

Stellungnahme des Einzelsachverständigen
Prof. (em.) Dr. jur. Christoph Degenhart

<p>Deutscher Bundestag Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft Ausschussdrucksache 19(10)110-B ÖA Tabakwerbg. am 10. Dez. 2018 29. November 2018</p>

für die 18. Sitzung
des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft

öffentliche Anhörung auf der Grundlage von:

- Antrag der Fraktion DIE LINKE.

Ein umfassendes Tabakwerbeverbot schaffen

BT-Drucksache 19/2539

und

- Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur

Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes

BT-Drucksache 19/1878

am Montag, dem 10. Dezember 2018,

13:30 Uhr bis 15:30 Uhr

Paul-Löbe-Haus,
Konrad-Adenauer-Str. 1 , 10557 Berlin,
Sitzungssaal: E.700

Prof. Dr. iur. Christoph Degenhart

Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht
Universität Leipzig - Juristenfakultät
Burgstraße 21, 04109 Leipzig
Privat: Stormstraße 3, 90491 Nürnberg
Tel. 0922-592462, mobil 0171 2017894
dres.degenhart@t-online.de
29.11.2018

**Stellungnahme zur Anhörung
vor dem Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft
zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 25.04.2018 –
Drucks. 19/1878
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes
sowie zum Antrag der Fraktion Die Linke vom 06.06.2018 – Drucks.
19/2539 – Ein umfassendes Tabakwerbeverbot schaffen –
am 10. Dezember 2018**

I. Zum Inhalt der Anträge: Erweiterung bestehender Beschränkungen

Für Tabakerzeugnisse sind bereits nach geltendem Recht Werbung, aber auch sonstige Produktinformationen einer intensiven, restriktiven Regulierung unterworfen. Tabakwerbung in den Medien ist 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. Erlaubt ist i.w. nur Werbung außerhalb von Printmedien, elektronischen Medien und Diensten der Informationsgesellschaft, also vor allem die Außenwerbung; auch die Richtlinie 2014/40/EU begründet insofern keinen Umsetzungsbedarf und die die Werbung am point of sale. Die Regulierung der der Marktkommunikation geht insofern über Werbebeschränkungen noch deutlich hinaus, als auch wahrheitsgemäße objektive

Angaben unzulässig sind, soweit es sich um werbliche Informationen nach der weitgefassten Legaldefinition des § 2 Nr. 5 TabErzG handelt.

Die bereits bestehenden umfangreichen Verbote sollen nach den vorliegenden Anträgen erweitert, die noch verbliebenen Freiräume versperrt werden. Während der Antrag Drucks. 19/2539 sich auf eine Aufforderung an die Bundesregierung beschränkt, einen entsprechenden Gesetzentwurf vorzulegen, enthält der Antrag Drucks. 19/1878 bereits eine Gesetzesvorlage. Die hiernach einzufügenden §§ 20 a, b und c enthalten ein Verbot der Außenwerbung, ein Verbot der Kinowerbung und ein Verbot der kostenlosen Abgabe. Dies ist auch die Zielrichtung des Antrags der Fraktion Die Linke. Diese Beschränkungen sind nicht europarechtlich induziert – wenn auch 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. Die geforderten Verschärfungen der bestehenden Werberestriktionen aber sehen sich erheblichen verfassungsrechtlichen Einwänden ausgesetzt.

Dabei geht es nicht nur um Tabak: ein vollständiges Werbeverbot hätte zweifellos Pilotfunktion für weitere Bestrebungen, Werbung und ganz allgemein marktbezogene Kommunikation zu reglementieren, sei es für „ungesunde“, sei es für umweltschädliche oder anderweitig unerwünschte Produkte und damit den Weg zu bereiten weg vom Leitbild des mündigen Verbrauchers und hin zum fürsorglich bevormundenden Staat. Nicht zuletzt für das Recht der EU werden zu Recht Tendenzen zu einer schleichenden, paternalistischen Aushöhlung der Meinungs- und Pressefreiheit konstatiert.¹

II. Verfassungsrechtliche Maßstäbe: Marktkommunikation und Grundrechte

Werbebeschränkungen und –verbote greifen in Grundrechte ein: Sie müssen daher in ihrer Eingriffswirkung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rdn. 23; *Fiedler*, AfP 2006, 320ff.

Werbung fällt unter das Grundrecht der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.² Wirtschaftswerbung dem Schutz der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 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. Dem Schutzzweck des Art. 5 Abs. 1 GG entsprechen daher freier Informationsfluss und freie Kommunikation auch im wirtschaftlichen Bereich. Wirtschaftswerbung hat regelmäßig jenen meinungsbildenden Inhalt, wie ihn auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts attestiert.³ Ebenso werden in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK, die zu Art. 5 GG zu berücksichtigen ist,⁴ werden Werbeaussagen generell als Meinungsäußerungen eingeordnet:⁵ „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*“. Generell gilt, dass Informationen wirtschaftlicher Natur generell von Art. 10 Abs. 1 EMRK umfasst werden.⁶ Dies betrifft auch jene tatsächlichen Angaben, die das TabErzG untersagt.

² 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; *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rdn. 18 f.; *Degenhart*, BonnK, Art. 5 I und II (2017) Rdn. 135 ff.; *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, Art. 5 GG Rdn. 27 ff..

³ BVerfGE 102, 347 (359); BVerfGK 11, 409 (413 ff.).

⁴ BVerfGE 128, 326 (393 ff.).

⁵ EGMR, U.v. 05.03.2009 – Nr. 26935/05 – *Société de Conception de Presse*, zit. nach www.ris.bka.gv.at; EuGRZ 1990, 255 (256); EuGRZ 1996, 302 – commercial speech; *Callies*, AfP 2000 248 (249, 251); *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 467ff.; *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.

⁶ 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.

Die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG und des Art. 10 Abs. 1 EMRK gelten auch für marktbezogene Kommunikation über Tabakerzeugnisse,⁷ dies sowohl dann, wenn sie auf subjektive Bewertung der Produkte ausgerichtet ist, um die Adressaten in ihrem Sinn zu beeinflussen, als auch dann, wenn sie sich auf tatsächliche Angaben beschränkt. Ob und inwieweit sie aus den Gründen, die in den vorliegenden Anträgen genannt sind, wie generell aus Gründen des Gesundheitsschutzes eingeschränkt werden kann, ist dann eine Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Gerade in kontroversen Bereichen kann Werbung als Teil eines „Staat und Gesellschaft übergreifenden wirtschafts-, gesundheits- und verbraucherpolitischen Diskurses“ gesehen werden.⁸ Unverkennbar ist hier, wie erwähnt, eine gewisse Tendenz zu einem paternalistischen Staatsverständnis.⁹ Dies verleiht Restriktionen in der Freiheit zur Marktkommunikation hohe Meinungsrelevanz.¹⁰

Die verfassungsrechtliche Bewertung hat davon auszugehen, dass der Schutzzweck des Art. 5 Abs. 1 GG, die Gewährleistung freier öffentlicher Kommunikation die marktbezogene Kommunikation erfasst, auch und gerade bei Tabakprodukten. Wo staatlicherseits intensiv Einfluss genommen wird, bedarf es des Schutzes freier Kommunikation als Gegengewicht zum fürsorgend-paternalistischen Staat. Ergänzend ist anzumerken, dass Wirtschaftswerbung als berufliche Außendarstellung in den Schutzbereich auch der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG fällt. Dies gilt auch im Fall der Werbung für Tabakprodukte. Es handelt sich hierbei um legale Produkte, deren Vertrieb ebenso Bestandteil grundrechtlich geschützter Berufsausübung ist, wie die Werbung hierfür. Werbebeschränkungen sind damit nicht ausgeschlossen. Sie sind aber ebenso wie Vertriebsbeschrän-

⁷ Vgl. *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 519 ff.

⁸ *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 25 Rdn. 9 unter Verweis auf *Ladeur*, NJW 2004, 393; *Arens* JZ 2004, 763.

⁹ 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, 582 (=BVerfGE 138, 261) Rdn. 19 s. auch *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 35.

¹⁰ Vgl. *Fiedler*, JZ 2006, 320 (321).

kungen als Eingriff in die freie Berufsausübung am Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

III. Verbot der Außenwerbung

Vor allem das vorgesehene Verbot der Außenwerbung wirkt hierbei als intensiver Grundrechtseingriff, also das Verbot der Werbung außerhalb der Geschäftsräume mittels Plakaten oder anderweitigen Anlagen der Außenwerbung wie Litfaßsäulen u.ä. Das Verbot betrifft die wichtigste verbliebene Möglichkeit der Werbung und kommt damit, zumal wenn auch die Kinowerbung verboten werden soll, in seiner Intensität einem Totalverbot gleich – nach den Kriterien des additiven Grundrechtseingriffs ist dies in die verfassungsrechtliche Bewertung einzustellen. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs setzt formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes voraus.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit – keine Gesetzgebungskompetenz

Bereits die formelle Verfassungsmäßigkeit ist in hohem Maße problematisch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz. 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. Daneben kommt die konkurrierende Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht. 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 ergänzend die konkurrierende Zuständigkeit für das Recht der Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG in Betracht.¹¹

¹¹ BVerfGE 31, 113 (117); 22, 108 (212); BVerwGE 19, 94 (96); 23, 112 (113); 85, 169 (176) *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rdn. 38.

Sowohl bei Nr. 20 als auch bei Nr. 11 und Nr. 7 handelt es sich um Fälle der konditionierten Gesetzgebung oder Erforderlichkeitsgesetzgebung des Bundes gemäß Art. 72 Abs. 2 GG. Der Bund hat hier das Recht zur Gesetzgebung nur, „wenn und soweit“

- die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder
- die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse oder
- die Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Das Recht der Außenwerbung – dessen bauordnungsrechtliche Aspekte bereits landesrechtlich geregelt sind, ohne dass dies in irgendeiner Weise die Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse berühren würde – erfüllt keine dieser Zielvorgaben. Ohnehin käme allenfalls die der Wahrung der Wirtschaftseinheit in Betracht. Zur Wahrung der Rechtseinheit ist eine bundesgesetzliche Regelung nicht schon dann erforderlich, wenn in den Ländern unterschiedliches Recht gilt. 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“.¹² Dies scheidet bei den ortsfesten Anlagen der Außenwerbung schon von vornherein aus. Zur Wahrung der Wirtschaftseinheit wäre eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich, wenn andernfalls der wirtschaftliche Verkehr und die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik behindert würde¹³ - auch davon kann bei unterschiedlichen Regeln für die Außenwerbung nicht die Rede sein, ebensowenig aber davon, dass sich hier die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickeln würden.¹⁴ Nur dann ist eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich zur Wahrung der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse. Entgegen der Begründung des Entwurfs kann hierauf ein Tätigwerden des Bundes nicht gestützt werden.

¹² BVerfGE 106, 62 (145); 125, 141 (154); vgl. auch *Uhle*, in: Kluth, Föderalismusreform, Art. 72 Rdn. 34: „Erhalt eines funktionsfähigen Rechtsraums“.

¹³ BVerfGE 106, 62 (146f.), 112; 226 (249); 122, 1 (22).

¹⁴ BVerfGE 106, 62 (142 ff.).

Dass einheitliches Bundesrecht geschaffen werden soll, genügt für ein Tätigwerden des Bundes im Bereich des Art. 72 Abs. 2 GG gerade nicht.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit – Meinungsfreiheit, Berufsfreiheit

a) Wie jeder Grundrechtseingriff ist für das vorgesehene Verbot als Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ein verfassungsrechtlich legitimes Eingriffsziel zu fordern. Gesundheitsschutz bezeichnet zweifellos eine dahingehende Zielsetzung. Anders als beim Nichtraucherschutz auf der Grundlage staatlicher Schutzpflichten gegenüber den Gefahren des passiven Rauchens¹⁵ geht es beim Verbot der Werbung aber in erster Linie um den Schutz des Rauchers vor sich selbst. Derartige Tendenzen staatlicher Fürsorge in der Gesetzgebung stehen im Widerspruch zu grundrechtlicher Privatautonomie.¹⁶ Es hieße grundrechtliche Schutzpflichten missverstehen, wollte man sie als „Ermächtigung für den fürsorglich bevormundenden Staat“ auffassen.¹⁷ Zwar mag es ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers sein, „*Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen*“.¹⁸ Im Fall der Tabakwerbung jedoch sind vor dem Hintergrund ihrer intensiven 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 legitimieren.

So konzentriert sich denn auch die Begründung der Gesetzesinitiative auf Jugendschutz, gestützt auf Erhebungen, wonach Jugendliche in besonderer Weise für die Werbung empfänglich seien, gestützt auf eine Studie mit über 1.000 teilnehmenden Jugendlichen aus den Schulklassen 6 bis 8- In

¹⁵ BVerfGE 121, 317 8344); BVerfG (K) NVwZ 2910, 38; NVwZ 2011, 294; NJW 2013, 1943.

¹⁶ Fiedler, AfP 2006, 321 ff.: Hufen, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 35.

¹⁷ 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.

¹⁸ BVerfG NJW 2012, 1062 Rdn. 21.

ihr wurde ermittelt, dass pro zehn zusätzlichen Kontakten mit Tabakwerbung das Risiko, mit dem Rauchen anzufangen um 38 Prozent steige.¹⁹ Demgegenüber verneint die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage aus 2010²⁰ die Existenz valider Erkenntnisse über die Wirkung von Tabak-oder Alkoholwerbung auf Jugendliche. Abweichende valide Erkenntnisse bestehen nicht. Andere Studien kommen zu der Einschätzung, dass Werbung keine Auswirkung auf die Entwicklung des Gesamtkonsums an Zigaretten hat und verneinen einen wissenschaftlich fundierten Beleg für einen Zusammenhang zwischen Werbung und dem Rauchverhalten Jugendlicher bieten.²¹ Der Anteil der Nie-Raucher bei Jugendlichen stieg nach Angaben der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung von 2001 bis 2014, einem Zeitraum also, in dem sie kontinuierlich mit Werbung konfrontiert wurden, von 40% auf über 72%.²² Weisen aber die tatsächlichen Erfahrungen mit Werbeverböten darauf hin, dass hier keine relevanten Wirkungszusammenhänge bestehen so ist angesichts dieser Sachlage bereits die Eignung, jedenfalls aber die Erforderlichkeit des Verbots der Außenwerbung zu verneinen.²³

So hat sich nach dem m Drogen- und Suchtbericht 2018 der Drogenbeauftragten der Bundesregierung der Anteil rauchender Jugendlicher hat sich in den vergangenen 10 bis 15 Jahren um zwei Drittel verringert,²⁴ während

¹⁹ Genannt wird: Morgenstern/Sargent/Isensee/Hanewinkel 2013: From never to daily smoking in 30 months: the predictive value of tobacco and non-tobacco advertising exposure.

²⁰ BT-Drucks. 17/1652 vom 07.05.2010, S. 8 f.

²¹ Capella/Taylor/ Webster: The Effect of Cigarette Advertising Bans on Consumption, in: Journal of Advertising, 2/2008, S. 7-18 (S. L4). Heckman/Flyer/ Loughlin: An Assessment of causal inference in smoking initiation research and a framework for future research in Economic Inquiry 2008; der Anteil an rauchenden Jugendlichen in Amerika nimmt stetig ab, (https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/67/wr/mm6722a3.htm?s_cid=mm6722a3_w), während die Aufwendungen für Werbung seit 40 Jahren kontinuierlich steigen, (ftc_cigarette-report_for-2016_0.pdf, ab Seite 10).

²² Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Rauchen bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen in Deutschland 2014, www.bzga.de.

²³ Vgl. *di Fabio*, AfP 1998, 564 (569).

²⁴ Drogen- und Suchtbericht S. 41.

die Werbeausgaben der Tabakindustrie in den letzten 8 Jahre in etwa gleichgeblieben sind.

In jedem Fall aber ist das vollständige Verbot unverhältnismäßig. Ungeachtet der grundsätzlichen Legitimität des Anliegens des Jugendschutzes rechtfertigt es kein umfassendes Verbot der Marktkommunikation. Zum einen kann die Gesetzgebung sich für ein solches Verbot 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.

b) In Bezug auf die Grundrechte der Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG, 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.

IV. Weitere Verbote

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. Das undifferenzierte und ausnahmslose Verbot der Kinowerbung nach § 20b des Gesetzentwurfs kann schon deshalb nicht aus Gründen des Jugendschutzes gerechtfertigt werden, weil es auch Zeiten und Filmvorführungen erfasst, bei denen Kinder und Jugendliche typischerweise nicht oder jedenfalls nicht unbegleitet anwesend sind. Dem Jugendschutz ist mit zeitlichen Beschränkungen genügt. Art. 13 FCTC ändert hieran nichts.

Das kostenlose Verteilen von Tabakprodukten zu verbieten, würde einen Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG be-

deuten – die Entscheidung eines Unternehmens, Proben seiner Produkte zu Werbebezwecken 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. Es ist zudem nicht Aufgabe des Staates, erwachsene Bürger daran zu hindern, sich in Besitz legaler Produkte zu bringen, ob entgeltlich oder unentgeltlich.²⁵ 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 Verhalten²⁶ veranlassen, nicht begründbar. Bei Kindern und Jugendlichen mögen Gratisproben gewisse Anreize geben. Doch gilt hier ohnehin das Abgabeverbot des § 10 Abs. 1 JuSchG.

V. 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 2004²⁷ ratifiziert wurde, sieht in Art. 13 Beschränkungen der Tabakwerbung in den Unterzeichnerstaaten vor.²⁸

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

²⁵ Eine andere Frage ist, ob die Gratisverteilung von Produkten durch Wettbewerber als unlautere geschäftliche Handlung abgewehrt werden kann.

²⁶ Vgl. BVerfG NJW 2012, 1062 Rdn. 21.

²⁷ BGBl II S. 1538.

²⁸ Die Bestimmung ist im Wortlaut dem Gutachten als Anhang beigelegt.

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“,²⁹ 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 lässt erkennen, dass, unbeschadet der Bedeutung der weiteren Bestimmungen der Konvention,³⁰ die Verpflichtung zur Umsetzung der Konvention³¹ 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.

²⁹ Letzteres dürfte sich auf Unterzeichnerstaaten beziehen, die über keine geschriebene Verfassung verfügen.

³⁰ 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 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“.

³¹ VG Braunschweig, U.v. 26.09.2012 – 5 A 206/11 – , PharmR 2012, 515, Rdn. 38 f.

