



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

**Position des ZAW
zum Regierungsentwurf
eines Änderungsgesetzes zum
Tabakerzeugnisgesetz**

BR-Drs. 229/16

I. Vorbemerkung

Ursprünglich hatte das federführende Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) beabsichtigt, die Werbung für Tabakprodukte bereits im Rahmen des kürzlich verabschiedeten Tabakerzeugnisgesetzes (TabakerzG) zu verbieten. Die Regelungen, insbesondere das Verbot der Außen-, Kinowerbung und des Sampling, wären jedoch über die Vorgaben der umzusetzenden EU-Tabakproduktrichtlinie hinausgegangen und hätten gegen den Koalitionsvertrag verstoßen: Die Regierungsparteien haben sich verpflichtet, EU-Vorgaben 1:1 umzusetzen, um deutsche Unternehmen nicht zusätzlich zu belasten. Indem nun die klar überschießenden Regulierungen zwar aus dem Umsetzungsgesetz entfernt, zugleich jedoch zum Gegenstand eigenständiger Vorgaben in Form des vorliegenden Entwurfs eines Änderungsgesetzes zum TabakerzG (nachfolgend: ÄndG-E) gemacht wurden, wurde dem Verstoß gegen den Koalitionsvertrag jedoch nicht abgeholfen.

*Der Vereinbarung einer 1:1-Umsetzung wird nicht dadurch entsprochen, dass man einen wegen überschießender Regulierung vertragswidrigen Gesetzentwurf „durchschneidet“, die beiden Hälften dann mit nahezu unveränderten Regelungen wieder miteinander verknüpft (Gesetz/Änderungsgesetz) und sie anschließend als angeblich vertragskonformes Gesetzespaket wieder in das Rechtsetzungsverfahren gibt. **Hier wird ersichtlich der Versuch unternommen, politische Inhalte und Zielsetzungen einer Koalitionsvereinbarung durch bloße Umetikettierung von Dokumenten zu umgehen.***

Kein anderes legales, gegenüber Erwachsenen frei handelbares Produkt ist nach geltendem Recht strengeren Werberestriktionen unterworfen als Tabakerzeugnisse. Durch die bestehenden massiven Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation ist es den Unternehmen bereits jetzt nahezu unmöglich, mit ihrer erwachsenen Zielgruppe zu kommunizieren. Zusammen mit den umgesetzten Werbeverboten der EU-Tabakwerberichtlinie 2003/33/EG und denen der produktspezifischen Werberestriktionen der AVMD-Richtlinie 2010/13/EU, jeweils verschärft durch das TabakerzG, das zugleich die gravierenden Beschränkungen der produktbezogenen kommerziellen Kommunikation, wie kombinierte Bild- und Textwarnhinweise auf Packungen von Tabakerzeugnissen der Tabakproduktrichtlinie umsetzt, führen die im ÄndG-E enthaltenen Verbote der Außenwerbung, des Sampling und das faktische Verbot der Kinowerbung zu einer Ausschaltung der Marktkommunikation für Tabakerzeugnisse und E-Zigaretten. Diese unangemessenen Verbote und Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation bewirken einerseits keinen valide belegbaren gesundheitspolitischen Nutzen, andererseits greifen sie jedoch massiv in die unternehmerischen Grundfreiheiten und in die Souveränität des Verbrauchers ein. Weitere Einschnitte sind weder verfassungsrechtlich, noch mit politischen Erwägungen zu rechtfertigen.

II. Im Einzelnen

1. Gesetzentwurf verletzt Gesetzgebungskompetenz der Länder

Der vorgelegte Gesetzentwurf ist nicht durchgängig von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gedeckt und damit formell verfassungswidrig.¹ Soweit vorliegend die Außenwerbung verboten werden soll, scheitert die insoweit möglicherweise in Betracht kommende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 und Nr. 11 GG an der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung. Sie ist weder zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse noch zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit notwendig. Hier ist zu berücksichtigen, dass Außenwerbung – anders als sonstige mediale Werbung – ortsfest ist und in ihrer Wirkung durch das Kriterium der optischen Wahrnehmbarkeit räumlich begrenzt ist. Deren Zulässigkeit ist bauordnungsrechtlich bereits durch länderspezifische Vorgaben geregelt, ohne zu Behinderungen im Rechts- und Wirtschaftsverkehr zu führen. Es ist nicht ersichtlich, dass sich weitere, in den Bundesländern unterschiedliche Vorgaben zur Außenwerbung auf die Wirtschaftseinheit im Bundesgebiet auswirken würden. Die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung lässt sich vorliegend auch nicht mit dem Argument der Unteilbarkeit einer gesetzlichen Regelung begründen. Die Umsetzung der EU-Tabakprodukt-richtlinie sowie die bereits zuvor existierenden medialen Werbeverbote werden in ihrer Tragfähigkeit keinesfalls durch ein nicht unionsrechtlich erforderliches Verbot der Außenwerbung berührt.²

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

2. Werbeverbote materiell verfassungswidrig

Das geplante Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse, (auch nicht nikotinhaltige) E-Zigaretten oder Nachfüllbehälter sowie deren kostenlose Abgabe begegnet darüber hinaus auch materiellen verfassungsrechtlichen Bedenken.³ Entsprechendes gilt für die zusätzliche Regulierung der Kinowerbung, die zwar als Beschränkung ausgestaltet ist, sich jedoch faktisch wie ein Werbeverbot auswirken wird: Die Anzahl der mit „FSK 18“ bzw. „Keine Jugendfreigabe“ gekennzeichneten Filme ist im Vergleich zu den sonstigen Alterseinstufungen verschwindend gering, da eine Einstufung mit „Keine Jugendfreigabe“ bzw. „FSK 18“ in der Regel voraussetzt, dass der Film schwer jugendgefährdend ist. Dies wird aber regelmäßig nur in Ausnahmefällen bei Filmen mit extremen Inhalten seitens der zuständigen Stellen bejaht.

¹ Vgl. Prof. Dr. Christoph Degenhart: Rechtsgutachten „Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakprodukte“, 2015, abrufbar unter <http://www.zaw.de/zaw/werbepolitik/tabakprodukte/>.

² Vgl. Prof. Dr. Christoph Degenhart a.a.O.

³ Vgl. Prof. Dr. Christoph Degenhart a.a.O.

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

a) Werbeverbote machen Marktkommunikation unmöglich

Seit Inkrafttreten des Vorläufigen Tabakgesetzes im Dezember 2006 *sind die Werbemöglichkeiten der Tabakbranche nahezu auf die Außen- und Kinowerbung sowie Promotion beschränkt*. Eine Umsetzung der Verbotspläne des ÄndG-E bedeutete damit faktisch die Ausschaltung jeglicher Marktkommunikation für ein legales Produkt. Anders als die Begründung zum Gesetzentwurf es suggeriert, wäre bei Annahme des Änderungsgesetzes sogar die *Präsentation und Werbung am Verkaufsort bedroht*: Die im Regelungsvorschlag enthaltene Definition der Außenwerbung (Artikel 1, Ziffer 3a) zu § 2 Nr. 9) umfasst jede ortsfeste Werbung *außerhalb von Geschäftsräumen des Fachhandels*. Von dieser weiten Definition wären auch Werbemaßnahmen in den Geschäftsräumen (Point of Sale) des allgemeinen Einzelhandels (z.B. Supermärkte, Tankstellen, Kioske) betroffen und damit Bereiche erfasst, die erkennbar außerhalb der Außenwerbung liegen. Diese - im Widerspruch zu den baurechtlichen Legaldefinitionen der Anlagen der Außenwerbung stehende - Begriffsdefinition ist sachwidrig.

Gleichzeitig wären auch die mittelständischen Unternehmen im Bereich der Kino- und Außenwerbung von einem Tabakwerbeverbot stark betroffen: Der Anteil der Tabakwerbung an den Werbeeinnahmen der Kinos beträgt 15 Prozent. Der Fachverband Außenwerbung (FAW) rechnet mit einem Umsatzrückgang von bis zu 20 Prozent, falls die Außenwerbung für Tabakprodukte verboten würde. Die Wertschöpfungskette reicht hier von der Kreativagentur bis zum Druck sowie der Aufstellung von Werbeträgern und dem eigentlichen Plakatieren. Der unmittelbare Gesamtschaden für die im FAW organisierten Unternehmen wird auf 250 Mio. Euro jährlich geschätzt. Auch Städte und Kommunen wären von einem Tabakwerbeverbot unmittelbar betroffen. Für die Vermarktung von Werbeflächen übernehmen die Außenwerber die kostenlose Ausstattung von Innenstädten, Flughäfen, Bahnhöfen und Einkaufszentren mit hochwertigem Stadtmobiliar (ÖPNV-Wartehallen, öffentliche Toiletten etc.). Deutsche Millionenstädte profitieren von Investitionen in einer Größenordnung von 30 – 50 Mio. Euro. Bei Städten mit über 100.000 Einwohnern erreichen die Investitionen in der Regel ebenfalls ca. 10 Mio. Euro je nach Ausstattungsbedarf und -umfang. Darüber hinaus übernimmt der Außenwerber nicht nur die Investitionen sondern auch den Betrieb der Anlagen (insbesondere Reinigung, Wartung, Instandhaltung, Stromversorgung). Zusätzlich erhalten die Städte Pachteinnahmen in Abhängigkeit des Umfangs der Werberechte und der oben genannten Investitionen. Diese hohen Investitionen werden die Unternehmen der Außenwerbung weiterhin nur tätigen können, wenn die Möglichkeit der Refinanzierung besteht. Dazu trägt bislang die Werbung der Tabakunternehmen in beachtlichem Umfang bei.

b) Werbeverbote gesundheits- und jugendschutzpolitisch untauglich und unverhältnismäßig

Das in dem Gesetzentwurf vorgesehene quasi vollständige Werbeverbot greift in den absoluten Kern des Schutzbereichs der verfassungsrechtlich verbürgten Kommunikationsfreiheit der Unternehmen ein und ist u. E. mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar. Die Frage der Tauglichkeit eines solchen Eingriffs im Hinblick auf die vorgebrachten gesundheits- und jugendschutzpolitischen Ziele kann angesichts der betroffenen Grundfreiheiten und der geplanten Eingriffsintensität nicht mit einem Hinweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gerechtfertigt werden, sondern muss wissenschaftlich belegt sein.

Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von denen, die den in der Begründung zum Gesetzentwurf in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bezüglich Warnhinweisen und Rauchverboten in Gaststätten zugrunde liegen, in mehreren Punkten: So war in allen Entscheidungen die vorliegend betroffene Meinungsäußerungsfreiheit des Artikels 5 Absatz 1 Grundgesetz nicht Prüfungsmaßstab. Auch beziehen sich die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung zum Rauchverbot auf Ländergesetze, die zum Schutz vor Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen erlassen worden waren. Passivrauchen als Gefahr für die Gesundheit anzusehen, hielt das Bundesverfassungsgericht – für den ZAW nachvollziehbar – nicht für abwegig. In der Entscheidung zu Warnhinweisen wird die Erforderlich- und Zumutbarkeit der streitgegenständlichen Maßnahmen vom Gericht mit der Erwägung bejaht, dass Warnhinweise im Vergleich zu einem alternativ in Betracht kommenden Werbeverbot die schonendere Möglichkeit darstelle, die „weiterhin die werbende erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Tabakindustrie“ erlaube. Dies wäre bei der Umsetzung der von der Bundesregierung geplanten Werbeverbote – wie oben dargelegt – gerade nicht mehr der Fall.

Es existieren jedoch keine validen Belege dafür, dass ein Verbot von Werbung zu einer Senkung der Raucherquote führt. Insbesondere ist die im Jahr 2010 veröffentlichte Studie des Instituts für Therapie und Gesundheitsforschung (IFT), Kiel, im Auftrag der Deutschen Angestellten Krankenkasse (DAK) - auf die auch in der Begründung zum Regierungsentwurf Bezug genommen wird⁴ - nicht geeignet, einen verlässlichen Ursachenzusammenhang zwischen Tabakwerbung und dem Rauchverhalten Jugendlicher zu belegen. Angesichts der zahlreichen Einflüsse, denen gerade Heranwachsende in ihrem Alltag ausgesetzt sind, greift die hier vorgenommene, allein auf Werbekontakte gestützte Erhebung nach Ansicht der deutschen Werbewirtschaft zu kurz. In ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der SPD-Fraktion hat die Bundesregierung im Frühjahr 2010 auch mitgeteilt, über keine aktuellen belastbaren Erkenntnisse zur Wirksamkeit der bereits bestehenden Werbe- und Sponsoringverbote für Tabakerzeugnisse zu verfügen.⁵

⁴ Hanewinkel/Isensee/Sargen/Morgenstern, „Cigarette advertising and adolescent smoking“, Am J PrevMed 2010.

⁵ BT-Drs. 17/1652.

Umgekehrt kommen mehrere Studien zu der Schlussfolgerung, dass die Werbung für Tabakprodukte keine Auswirkung auf die Entwicklung des Gesamtkonsums an Zigaretten hat bzw. dass die vorhandenen Studien keinen wissenschaftlich fundierten Beleg für einen Zusammenhang zwischen der Werbung und dem Rauchverhalten Jugendlicher bieten.⁶ Empirisch belegt wird dies auch durch den Rückgang der Raucherquote bei Kindern und Jugendlichen in Deutschland seit 2001 um über zwei Drittel.⁷ Diese Entwicklung hat sich trotz der noch zulässigen Tabakwerbformen und damit unabhängig von diesen vollzogen. Auch ein internationaler Vergleich mit Frankreich, Polen, Irland, Großbritannien und Belgien belegt den fehlenden Zusammenhang zwischen Tabakwerbung und Raucheranteil in der Bevölkerung: Obwohl in diesen EU-Ländern bereits seit mindestens 10 Jahren die Außenwerbung untersagt ist, verzeichnete Deutschland seit 2005 den zweitstärksten Rückgang der Raucherquote, die in 2012 im Vergleich zu den Mitgliedstaaten mit Außenwerbeverboten für Tabak sogar am niedrigsten war.⁸

3. Zusätzliche Werbeverbote nicht nach WHO-Tabakrahenkonvention erforderlich

Die Notwendigkeit eines nationalen Verbots von Außen- und Kinowerbung für Tabakprodukte sowie deren kostenlose Abgabe lässt sich auch nicht zwingend aus der durch Deutschland ratifizierten Tabakrahenkonvention der Weltgesundheitsorganisation (WHO) ableiten. Insoweit möchten wir darauf verweisen, dass die Bundesregierung zu Artikel 13 der Konvention einen Verfassungsvorbehalt eingebracht hat. Soweit die WHO-Bestimmung in Absatz 2 eine Verpflichtung zum Erlass eines Verbots bezüglich grenzüberschreitender Werbemaßnahmen enthält, *trägt die deutsche Rechtslage dieser Vorgabe ursprünglich durch das Vorläufige Tabakgesetz, fortan durch das Tabakerzeugnisgesetz hinreichend Rechnung:* Im Zuge der Umsetzung der EU-Tabakwerberichtlinie sind sämtliche Werbeformen für Tabakprodukte mit grenzüberschreitender Wirkung gesetzlich untersagt worden. Die Werbeformen der Plakat- und Kinowerbung sowie die kostenlose Abgabe von Produkten, auf die aktuelle Gesetzesinitiative abzielt, entfalten hingegen keine grenzüberschreitende Wirkung. Nach der Tabakrahenkonvention ist Deutschland daher nicht zur Umsetzung weiterer Werbebeschränkungen verpflichtet. *Dementsprechend hat die Bundesregierung in ihren letzten Umsetzungsberichten zum WHO-Framework mitgeteilt, ein „umfassendes Verbot“ der Tabakwerbung, Promotion und des Sponsoring in Deutschland eingeführt zu haben.⁹*

⁶ z.B. Michael L. Capella, Charles R. Taylor, Cynthia Webster: The Effect of Cigarette Advertising Bans on Consumption, in: Journal of Advertising, 2/2008, S. 7-18 (S. 14). James J. Heckman, Frederick Flyer und Colleen Loughlin: An Assessment of causal inference in smoking initiation research and a framework for future research in Economic Inquiry 2008.

⁷ Vgl. Orth, B. (2016). Die Drogenaffinität Jugendlicher in der Bundesrepublik Deutschland 2015. Rauchen, Alkoholkonsum und Konsum illegaler Drogen: aktuelle Verbreitung und Trends. BZgA-Forschungsbericht. Köln: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung.

⁸ Vgl. Eurobarometer-Umfragen der EU-Kommission.

⁹ Vgl. z.B. Umsetzungsbericht 2014, abrufbar auf

http://apps.who.int/ftcc/implementation/database/sites/implementation/files/documents/reports/germany_2014_report_final.pdf.

Kontakt

Rechtsanwältin Ines Nitsche

ZAW

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

+49 30 59 00 99 -700 Telefon

+49 30 59 00 99 -722 Telefax

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation von 42 Verbänden der am Werbegeschäft beteiligten Kreise. Er vertritt die Interessen der werbenden Wirtschaft, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung. Er ist die gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft in Deutschland.

Der ZAW repräsentiert 25 Milliarden EUR Investitionen in werbliche Kommunikation, davon 15,2 Milliarden EUR Netto-Werbeeinnahmen der Medien, und rund 900.000 Beschäftigte in den Arbeitsbereichen der Marktkommunikation. Zur Dachorganisation gehört auch der Deutsche Werberat, die zentrale Werbeselbstkontrolleinrichtung in Deutschland.

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