



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

**Position des ZAW
zu den Referentenentwürfen eines
Tabakerzeugnisgesetzes und einer
Tabakerzeugnisverordnung sowie
eines Ersten Änderungsgesetzes
und einer Ersten
Änderungsverordnung**

I. Vorbemerkung

Die vom Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) im Juni 2015 vorgelegten Referentenentwürfe für ein Tabakerzeugnisgesetz (nachfolgend TabakerzG-E) und eine Tabakerzeugnisverordnung (nachfolgend TabakerzV-E) gingen in vielen Punkten über die umzusetzende Tabakproduktrichtlinie 2014/40/EU hinaus und widersprachen damit den Vereinbarungen des Koalitionsvertrages. Die Referentenentwürfe wurden nun dahingehend überarbeitet, dass jedenfalls die klar überschießenden Regulierungen zwar aus den Entwürfen der Umsetzungsregelwerke entfernt, zugleich jedoch zum Gegenstand eigenständiger Vorgaben in Form eines Änderungsgesetzes und einer Änderungsverordnung zu dem geplanten TabakerzG und der TabakerzV gemacht wurden.

Wie schon der Vorentwurf eines TabakerzG verstoßen auch die jetzt vorgelegten Referentenentwürfe für ein TabakerzG und für ein Änderungsgesetz zum TabakerzG gegen den Koalitionsvertrag: Die Regierungsparteien haben sich verpflichtet, EU-Vorgaben 1:1 umzusetzen, um deutsche Unternehmen nicht zusätzlich zu belasten.

*Dieser Vereinbarung wird vorliegend nicht dadurch entsprochen, dass man einen wegen überschießender Regulierung vertragswidrigen Gesetzentwurf „durchschneidet“, die beiden Hälften dann mit nahezu unveränderten Regelungen wieder miteinander verknüpft (Gesetz/Änderungsgesetz) und sie anschließend als angeblich vertragskonformes Gesetzespaket wieder in das Rechtsetzungsverfahren gibt. **Hier wird ersichtlich der Versuch unternommen, politische Inhalte und Zielsetzungen einer Koalitionsvereinbarung durch bloße Umetikettierung von Dokumenten zu umgehen.** Ein solches Vorgehen ist nicht hinnehmbar – auch nicht aus Sicht der betroffenen Wirtschaftskreise.*

Dessen ungeachtet ist nach erster Durchsicht des überarbeiteten Entwurfs für ein TabakerzG auffällig, dass dieser weiterhin in entscheidenden Punkten über die europäischen Vorgaben hinausgehende Werberegulierungen enthält. Überdies wurde im Zuge der Überarbeitung auch eine zusätzliche Beschränkung der Werbung in audiovisuellen Mediendiensten vorgesehen, die im Ursprungsentwurf noch nicht vorhanden war und – über die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste 2010/13/EU und die EU-Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG hinausgehend – das Aus für die kommerzielle Kommunikation für andere Produkte als Tabakerzeugnisse oder die Imagewerbung in audiovisuellen Medien zur Folge hätte.

Die zuvor im TabakerzG-E enthaltenen neue Werbeverbote, die Außen- und Kinowerbung für Tabakerzeugnisse, (auch nicht nikotinhaltige) elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter betreffend sowie das Verbot von deren kostenloser Verteilung sollen nun ausgelagert werden in ein Erstes Änderungsgesetz zum TabakerzG (nachfolgend ÄndG-E). Dieser rein formale Akt ist nicht geeignet, die Argumente der deutschen Werbewirtschaft gegen die Einführung weiterer Werbeverbote und –beschränkungen inhaltlich zu entkräften:

Zusammen mit den Werbeverböten der EU-Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG, die durch das TabakerzG-E noch ausgeweitet werden sollen, den produktspezifischen Werberestriktionen der AVMD-Richtlinie 2010/13/EU, ebenfalls ausgedehnt durch das TabakerzG-E sowie den in der Tabakproduktrichtlinie geregelten gravierenden Beschränkungen der produktbezogenen kommerziellen Kommunikation, wie kombinierte Bild- und Textwarnhinweise auf Packungen von Tabakerzeugnissen, führen die BMEL-Vorschläge für ein Verbot der Außenwerbung, des Sampling und ein faktisches Verbot der Kinowerbung zu einer Ausschaltung der Marktkommunikation für ein legal hergestelltes und vertriebenes Produkt. Diese unangemessenen Verbote und Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation für Tabakprodukte bewirken einerseits keinen valide belegbaren gesundheitspolitischen Nutzen, andererseits greifen sie jedoch massiv in die unternehmerischen Grundfreiheiten und in die Souveränität des Verbrauchers ein.

In seinen nachfolgenden – nicht abschließenden - Ausführungen beschränkt sich der ZAW auf die nach Art oder Inhalt über die Tabakproduktrichtlinie hinausgehenden werbewirtschaftlich relevanten Regelungen der vorgelegten Referentenentwürfe.

II. Zum überarbeiteten Entwurf eines Tabakerzeugnisgesetzes (Stand: 10.11.2015)

Auch im überarbeiteten Entwurf eines TabakerzG sind über eine 1:1-Umsetzung der Tabakproduktrichtlinie und sonstiger Richtlinien hinausgehende werbewirtschaftlich relevante Beschränkungen enthalten. Dies betrifft

- die Streichung der nach geltendem Recht zulässigen Tabakwerbung in Publikationen, deren redaktioneller Inhalt sich überwiegend Tabakerzeugnissen widmet und die sich an eine sich aus dieser redaktionellen Ausrichtung ergebende Öffentlichkeit richten (vgl. § 21a Abs. 3 Nr. 3 VTabakG),
- die Streichung der verfassungsrechtlich erforderlichen klarstellenden Einschränkung des Werbebegriffs,
- die über die Tabakproduktrichtlinie hinausgehenden Irreführungsvorgaben,
- das Verbot der kommerziellen Kommunikation in Zusammenhang mit brand stretching/Produktdiversifikation und Imagewerbung in audiovisuellen Medien sowie
- die überschießenden Regelungen zur Marktüberwachung.

Zusätzlich zu den allgemeinen übergeordneten Bedenken gegen weitere Werbeverbote (s.u. zu Ziffer II) gilt zu diesen Punkten Folgendes:

1. Streichung der Werbemöglichkeit in Presse, die in ihrem redaktionellen Inhalt weit überwiegend Tabakerzeugnisse betrifft und sich an entsprechende Zielgruppe richtet (§ 21a Abs. 3 Nr. 3 VTabakG)

Ebenso wie im Vorentwurf ist im verfügenden Teil des § 19 Abs. 2 S. 2 TabakerzG-E die nach geltendem Recht zulässige Tabakwerbung in Publikationen, deren redaktioneller Inhalt sich überwiegend Tabakerzeugnissen widmet und die sich an eine sich aus dieser redaktionellen Ausrichtung ergebende Öffentlichkeit richten (vgl. § 21a Abs. 3 Nr. 3 VTabakG) nicht enthalten und wird damit gestrichen. Soweit nunmehr in der Begründung zu § 19 Abs. 2 unter der Überschrift (Zu Nummer 1 und Nummer 2) in einem Nebensatz darauf hingewiesen wird, dass dem Erwägungsgrund 4 der EU-Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG auch Veröffentlichungen, die sich ausschließlich an ein spezifisches Publikum redaktioneller Darbietungen richten, nicht eine breite Öffentlichkeit adressieren soll damit wohl angedeutet werden, dass ein weiterer Ausnahmetatbestand hierfür in § 19 Abs. 2 S. 2 konsequent und sachlich geboten wäre. Gleichwohl lässt der Gesetzentwurf diesen vermissen, so dass der verfügende Teil des § 19 Abs. 2 S. 2 die Begründung hierzu nicht trägt. Allein die vage Anmerkung in der Begründung ist nicht ausreichend, um mit der erforderlichen Rechtssicherheit auch künftig die Zulässigkeit der Werbung in Publikationen, deren redaktioneller Inhalt sich überwiegend Tabakerzeugnissen widmet und die sich an eine sich aus dieser redaktionellen Ausrichtung ergebende Öffentlichkeit richten, zu begründen.

Offenbar geht das BMEL – nach der ursprünglich geplanten Streichung – nunmehr davon aus, im Zuge der Umsetzung des EU-Sekundärrechts die dort enthaltenen allgemeineren – da noch umsetzungsbedürftigen – Regelungen undifferenziert in das unmittelbar anwendbare nationale Gesetz übertragen zu können: In der EU-Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG wird in Erwägungsgrund 4 zu Artikel 3 klargestellt, dass die Werbung in Publikationen, deren redaktioneller Inhalt sich überwiegend Tabakerzeugnissen widmet und die sich an eine sich aus dieser redaktionellen Ausrichtung ergebende Öffentlichkeit richten, ein weiteres Beispiel darstellt für den von Artikel 3 verfolgten Zweck, die Tabakwerbung auf Presseerzeugnisse zu beschränken, die sich nicht an eine breite Öffentlichkeit richten.¹ Dieser im Erwägungsgrund der Richtlinie aufgeführte weitere Ausnahmetatbestand kann auf nationaler Ebene nur durch die Aufnahme in den verfügenden Teil des Gesetzes – wie richtigerweise in § 21a Abs. 3 Nr. 3 VTabakG geschehen – mit ausreichender Rechtssicherheit umgesetzt werden. Lediglich die Randnotiz in der Begründung, die auf nationaler Ebene – anders als die Erwägungsgründe im EU-Sekundärrecht – neben vielen anderen Auslegungskriterien eine eher untergeordnete Rolle

¹ Erwägungsgrund 4: „... muss die darin enthaltene Tabakwerbung auf diejenigen Magazine und Zeitschriften beschränkt werden, die sich nicht an die breite Öffentlichkeit richten, wie z. B. Veröffentlichungen, die ausschließlich für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt sind, sowie auf Veröffentlichungen, die in Drittländern gedruckt und herausgegeben werden und nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind.“

spielt und überdies vom verfügenden Teil inhaltlich nicht getragen wird, ist hierfür nicht ausreichend.

Die Wiederaufnahme des Ausnahmetatbestands für die Werbung in Publikationen, deren redaktioneller Inhalt sich überwiegend Tabakerzeugnissen widmet und die sich an eine sich aus dieser redaktionellen Ausrichtung ergebende Öffentlichkeit richten unmittelbar in den verfügenden Teil ist auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich und nahezu absurd, erwachsenen Verbrauchern, die an Publikationen mit redaktionellem Schwerpunkt auf Tabakerzeugnissen interessiert sind, die Wahrnehmung von kommerzieller Kommunikation für ebendiese Produkte zu verbieten. Zugleich unterliegen selbstverständlich auch diese Presseerzeugnisse der verfassungsrechtlich verbürgten Presse- und Medienfreiheit. Auch Publikationen mit dem thematischen Schwerpunkt auf Tabakerzeugnisse sind für ihre Refinanzierung zwingend auf Einnahmen durch auf die Zielgruppe ausgerichtete Werbung angewiesen. Das geplante Werbeverbot würde die Finanzierung der Presseerzeugnisse gefährden, ohne zugleich einen gesundheitspolitischen Nutzen aufzuweisen. *Daher ist es nur konsequent und erforderlich, den Ausnahmetatbestand des § 21a Abs. 3 Nr. 3 VTabakG als weitere Ausnahme unmittelbar in § 19 Abs. 2 TabakerzG zu übernehmen.*

2. Streichung der verfassungsrechtlich erforderlichen klarstellenden Einschränkung des Werbebegriffs

Der ZAW ist der Ansicht, dass redaktionelle Medieninhalte auch künftig aus verfassungsrechtlichen Gründen klarstellend von der weiten Definition des Begriffs „Werbung“ in § 2 Nr. 6 TabakerzG-E ausgenommen werden müssen. Nach geltender Rechtslage erfolgt dies in § 22a VTabakG. Sowohl die EU-Tabakwerberichtlinie als auch das Vorläufige Tabakgesetz beziehen sich ausschließlich auf kommerzielle Kommunikation, also die unmittelbar oder mittelbar den Absatz eines Produkts oder einer Dienstleistung fördernde Kommunikation, nicht hingegen auf künstlerische oder redaktionelle Medieninhalte. So muss es bereits aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Kunst-, Presse- und Medienfreiheit zulässig bleiben, beispielsweise Schauspieler in Kino-/Fernsehfilmen oder Personen im Rahmen einer redaktionellen Berichterstattung rauchend abzubilden. Eine klarstellende Ausnahme redaktioneller Medieninhalte von den weitreichenden Werbeverboten ist im Referentenentwurf für ein TabakerzG nicht mit der erforderlichen Rechtssicherheit abgebildet. Anders als noch im Ursprungsentwurf wird jetzt zwar in der Begründung zu §§ 19, 20 darauf hingewiesen, dass die in den Vorschriften geregelten Verbote „naturgemäß nicht eine rein redaktionelle Berichterstattung“ erfassen. Die Hinweise nur in der Begründung reichen – ähnlich wie zu § 19 Abs. 2 – jedoch nicht aus, um den Unternehmen die erforderliche Rechtssicherheit zu gewähren. Dies umso weniger, als die Klarstellungen ohne sachlichen Grund eine weitere unbestimmte Einschränkung auf „**rein** redaktionelle Berichterstattung“ enthält. Aus welchem Grund und nach welchem Maßstab künftig wohl zwischen „reiner“ und „unreiner“ bzw. „gemischter“ redaktioneller Berichterstattung unterschieden werden soll,

erschließt sich nicht. § 22a VTabakG stellt daher auch schlicht klar, dass die dort in Bezug genommenen Werbeverbote nicht eine redaktionelle Berichterstattung erfassen.

Wir halten es daher für verfassungsmäßig dringend erforderlich, die weite Begriffsbestimmung der Werbung klarstellend zu beschränken und redaktionelle Medieninhalte explizit vom Anwendungsbereich auszunehmen. Dies könnte z.B. durch eine (fett hervorgehobene) Erweiterung des Vorschrift wie folgt erfolgen:

*Werbung: jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Erzeugnisses zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern; **redaktionelle Medieninhalte sind keine kommerzielle Kommunikation im Sinne dieser Definition.***

Alternativ sollte die klarstellende Ausnahme direkt im verfügbaren Teil der §§ 19, 20 TabakerzG-E aufgenommen werden. Allein in der Begründung hierzu ist es aus den oben genannten Gründen nicht ausreichend.

3. Richtlinienüberschießende Irreführungsvorgaben

Erforderlich ist des Weiteren die Beschränkung der Irreführungsvorschriften des § 18 TabakerzG-E auf die Packung, Außenverpackung sowie auf das Tabakprodukt selbst entsprechend den Regelungen der Tabakproduktrichtlinie in Artikel 13. Dies betrifft insbesondere die Vorgaben nach § 18 Abs. 2 Nr. 3 TabakerzG-E (Angaben zu Geschmack, Geruch, Aromastoffen oder sonstigen Zusatzstoffen oder zu deren Fehlen, vgl. Art. 13 Abs. 1c) Tabakproduktrichtlinie). Diese Restriktionen sollen erstmalig in der nationalen Regelung verankert werden. Anders als die Tabakproduktrichtlinie verbietet jedoch der Entwurf eines TabakerzG in § 18 Abs. 2 undifferenziert sowohl die produktbezogene Verwendung **als auch die Bewerbung allgemein oder im Einzelfall mit diesen Angaben**. Dies hätte zur Folge, dass – über den nach der Richtlinie zu harmonisierenden Bereich hinausgehend – auch am Verkaufsort keine Angaben zu Aromen, sonstigen Zusatzstoffen oder deren Abwesenheit etc. mehr erfolgen dürfen. Insbesondere angesichts der Tatsache, dass die Richtlinie hinsichtlich dieser Angaben eine tatsächliche Irreführungsgefahr gar nicht erfordert, sondern derartige Angaben – unabhängig von einer Irreführung – generell untersagt, wäre eine solche überschießende Regulierung unverhältnismäßig, da sie den Tabakunternehmen keinerlei adäquate Möglichkeit mehr ließe, ihrer erwachsenen Zielgruppe insoweit Informationen zu den Eigenschaften ihrer Produkte zur Verfügung zu stellen.

4. Verbot der kommerziellen Kommunikation in Zusammenhang mit brand stretching/Produktdiversifikation und Imagewerbung in audiovisuellen Medien

Nach § 20 des Entwurfs eines TabakerzG soll nicht mehr nur die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation (im Sinne der AVMD-Richtlinie 2010/13/EU) für Tabakerzeugnisse, elektrische Zigaretten oder Nachfüllbehälter verboten sein, sondern zusätzlich auch zugunsten von

Unternehmen, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Tabakerzeugnissen ist. Hiermit würde über den Harmonisierungsbereich der AVMD-Richtlinie und der Tabakwerberichtlinie hinausgehend z.B. auch die bisher zulässige Werbung von Tabakunternehmen für andere Produkte als Tabakerzeugnisse, elektrische Zigaretten oder Nachfüllbehälter sowie die reine Imagewerbung der Unternehmen untersagt werden. In der AVMD-Richtlinie wird das Verbot der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation differenziert geregelt: Während die Produktplatzierung und das Sponsoring (Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 4a)) in der Tat nicht durch/zugunsten von Unternehmen, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder Verkauf von Tabakerzeugnissen ist, erfolgen darf, knüpft das Verbot der sonstigen kommerziellen Kommunikation ausschließlich an die Tabakerzeugnisse als solche an (Art. 9 Abs. 1d)). Dementsprechend ist das Verbot in § 21b VTabakG differenziert ausgestaltet. Es gibt keinen sachlichen Grund, hiervon nun abzuweichen. AVMD- und Tabakwerberichtlinie gelten unverändert fort und die Tabakproduktrichtlinie hat die Werbung für Tabakerzeugnisse in audiovisuellen Mediendiensten nicht zum Regelungsgegenstand. *Vor diesem Hintergrund muss das Werbeverbot in audiovisuellen Medien der geltenden Rechtslage entsprechend differenziert nach Maßgabe der AVMD-Richtlinie ausgestaltet und hinsichtlich der „sonstigen audiovisuellen kommerziellen Kommunikation“ produktbezogen beschränkt werden.*

5. Überschießende Regelungen zur Marktüberwachung

Nach dem Gesetzentwurf soll den Marktüberwachungsbehörden u.a. die Befugnis eingeräumt werden, Maßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung der Werbeverbote anzuordnen (vgl. § 29 Abs. 2 S. 3 TabakerzG-E). Die Erstreckung der Marktüberwachungsmaßnahmen auf die Gewährleistung der Einhaltung von Werbeverboten geht über den Anwendungsbereich der Verordnung über die Akkreditierung und Marktüberwachung (VO (EG) Nr. 765/2008) hinaus. Die europarechtlichen Vorgaben zur Marktüberwachung knüpfen für nicht anlassbezogene Kontrollbefugnisse durchgängig an unmittelbare Produktmerkmale an (Artikel 19 Abs. 1 VO Nr. 765/2008). Werbeinformationen gehören nicht hierzu. Der enge produktbezogene Anwendungsbereich für nicht anlassbezogene Marktüberwachungs- und Produktbeschränkungsmaßnahmen, die bis hin zu Produktuntersagungen führen können, erscheint durch den Zweck begründet, die Anforderungen an ein hohes Schutzniveau der Produkte unter anderem bezüglich Gesundheit, Sicherheit, aber auch hinsichtlich Umweltschutz sicherzustellen (vgl. Artikel 1 Abs. 2 VO Nr. 765/2008). Vor diesem Hintergrund erscheint die Normierung entsprechender Kontrollbefugnisse auch für die Einhaltung von Werbeverboten unangemessen, da diese keine - den Produktmerkmalen vergleichbare - Auswirkungen auf die von der VO Nr. 765/2008 geschützten Güter entfalten. § 29 Abs. 2 S. 3 TabakerzG-E ist daher unverhältnismäßig und geht über den durch die VO Nr. 765/2008 gesetzten einheitlichen Rechtsrahmen in der EU hinaus. Weitere Eingriffsmöglichkeiten der Behörden hinsichtlich der Werbeverbote sind auch nicht erforderlich. Die Einhaltung des Werberechts wird in Deutschland durch die Instrumente des Wettbewerbsrechts wirksam gewährleistet. Nach alledem hält der ZAW es für geboten und erforderlich, den Anwendungsbereich der Marktüberwachung – den europarechtlichen

Vorgaben entsprechend – auf die Kontrolle von Produktmerkmalen zu beschränken und Werbung aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen.

II. Zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes (Stand: 04.11.2015)

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 Unternehmen bereits jetzt nahezu unmöglich, mit ihrer erwachsenen Zielgruppe zu kommunizieren. Weitere Einschnitte sind weder verfassungsrechtlich, noch mit politischen Erwägungen zu rechtfertigen.

1. Zusätzliche Werbeverbote sind verfassungswidrig

Das vom BMEL geplante Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse, (auch nicht nikotinhaltige) E-Zigaretten oder Nachfüllbehälter sowie deren kostenlose Abgabe begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Entsprechendes gilt für die zusätzliche Regulierung der Kinowerbung, die zwar – anders als noch im ursprünglichen Entwurf des TabakerzG – im ÄndG 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.

Die kommerzielle Kommunikation von Unternehmen ist als Unterfall der Meinungsäußerungsfreiheit durch Artikel 5 Absatz 1 Grundgesetz und Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie als Bestandteil der Berufsausübungsfreiheit nach Artikel 12 Absatz 1 Grundgesetz geschützt.

a) Werbeverbote machen Marktkommunikation unmöglich

Seit Inkrafttreten des Vorläufigen Tabakgesetzes im Dezember 2006 *sind die Werbemöglichkeiten der Tabakbranche nahezu auf die Außen- und Kinowerbung sowie Promotion beschränkt*. Eine Umsetzung der Verbotspläne des ÄndG-E bedeutete damit faktisch die Ausschaltung jeglicher Marktkommunikation für ein legales Produkt. Nach dem Gesetzentwurf bliebe künftig noch die *Präsentation und Werbung am Verkaufsort möglich*. Diese rudimentäre Werbemöglichkeit vermag jedoch schon allein aufgrund der in ihrer Natur liegenden beschränkten Reichweite die umfassenden medialen Werbeverbote nicht zu kompensieren. Zusätzlich soll diese Restwerbemöglichkeit durch die unverhältnismäßigen EU-Vorgaben zur Verpackungsgestaltung sowie durch eine derart weitreichende Definition der

Außenwerbung (diese sollte unbedingt auf „Betriebsstätten“ begrenzt werden) eingeschränkt werden, dass die auch künftig mögliche Präsentation und Werbung am Verkaufsort im Verhältnis zu den ausladenden Werbeverboten bei der verfassungsrechtlich erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht ins Gewicht fällt.

Gleichzeitig wären auch die mittelständischen Unternehmen im Bereich der Kino- und Außenwerbung von einem Tabakwerbeverbot 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 werden auf 250 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, Flughäfen, Bahnhöfen und Einkaufszentren mit hochwertigem Stadtmobiliar (ÖPNV-Wartehallen, öffentliche Toiletten etc.). Deutsche Millionenstädte profitieren von Investitionen in einer Größenordnung von 30 – 50 Millionen Euro. Bei Städten mit über 100.000 Einwohnern erreichen die Investitionen in der Regel ebenfalls ca. 10 Millionen 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 Pachteinnahmen 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.

b) Werbeverbote gesundheits- und jugendschutzpolitisch untauglich

Das geplante quasi vollständige Werbeverbot greift in den absoluten Kern des Schutzbereichs der verfassungsrechtlich verbürgten Kommunikationsfreiheit der Unternehmen ein und ist u. E. mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar. Die Frage der Tauglichkeit 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.

*In seiner Begründung zum ÄndG-E stützt das BMEL die Werbeverbote auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die u.E. **nicht** zur verfassungsrechtlichen Bewertung der beabsichtigten Werbeverbote herangezogen werden und eine umfassende Tauglichkeitsprüfung ersetzen können: Die den Gerichtsentscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte zu Packungswarnhinweisen und Rauchverboten in Gaststätten unterscheiden sich in mehreren Punkten vom vorliegenden: So war in allen Entscheidungen die vorliegend betroffene Meinungsäußerungsfreiheit des Artikels 5 Absatz 1 Grundgesetz nicht*

Prüfungsmaßstab. Auch beziehen sich die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung zum Rauchverbot auf 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. Vorliegend geht es demgegenüber jedoch um die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit die Wahrnehmung eines Tabakwerbepublikums gesundheitlich relevant ist. Diese Frage war nicht Gegenstand der Verfassungsgerichtsentscheidung, so dass diese die zusätzlichen Werbeverbote nicht trägt.

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 ist im Fall der Umsetzung der vom BMEL geplanten Werbeverbote – wie oben dargelegt – gerade nicht mehr der Fall.

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 in der Begründung zum Referentenentwurf Bezug genommen wird² - 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. In ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der SPD-Fraktion hat die Bundesregierung im Frühjahr 2010 auch mitgeteilt, über keine aktuellen belastbaren Erkenntnisse zur Wirksamkeit der bereits bestehenden Werbe- und Sponsoringverbote für Tabakerzeugnisse zu verfügen.³

*Umgekehrt kommen mehrere Studien zu der Schlussfolgerung, dass die Werbung für Tabakprodukte keine Auswirkung auf die Entwicklung des Gesamtkonsums an Zigaretten hat bzw. dass die vorhandenen Studien keinen wissenschaftlich fundierten Beleg für einen Zusammenhang zwischen der Werbung und dem Rauchverhalten Jugendlicher bieten.*⁴ Empirisch belegt wird dies auch durch den Rückgang der Raucherquote bei Kindern und Jugendlichen in Deutschland seit 2012 um mehr als die Hälfte. Diese Entwicklung hat sich trotz der noch zulässigen Tabakwerbformen und damit unabhängig von diesen vollzogen. Auch ein internationaler Vergleich mit Frankreich, Polen, Irland, Großbritannien und Belgien belegt den fehlenden Zusammenhang zwischen Tabakwerbung und Raucheranteil in der Bevölkerung:

² Hanewinkel/Isensee/Sargen/Morgenstern, „Cigarette advertising and adolescent smoking“, Am J PrevMed 2010.

³ BT-Drs. 17/1652.

⁴ 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.

Obwohl in diesen EU-Ländern bereits seit mindestens 10 Jahren die Außenwerbung untersagt ist, verzeichnete Deutschland seit 2005 den zweitstärksten Rückgang der Raucherquote, die in 2012 im Vergleich zu den Mitgliedstaaten mit Außenwerbeverboten für Tabak sogar am niedrigsten war.⁵

2. Zusätzliche Werbeverbote nicht nach WHO-Tabakrahmenkonvention erforderlich

Die Notwendigkeit eines nationalen Verbots von Außen- und Kinowerbung für Tabakprodukte, (auch nicht nikotinhaltige) E-Zigaretten oder Nachfüllbehälter sowie deren kostenlose Abgabe lässt sich auch nicht aus der durch Deutschland ratifizierte Tabakrahmenkonvention der Weltgesundheitsorganisation (WHO) ableiten. Insoweit möchten wir darauf verweisen, dass die Bundesregierung zu Artikel 13 der Konvention einen Verfassungsvorbehalt eingebracht hat. Soweit die WHO-Bestimmung in Absatz 2 eine Verpflichtung zum Erlass eines Verbots bezüglich grenzüberschreitender Werbemaßnahmen enthält, *trägt die deutsche Rechtslage dieser Vorgabe durch das Vorläufige Tabakgesetz hinreichend Rechnung*: Im Zuge der Umsetzung der EU-Tabakwerberichtlinie sind sämtliche Werbeformen für Tabakprodukte mit grenzüberschreitender Wirkung gesetzlich untersagt worden. Die Werbeformen der Plakat- und Kinowerbung sowie die kostenlose Abgabe von Produkten, auf die die Initiative des BMEL abzielt, entfalten gerade keine grenzüberschreitende Wirkung. Nach der Tabakrahmenkonvention ist Deutschland daher nicht zur Umsetzung weiterer Werbebeschränkungen verpflichtet. *Dementsprechend hat die Bundesregierung in ihren letzten Umsetzungsberichten zum WHO-Framework mitgeteilt, ein „umfassendes Verbot“ der Tabakwerbung, Promotion und des Sponsoring in Deutschland eingeführt zu haben.*⁶ Dies korrespondiert mit der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Linken, in der sie ebenfalls mitteilte, die Vorgaben des WHO-Framework umgesetzt zu haben.⁷

3. Abkehr der Bundesregierung vom politischen Leitmotiv der Bürgersouveränität

In den letzten zehn Jahren war Deutschland immer wieder ein wichtiger Verteidiger der Werbefreiheit als einem zentralen Instrument des Wettbewerbs und unverzichtbarem Bestandteil der Finanzierungsmöglichkeiten privater, unabhängiger Medien. Schon die letzte von SPD und CDU/CSU gebildete Bundesregierung lehnte „insbesondere im Hinblick auf die Refinanzierungsmöglichkeiten von Medienangeboten durch Werbung“ „weitere Werbeverbote auf nationaler und europäischer Ebene strikt ab“ (Medien- und Kommunikationsbericht der Bundesregierung 2008, S. 77). Die Bundesregierung erklärte, sie „[werde] allen [auf mediale Werbebeschränkungen] gerichteten Bestrebungen entschieden entgegentreten“. Das tat sie auch, und zwar durch unions- wie SPD-geführte Ministerien. Die Bundeskanzlerin hatte bereits

⁵ Vgl. Eurobarometer-Umfragen der EU-Kommission.

⁶ Vgl. z. B. Umsetzungsbericht 2014, abrufbar auf http://apps.who.int/ftc/implementation/database/sites/implementation/files/documents/reports/germany_2014_report_final.pdf.

⁷ BT-Drs. 17/11613.

2009 erklärt, dass sie weitere Werbebeschränkungen ablehne, weil sie „ein massiver Angriff auf die Vielfalt und Qualität der Medien“ seien (Rede vom 17.11.2009, Bulletin der Bundesregierung Nr. 116-3 vom 17.11.2009). Weiter führte die Kanzlerin aus: „Wir sind auch aus sehr grundsätzlichen Erwägungen dagegen, dass wir dabei immer mehr Vorgaben machen, und zwar aus grundsätzlichen Erwägungen hinsichtlich des Gesellschaftsverständnisses und der Mündigkeit der Bürgerinnen und Bürger.“

Mit der Umsetzung der weiteren Werbeverbotspläne des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft droht aber jetzt ein kontra-produktives Signal, sowohl an die neue EU-Kommission und das Europaparlament als auch für künftige Regulierungsvorhaben auf nationaler Ebene. Der ZAW sieht hier Anzeichen für eine neue Verbotskultur und Verbraucherbevormundung. *Werbeverbote oder die Kanalisierung von Werbemaßnahmen sind generell ungeeignet, individuelle Verhaltensweisen in bestimmte Bahnen zu lenken.* Stattdessen wird hierdurch die Bedeutung von Werbung in der ihr zugewiesenen Funktion als Instrument des Wettbewerbs reduziert – auch zum Nachteil des Verbrauchers, der durch das drohende Totalverbot der kommerziellen Kommunikation keine Informationen mehr zu für ihn entscheidenden Produktmerkmalen, z. B. zu Zusatzstoffen, erhalten könnte.

Die Werbeverbotspläne des BMEL für Tabakprodukte hätten überdies auch gravierende ordnungspolitische Implikationen: *Im Ergebnis würde hiermit außerhalb aller marktwirtschaftlichen Grundsätze die Ausschaltung jeglicher Marktkommunikation für ein legal hergestelltes und vertriebenes Produkt festgeschrieben.* Zugleich kommt ihnen auch branchenübergreifend erhebliche Signalwirkung zu: Bereits heute werden vergleichbare Maßnahmen für andere Branchen, so beispielsweise für Alkohol und Lebensmittel, diskutiert.

Kontakt

Rechtsanwältin Ines Nitsche

ZAW

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

+49 30 59 00 99 -719 Telefon

+49 30 59 00 99 -722 Telefax

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation von 43 Verbänden der am Werbegeschäft beteiligten Kreise. Er vertritt die Interessen der werbenden Wirtschaft, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung. Er ist die gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft in Deutschland.

Der ZAW repräsentiert 25 Milliarden EUR Investitionen in werbliche Kommunikation, davon 15,3 Milliarden EUR Nettowerbeeinnahmen der Medien, und rund 900.000 Beschäftigte in den Arbeitsbereichen der Markt-Kommunikation. Zur Dachorganisation gehört auch der Deutsche Werberat, die zentrale Werbeselbstkontrolleinrichtung in Deutschland.

Dabei setzt sich der ZAW 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.