

---

# Kommunikation

**Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag**

Herausgegeben von  
Rolf Sethe  
Andreas Heinemann  
Reto M. Hilty  
Peter Nobel  
Roger Zäch

Sonderdruck



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

---

# Der Schutz kommerzieller Kommunikation im EU-Recht

MATTHIAS OESCH

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	605
II.	EU-Grundfreiheiten .....	607
	1. Im Allgemeinen.....	607
	2. Warenverkehrsfreiheit .....	609
	3. Dienstleistungsfreiheit.....	610
	4. Hinweis: Sekundärrecht.....	611
III.	EU-Grundrechte.....	612
	1. Im Allgemeinen.....	612
	2. Meinungsäusserungsfreiheit.....	614
	3. Berufsfreiheit.....	616
IV.	Fazit .....	618

## I. Einleitung

Der Jubilar ROLF H. WEBER hat sich in vielfältiger Weise mit dem Kommunikationsrecht beschäftigt. Für das Standardwerk im schweizerischen Recht zum Informations- und Kommunikationsrecht hat er den allgemeinen Überblick verfasst.<sup>1</sup> Mit unzähligen weiteren Lehrbüchern, Monographien, Beiträgen in Kommentaren und Aufsätzen hat er zur Durchdringung und Weiterentwicklung dieses Rechtsgebietes beigetragen – ein Rechtsgebiet, welches wie kein zweites an der Schnittstelle zwischen privatem und öffentlichem Recht liegt und die verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung – schweizerisches, europäisches und globales (Wirtschafts-) Recht – beispielhaft miteinschliesst.

Dieser Beitrag nimmt die rege Beschäftigung des Jubilars mit dem Kommunikationsrecht zum Anlass, die kommerzielle Kommunikation (*commercial speech*) und ihren Schutz im EU-Recht zu beleuchten. Bei kommerziellen Äusserungen handelt es sich um Massnahmen, welche systematisch darauf abzielen, die Empfänger zu einer wirtschaftlichen Handlung zu motivieren.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ROLF H. WEBER, Allgemeiner Überblick, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1, 2. Aufl., Basel 2003.

<sup>2</sup> Vgl. zum Begriff der Kommunikation WEBER (Fn. 1), N 20-27; zum Begriff der kommerziellen Kommunikation Grünbuch der Kommission „Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt“ vom 8. Mai 1996, KOM(96) 192; Grundsätze zur Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation, hrsg. von der Schweizerischen Lauterkeitskommission, 2008,

Im Mittelpunkt steht die Absicht, die Vorzüge und das Image eines Unternehmens bzw. seiner Produkte und damit ihren Absatz zu fördern. Kommerzielle Kommunikation umfasst sämtliche Formen von Werbung, Direktmarketing, Sponsoring, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit (PR). Häufig wird der umgangssprachliche Ausdruck der „Werbung“ synonym verwendet; diesfalls sind die weiteren vorstehenden Formen stillschweigend mitgemeint.<sup>3</sup>

Kommerzielle Kommunikation spielt im modernen Wirtschaftsleben eine herausragende Rolle. Sie stellt eine wesentliche Grundlage dafür dar, Waren- und Dienstleistungsprodukte zu positionieren und neue Märkte zu erschliessen. Dies gilt exemplarisch für die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit, wie sie sich im Rahmen der europäischen Integration in den letzten 50 Jahren entfaltet hat. Mit Hilfe gezielter Werbeaktionen fördern Unternehmen die Bekanntheit und (vermeintliche) Einzigartigkeit ihrer Produkte ausserhalb ihrer traditionellen Absatzmärkte, welche sich noch häufig innerhalb nationaler Grenzen abspielen. Damit wird das Terrain vorbereitet, neue Märkte zu erschliessen. Die Integration segmentierter nationaler Märkte und damit die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes beruhen wesentlich auf dem Einsatz kommerzieller Kommunikation. Begünstigt wird diese Entwicklung durch die dynamische Entwicklung der modernen Medien. Der Einsatz von Werbebotschaften – sei es auf der Frontseite der *Financial Times*, auf dem Heckflügel eines *Formel 1-Boliden* oder auf der Bande neben dem Spielfeld anlässlich eines *Champions League-Finals* – gehört längst zum unentbehrlichen Bestandteil einer zeitgemässen Unternehmens- und Produktstrategie. Mehr noch: In vielen Fällen unterscheiden sich Produkte kaum mehr durch ihre unterschiedliche Qualität. Im Zentrum steht das Image, welches gewisse Produkte von anderen unterscheidet und über den Verkaufserfolg entscheidet.

Entsprechend zentral ist die Entwicklung rechtlicher Vorkehren, um die kommerzielle Kommunikation angemessen zu schützen. Im EU-Recht stehen zwei Instrumente im Vordergrund: Zum einen schützen die Grundfreiheiten die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit. Darunter fällt auch die kommerzielle Kommunikation, sei es als Werbung für eine Ware oder eine Dienstleistung, sei es als Dienstleistung selber (nachfolgend II.). Zum ande-

---

Grundsatz Nr. 1.2; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 364-365 (unter Hinweis auf die US-amerikanische Praxis: „speech which does no more than propose a commercial transaction“). – Kommerzielle Kommunikation unterscheidet sich von Äusserungen, welche nicht darauf abzielen, (primär) wirtschaftliche Inhalte zu transportieren, sondern (auch) einen ideellen Zweck verfolgen. Dies gilt etwa für Äusserungen von Verbänden, Gewerkschaften oder Konsumentenorganisationen, die Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen. Ebenso wenig fallen wirtschaftskritische Äusserungen unter kommerzielle Kommunikation. Dies gilt etwa für Aufrufe, aus ideellen Gründen auf den Konsum gewisser Güter zu verzichten, vgl. EGMR „Hertel v. Swizterland“, 25181/94 (1998), Ziff. 47; EGMR „VgT v. Swizterland“, 24699/94 (2001), Ziff. 57.

<sup>3</sup> Siehe zum Begriff der Werbung und ihrer Funktion DIMITRIOS DOUKAS, Werbefreiheit und Werbebeschränkungen, Baden-Baden 2005, 36-41.

ren wird kommerzielle Kommunikation grundrechtlich geschützt. Im Mittelpunkt stehen die Meinungsäußerungsfreiheit und die Berufsfreiheit (III.). Ein zusammenfassendes Fazit rundet die Ausführungen ab (IV.).

## II. EU-Grundfreiheiten

Unterschiedliche nationale Vorschriften über die Zulässigkeit von kommerzieller Kommunikation beeinträchtigen unter Umständen das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes (Art. 26 AEUV). Sie haben das Potential, die gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte zu erschweren. Problematisch sind derartige Vorschriften insbesondere dann, wenn sie *prima vista* zwar durchaus Sinn machen und scheinbar legitime hoheitliche Regulierungsbedürfnisse befriedigen, sich in der Praxis aber vorwiegend zu Gunsten der sich bereits im heimischen Markt niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer auswirken und damit Konkurrenten aus dem Ausland benachteiligen.

### 1. Im Allgemeinen

Im Zentrum des EU-rechtlichen Schutzes der grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit stehen traditionell die Grundfreiheiten. In Bezug auf die kommerzielle Kommunikation sind die Gewährleistungen der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit einschlägig. Diese beiden „Produktverkehrsfreiheiten“<sup>4</sup> stellen seit jeher Grundpfeiler für die Schaffung des Binnenmarktes dar. Art. 34 AEUV und Art. 56 AEUV verbieten nationale Massnahmen, welche den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Mit der Anerkennung ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit durch den EuGH – 1963 in „van Gend & Loos“<sup>5</sup> für die Warenverkehrsfreiheit, 1974 in „van Binsbergen“<sup>6</sup> für die Dienstleistungsfreiheit – wurde schon früh ihre Effektivität und gerichtliche Durchsetzbarkeit gesichert.<sup>7</sup> Materiell stellen beide Bestimmungen spezifische Ausprägungen des Diskriminierungsverbots (Art. 18 AEUV) dar. Gemäss ursprünglicher Konzeption bestand die Funktion der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit wesentlich in der Herstellung der Inländergleichbehandlung. Diese bildet bis heute ihren Kern.<sup>8</sup> Darüber hinaus hat der EuGH den Gewährleistungsinhalt erheblich erweitert und zu einem umfassenden Beschränkungsverbot entwi-

---

<sup>4</sup> DOUKAS (Fn. 3), 44, unter Verweis auf GA WALTER VAN GERVEN, Schlussanträge Rs. C-159/90, „SPUC/Grogan“, Slg. 1991, I-4685, N 20.

<sup>5</sup> EuGH Rs. 26/62, „van Gend & Loos“, Slg. 1963, I, N 10, 16.

<sup>6</sup> EuGH Rs. 33/74, „van Binsbergen“, Slg. 1974, 1299, N 24/26.

<sup>7</sup> THOMAS OPPERMANN/CLAUS DIETER CLASSEN/MARTIN NETTESHEIM, Europarecht, 4. Aufl., München 2009, § 23 N 31.

<sup>8</sup> In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit etwa EuGH Rs. 197/84, „Steinhauser“, Slg. 1985, 1819.

ckelt.<sup>9</sup> Beiden Grundfreiheiten liegt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (sog. Herkunftslandprinzip bzw. Cassis de Dijon-Prinzip) zu Grunde. Waren und Dienstleistungen, welche rechtmässig in einem Mitgliedstaat vermarktet bzw. erbracht werden, dürfen grundsätzlich auch in allen anderen Mitgliedstaaten vertrieben bzw. angeboten werden.<sup>10</sup> Beide Freiheiten dürfen nur durch Massnahmen beschränkt werden, welche sich aus Gründen des öffentlichen Interesses rechtfertigen lassen. Dies gilt zum einen mit Blick auf die in der Rechtsprechung anerkannten, in Art. 34 bzw. Art. 56 AEUV immanent angelegten „zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses“, welche unterschiedslos anwendbare Massnahmen rechtfertigen können (Verbraucher-, Gesundheits- und Umweltschutz, Lauterkeit des Handelsverkehrs, sozial- und kulturpolitische Interessen).<sup>11</sup> Zum anderen erlauben die ausdrücklich formulierten Ausnahmeklauseln gemäss Art. 36 AEUV bzw. Art. 52 i.V.m. Art. 62 AEUV Beschränkungen; darauf gestützte Massnahmen sind in Bezug auf einheimische und eingeführte Produkte gleichermaßen unterschiedlich wie unterschiedslos anwendbar.<sup>12</sup> In jedem Fall müssen Beschränkungen verhältnismässig sein.<sup>13</sup>

Die konkrete Ausgestaltung des Beschränkungs- und Herkunftslandprinzips sowie ihre Reichweite und Wirkungsweise präsentiert sich unterschiedlich, je nachdem ob die Warenverkehrsfreiheit (nachfolgend 2.) oder die Dienstleistungsfreiheit (3.) einschlägig ist.<sup>14</sup> Dies gilt ebenso für die Schutzfunktion dieser Freiheiten in Bezug auf die kommerzielle Kommunikation.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> DIRK EHLERS, § 7 Allgemeine Lehren, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, N 24.

<sup>10</sup> Siehe zur Geltung des Cassis de Dijon-Prinzips für Waren und Dienstleistungen etwa DOUKAS (Fn. 3), 49-50. Die Richtlinie 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) konkretisiert das – in diesem Bereich umstrittene – Herkunftsortprinzip mittlerweile in mehrfacher Hinsicht.

<sup>11</sup> EuGH Rs. 120/78, „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, 649, N 13; EuGH Rs. C-368/95, „Familia-press“, Slg. 1997, I-3689, N 8; EuGH Rs. C-262/02, „Kommission/Frankreich“, Slg. 2004, I-6569, N 23; ULRICH BECKER, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 30 EGV N 35-60; EHLERS (Fn. 9), N 89-90.

<sup>12</sup> BECKER (Fn. 11), Art. 30 EGV N 5; EuGH Rs. 352/85, „Kabelregelung“, Slg. 1988, 2085, N 32-33.

<sup>13</sup> BECKER (Fn. 11), Art. 30 EGV N 64-75; MICHAEL HOLOUBEK, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 49/50 EGV N 106.

<sup>14</sup> Siehe zur Abgrenzung zwischen der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit etwa HOLOUBEK (Fn. 13), Art. 49/50 EGV N 29; HANS-WERNER RENGELING/PETER SZCZEKALLA, Grundrechte in der Europäischen Union, Köln 2004, N 710; in Bezug auf Werbeaussagen EuGH Rs. 71/02, „Karner“, Slg. 2004, I-3025, N 46-47.

<sup>15</sup> Siehe zur Funktion der Grundfreiheiten für den Schutz kommerzieller Kommunikation auch ROLF WÄGENBAUR, Werberecht und Werbeverbote: Einige Bemerkungen aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, EuZW 1995, 431, 431-432.

## 2. Warenverkehrsfreiheit

Bis anfangs der 1990er Jahre fielen handelsbeschränkende Vorschriften über die Zulässigkeit von kommerzieller Kommunikation gestützt auf die Dassonville-Formel grundsätzlich ohne Weiteres in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit.<sup>16</sup> Gemäss EuGH liess sich „nicht ausschliessen, dass der für den Wirtschaftsteilnehmer bestehende Zwang, entweder Form oder Inhalt einer Werbekampagne je nach dem betreffenden Mitgliedstaat zu ändern oder ein Werbesystem aufzugeben, das er für besonders wirksam hält, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn solche Rechtsvorschriften unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gelten.“<sup>17</sup> Mit der Entscheidung „Keck“ definierte der EuGH im Jahr 1993 den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit grundlegend neu.<sup>18</sup> Seither unterscheidet der EuGH zwischen Produkteanforderungen (d.h. Anforderungen, welche gleichsam „am Produkt haften“) und Vertriebsanforderungen (d.h. Verkaufsmodalitäten). Während Produkteanforderungen weiterhin generell als Massnahmen gleicher Wirkung gelten und damit in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit gemäss Art. 34 AEUV fallen, gilt dies nicht für Verkaufsmodalitäten, wenn diese alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise treffen und ausländische Erzeugnisse folglich nicht (auch nicht mittelbar) benachteiligen. Gestützt auf die dergestalt entwickelte Unterscheidung von produkte- und vertriebsbezogenen Massnahmen stellen allgemeine Verbote kommerzieller Kommunikation keine Massnahmen gleicher Wirkung dar und fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV.<sup>19</sup> Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob bestimmte Formen der Werbung verboten werden oder die Möglichkeit zur Werbung als solche begrenzt wird, solange eine werbebezogene Regelung den Marktzugang von Produkten aus einem anderen Mitgliedstaat und deren Absatz nicht spürbar stärker behindert, als dies für konkurrierende inländische Produkte der Fall ist.<sup>20</sup> Sofern die Werbung mit dem Produkt allerdings unmittelbar verbunden ist, bleibt Art. 34 AEUV weiterhin einschlägig. Dies gilt etwa für den Fall,

---

<sup>16</sup> Gemäss der Dassonville-Formel ist eine Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den gemeinschaftlichen Handelsverkehr mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, EuGH Rs. 8/74, „Dassonville“, Slg. 1974, 837, N 5; zur Praxis des EuGH zur Zulässigkeit von werbebezogenen Regelungen vor dem Urteil „Keck“ DOUKAS (Fn. 3), 57-59.

<sup>17</sup> EuGH Rs. C-241/89, „SARPP“, Slg. 1990, I-4695, N 29; ähnlich EuGH Rs. C-126/91, „Yves Rocher“, Slg. 1993, I-2361, N 23, betr. des Verbots von vergleichender Werbung.

<sup>18</sup> EuGH Rs. C-267/91 und C-268/91, „Keck“, Slg. 1993, I-6097, N 16; dazu OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 7), § 23 N 36-38; BECKER (Fn. 11), Art. 28 EGV N 47-50.

<sup>19</sup> EuGH Rs. 292/92, „Hünernmund“, Slg. 1993, I-6787, N 21; BECKER (Fn. 11), Art. 28 EGV N 76; zur Praxis des EuGH zur Zulässigkeit von werbebezogenen Regelungen nach dem Urteil „Keck“ DOUKAS (Fn. 3), 60-74.

<sup>20</sup> EuGH Rs. C-405/98, „Konsumentombudsmannen“, Slg. 2001, I-1795, N 25; STEPHAN HOBE, *Europarecht*, Köln 2010, § 15 N 77-79.

dass die Werbung auf der Verpackung angebracht wird<sup>21</sup> bzw. werbebeschränkende Massnahmen sich auf die Etikettierung oder Aufmachung zum Verkauf beziehen.<sup>22</sup>

Sofern eine handelsbeschränkende Massnahme in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV fällt, muss ihre Zulässigkeit ausdrücklich rechtfertigt werden, d.h. sie muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Dabei variiert die Intensität der Verhältnismässigkeitsprüfung je nach Rechtfertigungsgrund. Der EuGH wendet einen auffällig strengen Massstab an, wenn eine Massnahme etwa zum Schutz der Verbraucher oder der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt erlassen wurde. Weniger streng prüft der EuGH Massnahmen etwa zum Schutz der Gesundheit.<sup>23</sup>

### 3. Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit kann sowohl von mitgliedstaatlichen Massnahmen, welche die Werbetätigkeit als Dienstleistung selbst zum Gegenstand haben, als auch von solchen, welche die Zulässigkeit kommerzieller Äusserungen in Bezug auf bestimmte Dienstleistungsprodukte regulieren, tangiert werden. Im Unterschied zur Warenverkehrsfreiheit fallen alle staatlich verordneten Beschränkungen kommerzieller Kommunikation, welche den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr betreffen, in den Anwendungsbereich von Art. 56 AEUV.<sup>24</sup> Eine Unterscheidung zwischen Produkte- und Vertriebsanforderungen – wie sie für die Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit seit dem Urteil „Keck“ instrumental ist – findet nicht statt.<sup>25</sup> Entsprechend bedürfen Beschränkungen in jedem Fall einer ausdrücklichen Rechtfertigung. Sie müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

Der EuGH hat die Anforderungen an handelsbeschränkende Massnahmen in Bezug auf kommerzielle Äusserungen, welche in den Anwendungsbereich von Art. 56 AEUV fallen, in einer reichhaltigen Praxis konkretisiert. Soweit die Zulässigkeit von kommerzieller Kommunikation als Dienstleistung selbst umstritten war, hatte sich der EuGH vor allem mit der grenzüberschreitenden Ausstrahlung von Fernsehwerbung zu befassen. Bereits 1974 anerkannte der EuGH, dass die Ausstrahlung grenzüberschreitender Fernsehsendungen, einschliesslich solcher zu Werbezwecken, eine Dienstleistung gemäss Art. 56

---

<sup>21</sup> EuGH Rs. C-470/93, „Mars“, Slg. 1995, I-1923, N 13.

<sup>22</sup> EuGH Rs. C-77/97, „Unilever“, Slg. 1999, I-431, N 23-37.

<sup>23</sup> DOUKAS (Fn. 3), 101-102.

<sup>24</sup> DOUKAS (Fn. 3), 102-103.

<sup>25</sup> Siehe etwa EuGH Rs. C-384/93, „Alpine Investments“, Slg. 1995, I-1141, N 33-38; DOUKAS (Fn. 3), 141-144; HOLOUBEK (Fn. 13), Art. 49/50 EGV N 72; OPPERMAN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 7), § 26 N 17; ECKHARD PACHE, § 11 Dienstleistungsfreiheit, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, N 54.

AEUV darstellt.<sup>26</sup> Weitere Fälle zur Beschränkung von kommerziellen Äußerungen als Dienstleistung betrafen die Alkoholwerbung.<sup>27</sup> Der EuGH betont in ständiger Praxis das Recht der Mitgliedstaaten, die Dienstleistungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses in nichtdiskriminierender Weise einzuschränken; als derartige Gründe hat er etwa den Schutz der öffentlichen Gesundheit,<sup>28</sup> nationale Urheberrechte<sup>29</sup> und nationale kulturpolitische Erwägungen<sup>30</sup> akzeptiert. Darüber hinaus hat sich der EuGH wiederholt mit der Zulässigkeit von Beschränkungen von kommerziellen Äußerungen in Bezug auf bestimmte Dienstleistungsprodukte beschäftigt. Dabei ging es etwa um Werbebeschränkungen für Glücksspiele,<sup>31</sup> Finanzdienstleistungen<sup>32</sup> oder Dienstleistungen im Gesundheitsbereich.<sup>33</sup> Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit umstrittener Beschränkungen scheint der EuGH den Mitgliedstaaten mitunter einen relativ weiten Ermessensspielraum einzuräumen. Demgegenüber werden Werbebeschränkungen, welche in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fallen, insgesamt wohl einer strengeren Verhältnismässigkeitsprüfung unterworfen.<sup>34</sup>

#### 4. Hinweis: Sekundärrecht

Die EU-rechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen kommerzieller Äußerungen wurde über die Jahre in diversen Bereichen durch Sekundärrecht konkretisiert und weiter ausgestaltet. Dies gilt etwa für die Fernseh-Richtlinie aus dem Jahre 1989, welche eine gewisse Mindestharmonisierung im Bereich der grenzüberschreitenden Ausstrahlung von Fernsehsendungen inkl. Werbung zum Inhalt hat.<sup>35</sup> In Bezug auf Tabakwerbung enthalten zwei weitreichende Richtlinien aus den Jahren 2001 und 2003 relevante Bestimmungen.<sup>36</sup> Die Richtlinie 2006/114/EG bezweckt den Schutz von Gewerbetreibenden vor irreführender Werbung und deren unlauteren Auswirkungen sowie die Festle-

<sup>26</sup> EuGH Rs. 155/73, „Sacchi“, Slg. 1974, 409, N 6; für weitere Fälle DOUKAS (Fn. 3), 104-107.

<sup>27</sup> EuGH Rs. C-405/98, „Gourmet“, Slg. 2001, I-1795; EuGH Rs. C-262/02, „Kommission/Frankreich“, Slg. 2004, I-6569.

<sup>28</sup> EuGH Rs. C-262/02, „Kommission/Frankreich“, Slg. 2004, I-6569, N 24.

<sup>29</sup> EuGH Rs. 62/79, „Coditel I“, Slg. 1980, 881, N 16.

<sup>30</sup> EuGH Rs. 148/91, „Veronica“, Slg. 1993, I-487, N 15.

<sup>31</sup> EuGH Rs. C-275/92, „Schindler“, Slg. 1994, I-1039.

<sup>32</sup> EuGH Rs. C-384/93, „Alpine Investments“, Slg. 1995, I-1141.

<sup>33</sup> EuGH Rs. C-159/90, „SPUC/Grogan“, Slg. 1991, I-4685.

<sup>34</sup> DOUKAS (Fn. 3), 138, 147-149.

<sup>35</sup> Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (in der Zwischenzeit mehrfach geändert, zuletzt durch Richtlinie 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste).

<sup>36</sup> Richtlinie 2003/33/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen; Richtlinie 2001/37/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen.



gung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung.<sup>37</sup> In diesen Bereichen entfalten die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit folglich keine unmittelbare Wirkung mehr. Unter Umständen dienen Art. 28 und 36 AEUV bzw. Art. 56 und 62 i.V.m. 52 AEUV sowie die dazu ergangenen Urteile des EuGH weiterhin als relevante Auslegungshilfen für das einschlägige EU-Sekundärrecht.<sup>38</sup>

### III. EU-Grundrechte

In Ergänzung zum Schutz durch die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit wird kommerzielle Kommunikation grundrechtlich geschützt. Während die Grundfreiheiten seit jeher zentrale Gewährleistungen der Gründungsverträge darstellen, wurde der Grundrechtsschutz im EU-Recht nur allmählich und gestützt auf eine eindruckliche rechtsschöpferische Spruchpraxis des EuGH entwickelt (nachfolgend 1.). In Bezug auf den Schutz kommerzieller Kommunikation stehen die Meinungsäußerungsfreiheit (2.) und die Berufsfreiheit (3.) im Vordergrund.

#### 1. Im Allgemeinen

Die funktional auf die Liberalisierung des zwischenstaatlichen Handels ausgerichteten Gründungsverträge der europäischen Integration – der EGKSV, der EAGV und vor allem der EWGV – enthielten keine Bestimmungen über den Grundrechtsschutz. Diese Anlage entpuppte sich spätestens ab der zweiten Hälfte der 1960er Jahre als wenig befriedigend. Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft bediente sich zunehmend interventionistischer Regulierungsstrukturen und griff vermehrt direkt in die Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer ein. Der EuGH sprang in die Bresche und entwickelte rechtsfortbildend den notwendigen Grundrechtsschutz.<sup>39</sup> Gleichzeitig reagierte der EuGH damit auf den von den Verfassungsgerichten einzelner Mitgliedstaaten erhobenen Vorbehalt, sie würden den Vorrang des Gemeinschaftsrechts nur anerkennen, wenn die gemeinschaftliche Hoheitsgewalt durch einen adäquaten Grundrechtsschutz auf europarechtlicher Ebene kompensiert

---

<sup>37</sup> Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung.

<sup>38</sup> Vgl. zur uneinheitlichen Praxis bez. des Verhältnisses von Grundfreiheiten und Sekundärrecht OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 7), § 23 N 9.

<sup>39</sup> Siehe dazu etwa WALTER FRENZ, Handbuch Europarecht: Band 4 Europäische Grundrechte, Heidelberg 2009, N 1-207; GERT NICOLAYSEN, § 1 Historische Entwicklungslinien des Grundrechtsschutzes in der EU, in: Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006, N 1-78; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 7), § 18 N 1-65; CHRISTIAN WALTER, § 1 Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, N 1-34.

wird. Im Jahr 1969 stellte der EuGH im Urteil „Stauder“ zum ersten Mal fest, dass ihm die Aufgabe obliegt, „die in den allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, enthaltenen Grundrechte“ durchzusetzen.<sup>40</sup> In der Folge entwickelte der EuGH eine umfassende und dichte grundrechtliche Schutzordnung. Er bedient sich dabei bis heute der wertenden Rechtsvergleichung. Als Rechtskenntnisquellen und Orientierungspunkte dienen insbesondere „die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“<sup>41</sup> und „die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind“.<sup>42</sup> Bei letzteren steht die EMRK ganz im Vordergrund; sie ist als Mindeststandard zu betrachten. Art. 6 Abs. 3 EUV nimmt ausdrücklich auf diese Quellen Bezug und bekräftigt, dass die dergestalt anerkannten Grundrechte „als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“ sind. Mittlerweile erreicht die (ungeschriebene) Auflistung der vom EuGH als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannten Grundrechte eine eindruckliche Länge und Tiefe – selbst das stolze deutsche Bundesverfassungsgericht anerkennt seit „Solange II“ im Jahr 1986, dass im Unionsrecht ein mit dem deutschen Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz existiert.<sup>43</sup>

In Ergänzung zur Geltung der Grundrechte als (weitgehend ungeschriebene) allgemeine Rechtsgrundsätze beansprucht seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auch die Grundrechtscharta der EU (GRC) Rechtsverbindlichkeit. Art. 6 Abs. 1 EUV weist die in der Charta verbürgten Grundrechte ausdrücklich als den Verträgen gleichrangig aus. Damit verfügt das EU-Recht – endlich, dafür umso prominenter – über einen geschriebenen Grundrechtskatalog. Die GRC kodifiziert im Wesentlichen die bisherige Praxis. Bei der Ausformulierung der in der GRC garantierten Grundrechte hat die EMRK wesentlich als Inspirationsquelle gedient. Art. 52 Abs. 3 GRC verweist für die Auslegung derjenigen Grundrechte, welche den in der EMRK stipulierten Garantien entsprechen, ausdrücklich auf die „Bedeutung und Tragweite“, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden. Dieser Verweis ist nach überwiegender Meinung dynamisch; dazu gehört auch die weiterführende Spruchpraxis des EGMR.<sup>44</sup> Die GRC enthält, unterteilt in 7 Titel (Würde des Menschen, Freiheiten, Gleichheit, Solidarität, Bürgerrechte, justizielle Rechte sowie allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta),

<sup>40</sup> EuGH Rs. 29/69, „Stauder“, Slg. 1969, 419, N 7.

<sup>41</sup> EuGH Rs. 11/70, „Internationale Handelsgesellschaft“, Slg. 1970, 1125, N 4.

<sup>42</sup> EuGH Rs. 4/73, „Nold“, Slg. 1974, 491, N 13.

<sup>43</sup> Siehe für eine Auflistung der anerkannten grundrechtlichen Gewährleistungen CORDULA STUMPF, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 6 EUV N 15-30; die einschlägigen Urteile des deutschen BVerfG sind BVerfGE 37, 271 („Solange I“); BVerfGE 73, 339 („Solange II“); BVerfGE 89, 155 („Maastricht“); BVerfGE 102, 147 („Bananenmarktordnung“); BVerfGE 123, 267 („Lissabon“).

<sup>44</sup> MATTHIAS HERDEGEN, Europarecht, 12. Aufl., München 2010, 174.

Grundrechte und weitere Bestimmungen über den Anwendungsbereich, die Tragweite und die Auslegung der Rechte und Grundsätze.

## 2. Meinungsäußerungsfreiheit

Der EuGH hat die Meinungsäußerungsfreiheit im Urteil „VBVB“ im Jahr 1984 zum ersten Mal implizit als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt.<sup>45</sup> Seither hat der EuGH die umfassende Geltung der Meinungsäußerungsfreiheit im EU-Recht in ständiger Praxis wiederholt und konkretisiert.<sup>46</sup> Die Meinungsäußerungsfreiheit stellt eine wesentliche Grundlage für eine freiheitlich-demokratische Gesellschaft dar.<sup>47</sup> Gleichzeitig sichert sie die individuelle Entfaltung und Verwirklichung des Einzelnen.<sup>48</sup> Der EuGH fasst den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit weit; dabei stützt er sich im Wesentlichen auf den Gewährleistungsinhalt von Art. 10 EMRK. Neben ideellen Meinungen fallen auch rein kommerzielle Äußerungen in den Schutzbereich. So hat der EuGH wiederholt festgehalten, dass auch die wirtschaftliche Werbung von der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt wird.<sup>49</sup> Das Motiv und die Qualität einer Äußerung spielen dabei keine Rolle; ebenso irrelevant ist es, ob eine kommerzielle Äußerung einen informativen Gehalt aufweist oder nicht.<sup>50</sup> Generalanwalt NIAL FENNELLY hat die Begründung für den Schutz von „Informationen wirtschaftlicher Natur“ durch die Meinungsäußerungsfreiheit wie folgt zusammengefasst: „Die Freiheit der Bürger, ihre wirtschaftliche Betätigung durch Äußerungen zu fördern, fließt daher nicht nur aus ihrem Recht auf wirtschaftliche Betätigung und im Gemeinschaftskontext aus

<sup>45</sup> EuGH Rs. 43 und 63/82, „VBVB“, Slg. 1984, 19, N 34.

<sup>46</sup> So etwa in EuGH Rs. 100/88, „Oyowe und Traore“, Slg. 1989, 4285, N 16; EuGH Rs. C-260/89, „ERT“, Slg. 1991, I-2925, N 44; EuGH C-368/95, „Familiapress“, Slg. 1997, I-3689, N 25; für eine Zusammenstellung der Rechtsprechung STUMPF (Fn. 43), Art. 6 EUV N 21.

<sup>47</sup> EuGH Rs. 112/00, „Schmidberger“, Slg. 2003, I-5659, N 79.

<sup>48</sup> GA NIAL FENNELLY, Schlussanträge Rs. 376/98, „Tabakrichtlinie I“, Slg. 2000, I-8419, N 154; zur Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit etwa JÜRGEN KÜHLING, § 23 Kommunikationsfreiheit (Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit), in: Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006, N 3-10.

<sup>49</sup> So etwa in EuGH Rs. 245/01, „RTL“, Slg. 2003, I-12489, N 73; EuGH Rs. 219/91, „Johannes Stephanus“, Slg. 1992, I-5485, N 36; THOMAS VON DANWITZ, Produktwerbung in der Europäischen Union zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, Berlin 1998, 63-68; MANFRED DAUSES, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425, 429-430; FRENZ (Fn. 39), N 1867-1885; JÜRGEN KÜHLING, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, Berlin 1999, 464-536; RENGELING/SZCZEKALLA (Fn. 14), N 709; TORSTEN STEIN, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union: Kompetenzrechtlicher Rahmen und europarechtlicher Grundrechtsschutz, EuZW 1995, 435, 437-438. – Der grundlegende Entscheid des EGMR war „Casado Coca vs. Spanien“, 15450/89 (1994), N 35; dazu GEORG NOLTE, Werbefreiheit und Europäische Menschenrechtskonvention, ReblsZ 1999, 507, 507-519.

<sup>50</sup> KÜHLING (Fn. 48), N 26.

der allgemeinen Verpflichtung auf eine auf den freien Wettbewerb gestützte Marktwirtschaft, sondern auch aus ihrem ursprünglichen Anspruch als Menschen, Ansichten zu jeder Frage einschließlich der Qualität von Waren oder Dienstleistungen, die sie verkaufen oder erzeugen, auszudrücken und zu empfangen.“<sup>51</sup> Eine spezifische Ausprägung der Meinungsäusserungsfreiheit stellt die Medienfreiheit dar, welche die Informationsverbreitung durch Printmedien, Rundfunk und Fernsehen sowie wohl auch durch neuere Verbreitungsformen schützt.<sup>52</sup>

Unionsrechtliche und mitgliedstaatliche Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation im Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit und bedürfen einer ausdrücklichen Rechtfertigung.<sup>53</sup> Sie müssen im Gemeinwohl liegen. Als einschlägige öffentliche Interessen stehen der Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt und der Schutz der Lauterkeit im Geschäftsverkehr im Zentrum der bisherigen EuGH-Rechtsprechung.<sup>54</sup> Zudem müssen sie verhältnismässig sein. Unter Bezugnahme auf die Praxis des EGMR zu Art. 10 EMRK gewährt der EuGH dabei einen grösseren Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*), wenn es sich allein um kommerzielle Äusserungen handelt.<sup>55</sup> Beschränkungen sind hier regelmässig zulässig, wenn die zuständigen Behörden sie „aus vernünftigen Gründen für erforderlich halten“; sie verfügen über „ein weites Ermessen“.<sup>56</sup> Gemäss EuGH gilt dies „namentlich für den Gebrauch der Meinungsfreiheit im Geschäftsverkehr, besonders in einem Bereich, der so komplex und wandelbar ist wie die Werbung.“<sup>57</sup> Eine strengere Überprüfung findet nur statt, wenn sich die Beschränkung der Kommunikationsausübung (auch) auf nicht-wirtschaftliche

<sup>51</sup> GA NIAL FENNELLY, Schlussanträge Rs. 376/98, „Tabakrichtlinie I“, Slg. 2000, I-8419, N 154.

<sup>52</sup> EuGH Rs. 288/89, „Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda“, Slg. 1991, I-4007, N 23; EuGH Rs. 353/89, „Kommission/Niederlande“, Slg. 1991, I-4069, N 30; EuGH Rs. 23/93, „TV 10“, Slg. 1994, I-4795, N 25; für weitere Verweise STUMPF (Fn. 43), Art. 6 EUV N 21.

<sup>53</sup> Siehe dazu, auch unter Bezugnahme auf die Praxis des EGMR, die Verweise oben Fn. 49.

<sup>54</sup> DOUKAS (Fn. 3), 156-157.

<sup>55</sup> Siehe zur umfangreichen Praxis des EGMR zu Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation DOUKAS (Fn. 3), 181-219; JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 N 9; MAYA HERTIG RANDALL, Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?, Human Rights Law Review 2006, 53, 55-76; JENS MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Art. 10 N 35a; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 2), 369; KLAUS STERN, in: Peter J. Tettinger/Klaus Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006, Art. 11 N 17; zur Praxis des EuGH FRENZ (Fn. 39), N 1867-1883; KÜHLING (Fn. 48), N 25-28.

<sup>56</sup> GA NIAL FENNELLY, Schlussanträge Rs. 376/98, „Tabakrichtlinie I“, Slg. 2000, I-8419, N 158; ähnlich EuGH Rs. 245/01, „RTL“, Slg. 2003, I-12489, N 73; EuGH Rs. 380/03, „Tabakrichtlinie II“, Slg. 2006, I-11573, N 155.

<sup>57</sup> EuGH Rs. 71/02, „Karner“, Slg. 2004, I-3025, N 51.

Inhalte bezieht; in diesem Fall muss ein „dringendes gesellschaftliches Bedürfnis“<sup>58</sup> dargetan werden. Dabei zeigt sich mit Blick vor allem auf die umfangreiche Praxis des EGMR zu Art. 10 EMRK, dass die Abgrenzung zwischen rein wirtschaftlichen Äußerungen und solchen, welche (auch) einen ideellen Gehalt aufweisen und sich über (rein) kommerzielle Zwecke hinaus an einer das allgemeine öffentliche Interesse berührenden Debatte beteiligen, häufig fließend ist.<sup>59</sup> Im Zweifelsfall drängt sich wohl auf, zu Gunsten letzterer Kategorie zu entscheiden.<sup>60</sup>

Art. 11 GRC verankert ausdrücklich die „Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit“. Die Formulierung von Art. 11 Abs. 1 GRC lehnt sich eng an Art. 10 EMRK an; sie verzichtet einzig auf die Übernahme des Schrankenvorbehalts von Art. 10 Abs. 2 EMRK.<sup>61</sup> In scheinbarer Abweichung von Art. 10 EMRK wird in Art. 11 Abs. 2 GRC zudem neu die Medienfreiheit ausdrücklich garantiert. Trotz dieser terminologischen Inkongruenzen deckt sich der Gewährleistungsinhalt der Meinungsäußerungsfreiheit im EU-Recht mit dem konventionsrechtlichen; dies entspricht der Regelung von Art. 52 Abs. 3 GRC und den beigefügten Erläuterungen zu Art. 11 und Art. 52 GRC.<sup>62</sup> Im Ergebnis kodifiziert Art. 11 GRC wohl auch die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Schutz kommerzieller Kommunikation durch die Meinungsäußerungsfreiheit.<sup>63</sup>

### 3. Berufsfreiheit

In seinem grundlegenden Urteil „Nold“ von 1974 anerkannte der EuGH „die Freiheit der Arbeit, des Handels und anderer Berufstätigkeiten“ als unge-

---

<sup>58</sup> GA NIAL FENNELLY, Schlussanträge Rs. 376/98, „Tabakrichtlinie I“, Slg. 2000, I-8419, N 158.

<sup>59</sup> FRENZ (Fn. 39), N 1868-1876; zu dieser Abgrenzung in der Praxis des EGMR HERTIG RANDALL (Fn. 55), 64-66. – Ein anschauliches Beispiel für Äußerungen, welche primär wirtschaftliche, d.h. absatzfördernde Ziele verfolgen, gleichzeitig aber unbestritten eine meinungsäußernde und -bildende Wirkung entfalten, lieferten die umstrittenen Plakataushänge der Firma Benetton, welche in den 1990er Jahren ungewöhnliche und teilweise schockierende Sujets ins Zentrum ihrer Werbekampagnen stellten (siehe <http://press.benetton.com> und den Link zu Image Gallery/Institutional Campaigns); zur Qualifikation und zum grundrechtlichen Schutz dieser Sujets im deutschen Recht BVerfGE 102, 347 („Schockwerbung I“); BVerfGE 107, 275 („Schockwerbung II“).

<sup>60</sup> FRENZ (Fn. 39), N 2102.

<sup>61</sup> Siehe zur entsprechenden Diskussion im Grundrechtekonvent NORBERT BERNSDORFF, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 11 N 6-7.

<sup>62</sup> Differenzierter in Bezug auf Art. 11 Abs. 2 GRC BERNSDORFF (Fn. 61), Art. 11 N 20.

<sup>63</sup> Siehe zu Art. 11 GRC und zum Schutz kommerzieller Kommunikation HANS D. JARASS, Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Kommentar, München 2010, Art. 11 N 8; HANS-WERNER RENGELING, Die wirtschaftsbezogenen Grundrechte in der Grundrechtscharta, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden 2004, 331, 339; STERN (Rn. 55), Art. 11 N 25.

schriebenes Grundrecht.<sup>64</sup> In der Folge hat der EuGH dieses Recht in unzähligen Entscheidungen bestätigt und konkretisiert.<sup>65</sup> Der Gewährleistungsinhalt, welcher sich auf die freie wirtschaftliche Betätigung in all ihren Ausprägungen bezieht, wird mitunter unter dem Titel der Berufsfreiheit zusammengefasst. Bei der Konkretisierung und Weiterentwicklung des sachlichen Schutzbereichs stützt sich der EuGH seit jeher primär auf die verfassungsrechtlichen Traditionen in den Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen; die EMRK kennt keine entsprechende Garantie. Bis heute hat der EuGH allerdings darauf verzichtet, den sachlichen Schutzbereich in seiner ganzen Breite und Tiefe abstrakt zu definieren.<sup>66</sup>

Als Teilgehalt der Berufsfreiheit umfasst die unternehmerische Freiheit auch den Schutz der Werbefreiheit.<sup>67</sup> GA NIAL FENNELLY argumentierte in der Streitsache „Tabakrichtlinie I“, dass die dergestalt gewährleistete „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ durch das weitreichende Verbot für Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse verletzt würde.<sup>68</sup> Der EuGH erklärte die umstrittene Richtlinie demgegenüber aus kompetenzrechtlichen Gründen für nichtig.<sup>69</sup> In der Streitsache „Tabakrichtlinie II“ beurteilte der EuGH die Nachfolge-Richtlinie 2003/33/EG unter dem Gesichtspunkt der Meinungsäußerungsfreiheit; er prüfte die Richtlinie nicht auf ihre Vereinbarkeit mit der Werbefreiheit als Teilgehalt der unternehmerischen Freiheit.<sup>70</sup> In der Lehre wird zutreffend davon ausgegangen, dass die Meinungsäußerungsfreiheit und die unternehmerische Freiheit grundsätzlich kumulativ anwendbar sind, sofern beide Schutzbereiche tangiert werden.<sup>71</sup> Sofern die Meinungsäußerung (z.B. Offenlegungspflichten) allerdings einen Teil der Berufsausübung darstellt, so geht die Meinungsäußerungsfreiheit in der Berufsfreiheit auf, wenn die umstrittene staatliche Massnahme „keinen hinreichend direkten und

<sup>64</sup> EuGH Rs. 4/73, „Nold“, Slg. 1974, 491, N 14.

<sup>65</sup> So etwa in EuGH Rs. 230/78, „SpA Eridania“, Slg. 1979, 2749, N 31; EuGH Rs. 151/78, „Sukkerfabriken Nykoebing“, Slg. 1979, 1, N 19; EuGH C-240/97, „Spanien/Kommission“, Slg. 1999, I-6571, N 99; für eine Übersicht über die reichhaltige Praxis STUMPF (Fn. 43), Art. 6 EUV N 23.

<sup>66</sup> NINA WUNDERLICH, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2000, 105-118.

<sup>67</sup> CARSTEN NOWAK, § 31 Unternehmerische Freiheit und Wettbewerbsfreiheit, in: Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München/Wien/Bern 2006, N 31.

<sup>68</sup> GA NIAL FENNELLY, Schlussanträge Rs. 376/98, „Tabakrichtlinie I“, Slg. 2000, I-8419, N 151.

<sup>69</sup> EuGH Rs. 376/98, „Tabakrichtlinie I“, Slg. 2000, I-8419, N 118.

<sup>70</sup> EuGH Rs. C-380/03, „Tabakrichtlinie II“, Slg. 2006, I-11669, N 153-159; kritisch dazu FRENZ (Fn. 39), N 2720.

<sup>71</sup> FRENZ (Fn. 39), N 2730; NOWAK (Fn. 67), N 31; MATTHIAS RUFFERT, § 16 Grundrecht der Berufsfreiheit, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, N 15.

speziellen Zusammenhang mit einer Tätigkeit auf[weist], die unter die Freiheit der Meinungsäußerung fällt.“<sup>72</sup>

Art. 15 GRC schützt die „Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten“. Art. 16 GRC gewährleistet die „unternehmerische Freiheit“. Zusammen mit dem in Art. 17 GRC garantierten „Eigentumsrecht“ bilden diese beiden Bestimmungen die Trias der wirtschaftsbezogenen Grundrechte. Die Aufnahme eines eigenständigen Artikels zur Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit war lange Zeit umstritten.<sup>73</sup> Inhaltlich schützt die unternehmerische Freiheit im Wesentlichen Teilgehalte der Berufsfreiheit; sie stellt eine spezifische Ausprägung der Berufsfreiheit dar. Darunter fällt weiterhin auch die Werbefreiheit.<sup>74</sup>

#### IV. Fazit

Die Entwicklung und der *status quo* des unionsrechtlichen Schutzes kommerzieller Kommunikation lassen sich wie folgt zusammenfassen.

- a) Kommerzielle Kommunikation erfährt einen umfassenden Schutz. Funktional und historisch stehen die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit im Vordergrund. Seit den 1980er Jahren sind kommerzielle Äußerungen zudem grundrechtlich durch die Meinungsäußerungs- und Berufsfreiheit abgesichert. Im Anwendungsbereich des EU-Rechts kann sich ein Betroffener folglich wahlweise auf eine dieser Gewährleistungen berufen, um gegen eine missliebige mitgliedstaatliche Massnahme vorzugehen – mit einer gewichtigen Einschränkung: Seit dem Urteil „Keck“ ist die Warenverkehrsfreiheit nurmehr einschlägig, wenn die kommerzielle Äußerung mit dem Produkt unmittelbar verbunden ist. Allgemeine Werbeverbote stellen demgegenüber grundsätzlich keine Massnahmen gleicher Wirkung dar und fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 34 AEUV. Sofern die Rechtmässigkeit von EU-Sekundärrecht zur Debatte steht, stehen die Meinungsäußerungs- und Berufsfreiheit im Vordergrund.
- b) Der Schutzgehalt der einschlägigen Garantien – Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, Meinungsäußerungs- und Berufsfreiheit – ist in Bezug auf kommerzielle Äußerungen vergleichbar. Beschränkungen bedürfen einer Rechtsgrundlage. Sie müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Je nach involvierten (privaten und öffentlichen) Interessen variiert der EuGH in Anlehnung an die Spruchpraxis des EGMR zu Art. 10 EMRK die Kontrolldichte. Verkürzt lässt sich festhalten: Je stärker der ideelle meinungsbildende Gehalt der kommerziellen

---

<sup>72</sup> EuGH Rs. 435/02, „Axel Springer“, Slg. 2004, I-08663, N 47; STUMPF (Fn. 43), Art. 6 EUV N 21.

<sup>73</sup> BERNSDORFF (Fn. 61), Art. 16 N 4-8.

<sup>74</sup> FRENZ (Fn. 39), N 2718.

- Äusserung, desto strenger der Kontrollmassstab bei der Beurteilung einer Beschränkung.
- c) Im Unterschied zum schweizerischen Recht ist die teilweise schwierige Abgrenzung zwischen Äusserungen mit kommerziellem Inhalt und solchen, welche (zusätzlich) ideell motiviert sind und meinungsbildend wirken, im EU-Grundrechtsschutz nicht entscheidend für die Zuordnung zur Berufsfreiheit oder zur Meinungsäusserungsfreiheit.<sup>75</sup> Letztere schützt unionsrechtlich auch rein kommerzielle Äusserungen. Dieses weite Verständnis des Schutzbereichs der Meinungsäusserungsfreiheit lässt sich wohl allein mit Blick auf Art. 10 EMRK und die entsprechende Spruchpraxis des EGMR erklären. Da die EMRK keine Garantie der Berufsfreiheit oder anderer wirtschaftsbezogener Rechte enthält, subsumiert der EGMR auch rein wirtschaftliche Äusserungen seit jeher unter die Meinungsäusserungsfreiheit. Diese Praxis wurde vom EuGH *tel quel* auch für den EU-Grundrechtsschutz fruchtbar gemacht.
  - d) Die Tatsache, dass eine kommerzielle Äusserung auch einen ideellen Gehalt aufweist, ist gleichwohl nicht ohne praktische Konsequenz. Diesfalls wendet der EuGH bei der Überprüfung einer die Meinungsäusserungsfreiheit beschränkenden Massnahme – wie oben erwähnt – einen strengeren Prüfmasstab an.
  - e) Zur Vereinbarkeit von Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation mit den einschlägigen Grundfreiheiten und Grundrechten besteht eine reichhaltige Praxis des EuGH. Interessanterweise prüfte der EuGH die Zulässigkeit der wohl am kontroversesten diskutierten Werbe- und Sponsoringverbote, nämlich derjenigen für Tabakerzeugnisse gemäss Richtlinie 98/43/EG, in der Streitsache „Tabakrichtlinie I“ allein unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten.<sup>76</sup> Das klägerische Vorbringen, die Richtlinie würde gleichermaßen die Meinungsäusserungs- bzw. Berufsfreiheit verletzen, wurde aus prozessökonomischen Gründen nicht geprüft.
  - f) Mit Blick auf die zentralen Schutzanliegen der Meinungsäusserungsfreiheit und der Berufsfreiheit scheint die Zuordnung von kommerziellen Äusserungen zur Berufsfreiheit – entgegen der ständigen Praxis des EuGH – nahe liegender, solange der wirtschaftlich motivierte, absatzfördernde

---

<sup>75</sup> Das schweizerische BGer. beschränkt den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 BV) auf ideelle Inhalte. Aussagen mit rein kommerziellem Zweck und Inhalt werden durch die Wirtschaftsfreiheit geschützt (Art. 27 Abs. 1 BV); so etwa BGE 128 I 295, 308 E. 5a; BGE 125 I 417, 420 E. 3a; BGE 120 Ib 150, 153 E. 2c/bb; dazu ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 455; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 197-198; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 2), 366-374; kritisch zu dieser „Trennbarkeitstheorie“ HERBERT BURKERT, Art. 17, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, N 14; PETER NOBEL/ROLF H. WEBER, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007, N 49, 197.

<sup>76</sup> EuGH Rs. 376/98, „Tabakrichtlinie I“, Slg. 2000, I-8419, N 118.



Zweck und Inhalt der Kommunikation eindeutig im Vordergrund steht, d.h. solange die Äusserung nicht Ausdruck der Persönlichkeit des betroffenen Einzelnen ist, nicht ideell-meinungsbildend wirkt und damit auch keinen nennenswerten Beitrag zur demokratischen Willensbildung leistet.<sup>77</sup> Vor diesem Hintergrund vermag das Vorgehen des EuGH in der Streitsache „Tabakrichtlinie II“ nicht vollends zu überzeugen. Der EuGH prüfte die grundrechtliche Zulässigkeit der umstrittenen Richtlinie 2003/33/EG allein mit Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit.<sup>78</sup> Demgegenüber wäre wohl angezeigt gewesen, primär auf die Berufsfreiheit (bzw. die unternehmerische Freiheit als deren Teilgehalt)<sup>79</sup> abzustellen.

Verschiedene EU-Rechtsetzungsprojekte befassen sich zurzeit mit der (weiteren) Beschränkung kommerzieller Kommunikation. Beispielhaft steht dafür das Lebensmittelrecht. In diesem Bereich wird seit Jahren kontrovers über die Einführung neuer Deklarationspflichten und Werbeverbote diskutiert.<sup>80</sup> Der EuGH wird zweifelsohne die Gelegenheit erhalten, derartige Massnahmen, welche den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, zu überprüfen und seine bisherige Praxis zur Zulässigkeit von Einschränkungen der kommerziellen Kommunikation zu konkretisieren und weiterzuentwickeln.

---

<sup>77</sup> Ähnlich WUNDERLICH (Fn. 66), 128-130; für das deutsche Recht (Zuordnung kommerzieller Werbung zur Berufsfreiheit gemäss Art. 12 GG statt zur Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 5 GG) JÖRN IPSEN, Staatsrecht II: Grundrechte, 10. Aufl., Köln 2007, N 394; für das schweizerische Recht differenzierend, d.h. unter Berücksichtigung des sozialen Werts einer Information ungeachtet ihrer begrifflichen Zuordnung, JÖRG PAUL MÜLLER/MARTIN LOOSER, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und der EMRK, *medialex* 2000, 13, 13-23.

<sup>78</sup> EuGH Rs. 380/03, „Tabakrichtlinie II“, Slg. 2006, I-11573, N 154-156.

<sup>79</sup> Ähnlich FRENZ (Fn. 39), N 2720.

<sup>80</sup> Siehe etwa Richtlinie 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste, welche u.a. bezweckt, „unangebrachte audiovisuelle kommerzielle Kommunikation“ für ungesunde Lebensmittel und Getränke im Zusammenhang mit Kindersendungen (vorderhand durch die Entwicklung von Verhaltenskodizes durch die Branche selber) zu disziplinieren (Art. 3e Abs. 2).