

Brüning | Rambow | Yasin

Kommunales Verbot von Außenwerbung am Beispiel alkoholhaltiger Getränke



Nomos

Kommunalrechtliche Studien

herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Brüning,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, Universität Potsdam

Band 10

Christoph Brüning | Christof Rambow | Asad Yasin

Kommunales Verbot von Außenwerbung am Beispiel alkoholhaltiger Getränke



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8270-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2070-0 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

In einem kommunalen Verbot von Werbung für alkoholhaltige Getränke auf öffentlichen Flächen und Anlagen treffen sich wie in einem Brennglas verschiedene, konfligierende Rechte und Interessen. Schlagworte wie Meinungs- und Berufsfreiheit, Jugend- und Gesundheitsschutz, Fürsorge und Bevormundung, Selbstverwaltung und Gesetzesvorrang umreißen die Spannungslage. Doch jenseits von Politik und Wirtschaftsinteressen haben kommunale Außenwerbeverbote auch und gerade eine rechtliche Tiefendimension. Sie umfassend zu vermessen ist der Inhalt dieser Studie.

Der zugrundeliegende Auftrag ist vom Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V. (ZAW), Am Weidendamm 1A, 10117 Berlin, vergeben worden. Mit den Mitgliedern des ZAW sind die Thesen konstruktiv und kontrovers diskutiert worden. Hierfür und für die Übernahme der Druckkosten sei ausdrücklich gedankt. Entstanden ist eine unabhängige Studie, die sich insbesondere der Abgrenzung von grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Schutzpflicht sowie des kommunalpolitischen vom allgemeinpolitischen Mandats annimmt.

Kiel, im März 2021

C. Brüning, C. Rambow, A. Yasin

Inhaltsverzeichnis

A. Aufmerksamkeitsfelder	11
I. Rechtliche Dimensionen	11
II. Gegenständliche Bezugspunkte	13
III. Kommunale Instrumente	15
B. Rechtlicher Rahmen	18
I. Wirtschaftswerbung als Grundrechtsausübung	18
1. Einschlägige Grundrechte	18
a) Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	19
aa) Sachlicher Schutzbereich	19
bb) Persönlicher Schutzbereich	21
cc) Eingriff und Schranken	22
b) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	25
c) Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG	26
d) Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	27
e) Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 GG	28
2. Der fürsorgliche Staat und der Mensch des Grundgesetzes	29
a) Autonome Freiheitsentfaltung	30
b) Staatliche Schutzpflichten	31
c) Gefahr der Überspannung	32
3. Verhältnismäßigkeit	34
a) Legitime öffentliche Ziele	34
b) Geeignetheit	35
c) Erforderlichkeit	36
d) Angemessenheit	39
II. Gesamtstaatliche Kompetenzordnung	41
III. Kommunale Selbstverwaltung	42
1. Grundlegende Einordnung	42
a) Begriffsbestimmung	42
b) Verfassungsrechtliche Garantien	43
c) Verhältnis zu Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip	46

2. Gewährleistungsinhalte	47
a) Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	48
aa) Gegenständliche Annäherung	48
bb) Aufgabenverteilungsprinzip	50
cc) Gegenpol der staatlichen Angelegenheiten	51
dd) Eindeutigkeit der Zuordnung	52
b) Eigenverantwortlichkeit	54
aa) Finanzhoheit	54
bb) Planungshoheit	55
cc) Satzungsautonomie	56
dd) Organisations- und Kooperationshoheit	56
ee) Kulturhoheit	58
c) Zusammenhang von Aufgabe und Aufsicht	59
3. Im Rahmen der Gesetze	59
a) Vorrang des Gesetzes	59
b) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	61
c) Einschlägiges Recht	62
aa) Nationales Recht	62
(1) Bestandsaufnahme	62
(2) Kompetenzielle Grundlagen	64
(3) Abschließender Charakter	65
bb) EU-Recht	67
(1) Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit	67
(2) Warenverkehrsfreiheit	69
(3) Rechtfertigungsaspekte	71
d) Vorbehalt des Gesetzes	72
4. Besonderheiten in Berlin	74
C. Kommunale Handlungsfelder	75
I. Satzungen	75
1. Kommunale Satzungshoheit	75
a) Verbandskompetenz	76
aa) Kommunalpolitisches oder allgemeinpolitisches Mandat?	76
bb) Kommunales Werbeverbot für alkoholhaltige Getränke	80
(1) Prägung des äußeren Erscheinungsbildes	80
(2) Beschränkung der Werbeeinhalte	81
b) Einrichtungsbetrieb	83
c) Grundrechtseingriffe	84

d) Konsequenzen	86
2. Bauplanungsrecht	86
a) Bebauungspläne	86
b) Örtliche Gestaltungssatzungen	87
c) Erhaltungssatzungen	88
II. Genehmigungstatbestände	89
1. Zweckbindung von Genehmigungen	89
2. Straßen- und Wegerecht	90
a) Außenwerbung als Sondernutzung	90
b) Nutzungsberechtigung nach TKG	92
c) Ermessensausübung	93
d) Straßenrechtliches Gestaltungskonzept	95
e) Straßenverkehrsrecht	95
3. Bauordnungsrecht	96
a) Genehmigungsbedürftige Anlagen der Außenwerbung	96
b) Gemeindliches Einvernehmen	97
4. Denkmalschutzrecht	99
III. Werbenutzungsverträge	100
1. Vertragsrecht	100
a) Rechtsnatur des Vertrages	101
b) Grundrechtsbindung statt Privatautonomie	102
c) Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge	103
aa) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	103
bb) Nichtigkeit eines entsprechenden Verwaltungsaktes	104
cc) Verstoß gegen das Kopplungsverbot	105
dd) Ermessensausübung	106
ee) Nichtigkeitsfolgen	107
d) Wirksamkeit privatrechtlicher Verträge	107
2. Schrankentrias für öffentliche Unternehmen	109
3. Vergaberecht	110
a) Dienstleistungskonzession	110
b) Strategische Beschaffung	111
4. Kartellrecht	113
IV. Ordnungsrecht	114
1. Ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse	115
a) Bauordnungsrecht	115
b) Allgemeines Gefahrenabwehr- und Ordnungsrecht	116
2. Gefahrenabwehrverordnungen	118

Inhaltsverzeichnis

D. Fazit	119
E. Zusammenfassung	121

A. Aufmerksamkeitsfelder

Werbung begegnet uns im Stadtbild auf Straßenbahnen und Stromkästen, an Plakatwänden und Bushaltestellen, auf digitalen Leinwänden und traditionellen Litfaßsäulen, auf Fahnen und Bannern bei Veranstaltungen und in den Namen von Hallen und Arenen. Geworben wird für alles, was das Herz begehrt – oder nach Ansicht der Werbenden jedenfalls begehren sollte, manchmal witzig und originell, gelegentlich anstößig und fragwürdig, immer aber Aufmerksamkeit heischend für das beworbene Produkt oder eine Marke. Exemplarisch kann insoweit auf die Werbung für alkoholische Getränke verwiesen werden. Außenwerbung gehört von alters her zum Erscheinungsbild der Städte und Gemeinden und ist mancherorts zum Wahrzeichen geworden. Wer Werbung aus dem öffentlichen Raum verbannen will, verfolgt ein gesellschaftspolitisches, mitunter auch ideologisches Ziel und gerät (verfassungs-)rechtlich wegen des damit verbundenen Eingriffs in vielfältige (Grund-)Rechte unter erheblichen Rechtfertigungszwang.

I. Rechtliche Dimensionen

Soweit für Produkte geworben wird, denen ein irgendwie geartetes Gesundheitsrisiko, insbesondere bei übermäßigem Konsum und/oder für Jugendliche, immanent ist (etwa Tabak, Alkohol, Glücksspiel), wird – gelegentlich reflexartig – nach staatlicher Regulierung gerufen. Diese Adressierung der Problemlösung hat eine höchst beachtliche Tiefendimension: Sie stellt nämlich letztlich die grundlegende Frage danach, wieviel Freiheit dem Menschen zugemutet werden kann, oder umgekehrt: in welchem Maße der Mensch vor sich selbst geschützt werden muss. Verfassungsrechtlich übersetzt findet sich die abstrakte Diskussion um das Menschenbild des Grundgesetzes in der Zulässigkeitsprüfung konkreter Grundrechtseingriffe wieder. Denn was dem Schutz des einen, des Werberezipienten, dienen soll, ist zugleich die Beeinträchtigung des anderen, des Gewerbetreibenden. Das Grundgesetz konstruiert dieses Spannungsverhältnis von der Freiheit her und verlangt vom Staat bei Einwirkungen hierauf gute überwiegende Gründe.

In diesem Zusammenhang ist das Potenzial gesellschaftlicher Selbstregulierung rechtlich relevant. Es ist ja keineswegs so, dass weder die Hersteller und Händler möglicherweise gesundheitsgefährdender Produkte noch deren Konsumenten ein Problembewusstsein hätten.¹ Hierher rechnen einerseits die vielfältigen Leitbilder und Selbstbeschränkungen, die sich einschlägige Branchen gegeben bzw. auferlegt haben und deren Einhaltung sie kontrollieren.² Andererseits sind Aufklärungskampagnen sowie Informationsmaßnahmen und -hinweise zu nennen, die – ob staatlich oder privat veranlasst – unterhalb der Schwelle von Verboten auf die Kenntnis von und die Einstellung zu bestimmten Konsumfolgen einwirken und das Verbraucherverhalten dadurch verändern.³ Wenn und soweit damit ein hinreichendes Schutzniveau erreicht wird, muss geprüft werden, inwieweit schärfere staatliche Zugriffe auf die autonome Willensbildung der Menschen überhaupt noch verhältnismäßig sein können.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der deutsche Werbemarkt keine einsame Insel darstellt, sondern in den größeren Zusammenhang der Europäischen Union eingebettet ist. Bei Beschränkungen des Waren- und Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt beanspruchen daher die Grundfreiheiten unmittelbar Geltung und stellen Handelsregelungen der Mitgliedstaaten, die geeignet sind, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, unter Rechtfertigungszwang.⁴ Da dieser Grundsatz auch auf staatliche Maßnahmen anwendbar ist, die unterschiedslos für eingeführte und einheimische Waren gelten,⁵ ist das Problem beschrieben. Zwar bilden bloße Verkaufsmodalitäten tat-

1 Siehe etwa den Bericht 2017/2018 „Arbeitskreis Alkohol und Verantwortung“, den der gleichnamige Arbeitskreis, gegründet im Jahr 2005 vom Bundesverband der Deutschen Spirituosen-Industrie und -Importeure e.V. (BSI) auf der Basis des Grundsatzpapiers „Alkohol und Verantwortung“, mit Stand 02/2019 veröffentlicht hat.

2 Vgl. „Verhaltensregeln des Deutschen Werberats für Werbung für alkoholhaltige Getränke + Social-Media-Leitlinien für die Hersteller alkoholhaltiger Getränke“ (Fassung 2009 Verhaltensregeln und 2015 Erläuterungen Social Media); „Leitfaden für ein verantwortungsvolles Sponsoring“ des Deutschen Brauer-Bundes e.V.; „Brauer-Kodex“ in der redigierten Fassung 02/2018 des Deutschen Brauer-Bundes e.V.; Informations- und Aufklärungsprogramm des Weinsektors im Rahmen der WINEinMODERATION-Initiative; Grundsatzpapier „Alkohol und Verantwortung“ (4. Aufl. 2014) des Bundesverbandes der Deutschen Spirituosen-Industrie und -Importeure e.V. (BSI).

3 Vgl. die „Nationale Strategie zur Drogen- und Suchtpolitik“, veröffentlicht 2012 von der Drogenbeauftragten der Bundesregierung.

4 Grundlegend EuGH Slg. 1974, 837 Rn. 5 – Dassonville.

5 EuGH Slg. 1979, 649 Rn. 14 – Rewe.

bestandlich keine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit.⁶ Da dazu Werbeverbote, die sich auf den Inhalt oder das Erscheinungsbild eines Produkts beziehen, aber nicht gehören,⁷ weil sie gerade den Marktzutritt neuer Produkte ausländischer Anbieter behindern, stoßen sie auch auf unionsrechtliche Hindernisse.

Auf nationaler Ebene muss sich jede staatliche Regelung, so auch ein Werbeverbot für alkoholhaltige Getränke, in das grundgesetzliche Kompetenzgefüge einordnen und bei gegebener Zuständigkeit höher- und damit vorrangiges Recht einhalten. Das gilt namentlich für die sog. Kommunen, hier gemeint als Sammelbezeichnung für Städte, Gemeinden und (Land-)Kreise als Selbstverwaltungsträger im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG.⁸ Kompetenzuell kommt damit die altbekannte, gleichwohl immer wieder zu aktualisierende Abgrenzungsproblematik des allgemein- vom kommunalpolitischen Mandats in neuem Gewand daher. In der Sache ist zu klären, was die Satzungshoheit an grundrechtsrelevanten Regelungen zu tragen vermag. Sodann muss beantwortet werden, welchen kommunalen Gestaltungsspielraum das vorhandene Fachrecht überhaupt noch lässt. Mit Blick auf die kommunalen Handlungsinstrumente geraten vor allem Genehmigungen kommunaler Behörden sowie Verträge der Kommunen und ihrer öffentlichen Unternehmen mit der Werbewirtschaft in den Fokus.

II. Gegenständliche Bezugspunkte

Um den sachlichen Anwendungsbereich rechtlicher Entscheidungen und Maßnahmen ausloten zu können, müssen die tatsächlichen Bezugsobjekte klar sein, konkret: Auf/Mit welchen Anlagen wird Werbung geschaltet? Für die personale Betroffenheit spielt sodann vor allem die Eigentümerstellung oder sonstige rechtliche Verfügungsgewalt über Werbeanlagen eine maßgebliche Rolle. Danach ergibt sich folgende Typisierung:

- Werbeanlagen/-flächen an bzw. auf in der Verwaltungsträgerschaft der Gemeinde befindlichen **öffentlichen Sachen im weiteren Sinn**, insbesondere an Verwaltungsgebäuden, auf öffentlichen Straßen und Grünflächen, an Anlagen und Fahrzeugen der gemeindeeigenen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe;

6 Grundlegend EuGH Slg. 1993, I-6097 Rn. 14 – Keck.

7 Vgl. EuGH Slg. 1994, I-317 Rn. 13 ff. – Clinique.

8 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (BGBl. S. 1) zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.09.2020 (BGBl. I S. 2048).