

**Verfassungswidrigkeit neuer Werbeverbote für E-Zigaretten**  
**Rechtliche Stellungnahme**

erstellt von

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

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

## Gliederung

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

## A. Ergebnisse

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

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

## **B. Fragestellung**

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

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

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

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

## C. Rechtliche Würdigung

### I. Verstoß gegen Freiheitsrechte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BVerfGE 95, 173 Rn. 62 f.

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

Vgl. *Degenhart*, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft zum Antrag der Fraktionen DIE LINKE und zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 19(10)110-B vom 29.11.2018; *ders.*, Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakprodukte, 2015, S. 39 f.; *Jarass*, Neue Dimensionen der Tabakproduktregulierung und Grundrechte und Grundfreiheiten, 2012, S. 75; *ders.* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 75.

## 2. Keine Rechtfertigung

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

### a) Keine Rechtfertigung für Tabakerzeugnisse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vgl. BVerfGE 94, 372 Rn. 87.

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

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

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

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

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

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

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

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

vgl. BVerfGE 85, 248 Rn. 60.

(22) Spätestens die gebotene Abwägung führt deswegen zur Unverhältnismäßigkeit der geplanten Verbote. Denn wie der Gesetzentwurf zutreffend anerkennt (S. 9), handelt es sich bei den beschränkten Freiheitsrechten um Schutzgüter von hohem Wert. Auch wenn dies ebenfalls auf den Gesundheits- und Jugendschutz zutrifft, darf den letztgenannten Schutzgütern kein genereller Vorrang eingeräumt werden. In Anbetracht seiner Schwere und der zumindest stark zweifelhaften Eignung und Erforderlichkeit stellt sich der faktisch einem totalen Werbeverbot gleichkommende Eingriff im Ergebnis als unangemessen dar.

**b) Erst recht keine Rechtfertigung für E-Zigaretten und Nachfüllbehälter**

(23) Erst recht als unverhältnismäßig erweist sich die Erstreckung der geplanten Verbote auf E-Zigaretten und Nachfüllbehälter. Das gilt schon für nikotinhaltige (unter aa)) und – abermals erst recht – auch für nikotinfreie Produkte (unter bb)).

**aa) Keine Rechtfertigung für nikotinhaltige E-Zigaretten und Nachfüllbehälter**

(24) Schon soweit die geplanten Verbote auf nikotinhaltige E-Zigaretten und Nachfüllbehälter erstreckt werden sollen, lassen sie sich mit den Zielen des Gesundheits- und Jugendschutzes noch weniger rechtfertigen als im Zusammenhang mit Tabakerzeugnissen.

**(A) Fehlende Eignung**

(25) Schon an der Eignung fehlt es noch deutlicher als bei den Tabakerzeugnissen. Erstens überschätzt der Gesetzentwurf das Gesundheitsrisiko des Konsums von E-Zigaretten und blendet zu Unrecht deren Potenzial zur Risikoreduzierung und deutlich ungefährlicheren Eigenschaften gegenüber der Tabakzigarette aus. Der Genuss von E-Zigaretten ist nämlich anerkanntermaßen mit bedeutend geringeren Gesundheitsgefahren verbunden als das Tabakrauchen. Dies gilt zum einen mit Blick auf die Gesundheitsgefahren für die Konsumenten selbst: Nach Auffassung des Deutschen Krebsforschungsinstituts (DKFZ) „besteht mittlerweile ein weitgehender Konsens darüber, dass E-Zigaretten weniger gesundheitsschädlich sind als herkömmliche Zigaretten“.

- DKFZ, E-Zigaretten: Konsumverhalten in Deutschland 2014-2018, 2018, abrufbar unter [https://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/download/Publikationen/AdWfP/AdWfdP\\_2018\\_E-Zigaretten-Konsumverhalten-in-Deutschland-2014-2018.pdf](https://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/download/Publikationen/AdWfP/AdWfdP_2018_E-Zigaretten-Konsumverhalten-in-Deutschland-2014-2018.pdf), S. 1 (Hervorhebung hinzugefügt);
- die gesundheitlichen Risiken seien nach bisheriger Studienlage im Vergleich zur Tabakzigarette „deutlich redu-

ziert“, s. *Pieper et. al.*, Risiken und Nutzen von E-Zigaretten, in: Umwelt und Mensch, Informationsdienst (UMID), 2020, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/themen/gesundheit/newsletter-schriftenreihen/zeitschrift-umid-umwelt-mensch-informationsdienst#aktuelleausgabe-marz-2020>, S. 65 (65);

- eine um 95 % geringere Gesundheitsgefahr attestiert die von der britischen Gesundheitsbehörde Public Health England (PHE) in Auftrag gegebene Studie von *McNeill u.a.*, Evidence review of e-cigarettes and heated tobacco products 2018. A report commissioned by Public Health England, 2018, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/e-cigarettes-and-heated-tobacco-products-evidence-review>, S. 20;
- diesen Befund bestätigt auch der aktuelle Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung: Drogen- und Suchtbericht, 2019, abrufbar unter <https://www.drogenbeauftragte.de/studien-und-publikationen/publikationen-der-drogenbeauftragten.html?L=0>, S. 48.

(26) Nichts anderes gilt zum anderen mit Blick auf die Gesundheitsgefahren für Dritte: Eine „Passivdampfbelastung“ konnte bislang nicht nachgewiesen werden und wird – sofern sie überhaupt existiert – jedenfalls als wesentlich geringer eingeschätzt als diejenige durch „Passivrauchen“.

- *McNeill, u.a.*, Evidence review of e-cigarettes and heated tobacco products 2018. A report commissioned by Public Health England, 2018, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/e-cigarettes-and-heated-tobacco-products-evidence-review>, S. 19;
- DKFZ, Fakten zum Rauchen – E-Zigaretten, 2018, abrufbar unter [http://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/Fakten\\_zum\\_Rauchen.html](http://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/Fakten_zum_Rauchen.html), S. 2: „Die Belastung ist wahrscheinlich deutlich geringer als durch Tabakrauch“.

(27) Da E-Zigaretten ganz überwiegend nur von (ehemaligen) Rauchern genutzt werden, kommt ihnen eine durch ihre deutlich niedrigeren Risikopotenziale für die Gesundheit grundsätzlich weniger gesundheitsschädliche, und damit im Ergebnis für Raucher risikosenkende Wirkung zu. Studien zeigen nämlich, dass über 90 % der E-Zigaretten-Nutzer ehemalige Raucher sind, für die die E-Zigarette nicht „Einstiegsprodukt“ ist.

- S. für Deutschland die vom Bundesgesundheitsministerium finanzierte Studie von *Reimer u.a.*, Konsumgewohnheiten und Motive von E-Zigaretten-Konsumenten in Deutschland – Eine Querschnittsanalyse. Zentrum für Interdisziplinäre

- Suchtforschung der Universität Hamburg, Abschlussbericht der Studie, 2016, abrufbar unter [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5\\_Publikationen/Drogen\\_und\\_Sucht/Berichte/161005\\_Anlage\\_5-Abschlussbericht\\_ZIS.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Drogen_und_Sucht/Berichte/161005_Anlage_5-Abschlussbericht_ZIS.pdf);
- nach dem aktuellen Drogen- und Suchtbericht nutzen nur ca. 1,6 % der Nie-Tabakraucher (früher oder aktuell) E-Zigaretten, s. den Drogen- und Suchtbericht, 2019, abrufbar unter <https://www.drogenbeauftragte.de/studien-und-publikationen/publikationen/publikationen-der-drogenbeauftragten.html?L=0>, S. 37;
  - s. auch *McNeill u.a.*, Evidence review of e-cigarettes and heated tobacco products 2018. A report commissioned by Public Health England, 2018, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/e-cigarettes-and-heated-tobacco-products-evidence-review>, S. 14: ‘The most common reason for e-cigarette use continues to be in order to stop smoking’;
  - *Pieper*, in: BfR2Go, Wissenschaftsmagazin des Bundesinstituts für Risikobewertung 1/20 S. 17; eine Repräsentativbefragung des BfR im Dezember 2019 ergab ebenfalls, dass 90% der Befragten vorher Zigaretten geraucht hat, ebenda S. 15,
  - ähnlich die von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Meinungsumfrage Eurobarometer.Special, Eurobarometer 458, Attitudes of Europeans towards tobacco and electronic cigarettes, 2017, abrufbar unter <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2f01a3d1-0af2-11e8-966a-01aa75ed71a1>, S. 118 f.

Erste Untersuchungen zeigen auch, dass es diesen Menschen mithilfe der E-Zigarette doppelt so häufig gelingt, auf das Tabakrauchen zu verzichten, wie mithilfe herkömmlicher Nikotinersatzpräparate.

S. die durch das National Institute for Health Research and Cancer Research UK finanzierte Studie *Hajek et. alt.*, A Randomized Trial of E-Cigarettes versus Nicotine-Replacement Therapy, 2019, abrufbar unter <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa1808779>.

- (28) Vor dem Hintergrund des spezifischen Nutzerkreises der E-Zigaretten sowie deren gegenüber dem Tabakrauchen weitaus geringeren Risikopotentials erweisen sich die angeordneten Werbeverbote als für den Gesundheitsschutz geradezu kontraproduktiv. Seit längerem wird nämlich in Deutschland die unzureichende Informationslage über E-Zigaretten als Ersatz- und Ausstiegsmittel beklagt.

- *Reimer u.a.*, Konsumgewohnheiten und Motive von E-Zigaretten-Konsumenten in Deutschland – Eine Querschnittsanalyse. Zentrum für Interdisziplinäre Suchtforschung der Universität Hamburg, Abschlussbericht der Studie, 2016, abrufbar unter [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5\\_Publikationen/Drogen\\_und\\_Sucht/Berichte/161005\\_Anlage\\_5-Abschlussbericht\\_ZIS.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Drogen_und_Sucht/Berichte/161005_Anlage_5-Abschlussbericht_ZIS.pdf), S. 48;
- *Jazbinsek*, Die Regulierung von E-Zigaretten-Werbung, in: 6. Alternativer Sucht- und Drogenbericht, des akzept Bundesverbands sowie der Deutschen Aids-Hilfe, 2019, abrufbar unter <https://www.frankfurt-university.de/de/hochschule/fachbereich-4-soziale-arbeit-gesundheit/forschung-am-fb-4/forschungsinstitute/institut-fuer-suchtforschung-isff/>, S. 48 ff.

Dagegen werden E-Zigaretten beispielsweise in Großbritannien bereits aktiv im Rahmen verschiedener staatlicher Kampagnen als Methode der Unterstützung zur Rauchentwöhnung dargestellt, vgl. Wissenschaftliche Dienste, E-Zigaretten als Mittel der Tabakentwöhnung, 2019, WD 9-3000-059/19, S. 7 f. m.w.N.

Werbung leistet insofern einen wirksamen und bedeutenden Beitrag dazu, Tabakraucher über die Existenz alternativer, weniger gesundheitsschädlicher Produkte zu informieren.

An der Eignung der geplanten Verbote fehlt es – zweitens – auch mit Blick auf den Jugendschutz. Zum einen dürfen E-Zigaretten bereits nach derzeitiger Gesetzeslage weder an Jugendliche abgegeben werden, noch darf ihnen in der Öffentlichkeit der Konsum von E-Zigaretten gestattet werden (vgl. § 10 JuSchG). Das Verbot, für ein reines „Erwachsenenprodukt“ reine „Erwachsenenwerbung“ zu betreiben (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG), kann mithilfe des Jugendschutzes kaum legitimiert werden. Zum anderen stellt der Gesetzentwurf auch mit Blick auf den (somit illegalen) Konsum von Jugendlichen zu Unrecht allein auf die – ohnehin zu hoch eingeschätzten – gesundheitsgefährdenden Wirkungen von E-Zigaretten ab, ohne die primär risikoreduzierende Wirkung gegenüber Tabakzigaretten zu berücksichtigen. Die im Gesetzentwurf zugrunde gelegte Qualifizierung der E-Zigarette als „Life-style-Produkt“ (S. 10) trifft zumindest in Bezug auf Jugendliche nicht zu. Sie lässt sich schon der im Gesetzentwurf zitierten Statistik des DKFZ zum Konsumverhalten von E-Zigaretten in Deutschland 2014-2018 nicht entnehmen. Nach dieser Statistik hat nur knapp 1/5 der 16-29-Jährigen überhaupt einmal elektronische Zigaretten konsumiert. Die Statistik erfasst dabei von vornherein deutlich mehr Volljährige als Jugendliche. Auch differenziert sie weder nach dem Rauchstatus der

Nutzer noch zwischen einmaligem und regelmäßigem Konsum. Auch die anerkannte Tabak-Expertin des DKFZ Dr. Ute Mons merkt insofern an: „Jugendliche probieren vieles aus. Das heißt aber nicht, dass sie direkt regelmäßig E-Zigaretten konsumieren.“

- S. den Beitrag im Deutschlandfunk nova (Jan 2020), abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk-nova.de/beitrag/rauchen-e-zigaretten-weniger-schaedlich-als-normale-zigaretten>. (Hervorhebung hinzugefügt)
- Ebenso *Pieper*, in: BfR2Go, Wissenschaftsmagazin des Bundesinstituts für Risikobewertung 1/20, S. 17.

Dass es für einen regelmäßigen Konsum von E-Zigaretten durch Jugendliche keinerlei Anhaltspunkte gibt, wird auch durch die vom Bundesgesundheitsministerium finanzierte DEBRA-Studie deutlich belegt.

Deutsche Befragung zum Rauchverhalten (DEBRA), Nutzung von Tabak und E-Zigaretten sowie Methoden zur Tabakentwöhnung in Deutschland, Eine repräsentative Befragung in 6 Wellen über 12 Monate (die DEBRA-Studie), 2018, abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/archiv/197190/Nutzung-von-Tabak-und-E-Zigaretten-sowie-Methoden-zur-Tabakentwoehnung-in-Deutschland>: In der Gesamtstichprobe lag die 1-Jahres-Prävalenz der unter 18-Jährigen, die E-Zigaretten aktuell nutzen, bei 2,8 %; 0,2 % der unter 18-Jährigen hatten diese früher regelmäßig benutzt.

„Was den Einstieg angeht“, so die Expertin, „ist es tatsächlich so, dass jetzt auch die letzten Daten der BZgA gezeigt haben, dass die regelmäßige Nutzung unter Jugendlichen sehr gering ist.“

Transkript, „Wie sollen E-Zigaretten künftig reguliert werden?“, Experten auf dem Podium, 2020, abrufbar unter [https://www.sciencemediacenter.de/fileadmin/user\\_upload/Press\\_Briefing\\_Zubehoer/Transkript\\_Wie\\_sollten\\_E-Zigarette\\_reguliert\\_werden\\_Press\\_Briefing\\_22012020.pdf](https://www.sciencemediacenter.de/fileadmin/user_upload/Press_Briefing_Zubehoer/Transkript_Wie_sollten_E-Zigarette_reguliert_werden_Press_Briefing_22012020.pdf), Redebeitrag *Mons*, S. 7 (Hervorhebung hinzugefügt).

- (29) Widerlegt ist inzwischen auch die teilweise geäußerte Befürchtung, die E-Zigarette stelle gewissermaßen den Einstieg der Jugendlichen zu einem regelmäßigen (Tabak-)Rauchverhalten dar (sog. Gateway-Effekt). Eine aktuelle Langzeitstudie aus Frankfurt zeigt, dass E-Zigaretten unter Jugendlichen nicht zu einer „Renormalisierung“ des (Tabak-)Rauchens führen. Jugendliche würden sich zu einem „nicht unerheblichen Teil mit experimentellem oder gelegentlichem Konsum von E-Produkten“ begnügen „und nicht zu regelmäßigem Zigarettenkonsum übergehen“.

*Werse/Dichtl*, E-Zigaretten: (k)eine Einstiegsdroge ins Tabakrauchen?, in: 6. Alternativer Sucht- und Drogenbericht, des akzept Bundesverbands sowie der Deutschen Aids-Hilfe, 2019, abrufbar unter <https://www.frankfurt-university.de/de/hochschule/fachbereich-4-soziale-arbeit-gesundheit/forschung-am-fb-4/forschungsinstitute/institut-fuer-suchtforschung-isff/>, 62 ff.

- (30) Die beim Bundesinstitut für Risikobewertung mit der Bewertung befasste Sachverständige Elke Pieper führte hierzu aus: „Die meisten Dampfer haben früher Zigaretten geraucht. Die Zahl der Nichtraucher, die anfangen, elektronische Zigaretten zu dampfen, ist sehr gering. Es lässt sich ebenfalls nicht belegen, dass sie irgendwann zu Tabakzigaretten wechseln.“

*Pieper*, in: BfR2Go, Wissenschaftsmagazin des Bundesinstituts für Risikobewertung 1 /20 S. 17.

**(B) Fehlende Erforderlichkeit**

- (31) In jedem Fall sind die angedachten, umfassenden Werbeverbote in Bezug auf E-Zigaretten und Nachfüllbehälter nicht erforderlich. Die in Bezug auf Tabakprodukte bereits ausgeführten Gründe gelten hier abermals erst recht. Denn die bereits beschriebenen bestehenden gesetzlichen Vorgaben gelten auch für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter und wecken deshalb erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit weiterer Maßnahmen (s.o., Rn. (14), (19)). Hinzu kommen die von der Branche eingegangenen Selbstverpflichtungen. So hat sich der Bundesverband der Tabakwirtschaft und neuartiger Erzeugnisse e.V. (BVTE) eigene Werbestandards für die Vermarktung von E-Zigaretten und Nachfüllbehältern gegeben, die zahlreiche Vorkehrungen treffen, um eine Anreizwirkung der Werbung auf Jugendliche auszuschließen: Hiernach verpflichten sich alle im BVTE organisierten Anbieter, im Rahmen der E-Zigarettenwerbung weder Personen, die jünger als 25 Jahre alt sind, noch sonstige Personen zu zeigen, die speziell bei Kindern und Jugendlichen eine hohe Popularität genießen, wie Schauspieler und Popstars. Auch verzichten die Unternehmen in der Werbung auf die Darstellung von Situationen, Umgebungen oder Gegenständen, die typisch für die Welt von Kindern und Jugendlichen sind. Ferner darf nicht in Einrichtungen oder bei Veranstaltungen geworben werden, die überwiegend von Kindern und Jugendlichen frequentiert werden. Von dem Haupteingang von Schulen und Jugendzentren ist ein Mindestabstand von 100m einzuhalten.
- (32) Selbst wenn man die bestehenden Regelungen für nicht ausreichend erachtete, wären zuvörderst weitere inhaltliche, gestalterische und zeitliche Vorgaben für die Werbung zu formulieren (s.o., Rn. (19)). Die Vorteile derartiger Vorgaben, die inhaltlich etwa an den

gesundheitlichen Vorteilen des Genusses von E-Zigaretten im Vergleich zum Tabakrauchen anknüpfen könnten, gegenüber dem jetzt geplanten, faktisch totalen Werbeverbot liegen auf der Hand. In der Rechtsprechung ist auch bereits anerkannt, dass derartige „relative Gesundheitswerbung“ für E-Zigaretten nicht irreführend ist.

OLG Hamm, Urt. v. 27.02.2014 – 6 U 244/12, juris LS; ähnlich dürfen auch in Großbritannien Anbieter mit den gesundheitlichen Vorteilen des Dampfens gegenüber dem Rauchen werben, sofern sie für diese Aussage über eine „robuste Evidenzbasis“ verfügen (health claims), s. die Hinweise der Advertising Standards Authority (ASA), abrufbar unter <https://www.asa.org.uk/advice-online/electronic-cigarettes-health-and-medicinal-claims.html#2>.

### (C) Unangemessenheit

- (33) Jedenfalls sind die geplanten, umfassenden Verbote in Bezug auf E-Zigaretten und Nachfüllbehälter unangemessen. Denn in Anbetracht der Vorzüge gegenüber dem Tabakrauchen fällt die Abwägung hier noch deutlicher als schon bei Tabakerzeugnissen (s.o., Rn. (20)-(22)) zulasten der geplanten Verbote aus.

#### bb) (Abermals) Erst recht keine Rechtfertigung für nikotinfreie E-Zigaretten und Nachfüllbehälter

- (34) Abermals erst recht gilt dieses Ergebnis für die nikotinfreien elektronischen Zigaretten und Nachfüllbehälter. Denn diese weisen, da sie nicht zu Nikotinabhängigkeit führen können, ein jedenfalls noch weiter abgesenktes Risikopotential auf.

*Pieper et al.*, Risiken und Nutzen von E-Zigaretten, in: Umwelt und Mensch, Informationsdienst (UMID), 2020, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/themen/gesundheit/newsletter-schriftenreihen/zeitschrift-umid-umwelt-mensch-informationsdienst#aktuelle-ausgabe-marz-2020>, S. 65 (66).

- (35) Diese Risikobewertung liegt auch den Vorgaben der Richtlinie für Tabakerzeugnisse (Richtlinie 2014/40/EU) zugrunde, die sich von vornherein nur auf nikotinhaltige E-Zigaretten erstreckt. Für eine abweichende Bewertung trägt der Gesetzgeber jedenfalls eine erhöhte Darlegungslast. Dieser wird der Gesetzentwurf indes nicht gerecht. Denn mit der in der Entwurfsbegründung (S. 8, 10 f.) allein angeführten Wahrscheinlichkeit einer krebsauslösenden Wirkung von nikotinfreien E-Zigaretten lässt sich die Erstreckung der geplanten Werbeverbote auf diese Produkte nicht rechtfertigen – schon deshalb nicht, weil gem. § 13 Abs. 1 Nr. 3 TabakerzG die zu verdampfende Flüssigkeit außer Nikotin keine Stoffe beinhalten darf, die in erhitzter oder nicht erhitzter Form ein Risiko für die

Gesundheit darstellen. Wegen der geplanten – hier nicht behandelten – Erstreckung dieser Vorschrift auf nikotinfreie E-Zigaretten dürfen diese von vornherein nur in Verkehr gebracht und beworben werden, solange sie die Grenze für eine Gesundheitsgefährdung nicht überschreiten. Das Werbeverbot zielt daher auf die Verhinderung eines Risikos, das es gar nicht gibt.

Auch wenn es hiernach darauf gar nicht mehr ankommt, dürften im Übrigen die im Gesetzentwurf zur Begründung der krebsauslösenden Wirkung herangezogenen Studien aus dem Jahr 2015 angesichts der Neuheit des Produkts E-Zigarette und der stetig wachsenden Studienlage zu dessen Gefahren auch kaum mehr dem aktuellen Stand der Forschung entsprechen. Die zitierte BfR-Studie räumt selbst die geringe Aussagekraft der Bewertung ein, da zahlreiche wichtige Daten fehlten. Unabhängig hiervon blendet der Gesetzentwurf nicht nur zu Unrecht die gesundheitlichen Vorzüge nikotinfreier gegenüber nikotinhaltigen Produkten vollkommen aus. Vielmehr unterlässt er auch jegliche Bewertung der Intensität der durch den Konsum nikotinfreier E-Zigaretten bewirkten Gesundheitsgefährdung. Gerade in Anbetracht des Umstands, dass nikotinfreie E-Zigaretten nicht zu einer Nikotinabhängigkeit führen können, ist nicht ersichtlich, dass sie bei vernünftigem, moderatem Konsum eine erheblich höheres Krebsrisiko mit sich brächten als andere Lebens- und Genussmittel, für die kein derart intensives Werbeverbot existiert.

## II. Verstoß gegen allgemeinen Gleichheitssatz

- (36) Unabhängig von den freiheitsrechtlichen Verstößen ist die Gleichstellung der elektronischen Zigaretten mit den Tabakerzeugnissen jedenfalls mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht vereinbar. Dies gilt sowohl mit Blick auf die nikotinhaltigen als auch auf die nikotinfreien E-Zigaretten und Nachfüllbehälter.
- (37) Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet es nicht nur, Gleiches gleich, sondern auch Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln.

StRspr. BVerfGE 71, 255 Rn. 51; 103, 242 Rn. 43.

Der Gesetzgeber darf Art und Ausmaß tatsächlich bestehender Unterschiede nicht sachwidrig außer Acht lassen.

StRspr. BVerfGE 71, 255 Rn. 51; 98, 365 Rn. 63; 103, 242 Rn. 43; 110, 141 Rn. 92.

Die Strenge des Prüfungsmaßstabs hängt davon ab, in welchem Maße sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.

Vgl. BVerfGE 103, 242 Rn. 43; 110, 141 Rn. 93.

- (38) Hiernach dürfte in Anbetracht der erheblichen Grundrechtsrelevanz der in Rede stehenden, umfassenden Werbeverbote ein strenger gleichheitsrechtlicher Prüfungsmaßstab gelten. Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, weil jedenfalls ein Verstoß gegen das Willkürverbot anzunehmen ist.

Denn wie gezeigt (s.o., Rn. (25) ff.) weisen Tabakerzeugnisse und E-Zigaretten gerade im Hinblick auf die Ziele des Gesundheits- und Jugendschutzes bedeutende Unterschiede auf. Hiervon geht der Gesetzesentwurf selbst aus, setzt diese „differenzierte Bewertung“ allerdings ausschließlich durch einen späteren Anwendungsbeginn des Außenwerbeverbots für E-Zigaretten um (S. 16). Weitere wesentliche Unterschiede bestehen in Bezug auf Zusammensetzung, Produktgestaltung, Art des Konsums sowie Bekanntheit und Verbreitung. Der Europäische Gerichtshof hat deswegen bereits festgestellt, dass es sich bei Tabakerzeugnissen und E-Zigaretten um gleichheitsrechtlich zu unterscheidende Produkte handelt und diese im Unionsrecht zu Recht weniger streng reguliert werden als jene.

EuGH, Urt. v. 4.5.2016, C-477/14, *Pillbox* 38, Rn. 36-43.

- (39) Ein sachlicher Grund für die Gleichstellung ist dem Gesetzentwurf nicht zu entnehmen und auch sonst nicht ersichtlich. In Anbetracht der erwiesenen und deutlichen Vorzüge des Konsums von E-Zigaretten gegenüber dem Tabakrauchen dürften namentlich der Gesundheits- und Jugendschutz keine tragfähige Grundlage für die Gleichstellung liefern, sondern vielmehr eine abgestufte Regelung erfordern. Dies gilt wegen der nochmals bedeutenderen Unterschiede und des abermals abgesenkten gesundheitlichen Risikopotentials erst recht für nikotinfreie E-Zigaretten.
- (40) Selbst wenn man dem Gesetzgeber grundsätzlich die Möglichkeit zur Gleichstellung zuzubilligen wollte, wären zumindest Produkte, die sich gegenüber den E-Zigaretten als ähnlich risikoreich für den Gesundheits- und Jugendschutz erweisen – wie etwa alkoholische Getränke –, ebenfalls in die geplanten Werbeverbote mit einzubeziehen. Solange der Gesetzgeber dies nicht tut und auch sonst kein tragfähiges Gleichstellungsmerkmal entwickelt, verstößt er zumindest gegen das auch vom Bundesverfassungsgericht wiederholt betonte Konsistenzgebot.

Vgl. BVerfGE 104, 74 Rn. 50; 124, 199 Rn. 94 m.w.N.;  
*Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 404 ff.

### III. Verstoß gegen kommunale Selbstverwaltung

- (41) Das geplante Verbot der Außenwerbung stellt sich auch mit Blick auf die in Art. 28 Abs. 2 GG niedergelegten Garantie der kommunalen Selbstverwaltung als zumindest fragwürdig dar. Diese Garantie schützt die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zum Zweck der Daseinsvorsorge.

Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.5.1995, 7 C 58/94, juris, Rn. 14;  
 Urt. v. 6.4.2005, 8 CN 1/04, juris, Rn. 27, 32; *Mehde*, in:  
 Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 92 ff. m.w.N.

Dazu zählt auch der – in Deutschland häufige (vgl. Deutscher Bundestag, Sachstand, WD 10 – 3000 – 026/16, S. 9) – werbefinanzierte Betrieb kommunaler Infrastruktur, etwa von ÖPNV-Wartehallen, städtischen Informationsanlagen, öffentlichen Toiletten oder Fahrradverleihsystemen, insbesondere im Rahmen von Public-Private-Partnerships (PPP).

- (42) Das geplante Verbot von Außenwerbung beeinträchtigt diesen werbefinanzierten Betrieb kommunaler Infrastruktur unter Inkaufnahme erheblicher kommunaler Einnahmeausfälle. Der damit gegebene Eingriff in die Garantie kommunaler Selbstverwaltung dürfte – insbesondere mit Blick auf elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter – schon wegen der fehlenden Eignung und Erforderlichkeit zur Gewährleistung der Ziele des Gesundheits- und Jugendschutzes nicht zu rechtfertigen sein.

### IV. Fehlen angemessener Übergangsfristen

- (43) Selbst wenn die geplanten Werbeverbote grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar wären, fehlte es jedenfalls an angemessenen und gleichheitssatzkonformen Übergangsregelungen. Derartige Regelungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umso mehr geboten, je schwerer der in Rede stehende Grundrechtseingriff wiegt und je weniger dringlich die Neuregelung ist.

vgl. BVerfGE 43, 242 Rn. 130; 131, 47 Rn. 36 f. m.w.N.

- (44) Grundsätzlich sollen sämtliche Regelungen des Gesetzesentwurfes zum 1. Januar 2021 in Kraft treten (Art. 5 des Entwurfs). Einzig für das Verbot der Außenwerbung sind Sonderregelungen vorgesehen. Nach § 47 Abs. 8 TabakerzGE soll dieses Verbot für Tabakerhitze ab dem 1. Januar 2023, für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter zum 1. Januar 2024 und im Übrigen zum 1. Januar 2022 Anwendung finden.

- (45) Diese Übergangsregelung ist auch mit Blick auf die Anbieter elektronischer Zigaretten unzureichend: Erstens trifft die Einschränkung der Werbefreiheit gerade die Anbieter von E-Zigaretten als einem im Vergleich noch immer sehr jungem Produkt unverhältnismäßig hart. Die dreijährige Übergangsfrist für das Verbot der Außenwerbung ist vor diesem Hintergrund in Bezug auf E-Zigaretten erheblich zu kurz, die unmittelbar in Kraft tretenden übrigen Werbeverbote von vornherein unverhältnismäßig. Zweitens gelten die Werbeverbote für die nikotinfreien E-Zigaretten (erneut mit Ausnahme der Regelung zur Außenwerbung) nach dem Gesetzesentwurf bereits ab 1. Januar 2021. Lediglich in Bezug auf die produktbezogenen Anforderungen sieht § 47 Abs. 9 TabakerzeugGE hier eine – ebenfalls sehr kurz bemessene – Übergangsfrist bis 31. März 2021 vor. In Anbetracht der schwerwiegenden Freiheitsbeschränkungen und des von diesen Produkten ausgehenden – im Vergleich deutlich – abgemilderten Gefährdungsrisikos sind auch hier weitere bzw. längere Übergangsregelungen dringend geboten.

## V. Keine Grundlage der Verbote im internationalem und Unionsrecht

- (46) Die intendierten Verschärfungen lassen sich – entgegen der Annahme des Gesetzesentwurfs – nicht auf die Vorgaben der WHO-Tabakrahmenkonvention stützen (dazu 1.). Mit Blick auf ihre Europarechtskonformität begegnen sie sogar erheblichen Zweifeln (dazu 2.).

### 1. Keine Rechtspflicht nach der WHO-Tabakrahmenkonvention

- (47) Der Gesetzesentwurf stützt sich für die Verbote zu Unrecht auf eine „Verpflichtung“ aus Art. 13 der WHO-Tabakrahmenkonvention (S. 10).
- (48) Die Verpflichtung des in dieser Vorschrift vorgesehenen „umfassenden Verbots“ (Art. 13 Abs. 2) der Tabakwerbung beschränkt sich auf den Erlass der als „Mindestanforderungen“ spezifizierten Einzelverbote (Abs. 4). Im Übrigen sollen die Konventionsstaaten lediglich „ermutigt“ werden, weitere Maßnahmen zu treffen (Abs. 5). Eine Rechtspflicht trifft sie insoweit gerade nicht. Deutschland hat die spezifischen Verbote der Konvention – wie etwa das Verbot irreführender Werbung sowie das Werbe- und Sponsoringverbot in Rundfunk, Fernsehen, Printmedien und im Internet – längst umgesetzt. Damit wird den Anforderungen der Konvention voll entsprochen – auch ohne die jetzt beabsichtigten zusätzlichen Verbote. Diese Auffassung hat die Bundesregierung selbst noch 2014 zutreffend im Rahmen ihrer Berichtspflicht (Art. 21) vertreten.

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

Hiervon unabhängig gilt Art. 13 der WHO-Tabakrahenkonvention jedenfalls nur für Tabakerzeugnisse, nicht aber auch für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter.

- (49) Schließlich steht das in Art. 13 der Konvention geregelte Werbeverbot ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht (Abs. 2, 3 und 4). Mit Verfassungsrecht sind die jetzt geplanten Verbote aber gerade nicht vereinbar.

## 2. Zweifel an der Unionsrechtskonformität

- (50) Mit Blick auf das Unionsrecht erkennt der Gesetzesentwurf zwar zutreffend an, dass die neuen Verbote sekundärrechtlich nicht gefordert sind (S. 1, 8). Indes wird verkannt, dass es sich bei den beabsichtigten Verboten um rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit handelt. Denn die geplanten Verbote machen zum einen außerhalb Deutschlands ansässigen Unternehmen der Werbewirtschaft das Erbringen von Werbediensten für die betroffenen Produkte in Deutschland nahezu unmöglich. Zum anderen erschweren sie den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Tabak- und E-Zigaretten-Unternehmen auch den Absatz dieser Produkte. Da die geplanten Verschärfungen quasi zu einem absoluten Werbeverbot führen, entfalten sie nach der Rechtsprechung des EuGH mittelbar diskriminierende Wirkung. Sie werden deshalb nicht von der sog. Keck-Ausnahme erfasst.

EuGH, Urt. v. 4.7.1997, C-34/95, *De Agostini*, Rn. 42 ; Urt. v. 8.3.2001, C-405/98, *GIP*, Rn. 18 ff.; Urt. v. 15.7.2004, C-239/02, *Douwe Egberts*, Rn. 53; *Stein*, EuZW 1995, 435; *Di Fabio*, AfP 1998, 565 (567); *Wägenbaur*, EuZW 1998, 709 (715).

- (51) Um derartige Beschränkungen mit dem Ziel des Gesundheitsschutzes zu rechtfertigen, bedarf es nach dem EuGH eines auf zuverlässige und präzise Angaben und Daten gestützten Nachweises der Verhältnismäßigkeit.

EuGH, Urt. v. 8.3.2001, C-405/98, *GIP*, Rn. 42; Urt. v. 13.04.2010, C-73/08, *Bressol*, Rn. 71; Urt. v. 21.01.2016, C-515/14, *Kommission/Zypern*, Rn. 54; Urt. v. 07.03.2018, C-651/16, *DW*, Rn. 34.

Da die geplanten Verbote einen nicht harmonisierten Bereich des Unionsrechts betreffen, müssen sie außerdem nicht nur den Grundrechten der Charta, sondern vor allem auch den Maßstäben des gegebenenfalls strengeren nationalen Verfassungsrechts genügen.

EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-399/11, *Melloni*, Rn. 60; Urt.  
v. 29.7.2019, C-476/17, *Pelham*, Rn. 80.

Beides ist – wie gezeigt – nicht der Fall.

Dr. Müller,

Zettina Gausig

K. Ritz