



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

EVGENI TANCHEV

vom 15. Juli 2021¹

Rechtssache C-370/20

Pro Rauchfrei e. V.

gegen

JS e.K.

(Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs [Deutschland])

„Richtlinie 2014/40/EU – Gesundheitsbezogene Warnhinweise, die auf jeder Packung eines Tabakerzeugnisses und jeder Außenverpackung angebracht sein müssen – Tabakverkaufsautomat – Art. 2 Nr. 40 – Begriff ‚in Verkehr bringen‘ – Art. 8 Abs. 3 – Verbot, gesundheitsbezogene Warnhinweise durch sonstige Gegenstände zu verdecken – Art. 8 Abs. 8 – Begriff der Bilder von Packungen oder Außenverpackungen, die für Verbraucher in der Europäischen Union bestimmt sind“

1. Der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens betrifft die Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen, die über einen Verkaufsautomaten verkauft werden. Die Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates² verlangt, dass die darin vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf jeder Packung eines Tabakerzeugnisses angebracht sind. Ihr Art. 8 Abs. 3 bestimmt, dass solche Warnhinweise vollständig sichtbar sein müssen und nicht durch bestimmte Gegenstände verdeckt werden dürfen. Vor dem Bundesgerichtshof (Deutschland) geht es um die Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot, Warnhinweise zu verdecken, vorliegt, wenn die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf Zigarettenpackungen nicht sichtbar sind, solange sich die Packungen in einem Verkaufsautomaten befinden. Dann müsste der Verkaufsautomat – ähnlich wie z. B. Hüllen oder Taschen, auf die Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie ausdrücklich Bezug nimmt – als Gegenstand anzusehen sein, der die Warnhinweise verdeckt, was fraglich ist.

2. Das vorliegende Gericht möchte außerdem wissen, ob gegen die Regel in Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 verstoßen wurde, dass *Bilder* von Packungen und Außenverpackungen ebenfalls gesundheitsbezogene Warnhinweise tragen müssen. Die Warenauswahltasten des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verkaufsautomaten zeigen nämlich Abbildungen verschiedener Zigarettenmarken. Fraglich ist, ob diese Abbildungen als Bilder im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie anzusehen sind, denn dann müssten sie gesundheitsbezogene Warnhinweise tragen, was nicht der Fall ist.

¹ Originalsprache: Englisch.

² Richtlinie vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG (ABl. 2014, L 127, S. 1, berichtigt im ABl. 2015, L 150, S. 24).

3. Die vorliegende Rechtssache gibt dem Gerichtshof daher Gelegenheit, sich im Zusammenhang mit einem Tabakverkaufsautomaten zur Tragweite des Erfordernisses zu äußern, dass nicht nur jede Packung eines Tabakerzeugnisses die in der Richtlinie 2014/40 vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise tragen muss, sondern auch die Bilder solcher Packungen.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

4. Art. 2 der Richtlinie 2014/40 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

40. ‚in Verkehr bringen‘ die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten – unabhängig vom Ort ihrer Herstellung – für Verbraucher, die sich in der Union befinden, auch mittels Fernabsatz; im Fall von grenzüberschreitendem Fernabsatz gilt das Produkt als in dem Mitgliedstaat in Verkehr gebracht, in dem sich der Verbraucher befindet;

...“

5. In Art. 8 der Richtlinie 2014/40 heißt es:

„(1) Jede Packung eines Tabakerzeugnisses und jede Außenverpackung trägt gesundheitsbezogene Warnhinweise gemäß diesem Kapitel in der oder den Amtssprachen des Mitgliedstaats, in dem das Erzeugnis in Verkehr gebracht wird.

...

(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf einer Packung und der Außenverpackung unablosbar aufgedruckt, unverwischbar und vollständig sichtbar sind und dass sie, wenn die Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht werden, nicht teilweise oder vollständig durch Steuerzeichen, Preisaufkleber, Sicherheitsmerkmale, Hüllen, Taschen, Schachteln oder sonstige Gegenstände verdeckt oder getrennt werden. Auf den Verpackungen von Tabakerzeugnissen mit Ausnahme von Zigaretten und Tabak zum Selbstdrehen in Beuteln dürfen die gesundheitsbezogenen Warnhinweise mittels Aufklebern aufgebracht werden, sofern diese nicht entfernt werden können. Die gesundheitsbezogenen Warnhinweise müssen beim Öffnen der Packung intakt bleiben, außer bei Packungen mit Klappdeckel (Flip-Top-Deckel), bei denen die Warnhinweise beim Öffnen der Packung getrennt werden, allerdings nur in einer Weise, die die grafische Integrität und die Sichtbarkeit des Textes, der Fotografien und der Angaben zur Raucherentwöhnung gewährleistet.

...

(8) Bilder von Packungen und Außenverpackungen, die für Verbraucher in der Union bestimmt sind, müssen den Bestimmungen dieses Kapitels genügen.“

B. Deutsches Recht

6. § 11 („Allgemeine Vorschriften zur Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen“) der Verordnung über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (im Folgenden: TabakerzV) sieht vor:

„(1) Für die Gestaltung und Anbringung der gesundheitsbezogenen Warnhinweise nach den §§ 12 bis 17 auf Packungen und Außenverpackungen von Tabakerzeugnissen gelten folgende allgemeine Anforderungen: Die gesundheitsbezogenen Warnhinweise

...

4. dürfen zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens, einschließlich des Anbietens zum Verkauf, nicht teilweise oder vollständig verdeckt oder getrennt werden; bei Packungen mit Klappdeckel, bei denen die Warnhinweise beim Öffnen der Packung getrennt werden, darf dies nur in einer Weise geschehen, die die grafische Integrität und die Lesbarkeit gewährleistet,

...

(2) Abbildungen von Packungen und Außenverpackungen, die für an Verbraucher gerichtete Werbemaßnahmen in der Europäischen Union bestimmt sind, müssen den Anforderungen dieses Unterabschnitts genügen.“³

II. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

7. JS betreibt in München (Deutschland) zwei Supermärkte. An den Kassen dieser Supermärkte bot er ab dem 20. Mai 2017 Zigaretten in dem nachfolgend abgebildeten Warenausgabeautomaten (im Folgenden: in Rede stehender Verkaufsautomat) zum Verkauf an:

³ Der in § 11 Abs. 2 der TabakerzV erwähnte „Unterabschnitt“ ist ihr Unterabschnitt 3, der Verpackung und Warnhinweise betrifft.



8. Die in dem in Rede stehenden Verkaufsautomaten vorrätig gehaltenen Zigarettenspackungen waren für den Kunden nicht sichtbar. Die auf dem Verkaufsautomaten angebrachten Warenauswahltasten zeigten zwar verschiedene Zigarettensmarken, wiesen aber nicht die gesetzlich vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf.

9. Der Verkauf erfolgte in der Weise, dass der Kunde zunächst das Kassenspersonal um Freigabe des Verkaufsautomaten bat und sodann die Auswahltaste der von ihm gewünschten Zigarettensmarke betätigte. Daraufhin wurde die Zigarettenspackung aus der Ausgabevorrichtung des Automaten auf das Kassensband befördert. Die Bezahlung der Zigarettenspackung erfolgte an der Kasse, sofern der Kunde an seiner Erwerbsabsicht festhielt. Diese Organisation des Verkaufsvorgangs durch den Verkaufsautomaten diente der Verhinderung von Diebstählen und dem Jugendschutz.

10. Pro Rauchfrei e. V., ein gemeinnütziger Verein, erhob vor dem Landgericht München I (Deutschland) Klage mit dem Hauptantrag, JS unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, Tabakprodukte, insbesondere Zigaretten, so zum Verkauf anzubieten, dass die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf den Packungen oder den Außenverpackungen verdeckt sind, wie oben in den Nrn. 8 und 9 beschrieben. Hilfsweise beantragte Pro Rauchfrei, JS unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verbieten, Tabakprodukte, insbesondere Zigaretten, so zum Verkauf anzubieten, dass statt der Packungen mit gesundheitsbezogenen Warnhinweisen Abbildungen der Packungen ohne diese Warnhinweise präsentiert werden, wie ebenfalls oben in den Nrn. 8 und 9 beschrieben.

11. Mit Urteil vom 5. Juli 2018 wies das Landgericht München I die Klage ab.

12. Mit Urteil vom 25. Juli 2019 wies das Oberlandesgericht München (Deutschland) die von Pro Rauchfrei gegen das Urteil des Landgerichts München I eingelegte Berufung zurück.

13. Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts München hat Pro Rauchfrei Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt.

14. Der Bundesgerichtshof ist der Auffassung, dass der Erfolg der Revision von der Auslegung von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 und Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 abhängt. Daher hat er das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Erfasst der Begriff des Inverkehrbringens im Sinne des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40 das Darbieten von Tabakerzeugnissen über Warenausgabeautomaten in der Weise, dass die darin befindlichen Zigarettenpackungen zwar die gesetzlich vorgeschriebenen Warnhinweise aufweisen, die Zigarettenpackungen aber zunächst für den Verbraucher nicht sichtbar im Automaten vorrätig gehalten werden und die darauf befindlichen Warnhinweise erst sichtbar werden, sobald der zuvor vom Kassenspersonal freigegebene Automat vom Kunden betätigt und die Zigarettenpackung dadurch noch vor dem Bezahlvorgang auf das Kassensband ausgegeben wird?
2. Erfasst das in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40 enthaltene Verbot, die Warnhinweise „durch sonstige Gegenstände zu verdecken“, den Fall, dass im Rahmen der Warenpräsentation durch einen Automaten die ganze Tabakverpackung verdeckt wird?
3. Ist das Tatbestandsmerkmal „Bilder von Packungen“ in Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 auch dann erfüllt, wenn es sich bei einer Abbildung zwar nicht um ein naturgetreues Abbild der Originalverpackung handelt, der Verbraucher das Bild aber aufgrund seiner Gestaltung hinsichtlich Umrissen, Proportionen, Farben und Markenlogo mit einer Tabakverpackung assoziiert?
4. Ist den Anforderungen des Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 unabhängig von der verwendeten Abbildung bereits dann genügt, wenn der Verbraucher vor Abschluss des Kaufvertrags die Gelegenheit hat, die Zigarettenverpackungen mit den vorgeschriebenen Warnhinweisen wahrzunehmen?

15. JS und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden.

III. Würdigung

A. Erste Vorlagefrage

16. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob das Darbieten von Zigarettenpackungen über einen Warenausgabeautomaten in der Weise, dass die Packungen zunächst für den Verbraucher nicht sichtbar in dem Automaten vorrätig gehalten werden und die darauf befindlichen gesundheitsbezogenen Warnhinweise erst sichtbar werden, wenn der Automat vom Kunden betätigt und die Packung noch vor dem Bezahlvorgang auf das Kassensband ausgegeben wird, von dem Begriff „in Verkehr bringen“ im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40 erfasst wird.

17. Wie oben in Nr. 1 erwähnt, muss gemäß Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2014/40 jede Packung und jede Außenverpackung eines Tabakerzeugnisses die in Kapitel II des Titels II dieser Richtlinie vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise (im Folgenden: erforderliche Warnhinweise) tragen. Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie sieht u. a. vor, dass die Warnhinweise nicht durch bestimmte Gegenstände teilweise oder ganz verdeckt oder getrennt werden dürfen.

18. Gemäß Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2014/40 besteht sowohl die Pflicht, die erforderlichen Warnhinweise aufzudrucken, als auch das Verbot, sie zu verdecken oder zu trennen, erst dann, „wenn die Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht werden“⁴. Der Ausdruck „in Verkehr bringen“ bezeichnet nach Art. 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40 „die entgeltliche oder unentgeltliche Bereitstellung von Produkten – unabhängig vom Ort ihrer Herstellung – für Verbraucher, die sich in der Union befinden, auch mittels Fernabsatz ...“.

19. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht daher im Kern wissen, ob im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, dass eine Zigarettenpackung dann in Verkehr gebracht wurde, (i) wenn sie mittels des in Rede stehenden Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird, also bevor die Kaufentscheidung getroffen wird, oder (ii) beim Übergang der tatsächlichen Sachherrschaft an der Packung vom Verkäufer auf den Kunden, also nach dem Zahlungsvorgang.

20. Nach den Angaben im Vorlagebeschluss war das Oberlandesgericht München der Auffassung, dass das Anbieten von Zigarettenpackungen mittels eines Verkaufsautomaten nicht unter die Richtlinie 2014/40 falle, weil es eine „Verkaufsmodalität“ sei, die durch die Richtlinie, wie sich aus ihrem 48. Erwägungsgrund ergebe, nicht harmonisiert werde⁵. Daher muss meines Erachtens geprüft werden, ob die Richtlinie 2014/40 im vorliegenden Fall anwendbar ist, bevor ich auf die erste Vorlagefrage eingehe.

1. Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/40 im vorliegenden Fall

21. Im Gegensatz zum Oberlandesgericht München scheint das vorlegende Gericht der Auffassung zuzuneigen, dass die Richtlinie 2014/40 anwendbar sei. Das vorlegende Gericht führt aus, im 48. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/40 heiße es zwar, dass mit ihr die Vorschriften für „heimische Werbung“ nicht harmonisiert würden, aber ihr 43. Erwägungsgrund und ihr Art. 20 Abs. 5 enthielten gleichwohl Bestimmungen über die Werbung für elektronische Zigaretten. Das vorlegende Gericht weist ferner darauf hin, dass mit der Richtlinie 2014/40 nach der englischen Sprachfassung ihres 60. Erwägungsgrundes und ihres Titels u. a. Regeln für die „presentation“ von Tabakerzeugnissen harmonisiert würden, was so verstanden werden könne, dass davon auch die Umstände ihrer Präsentation umfasst sein könnten.

22. Dazu trägt JS vor, der 48. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/40 sei nicht nur auf elektronische Zigaretten, sondern auch auf Tabakerzeugnisse anzuwenden, und der Verkauf von Zigarettenpackungen mittels eines Verkaufsautomaten stelle eine Verkaufsmodalität im Sinne dieses Erwägungsgrundes dar, so dass ein solcher Verkauf nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle.

⁴ Nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2014/40 in dem Mitgliedstaat, „in dem das Erzeugnis in Verkehr gebracht wird“.

⁵ Nach den Angaben im Vorlagebeschluss hat das Oberlandesgericht München „angenommen, ein Vorrätighalten der Zigarettenpackungen im streitgegenständlichen Warenausgabeautomat sei lediglich eine Verkaufsmodalität. Aus Erwägungsgrund 48 der Richtlinie 2014/40/EU ergebe sich, dass sich das Harmonisierungsziel dieser Richtlinie nicht auf die Verkaufsmodalitäten und die Werbung richte. Deshalb sei das im Streitfall in Rede stehende Anbieten von Zigaretten in Ausgabeautomaten nicht Gegenstand der in der Richtlinie getroffenen Bestimmungen.“

23. Die Kommission vertritt den gegenteiligen Standpunkt. Sie trägt vor, nach dem 48. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/40 seien zwar für Verkaufsmodalitäten wie den Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels eines Verkaufsautomaten die Mitgliedstaaten zuständig, doch fielen die auf Tabakerzeugnissen anzubringenden gesundheitsbezogenen Warnhinweise in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie und würden durch sie vollständig harmonisiert. Insbesondere sei die Europäische Union befugt, innerstaatliche Regeln zu harmonisieren, mit denen Maßnahmen umgangen würden, die wie die Kennzeichnungsregeln der Richtlinie 2014/40 das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand hätten⁶.

24. Meines Erachtens ist die Richtlinie 2014/40 im vorliegenden Fall anwendbar.

25. Nach dem ersten Satz des 48. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/40 „werden mit dieser Richtlinie weder die Vorschriften über rauchfreie Zonen oder heimische Verkaufsmodalitäten oder heimische Werbung oder ‚brand-stretching‘ (Verwendung von Tabak-Markennamen bei anderen tabakfremden Produkten oder Dienstleistungen) harmonisiert, noch wird mit ihr eine Altersgrenze für elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter eingeführt“⁷.

26. Meiner Ansicht nach gilt der erste Satz des 48. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/40 nur für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter und nicht für Tabakerzeugnisse wie Zigaretten⁸. Erstens bezieht sich dieser Satz ausdrücklich auf „elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter“. Zweitens beziehen sich alle ihm vorangestellten Erwägungsgründe – d. h. die Erwägungsgründe 36 bis 47 – auf elektronische Zigaretten oder nikotinhaltige Flüssigkeiten⁹, ohne Tabakerzeugnisse zu erwähnen. Drittens wird diese Auslegung durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2014/40 bestätigt. In einem von der Präsidentschaft des Rates der Europäischen Union¹⁰ ausgearbeiteten Schriftstück heißt es, die Erwägungsgründe a bis m – die den Erwägungsgründen 36 bis 48 der Richtlinie 2014/40 entsprechen – bezögen sich auf Art. 18, der dem jetzigen Art. 20 („Elektronische Zigaretten“) der Richtlinie 2014/40 entspricht. Insbesondere ist Erwägungsgrund l nahezu identisch mit dem 48. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/40.

27. Unabhängig davon, ob der erste Satz des 48. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/40 für Tabakerzeugnisse gilt, kann meines Erachtens jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass mit dieser Richtlinie innerstaatliche Vorschriften über den Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten oder innerstaatliche Vorschriften über die Werbung für solche Erzeugnisse auf Tabakverkaufsautomaten harmonisiert werden.

⁶ Die Kommission stützt sich auf das Urteil vom 5. Oktober 2000, Deutschland/Parlament und Rat (C-376/98, EU:C:2000:544, Rn. 100).

⁷ Hervorhebung nur hier.

⁸ Der Vollständigkeit halber sollte ich klarstellen, dass elektronische Zigaretten keine Tabakerzeugnisse sind. Gemäß Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie 2014/40 müssen Tabakerzeugnisse „auch teilweise ... aus Tabak besteh[en]“. Dies ist bei elektronischen Zigaretten nicht der Fall, die, wie es in Art. 2 Nr. 16 heißt, „zum Konsum nikotinhaltigen Dampfes“ verwendet werden. Elektronische Zigaretten werden nicht zum Konsum von Tabak gemäß der Definition in Art. 2 Nr. 1 („Blätter und andere natürliche verarbeitete oder unverarbeitete Teile der Tabakpflanze“) verwendet (vgl. auch Urteil vom 4. Mai 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, Rn. 37 und 38).

⁹ Mit Ausnahme der Erwägungsgründe 42 und 45; im 42. Erwägungsgrund wird allerdings der Ausdruck „diese Produkte“ verwendet, was nur als Bezugnahme auf die im vorangegangenen Erwägungsgrund beschriebenen Erzeugnisse (elektronische Zigaretten) verstanden werden kann. Darüber hinaus entspricht die Bezugnahme im 45. Erwägungsgrund auf „vermutete schädliche Auswirkungen“ auf die menschliche Gesundheit dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 9, der nur für elektronische Zigaretten gilt, und die Bezugnahme auf eine „Schutzklausel“ im selben Erwägungsgrund entspricht dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 11, der ebenfalls nur auf elektronische Zigaretten anwendbar ist.

¹⁰ Vgl. Ratsdokument 17727/13 ANNEX vom 17. Dezember 2013 (S. 15).

28. Erstens werden die innerstaatlichen Vorschriften über den Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten durch die Richtlinie 2014/40 nicht harmonisiert. Art. 1 der Richtlinie 2014/40, in dem die Regelungsgegenstände der Richtlinie aufgezählt werden, nennt nämlich weder den Verkauf mittels Verkaufsautomaten noch sonstige Verkaufsmodalitäten¹¹. Darüber hinaus wurde ein Verbot oder eine Beschränkung des Verkaufs mittels Verkaufsautomaten in Betracht gezogen, aber in der Folgenabschätzung der Richtlinie 2014/40 verworfen¹². Schließlich fällt der Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten unter die Empfehlung 2003/54/EG des Rates¹³, die sich nach ihrem 16. Erwägungsgrund mit „anderen“ Reklame-, Marketing- und Werbepraktiken befasst als jenen, die u. a. in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates¹⁴ (mittlerweile aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2014/40) fielen. Insoweit ist ein Verweis auf Nr. 1 Buchst. c der Empfehlung 2003/54 geboten, wonach den Mitgliedstaaten entweder „die Beschränkung der Aufstellung von Zigarettensautomaten auf Orte, zu denen nur Personen Zutritt haben, die das nach einzelstaatlichem Recht vorgeschriebene Mindestalter für den Erwerb von Tabakerzeugnissen erreicht haben“, empfohlen wird oder, sofern es keine solche Altersgrenze gibt, eine „gleichermaßen wirksame Regulierung des Zugangs zu den Produkten in Zigarettensautomaten“.

29. Zweitens werden die innerstaatlichen Vorschriften über die Werbung für Tabakerzeugnisse auf Tabakverkaufsautomaten durch die Richtlinie 2014/40 nicht harmonisiert. Ihr Art. 1, in dem ihre Regelungsgegenstände aufgezählt werden, nennt nämlich weder Werbung auf Verkaufsautomaten noch jegliche Werbung für Tabakerzeugnisse, unabhängig vom Werbeträger. Darüber hinaus fällt Werbung für Tabakerzeugnisse auf Tabakverkaufsautomaten unter die Empfehlung 2003/54, die, wie oben in Nr. 28 dargelegt, Reklame-, Marketing- und Werbepraktiken betrifft, die nicht von der Richtlinie 2014/40 erfasst werden. Insoweit ist auf Nr. 2 Buchst. d der Empfehlung 2003/54 hinzuweisen, wo den Mitgliedstaaten empfohlen wird, „die Verwendung von ... Werbemaßnahmen innerhalb und außerhalb öffentlicher Gebäude (wie Werbung auf Zigarettensautomaten)“ „gemäß den nationalen Verfassungen und Verfassungsgrundsätzen ... zu verbieten“¹⁵.

¹¹ Mit Ausnahme des „grenzüberschreitenden Verkaufs von Tabakerzeugnissen im Fernabsatz“ (Art. 1 Buchst. d) – was gerade keine „heimischen“ Verkaufsmodalitäten sind, die nach dem ersten Satz des 48. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/40 aus deren Anwendungsbereich herausfallen.

¹² Folgenabschätzung vom 19. Dezember 2012 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen (SWD[2012] 452 final, im Folgenden: Folgenabschätzung zur Richtlinie 2014/40). Nach Teil 1 Abschnitt 4.1 der Folgenabschätzung zur Richtlinie 2014/40 (S. 50) wurde eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Tabakverkaufsautomaten in der Folgenabschätzung und der öffentlichen Konsultation verworfen. Dieser Politikbereich wurde aufgrund von Subsidiaritätsbedenken und unter Berücksichtigung des bereits erzielten guten Fortschritts in diesem Bereich ausgeklammert. Vgl. auch die von RAND Europe erstellte Studie mit dem Titel „Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive“ vom September 2010 (im Folgenden: RAND-Studie). Nach den Angaben in der RAND-Studie enthielten drei der fünf von der Kommission in Betracht gezogenen Optionen Maßnahmen zu Tabakverkaufsautomaten: Option 3 umfasste Maßnahmen, um Verkaufsautomaten für Kinder unzugänglich zu machen, während die Optionen 4 und 5 vorsahen, Verkaufsautomaten vollständig zu verbieten (vgl. S. 189, 219, 227 und 235). Die RAND-Studie ist auf der Website der Europäischen Kommission abrufbar.

¹³ Empfehlung vom 2. Dezember 2002 zur Prävention des Rauchens und für Maßnahmen zur gezielteren Eindämmung des Tabakkonsums (ABl. 2003, L 22, S. 31).

¹⁴ Richtlinie vom 5. Juni 2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen (ABl. 2001, L 194, S. 26). Die Richtlinie 2001/37 wird im neunten Erwägungsgrund der Empfehlung 2003/54 erwähnt.

¹⁵ Außerdem ist auf den 14. Erwägungsgrund der Empfehlung 2003/54 hinzuweisen, wonach Verkaufsautomaten „nur solche Reklameaufdrucke tragen [sollten], die als Hinweis auf die verkauften Erzeugnisse unbedingt erforderlich sind“.

30. Auch wenn demnach durch die Richtlinie 2014/40 die nationalen Vorschriften über den Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten oder die Werbung auf solchen Automaten nicht harmonisiert werden, folgt daraus nicht, dass sie auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist.

31. Erstens geht es in der ersten Frage an den Gerichtshof nicht darum, ob Tabakerzeugnisse mittels Verkaufsautomaten verkauft werden dürfen (oder ob der Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten auf Personen beschränkt werden darf, die das gesetzlich vorgeschriebene Alter für den Erwerb solcher Erzeugnisse erreicht haben). Die Frage geht dahin, ob in Fällen, *in denen das nationale Recht – wie es offenbar in Deutschland der Fall ist – den Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten gestattet*, dieser Automat zum einen die erforderlichen Warnhinweise auf den darin befindlichen Tabakerzeugnissen vollständig verdecken darf und zum anderen auf den Warenauswahltasten Bilder der Erzeugnisse ohne diese Warnhinweise angebracht sein dürfen. Diese Frage fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/40, da sie nach ihrem Art. 1 Buchst. b u. a. auf die Angleichung der nationalen Vorschriften für „bestimmte Aspekte der Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen, unter anderem die gesundheitsbezogenen Warnhinweise“ abzielt. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Harmonisierung der betreffenden „Aspekte“ der Kennzeichnung und Verpackung von Tabakerzeugnissen auf bestimmte Arten ihres Verkaufs beschränkt ist.

32. Zweitens geht die dem Gerichtshof vorgelegte Frage nicht dahin, ob Werbung für Tabakerzeugnisse zulässig ist. Insbesondere geht es nicht darum, ob auf Verkaufsautomaten Werbung für Tabakerzeugnisse angebracht sein darf. Die Frage ist, ob, *sofern Werbung für Tabakerzeugnisse auf Verkaufsautomaten zulässig ist – was in Deutschland offenbar der Fall ist* –, die Bilder der Zigarettenmarken auf den Auswahltasten eines Verkaufsautomaten die erforderlichen Warnhinweise tragen müssen. Diese Frage fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/40, da sie nach ihrem Art. 1 Buchst. b u. a. auf die Angleichung der nationalen Vorschriften für die gesundheitsbezogenen Warnhinweise abzielt, die auf den Packungen von Tabakerzeugnissen und, gemäß Art. 8 Abs. 8, auf Bildern solcher Packungen erscheinen müssen.

33. Ich komme zu dem Ergebnis, dass entgegen der Auffassung von JS die Richtlinie 2014/40 für den vorliegenden Fall gilt.

2. Stellt das in Rede stehende Anbieten von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten ein Inverkehrbringen dar?

34. Wie oben in Nr. 19 erwähnt, möchte das vorlegende Gericht im Kern wissen, ob im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, dass eine Zigarettenpackung dann in Verkehr gebracht wird, wenn sie mittels des in Rede stehenden Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird, oder dann, wenn nach dem Zahlungsvorgang die tatsächliche Sachherrschaft an der Packung vom Verkäufer auf den Kunden übergeht.

35. JS trägt vor, unabhängig von der Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/40 auf den vorliegenden Fall könne das Vorrätighalten von Tabakerzeugnissen in dem in Rede stehenden Verkaufsautomaten nicht als Inverkehrbringen angesehen werden.

36. Die Kommission trägt vor, im Licht ihrer Antworten auf die dritte und die vierte Vorlagefrage müsse diese Frage nicht geprüft werden. Für den Fall, dass der Gerichtshof ihrer Auslegung von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 nicht folgen sollte, macht sie jedoch geltend, die

Zigarettenpackung sei jedenfalls dann in Verkehr gebracht worden, wenn sie auf das Kassenband ausgegeben worden sei. Ob die Packung zu einem früheren Zeitpunkt in Verkehr gebracht worden sei, müsse das vorlegende Gericht entscheiden.

37. Ich bin der Auffassung, dass eine Zigarettenpackung zu dem Zeitpunkt in Verkehr gebracht wird, zu dem sie mittels des in Rede stehenden Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird.

38. Nach Art. 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40 ist der Begriff des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen weit auszulegen. Damit ein Erzeugnis als in Verkehr gebracht anzusehen ist, genügt es, dass es für Verbraucher in der Union bereitgestellt wird (was folglich den Großhandel ausschließt).

39. Insbesondere ist, da Art. 2 Nr. 40 insoweit keinerlei Vorbehalte enthält, die Art und Weise, in der ein Erzeugnis für Verbraucher bereitgestellt wird, als irrelevant anzusehen. Daher wird ein Tabakerzeugnis, wenn es für Verbraucher mittels eines Verkaufsautomaten bereitgestellt wird, im Sinne dieser Bestimmung in Verkehr gebracht. Insoweit spielt es keine Rolle, dass das Europäische Parlament dem Vorschlag seines Rechtsausschusses nicht gefolgt ist, Art. 2 Nr. 40 dahin gehend zu ändern, dass „in Verkehr bringen“ bedeutet „Verbrauchern, die sich in der Union befinden, entgeltlich oder unentgeltlich Produkte bereit[zu]stellen, auch mittels Fernabsatz *oder durch Verkaufsautomaten ...*“¹⁶. Ein Grund dafür, dass dieser Vorschlag nicht übernommen wurde, könnte darin bestehen, dass er so verstanden werden kann, als impliziere er, dass ein Verkauf von Tabakerzeugnissen mittels Verkaufsautomaten zulässig sei, obgleich diese Frage, wie oben in Nr. 28 dargelegt, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/40 fällt.

40. Darüber hinaus ist nach Art. 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40 davon auszugehen, dass ein Erzeugnis in Verkehr gebracht wird, wenn es „entgeltlich oder unentgeltlich“ für Verbraucher bereitgestellt wird. Folglich werden Tabakerzeugnisse, die unentgeltlich für Verbraucher bereitgestellt werden, im Sinne dieser Bestimmung in Verkehr gebracht (vorausgesetzt natürlich, die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen ist zulässig, was nur dann der Fall ist, wenn sie weder mit dem Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten mit grenzüberschreitender Wirkung im Zusammenhang steht noch direkt oder indirekt die Wirkung hat, den Verkauf solcher Erzeugnisse zu fördern)¹⁷. Es ist mit anderen Worten nicht erforderlich, dass Tabakerzeugnisse zum Verkauf bereitgestellt werden. Es genügt, dass sie zum Verbrauch bereitgestellt werden. Daraus folgt, dass bei Tabakerzeugnissen, die zum Verkauf bereitgestellt werden, davon auszugehen ist, dass sie vor ihrem Kauf und ihrer Bezahlung in Verkehr gebracht werden.

41. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den vorstehenden Nrn. 39 und 40, dass die Zigarettenpackung in Verkehr gebracht wird, sobald sie mittels des in Rede stehenden Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird, und nicht erst dann, wenn sie bezahlt wird und die tatsächliche Sachherrschaft an ihr vom Verkäufer auf den Kunden übergeht.

¹⁶ Vgl. Stellungnahme des Rechtsausschusses vom 25. Juni 2013 im Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen vom 24. Juli 2013 (Änderungsantrag 22 auf S. 304).

¹⁷ Gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen (ABl. 2003, L 152, S. 16).

42. Daher ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass bei einem Tabakerzeugnis, das mittels eines Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird, der vom Kunden in Gang gesetzt werden muss, damit das Erzeugnis vor dem Bezahlvorgang auf das Kassenband ausgegeben wird, davon auszugehen ist, dass es dann im Sinne von Art. 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40 in Verkehr gebracht wird, wenn es mittels des Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird, und nicht dann, wenn es bezahlt wird und die tatsächliche Sachherrschaft an dem Erzeugnis vom Verkäufer auf den Kunden übergeht.

B. Zweite Vorlagefrage

43. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob sich das in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40 aufgestellte Verbot, die erforderlichen Warnhinweise durch „sonstige Gegenstände“ zu verdecken, darauf erstreckt, dass die gesamte Verpackung, auf der die Warnhinweise angebracht sind, verdeckt wird, weil die Zigarettensackpackung nicht sichtbar ist, solange sie sich im Verkaufsautomaten befindet.

44. Gemäß Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40 dürfen die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf einer Packung und der Außenverpackung nicht „teilweise oder vollständig durch Steuerzeichen, Preisaufkleber, Sicherheitsmerkmale, Hüllen, Taschen, Schachteln *oder sonstige Gegenstände* verdeckt oder getrennt“ werden¹⁸, wenn die Tabakerzeugnisse in Verkehr gebracht werden.

45. Insoweit macht JS geltend, dass kein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2014/40 vorliege, wenn die erforderlichen Warnhinweise auf einer Packung verdeckt seien, weil sich diese Packung in einem Verkaufsautomaten befinde und nicht sichtbar sei. Ein Verkaufsautomat sei kein „Gegenstand“, der die erforderlichen Warnhinweise im Sinne dieser Bestimmung verdecke. Zu solchen „Gegenständen“ könnten nur Dinge gehören, die die Integrität der erforderlichen Warnhinweise beeinträchtigten, nicht aber Dinge, die dem Verkauf von Tabakerzeugnissen dienten.

46. Die Kommission trägt vor, im Licht ihrer Antworten auf die dritte und die vierte Vorlagefrage müsse die zweite Frage nicht geprüft werden. Sollte der Gerichtshof der von ihr befürworteten Auslegung von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 nicht zustimmen, müsse er jedoch zu dem Ergebnis kommen, dass der in Rede stehende Verkaufsautomat nicht als ein die erforderlichen Warnhinweise verdeckender „Gegenstand“ im Sinne von Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie angesehen werden könne. Es gebe keinen Grund, diese Bestimmung in der Weise weit auszulegen, dass ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 3 allein deshalb vorliege, weil im Einzelhandel verkaufte Tabakerzeugnisse dort nicht präsentiert würden. Die Wirksamkeit der erforderlichen Warnhinweise könne mit anderen Mitteln sichergestellt werden, z. B. dadurch, dass die Warenauswahltasten den Vorgaben von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 entsprächen.

47. Meines Erachtens erfasst das Verbot in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40, die erforderlichen Warnhinweise „durch sonstige Gegenstände“ zu verdecken, nicht den Fall, dass die gesamte Verpackung von Tabakerzeugnissen verdeckt ist, während sie sich in einem Verkaufsautomaten befinden.

¹⁸ Hervorhebung nur hier.

48. Erstens bestimmt Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40, dass *die erforderlichen Warnhinweise* auf den Packungen und der Außenverpackung von Tabakerzeugnissen nicht teilweise oder vollständig verdeckt sein dürfen. Er bestimmt nicht, dass *die Packungen*, auf denen sich diese Warnhinweise befinden, in Einzelhandelsgeschäften nicht verdeckt sein dürfen (um die vollständige Sichtbarkeit der Warnhinweise sicherzustellen)¹⁹.

49. Zweitens soll durch Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40, soweit er bestimmt, dass die erforderlichen Warnhinweise „unablösbar aufgedruckt“, „unverwischbar“ und nicht „teilweise“ „verdeckt oder getrennt“ sind, sichergestellt werden, dass die Integrität der erforderlichen Warnhinweise nicht beeinträchtigt wird. Das Vorrätighalten von Packungen, auf denen diese Warnhinweise angebracht sind, in einem Verkaufsautomaten wirkt sich auf die Integrität der Warnhinweise nicht aus.

50. Drittens verbietet Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40 nicht lediglich, dass die erforderlichen Warnhinweise verdeckt werden. Vielmehr bestimmt er konkret, dass die Warnhinweise nicht durch bestimmte Gegenstände verdeckt werden dürfen, und zwar durch „Steuerzeichen, Preisaufkleber, Sicherheitsmerkmale, Hüllen, Taschen, Schachteln *oder sonstige Gegenstände*“²⁰. Es ist klar, dass ein Verkaufsautomat keine bloße „Schachtel“ ist und erst recht keine Hülle oder Tasche. Meiner Ansicht nach fällt er auch nicht als „sonstiger Gegenstand“, der die erforderlichen Warnhinweise verdeckt, unter das Verbot in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40. Dass in dieser Bestimmung die „sonstigen Gegenstände“ nicht definiert werden, bedeutet nämlich nicht, dass *alles*, was die Warnhinweise verdeckt, unter das Verbot fällt. Die beispielhaft aufgezählten Gegenstände deuten vielmehr darauf hin, dass die „sonstigen Gegenstände“ entweder auf der Verpackung des in Rede stehenden Tabakerzeugnisses angebracht sein müssen (wie Steuerzeichen, Preisaufkleber oder Sicherheitsmerkmale) oder selbst die Verpackung einschließlich der in Art. 2 Nr. 29 der Richtlinie 2014/40 definierten „Außenverpackung“ (oder ein Bestandteil davon) sein müssen (wie Hüllen, Taschen oder Schachteln). Bei einem Verkaufsautomaten ist das nicht der Fall, denn er kann nicht als Verpackung angesehen werden, da er (anders als Hüllen, Taschen oder Schachteln) nicht dazu dient, eine oder mehrere Packungen von Tabakerzeugnissen zu umhüllen oder auch zu lagern, sondern dazu, diese Erzeugnisse zum Verkauf bereitzustellen.

51. Viertens steht die oben in Nr. 47 vorgeschlagene Auslegung von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40 im Einklang mit internationalem Recht. Ich sollte erwähnen, dass die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten Parteien des am 21. Mai 2003 in Genf unterzeichneten Rahmenübereinkommens der Weltgesundheitsorganisation zur Eindämmung des Tabakkonsums (im Folgenden: FCTC) sind, dessen Bestimmungen für sie bindend sind²¹. In Art. 11 Abs. 1 des FCTC heißt es: „Jede Vertragspartei beschließt ... wirksame Maßnahmen ... und führt solche Maßnahmen durch, um sicherzustellen, dass ... b) auf jeder Packung und Verpackung von Tabakerzeugnissen und auf jeder Außenverpackung und Etikettierung dieser Erzeugnisse außerdem gesundheitsrelevante Warnhinweise angebracht sind, die auf die schädlichen Auswirkungen des Tabakgebrauchs hinweisen ...“ Ferner sollte ich erwähnen, dass die Vertragsparteien des FCTC Leitlinien für die Umsetzung dieses Übereinkommens angenommen haben, die, auch wenn sie nicht bindend sind, gleichwohl maßgeblichen Einfluss

¹⁹ Die gegenteilige Herangehensweise – also die Einführung von Beschränkungen oder eines vollständigen Verbots der Präsentation von Tabakerzeugnissen an Verkaufsstellen – wurde im Rahmen der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2014/40 in Betracht gezogen (und verworfen). Vgl. hierzu Teil 1 Abschnitt 4.1 der Folgenabschätzung zur Richtlinie 2014/40 (S. 50) und die RAND-Studie (S. 227 und 233).

²⁰ Hervorhebung nur hier.

²¹ Vgl. siebter Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/40. Vgl. auch Art. 1 der Richtlinie, in dem es heißt, dass die Richtlinie darauf abzielt, dass „die *Verpflichtungen* der Union im Rahmen des [FCTC] eingehalten werden“ (Hervorhebung nur hier).

auf den Inhalt der von der Europäischen Union im betreffenden Bereich erlassenen Regeln ausüben sollen²². Nach Nr. 10 der Leitlinien für die Umsetzung von Art. 11 des Rahmenübereinkommens der Weltgesundheitsorganisation zur Eindämmung des Tabakkonsums (im Folgenden: Leitlinien für die Umsetzung von Art. 11 des FCTC) sollten „[d]ie Vertragsparteien ... gewährleisten, dass gesundheitsrelevante Warnhinweise ... nicht durch andere vorgeschriebene Verpackungs- und Etikettierungskennzeichen oder durch kommerzielle Bei- und Anlagen“ oder durch „andere Kennzeichen, z. B. Steuermarken, sowie ... Kennzeichnungen gemäß den Anforderungen aus Artikel 15 des Übereinkommens“ verdeckt werden. Somit sind nach Nr. 10 der Leitlinien für die Umsetzung von Art. 11 des FCTC die einzigen Elemente, die die gesundheitsbezogenen Warnhinweise nicht verdecken sollten, (i) „andere vorgeschriebene Verpackungs- und Etikettierungskennzeichen“²³, einschließlich der nach Art. 15 des FCTC vorgeschriebenen Kennzeichnungen²⁴, und (ii) „kommerzielle Bei- und Anlagen“²⁵. Ein Verkaufsautomat gehört eindeutig zu keiner dieser Kategorien. Desgleichen bestimmt Nr. 54 dieser Leitlinien, dass die „Vertragsparteien sicherstellen [sollten], dass anhaftende Beschriftungen, Aufkleber, Kästchen, Einbände, Manschetten, Umhüllungen und Werbebeilagen und -anlagen der Tabakhersteller die gesundheitsrelevanten Warnhinweise und Aussagen nicht unleserlich machen, überdecken oder untergraben“. Wiederum lässt sich ein Verkaufsautomat unter keinen dieser Begriffe subsumieren. Sämtliche Gegenstände, die nach den Nrn. 10 und 54 der Leitlinien für die Umsetzung von Art. 11 des FCTC die gesundheitsbezogenen Warnhinweise nicht verdecken dürfen, können auf der Innen- oder Außenseite einer Packung angebracht oder befestigt werden.

52. Die Antwort auf die zweite Vorlagefrage sollte daher lauten, dass das Verbot in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40, die erforderlichen Warnhinweise durch „sonstige Gegenstände“ zu verdecken, nicht den Fall erfasst, dass die gesamte Verpackung eines Tabakerzeugnisses verdeckt ist, weil es in einem Verkaufsautomaten für den Verbraucher nicht sichtbar vorrätig gehalten wird.

C. Dritte Vorlagefrage

53. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob ein Bild, das kein getreues Abbild der Originalverpackung ist, vom Verbraucher aber aufgrund seiner Gestaltung hinsichtlich Umrissen, Proportionen, Farben und Markenlogo mit einer Tabakverpackung assoziiert wird, ein Bild einer Packung im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 darstellt.

54. JS trägt vor, dies sei zu verneinen. Seiner Ansicht nach fällt die Frage, ob die Bilder von Zigarettenmarken auf den Auswahl Tasten des in Rede stehenden Verkaufsautomaten als Bilder von Packungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 anzusehen sind, nicht in deren Anwendungsbereich, da sie nach ihrem 48. Erwägungsgrund die nationalen Vorschriften über die heimische Werbung nicht harmonisiere. Solche Bilder von Zigarettenmarken stellten jedenfalls

²² Urteil vom 4. Mai 2016, Polen/Parlament und Rat (C-358/14, EU:C:2016:323, Rn. 47).

²³ Namentlich die „Angaben zu den relevanten Bestandteilen und Emissionen von Tabakerzeugnissen“, die auf jeder Packung und Außenverpackung von Tabakerzeugnissen angebracht sein müssen (vgl. Art. 11 Abs. 2 des FCTC).

²⁴ Die nach Art. 15 des FCTC vorgeschriebenen Kennzeichnungen sollen den illegalen Handel mit Tabakerzeugnissen unterbinden. Ihre Entsprechung finden sie im Rahmen der Richtlinie 2014/40 in dem individuellen Erkennungsmerkmal und dem Sicherheitsmerkmal, die in ihren Art. 15 und 16 geregelt sind.

²⁵ Hinzuzufügen ist, dass der Begriff „Anlage“ in Nr. 6 der Leitlinien für die Umsetzung von Art. 11 des FCTC definiert wird als „jede Mitteilung, die außen auf einer Einzelverpackung bzw. einem Karton angebracht ist, der von Verbrauchern im Einzelhandel gekauft wird ...“

keine Bilder von Zigarettenpackungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 dar. Sie seien vielmehr Teil des Verkaufsvorgangs, da sie den Verbrauchern die Auswahl der Zigarettenmarke ermöglichten, die sie zu erwerben wünschten.

55. Die Kommission meint hingegen, die dritte Frage sei zu bejahen. Ihrer Auffassung nach ist der Begriff der Bilder von Packungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 weit auszulegen und erfasst jede Abbildung einer Zigarettenpackung. Dies ergebe sich aus der Verwendung des Wortes „image“ in der englischen und der französischen Sprachfassung, aus dem Erfordernis, dem Verbraucher bei der Kennzeichnung von Nahrungsmitteln die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen, damit er in voller Kenntnis der Tatsachen eine Wahl treffen könne, und ihn vor irreführenden Angaben zu schützen, aus dem Ziel, im Einklang mit Art. 168 Abs. 1 AEUV ein hohes Schutzniveau für die menschliche Gesundheit sicherzustellen, und aus dem Umstand, dass der Verbraucher die erforderlichen Warnhinweise sonst erst nach der Ausgabe der Zigarettenpackung auf das Kassenband sehen würde.

56. Meines Erachtens sind Bilder von Zigarettenmarken, die keine getreuen Abbilder von Packungen sind, vom Durchschnittsverbraucher aber aufgrund ihrer Gestaltung mit einer Tabakverpackung assoziiert werden, als Bilder von Packungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 anzusehen.

57. Wie oben in Nr. 2 erwähnt, sieht Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 vor, dass „Bilder von Packungen und Außenverpackungen, die für Verbraucher ... bestimmt sind“, den Bestimmungen von Titel II Kapitel II der Richtlinie genügen müssen, d. h., sie müssen insbesondere die erforderlichen Warnhinweise tragen. Was unter Bildern von Packungen und Außenverpackungen zu verstehen ist, wird allerdings weder in Art. 8 Abs. 8 noch in anderen Bestimmungen der Richtlinie definiert.

58. Nach der Rechtsprechung sind Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die im Unionsrecht nicht definiert werden, anhand ihres Sinns nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Kontexts, in dem sie verwendet werden, und der mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgten Ziele zu bestimmen²⁶.

59. Erstens erfasst der Begriff „Bild“ im gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht nur die Wiedergabe oder das Abbild einer Person oder Sache, sondern auch die Reproduktion oder Nachahmung der Form einer Person oder Sache. Dies deutet darauf hin, dass der Begriff des Bildes im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 getreue Abbildungen von Packungen oder Außenverpackungen von Tabakerzeugnissen erfasst, aber nicht nur diese, und dass er sich insbesondere nicht auf Fotografien beschränkt. Das trifft nicht nur auf das englische Wort „image“ zu, sondern auch auf das französische Wort „image“, das italienische Wort „illustrazione“ und das deutsche Wort „Bild“, die in den entsprechenden Sprachfassungen von Art. 8 Abs. 8 verwendet werden.

60. Zweitens bestehen nach der englischen Sprachfassung von Art. 10 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2014/40 die kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise, die jede Packung und Außenverpackung von Rauchtabakerzeugnissen tragen muss, aus einem textlichen Warnhinweis und einem „corresponding colour photograph“. In Art. 2 Nr. 33 der Richtlinie, in dem der Begriff der kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweise definiert wird, werden die Worte „photograph or illustration“ verwendet. Für die Bezugnahme auf eine Fotografie wird daher in

²⁶ Urteil vom 22. April 2021, Austrian Airlines (C-826/19, EU:C:2021:318, Rn. 22).

Art. 2 Nr. 33 und in Art. 10 Abs. 1 Buchst. a nicht der in Art. 8 Abs. 8 herangezogene Begriff „image“ verwendet, sondern ein anderes Wort („photograph“ oder „illustration“). Das deutet darauf hin, dass der Begriff „image“ im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 nicht auf Fotografien von Packungen beschränkt ist. Das Gleiche gilt für die französische Sprachfassung von Art. 2 Nr. 33 und Art. 10 Abs. 1 Buchst. a, in denen die Worte „photo ou ... illustration“ und „photographie“ verwendet werden und nicht wie in Art. 8 Abs. 8 das Wort „image“, sowie für die deutsche Sprachfassung von Art. 2 Nr. 33 und Art. 10 Abs. 1 Buchst. a, in denen die Worte „Fotografie oder Illustration“ und „Farbfotografie“ verwendet werden und nicht, wie in Art. 8 Abs. 8, das Wort „Bild“. Die italienische Sprachfassung, in deren Art. 2 Nr. 33 und Art. 10 Abs. 1 Buchst. a die Worte „fotografia o ... illustrazione“ und „fotografia“ verwendet werden, in Art. 8 Abs. 8 hingegen das Wort „illustrazione“, ist insoweit weniger aussagekräftig. Gleichwohl scheinen in diesen verschiedenen Sprachfassungen von Art. 2 Nr. 33 und Art. 10 Abs. 1 Buchst. a insgesamt gesehen eines oder mehrere andere Worte verwendet zu werden, wenn sie sich auf eine reine Fotografie beziehen.

61. Drittens steht meines Erachtens eine weite Auslegung des Begriffs der Bilder von Packungen oder Außenverpackungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40, wonach er nicht nur getreue Abbildungen von Packungen erfasst, sondern auch Bilder, die Verbraucher mit Tabakverpackungen assoziieren, im Einklang mit den Zielen der Richtlinie und speziell dem Ziel ihres Art. 8.

62. Nach der Rechtsprechung wird mit der Richtlinie 2014/40 das doppelte Ziel verfolgt, ausgehend von einem hohen Schutzniveau der menschlichen Gesundheit, besonders für junge Menschen, das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse zu erleichtern²⁷. Wie das vorlegende Gericht ausführt, kann ein Bild, das der Verbraucher mit einer Tabakverpackung assoziiert, in gleicher Weise wie ein getreues Abbild einen Kaufimpuls auslösen. Dieser Impuls kann durch die erforderlichen Warnhinweise bekämpft werden. Daher würde eine weite Auslegung des Begriffs der Bilder von Packungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8, wonach er sich auch auf Bilder erstreckt, die Verbraucher mit Tabakverpackungen assoziieren, es ermöglichen, auf solchen Bildern Warnhinweise anzubringen, so dass Verbraucher vom Kauf von Tabakerzeugnissen abgehalten würden und der Schutz der menschlichen Gesundheit verbessert würde.

63. Das Ziel von Art. 8 Abs. 8 besteht meines Erachtens darin, eine Umgehung der in Art. 8 Abs. 1 vorgesehenen Regelung zu verhindern. Art. 8 Abs. 1 legt nämlich fest, dass auf jeder Packung eines Tabakerzeugnisses die erforderlichen Warnhinweise angebracht sein müssen. Art. 8 Abs. 3 stellt die Wirksamkeit dieser Vorschrift durch das Verbot sicher, die Warnhinweise zu verdecken oder zu unterbrechen. Art. 8 Abs. 8 betrifft u. a. den Fall, dass ein Einzelhändler versucht, jede Präsentation der erforderlichen Warnhinweise an der Verkaufsstelle dadurch zu vermeiden, dass er statt der Packungen mit den Warnhinweisen Bilder solcher Packungen ohne Warnhinweise zeigt. Indem Art. 8 Abs. 8 verlangt, dass auch die Bilder von Tabakverpackungen Warnhinweise aufweisen müssen, soll dies verhindert werden und damit – ähnlich wie mit Art. 8 Abs. 3 – die Wirksamkeit der Vorschrift in Art. 8 Abs. 1 sichergestellt werden. Eine weite Auslegung des Begriffs der Bilder von Tabakverpackungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8, wonach er sich auch auf Bilder erstreckt, die der Verbraucher mit Packungen von Tabakerzeugnissen assoziiert, würde

²⁷ Urteile vom 4. Mai 2016, Polen/Parlament und Rat (C-358/14, EU:C:2016:323, Rn. 80), vom 4. Mai 2016, Philip Morris Brands u. a. (C-547/14, EU:C:2016:325, Rn. 171 und 220), vom 17. Oktober 2018, Günter Hartmann Tabakvertrieb (C-425/17, EU:C:2018:830, Rn. 23), vom 30. Januar 2019, Planta Tabak (C-220/17, EU:C:2019:76, Rn. 38), und vom 22. November 2018, Swedish Match (C-151/17, EU:C:2018:938, Rn. 40).

die volle Wirksamkeit von Art. 8 Abs. 1 sicherstellen. Dies gilt umso mehr, als die Wirksamkeit von Art. 8 Abs. 1 im vorliegenden Fall nicht durch das in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 vorgesehene Verbot sichergestellt werden kann, wie ich oben in den Nrn. 47 bis 52 ausgeführt habe.

64. Viertens steht die oben in Nr. 56 vorgeschlagene Auslegung des Begriffs der Bilder von Packungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 im Einklang mit internationalem Recht. So bestimmt Art. 13 Abs. 4 des FCTC: „Als Mindestanforderung und in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ... b) verlangt jede Vertragspartei, dass jegliche Tabakwerbung und gegebenenfalls jegliche Förderung des Tabakverkaufs und jegliches Tabak sponsoring mit gesundheitsrelevanten oder sonstigen geeigneten Warnhinweisen oder Aussagen verbunden sind.“ Der Begriff „Tabakwerbung und Förderung des Tabakverkaufs“ wird in Art. 1 Buchst. c des FCTC definiert als „jede Form der kommerziellen Kommunikation, Empfehlung oder Handlung mit dem Ziel, der Wirkung oder der wahrscheinlichen Wirkung, ein Tabakerzeugnis oder den Tabakgebrauch unmittelbar oder mittelbar zu fördern“. Nach Nr. 14 der Leitlinien für die Durchführung von Art. 13 des Rahmenübereinkommens der Weltgesundheitsorganisation zur Eindämmung des Tabakkonsums (im Folgenden: Leitlinien für die Durchführung von Art. 13 des FCTC) stellen „Verkaufsautomaten ... allein durch ihre Gegenwart ein Mittel zur Werbung oder Verkaufsförderung gemäß dem Wortlaut des Übereinkommens [dar]“²⁸. Daraus folgt, dass Tabakverkaufsautomaten als eine Form der Werbung für Tabak gemäß Art. 13 Abs. 4 Buchst. b des FCTC mit gesundheitsrelevanten Warnhinweisen „verbunden“ sein, diese also tragen, müssen²⁹.

65. Daher bin ich der Ansicht, dass sich der Begriff der Bilder von Packungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 nicht auf getreue Abbilder solcher Packungen beschränken darf, sondern auch auf Bilder erstrecken muss, die der Durchschnittsverbraucher mit Packungen von Tabakerzeugnissen assoziiert. Wie das vorlegende Gericht ausführt, ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Bild mit einer Packung assoziiert werden kann, seine Gestaltung hinsichtlich Umrissen, Proportionen, Farben und Markenlogo zu berücksichtigen.

66. Ob im vorliegenden Fall die Bilder von Zigarettenmarken auf den Auswahl-tasten des in Rede stehenden Verkaufsautomaten Bilder darstellen, die ein Durchschnittsverbraucher aufgrund ihrer Gestaltung mit Packungen von Tabakerzeugnissen assoziiert, ist eine Tatsachenfrage, die das vorlegende Gericht zu klären hat.

67. Daher sollte die Antwort auf die dritte Vorlagefrage lauten, dass der Begriff „Bilder von Packungen und Außenverpackungen“ von Tabakerzeugnissen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 nicht nur Bilder erfasst, die getreue Abbilder von Packungen oder

²⁸ Ich möchte außerdem auf den vierten Aufzählungspunkt der Anlage zu diesen Leitlinien („Exemplarische [nicht erschöpfende] Auflistung der Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring gemäß den Bestimmungen des Übereinkommens“) hinweisen, in dem „Tabakverkaufsautomaten“ aufgeführt sind.

²⁹ Es stimmt zwar, dass es im letzten Satz von Nr. 40 der Leitlinien für die Durchführung von Art. 13 des FCTC heißt: „Um ihre Wirksamkeit zu maximieren, sollten die in Artikel 13 Abs. 4 Buchst. b des Übereinkommens vorgeschriebenen Warnhinweise und sonstigen Aussagen *vereinbar mit* den Warnhinweisen und sonstigen Aussagen auf der Verpackung sein, die das Übereinkommen in Artikel 11 vorgeschrieben hat“ (Hervorhebung nur hier). Dies deutet darauf hin, dass die gesundheitsbezogenen Warnhinweise, die nach Art. 13 Abs. 4 Buchst. b des FCTC auf Zigarettenautomaten angebracht sein müssen, nicht mit den gesundheitsbezogenen Warnhinweisen *identisch* sein müssen, die sich gemäß Art. 11 Abs. 1 Buchst. b des FCTC auf Packungen und Außenverpackungen von Tabakerzeugnissen befinden müssen. In Art. 13 Abs. 4 Buchst. b des FCTC und Nr. 14 der Leitlinien für die Durchführung von Art. 13 des FCTC wird jedoch klargestellt, dass auf Tabakverkaufsautomaten gesundheitsbezogene Warnhinweise jedenfalls in *irgendeiner Form* angebracht sein müssen.

Außenverpackungen sind, sondern sich auch auf Bilder erstreckt, die ein Durchschnittsverbraucher aufgrund ihrer Gestaltung hinsichtlich Umrissen, Proportionen, Farben und Markenlogo mit Packungen oder Außenverpackungen assoziiert.

D. Vierte Vorlagefrage

68. Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, ob ein unter Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 fallendes Bild einer Zigarettenpackung, das nicht die erforderlichen Warnhinweise trägt, gleichwohl den Anforderungen dieser Bestimmung genügt, wenn der Verbraucher vor dem Erwerb der Packung Gelegenheit hat, die Warnhinweise wahrzunehmen.

69. Wie im Vorlagebeschluss dargelegt wird, kam das Oberlandesgericht München zu dem Ergebnis, dass Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 die Verwendung der Bilder von Zigarettenpackungen ohne die erforderlichen Warnhinweise nur verbiete, wenn diese Bilder vor dem Abschluss des Kaufvertrags anstelle der Packungen präsentiert würden. Das vorlegende Gericht hat Zweifel, ob dem Oberlandesgericht München zugestimmt werden kann.

70. JS trägt vor, selbst wenn die Bilder von Zigarettenmarken auf den Auswahlkosten des in Rede stehenden Verkaufsautomaten als Bilder von Packungen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 anzusehen wären, läge kein Verstoß gegen diese Bestimmung vor, da der Verbraucher die erforderlichen Warnhinweise wahrnehme, wenn ihm die Packung ausgehändigt werde. Überdies werde er die Warnhinweise jedes Mal wahrnehmen, wenn er eine Zigarette rauche.

71. Die Kommission vertritt den gegenteiligen Standpunkt.

72. Ich bin der Auffassung, dass es in Fällen, in denen ein unter Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 fallendes Bild einer Zigarettenpackung nicht die erforderlichen Warnhinweise trägt, keine Rolle spielt, ob der Verbraucher vor dem Kauf der Packung Gelegenheit hat, die Warnhinweise wahrzunehmen.

73. Erstens wird in Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 die Grundregel aufgestellt, dass Bilder von Packungen den Bestimmungen von Titel II Kapitel II der Richtlinie genügen und insbesondere die erforderlichen Warnhinweise tragen müssen. Für diese Regel gibt es keine Voraussetzungen oder Einschränkungen. Daher untersagt Art. 8 Abs. 8 die *Verwendung* von Bildern ohne die erforderlichen Warnhinweise unabhängig von einem Verkaufsvorgang. Es genügt, dass die Bilder „für Verbraucher ... bestimmt sind“, was bei Bildern, die wie hier in einem Supermarkt verwendet werden, zweifelsohne der Fall ist.

74. Zweitens kann dem nicht entgegengehalten werden, dass Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 lediglich eine Umgehung von Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie verhindern solle, wonach auf jeder Zigarettenpackung die erforderlichen Warnhinweise angebracht sein müssten, so dass kein Verstoß gegen die erstgenannte Bestimmung vorliege, wenn die Warnhinweise vom Verbraucher wahrgenommen werden könnten, bevor er die Zigarettenpackung kaufe. Dies wäre mit dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 8 unvereinbar, der – wie gesagt – keine solche Ausnahme von der dort aufgestellten Regel vorsieht. Mit anderen Worten soll Art. 8 Abs. 8 nicht nur, wie oben in Nr. 63 erläutert, eine Umgehung von Art. 8 Abs. 1 verhindern, sondern er soll die in dieser Bestimmung enthaltene Vorschrift auch ergänzen.

75. Die Antwort auf die vierte Vorlagefrage sollte daher lauten, dass in Fällen, in denen ein Bild einer Packung oder Außenverpackung eines Tabakerzeugnisses im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 nicht die in Titel II Kapitel II der Richtlinie vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise trägt, ein Verstoß gegen diese Bestimmung auch dann vorliegt, wenn der Verbraucher vor dem Erwerb des Erzeugnisses Gelegenheit hat, die mit den Warnhinweisen versehene Packung oder Außenverpackung wahrzunehmen.

IV. Ergebnis

76. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Bundesgerichtshof (Deutschland) vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

1. Bei einem Tabakerzeugnis, das mittels eines Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird, der vom Kunden in Gang gesetzt werden muss, damit das Erzeugnis vor dem Bezahlvorgang auf das Kassenband ausgegeben wird, ist davon auszugehen, dass es dann im Sinne von Art. 2 Nr. 40 der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG in Verkehr gebracht wird, wenn es mittels des Verkaufsautomaten zum Verkauf angeboten wird, und nicht dann, wenn es bezahlt wird und die tatsächliche Sachherrschaft an dem Erzeugnis vom Verkäufer auf den Kunden übergeht.
2. Das Verbot in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40, die erforderlichen Warnhinweise durch „sonstige Gegenstände“ zu verdecken, erfasst nicht den Fall, dass die gesamte Verpackung eines Tabakerzeugnisses verdeckt ist, weil es in einem Verkaufsautomaten für den Verbraucher nicht sichtbar vorrätig gehalten wird.
3. Der Begriff „Bilder von Packungen und Außenverpackungen“ von Tabakerzeugnissen im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 erfasst nicht nur Bilder, die getreue Abbilder von Packungen oder Außenverpackungen sind, sondern erstreckt sich auch auf Bilder, die ein Durchschnittsverbraucher aufgrund ihrer Gestaltung hinsichtlich Umrissen, Proportionen, Farben und Markenlogo mit Packungen oder Außenverpackungen assoziiert.
4. In Fällen, in denen ein Bild einer Packung oder Außenverpackung eines Tabakerzeugnisses im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40 nicht die in Titel II Kapitel II der Richtlinie vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise trägt, liegt ein Verstoß gegen diese Bestimmung auch dann vor, wenn der Verbraucher vor dem Erwerb des Erzeugnisses Gelegenheit hat, die mit den Warnhinweisen versehene Packung oder Außenverpackung wahrzunehmen.