



Die Werbewirtschaft

**Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.**

---

# ZAW-Stellungnahme zum Entwurf einer Formulierungshilfe zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes

Stand: 6. März 2020

## 1. Vorbemerkung

Kein anderes legales, gegenüber Erwachsenen frei handelbares Produkt ist nach geltendem Recht strengeren Werberestriktionen unterworfen als Tabakerzeugnisse. Durch die bestehenden massiven Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation ist es den Tabakunternehmen schon heute nahezu unmöglich, mit ihrer erwachsenen Zielgruppe zu kommunizieren: Über 90% der Möglichkeiten medialer Werbung stehen der Branche nicht mehr zur Verfügung. Die geplanten Verbote der Außen- und Kinowerbung würden den Tabakherstellern die letzten Kanäle medialer Werbung versperren und damit erstmals die Grundregeln freier Märkte in Deutschland abschaffen, verbunden mit einer enormen Signalwirkung auf andere Branchen.

Es existieren keine validen Belege zur Wirksamkeit eines vollständigen Verbots der Werbung für Tabakprodukte und E-Zigaretten im Hinblick auf den Gesundheitsschutz der Bevölkerung. Zugleich greift es jedoch massiv in die unternehmerischen Grundfreiheiten und in die Souveränität des Verbrauchers ein. Die Verfassungswidrigkeit eines vollständigen Verbots der Tabakwerbung steht auch einer vermeintlichen Eins-zu-eins-Umsetzung der von Deutschland mitgetragenen WHO-Tabakrahmenkonvention (FCTC) entgegen. Das Abkommen wurde mit der entscheidenden Einschränkung unterzeichnet, dass Werbeverbote nur nach Maßgabe der jeweiligen Verfassung gelten können.

Soweit die Werbeverbote zusätzlich mit Jugendschutzerwägungen gerechtfertigt werden, ist auch nach Auffassung der deutschen Werbewirtschaft der besonderen Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen in diesem Bereich unbedingt Rechnung zu tragen. Indes besteht hier jedoch keine Regelungslücke, die es zu schließen gilt. Die werbliche Ansprache von Kindern und Jugendlichen und auch von Heranwachsenden ist Tabakunternehmen bereits nach geltender Rechtslage untersagt. Demgegenüber verfügt die erwachsene Zielgruppe der Tabakhersteller über eine umfassende Markt-, Medien- und Werbekompetenz.

## 2. Kritikpunkte im Einzelnen

### a. Fehlende Gesetzgebungskompetenz für Verbot der Außenwerbung

Der von der Formulierungshilfe umfasste Gesetzentwurf ist nicht durchgängig von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt und damit schon formell verfassungswidrig.<sup>1</sup> Soweit vorliegend Außenwerbeverbote eingeführt werden sollen, scheitert die insoweit möglicherweise in Betracht kommende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 und Nr. 11 GG an der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung. Sie ist weder zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse noch zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit notwendig. Hier ist zu berücksichtigen, dass Außenwerbung – anders als

---

<sup>1</sup> Vgl. Prof. Dr. Christoph Degenhart: Rechtsgutachten „Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakprodukte“, 2015, abrufbar unter <https://zaw.de/politik-positionen/tabakprodukte/>.

sonstige mediale Werbung – grundsätzlich ortsfest ist und in ihrer Wirkung durch das Kriterium der optischen Wahrnehmbarkeit räumlich begrenzt ist. Deren Zulässigkeit ist bauordnungsrechtlich bereits durch länderspezifische Vorgaben geregelt, ohne zu Behinderungen im Rechts- und Wirtschaftsverkehr zu führen. Es ist nicht ersichtlich, dass sich weitere, in den Bundesländern unterschiedliche Vorgaben zur Außenwerbung auf die Wirtschaftseinheit im Bundesgebiet auswirken würden. Die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung lässt sich vorliegend auch nicht mit dem Argument der Unteilbarkeit einer gesetzlichen Regelung begründen. Die Umsetzung der EU-Tabakprodukttrichtlinie sowie die bereits zuvor existierenden medialen Werbeverbote werden in ihrer Tragfähigkeit keinesfalls durch ein nicht unionsrechtlich erforderliches Verbot der Außenwerbung berührt.<sup>2</sup>

Damit wäre ein bundesgesetzliches Verbot der Außenwerbung kompetenzwidrig und würde die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer verletzen.

#### **b. Werbeverbote materiell verfassungswidrig**

Das geplante Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse und (nikotinhaltige und -freie) E-Zigaretten oder Nachfüllbehälter sowie die kostenlose Abgabe bestimmter Tabakerzeugnisse<sup>3</sup> außerhalb der Geschäftsräume des Fachhandels begegnet darüber hinaus auch materiellen verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>4</sup> Dies betrifft auch die zusätzliche Regulierung der Kinowerbung, die zwar als Beschränkung ausgestaltet ist, sich jedoch faktisch wie ein Werbeverbot auswirken wird: Die Anzahl der mit „FSK 18“ bzw. „Keine Jugendfreigabe“ gekennzeichneten Filme ist im Vergleich zu den sonstigen Alterseinstufungen verschwindend gering, da eine Einstufung mit „Keine Jugendfreigabe“ bzw. „FSK 18“ in der Regel voraussetzt, dass der Film schwer jugendgefährdend ist. Dies wird aber regelmäßig nur in Ausnahmefällen bei Filmen mit extremen Inhalten seitens der zuständigen Stellen bejaht. Im Jahr 2018 lag der Anteil an Kinofilmen, die in die Altersklasse ab 18 Jahren eingestuft wurde, bei lediglich zwei Prozent.<sup>5</sup>

#### **▪ Nutzung aller medialen Werbekanäle wird unmöglich**

Bereits nach geltender Rechtslage sind die Werbemöglichkeiten der Tabakbranche nahezu auf die Außen- und Kinowerbung sowie Promotion beschränkt. Durch die in der Formulierungshilfe für das Änderungsgesetz vorgesehenen weiteren Werbeverbote wird den

---

<sup>2</sup> Vgl. Prof. Dr. Christoph Degenhart a.a.O.

<sup>3</sup> In der Gesetzesbegründung wird unter der Überschrift „Werbeverbote für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter“ auf Seite 10 im 2. Absatz auch das Verbot der kostenlosen Abgabe aufgeführt. Da E-Zigaretten hiervon gerade nicht betroffen sind, gehen wir davon aus, dass es sich um ein redaktionelles Versehen handelt und regen daher die Streichung dieses Zusatzes an.

<sup>4</sup> Vgl. Prof. Dr. Christoph Degenhart a.a.O.

<sup>5</sup> FSK-Statistik 2018, abrufbar unter [www.spio-fsk.de](http://www.spio-fsk.de).

Unternehmen nun auch die Nutzung dieser medialen Werbeplattformen untersagt und damit deren Kommunikationsmöglichkeiten faktisch abgeschafft. Die übermäßig weite Definition des Begriffs Außenwerbung (Artikel 1 Ziffer 3a) zu § 2 Nr. 9) würde – in Widerspruch zu den baurechtlichen Legaldefinitionen der Anlagen der Außenwerbung - sogar auch nicht ortsfeste Einrichtungen sowie Schaufensterwerbung, und damit Werbung am Verkaufsort, vom Außenwerbebegriff umfassen.

Gleichzeitig wären auch die mittelständischen Unternehmen im Bereich der Kino- und Außenwerbung von den geplanten Werbeverböten stark betroffen: Der Anteil der Tabakwerbung an den Werbeeinnahmen der Kinos beträgt 15 Prozent. Der Fachverband Außenwerbung (FAW) rechnet mit einem Umsatzrückgang von bis zu 20 Prozent, falls die Außenwerbung für Tabakprodukte verboten würde. Die Wertschöpfungskette reicht hier von der Kreativagentur bis zum Druck sowie der Aufstellung von Werbeträgern und dem eigentlichen Plakatieren. Der unmittelbare Gesamtschaden für die im FAW organisierten Unternehmen wird auf 320 Mio. Euro jährlich geschätzt. Auch Städte und Kommunen wären von einem Tabakwerbeverbot unmittelbar betroffen. Für die Vermarktung von Werbeflächen übernehmen die Außenwerber die kostenlose Ausstattung von Innenstädten mit hochwertigem Stadtmobiliar. Deutsche Millionenstädte profitieren von Investitionen in einer Größenordnung von 30 – 50 Mio. Euro. Bei Städten mit über 100.000 Einwohnern erreichen die Investitionen in der Regel ebenfalls ca. 10 Mio. Euro je nach Ausstattungsbedarf und -umfang. Darüber hinaus übernimmt der Außenwerber nicht nur die Investitionen, sondern auch den Betrieb der Anlagen (insbesondere Reinigung, Wartung, Instandhaltung, Stromversorgung). Zusätzlich erhalten die Städte Pachteinahmen in Abhängigkeit des Umfangs der Werberechte und der oben genannten Investitionen. Diese hohen Investitionen werden die Unternehmen der Außenwerbung weiterhin nur tätigen können, wenn die Möglichkeit der Refinanzierung besteht. Dazu trägt bislang die Werbung der Tabakunternehmen in beachtlichem Umfang bei.

▪ **Werbeverböte gesundheits- und jugendschutzpolitisch ungeeignet und unverhältnismäßig**

Das in dem Gesetzentwurf vorgesehene Werbeverbot greift in den absoluten Kern des Schutzbereichs der verfassungsrechtlich verbürgten Kommunikations- und Berufsfreiheit der Unternehmen (Artikel 5 Abs. 1, Artikel 12 Abs. 1 GG) ein und erweist sich als unverhältnismäßig. Die Frage der Wirksamkeit eines solchen Eingriffs im Hinblick auf die vorgebrachten gesundheits- und jugendschutzpolitischen Ziele kann angesichts der betroffenen Grundfreiheiten und der geplanten Eingriffsintensität nicht mit einem Hinweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gerechtfertigt werden, sondern muss wissenschaftlich belegt sein.

Es existieren jedoch keine validen Belege dafür, dass ein Verbot von Werbung zu einer Senkung der Raucherquote führt. Insbesondere ist die im Jahr 2010 veröffentlichte Studie des

Instituts für Therapie und Gesundheitsforschung (IFT), Kiel, im Auftrag der Deutschen Angestellten Krankenkasse (DAK) - auf die auch in der Begründung zum Regierungsentwurf Bezug genommen wird - nicht geeignet, einen verlässlichen Ursachenzusammenhang zwischen Tabakwerbung und dem Rauchverhalten Jugendlicher zu belegen. Angesichts der zahlreichen Einflüsse, denen gerade Heranwachsende in ihrem Alltag ausgesetzt sind, greift die hier vorgenommene, allein auf Werbekontakte gestützte Erhebung nach Ansicht der deutschen Werbewirtschaft zu kurz.

Umgekehrt kommen mehrere Studien zu der Schlussfolgerung, dass Werbung allgemein den Konsum von Produkten allein nicht maßgeblich beeinflussen kann, weshalb Werbeverbote kein taugliches Mittel zur Konsumsteuerung sind.<sup>6</sup> Damit korrespondierend wurde auch speziell im Hinblick auf Werbung für Tabakprodukte in einer Reihe von Studien festgestellt, dass diese keine Auswirkung auf die Entwicklung des Gesamtkonsums an Zigaretten hat bzw. dass von Befürwortern von Tabakwerbepoten zitierten Studien keinen wissenschaftlich fundierten Beleg für einen Zusammenhang zwischen der Werbung und dem Rauchverhalten Jugendlicher bieten.<sup>7</sup> Empirisch belegt wird dies auch durch den Rückgang der Raucherquote bei Kindern und Jugendlichen in Deutschland in den letzten 10 bis 15 Jahren um zwei Drittel.<sup>8</sup> Diese Entwicklung hat sich trotz der noch zulässigen Tabakwerbepoten und damit unabhängig von diesen vollzogen.

Die Hinweise in der Gesetzesbegründung auf zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bezüglich Warnhinweisen und Rauchverbote in Gaststätten vermögen die geplanten Grundrechtseingriffe ebenfalls nicht zu rechtfertigen, da sich die den Gerichtsentscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte gravierend vom aktuellen Fall unterscheiden. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Rauchverbot geht es um Ländergesetze, die zum Schutz vor Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen erlassen worden waren. Passivrauchen als Gefahr für die Gesundheit anzusehen, hielt das Bundesverfassungsgericht – für den ZAW nachvollziehbar – nicht für abwegig. In der Entscheidung zu Warnhinweisen wird die Erforderlich- und Zumutbarkeit der streitgegenständlichen Maßnahmen vom Gericht mit der Erwägung bejaht, dass Warnhinweise im Vergleich zu einem alternativ in Betracht kommenden Werbeverbot die schonendere Möglichkeit darstelle, die „weiterhin die werbende erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Tabakindustrie“ erlaube. Dies wäre bei der Umsetzung der von den

---

<sup>6</sup> „Die Auswirkungen von Werbung und Werbeverbote auf das Konsumentenverhalten“, Institut für Marken- und Kommunikationsforschung (IMK), 2019, abrufbar unter: <http://www.markenverband.de/pressebereich/pressemitteilungen2019/pm01102019werbeverbote>.

<sup>7</sup> z.B. Michael L. Capella, Charles R. Taylor, Cynthia Webster: The Effect of Cigarette Advertising Bans on Consumption, in: Journal of Advertising, 2/2008, S. 7-18 (S. 14). James J. Heckman, Frederick Flyer und Colleen Loughlin: An Assessment of causal inference in smoking initiation research and a framework for future research in Economic Inquiry 2008.

<sup>8</sup> Vgl. Drogen- und Suchtbericht der Bundesregierung 2019, S. 39.

Koalitionsfraktionen geplanten Werbeverbote – wie oben dargelegt – gerade nicht mehr der Fall.

### **c. Jugendschutz bereits gesetzlich verankert**

Auch im Bereich der Tabakwerbung ist die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen unbedingt zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat dies jedoch bereits ausdrücklich getan: Die werbliche Ansprache von Kindern und Jugendlichen und auch von Heranwachsenden ist Tabakunternehmen schon zum jetzigen Zeitpunkt gesetzlich untersagt (§ 21 Abs. 1 TabakerzG). Im Kino darf darüber hinaus zum Schutz von Minderjährigen gemäß § 11 Abs. 5 Jugendschutzgesetz (JuSchG) vor 18 Uhr keine Tabakwerbung gezeigt werden. Anders als vielfach suggeriert wird, besteht an dieser Stelle keine Regelungslücke.

### **d. Zusätzliche Werbeverbote nicht nach WHO-Tabakrahenkonvention erforderlich**

Schließlich ergibt sich auch aus der durch Deutschland ratifizierte Tabakrahenkonvention der Weltgesundheitsorganisation (WHO) keine automatische Verpflichtung, die Außen- und Kinowerbung für Tabakprodukte und E-Zigaretten sowie die kostenlose Abgabe bestimmter Tabakprodukte außerhalb der Geschäftsräume des Fachhandels zu verbieten. Das Abkommen wurde mit der entscheidenden Einschränkung unterzeichnet, dass Werbeverbote nur nach Maßgabe der jeweiligen Verfassung gelten können (vgl. Artikel 13 Abs. 2 FCTC). Wie bereits oben dargelegt, bedeutet ein Verbot der Nutzung aller medialen Werbeträger durch Tabakunternehmen die faktische Ausschaltung jeglicher Kommunikationsmöglichkeiten der Branche und damit einen direkten Eingriff in die Schutz Zwecke der Artikel 5 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG, der nicht gerechtfertigt ist. Es lässt sich somit auch aus der Tabakrahenkonvention keine Verpflichtung zu den geplanten Werbeverboten ableiten. Vielmehr trägt die deutsche Rechtslage den Vorgaben von Artikel 13 Abs. 2 FCTC bereits hinreichend Rechnung. Dementsprechend hat die Bundesregierung in ihren Umsetzungsberichten zum WHO-Framework mehrfach mitgeteilt, ein „umfassendes Verbot“ der Tabakwerbung, Promotion und des Sponsoring in Deutschland eingeführt zu haben.

---

Kontakt

**ZAW**

**Ines Nitsche**

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

+49 30 59 00 99 -700 Telefon

[zaw@zaw.de](mailto:zaw@zaw.de) E-Mail

**Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW)** ist die Dachorganisation von 45 Verbänden der am Werbegeschäft beteiligten Kreise. Er vertritt die Interessen der werbenden Unternehmen, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung. Er ist die gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft in Deutschland. Zur Dachorganisation gehören auch die zentralen Werbeselbstkontrolleinrichtungen in Deutschland: der Deutsche Werberat und der Deutsche Datenschutzrat Online-Werbung.

Der ZAW repräsentiert Investitionen in kommerzielle Kommunikation von rund 47 Mrd. Euro. Davon fließen 27 Mrd. Euro in die Werbung, inklusive 15,8 Mrd. Euro Netto-Werbeeinnahmen der Medien. Dazu kommen rund 20 Mrd. Euro weitere Formen kommerzieller Kommunikation wie Suchwortvermarktung, Sponsoring, Werbeartikel oder Direktwerbung. In Deutschland sind rund 900.000 Beschäftigte in den Arbeitsbereichen der Marktkommunikation tätig.

Werbung fördert Wirtschaftswachstum und Wohlstand, sie realisiert Innovationen und ist positiv mit der Qualität von Produkten verknüpft. Diese Zusammenhänge wurden 2016 erstmals in der umfassenden Studie von DIW Econ „Die ökonomische Bedeutung der Werbung“ empirisch-wissenschaftlich nachgewiesen. Auftraggeber waren ZAW und GWA.

Der ZAW setzt sich für die Freiheit der kommerziellen Kommunikation als einer unabdingbaren Voraussetzung für den im Interesse der Unternehmen und der Verbraucher liegenden unverfälschten und fairen Wettbewerb ein. Werbung und kommerzielle Kommunikation sind zugleich unverzichtbare Grundlage für die Finanzierung vielfältiger, unabhängiger Medien und somit ein wesentlicher Faktor für ein freiheitliches, demokratisches und verantwortungsbewusstes Gemeinwesen – in Deutschland wie auch in Europa.