

**Verfassungsrechtliche Stellungnahme
zur Unverhältnismäßigkeit des vorgeschlagenen
gesetzlichen Verbots der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse**

erstellt im Auftrag des Fachverband Aussenwerbung e.V. (FAW)

A. Sachverhalt

Mit dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse („**TEG-RefE**“)¹ sollen die Vorgaben der Tabakrichtlinie 2014/40/EU² in nationales Recht umgesetzt werden. Ein weiterer Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft eines Ersten Änderungsgesetzes des Tabakerzeugnisgesetzes („**ÄndG-RefE**“)³ geht über die EU-Vorgaben hinaus und enthält zusätzliche Regelungen zu Tabak- und verwandten Erzeugnissen. 1

Der ÄndG-RefE sieht insbesondere ein Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter vor („**Tabak-Außenwerbeverbot**“) (§ 20a ÄndG-RefE). Tabakwerbung wäre damit nur noch in den von § 19 Abs. 2 und 3 TEG-RefE genannten Ausnahmefällen sowie am Ort des Verkaufs⁴ erlaubt. 2

Deutschland ist weder aufgrund der Tabakrichtlinie 2014/40/EU noch aufgrund anderer gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben gehalten oder verpflichtet, Tabak-Außenwerbung zu verbieten. Eine entsprechende Verpflichtung besteht auch nicht aufgrund des Rahmenübereinkommens der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs vom 21. Mai 2003 („**WHO-Tabakrahmenübereinkommen**“), dem die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist. Die Verpflichtungen des Art. 13 Abs. 2–4 WHO-Tabakrahmenübereinkommens stehen unter dem Vorbehalt der Übereinstimmung mit der nationalen Verfassung und ihren Grundsätzen. Entsprechend hat Deutschland in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz und den verfas- 3

¹ Bearbeitungsstand 29.10.2015.

² 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.

³ Bearbeitungsstand 04.11.2015.

⁴ Vgl. ÄndG-RefE, S. 10.

sungsrechtlichen Grundsätzen Tabak-Außenwerbung innerhalb des Umsetzungszeitraums des WHO-Tabakrahmenübereinkommens von fünf Jahren nach dessen Inkrafttreten im März 2005 nicht verboten. Die Umsetzung des WHO-Tabakrahmenübereinkommens wird auch im jüngsten Umsetzungsbericht von 2014⁵ als im Rahmen des Grundgesetzes umfassend erachtet (dazu auch Rn. 29).

B. Ergebnis

An der Verfassungsmäßigkeit des vorgeschlagenen Tabak-Außenwerbeverbots bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Das Tabak-Außenwerbeverbot ist neben den bestehenden Beschränkungen der Tabakwerbung nicht erforderlich, beschränkt unverhältnismäßig die Berufs- und Meinungsfreiheit der Tabak- und Werbeunternehmen und ist nicht durch das Anliegen der Stärkung des Gesundheits- und Jugendschutzes gerechtfertigt.

4

C. Verfassungsrechtliche Bewertung

I. Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG)

1. Eingriff in die Berufsfreiheit der Werbeunternehmen und der Tabakunternehmen (Händler und Produzenten)

- a) Das Tabak-Außenwerbeverbot greift in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) der Werbeunternehmen ein.

5

Werben zu können ist für Werbeunternehmen der Kern ihres Berufs. Zu den Tätigkeiten der Werbebranche zählen u.a. die Auswahl und Gestaltung der Werbemittel, die Art ihrer Verbreitung sowie die Möglichkeit, sie für Produkte anderer Unternehmen einzusetzen. Das Tabak-Außenwerbeverbot würde diese Tätigkeiten im Sinne einer Berufsausübungsregelung⁶ beschränken, da es Außenwerbung für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter verbietet. Diese Beschränkung der Berufsausübung wiegt besonders schwer, da bei Werbeunternehmen eine besonders intensive Beziehung zwischen Werbung und Beruf besteht⁷ und zugleich durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Rechte beeinträchtigt werden (dazu unten Rn. 31 ff.).

6

⁵ Umsetzungsbericht der Bundesregierung zum WHO-Tabakrahmenübereinkommen (*Reporting Instrument of the WHO Framework Convention on Tobacco Control*) vom 26. Februar 2014, S. 35.

⁶ Vgl. BVerfGE 30, 336 (350 f.)

⁷ Vgl. schon *Eichmann*, GRUR 1964, 57, 65.

- b) Das Tabak-Außenwerbeverbot greift ferner in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) der Tabakunternehmen (Händler und Produzenten) ein. 7

Art. 12 Abs. 1 GG schützt jede Tätigkeit, die mit dem ausgeübten Beruf zusammenhängt, einschließlich der Außendarstellung und Werbung, die der Förderung des unternehmerischen Erfolgs dient.⁸ Staatliche Maßnahmen, die die geschäftliche oder berufliche Werbung beschränken, sind Regelungen der Berufsausübung.⁹ Aufgrund der – hier sehr weitreichenden – Beschränkung des werbenden Kontakts mit potentiellen Kunden und Verbrauchern und der damit einhergehenden Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) auch dieser Unternehmen (dazu unten Rn. 31 ff.), hat das Tabak-Außenwerbeverbot eine besonders hohe Eingriffsqualität. 8

2. Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit

Das Tabak-Außenwerbeverbot des § 20a ÄndG-RefE ist unverhältnismäßig. Es ist nicht durch Erwägungen des Gesundheits- und Jugendschutzes und das Anliegen, die Raucherquote insbesondere unter Jugendlichen weiter zu senken,¹⁰ gerechtfertigt. Angesichts der zahlreichen schon bestehenden gesetzlichen Maßnahmen und der effektiven Selbstverpflichtungen der Tabakindustrie und der Außenwerbeunternehmen ist ein allgemeines Tabak-Außenwerbeverbot nicht erforderlich (a)). Das Tabak-Außenwerbeverbot ist zudem unangemessen. Die Grenze der Zumutbarkeit ist angesichts der Schwere des Eingriffs und der nur mittelbaren, zudem nicht erwiesenen Auswirkung der Tabakwerbung auf die Schutzgüter nicht mehr gewahrt (b)). 9

- a) Es bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel an der Erforderlichkeit eines Tabak-Außenwerbeverbots. Eine Maßnahme ist nur dann erforderlich, wenn keine mildereren, gleich effektiven Mittel zur Verfügung stehen. 10
- (1) Das Ziel des Gesundheits- und Jugendschutzes wird in Deutschland durch präventive, die betroffenen Tabak- und Werbeunternehmen weniger einschneidend belastende Maßnahmen effektiv gefördert, insbesondere durch die Pflichten zum Abdruck von Warnhinweisen sowie Aufklärungsaktionen, besonders auch für Heranwachsende und Jugendliche. Hinzu kommen das bestehende Rauchverbot u.a. in zahlreichen sozialen und staatlichen Einrichtungen sowie die nun anstehende Umsetzung der Tabakrichtlinie 2014/40/EU. 11

⁸ BVerfGE 94, 372 (389).

⁹ BVerfGE 85, 248, 256; 71, 162 (172).

¹⁰ ÄndG-RefE, S. 13.

Indiz für den schon bestehenden effektiven Schutz ist der signifikante Rückgang des Tabakkonsums in Deutschland – ohne umfassendes Werbeverbot – in den vergangenen Jahren. Dies betrifft alle Altersgruppen, besonders auch Heranwachsende und Jugendliche.¹¹ Der Anteil der rauchenden Jugendlichen hat sich seit 2001 um zwei Drittel verringert. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass sich dieser Trend – ohne Einführung eines Tabak-Außenwerbeverbots – umzukehren droht. 12

- (2) Zudem bekräftigen Erfahrungen nach der Einführung (partieller) Tabakwerbeverbote in mehreren Staaten (z.B. USA, Polen, Großbritannien), dass Tabakwerbung im Wesentlichen die Markenwahl, nicht aber die Gesamtnachfrage beeinflusst.¹² Die Wirkungen eines Tabak-Außenwerbeverbots auf die Gesamtnachfrage und damit für den Gesundheits- und Jugendschutz sind damit fraglich. 13

Die Ergebnisse der im ÄndG-RefE genannten Studien¹³ über den Zusammenhang zwischen Tabakwerbung und dem Anteil an jugendlichen Rauchern rechtfertigen das Tabak-Außenwerbeverbot nicht. Weitere Studien (z.T. derselben Autoren) bekräftigen, dass Rauchen bei Jugendlichen anders motiviert ist als durch (Außen-) Werbung, u.a. durch Einstellungen des unmittelbaren sozialen Umfelds zum Rauchen und sonstige Einstellungen und Verhaltensweisen (erhöhter Alkoholkonsum und „sensation seeking“).¹⁴ 14

- (3) Mittels Werbekodex¹⁵ haben sich Tabakunternehmen und der Deutsche Zigarettenverband Selbstbeschränkungen hinsichtlich Tabakwerbung auferlegt. Diese Selbstbeschränkungen tragen dem Gesundheits- und Jugendschutz in hohem Maße Rechnung, z.B. durch die Verpflichtungen, Tabakwerbung im Umkreis von 100 Metern von Kinder- und Jugendeinrichtungen zu unterlassen, Sportstätten und Verkehrsmittel von Tabakwerbung freizuhalten, für Tabak nicht mit Personen zu werben, die jünger als 30 Jahre wirken, Leuchtwerbemittel grundsätzlich nicht für 15

¹¹ Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, Mai 2015, S. 25, 28 f; Ergebnisse der Studie der BZgA „Rauchen bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen in Deutschland 2014“, S. 24.

¹² Vgl. auch BVerfGE 111, 366 (378): Es ist „gerade Zweck der Werbung [...], Kunden zu Lasten der Konkurrenz zu gewinnen“.

¹³ Hanewinkel/Issensee/Sargen/Morgenstern, Cigarette advertising and adolescent smoking, Am J Prev Med 2010; Morgenstern/Sargent/Issensee/Hanewinkel, From never do daily smoking in 30 month: the predictive value of tobacco and non-tobacco advertising exposure, BMJ Open 2013.

¹⁴ Morgenstern/Wiborg/Hanewinkel, Rauchen im Jugendalter – Geschlechtsunterschiede, Rolle des sozialen Umfelds, Zusammenhänge mit anderen Risikoverhaltensweisen und Motivation zum Rauchstopp, 2007, S. 11; Ergebnisse der Studie der BZgA „Rauchen bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen in Deutschland 2014“, S. 22 f.

¹⁵ Der „DZV Werbekodex“ ist abrufbar unter: www.zigarettenverband.de/pos-data/page_img/Themen/Werbung/DZV_Werbekodex.pdf.

Tabakprodukte zu verwenden und die Flächengröße für Tabakwerbung zu begrenzen. Die Konzessionsverträge zwischen Kommunen bzw. Verkehrsverbänden und Werbeunternehmen enthalten zunehmend Regelungen, die diese Selbstbeschränkungen reflektieren und in einigen Fällen – wie in besonders sensiblen Bereichen (z.B. Kindergärten, Schulen) – erweitern. Diese kooperativen Modelle vermeiden übermäßigen Werbedruck und ermöglichen eine kurzfristige Reaktion auf neue Erkenntnisse. Die abgeschwächte Verbindlichkeit eines alternativen, milderer Instruments macht eine gesetzliche Maßnahme noch nicht erforderlich.¹⁶ Anders als der fehlgeschlagene Versuch des Gastronomiegewerbes, sich Selbstverpflichtungen zum Nichtraucherschutz aufzuerlegen¹⁷, ist das mildere Konzept der Selbstbeschränkungen bei Tabak- und Werbeunternehmen seit Langem akzeptiert und gelebte Praxis.

- (4) Auch in anderen Bereichen steuert der Gesetzgeber nicht durch umfassende Außenwerbeverbote. So enthält z.B. das Heilmittelwerbegesetz (HWG) für die Publikumswerbung – neben Vorgaben für den Inhalt von Werbung außerhalb von Fachkreisen – lediglich Regelungen, wonach Werbemittel, die sich ausschließlich oder vorwiegend an Kinder unter 14 Jahren richten, verboten sind (§ 11 Abs. 1 Nr. 12 HWG). Ein allgemeines Verbot der Außenwerbung für Arzneimittel enthält das HWG nicht.
- b) Das Tabak-Außenwerbeverbot ist zudem unangemessen.

16

Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker und unmittelbarer betroffenen müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen die Regelung zu dienen bestimmt ist.¹⁸ Diese verfassungsrechtlich vorgegebene Grenze der Zumutbarkeit ist bei dem Tabak-Außenwerbeverbot angesichts der Schwere des Eingriffs und der nur mittelbaren, zudem nicht erwiesene Auswirkung von Tabakwerbung auf die Schutzgüter Leben und Gesundheit zu berücksichtigen. Hier liegt ein weiterer wesentlicher Unterschied zur Regelung zum Nichtraucherschutz in Gaststätten, da die Gesundheit der (nichtrauchenden) Bevölkerung – anders als beim Tabak-Außenwerbeverbot – durch das (Rauch-)Verbot unmittelbar geschützt wird. Die Argumentation aus der im ÄndG-RefE angeführten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Rauchverbot in Gaststätten¹⁹ kann u.a. deshalb das Tabak-Außenwerbeverbot verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

17

¹⁶ Vgl. BVerfGE 128, 282 (309), wonach ein milderer Mittel lediglich nicht „aussichtslos“ sein darf.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 121, 317 (353).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316 f. mwN).

¹⁹ BVerfGE 121, 317 (349 ff.).

(1) Gravierender Eingriff mit erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen

Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Werbeunternehmen wiegt schwer. Das Verbot von Tabak-Außenwerbung kommt – im Zusammenwirken mit der anstehenden Umsetzung der Tabakrichtlinie 2014/40/EU sowie mit weiteren bestehenden und im ÄndG-RefE vorgeschlagenen Tabak-Werbeverboten – einem umfassenden Verbot von Tabakwerbung faktisch nahe.

18

Die Freiheit im Markt zu werben gehört zu den wesentlichen Elementen unternehmerischen Handelns.²⁰ Das gilt insbesondere auch für die Unternehmen der Tabakindustrie. Im Tabakmarkt mit seiner weitgehenden, auch sich aus den geltenden gesetzlichen Vorgaben ergebenden Homogenität des Produktangebots und der – aufgrund der Tabaksteuer und weitgehenden Rationalisierung des Produktionsprozesses – geringen preislichen Spielräume hat die Schaffung eines eigenständigen Profils gesteigerte Bedeutung. Die im Wettbewerb agierenden Tabakunternehmen müssen auch den Markt auf sich und ihre – legalen – Produkte aufmerksam machen dürfen. Werbung hat eine wichtige Funktion zur Offenhaltung der (Tabak-)Märkte.²¹ Das Tabak-Außenwerbeverbot – im Zusammenwirken mit den bestehenden und anstehenden Beschränkungen – führt dagegen zu einer Verfestigung bestehender Marktstrukturen und zum De-facto-Ausschluss des Markteintritts neuer Unternehmen.

19

Für Werbeunternehmen ist das Werben selbständige Leistung und Inhalt der Berufsausübung, nicht nur Mittel des Vertriebs. Das gilt besonders auch für den Bereich der Tabakwerbung: Werbeunternehmen generieren einen erheblichen Anteil ihres Umsatzes mit Tabakwerbung, insbesondere mit Außenwerbung.²² Die hohen Investitionen, die in die Infrastruktur der Außenwerbung (einschließlich Wartehallen, öffentlicher Toiletten und sonstiger Stadtmöblierung) getätigt wurden und werden, sind regelmäßig auf Basis der Einnahmen aus der Außenwerbung unter Einbeziehung des signifikanten Anteils aus Tabakwerbung kalkuliert. Der Wegfall dieses Geschäftsfeldes würde insbesondere die im Markt präsenten familiengeführten mittelständischen Werbeunternehmen, aber auch deren Vertragspartner – darunter zahlreiche Kommunen, die in der Regel umsatzabhängige Entgelte erhalten – erheblich treffen.

20

²⁰ BVerfGE 94, 372 (389).

²¹ So auch das BKartA in seiner Stellungnahme im Verfahren „Benetton-Werbung“ (BVerfGE 102, 347 (356)).

²² Tabakwerbung macht ca. 15% des jährlichen Gesamtwerbeaufkommens der Plakataußenwerbung und je nach Region und Unternehmen bis zu 30 % der Umsätze eines Außenwerbeunternehmens aus.

(2) Erhöhte Rechtfertigungsanforderungen

Das hohe Gewicht des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit resultiert innerhalb des fließenden Rechtfertigungsmaßstabs des Art. 12 Abs. 1 GG in erhöhten Rechtfertigungsanforderungen.²³ Erforderlich sind damit nicht lediglich vernünftige Gemeinwohlbelange (wie für reine Berufsausübungsregelungen der untersten Eingriffsstufe), sondern die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Das folgt auch aus der Nähe zu den Schutzgütern des Art. 5 Abs. 1 GG (dazu Rn. 31 ff.). 21

Das Tabak-Außenwerbeverbot ist nicht zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für den Gesundheit- und Jugendschutz in Deutschland geboten. Der Nutzen eines zusätzlichen Tabak-Außenwerbeverbots zu den schon bestehenden gesetzlichen Maßnahmen und Selbstbeschränkungen für den Gesundheits- und Jugendschutz ist ungewiss. 22

Dies bekräftigen die bisherigen Einschätzungen der Bundesregierung. Entsprechend heißt es z.B. in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage vom 7. Mai 2010²⁴: 23

„Zur Wirksamkeit der Werbe- und Sponsoringverbote für Tabakerzeugnisse liegen der Bundesregierung keine aktuellen Studien vor. Der Rückgang der Anzahl der Raucherinnen und Raucher in der Bundesrepublik Deutschland insbesondere unter Jugendlichen wurde durch eine Vielzahl an Maßnahmen erreicht, die im Zusammenspiel ihre Wirkung entfalten“.

Bei einem schweren Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte – wie das vorgeschlagene Tabak-Außenwerbeverbot – sind die Tatsachen und Kausalzusammenhänge sorgfältig zu ermitteln.²⁵ Bloße Vermutungen und subjektive Annahmen genügen für eine verfassungsgemäße Beschränkung nicht.²⁶ Wissenschaftliche Studien hierzu, die sich auf sämtliche Personengruppen in Deutschland beziehen²⁷, waren²⁸ und sind – soweit ersichtlich – nicht erstellt worden. 24

²³ Vgl. BVerfGE 61, 291 (311); 85, 360 (373 f.); 103, 172 (183).

²⁴ BT-Drs. 17/1652, S. 9. Weitere Äußerungen der Bundesregierung siehe unten Rn. 29.

²⁵ Vgl. BVerfGE 125, 175 (225 f.); 50, 290 (334).

²⁶ Es ist nicht ausreichend, das Tabak-Außenwerbeverbot im Zusammenwirken mit den schon bestehenden Tabakwerbeverboten lediglich als wirksames Mittel *einzuschätzen*, um eine weitere Senkung der Raucherquote zu erreichen (ÄndG-RefE, S. 9).

²⁷ Die im ÄndG-RefE genannten Studien beziehen sich lediglich auf den Zusammenhang zwischen Tabakwerbung und Rauchverhalten unter Jugendlichen.

²⁸ BT-Drs. 17/1652, S. 10.

Mit der Entfernung des Schutzguts vom Regelungsgegenstand verringert sich das Gewicht der Gemeinwohlbelange in der Abwägung mit der Schwere des Eingriffs.²⁹ Die Gesundheitsgefährdung durch Tabakkonsum, die durch das Tabak-Außenwerbeverbot verringert werden soll, beruht nicht unmittelbar auf der untersagten Handlung – der (Außen-)Werbung –, sondern auf nachgelagerten Entscheidungen der Verbraucher. Das Tabak-Außenwerbeverbot setzt – anders als z.B. Vorgaben an die Produktzusammensetzung oder die Abwehr der Risiken des Passivrauchens (z.B. durch rauchfreie Gaststätten und öffentliche Räume) – nicht unmittelbar an der zu vermeidenden Gefahr (durch das Rauchen als solches) an, sondern an nicht unzweifelhaft belegten Kausalzusammenhängen und Auswirkungen von Werbung.

25

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Werbeverbote sind aufgrund der veränderten Außendarstellungs- und Wahrnehmungsgewohnheiten auf dem Markt und in der Gesellschaft weiter gestiegen. Dies bekräftigen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts z.B. zu den Werbeverböten für freie Berufe: Nach anfänglich weitgehender Akzeptanz von Werbeverböten für freie Berufe³⁰, schränkte das Bundesverfassungsgericht in späteren Entscheidungen diese im Wege verfassungskonformer Auslegung ein³¹ und stellte in jüngerer Entscheidungen fest, dass Werbung grundsätzlich erlaubt³² und ein umfassendes, vom konkreten Werbeinhalt unabhängiges Verbot unzulässig sei.³³ Werbung gewerblich Tätiger hat für die Berufsfreiheit einen besonders hohen Stellenwert.

26

(c) Inkohärenz des gesetzgeberischen Regelungskonzepts

Das Tabak-Außenwerbeverbot würde gegenüber den sonstigen gesetzlichen Beschränkungen werbender Tätigkeit eine Sonderstellung einnehmen. Das Tabak-Außenwerbeverbot dient weder ausschließlich dem Schutz bestimmter Gruppen³⁴

27

²⁹ Vgl. jeweils im Zusammenhang mit Werbeverböten BVerfG, Beschluss vom 11. Februar 2003, 1 BvR 1972/00 – zitiert nach juris, Rn. 44 (Werbung für Impfstoffversand durch Apotheker), BVerfGE 94, 372 (393) (Versendung von Werbebriefen sowie Verteilung von Werbemitteln außerhalb der Apotheke) und BVerfGE 85, 248 (261) (Mitwirkung von Ärzten bei redaktionellen Veröffentlichungen über ihre Tätigkeit).

³⁰ Vgl. BVerfGE 57, 121 (133 ff.) – Rechtsanwälte.

³¹ BVerfGE 71, 162 (174) – Ärzte; BVerfG, NJW 1997, S. 2510 – Notare.

³² BVerfGE 111, 366 (379) – Steuerberater.

³³ BVerfGE 94, 372 (391 ff.) – Apotheker – ausnahmsloses Verbot der Versendung von Werbebriefen sowie Verteilung von Werbemitteln außerhalb der Apotheke).

³⁴ Nach dem ÄndG-RefE soll das allgemeine Tabakverbot zwar insbesondere die Raucherquote bei Jugendlichen absenken, daneben aber auch allgemein die Gesundheit der Bevölkerung verbessern (S. 9, 13); anders dagegen z.B. § 3 Abs. 2 JuSchG, das ein Verbot jugendbeeinträchtiger Filmwerbung beinhaltet.

noch der Abwehr spezieller Missbrauchsgefahren.³⁵ Es richtet sich vielmehr gegen die Außenwerbung für legale Tabakprodukte insgesamt und stellt diese damit auf eine Stufe mit illegalen Drogen und nicht zugelassenen Arzneimitteln. Der ÄndG-RefE bricht damit mit dem Grundsatz, dass für ein legal hergestelltes und in Verkehr gebrachtes Produkt auch geworben werden darf. Werbung ist für ein erfolgreiches Wirtschaften wichtig und als solches als Teil der freiheitlichen Wirtschaftsordnung in Deutschland anerkannt. Es ist deshalb inkonsequent, wenn Tabakerzeugnisse weiter legal hergestellt und vertrieben werden dürfen, nicht aber für sie geworben werden darf.³⁶ Das Kriterium der Kohärenz und Folgerichtigkeit hat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG zunehmend an Bedeutung gewonnen.³⁷ Sind die zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs vorgebrachten Belange nicht konsequent umgesetzt, wird ihr Gewicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gemindert und die Verfassungswidrigkeit der Regelung liegt nahe.³⁸ Wegen fehlender Kohärenz wurden z.B. auch die landesgesetzlichen Regelungen zum Nichtraucherschutz vom Bundesverfassungsgericht durch die im ÄndG-RefE angeführte Entscheidung für verfassungswidrig erklärt.³⁹

Dem Tabak-Außenverbot liegt zudem nicht das Konzept des Schutzes mündiger Verbraucher zugrunde, sondern es wird versucht, das Verhalten der Verbraucher zu kontrollieren und zu steuern, und dabei in ihre allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen. Während durch die existierenden Vorgaben an Verpackung und Kennzeichnung von Tabakprodukten die – verfassungsrechtlich im Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG) vorausgesetzte – Urteilsfähigkeit der Verbraucher weiter angesprochen wird, würde sie durch die Einführung eines Tabak-Außenverbots vollständig ausgeblendet. Die Begründungen, mit denen das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtseingriffe durch Warnhinweise⁴⁰ als rechtmäßig angesehen hat, trägt deshalb – entgegen der Annahme im ÄndG-RefE – das Tabak-Außenverbot nicht. Das Tabak-Außenverbot ist durch die Schutzpflicht des Staates für die Gesundheit sei-

28

³⁵ Vgl. § 10 Abs. 1 HWG, wonach für verschreibungspflichtige Arzneimittel nur bei bestimmten Berufsgruppen geworben werden darf (z.B. Ärzte, Apotheker) oder § 49 Abs. 4 PBefG zur Abwehr der Verwechslungsgefahr von Mietwagen- und Taxenverkehr.

³⁶ Das Bundesverfassungsgericht führt in seiner vom ÄndG-RefE genannten Entscheidung zum Nichtraucherschutz in Gaststätten ausdrücklich an, dass der Gesetzgeber mit einer gesetzlichen Regelung ein *schlüssiges* Regelungskonzept verfolgen muss (BVerfGE 121, 317 (362 f.)).

³⁷ BVerfGE 115, 276 (310); 107, 186 (197).

³⁸ *Mannsen*, in: Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 12 Rn. 155.

³⁹ BVerfGE 121, 317 (Rn. 135 ff).

⁴⁰ BVerfGE 95, 173 (362 ff.).

ner mündigen Bevölkerung – entgegen der Annahme im ÄndG-RefE⁴¹ – nicht zu rechtfertigen.⁴²

(d) Bereits ausreichende Schutzmaßnahmen und Vertrauensschutz

Für die Schutzgüter Gesundheit und Jugendschutz bestehen im Hinblick auf die Gefahren des aktiven und passiven Tabakkonsums schon zahlreiche Schutzmaßnahmen. Aus jüngerer Zeit sind hier u.a. die Nichtraucherschutzgesetze, die Anhebung der Tabaksteuer, die Erhöhung des Mindestalters für das Rauchen zu nennen (dazu auch bereits Rn. 11). Hinzu kommen die anstehenden weiteren Anforderungen der noch umzusetzenden Tabakprodukt-Richtlinie 2014/40/EU. Die Bundesregierung hat in den letzten Jahren wiederholt betont, dass sie die vorhandenen Regelungen als ausreichend für einen wirksamen Gesundheits- und Verbraucherschutz erachtet.⁴³ Zuletzt bezeichnete die Bundesregierung im Jahr 2014 im Umsetzungsbericht zum WHO-Tabakrahmenübereinkommen die bestehenden Beschränkungen für Tabakwerbung schon jetzt als umfassend.⁴⁴

29

Darauf haben und durften die Unternehmen aus der Werbebranche vertrauen und haben in diesem Vertrauen weiter in die Infrastruktur der Außenwerbung investiert. Ihr Vertrauen ist durch den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) geschützt.⁴⁵ Dieses berechtigte Vertrauen muss bei weiteren eingreifenden Maßnahmen – insbesondere wenn sie so vielfältige und weit-

30

⁴¹ ÄndG-RefE, S. 9 (Verweis auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Tabakkonsums).

⁴² Vgl. auch Abweichende Meinung 2 in BVerfGE 121, 317 (388): „Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes verpflichten den Gesetzgeber auf Regelungen, die der schwierigen Spannung von Schutz und Freiheit ausgleichend Rechnung tragen. Damit verträgt sich die Radikallösung eines absoluten [gaststättenrechtlichen Rauchverbots] nicht. Mit ihr wird vielmehr ein Weg edukatorischer Bevormundung vorgezeichnet, der sich auf weitere Bereiche ausdehnen könnte und dann erstickend wirkt“.

⁴³ So im Medien- und Kommunikationsbericht der Bundesregierung 2008, S. 77: „Die Bundesregierung lehnt daher weitere Werbebeschränkungen und -verbote auf nationaler oder europäischer Ebene strikt ab und wird allen darauf gerichteten Bestrebungen entschieden entgegentreten. Die vorhandenen nationalen und europäischen Regelungen tragen dem Verbraucher- und Gesundheitsschutz angemessen Rechnung. Ein weiterer Regulierungsbedarf besteht nicht“ bzw. in der Antwort auf die Kleine Anfrage vom 1. April 2010: „Wie bereits im Medien- und Kommunikationsbericht der Bundesregierung 2008 verdeutlicht, lehnt die Bundesregierung weitere Werbebeschränkungen und -verbote ab. Die vorhandenen Regelungen tragen dem Verbraucher-, Gesundheits- und Jugendschutz Rechnung. Ein weiterer Regulierungsbedarf besteht derzeit nicht. Die Werbung stellt für Medienunternehmen eine unverzichtbare Finanzierungsquelle dar, um sich im freien Wettbewerb behaupten zu können.“

⁴⁴ Umsetzungsbericht der Bundesregierung zum WHO-Tabakrahmenübereinkommen (*Reporting Instrument of the WHO Framework Convention on Tobacco Control*) vom 26. Februar 2014, S. 35.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 67, 1 (14 f.), 76, 256 (345 ff.).

reichende Auswirkungen auf verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen haben, wie das Tabak-Außenwerbeverbot – berücksichtigt werden.

II. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

Das Tabak-Außenwerbeverbot greift auch in die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) von Unternehmen verschiedener Branchen ein. Diese Kommunikationsgrundrechte sind für ein freiheitliches demokratisches Gemeinwesen schlechthin konstituierend⁴⁶ und entsprechend hoch sind die Anforderungen an gesetzliche Beschränkungen.

31

1. Eingriff in die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

Die Meinungsfreiheit schützt nicht nur Werturteile im persönlichen Bereich, sondern auch kommerzielle Äußerungen sowie bildliche Wirtschaftswerbung mit wertendem, meinungsbildendem Inhalt.⁴⁷ Die Tabakunternehmen (Händler und Produzenten) werden durch das Tabak-Außenwerbeverbot in ihrer Meinungsfreiheit beeinträchtigt, da ihnen weitgehend die Möglichkeit genommen wird, für ihr Unternehmen und ihre Produkte zu werben (dazu schon Rn. 8).

32

Subjektiv umfasst der Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG grundsätzlich auch denjenigen, der eine Meinung eines Dritten verbreitet, sofern sich die Beteiligung an der Verbreitung der nicht eigenen Information und Meinung nicht auf die Rolle eines interesselosen Vermittlers beschränkt.⁴⁸ Werbeunternehmen und insbesondere Werbeagenturen sind mehr als nur „interessenlose Vermittler“ der Werbung für Dritte. Werbeagenturen erstellen die Produkt- oder Imagewerbung für das werbenden Unternehmens und wirken an der Erstellung mit. Werbeunternehmen verbreiten die Werbung als Kernbestandteil ihrer beruflichen Tätigkeit. Auch die Meinungsfreiheit von Werbeunternehmen, einschließlich Werbeagenturen, wird daher durch das Tabak-Außenwerbeverbot beeinträchtigt.

33

2. Unverhältnismäßigkeit des Tabak-Außenwerbeverbots

Einschränkungen der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 GG erfordern eine Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter (Art. 5 Abs. 2 GG).⁴⁹ Diesen hohen Rechtfertigungsanforderungen genügt § 20a ÄndG-RefE nicht. Das Tabak-Außen-

34

⁴⁶ BVerfGE 7, 198 (208)

⁴⁷ BVerfGE 102, 347 (359); 71, 162 (175).

⁴⁸ BVerfG, NJW 2005, 1341 (1342).

⁴⁹ BVerfGE 102, 347 (363); 107, 275 (281).

werbeverbot ist aus den zur Berufsausübungsfreiheit dargelegten Gründen nicht erforderlich und unverhältnismäßig (Rn. 9 ff.).

III. Weitere Grundrechte

1. Das Tabak-Außenwerbeverbot greift in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Schutzgut des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) ein. Die weitgehende Ausschaltung der Marktkommunikation betrifft die Substanz der Unternehmen als Funktions- und Organisationseinheit. Diesen muss eine Einwirkung auf den Kundenmarkt nach außen möglich bleiben.⁵⁰ 35
2. Verfassungsrechtlich zweifelhaft – hier jedoch zunächst nicht im Einzelnen betrachtet – ist zudem, ob das Tabak-Außenwerbeverbot zu einer Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) führt. Der ÄndG-RefE untersagt Außenwerbung für das legale Produkt Tabak und verwandte Erzeugnisse, während diese für andere Produkte und Dienstleistungen mit vergleichbarem oder höherem Gefährdungspotential möglich bleibt (vgl. z.B. oben Rn. 16). 36
3. Die Rechtfertigung dieser Grundrechtseingriffe und Ungleichbehandlung unterliegt den zur Berufsausübungsfreiheit dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere in Bezug auf die Erforderlichkeit und Unverhältnismäßigkeit des Tabak-Außenwerbeverbots. 37

Berlin, 10. November 2015

Dr. Jan Bonhage / Dr. Karolin Hiller

⁵⁰ Vgl. BVerfG, NJW 1980, 2091 (2092) – Anliegergebrauch.