

Verfassungswidrigkeit neuer Werbeverbote für E-Zigaretten
Rechtliche Stellungnahme

erstellt von

Rechtsanwalt Dr. Tobias Masing
Rechtsanwältin Dr. Bettina Gausing
Rechtsanwalt Dr. Korbinian Reiter

im Auftrag des Bundesverbands der Tabakwirtschaft und neuartiger Erzeugnisse e.V. (BVTE)

Gliederung

A.	Ergebnisse	3
B.	Fragestellung	4
C.	Rechtliche Würdigung	5
I.	Verstoß gegen Freiheitsrechte	5
	1. Eingriff in den Schutzbereich der Berufs-, Meinungs- und Kunstfreiheit	5
	2. Keine Rechtfertigung	7
	a) Keine Rechtfertigung für Tabakerzeugnisse	7
	b) Erst recht keine Rechtfertigung für E-Zigaretten und Nachfüllbehälter	10
	aa) Keine Rechtfertigung für nikotinhaltige E-Zigaretten und Nachfüllbehälter	10
	bb) (Abermals) Erst recht keine Rechtfertigung für nikotinfreie E- Zigaretten und Nachfüllbehälter	16
II.	Verstoß gegen allgemeinen Gleichheitssatz	17
III.	Verstoß gegen kommunale Selbstverwaltung	19
IV.	Fehlen angemessener Übergangsfristen.....	19
V.	Keine Grundlage der Verbote im internationalem und Unionsrecht	20
	1. Keine Rechtspflicht nach der WHO-Tabakrahmenkonvention	20
	2. Zweifel an der Unionsrechtskonformität	21

A. Ergebnisse

- (1) Die geplanten Werbeverbote sind mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Das gilt schon für Tabakerzeugnisse, erst recht für die gar keinen Tabak enthaltenden E-Zigaretten und Nachfüllbehälter und – abermals erst recht – für vollkommen nikotinfreie Produkte.
- (2) Konsum und Vermarktung von Tabakwaren und E-Zigaretten sind bereits streng reguliert. Träten die nunmehr geplanten Verbote der Außenwerbung, des sog. Samplings sowie der Kinowerbung hinzu, entstünde für die betroffenen Produkte ein umfassendes, faktisch absolut wirkendes Werbeverbot. Ein solches stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der Berufs-, Meinungs- und Kunstfreiheit dar. Dieser lässt sich mit den Gründen des Gesundheits- und Jugendschutzes nicht rechtfertigen. Aufgrund der Mittelbarkeit und der Unsicherheit ihrer Wirkung sowie ihres paternalistischen Charakters lassen sich die geplanten Verbote verfassungsrechtlich von vornherein nur schwer legitimieren. Ihre umfassende Ausgestaltung lässt sie zumindest unverhältnismäßig werden. Mit dem Erlass weiterer inhaltlicher, gestalterischer und zeitlicher Werbevorgaben steht jedenfalls ein wirksames, milderer Mittel zur Verfügung.
- (3) Erst recht unverhältnismäßig ist die Erstreckung der geplanten Verbote auf die erwiesenermaßen weniger gesundheitsschädlichen E-Zigaretten. Es handelt sich um risikoreduzierte Produkte, welche wesentlich weniger gesundheitsschädlich sind und somit gerade als Alternative zum Rauchen genutzt werden können. Für diese Wirkung fehlt es bislang an gesellschaftlichem Bewusstsein. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die geplanten Verbote als geradezu kontraproduktiv. Es liegt auf der Hand, dass eine regulierte, informierende Werbung dem Gesundheits- und Jugendschutz hier zuträglicher ist als ein totales Verbot. Einschätzungen von E-Zigaretten als „Life-Style-Produkt“ oder „Einstiegsdroge“ für Jugendliche sind empirisch nicht haltbar. All dies gilt – abermals erst recht – für die nochmals weniger gesundheitsschädlichen nikotinfreien E-Zigaretten.
- (4) Angesichts der bedeutenden Unterschiede zwischen (nikotinfreien) E-Zigaretten und Tabakprodukten stellt die Erstreckung der für diese geplanten Verbote auf jene auch eine gleichheitssatzwidrige, willkürliche Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte dar.

- (5) Schließlich erweisen sich sämtliche geplanten Verbote auch als fragwürdige Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie und die unionsrechtlich gewährleisteten Freiheiten des Dienst- und Warenverkehrs. Jedenfalls enthalten weder das Unionsrecht noch die WHO-Tabakrahmenkonvention eine rechtliche Verpflichtung zu ihrem Erlass.

B. Fragestellung

- (6) Die im Deutschen Bundestag bereits wiederholt gestellten und diskutierten Anträge zur Einführung (weiter) verschärfter Tabakwerbeverbote (z.B. BT-Drs. 11/1198; 18/8962) blieben bislang erfolglos – nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen (BT-Drs. 11/4997). Die Fraktionen der CDU/CSU und SPD haben nun abermals einen Gesetzentwurf zur Verschärfung des Tabakerzeugnisgesetzes (TabakerzGE) vorgelegt (BT-Drs. 19/19459).
- (7) Mit diesem soll zum einen das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter zu einem umfassenden gemacht werden. Dazu sollen die bestehenden Bestimmungen um folgende Verbote ergänzt werden:
- Ein Verbot der Außenwerbung (mit Ausnahme der Werbung an den Außenflächen der Geschäftsräume des Fachhandels) für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter (§ 20a TabakerzGE);
 - Ein Verbot der Kinowerbung mit Ausnahme von reinen Erwachsenenfilmen (§ 11 JuSchGE);
 - Ein Verbot der kostenlosen Abgabe außerhalb von Geschäftsräumen des Fachhandels für Zigaretten, Tabak zum Selbstdrehen oder Wasserpfeifentabak (§ 20b Abs. 1 TabakerzGE);
 - Ein Verbot der gewerbsmäßigen Ausspielung für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter (§ 20b Abs. 2 TabakerzGE).

Zum anderen sollen künftig auch die nikotinfreien elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehälter den nikotinhaltigen Erzeugnissen – insbesondere mit Blick auf die bereits bestehenden sowie die geplanten Werbeverbote – gleichgestellt werden (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 TabakerzGE).

- (8) Im Folgenden wird untersucht, ob die Verschärfung der Werbeverbote insbesondere in Bezug auf elektronische Zigaretten mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Diese Frage ist vor allem aus dem Blickwinkel der betroffenen Freiheitsrechte (unter C. I.), des allgemeinen Gleichheitssatzes (unter C. II.) und der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen (Art. 28 Abs. 2 GG) (unter C. III.) zu betrachten. Außerdem ist auf die Problematik der

Übergangsregelungen (unter C. IV.) sowie auf die Vereinbarkeit der Verbote mit der WHO-Tabakrahenkonvention und dem Unionsrecht einzugehen (unter C. V.).

C. Rechtliche Würdigung

I. Verstoß gegen Freiheitsrechte

1. Eingriff in den Schutzbereich der Berufs-, Meinungs- und Kunstfreiheit

- (9) Die geplanten Verbote greifen schwerwiegend in die Berufs-, Meinungs- und Kunstfreiheit ein (Art. 12 GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 GG).
- (10) Die berufliche Außendarstellung einschließlich der Werbung fällt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Bereich der von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten berufsbezogenen Tätigkeiten. Staatliche Werbeverbote, wie die hier in Rede stehenden, greifen nach dieser Rechtsprechung in die Berufsausübungsfreiheit ein.

BVerfGE 60, 215 Rn. 77; 71, 162 Rn. 32, 36; 85, 248 Rn. 45; 95, 173 Rn. 45; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss v. 19.2.2008, 1 BvR 1886/06, juris, Rn. 15.

- (11) Die Verbote verkürzen ferner den von der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) gewährleisteten Schutz. Denn dieser erstreckt sich auch auf kommerzielle Meinungsäußerungen sowie reine Wirtschaftswerbung mit wertendem, meinungsbildendem Inhalt.

BVerfGE 71, 162 Rn. 41; 95, 173 Rn. 46; 102, 347 Rn. 40; EGMR, Urt. v. 20.11.1989, markt intern Verlag, Nr. 10572/83, Rn. 26; Urt. v. 24.2.1994, *Casado Coca*, Nr. 15450/89, Rn. 35 f.; *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 64 f. m.w.N.

- (12) Der Gesetzentwurf erkennt die Eingriffe in die Berufs- und Meinungsfreiheit zutreffend an (S. 8). Übersehen wird hingegen, dass die beabsichtigten Verbote auch die – von Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährleistete – Kunstfreiheit beeinträchtigen. Die oftmals vom Produkt abstrahierenden und auf Assoziationen beruhenden Kinowerbespots und Plakate können nämlich dem verfassungsrechtlichen Kunstbegriff unterfallen. Sie sind das Ergebnis einer freien schöpferischen Gestaltung der Grafiker, Designer und Regisseure, die ihre Intuitionen und Phantasie durch das Medium einer bestimmten Formensprache zum Ausdruck bringen. Hiervon zeugen u. a. Auszeichnungen von Werbespots

bei internationalen Filmfestspielen. Der mit den Werbeplakaten und -filmen zugleich verfolgte Aufmerksamkeitszweck lässt – genau wie bei der Meinungsfreiheit – den Schutz der Kunstfreiheit nicht entfallen.

Vgl. BVerfGE 102, 347 Rn. 42; 107, 275 Rn. 24, 27.

Da dieser Schutz nicht nur die künstlerische Betätigung selbst („Werkbereich“), sondern gerade auch die für die Begegnung des Werks mit der Öffentlichkeit notwendige Darbietung und Verbreitung („Wirkbereich“) schützt, sind die geplanten Werbeverbote als Eingriffe in die Kunstfreiheit zu qualifizieren.

Vgl. BVerfGE 77, 240 Rn. 31; 142, 74 Rn. 68 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 30.10.2019, NJW 2020, 785 Rn. 35 f.

- (13) Die Eingriffe wiegen schwer. Denn angesichts der bereits bestehenden Verbote handelt es sich um sog. additive Eingriffe, deren Gewicht sich nach ihrer kumulativen Wirkung bestimmt. Es ist verfassungsgerichtlich anerkannt, dass verschiedene einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen können, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet.

Vgl. BVerfGE 112, 304 Rn. 60 ff.; 114, 196 Rn. 236 ff.; 123, 186 Rn. 239.

Diese kumulative Wirkung lässt sich etwa daran verdeutlichen, dass das Bundesverfassungsgericht eine Pflicht zur Anbringung von Warnhinweisen gerade damit rechtfertigt, dass Werbung möglich bleibt und Warnhinweise das mildere Mittel gegenüber Werbeverboten darstellen.

BVerfGE 95, 173 Rn. 62 f.

- (14) Die bislang bestehenden Vermarktungsbeschränkungen gehen bereits sehr weit. Sie reichen von der Pflicht zur Anbringung von Warnhinweisen und Schockbildern über präzise Verpackungsvorgaben und Sponsoringverbote hin zu umfassenden Werbeverboten in Print, Fernsehen, Rundfunk und Internet (s. insb. §§ 6, 18-20 TabakerzG). Soweit Werbung derzeit überhaupt zulässig ist, werden zur Gewährleistung des Gesundheits- und Jugendschutzes strenge inhaltliche Vorgaben gemacht. Würden dem die geplanten Verbote hinzugefügt, so bliebe von der – grundrechtlich geschützten – Freiheit zur Vermarktung und Bewerbung der eigenen Marke praktisch nichts mehr übrig. Hieran vermag auch die verbleibende Möglichkeit, am Verkaufsort oder in reinen Erwachsenenfilmen zu werben, nichts zu ändern. Sie fällt schon aus faktischen Gründen nicht ins Gewicht.

Vgl. *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; *ders.* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 75.

2. Keine Rechtfertigung

- (15) Diese Eingriffe sind in Anbetracht ihrer Schwere nicht gerechtfertigt. Das gilt schon, soweit sie Tabakerzeugnisse betreffen (unter a)), und erst recht, soweit sie sich auf elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter beziehen (unter b)).

a) Keine Rechtfertigung für Tabakerzeugnisse

- (16) Die im Gesetzentwurf angeführten Belange des Gesundheits- und Jugendschutzes (S. 9) stellen grundsätzlich legitime Ziele dar. An die Rechtfertigung umfassender Verbote nicht nur einer bestimmten, sondern praktisch jeglicher Werbung sind jedoch wegen der Schwere des damit verbundenen Eingriffs besonders hohe Anforderungen zu stellen.

Vgl. BVerfGE 71, 162 Rn. 38; 85, 248 Rn. 48; 94, 372 Rn. 91-93; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss v. 26.8.2003, 1 BvR 1003/02, juris, Rn. 18; Stattgebender Kammerbeschluss v. 13.7.2005, 1 BvR 191/05, juris, Rn. 14.

- (17) Namhafte Verfassungsrechtler bezweifeln deshalb seit langem und zu Recht, dass Ziele des Gesundheits- und Jugendschutzes umfassende Tabakwerbeverbote wie die jetzt erneut in Rede stehenden rechtfertigen können.

Degenhart, Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakprodukte, 2015, S. 48 ff., 52 f.; *Di Fabio*, AfP 1998, 564 (569); *Kirchhof/Frick*, AfP 1991, 677 (680); ferner *Kreile/Rahn*, ZUM 1998, 820 (829); *Stein*, EuZW 1995, 435 (438); *H.-P. Schneider*, NJW 1998, 2192; *Schweizer*, AfP 1998, 571; *Kevekordes*, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, 1994, S. 198.

- (18) Schon die Eignung von Werbeverboten zur Verwirklichung dieser Ziele ist zumindest zweifelhaft. Zum einen schrumpft der Markt für Tabakerzeugnisse – was auch der Ge-

setzentwurf einräumt (S. 9) – seit Jahren. Zum anderen belegen Studien, dass die Werbung in dem schrumpfenden Markt nur Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis der Anbieter, nicht aber auf die Rauchprävalenz 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.

Für Jugendliche kommt hinzu, dass deren Rauchverhalten primär durch Vorbilder im Familien- und Freundeskreis geprägt wird. Welche Auswirkung Werbung, wenn sie – wie dies § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG für Tabakerzeugnisse vorsieht – ohnehin nur an Erwachsene gerichtet ist, hierneben überhaupt noch auf das Rauchverhalten selbst hat, ist umstritten.

- (19) Unabhängig von ihrer Eignung sind die intendierten umfassenden Verbote jedenfalls nicht erforderlich. Schon die bestehenden, weit reichenden Verbote und Vorgaben rufen erhebliche Bedenken an der Erforderlichkeit noch weitergehender Maßnahmen hervor. Selbst wenn diese grundsätzlich zu bejahen wäre, stünde als milderer, gleich geeignetes Mittel zur Gewährleistung des Gesundheits- und Jugendschutzes insbesondere der Erlass von detaillierten inhaltlichen, gestalterischen und zeitlichen Vorgaben zur Verfügung. Solche Vorgaben sind auch in anderen Bereichen – etwa bei der Regulierung der Werbung freier Berufe, z.B. von Ärzten und Apothekern und von Arzneimitteln – durchaus üblich.

Vgl. BVerfGE 94, 372 Rn. 87.

Gerade zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber in § 21 Abs. 2 TabakerzG eine Ermächtigung zum Verordnungserlass vorgesehen, von der bislang noch nicht einmal Gebrauch gemacht wurde.

Boch, in: Tabakerzeugnisgesetz, 1. Online-Aufl. 2019, § 21 Rn. 6; *Horst*, in: Zipfel/Rathke, LebensmittelR, 175. EL November 2019, § 21 TabakerzG, Rn. 19.

So stünde etwa mit Blick auf das geplante Verbot der Kinowerbung – neben verstärkten Vorgaben zu Inhalt und Gestaltung – eine Heraufsetzung der zeitlichen Beschränkung der Werbezeit von derzeit 18 Uhr auf einen späteren Zeitpunkt als milderer, gleich geeignetes Mittel des Jugendschutzes zur Verfügung.

So sehen die vom Bundesverband der Tabakwirtschaft und neuartiger Erzeugnisse verabschiedeten Werbestandards

für E-Zigaretten den Verzicht auf Werbung für E-Zigaretten bei Kinovorstellungen vor 20 Uhr vor und enthalten weitere Maßgaben, um die Werbeansprache Minderjähriger auszuschließen. Vgl. BVTE, Werbestandards für E-Zigaretten vom 28.02.2020 unter https://www.bvte.de/files/content/themen/werbung/2020-02-28_BVTE_Werbstandards%20E-Zigaretten%20final.pdf.

- (20) Selbst bei Annahme ihrer Erforderlichkeit dürften sich die intendierten Verschärfungen als unverhältnismäßig erweisen. Die im Gesetzentwurf vorgenommene Abwägung beruht auf einer verfehlt gezogenen Parallele zum Schutz vor dem Passivrauchen (S. 9) und auf der unberechtigten Annahme eines generellen Vorrangs des Gesundheits- und Jugendschutzes (S. 9). Anders als die Maßnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen dienen die jetzt geplanten Verbote – jedenfalls primär – nicht dem Schutz Dritter vor einer unfreiwilligen Gefährdung. Sie sollen vielmehr vor der freiwilligen Entscheidung für ein legales Produkt schützen, dessen Genuss in der freien Verantwortung des Einzelnen steht und vom Gesetzgeber – zu Recht – auch keiner Beratungs- oder Verschreibungspflicht unterworfen wird. Damit entsteht nicht nur ein Wertungswiderspruch. Vielmehr sind die geplanten Verbote schon aufgrund ihres paternalistischen Charakters kaum zu rechtfertigen. Ein rein paternalistischer „Schutz vor sich selbst“ lässt sich – insbesondere bei nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG nur an Erwachsene gerichteter Werbung – wegen der in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG wurzelnden Eigenverantwortung des Menschen nämlich verfassungsrechtlich nicht legitimieren.

BVerfGE 22, 180 Rn. 129; 59, 172 Rn. 77; 128, 282 Rn. 55; BVerfG, Urt. v. 5.11.2019, 1 BvL 7/16, juris, Rn. 127 m.w.N. *Huster*, JuS 2002, 262, 264; *Hufen* JuS 2013, 1, 6; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 50 ff.

- (21) Hiervon unabhängig unterscheiden sich die jetzt in Rede stehenden Werbeverbote und die zum Schutz vor dem Passivrauchen erlassenen Rauchverbote in der Öffentlichkeit auch hinsichtlich ihrer Nähe zu den mit den jeweiligen Maßnahmen verfolgten Schutzgütern. Der von einem Rauchverbot in der Öffentlichkeit bewirkte Schutz vor dem Passivrauchen ist unmittelbar. Die jetzt geplanten Werbeverbote verwirklichen die Ziele des Gesundheits- und Jugendschutzes dagegen bestenfalls indirekt, nämlich vermittelt über die – mehr als unsicheren – Auswirkungen auf das Verhalten der Konsumenten. Dadurch entfernen sich diese Werbeverbote jedoch soweit von den damit verfolgten Schutzgütern, dass sie jedenfalls keinen generellen Vorrang vor den beschränkten Freiheitsrechten beanspruchen können.

vgl. BVerfGE 85, 248 Rn. 60.