

Rechtsanwalt Professor Dr. Rolf Wägenbaur

B-1040 Brüssel, den 16.11. 2004
Rond-Point Schuman 9
Tel.: 00-322-541 03 30
Fax: 00-322-538 49 80

Frau
Maria Rauch-Kallat
Bundesministerin für Gesundheit und Frauen
Radetzkystraße 2
A-1031 W i e n
Fax: 00-43-1-71100-4385 (Mag. Hubert Glanz)

Betr.: Bundesgesetz zur Änderung des Bundesgesetzes über das Herstellen und das In-Verkehr-Bringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherchutz (Tabakgesetz)

Sehr geehrte Frau Bundesminister,

Der vorerwähnte Gesetzentwurf ist meiner Mandantin, der Schweizer Firma Zino Davidoff SA, Freiburg/Schweiz, zur Kenntnis gebracht worden. Meine Mandantin ist Eigentümerin der Marke *Davidoff* und zwar für die Nicht-Tabakprodukte, von denen ich hier der Kürze halber nur das Eau-de-toilette *Davidoff Cool Water* erwähnen möchte, das seit Jahren auch auf dem österreichischen Markt vertrieben wird.

Die Vermarktung der Nicht-Tabakprodukte der Gesellschaft wird von dem Gesetzentwurf, der ja dem Schutz der Gesundheit dienen soll, stark in Mitleidenschaft gezogen.

Ich bin beauftragt, Ihre Aufmerksamkeit auf folgende Punkte zu lenken:

1. Die Tragweite des geplanten Werbeverbots ist unklar:

Da der Entwurf in § 11 Absatz 1 (nur) „Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse“ verbietet, steht meine Mandantin auf dem Standpunkt, dass das Gesetz sie eigentlich gar nicht betrifft, denn bei der Werbung für ihre Nicht-Tabakprodukte handelt es sich keineswegs um Werbung für die Tabakerzeugnisse der gleichen Marke. Ich bin gerne bereit, dies auf Grund der Firmen- und Markengeschichte und der Ausgestaltung der Werbung im einzelnen zu belegen.

Für den Fall, dass meine Mandantin wegen der weiten Fassung des Begriffs „Werbung“ in § 1 Z 7 mit diesem Vorbringen kein Gehör finden sollte, ist darauf hinzuweisen, dass gerade diese weite Fassung Anlass zu Unklarheiten gibt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass uns zweierlei Fassungen des Gesetzentwurfs vorliegen. Die eine definiert „Werbung“ als „jede Form der Kommunikation, Empfehlung oder Handlung...“, die andere führt nur mehr die „kommerzielle Kommunikation“ auf. Da uns nicht ganz klar ist, welcher Wortlaut der maßgebliche ist, möchte ich im folgenden beiden Fassungen Rechnung tragen.

Beide Fassungen lassen Zweifel darüber aufkommen, ob lediglich die Werbung für „andere Erzeugnisse“ verboten werden soll, falls diese nicht bereits guten Glaubens bei Inkrafttreten des Gesetzes in Österreich vermarktet wurden, oder nicht gar schon der bloße Verkauf solcher Produkte. Diese Frage stellt sich sehr prononciert im Rahmen der Fassung, die „Handlungen“ einschließt, denn der Verkauf von *Davidoff Cool Water* ist zweifellos eine solche. Aber in beiden Fassungen ist in § 11 Abs. 2 festgelegt, dass „Namen, die zur Zeit des Inkrafttretens dieser Bestimmung bereits guten Glaubens sowohl für Tabakerzeugnisse als auch für andere Erzeugnisse verwendet wurden, für diese von Tabakerzeugnissen verschiedenen Erzeugnisse und für Werbung und Sponsoring dieser von Tabakerzeugnissen verschiedenen Erzeugnisse verwendet werden ...“, was den Schluss zulässt, dass § 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 implizit ein Verkaufsverbot für die „anderen Erzeugnisse“ beinhaltet.

Die Auslegung als „Verkaufsverbot“ würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass die Tabakprodukte weiterhin verkauft werden dürfen (bei eingeschränkten Werbemöglichkeiten), während die „anderen Erzeugnisse“, die nicht gesundheitsschädlich sind, gar nicht verkauft werden dürfen. Ein Verkaufsverbot würde die Schaffung eines Handelshindernisses bedeuten, das in keiner Weise gerechtfertigt und daher mit dem EG-Vertrag unvereinbar wäre.

Insofern wäre eine Klärung der Rechtslage wünschenswert, mit dem Ziel, die hier beanstandete Auslegungsmöglichkeit auszuschließen. Hierzu müsste einmal der Fassung der Vorzug gegeben werden, die in der Begriffsbestimmung der „Werbung“ nicht mehr von „Handlung“ spricht. Darüber hinaus sollte § 11 Abs. 2 neu gefasst werden. Das würde gleichzeitig zu einer Vereinfachung des Wortlauts führen, der folgendermaßen gefasst werden könnte:

„(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs.1 dürfen Namen, die zur Zeit des Inkrafttretens dieser Bestimmung bereits guten Glaubens sowohl für Tabakerzeugnisse als auch für andere Erzeugnisse verwendet wurden, für letztere Erzeugnisse weiter verwendet werden, unter der Voraussetzung, dass es sich bei den Erzeugnissen und der darauf bezogenen Werbung eindeutig um von Tabakerzeugnissen verschiedene Erzeugnisse handelt und keine sonstigen für ein Tabakerzeugnis bereits benutzten Unterscheidungsmerkmale verwendet werden“.

2. Das Gesetz stellt ein Handelshindernis für neue Nicht-Tabakprodukte auf:

Meine Mandantin erblickt in § 11 Absatz 2 eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Werbung für namensgleiche Nicht-Tabakprodukte. Soweit sie von diesem Verbot überhaupt betroffen ist (vgl. oben zu 1.), versteht sie Absatz 2 dahin, dass ihre

bisher auf dem österreichischen Markt befindlichen Nicht-Tabakprodukte auch weiterhin beworben werden dürfen, weil

- es sich um Produkte handelt, deren Namen zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes guten Glaubens für Tabakerzeugnisse wie für Nicht-Tabakerzeugnisse verwendet werden,
- es sich um von Tabakerzeugnissen verschiedene Erzeugnisse handelt,
- und in der Werbung außer der Marke „Davidoff“ keine „sonstigen für ein Tabakerzeugnis bereits benutzten Unterscheidungsmerkmale verwendet werden“.

Für problematisch, weil geschäftsschädigend und rechtlich anfechtbar, hält meine Mandantin aber § 11 Abs.3. Sie glaubt diese Vorschrift dahin verstehen zu müssen, dass sowohl Nicht-Tabakprodukte, die bisher schon in anderen EU-Mitgliedstaaten, aber nicht in Österreich, auf dem Markt sind, als auch neue Artikel, für die Lizenzverträge abgeschlossen werden könnten, in Österreich nicht mehr beworben werden und damit faktisch auch nicht auf den Markt gebracht werden können. Ein derartiges Handelshindernis lässt sich nicht mit Gesundheitserwägungen rechtfertigen und wird auch von der einschlägigen EU-Richtlinie 2003/33/EG keineswegs gedeckt, denn diese spricht bekanntlich Nicht-Tabakprodukte gar nicht an. Meine Mandantin muss insofern die im Vorblatt der Erläuterungen als „gegeben“ behauptete „EU-Konformität“ bestreiten. Sie muss sich vorbehalten, die EU-Kommission im Rahmen des Konsultationsverfahrens auf Grund der Richtlinie 98/34/EG auf diese Nicht-Vereinbarkeit mit dem EG-Vertrag hinzuweisen, falls sie beibehalten werden sollte.

Insofern wäre eine Änderung des Entwurfs von entscheidender Bedeutung mit dem Ziel, neue Produkte nicht vom Marktzugang auszuschließen, wenn gewährleistet ist, dass damit nicht in Wahrheit Tabakwerbung betrieben werden soll.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben. Für weitere Angaben zu den Nicht-Tabakprodukten meiner Mandantin, oder auch für Redaktionsvorschläge, stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(Rolf Wägenbaur)

(Rolf Wägenbaur)