

Als der Autor dieses Beitrags 1998 auf einer Tagung des Studienkreises für Presserecht und Pressefreiheit die Gefahr beschrieb, ein Tabakwerbeverbot könne schnell auch die Redaktionen erreichen, erschien diese Prognose doch allzu schwarzseherisch. Ein Verbot, irgendwie redaktionell positiv über Tabakerzeugnisse zu publizieren, erschien absurd, zu fantasievoll und zu weit hergeholt. Heute ist dieses Thema bereits ausdrücklich Gegenstand der vom Europäischen Gerichtshof noch nicht beurteilten Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 über Werbung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen.

## Werbeverbote – Wie mächtig sind **Kapital** und **Wirtschaft?**

*Von Prof. Dr. Robert Schweizer,  
Hon.-Professor für Rechtssoziologie an der Juristischen Fakultät der  
Ludwig-Maximilians-Universität München,  
Mitglied des Deutschen Presserats, assoz. Mitglied des Vorstands  
Hubert Burda Media*

# Gegen Werbeverbote

muss berücksichtigt werden, dass  
der Mensch mündig ist.

Einerseits erfreulich für Wirtschaft und Gesellschaft: Das deutsche Bundesverfassungsgericht reduziert in einem Beschluss vom 30. April 2004 das Werbeverbot für rezeptpflichtige Heilmittel gegen den Gesetzeswortlaut. Die gerichtliche Begründung: „Sachangemessene Informationen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern, sondern ihn als mündigen Menschen befähigen, von der freien Arztwahl sinnvoll Gebrauch zu machen, sind zulässig.“

Im gleichen Sinne vertritt der Europäische Gerichtshof schon seit dem Jahr 1989 ein neues „Europäisches Verbraucherleitbild“. Mit dem Europäischen Verbraucherleitbild ist der EuGH fortschrittlicher als die Rechtsprechung in den meisten Staaten, auch wenn der EuGH mit diesem Leitbild rechtssoziologisch bislang auf halbem Wege stehen bleibt. Nach dem Europäischen Verbraucherleitbild muss grundsätzlich auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abgestellt werden. Neuerdings präzisiert der EuGH in einem Urteil vom 16. September 2004: Leitbild ist der normal informierte und angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher.

Andererseits sieht die Europäische Union „den Verbraucher als einen ausgemachten Trottel, jemand, der keinerlei Erfahrung mit Werbung hat und der daher vor sich selbst geschützt werden muss“. Dieses Zitat stammt aus einem von Ralf Nöcker verfassten „FAZ“-Kommentar vom 5. April 2004. Er befasst sich mit der „Zensur“ durch den damaligen EU-Verbraucherkommissar David Byrne.

Byrne, früher irischer Generalstaatsanwalt, bietet gleich in Person den nächsten Widerspruch. Er versicherte als designierter neuer EU-Kommissar für Verbraucherschutz und Gesundheit im September 1999 in seiner Anhörung vor dem Europäischen Parlament, es werde keine weiteren Werbebeschränkungen geben. Was dagegen folgte, wird in diesem Beitrag noch beschrieben.

Der neue EU-Gesundheitskommissar Markos Kyprianou zeigt sich nicht einmal zu Beginn seiner Amtszeit betont einsichtsvoll. Er strebt bereits an, dass selbst in Spielfilmen nicht mehr geraucht werden darf, wie etwa „w&v“ am 24. März 2005 berichtet hat. Also: Eingriff in den Inhalt von Filmen, nicht nur in die vorlaufende Werbung!

Und, um die – zumindest auf den ersten Blick – bestehenden Widersprüchlichkeiten zu vervollkommen: Die soeben als besonders verbotsfreudig beschriebene EU-Kommission klagt entgegen dieser Einschätzung gegen das nationale französische Verbot der Fernsehwerbung

für Tabak und Alkohol vor dem Europäischen Gerichtshof. Sie klagt also vor dem Gericht, das fortschrittlich ein neues Verbraucherleitbild vertritt. Und wie entscheidet der insoweit fortschrittliche EuGH? Am 13. Juli 2004 urteilt er gegen die Kommission zu Gunsten des französischen Werbeverbots. Die Große Kammer des EuGH billigt trotz der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs sogar das Verbot der indirekten Fernsehwerbung auf Banden bei überstaatlichen Sportübertragungen. ZAW-Geschäftsführer Nickel kommentiert: „Glattes Fehlurteil, das an Umfang nicht zu überbietende wissenschaftliche Erkenntnisse ignoriert.“

Wer diesen Widersprüchlichkeiten und Entwicklungen nachgeht, findet einen Hinweis nach dem anderen darauf, dass sich anachronistisch konservative oder marxistische Einstellungen und Verhaltensweisen durchsetzen, die unterstellen, dass die Wirtschaft Menschen manipuliert, Menschen sich selbst entfremdet und sie funktionalisiert.

Wer die Entwicklung der Werbeverbote verfolgt, kann nicht erkennen, dass die Wirtschaft in der Durchsetzung von Interessen stark wäre. Die in den gegenwärtigen politischen Auseinandersetzungen von führenden Politikern vertretenen Behauptungen über die Macht der Wirtschaft lassen sich insoweit ganz und gar nicht verifizieren.

## Die Fakten Der Weg in Richtung Tabakwerbeverbot

- 1966** verabschieden zwar die Tabakhersteller ein Abkommen zur Selbstkontrolle der Cigarettenwerbung und
- 1972** verzichten sie darüber hinaus auf Cigarettenwerbung in Jugendzeitschriften, in Sportstätten, auf öffentlichen Verkehrsmitteln und zusätzlich auf die Werbung mit Models unter – tatsächlich oder anscheinend – 30 Jahren.
- 1974** dennoch: Verbot der Fernseh- und Hörfunkwerbung.
- 1989** Richtlinie 89/552/EWG über die Ausübung der Fernsehaktivität (Verbot).
- 1989** Richtlinie 89/622/EWG über die Etikettierung von Tabakerzeugnissen.
- 1990** Richtlinie 90/239/EWG über den höchstzulässigen Teergehalt bei Cigaretten.
- 1993** Abkommen innerhalb der Cigarettenindustrie mit einem Verbot der Werbung auf Plakaten im Umkreis von Schulen und Jugendzentren und darüber hinaus keine Verteilung von Gratispackungen in der Öffentlichkeit.
- 1998** Erste Richtlinie, 98/43/EG, über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen.
- 2000** Nichtigerklärung der Richtlinie aus dem Jahr 1998 durch den Europäischen Gerichtshof aufgrund einer Kompetenzklage der Bundesrepublik Deutschland.
- 2001** Trotz der EuGH-Entscheidung: RL 2001/37/EG über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen.
- 2002** Verbot der Tabakwerbung in Kinos vor 18 Uhr oder bei Cartoons. Warnungen auf Cigarettenpackungen und auf den Werbemotiven.
- 2003** Neue Tabakwerbe-Richtlinie 2003/33/EG. Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland auch gegen diese neue Verbotsrichtlinie. Individualklagen der Kreuzer Medien GmbH und der Nürburgring GmbH.
- 2005** 31. Juli Schlusstermin zur Umsetzung der neuen Richtlinie 2003/33/EG (wenn keine Ausnahme gemacht oder vom Gerichtshof angeordnet wird). Voraussichtlich Ende
- 2005/Anfang 2006** Entscheidung des EuGH über die Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland.

#### Weitere EU-Werberegulierungen – ein Überblick

- Die Fernsehrichtlinie vom 3. Oktober 1989, RL 89/552/EWG, verbietet in Art. 13 die Werbung für Tabakprodukte, in Art. 14 die Fernsehwerbung für Arzneimittel und ärztliche Behandlungen. Art. 15 schränkt die Fernsehwerbung für alkoholische Getränke ein. Die EU-Kommission überprüft bereits, inwieweit noch stärker eingeschränkt werden soll.
- Ein Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18. Juni 2003, der auf einem so genannten Grünbuch zum Verbraucherschutz beruht, reguliert bis in viele Details hinein umfassend.

## Die gegenwärtig viel zitierte **Macht** der **Wirtschaft** lässt sich bei Entwicklung und Durchsetzung von Werbeverböten nicht erkennen.

- Eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt ist geplant.
- Ein „Grünbuch Kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“ und Folgedokumente liegen vor.
- Die E-Commerce-Richtlinie 2003/31/EG wurde am 8. Juni 2003 erlassen. (Auf sie wird beim deutschen Verbot der Telefonwerbung zurückzukommen sein.)
- Heilmittel-Werbeverbote sind nun enthalten in der Richtlinie 2001/83/EG vom 6. November 2001 zur Schaffung des Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel. (Sie gewinnen in diesem Beitrag noch als Beispiel dafür Bedeutung, dass sich das Gewicht der Interessen ausnahmsweise auch einmal gegen Werbeverbote entwickeln kann.)
- Am 16. Juli 2003 hat die EU-Kommission eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel vorgeschlagen. Diese so genannte Basis-VO ist bereits berichtigt. Wer die Werbeverbote noch nicht fürchtet, muss sich mit diesem Vorschlag befassen. Wie einst zum Datenschutzrecht greift der Gesetzgeber radikal in das System ein. Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit von gesundheits- und nährwertbezogenen Angaben mit Ausnahmen soll im Prinzip ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geschaffen werden.  
Wer hätte je gedacht, dass – so aber der Vorschlag der Kommission – schwarz auf weiß festgelegt werden soll: „Alle Informationen über Lebensmittel und ihren Nährwert, die nicht klar, zutreffend, aussagekräftig und nachprüfbar sind, sind nicht zulässig. Dies betrifft vage Angaben, ... Verweise auf Aussagen oder befürwortende Stellungnahmen von Ärzten oder anderen Gesundheitsexperten sind nicht zulässig, da sie den Eindruck erwecken können, der Verzicht auf das betreffende Lebensmittel könnte die Gesundheit beeinträchtigen ...“
- Die Richtlinie 2003/33/EG vom 26. Mai 2003 mit einem nahezu vollständigen Tabakwerbeverbot.
- Am 5. Juni 2001 hat der EU-Rat eine Empfehlung zum Alkoholkonsum von jungen Menschen, insbesondere Kindern und Jugendlichen, verabschiedet. Ergänzend existieren zwei weitere Empfehlungen.
- Es regulieren darüber hinaus die Richtlinie 1999/94/EG vom 13. Dezember 1999 die Werbung für neue Personenkraftwagen, die Richtlinie 2003/66/EG vom 3. Juli 2003 die Werbung für elektrische Haushaltskühl- und -gefriergeräte sowie entsprechende Kombinationsgeräte, die Richtlinie 2002/40/EG vom 8. Mai 2002 die Werbung für Elektrobacköfen, die Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 den Datenschutz für elektronische Kommunikation. Dieser Überblick ist noch nicht einmal vollständig.

#### Die nationale Verschlimmerung aus Sicht der Wirtschaft

In Deutschland wird die ohnehin schwierige Situation aus der Sicht der Wirtschaft teilweise noch gravierend verschlimmert.

#### **Beispiel: Das Verbot der Telefonwerbung**

Ein anschauliches Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit bildet das grundsätzliche Verbot der Telefonwerbung, geregelt im Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb. Dieses Werbeverbot veranschaulicht vor allem auch die politischen und rechtssoziologischen Verhältnisse.

Anders als die Gerichte der meisten EU-Länder hatte die deutsche Rechtsprechung drei Jahrzehnte lang den Begriff der guten Sitten dahin ausgelegt, dass es grundsätzlich im Wettbewerb sittenwidrig sei, ohne vorhergehende Zustimmung in Haushalten oder in Unternehmen zu Werbezwecken anzurufen. Die „Kaltanrufe“ in Unternehmen wurden etwas nachsichtiger beurteilt, waren aber dennoch grundsätzlich verboten.

Die Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahr 2004 hat der Gesetzgeber nicht dazu genutzt, die im Vergleich zu anderen EU-Staaten wirtschaftsfeindliche deutsche Rechtsprechung gesetzgeberisch immerhin dem europäischen Niveau anzupassen. Das „Opt-in-Prinzip“ wurde nicht in das „Opt-out-Prinzip“ abgeändert. Es wurde nicht als ausreichend angesehen, dass angerufen werden darf, solange der Angerufene nicht erklärt – zum Beispiel in Robinsolisten –, dass er nicht angerufen werden möchte. Somit: Eine Werbung durch Telefonanrufe ist verboten

→ bei Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder

→ bei Unternehmen und anderen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung.

Dieses Beispiel zeigt, wie schwierig es in Deutschland sein kann, die Interessen der Wirtschaft gegen andere Interessen – abwägend – zu wahren. Die Wirtschaft blies unisono zum Sturm gegen das grundsätzliche Verbot. Gewirkt hat dieser Sturm gerade noch so bis zum Bundesrat.

Nebenbei interessiert, dass die Wirtschaft die Presse an ihrer Seite hatte. Die Verlage dürfen nicht einmal nach der Kündigung eines Abonnements ohne vorherige Zustimmung beim Abonnenten anrufen und fragen, was ihn denn zu der Kündigung bewogen hat und ob er es

## In Deutschland wird die **schwierige Situation** aus Sicht der Wirtschaft **teilweise noch gravierend verschlimmert.**

sich nicht doch noch einmal überlegen möchte. Dabei wartet ein erheblicher Teil der kündigenden Abonnenten geradezu auf einen solchen Anruf. Wenig zu spüren war in der politischen Auseinandersetzung davon, dass die Medien, wie es heißt, die vierte Gewalt im Staate bilden. Genauso wenig ließ sich feststellen, dass – nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – die Pressefreiheit für einen demokratischen Rechtsstaat schlechthin konstituierend ist und alle übrigen Freiheitsrechte die Pressefreiheit voraussetzen. Auch Hunderttausende von Arbeitsplätzen, junge Existenzen und die Argumentation mit dem mündigen Verbraucher waren nicht stark genug.

### Verzicht auf Impulse für die Wirtschaft

Als Argument vorgetragen wurde beispielsweise: Wie sinnvoll könnte sich ein junger Malermeister Aufträge beschaffen, indem er in der Umgebung bei Eigentümern und Mietern anruft und fragt, ob es nicht eine gute Idee sei, etwas zu renovieren. Einige Gewerkschaften unterstützten die Unternehmen sogar, wenn auch teilweise gespalten. Diese Gewerkschaften sahen die möglichen Impulse: 40 Millionen Privathaushalte und drei Millionen steuerpflichtige Unternehmen gibt es in Deutschland. Welche Impulse könnten von einer Telefonwerbung ausgehen, wenn nur einmal pro Jahr 10 Prozent der Haushalte und der Unternehmen für 500 Euro frühzeitiger investierten in Autos, Haushaltsgeräte, Freizeit, Abonnements! Und was die Arbeitsplätze im Telefonmarketing selbst betrifft: In England und in den USA arbeiten (ohne Werbeverbot) 3 Prozent der Bevölkerung allein im Bereich des Telefonmarketings. 3 Prozent der Bevölkerung wären in Deutschland mehr als eine Million Beschäftigte. Tatsächlich sind jedoch nach einer Gewerkschaftsstudie nur 150.000 im Bereich des Telefonmarketings in Arbeit.

### Die Entscheidung im Juli 2004

Trotz all dieser offenen Fragen, trotz der Einwände und Bedenken und trotz der gegenteiligen Rechtslage in den meisten anderen Ländern wurde gegen die Wirtschaft das Extrem – nämlich das umfassende und undifferenzierte Verbot – gewählt. Vor allem die Verbraucherverbände, Frau Künast und die Einstellung gegen die „belästigende“ Werbung waren stärker. Am 16. Juni 2004 überstimmte der Bundestag mit der notwendigen Kanzlermehrheit den Einspruch des Bundesrats. Dieser Einspruch hatte nach einer Niederlage im Vermittlungsausschuss nur noch politische und symbolische Bedeutung.

Die Fernabsatz-Richtlinie der EU sowie die E-Commerce-Richtlinie lassen der nationalen Gesetzgebung den Freiraum, nach Belieben alles zu verbieten, wie es ja nun in Deutschland geschehen ist.

Es klingt wie Ironie, wenn das Bundesjustizministerium stets pauschal behauptet: „Das vom Bundestag verabschiedete UWG fördert die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft.“

Dass die Bundesregierung sich gegenwärtig bemüht, eine von ihr als nichtig angegriffene **EU-Richtlinie national** umzusetzen, gibt zu denken.

Im Laufe des Novellierungsverfahrens ließ allerdings die Lauterkeits-Richtlinie der EU das Herkunftslandprinzip entfallen. Ohne Herkunftslandprinzip können die Unternehmen zwar nicht argumentieren, sie würden jetzt eben vom benachbarten Ausland aus telefonieren und dort Arbeitsplätze schaffen. Aber: Der Impuls für die deutsche Wirtschaft fehlt dann erst recht.

### Rechtssoziologische und rechtspolitische Sorgen

Der Rechtssoziologe fürchtet sich vor der Diskrepanz zwischen der Rechtslage einerseits und den teilweise verbotswidrig erzielten Zuwachsraten des Telefonmarketings andererseits. Gesetze, die in großem Stil – anderen Zwängen gehorchend – missachtet werden, sind nicht des Rechtssoziologen Lieblingstraum.

Der Rechtssoziologe sucht zudem in den ablehnenden Stellungnahmen eine seriöse Auseinandersetzung mit dem Argument, dass der Verbraucher durch einen Eintrag in Robinson- oder andere Listen doch nahezu mühelos erreichen kann, künftig in aller Regel nicht mehr angerufen zu werden. Und er sucht gemeinsam mit dem Rechtspolitiker überhaupt nach fundierten Abwägungen auch gegenüber dem Sinn und Zweck einer sozialen Marktwirtschaft, der Werbung und der Aufgabe, in einer arbeitsteiligen Welt zu wirtschaften.

Umfassende Studien fehlen. Hat die deutsche Bevölkerung zum Telefonwerbverbot – in welchem Ausmaß – ein anderes Rechtsgefühl als die Bevölkerung in anderen EU-Staaten? Wie viele würden sich mit dem Opt-out-Prinzip einverstanden erklären, wenn sie die Gegeninteressen bedächten? Wie viele Verbraucher sind an telefonischer Werbung sogar interessiert? Erlauben die Interessen der Betroffenen Differenzierungen an Stelle des generellen Verbots? Inwieweit ist es nach dem Verhalten und der Einstellung der Verbraucher möglich, die Telefonwerbung durch andere Werbeformen zu ersetzen, wo doch auf Wirtschaften nicht verzichtet werden kann und Wirtschaften ohne Werbung nicht funktioniert? All diese Vorfragen sind noch nicht hinreichend beantwortet.

### Beispiel: Das „Antidiskriminierungsgesetz“

Zur Zeit der Drucklegung dieses Beitrages ist das „Antidiskriminierungsgesetz“ noch nicht verabschiedet. Die Pläne bilden ein weiteres Beispiel dafür, dass sich eine zunehmende Verschlimmerung offenbar schon von selbst versteht; eine Verschlimmerung mit Vorschriften, die nicht jedem einfallen.

### Die beiden Klagen der Bundesrepublik Deutschland gegen die Tabakwerbeverbots-Richtlinien: ein Gegenbeispiel?

Auf den ersten Blick beweisen die Klagen der Bundesrepublik Deutschland in der Tat, dass sich die Wirtschaft durchgesetzt hat. Auf den zweiten Blick schon nicht mehr. Der Hauptgrund für die Klagen ist nämlich die Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und der nationalen Gesetzgebung, nicht das Verbot. Im Übrigen ist nicht ganz sicher, dass die Bundesregierung auch heute klagen würde. Dass sich die Regierung gegenwärtig bemüht, die von ihr als nichtig angegriffene Richtlinie national umzusetzen, gibt zu denken. In einer Reihe wichtiger anderer Fälle war die Regierung weniger bemüht, obwohl es dieses Mal eher möglich wäre, eine Umsetzung aufzuschieben.

Noch etwas fällt auf: Die Wirtschaft hat in all den Jahren vorbildlich die Klage unterstützt. Nun, im Endstadium des zweiten Klageverfahrens, scheinen die Kräfte zu schwinden.

### Die positiven Äußerungen des deutschen Bundeskanzlers und Hinweise aus dem Kreis der Kommission gegen das Verbot der Werbung für rezeptpflichtige Heilmittel: auch kein Gegenbeispiel.

Es stimmt, nach und nach kann der Eindruck entstehen, dass die EU-Kommission und die Bundesregierung das Verbot der Publikumswerbung für rezeptpflichtige Heilmittel zunehmend kritisch sehen. Denken Brüssel und Berlin zu Werbeverboten grundsätzlich um? Die neue Sicht

zu diesem Heilmittelwerbeverbot ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Situation – im Gegenteil: Als das Verbot im Jahr 1936 in Deutschland und dann später auch noch in der EG eingeführt wurde, war das Ziel: Es sollte von vornherein allein der Arzt (oder Tierarzt) bestimmen, was richtig ist, welches Medikament also anzuwenden ist, und zwar – das ist des Pudels Kern – grundsätzlich ohne einen informierten Patienten, ohne Gespräch, ohne die Möglichkeit, fundiert Gedanken auszutauschen, und ohne die Möglichkeit, dass der Patient Fragen stellt.

## Der EU-Gesetzgeber erweitert sein Werbeverbot auch auf redaktionelle Text- und Bildpublikationen.

Mittlerweile wird bekannt, vor allem aufgrund der amerikanischen Erfahrungen, dass die „Direct to Consumer“-Kommunikation jedenfalls heute aus einer Reihe von Gründen vorgezogen werden muss. Vor allem lässt sich das ursprüngliche Ziel des Verbots nicht mehr rechtfertigen. Anders als früher angenommen, verbessert sich durch DTC das Arzt-Patienten-Verhältnis. Die in den USA gewonnenen Erkenntnisse sind klar und auch durch repräsentative Studien abgesichert. Sie lassen sich auf Deutschland übertragen.

Das heißt, was die Stärke der Wirtschaft zur Durchsetzung ihrer Interessen gegen Werbeverbote betrifft: Zum Publikumswerbeverbot für verschreibungspflichtige Medikamente sind der Wirtschaft die Gegner abhanden gekommen. Die Wirtschaft ist in der Durchsetzung ihrer Interessen nicht plötzlich erstarkt.

### Übergreifen der Verbote auf Dritte

Zu Beginn wurde schon darauf hingewiesen, dass sich Werbeverbote nicht nur von Tabak auf Alkohol, Autos, Süßwaren, Kinderspielzeug, Kinderkost und weitere Produkte und Leistungen ausbreiten können, sondern auch auf Redaktionen.

Grundsatz der Gleichbewertung des Gleichsinnigen: Wer die Einstellung der Freunde von Wettbewerbsverboten studiert, hält es für nahe liegend, dass sie argumentieren: „Warum soll denn redaktionell zulässig sein, was der Werbung aus Gründen des Gemeinwohls verboten ist? Redaktionelle Texte und Bildpublikationen sind doch noch gefährlicher als Anzeigen. Der Leser vertraut redaktionellen Beiträgen mehr als der Werbung, und der Leser lässt sich von redaktionellen Beiträgen stärker beeinflussen als von der Werbung. Folglich müssen sich auch die Redaktionen an die Verbote halten. Dies gilt umso mehr, als anerkannt ist: Die Rechtsordnung muss Wertungswidersprüche vermeiden. Deshalb gilt rechtsmethodisch der Grundsatz der Gleichbewertung des Gleichsinnigen. Folglich muss rechtsmethodisch erweitert werden.“

Absurd? Nein. Der EU-Gesetzgeber denkt und formuliert im Prinzip tatsächlich in diese Richtung.

Er definiert (in der Richtlinie 2003/33/EG für Tabakerzeugnisse): „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Werbung“ jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder der indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern.“

Die Presse kommuniziert im Sinne dieser Definition kommerziell. Folglich wirbt sie beispielsweise, wenn sie einen Prominenten rauchend abbildet und ihn zitiert: „Ich rauche light und

habe damit für mich den goldenen Mittelweg gefunden.“ Aus sicherer Quelle ist bekannt, dass bewusst gesetzlich so definiert wurde, um zu verhindern, dass – wenn auch nicht über Anzeigen – doch in der Presse Tabakerzeugnisse gefördert werden. Argumentiert wurde, es könne mit Artikeln schleichend ein Anzeigenverbot umgangen werden. Der zitierte Wortlaut erfasst jedoch nicht nur die „Schleichwerbung“.

Zu Beginn dieses Beitrages wurde erwähnt, dass der Nachfolger des EU-Gesundheitskommissars Byrne, Markos Kyprianou, expressis verbis das Verbot auf das Rauchen in Spielfilmen erstreckt sehen möchte. Dann darf konsequenterweise auch in der Presse, wenn sie von einer Party oder irgendeiner anderen Veranstaltung berichtet, niemand rauchend abgebildet werden. Folglich ist die redaktionelle Freiheit eben schnell in vollem Umfang erfasst.

Die nationale französische Rechtsprechung greift bereits in die Redaktionsfreiheit und in die Kunst ein.

Jüngstens wurden „Le Figaro“ und „Le Monde“ verurteilt, weil sie redaktionell von Sportereignissen mit Fotos berichteten, auf denen Sportkleidung mit Logos von Zigarettenherstellern zu sehen waren. Zuvor schon war die Regionalzeitung „Sud Ouest“ in Bordeaux mit einem Bußgeld von 3.000 Euro belegt worden. Verurteilt wurde jeweils nach dem Gesetz „Evin“. In Frankreich wird die Verfolgung der Redaktionen sogar dadurch gefördert, dass Verfahren durch bestimmte Vereinigungen eingeleitet werden können. In dem Bordeaux-Fall sprach das Gericht dem Nationalkomitee gegen den Tabakkonsum, das den Prozess initiiert hatte, eine Entschädigung in Höhe der Strafe zu, so dass zweimal 3.000 Euro anfielen.

Zum hundertsten Geburtstag Sartres am 21. Juni 2005 musste die Bibliothèque Nationale – wie die „FAZ“ berichtete – für das Plakat zur Ausstellung auf Porträts von Brassai oder Cartier-Bresson verzichten, weil die Porträts Sartre stets mit einer Zigarette oder Pfeife im Mund zeigten.

Worauf es hier ankommt: In Frankreich schützt das Werbeverbot zwar im Ergebnis staats-eigene Unternehmen, und das französische Recht hat zudem ein etwas anderes Verhältnis zur Pressefreiheit als das deutsche Recht. Aber, was für Journalisten und Künstler in Deutschland und vielen anderen Ländern völlig ausgeschlossen, unvorstellbar erscheint, droht – und zwar nicht weit entfernt.

## Es droht, was für Journalisten und Künstler in Deutschland und vielen Ländern bisher völlig unvorstellbar erscheint.

### Der Dominoeffekt– Rechtliche Auswirkungen eines eventuell negativen Urteils

Das für Ende 2005/Anfang 2006 angekündigte Urteil des Europäischen Gerichtshofs könnte die sprichwörtliche Lawine auslösen. Diese Einschätzung ist nicht einmal drastisch genug formuliert.

Ein negatives Urteil könnte generell, aber insbesondere auch für Werbeverbote die Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedsstaaten grundlegend verschieben, also die so genannte vertikale Kompetenzabgrenzung zu Gunsten der EU drastisch verändern. Künftig wären voraussichtlich verhältnismäßig leicht die Voraussetzungen dafür zu überwinden, dass der Rechtsakt den Zweck erfüllen muss, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern. Vor allem würde die Ausdehnung der Gemeinschaftszuständigkeit auf Sachverhalte ohne grenzüberschreitende Wirkung erleichtert werden.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit würde insoweit – da die Entscheidung aus Kompetenzgründen nicht mit Gesundheitsgefahren begründet werden darf – bis zur Unkenntlichkeit ausgehöhlt. Eingriffen in Freiheitsrechte der Wirtschaft würden allgemein Tür und Tor geöffnet. Der Wert der Kommunikationsfreiheiten wäre in größter Gefahr.

Als „wichtigste“ Freiheit bliebe, würde die begonnene Entwicklung fortgesetzt werden, die Freiheit für den Dirigismus durch die Politik gegen die Wirtschaft.

Die finanziellen Auswirkungen auf die Volkswirtschaft im Allgemeinen und auf die Kommunikationsfreiheiten im Besonderen:

Die Bundesregierung hat in ihre Nichtigkeitsklage die Rechnung übernommen, die der Autor vor nun sechs Jahren aufgemacht hat und die bislang unwidersprochen geblieben ist. Die Rechnung bezieht in ihrem zweiten Teil neben einem Verbot für Tabakerzeugnisse Werbeverbote für Automobile, alkoholische Getränke, rezeptfreie Arzneimittel, Baby- und Kleinkinderkost sowie Schokolade und Süßwaren ein. Allein bei diesen Werbeverböten würden den Tageszeitungen und Publikumszeitschriften pro Jahr 1.250 Millionen Euro brutto an Werbeeinnahmen verloren gehen. Das sind 20 Prozent der Gesamtwerbeeinnahmen der Publikumszeitschriften und Tageszeitungen.

## Katastrophale Aussichten: Alles ist **verboten**, soweit etwas nicht ausnahmsweise erlaubt ist.

Mit diesen Werbeeinnahmen finanzieren die Publikumszeitschriften und die Tageszeitungen jährlich 560.000 Seiten redaktionellen Text. Die Presse könnte nicht einmal einfach mit anteiligen Kürzungen reagieren. Schnell gerieten schwächere Zeitungen und Zeitschriften endgültig unrettbar in die Verluste. Bald – längst vor der Hälfte der finanzierten 560.000 Seiten – wäre im Sinne der Thomschen Systemveränderungstheorie die Bifurkation erreicht.

### Der negative Quantensprung

Es darf zwar selbstverständlich nicht leichtfertig verallgemeinert werden. Dennoch, wer möchte das Problem noch leugnen? Jedenfalls lässt es sich nicht rechtfertigen, die Interessen zu den Werbeverböten so abzuwägen, wie es sich jedoch höchst gefährlich abzeichnet. Wenn es nicht gelingt, die Entwicklung zu stoppen, müssen sich Gesellschaft und Wirtschaft auf die nachfolgend beschriebenen Verhältnisse einstellen.

→ Die Interessen der Wirtschaft kommen weitgehend nur undifferenziert und nur dann zur Geltung, wenn ihnen lediglich Interessen entgegenstehen, die leicht vernachlässigt werden können. Negativ betroffen sind auf Seiten der Wirtschaft unter anderem Persönlichkeitsrechte sowie Berufs-, Werbe- und Kommunikationsfreiheiten. So wie beispielsweise schon heute aufgrund des Telefonwerbeverbots.

→ Das Subsidiaritätsprinzip gilt nicht zu Gunsten der Wirtschaft. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird nicht oder nicht konsequent angewandt. Auch insoweit ist das Telefonwerbeverbot lehrreich und die beschriebenen Pläne, zum Beispiel zu den Lebensmittelangaben und zur „Antidiskriminierung“, kennzeichnen die Entwicklung.

→ Innovationsanreize und -impulse haben – wie beim deutschen Verbot der Telefonwerbung – trotz gegenteiliger Appelle und Beteuerungen als Argumente nur geringes oder überhaupt kein Gewicht.

→ Um gegen die Wirtschaft entscheiden zu können, reicht es trotz der Pluralität der Werte und der Gesellschaft aus, wenn ein Teil der Verbraucher gegen die wirtschaftliche Lösung votiert. Es wird dann schlechthin verboten.

→ Es wird nicht einmal wirklich abgewogen, ob geringere Eingriffe – wie Robinsonlisten – genügen. Es wird deshalb beispielsweise zu einem Telefonwerbeverbot nicht untersucht und entschieden, ob eine Opt-out-Regelung einerseits das angestrebte Ziel letztlich genauso erreicht und andererseits dem nicht werbefeindlichen Teil der Verbraucher die Kommunikationsrechte besser belässt. Es würde „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“.

→ Wenn, wie zumindest teilweise bei Tabakerzeugnissen, tatsächliche oder vermeintliche Beweisschwierigkeiten oder auch widerlegte Vorurteile zur Werbewirkung bestehen, darf auf jeden Fall verboten werden; und zwar undifferenziert und für alle Verbraucher und Staaten geltend.

→ Markt- und Sozialforschung sowie die psychologische Forschung, insbesondere die Verbraucher- und die Werbewirkungsforschung, die Forschung zur Konfliktbewältigung sowie die Forschung zur Auswirkung von Maßnahmen auf Personen, auf die Volkswirtschaft und auf Betriebe, werden nicht optimal genutzt.

→ Es wird selbst dann verboten, wenn die Vorsorge doch recht hergeholt erscheint, wie bei dem beschriebenen EU-Verbot nicht aussagekräftiger Angaben zu Lebensmittel.

→ Ehrgeizig wird gesucht, was sich noch verbietend regulieren ließe. Beispiel: EU-Vorschlag zu den Lebensmittelangaben.

→ Es ist ein Spiel über Bande. Offenbar ist die deutsche Politik in der Regel ganz froh darüber, von Brüssel scheinbar entmündigt zu werden. So gibt schon „w&v“ am 30. März 2005 ein Gespräch mit Holger Jung, Präsident des Gesamtverbands Kommunikationsagenturen GWA, wieder.

→ Und was die EU nicht besorgt, besorgt dann oft genug doch der nationale Gesetzgeber selbst: so schon heute das in Deutschland geltende Telefonwerbeverbot sowie die über die EU-Vorgaben hinausgehenden nationalen Entwürfe mit „Antidiskriminierungs“-Bestimmungen und weiteren Tabakwerbeverböten.

→ „Das generelle Werbeverbot ist ein Zeichen des Überschwappens der angloamerikanischen Political Correctness, die die Freiheit des Konsumenten durch die Willkür einer wohlmeinenden Bürokratie ersetzt“ (Otto Graf Lambsdorff, der insoweit nicht auf die amerikanischen Werbefreiheiten eingeht). Diese Willkür herrscht, wenn Gesellschaft und Wirtschaft die Entwicklung nicht stoppen können oder wollen.

Eingeleitet wurde dieser Beitrag: „Einerseits erfreulich für Wirtschaft und Gesellschaft ...“.

Abzuschließen ist er mit der für Gesellschaft und Werbung katastrophalen Aussicht: Alles ist verboten, soweit etwas nicht ausnahmsweise erlaubt ist.