

**Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation:
Werbeverbote für Tabakprodukte**

Rechtsgutachten

erstellt von

Prof. Dr. Christoph Degenhart

Universität Leipzig

- 2015 -

VORBEMERKUNG: PRÜFAUFTRAG	4
WESENTLICHE ERGEBNISSE	4
I. RECHTLICHE AUSGANGSLAGE.....	7
1. AKTUELLE RECHTSLAGE – VORLÄUFIGES TABAKGESETZ.....	7
2. EUROPÄISCHES RECHT - RICHTLINIEN	9
3. WHO-RAHMENÜBEREINKOMMEN FCTC	10
4. VERBOTE, GEBOTE UND VERBLEIBENDE SPIELRÄUME – ZUSAMMENFASSUNG DER RECHTLICHEN AUSGANGSLAGE	12
5. WEITERE BESCHRÄNKUNGEN ? – ZUM GEGENSTAND DER PRÜFUNG	14
II. DER VERFASSUNGSRECHTLICHE RAHMEN	15
1. DIE NÄHERE VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGESTELLUNG.....	15
a) Unionsrecht und Grundgesetz	15
b) Berührte Verfassungsgehalte – die maßgeblichen Grundrechtsgarantien	16
2. KOMMUNIKATIONSFREIHEITEN – FREIHEIT DER MEINUNGSÄUßERUNG, ART. 5 ABS. 1 SATZ 1 GG, ART. 10 ABS. 1 SATZ 1 EMRK	19
a) Grundrechtstatbestand – Wirtschaftswerbung als Meinungsäußerung	19
aa) Begriff der Werbung.....	19
bb) Restriktive Positionen – die ältere Auffassung	20
cc) Die Werbebotschaft als Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 /1. Alt. GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	21
dd) Meinungsfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb – Grundrechtsschutz der Marktkommunikation	23
b) Insbesondere: Tabakwerbung im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als Ausgleich staatlicher Einflussnahme	26
aa) Regulierung der Werbung im gesundheits- und verbraucherpolitischen Diskurs	26
bb) Meinungsbildender Inhalt der Werbung	28
c) Art. 10 EMRK	29
d) Grundrechtseingriff und Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG	31
aa) Eingriffsrelevanz der Werbebeschränkungen	31
bb) Rechtfertigung des Eingriffs – Grundrechtsschranken ?	32
cc) Zum Begriff des allgemeinen Gesetzes	33
cc) Werbeverbote aus Gründen des Gesundheitsschutzes als allgemeine Gesetze ? – Maßstäbe..	34
3. BERUFSFREIHEIT, ART. 12 ABS. 1 GG.....	36
a) Grundrechtstatbestand	36
b) Grundrechtseingriffe und Grundrechtsschranken	37
4. Kriterien der Grundrechtsprüfung – Verhältnismäßigkeit vor dem Hintergrund bestehender Belastungen im Grundrechtsbereich.....	38
a) Eingriffsintensität und vorgegebene Normsituation	38
b) Der „additive“ Grundrechtseingriff	39
c) Folgerungen für die Normprüfung.....	40
III. KONKRETE FRAGESTELLUNGEN: WEITERE WERBEVERBOTE – INSBESONDERE: AUßENWERBUNG.....	42

1. KOMMUNIKATIONSFREIHEITEN, INSBESONDERE: GRUNDRECHT DER MEINUNGSFREIHEIT	42
a) Grundrechtstatbestand des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. GG und Eingriff	42
b) Allgemeinheit eines Verbotsgesetzes	43
c) Zielsetzung eines Verbotsgesetzes	43
aa) Schutz vor Selbstgefährdung ?	43
bb) Jugendschutz ?	46
(1) Jugendschutz als Gesetzeszweck	47
(2) Werbeverbote und Tabakkonsum – Wirkungszusammenhänge ?	48
cc) Umsetzung völker- und europarechtlicher Vorgaben als Eingriffsziel ?	50
d) Verhältnismäßigkeit	52
aa) Die Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	52
bb) Geeignetheit, Erforderlichkeit	52
cc) Verhältnismäßigkeit i.e.S. - Angemessenheit	54
(1) Abwägungskriterien – die relevanten Schutzgüter	54
(2) Werbeverbot als unverhältnismäßiger Eingriff	55
(3) Insbesondere: Außenwerbung und Jugendschutz	56
2. BERUFSFREIHEIT, ART. 12 ABS. 1 GG	57
a) Grundrechtseingriff	57
b) verfassungsrechtliche Rechtfertigung – Verhältnismäßigkeit ?	57
IV. WEITERE BESCHRÄNKUNGEN ?	58
1. KINOWERBUNG	58
2. WERBUNG AM POINT OF SALE, PRODUKTBEZOGENE INFORMATIONEN	60
a) Werbeverbot als Grundrechtseingriff	60
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung ?	61
c) produktbezogene Informationen	62
3. SAMPLING	63
V. GESETZGEBUNGSKOMPETENZEN	64
1. KOMPETENZGRUNDLAGEN – ART. 74 ABS. 1 NRN. 20, 11, 7 GG	64
2. ERFORDERLICHKEIT EINER BUNDESGESETZLICHEN REGELUNG ?	65
a) konditionierte Gesetzgebung – Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG	65
b) Außenwerbung als ortsfeste Werbung – Erforderlichkeit i.S.v. Art. 72 Abs. 2 GG ?	66
c) Erforderlichkeit wegen Unteilbarkeit einer gesetzlichen Regelung ?	67
ANHANG: ART 13 FCTC	69

Vorbemerkung: Prüfauftrag

Werbung für Tabakerzeugnisse unterliegt weitreichenden gesetzlichen Beschränkungen. Diese sind in erheblichem Ausmaß unionsrechtlich vorgegeben. Ob Verfassungsrecht es zulässt, auch für die hiernach verbleibenden Spielräume des nationalen Gesetzgebers noch weitere Beschränkungen kommerzieller Kommunikation und Verbote der Tabakwerbung zu erlassen, ist Gegenstand der nachstehenden Untersuchung, mit der mich der Zentralverband der Werbewirtschaft – ZAW – beauftragt hat.

Die hierdurch aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragestellungen sind rechtsgutachtlich zu prüfen. Dabei ist auch auf die Frage einer etwaigen völkerrechtlichen Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland einzugehen, Werbeverbote auf Grund der WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) einzuführen.

Wesentliche Ergebnisse

Die Untersuchung kommt zu diesen wesentlichen Ergebnissen: vor dem Hintergrund der bestehenden intensiven Regulierung des Verkehrs mit Tabakerzeugnissen und der weitreichenden Werbebeschränkungen wären weitere Beschränkungen der Tabakwerbung verfassungswidrig. Dies gilt insbesondere für Außenwerbung, Kinowerbung, Werbung am point of sale und sampling. Aus der WHO Framework Convention on Tobacco Control folgt keine Verpflichtung zu entsprechenden Verboten. Ein Verbot der Außenwerbung durch Bundesgesetz wäre zudem kompetenzwidrig.

Dieses Gesamtergebnis beruht i.w. auf den nachstehend zusammenfassend dargelegten Erwägungen.

I.

Werbung für Tabakerzeugnisse unterliegt im geltenden Recht intensiver Regulierung. Sie ist in weitem Umfang europarechtlich determiniert, so durch die Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG, die AVMD-Richtlinie sowie die noch umzusetzende Richtlinie 2014/40/EU. Nach Erwägungsgrund 55 zur Richtlinie 2014/40/EU sind jedoch weitergehende Bestimmungen nati-

onalen Rechts nicht ausgeschlossen. Die WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) enthält in Art. 13 Verpflichtungen der Unterzeichnerstaaten zu umfassenden Werbeverböten mit der entscheidenden Einschränkung, dass diese nach Maßgabe der jeweiligen Verfassung gelten.

II.

1. Die nähere verfassungsrechtliche Fragestellung focussiert in den Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes und der EMRK und den Freiheiten wirtschaftlichen Handelns, dies vor dem Hintergrund bereits erheblicher Einschränkungen dieser Freiheiten.

2. Wirtschaftswerbung genießt den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wie auch des Art. 10 Abs. 1 EMRK. Werbeaussagen enthalten typischerweise Werturteile zur Qualität eines Produkts und wollen den Adressaten in ihrem Sinn beeinflussen. Sie erfüllen damit die begrifflichen Kriterien einer Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Die kommerzielle Motivation steht nicht entgegen.

Der Schutzzweck des Art. 5 Abs. 1 GG, die Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation erfasst marktbezogene Kommunikation, auch und gerade bei Tabakprodukten. Wo staatlicherseits intensiv Einfluss genommen wird, bedarf es des Schutzes freier Kommunikation als Gegengewicht zum fürsorgend-paternalistischen Staat.

3. Wirtschaftswerbung als berufliche Außendarstellung fällt in den Schutzbereich auch der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG.

4. Beschränkungen müssen dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Freiheit der Marktkommunikation bereits erheblich eingeschränkt ist. Weitere Beschränkungen als additive Grundrechtseingriffe würden die Grundrechte leerlaufen lassen.

III.

1. Ein Verbot der Außenwerbung wäre verfassungswidrig. Das Verbot würde gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen.

a) Außenwerbung fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

b) Allgemeinheit eines Verbotsgesetzes i.S.v. Art. 5 Abs. 1 GG dürfte zu bejahen sein.

c) Es wäre jedoch unverhältnismäßig und würde hierin der Bedeutung des Grundrechts nicht gerecht. Der Schutz vor Selbstgefährdung ist hier kein

legitimer Eingriffszweck. Jugendschutz kann keinen generellen Vorrang beanspruchen. Art. 13 FCTC fordert kein Verbot der Außenwerbung.

d) Geeignetheit und Erforderlichkeit sind angesichts fehlender valider Erkenntnisse über Wirkungszusammenhänge fraglich. Ein Verbot der Außenwerbung würde angesichts der bereits bestehenden Beschränkungen einem nahezu vollständigen Verbot der Marktkommunikation hinsichtlich legaler Produkte gleichkommen. Es wäre auch deshalb unverhältnismäßig.

2. Aus ähnlichen Erwägungen würde ein Verbotsgesetz die Unternehmen in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzen.

IV.

1. Ein generelles Verbot der Kinowerbung wäre verfassungswidrig. Dem Jugendschutz ist mit zeitlichen Beschränkungen genügt. Art. 13 FCTC ändert hieran nichts.

2. Ein Verbot der Werbung am point of sale würde den Inhaber der Verkaufsstelle unverhältnismäßig in seiner Verkaufstätigkeit, die auch die werbende Präsentation der Produkte umfasst, beschränken und verstieße deshalb gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Darüber hinaus würden dann den Herstellern noch verbleibende Möglichkeiten der Marktkommunikation abgeschnitten. In Anbetracht der Beschränkung produktbezogener Information durch Art. 13 der Richtlinie 2014/40/EU wäre auch dies als Verletzung des Art. 5 Abs. 1 GG zu werten. Art. 13 FCTC erfordert kein Verbot.

3. Für ein Verbot des sampling ist eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung nicht ersichtlich.

V.

Für ein Verbot der Außenwerbung ist der Bund nicht zuständig. Es besteht eine konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG, daneben aus Nr. 11 und Nr. 7. Für ortsfeste Außenwerbung ist jedoch eine bundesgesetzliche Regelung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit nicht erforderlich i.S.v. Art. 72 Abs. 1 GG.

I. Rechtliche Ausgangslage

Der Verkehr mit Tabakerzeugnissen unterliegt intensiver Regulierung. Marktkommunikation über Tabakerzeugnisse und vor allem Werbung unterliegt bereits im geltenden Recht weitreichenden Beschränkungen und Verboten. Sie ist in vielfacher Hinsicht Gegenstand von Richtlinien der Europäischen Union, sowie der Framework Convention on Tobacco Control der WHO (FCTC) als eines völkerrechtlichen Vertrags.

1. Aktuelle Rechtslage – Vorläufiges Tabakgesetz

Auf der Ebene des nationalen Rechts enthält in Umsetzung der Richtlinie 2003/33/EG das Vorläufige Tabakgesetz¹ (VTabG) in § 21a² weitreichende Werbe- und Sponsoringverbote. Danach ist es verboten, im Hörfunk sowie in Printmedien für Tabakerzeugnisse zu werben, § 21a Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 VTabG. Ausgenommen von diesem Verbot sind Fachpublikationen für ausschließlich im Tabakhandel tätige Personen, bzw. Veröffentlichungen, die in ihrem redaktionellen Inhalt überwiegend Tabakerzeugnisse oder ihrer Verwendung dienende Produkte betreffen und für ein entsprechendes Fachpublikum bestimmt sind, § 21a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 3 VTabG. Ausgenommen vom Verbot sind auch Printmedien aus Drittländern, sofern sie nicht hauptsächlich für den Markt der EU bestimmt sind, § 21a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 VTabG. Diese Werbeverbote gelten gemäß § 21a Abs. 4 VTabG für Dienste der Informationsgesellschaft,³ also sowohl lineare als auch nicht-lineare Medien entsprechend.⁴ § 22a Satz 1 VTabG stellt klar, dass die redaktionelle Berichterstattung über Tabaker-

¹ Vorläufiges Tabakgesetz i.d.F: d. Bek. Vom 9. September 1997, BGBl I S. 2296, zuletzt geändert durch Art. 61 Zehnte ZuständigkeitsanpassungsVO vom 31. 8. 2015, BGBl I S. 1474.

² Eingefügt durch 1. ÄndG vom 21. 12. 2006 (BGBl. I S. 3365).

³ Gemeint ist das Internet, soweit es zu wirtschaftlichen Zwecken genutzt wird, namentlich für Werbung, Datensuche und Datenabfrage sowie für Online-Verkäufe, vgl. BT-Drucks. 16/1940 S. 7; *Freytag/Rohnfelder*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 21a VTabG (2009/2012) Rdn. 4; näher *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, 595 (597).

⁴ Vgl. dazu LG Landshut, U.v. 29.06.2015 – 72 O 3510/14 – Beck RS 2015, 13826: Internetauftritt eines Tabakwarenhändlers.

zeugnisse in Hörfunk, Printmedien und Diensten der Informationsgesellschaft von diesen Verboten nicht erfasst wird.

Neben den zur Umsetzung der Richtlinie 2003/33/EG ergangenen Verboten des 21a VTabG enthält dessen – nicht unmittelbar europarechtlich induzierter⁵ – § 22 weitere Kommunikationsbeschränkungen. Nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) VTabG⁶ sind insbesondere Aussagen unzulässig, nach denen Tabakerzeugnisse als gesundheitlich unbedenklich oder günstig für das allgemeine Wohlbefinden dargestellt werden. Nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) VTabG sind des weiteren Aussagen unzulässig, durch die Jugendliche und Heranwachsende zum Rauchen veranlasst werden können, nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c) VTabG Aussagen, die „das Inhalieren des Tabakrauchs als nachahmenswert erscheinen lassen.“ Ferner darf nicht mit der Angabe „naturrein“ oder ähnlichen Begriffen geworben werden. § 22 Abs. 2 VTabG enthält ferner Verordnungsermächtigungen zur Durchführung dieser Verbote.

Umfassende Verbote bestehen für Sponsoring. Nach § 21a Abs. 5 VTabG dürfen Unternehmen, deren „Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Tabakerzeugnissen ist“, kein Hörfunkprogramm sponsern. Sie dürfen ebensowenig sonstige Veranstaltungen oder Aktivitäten sponsern, § 21a Abs. 6 VTabG, soweit diese grenzüberschreitenden Bezug haben. Auf diesen Veranstaltungen ist auch die Verteilung von Gratisproben untersagt. § 21b VTabG⁷ enthält weitere Verbote in Umsetzung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste.⁸ Nach dessen Abs. 2 dürfen die in §

⁵ Die Richtlinie 2014/40/EU sieht jedoch teilweise vergleichbare Beschränkungen vor, so in Art. 13 bezüglich des Erscheinungsbildes der Erzeugnisse.

⁶ Vgl. auch zur Werbung mit dem Begriff „bekömmlich“ LG Ravensburg, WRP 2015, 1273; VG München, U.v. 12.01.2994 - M 9 K 92.4299 – bei juris; kritisch zur Unbestimmtheit des Begriffs „Wohlbefinden“ LG Landshut, U.v. 29.06.2015 – 72 O 3510/14 – Beck RS 2015, 13826; zu Angaben wie „naturrein“ s. BGH WRP 2011, 858.

⁷ Eingefügt durch das 2. ÄndG vom 6. 7. 2010 (BGBl. I S. 848).

⁸ Die Regelungen des § 21b VTabG beziehen sich auf die „Richtlinie 89/552/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung von Mediendiensten (ABl. L 289 vom 17.10.1989, S. 23), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/65/EG, ABl. L 332 vom 18.12.2007, S. 27; die Richtlinie

21a Abs. 5 VTabG genannten Unternehmen auch keine audiovisuellen Medien oder Sendungen sponsern. § 21b Abs.3 VTabG untersagt Produktplatzierungen, Abs. 4 jede sonstige Form der audiovisuellen Kommunikation für Tabakerzeugnisse.

2. Europäisches Recht - Richtlinien

Nach den geltenden Bestimmungen des Vorläufigen Tabakgesetzes ist damit Tabakwerbung in den Medien nahezu vollständig verboten. Lediglich für die Printmedien bestehen Ausnahmen zugunsten fachbezogener, für ein Fachpublikum bestimmter Veröffentlichungen. In audiovisuellen Medien ist jegliche Form kommerzieller Kommunikation – Werbung, Produktplatzierung, Sponsoring – verboten. Die Verbote gehen, ebenso wie weitere Beschränkungen, überwiegend zurück auf Richtlinien der EG/EU.

Mehrere Richtlinien der EG/EU befassen sich mit dem Inverkehrbringen von Tabakprodukten und mit produktbezogener Kommunikation. Die Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG⁹ wurde in ihren Art. 3¹⁰ und 4 umgesetzt

89/552/EWG war ursprünglich als „Fernsehrichtlinie“ zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität erlassen worden; die Fernsehrichtlinie wurde durch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (Richtlinie 2007/65/EG ersetzt, die ihrerseits durch die Richtlinie 2010/13/EU, ABI. L 95 vom 15.4.2010, S. 1 reformiert wurde. Das VTabG bezieht sich auf die AVMD-Richtlinie auf dem Stand von 2007.

⁹ Richtlinie 2003/33/EG vom 26.05.2003 über die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnisse, ABI. L 152 vom 20.06.2003, S. 16; vgl. zur Entstehung *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, 595.

Art. 3 der Richtlinie lautet: „(1) Werbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen ist auf Veröffentlichungen zu beschränken, die ausschließlich für im Tabakhandel tätige Personen bestimmt sind, sowie auf Veröffentlichungen, die in Drittländern gedruckt und herausgegeben werden, sofern diese Veröffentlichungen nicht hauptsächlich für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind. Sonstige Werbung in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen ist verboten. (2) Werbung, die in der Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen nicht erlaubt ist, ist in Diensten der Informationsgesellschaft ebenfalls nicht gestattet.“

Art. 4 der Richtlinie lautet. „(1) Alle Formen der Rundfunkwerbung für Tabakerzeugnisse sind verboten. (2) Rundfunkprogramme dürfen nicht von

durch § 21a Abs. 2 – 4 VTabG. Die AVMD-Richtlinie enthält in Art. 9 Abs. 1 Buchst. d das Verbot jeglicher audiovisuellen kommerziellen Kommunikation – entsprechend der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 Buchst. AVMR-Richtlinie – für Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse und in Art. 10 Abs. 2 ein Verbot von Sponsoring; die Bestimmungen der Richtlinie wurden umgesetzt durch § 21b VTabG. Der aktuelle Stand der europäischen Rechtsetzung zu Tabakprodukten bestimmt sich nach der Richtlinie 2014/40/EU vom 3. April 2014,¹¹ mit der gleichzeitig die Richtlinie 2001/37/EG aufgehoben wurde. Die sehr detailliert gefasste Richtlinie enthält kommunikationsbezogene Vorgaben über die Verpflichtung zu allgemeinen Warnhinweisen und einer „Informationsbotschaft“ in Art. 9 sowie zu kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweisen in Art. 10 auf den Packungen und Außenpackungen.¹² Art. 13 enthält detaillierte Bestimmungen über das Erscheinungsbild der Erzeugnisse. Unzulässig sind hiernach „Elemente oder Merkmale“, die ein Tabakerzeugnis bewerben.

3. WHO-Rahmenübereinkommen FCTC

Das WHO-Rahmenübereinkommen zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (Framework Convention on Tobacco Control – FCTC) vom 21. Mai 2003, das von 174 Staaten, darunter auch Deutschland, unterzeichnet und mit Gesetz vom 19. November 2004¹³ ratifiziert wurde, sieht in Art. 13 Beschränkungen der Tabakwerbung in den Unterzeichnerstaaten vor.¹⁴

Unternehmen gesponsert werden, deren Haupttätigkeit die Herstellung oder der Verkauf von Tabakerzeugnissen ist.“

¹⁰ S. dazu *Fiedler*, AfP 2006, 320 (324).

¹¹ Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen, ABl. L 127 vom 29.04.2014 S. 1.

¹² Vgl. zu Warnhinweispflichten BVerfGE 95, 173 (181); zur Frage der Rechtmäßigkeit der Pflicht zum Abdruck von Warnhinweisen s. näher *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 507 ff.

¹³ BGBl II S. 1538.

¹⁴ Die Bestimmung ist im Wortlaut dem Gutachten als Anhang beigelegt.

Danach erkennen die Vertragsparteien an, „*dass ein umfassendes Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsorings den Konsum von Tabakerzeugnissen vermindern würde*“, Abs. 1. Nach Abs. 2 erlässt jede Vertragspartei „*in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ein umfassendes Verbot*“, hierbei auch „*nach Maßgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten, die der betreffenden Vertragspartei zur Verfügung stehen*“, ein Verbot grenzüberschreitender Werbung und Verkaufsförderung. Wenn eine Vertragspartei „*aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage ist, ein umfassendes Verbot zu erlassen*“, schränkt sie, so Abs. 3 alle Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring ein.

Abs. 4 nennt gewisse Mindestanforderungen, die von jeder Vertragspartei „*in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen*“ zu erfüllen sind.

Die Bestimmungen der Konvention sind, wie dies auch im Erwägungsgrund 7 zur Richtlinie 2014/40/EU zum Ausdruck gebracht wird, „für die Union und ihre Mitgliedstaaten bindend“. Doch bestehen bereits nach dem Wortlaut des Art. 13 FCTC diese Bindungen nur nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts der Vertragsstaaten. Diese erlassen Werbeverbote „*in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder verfassungsrechtlichen Grundsätzen*“, ¹⁵ Art. 13 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 FCTC, sowie nach Maßgabe der ihnen zur Verfügung stehenden der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2.

Art. 13 Abs. 3 Satz 1 FCTC schwächt für Vertragsstaaten, die auf Grund ihrer Verfassung nicht in der Lage sind, umfassende Verbote zu erlassen, diese Verpflichtung dahingehend ein, dass sie alle Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring einschränken, auch dies nach Maßgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen.

Bereits der Textbefund macht deutlich, dass, unbeschadet der Bedeutung der weiteren Bestimmungen der Konvention, ¹⁶ die Verpflichtung zur Um-

¹⁵ Letzteres dürfte sich auf Unterzeichnerstaaten beziehen, die über keine geschriebene Verfassung verfügen.

¹⁶ Vgl. VG Braunschweig, U.v. 26.09.2012 – 5 A 206/11 – , PharmR 2012, 515 zur Bedeutung der Konvention – und hier des Art. 9 FCTC – bei der

setzung der Konvention¹⁷ nur im Rahmen und nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts sowie der rechtlichen Rahmenbedingungen des jeweiligen Mitgliedstaats besteht. Im Unterschied zur Umsetzungsverpflichtung bei Richtlinien der Europäischen Union, geht also bereits nach dem Wortlaut des Art. 13 FCTC nationales Verfassungsrecht vor.

4. Verbote, Gebote und verbleibende Spielräume – Zusammenfassung der rechtlichen Ausgangslage

Was in der Marktkommunikation bei Tabakprodukten derzeit erlaubt, was verboten ist und welche Gebote bestehen, dies folgt in erster Linie aus dem VTabG, das seinerseits weitgehend unionsrechtlich determiniert ist. Zusammenfassend stellt sich damit die aktuelle Rechtslage im Zusammenspiel von nationalem Recht und Recht der Europäischen Union wie folgt dar.

Verboten sind nach Unionsrecht *und* nationalem Recht:

- Werbung im Hörfunk, in Printmedien und in Diensten der Informationsgesellschaft, § 21a Abs. 2 – 4 VTabG. Diese Verbote ergingen in Umsetzung der Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG, Art. 3 und 4;
- Sponsoring von Hörfunkprogrammen; auch dieses Verbot dient der Umsetzung der Tabakwerberichtlinie;
- Werbung und jede Form der kommerziellen Kommunikation wie Sponsoring oder Product Placement in audiovisuellen Medien, § 21b Abs. 2 – 4 VTabG, in Umsetzung der Fernsehrichtlinie bzw. AVMD-Richtlinie;

Einschätzung von Gesundheitsrisiken: *„Die darin enthaltenen Regelungen beruhen auf objektiv erstellten Ergebnissen der internationalen Forschung. Daher ist es folgerichtig, wenn ein Mitgliedsstaat sie bei der Ausübung des den Gesundheitsschutz der Bevölkerung betreffenden Entscheidungsspielraumes zu Grunde legt“*; s. auch Ritter, FamRZ 2011, 1408 zur Berücksichtigung bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „Kindeswohls“.

¹⁷ VG Braunschweig, U.v. 26.09.2012 – 5 A 206/11 –, PharmR 2012, 515, Rdn. 38 f.

- Sponsoring von Veranstaltungen mit grenzüberschreitendem Bezug, § 21a Abs. 6 VTabG in Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2003/33/EG sowie die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen bei derartigen Veranstaltungen, § 21a Abs. 7 VTabG, in Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie;

Verboten sind nach nationalem Recht:

- bestimmte qualitative Aussagen; § 22 VTabG; insoweit geht das nationale Recht über die Vorgaben des europäischen Rechts hinaus; allerdings enthält die Richtlinie 2014/40/EU in Art. 13 Vorgaben für das Erscheinungsbild der Erzeugnisse; hiernach sind bestimmte Aussagegehalte unzulässig, dies auch dann, wenn sie objektiv richtig sind, wie z.B. tatsächliche Informationen über Inhaltsstoffe.

Nicht verboten ist hiernach nur:

- Werbung außerhalb von Printmedien, elektronischen Medien und Diensten der Informationsgesellschaft, also vor allem die Außenwerbung; auch die Richtlinie 2014/40/EU begründet insoweit keinen Umsetzungsbedarf;
- die Werbung am point of sale;
- die kostenlose Verteilung von Tabakerzeugnissen, soweit sie nicht auf den in § 26 Abs. 7 VTabG genannten Veranstaltungen mit grenzüberschreitendem Bezug erfolgt;
- Kommunikation für ein Fachpublikum in für diese bestimmten Publikationsorganen.

Verbindlich vorgeschrieben sind bereits durch Unionsrecht:

- Warnhinweise und Informationsbotschaften gemäß Art. 8 – 12 der Richtlinie 2014/40/EU, die noch der Umsetzung bedürfen; derzeit

ergeben sich entsprechende Pflichten auf der Grundlage einer Verordnung nach § 22 Abs. 2 VTabG;¹⁸

- die Gestaltung der Packungen und Außenverpackungen; hier bestehen verbindliche Vorgaben wie auch Verbote; auch insoweit bedürfen die Vorgaben der Richtlinie 2014/40/EU jedenfalls teilweise noch der Umsetzung.

5. Weitere Beschränkungen ? – zum Gegenstand der Prüfung

Eigenständig kann der nationale Gesetzgeber für jene Bereiche tätig werden, die unionsrechtlich nicht erfasst sind. Dies sind in erster Linie die Bereiche nicht verbotener Werbung wie vor allem Außenwerbung oder Kinowerbung. Den verfassungsrechtlichen Bindungen, denen er hierbei wie generell dann unterliegt, wenn weiterreichende Bestimmungen erlassen werden sollen, als sie unionsrechtlich vorgesehen sind, ist im folgenden nachzugehen, ebenso den in Art. 13 FCTC genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben, sollte denn hier eine Umsetzung in nationales Recht erfolgen.

- Dazu nachfolgend II. -

Diese weitergehenden, über die Umsetzungsbefehle des europäischen Rechts hinausgehenden Beschränkungen sind in der rechtspolitischen Diskussion:

- Ein generelles Verbot der Außenwerbung;
- Verbote der Kinowerbung über die Zeitgrenze des § 11 Abs. 5 JuschG hinaus;
- Verbot der Werbung am point of sale;
- Verbot des sampling (kostenlose Abgabe von Warenproben);
- Verbote auch wahrheitsgemäßer Produktinformationen – letztere allerdings sind in erheblichem Umfang bereits in Art. 13 der Richtlinie 2014/40/EU vorgesehen.

Da mit einem Verbot der Außenwerbung die noch bestehenden Freiräume der Marktkommunikation am stärksten verkürzt würden, soll exemplarisch

¹⁸ S. dazu BVerfGE 95, 173 (174 f.).

die Verfassungsmäßigkeit eines dahingehenden Verbots untersucht werden,

- nachstehend III.; -

im Anschluss daran sind die weiteren in der rechtspolitischen Diskussion befindlichen Beschränkungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

- Nachstehend IV. -

Abschließend soll auf eine in der bisherigen Diskussion weitgehend vernachlässigte Frage der Gesetzgebungskompetenz eingegangen werden.

- Nachstehend V. -

II. Der verfassungsrechtliche Rahmen

1. Die nähere verfassungsrechtliche Fragestellung

a) Unionsrecht und Grundgesetz

Nach der geltenden Rechtslage werden, wie die vorstehende Zusammenstellung belegt, durch das Vorläufige Tabakgesetz die Werbemöglichkeiten der Tabakbranche i.w. beschränkt auf die Außen- und Kinowerbung sowie Promotion, auf Werbung unmittelbar an der Verkaufsstelle, ferner auf Fachpublikationen für die Branche. Im übrigen ist die Marktkommunikation weitgehend verboten; dies betrifft Printmedien und elektronische Medien, Hörfunk sowohl wie audiovisuelle Medien und Dienste der Informationsgesellschaft und gilt für Werbung wie für weitere Formen kommerzieller Kommunikation; auch bestehen inhaltliche Vorgaben wie nach § 22 VTabG.

Soweit jedoch das nationale Recht zwingend unionsrechtlich determiniert ist, kann es ebenso wie sekundäres Gemeinschaftsrecht selbst nicht an den Normen des Grundgesetzes überprüft werden.¹⁹ Soweit demgegenüber Umsetzungsspielräume bestehen, sind die Normen, insbesondere die Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes, Maßstab für das nationale Recht. Sie sind auch dort uneingeschränkter Prüfungsmaßstab, wo

¹⁹ Vgl. BVerfGE 121, 1 (15); *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 42 Rdn. 64 f.; *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl. 2015 Rdn. 272 ff.

der nationale Gesetzgeber überschießende Regelungen trifft, also über die Vorgaben der umzusetzenden Richtlinie hinausgeht. Dies ist nach Unionsrecht zulässig: In den Erwägungsgründen zur Richtlinie 2014/40/EU wird ausdrücklich festgehalten, dass es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, zu Aspekten, die nicht durch die Richtlinie geregelt werden, nationale Rechtsvorschriften beizubehalten oder aufzustellen.²⁰ Hierfür aber ist nationales Verfassungsrecht zu beachten.

Sollte also der Gesetzgeber sich entschließen, für jene Bereiche und Erscheinungsformen kommerzieller Kommunikation weitere Verbote oder Beschränkungen zu erlassen, ohne dass diese unionsrechtlich vorgesehen sind, so unterliegt er hierin vollumfänglich den Bindungen des nationalen Verfassungsrechts, ist also das Grundgesetz unverkürzt als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Inwieweit der Gesetzgeber die Marktkommunikation für die hier noch verbliebenen, unionsrechtlich nicht beschränkten Freiräume weiteren Beschränkungen unterwerfen darf, ist also im folgenden am Maßstab des Grundgesetzes zu prüfen. Die verfassungsrechtliche Bewertung hat dabei vor dem Hintergrund dieser bereits erheblichen Eingriffe in die Freiheiten produktbezogener Kommunikation zu erfolgen, nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt kumulierter Belastungen.²¹

- Dazu nachstehend II. 4.b). -

Dies kann auch dazu führen, dass bestehende, unionsrechtlich nicht zwingend vorgegebene Beschränkungen, zu deren Beibehaltung der nationale Gesetzgeber nach Erwägungsgrund 55) zur Richtlinie 2014/40/EU berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, nicht aufrechtzuerhalten sind.

b) Berührte Verfassungsgehalte – die maßgeblichen Grundrechtsgarantien

Werbung ist, wie jede Form kommerzieller Kommunikation, einerseits ein Aspekt wirtschaftlichen, gewerblichen und unternehmerischen Handelns, bedeutet andererseits aber auch und entscheidend Teilnahme an öffentli-

²⁰ Erwägungsgrund 55 der Richtlinie.

²¹ G. Kirchhof, NJW 2006, 732 (734).

cher Kommunikation – Werbung will die Öffentlichkeit erreichen. Werbeverbote und weitere Beschränkungen der Marktkommunikation, wie sie für Tabakprodukte bestehen, wirken damit unmittelbar auf die freie Kommunikation zwischen Marktteilnehmern ein. Gesetzliche Beschränkungen kommerzieller Kommunikation focussieren die nähere verfassungsrechtliche Fragestellung zunächst auf die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG sowie auch des Art. 10 EMRK²² in ihrer Tragweite und Bedeutung für Wirtschaft und Wettbewerb.²³ Auch Wirtschaftswerbung fällt, wie im folgenden näher auszuführen sein wird,

- nachstehend II.2.a); -

in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.²⁴ Der Schutzzweck der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes umfasst auch kommerzielle Kommunikation – was zunächst umstritten war.²⁵ In welchem Maße dies auch zutrifft für die hier in Frage stehenden Erscheinungsformen kommerzieller Kommunikation bei Tabakprodukten, dahingehend ist die nähere verfassungsrechtliche Fragestellung zu konkretisieren.

- Dazu nachstehend II.2.b). -

Zumindest mittelbarer Prüfungsmaßstab ist auch die Gewährleistung der Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK²⁶ – die Grundrechte des GG sind auch

²² Vgl. zum Begriff der commercial speech EGMR EuGRZ 1985, 170; EuGRZ 1990, 255 (256); EuGRZ 1996, 302; näher *Nolte* RabelsZ 63 (1999), 507; *Ullmann* GRUR 1996, 948 ff.; *Callies* AfP 2000, 248 (249, 251); *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006), Rdn. 133, 618.

²³ Vgl. *Degenhart*, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in: Festschrift Lukes, 1989, S. 287 ff.; *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S 464 ff.

²⁴ Vgl. *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006), Rdn. 132 ff. m.w.Nw.; näher u. II.2.a).

²⁵ Dies wurde in der älteren Rechtsprechung z.T. anders gesehen, vgl. BayVerfGH n.F. 4 II 63 (76), wonach Werbung „in keiner Weise überzeugende, belehrende oder sonst richtunggebende geistige Wirkung“ ausüben soll; Grundlegend insoweit *Lerche*, Werbung und Verfassung, 1967; zur Entwicklung s. *Degenhart*, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in: Festschrift Lukes, 1989, S. 287 ff.

²⁶ S. dazu EGMR EuGRZ 1985, 170; EuGRZ 1990, 255 (256); EuGRZ 1996, 302.

im Lichte der Gewährleistungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR hierzu auszulegen.²⁷

Kommerzielle Kommunikation verfolgt wirtschaftliche Ziele.²⁸ Werbeverbote und vergleichbar wirkende Beschränkungen berühren daher notwendig auch die Freiheiten wirtschaftlichen Handelns. Produktion und Vertrieb von Tabakerzeugnissen²⁹ als legalen Produkten fällt in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Berufsfreiheit erfasst auch die Werbung als berufliche Außendarstellung.³⁰ Verbote und gesetzliche Beschränkungen der Werbung berühren also den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.³¹

Gesetzliche Beschränkungen kommerzieller Kommunikation berühren daher Fragen sowohl des Art. 5 Abs. 1 GG als auch des Art. 12 Abs. 1 GG.³² Für Tabakwerbung gilt dies vor dem Hintergrund bereits erfolgter erheblicher Einschränkungen der Freiheit der Kommunikation wie des wirtschaftlichen Handelns. Marktkommunikation über legale Produkte³³ ist hier, wie vorstehend dargelegt wurde, auf schmale Restbereiche reduziert. Werden diese weiter eingeschränkt, so besteht die Gefahr eines Leerlaufens der Grundrechte.³⁴ Auch dieser Gesichtspunkt ist, wie näher auszuführen sein wird,

- s.u. II.4. -

in die grundrechtliche Bewertung einzustellen.

²⁷ Vgl. BVerfGE 111, 307 (324 ff.); 128, 326 (367 ff.); *Degenhart*, Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl. 2015, Rdn. 285 f.

²⁸ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 35 Rdn. 15.

²⁹ S. BVerfGE 95, 173 (181).

³⁰ Vgl. BVerfGE 85, 248 (256); 97, 173 (181); 111, 366 (373); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 12 Rdn. 8.

³¹ Vgl. zu Werbeverboten als Berufsausübungsregelungen BVerfG (K) NJW 1986, 1241 (1242); *Weides*, UFITA 75 (1976), 53 (98).

³² Vgl. *Kevekordes*, Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht, 1994, S. 71.

³³ Dies betont zu Recht auch *di Fabio*, NJW 1997, 2863 (2864).

³⁴ Vgl. *Schaks*, DÖV 2015, 517 (521).

2. Kommunikationsfreiheiten – Freiheit der Meinungsäußerung, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EMRK

a) Grundrechtstatbestand – Wirtschaftswerbung als Meinungsäußerung

Wirtschaftswerbung fällt in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 G. Die ältere, restriktive Auffassung im Schrifttum hat sich als nicht haltbar erwiesen. Auch das Bundesverfassungsgericht will Beschränkungen der Wirtschaftswerbung grundsätzlich dem Grundrecht der Meinungsfreiheit unterstellen. Um über die Subsumierbarkeit von Wirtschaftswerbung unter den Begriff der Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG Klarheit zu gewinnen, bedarf es jedoch zunächst näherer Aufgliederung der einzelnen Elemente des Begriffs der Werbung.

aa) Begriff der Werbung

Unter Wirtschaftswerbung ist jede Äußerung einer Meinung oder Information zu verstehen, die das Ziel hat, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu im weitesten Sinn oder das Image eines Produkts, eines Unternehmens, einer Branche zu fördern, in Unterscheidung zu nichtwirtschaftlicher, insbesondere politischer Werbung. Soweit es um Tabakerzeugnisse geht, ist unter Werbung nach der Legaldefinition des Artikels 2 Buchstabe b der Richtlinie 2003/33/EG, auf den § 21a Abs. 1 Nr. 1 VTabG verweist, „jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern“, zu verstehen. Es gilt also ein weitgefasster Begriff der Werbung. Er umfasst nicht nur „Reklame“ im herkömmlichen Sinn der Produktpreisung, sondern darüber hinaus jegliche Form der Kommunikation mit kommerzieller Zielsetzung, also auch etwa Produktinformationen,³⁵ die durchaus sachlich gehalten sein können. Die Frage der Meinungsqualität stellt sich auch dort, wo produktbezogene Aussagen neutralen Inhalts verboten oder inhaltlich beschränkt werden, möglicherweise also nicht unter eine auch weitgefaste Definition der Werbung fallen.

³⁵ S. insbesondere Art. 13 der Richtlinie 2014/40/EU.

bb) Restriktive Positionen – die ältere Auffassung

Mit der Gewährleistung der freien Meinungsäußerung, der Informationsfreiheit, der Freiheit der Presse und des Rundfunks in Art. 5 Abs. 1 GG trifft das Grundgesetz die Grundsatzentscheidung für umfassend freie, individuelle und öffentliche Kommunikation, die in ihrer wertsetzenden Bedeutung für die gesamte Rechtsordnung Geltung beansprucht.³⁶ Wenn der Wirtschaftswerbung gleichwohl zunächst in der älteren Rechtsprechung der Schutz der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG versagt wurde,³⁷ so ist dies nicht zuletzt gerade auf die herausragende Bedeutung zurückzuführen, die dem Grundrecht beigelegt wird,³⁸ „...als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte“ und „in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt“,³⁹ als für die freiheitlich-demokratische Ordnung „schlechthin konstituierend“. ⁴⁰ Kübler erklärt dies durch die ursprüngliche Überzeugung, dass durch Gewinnstreben motivierte Äußerungen, die keinen Beitrag zur Erörterung der öffentlichen Angelegenheiten leisten, die Relevanzschwelle des Verfassungsrechts nicht erreichten.⁴¹ In der Tat dürfte der hohe Rang, der der Freiheit der Meinungsäußerung und ihren besonderen Ausprägungen in den Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz

³⁶ Grundlegend BVerfGE 7, 198 ((205); s. ferner BVerfGE 12,113 (124); 20, 162 (175); 57, 295 (319 f.); 66, 116 (133); 101, 361 (389).

³⁷ Vgl. BayVerfGH n.F. 4 II 63; BayVerfGH n.F. 11, 23 (34); BVerwGE 2, 172 (178 f.); BGHSt 5, 12 (22); 8, 360 (379); s. dazu – den Grundrechtstatbestand der Meinungsfreiheit jeweils bej. - Kübler, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenkommunikation, 2008, § 7 III S. 86 f.; Hatje, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, 1993, S. 67; Hochhuth, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, 2007, S. 311 f.; Paulus, WRP 1990, 22.

³⁸ S. dazu Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2006), Rdn. 86 f.; ähnlich Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 25 Rdn. 10.

³⁹ BVerfGE 7, 198 (208).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 7, 198 (208); ferner BVerfGE 12, 113 (125); 20, 56 (97); 33, 1 (15); 35, 202 (222); 42, 163 (169); 93, 266 (292); 102, 347 (363); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rdn. 40.

⁴¹ Kübler, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenkommunikation, 2008, § 7 III S. 86; ähnlich auch di Fabio, AfP 1998, 564 (568).

2 GG⁴² beigemessen wird, als Hemmnis empfunden worden sein, sie gleichsam auf die profane Ebene des wirtschaftlichen Wettbewerbs „herabzuziehen“.⁴³ Die menschenrechtliche Dignität und die demokratische Funktion des Art. 5 Abs. 1 GG, die besonderer Schutzwürdigkeit freier Auseinandersetzung in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse⁴⁴ ließen Äußerungen, die in erster Linie der Verfolgung eigener, wirtschaftlicher Interessen erfolgen, als weniger schutzwürdig erscheinen – was sich etwa auch im Lauterkeitsrecht darin manifestierte, dass zunächst „Beiträge zum Wettbewerb“ nicht als Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewertet wurden.⁴⁵

cc) Die Werbebotschaft als Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 /1. Alt. GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Derartige grundsätzlich restriktive Positionen in der Einschätzung der Bedeutung der Meinungsfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb haben sich als nicht haltbar erwiesen.⁴⁶ Sie werden den Erfordernissen freier Kommunikation als Schutzzweck der Grundrechtsgewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG und insbesondere der Meinungsfreiheit des Abs. 1 Satz 1 nicht gerecht. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird dem Rechnung getragen, es sieht Wirtschaftswerbung nahezu einhellig vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst.⁴⁷

⁴² Vgl. auch Smend, VVDStRL 4 (1928), S: 44 (50): „Ein Stück sittlich notwendiger Lebensluft“.

⁴³ Ähnlich *Friauf/Höfling*, AfP 1985, 249 ff.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 7, 198 (208): „Vermutung für die freie Rede“; s. *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1703).

⁴⁵ Vgl. BGH GRUR 1984, 461; vgl. demgegenüber BGH GRUR 1986, 812 Rdn. 22 – Gastrokritiker -.

⁴⁶ So auch *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 25 Rdn. 9.

⁴⁷ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rdn. 62; *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 162 Rdn. 23; *Starck*, in: Stark, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdn. 25; *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rdn. 18 f.; *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 135 ff.; *di Fabio*, NJW 1997, 2863; *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 25 Rdn. 9; *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 464 ff.; *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rdn. 27 ff. ; *di Fabio*, AfP 1998, 564 (569).

Das Bundesverfassungsgericht sieht Werbung jedenfalls dann als geschützte Meinungsäußerung, wenn sie meinungsbildend wirkt,⁴⁸ in der grundlegenden Benetton-Entscheidung soweit sie „*einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen*“. Diese Voraussetzungen, sollten sie denn einschränkend intendiert sein, sind bei Wirtschaftswerbung regelmäßig gegeben, auch und gerade im hier relevanten Fall der Tabakwerbung.

- Dazu nachstehend dd). -

Tatsächlich allerdings enthält der Konditionalsatz keine materielle Einschränkung, keine Verengung des Begriffs der Meinungsäußerung, sondern bringt i.w. zum Ausdruck, dass unter den Begriff der Meinungsäußerung jedenfalls Werturteile fallen, Tatsachenmitteilungen insoweit, als sie meinungsbildenden Inhalt haben⁴⁹ - eben dies sind „Angaben, der der Meinungsbildung dienen“.

So versteht denn auch die auf die Benetton-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgende Kammerrechtsprechung diese Bedingung der meinungsbildenden Wirkung der Sache nach kaum mehr im Sinn einer Einschränkung. Der Aussage, die therapeutische Äquivalenz eines Medikaments (im Verhältnis zum Konkurrenzprodukt) sei erwiesen, dies unter Bezugnahme auf eine wissenschaftliche Studie, wird Meinungsqualität deshalb zugeschrieben, weil der Hersteller sich damit „billigend“ – also wertend – zu der Studie äußerte.⁵⁰ Auch die werbende Wiedergabe von Preisvergleichen wurde ohne weiteres der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG zugeordnet.⁵¹ Mit dem Kriterium des meinungsbildenden Inhalts wird daher in der Sache die allgemeine Definition der Meinungsäu-

⁴⁸ BVerfGE 102, 347 (359); 107, 275 (280); BVerfGK 11, 409 (413 ff.); zögernd noch BVerfGE 95, 173 (182): „allenfalls“.

⁴⁹ BVerfGE 45, 208 (219); 61, 1 (8); 65, 1 (41); 85, 1 (13 ff.); 97, 391 (397); 99, 185 (196 ff.); BVerfG(K) AfP 2000, 351; NJW 2000, 199; NJW 2000, 3169; NJW 2004, 592; NJW 2005, 1941; BVerfG (K) DVBI 2009, 1166, 1167; BVerfG (K) AfP 2010, 365 = ZUM 2010, 961; näher Degenhart, in: BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 103 ff.

⁵⁰ BVerfG (K) NJW 2001, 3403 (3404); s. auch BVerfG (K) NJW 2002, 1187 – gefühlsbetonte Werbung -;

⁵¹ BVerfG (K) NJW 2003, 2229.

ßerung wiedergegeben, für die das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens⁵² maßgeblich ist. Wenn in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Fragen der standes- oder berufswidrigen Werbung der freien Berufe demgegenüber am Maßstab der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden,⁵³ so ist dies vor allem dadurch bedingt, dass hier schwerpunktmäßig spezifische Berufspflichten im Vordergrund stehen. Werbebeschränkungen für bestimmte Produkte bezwecken jedoch eine Regulierung des kommunikativen Inhalts der Werbung. Sie sind deshalb verfassungsrechtlich als Schrankensetzung der Meinungsfreiheit zu bewerten.⁵⁴

dd) Meinungsfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb – Grundrechtsschutz der Marktkommunikation

Aus dem Vorstehenden folgt: Wirtschaftswerbung dem Schutz der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu unterstellen, entspricht allein dem Schutzzweck der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes. Jegliche freiheitliche Ordnung, auch in Teilbereichen wie dem der Wirtschaftsfreiheiten, setzt freie Kommunikation für eben diese Teilbereiche voraus.⁵⁵ Dem Schutzzweck des Art. 5 Abs. 1 GG entsprechen daher freier Informationsfluss und freie Kommunikation auch im wirtschaftlichen Bereich. In einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung, die auch auf der Freiheit des Wettbewerbs beruht, werden Investitions- und Konsumententscheidungen im Schutzbereich der Art. 2 Abs.1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG grundsätzlich staatsfrei-privatautonom getroffen. Dies bedingt informierte Marktteilnehmer⁵⁶ – weshalb das Bundesverfassungsgericht auch

⁵² BVerfGE 90, 241 (247); 93, 266 (289).

⁵³ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II. 4. Aufl. 2014, § 35 Rdn. 15 und § 25 Rdn. 9; *Wieland*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2014, Art. 12 Rdn. 122, 125; s. auch die Analyse der Rechtsprechung bei *Faßbender*, *Werberecht*, Habilitationsschrift, unveröff., 2006, S. 726, s. demgegenüber EGMR GRUR-RR 2009, 173: Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 EMRK.

⁵⁴ Vgl. *Engels*, *Das Recht der Fernsehwerbung für Kinder*, 1997, S. 271.

⁵⁵ Ähnlich *di Fabio*, *AfP* 1998, 564 (569).

⁵⁶ So auch *Kühling*, *Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, 1999, S. 481.

eine staatliche Informationsaufgabe bei Marktversagen bejaht – ⁵⁷ und damit sowohl Freiheit der Information⁵⁸ als passive Kommunikationsfreiheit, wie auch die ihr entsprechende aktive Kommunikationsfreiheit der Freiheit der Äußerung.

Dies bedeutet nicht nur freie Information über Produkte und Leistungen, sondern auch die Freiheit der Auseinandersetzung im Wettbewerb und auch die Freiheit der Werbung für Produkte und Dienstleistungen, die Verbreitung von Tatsacheninformationen, vor allem aber Werturteilen hierüber mit dem Ziel einer Einflussnahme auf den Adressaten.⁵⁹ Schon begrifflich sind Werbeaussagen, die eine subjektive, wertende Aussage über die Qualität eines Gegenstandes, eines Leistungsangebots enthalten und den Adressaten in ihrem Sinn beeinflussen wollen, Meinungsäußerungen i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG,⁶⁰ ihr meinungsbildender Charakter ist insoweit unbestreitbar.⁶¹ Dies gilt auch für produktbezogene Kommunikation, die sich auf Tatsachenangaben beschränkt, da auch Tatsachenmitteilungen, die ihrerseits meinungsbildend wirken, als Meinungsäußerungen einzuordnen sind.⁶² Ohnehin kann Werbung für Wirtschaftsgüter und Werbung für Ideen in ihrer Methodik und Wirkungsweise wie in ihren Zielsetzungen durchaus vergleichbar gelagert sein.⁶³

Dass dabei kommerzielle, „eigennützige“ Motive verfolgt werden, ist für die grundrechtliche Zuordnung ebenso unschädlich,⁶⁴ wie es auch sonst je-

⁵⁷ BVerfGE 105, 252 (266 f.).

⁵⁸ BVerfGE 105, 252 (266 f.); für Presseartikel BVerfG, DVBl 2005, 106; vgl. auch *Kohl*, AfP 1984, 201 (205).

⁵⁹ Vgl. *Ahrens*, JZ 2004, 763, 768.

⁶⁰ Vgl. etwa Schmidt-Jortzig, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 162 Rdn. 23; *Starck*, in: Stark, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdn. 25:

⁶¹ *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 481.

⁶² Näher *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 103 ff.

⁶³ Vgl. *Lerche*, Werbung und Verfassung, 1967, S. 79 f.; *Paulus*, WRP 1990, 22.

⁶⁴ BVerfGE 30, 336 (352); 53, 66 (96); *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 162 Rdn. 23; *Starck*, in:

denfalls im Grundrechtstatbestand nicht auf die Motivation ankommen kann.⁶⁵ „Die Kundgabe einer Meinung bleibt auch dann Meinungsäußerung, wenn sie wirtschaftliche Vorteile bringen soll.“⁶⁶ Dem entspricht der Schutz der commercial speech nach Art. 10 EMRK.⁶⁷

Dass Wirtschaftswerbung in aller Regel nicht als Akt individueller Entfaltung im Sinn der Freiheit des geistigen Ausdrucks⁶⁸ verstanden werden kann, hat nicht zur Folge, die Werbebotschaft vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszunehmen.⁶⁹ Auch kann Werbung kulturelle und soziologische Aspekte einer Epoche, den „Zeitgeist“ nicht nur dokumentieren, wofür sich gerade in der Zigarettenwerbung der 50er und 60er Jahre des 20. Jahrhunderts illustrative Beispiele finden lassen,⁷⁰ sondern auch hierin, durch Vermittlung bestimmter Einstellungen und Werthaltungen, über die eigentliche Werbebotschaft für das beworbene Produkt hinaus meinungsbildend wirken.

Wirtschaftswerbung, dies kann zusammenfassend festgehalten werden, fällt daher unter die Meinungsfreiheit des Art.5 Abs. 1 Satz 1 GG.

Stark, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdn. 25; *Hochhuth*, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, 2007, S. 337.

⁶⁵ BVerfG a.a.O.; *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenkommunikation, 2008, § 7 III S. 87.

⁶⁶ BVerfGE 30, 336 (352) - Werbung für Freikörperkultur -.

⁶⁷ EGMR EuGRZ 1985, 170; EuGRZ 1990, 255; EuGRZ 1996, 302: EGMR. U.v. 20.11.1989 – markt intern -, EuGRZ 1996, 302 Tz. 26; vgl. *Kugelman*, EuGRZ 2003, 16 (20); *Ullmann*, GRUR 1996, 948 ff.

⁶⁸ Vgl. *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), 1 (2 ff., 7),

⁶⁹ *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenkommunikation, 2008, § 7 III S. 86 f.; ebenso bereits *Lerche*, Werbung und Verfassung, 1967, S. 95 f.

⁷⁰ Vgl. auch *Starck*, in: Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdn. 25 zu suggestiv wirkenden Plakaten mit wertendem Charakter: z.B., dass Rauche3n „schick“ sei und die Menschen miteinander verbinde.

b) Insbesondere: Tabakwerbung im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als Ausgleich staatlicher Einflussnahme

Dass der Schutzzweck der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes, die Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation auch marktbezogene Kommunikation, also auch die Werbebotschaft umfasst,⁷¹ gilt auch für marktbezogene Kommunikation über Tabakerzeugnisse,⁷² dies sowohl dann, wenn sie subjektive Bewertung der Produkte ausgerichtet ist, um die Adressaten in ihrem Sinn zu beeinflussen,⁷³ als auch dann, wenn sie sich auf tatsächliche Angaben beschränkt.

aa) Regulierung der Werbung im gesundheits- und verbraucherpolitischen Diskurs

Dass auch und gerade sie vom Schutzzweck der Kommunikationsfreiheiten erfasst wird, bestätigt sich durch ihre weitgehenden gesetzlichen Restriktionen und deren Zielrichtung. Über ihren unmittelbaren, positiven, auf Gesundheitsschutz ausgerichteten Regelungsgehalt hinaus bringt die staatliche Regulierung hier eine prinzipielle staatsseitige Missbilligung bestimmter – legaler und grundrechtlich geschützter⁷⁴ – Verhaltensweisen zum Ausdruck.⁷⁵ Die Beschränkungen der Marktkommunikation sind auch darauf ausgerichtet, in diesem Sinne gesellschaftliche Auffassungen zu beeinflussen. Derartige Beschränkungen und Verbote sind unabhängig davon, inwieweit sie unter Gesichtspunkten der Suchtprävention gerechtfertigt sein mögen, unmittelbar darauf gerichtet, staatlicherseits auf bestimmte Verhaltensweisen, Einstellungen oder Werthaltungen einzuwirken, eine Pflicht oder doch Obliegenheit zum „guten Leben“ zu suggerieren.⁷⁶ Hierin sind sie, häufig Ausdruck aktueller politischer oder gesell-

⁷¹ Kübler a.a.O.

⁷² Vgl. Kühling, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 519 ff.

⁷³ Vgl. das Beispiel bei Starck, in: Stark, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdn. 25.

⁷⁴ Vgl. di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 (2001) Rdn. 50 zu Art. 2 Abs. 1 GG: die Freiheit, zu rauchen.

⁷⁵ Treffend Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 25 Rdn. 9 zu den heutigen Erscheinungsformen einer „Staatspädagogik“.

⁷⁶ So insbesondere Masing im Sondervotum zu BVerfGE 121, 317, Rdn. 184 bei juris.

schaftlicher Stimmungslagen,⁷⁷ ihrerseits von hoher Meinungsrelevanz. Nicht nur durch unmittelbare Verbote wie etwa weitreichende Rauchverbote wird, um es mit den Worten des Richters *Masing* im Sondervotum zum Nichtraucherurteil des Bundesverfassungsgerichts auszudrücken, „ein Weg edukatorischer Bevormundung vorgezeichnet, der sich auf weitere Bereiche ausdehnen könnte und dann erstickend wirkt“,⁷⁸ sondern auch auf dem, zumindest für die Konsumenten, sanfteren Weg⁷⁹ über eine staatliche Einflussnahme auf Marktkommunikation.

Sie findet nicht nur durch Beschränkungen der Freiheit der Marktkommunikation im Wege von Verboten und anderweitig einschränkender Regulierung statt, sondern auch, sich hierin wechselseitig ergänzend, durch positive Verpflichtungen zur Anbringung von Warnhinweisen und zur Verbreitung weiterer produktbezogener Informationen. Wenn derartige Warnhinweise mit der Begründung, dass hier die Produkte nur zur Verbreitung fremder Meinungen genutzt werden, allein am Maßstab der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, nicht aber der Meinungsfreiheit gemessen wurden,⁸⁰ so vermag dies nicht zu überzeugen.⁸¹ Denn umfassend freie Kommunikation als Schutzzweck der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG wird unter dem Gesichtspunkt der Marktkommunikation auch dann eingeschränkt, wenn staatlicherseits eine Verpflichtung zur Verbreitung bestimmter Informationen begründet wird.

Als Ausdruck einer Tendenz zu einem paternalistischen Staatsverständnis,⁸² gerichtet auf ein Handeln „zum Wohl“ des Betroffenen unabhängig

⁷⁷ *Paulus*, WRP 1990, 22 (25).

⁷⁸ BVerfGE 121, 317 (381, 388).

⁷⁹ Vgl. *di Fabio*, NJW 1997, 2863, der von einem cachierten Eingriff in die Meinungsfreiheit spricht.

⁸⁰ BVerfGE 95, 173 (181).

⁸¹ Vgl. *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, HGR IV, 2011, § 102 Rdn. 48; *di Fabio*, NJW 1997, 2863.

⁸² Vgl. zur Gefahr paternalistischer Bevormundung im Zusammenhang mit Rauchverboten BVerfGE 121, 317 (381, 387 f.); - Sondervotum *Masing*; hierauf bezugnehmend *Paulus* im Sondervotum zu BVerfG NVwZ 2015, 857 Rdn. 19; s. auch *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 35 Rdn. 50 sowie § 25 Rdn. 9; von der Gefahr einer Entmündigung des Bürgers sprechen auch *F.Kirchhof/Frick*, AfP 1991, 677 (680), s. auch *Hu-*

von seinem Willen,⁸³ sind also auch Restriktionen in der Freiheit zur Marktkommunikation von hoher Meinungsrelevanz.⁸⁴ Werbung und Werberestriktionen, markt- und produktbezogene Kommunikation und deren Beschränkung erfolgen mithin in einem Bereich von erheblicher Bedeutung für den Schutzzweck der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes. Wie einerseits staatliche Informationstätigkeit als Gegengewicht zu interessengesteuerter, kommerzieller Kommunikation aufgefasst wird,⁸⁵ bildet Werbung ihrerseits ein legitimes Gegengewicht zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen staatlicher Einflussnahme auf den Kommunikationsprozess. Sie kann hierin als Teil eines „Staat und Gesellschaft übergreifenden wirtschafts-, gesundheits- und verbraucherpolitischen Diskurses“ gesehen werden.⁸⁶

bb) Meinungsbildender Inhalt der Werbung

Dabei geht es bei Werbeverboten – anders, als bei Rauchverboten in Gaststätten oder öffentlichen Gebäuden⁸⁷ – nicht um den Schutz Dritter vor den Gefahren des Passivrauchens. Es macht aber einen entscheidenden Unterschied, ob der Gesetzgeber Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit vor den Auswirkungen des Passivrauchens und damit vor Risiken und Gefahren aus dem Verhalten Dritter – der Raucher – treffen, oder aber den – volljährigen – Bürger vor Selbstgefährdung schützen, ihn als erwachsenen, „mündigen“ Verbraucher⁸⁸ veranlassen will, ein „gutes Leben“ zu führen. Eben dies, die staatsseitige Einflussnahme auf die Lebensführung der Bürger ist Zielsetzung der Werberegulierung, die den

fen, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 35.

⁸³ Vgl. zu Begriff etwa *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (815).

⁸⁴ Vgl. *Fiedler*, JZ 2006, 320 (321).

⁸⁵ So bei BVerfGE 105, 252 (266); *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 602.

⁸⁶ *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 25 Rdn. 9 unter Verweis auf *Ladeur*, NJW 2004, 393; *Arens* JZ 2004, 763.

⁸⁷ S. dazu *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 35 Rdn. 57.

⁸⁸ Vgl. *Fiedler*, JZ 2006, 321 (325): vom mündigen Bürger zum bevormundeten Verbraucher; *F.Kirchhof/Frick*, AfP 1991, 677 (680): Entmündigung des Bürgers.

Bürger vor der Konfrontation mit Werbung bewahren will. Werberegulierung ist also unmittelbar kommunikationsbezogen und meinungsrelevant – dies gilt dann gleichsam spiegelbildlich für jene Marktkommunikation, die durch die Regulierung verhindert oder eingeschränkt wird.

Auch dann, wenn man Wirtschaftswerbung entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht generell dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG zuordnen,⁸⁹ sondern ergänzend verlangen wollte, dass die Werbeaussage einen „wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen“,⁹⁰ wird daher durch die Werbebeschränkungen und –verbote und weiteren Restriktionen produktbezogener Kommunikation der Schutzzweck der Meinungsfreiheit berührt, ist deren Schutzbereich eröffnet. Es geht um freie öffentliche Kommunikation über die grundsätzliche Frage, inwieweit und mit welchen Mitteln staatlicherseits auf Vertrieb und Genuss legaler Produkte eingewirkt werden darf. Marktkommunikation ist ein Element dieser öffentlichen Kommunikation und wirkt ihrerseits meinungsbildend in dieser grundsätzlichen Frage von gesellschaftlicher Relevanz und damit von öffentlichem Interesse.⁹¹ Doch auch insoweit, als es der werbenden Wirtschaft zunächst darum geht, auf die Adressaten der Werbung in ihrem Sinn einzuwirken, sind alle Merkmale einer Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gegeben, ist die Eröffnung des Schutzbereichs zu bejahen.⁹²

c) Art. 10 EMRK

Werbung, auch die hier in Frage stehende Tabakwerbung, dem grundrechtlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zuzuordnen, trägt auch dem Schutzgehalt der Garantie der Meinungsäußerungsfreiheit in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EMRK Rechnung. Denn

⁸⁹ Für generelle Zuordnung zur Meinungsfreiheit aber die ganz überwiegende Auffassung des Schrifttums, s. vorstehend bb).

⁹⁰ BVerfGE 102, 347 (359); BVerfGK 11, 409 (413 ff.).

⁹¹ Entspr. BVerfGE 7, 198 (208).

⁹² Allenfalls die Anforderungen an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen hängen maßgeblich vom Gegenstand der Kommunikation ab, vgl. *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenkommunikation, 2008, § 7 III S. 87 f.

bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes sind auch die thematisch entsprechenden Gewährleistungen der EMRK mit dem Inhalt einzubeziehen, den sie in der Rechtsprechung des EGMR erhalten haben.⁹³ Hiernach aber werden Werbeaussagen generell als Meinungsäußerungen eingeordnet:⁹⁴ „Der *eigentliche Gehalt der Meinungsfreiheit ist das Recht, Nachrichten und Meinungen zu empfangen und mitzuteilen. Die kommerzielle Werbung steht in direktem Zusammenhang mit dieser Freiheit*“. Der EGMR ließ zunächst offen, ob „Reklame als solche“ von der Gewährleistung des Art. 10 EMRK umfasst wird, hat dann aber auch „reine Werbung“ in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK einbezogen.⁹⁵ Klargestellt wird insbesondere, dass der werbliche Effekt einer Meinungsäußerung die Zuordnung zum Schutzbereich des Art. 10 EMRK unter dem Aspekt der Äußerung und Mitteilungen von Meinungen und Nachrichten in keiner Weise berührt,⁹⁶ dass insbesondere Informationen wirtschaftlicher Natur generell von Art. 10 Abs. 1 EMRK umfasst werden.⁹⁷ Der EGMR betont, „*dass Art. 10 EMRK die Meinungsfreiheit für jedermann garantiert und keine Unterscheidung danach trifft, ob damit eine Gewinnabsicht verbunden ist oder nicht.*“⁹⁸

⁹³ BVerfGE 128, 326 (393 ff.).

⁹⁴ Vgl. etwa EGMR, U.v. 05.03.2009 – Nr. 26935/05 – *Société de Conception de Presse*, zit. nach www.ris.bka.gv.at, in der französischsprachigen Fassung abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/>; ferner EuGRZ 1990, 255 (256); EuGRZ 1996, 302 – commercial speech; näher *Nolte*, *RabelsZ* 63 (1999), 507; *Callies*, *AfP* 2000 248 (249, 251); *Kühling*, *Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, 1999, S. 467ff.; *D. Kevekordes*, *Tabakwerbung und Tabaketikettierung im deutschen und europäischen Recht*, 1994, S. 201f.; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, *GG I*, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rdn. 17; zur Werbung im Rundfunk s. insbesondere *Gundel*, *ZUM* 2005, 345.

⁹⁵ U.v. 24.02. 1994 – *Casado Coca* -; s. dazu EGMR GRUR-RR 2009, 173 Rdn. 43; *Callies*, *AfP* 2000, 248 (249, 251 f.).

⁹⁶ Vgl. zu Art. 10 EMRK auch *Friauf/Höfling*, *AfP* 1985, 249, Fn. 1; *Paulus*, *WRP* 1990, 22 (23 f.).

⁹⁷ EGMR EuGRZ 1990, 255, 256; EuGRZ 1996, 302; s. auch das Urteil des EuGH zum Tabakwerbeverbot vom 12.12.2006 – Rs. C-380/03, *Slg.* I – 11573 Rdn. 154 f. zur Rechtfertigung des Verbots als Einschränkung der Meinungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK, dessen Schutzbereich damit nicht in Frage gestellt wird.

⁹⁸ EGMR, U.v. 05.03.2009 – Nr. 26935/05 – *Société de Conception de Presse*, <http://hudoc.echr.coe.int/>, Rdn. 33 : « La Cour souligne d'abord

Schranken für die Meinungsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 EMRK ergeben sich aus dessen Abs. 2, wo Gesundheitsschutz ausdrücklich genannt ist.⁹⁹ Für das Recht der freien Meinungsäußerung nach Art. 11 Abs. 1 GRCh ist auf die Aussagen des EGMR zu Art. 10 Abs. 1 EMRK zurückzugreifen.¹⁰⁰ Auch aus der Sicht des EuGH fallen kommerziell motivierte Äußerungen und insbesondere Werbung in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK.¹⁰¹ Damit bestätigt sich auch in einer konventionskonformen Sicht des Art. 5 Abs. 1 GG, dass Werbung generell wie auch die hier betroffene Tabakwerbung vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG umfasst wird.

d) Grundrechtseingriff und Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG

aa) Eingriffsrelevanz der Werbebeschränkungen

Wenn Erscheinungsformen kommerzieller Kommunikation bei Tabakerzeugnissen im Schutzbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu sehen sind, bedeuten Beschränkungen und Verbote der Tabakwerbung einen Eingriff in dieses Grundrecht. Dies gilt auch für medien-spezifische Werbeverbote,¹⁰² da von der Freiheit der Meinungsäußerung auch die Wahl des Äußerungsmediums für die Kommunikation geschützter Inhalte umfasst wird,¹⁰³ von der Freiheit der Werbeaussage also die Freiheit der Werbeform.¹⁰⁴ Gerade bei der Werbebotschaft sind es Inhalt

que l'article 10 garantit la liberté d'expression à « toute personne »; il ne distingue pas d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché. »

⁹⁹ S. dazu näher *Nolte*, *RabelsZ* 63 (1999), 507 (517 f.).

¹⁰⁰ *Cornils*, in: Gersdorf/Paal, *Informations- und Medienrecht*, 2014, Art. 11 GRC Rdn. 32; vgl. EGMR a.a.O. Rdn. 56.

¹⁰¹ *Cornils* a.a.O.; EuGH, U.v. 23.10.2003 – Rd. C-245/01 – RT, *AfP* 2003, 532, Rdn. 51 ff., 58 ff. zu Beschränkungen der Fernsehwerbung als - gerechtfertigter – Eingriff in das Grundrecht aus Art. 11 Abs. 1 GRCh.

¹⁰² S, dazu BVerfGE 21, 271 (278 f.)

¹⁰³ Vgl. *Kühling*, *Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, 1999, S. 521.

¹⁰⁴ S. *Lerche*, *Werbung und Verfassung*, 1967, S. 87 ff., 92; *Faßbender*, *Werberecht*, *Habilitationsschrift*, unveröff., 2006, S. 726.

und Form gleichermaßen, die den Inhalt der Werbeaussage bestimmen. Das – meinungsrelevante – Verbot, für ein bestimmtes Produkt zu werben, wirkt als Eingriff in die Meinungsfreiheit desjenigen, dem die Werbeaussage zuzurechnen ist, also regelmäßig des Unternehmens, das das Produkt herstellt oder verbreitet. Das Verbot, dafür in einem bestimmten Medium zu werben, bedeutet daneben einen Eingriff auch in die Freiheit des jeweils betroffenen Mediums,¹⁰⁵ in die Freiheit der Presse,¹⁰⁶ des Rundfunks¹⁰⁷ oder – beim Verbot der Kinowerbung – des Films.

bb) Rechtfertigung des Eingriffs – Grundrechtsschranken ?

Eine Rechtfertigung dahingehender Eingriffe nach Maßgabe des Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 GG erfordert zunächst eine gesetzliche Grundlage.

Da es bei den Beschränkungen der Tabakwerbung überwiegend nicht nur um den Schutz von Jugendlichen und Heranwachsenden geht, wie in § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) VTabG, muss als Grundlage für Eingriffe in die Meinungsfreiheit durch ein Verbot der Verbreitung von Werbeaussagen¹⁰⁸ die Schranke der allgemeinen Gesetze im Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 GG herangezogen werden. Wenn die allgemeinen Gesetze ihrerseits im Lichte der Bedeutung des Grundrechts auszulegen sind,¹⁰⁹ so bedeutet dies, dass hierbei die besondere Bedeutung des Grundrechts der Freiheit der kommerziellen Meinungsäußerung für Unternehmen zu berücksichtigen ist, die gerade angesichts komplexer wirtschaftlicher Vorgänge und differenzierter wirtschaftlicher Waren- und Dienstleistungsan-

¹⁰⁵ *Faßbender*, *Werberecht*, Habilitationsschrift, unveröff., 2006, S. 727.

¹⁰⁶ BVerfGE 21, 271 (278 ff.), 64, 108 (114 ff.); 102, 347 (359 ff.).

¹⁰⁷ Zum Grundrechtsschutz der Rundfunkwerbung s. *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 738 f.

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2001, 3403 (3404).

¹⁰⁹ So die unverändert gültige „Wechselwirkungstheorie“ aus BVerfGE 7, 198 (208); *Bethge*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rdn.145 ff.; *Jestaedt*, *Meinungsfreiheit*, HGR IV, § 102 Rdn. 2; *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 72; *Kühling*, in: *Gersdorf/Paal*, *Informations- und Medienrecht*, 2014, Art. 5 GG Rdn. 106 f.

gebote darauf angewiesen sind, ihre Angebote bekannt zu machen.¹¹⁰ Um Eingriffe in die Freiheit der kommerziellen Kommunikation zu rechtfertigen, müssten Bestimmungen, wie sie in den Richtlinien des europäischen Rechts vorgezeichnet und im VTabG umgesetzt sind und wie sie de lege ferenda erwogen werden, dann also als allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG zu qualifizieren sein.

cc) Zum Begriff des allgemeinen Gesetzes

Allgemeine Gesetze sind nach der eingeführten, Sonderrechtslehre¹¹¹ und Abwägungslehre¹¹² kombinierenden¹¹³ Formel des Bundesverfassungsgerichts Gesetze, „die sich nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen“,¹¹⁴ die sich „weder gegen bestimmte Meinungen als solche (richten) noch ... Sonderrecht gegen den Prozeß freier Meinungsbildung dar(stellen).“¹¹⁵ Im „Wunsiedelbeschluss“ vom 04.11.2009¹¹⁶ werden diese Grundsätze zusammenfassend präzisiert: „Ausgangspunkt ist zunächst die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft. Erfasst sie das fragliche Verhalten völlig unabhängig von dem Inhalt einer Meinungsäußerung, bestehen

¹¹⁰ Vgl. *Paulus*, WRP 1990, 22 825).

¹¹¹ Zur Entstehung der „Sonderrechtslehre“ s. *Lücke*, Die „allgemeinen Gesetze“, 1998, S. 4 f., der sie als „herrschend“ bezeichnet - zu Recht; vgl. etwa *Starck*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdn. 181 ff.; *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 162, Rdn. 50; *Bethge*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rdn. 143; *Wendt*, in: von Münch/Kunig. GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rdnr. 70 ff.; *Lücke*, a.a.O. S. 26 ff.; v. *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 1957, S. 250 f.

¹¹² Vgl. *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rdn. 636 f.; s. auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rdn. 143 zur Maßgeblichkeit des geschützten Rechtsguts.

¹¹³ *Degenhart*; BonnK, Art. 5 I und II, 2006, Rdn. 66b.

¹¹⁴ BVerfGE 7, 198 (209).

¹¹⁵ BVerfGE 95, 220 (235 f.).

¹¹⁶ BVerfGE 124, 300: eingehende Analyse bei *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, HGR IV, 2011, § 102 Rdn. 62 ff.

hinsichtlich der Allgemeinheit keine Zweifel. Knüpft sie demgegenüber an den Inhalt einer Meinungsäußerung an, kommt es darauf an, ob die Norm dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dient. Ist dies der Fall, ist in der Regel zu vermuten, dass das Gesetz nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet ist, sondern meinungsneutral-allgemein auf die Abwehr von Rechtsgutverletzungen zielt.“¹¹⁷ Es findet also eine zweistufige Prüfung statt. Zunächst ist eine etwaiger Meinungsbezug des Gesetzes festzustellen, um auf einer zweiten Stufe dann rechtsgutbezogen die Frage nach der Allgemeinheit des Gesetzes zu beantworten.

cc) Werbeverbote aus Gründen des Gesundheitsschutzes als allgemeine Gesetze ? – Maßstäbe

Für die erste Stufe der Prüfung ist hier festzustellen, dass Gesetze, die markt- und produktbezogene Kommunikation beschränken, an Inhalte von Meinungsäußerungen anknüpfen. Die Verbreitung der Werbebotschaft wird eben deshalb verboten, weil sie sich inhaltlich auf Tabakprodukte bezieht. Damit ist eine auf das geschützte Rechtsgut bezogene Betrachtung erforderlich.¹¹⁸ Stellt man nun entsprechend der Formel des Bundesverfassungsgerichts darauf ab, ob die Verbotsnorm dem Schutz eines auch anderweitig in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dient, so dürften produktbezogene Werbebeschränkungen mit der Zielsetzung des Gesundheitsschutzes, und damit auch der Tabakwerbung, grundsätzlich als allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 1 GG einzustufen sein.¹¹⁹ Maßgebliche Zielsetzung der unterschiedlichen Bestimmungen zur Beschränkung der kommerziellen Kommunikation für Tabakerzeugnisse ist der Schutz der Verbraucher vor gesundheitlichen Gefahren – auch wenn es sich hierbei um verfassungsrechtlich fragwürdigen Schutz vor Selbstgefährdung handelt. „Gesundheit“ ist ein durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG mit Verfassungsrang ausgestattetes Rechtsgut, das in der Rechtsordnung vielfältig

¹¹⁷ BVerfGE 124, 300 (322).

¹¹⁸ S. auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rdn. 143.

¹¹⁹ Vgl. *Ladeur*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 7 RfStV Rdn. 79: Rechtmäßigkeit der Regelung als allgemeines Eingriffsgesetz, da keine Beschränkung der Meinungsfreiheit, sondern dem Gesundheitsschutz dienend.

geschützt wird.¹²⁰ Wenn in diesem Fall meinungsneutral-allgemeiner Charakter des Gesetzes „zu vermuten“ ist,¹²¹ so sind jedenfalls allgemein gefasste Werbeverbote und –beschränkungen für Tabakerzeugnisse als allgemein rechtsgutbezogen zu werten. Dies bedeutet noch nicht, dass die allgemeine Zielsetzung des Gesundheitsschutzes hier die Werbeverbote zu rechtfertigen vermag. Vielmehr muss diese Zielsetzung auch im konkreten Fall einen verfassungsrechtlich legitimierten Eingriffszweck darstellen, was hier besonderer Prüfung bedarf, da Gesundheitsschutz nicht notwendig auch Schutz vor Selbstgefährdung legitimiert. Eingriffe durch Verbotsgesetze bedürfen zudem der Rechtfertigung entsprechend der Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtsbeschränkendem Gesetz. Sie ist bei der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Wege der Abwägung zur Geltung zu bringen.¹²² Hier sehen sich meinungsorientierte Beschränkungen erhöhten Anforderungen an die Rechtfertigung ausgesetzt.¹²³ Das „allgemeine Gesetz“ ist nicht aus sich heraus gerechtfertigt, sondern nur dann, wenn es seinerseits der Bedeutung des Grundrechts Rechnung trägt.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der hier in Frage stehenden, normativen Beschränkungen und Verbote kommerzieller Kommunikation in Bezug auf Tabakerzeugnisse ist daher jeweils darauf abzustellen, ob sie nach ihren konkreten Inhalten allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG sind, inwieweit sie als solche oder als gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend verfassungsrechtlich dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen, inwieweit sie schließlich auch bei fehlender Allgemeinheit i.S.v. Art. 5 Abs. 1 GG durch verfassungsimmanente Schranken gerechtfertigt sein können.¹²⁴

¹²⁰ Insoweit ließe sich auch an eine verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit denken, vgl. *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rdn. 110.

¹²¹ BVerfGE 124, 300 (322).

¹²² *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rdn. 136 f.

¹²³ *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rdn. 110.

¹²⁴ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG. 13. Aufl. 2014, Art. 5 Rdn. 78 f.; *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rdn. 110; *Wendt*, in: von Münch/Kunig I, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rdn. 78.

- Dazu nachstehend III.1. -

3. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

a) Grundrechtstatbestand

Unbeschadet ihrer Einordnung als Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fällt Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. So soll insbesondere dann, wenn es dem Gewerbetreibenden um die berufliche Außendarstellung einschließlich der Werbung für Produkte geht, auch Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig sein. Im Fall der berufspflichtwidrigen Werbung vor allem der freien Berufe prüft die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wie dargelegt, am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG.¹²⁵ Während die mittlerweile gesicherte Erkenntnis, dass Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich nicht nur der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fällt, sich gegen restriktive Tendenzen älterer Auffassungen durchsetzen musste,

- S.o. II.1.a) bb); -

wurde nicht in Frage gestellt, dass hierfür jedenfalls auch das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG heranzuziehen ist.¹²⁶ Auch soweit sie auf Grund ihrer – grundsätzlich und insbesondere auch im Fall der Tabakwerbung zu bejahenden – Meinungsrelevanz als Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu qualifizieren ist, verfolgt jegliche Werbung notwendig auch wirtschaftliche Ziele, die für den Werbenden gleichrangig, wenn nicht vorrangig sind.¹²⁷

Ist also Werbung als berufliche oder gewerbliche Außendarstellung grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübung, so gilt dies unverkürzt auch für Tabakwerbung, unabhängig davon, welche Wirkungen ihr beigemessen werden. Tabakerzeugnisse sind legale Produkte, deren Beschaffenheit, Herstellung und Vertrieb detailliert durch europäisches

¹²⁵ Anders der EGMR, GRUR-RR 2009, 173.

¹²⁶ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 25 Rdn. 9.

¹²⁷ Vgl. *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 35 Rdn. 15.

Recht geregelt sind. Solange aber für die Produkte, für die geworben wird, legal und nicht generell verboten sind und damit Herstellung und Verkehr mit ihnen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen, muss dies auch für die Werbung dafür gelten. Etwaigen nachteiligen Auswirkungen oder Gefährdungen durch die Werbung ist auf der Ebene der Grundrechtsschranken zu begegnen.

b) Grundrechtseingriffe und Grundrechtsschranken

Beschränkungen der Werbung für Tabakprodukte, wie generelle Werbeverbote in den Medien oder Verbote der Außenwerbung oder auch inhaltliche Beschränkungen dergestalt, dass mit bestimmten Angaben nicht geworben werden darf, wirken als Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit. Sie zielen auch unmittelbar darauf ab, die Unternehmen in bestimmten Bereichen ihrer Tätigkeit, insbesondere dem der Produktinformation und Außendarstellung zu beschränken und sind hierin von berufsregelnder Tendenz. Gleiches gilt für positive Verpflichtungen zum Anbringen von Warnhinweisen, die unabhängig davon, ob sie auch an Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gemessen werden, jedenfalls als Eingriff in die Berufsfreiheit gewertet wurden.¹²⁸

Schranken der Berufsfreiheit sind in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG benannt. Nach den Grundsätzen der hierfür entwickelten Stufentheorie¹²⁹ sind Werberegulierungen und Hinweispflichten in aller Regel auf der Stufe der Berufsausübung zu sehen. Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung hat das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf Warnhinweispflichten bei Tabakprodukten wie folgt formuliert: *„Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung bedürfen gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage ... Die gesetzlichen Grundlagen sind dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn*

¹²⁸ BVerfGE 83, 130 (139).

¹²⁹ Entsprechend BVerfGE 7, 377 (397); vgl. hierzu *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 35 Rdn. 17 f.

*bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.*¹³⁰

4. Kriterien der Grundrechtsprüfung – Verhältnismäßigkeit vor dem Hintergrund bestehender Belastungen im Grundrechtsbereich

a) Eingriffsintensität und vorgegebene Normsituation

Sowohl unter Gesichtspunkten der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes, entsprechend der Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtsbeschränkendem Gesetz, als auch für die Freiheiten wirtschaftlichen Handels im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG sind die Eingriffsziele von Werbebeschränkungen in Ausgleich zu bringen mit dem Freiheitsanspruch der Grundrechte. Maßgeblich ist, wie stets im Zuge grundrechtlicher Abwägung, auf die Intensität möglicher Grundrechtseingriffe abzustellen. Will nun der Gesetzgeber im Bereich der kommerziellen Kommunikation bei Tabakprodukten regulierend tätig werden, so erfolgen Eingriffe in einer Situation, in der die grundrechtlichen Freiheiten zur Werbung, ob auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 1 GG oder des Art. 12 Abs. 1 GG, bereits sehr weitgehend eingeschränkt sind

- dazu s. vorstehend I.1., I.2. und zusammenfassend I..4.; –

und auch die weitreichenden Verpflichtungen zur Verbreitung von Warnhinweisen und anderweitigen Informationen, ob man sie nun im Schutzbereich nur des Art. 12 Abs. 1 GG oder richtigerweise auch des Art. 5 Abs. 1 GG sehen möchte, eine intensive Regulierung der Marktkommunikation bewirken. Dann mögen einzelne zusätzliche Beschränkungen, für sich gesehen, sich noch im Rahmen des Verhältnismäßigen bewegen, gleichwohl aber dazu führen, dass die grundrechtlichen Freiheiten insgesamt nicht mehr hinreichend gewahrt, die gesetzlichen Beschränkungen in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenwirken unverhältnismäßig werden.

¹³⁰ BVerfGE 95, 173 (183); s. auch BVerfGE 101, 331 (347).

b) Der „additive“ Grundrechtseingriff

Ein Grundrechtseingriff, der, würde er in nur einem gesetzgeberischen Akt erfolgen, unverhältnismäßig wäre, wird nicht dadurch zumutbar, dass er konsekutiv erfolgt. Allerdings kann die Intensität von Grundrechtsbeschränkungen dann als geringer empfunden werden, wenn der Grundrechtsträger jeweils die Möglichkeit hatte, sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen, weil es sich um zeitlich aufeinanderfolgende Grundrechtseingriffe handelt.¹³¹ So mag etwa die Tabakindustrie sich auf die in der Vergangenheit auf Grund europäischer Richtlinien erfolgten Beschränkungen der Kommunikationsfreiheit durch Verbote und Hinweispflichten mehr oder weniger eingestellt haben – sie musste sich darauf einstellen. Dies lässt die Eingriffswirkung dieser Beschränkungen jedoch unberührt. Sie wirkt auch fort. Kommen zusätzliche Beschränkungen hinzu, so wird damit die ohnehin bereits durch Gesetz erheblich verkürzte grundrechtliche Freiheit weiter eingeschränkt, dem Normadressaten verbleibt im Schutzbereich seiner Grundrechte – hier des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und des Art. 12 Abs. 1 GG – nur noch ein schmaler Bereich für die Wahrnehmung seiner grundrechtlichen Freiheiten. Dann aber ist es eine Frage der Verhältnismäßigkeit unter Gesichtspunkten auch der Gesamtbelastung des Bürgers,¹³² ob die Reduzierung grundrechtlicher Freiheit auf einen derart schmalen Restbestand noch ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Grundrechten und dem Gewicht der rechtfertigenden Gründe wahrt, die Grundrechte nicht auf Grund kumulierter Belastungen leerlaufen.¹³³

Im Fall der Tabakwerbung betreffen die unterschiedlichen gesetzlichen Eingriffe, also jene Eingriffe, die bereits im geltenden Recht angelegt sind, und weitere Eingriffe für den Fall, dass der Gesetzgeber über die Vorgaben der Richtlinien des europäischen Rechts hinausgehen wollte, jeweils die gleichen Grundrechtsträger und verfolgen die gleichen Ziele.¹³⁴ Des-

¹³¹ Vgl. *Lücke*, DVBI 2001, 1469 (1470).

¹³² S. dazu *Lücke*, DVBI 2001, 1469 (1477).

¹³³ S. dazu *Schaks*, DÖV 2015, 517 (521).

¹³⁴ Zur Maßgeblichkeit des Eingriffsziels s. *Kluth*, ZHR 162 (1978), 657 (673); *Schaks*, DÖV 2015, 517 (523).

halb kann hier von einem „additiven Grundrechtseingriff“¹³⁵ gesprochen werden, dessen kumulierte Belastungs- und Eingriffswirkung in der Frage der Verhältnismäßigkeit¹³⁶ zu berücksichtigen ist. Kumulierte Belastungen liegen vor, wenn Eingriffe gleichzeitig wirken, sei es, dass sie gleichzeitig angeordnet werden, sei es, dass zu einem fortwirkenden Eingriff ein weiterer Eingriff hinzutritt, der sich gegenüber den gleichen Grundrechtsträgern auswirkt und die gleichen Lebenssachverhalte¹³⁷ betrifft. Eben dies wäre bei weitergehenden Beschränkungen kommerzieller Kommunikation im Zusammenhang mit Tabakprodukten der Fall, die sich gegen die bereits intensiv eingriffsmäßig betroffenen Grundrechte freier Kommunikation und freier Berufsausübung richten würden.

c) Folgerungen für die Normprüfung

Dies bedeutet nicht, dass die verfassungsrechtliche Prüfung sich über die in Frage stehende, neu hinzutretende normative Maßnahme hinaus auf die vom Gesetzgeber bereits vorgefundenen Eingriffsgesetze erstrecken würde; es bleibt also bei der Regel der Grundrechtsdogmatik, jeweils nur eine Maßnahme rechtlich zu erörtern.¹³⁸ Diese jedoch darf nicht isoliert, muss vielmehr vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Belastungen erfolgen, im Fall der Tabakwerbung also der hier gesetzlich begründeten Verbote, Beschränkungen und auch positiven Verpflichtungen zur Anbringung von Hinweisen und zur Verpackungsgestaltung.¹³⁹ Diese vorgefundene Normsituation hat der Gesetzgeber zu berücksichtigen. Die hierdurch bedingten Belastungen und Beschränkungen für den Grundrechtsträger sind in die Bewertung der Verhältnismäßigkeit einzustellen, wenn zusätzliche Eingriffe hinzukommen sollen. Deren Auswirkungen und damit

¹³⁵ Zum Begriff s. BVerfGE 112, 304 (320); *Lücke*, DVBl 2001, 1469 (1470 ff.); *G. Kirchhof*, NJW 2006, 732; *Peine*, Der Grundrechtseingriff, HGR III, 2009, § 57 Rdn. 53; *Schaks*, DÖV 2015, 517 ff.

¹³⁶ So auch *G. Kirchhof*, NJW 2006, 732

¹³⁷ Hierauf abstellend BVerfGE 112, 304 (320 f.); *G. Kirchhof*, NJW 2006, 732 (735).

¹³⁸ Vgl. die Analyse von BVerfGE 112, 304 bei *G. Kirchhof*, NJW 2006, 732; ebenso *Peine*, Der Grundrechtseingriff, HGR III, 2009, § 57 Rdn. 53; *Schaks*, DÖV 2015, 517 (518).

¹³⁹ Vorstehend II.2.b) aa).

auch deren Verhältnismäßigkeit, die Zumutbarkeit der damit verbundenen Eingriffsbelastungen wird maßgeblich durch Normwirklichkeit bestimmt, also die von der Gesetzgebung erfassten Lebenssachverhalte, auch in ihrer vorgegebenen normativen Ausgestaltung. Da im Fall der kommerziellen Kommunikation bei Tabakprodukten die bestehenden Verbote und Beschränkungen nahezu durchweg durch europäisches Recht vorgezeichnet sind, kann der nationale Gesetzgeber dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht nur der Einzelregelung, sondern auch der Gesamtregelung nur mehr in den Bereichen Rechnung tragen, für die ihm Spielräume verbleiben, in erster Linie also dann, wenn zu den bestehenden, europarechtlich induzierten Regelungen neue, restriktive Regelungen hinzukommen sollten.¹⁴⁰

Ob Verfassungsrecht es zulässt, auch für die dem nationalen Gesetzgeber verbleibenden Spielräume noch weitere Beschränkungen kommerzieller Kommunikation und Verbote der Tabakwerbung zu erlassen, wie einzelne in Erwägung zu ziehende gesetzliche Regelungen aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beurteilen sind, dahingehend konkretisiert sich die verfassungsrechtliche Fragestellung. Sie ist im folgenden für ein etwaiges Verbot der Außenwerbung

- nachstehend III.; -

sowie für weitere mögliche Verschärfungen des geltenden Rechts wie etwa ein Verbot der Kinowerbung, der Werbung am point of sale oder des sampling

- nachstehend IV.; -

zu erörtern.

Dahingehende Beschränkungen sind, wie sich aus dem Vorstehenden ergab, am Maßstab des Grundgesetzes zu messen.

¹⁴⁰ In dieser Konstellation ist also kein Raum für gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit in der Frage, wie unterschiedliche Regelungen auf das Maß des Zumutbaren zurückgeführt werden sollen, wo also die Korrektur ansetzen soll, vgl. zur Problematik *Schaks*, DÖV 2015, 517 (826).

III. Konkrete Fragestellungen: Weitere Werbeverbote – insbesondere: Außenwerbung

Vorrangiger Prüfungsmaßstab für ein Verbot der Außenwerbung ist, da hier die Regulierung des kommunikativen Inhalts der Werbung und der Verbreitung der Werbebotschaft erfolgt, die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.¹⁴¹

1. Kommunikationsfreiheiten, insbesondere: Grundrecht der Meinungsfreiheit

a) Grundrechtstatbestand des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. GG und Eingriff

Zu den wenigen Bereichen, in denen Werbung für Tabakprodukte stattfinden kann, zählt in erster Linie die Außenwerbung, also die Werbung außerhalb der Geschäftsräume mittels Plakaten oder anderweitigen Anlagen der Außenwerbung. Diese Form der Werbung dürfte für die Tabakbranche unter den ihr verbliebenen Möglichkeiten der Werbung am bedeutsamsten sein.¹⁴² Wenn hier der Werbung und insbesondere auch der Tabakwerbung Meinungsrelevanz i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zugeschrieben wurde, so gilt dies gleichermaßen für Außenwerbung etwa auf Plakaten – so kann etwa der Slogan „*liberté toujours*“ einer französischen Zigarettenmarke durchaus dahingehend verstanden werden, dass hier ein bestimmtes Lebensgefühl und unterschwellig auch eine Distanzierung von einer einengenden Fürsorglichkeit und eben jener Pflicht zum „guten Leben“ ausgedrückt werden soll, die einem freiheitlichen Staatsverständnis widerspricht, die Werbebotschaft jedenfalls so verstanden werden kann.

- Vgl. o. II.2.b). -

Auch hier manifestiert sich, was generell für den Grundrechtsschutz der Werbung als Meinungsäußerung gilt. Der Werbende stellt sein Produkt und seine Marke in einen gesellschaftlichen Kontext und bringt damit sei-

¹⁴¹ Engels, Das Recht der Fernsehwerbung für Kinder, 1997, S. 271.

¹⁴² Nach den mir gegebenen Informationen von Seiten des ZAW wurden in 2013 ca. 70 Mio. EUR für Außenwerbung, und etwas über 7 Mio. EUR für Kinowerbung ausgegeben.

ne Auffassung zum Ausdruck, die Marke sei Garant für Güte und Qualität, das Produkt oder die Marke vermittele ein bestimmtes Lebensgefühl.¹⁴³

Ein Verbot der Außenwerbung würde in jedem Fall einen Eingriff in die Grundrecht der werbenden Unternehmen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG bedeuten. E käme der vor dem Hintergrund der bestehenden normativen Beschränkungen einem nahezu vollständigen Werbeverbot gleich.

b) Allgemeinheit eines Verbotsgesetzes

Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dürfte ein gesetzliches Verbot der Außenwerbung noch nicht an dem Kriterium der Allgemeinheit des Gesetzes i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG scheitern. Obschon kommunikationsbezogen,¹⁴⁴ wird im Zuge einer Gesetzgebung doch die gesundheitspolitische Zielsetzung so in den Vordergrund rücken, dass das Kriterium des Schutzes eines auch sonst in der Rechtsordnung meinungsunabhängig geschützten Rechtsguts erfüllt sein wird. Eine andere Frage ist, ob diese Zielsetzung hier auch tragfähig ist. Hierauf kommt es entscheidend für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs an.

- S.o. II.2.d) cc). –

c) Zielsetzung eines Verbotsgesetzes

aa) Schutz vor Selbstgefährdung ?

Verhältnismäßigkeit des Eingriffsgesetzes bedingt zunächst, dass ihm eine legitime Zielsetzung zugrundeliegt.¹⁴⁵ Gesundheitsschutz fällt abstrakt zweifellos darunter und kann auch im Rahmen des Art. 10 EMRK Be-

¹⁴³ Vgl. *Ackermann*, WRP 1998, 665 (669).

¹⁴⁴ Entspr. BVerfGE 124, 300 (322).

¹⁴⁵ Näher zu den Elementen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Degenhart*, Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl. 2015 Rdn. 422.

schränkungen nach Abs. 2 legitimieren.¹⁴⁶ Verbotsgesetze für Tabakwerbung werden typischerweise aus der Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten für Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG¹⁴⁷ begründet werden. Dieses Grundrecht ist Grundlage staatlicher Schutzpflichten. Sie gebieten es dem Staat, sich schützend und fördernd vor das Grundrecht zu stellen.¹⁴⁸ Deshalb bezeichnen die Schutzpflichten für die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im Ansatz legitime Eingriffsziele¹⁴⁹, wenn der Gesetzgeber Rauchern Beschränkungen auferlegt und hierdurch in deren Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG eingreift. Tabakgenuss ist ein Aspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit, der vom Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG erfasst wird.¹⁵⁰ Staatliche Schutzpflichten für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG rechtfertigen jedoch grundsätzlich Rauchverbote zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens.¹⁵¹

Werbeverbote sollen jedoch in erster Linie Schutz vor Selbstgefährdung bewirken, den Raucher vor sich selbst schützen. Gegenüber dahingehenden Tendenzen staatlicher Fürsorge in der Gesetzgebung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht Zurückhaltung geboten,¹⁵² da sie im Widerspruch stehen zum Grundsatz grundrechtlicher Privatautonomie.¹⁵³ Dies ist so-

¹⁴⁶ Vgl. EGMR, U.v. 05.03.2009 – Nr. 26935/05 – *Société de Conception de Presse*, <http://hudoc.echr.coe.int/>, Rdn. 56 f.; *Cornils*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 10 EMRK Rdn. 53.

¹⁴⁷ Vgl. zu diesen Schutzpflichten BVerfGE 121, 317 8344); BVerfG (K) NJW 2013, 1943 – jeweils zum Schutz des Nichtraucher vor den Gefahren des Passivrauchens; allgemein zu staatlichen Schutzpflichten s. *Isensee*, Abwehrrecht und Schutzpflicht, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rdn. 181 ff.; *Callies*, Schutzpflichten, HGR II, 2006, § 44 Rdn. 6; *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 5 Rdn. 5.

¹⁴⁸ BVerfGE 121, 317 (356).

¹⁴⁹ *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 13 Rdn. 27.

¹⁵⁰ Vgl. *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 (2001) Rdn. 50.

¹⁵¹ S. BVerfGE 121, 317 8344); BVerfG (K) NVwZ 2910, 38; NVwZ 2011, 294; NJW 2013, 1943.

¹⁵² *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 35.

¹⁵³ S. auch zu dahingehenden Tendenzen des europäischen Rechts *Fiedler*, AfP 2006, 321 ff.

wohl dann der Fall, wenn das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG unmittelbar in der Person des Grundrechtsträger eingeschränkt wird, so bei Verboten selbstgefährdenden Handelns. Dies ist aber auch dann der Fall, wenn die staatsseitige Einflussnahme mittelbar erfolgt, über den gesundheits- und gesellschaftspolitischen Diskurs. Soweit das gesetzgeberische Anliegen des Schutzes vor Selbstgefährdung keine Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit durch Verbote selbstgefährdenden Verhaltens rechtfertigt, erstreckt sich dieser Legitimationsmangel gleichermaßen auf Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit durch Verbote der Marktkommunikation.

Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit umfasst auch das Recht auf Selbstgefährdung¹⁵⁴ und die Freiheit zu einem „ungesunden“ Leben.¹⁵⁵ Es hieße grundrechtliche Schutzpflichten missverstehen, wollte man sie als „Ermächtigung für den fürsorglich bevormundenden Staat“ auffassen.¹⁵⁶ Nur in „besonders gravierenden Fällen“ vermag der Schutz selbstschädigendem Verhalten Eingriffe in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zu rechtfertigen,¹⁵⁷ allenfalls dann kann es ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers sein, „*Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen*“.¹⁵⁸ Da aber jegliche Präsentation von Tabakerzeugnissen mit deutlichen, unübersehbaren und unmissverständlichen Informationen über die mit deren Genuss verbundenen, ohnehin allgemein bekannten Risiken einhergeht,¹⁵⁹ kann von „Leichtfertigkeit“ keine Rede sein, wenn der Konsument sich im Bewusstsein dieser Risiken dafür entscheidet, ein legales, beworbenes Produkt zu erwerben und zu konsumieren. Ebenso wenig kann die Rede davon sein,

¹⁵⁴ Murswiek, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rdn. 209; di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 (2001) Rdn. 50; Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rdn. 244,

¹⁵⁵ Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl. 2014, § 13 Rdn. 27; so auch BVerfG NJW 2012, 1062 Rdn. 33.

¹⁵⁶ So auch Stern, Staatsrecht IV/1, 2006, § 99 VII 3, S. 246: grundrechtliche Schutzpflichten keine Ermächtigung für den fürsorglich bevormundenden Staat; ähnlich auch das Sondervotum Paulus zu BVerfG NVwZ 2015, 857.

¹⁵⁷ BVerfG NJW 2012, 1062 Rdn. 33; enger Murswiek, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rdn. 209.

¹⁵⁸ BVerfG NJW 2012, 1062 Rdn. 21; kritisch Murswiek a.a.O.

¹⁵⁹ Vgl. F. Kirchhof/Frick, AfP 1991, 677 (680).

dass Werbeplakate dann zu leichtfertiger Selbstgefährdung beitragen würden.

Allenfalls dann könnte der Schutz des Verbrauchers vor der Konfrontation mit Werbung, um ihn von ungesunden oder selbstgefährdenden Verhaltensweisen abzuhalten, als legitimes Eingriffsziel des Gesetzgebers erwo-gen werden, etwa unter Gesichtspunkten der Suchtprävention oder auch von Folgekosten für die Allgemeinheit.¹⁶⁰ Doch hätte auch dann der Ge-sichtspunkt der Selbstgefährdung keinesfalls die eingriffslegitimierende Relevanz, die dem Schutz Dritter vor den Gefahren des Passivrauchens zukommt.

Im Fall der Tabakwerbung jedoch sind vor dem Hintergrund ihrer intensi-ven Regulierung, verbunden mit umfassender Aufklärung über Risiken, keine Gesichtspunkte ersichtlich, die einen Schutz vor leichtfertiger Selbstgefährdung erfordern würden. Der Schutz des Rauchers vor sich selbst als Gesetzeszweck kann also Grundrechtseingriffe nicht legitimie-ren. Dies gilt im Verhältnis zu den Grundrechten der Werbetreibenden aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG in gleicher Weise, wie im Verhältnis zu den Grundrechten der Konsumenten selbst aus Art. 2 Abs. 1 GG als der ver-fassungsrechtlichen Gewährleistung für ein „Recht auf Selbstgefährdung“ oder ein Recht auf „unvernünftiges Verhalten“.¹⁶¹ Wenn der gesetzgeberi-sche Eingriff in die Freiheit der Konsumentenentscheidung sich als Eingriff in die Freiheit der Marktkommunikation unmittelbar gegenüber dem wer-benden Unternehmen auswirkt, sind hierfür keine geringeren Anforderun-gen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu stellen.

bb) Jugendschutz ?

Es verbleibt als plausible verfassungsrechtliche Zielsetzung für bisher nicht vorgesehene Beschränkungen der Werbung der Jugendschutz. So könnte etwa zur Rechtfertigung eines Verbots der Außenwerbung vorge-

¹⁶⁰ Vgl. *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 (2001) Rdn. 52 für die Helm-pflicht bei Motorradfahrern, die allerdings auch aus der möglichen Ge-fährdung Dritter auf Grund schwererer Unfallfolgen gerechtfertigt wird.

¹⁶¹ *Murawiek*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rdn. 209; *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 (2001) Rdn. 50.

bracht werden, hierdurch sollten Jugendliche vor der Konfrontation mit Werbung geschützt werden, die sie zum Rauchen verleiten könnte.

(1) Jugendschutz als Gesetzeszweck

Im Ausgangspunkt ist Jugendschutz als legitime Zielsetzung für Beschränkungen der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG anzuerkennen; dies folgt schon aus Art. 5 Abs. 2 GG. Mit der Benennung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend als selbständige Grundrechtsschranke neben den allgemeinen Gesetzen wird der Jugendschutz in seinem verfassungsrechtlichen Stellenwert¹⁶² verdeutlicht. Doch bedürfen Beschränkungen der Freiheiten des Abs. 1 durch gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Jugend in gleicher Weise der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, wie Beschränkungen durch allgemeine Gesetze.¹⁶³ Es gilt auch hier der Grundsatz der Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtsbeschränkendem Gesetz.¹⁶⁴ Auch dürfen Beschränkungen der Kommunikationsfreiheiten aus Gründen des Jugendschutzes diese nicht zugleich für Erwachsene aufheben; die Schranke des Jugendschutzes erlaubt in aller Regel keinen Erwachsenenschutz.¹⁶⁵ Eben deshalb kann Jugendschutz auch nicht bedeuten, Jugendliche vor jeglicher Konfrontation mit möglicherweise ihre Entwicklung beeinflussenden Inhalten zu bewahren.

Daraus folgt für die grundrechtliche Abwägung: Jugendschutz kann als dem Grunde nach legitime Zielsetzung gesetzlicher Kommunikationsbeschränkungen für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Werbeverboten herangezogen werden, ohne aber generellen Vorrang beanspruchen zu können. Gesichtspunkte des Jugendschutzes sind vielmehr differenziert zu gewichten, entsprechend vor allem der Gefährdungsintensität: einem intensiven Eingriff in die Freiheit der Marktkommunikation muss

¹⁶² S. hierzu etwa BVerfGE 83, 130 (139); zur Begründung s. *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, HGR IV, 2011, § 102 Rdn. 60.

¹⁶³ *Jestaedt*, HGR IV, § 102 Rdnr. 60.

¹⁶⁴ BVerfGE 30, 336 (348); 90, 1 (16); *Bethge*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rdn. 159, 161 a; *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, HGR IV, 2011, § 102 Rdn. 60; *Degenhart*, UFITA 2009, 331 (367 f.).

¹⁶⁵ Vgl. *Isensee/Axer*, Jugendschutz im Fernsehen, 1998, S. 51.

eine entsprechend schwerwiegende Gefährdung gegenüberstehen. Mag auch eine gewisse Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers anzuerkennen sein,¹⁶⁶ so rechtfertigt dies im Fall von umstrittenen oder nicht abschließend geklärten Wirkungszusammenhängen¹⁶⁷ doch keine beliebigen Eingriffe in Grundrechte, besteht keine „Blankovollmacht“ für jugendschutzrelevante Maßnahmen.¹⁶⁸ Intensive Eingriffe erfordern zudem entsprechend sorgfältige Gefahrenprognosen. Kann ein Gesetz nur nach Maßgabe einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative gerechtfertigt werden, dann sind erhöhte Anforderungen an seine Verhältnismäßigkeit zu stellen.¹⁶⁹ Dies gilt für die Eignung der Maßnahme, ihre Erforderlichkeit wie auch ihre Verhältnismäßigkeit i.e.S., also ihre Angemessenheit.

(2) Werbeverbote und Tabakkonsum – Wirkungszusammenhänge ?

Tatsächlich sind die Wirkungszusammenhänge zwischen Werbung und Häufigkeit des Rauchens wie auch die Wirkungen von Werbeverboten nicht abschließend geklärt. Nach Auskunft der Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage zur Drogen- und Suchtpolitik der Regierung¹⁷⁰ im Jahr 2010 liegen zur Wirksamkeit von Werbe- und Sponsoringverboten keine Erkenntnisse vor. Die kleine Anfrage zu diesem Punkt hatte gelautet:

- „Wie beurteilt die Bundesregierung die Wirksamkeit von Werbe- und Sponsoringverboten für Tabak und Alkohol? Basiert diese Einschätzung auf einer wissenschaftlichen Grundlage, und wenn ja, welcher?“ –

¹⁶⁶ Vgl. *Bethge*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rdn. 161; *Hoffmann-Riem/Engels*, RdJB 1996, 48 (54); *Erdemir*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, JMStV § 1 Rdn. 27 ff., 29; *Degenhart*, UFITA 2009, 331 (368).

¹⁶⁷ Vgl. für den Jugendmedienschutz und hier insbesondere für Gewaltdarstellungen *Degenhart*, UFITA 2009, 331 (368).

¹⁶⁸ *Erdemir*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, JMStV § 1 Rdn. 30.

¹⁶⁹ *Erdemir*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, JMStV § 1 Rdn. 30; *Degenhart*, UFITA 2009, 331 (378).

¹⁷⁰ BT-Drucks. 17/1451.

Die Bundesregierung antwortete auszugsweise wie folgt:¹⁷¹

- „Für die Auslegung und den Vollzug der Werbe- und Sponsoringverbote für Tabakerzeugnisse sind die Länder zuständig. Für Tabakprodukte gilt bereits ein umfassendes Werbeverbot in audiovisuellen Medien und in Zeitschriften. Dies wird derzeit um ein Verbot des Sponsoring ergänzt. Zur Wirksamkeit der Werbe- und Sponsoringverbote für Tabakerzeugnisse liegen der Bundesregierung keine aktuellen Studien vor. Der Rückgang der Anzahl der Raucherinnen und Raucher in der Bundesrepublik Deutschland insbesondere unter Jugendlichen wurde durch eine Vielzahl an Maßnahmen erreicht, die im Zusammenspiel ihre Wirkung entfalten. Zur Wirksamkeit von Werbe- und Sponsoringverboten für Alkohol liegen der Bundesregierung keine aktuellen deutschen wissenschaftlichen Studien vor. Einige Studien zeigen einen Einfluss von Alkoholwerbung auf das Konsumverhalten von Jugendlichen (z. B. Studie der DAK – Deutsche Angestellten-Krankenkasse – aus 2009).“ -

Wenn die Bundesregierung auf den Rückgang der Raucherquote in der Bundesrepublik Deutschland insbesondere unter Jugendlichen verweist, der durch eine Vielzahl von im Zusammenspiel ihre Wirkung entfaltenden Maßnahmen erreicht worden sei, so vollzog sich diese Entwicklung offensichtlich unabhängig und unbeeinflusst von den noch bestehenden Möglichkeiten der Tabakwerbung. Der Anteil der Nie-Raucher bei Jugendlichen stieg von 2001 bis 2014 von 40% auf 72,4%.¹⁷² Dass Außenwerbung in diesem Zeitraum nicht verboten war und die Jugendlichen deren Anblick ausgesetzt waren, konnte diesen Rückgang offensichtlich nicht hindern. Hier könnte nun allerdings der Einwand erhoben werden, bei einem vollständigen Werbeverbot wäre dieser Anteil möglicherweise noch höher – eine Spekulation, die weder bewiesen noch widerlegt werden kann. Eine Reihe von Studien kommt denn auch zu der Einschätzung, dass die Werbung für Tabakprodukte keine Auswirkung auf die Entwicklung des Gesamtkonsums an Zigaretten hat, bzw. bzw. dass die vorhandenen Studien keinen wissenschaftlich fundierten Beleg für einen Zusammenhang zwi-

¹⁷¹ BT-Drucks. 17/1652 vom 07.05.2010, S. 8 f.

¹⁷² Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Rauchen bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen in Deutschland 2014, www.bzga.de.

schen der Werbung und dem Rauchverhalten Jugendlicher bieten.¹⁷³ Auch ist in Ländern, in denen die Außenwerbung seit längerem verboten ist, kein stärkerer Rückgang der Raucherquote zu verzeichnen; er ist im Gegenteil geringer als in der Bundesrepublik Deutschland.¹⁷⁴

Soweit also Kommunikationsbeschränkungen durch das Anliegen des Jugendschutzes motiviert sein sollten, wird das Gewicht dieser an sich legitimen Zielsetzung dadurch relativiert, dass hier jedenfalls nicht von gesicherten Wirkungszusammenhängen ausgegangen werden kann. Dann aber kann Jugendschutz gegenüber intensiven Eingriffen nicht schlechthin Vorrang genießen.

cc) Umsetzung völker- und europarechtlicher Vorgaben als Eingriffsziel ?

Ein Verbotsgesetz wäre auch nicht schon deshalb in seiner Zielsetzung legitimiert, wenn es in der Intention erlassen wird, Verbote der WHO-Rahmenkonvention umsetzen. Denn die Umsetzungsverpflichtung gilt nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts und kann nicht in dem Sinn gedeutet werden, dass die Vertragsstaaten gehalten wären, sich über die Bindungen ihrer Verfassung hinwegzusetzen. Art. 13 FCTC begründet eine Umsetzungspflicht der Bundesrepublik nur in dem Maße, in dem ihr verfassungsrechtliche Spielräume eröffnet sind. In dieser von vornherein unter dem Vorbehalt entgegenstehenden nationalen Verfassungsrechts stehenden, eingeschränkten Bindung liegt der maßgebliche Unterschied zur Bedeutung der EMRK für die innerstaatliche Rechtsordnung, so dass auch die völkerrechtsfreundliche Tendenz des Grundgesetz-

¹⁷³ 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. L4). 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.

¹⁷⁴ Dies belegt ein internationaler Vergleich mit Frankreich, Polen, Irland, Großbritannien und Belgien: 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; Eurobarometer-Umfragen der EU-Kommission.

zes¹⁷⁵ hier keine Anpassung erzwingt. Für den Fall einer Normenkollision zwischen nationalem Verfassungsrecht und den Bestimmungen der Konvention enthält Art. 13 Abs. 1 FCTC selbst die maßgebliche Kollisionsregel. Art. 13 FCTC kann also nicht herangezogen werden, um Eingriffe in die Grundrechte der Unternehmen zu rechtfertigen. Selbst wenn der speziell für grenzüberschreitende Sachverhalte geltenden Bestimmung des Art. 13 Abs. 2 Satz 2 FCTC eine Umsetzungsverpflichtung entnommen werden sollte – obschon auch hier eine Verpflichtung nur nach Maßgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen gegeben sein kann –, kann diese schon deshalb nicht die Außenwerbung erfassen, weil sie keine grenzüberschreitende Wirkung hat.

Ebensowenig kann die Legitimität der Zielsetzung bereits aus europarechtlichen Vorgaben hergeleitet werden. Die Richtlinien der EU sind vom nationalen Gesetzgeber umzusetzen. Soweit die Gesetzgebung unionsrechtlich determiniert ist, ist eine Berufung auf Grundrechte des Grundgesetzes im Grundsatz ausgeschlossen¹⁷⁶ – es gilt dann aber die Grundrechtecharta.¹⁷⁷ Soweit Umsetzungsspielräume verbleiben, sind die Grundrechte des Grundgesetzes unverkürzt Prüfungsmaßstab.¹⁷⁸ Dies gilt erst für Bereiche, die von der umzusetzenden Richtlinie nicht erfasst werden. Für Werbeverbote, die im Sekundärrecht der EU nicht vorgesehen sind, wie insbesondere für die Außenwerbung, bleibt der Geltungsanspruch des Grundgesetzes unverkürzt. Hier bestehen keine unionsrechtlichen Beschränkungen, die als Zielsetzung des Gesetzes herangezogen werden könnten.

¹⁷⁵ Dazu BVerfGE 128, 326 (367 f.) zur innerstaatlichen Bedeutung der EMRK.

¹⁷⁶ Vgl. BVerfGE 125, 260 (306 ff.).

¹⁷⁷ Näher *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl. 2015 Rdn. 273; s. auch Kloepfer, Verfassungsrecht I. Grundlagen, 2011, § 42 Rdn. 64 ff.

¹⁷⁸ BVerfGE 125, 260 (306 ff.); näher *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl. 2015 Rdn. 272 ff.

d) Verhältnismäßigkeit

aa) Die Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs setzt voraus, dass der Gesetzgeber ein legitimes Ziel verfolgt, dass des weiteren das gewählte Mittel geeignet und erforderlich ist, um dieses Ziel zu verwirklichen, und dass ferner eine angemessene Mittel-Zweck-Relation besteht. Soweit ein Werbeverbot den Schutz erwachsener Bürger vor sich selbst zum Ziel hat, fehlt es bereits an einem legitimen Gesetzeszweck, da eben dies hier nicht Aufgabe des Staates sein kann. Jugendschutz würde demgegenüber ein an sich legitimes Eingriffsziel darstellen, doch fehlt es hier an einer relevanten, hinreichend abgesicherten Gefährdung durch Außenwerbung, die ein Verbot legitimieren könnte. Unabhängig davon begründet das Fehlen hinreichend valider Erkenntnisse über die Wirkungszusammenhänge zwischen Werbung und Entwicklung des Tabakkonsums durchgreifende Einwände gegen die Annahme der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Verbots der Außenwerbung,.

bb) Geeignetheit, Erforderlichkeit

Angesichts nicht gesicherter Wirkungszusammenhänge und fehlender valider Erkenntnisse über die Wirksamkeit eines vollständigen Werbeverbots, wie dies auch die Antwort der Bundesregierung auf die diesbezügliche Kleine Anfrage 2010 einräumt, ist bereits die Eignung eines solchen Verbots fraglich, den ohnehin rückläufigen Tabakkonsum weiter einzuschränken. Allerdings wird für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf Grund fehlender Eignung¹⁷⁹ grundsätzlich deren Evidenz,¹⁸⁰ die eindeutige Undienlichkeit der Maßnahme gefordert. Die Feststellung der Eignung eines gesetzlichen Instruments enthält wesentliche Elemente der Prognose, für die eine gewisse Einschätzungsprärogative,¹⁸¹ ein Prognosespielraum des Gesetzgebers anzuerkennen ist.¹⁸²

¹⁷⁹ S. hierzu etwa BVerfGE 77, 84 (106); 90, 145 8173); 109, 279 (336); 120, 274 (320).

¹⁸⁰ Vgl. *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rdn.151; *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, § 84 II 2 c), S. 778.

¹⁸¹ BVerfGE 120, 274 (320).

¹⁸² Vgl. *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rdn.151.

Auch genügt regelmäßig bereits die Möglichkeit der Zweckerreichung, die Förderung des Gesetzeszwecks, um das hierzu eingesetzte Mittel als geeignet erscheinen zu lassen.¹⁸³ Dahingehende Spielräume setzen sich fort in der Feststellung der Erforderlichkeit,¹⁸⁴ die dann bejaht wird, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.¹⁸⁵ Die Einschätzung der Wirksamkeit eines geringer belastenden Instruments enthält wiederum ein Prognoseelement.¹⁸⁶

Dies gilt für die Einschätzung der Wirksamkeit von Werbe- und Sponsoringverboten für Tabakerzeugnisse jedoch nur eingeschränkt. Wenn einerseits keine gesicherten Erkenntnisse diesbezüglich vorliegen, wie die Bundesregierung in ihrer Antwort vom 7. Mai 2010 auf die erwähnte Kleine Anfrage „Drogen- und Suchtpolitik der Regierung“ einräumen musste, so wäre die Gesetzgebung insoweit auf ungesicherte Prognosen verwiesen. Wenn andererseits aber tatsächliche Erfahrungen mit Werbeverboten vorliegen, so sind diese Erkenntnisquellen als Voraussetzung für eine hinreichend gesicherte Einschätzung ihrer Eignung und Erforderlichkeit auszuschöpfen. Wie bereits für den Jugendschutz als Zielsetzung von Werbeverboten ausgeführt wurde,¹⁸⁷

- vorstehend III.1.c) cc); -

liegen keine validen Erkenntnisse über Zusammenhänge zwischen Werbung bzw. Werbeverboten und der Entwicklung des Tabakkonsums vor.¹⁸⁸ Vielmehr weisen die tatsächlichen Erfahrungen mit Werbeverboten darauf hin, dass hier keine relevanten Wirkungszusammenhänge bestehen. Angesichts dieser Sachlage wird bereits die Eignung, jedenfalls aber die Erforderlichkeit des Verbots der Außenwerbung zu verneinen sein.¹⁸⁹ Gegen

¹⁸³ BVerfGE 117, 163 (183 f.); 126, 112 (144).

¹⁸⁴ Vgl. BVerfGE 126, 112 (145); *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rdn.153.

¹⁸⁵ BVerfGE 39, 292 (316); 67, 157 (176); 126, 112 (144 f.).

¹⁸⁶ BVerfGE 102, 197 (218); 115, 276 (309); 126, 112 (145).

¹⁸⁷ BT-Drucks. 17/1652 vom 07.05.2010, S. 8 f.

¹⁸⁸ Ebenso *di Fabio*, AfP 1998, 564 (569); Geeignetheit verneinen auch *F.Kirchhof/Frick*, AfP 1991, 677 (680).

¹⁸⁹ Vgl. *di Fabio*, AfP 1998, 564 (569).

die Erforderlichkeit, soweit es um Jugendliche geht, spricht insbesondere auch, dass § 10 JuSchG bereits durch die Beschränkung der Verfügbarkeit einen entscheidenden Beitrag dazu leistet, den Einstieg Jugendlicher in das Rauchen zu verhindern.¹⁹⁰

cc) Verhältnismäßigkeit i.e.S. - Angemessenheit

(1) Abwägungskriterien – die relevanten Schutzgüter

Angesichts der intensiven Eingriffswirkung einer nahezu vollständigen Unterbindung marktbezogener Kommunikation, wie sie durch ein Verbot auch der Außenwerbung, zusätzlich zu den bereits bestehenden Verboten und Einschränkungen, bewirkt würde,

- zur Relevanz der bereits bestehenden Einschränkungen s. vorstehend II-4-b); -

ist unabhängig von der Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Frage der Verhältnismäßigkeit i.e.S., also der Angemessenheit (Proportionalität) oder Zumutbarkeit¹⁹¹ besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Dies bedingt eine Abwägung der gesetzgeberischen Zielsetzung mit den durch die Maßnahme berührten, verfassungsrechtlich schutzwürdigen Belangen der Normadressaten und hier vor allem deren eingriffsmäßig betroffenen Grundrechten. Diese Abwägung erfolgt regelmäßig in zwei Stufen.¹⁹² Die in die Abwägung einzustellenden Belange sind zunächst einer abstrakten Bewertung zuzuführen, um dann auf einer zweiten Stufe die Intensität des konkreten Betroffenseins festzustellen.¹⁹³

¹⁹⁰ Vgl. *Gutknecht*, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 JuSchG Rdn. 1; ein Rauchbeginn nach dem 18. Lebensjahr ist hiernach unwahrscheinlich, unter Verweis auf Untersuchungen der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, BT-Drucks. 16/5049 S. 10.

¹⁹¹ Vgl. *Sachs*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rdn.154.

¹⁹² Vgl. zur Methodik der Abwägung *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht. 31. Aufl. 2015, Rdn. 426 ff.

¹⁹³ Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht. 31. Aufl. 2015, Rdn. 428.

Wird hier die Freiheit der Marktkommunikation mit gesundheitspolitischer Motivation eingeschränkt, so stehen sich einerseits die durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsfreiheit, andererseits das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als Grundlage staatlicher Schutzpflichten gegenüber. In einer abstrakten Gewichtung der Rechtsgüter hier der dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG generellen Vorrang einzuräumen, den Interessen der werbenden Unternehmen von vornherein, etwa weil es sich um wirtschaftlich motivierte Interessen handelt, demgegenüber geringeres Gewicht beizumessen, würde dem Erfordernis eines verhältnismäßigen Ausgleichs nicht gerecht. Denn die Proportionalität oder Angemessenheit der konkreten gesetzgeberischen Maßnahme hängt nicht allein von der abstrakten Wertigkeit der Rechtsgüter ab, sondern auch und entscheidend davon, wie intensiv sie betroffen sind, mit welchem Gewicht sie also konkret in die Abwägung einzustellen sind.

(2) Werbeverbot als unverhältnismäßiger Eingriff

Ein Verbot der Außenwerbung für Tabakprodukte, unterstellt, sie würde im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU deren Vorgaben hinzugefügt, würde angesichts der bereits weitestgehend eingeschränkten Werbemöglichkeiten dazu führen, dass marktbezogene Kommunikation über ein legales Produkt nahezu vollständig unterbunden würde. Dies bedeutet eine sehr hohe Eingriffsintensität – auch marktbezogene, kommerzielle Kommunikation ist grundrechtlich schutzwürdig. Dem stünden hier keine konkret gleichwertigen gesetzgeberischen Handlungsziele auf tragfähiger verfassungsrechtlicher Legitimationsbasis gegenüber. Denn die gesetzgeberische Zielsetzung eines Verbots der Außenwerbung, der Schutz vor der Konfrontation mit Werbung als Anreiz für Tabakkonsum und damit für „ungesundes“ Verhalten mag durch das Anliegen des Gesundheitsschutzes motiviert sein. Sie ist gleichwohl nicht geeignet, derart intensive Eingriffe in die Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes zu rechtfertigen, weil ein so weitgehender Schutz des einzelnen vor sich selbst verfassungsrechtlich nicht legitimiert werden kann. Will man sie nicht, wie hier ausgeführt wurde, in ihrer Legitimität von vornherein verneinen, ist die Zielsetzung jedenfalls nicht hinreichend gewichtig, um sich in der Abwägung gegenüber der hier intensiv betroffenen grundrechtlichen Kommunikati-

onsfreiheit durchzusetzen, die Angemessenheit oder Proportionalität des Grundrechtseingriffs zu begründen.

Vielmehr ist es gerade die mit einem Gesetz zum Verbot der Außenwerbung notwendig verbundene Intention der Regulierung in diesem Bereich, um den Bürger im Sinn einer bestimmten Lebensführung zu beeinflussen, die hier den Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes umso gewichtiger erscheinend lässt. Gerade weil hier staatlicherseits massiv Einfluss genommen wird,

- s.o. II.2.b) aa). -

bedarf es des Schutzes freier Kommunikation als Gegengewicht zum fürsorgend-paternalistischen Staat.

(3) Insbesondere: Außenwerbung und Jugendschutz

Dies gilt auch insoweit, als einem Verbot der Außenwerbung, würde es denn Gesetz, Gesichtspunkte des Jugendschutzes zugrundeliegen sollten. Sie erwiesen sich hier als nicht hinreichend gewichtig. Ungeachtet der grundsätzlichen Legitimität dieses Anliegens rechtfertigt es kein umfassendes Verbot der Marktkommunikation. Zum einen kann die Gesetzgebung sich für ein solches Verbot Eingang nicht auf hinreichend belegte Wirkungszusammenhänge stützen. Zum anderen erscheint die Erwägung, Jugendliche generell vor der Konfrontation mit unerwünschten Inhalten schützen zu wollen, verfassungsrechtlich nicht hinreichend legitimiert. Anders könnte dies zu beurteilen sein für Werbung, die nach ihrem Inhalt oder nach ihrem konkreten Verbreitungsmedium – wie in Zeitschriften für ein jugendliches Publikum – Jugendliche in spezifischer Weise ansprechen will.¹⁹⁴ Dies ist aber durch § 22 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) VTabG ohnehin untersagt.

¹⁹⁴ Hierauf abstellend EGMR, U.v. 05.03.2009 – Nr. 26935/05 – Société de Conception de Presse, <http://hudoc.echr.coe.int/>, Rdn. 60 : « le public de ce magazine est notamment constitué de lecteurs jeunes, lesquels se trouvent être plus vulnérables. De l'avis de la Cour, il convient de prendre en compte l'impact des logos sur ces lecteurs, particulièrement sensibles à la réussite sportive ou financière. »

Im Ergebnis kann daher ein Verbot der Außenwerbung für Tabakwaren angesichts der bereits bestehenden restriktiven Regelungen nicht ohne Verstoß gegen das Grundrecht der Unternehmen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG realisiert werden. Dies gilt auch dann, wenn neben dem Verbot der Außenwerbung keine weiteren Beschränkungen wie etwa Verbote der Werbung am point of sale mehr erlassen werden sollten.

2. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

a) Grundrechtseingriff

Werbung für die Produkte eines Unternehmens ist ein grundrechtlich geschützter Aspekt der freien Berufsausübung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG. Werbeverbote stellen als berufsbezogene Regelungen Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung dar.

- S. dazu o. II.3.a), b). –

Ein Verbot der Außenwerbung würde, wenngleich auf der Stufe der Berufsausübung erfolgend, als intensiver Grundrechtseingriff zu bewerten sein. Auch hier liegt ein additiver Grundrechtseingriff vor. Ein zu den bisherigen Verboten und Beschränkungen beruflicher bzw. gewerblicher Außendarstellung hinzutretendes Verbot der Außenwerbung würde die betroffenen Tabakunternehmen als Hersteller legaler Produkte nahezu vollständig jeglicher Möglichkeit der Außendarstellung berauben.

b) verfassungsrechtliche Rechtfertigung – Verhältnismäßigkeit ?

Auch wenn Gesundheitsschutz als Zielsetzung einer Schrankenregelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ein legitimes Gemeinwohlziel bezeichnet, ist hier doch auch in Bezug auf das Grundrecht der Berufsfreiheit ebenso eine differenzierte Sichtweise geboten, wie in Bezug auf die Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes. Soweit also die Schutzpflichten aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG keinen „Schutz vor sich selbst“ verfassungsrechtlich legitimieren und deshalb auch weder Eingriffe in die persönliche Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG durch unmittelbare Verbote des Tabakkonsums,

noch auch mittelbare staatliche Einflussnahme durch Kommunikationsverbote rechtfertigen, gilt dies auch in bezug auf die Grundrechte der Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG. Hier ist es vor allem der Umstand, dass staatlicherseits Präsentation und Vertrieb legaler, gesetzeskonform hergestellter Produkte weitreichenden Beschränkungen unterworfen werden, der die Intensität des Grundrechtseingriffs bestimmt. Das gesetzgeberische Anliegen, die Marktteilnehmer dadurch vor selbstgefährdendem Handeln zu bewahren, dass man sie vor der Konfrontation mit Werbung im öffentlichen Raum zu schützen sucht, kann daher vor dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG ebensowenig bestehen, wie gegenüber den Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG. Wenn zudem, wie ausgeführt, keine validen Erkenntnisse über Wirkungszusammenhänge vorliegen, ist ein Verbot der Außenwerbung als Maßnahme des Jugendschutzes bereits wegen fehlender Eignung und Erforderlichkeit als Grundrechtseingriff nicht gerechtfertigt. In jedem Fall aber ist die Angemessenheit eines Verbots der Außenwerbung vor dem Hintergrund der bereits bestehenden umfassenden Beschränkungen als unverhältnismäßig auch im Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG zu werten.

- S. vorstehend III.1.d) cc) (2) sowie insbesondere unter Gesichtspunkten des Jugendschutzes III.1.d) cc) (3). -

IV. Weitere Beschränkungen ?

1. Kinowerbung

Neben der Außenwerbung verbleibt als Werbekanal für Tabakwerbung die Kinowerbung. Sie ist bisher durch § 11 Abs. 5 JuSchG auf den Zeitraum nach 18.00 beschränkt. Ein generelles Verbot der Kinowerbung wäre bei einem gleichzeitigen Verbot der Außenwerbung schon deshalb als verfassungswidriger, da unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wie auch aus Art. 12 Abs. 1 GG zu werten, da dann Marktkommunikation nahezu vollständig unterbunden wäre – abgesehen von der dann verbleibenden Möglichkeit einer Werbung an der Verkaufsstätte selbst, die jedoch auf Grund der restriktiven Vorga-

ben für die Produktpräsentation und geringer Reichweite den Verlust an Kommunikationsmöglichkeiten nicht auszugleichen vermag.

Doch entzieht sich gänzlich Verbot der Kinowerbung auch bei isolierter Betrachtung einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Aus Gründen des Jugendschutzes ist ein vollständiges Verbot jedenfalls nicht erforderlich. Allerdings dürfte hier dem Gesetzgeber die Einschätzung nicht verwehrt sein, dass Werbung auf Jugendliche im abgeschlossenen Raum des Kinos stärker wirkt, als Außenwerbung und dies Beschränkungen legitimiert. Die Werbung auf Tageszeiten zu beschränken, zu denen Kinder¹⁹⁵ und Jugendliche typischerweise nicht oder jedenfalls nicht unbegleitet im Kino sind, könnte in Anlehnung an die bestehenden zeitlichen Restriktionen entsprechend § 11 Abs. 5 JuSchG und der Konzeption des Jugendmedienschutzstaatsvertrags gegenüber strikt an eine Altersfreigabe anknüpfenden Verboten eine schonendere Alternative bieten. Wollte man etwa die Werbung nur bei solchen Filmen zulassen, die nach § 14 Abs. 2 Nr. 5 JuSchG keine Jugendfreigabe erhalten haben, so würde diese Maßnahme in ihrer erheblichen Streubreite die Werbemöglichkeiten auch dort deutlich schmälern, wo dies im Interesse des Jugendschutzes nicht erforderlich ist, bei Filmen etwa mit Altersfreigabe ab 16 Jahren nach § 14 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG, wenn diese je nach Tageszeit hauptsächlich von Erwachsenen besucht werden.

Gegenüber weitreichenden Verboten der Kinowerbung ist zudem deren Bedeutung für die Kinobetreiber selbst zu berücksichtigen. Werbung zählt zu deren wesentlichen und unverzichtbaren wirtschaftlichen Grundlagen. Wie aber Werbung im Rundfunk in ihrer Finanzierungsfunktion für den Rundfunk vom Schutz der Rundfunkfreiheit,¹⁹⁶ der Inseratenteil der Presse in seiner Bedeutung als wirtschaftliche Grundlage der Pressetätigkeit vom Schutz der Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst wird, ist das Zeigen von Werbung im Zusammenhang mit der Filmvorführung¹⁹⁷ im

¹⁹⁵ Vgl. Vgl. *Gutknecht*, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 JuSchG Rdn. 19: 12 Jahre als typisches Einstiegsalter.

¹⁹⁶ Vgl. *Degenhart*, Rundfunkfreiheit, HGR IV, 2011, § 105 Rdn. 39.

¹⁹⁷ Zu deren Grundrechtsschutz s. *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2006) Rdn. 909.

Schutzbereich der Freiheit des Films in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu sehen.¹⁹⁸

Die WHO-Rahmenkonvention führt zu keiner anderen Beurteilung. Art. 13 Abs. 2 Satz 1 FCTC greift schon deshalb nicht ein, weil Kinowerbung kein grenzüberschreitender Sachverhalt ist. Im übrigen stehen die Vertragspflichten nach der Konvention, wie dargelegt, unter Verfassungsvorbehalt.

- S.o. I.3. -

2. Werbung am point of sale, produktbezogene Informationen

a) Werbeverbot als Grundrechtseingriff

Werbung unmittelbar an der Verkaufsstelle ist vor allem eine Frage der Produktpräsentation, in der Regel durch deren Inhaber, mag dieser hierbei auch Vorgaben der Hersteller umsetzen und von ihnen bereitgestellte Werbemittel einsetzen. Werbeverbote behindern ihn unmittelbar in seiner Verkaufstätigkeit und verhindern gleichzeitig, dass die Werbebotschaft den Adressaten, also den Verbraucher, erreicht. Unmittelbare Zielrichtung ist dann die Berufs- und Gewerbefreiheit des Inhabers der Verkaufsstätte aus Art. 12 Abs. 1 GG; gleichzeitig ist die gleichermaßen grundrechtlich geschützte Unternehmenskommunikation eingriffsmäßig betroffen, soweit lediglich die äußere Präsentation der Produkte betroffen ist, schwerpunktmäßig in Art 12 Abs. 1 GG, soweit aber produktbezogene Aussagen nicht mehr über die Verkaufsstelle vermittelt werden, auch im Grundrecht der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

Der Eingriff wiegt schwer. Er wiegt schwer gegenüber dem Inhaber der Verkaufsstelle, der damit im Vertrieb legaler Produkte nachhaltig beschränkt wird. Da die werbende Präsentation des Warenangebots im Verkaufslokal von der Verkaufstätigkeit schwerlich zu trennen ist – jeder Verkaufsvorgang ist auch ein Akt kommerzieller Kommunikation¹⁹⁹ –, können

¹⁹⁸ Zur grundrechtlichen Bewertung des Inseratenteils der Presse bzw. der Werbung in den Medien s. BVerfGE 21, 271 (279).

¹⁹⁹ So *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, 595 (598).

Werbeverbote sich tatsächlich als Verkaufsverbote auswirken.²⁰⁰ Der Grundrechtseingriff geht dann in seiner Intensität jedenfalls im Verhältnis zum Fachhandel über eine bloße Regelung der Berufsausübung deutlich hinaus. Der Eingriff wiegt schwer auch gegenüber den Herstellern, denen damit verbleibende Möglichkeiten der Marktkommunikation abgeschnitten werden.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung ?

Das gesetzgeberische Anliegen, die Verbraucher vor der Konfrontation mit Werbung zu bewahren und hierdurch Einfluss auf ihr Konsumverhalten und ihre Lebensführung zu nehmen, erwies sich als nicht hinreichend tragfähig, um ein Verbot der Außenwerbung zu rechtfertigen.

- Vorstehend III.1.c). -

Umso weniger kann hieraus ein Verbot der Werbung am point of sale begründet werden. Wer die Verkaufsstätte aufsucht, ist in aller Regel ohnehin gewillt, Tabakprodukte zu erwerben und wird nicht erst durch Werbung, etwa im Wege der Produktpräsentation, veranlasst, zu rauchen. Ebenso wenig greifen hier Erfordernisse des Jugendschutzes ein. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Konfrontation mit Außenwerbung für Tabakprodukte Jugendliche konsumgeneigt machen könnte – tatsächlich fehlen hierzu valide Erkenntnisse – , fehlt es schon am Merkmal der Konfrontation mit Werbung, ihrer Omnipräsenz, wenn Werbung am point of sale stattfindet.

Aus der WHO-Rahmenkonvention ergibt sich, wie schon im Fall der Kinowerbung, keine Verpflichtung zu einem Verbot der Werbung an Verkaufsstätten. Es liegt kein grenzüberschreitender Sachverhalt gemäß Art. 13 Abs. 2 Satz 2 FCTC vor; zudem stehen die Werbeverbote nach Art. 13 FCTC unter Verfassungsvorbehalt.

²⁰⁰ Vgl. dazu *Masing/Wiedemann*, ZUM 2005, 595 ff.

c) produktbezogene Informationen

In ähnlicher Weise, wie gesetzliche Vorgaben für die Produktpräsentation an der Verkaufsstelle wirken sich auch verbindliche Vorgaben für Produktinformationen, insbesondere wenn sie auch Aufmachung und Präsentation der Produkte betreffen, unmittelbar auf den Verkaufsvorgang als einen Akt auch der Marktkommunikation aus.

- Vorgesehen sind in Art. 9 und 10 der Richtlinie 2014/40/EU Verpflichtungen zu allgemeinen und kombinierten gesundheitsbezogenen Warnhinweisen, durch die bestehende Hinweispflichten verschärft und erweitert werden sollen. Art. 13 der Richtlinie sieht Verbote für das Erscheinungsbild der Erzeugnisse vor. Packungen und Außenverpackungen dürfen nach Art. 13 Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie keine „Elemente oder Merkmale“ aufweisen, die „ein Tabakerzeugnis bewerben oder zu dessen Konsum anregen, indem sie einen irrigen Eindruck von seinen Eigenschaften ... erwecken.“ Unzulässig sind Informationen über Inhaltsstoffe. Die Verpackung darf durch ihre Gestaltung nicht suggerieren, dass bestimmte Tabakerzeugnisse weniger schädlich als andere seien, „Nutzen für die Gesundheit und Lebensführung“ haben, Art. 13 Abs. 1 Buchst. b) oder Vorteile für die Umwelt aufweisen würden, Buchst. e). Unzulässig sind auch Hinweis zu „Geschmack, Geruch, eventuelle Aromastoffe oder sonstige Zusatzstoffe oder deren Fehlen“, Buchst. c). –

Positive Hinweispflichten, mögen sie als Eingriff nur in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, oder aber auch in die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gesehen werden,²⁰¹ und inhaltliche Verbote bestimmter Informationen, denen werbender Charakter zugeschrieben wird, bedeuten nicht zuletzt in ihrem Zusammenwirken eine weitere, intensive Beschränkung produktbezogener Information. Besonders deutlich tritt hier die staatsseitige Beschränkung der Marktkommunikation zutage, wenn hierbei auch wahrheitsgemäße objektive Angaben für unzulässig erklärt werden – das Leitbild des aufgeklärten Konsumenten wird hier ersetzt durch das des schutzbedürftigen, unmündigen Verbrauchers.²⁰²

²⁰¹ Vgl. BVerfGE 95, 173 (181). *Jestaedt*, Meinungsfreiheit, HGR IV, 2011, § 102 Rdn. 48; *di Fabio*, NJW 1997, 2863; näher o. II.2.b) aa).

²⁰² Vgl. auch *Fiedler*, AfP 2006, 321 (325).

Mit der Umsetzung der Vorgaben des Art. 13 der Richtlinie 2014/40/EU verstärkt sich ein Verbot der Werbung am point of sale in seiner Eingriffswirkung und bestätigt sich dessen Verfassungswidrigkeit.

3. Sampling

Das kostenlose Verteilen von Tabakprodukten zu verbieten, würde einen Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG bedeuten – die Entscheidung eines Unternehmens, Proben seiner Produkte zu Werbezwecken gratis zu verteilen, fällt als Frage der Vertriebsgestaltung und Außendarstellung in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit. Der Eingriff wirkt umso schwerer, als andere Formen der Werbung ausgeschlossen sind. In der Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung sind jene Einwände, die sich bereits gegenüber einem Schutz vor Anreizen zu selbstgefährdendem, ungesundem oder unvernünftigem Verhalten durch Konfrontation mit Werbung ergeben hatten,

- s. insbesondere i. III.1.c); -

gleichermaßen geltend zu machen. Es ist nicht Aufgabe des Staates, erwachsene Bürger daran zu hindern, sich in Besitz legaler Produkte zu bringen, ob entgeltlich oder unentgeltlich.²⁰³ Schon wegen des Fehlens eines legitimen Eingriffszwecks kann ein generelles Verbot der Gratisverteilung verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Auch erscheint selbst unter Anerkennung weiter gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume die Annahme, die Verteilung von Gratisproben könnte etwa bei Nichtrauchern die Bereitschaft zum Rauchen fördern oder die Empfänger anderweitig zu leichtfertig selbstgefährdendem Verhalten²⁰⁴ veranlassen, nicht begründbar. Bei Kindern und Jugendlichen mögen Gratisproben gewisse Anreize geben. Doch gilt hier das Abgabeverbot des § 10 Abs. 1 JuSchG. Dass sie sich darüber hinwegsetzen würden, kann den Unternehmen nicht unterstellt werden. In jedem Fall aber wäre Erfordernissen des Jugendschutzes genügt, wenn ein Verbot auf Veranstaltungen beschränkt wird, deren Zielpublikum Kinder und Jugendliche sind.

²⁰³ Eine andere Frage ist, ob die Gratisverteilung von Produkten durch Wettbewerber als unlautere geschäftliche Handlung abgewehrt werden kann.

²⁰⁴ Vgl. BVerfG NJW 2012, 1062 Rdn. 21.

V. Gesetzgebungskompetenzen

Abschließend ist anzumerken, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die vorstehend erörterten Bestimmungen über die Tabakwerbung nicht durchweg als gesichert gelten kann: ein Verbot der Außenwerbung kann durch Bundesgesetz nicht kompetenzgerecht erlassen werden.

1. Kompetenzgrundlagen – Art. 74 Abs. 1 Nrn. 20, 11, 7 GG

Als Kompetenzgrundlage für Bestimmungen über Tabakwerbung ist in erster Linie Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG heranzuziehen. Hiernach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung u.a. auf das Recht der Genussmittel. Hierzu zählen auch Tabakerzeugnisse.²⁰⁵ Der Kompetenztitel umfasst nicht nur unmittelbare Beschaffenheitsanforderungen der Produkte, sondern auch Regelungen über den Umgang mit Genussmitteln, z. B. Altersgrenzen, Bestimmungen zum Schutz Dritter. Nichtraucherschutz bzw. Beschränkungen des Rauchens in der Öffentlichkeit fallen daher unter Nr. 20.²⁰⁶ Auch soweit der Bund Bestimmungen zum Schutz des Konsumenten vor sich selbst erlassen will, sind diese, unbeschadet der Frage ihrer materiellen Verfassungsmäßigkeit, kompetenziell auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG zu stützen. Daneben kommt die konkurrierende Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht. Darunter sind alle Vorschriften zu verstehen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regeln, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen.²⁰⁷ Vorschriften über die Werbung beziehen sich auf den Vertrieb von Gütern; sie sind daher auch Recht der Wirtschaft iSd Art. 74 I Nr. 11 GG. Soweit es um Jugendschutz geht, kommt ergän-

²⁰⁵ Vgl. nur *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 74 Rdn. 145; *Stettner*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl., Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 103.

²⁰⁶ *Stettner*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl., Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 103; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rdn. 90.

²⁰⁷ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn 44.

zend die konkurrierende Zuständigkeit für das Recht der Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG in Betracht.²⁰⁸

2. Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung ?

a) konditionierte Gesetzgebung – Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Für spezifisch auf Tabakprodukte bezogene Werberegulungen dürfte hierbei die Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG als speziellere Regelung einschlägig sein. Doch kann dies für die Frage, ob der Bund von seiner konkurrierenden Zuständigkeit Gebrauch machen darf, dahinstehen. Denn sowohl beim Recht der Genussmittel nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG, als auch dem Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und dem Recht der Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG handelt es sich um Fälle der konditionierten Gesetzgebung oder Erforderlichkeitsgesetzgebung des Bundes gemäß Art. 72 Abs. 2 GG. Hierbei ist die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung entsprechend den Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG zu begründen. Dass es sich hierbei um justitiable Rechtsbegriffe handelt, dies hat jüngst das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Betreuungsgeld vom 21. Juli 2015 erneut bestätigt.²⁰⁹

Für gesetzliche Bestimmungen über die Beschaffenheit und den Vertrieb von Tabakprodukten, unter Einbeziehung marktbezogener Kommunikation, ist in erster Linie die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung zur die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit in Betracht zu

²⁰⁸ BVerfGE 31, 113 (117); 22, 108 (212); BVerwGE 19, 94 (96); 23, 112 (113); 85, 169 (176); *Schraut*, Jugendschutz und Medien, 1993, S. 25; *Scholz*, Jugendschutz, 3. Aufl. 1999, § 1 GJSM Anm. 9; *Beisel/Heinrich*, NJW 1996, 491 (493); *Weides*, NJW 1987, 224 (230); *Faber*, Jugendschutz im Internet, 2005, S. 105 ff.; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rdn. 38; *Pestalozza*, in: von Mangoldt/Klein, GG VIII, 3. Aufl. 1996, Art. 74 Rdn. 341 ff.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rdn. 18; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 30; *Schnappauf*, in: Hömig, GG, 9. Aufl. 2010, Art. 74 Rdn. 7; *Rengeling*, Gesetzgebungszuständigkeiten, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rdn. 214;

²⁰⁹ BVerfG NJW 2015, 2399 Rdn. 31 ff.; vgl. zur Prüfung der Erforderlichkeit *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014 Rdn. 2 ff., 18 ff.

ziehen. Zur Wahrung der Rechtseinheit ist eine bundesgesetzliche Regelung nicht schon dann erforderlich, wenn in den Ländern unterschiedliches Recht gilt – für die Materien des Art. 74 will das Grundgesetz Rechtsvielfalt durch partikular-differenzierte Regelungen eröffnen.²¹⁰ Es müssen zusätzliche Umstände hinzutreten, die eine Vereinheitlichung des Rechts erforderlich machen. Voraussetzung sind nicht hinnehmbare Rechtszersplitterung und hieraus resultierende „unzumutbare Behinderungen im länderübergreifenden Rechtsverkehr“.²¹¹ Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit ist eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich, wenn unterschiedliches Recht den wirtschaftlichen Verkehr und die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik behindert.²¹²

b) Außenwerbung als ortsfeste Werbung – Erforderlichkeit i.S.v. Art. 72 Abs. 2 GG ?

Für Werbung in den Medien ist hiernach regelmäßig von der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung auszugehen. Medienunternehmen als Wirtschaftsunternehmen²¹³ sind von nachteiligen Auswirkungen divergierender Landesgesetzgebung intensiv betroffen, ebenso wie die Unternehmen, die in ihnen Werbung schalten. Dies gilt umso mehr, als Medien typischerweise auf bundesweite Verbreitung ausgelegt sind. Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen ist auch für produktbezogene Anforderungen an Verpackung und Aufmachung zu bejahen, da Tabakprodukte bundesweit vertrieben werden. Außenwerbung aber ist ortsfest. Ihre Wirkungen sind örtlich begrenzt durch das Kriterium der optischen Wahrnehmbarkeit. Außenwerbung ist produktunabhängig im Bauordnungsrecht der Länder geregelt, ohne dass dies zu Behinderungen im Rechts- und Wirtschaftsverkehr führen würde. Wenn also in einem Bundesland auf Plakatwänden oder anderen ortsfesten Einrichtungen der Außenwerbung für Tabakprodukte geworben werden darf, in einem anderen Bundesland

²¹⁰ BVerfGE 106, 62 (150); BVerfGE 112, 226 (250).

²¹¹ BVerfGE 106, 62 (145); 125, 141 (154); vgl. auch *Uhle*, in: Kluth, Föderalismusreform, Art. 72 Rdn. 34: „Erhalt eines funktionsfähigen Rechtsraums“.

²¹² BVerfGE 106, 62 (146f.), 112; 226 (249); 122, 1 (22).

²¹³ S. zuletzt BVerfGE 135, 155 Rdn. 103 ff.

nicht, so mag dies, neben anderen regionalen Faktoren, die Absatzchancen der Hersteller beeinflussen – will man denn unterstellen, dass Werbung auf das Konsumverhalten und hier vor allem die Entwicklung der Raucherquote Einfluss hat. Nicht aber wären die Hersteller gehindert, ihre Produkte bundesweit zu vertreiben, während etwa unterschiedliche Vorgaben für die Packungsgestaltung den bundesweiten Vertrieb in der Tat erheblich behindern würden.

c) Erforderlichkeit wegen Unteilbarkeit einer gesetzlichen Regelung ?

Eine bundesgesetzliche Regelung eines Verbots der Außenwerbung würde auch dann nicht den Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG genügen, wenn sie im Rahmen einer umfassenderen gesetzlichen Regelung mit dem Ziel der Verringerung des Tabakkonsums erlassen würde und vom Gesetzgeber als Teil einer „Gesamtkonzeption“ intendiert wäre. Auch Regelungen im Rahmen eines gesetzgeberischen Gesamtkonzepts – so es denn vorliegen sollte – teilen nicht notwendig und „nicht allein wegen dieses Verknüpfungswillens das kompetenzrechtliche Schicksal.“²¹⁴ Vielmehr kann eine Regelung, die, für sich gesehen, nicht zur Erreichung der Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich ist, allenfalls dann an der Erforderlichkeit eines Gesetzes im übrigen teilhaben und dessen kompetenzrechtliches Schicksal teilen, wenn es in einem untrennbaren Zusammenhang, einem „sachlichen Unteilbarkeitsverhältnis“²¹⁵ steht. Dies betont das Bundesverfassungsgericht sehr deutlich im Urteil vom 21. Juli 2015 zum Betreuungsgeld, wo es bereits im Ansatz die Möglichkeit einer derartigen Erstreckung der kompetenzrechtlichen Erforderlichkeit offenlässt:²¹⁶

- „Ob sich die Erforderlichkeit der Bundesgesetzgebung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG hinsichtlich des einen Instruments auch auf jenes Förderinstrument erstreckt, das für sich genommen keiner bundesrechtlichen Regelung bedarf, kann hier offen bleiben. Jedenfalls müssten die Instrumente dafür objektiv in einem sachlichen Unteilbarkeitsverhältnis stehen, so dass das für sich genommen nach

²¹⁴ BVerfG NJW 2015, 2399 Rdn. 58.

²¹⁵ BVerfG NJW 2015, 2399 LS 3.

²¹⁶ BVerfG NJW 2015, 2399 Rdn. 60.

Art. 72 Abs. 2 GG nicht erforderliche Instrument integraler Bestandteil des Gesamtkonzepts wäre und sein Herausbrechen die Tragfähigkeit der Gesamtkonstruktion gefährdete.“ –

Ob der Gesetzgeber dabei ein etwa vorhandenes Gesamtkonzept mittels eines Förder- oder eines Eingriffsinstrumentariums verwirklichen will, ist nicht entscheidend, vielmehr kommt es entscheidend auf die Bedeutung der Einzelregelung für eine etwaige gesetzgeberische „Gesamtkonstruktion“ an. Doch selbst dann, wenn man in einer Gesetzgebung zur Umsetzung einer europäischen Richtlinie wie der Richtlinie 2014/40/EU, die über die dort und in weiteren Richtlinien enthaltenen Beschaffenheitsanforderungen, Hinweispflichten und Werbeverbote hinaus weitere Werbeverbote wie ein unionsrechtlich nicht gefordertes Verbot der Außenwerbung enthielte, eine zusammenhängende Gesamtkonstruktion erblicken wollte, wäre deren Tragfähigkeit durch einen Wegfall eines Verbots der Außenwerbung in keiner Weise berührt. Von einem Verhältnis sachlicher Unteilbarkeit, etwa im Verhältnis zu den medialen Werbeverboten, könnte dann ebensowenig die Rede sein, wie im Verhältnis zu den bereits bestehenden Werbeverboten.

Auch unter Gesichtspunkten eines Sachzusammenhangs mit bundesweit zu regelnden Anforderungen an Beschaffenheit und Gestaltung der Produkte und Werbeverboten für Medien kann also für ein Verbot der Außenwerbung Erforderlichkeit i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG nicht angenommen werden. Der Bund kann von der konkurrierenden Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 keinen Gebrauch machen, ebensowenig von der konkurrierenden Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 11 GG, soweit diese Kompetenztitel neben dem für das Recht der Genussmittel in Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG in Gebrauch kommen sollten.

Ein Verbot der Außenwerbung wäre also kompetenzwidrig und damit nicht nur materiell, sondern auch formell verfassungswidrig.

Leipzig, im November 2015



(o. Prof. Dr. C. Degenhart)

Anhang: Art 13 FCTC

Artikel 13 Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabaksporing

(1) Die Vertragsparteien erkennen an, dass ein umfassendes Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsorings den Konsum von Tabakerzeugnissen vermindern würde.

(2) Jede Vertragspartei erlässt in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ein umfassendes Verbot aller Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabaksporing. Hierzu gehört nach Maßgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten, die der betreffenden Vertragspartei zur Verfügung stehen, ein umfassendes Verbot der von ihrem Hoheitsgebiet ausgehenden grenzüberschreitenden Werbung und Verkaufsförderung sowie des von dort ausgehenden grenzüberschreitenden Sponsorings. Diesbezüglich ergreift jede Vertragspartei innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Übereinkommens für sie geeignete gesetzgeberische, vollziehende, administrative und/oder sonstige Maßnahmen und berichtet hierüber nach Artikel 21.

(3) Eine Vertragspartei, die aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage ist, ein umfassendes Verbot zu erlassen, schränkt alle Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabaksporing ein. Hierzu gehören nach Maßgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten, die der betreffenden Vertragspartei zur Verfügung stehen, Einschränkungen oder ein umfassendes Verbot der von ihrem Hoheitsgebiet ausgehenden Werbung und Verkaufsförderung sowie des von dort ausgehenden Sponsorings mit grenzüberschreitender Wirkung. Diesbezüglich ergreift jede Vertragspartei geeignete gesetzgeberische, vollziehende, administrative und/oder sonstige Maßnahmen und berichtet hierüber nach Artikel 21.

(4) Als Mindestanforderung und in Übereinstimmung mit ihrer Verfassung oder ihren verfassungsrechtlichen Grundsätzen

- a) verbietet jede Vertragspartei alle Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabaksporing, die mit Mitteln für ein Tabakerzeugnis werben, die falsch, irreführend, täuschend oder geeignet sind, einen falschen Eindruck über dessen Eigenschaften, gesundheitliche Auswirkungen, Gefahren oder Emissionen zu erwecken;
- b) verlangt jede Vertragspartei, dass jegliche Tabakwerbung und gegebenenfalls jegliche Förderung des Tabakverkaufs und jegliches Ta-

bak sponsoring mit gesundheitsrelevanten oder sonstigen geeigneten Warnhinweisen oder Aussagen verbunden sind;

c) schränkt jede Vertragspartei den Einsatz von unmittelbaren oder mittelbaren Anreizen zum Kauf von Tabakerzeugnissen durch die Öffentlichkeit ein;

d) verlangt jede Vertragspartei die Bekanntgabe von Ausgaben seitens der Tabakindustrie für noch nicht verbotene Werbung und Verkaufsförderung sowie noch nicht verbotenes Sponsoring gegenüber zuständigen amtlichen Stellen, sofern kein umfassendes Verbot besteht. Diese Stellen können nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts diese Angaben der Öffentlichkeit und nach Artikel 21 der Konferenz der Vertragsparteien zur Verfügung stellen;

e) erlässt jede Vertragspartei innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren ein umfassendes Verbot oder, falls eine Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze hierzu nicht in der Lage ist, schränkt diese Vertragspartei die Tabakwerbung, die Förderung des Tabakverkaufs und das Tabak sponsoring in Rundfunk, Fernsehen, Printmedien und gegebenenfalls anderen Medien wie beispielsweise dem Internet innerhalb dieses Zeitraums ein und

f) verbietet jede Vertragspartei das Tabak sponsoring von internationalen Veranstaltungen, Tätigkeiten und/oder deren Teilnehmern oder, falls eine Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze hierzu nicht in der Lage ist, schränkt diese Vertragspartei dieses Tabak sponsoring ein.

(5) Die Vertragsparteien werden ermuntert, über die in Absatz 4 festgelegten Verpflichtungen hinausgehende Maßnahmen einzuleiten.

(6) Die Vertragsparteien arbeiten bei der Entwicklung von Technologien und anderen erforderlichen Mitteln zur Erleichterung der Unterbindung grenzüberschreitender Werbung zusammen.

(7) Vertragsparteien, die ein Verbot bestimmter Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring erlassen haben, haben das souveräne Recht, diese Formen, wenn sie grenzüberschreitend sind und in ihr Hoheitsgebiet gelangen, in Übereinstimmung mit ihrem innerstaatlichen Recht zu verbieten und hierfür die gleichen Strafen zu verhängen wie für Formen von Tabakwerbung, Förderung des Tabakverkaufs und Tabak sponsoring, die von ihrem Hoheitsgebiet ausgehen. Durch diesen Absatz werden bestimmte Strafen weder gebilligt noch genehmigt.

(8) Die Vertragsparteien erwägen die Ausarbeitung eines Protokolls zur Festlegung geeigneter, eine internationale Zusammenarbeit erfordernder Maßnahmen mit dem Ziel eines umfassenden Verbots der grenzüberschreitenden Werbung und Verkaufsförderung und des grenzüberschreitenden Sponsorings.