

Zur Verfassungswidrigkeit weiterer Tabakwerbverbote

- Rechtliche Stellungnahme -

im Auftrag des

- Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
- Bunds für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e.V. (BLL)
- Deutschen Zigarettenverbands e.V. (DZV)
- Fachverbands Außenwerbung e.V. (FAW)
- FDW Werbung im Kino e.V.
- Markenverbands e.V.
- Verbands der deutschen Rauchtabakindustrie e.V. (VdR)
- Verbands deutscher Wasserpfeifentabak-Manufakturen und -Händler e.V.
- Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft e.V. (ZAW)

Berlin, den 8. Februar 2019

A.**Ergebnisse**

- (1) Die von der CDU/CSU nunmehr erwogenen Werbeverbote für Tabakprodukte wären mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und sind von der Tabakrahmenkonvention der WHO nicht gefordert.
- (2) Ein Verbot der Außenwerbung und der kostenlosen Abgabe von Produktproben (Sampling) dürfte die Grundrechte der betroffenen Unternehmen (Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) schon deshalb verletzen, weil es additiv neben eine Vielzahl bereits bestehender Beschränkungen treten würde. Von der grundrechtlich geschützten Freiheit zur Vermarktung der eigenen Marke bliebe nichts mehr übrig. Davon abgesehen zeigt ein Blick in jene Nachbarländer, die solche Verbote schon in den neunziger Jahren eingeführt haben, dass diese die Raucherprävalenz nicht beeinflussen. Denn die Werbung dient der Sicherung eigener Anteile in einem schrumpfenden Markt, nicht aber soll sie als solche zum Rauchen verführen.
- (3) Das Grundgesetz sieht den Menschen als eine zu eigenverantwortlicher Lebensführung begabte Persönlichkeit an und steht Werbeverböten deshalb jedenfalls dann entgegen, wenn – wie vorliegend – den Gesundheitsrisiken bereits mithilfe von Warnhinweisen umfassend Rechnung getragen wurde.
- (4) Auch über das Ziel des „Jugendschutzes“ ließe sich ein Verbot nicht rechtfertigen. Aus Gründen des Jugendschutzes darf Kommunikation mit Erwachsenen nicht verhindert werden. Jugendspezifische Ansprachen erfolgen in der Werbung jedoch bereits heute nicht. Die Produktproben werden nur an erwachsene Raucher verteilt.
- (5) Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) schützt die Gemeinden bei der Ausgestaltung ihrer Einrichtungen. Mithilfe von Außenwerberechten privater Konzessionäre haben sie langfristig kommunale Infrastruktur geschaffen. Ein Tabakwerbeverbot würde in solche kommunalen Konzessionsmodelle unangemessen eingreifen. Rückabwicklungs- und Schadenersatzansprüche wären die Folge.
- (6) Kino- und Plakatwerbung unterfällt der – vorbehaltlos gewährleisteten – Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Ein allumfassendes Verbot von Plakaten und Kinospots mit Tabakwerbung außerhalb von reinen Erwachsenenfilmen nimmt diesen künstlerischen Äußerungen ihren letzten vorhandenen Wirkungsbereich fast vollständig. Für die

Regisseure und Grafiker der betreffenden Werke erweist sich dieser Eingriff als verfassungswidrig.

- (7) Die WHO-Tabakrahmenkonvention ist in Deutschland bereits umgesetzt. Dies hat die Bundesregierung mehrfach festgestellt. Weitergehende Verbote stellt die Konvention ausdrücklich unter Verfassungsvorbehalt. Es würde sich daher um ein neues Verbot handeln, das nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

B.

Fragestellung

- (8) Im Anschluss an die zuletzt noch im Deutschen Bundestag diskutierten – und mehrheitlich abgelehnten – Anträge der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN erwägt die CDU/CSU-Fraktion nun ihrerseits eine Ausweitung der bestehenden Werbebeschränkungen für Tabakprodukte. Ausweislich der Presseberichterstattung sollen Eckpunkte der Ausweitung u.a. sein:
- Ein vom Bundestag in der vergangenen Legislaturperiode nicht angenommener Regierungsentwurf über das Verbot der Außenwerbung (mit Ausnahme der Werbung am Verkaufsort des Fachhandels), der Kinowerbung für Filme auch nach 18 Uhr sowie des sog. Sampling (kostenlose Abgabe von Produktproben zu Werbezwecken);
 - die Tabakrahmenkonvention der Weltgesundheitsorganisation (WHO), deren Umsetzungsfrist für ein „umfassendes Werbeverbot“ schon seit 2010 abgelaufen sei;
 - der Bestandsschutz für kommunale PPP-Finanzierungsmodelle für die Tabakaußenwerbung längstens bis 2024
- (9) Nachfolgend wird zunächst der verfassungsrechtlichen Frage nachgegangen, ob die erwogenen Verbote von Außen- und Kinowerbung sowie des kostenlosen Verteilens von Tabakprodukten (sog. Sampling) mit dem Grundgesetz vereinbar wären, namentlich mit den Freiheitsrechten der betroffenen Tabakunternehmen (unter C.I.), der Selbstverwaltungsgarantie der von den Verboten betroffenen Kommunen (C.II) sowie der Kunstfreiheit der die Plakate und Kinospots entwickelnden Grafiker und Regisseure (unter C.III.). Abschließend wird dargelegt, dass das Tabakwerbeverbot aus der

WHO-Tabakrahenkonvention bereits umgesetzt wurde und weitere Verbote völkerrechtlich nicht veranlasst sind (unter D.).

C.

Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

I. Verletzung der Kommunikations- und Berufsausübungsfreiheit der Tabakunternehmen

- (10) Es ist unstreitig und wurde auch von der Bundesregierung anerkannt, dass mit den vorgeschlagenen Maßnahmen „Eingriffe in die Freiheitsrechte der betroffenen Unternehmen der Tabakwirtschaft und der Werbewirtschaft, insbesondere in die Grundrechte der Meinungsäußerungsfreiheit und der Berufsfreiheit“ einhergehen.

Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes, BT-Drs. 18/8962 vom 28.06.2016, S. 10.

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit folgt schon daraus, dass Art. 5 Abs. 1 GG auch die sog. kommerzielle Kommunikation erfasst, d.h. die Wirtschaftswerbung mit dem Ziel, eigene Erzeugnisse (im Verhältnis zu Konkurrenzprodukten) zu vermarkten.

Starck, in: Stark, GG, 7. Aufl. 2015, Art. 5 Rn. 25; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 108; Wendt, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 18 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rn. 62; Schmidt-Jortzig, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 162 Rn. 23; Kühling, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rn. 27 ff.

- (11) Daneben sind diese Maßnahmen auch unmittelbar berufsbezogene und deshalb rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG (Freiheit der Berufsausübung). Dies gilt für das Verbot der Außen- und Kinowerbung ebenso wie für das Verbot des Sampling. Die spezifische Intensität und Wirkungsweise rührt aus dem Umstand, dass diese Verbote „additiv“ neben die bereits umfassenden Beschränkungen der Tabakvermarktung träten (Schockbilder, Warnhinweise, Werbeverbote in Print, Fernsehen und Rundfunk, Sponsoringverbote u.v.a.); bei einem solch „additiven Grundrechtseingriff“

zur Problematik BVerfGE 123, 186 (265); BVerfGE 112, 304 (319 f.); BVerfGE 114, 196 (247)

bliebe von der – grundrechtlich geschützten – Freiheit zur Vermarktung und Bewerbung der eigenen Marke praktisch nichts mehr übrig.

Degenhart, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft zum Antrag der Fraktionen DIE LINKE und zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 19(10)110-B vom 29.11.2018; ders., Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakprodukte, 2015, S. 39 f.; Jarass, Neue Dimensionen der Tabakproduktregulierung und Grundrechte und Grundfreiheiten, 2012, S. 75

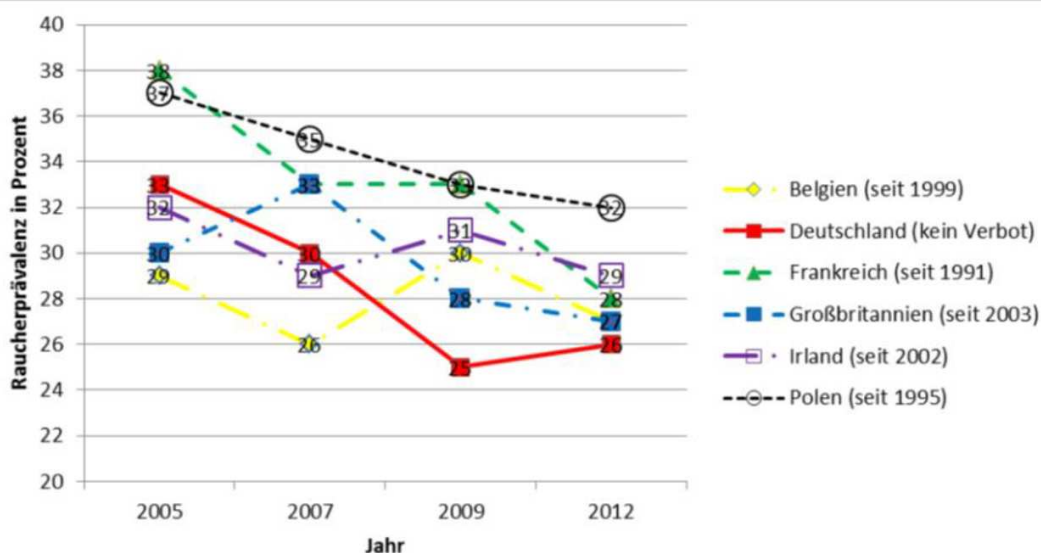
Tatsächlich würden die nun in Rede stehenden Verbote in ihrer Gesamtwirkung den Markteintritt neuer Anbieter vollständig verhindern und die Unterscheidungskraft der bestehenden – auch eigentumsrechtlich geschützten – Marken auf Null reduzieren. Ein solch pauschaler und umfassender Eingriff in die Berufsfreiheit, der sich nicht auf *„den Ausschluss bestimmter Werbeträger“* beschränkt, sondern *„keinen Raum für eine Prüfung der konkreten Werbung lässt“*, kann schon wegen seiner Intensität kaum gerechtfertigt werden.

BVerfGE 94, 372 (393); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 75

- (12) Aus guten Gründen haben namhafte Verfassungsrechtler überdies auch die Eignung und die Erforderlichkeit der vorgeschlagenen Werbeverbote bezweifelt.

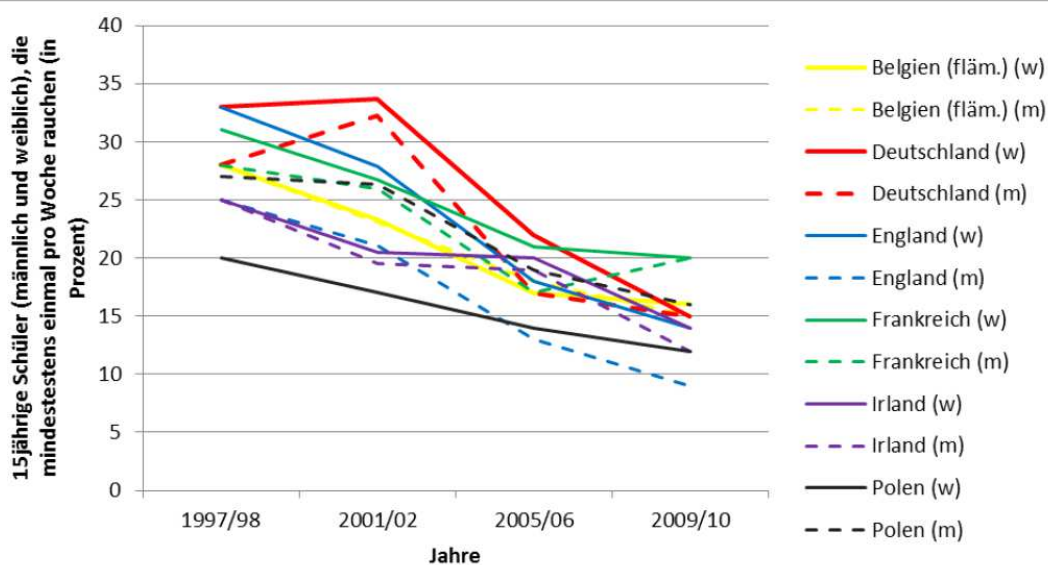
Degenhart, Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakverbote, 2015, S. 48 ff., 52 f.; di Fabio AfP 1998, 564 (569); Kirchhof/Frick AfP 1991, 677 (680)

- (13) Zum einen zeigt ein Blick in jene EU-Staaten, die – anders als Deutschland – bereits in den neunziger Jahren die Außenwerbung für Tabakprodukte verboten haben, dass es keinen ersichtlichen Zusammenhang zwischen Raucherprävalenz und Werbeverbote gibt. So ergibt sich aus repräsentativen Erhebungen von Euromonitor zur Entwicklung des Anteils der rauchenden Bevölkerung in fünf EU-Mitgliedstaaten mit einem Außenwerbeverbot für Tabakprodukte im Vergleich zu Deutschland, dass ein Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse keinen ersichtlichen Einfluss auf die Entwicklung der Raucherprävalenz hat und somit als Präventionsinstrument bloße Symbolpolitik ist.



Quelle: Daten für 2005: Special Eurobarometer 239 (S. 65) // 2007: Special Eurobarometer 272 c (S. 5) // 2009: Special Eurobarometer 332 (S. 9) // 2012: Special Eurobarometer 385 (S. 7) // Daten für Frankreich (1995, 2002): Special Eurobarometer 182 (S. 4). Im Internet abrufbar unter http://ec.europa.eu/health/tobacco/eurobarometers/index_en.htm.

- (14) Erst recht gilt dies für den Anteil jugendlicher Raucher. Hier zeigt sich, dass ein Verbot der Plakatwerbung ohne jede Bedeutung für den Anteil der regelmäßig rauchenden Jugendlichen geblieben ist:



Quelle: Weltgesundheitsorganisation (WHO): Health Behavior in School-aged Children (HBSC). Berichte für die Schuljahre 1997-98, 2001/02, 2005/06, 2009/10. Abrufbar unter: <http://www.hbsc.org/publications/internation>

Zuletzt hat sich dieser Trend sogar noch einmal verstärkt: Auch ohne ein vollständiges

Verbot der Außenwerbung für Tabakprodukte ist der Anteil von Rauchern bei Jugendlichen (12- bis 17-Jährige) und jungen Erwachsenen (18- bis 25-Jährige) in Deutschland auf einen historischen Tiefstand gefallen (7,4% bzw. 26,1%).

Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Info-Blatt vom 15.9.2017, S. 1-2

- (15) An der Eignung und der Erforderlichkeit bestehen zum anderen auch deshalb Zweifel, weil es bis heute keine validen Studien gibt, die einen Wirkungszusammenhang zwischen Außenwerbung und Tabakkonsum nachweisen. Selbst die Bundesregierung hatte auf eine parlamentarische Anfrage vor einigen Jahren noch eingeräumt, es lägen ihr zur Wirksamkeit der Werbe- und Sponsoringverbote für Tabakerzeugnisse keine aktuellen Studien vor.

BT-Drs. 17/1652 vom 7.5.2010, S. 8 f.

Tatsächlich gelangen mehrere Studien zu dem Ergebnis, dass die Werbung für Tabakprodukte in einem schrumpfenden Markt allein Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der Anbieter, nicht aber auf die Raucherprävalenz oder den Gesamtkonsum an Zigaretten hat.

Capella/Taylor/Webster, *Journal of Advertising*, 2008, S. 7 ff.; Heckman/Flyer/Loughlin, *An Assessment of casual inference in smoking initiation research and a framework for future research in Economic Inquiry*, 2008

- (16) Wägt man sodann im Rahmen der Angemessenheitsprüfung die Schwere der Eingriffe mit den erhofften Wirkungen umfassender Werbeverbote ab, fällt entscheidend ins Gewicht, dass das Grundgesetz den Menschen in Art. 1 GG als „eine zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘“ ansieht,

BVerfGE 142, 123 (189)

und sich deshalb – jenseits von Warnhinweisen –

BVerfG NJW 1997, 2871

ein pauschaler und paternalistischer „Schutz vor sich selbst“ verfassungsrechtlich nicht legitimieren lässt: Die Befugnis des Staates, den Einzelnen vor selbst begründeten Gesundheitsgefahren zu schützen, eröffnet nach der Rechtsprechung des BVerfG eben „keine ‚Vernunftthoheit‘ staatlicher Organe, über den Grundrechtsträger dergestalt, dass dessen Wille allein deshalb beiseitegesetzt werden dürfte, weil er [...] aus der Außensicht unvernünftig erscheint.“

BVerfGE 128, 282 (308): „Gefahr eines fürsorglichen Paternalismus“; vgl. auch BVerfG NJW 1999, 3399 (3401): „Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher Freiheit“; BVerfGE 22, 180 (219): „Der Staat hat nicht die Aufgabe, seine Bürger zu ‚bessern‘“; BVerfGE 59, 172 (213): „Ihre Fürsorgepflicht können die staatlichen Organe dadurch erfüllen, dass sie ... über die Risiken nachhaltig aufklären. Es ist aber nicht ihre Sache, den Staatsbürger fürsorglich zu zwingen, ... solange das damit verbundene Risiko nicht zu einer schwerwiegenden Selbstgefährdung führt“; ebenso Sachs, in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, vor Art. 1 Rn. 57; di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 52; Hufen, JuS 2013, 1 (5 ff.)

- (17) Aus dem verschiedentlich – und stets nur vage – angeführten Ziel des „Jugendschutzes“ ergibt sich nichts anderes.

Degenhart, Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakverbote, 2015, S. 47 ff.

Zum einen dürfen Beschränkungen der Kommunikationsfreiheiten aus Gründen des Jugendschutzes nicht die Kommunikation mit Erwachsenen verhindern. Zum anderen müssen Beschränkungen zum Jugendschutz ihrerseits verhältnismäßig und gerechtfertigt sein. Daran fehlt es aber. Erfahrungsgemäß geht von absolut Untersagtem für Jugendliche sogar eine Anreizwirkung aus, was bereits die Eignung derartiger Verbote in Frage stellt. Ein Verbot ist auch aus Gründen des Jugendschutzes nicht erforderlich. Dies gilt für das Verbot der Außen- und Kinowerbung ebenso wie für das Verbot des Sampling. Denn jugendspezifische Ansprachen werden bereits heute verhindert. Kommunikation richtet sich ebenso wie das Produktangebot und der Verkauf ausschließlich an Erwachsene. Die Abgabe der Produktproben erfolgt in Übereinstimmung mit § 10 Abs. 1 JuSchG ebenfalls nur an Erwachsene.

- (18) Die nun erneut diskutierten Verbote unterscheiden sich damit grundlegend vom Nichtraucherschutz, der das Passivrauchen in den vergangenen zehn Jahren einschneidend eingeschränkt hat und der vom BVerfG wegen der wissenschaftlich erwiesenen Erkenntnisse über Erkrankungen durch Passivrauchen im Grundsatz gebilligt worden ist.

BVerfGE 121, 317 (356 f.)

Anders als beim (passiven) Nichtraucherschutz steht vorliegend ein Maßnahmenpaket in Rede, das auf den Schutz der aktiven Raucher vor dem Genuss legaler Produkte und somit auf ein Verhalten abzielt, das nach dem Leitbild des Grundgesetzes in der Eigenverantwortung des Menschen liegt. So sehen die Branchenvorgaben beim Sampling eine Abgabe der Proben von vornherein nur an erwachsene Raucher vor,

so dass eine Anreizwirkung gegenüber Nichtrauchern ausgeschlossen ist. Eine freiheitliche Ordnung ist indes darauf angewiesen, dass sie dem Einzelnen Verantwortung und Verantwortlichkeit zuweist, die er – jedenfalls dank vielerlei Warnhinweisen – persönlich überschauen und beeinflussen kann.

Kirchhof, in: Schumpelick/Vogel, Volkskrankheiten, 2008, S. 35;
Schanz, RDG 2019, 38 (39)

Auch vor diesem Hintergrund erweist sich ein vollständiges Werbeverbot, wie es nunmehr erwogen wird, als unangemessen und somit als verfassungswidrig.

II. Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie

(19) Es stellt sich ferner die Frage, ob es – wie in der CDU/CSU-Fraktion nun offenbar diskutiert – ausreicht, den Bestand von PPP-Modellen für kommunale Infrastrukturen (Buswartehäuschen, öffentliche Toiletten etc.) lediglich für vier bis fünf Jahre zu gewährleisten.

(20) Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährt den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfasst auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung (Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG). Dazu gehört neben der Letztverantwortung für kommunale Infrastruktur, Planung und Daseinsvorsorge

BVerfGE 76, 107 (117); BVerfGE 50, 50 (56); BVerwG, Beschluss vom 09. Februar 1996 – 11 VR 45/95 –, juris, Rn. 23 ff.; Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 92 ff.; Schwarz, in: v. Mangoldt/Stein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 207 ff.

auch die Entscheidungsfreiheit darüber, für welche Ziele welche Mittel in welcher Höhe verwendet werden sollen.

BVerwGE 104, 60 (66); s.a. BVerfGE 26, 228 (244); BVerfGE 125, 141 (159)

(21) Untrennbar mit dem Recht zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte verbunden ist die Freiheit von staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Gemeindeverwaltung.

BVerfGE 119, 331 (362)

(22) Daher schützt die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG nicht nur die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune, sondern auch deren Entscheidung über die

konkrete Rechts- und Kooperationsform einschließlich der Entscheidungsfreiheit, im Rahmen von Public Private Partnerships (PPP) kommunale Selbstverwaltungsangelegenheiten mithilfe privater Partner erfüllen zu lassen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 06. April 2005 – 8 CN 1/04 –, juris, Rn. 27, 32; Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 94; Kühling/Schreiner, ZJS 2011, 112 (118); Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Public Private Partnership, München 2006, S. 195f.

- (23) Solche PPP können sich aufgrund der kommunalwirtschaftlichen Subsidiarität sowie der Verpflichtung zu sparsamer Haushaltsführung sogar sehr häufig als primär gebotene Form zur Gewährleistung von Infrastrukturen und Daseinsvorsorge erweisen.

Kühling/Schreiner, ZJS 2011, 112 (118); Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Public Private Partnership, München 2006, S. 195f.

- (24) PPP, mit denen sich die Privatwirtschaft zu Investitionen in kommunale Infrastruktur verpflichtet und dafür Werberechte an den jeweiligen Flächen erhält, unterfallen daher unzweifelhaft dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG.

- (25) Der mit einem Verbot der Außenwerbung einhergehende Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie wäre, sofern er nicht finanziell kompensiert würde, gravierend.

- (26) Zunächst einmal würden den Gebietskörperschaften erhebliche und langfristig angelegte Einnahmen aus der Vermietung von Werbeflächen entzogen. Nach Schätzungen entfallen etwa 15 Prozent der Erlöse an Werbeplakaten auf die Tabakwirtschaft.

Vgl. Deutscher Bundestag, Sachstand, WD 10 - 3000 - 026/16, S. 8

Tatsächlich zeigen Beispiele aus Berlin und Hamburg, dass über die Vergabe von Werberechten auf öffentlichem Straßenland Einnahmen in dreistelliger Millionenhöhe generiert werden können. So rechnet das Land Berlin für die Dauer seiner neu abgeschlossenen Werbeverträge mit Einnahmen in Höhe von 440 Mio. EUR; Hamburg erwartet dank vertraglich vereinbarter Garantiezahlungen zusätzliche Einnahmen in Höhe von 500 Mio. EUR.

Pressemitteilung der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz vom 09.01.2018 unter dem Titel „Einnahmen des Landes aus der Werbung signifikant gesteigert“; Hamburger Bürgerschaft, Drucksache 18/7234, S. 8f.

- (27) Neben solche unmittelbaren Einnahmeausfälle tritt die Gefährdung kommunaler – aber drittfinanzierter – Infrastrukturen im Rahmen von PPP (ÖPNV-Wartehallen, Stadtinformationsanlagen, öffentliche Toilettenanlagen, Fahrrad-Verleihsysteme usw.). Tatsächlich wird in Deutschland die überwiegende Mehrzahl der Fahrgastunterstände werbefinanziert. Geschätzt sind in Deutschland allein in Städten ab 100.000 Einwohnern insgesamt 45.000 bis 50.000 solcher Unterstände zu unterhalten; hinzu kommen etwa 1.000 werbefinanzierte Toilettenanlagen sowie weitere kommunale Dienstleistungen wie die Beseitigung von Wildplakatierung und Graffiti, Wegweiser oder Stadtinformationssysteme, die auf kommunaler Ebene nicht, jedenfalls nicht in entsprechender Qualität erbracht werden können.

Vgl. Deutscher Bundestag, Sachstand, WD 10 - 3000 - 026/16, S. 9

In größeren Städten erreichen die über PPP konzessionierten Investitionen in der Regel einen Umfang von ca. 10. Mio. EUR je nach Ausstattungsbedarf und -umfang; ihre Laufzeit beträgt in der Regel 15 Jahre.

Deutscher Bundestag, Sachstand, WD 10 - 3000 - 026/16, S. 9; Fachverband Außenwerbung e.V., Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft - Ökonomische Auswirkungen, 2015, S. 1 f.

Deshalb endet die Vertragslaufzeit in vielen deutschen Städten erst im übernächsten Jahrzehnt (z.B. Leipzig: 2034; Berlin und Bremerhaven: 2033; Düsseldorf: 2032; Erfurt und Ulm: 2031; Hannover und Paderborn: 2030).

- (28) Ein Verbot der Außenwerbung würde dem Ziel der PPP, langfristige Planungssicherheit auch für die Kommunen zu erlangen, geradewegs zuwiderlaufen. Dass entsprechende Investitionen sonst unterbleiben würden, hat das Bundeskartellamt ausdrücklich anerkannt.

Bundeskartellamt, Eckpunktepapier zu den Ergebnissen der Sektoruntersuchung im Bereich Außenwerbung, 26. November 2009, S. 3

- (29) Daraus folgt zugleich, dass sich die öffentliche Hand aufgrund des erwogenen Verbots der Außenwerbung erheblichen Haftungs- und Prozessrisiken ausgesetzt sehen dürfte: Die bestehenden PPP sind auf langfristige und wechselseitige Erfüllung durch die Vertragspartner angelegt. Ein Werbeverbot kommt einer einseitigen Aufkündigung der Infrastrukturfinanzierung gleich, die – ohne dass es auf ein Verschulden

ankommt – zur Rückabwicklung und zum Ersatz des Vertrauensschadens führen kann.

- (30) Vor diesem Hintergrund dürfte sich das Verbot der Außenwerbung als unangemessener Eingriff in die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung erweisen: Die finanziellen und städtebaulichen Einbußen stünden einem Werbeverbot gegenüber, dessen Eignung zur Erreichung der Schutzziele mehr als fraglich ist und das darüber hinaus auf einem mit dem Menschenbild des Grundgesetzes kaum vereinbaren Leitbild fußt (s.o. Rn (16) ff.). Die im Vertrauen auf einen langfristigen Bestand geschlossenen PPP – und mit ihnen Investitionen in Höhe mehrerer hundert Mio. EUR – würden praktisch ohne Vorlauf vernichtet.

III. Verletzung der Kunstfreiheit

- (31) Die vorgeschlagenen Werbeverbote dürften sich auch mit Blick auf die – vorbehaltlos gewährleistete – Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) als verfassungswidrig erweisen. Kunst definiert sich nach der Rechtsprechung des BVerfG als freie schöpferische Gestaltung, in der Intuitionen, Phantasie und Kunstverstand durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.

BVerfGE 30, 173 (188 f.); BVerfGE 67, 213 (226)

Vorbehaltlos geschützt sind nicht nur der sog. „Werkbereich“, d.h. die eigentliche künstlerische Tätigkeit, sondern auch der „Wirkbereich“, d.h. die Vermittlung und Vermarktung des Kunstwerks an Dritte.

BVerfGE 67, 213 (224); BVerfGE 119, 1 (21 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG. 15. Aufl. 2018 m.w.Nachw.

- (32) Die hier in Rede stehenden Filmspots und Plakate fallen damit unter den Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG. Kennzeichnend für sie ist die vom Produkt abstrahierende, phantasievolle und auf Assoziationen beruhende Gestaltungsform. Zwar bestimmen die Besteller von Werbespots und Plakaten den groben Inhalt der jeweiligen Filme und Gestaltungen. Es ist aber Teil der Entscheidungsfreiheit, Phantasie und Kunstfertigkeit der Regisseure und Grafiker, zu welchem Inhalt sie arbeiten wollen, welche Bildersprache verarbeitet wird und durch welche Mittel die Inhalte umgesetzt werden. Dass es sich dabei um Werbung handelt, d.h. letztlich kommerzielle Interessen maßgeblich sind, spielt für den Schutz des Kunstwerks und seine Erschaffer keine Rolle.

Vgl. zu Art. 5 Abs. 1 grundlegend BVerfGE 102, 347 – Schockwerbung I sowie BVerfGE 107, 275 – Schockwerbung II.

- (33) Es kommt daher nicht von ungefähr, dass Kino- und Plakatwerbung für Tabakprodukte nicht nur bei internationalen Filmfestspielen ausgezeichnet wurden (z.B. „Carmel“ mit dem „Goldenen Löwen“ auf dem Cannes International Festival of Creativity), sondern auch Eingang in die Populärkultur erhalten hat – vom „Marlboro-Mann“ bis hin zum „HB-Männchen“ des Regisseurs Roland Töpfer, das in mehr als 400 Filmen für die gleichnamige Zigarettenmarke stand („wer wird denn gleich in die Luft gehen?“).
- (34) Kunst lebt davon, dass sie wahrgenommen wird. Die Mitteilung des Künstlers an den Kreis von wahrnehmenden Personen ist wesentlicher Bestandteil und Motivation für künstlerische Betätigung.

Vgl. BVerfGE 30, 173 (189); BVerfGE 119, 1 (21 f.); Bethge, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 188

Ein allumfassendes Plakatverbot und die Beschränkung von Kinospots auf Erwachsenenfilme, die abends aufgeführt werden, verhindert eben diese Wahrnehmung. Sowohl die Darbietung als auch die mit ihr untrennbar verbundene Verwertung würden in praktisch allen relevanten Konstellationen verhindert. Es handelte sich bei den erzwungen Werbeverboten deshalb nicht bloß um eine „einfache“ Beschränkung der Kunstfreiheit, sondern um einen qualifizierten Eingriff, vergleichbar einem Aufführungsverbot oder der Indizierung eines Kunstwerks.

- (35) Kollidierende Grundrechte Dritter, die einen solchen Eingriff in die Kunstfreiheit allein rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Das in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistete Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit dürfte – wie dargelegt (s.o. Rn. (16) ff.) – schon deshalb außer Betracht bleiben, weil etwaige staatliche Schutzpflichten die aus Art. 1 Abs. 1 GG resultierende Eigenverantwortlichkeit erwachsener Menschen nicht überspielen dürfen. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass die fast vollständige Unterbindung des Wirkungsbereichs dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen würde, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen ist, um die Ziele des Gesetzes zu erreichen (s.o. Rn. (12) ff.).

D.

Vereinbarkeit mit dem WHO-Tabakrahmenübereinkommen

- (36) Soweit verschiedentlich behauptet wird, es würde lediglich die Tabakrahmenkonvention „1:1“ umgesetzt und deshalb kein „neues“ Verbot begründet, ist dies aus mehreren Gründen nicht zutreffend.

- (37) Erstens folgt schon aus dem Wortlaut und der Systematik der Konvention, dass das dort vorgesehene „umfassende Verbot“ der Tabakwerbung (engl. „comprehensive ban“) in Deutschland längst umgesetzt wurde: Art. 13 Abs. 4 und 5 der Konvention definieren als „Mindestanforderung“ dieses Verbots eine Reihe von bereits umgesetzten Maßnahmen – etwa das Verbot irreführender Werbung, das Erfordernis von Warnhinweisen und die Beschränkung des Einsatzes von Kaufanreizen – und „ermuntert“ die Vertragsparteien (engl.: „Parties are encouraged“), über diese strikten Verpflichtungen hinauszugehen. Schon dies zeigt, dass mit einem „umfassenden“ Tabakwerbeverbot kein vollständiges Verbot gemeint sein kann, sondern jede Vertragspartei – wie Abs. 2 S. 3 bekräftigt – die „für sie geeigneten“ Maßnahmen zu bestimmen und hierüber zu berichten hat.
- (38) Zweitens steht die Umsetzung von Art. 13 der Konvention unter einem ausdrücklichen und mehrfachen Verfassungsvorbehalt (Abs. 2: „in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen“; Abs. 3: „aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage“). Von besonderer Bedeutung ist dieser Verfassungsvorbehalt zum einen, weil er in völkerrechtliche Vereinbarungen nur selten Eingang findet – auch die Konvention lässt den Verfassungsvorbehalt nur mit Blick auf Werbeverbote zu. Zum anderen wurde er in der interpretativen Auslegungserklärung der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten vom 16. Juni 2003 nochmals bekräftigt.

BGBI. II 2004, S. 1561 vom 29.11.2004

Im Unterschied zu unbedingten völkerrechtlichen Verpflichtungen und EU-Richtlinien geht das nationale Verfassungsrecht demnach den Werbeverböten aus Art. 13 der Konvention ausdrücklich vor.

- (39) Dass Deutschland das Werbeverbot der WHO-Konvention umgesetzt hat, entsprach – drittens – bislang auch der Auffassung der Bundesregierung. Nicht nur hat sich die Bundesregierung im Rahmen ihrer Berichtspflicht (Art. 21) noch 2014 dahingehend geäußert, dass sie ihren Verpflichtungen aus Art. 13 („comprehensive ban“) nachgekommen ist,

s. FCTC Final Report Germany 2014 – Reporting Instrument of the WHO Framework Convention on Tobacco Control, p. 35

vielmehr hat sie auch gegenüber dem Bundestag dargelegt, dass den Anforderungen aus dieser Vorschrift in Deutschland Rechnung getragen wurde, „z.B. durch das Verbot der Werbung im Fernsehen, Hörfunk und grundsätzlich in Diensten der Informationsgesellschaft einschließlich dem Internet, das Verbot des Sponsorings von grenzüberschreitenden Veranstaltungen und der Produktplatzierung in audiovisuellen Sendungen sowie das grundsätzliche Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse in der Presse oder anderen gedruckten Veröffentlichungen“.

BT-Drs. 17/11613, S. 6 vom 23.11.2012

- (40) Im Ergebnis kann deshalb kein Zweifel bestehen, dass die nun – erneut – diskutierten Maßnahmen selbstverständlich ein neues und von der Konvention nicht zwingend gefordertes Werbeverbot begründen würden.



(Ulrich Karpenstein)



(Tobias Masing)