
STELLUNGNAHME DES MARKENVERBANDES
ZU DEM VORSCHLAG DER EU-KOMMISSION FÜR EINE

**RICHTLINIE ZUR ANGLEICHUNG DER RECHTS- UND VERWALTUNGSVORSCHRIFTEN DER
MITGLIEDSSTAATEN ÜBER DIE HERSTELLUNG, DIE AUFMACHUNG UND DEN VERKAUF
VON TABAKERZEUGNISSEN UND VERWANDTEN ERZEUGNISSEN
- COM (2012) 188 FINAL -**

Der Markenverband ist die Spitzenorganisation der Markenwirtschaft in Deutschland. Auf nationaler und europäischer Ebene vertritt er die Interessen von gegenwärtig rund 400 Mitgliedern – Unternehmen aller Größen und Rechtsformen aus unterschiedlichen Branchen und Sektoren. Er tritt ein für ein positives Konsumklima, für transparenten Leistungswettbewerb, für mündige Verbraucher, für den Schutz geistigen Eigentums und für nachhaltiges Wirtschaften.

Der Markenverband ist registrierter Interessenvertreter bei der EU-Kommission (Nr. 2157421414-31).

Zusammenfassung

Der Markenverband begrüßt das in dem Richtlinienentwurf von der EU-Kommission festgelegte Ziel der Sicherstellung eines hohen Verbraucher- und Gesundheitsschutzes. Der Markenverband bewertet daher die Richtlinie vor dem Hintergrund

- der zu erwartenden **Wirksamkeit**
- der **Folgenabschätzung** bei Unternehmen.

Wesentliche Regelungen des Richtlinienentwurfs befassen sich mit der Vergrößerung der Warnhinweise und mit der Einführung einer Standardverpackungsform für Zigaretten.

Bei der Wirksamkeit stellt sich die Frage, warum eine Vergrößerung von Warnhinweisen -die heute bereits gut lesbar und wahrnehmbar angebracht sind- einen Informationsmehrwert für den Verbraucher für einen besseren Gesundheitsschutz bedeutet. Studien weisen dies nicht hinreichend nach und folglich ist die Beantwortung der Frage der Begründung der Richtlinie nicht zu entnehmen.

Bei der Folgenabschätzung zeigt sich, dass aufgrund der Kombination der überdimensionalen Warnhinweise, der Vorgaben zu Sicherheitsetiketten und der standardisierten Verpackungsform in der Wahrnehmung des Verbrauchers in der Verkaufssituation faktisch eine Einheitsverpackung entsteht. Dieser massive Eingriff hat zweierlei Auswirkungen:

- Für den Verbraucher bedeutet er eine deutlich reduzierte bzw. fehlende Differenzierbarkeit zwischen den Angeboten, weil Klarheit und Eindeutigkeit einer markenbezogenen Differenzierung entfallen. Damit fehlen auch die für den Verbraucher relevanten Leistungen von Marken wie Identifizierung und Qualitätsversprechen und Fehlkäufe werden wahrscheinlich.
- Für die Unternehmen bedeutet die Umsetzung der Richtlinie eine weitgehende Vernichtung ihrer Eigentumsrechte, ein Quasi-Ausschluss vom Wettbewerb und eine faktische Markteintrittsschranke. Darüber hinaus können Innovationen wegen mangelnder Kommunikation und Differenzierung den Markt nicht mehr erreichen.

Der Richtlinienentwurf widerspricht zudem in weiten Teilen dem Verbraucherleitbild der Bundesregierung. „Unser Leitbild ist der gut informierte und zu selbstbestimmtem Handeln befähigte Verbraucher.“¹ Die Richtlinie erteilt dem Verbraucher mit Aufdrucken auf Verpackungen „-hören Sie jetzt auf“ Befehle, anstatt ihn zu informieren. Darüber hinaus drohen Auswirkungen auf andere Branchen. Tabak, Alkohol und Fettleibigkeit können den Gesundheitszustand von Menschen beeinträchtigen. Wird versucht, dem mit staatlicher Konsumregulierung entgegenzuwirken², lässt sich nicht erklären, warum überdimensionierte Warnhinweise zwar zu einem Konsumrückgang bei Tabak, nicht jedoch bei Alkohol oder Süßwaren führen soll. Faktischen Markennutzungsverboten kann man nach ihrer Anerkennung bei Tabakwaren daher bei anderen Produkten nicht mehr argumentativ begegnen. Die Richtlinie ist damit in weiten Teilen ungeeignet, das erstrebte Ziel der Richtlinie zu erreichen. Sie schädigt Unternehmen, Wettbewerb und Verbraucher auf der anderen Seite jedoch nachhaltig.

¹ 4.5 des Koalitionsvertrags von CDU/CSU und FDP

² Regulierungen der werblichen Kommunikation für Alkohol werden dabei von der EU schon lange empfohlen. Siehe bspw. KOM 2006 / 625 endg. (EU-Alkoholstrategie)

Kritikpunkte im Einzelnen:

I. Die für die gesamte Marktwirtschaft besonders relevanten und kritikwürdigen Regelungen des Richtlinienentwurfs

Nach den Plänen der Kommission sollen kombinierte Warnhinweise mit Text und Bild 75% der Vorder- und Rückseite von Packungen einnehmen (Art. 9 Abs. 1 c). Alle schmalen Flächen einer Packung müssen künftig Warnhinweise von 50% ihrer Fläche tragen (Art. 8 Abs. 3). Hinzu kommt die Verpflichtung zur Anbringung eines individuellen Erkennungsmerkmals, das die Nachvollziehbarkeit einer Vielzahl von Informationen ermöglichen muss und die verpflichtende Anbringung eines fälschungssicheren Sicherheitsmerkmals von mindestens 1cm² (Art. 14 Abs. 1 und 8). Desweiteren besteht die nationale Verpflichtung zur Anbringung von Steuerbanderolen, die in der Richtlinie ebenfalls erwähnt werden.

Ergänzt wird diese Markenverdrängung durch die Vorschrift des Artikels 12, der jegliche Gestaltungselemente und Marken verbietet, die sich auf eine irgendwie geartete Wirkung oder ein Aroma oder auch nur das Fehlen eines solchen beziehen. Dabei wird explizit angeführt, dass selbst eine einzelne Farbe bereits irreführend sein kann (vgl. Art 12 Abs. 2).

Letztlich führt Art. 13 die Einheitsverpackung für Zigaretten hinsichtlich Form und Größe und Funktionalität ein. Abweichende Gestaltungen sind nicht mehr zulässig.

Kombiniert werden fast alle Vorschriften des Richtlinienentwurfs mit einer Ermächtigung für die EU-Kommission im Wege delegierter Rechtsakte eigenständig Regelungen zu verschärfen, was vor dem Hintergrund der ausbedungenen Rechtssetzungskompetenz nicht nur zu einer kompletten Vereinheitlichung der Verpackungsgestaltung (Plain Packaging), sondern auch zum totalen Produktverbot führen kann.

II. Die Folgen einer solchen Regulierung

1) Zerstörung von Marken

a) Rechtliche Betrachtung

Marken sind als immaterielles Gut verfassungsrechtlich geschützt. In der Entscheidung „Weinbergssrolle“ erkannte das BVerfG den grundrechtlichen Schutz der Marke als Eigentum und damit als subjektivrechtlichen Vermögensschutz in Abgrenzung zum nur objektivrechtlichen Interessenschutz des Wettbewerbsrechts ausdrücklich an.³ Der Schutz des Eigentums bezieht sich auf den Schutz seiner Funktionen. Die losgelöste Eigentumsgarantie ohne die funktionsgemäße Nutzung des Eigentums ist als leere Hülle des Rechts nicht denkbar.

³ BVerfGE 51, 193

Die Funktionen der Marke sind durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannt. Zu diesen Funktionen gehört nicht nur die Hauptfunktion der Marke, die Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung gegenüber den Verbrauchern, sondern es gehören dazu auch ihre anderen Funktionen wie u. a. die Gewährleistung der Qualität dieser Ware oder Dienstleistung oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktionen.⁴

Diese Funktionen können Marken nach Umsetzung des Richtlinienvorschlages nicht mehr erfüllen. Da die Marke ihre Herkunfts- oder auch Werbefunktion nur in der konkreten Verkaufssituation erfüllen kann, muss berücksichtigt werden, dass in dieser, gerade im Sinne des Jugendschutzes, die Produkte nicht im direkten Zugriffsbereich des Verbrauchers stehen. Sie befinden sich in Automaten oder in einer Regalwand hinter dem Verkaufstresen eines Geschäfts, also gut zwei Meter vom Verbraucher entfernt. Ein verbleibender Gestaltungsspielraum von ca. 20% der Größe einer Zigarettenpackung, die hinsichtlich Form und Gestaltung sogar vereinheitlicht sein muss, reicht nicht aus, um für den Verbraucher in der Verkaufssituation eine hinreichende Wahrnehmbarkeit der Marke sicherzustellen. Eine Werbefunktion kann eine Marke in dieser Situation nicht erfüllen. Durch die Verdrängung der Marke in einem Umfang, der die Funktionen der Marke nicht mehr zur Geltung kommen lässt, ist der verfassungsrechtlich geschützte Kern der Marke betroffen. Umgekehrt konnten und wurden von der Kommission keine Nachweise vorgebracht, dass und vor allem in welchem Umfang eine solche Regulierung gesundheitsschützende Wirkungen entfaltet.

Ein vollständig enteignungsgleicher Eingriff liegt sogar im Hinblick auf bestimmte Markenformen vor. Gemäß Art. 2 Markenrechtsrichtlinie (89/104 EWG) und § 3 Markengesetz kann eine Marke auch in der Form oder Aufmachung der Ware selbst bestehen. Die Einführung einer zwangsweisen Einheitsverpackung ist daher das Benutzungsverbot für alle dreidimensionalen Marken, die an Zigarettenpackungen bereits bestehen.

Da Marken nicht nur durch Eintragung, sondern auch durch Benutzung entstehen können (§ 4 MarkenG) kann hier eine Vielzahl auch nicht eingetragener Marken von dem enteignungsgleichen Eingriff betroffen sein.

b) Tatsächliche Folgen für Unternehmen und Verbraucher

Für Unternehmen wie Verbraucher hat die faktische und für 3-D Marken gänzliche Verdrängung von Marken gravierende negative Folgen.

Für Unternehmen tragen Marken im Durchschnitt mehr als 2/3 zum Unternehmenswert bei.⁵ Hierdurch werden Milliardenwerte vernichtet.

⁴ EuGH C 487/07

⁵ Studie zur "Praxis von Markenbewertung und Markenmanagement in deutschen Unternehmen" von PricewaterhouseCoopers (PwC) gemeinsam mit Professor Henrik Sattler der Universität Hamburg, der GfK Marktforschung und dem Markenverband

Bedenkt man auch die innere Logik der Regulierung, Konsumreduzierung durch Markenverdrängung betreiben zu wollen, zeigt sich schon, welche fatalen Auswirkungen dies in anderen Branchen hervorrufen wird, in denen Konsumreduzierung ebenfalls politisch angestrebt wird. Alleine 7 der weltweit wertvollsten Marken kommen aus der Alkoholbranche. Nur diese Marken repräsentieren einen Wert von über 36 Milliarden US \$.⁶

Negativ betroffen sind aber auch die Verbraucher. Auch für sie spielen Marken eine wichtige Rolle, denn sie sind eine Orientierungshilfe nicht versehentlich das falsche Produkt zu kaufen und sie bieten eine Qualitätssicherungsfunktion. Durch den Wert der Marke sind Unternehmen bestrebt, hohe Qualitätsstandards zu halten und diese weiterzuentwickeln. Können Verbraucher bei fehlender Markenwahrnehmung nicht mehr bewusst qualitativ hochwertige Produkte bevorzugen und schlechtere Produkte abstrafen, findet über die Marke also keine Differenzierung statt, sind besondere Investitionen in Qualität überflüssig. Da der Richtlinienentwurf zu einem besseren Gesundheitsschutz beitragen will, kann Markenverdrängung nicht das richtige Mittel sein. Sowohl unbewusste Fehlkäufe des Verbrauchers als auch mangelnde Investitionen in Qualitätsverbesserungen sind nicht geeignet, den Gesundheitsschutz zu verbessern.

2) Störung des freien und fairen Wettbewerbs

Da dem Verbraucher die Wahrnehmung der Marke und damit ihrer Herkunfts- und Werbefunktion in der konkreten Verkaufssituation faktisch unmöglich gemacht werden soll, ist es einem neuen Wettbewerber nicht möglich, sein Produkt zu präsentieren und sich von anderen Produkten zu differenzieren.

In Kombination mit den europaweit bestehenden fast vollständigen Werbeverboten für Tabakprodukte entsteht eine komplette Marktabschottung für neue Wettbewerber.

Für das bereits bestehende Angebot an Produkten führt die Markenverdrängung zur homogenen Wahrnehmung der Produkte durch den Verbraucher. In diesen Fällen findet ein Wettbewerb ausschließlich über den Preis statt, dem einzig verbleibenden Differenzierungsmerkmal. Dies bedeutet einen starken Wettbewerbsnachteil und eine Schädigung von Unternehmen, die unter hohen Qualitätsstandards in Deutschland und Europa produzieren. Qualitativ hochwertige und im internationalen Vergleich hoch bezahlte Arbeitsplätze in Deutschland und Europa lassen sich nur halten, wenn die Unternehmen den Qualitätsvorsprung ihrer Produkte auch über die Marke kommunizieren können und die Verbraucher gezielt diese Markenprodukte kaufen können.

3) Klarer Widerspruch zum Verbraucherleitbild der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland

Der Richtlinienentwurf ist in vielen Belangen auch nicht mit dem Verbraucherleitbild der Bundesregierung, das vom Markenverband unterstützt und geteilt wird, vereinbar.

⁶ Interbrand Markenranking 2012

Darin heißt es: „Unser Leitbild ist der gut informierte und zu selbstbestimmten Handeln befähigte Verbraucher“.⁷ Schon die faktischen Folgen der Richtlinienumsetzung, die Irreführung am Point of Sale durch mangelnde Produktdifferenzierung und damit einhergehende unbeabsichtigte Fehlkäufe, befähigen den Verbraucher nicht zur selbstbestimmten Handlungen, sie erschweren diese vielmehr. Zur selbstbestimmten Handlung gehört nämlich nicht nur die Entscheidung des Ob, sondern auch die Möglichkeit zur Durchführung. Diese wird dem Verbraucher aber bewusst erschwert. Dies ist eine Diskriminierung und Schikane all jener Verbraucher, die ihre freie Entscheidung für den Kauf eines Produkts treffen. Selbstbestimmtes Handeln wird also nicht gefördert, sondern staatlich sanktioniert.

Darüber hinaus verlässt die Richtlinie aber auch mit ihren Vorgaben zu den textlichen Warnhinweisen eindeutig den Pfad der Information und setzt vielmehr auf staatlichen Dirigismus. Während der Bestandteil des Warnhinweises „Rauchen ist tödlich“ noch einen informativen Inhalt hat, kann der Zusatz „-hören Sie jetzt auf“ in keiner Weise mehr als Information gedeutet werden. Legale und frei verkäufliche Produkte sollen künftig vom Staat ausgesprochene imperative Handlungsanweisungen enthalten. Dem Bürger wird in Befehlsform verkündet, wie er sich zu verhalten hat.

Dies steht im fundamentalen Widerspruch zum Verbraucherleitbild der deutschen Marktwirtschaft und der Bundesregierung.

4) Völlige Delegation der Gesundheitspolitik im Bereich der Tabakregulierung von Berlin nach Brüssel

Kombiniert mit den inhaltlichen Regelungen sieht der Richtlinienentwurf vor, die EU-Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte zu nahezu allen Regelungen der Richtlinie zu erlassen. Hierzu gehören sowohl die Platzierung, das Format, Layout und Gestaltung der textlichen Warnhinweise (Art. 8 Abs. 4) als auch der kombinierten textlichen und bildlichen Warnhinweise (Art. 9 Abs. 3 c). In gleicher Weise wird die Befugnis zu weitergehenden Regulierungen der Formen von Tabakprodukten eingeräumt (Art. 13 Abs. 3 und 4).

Die Kommission wird damit ermächtigt, ohne demokratische Legitimation durch Parlament oder Rat, die Anbringung von Marken auf Tabakprodukten gänzlich zu untersagen und damit Marken vollständig zu enteignen.

Gemäß Art. 290 AEUV kann der Kommission in Gesetzgebungsakten die Befugnis übertragen werden, Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes zu erlassen.⁸ Die wesentlichen Aspekte eines Bereichs sind aber dem Gesetzgebungsakt vorbehalten und eine Befugnisübertragung ist für sie deshalb ausgeschlossen.⁹

⁷ Vgl. 4.5 Koalitionsvertrag der CDU/CSU und FDP Fraktion

⁸ Art. 290 Abs. 1 AEUV

⁹ Art. 290 Abs. 2 AEUV

Die Kommission bekäme durch die vorliegende Richtlinie die Ermächtigung zur vollständigen Enteignung der verfassungsrechtlich geschützten Marken. Schon das Grundgesetz stellt in Art. 14 Abs. 3 jegliche Enteignung unter Gesetzesvorbehalt. Es kann und darf darüber hinaus weder im Interesse der Mitgliedstaaten liegen, der Kommission vollständig die Gesundheitspolitik hinsichtlich der Regulierung von Tabakprodukten zu übertragen, noch das Schicksal und den Bestand einer gesamten Branche in die Entscheidungshoheit nur einer Institution bei nur geringer Kontrollmöglichkeit durch EU-Parlament und EU-Rat zu legen.

Berlin, 10 Januar 2013

Markenverband e.V.

Rechtsanwalt Dr. Alexander Dröge

Leiter Recht und Verbraucherpolitik

Unter den Linden 42, 10117 Berlin

Telefon: +49-30-206168-40

Telefax: +49-30-206168-740

E-Mail: a.droege@markenverband.de

Internet: www.markenverband.de