

Prof. Dr. Rudolf Streinz

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht

Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor-Huber-Platz 2

80539 München

Gutachten

zur Frage

**der Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland aus Artikel 13 des
Rahmenübereinkommens der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (FCTC)
zum Erlass der im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Tabakgesetzes
vorgesehenen Ausweitung der Werbeverbote und –beschränkungen für
Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse, soweit Verfassungsrecht nicht
entgegensteht**

im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft

erstellt von

Prof. Dr. Rudolf Streinz

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht

an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Inhalt

- I. Problemstellung
- II. Bindung der Bundesrepublik Deutschland an Art. 13 Rahmenübereinkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (FCTC)
 1. Das FCTC als gemischtes Abkommen mit der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten als Vertragsparteien
 - a) Rechtliche Grundlage
 - b) Folgen für gesetzgeberische Maßnahmen der EU-Mitgliedstaaten
 - c) Erklärung von EU und Mitgliedstaaten zu Art. 13 Abs. 3 FCTC
 2. Inkrafttreten des FCTC für Deutschland
 3. Folgen der Bindung an völkerrechtliche Abkommen für den deutschen Gesetzgeber
 - a) Generell
 - b) Verpflichtung der Bundesregierung zur Gesetzesinitiative (Art. 76 Abs. 1 GG)
 - c) Schranken der Bindung des Bundestages nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Problem des „Treaty override“)
 - d) Ergebnis: Hier kein Anwendungsfall für Treaty override
- III. Verpflichtungen aus Art. 13 FCTC
 1. Allgemeines Ziel: Umfassendes Verbot der Tabakwerbung
 2. Generelle Schranke bzw. Bedingung: Übereinstimmung mit der jeweiligen nationalen Verfassung oder den verfassungsrechtlichen Grundsätzen
 3. Folge: Akzeptierte Differenzierung hinsichtlich der jeweiligen Erfüllung der Vorgaben (Verhältnis von Art. 13 Abs. 2 S. 1 zu Art. 13 Abs. 3 S. 1 FCTC – Tragweite von Art. 13 Abs. 4 und 5 FCTC)
 4. Folge für Staaten mit einschränkenden verfassungsrechtlichen Vorgaben
 - a) Statt umfassendem Verbot möglichst weitgehende Annäherung an dieses
 - b) Folgen für die Mindestanforderungen
 - aa) Allgemein
 - bb) Insbesondere; Art. 13 Abs. 4 Buchst. E Variante 1
 - c) Keine Pflicht zur Schaffung verfassungsrechtlicher Voraussetzungen für ein umfassendes Verbot
 - d) Aber: Ausschöpfungs- und laufende Überprüfungspflicht hinsichtlich der (ggf. sich durch geänderte Einschätzung der Güterabwägung wandelnden) verfassungsrechtlichen Möglichkeiten („Ermunterung“ durch Art. 13 Abs. 5 FCTC)
- IV. Folgen für die Regelungen des Gesetzentwurfs
- V. Gesamtergebnis

I. Problemstellung

Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes beschlossen und in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht¹. Dadurch sollen das Tabakerzeugnisgesetz (TabakerzG) vom 4. April 2016² und die aufgrund dieses Gesetzes erlassene Tabakerzeugnisverordnung (TabakerzV) vom 27. April 2016³, die die Vorgaben der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG⁴ umsetzen⁵, ergänzt werden. Der Gesetzentwurf sieht neben der Regulierung nikotinfreier elektronischer Zigaretten und Nachfüllbehälter durch Gleichstellung mit nikotinhaltigen Erzeugnissen zusätzliche Werbeverbote für Tabakerzeugnisse sowie für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter vor. Diese Ergänzung über die Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/40 hinaus ist möglich, weil diese den Mitgliedstaaten weitergehende Beschränkungsmaßnahmen eröffnet, soweit diese mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und den Vorschriften der Welthandelsorganisation (WTO) vereinbar sind und die vollständige Anwendung der EU-Richtlinie 2014/40 nicht behindern⁶.

Fraglich ist, ob und inwieweit die ergänzenden Vorschriften hinsichtlich der Beschränkung der Werbung für Tabakerzeugnisse völkerrechtlich für die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei des Rahmenübereinkommens der Weltgesundheitsorganisation (WHO) vom 21. Mai 2003 zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (WHO Framework Convention on Tobacco Control - FCTC) geboten sind. Dies hängt davon ab, ob und inwieweit Art. 13 des Rahmenübereinkommens verbindliche Vorgaben enthält.

II. Bindung der Bundesrepublik Deutschland an Art. 13 Rahmenübereinkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs (FCTC)

1. Das FCTC als gemischtes Abkommen mit der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten als Vertragsparteien

¹ BR-Drs. 229/16 vom 6.5.2016.

² BGBl. 2016 I S. 569. Meyer, Lebensmittelrecht – Textsammlung (Loseblatt, 135. EL 2016), Nr. 8040.

³ BGBl. 2016 I S. 980. Meyer (Fn. 2), Nr. 8060.

⁴ ABl.EU 2014 L 127/1.

⁵ Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse.

⁶ Erwägungsgrund 53 der Richtlinie 2014/40/EU. Siehe dazu unten II.1.b.

a) Rechtliche Grundlage

Das FCTC wurde sowohl von der Europäischen Union als auch von ihren Mitgliedstaaten unterzeichnet und ratifiziert. Es ist ein so genanntes gemischtes Abkommen, das dann erforderlich ist, wenn der Regelungsinhalt über die der Union übertragenen Kompetenzen⁷ hinausgeht⁸. Dies ist beim FCTC der Fall⁹. Soweit das Abkommen von der Union ratifiziert wurde, bindet es die Organe der Union und die Mitgliedstaaten (Art. 216 Abs. 2 AEUV). Das Europäische Parlament und der Rat haben als die zuständigen Gesetzgebungsorgane der Europäischen Union deren Verpflichtungen aus dem FCTC durch die Richtlinie 2014/40/EU erfüllt¹⁰. Der EuGH hat die gegen diese Richtlinie erhobene Nichtigkeitsklage Polens abgewiesen und die Gültigkeit der darin angegriffenen sowie in Vorlagefragen des High Court of Justice (England & Wales), Queens Bench Division (Administrative Court) angesprochenen Richtlinienbestimmungen bestätigt¹¹. Somit bestehen gegen die Umsetzung der Vorgaben dieser Richtlinie keine unionsrechtlichen Einwände, und zwar nicht nur hinsichtlich der Kompetenz (Art. 114 AEUV), sondern auch z.B. hinsichtlich der durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union geschützten Grundrechten.

b) Folgen für gesetzgeberische Maßnahmen der EU-Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union mussten die Vorgaben der Richtlinie 2014/40/EU umsetzen. Dies ist in Deutschland durch das Tabakerzeugnisgesetz und die Tabakerzeugnisverordnung geschehen. Die EU-Richtlinie lässt aber ausdrücklich weitergehende Beschränkungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten zu. Diese müssen aber mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Union, insbesondere mit den Grundfreiheiten (vor allem den Bestimmungen über den freien Warenverkehr, Art. 34/36 AEUV) vereinbar sein. Soweit solche strengeren Vorschriften ein Handelshemmnis darstellen könnten, sind sie zur Überprüfung durch die Kommission gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535¹² zu notifizieren¹³.

⁷ Zur Unionskompetenz hinsichtlich grenzüberschreitender Werbung und grenzüberschreitendem Sponsoring für Produkte, die sich auf den Tabakkonsum auswirken (hier: elektronische Zigaretten) vgl. Erwägungsgrund 43 der Richtlinie 2014/40/EU. Die Kompetenz aus Art. 114 AEUV wurde bestätigt durch EuGH, Urt. v. 4.5.2006 verb. Rs. C-358/14 – Polen/Europäisches Parlament und Rat, ECLI:EU:V:2016:323, Rn. 31 ff. Kritisch dazu *Nettesheim*, Die Tabak-Urteile des EuGH: Lifestyle-Regulierung im Binnenmarkt, EuZW 2016, 578 (579 ff.).

⁸ Vgl. dazu *Mögele*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 39 ff.

⁹ Vgl. Erwägungsgrund 4 des Beschlusses des Rates 2004/513/EG vom 2.6.2004, ABl. 2004 L 213/8.

¹⁰ Vgl. dazu Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2014/40/EU.

¹¹ EuGH, Urt. v. 4.5.2016, Rs. C-358/14 – Polen/Europäisches Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2016:323 und EuGH, Urt. v. 4.5.2016, verb. Rs. C-477/14 und C-547/14 – Philbox 38, ECLI:EU:C:2016:324.

¹² ABl. 2015 L 241/1.

¹³ Vgl. Erwägungsgrund 55 der Richtlinie 2014/40/EU. Zu den Folgen einer unterbliebenen, aber erforderlichen Notifizierung angesichts des Vorrangs des Unionsrechts vergleiche zuletzt EuGH, Urt. v. 4.2.2016, Rs. C-336/14

c) Protokollerklärung von EU und Mitgliedstaaten zu Art. 13 Abs. 3 FCTC

Die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten haben zu Art. 13 Abs. 3 FCTC, der die Mitgliedstaaten, bei denen verfassungsrechtliche Hindernisse einem umfassenden Verbot der Tabakwerbung, des Tabakverkaufs und des Tabaksponsorings entgegenstehen, zu Beschränkungen dieser Maßnahmen verpflichtet, eine Protokollerklärung abgegeben. Auf diese bezieht sich auch die Billigung der Ratifikation durch Deutschland seitens des Bundestags¹⁴.

2. Inkrafttreten des FCTC für Deutschland

Das FCTC vom 21. Mai 2003 wurde am 24. Oktober 2003 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet. Durch das Gesetz zu dem Tabakrahmenübereinkommen vom 19. November 2004¹⁵ hat der Bundestag gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt. Die Zustimmung des Bundestages umfasst auch die Auslegungserklärung der Europäischen Gemeinschaft (jetzt Europäischen Union) vom 16. Juni 2003. Danach erklären die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten, dass ein Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft, der aufgrund seiner einzelstaatlichen Verfassung oder verfassungsrechtlicher Grundsätze kein umfassendes Verbot von Werbung, Absatzförderung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse einführen kann, die Bestimmung in Art. 13 Abs. 3 des Rahmenübereinkommens über die Bekämpfung des Tabakkonsums anwenden kann, was den Erlass von Regelungen angeht, die einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Zwängen Rechnung tragen¹⁶. Das Tabakrahmenübereinkommen wurde daraufhin am 16. Dezember 2004 von Deutschland ratifiziert¹⁷. Es trat, nachdem am 29. November 2004 der 40. Staat ratifiziert hatte, gemäß seinem Art. 36 Abs. 1 am 27. Februar 2005 allgemein in Kraft, für Deutschland gemäß Art. 36 Abs. 2 am 90. Tag nach dem Zeitpunkt der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde, somit am 16. März 2005.

– Sebat Ince, ECLI:EU:C:2016:72. Vgl. dazu *Streinz*, JuS 2016, 568-571. Die Notifizierungspflicht wird im Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 229/16, S. 8 angesprochen.

¹⁴ Annex III zur Entscheidung (jetzt Beschluss) des Rates vom 2.6.2014, ABl. 2004 L 213/8, im Amtsblatt der EU nur in den Ausgaben in Englisch, Französisch, und Spanisch als verbindliche Sprachen des FCTC OJ 2004 L 213/14; deutsche Übersetzung in BGBl. 2004 II, S. 1561. Siehe unten II. 2.

¹⁵ BGBl. 2004 II S. 1538. Das Rahmenübereinkommen der WHO ist in BGBl. 2004 II S. 1539 ff. in englischer Sprache, einen der verbindlichen Wortlaute (Art. 38 Tabakrahmenübereinkommen) sowie in amtlicher deutscher Übersetzung abgedruckt. Auf diese Texte wird im Folgenden Bezug genommen.

¹⁶ BGBl. 2004 II S. 1561.

¹⁷ BGBl. 2005 II, S. 170.

3. Folgen der Bindung an völkerrechtliche Abkommen für den deutschen Gesetzgeber

a) Generell

Durch die Ratifikation des FCTC wird die Bundesrepublik Deutschland an dieses völkerrechtliche Abkommen gebunden mit der Folge, dass alle Staatsorgane die dadurch auferlegten Pflichten erfüllen müssen. Art. 13 Abs. 2 S. 3 FCTC sieht u.a. gesetzgeberische Maßnahmen zur Erfüllung der in Art. 13 FCTC enthaltenen Pflichten vor.

b) Verpflichtung der Bundesregierung zur Gesetzesinitiative (Art. 76 Abs. 1 GG)

Soweit die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem FCTC Bundesgesetze erfordert, ist die dazu verfassungsrechtlich zuständige (Art. 76 Abs. 1 GG) Bundesregierung zur Vorlage entsprechender Initiativen verpflichtet.

c) Schranken der Bindung des Bundestages nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Problem des „Treaty override“)

Die Gesetzgebung selbst obliegt dem Bundestag unter Einbeziehung (Zustimmung oder Mitwirkung) des Bundesrats. Hinsichtlich der Pflicht zur Einhaltung völkerrechtlicher Verträge könnten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) Schranken gesehen werden. Denn in seinem Beschluss vom 15.12.2015 hat das BVerfG im Gegensatz zum gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vorlegenden Bundesfinanzhof (BFH) in der Abweichung des Bundestags als Gesetzgeber von den Vorgaben völkerrechtlicher Verträge (sog. „Treaty override“) keinen Verfassungsverstoß gesehen¹⁸. Völkerrechtliche Verträge hätten gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich einer anderen, spezielleren Öffnungsklausel, insbesondere Art. 23 GG bis 25 GG¹⁹ - fallen, innerstaatlich den Rang eines einfachen (Bundes-)Gesetzes. Die Geltung des lex-posterior-Grundsatzes werde insoweit nicht eingeschränkt. Spätere Gesetzgeber müssten – entsprechend dem durch Wahl zum Ausdruck gebrachten Willen des Volkes – innerhalb der vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen Rechtsetzungsakte früherer Gesetzgeber revidieren können. Die Verfassungswidrigkeit völkerrechtswidriger Gesetze lasse sich nicht unter Rückgriff auf den ungeschriebenen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes begründen.

¹⁸ BVerfG, 2 BvL 1/12, JZ 2016, 625.

¹⁹ Auf Art. 23 GG basiert der verfassungsrechtlich anerkannte Vorrang des Unionsrechts, gemäß Art. 25 GG gehen die allgemeinen Regeln des Völkerrecht (Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze) den Gesetzen vor. Vgl. dazu *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 23, Rn. 60 f., Art. 25 Rn. 22 ff. Für Art. 24 GG trifft dies zu, soweit darauf gestützt Hoheitsrechte übertragen werden, vgl. zur Rechtslage vor der Einfügung des Art. 23 GG BVerfGE 31, 145 (174) - Lütticke.

Dieser Grundsatz habe zwar Verfassungsrang, beinhalte jedoch keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Normen²⁰. Dies betrifft aber allein die verfassungsrechtliche Frage und kann auch nur diese betreffen. Die völkerrechtliche Verpflichtung und die bei einer Verletzung des Völkerrechts möglichen Folgen bleiben davon unberührt, worauf auch das BVerfG hinweist²¹.

d) Ergebnis: Hier kein Anwendungsfall für Treaty override

Das Urteil des BVerfG mag im Ergebnis angesichts der Besonderheit des deutsch-türkischen Doppelbesteuerungsabkommens und der Folgen einer bestimmten Auslegung des Abkommens zutreffen. Seine Verallgemeinerung dahingehend, dass der deutsche Gesetzgeber nicht an völkerrechtliche Verträge gebunden sei, wäre problematisch²². Um die negativen Folgen eines Völkerrechtsverstoßes in Grenzen zu halten, ist jedenfalls eine sehr restriktive Anwendung der bewussten Abweichung von völkerrechtlichen Vorgaben geboten²³. Im konkreten Fall besteht dazu keine Veranlassung. Denn die Erfüllung der Verpflichtungen aus Art. 13 FCTC ist ausdrücklich an die Grenze des nach der Verfassungsordnung des Grundgesetzes Möglichen gebunden.

III. Verpflichtungen aus Art. 13 FCTC

1. Allgemeines Ziel: Umfassendes Verbot der Tabakwerbung

Gemäß Art. 13 Abs. 1 FCTC erkennen die Vertragsparteien an, dass ein umfassendes Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsorings den Konsum von Tabakerzeugnissen vermindern würde. Damit gibt das Tabakrahmenübereinkommen als Zielvorgabe ein vollständiges Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse vor.

2. Generelle Schranke bzw. Bedingung: Übereinstimmung mit der jeweiligen nationalen Verfassung oder den verfassungsrechtlichen Grundsätzen

Dieses allgemeine Ziel wird durch Art. 13 Abs. 2 S. 1 FCTC einerseits bestätigt. Denn danach erlässt jede Vertragspartei ein umfassendes Verbot aller Formen von Tabakwerbung („undertake a comprehensive ban of all tobacco advertising“). Die Pflicht, dieses allgemeine Ziel zu erfüllen, wird durch Art. 13 Abs. 2 S. 1 FCTC aber andererseits relativiert. Denn diese

²⁰ BVerfG, JZ 2016, 625, Leitsätze 2-4.

²¹ BVerfG, JZ 2016, 625 (629), Rn. 63.

²² Vgl. das Sondervotum der Richterin König, JZ 2016, 633 ff, und *Fastenrath*, Anmerkung 2016, S. 636 ff..

²³ Weitergehend (Verfassungsänderung mit Verankerung des Vorrangs völkerrechtlicher Verträge) *Fastenrath* (Fn. 21), S. 640.

Maßnahme muss nur „in Übereinstimmung mit der jeweiligen nationalen Verfassung und den jeweiligen verfassungsrechtlichen Grundsätzen („in accordance with its constitution or constitutional principles“) ergriffen werden. Das Tabakrahenübereinkommen geht somit davon aus, dass bei einigen Vertragsparteien das grundsätzlich angestrebte umfassende, d.h. vollständige Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse auf verfassungsrechtliche Grenzen stößt. Denn gemäß Art. 13 Abs. 3 FCTC schränkt eine Vertragspartei, die aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze nicht in der Lage ist, ein umfassendes Verbot zu erlassen („that is not in a position to undertake a comprehensive ban due to the constitution or constitutional principles“), alle Formen von Tabakwerbung ein („shall apply restrictions on all tobacco advertising“). Die Verpflichtung, Einschränkungen oder ein umfassendes Verbot der vom Hoheitsgebiet einer Vertragspartei ausgehenden Werbung mit grenzüberschreitender Wirkung besteht gemäß Art. 13 Abs. 3 S. 2 FCTC „nach Maßgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen und der technischen Möglichkeiten, die der betreffenden Vertragspartei zur Verfügung stehen“.

3. Folge: Akzeptierte Differenzierung hinsichtlich der jeweiligen Erfüllung der Vorgaben (Verhältnis von Art. 13 Abs. 2 S. 1 zu Art. 13 Abs. 3 S. 1 FCTC – Tragweite von Art. 13 Abs. 4 und 5 FCTC)

Daraus folgt, dass das Tabakrahenübereinkommen – entgegen der sonst im Völkerrecht üblichen und in Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) mit der restriktiv zu interpretierenden Ausnahme des Art. 46 WVRK kodifizierten Regel, dass eine Vertragspartei sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen, bei Verboten der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsoring für Tabakerzeugnisse nationale Verfassungsgrundsätze berücksichtigen darf²⁴. Damit wird eine je nach den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Vorgaben der Vertragspartei des Tabakrahenübereinkommens differenzierende Erfüllung der Vorgaben des Tabakrahenübereinkommens akzeptiert. Diese Differenzierung greift auch die Protokollerklärung der EG (jetzt EU) zu Art. 13 FCTC auf, in der sie darauf hinweist, dass Mitgliedstaaten der EU, in denen ein umfassendes Verbot von Tabakwerbung, Verkaufsförderung und Sponsoring aufgrund der Verfassung oder verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht erlaubt ist, von Art. 13 Abs. 3 FCTC Gebrauch machen dürfen, um

²⁴ Vgl. dazu *Pieroth/Walter*, Verbot von Tabakwarenautomaten?, 2011, S. 8.

Regelungen im Einklang mit ihren nationalen verfassungsrechtlichen Schranken anzupassen („to accommodate regulations as to respect national constitutional constraints“)²⁵.

Das Verhältnis von Art. 13 Abs. 2 S. 1 zu Art. 13 Abs. 3 S. 1 FCTC führt dazu, dass an die Stelle der Verpflichtung, ein absolutes *Verbot* der Werbung für Tabakerzeugnisse zu erlassen, die Verpflichtung tritt, die Werbung für Tabakerzeugnisse so weit einzuschränken, wie es die nationale Verfassung zulässt. Dazu stellen die rechtlich als Empfehlungen („recommendations“) zwar nicht verbindlichen, aber als Hilfe für die Vertragsparteien hinsichtlich der Auslegung des Art. 13 FCTC heranzuziehenden Leitlinien (Guidelines)²⁶ fest, dass die Frage, wie den verfassungsrechtlichen Prinzipien zu entsprechen sei, vom verfassungsrechtlichen System einer jeden Vertragspartei bestimmt werde („It is acknowledged that the question of how constitutional principles are to be accommodated is to be determined by each Party’s constitutional system“)²⁷. Dies entbindet aber die verfassungsrechtlich an einem Verbot gehinderten Vertragsparteien nicht von der Verpflichtung, Maßnahmen zu ergreifen, die restriktiv sind, wie ihre jeweilige Verfassung dies zulässt („apply restrictions that are as comprehensive as possible in light of their constitution or constitutional principles“)²⁸, um dem angestrebten Ziel eines Werbeverbots soweit wie zulässig nahezukommen²⁹.

Auch die in Art. 13 Abs. 4 FCTC beschriebenen Mindestanforderungen müssen allein in Übereinstimmung mit der jeweiligen Verfassung und den verfassungsrechtlichen Grundsätzen erfüllt werden. Hinsichtlich der Tabakwerbung wird dies in Art. 13 Abs. 4 lit. e FCTC

²⁵ OJ 2004 L 213/14, Annex III: „Interpretative declaration to be made by the Community: „The Community and its Member States declare that a Member State of the European Community whose national constitution or constitutional principles do not permit the introduction of a comprehensive ban on all tobacco advertising, promotion and sponsorship may make use of the provision enshrined in Article 13 (3) of the WHO Framework Convention on Tobacco Control to accommodate regulations so as to respect national constitutional constraints“. Deutsche Übersetzung in BGBl. 2004 II, S. 1561.

²⁶ Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control (Tobacco advertising, promotion and sponsorship), von der Konferenz der Parteien angenommen auf ihrer dritten Sitzung im November 2008 in Paris (decision FCTC/COP3(1)). Vgl. dazu *Pieroth/Walter*, S. 10 f. unter Hinweis auf den in Nr. 1 der Leitlinien Zweck, die Vertragsparteien bei der Erfüllung ihrer Pflichten nach Art. 13 FCTC zu unterstützen („to assist Parties in meeting their obligations under Article 13“ FCTC).

²⁷ Leitlinien (Fn. 26), Nr. 36.

²⁸ Leitlinien (Fn. 26), Nr. 37.

²⁹ Nr 35 der Leitlinien (Fn. 26) bestimmt dazu: “Any Party whose constitution or constitutional principles impose constraints on undertaking a comprehensive ban should, under Article 13 of the Convention, apply restrictions that are as comprehensive as possible in the light of those constraints. All Parties are obliged to undertake a comprehensive ban unless they are “not in a position” to do so “*due to* [their] constitution or constitutional principles”. This obligation is to be interpreted in the context of the “recogni[tion] that a comprehensive ban on advertising, promotion and sponsorship would reduce the consumption of tobacco products”, and in the light of the Convention’s overall objective “to protect present and future generations from the devastating health, social, environmental and economic consequences of tobacco consumption and exposure to tobacco smoke” (Article 3 of the Convention”).

deutlich: Zu den Mindestanforderungen gehört zwar, dass jede Vertragspartei innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren ein umfassendes Verbot der Tabakwerbung erlässt. Falls jedoch eine Vertragspartei aufgrund ihrer Verfassung oder ihrer verfassungsrechtlichen Grundsätze hierzu nicht in der Lage ist, wird eine Einschränkung der Tabakwerbung im Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen gefordert. Als Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass eine Vertragspartei des Tabakrahenübereinkommens ein umfassendes, d.h. vollständiges Verbot der Tabakwerbung anstreben muss, dabei jedoch ausdrücklich die Grenzen des jeweiligen nationalen Verfassungsrechts als Schranke für ein vollständiges Verbot ohne Verstoß gegen das Tabakrahenübereinkommen beachten darf. Das Tabakrahenübereinkommen geht ausdrücklich davon aus und akzeptiert, dass insoweit unterschiedliche verfassungsrechtliche Anforderungen bestehen. Diese wirkt sich auch auf die in Art. 13 Abs. 5 FCTC ausgesprochene „Ermunterung“ der Vertragsparteien („Parties are encouraged“) aus.

4. Folge für Staaten mit einschränkenden verfassungsrechtlichen Vorgaben

a) Statt umfassendem Verbot möglichst weitgehende Annäherung an dieses

Da Deutschland offenbar zu den Staaten gehört, in denen die Verfassung und die verfassungsrechtlichen Grundsätze einem vollständigen Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse entgegenstehen, besteht durch das Zusammenwirken von Art. 13 Abs. 2 S. 1 und Art. 13 Abs. 3 S. 1 FCTC, wie gezeigt, an Stelle der Verpflichtung zum Erlass eines vollständigen Werbeverbots („comprehensive ban“) die Verpflichtung, sich diesem soweit anzunähern, wie die Verfassung, d.h. das Grundgesetz in der letztlich verbindlichen Auslegung des BVerfG, dies zulässt. Die Interpretation durch die Leitlinien, dass Beschränkungen ergriffen werden müssten, um so umfassend wie möglich das im Lichte des allgemein als anzustrebend anerkannte Ziel, den übereinstimmend als schädlich bewerteten Tabakkonsum einzuschränken, zu erreichen („apply restrictions that are as comprehensive as possible in the light of those constraints“), entspricht einer gemeinsamen Auffassung der Vertragsparteien des Tabakrahenübereinkommens. Denn diese haben sich einerseits auf ein gemeinsames Ziel geeinigt, andererseits aber auch anerkannt, dass dessen Verfolgung in einigen Vertragsstaaten auf verfassungsrechtliche Hindernisse stößt, was differenzierte Annäherungen an dieses fordert. Er gibt Inhalt und Zweck der Art. 13 Abs. 2 S. 1 und Art. 13 Abs. 3 S. 1 FCTC zutreffend wieder. Den verfassungsrechtlichen Spielraum zu ermitteln und festzulegen kommt zwar ausdrücklich den jeweiligen Vertragsparteien zu. Sodann besteht aber die Verpflichtung, ihn zur Beschränkung von Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen auch auszuschöpfen.

b) Folgen für die Mindestanforderungen

aa) Allgemein

Die in Art. 13 Abs. 4 FCTC festgelegten Mindestanforderungen wenden sich grundsätzlich an alle Vertragsparteien („each Party shall“) und legen diesen Mindestanforderungen auf. Dabei bestehen allerdings Unterschiede zwischen den Vertragsstaaten, in denen ein vollständiges Verbot möglich ist, und Vertragsstaaten, in denen insoweit verfassungsrechtliche Hindernisse bestehen. Deutlich wird dies in den Leitlinien, die auch hier zur Interpretation herangezogen werden können. Für Vertragsstaaten, in denen ein umfassendes Verbot besteht, können auch danach noch sehr beschränkte Formen einschlägiger Verkaufsförderung („some very limited forms of relevant commercial communication“) bestehen, die zu beseitigen sind³⁰. Wegen der generellen, einleitend vorangestellten Bezugnahme auf die jeweiligen verfassungsrechtlichen Möglichkeiten („As a minimum, and in accordance with its constitution or constitutional principles“), wird auch hinsichtlich der Mindestanforderungen deren nur differenziert mögliche Verwirklichung erkannt und ein dadurch verursachter unterschiedlicher Schutzstandard akzeptiert. Hinsichtlich der in Art. 13 Abs. 4 lit. a-c FCTC genannten Verbote dürften insoweit allerdings allenfalls graduelle Unterschiede bestehen. Ausdrücklich differenziert wird in Art. 13 Abs. 4 lit. d FCTC, der speziell den Vertragsstaaten, die verfassungsrechtlich an einem umfassenden Verbot gehindert sind, mehr oder weniger als „Ersatz“ dafür besondere Bekanntgabepflichten auferlegt³¹. Art. 13 Abs. 4 lit. f FCTC enthält eine Differenzierung zwischen Verbot und, sofern dieses verfassungsrechtlich nicht möglich ist, Beschränkung des Sponsoring.

bb) Insbesondere: Art. 13 Abs. 4 Buchst. e Variante 1

Art. 13 Abs. 4 lit. e FCTC bestätigt die das ganze Tabakrahenübereinkommen bestimmenden Differenzierungen zwischen umfassendem Verbot und, wenn dieses verfassungsrechtlich nicht möglich ist, Einschränkungspflichten hinsichtlich der (nicht erschöpfend³²) genannten Medien. Der genannte Zeitraum von fünf Jahren bezieht sich auf beides, das Verbot, oder falls, die Verfassung ein solches nicht zulässt, die Beschränkung der Werbung, der Verkaufsförderung oder des Sponsoring in den genannten Medien. Damit wird auch hier akzeptiert, dass in bestimmten Vertragsstaaten ein vollständiges Verbot in diesen besonders werbeträchtigen und daher für die Beschränkung der allgemein als schädlich

³⁰ Leitlinien (Fn. 26), Nr. 37.

³¹ Vgl. dazu Leitlinien (Fn. 26), Nr. 43.

³² Am Ende werden neben Rundfunk, Fernsehen, Printmedien gegebenenfalls andere Medien wie beispielsweise das Internet („other media, such as the internet“) genannt.

eingestuft und zu bekämpfenden Werbung für Tabakerzeugnisse und deren Konsum relevanten Bereichen nicht möglich ist, wohl auch wegen der Freiheit der Medien, gegenüber der das Verbot abzuwägen ist. Aber auch insoweit besteht die Verpflichtung, die Möglichkeiten, die das Verfassungsrecht bietet, auszuschöpfen.

- c) Keine Pflicht zur Schaffung verfassungsrechtlicher Voraussetzungen für ein umfassendes Verbot

Die in Art. 13 Abs. 5 FCTC festgelegte „Ermutigung“ („Parties are encouraged“) richtet sich an alle Vertragsparteien³³. Auch insoweit ist aber die generell akzeptierte und in den zwar nicht rechtlich verbindlichen, aber als Auslegungshilfe heranzuziehenden Leitlinien zu Art. 13 FCTC bestätigte Differenzierung zwischen umfassendem Verbot von Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring für Tabak und, soweit dies verfassungsrechtlich nicht möglich ist, deren Beschränkung für die zu treffenden Maßnahmen maßgeblich. Da in diesen Leitlinien auch das Recht der Vertragsparteien ausdrücklich betont wird, die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und die daraus resultierenden Möglichkeiten und Grenzen selbst zu ermitteln und festzulegen³⁴, verpflichtet die „Ermutigung“ („Parties are encouraged“) die Vertragsstaaten, in denen verfassungsrechtliche Hindernisse bestehen, nicht zu deren Abschaffung und zur Schaffung der verfassungsrechtlichen Voraussetzung für ein vollständiges Verbot. Allein eine Verschärfung der verfassungsrechtlichen Schranken für Tabakwerbeverbote, die die Tabakwerbung gegenüber den bestehenden, bisherigen Möglichkeiten erleichtern würde, wäre als gegen das allgemein anerkannte Ziel des Tabakrahenübereinkommens gerichtete Maßnahme unzulässig.

- d) Aber: Ausschöpfungs- und laufende Überprüfungspflicht hinsichtlich der (ggf. sich durch geänderte Einschätzung der Güterabwägung wandelnden) verfassungsrechtlichen Möglichkeiten („Ermunterung“ durch Art. 13 Abs. 5 FCTC)

Die „Ermutigung“ („Parties are encouraged“) beinhaltet angesichts der für die Vertragsstaaten mit verfassungsrechtlichen Hindernissen erfolgten Ersetzung der Verpflichtung zum Erlass eines vollständigen (totalen) Werbeverbots durch die Verpflichtung, sich einem solchen, soweit dies verfassungsrechtlich möglich ist, anzunähern, für diese und damit auch für

³³ Vgl. Leitlinien (Fn. 26), Nr. 43: „all Parties should implement the recommended measures in line with Article 13.5“.

³⁴ Leitlinien (Fn. 26), Nr. 36.

Deutschland die Verpflichtung, die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen. Dazu gehört auch die laufende Überprüfung, ob die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, ggf. nach einem Wandel von deren Interpretation durch die Rechtsprechung, letztlich die für die Verfassungsauslegung verbindliche Rechtsprechung des BVerfG, angesichts neuer Erkenntnisse, die zu einem Wandel der Güterabwägung zwischen Wirtschaftsfreiheit und staatlicher Schutzpflicht führen können, ausgeschöpft sind. Dabei kommt dem Gesetzgeber sicher ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Tabakrahenübereinkommen verpflichtet ihn aber, sich am grundsätzlichen Ziel einer Annäherung der Werbebeschränkungen an ein Werbeverbot zu orientieren.

IV. Folgen für die Regelungen des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht folgende, über die Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/40 hinausgehende Werbeverbote durch Änderungen des Tabakerzeugnisgesetzes vom 4. April 2016 vor: § 20a verbietet die Außenwerbung für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter, außer für Werbung an Gebäudeaußenflächen von Geschäftsräumen des Fachhandels. § 21 Abs. 1 wird hinsichtlich der dort genannten Werbeverbote neu gefasst. Durch Änderungen des Jugendschutzgesetzes (JSchG) vom 20. Juli 2002³⁵ wird in § 11 ein Absatz 6 eingefügt, wonach Werbefilme und Werbeprogramme, die für Tabakerzeugnisse, elektronische Zigaretten oder Nachfüllbehälter im Sinne des Tabakerzeugnisgesetzes werben, nur im Zusammenhang mit Filmen vorgeführt werden, die von der obersten Landesbehörde oder eine Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle im Rahmen des Verfahrens nach § 14 Abs. 6 JSchG mit „keine Jugendfreigabe“ gekennzeichnet worden sind. Verstöße dagegen werden gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 14a JSchG bewehrt. Diese Änderungen verfolgen das vom Tabakrahenübereinkommen verfolgte Ziel eines möglichst umfassenden Werbeverbots und berücksichtigen dabei auch die in Art. 13 Abs. 3 FCTC genannten Mindestanforderungen (vgl. § 13 Abs. 4 lit. a und lit. e FCTC: Kino als Medium). Zu solchen Maßnahmen ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, soweit ihr nationales Verfassungsrecht und die verfassungsrechtlichen Grundsätze, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Ausgleich zwischen der Schutzpflicht des Staates (Art. 2 Abs. 2 GG) und dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG)³⁶ dies zulässt. Letztlich ist somit

³⁵ BGBl. 2002 I S. 2730.

³⁶ Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Harald Terpe, Maria Klein-Schmeink, Lisa Paus, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/die GRÜNEN, Bundestags-

entscheidend, ob die getroffenen Maßnahmen mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Ist dies der Fall, verpflichtet das Tabakrahmenübereinkommen dazu, Maßnahmen dieser Art, da sie das angestrebte Ziel einer möglichst weit gehenden Beschränkung der Werbung für Tabakerzeugnisse verfolgen, zu ergreifen.

V. Gesamtergebnis in Thesen

1. Das FCTC verpflichtet als Vertragsparteien die Europäische Union (EU) und ihre Mitgliedstaaten. Die EU hat ihre Verpflichtungen durch die Richtlinie RL 2014/40, deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht durch den EuGH bestätigt wurde, erfüllt; die Richtlinie wurde durch Deutschland durch das Tabakerzeugnisgesetz und die darauf gestützte Verordnung umgesetzt. Der durch die gemeinsame Erklärung von EU und Mitgliedstaaten zu Art. 13 Abs. 3 FCTC bekräftigten Differenzierung der Verpflichtungen je nach den jeweiligen verfassungsrechtlichen Beschränkungen entsprechend lässt die EU-Richtlinie den Mitgliedstaaten Raum für weitergehende Maßnahmen, soweit diese dem Unionsrecht und dem WTO-Recht entsprechen. Davon macht der Gesetzentwurf der Bundesregierung Gebrauch.

2. Das FCTC verpflichtet als völkerrechtlicher Vertrag die Bundesrepublik Deutschland und alle deutschen Staatsorgane. Soweit zur Erfüllung der Verpflichtungen des FCTC Bundesgesetze erforderlich sind, muss die Bundesregierung entsprechende Initiativen ergreifen. Die Gesetzgebung selbst obliegt dem Bundestag unter Einbeziehung des Bundesrats. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zu „Treaty override“ sieht darin allein keinen Verfassungsverstoß, kann aber nicht von der völkerrechtlichen Verpflichtung entbinden. Im vorliegenden Fall besteht ohnehin kein Anlass zur Anwendung.

3. Art. 13 Abs. 1 FCTC gibt als allgemeine Zielvorgabe ein vollständiges Verbot der Werbung, der Verkaufsförderung und des Sponsoring für Tabakerzeugnisse vor, allerdings nur, soweit dies nach dem Verfassungsrecht der Vertragsparteien möglich ist. Dieses Verbotziel und seine Relativierung wird durch Art. 13 Abs. 2 S. 1 FCTC bestätigt. Damit enthält das FCTC unterschiedliche Grade der Verpflichtungen und akzeptiert eine unterschiedliche Umsetzung. Diejenigen Vertragsstaaten, die verfassungsrechtlich an einem umfassenden Verbot gehindert sind, sind verpflichtet, sich diesem durch Beschränkungen von Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring für Tabak durch Ausschöpfung des verfassungsrechtlich Möglichen anzunähern (statt Verbot Einschränkung).

4. Die in Art. 13 Abs. 4 FCTC festgelegten Mindestanforderungen gelten – abgesehen von lit. d – für alle Vertragsparteien, wegen der generellen Bezugnahme auf die jeweiligen verfassungsrechtlichen Möglichkeiten allerdings differenziert und mit unterschiedlichen Auswirkungen. Lit. d erlegt den Vertragsstaaten, die verfassungsrechtlich an einem umfassenden Verbot gehindert sind, besondere Bekanntgabepflichten auf. Lit. e bestätigt die Differenzierungen zwischen umfassendem Verbot und, wenn dieses verfassungsrechtlich nicht möglich ist, Einschränkungspflichten hinsichtlich der genannten Medien. Lit. f enthält eine Differenzierung zwischen Verbot und, sofern dieses verfassungsrechtlich nicht möglich ist, Beschränkung des Sponsoring.

5. Die in Art. 13 Abs. 5 FCTC festgelegte „Ermutigung“ richtet sich an alle Vertragsparteien. Auch insoweit ist aber die generell akzeptierte und in den zwar nicht rechtlich verbindlichen, aber als Auslegungshilfe heranzuziehenden Leitlinien zu Art. 13 FCTC bestätigte Differenzierung zwischen umfassendem Verbot von Werbung, Verkaufsförderung und Sponsoring für Tabak und, soweit dies verfassungsrechtlich nicht möglich ist, deren Beschränkung für die zu treffenden Maßnahmen maßgeblich.

6. Daher verpflichtet die „Ermutigung“ die Vertragsstaaten, in denen verfassungsrechtliche Hindernisse bestehen, zwar nicht zu deren Abschaffung und zur Schaffung der verfassungsrechtlichen Voraussetzung für ein vollständiges Verbot, aber zur Überprüfung, ob die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, ggf. nach einem Wandel von deren Interpretation angesichts neuer Erkenntnisse, ausgeschöpft sind.

7. Die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen werden von den jeweiligen Vertragsstaaten bestimmt. In Deutschland obliegt ihre Beurteilung zunächst der Bundesregierung bei der Initiative, Bundestag und Bundesrat beim Erlass entsprechender Gesetze, in einem möglichen Streitfall (bei Verfassungsbeschwerden der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer) dem BVerfG.