall also der TPR – diesen Mindestanforderungen nicht, hat sie der EuGH für **nichtig** zu erklären.

172 Dagegen ist der Umstand, dass eine Delegation von Befugnissen **unbefristet** ist, unionsrechtlich unerheblich. Zwar verlangt Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, dass auch die „**Dauer** der Befugnisübertragung“ im Basisrechtsakt ausdrücklich festzulegen ist. Eine unbefristete Delegation wird damit aber als durchaus vereinbar angesehen. Die Aufnahme einer Befristung ist demnach **nicht zwingend erforderlich**, sondern kann vom Gesetzgeber von Fall zu Fall unterschiedlich und nach den jeweiligen Bedürfnissen gehandhabt werden.

- Vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 290 AEUV Rn. 51 -

## **2. Keine pauschale Delegation des Rechts zu weiteren Restriktionen bei der Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen**

173 Zulässig ist eine Delegation von Befugnissen an die Kommission demnach, wenn diese ermächtigt wird, „nicht wesentliche Vorschriften“ eines Rechtsakts des EU-Gesetzgebers zu ergänzen oder zu ändern. Hierbei geht es üblicherweise um das Recht der Kommission, **technische Detailregelungen** zu erlassen oder bereits im Gesetzgebungsakt selbst enthaltene **unbestimmte Rechtsbegriffe zu präzisieren** und auf diese Weise den Gesetzgebungsakt zu aktualisieren.

- Gellermann, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 290 AEUV Rn. 6 ff. -

174 Der Vorschlag TPR 2012 enthält jedoch eine ganze Reihe von Artikeln, die nur Regelungen allgemeiner Art enthalten und die Kommission **sehr weitgehend ermächtigen**, die Standards für die Kennzeichnung und Gestaltung von Zigarettenpackungen im Wege der delegierten Rechtsetzung zu ergänzen und zu ändern. Auf diese Weise werden unionsrechtswidrig **wesentliche Elemente** des Tabakproduktrechts an die Kommission übertragen, ohne dass bei dieser Gelegenheit ausreichend inhaltliche Vorgaben für eine Ausgestaltung dieses Rechtsbereichs gemacht werden. Das gilt insbesondere für die Ermächtigung, „Platzierung, Format, Layout und Gestaltung“ der textlichen Warnhinweise nach Art. 8 Abs. 4 Vorschlag TPR 2012 zu bestimmen (vgl. Rn. 192 ff.), sowie für die Ermächtigung, „Platzierung, Format, Layout, Gestaltung, Wechselfolge (Rotation) und Proportionen“ der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise nach Art. 9 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 festzulegen (vgl. Rn. 224 ff.).

175 Auch weil bereits das bestehende Tabakproduktrecht enorm regelungsintensiv ist und **massiv in die Grundrechte** der beteiligten Unternehmen und Privatpersonen **eingreift** (vgl. Rn. 84 ff.), müsste der Unionsgesetzgeber die rechtlichen Grundlagen für Standards in Bezug auf die Kennzeichnung und Gestaltung der Zigarettenpackungen selbst festlegen. Schließlich hat der EuGH ausdrücklich festgestellt, dass die **vom EU-Gesetzgeber** im Jahre 2001 erlassenen Verpackungs- und Etikettierungsvorschriften für Tabakerzeugnisse eine rechtlich relevante Grenze markieren, die nicht missachtet werden sollte. Den „Herstellern dieser Erzeugnisse [müsse] **noch genügend Raum [bleiben]**, um dort andere Angaben, insbesondere bezüglich ihrer Marken, anzubringen“ bzw. ihr „Erzeugnis durch andere Unterscheidungszeichen zu **individualisieren**“. Andernfalls läge ein Verstoß gegen den Wesensgehalt des Eigentumsgrundrechts vor (vgl. Rn. 131 ff.).

- EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 132 und 152 -

176 Es liegt deshalb auf der Hand, dass **jede weitere Verschärfung** der einschlägigen rechtlichen Standards durch die Kommission durch delegierte Rechtsakte nach Art. 290 Abs. 3 AEUV die Frage nach einer Verletzung des Wesensgehalts der Eigentumsgrundrechte der Hersteller aufwerfen wird. Schon deshalb könnte eine entsprechende Übertragung von Befugnissen wesentliche Aspekte einer Regulierung berühren, die nicht an die Kommission delegiert werden dürfen, sondern **vom EU-Gesetzgeber selbst vorzunehmen** sind.

- 177 Zusätzlich erschwerend wirkt in diesem Zusammenhang die **Häufung** der Delegationen im Vorschlag TPR 2012, der an einer ganzen Reihe von Stellen Rechtssetzungsermächtigungen an die Kommission enthält (vgl. Rn. 160). Ähnlich wie bei den sog. „additiven Grundrechtseingriffen“ (vgl. Rn. 88 ff.) sind die Delegationen nicht bloß isoliert zu betrachten. Vielmehr ist auch eine **Gesamtbewertung** dahingehend vorzunehmen, zu welchem Grad sich der Unionsgesetzgeber im Vorschlag TPR 2012 als (geplantem) Gesetzgebungsakt tatsächlich die „wesentlichen Aspekte“ der Tabakprodukteregulierung vorbehält und ob die dadurch drohenden Grundrechtseingriffe auch tatsächlich in ausreichendem Maße determiniert sind.
- 178 Da diese Grundsätze, wie nachfolgend gezeigt wird (vgl. Rn. 192 ff., 224 ff.), durch die meisten Delegationsvorschriften im Vorschlag TPR 2012 missachtet werden, verletzt der EU-Gesetzgeber bei der Delegation von Befugnissen an die Kommission im Rahmen der TPR-Novelle eine **wesentliche Formvorschrift**, die das institutionelle Gleichgewicht zwischen den Organen schützen will. Dieser Fehler kann mit der **Nichtigkeitsklage** zum Gerichtshof nach Art. 263 Abs. 2 AEUV gerügt werden. Die Nichtigkeit betrifft jedoch nicht die TPR schlechthin, sondern lediglich die Vorschriften, in denen die unzulässige Ermächtigung enthalten ist.
- Vgl. Gellermann, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 290 AEUV Rn. 7; zum institutionellen Gleichgewicht in derartigen Fällen EuGH, Rs. 25/70, Köster, Slg. 1970, 1161 Rn. 6 ff. -
- 179 Indessen ist für jede Delegationsvorschrift eine **gesonderte** Prüfung anzustellen. Dazu wird auf die entsprechenden Ausführungen im Besonderen Teil verwiesen (vgl. Rn. 192 ff.; Rn. 224 ff.).

### **3. Zwischenergebnis**

- 180 Im Vorschlag TPR 2012 enthaltene Vorschriften, die der Kommission das Recht übertragen, die rechtlichen Standards für die Kennzeichnung und Gestaltung von Zigarettenpackungen im Wege der delegierten Rechtsetzung zu verschärfen, verstoßen gegen **Art. 290 Abs. 1 AEUV**. Danach darf der EU-Gesetzgeber der Kommission lediglich die Befugnis zur Ergänzung oder Änderung „bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes“ übertragen. Die erwähnten Befugnisse betreffen jedoch **keineswegs einen „unwesentlichen“ Regelungsaspekt** der TPR, da sie der Kommission zum einen zahlreiche Regelungsoptionen eröffnen, deren Inhalt im Vorschlag TPR 2012 nicht abschließend umschrieben wird, und da sie zum anderen Grundrechtseingriffe ermöglichen, die vom Gesetzgeber selber vorzunehmen sind. Die Verletzung von Art. 290 AEUV führt zur Nichtigkeit der jeweiligen Delegation.

## D. Gutachterliche Prüfung: Besonderer Teil

181 Im folgenden Abschnitt werden spezielle Fragen in Zusammenhang mit dem Richtlinienentwurf der Kommission behandelt, nämlich betreffend die Art. 8, 9, 12, 13, 21, 22 und 24 Vorschlag TPR 2012.

### I. Art. 8 Vorschlag TPR 2012

182 Art. 8 Vorschlag TPR 2012 regelt die auf den Schmalseiten der Zigarettenpackungen anzubringenden „textlichen Warnhinweise für Rauchtak“. Demnach müssen jede Packung und jede Außenverpackung von Rauchtak den folgenden **allgemeinen Warnhinweis** tragen: „Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf.“ Darüber hinaus ist die folgende **Informationsbotschaft** abzdrukken: „Tabakrauch enthält über 70 Stoffe, die erwiesenermaßen krebserregend sind.“

- Art. 8 Abs. 1 und 2 Vorschlag TPR 2012 -

183 Der allgemeine Warnhinweis und die Informationsbotschaft sind bei Zigaretten auf den beiden **Schmalseiten** der Zigarettenpackung abzdrukken und müssen mindestens 20 mm breit und mindestens 43 mm hoch sein. Sie müssen jeweils 50 % der Fläche einnehmen, auf die sie gedrukt werden.

- Art. 8 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 -

#### 1. Inhalt der textlichen Warnhinweise

184 Was zunächst den **Inhalt** der Warnhinweise betrifft, sollen die Hersteller nunmehr verpflichtet werden, einen Hinweis mit **Appellcharakter** abzdrukken:

„Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf.“

185 Dieser Appell geht in seiner Schärfe und Eingriffswirkung deutlich über den allgemeinen Warnhinweis hinaus, wie ihn die TPR 2001 gegenwärtig vorschreibt. Der bisher verpflichtende Text enthält eine Information über mögliche von Tabakprodukten ausgehende Gefahren.

- „Rauchen ist tödlich/Rauchen kann tödlich sein“ oder „Rauchen fügt Ihnen und den Menschen in Ihrer Umgebung erheblichen Schaden zu“, Art. 5 Abs. 2 lit. a TPR 2001 -

186 Er fordert jedoch von den Verbrauchern kein bestimmtes Verhalten und kann von diesen durchaus als eine vom EU-Gesetzgeber vorgeschriebene Pflichtangabe verstanden werden. Durch den in Art. 8 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 enthaltenen Text werden die Hersteller von Zigaretten dagegen **gezwungen**, sich den Appell, mit dem Rauchen aufzuhören, der eine Meinungsäußerung darstellt, **zu eigen zu machen**. Für Dritte ist dabei nicht mehr verlässlich erkennbar, dass es sich um die Äußerung einer fremden Meinung handelt (vgl. Rn. 144). Die

Verpflichtung zum Abdruck dieses Appells stellt daher einen **Eingriff** in die **(negative) Meinungsfreiheit** der Hersteller dar.

- Vgl. in diesem Sinne auch BVerfGE 95, 173 (182): „Soweit die Hersteller von Tabakerzeugnissen auf ihren Packungen auch staatliche Warnungen verbreiten müssen, nimmt der Staat diese Packungen in Anspruch, ohne damit die Werbung im übrigen zu beeinträchtigen. Insoweit ist nicht die Meinungsbildung und Meinungsäußerung der Unternehmen, sondern ausschließlich deren Berufsausübung berührt. Etwas anderes würde gelten, wenn die Warnhinweise nicht deutlich erkennbar Äußerung einer fremden Meinung wären, sondern dem Produzenten der Tabakerzeugnisse zugerechnet werden könnten. Würde einem Grundrechtsberechtigten die Verbreitung einer fremden Meinung als eigene zugemutet, so wäre die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) berührt.“ -

- 187 Hinzu kommt, dass der Abdruck dieses Appells für die Hersteller potentiell **ökonomisch nachteilig** ist, denn dieser zielt ja auf die Beendigung des Tabakkonsums durch die Verbraucher ab. Art. 8 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 nötigt die Hersteller zu einem **performativen Selbstwiderspruch**: Auf der einen Seite bewerben sie ihr Produkt und bieten dieses auf dem Binnenmarkt an, auf der anderen Seite sollen sie die Verbraucher auffordern müssen, ihr Produkt nicht zu kaufen. Dies kann der Unionsgesetzgeber sinnvollerweise nicht von den Zigarettenherstellern verlangen, wenn er nicht die Rolle der Hersteller als Anbieter eines legalen Produkts im Binnenmarkt *ad absurdum* führen will.
- 188 Darüber hinaus ist fraglich, ob der genannte Appell als Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen überhaupt ein **geeignetes** und **erforderliches** Mittel für den Gesundheitsschutz ist (vgl. Rn. 120 ff.).

## **2. Größe der textlichen Warnhinweise**

- 189 Die in Art. 8 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 vorgeschriebene **Größe** der textlichen Warnhinweise führt – unter Beachtung der absoluten Größenvorgaben (43 x 20 mm) und der relativen Größe von 50 % der Fläche, auf die sie gedruckt werden müssen – dazu, dass der allgemeine Warnhinweis und die Informationsbotschaft die beiden **Schmalseiten der Packungen dominieren**. Die anderen Gestaltungselemente, die sich daneben noch auf den Schmalseiten der Packungen befinden, werden optisch nur eine völlig untergeordnete Bedeutung haben.
- 190 Verstärkt wird diese Wirkung noch dadurch, dass auf der Verpackungsoberfläche (d.h. ggf. auch auf den Schmalseiten) auch das **Steuerzeichen** sowie das **individuelle Erkennungsmerkmal** für die Verfolgung und Rückverfolgung und ein **Sicherheitsmerkmal** von mindestens 1 cm<sup>2</sup> Größe (Art. 14 Vorschlag TPR 2012) aufzudrucken sind. Diese dürfen sich mit den Warnhinweisen in keiner Weise überdecken. Dementsprechend bleibt für die Hersteller auf den beiden Schmalseiten der Zigarettenpackung nur ein **geringer Raum** für die individuelle Gestaltung und die Anbringung von Marken übrig.

- Vgl. Art. 7 Abs. 3 und 5 Vorschlag TPR 2012 -

191 Insbesondere die **kumulative** Verankerung einer absoluten (mm) und relativen (%) Größe der Warnhinweise erscheint **unverhältnismäßig**. Sie führt dazu, dass kleinere Packungsformate für (Slim-)Zigaretten gar nicht mehr zulässig wären, weil diese die Anforderungen des Vorschlags TPR 2012 hinsichtlich der absoluten Mindestgröße der Warnhinweise nicht erfüllen können. Bei Packungen für filterlose Zigaretten würden die Warnhinweise zumindest deutlich mehr als 50 % der Schmalseiten einnehmen. Das durch Art. 8 Vorschlag TPR 2012 herbeigeführte **de facto-Verbot** gewisser Verpackungen ist jedoch für die vom Richtlinien-vorschlag verfolgten Ziele weder **geeignet** noch **erforderlich**: Zum einen gibt es keinen wissenschaftlichen Nachweis, dass die Packungsgröße Einfluss auf die Prävalenz des Rauchens hat. Zum anderen müsste jedenfalls die Verankerung einer relativen Mindestgröße der Warnhinweise ausreichen.

### **3. Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung**

192 Art. 8 Abs. 4 Vorschlag TPR 2012 enthält eine Ermächtigung zum Erlass delegierter Rechtsakte betreffend Art. 8 Abs. 1 und 2 Vorschlag TPR 2012, (a) „um den Wortlaut der in den Absätzen 1 und 2 genannten gesundheitsbezogenen Warnhinweise an wissenschaftliche Entwicklungen und Entwicklungen des Marktes anzupassen“ und (b) „um Platzierung, Format, Layout und Gestaltung der in diesem Artikel festgelegten gesundheitsbezogenen Warnhinweise zu bestimmen, einschließlich der Schriftart und der Hintergrundfarbe“.

193 Wie oben ausgeführt (vgl. Rn. 160 ff.), darf die Kommission im Wege der Delegation gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV nur zur Ergänzung oder Änderung „bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften“ des fraglichen Gesetzgebungsaktes ermächtigt werden. Dementsprechend muss der die Delegationsbefugnis aussprechende Gesetzgebungsakt u.a. das Ziel und den grundlegenden Inhalt der Delegation festlegen (vgl. Rn. 170).

194 Vor allem die Festlegung des **Ziels** der Delegation fehlt in Art. 8 Abs. 4 Vorschlag TPR 2012. Diese Unbestimmtheit ist schon in Bezug auf die Weiterentwicklung der gesundheitsbezogenen Warnhinweise durch die Kommission nach Art. 8 Abs. 4 lit. a höchst problematisch. Das gilt noch mehr für das gemäß Art. 8 Abs. 4 lit. b an die Kommission delegierte Recht, Platzierung, Format, Layout und Gestaltung der gesundheitsbezogenen Warnhinweise zu bestimmen, da der Unionsgesetzgeber der Kommission **keine Kriterien** vorgibt, nach denen sie die genannten Aspekte der Erscheinung der textlichen Warnhinweise regeln soll. Damit wird der Kommission ein inhaltlich unbegrenzter Gestaltungsspielraum eingeräumt, zumal sich der Unionsgesetzgeber bei der Delegation mehrerer **auslegungsbedürftiger** Begriffe bedient, ohne klarzustellen, wie sich „Format“ und „Layout“ und „Gestaltung“ zueinander verhalten. Da die Delegationsermächtigung der Kommission **zu große Gestaltungsspielräume** lässt und der Ausübung dieser Ermächtigung keine klaren inhaltlichen Grenzen setzt, verstößt sie gegen Art. 290 Abs. 1 AEUV.



#### 4. Zwischenergebnis

- 195 Indem Art. 8 Vorschlag TPR 2012 den Zigarettenherstellern im Rahmen der auf den Schmalseiten anzubringenden textlichen Warnhinweise vorschreibt, auch den Appell „Rauchen ist tödlich – hören Sie jetzt auf“ abzudrucken, greift er in die **(negative) Meinungsfreiheit** der Hersteller ein, ohne dass dieser Eingriff durch den Gesundheitsschutz in verhältnismäßiger Weise zu rechtfertigen wäre.
- 196 Die **Unverhältnismäßigkeit** des Richtlinienvorschlags ergibt sich auch daraus, dass die textlichen Warnhinweise 50 % der Schmalseiten bedecken müssen. Da auf der Packungsoberfläche noch ein individuelles Erkennungsmerkmal, ein Sicherheitsmerkmal von mindestens 1 cm<sup>2</sup> Größe sowie die Steuerbanderole abzudrucken sind, verbleibt auf den Schmalseiten lediglich ein **geringer Raum** für die individuelle Gestaltung der Packung und die Anbringung von Marken der Hersteller.
- 197 Da die Delegationsermächtigung der Kommission einen **zu großen, inhaltlich nicht eingegrenzten Ermessensspielraum** lässt und der Ausübung dieser Ermächtigung keine klaren inhaltlichen Grenzen setzt, verstößt sie gegen Art. 290 Abs. 1 AEUV.

## II. Art. 9 Vorschlag TPR 2012

- 198 Art. 9 Vorschlag TPR 2012 regelt die sog. „**kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise** für Rauchtabak“. Er sieht vor, dass jede Packung und jede Außenverpackung von Rauchtabak einen der in Anhang I aufgelisteten textlichen Warnhinweise sowie eine dazu passende Farbfotografie aus der Bilderbibliothek tragen muss.

- Art. 9 Abs. 1 lit. a Vorschlag TPR 2012 -

- 199 Die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise nehmen **75 %** sowohl der **Vorder-** als auch der **Rückseite** der Packung und der Außenverpackung ein. Bei Zigarettenpackungen haben sie **Mindestabmessungen** in der Höhe von mindestens 64 mm und in der Breite von mindestens 55 mm. Überdies müssen sie an der **Oberkante** der Packung und der Außenverpackung in derselben Richtung wie die übrigen Informationen auf der Packung platziert werden.

- Art. 9 Abs. 1 lit. c, e und g Vorschlag TPR 2012 -

### 1. Größe der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise

- 200 Bereits die **TPR von 2001** schreibt das Abdrucken von Warnhinweisen auf der Vorder- und Rückseite der Packung vor, jedoch lediglich im Umfang von 30 % der einen Breitseite für den allgemeinen Warnhinweis und von 40 % der anderen Breitseite für den ergänzenden Warnhinweis aus der Liste im Anhang I der Richtlinie.

- Art. 5 Abs. 2 lit. a und b und Abs. 5 TPR von 2001 -

- 201 Künftig sollen hingegen 75 % der Vorder- und Rückseite von Zigarettenpackungen für die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise in Anspruch genommen werden, womit

diese Warnhinweise im Vergleich zur bisher geltenden Regelung auf **mehr als das Doppelte vergrößert** werden.

- 202 Wie bereits erwähnt (vgl. Rn. 191), führt die **kumulative** Verankerung einer absoluten (mm) und relativen (%) Größe der kombinierten Warnhinweise zu einem **de facto-Verbot** gewisser Packungsformate. Bei Packungen für filterlose Zigaretten würden die Warnhinweise deutlich mehr als 75 % der Vorder- und Rückseite einnehmen. Dieses Verbot ist für die Durchsetzung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele weder geeignet noch erforderlich.
- 203 Berücksichtigt man, dass auf der Verpackungsoberfläche noch weitere Elemente (vgl. Rn. 190) Platz finden müssen, wie z.B. die die Rückverfolgbarkeit sicherstellenden individuellen Erkennungsmerkmale, die Fälschungssicherheit gewährleistenden Sicherheitsmerkmale sowie nach nationalem Recht notwendige steuerliche Angaben, bleiben lediglich ca. **20 % der Gesamtpackungsoberfläche** und in Folge dessen auch der Vorder- und Rückseite für die individuelle Gestaltung der Zigarettenpackungen übrig. Art. 9 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 macht es auf diese Weise den Herstellern praktisch unmöglich, **Wort-/Bildmarken** in einer für die Verbraucher wahrnehmbaren Weise auf den Zigarettenpackungen anzubringen.
- 204 Die Verpflichtung der Hersteller zum Abdruck exzessiv vergrößerter Warnhinweise **greift in** unverhältnismäßiger Weise in **Unionsgrundrechte ein** und verletzt diese daher (vgl. Rn. 102 ff.). Die Hersteller sind dadurch in ihrer Möglichkeit, den verbleibenden Teil der Packung durch Anbringen von Marken individuell zu gestalten, weitgehend eingeschränkt. Dadurch wird der **Binnenmarkt nicht gefördert**, sondern es werden im Gegenteil neue Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen geschaffen (vgl. Rn. 69ff.), so dass in dieser Hinsicht auch Art. 114 AEUV verletzt ist (vgl. Rn. 69 ff.).

## **2. Positionierung der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise**

- 205 Die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise sind sowohl auf der Vorder- als auch auf der Rückseite an der **Oberkante** der Packung zu platzieren (vgl. Rn. 199). Der Blick des Verbrauchers, der eine Zigarettenpackung im Verkaufsregal eines Geschäfts betrachtet, richtet sich naturgemäß auf die **Vorder- und Rückseite** („Schauseite“) und dort wiederum vorrangig auf die obere Hälfte, die optisch gänzlich von den Warnhinweisen eingenommen wird. Die individuellen Gestaltungsmöglichkeiten, welche jeweils im unteren Viertel der Vorder- und Rückseitenflächen verbleiben, treten in ihrer potenziellen Wirkung auf den Verbraucher dadurch noch deutlicher in den Hintergrund.
- 206 Das eigentliche Problem bei der Vermarktung derartig gestalteter Zigarettenpackungen besteht jedoch darin, dass im Regal, wo die Zigarettenpackungen stehen, der unterste Teil derselben **nahezu nicht mehr sichtbar** ist. Die nebeneinander stehenden Zigarettenpackungen verschiedener Hersteller und Marken präsentieren sich dem Verbraucher, der sie in der konkreten Verkaufssituation (vgl. Rn. 137) typischerweise aus

einer gewissen Distanz betrachtet, **optisch als weitgehend identisch**, sodass die Marke in dieser kaufentscheidenden Situation ihre Wiedererkennungsfunktion völlig einbüßt.

- 207 Dieser Umstand macht besonders deutlich, dass Art. 9 Vorschlag TPR 2012 einen **unverhältnismäßigen** Eingriff in die markenbezogenen **Unionsgrundrechte** darstellt (vgl. Rn. 102 ff.). Gleichzeitig **schädigt** die Vorschrift den **Binnenmarkt**, da der Markenwettbewerb hierdurch praktisch ausgeschaltet wird (vgl. Rn. 69ff.).

### **3. Mangelnde Begründung der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise**

- 208 Die Kommission rechtfertigt die Einführung der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise in ihrem Richtlinienvorschlag mit mehreren Argumenten, die, was die **Art** und die **Größe** der vorgeschlagenen Hinweise betrifft, nicht überzeugen.

#### **a) Keine Beseitigung von Handelshemmnissen**

- 209 Zunächst bezieht sich die Kommission zur Rechtfertigung von Art. 9 Vorschlag TPR 2012 auf nach wie vor bestehende Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Vorschriften zur Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen. Diese könnten ein **Handelshemmnis** darstellen und das Funktionieren des Binnenmarktes für Tabakerzeugnisse behindern und seien daher zu beseitigen.

- Vgl. Erwägungsgründe 19 f., Vorschlag TPR 2012 -

- 210 Wie schon gezeigt wurde (vgl. Rn. 69 ff.), trifft dies auf das von der Kommission konkret vorgeschlagene Maßnahmenpaket nicht zu. Bei genauerer Betrachtung und der nötigen Gesamtbewertung der kumulierten Wirkung der verschiedenen Maßnahmen führt das Paket nicht zur Reduktion, sondern zur **Schaffung neuer Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen**.

- 211 Überdies weist die Kommission darauf hin, dass eine Anpassung der Kennzeichnungsbestimmungen **notwendig** sei, um die Unionsvorschriften an **internationale** Entwicklungen anzupassen. Namentlich forderten die **Leitlinien zu Art. 11 FCTC** „große bildliche Warnhinweise auf beiden Hauptdarstellungsflächen“.

- Vgl. Erwägungsgrund 21, Vorschlag TPR 2012 -

- 212 Dagegen ist festzuhalten, dass Art. 11 FCTC festlegt, dass die Warnhinweise „should be **50 %** or more of the principal display areas but shall be no less than 30 % of the principal display areas“. Demzufolge besteht **keine internationale Verpflichtung**, die Warnhinweise auf 75 % der Packungsvorder- und -rückseite auszudehnen. Eine konkrete Begründung dafür liefert der Richtlinienvorschlag nicht (vgl. Rn. 126).

- Art. 11 Abs. 1 lit. b sublit. iv FCTC; vgl. auch Guidelines for Implementation of Art. 11 FCTC, Packaging and labelling of tobacco products, Nr. 12 -

213 Die von den Vertragspartnern der FCTC-Konvention angenommenen „**Guidelines**“ für die Umsetzung von Art. 11 FCTC lauten zwar: „Parties should consider using health warnings and messages that cover more than 50 % of the principal display areas and aim to cover as much of the principal display areas as possible.“ Dabei handelt es sich aber **lediglich** um eine **Empfehlung**, die als solche für die Konventionsmitglieder, darunter die EU, völkerrechtlich nicht verbindlich ist, auch wenn die Erwägungsgründe des Richtlinienentwurfs auf die Guidelines (“Leitlinien”) Bezug nehmen.

- Vgl. Guidelines for Implementation of Art. 11 FCTC, Packaging and labelling of tobacco products, Nr. 12; Erwägungsgrund 7, Vorschlag TPR 2012 -

214 Sowohl die FCTC selbst als auch die Guidelines selbst gehen nämlich klar davon aus, dass aus letzteren – im Gegensatz zu den ebenso erwähnten Protokollen zur FCTC – unmittelbar keine völkerrechtlichen Verpflichtungen entstehen.

- Art. 5 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 5 FCTC; vgl. z.B. Art. 7 FCTC; Guidelines for Implementation of Art. 11 FCTC, Packaging and labelling of tobacco products, Nr. 12, Nr. 1 (“[...] these guidelines are intended to assist Parties in meeting their obligations under Article 11 of the Convention, and to propose measures that Parties can use to increase the effectiveness of their packaging and labelling measures”) -

## **b) Kein wissenschaftlich belegter Wirkungszusammenhang**

215 Des Weiteren müssen nach Auffassung der Kommission die Kennzeichnungsbestimmungen an „**neue wissenschaftliche Erkenntnisse** angepasst“ werden. Insbesondere führt sie aus:

„Untersuchungen deuten im Übrigen darauf hin, dass große kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise wirksamer sind als reine textliche Warnhinweise. Kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise sollten daher unionsweit vorgeschrieben werden und signifikante und sichtbare Teile der Packungsfläche einnehmen.“

- Erwägungsgrund 22, Vorschlag TPR 2012 -

216 Bislang war die Ergänzung der Warnhinweise durch Farbfotografien für die Mitgliedstaaten **fakultativ** (vgl. Rn. 162). Nunmehr sollen sie, verbunden mit einer massiven Vergrößerung der Warnhinweise auf mehr als das Doppelte und der Pflicht zur Positionierung an der Oberseite der Packung (vgl. Rn. 199 ff.), erstmals **obligatorisch** werden.

- Vgl. Art. 5 Abs. 3 TPR von 2001 -

217 Ein derart weitreichendes und Grundrechtspositionen der Hersteller stark beschränkendes Maßnahmenbündel bedarf jedoch einer **sorgfältigen Begründung** durch den Gesetzgeber, namentlich um die **Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme überprüfen zu können (vgl. Rn. 117 ff.). Die Kommission begnügt sich im Richtlinienvorschlag aber mit dem abstrakten Hinweis auf gewisse „Untersuchungen“, die darauf „hindeuten“, dass die geplanten großen kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise wirksamer sind als die bisherigen textlichen Warnhinweise. Derartige **Vermutungen** sind aber mit neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht einfach gleichzusetzen.

- Vgl. Erwägungsgrund 22, Vorschlag TPR 2012 -

218 Zwar verweist die Folgenabschätzung der Kommission auf **Studien**, die einen Zusammenhang zwischen übergroßen und hervorgehobenen Bild-/Textwarnhinweisen und einer stärkeren Motivation, mit dem Rauchen aufzuhören, feststellen.

- Vgl. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment, SWD(2012) 452 final, 19.12.2012, Part 1, S. 88 ff.; vgl. auch RAND Europe, Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive. Study to support a DG SANCO Impact Assessment, Final Report, September 2010, S. 128 ff.; Sambrook Research International, A review of the science base to support the development of health warnings for tobacco packages, 18.5.2009, S. 40 ff. -

219 Demgegenüber zeigen aber andere Studien, dass die Einführung derartiger Warnhinweise nur eine **vernachlässigenswerte Wirkung** auf die Raucherprävalenz hat. Die Folgenabschätzung der Kommission setzt sich mit diesem Umstand nicht ausreichend auseinander. Selbst der von der Kommission in Auftrag gegebene Sambrook-Bericht sieht lediglich einen Zusammenhang zwischen Bildwarnhinweisen und verstärkter „Erziehung“ der Bevölkerung über Gesundheitsrisiken, trifft jedoch keine klare Aussage über die Beeinflussung von Verbraucherverhalten durch solche Warnhinweise.

- “there is strong evidence that pictorial warnings are more effective in educating the public about the health risks of tobacco, but less evidence (at the present time) to support the findings that pictorial warnings are more effective than text only warnings in changing consumer behaviour”; vgl. Sambrook Research International, A review of the science base to support the development of health warnings for tobacco packages, 18.5.2009, S. 41 -

220 Bemerkenswert ist diesbezüglich auch das Urteil eines US-Berufungsgerichts aus dem Jahr 2012. Dieses annullierte die Ermächtigung, mit der der Food and Drug Administration (FDA) Kompetenzen zur Regulierung des Tabakproduktrechts, einschließlich der Einführung von „graphic health warnings“ (GHW), eingeräumt wurden. Das Gericht befand, dass es sich dabei um Eingriffe in die **Meinungsfreiheit** der Hersteller handelte, die **nicht durch wissenschaftliche Erkenntnisse abgesichert** waren.

- Vgl. US Court of Appeals of the District of Columbia Circuit, R.J. Reynolds Tobacco Company et al. v. FDA et al., No. 11-5332, 24.08.2012, S. 25: “FDA has not provided a shred of evidence [...] showing that the graphic warnings will ‘directly advance’ its interest in reducing the number of Americans who smoke. FDA makes much of the ‘international consensus’ surrounding the effectiveness of large graphic warnings, but offers no evidence showing that such warnings have directly caused a material decrease in smoking rates in any of the countries that now require them.”

221 Das Gericht qualifizierte in diesem Zusammenhang die von der FDA vorgelegten Studien als **„questionable social science“** und kam zum Ergebnis, dass Bildwarnhinweise Verbraucher **nicht in effektiver Weise** dazu bewegen, mit dem Rauchen aufzuhören.

- Ebd., S. 25 sowie 27 f.: “In light of the number of foreign jurisdictions that have enacted large graphic warning labels, the dearth of data reflecting decreased smoking rates in these countries is somewhat surprising, and strongly implies that such warnings are not very effective at promoting cessation and discouraging initiation.” -

222 Es wurde dementsprechend **wissenschaftlich nicht** nachgewiesen, dass Größe und Positionierung von kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweisen zur Verringerung der Prävalenz von Tabakkonsum **wirksamer** sind als die bisher verwendeten textlichen Warnhinweise. Die Kommission kann sich diesbezüglich nicht auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse i.S.d. Art. 114 Abs. 3 AEUV berufen. Insbesondere lässt die Begründung der Kommission nicht erkennen, welche konkreten Wirkungen nun jeweils die Einführung von **graphischen** Warnhinweisen, die **Vergrößerung** der Warnhinweise oder ihre **Positionierung** im oberen Bereich der Zigarettenpackung haben sollen. Indem die Kommission von „großen gesundheitsbezogenen kombinierten Warnhinweisen“ spricht, verwischt sie die Unterschiede zwischen den verschiedenen Aspekten des Maßnahmenpakets.

- Vgl. dazu etwa RAND Europe, Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive. Study to support a DG SANCO Impact Assessment, Final Report, September 2010, S. 136: “[a] main limitation of such studies is that, as with all regulatory measures, **it is very difficult – if not impossible – to attribute specific impacts to specific measures.**” -

223 In der dem Vorschlag vorausgehenden Folgenabschätzung hätte die Kommission **identifizieren** müssen, welches Wirkpotenzial den einzelnen Aspekten der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise (Größe, Inhalt, Fotos) zukommt. Eine solche objektivierte Bewertung der geplanten Maßnahmen hat jedoch nicht stattgefunden. Da der Gesetzgebungsvorschlag zur Einführung kombinierter gesundheitsbezogener Warnhinweise durch Art. 9 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 letztlich auf spekulativen Annahmen und nicht auf sachlichen und wissenschaftlich begründeten Erwägungen beruht, ist er **unverhältnismäßig** (vgl. Rn. 122).

#### **4. Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung**

224 Art. 9 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 enthält eine Ermächtigung zur delegierten Rechtssetzung an die Kommission, u.a. „um Platzierung, Format, Layout, Gestaltung, Wechselfolge (Rotation) und Proportionen der gesundheitsbezogenen Warnhinweise festzulegen“ (Art. 9 Abs. 3 lit. c Vorschlag TPR 2012).

225 Auch insoweit gelten die bereits zu Art. 8 Abs. 4 Vorschlag TPR 2012 aufgeworfenen Bedenken (vgl. Rn. 192 ff.) bezüglich der **Bestimmtheit** der verwendeten Begriffe sowie des **Fehlens von klaren Kriterien**, nach denen die Kommission zu entscheiden hat, da die Vorschrift des Art. 9 Abs. 3 lit. c dem Art. 8 Abs. 4 lit. b nachgebildet ist.

226 Noch schwerer wiegt, dass die Kommission ermächtigt wird, die „Proportionen“ der gesundheitsbezogenen Warnhinweise festzulegen. Zunächst ist **nicht nachvollziehbar**, warum Art. 9 eine Ermächtigung zur Regelung der Proportionen der Warnhinweise enthält, während Art. 8 Abs. 4 Vorschlag TPR 2012 auf eine entsprechende Ermächtigung verzichtet. Zudem ist die Vorschrift **zu unbestimmt**, da nicht klar ist, ob mit Proportionen die Aufteilung zwischen textlichen Hinweisen und Farbfotografie nach Art. 9 Abs. 1 lit. a Vorschlag TPR 2012 gemeint ist oder aber die Festlegung der Größe der Warnhinweise insgesamt. Die Regelung des Verhältnisses ihrer Breite und Höhe (vgl. Rn. 199) hingegen ist eher eine Frage

des Formats oder des Layouts. Im Übrigen könnte die Kommission aufgrund der Delegationsermächtigung die **Proportionen** der Warnhinweise nach Belieben **vergrößern** und im Extremfall die Größe der Warnhinweise mit 100 % festsetzen. Diese nicht eingegrenzte Ermächtigung verdeutlicht abermals, dass die wesentlichen und grundrechtsrelevanten Regelungsaspekte der TPR, zu denen die Größe der Warnhinweise gehört, vom Gesetzgeber selbst definiert werden müssen. Da dies nicht der Fall ist, **verletzt** die Delegation insoweit Art. 290 Abs. 1 AEUV.

## 5. Zwischenergebnis

- 227 Die Verpflichtung, kombinierte gesundheitsbezogene Warnhinweise auf 75 % der Vorder- und der Rückseite von Zigarettenpackungen abzdrukken, führt zu einer **Vergrößerung** der bestehenden Warnhinweise auf **mehr als das Doppelte**. Berücksichtigt man, dass auf der Packung noch weitere verpflichtende Angaben Platz finden müssen, bleiben lediglich ca. **20 % der Gesamtpackungsfläche** für die individuelle Gestaltung der Zigarettenpackungen übrig. Da die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise außerdem an der **Oberkante** der Packung platziert werden müssen, treten die verbleibenden individuellen Gestaltungsmöglichkeiten in ihrer potenziellen Wirkung auf den Verbraucher vollkommen in den Hintergrund. Im Regal ist der individuell gestaltete unterste Teil der Zigarettenpackung **überhaupt nicht sichtbar**. Die nebeneinander stehenden Zigarettenpackungen verschiedener Hersteller und Marken präsentieren sich dem Verbraucher daher als **optisch identisch**, sodass die Marke ihre Wiedererkennungsfunktion einbüßt.
- 228 Die von der Kommission für die Einführung von kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweisen angeführten Gründe überzeugen nicht: Die geplanten Warnhinweise reduzieren nicht, sondern schaffen **neue Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen**. Im Übrigen besteht keine internationale Verpflichtung nach Art. 11 FCTC, die Warnhinweise auf 75 % der Packungsvorder- und -rückseite auszudehnen. Schließlich ist **wissenschaftlich nicht nachgewiesen**, dass Größe und Positionierung von kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweisen zur Verringerung der Prävalenz von Tabakkonsum wirksamer sind als die bisherigen textlichen Warnhinweise. Dementsprechend kann sich die Kommission diesbezüglich nicht auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse i.S.d. Art. 114 Abs. 3 AEUV berufen.
- 229 Was die Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung in Art. 9 Abs. 3 betrifft, bestehen Bedenken bezüglich der **Bestimmtheit** der verwendeten Begriffe sowie des **Fehlens von klaren Kriterien**, nach denen die Kommission zu entscheiden hat. Besonders problematisch ist, dass die Kommission auch ermächtigt werden soll, die „**Proportionen**“ und damit vermutlich die Größe der gesundheitsbezogenen Warnhinweise nach Belieben festzulegen. Wegen der zu weiten Ermächtigung **verletzt** die Delegation insoweit das Gebot in Art. 290 Abs. 1 AEUV, nur unwesentliche Aspekte des Tabakproduktrechts an die Kommission zu delegieren.

### III. Art. 12 Vorschlag TPR 2012

- 230 Art. 12 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 verbietet unter der Überschrift „Produktbeschreibung“ Elemente und Merkmale, die einerseits ein Tabakerzeugnis mit irreführenden Mitteln bewerben und andererseits suggerieren, dass es weniger schädlich als andere sei oder sonstige positive Wirkungen habe.
- 231 Die Vorgängervorschrift „Produktbezeichnungen“ in der TPR 2001 legt fest, dass „Begriffe, Namen, Marken und figurative oder sonstige Zeichen, die den Eindruck erwecken, dass ein bestimmtes Tabakerzeugnis weniger schädlich als andere sei, auf der Verpackung von Tabakerzeugnissen nicht verwendet werden [dürfen]“.

- Art. 7 TPR 2001 -

#### 1. Mangelnde Bestimmtheit

- 232 Allgemein wirft die Vorschrift substantielle Zweifel hinsichtlich ihrer Bestimmtheit auf. Der **Bestimmtheitsgrundsatz** ist ein Element der Rechtsstaatlichkeit, die gemäß Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) einen der Werte darstellt, auf die sich die Union gründet. Er ist eng mit dem Grundsatz der **Rechtssicherheit** und **Rechtsklarheit** verbunden.

- Vgl. EuGH, Rs. 169/80, Gondrand Frères, Slg. 1981, 1931 Rn. 17: „[...] so war es doch Aufgabe des Gemeinschaftsgesetzgebers, die geeigneten Bestimmungen zu erlassen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass eine den Abgabepflichtigen belastende Regelung klar und deutlich ist, damit er seine Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und somit seine Vorkehrungen treffen kann“; vgl. Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 2 EUV Rn. 6; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 2 EUV Rn. 26 -

- 233 Das Bestimmtheitsgebot wirkt noch stärker, wenn die EU in **Grundrechte** eingreift. Der Gesetzesvorbehalt (vgl. Rn. 169) verlangt nicht nur, dass in diesem Fall der **EU-Gesetzgeber** tätig wird, sondern fordert auch, dass die Materie durch eine gesetzliche Vorschrift mit ausreichender Bestimmtheit geregelt wird. Die Bestimmtheitserfordernisse steigen dabei mit zunehmender Eingriffsintensität.

- Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GrC Rn. 62 -

- 234 Da Art. 12 Vorschlag TPR 2012 die Gestaltung der Produktverpackung in äußerst restriktiver Weise regelt, greift die Vorschrift in die Eigentumsfreiheit und die unternehmerische Freiheit der Zigarettenhersteller sowie in die Informations- und Meinungsfreiheit der Verbraucher und Hersteller erheblich ein (vgl. Rn. 96 ff.). Den deshalb besonders hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der Regelung wird Art. 12 Vorschlag TPR 2012 jedoch nicht gerecht. Die Vorschrift enthält vielmehr in Abs. 1 lit. a und b und Abs. 2 eine ganze Reihe von **auslegungsbedürftigen** Begriffen, deren Inhalt und Verhältnis zueinander sich nicht sachlich definieren lässt. Es bleibt völlig offen, **von wem** und **nach welchen Kriterien** beurteilt werden soll, wann ein Tabakerzeugnis mit Mitteln beworben wird, „die falsch, irreführend, täuschend“ sind. Im Übrigen besteht die Gefahr, dass die Regelung aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit in den Mitgliedstaaten unterschiedlich umgesetzt und angewendet



wird, was das Ziel der Binnenmarktharmonisierung konterkariert. Gleiche gilt für das Verbot, mit Hilfe von Kennzeichnungselementen auf Zigarettenpackungen „positive gesundheitliche oder gesellschaftliche Wirkungen“ zu suggerieren. Welche Kennzeichnungselemente davon erfasst und welche nicht erfasst sein sollen, lässt sich schlechterdings nicht prognostizieren. Völlig unklar ist auch, was man sich unter „irreführenden Farben“ einer Zigarette oder deren Verpackung vorstellen muss (vgl. Rn. 239). Die Verwendung derartig offener und unbestimmter Begriffe ermöglicht es den zuständigen Stellen letztlich, **willkürliche** und rechtsstaatswidrige Verbote über die Verwendung von Gestaltungselementen in Bezug auf Zigaretten und Zigarettenpackungen zu erlassen.

- 235 Das Problem der mangelnden Bestimmtheit des Vorschlags TPR 2012 wird noch dadurch **verschärft**, dass nach Art. 12 Abs. 2 die lange Aufzählung von verbotenen Elementen und Merkmalen nur **demonstrativ** ist (arg. „unter anderem“) und somit beliebige weitere Elemente und Merkmale verboten sein können. Die Vorschrift ist daher **unionsrechtswidrig**.

## ***2. Verbot von Elementen und Merkmalen, die Tabakerzeugnisse attraktiv erscheinen lassen***

- 236 Art. 12 Abs. 1 lit. b Vorschlag TPR 2012 verbietet darüber hinaus alle Elemente und Merkmale auf der Packung und Außenverpackung und dem Tabakerzeugnis selbst, die „suggerieren, dass ein bestimmtes Tabakerzeugnis weniger schädlich als andere sei oder belebende, energetisierende, heilende, verjüngende, natürliche, biologische oder sonstige positive gesundheitliche oder gesellschaftliche Wirkungen habe“. Erfasst sind dabei gemäß Art. 12 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 **„unter anderem“**: „Texte, Symbole, Namen, Markennamen, figurative und sonstige Zeichen, irreführende Farben [...]“. Der Kommission zufolge suggerieren die Packungen und die Produkte selbst den Verbrauchern und insbesondere jüngeren Menschen möglicherweise, dass die fraglichen Produkte weniger schädlich seien als andere. Als Beispiele werden Texte oder Merkmale wie „niedriger Teergehalt“, „light“, „ultra-light“, „mild“, „natürlich“, „biologisch“, „ohne Zusatzstoffe“, „ohne Aromastoffe“ genannt.

- Vgl. Erwägungsgrund 23, Vorschlag TPR 2012 -

- 237 Dieser Teil der Vorschrift wirft erhebliche **Bestimmtheitsprobleme** auf. Das liegt an der langen Aufzählung von verbotenen Elementen und Merkmalen, der Offenheit und Auslegungsbedürftigkeit der verwendeten Begriffe sowie am Zusatz „unter anderem“ (vgl. Rn. 235 f.). Der Leitgedanke hinter Art. 12 Vorschlag TPR 2012 besteht offenbar darin, alle Gestaltungselemente und Merkmale zu verbieten, die Tabakerzeugnisse **attraktiver** machen, auch wenn der Begriff in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich verwendet wird. Es ist aber vollkommen unklar, was darunter zu verstehen ist, und der Vorschlag TPR 2012 legt bezeichnenderweise auch keine Legaldefinition von „Attraktivität“ fest. Art. 12 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 lassen **kein Regelungskonzept** erkennen, das als Grundlage für rechtliche Maßnahmen und als Bezugspunkt für eine Auslegung der in der Bestimmung verwendeten Begriffe dienen könnte. Deshalb lässt sich auch nicht vorhersagen, wann Texte,

Symbole, Namen, Markennamen, figurative und sonstige Zeichen oder Farben im Zusammenhang mit Zigarettenpackungen verboten sein sollen. Die Vorschrift ist daher, zumal es sich dabei um gravierende Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen handelt, zu **unbestimmt**.

238 Massiv verstärkt werden die negativen Wirkungen der Vorschrift auf existierende Marken und Produkte durch das Verbot **irreführender Farben** auf Packung, Außenverpackung und dem Produkt selbst. Die Kommission spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die – übrigens bereits durch die TPR von 2001 verbotenen – irreführenden Bezeichnungen von Zigaretten wie „light“, „mild“ und „ultra“ zwischenzeitlich durch Farben substituiert worden seien, z.B. gold und weiß.

- Vgl. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment, SWD(2012) 452 final, 19.12.2012 („Impact Assessment der Kommission“), Part 1, S. 30 -

239 Damit wird jedoch offenbar, dass das Verbot, bestimmte Farben auf Zigarettenpackungen zu verwenden, **nicht rational interpretiert** werden kann. Farben können schließlich mit den verschiedensten Zuständen und Befindlichkeiten in Verbindung gebracht werden und dementsprechend unter das Verbot in Art. 12 Vorschlag TPR 2012 subsumiert werden. So lässt sich etwa argumentieren, weiß stehe für Reinheit und Gesundheit (und wirke deshalb „weniger schädlich“ oder „heilend“), rot verkörpere Aktivität (und wirke deshalb „belebend“ oder „energetisierend“), grün bedeute Natürlichkeit (und wirke deshalb „weniger schädlich“ oder „natürlich“), etc. Die Liste ließe sich fast beliebig fortsetzen und um alle „hellen“, „freundlichen“ oder „weichen“ Farben ergänzen. Die Beliebigkeit und damit die fast unbegrenzte Reichweite des Begriffs „irreführende Farben“ machen die fehlende **Bestimmtheit, Willkürlichkeit** und damit die **Unionsrechtswidrigkeit** des Art. 12 besonders deutlich.

240 Art. 12 Vorschlag TPR 2012 **schränkt** im Übrigen das Recht der Hersteller zur **Markenkommunikation**, das sich ja wegen der verpflichtenden Angaben, Warnhinweise, Appelle und Fotos ohnehin nur noch auf ca. 20 % der Packungsoberfläche bezieht, noch **weiter ein**. Die Kommunikation zwischen Herstellern und Verbrauchern erfolgt typischerweise durch die Verwendung von Marken, Wort-/Bildmarken, Symbolen, Farben, die im weitesten Sinne positiv besetzt sind. Das wegen seiner Unbestimmtheit kaum begrenzbare Verbot des Art. 12 Vorschlag TPR 2012 läuft damit auf ein **faktisches Verbot von Produktbeschreibungen** und -informationen hinaus. Es macht die Individualisierung von Tabakerzeugnissen praktisch unmöglich. Im Ergebnis kann dies zu einem „Plain Packaging durch die Hintertür“ führen.

241 Art. 12 Vorschlag TPR 2012 trägt damit auch zu einer **Ausschaltung des Wettbewerbs** zwischen den Herstellern von Tabakprodukten bei (vgl. Rn. 43 f.; Rn. 78), weil die von den Herstellern verwendeten Marken und die darauf bezogene werbende Tätigkeit als Grundlage des marktwirtschaftlichen Güterausstauschs weitgehend entfallen. Als einziges Differenzierungskriterium im Wettbewerb bliebe nur noch der Preis übrig.

242 Die Kommission hat im Übrigen auch keine **wissenschaftlichen Belege oder Begründungen** geliefert, die den Wirkzusammenhang zwischen dem Verbot visueller Produkteigenschaften und werblicher Gestaltungselemente durch Art. 12 Vorschlag TPR 2012 auf der einen und der Raucherprävalenz auf der anderen Seite belegen. Die Kommission selbst spricht in ihrem Richtlinienvorschlag lediglich davon, dass die Gestaltung von Tabakverpackungen den Verbrauchern „möglicherweise“ suggeriert, dass bestimmte Produkte weniger schädlich seien. Nach einer **Eurobarometer-Umfrage** der Kommission halten jedoch lediglich 7 % der Befragten Zigaretten mit Markennamen, die Begriffe wie „silver“ oder „blue“ enthalten, für weniger schädlich. Nur 10 % der Befragten glauben, dass es einen Zusammenhang zwischen der Farbe der Zigarettenpackung und dem Grad der Schädlichkeit des Produkts gibt. Bloß 5 % der Befragten gaben an, dass die helle Farbe einer Zigarettenpackung darauf hinweise, dass das Produkt weniger schädlich sei.

- Vgl. Erwägungsgrund 23, Vorschlag TPR 2012; vgl. die bescheidenen Hinweise in Europäische Kommission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment, SWD(2012) 452 final, 19.12.2012, Part 1, S. 30 f. und 91 f; siehe aber Europäische Kommission, Special Eurobarometer 332, „Tobacco“, Mai 2010, S. 82; Special Eurobarometer 385, „Attitudes of Europeans towards Tobacco“, Mai 2012, S. 87, 101, T33 -

243 Diese fehlende Untermauerung des Verbots von Art. 12 Vorschlag TPR 2012 durch Argumente und wissenschaftliche Daten lassen den mit dem Verbot verbundenen **massiven Eingriff** in geschützte Grundrechtspositionen **unverhältnismäßig** erscheinen. Schließlich ist bereits die **Eignung** von Art. 12 Vorschlag TPR 2012 für den Gesundheitsschutz in Frage zu stellen. Bei einer Wahlmöglichkeit zwischen einem aufwändig und einem weniger aufwändig gestalteten Produkt, werden sich die Verbraucher zwar tendenziell für das attraktivere entscheiden. Dieser Effekt fällt aber weg, wenn alle Zigarettenpackungen gleichermaßen unattraktiv gestaltet sind. Dementsprechend werden derartige Maßnahmen nicht zu einem **dauerhaften Rückgang des Konsums** von Zigaretten führen (vgl. Rn. 121).

### **3. Verbot von sog. Slim-Zigaretten**

244 Schließlich bestimmt Art. 12 Abs. 2 S. 1 Vorschlag TPR 2012, dass Zigaretten mit einem Durchmesser von weniger als 7,5 mm (sog. „Slim-Zigaretten“) als irreführend gelten und damit generell verboten sind. Die Kommission begründet dies damit, dass die Raucher von Slim-Zigaretten der Ansicht sind, dass derartige Produkte weniger schädlich seien. Sie beruft sich diesbezüglich auf eine „aktuelle Studie“ und leitet daraus ab, dass hier „Handlungsbedarf“ bestehe.

- Vgl. Art. 12 Abs. 2 S. 1 sowie Erwägungsgrund 23 a.E., Vorschlag TPR 2012 -

245 Allerdings gilt auch insoweit, dass die **wissenschaftlichen** Grundlagen für diese Maßnahme fehlen und damit die **Eignung** und **Verhältnismäßigkeit** dieses Eingriffs in grundrechtliche Positionen **zweifelhaft** ist. Das gilt insbesondere, weil die Notwendigkeit und die Wirkungen eines Verbots von Slim-Zigaretten **nicht** wie durch Art. 296 Abs. 2 AEUV geboten, nachvollziehbar **begründet** werden. Außerdem fehlt es an einer nachvollziehbaren

Begründung, warum gerade ein Durchmesser von weniger als 7,5 mm irreführend sei. Die Regelung erscheint damit willkürlich.

#### **4. Zwischenergebnis**

- 246 Art. 12 Vorschlag TPR 2012 enthält eine Reihe von auslegungsbedürftigen Begriffen, deren Verhältnis zueinander unklar ist. Die Vorschrift leidet insofern an **mangelnder Bestimmtheit** und erscheint daher unionsrechtswidrig. Dies ist im Lichte des Vorbehalts des Gesetzes besonders problematisch, wenn es um einen Eingriff in **grundrechtlich geschützte Positionen** geht. Geboten ist dabei nicht nur, dass der EU-Gesetzgeber selbst tätig wird, sondern auch, dass er die Grundrechtseingriffe in ausreichender Bestimmtheit regelt.
- 247 Das Verbot von Elementen und Merkmalen, die Tabakerzeugnisse **attraktiv** erscheinen lassen, wirft besonders große **Bestimmtheitsprobleme** auf, insbesondere was das Schicksal diverser Wort-/Bildmarken betrifft. Das wegen seiner Unbestimmtheit kaum begrenzbare Verbot des Art. 12 Vorschlag TPR 2012 macht die **Individualisierung** von Tabakerzeugnissen und das Senden von Markenbotschaften so gut wie unmöglich und führt so zu einer weitgehenden Beseitigung ihrer Unterscheidbarkeit. Im Ergebnis kann dies zu einem „Plain Packaging durch die Hintertür“ führen. Auch hier fehlen die nötigen **wissenschaftlichen Belege**, die den Wirkungszusammenhang zwischen dem weitgehenden Verbot von Elementen der Produktbeschreibung und einer Senkung der Raucherprävalenz belegen würden, um einen solch massiven Eingriff in Grundrechtspositionen **verhältnismäßig** erscheinen zu lassen.
- 248 Auch für das durch Art. 12 Vorschlag TPR 2012 bewirkte Verbot von Slim-Zigaretten gilt, dass die **wissenschaftlichen** Grundlagen für die Maßnahme fehlen und damit die Eignung und **Verhältnismäßigkeit** dieses Eingriffs in grundrechtliche Positionen **zweifelhaft** ist.

## **IV. Art. 13 Vorschlag TPR 2012**

### **1. Harmonisierung von Packungsform und -inhalt**

- 249 Mit Art. 13 Vorschlag TPR 2012 will die Kommission „Aufmachung und Inhalt der Packungen“ harmonisieren. Zu diesem Zweck wird u.a. festgelegt, dass eine Zigarettenpackung **quaderförmig** sein muss. Sie muss aus Karton oder einem weichen Material bestehen und darf keine Öffnung mit Ausnahme des Klappdeckels (Flip-Top-Deckel) haben, die sich nach dem ersten Öffnen wieder verschließen oder versiegeln lässt. Überdies muss eine Zigarettenpackung **mindestens 20 Zigaretten** enthalten.

- Vgl. Art. 13 Abs. 1 und 2 Vorschlag TPR 2012 -

- 250 Dabei handelt es sich um eine neue Vorschrift, die keinen Vorläufer in der TPR von 2001 hat. Sie wird auch nicht durch Art. 11 FCTC vorgeschrieben oder die entsprechenden Leitlinien empfohlen. Umso mehr stellt sich die Frage, ob ihre Einführung durch einen Harmonisierungsbedarf oder sonstige Umstände gerechtfertigt ist. Die Kommission vertritt in

den Erwägungsgründen die Ansicht, dass es zur „Gewährleistung von Integrität und Sichtbarkeit der Warnhinweise und zur Maximierung ihrer Wirkung Bestimmungen zu bestimmten Aspekten der Aufmachung von Tabakerzeugnissen, unter anderem zum Öffnungsmechanismus“, geben sollte. Im Übrigen existierten in den Mitgliedstaaten unterschiedliche tabaksteuerrechtliche Regelungen über die **Mindestzahl** der Zigaretten pro Packung. Diese Vorschriften sollten einander angeglichen werden, um den ungehinderten Verkehr der betreffenden Produkte zu gewährleisten. Eine Begründung für die vorgeschriebene **Quaderform** findet sich jedoch weder in den Erwägungsgründen noch in anderen Dokumenten.

- Erwägungsgründe 23 und 25, Vorschlag TPR 2012 -

- 251 Art. 13 Vorschlag TPR 2012 ist in mehrerer Hinsicht unionsrechtlich problematisch.
- 252 a) Zunächst sind die darin genannten Maßnahmen **nicht geeignet**, den Gesundheitsschutz zu fördern. Insbesondere ist nicht erkennbar, inwiefern die zwingende Verankerung der **Quaderform** für Zigarettenpackungen einen Beitrag zum Gesundheitsschutz leistet. Diesbezüglich ist auf die bereits genannten generellen Bedenken hinsichtlich der Eignung von Verpackungsstandards zum Gesundheitsschutz zu verweisen (vgl. Rn. 121 und 242). Soweit derartigen Maßnahmen die Auffassung zugrundeliegt, dass jede die **Attraktivität von Zigarettenpackungen verringernde Maßnahme** automatisch den Gesundheitsschutz befördere, ist darauf zu verweisen, dass das Attraktivitätskonzept als Grundlage für Grundrechtseingriffe zu unbestimmt ist (vgl. Rn. 237).
- 253 Im Übrigen müsste sich die Kommission auf einen **wissenschaftlich belegbaren** Zusammenhang zwischen den standardisierten Packungen einerseits und einer Senkung der Prävalenz des Tabakkonsums andererseits stützen können. Eine diesbezügliche **Begründung** liefert sie jedoch **nicht**.

- Vgl. die Hinweise in Rn. 242 -

- 254 Dass eine solche Begründung auch kaum zu liefern sein wird, zeigt die bereits erwähnte **Eurobarometer-Umfrage** der Kommission. Nur 1 % der Befragten erkennt einen entsprechenden Zusammenhang zwischen ihrem Raucherverhalten und dem Packungsformat bzw. der -textur. Lediglich 3 % der befragten Raucher gaben an, dass die Verpackungsgestaltung Einfluss auf ihre Entscheidung gehabt habe, mit dem Rauchen zu beginnen.

- Vgl. Europäische Kommission, Special Eurobarometer 385, „Attitudes of Europeans towards Tobacco“, Mai 2012, S. 70 und 87 -

- 255 b) Selbst wenn man Art. 13 Vorschlag TPR 2012 die grundsätzliche Eignung zum Gesundheitsschutz unterstellt, wäre die Vorschrift im Hinblick auf die mit ihr verbundenen schweren Eingriffe in betroffene Grundrechte **unverhältnismäßig**.
- 256 Die **Verpackung des Produkts** ist eines der wichtigsten Instrumente der **Markenkommunikation**, vor allem weil die Möglichkeiten der Tabakwerbung EU-rechtlich

(vgl. Rn. 25) äußerst eingeschränkt sind. Der Großteil der Verpackung wird durch die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise, die textlichen Warnhinweise, Steuerbanderole, das individuelle Erkennungsmerkmal und das Sicherheitsmerkmal dominiert. Auch in Bezug auf den verbleibenden Raum von ca. 20 % der Gesamtpackungsoberfläche sind die Möglichkeiten der Hersteller zur Markenkommunikation außerordentlich beschränkt. In dieser Situation wird die Gestaltung der Verpackung, z.B. durch die Verwendung abgerundeter Ecken, achteckiger Formen oder patentierter Öffnungsmechanismen, zu einem zentralen Unterscheidungsmerkmal. Dieses Element der Kommunikation zum Verbraucher darf den Herstellern nicht genommen werden, weil sonst jede **Unterscheidbarkeit** ihrer Produkte **beseitigt** wird.

- 257 Das Moment der Unterscheidbarkeit ist für **spezielle Produkte**, die sich vom allgemeinen Zigarettenmarkt abzuheben suchen, von besonderer Bedeutung. Überdies spielt es eine große Rolle für **neu** in den Markt eintretende Produkte, die von den Verbrauchern durch optische Abhebung von bereits bestehenden Marken wahrgenommen werden wollen. Durch die von der Kommission ins Auge gefasste nahezu vollständige Harmonisierung des Packungsdesigns wird der Wettbewerb zwischen verschiedenen Zigarettenmarken (abgesehen vom Preiswettbewerb) fast vollständig ausgeschaltet.
- 258 c) Schließlich widerspricht die Normierung einer Mindestanzahl von Zigaretten in Art. 13 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 Art. 2 Abs. 1 der **Richtlinie 2007/45/EG**, wonach die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen von Erzeugnissen in Fertigpackungen nicht aus Gründen verweigern, verbieten oder beschränken dürfen, die sich auf die Nennfüllmengen der Packungen beziehen. Die Richtlinie 2007/45/EG verbietet Mindestfüllmengen in Verpackungen übrigens, weil diese binnenmarktfeindlich sind.

- ABl. 2007, Nr. L 247/17 -

## **2. Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung**

- 259 Ungeachtet der in Bezug auf den Basisrechtsakt festgestellten EU-rechtlichen Probleme ist hilfsweise die EU-Rechtskonformität des Art. 13 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 zu prüfen. Diese Vorschrift stellt eine **weitreichende Ermächtigung** der Kommission dar, „Form und Größe der Packungen“ festzulegen. Dabei ist aber zugleich das **Ziel** angegeben, an dem die Kommission ihre Rechtsetzungstätigkeit in diesem Bereich auszurichten hat. Sie hat von der Befugnis nur Gebrauch zu machen, „sofern solche Regeln erforderlich sind, um die **volle Sichtbarkeit und Integrität der gesundheitsbezogenen Warnhinweise vor dem ersten Öffnen, während des Öffnens und nach dem Wiederverschließen der Packung** zu gewährleisten“.
- 260 Mit der relativ präzisen **Angabe von Ziel, Inhalt und Geltungsbereich der Befugnisübertragung** sind im konkreten Fall die Anforderungen an die Bestimmtheit der Delegation durch den Vorschlag TPR 2012 erfüllt. Zwar könnte ein delegierter Rechtsakt der Kommission betreffend die Form und Größe der Packungen in die Grundrechte der Hersteller

eingreifen. Jedoch ist dieser Eingriff durch Art. 13 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 durch den EU-Gesetzgeber ausreichend **vorherbestimmt**. Eine Inanspruchnahme der Ermächtigung zur Regelung der Packungsform und -größe zu anderen Zwecken ist nämlich ausdrücklich unzulässig. Die Verleihung einer Regelungsbefugnis verbunden mit einem spezifischen Regelungsauftrag kann dementsprechend nur schwer als Delegation „wesentlicher Aspekte“ des Tabakproduktrechts i.S.d. Art. 290 Abs. 1 AEUV angesehen werden, der dem Unionsgesetzgeber vorbehalten bleiben müsste. Vor diesem Hintergrund kann die Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung in Abs. 3 als **unionrechtskonform** betrachtet werden. Aus dem unbefristeten Charakter der Delegation als solchem lässt sich im Übrigen kein Argument für ihre Rechtswidrigkeit erkennen (vgl. Rn. 172).

- 261 Ähnlich verhält es sich mit der Ermächtigung in Abs. 4, die Packungen von Tabakerzeugnissen mit Ausnahme von Zigaretten und von Tabak zum Selbstdrehen betrifft. Der Unionsgesetzgeber hat insoweit festgelegt, dass die Kommission nur die **Quader- oder die Zylinderform** vorschreiben kann (wobei sich hier wiederum die Frage der Eignung der Maßnahme und ihrer wissenschaftlichen Absicherung stellt; vgl. Rn. 252 ff.). Soweit eine „wesentliche Änderung der Umstände“ als Voraussetzung für das Handeln der Kommission festgelegt wird, scheint dies ein ausreichend bestimmtes Kriterium zu sein, zumal Art. 2 Ziff. 30 Vorschlag TPR 2012 diesen Begriff definiert. Die Ermächtigung zur delegierten Rechtsetzung kann deshalb als **unionsrechtskonform** gelten.

### **3. Zwischenergebnis**

- 262 Die in Art. 13 Vorschlag TPR 2012 enthaltenen Regelungen betreffend die Standardisierung von Zigarettenpackungen sind **nicht geeignet**, den Gesundheitsschutz zu fördern. Darüber hinaus sind sie im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs **unverhältnismäßig**, da die Verpackung des Produkts der verbleibende Kanal der Markenkommunikation zwischen Hersteller und Verbraucher ist. Art. 13 Vorschlag TPR 2012 beseitigt praktisch die **Unterscheidbarkeit** von Zigaretten durch die Verbraucher. Die Ermächtigungen zur delegierten Rechtsetzung durch die Kommission, die in Art. 13 Abs. 3 und 4 Vorschlag TPR 2012 **enthalten sind**, erweisen sich im Ergebnis als ausreichend determiniert und damit als **unionsrechtskonform**.

## **V. Art. 24 Vorschlag TPR 2012**

- 263 Die in Art. 24 Abs. 1 des Vorschlags TPR 2012 verankerte Erlaubnis an die Mitgliedstaaten, **strengere Vorschriften** nach Art. 24 Abs. 2 und 3 zu erlassen, könnte gegen die **Binnenmarktvorschrift** des Art. 114 AEUV verstoßen.

## 1. Unechte „Freiverkehrsklausel“ gemäß Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012

264 Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 schreibt den Mitgliedstaaten vor, den Absatz von Waren und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten **nicht zu behindern**, wenn und insoweit sie mit den Anforderungen der entsprechenden Harmonisierungsmaßnahmen übereinstimmen. Eine solche Regelung ist typisch für auf Art. 114 AEUV gestützte Binnenmarktrichtlinien. Sie wird üblicherweise als **Freiverkehrsklausel** bezeichnet, sofern sie mit Harmonisierungsmaßnahmen kombiniert wird, die die zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden Handelshemmnisse und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen beseitigen.

- Vgl. Lachmayer/Bauer (Hrsg.), Praxiswörterbuch Europarecht, 2008, S. 406; Leible/Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 29 f. -

265 Derartige Klauseln bewirken, dass die Mitgliedstaaten auf die im Freiverkehr befindlichen Produkte aus anderen Mitgliedstaaten der EU nicht ihre inländischen, ggf. strengeren Vorschriften anwenden können. Sie dürfen derartige strengere Regeln lediglich auf **inländische Produkte** anwenden.

- EuGH, Rs. C-11/92, Gallaher, Slg. 1993, I-3545 Rn. 22: „Zwar kann diese Auslegung der Bestimmungen [...] dazu führen, daß inländische Erzeugnisse schlechter behandelt werden als ausländische; sie lässt auch gewisse Ungleichheiten in den Wettbewerbsbedingungen bestehen. Diese Folgen ergeben sich jedoch aus dem mit den fraglichen Bestimmungen, die nur Mindestvorschriften enthalten, angestrebten Harmonisierungsgrad.“; vgl. zu Art. 8 Abs. 1 der Vorgänger-Richtlinie 89/622/EWG (vgl. Rn. 23): „Die Mitgliedstaaten dürfen den Handel mit Erzeugnissen, die den Anforderungen dieser Richtlinie entsprechen, aus Gründen der Etikettierung weder untersagen noch einschränken.“ -

266 Im Ersten Tabakwerbeurteil hat der EuGH das Fehlen einer Freiverkehrsklausel als **Indiz** dafür gewertet, dass der fragliche Rechtsakt **keine** Hemmnisse für den Binnenmarkt beseitigt, denn in diesem Fall müssen sich die von der Richtlinie betroffenen Wirtschaftskreise trotz der Harmonisierungsmaßnahme mit den Mitgliedstaaten möglicherweise um die Vereinbarkeit von nationalen Herstellungs-, Vertriebs- und Verkaufsregelungen mit dem EU-Recht streiten. Das Fehlen einer Freiverkehrsklausel in einer Binnenmarktrichtlinie stellt somit ihre Vereinbarkeit mit Art. 114 AEUV in Frage,

- Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rn. 101 ff.; Rs. C-380/03, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573 Rn. 73 ff. -

267 In Bezug auf die **TPR von 2001**, die eine Freiverkehrsklausel enthält,

- „Die Mitgliedstaaten dürfen die Einfuhr, den Verkauf und den Konsum von Tabakerzeugnissen, die dieser Richtlinie entsprechen, nicht aus Gründen untersagen oder beschränken, die mit [...] den gesundheitsrelevanten Warnhinweisen und sonstigen Angaben oder anderen Erfordernissen dieser Richtlinie zusammenhängen [...].“; vgl. Art. 13 Abs. 1 TPR von 2001; vgl. Schweitzer/Schroeder/Bock, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, 2002, S. 54 f. -

268 hat der Gerichtshof abgeleitet, dass die Richtlinie zur Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarkts beiträgt.



- EuGH, Rs. C-491/01, BAT, Slg. 2002, I-11453 Rn. 74: „Im Gegensatz [zur Tabakwerberichtlinie] enthält die hier streitige Richtlinie in Artikel 13 Absatz 1 eine Bestimmung, die den freien Verkehr mit Erzeugnissen sicherstellt, die den Anforderungen der Richtlinie entsprechen. Durch diese Bestimmung [...] kann die Richtlinie ihre volle Wirkung im Hinblick auf das von ihr verfolgte Ziel der Verbesserung der Bedingungen für das Funktionieren des Binnenmarktes entfalten.“ -

- 269 Der Umstand, dass der Vorschlag TPR 2012 in seinem Art. 24 Abs. 1 eine mit der TPR von 2001 vergleichbare Klausel enthält, könnte somit aus binnenmarktrechtlicher Sicht ein Indiz für die Rechtmäßigkeit der geplanten Richtlinie sein. Dies setzt allerdings voraus, dass diese Klausel tatsächlich bewirkt, dass aus Sicht der von der Richtlinie Betroffenen **Rechtssicherheit** gegenüber etwaigen national unterschiedlichen Regelungen und auf diese Weise ein **echter Freiverkehr für Tabakprodukte geschaffen** wird, die den Anforderungen der Richtlinie entsprechen.

## **2. Ermächtigung an die Mitgliedsstaaten nach Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012**

- 270 Die scheinbar in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 enthaltene „Freiverkehrsklausel“ für Tabakerzeugnisse kann jedoch nicht unabhängig von den Regelungen in Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 bewertet werden. Nach diesen Bestimmungen dürfen die Mitgliedstaaten auch nach Inkrafttreten der revidierten Richtlinie unter bestimmten Umständen **strengere Vorschriften** für die Einfuhr, den Verkauf und Konsum von Tabakerzeugnissen beibehalten oder erlassen, die sowohl innerstaatliche als **auch grenzüberschreitende** Sachverhalte erfassen dürfen. Derartige strengere nationale Vorschriften sind allerdings unzulässig, soweit die Richtlinie solche Vorschriften selbst ausdrücklich untersagt.

- Vgl. etwa Art. 7 Abs. 6 Vorschlag TPR 2012: „Die Mitgliedstaaten dürfen die Größe der Warnhinweise nicht erhöhen, auch nicht durch die Einführung einer Verpflichtung, die gesundheitsbezogenen Warnhinweise mit einem Balken zu umranden.“ -

- 271 Die genannten Ermächtigungen an die Mitgliedstaaten, strengere Regelungen über die Verpackung und die Einfuhr, den Verkauf und Konsum von Tabakerzeugnissen zu erlassen, die über den Vorschlag TPR 2012 hinausgehen, werfen jedoch zwei gravierende Unklarheiten auf, die die **Rechtssicherheit** für die Hersteller und Händler solcher Erzeugnisse im Binnenmarkt erheblich **beeinträchtigen**. Das betrifft zunächst a) das unklare Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 sowie b) das unklare Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 und der primärrechtlichen Vorschrift des Art. 114 Abs. 4-6 AEUV.

### **a) Unklarheit, welche nationalen Vorschriften in den Regelungsbereich der Richtlinie fallen**

- 272 Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 unterscheiden sich darin, dass die Ermächtigung sich einmal auf Aspekte bezieht, die **in den Regelungsbereich der Richtlinie** fallen und

daher von ihr erfasst sind, und das andere Mal auf solche, die **nicht in den Regelungsbereich der Richtlinie fallen** und daher nicht von ihr erfasst sind.

- Vgl. Art. 24 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012: „Aspekte[] [...] die in dieser Richtlinie nicht geregelt sind [...]“; vgl. auch Erwägungsgründe 40 f.: „Aspekte[], die [nicht] in den Regelungsbereich dieser Richtlinie fallen“ -

273 Die Kommission ist der Ansicht, dass auf Grundlage von **Art. 24 Abs. 3** Vorschlag TPR 2012 **nationales „Plain Packaging“**, d.h. die Einführung vollkommen einheitlich gestalteter Zigarettenpackungen, durch die Mitgliedstaaten unionsrechtlich zulässig ist, da diese Frage nicht in den Regelungsbereich der Richtlinie falle. Sie ermuntert sogar die Mitgliedstaaten, die Pflicht zu identisch gestalteten Zigarettenpackungen durch nationales Recht einzuführen. Diese hätten weiterhin das Recht,

- „Regeln auch für die Flächen der Verpackung aufzustellen, die in dieser Richtlinie oder sonstigen Unionsvorschriften **nicht geregelt** sind, so zum Beispiel Vorschriften für eine vollständige Vereinheitlichung der Verpackungen von Tabakerzeugnissen (einschließlich Farben und Schriftarten), sofern diese Vorschriften mit dem Vertrag vereinbar sind“; vgl. Vorschlag TPR 2012, S. 7; vgl. auch Erwägungsgrund 41, Vorschlag TPR 2012 -

274 Diese Ansicht ist jedoch **unzutreffend**. Der Regelungsbereich der Richtlinie ergibt sich aus dem in Art. 1 Vorschlag TPR 2012 angegebenen Zweck der Richtlinie sowie den in den Titeln II und III der Richtlinie genannten Regelungsgegenständen. In den Regelungsbereich fallen demnach u.a. **Vorschriften über die „Kennzeichnung und Verpackung“ von Tabakerzeugnissen** (Art. 7 ff. Vorschlag TPR 2012), insbesondere über „Produktbeschreibung“, sowie „Aufmachung und Inhalt“ (Art. 12 und 13 Vorschlag TPR 2012). Diese Bestimmungen führen bereits zur weitgehenden Standardisierung der Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen. Auch weitergehende nationale Regelungen, die eine vollständige Vereinheitlichung und ein „Plain Packaging“ von Tabakerzeugnissen vorschreiben, würden somit in den Regelungsbereich der Richtlinie fallen und wären nach Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 zu beurteilen.

275 Aufgrund der in der Begründung zur Richtlinie geäußerten Ansicht der EU-Organe über deren Reichweite ist jedoch **völlig unklar**, wie Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 in der Praxis angewendet werden. Diese **Rechtsunsicherheit** betrifft vor allem die Hersteller und Händler von Tabakerzeugnissen, die nicht sicher sein können, ob strengere nationale Vorschriften für Tabakerzeugnisse in Form von „Plain Packaging“ nun unionsrechtlich zulässig sind oder nicht bzw. bei einem Import dieser Erzeugnisse geltend gemacht werden dürfen oder nicht.

#### **b) Unklarheit über das Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 und primärrechtlichem nationalen Alleingang nach Art. 114 Abs. 4-6 AEUV**

276 Gemäß der **primärrechtlichen** Bestimmung des Art. 114 Abs. 4-6 AEUV können die Mitgliedstaaten angesichts einer Harmonisierungsmaßnahme i.S.d. Art. 114 Abs. 1 AEUV

unter gewissen Voraussetzungen einzelstaatliche Bestimmungen beibehalten oder einführen (sog. „**nationaler Alleingang**“).

- Vgl. Schroeder, Grundkurs Europarecht, 2. Aufl. 2011, § 18 Rn. 13 f.; Streinz, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 951 ff.; Leible/Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 82 ff. spricht von „mitgliedstaatlichen Abweichungen“ -

277 Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 ist diesen Vorschriften offensichtlich nachgebildet, weicht aber in wesentlichen Punkten davon ab. Die Vorschrift formuliert **niedrigere Standards** für einen nationalen Sonderweg in Bezug auf die Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen als das in Art. 114 Abs. 4-6 primärrechtlich festgelegte Ausnahmeregime: So verlangt etwa Art. 114 Abs. 5 AEUV für die nachträgliche Einführung einzelstaatlicher Bestimmungen im Rahmen des nationalen Alleingangs, dass diese auf „neue wissenschaftliche Erkenntnisse“ gestützt werden müssen, Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 jedoch nicht. Zusätzlich fordert Art. 114 Abs. 5 AEUV als Grund für die Einführung von einzelstaatlichen Bestimmungen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt ein spezifisches Problem für den Mitgliedstaat, „das sich nach dem Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergibt“; der Gesundheitsschutz ist gerade nicht Gegenstand der Regelung. Eine solche zeitliche und sachliche Einschränkung findet sich in Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 hingegen nicht.

- Demgegenüber verweist Art. 24 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 bezüglich des Rechts der Mitgliedstaaten zur Verschärfung nicht in der Richtlinie geregelter Aspekte des Tabakproduktrechts rein **deklaratorisch** darauf, dass potentielle nationalen Maßnahmen an den Grundfreiheiten zu messen sind („im Einklang mit dem Vertrag“); siehe EuGH, Rs. 120/78, Rewe-Zentral AG (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649 Rn. 14; Leible/Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 30 -

278 Grundsätzlich kann der EU-Gesetzgeber den Mitgliedstaaten durch **Sekundärrecht** erlauben, von einer Richtlinie abzuweichen, und ist dabei nicht an Art. 114 Abs. 4-6 AEUV gebunden. Er kann mit einer Richtlinie eine bloße Mindestharmonisierung vornehmen und den Staaten vielfältige Optionen eröffnen, durch nationale Regelungen strengere Bestimmungen zu erlassen. Art. 114 Abs. 4-6 AEUV sind nur relevant, wenn eine Richtlinie diesbezüglich eine abschließende Regelung enthält. Der Vorschlag TPR 2012 enthält jedoch keine abschließende Harmonisierung der Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen (vgl. Rn. 273).

- Vgl. Herrnfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 87; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 114 AEUV Rn. 40; Leible/Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 82 -

279 Problematisch ist Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 aus diesem Grunde nicht etwa, weil die Vorschrift von Art. 114 AEUV abweicht, sondern weil sie sich in Wortlaut und Systematik eindeutig an Art. 114 AEUV anlehnt, sich zugleich aber davon unterscheidet. Diese Methode führt zu Verwirrung und **Rechtsunsicherheit** auf Seiten der Mitgliedstaaten und der Hersteller von Tabakerzeugnissen. Sie lässt offen, unter welchen Voraussetzungen strengere nationale Vorschriften im Regelungsbereich der geplanten Richtlinie zulässig sein werden und provoziert Rechtsverstöße.

### c) Folgen für die „Freiverkehrsklausel“ in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012

- 280 Es hat sich gezeigt, dass sowohl das Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 als auch das Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 und den primärrechtlichen Bestimmungen über den nationalen Alleingang in Art. 114 Abs. 4-6 AEUV **unklar** sind. Art. 24 Abs. 3 Vorschlag TPR 2012 soll nach den Vorstellungen der Kommission den Mitgliedstaaten die nationale Einführung von „Plain Packaging“ ermöglichen. Zugleich sind die Voraussetzungen für nationale Sonderwege nach Art. 24 Abs. 2 **weniger streng** als nach Art. 114 Abs. 4-6 AEUV (so fallen z.B. die Beschränkung auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse und die zeitlichen Beschränkung zur Einführung neuer Vorschriften weg).
- 281 Da Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 in mehrfacher Hinsicht **nationale Sonderwege** – über den primärrechtlich dafür vorgesehenen Rahmen hinaus – begünstigen könnte, ohne dass diese rechtlich eindeutig definiert sind, entfaltet die in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 enthaltene Klausel, die nur scheinbar den freien Verkehr von Tabakerzeugnissen in der EU gewährleistet, **keine binnenmarktfördernde** Wirkung. Tatsächlich haben die vom Vorschlag TPR 2012 angestrebten Harmonisierungsmaßnahmen keine positive Wirkung, indem sie etwaige Handelshemmnisse oder Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt beseitigen. Jede Angleichung des Tabakproduktsrechts, die der Richtlinienvorschlag in Aussicht stellt, wird vielmehr **durch die weitreichenden und unklaren Ausnahmeregelungen** in Art. 24 Abs. 2 und 3 zugunsten der Mitgliedstaaten wieder **konterkariert**. Das gilt umso mehr, als die Kommission die Mitgliedstaaten offen dazu auffordert, von der Richtlinie abweichende Maßnahmen einzuführen. Auf diese Weise wird das bezweckte Harmonisierungsziel im Binnenmarkt untergraben. Die Tabakproduktlinie kann damit gerade nicht ihre volle Wirkung im Hinblick auf eine Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes entfalten.
- 282 Eine binnenmarktfördernde Wirkung ist jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH **erforderlich**, damit eine Harmonisierungsmaßnahme binnenmarktkonform ist. Die Schlussfolgerungen des EuGH zur Freiverkehrsklausel des Art. 13 Abs. 1 TPR von 2001 lassen sich daher nicht auf die ähnlich lautende Klausel des Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 übertragen, wenn deren Wirkung durch Art. 24 Abs. 2 und 3 vereitelt wird. Auch dies spricht dafür, dass sich der Vorschlag TPR 2012 **nicht auf die Binnenmarktkompetenz in Art. 114 AEUV stützen kann**.

### 3. Zwischenergebnis

- 283 Der in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 geäußerte Wille des EU-Gesetzgebers, den freien Verkehr von Tabakerzeugnissen, die der Richtlinie entsprechen, zu gewährleisten, ist aus binnenmarktrechtlicher Sicht grundsätzlich **positiv** zu bewerten. Die genannte Bestimmung ist jedoch keine echte „Freiverkehrsklausel“, in der der EuGH ein Indiz für die Binnenmarktkonformität der betreffenden Richtlinie sieht, denn **sie stellt im Ergebnis den**

**freien Verkehr von Tabakerzeugnissen**, die den Anforderungen der Richtlinie entsprechen, **keineswegs sicher**.

- 284 So bleibt unklar, welche nationalen Regelungen nach Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 in den **Regelungsbereich der Richtlinie** fallen und welche nicht. Das gilt insbesondere für weitergehende nationale Vorschriften über ein „Plain Packaging“ von Tabakerzeugnissen. Auch bleibt das Verhältnis von Art. 24 Abs. 2 Vorschlag TPR 2012 und den **primärrechtlichen** Bestimmungen über den nationalen Alleingang gemäß Art. 114 Abs. 4-6 AEUV unklar. So begünstigen Art. 24 Abs. 2 und 3 Vorschlag TPR 2012 über den primärrechtlich vorgesehenen Rahmen hinaus nationale Sonderwege, die jedoch rechtlich nicht hinreichend definiert sind. Der Vorschlag TPR 2012 leidet damit an einem **Bestimmtheitsproblem**, das zu Lasten der Mitgliedstaaten und der Hersteller von Tabakerzeugnissen geht. Aus diesem Grund entfaltet die in Art. 24 Abs. 1 Vorschlag TPR 2012 enthaltene Bestimmung, die einen freien Verkehr von Tabakerzeugnissen verspricht, nicht die **binnenmarktfördernde** Wirkung, die nach der Rechtsprechung erforderlich ist. Auch dies spricht dafür, dass sich der Vorschlag TPR 2012 nicht auf die Binnenmarktkompetenz in Art. 114 AEUV stützen kann.
- 285 Die in Art. 24 Abs. 1 des Vorschlags TPR 2012 verankerte **Freiverkehrsklausel** und die damit verbundene Erlaubnis an die Mitgliedstaaten, **strengere Vorschriften** nach Art. 24 Abs. 2 und 3 zu erlassen, könnten gegen die Binnenmarktvorschrift des Art. 114 AEUV verstoßen.

## E. Gesamtergebnis

- 286 Das von der Kommission im Vorschlag TPR 2012 vorgelegte Maßnahmenpaket führt aus **mehreren** Gründen zur Nichtigkeit der Richtlinie, sollte sie in der vorgeschlagenen Form beschlossen werden: (1) Diese kann nicht auf die **Binnenmarktkompetenz** des Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden, da sie den Binnenmarkt nicht fördert, sondern schädigt. (2) Darüber hinaus führen mehrere in der Richtlinie enthaltene Einzelmaßnahmen und vor allem die kumulative Wirkung des Maßnahmenpakets zu gravierenden Eingriffen in **Unionsgrundrechte** der Hersteller und Verbraucher, die unverhältnismäßig sind und daher die Grundrechte verletzen. (3) Schließlich verstoßen im Vorschlag TPR 2012 enthaltene Vorschriften, die der Kommission das Recht übertragen, Kennzeichnungs- und Verpackungsvorschriften im Wege der delegierten Rechtsetzung zu verschärfen, gegen **Art. 290 Abs. 1 AEUV**.
- 287 Die Verletzung von Art. 290 AEUV führt zur Nichtigkeit der **jeweiligen** Delegation. Die Missachtung der Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV und die gravierende Verletzung von Unionsgrundrechten durch das geplante Maßnahmenpaket beeinträchtigen jedoch den gesamten Richtlinienvorschlag und führten zur **Gesamtnichtigkeit** des vorgeschlagenen Rechtsakts. Eine bloß teilweise Nichtigerklärung käme deshalb nicht in Betracht.

- Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419 Rn. 117 -