

# Öffentliches Recht (Rechts- und Juristenmanagement)

## Modul 3 Das „Mehrebenenmodell“ anhand des Paradigmas von Tabakwerbeverboten

**Szenario A: Deutsches Tabakwerbeverbot**

**Szenario B: Europäisches Tabakwerbeverbot –  
eine rechtsgeschichtliche und politische  
Erfahrung**

**Szenario C: Divergenz zwischen europäischer und  
deutscher Ebene**

# Gliederung:

## Szenario A – Deutsches Tabakwerbeverbot

- I. Begriff und Konturen einer Verfassung
  1. Verfassungsbegriff
  2. Bedeutung einer Verfassung
  3. Gesetzgeber
  4. Inhalt des Grundgesetzes
  5. Deutsche verfassungsrechtliche Akteure in einer Gewaltenteilungsbetrachtung
- II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit
  1. RER-Schema
  2. Recht
  3. Eingriff
  4. Rechtfertigung
    - a. Spezielle Schranken
      - aa) „Allgemeines Gesetz“
      - bb) „Schutz der Jugend“

# Gliederung:

## Szenario A – Deutsches Tabakwerbeverbot



- cc) „Recht der persönlichen Ehre“
- b. Allgemeine Schranke: Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne
  - aa) Geeignetheit
  - bb) Erforderlichkeit
  - cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne
- III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit
  - 1. Recht
  - 2. Eingriff
  - 3. Rechtfertigung
    - a. Spezielle Schranken
    - b. Allgemeine Schranke: Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne
      - aa) Geeignetheit
      - bb) Erforderlichkeit
      - cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne
- IV. Ergebnis zu Szenario A

## Szenario A – Deutsches Tabakwerbeverbot

Ein deutsches Gesetz („Tabakwerbeverbotsgesetz“) verbietet jegliche Werbung für Tabakprodukte.

**Ist das Gesetz (verfassungs-)rechtmäßig?**

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 1. Verfassungsbegriff

1.	<b>Formell</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ entsteht als Akt verfassungsgebender Gewalt</li><li>➤ Änderung nur mit qualifizierter Mehrheit (Art. 79 Abs. 2 GG)</li></ul>
2.	<b>Materiell</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Gesamtheit der Regeln über die Leitung des Staates und über die Stellung des Bürgers im Staat</li></ul>

**FEX (Für Experten):** Präsentiert wird einer von unzähligen Verfassungsbegriffen aus der Literatur.

# 1. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 2. Bedeutung einer Verfassung

Nach der Normenhierarchie muss sich jedes so genannte „einfache Gesetz“ – wie das Tabakwerbeverbotsgesetz – an der Verfassung messen lassen.

Grundsätzlich werden

➤ **formelle Verfassungsmäßigkeit** (KVF-Prüfung: **K**ompetenz, **V**erfahren, **F**orm)

und

➤ **materielle Verfassungsmäßigkeit** (Vereinbarkeit insbesondere mit den Grundrechten, RER-Prüfung: **R**echt, **E**ingriff, **R**echtferdigung) unterschieden.

Die folgende Falllösung konzentriert sich auf die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Tabakwerbeverbotsgesetzes. Diese Prüfung hat eine Kontrolle des parlamentarisch legitimierten Gesetzgebers zur Folge.

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 3. Gesetzgeber

Das Grundgesetz unterscheidet hinsichtlich der Bundesgesetze zwischen Einspruchs- und Zustimmungsgesetzen.

- **Einspruchsgesetze:** Hier ist der **Bundestag maßgebender Gesetzgeber**. Der Bundesrat kann zwar gegen ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz Einspruch einlegen. Dieser Einspruch kann jedoch vom Bundestag überstimmt werden (Art. 77 Abs. 4, 78 Alt. 5 GG).
- **Zustimmungsgesetze:** Für das Zustandekommen von Zustimmungsgesetzen bedarf es neben der Beschlussfassung im Bundestages auch der Zustimmung des Bundesrates. Bei Zustimmungsgesetzen sind also **Bundestag und Bundesrat Gesetzgeber**.

Im Rahmen der Bundesgesetzgebung gilt das Prinzip, dass nur hinsichtlich der Gesetzesmaterien, bei denen das Grundgesetz ausdrücklich das Zustimmungserfordernis anordnet, von Zustimmungsgesetzen auszugehen ist und bei den sonstigen Materien die Einspruchsgesetzgebung greift.

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 3. Gesetzgeber

### Verfahren bei Gesetzesbeschlüssen [Art. 77 GG]

(1) Die Bundesgesetze werden **vom Bundestag beschlossen**. [...]

(2) [...]

(2a) Soweit zu einem Gesetz die **Zustimmung** des Bundesrates erforderlich ist, hat der Bundesrat [...] in angemessener Frist über die Zustimmung Beschluss zu fassen.

(3) Soweit zu einem Gesetz die Zustimmung des Bundesrates nicht erforderlich ist, kann der Bundesrat [...] gegen ein vom Bundestage beschlossenes Gesetz binnen zwei Wochen **Einspruch** einlegen.[...]

(4) Wird der **Einspruch** mit der Mehrheit der Stimmen des Bundesrates beschlossen, so **kann** er durch Beschluss der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages **zurückgewiesen werden**. Hat der Bundesrat den Einspruch mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln seiner Stimmen beschlossen, so bedarf die Zurückweisung durch den Bundestag einer Mehrheit von zwei Dritteln, mindestens der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages.

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 3. Gesetzgeber

### **Zustandekommen von Bundesgesetzen [Art. 78 GG]**

Ein vom Bundestage beschlossenes Gesetz kommt zustande, wenn der Bundesrat zustimmt, [...] innerhalb der Frist des Artikels 77 Abs. 3 keinen Einspruch einlegt oder ihn zurücknimmt oder wenn der Einspruch vom Bundestage überstimmt wird.

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 4. Inhalt des Grundgesetzes

Abschnitt / Artikel	Inhalt	Bedeutung	Detail
I / Art. 1-19	„Grundrechte“	Subjektiv-öffentliche Rechte, die <b>einklagbar</b> sind. Das Leben im Ganzen spiegelt sich – wenn auch im Wortlaut oft nicht eindeutig – in den einzelnen Garantiearten wider.	Von den speziellen Gewährleistungen (...Eigentum, Lebensgemeinschaft, Beruf, Versammlung, Glauben ...) bis zum Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit.

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 4. Inhalt des Grundgesetzes

Abschnitt / Artikel	Inhalt	Bedeutung	Detail
II / Art. 20-37	„Bund und Länder“	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Prinzipien und Garantien von nicht überschätzbarer Bedeutung für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung in der BRD</li> <li>2. Vorrang des Bundesrechts vor Landesrecht</li> <li>3. Unmittelbare Geltung der „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“</li> <li>4. Öffnungsklausel für die Europäische Einigung</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Rechtsstaat, Sozialstaat, Staatsziel „Umweltschutz“, Kommunale Selbstverwaltung, grundsätzliche Zuständigkeit der Länder (Art. 30 GG)</li> <li>➤ Art. 31 GG</li> <li>➤ Art. 25 GG</li> <li>➤ Art. 23 GG</li> </ul>
III / Art. 38-48	„Bundestag“	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Wahlgrundsätze</li> <li>2. Untersuchungsausschüsse</li> <li>3. Ausschuss für EU</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Art. 38, 39, 47, 48 GG</li> <li>➤ Art. 44 GG</li> <li>➤ Art. 45 GG</li> </ul>

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 4. Inhalt des Grundgesetzes

Abschnitt / Artikel	Inhalt	Bedeutung	Detail
IV / Art. 50-53	„Bundesrat“	1.Aufgaben 2.Exekutive	➤ Art. 50 GG ➤ Art. 51 GG
IVa / Art. 53a	„Gemeinsamer Ausschuss“	1.Zusammensetzung, Verfahren 2.Informationsrecht	➤ Art. 53a Abs. 1 GG ➤ Art. 53a Abs. 2 S. 1 GG
V / Art. 54-61	„Bundespräsident“	1.Aufgaben 2.„Überparteilichkeit“	➤ Art. 59, 60 und Art. 58 i.V.m. 82 GG ➤ Art. 55 GG
VI / Art. 62-69	„Bundesregierung“	1.Aufgaben 2.Streitkräfte	➤ Art. 65 GG ➤ Art. 65a GG

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 4. Inhalt des Grundgesetzes

Abschnitt/ Artikel	Inhalt	Bedeutung	Detail
VII / Art. 70-82	„Gesetzgebung des Bundes“	1. Lässt auch Rückschlüsse auf Länderkompetenzen zu 2. Gesetzgebungsverfahren 3. Grundgesetzänderung	➤ Art. 70- 74 GG  ➤ Art. 77, 78 GG ➤ Art. 79 GG
VIII / Art. 83-91	„Ausführung der Bundesgesetze und die Bundes- verwaltung“	1. Landesverwaltung  2. Bundesverwaltung 3. Privatisierung von Eisen- bahn, Telekommunikation	➤ Es wird zwischen Landeseigenverwaltung (Art. 83, 84 GG) und Landesverwaltung im Auftrag des Bundes (Art. 85 GG) unterschieden. ➤ Art. 86 GG ➤ Art. 87e und 87f GG

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 4. Inhalt des Grundgesetzes

Abschnitt / Artikel	Inhalt	Bedeutung	Detail
VIIIa / Art. 91a - 91d	„Gemeinschaftsaufgaben, Verwaltungszusammenarbeit“	<p>1. Pflicht des Bundes zur Mitwirkung an bestimmten Länderaufgaben durch Erlass von Bundesgesetzen</p> <p>2. Zusammenwirkung von Bund und Ländern auf der Grundlage von Vereinbarungen (Verträgen) in den Bereichen Forschungsförderung und Feststellung der Leistungsfähigkeit des Bildungswesens (z.B. PISA)</p> <p>3. Mischverwaltung im Bereich der IT-Zusammenarbeit</p> <p>4. Vergleichsstudien zur Leistungsfähigkeit von Verwaltungen des Bundes und der Länder („Benchmarking“)</p>	<p>➤ Art. 91a GG</p> <p>➤ Art. 91b GG</p> <p>➤ Art. 91c GG</p> <p>➤ Art. 91d GG</p>

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 4. Inhalt des Grundgesetzes

Abschnitt/ Artikel	Inhalt	Bedeutung	Detail
IX / Art. 92-104	„Rechtsprechung“	1. Bundesverfassungsgericht 2. Bundesgerichte 3. Gerichte der Länder 4. Wichtige Verfahrensbestimmungen	Art. 93f. GG Art. 95f. GG  Art. 101ff. GG
X / Art. 104a- 115	„Finanzwesen“	nicht im Blickwinkel dieser Veranstaltung – Rechtsgebiet mit höchster Komplexität und von höchster Bedeutung für die Verwirklichung von Staatlichkeit und Privatheit	
Xa / Art. 115a-I	„Verteidigungsfall“	Aktuelles Themenfeld: Können „Cyberattacken“ einen Verteidigungsfall begründen? *	
XI / Art. 116 –146	„Übergangs- und Schlussbestimmungen“	Bedeutende Vorschriften, wie zur Definition des „Deutschen“ (Art. 116 GG)	

\*Zu den „Cyberattacken“ Schmidt-Radefeldt, in: BeckOK GG, Edition 15, Stand 01.07.2012, Art. 115a Rn. 4; Epping, in Maunz/Dürig, GG, 65. EG 2012, Art. 115a Rn. 44; Stein / Marauhn, Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen, ZaöRV 2000, S. 1 ff. (8).

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 5. Deutsche verfassungsrechtliche Akteure in einer Gewaltenteilungsbetrachtung

	Exekutive	Legislative	Judikative
	Regierung Verwaltung	Bundestag Bundesrat (setzt sich aus Mitgliedern der Exekutive in den Ländern zusammen)	Bundesverfassungsgericht
<b>Funktionen in Parallele zu einem Kraftfahrzeug</b>	Regierung als „Motor“ Verwaltung als „Räder“	„Karosseriedesign“ ➤ durch demokratisch gewählte Abgeordnete des Bundestags, die das Volk repräsentieren sollen: Art. 38 Abs. 1 GG: Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in <b>allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer</b> Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. ➤ und durch Vertreter der Länder	„Wartungs- und Kontrollsystem“

# I. Begriff und Konturen einer Verfassung

## 5. Deutsche verfassungsrechtliche Akteure in einer Gewaltenteilungsbetrachtung

<b>Bürger</b>	Zugangsanspruch zu öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG)	Aktives und passives Wahlrecht (Art. 38 Abs. 2 2.Alt. GG)	Bürger als Beschwerdeführer, wenn er in seinen Rechten verletzt ist (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)
<b>Bundespräsident</b>	Begnadigungen (Art. 60 Abs. 2 GG), Völkerrechtliche Vertretung (Art. 59 Abs. 1 S. 1 GG)	Prüfung, Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG)	Ernennungen von Bundesrichtern (Art. 60 Abs.1 Alt. 1 GG)

# Szenario A – Deutsches Tabakwerbeverbot



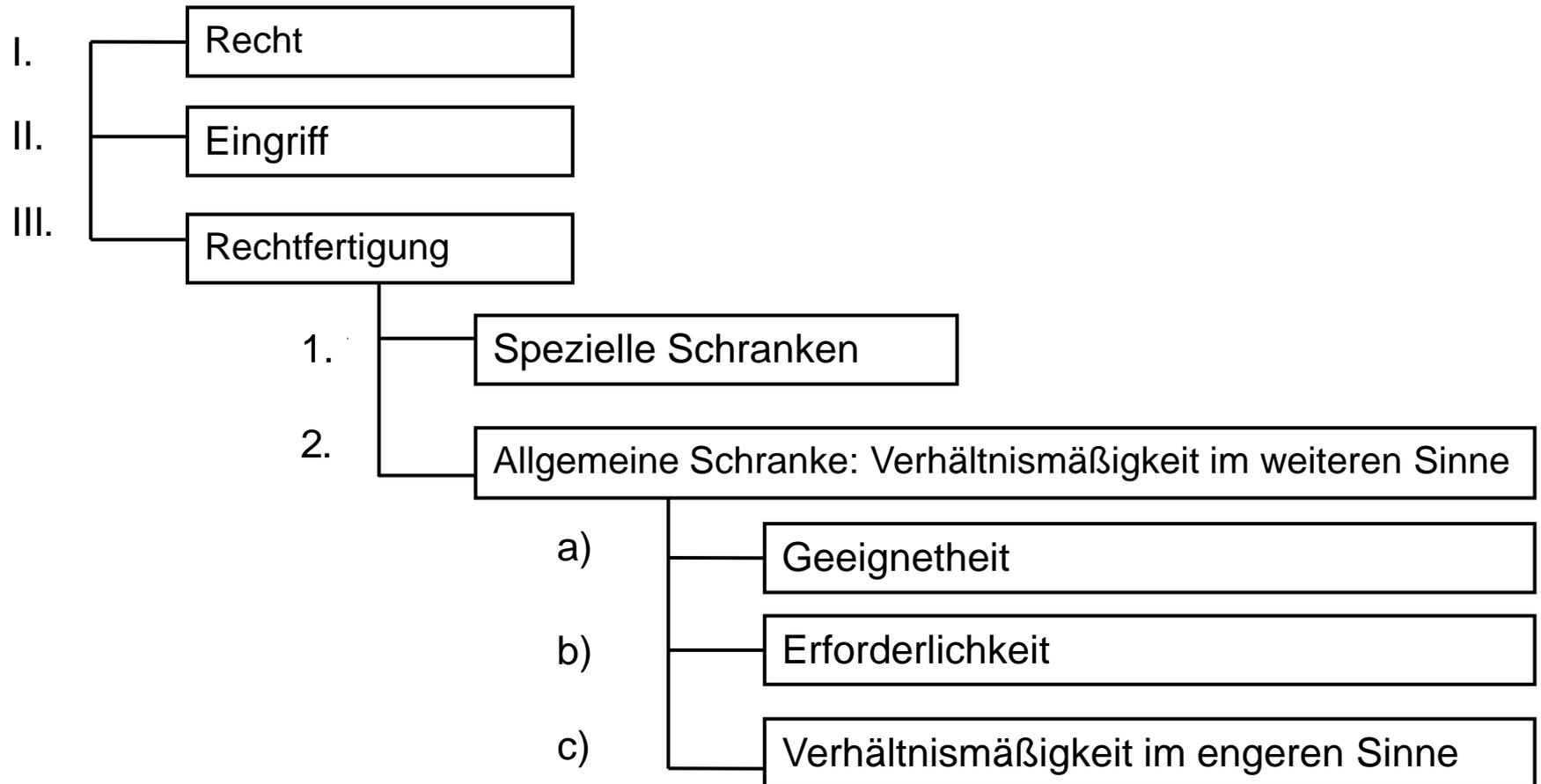
TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

Ein deutsches Gesetz („Tabakwerbeverbotsgesetz“) verbietet jegliche Werbung für Tabakprodukte.

**Ist das Gesetz (verfassungs-)rechtmäßig?**

# II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

## 1. RER-Schema



## II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

### 1. RER-Schema

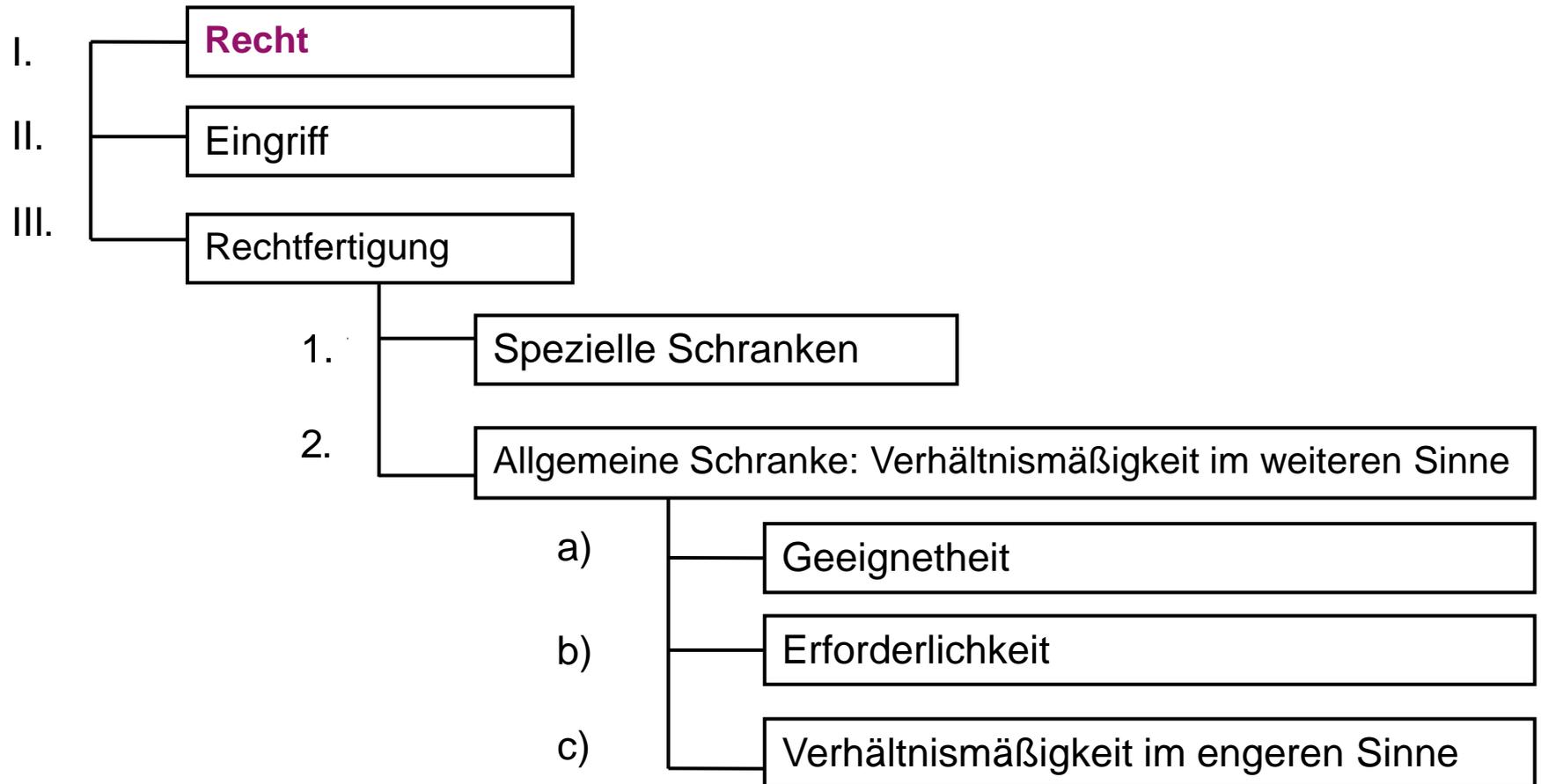
„**RER-Prüfung**“ ist eine **FÖR-Terminologie**, die der besseren Einprägung eines Prüfschemas zur Feststellung der Verletzung der subjektiven Rechte einer Person durch staatlich zurechenbare Maßnahmen – also etwa durch Maßnahmen des Gesetzgebers, einer Behörde oder eines Gerichts – dienen soll. Quintessenz ist, dass der Staat sich mit der RER-Prüfung für sein Handeln vor den Gerichten **rechtfertigen** muss.

Eine solche Rechtsverletzung liegt vor, wenn

- 1) der Geltungsbereich eines Rechts einer Person eröffnet ist – **Recht**,
- 2) in dieses Recht durch eine staatlich zurechenbare Maßnahme eingegriffen wird – **Eingriff** – und
- 3) keine **Rechtfertigung** für diesen Eingriff – insbesondere wegen Nichtbeachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – besteht.

# II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

## 2. Recht



## II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

### 2. Recht

#### **Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG [Grundgesetz]**

Jeder hat das **Recht**, seine **Meinung** in Wort, Schrift und Bild **frei zu äußern und zu verbreiten** und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

## II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

### 2. Recht

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist charakteristisch für die Meinung...

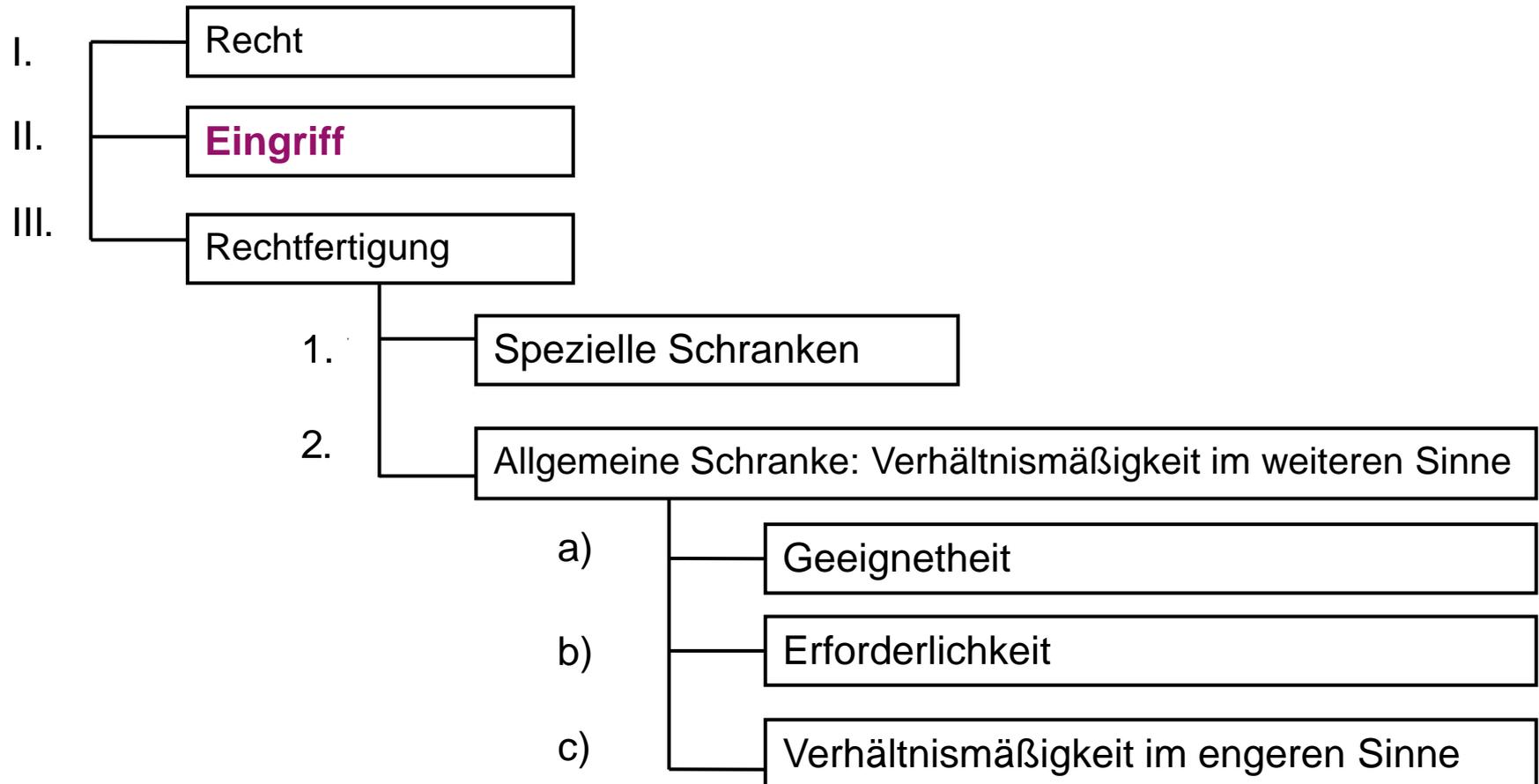
*„[...] das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung; auf den Wert, die Richtigkeit, die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an. [...]“ (BVerfGE 61, 1, 8 - „Wahlkampfäußerung“).*

Das Recht auf Meinungsäußerung könnte Äußerungen in der Wirtschaftswerbung umfassen. **Jede Meinung, auch die kommerzielle, soll nach Literatur und Rechtsprechung von der Meinungsfreiheit geschützt werden.\*** Demzufolge ist der Geltungsbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG für die Tabakwerbung eröffnet.

\* Auf Nachweise wird aus didaktischen Gründen verzichtet.

# II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

## 3. Eingriff



## II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

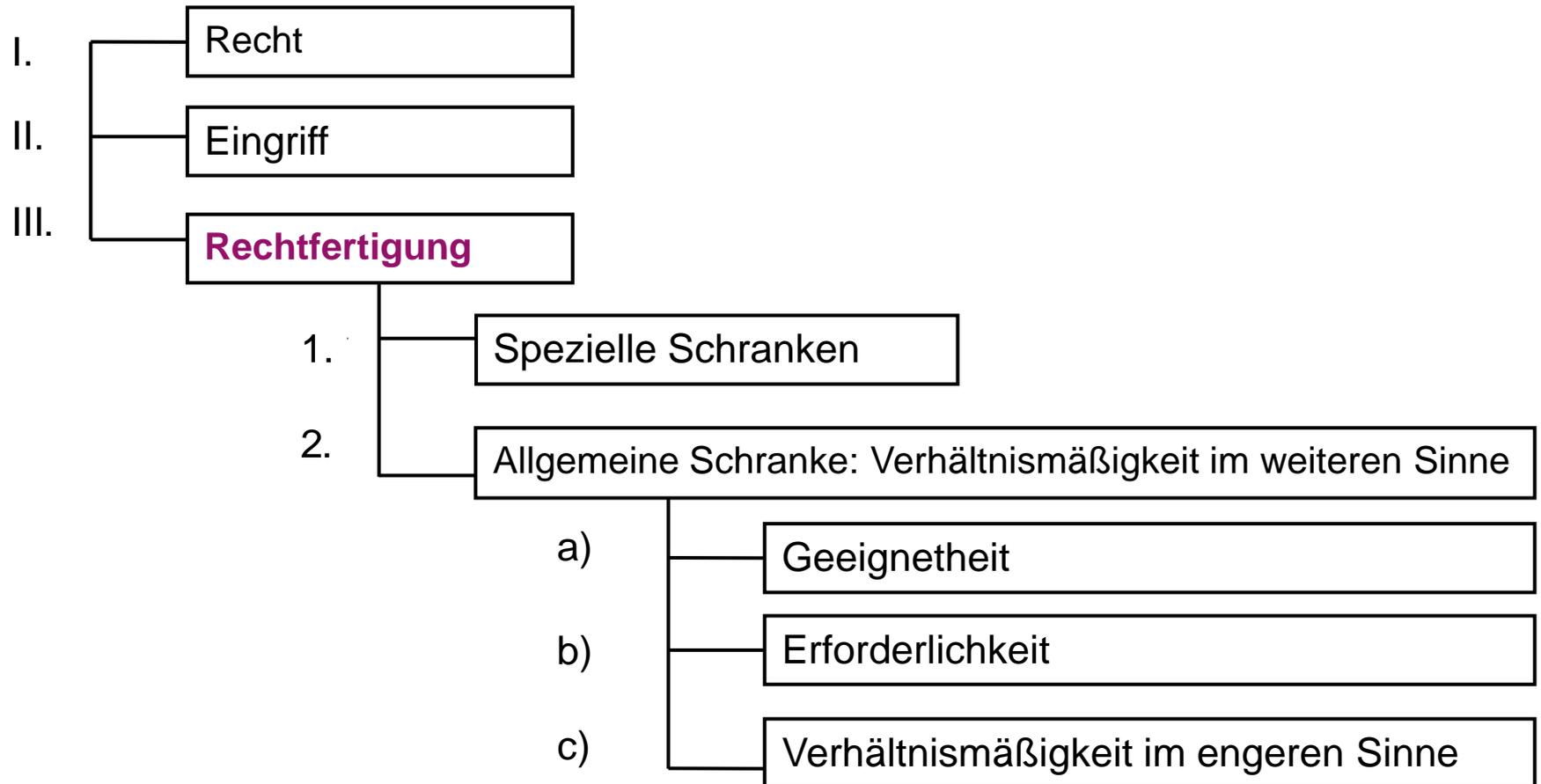
### 3. Eingriff

---

Das Tabakwerbeverbotsgesetz verbietet Tabakwerbung und greift demzufolge in die Meinungsfreiheit ein.

# II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

## 4. Rechtfertigung



## II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

### 4. Rechtfertigung

#### a. Spezielle Schranken



#### **FÖR Glossar:**

„Spezielle Schranken“ sind solche Schranken, die im Normtext (hier GG) genannt sind oder kraft dogmatischer Auslegung die Grundrechtsverwirklichung einschränken (etwa im Wege der Konkordanz oder der Wechselwirkung).

#### **Art. 5 Abs. 2 GG**

Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der **allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend** und in dem **Recht der persönlichen Ehre**.

## aa) „Allgemeine Gesetze“

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sind Gesetze dann „**allgemein**“, wenn sie...

*„[...] sich nicht gegen eine Meinung als solche richten und [...] sie dem Schutz eines Gemeinschaftswertes dienen, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.“* ([BVerfGE 7, 198 \(209ff.\)](#)) - „Lüth“; [BVerfGE 97, 125 \(146\)](#) - „Caroline von Monaco I“)

### **Zusammengefasst:**

- kein Sonderrecht gegen eine bestimmte Meinung.
- Eingriff erfolgt zugunsten eines vorrangigen Rechtsguts.

## aa) „Allgemeine Gesetze“

Das Tabakwerbeverbot soll dem Schutz der Gesundheit dienen (**Rechtfertigungsrechtsgut**). Dieses Rechtfertigungsrechtsgut könnte gegenüber der Meinungsfreiheit (**Eingriffsrechtsgut**) Vorrang beanspruchen. Es könnte sich beim Tabakwerbeverbot also um ein „allgemeines Gesetz“ (Art. 5 Abs. 2 GG) handeln.

## aa) „Allgemeine Gesetze“

**FEX: Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts gegen bestimmte Meinungen** (BVerfG, Beschluss vom 04.11.2009, 1 BvR 2150/08 – „Wunsiedel“, Erster Leitsatz):

*„ [...] Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegen-entwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.“*

## aa) „Allgemeine Gesetze“

**FEX:** Siehe im Folgenden aber die Konkretisierung und Einschränkung des Sonderrechtsverständnisses ([BVerfG, Beschluss vom 04.11.2009, 1 BvR 2150/08](#) – „Wunsiedel“, Rn. 63):

*„Art. 5 Abs. 2 GG legt einen Begriff des allgemeinen Gesetzes zugrunde, nach dem die Schwelle zum Sonderrecht nicht schon erreicht wird, wenn ein meinungsbeschränkendes Gesetz überhaupt an Meinungsinhalte anknüpft, sondern erst dann, wenn bereits der Tatbestand konkret-standpunktbezogene Anknüpfungen enthält und die Norm damit nicht meinungsneutral ausgestaltet ist. Das in dem Erfordernis der Allgemeinheit liegende Verbot von Sonderrecht gewährleistet nach dieser Auffassung einen Schutz vor Diskriminierung in Anknüpfung an bestimmte Meinungen und politische Anschauungen [...] und sichert damit rechtsstaatliche Distanz zum Schutz der Meinungsfreiheit.“*

## bb) „Schutze der Jugend“

Es ist zu prüfen, ob der **Schutz der Jugend (grammatische Auslegung: von Kindern und Jugendlichen)** ein Tabakwerbeverbot rechtfertigt. Die Frage ist umstritten:

- **Für** ein Werbeverbot könnte sprechen, dass die Mehrheit der Raucher bereits in frühem Alter mit dem Nikotingenuss bekannt gemacht wurde.
- **Gegen** ein Werbeverbot könnte sprechen, dass viele Kinder und Jugendliche einmal oder mehrmals zur Zigarette gegriffen haben und nicht süchtig wurden.

Das BVerfG würde voraussichtlich eine **Einschätzungsprärogative** des Gesetzgebers akzeptieren.

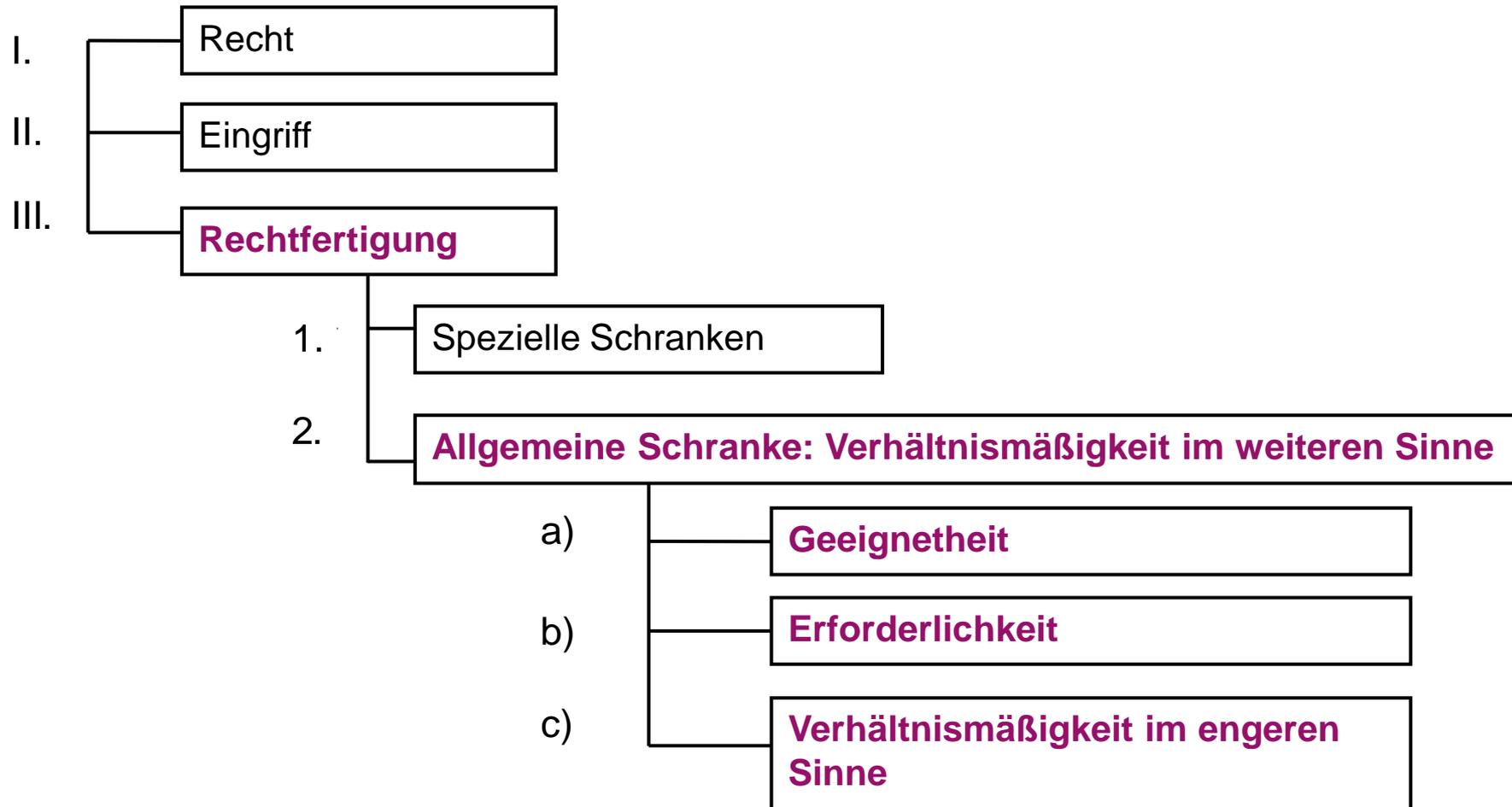
## cc) „Recht der persönlichen Ehre“

---

Für eine Rechtfertigung des Tabakwerbeverbots durch das „**Recht der persönlichen Ehre**“ sind keine Anhaltspunkte im Sachverhalt ersichtlich.

## II. Tabakwerbeverbot und Meinungsfreiheit

### 4. b. Allgemeine Schranke: Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne



## aa) Geeignetheit

<b>Geeignetheit</b>	Eingriff muss geeignet sein, um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
<b>Erforderlichkeit</b>	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
<b>Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne</b>	Schwere des Eingriffs in das Eingriffsrechtsgut darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundrechtseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

## aa) Geeignetheit

Der Zusammenhang zwischen Werbung und Tabakkonsum konnte bisher wissenschaftlich nicht eindeutig belegt werden. Einige Studien bejahen den Zusammenhang, andere kommen zu dem Schluss, dass Werbung für Tabakprodukte lediglich der Verlagerung von Marktanteilen dient, aber keinen Einfluss auf den Umfang des Gesamtkonsums hat. Wäre ein wissenschaftlich stichhaltiger Nachweis eines Ursache-Wirkung-Zusammenhangs zwischen Werbung und Konsum erforderlich, wäre das Verbot der Tabakwerbung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung als nicht geeignet einzustufen. Dem Gesetzgeber kommt aber ein **Einschätzungsspielraum**\* zu, der um so weiter ist, je bedeutender das zu schützende Rechtsgut ist. Bei einem so herausragenden Rechtsgut wie es die Gesundheit weiter Bevölkerungskreise darstellt, ist dementsprechend kein wissenschaftlicher Kausalitätsnachweis erforderlich, damit der Gesetzgeber ein Tabakwerbeverbotsgesetz erlassen darf.

\* Zur Konkretisierung des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers bei Beurteilung der Geeignetheit [BVerfGE 90, 145](#) – „Cannabis“ und [BVerfG, Beschluss vom 29.06.2004, 2 BvL 8/02](#) – „BtMG“.

## bb) Erforderlichkeit

Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
<b>Erforderlichkeit</b>	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	Schwere des Eingriffs in das Eingriffsrechtsgut darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundrechtseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

## bb) Erforderlichkeit

- Als weniger eingreifende Mittel, um den durch Werbung bedingten Tabakkonsum einzuschränken, könnten etwa Selbstbeschränkungen der Werbewirtschaft in Betracht kommen oder ein nur begrenztes Werbeverbot, das ausschließlich solche Werbung erfasst, die sich an Jugendliche als Zielgruppe richtet. **Die Effektivität solcher Maßnahmen erscheint aber nicht als gleichermaßen hoch wie für ein absolutes Werbeverbot.**
- Auch die bekannte Etikettierungspflicht (etwa „Rauchen schadet der Gesundheit“) ist kein mildereres, gleich effektives Mittel, wie der weitere Konsum von Nikotin und Tabak zeigt (insbesondere auch der Verkauf von Hüllen, die die Etikettierung überdecken) (Das Bundesverfassungsgericht hat Warnhinweise auf Zigarettenpackungen bereits als geeignet, erforderlich und angemessen erachtet, um die Volksgesundheit zu schützen, **BVerfGE 95, 173** –„Tabaketikettierung“).

## cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
Erforderlichkeit	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
<b>Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne</b>	Schwere des Eingriffs in das Eingriffsrechtsgut darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundrechtseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

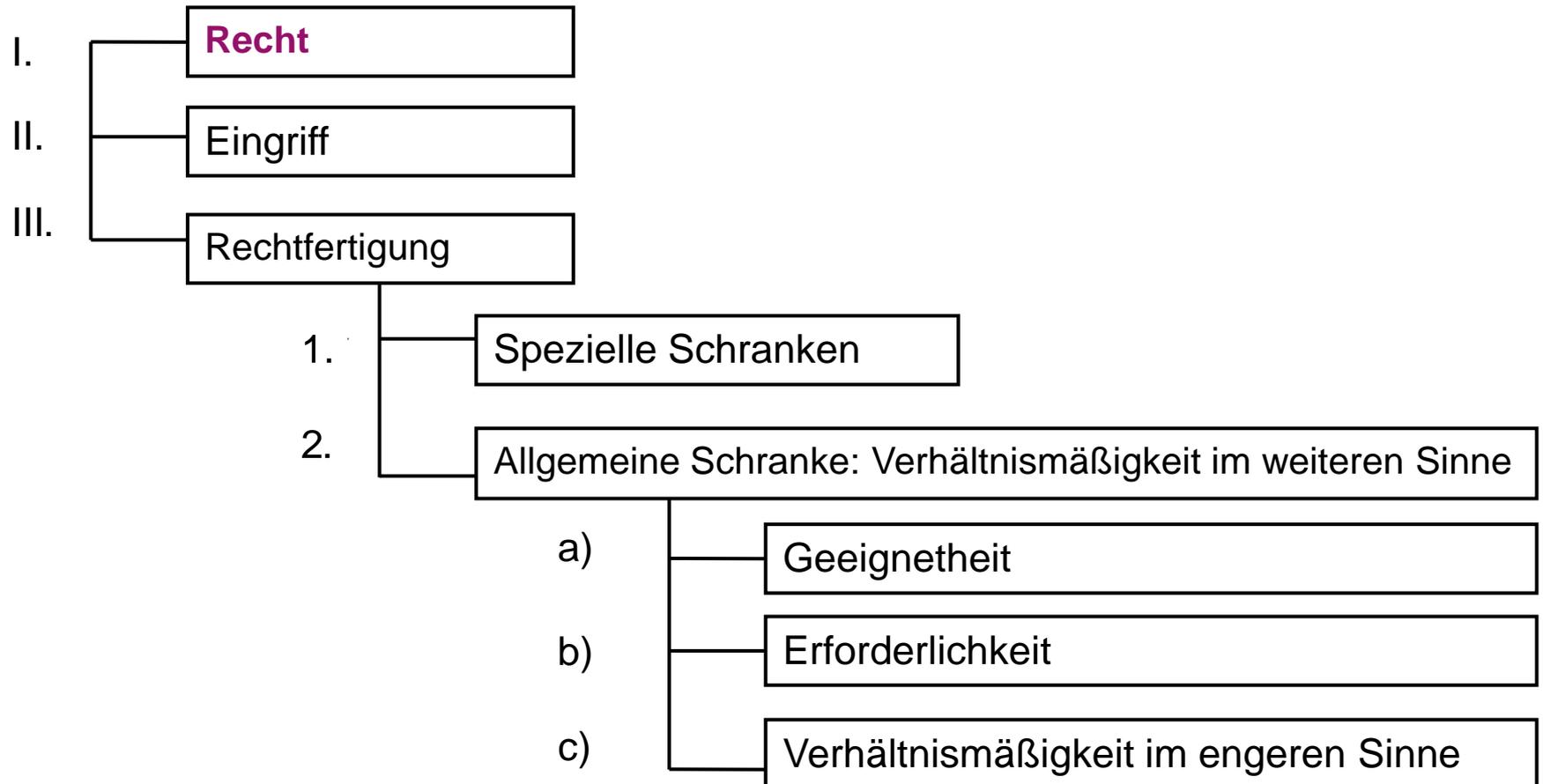
## cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Bei einer Abwägung zwischen dem Eingriffsrechtsgut der werblichen Meinungsfreiheit und dem Rechtfertigungsrechtsgut „Volksgesundheit“ erscheint es als nicht rechtsfehlerhaft, letzteres höher zu gewichten. Gegenüber jährlich vielen tausend Menschen, deren Tod sich auf den Tabakkonsum zurückführen lässt, ist die Beschränkung eines nicht sehr umfassenden Teils der Meinungsäußerungsfreiheit gerechtfertigt.

**Vertretbar ist aber auch ein anderes Ergebnis**, das dazu führt, dass ein Werbeverbot verfassungswidrig wäre.

# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 1. Recht



# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 1. Recht

### Art. 12 Abs. 1 GG

Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsplatz frei zu wählen. Die **Berufsausübung** kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Die **Berufsausübungsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) folgender Marktteilnehmer ist betroffen:

- Tabakunternehmen
- Werbedienstleister
- Tabakverkaufsstellen.

## IV. Ergebnis zu Szenario A

Der Eingriff in die Meinungs- und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit durch das Tabakwerbeverbotsgesetz könnte verhältnismäßig sein.

Ohne eine Entscheidung des BVerfG ist aber - insbesondere unter Berufung auf die Literatur \* - nicht ausgeschlossen, dass ein solches Tabakwerbeverbotsgesetz verfassungswidrig wäre.

(Die inzwischen erlassene Richtlinie 2003/33/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen vom 26.05.2003 [Abl. Nr. L 152, 16] soll für dieses hypothetische Szenario außer Betracht bleiben).

\* So wird die Geeignetheit und/oder Erforderlichkeit eines Tabakwerbeverbots für den Gesundheitsschutz - wenn auch nicht anhand eines deutschen Tabakwerbeverbotsgesetzes, sondern anhand der Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft 98/43/EG – zum Beispiel abgelehnt von: Schneider, Tollhaus Europa – Unzeitgemäßes zum Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, NJW 1998, S. 576 (578); Stiess/Hellert, Kein Ende der Tabakwerbung – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2000, Rs. C-376/98. ZUM 2000, 1038 (1045); Wägenbaur, Das gemeinschaftsweite Verbot der Tabakwerbung – Heiligt der Zweck die Mittel?, EuZW 1999, 144 (149).

# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 1. Recht

### Art. 14 Abs. 1 GG

(1) Das **Eigentum** und Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

Das **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** als Ausprägung des Eigentumsrechts der Marktteilnehmer (Tabakunternehmer, Werbedienstleister, Tabakverkaufsstellen) könnte neben ihrer Berufsausübungsfreiheit betroffen sein. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb wird als tatsächliche Zusammenfassung der zum Vermögen eines Unternehmens gehörenden Sachen und Rechte definiert. Vom Bundesverfassungsgericht wurde bislang jedoch offen gelassen, ob und inwieweit der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb vom Eigentumsrecht des Art. 14 GG erfasst ist.\*

\* Vgl. hierzu und zur Definition aus der jüngeren Rechtsprechung [BVerfG, Beschluss vom 10.6.2009, 1 BvR 198/08](#) (Rn.19ff.) – „Omnibusunternehmen“.

# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 1. Recht

In der **FÖR-Terminologie** werden die Berufsausübungsfreiheit und die Eigentumsfreiheit als „**wirtschaftliche Betätigungsfreiheit**“\* interpretiert (teleologische Auslegung, **FÖR-Kombinationsthese**). Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit folgender Marktteilnehmer ist betroffen:

- der **Tabakunternehmen**, weil Sie für ihre Produkte nicht mehr werben können und sich damit nicht so wirtschaftlich betätigen können, wie sie wollen,
- der **Werbedienstleister**, weil sie ein Produkt – Tabakwerbung – nicht mehr anbieten dürfen,
- der **Tabakverkaufsstellen**, weil sie auf eine Absatzförderungsstrategie verzichten müssen (Aufhängen von Plakaten).

Die Tabakwerbung ist damit vom Geltungsbereich der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit erfasst.

\* Vgl. zur „Unternehmerischen Freiheit“ Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCH).

# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 1. Recht

**FEX:** Neben der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) und dem Eigentumsrecht (Art. 14 GG) stellt auch das **Recht auf Nichtsozialisierung (Nichtvergesellschaftung) (Art. 15 GG)**, das vor nicht den Voraussetzungen des Art. 15 GG entsprechenden Sozialisierungen, schützt, in der FÖR-Terminologie einen Teilaspekt der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit dar.

### **Sozialisierung, Überführung in Gemeineigentum [Art. 15 GG]**

Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden. [...]

# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

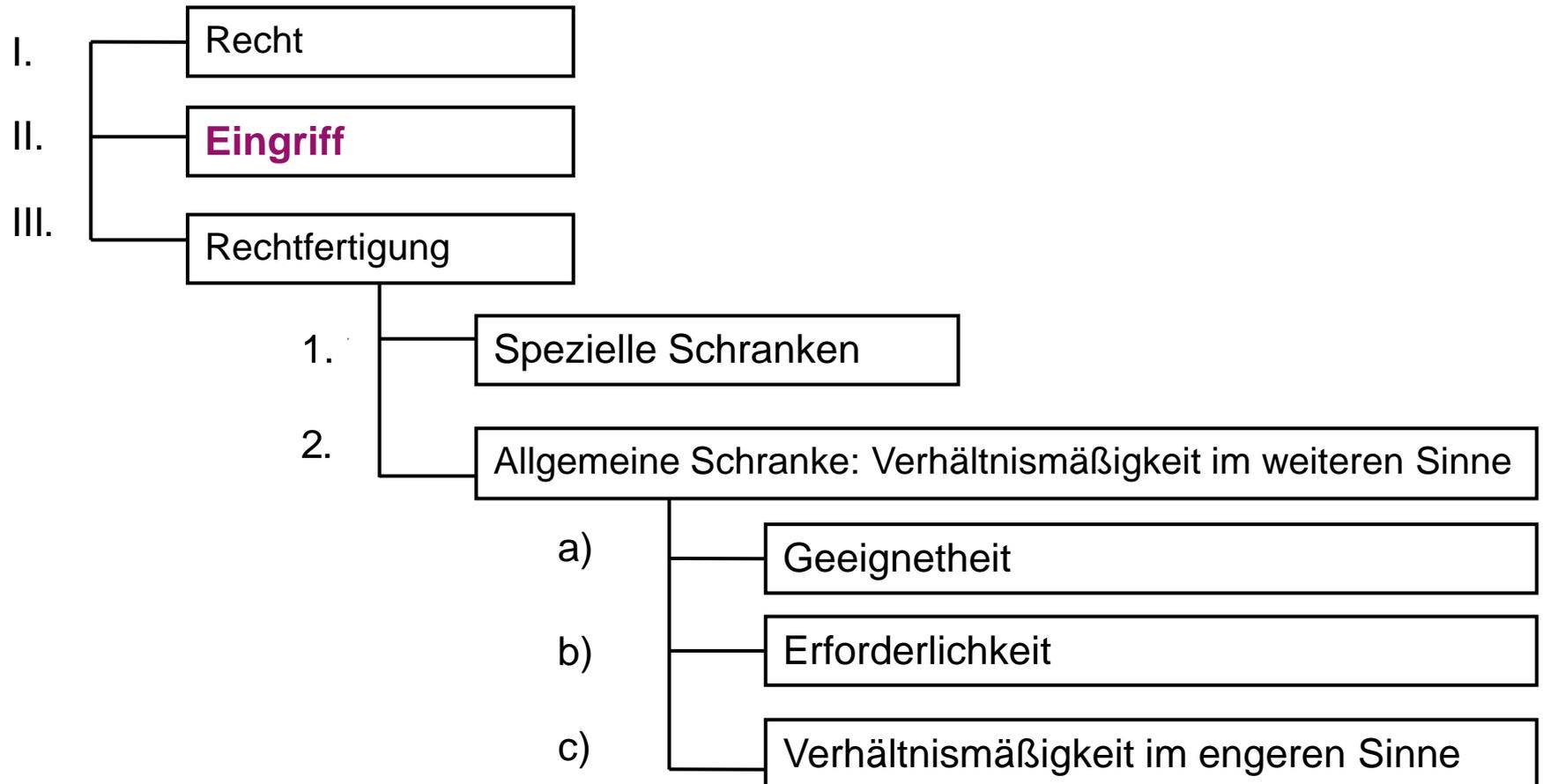
## 1. Recht – Grundrechtskonkurrenzen

- Die Frage nach den Grundrechtskonkurrenzen stellt sich, wenn das Verhalten eines Grundrechtsträgers in den **Geltungsbereich mehrerer Grundrechte** fällt. Es ist dann zu klären, ob eine vollständige RER-Prüfung von allen thematisch einschlägigen Grundrechten durchzuführen ist oder ob ein Grundrecht von einem anderen Grundrecht in seinem Geltungsbereich **verdrängt** wird.
- Es gilt der Grundsatz, dass das allgemeinere Grundrecht von dem spezielleren Grundrecht verdrängt wird. Die **Spezialität** besteht, wenn eine (Grundrechts-) Norm gegenüber einer anderen (Grundrechts-) Norm zumindest ein weiteres Tatbestandsmerkmal aufweist oder wenn eine (Grundrechts-) Norm einen stärkeren Bezug zu dem betreffenden Sachverhalt hat.\*
- Besteht kein solches Spezialitätsverhältnis zwischen zwei Grundrechten, ist an beiden eine RER-Prüfung vorzunehmen und ein festgestellter Eingriff nur dann gerechtfertigt, wenn er von den Schranken beider Grundrechte gedeckt ist.

\* Vgl. hierzu Pieroth / Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 28. Auflage 2012, Rn. 351ff.

# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 2. Eingriff



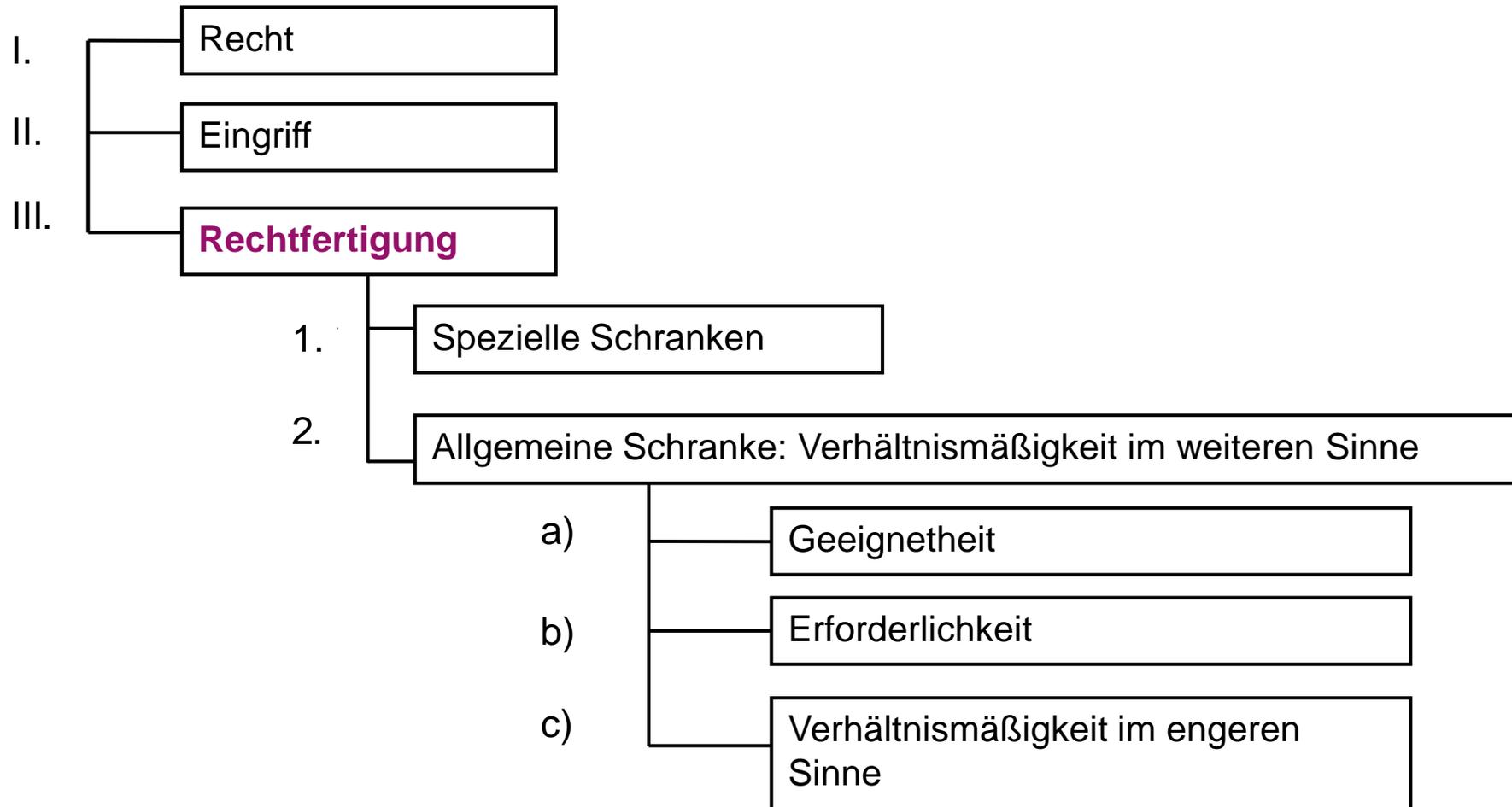
# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 2. Eingriff

- In die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der **Tabakunternehmen** wird eingegriffen, weil Werbung und Sponsoring und damit Marketingstrategien für ihre Produkte verboten werden.
- In die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der **Werbedienstleister** (Werbeagenturen) wird eingegriffen, weil die Werbung ihr Produkt ist. Tabakwerbeverbote sind insoweit mittelbare Produktionsverbote.
- In die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der **Besitzer einer Tabakverkaufsstelle** (Kiosk) wird eingegriffen, weil mit dem Tabakwerbeverbotsgesetz die Präsentation der Ware eingeschränkt wird.

# III. Tabakwerbeverbot und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

## 3. Rechtfertigung



# III. 3. Rechtfertigung

## a. Spezielle Schranken – Gesetzesvorbehalt

### Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG

(1) [...]. Die **Berufsausübung** kann **durch Gesetz** oder **auf Grund eines Gesetzes** geregelt werden.

### Art. 14 Abs.1 GG

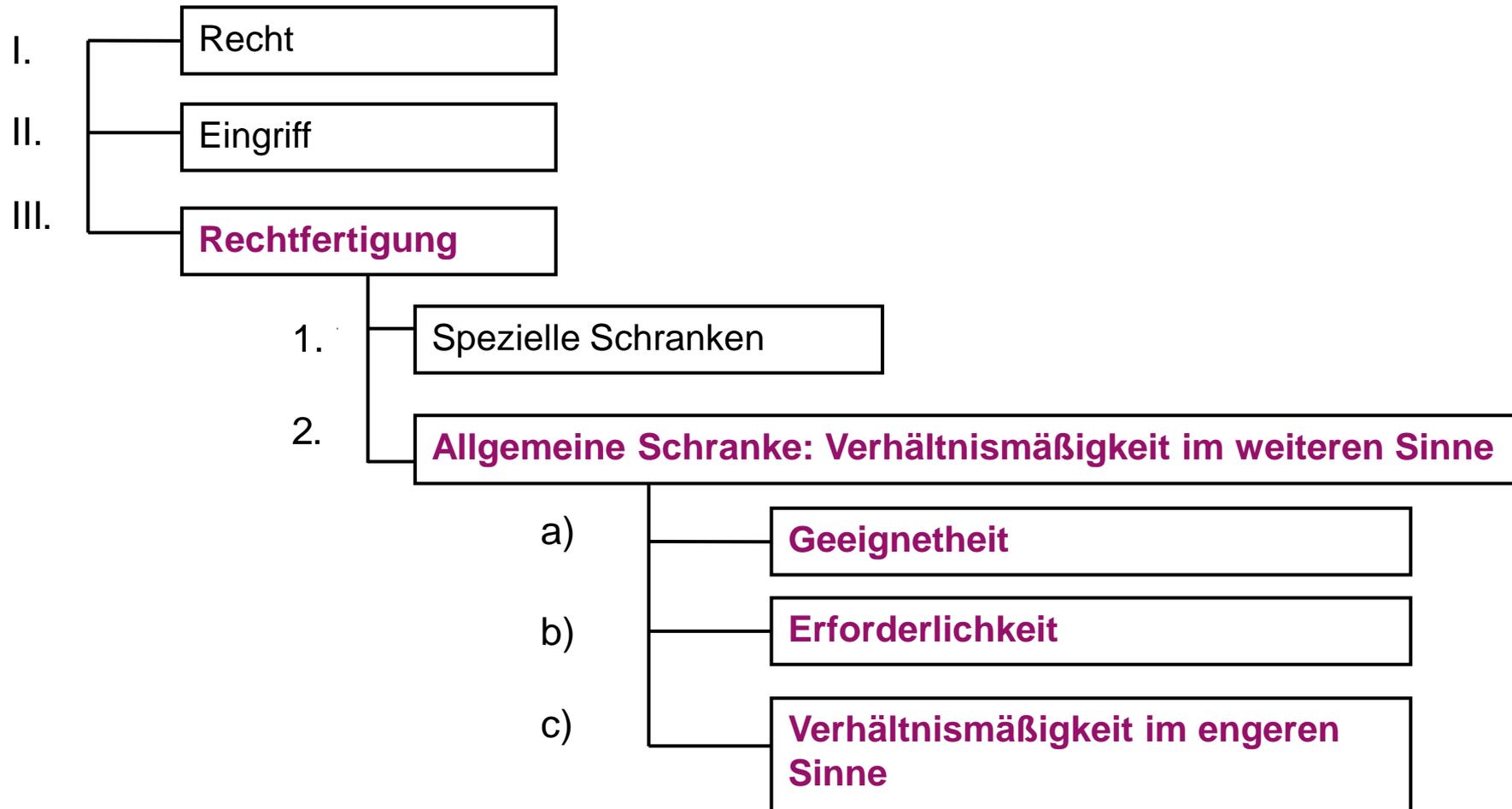
(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und **Schranken** werden **durch die Gesetze** bestimmt.

Das Tabakwerbeverbotsgesetz ist ein Gesetz (Art. 12 Abs.1 S. 2, 14 Abs. 1 S. 2 GG)

**FEX:** Von einer Prüfung von Art. 14 Abs. 3 GG – spezielle Schranken bei Enteignungen – wird aus didaktischen Gründen abgesehen.

# III. 3. Rechtfertigung

## b. Allgemeine Schranke: Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne



## aa) Geeignetheit

Geeignetheit	Eingriff muss geeignet sein, um den Schutz des Rechtsguts, das die Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck.
--------------	--

Hinsichtlich der Prüfung der **Geeignetheit** kann auf die Prüfung von Art. 5 Abs. 2 GG verwiesen werden, weil die Geeignetheit durch die Beziehung des Eingriffs zum Rechtfertigungsrechtsgut charakterisiert wird.

## bb) Erforderlichkeit

Erforderlichkeit	Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.
------------------	--

### **FEX:**

Für diese Veranstaltung soll auch hinsichtlich der **Erforderlichkeit** auf die Prüfung von Art. 5 Abs. 2 GG verwiesen werden.

## cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

### ➤ **Tabakunternehmen / Tabakverkaufsstellen**

Die Qualität des Eingriffs in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Eingriffsrechtsgut) der Tabakunternehmen und Tabakverkaufsstellen steht nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts (Schutz der Gesundheit).

### ➤ **Werbedienstleister**

Etwas anderes könnte beim Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer Werbeagentur gelten, die ausschließlich auf Tabakwerbung spezialisiert ist. Selbst für diese nicht wirklichkeitsnahe Konstellation könnte die Verhältnismäßigkeit des Werbeverbots jedoch bejaht werden, weil es wegen der Bedeutung des Rechtfertigungsrechtsguts (Schutz der Gesundheit vieler Raucher und Nichtraucher) zumutbar erscheint, dass die Werbeagentur neue Kunden in anderen Branchen sucht.

# Öffentliches Recht (Rechts- und Juristenmanagement)

## Modul 3 Das „Mehrebenenmodell“ anhand des Paradigmas von Tabakwerbeverboten

**Szenario A: Deutsches Tabakwerbeverbot**

**Szenario B: Europäisches Tabakwerbeverbot –  
eine rechtsgeschichtliche und politische  
Erfahrung**

**Szenario C: Divergenz zwischen europäischer und  
deutscher Ebene**