



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2012

---

**Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsrecht – Das Verkaufsverbot  
für Schokoladenzigaretten**

Lüdemann, Jörn ; Hermstrüwer, Yoan

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-257843>  
Journal Article

Originally published at:

Lüdemann, Jörn; Hermstrüwer, Yoan (2012). Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten. *Juristische Schulung : JuS : Zeitschrift für Studium und Referendariat*:57-62.

## Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten

Wiss. Assistent Dr. Jörn Lüdemann und Wiss. Mitarbeiter Yoan Hermstrüwer, Licencié en droit\*

Im Mittelpunkt der Klausur stehen die Vereinbarkeit eines gesetzlichen Verkaufsverbots mit Grundrechten und die staatsorganisationsrechtliche Zulässigkeit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs durch eine Rechtsanwaltskanzlei. In prozessualer Hinsicht wirft der Fall examensrelevante Probleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde auf.

### Sachverhalt

Eine wissenschaftliche Studie hat die Bundesregierung beunruhigt. Die Untersuchung eines deutschen Krebsforschungsinstituts kommt zu dem Ergebnis, dass der Konsum von Zigaretten aus Schokolade oder Kaugummi Kinder zum späteren Rauchen verleitet. Durch den spielerischen Umgang mit Zigaretten lernten Kinder diese als ein ungefährliches und normales Produkt kennen. Auch nach einer US-amerikanischen Studie erhöht der kindliche Konsum von Süßwarenzigaretten die Wahrscheinlichkeit, später zum Raucher zu werden. Die Bundesregierung möchte vor diesem Hintergrund zum Schutz der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen möglichst schnell ein gesetzliches Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten auf den Weg bringen. Sie beauftragt eine private Anwaltskanzlei mit der Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesentwurfs. Da dieser Entwurf den Vorgaben der Bundesregierung vollständig entspricht, bringt sie ihn unverändert als Regierungsentwurf in den Bundestag ein. Nach drei Lesungen, in denen die einzelnen Vorschriften Gegenstand hitziger Debatten sind, wird das „Gesetz zum Schutz der Volksgesundheit vor den Gefahren von Schokoladenzigaretten (SchoZiG)“ beschlossen, weil die Mehrheit Kinder und Jugendliche auf Grund deren mangelnder Einsichtsfähigkeit und Reife vor den bezeichneten Gefahren schützen möchte. Der Bundesrat ist ordnungsgemäß am Gesetzgebungsverfahren beteiligt worden. Das Gesetz wird vom Bundespräsidenten ausgefertigt, am 30. 6. 2011 im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt am 1. 5. 2012 in Kraft. Die zentrale Vorschrift des Gesetzes lautet:

„§ 1. Der Verkauf von Schokolade in Zigarettenform (Schokoladenzigaretten) ist im Einzelhandel verboten“.

Die Bonner Schokoladenzigaretten-Manufaktur GmbH (BSM) stellt ausschließlich Schokoladenzigaretten her. Dort ist man über das Gesetz empört. Bevor der Gesetzgeber zu einem kategorischen Verbot greife, habe er zahllose andere Optionen, etwa gesetzliche Werbebeschränkungen. Es sei die schlichte Überreaktion eines bevormundenden Gesetzgebers, den Verkauf kategorisch zu verbieten, obwohl auch Erwachsene Schokoladenzigaretten konsumierten, etwa um sich das Rauchen von Tabakzigaretten abzugewöhnen. Es sei ferner nicht nachvollziehbar, was genau eigentlich die „Volksgesundheit“ sei, die das Gesetz ausweislich seines Titels fördern solle. Nicht zuletzt sei es ein Skandal, dass der deutsche Gesetzgeber immer mehr zum Gesetznehmer verkomme. Die Rechtsetzung als die vornehmste demokratische Aufgabe könne man doch nicht einfach an private Rechtsanwaltskanzleien outsourcen. Die BSM, die ihre Schokoladenzigaretten allein für den deutschen Markt produziert, ist von der Verfassungswidrigkeit des Verkaufsverbots überzeugt und möchte deshalb umgehend Verfassungsbeschwerde erheben.

Hat eine Verfassungsbeschwerde der BSM gegen § 1 SchoZiG Aussicht auf Erfolg?

*Bearbeitungshinweise:* Ein Verletzung von Art. 14 I GG ist nicht zu prüfen. Ebenfalls nicht zu prüfen sind Grundrechte Dritter. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist zu unterstellen. Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist, gegebenenfalls hilfsgutachtlich, einzugehen.

## Gliederung

Lüdemann/Hermstrüwer: Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten(JuS 2012, 57)	58
---	----

## Lösung

Eine Verfassungsbeschwerde der BSM gegen das Verkaufsverbot hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig (A) und begründet (B) ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das *BVerfG* ist gem. Art. 93 I Nr. 4 aGG, §§ 13 Nr. 8 a, 90, 92 ff. BVerfGG für Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden zuständig.

#### II. Beschwerdefähigkeit

Die BSM ist beschwerdefähig, wenn sie „jedermann“, also Trägerin von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten ist, Art. 93 I Nr. 4 aGG, § 90 I BVerfGG. Die GmbH ist eine inländische juristische Person des Privatrechts, § 13 I GmbHG. Nach Art. 19 III GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Die BSM kann sich jedenfalls auf Art. 12 I GG berufen, der als Grundrecht des wirtschaftlichen Erwerbs korporativ wahrgenommen werden kann und daher auf sie anwendbar ist. Die BSM ist somit beschwerdebefugt.

#### III. Beschwerdegegenstand

Das SchoZiG ist als formelles Parlamentsgesetz ein Akt öffentlicher Gewalt und damit tauglicher Beschwerdegegenstand, Art. 93 I Nr. 4 aGG, § 90 I BVerfGG.

#### IV. Beschwerdebefugnis

Die BSM ist beschwerdebefugt, wenn sie behaupten kann, in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein, Art. 93 I Nr. 4 aGG, § 90 I BVerfGG. Das setzt voraus, dass die behauptete Rechtsverletzung möglich (1) und die BSM durch das Gesetz qualifiziert betroffen<sub>1</sub> ist (2).

##### 1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Art. 93 I Nr. 4 aGG verlangt die Behauptung einer Grundrechtsverletzung durch den Beschwerdeführer. Aus seinem Vortrag muss sich die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ergeben, eine Verletzung darf also nicht von vornherein ausgeschlossen sein<sub>2</sub>. Da die BSM auf Grund des in § 1 SchoZiG statuierten Verkaufsverbots ihre Produkte nicht mehr an den Einzelhandel vertreiben kann, ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie in ihrer von Art. 12 I GG garantierten Berufsfreiheit verletzt wird. Auch ein Verstoß gegen Art. 3 I GG ist nicht auszuschließen, weil Spielwarenzigaretten aus Schokolade und Kaugummi trotz gleicher Gefährdungslage unterschiedlich behandelt werden. Eine Grundrechtsverletzung erscheint daher möglich.

## 2. Qualifizierte Betroffenheit

Fraglich ist, ob die BSM durch § 1 SchoZiG auch selbst (a), gegenwärtig (b) und unmittelbar (c) betroffen ist.

### a) Selbstbetroffenheit

Nach Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 90 BVerfGG muss der Beschwerdeführer behaupten, in einem „seiner“ Grundrechte, also selbst verletzt zu sein. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Beschwerdeführer Adressat des angegriffenen Akts der öffentlichen Gewalt ist<sup>3</sup>. Unmittelbarer Adressat des § 1 SchoZiG ist aber nur der Einzelhandel, nicht hingegen die BSM als Herstellerin der Schokoladenzigaretten. Ein Beschwerdeführer ist allerdings auch dann selbst betroffen, wenn zwischen dem an einen Dritten gerichteten Gesetz und der Grundrechtsposition des Beschwerdeführers eine hinreichend enge Beziehung besteht, insbesondere wenn das Gesetz eine gewichtige Beschwer des Beschwerdeführers begründet und dies eine voraussehbare und vom Gesetzgeber gebilligte Folge des Gesetzes ist<sup>4</sup>. Weil durch § 1 SchoZiG der Verkauf von Schokoladenzigaretten an den Endverbraucher rechtlich nicht mehr möglich ist, wird in der Folge auch die Herstellung für die Produzenten wirtschaftlich sinnlos. Darin liegt für die Hersteller eine gewichtige Beschwer, die vom Gesetzgeber vorhergesehen und gebilligt wurde. Die BSM ist daher von § 1 SchoZiG selbst betroffen.

### b) Gegenwärtige Betroffenheit

Der Beschwerdeführer ist gegenwärtig betroffen, wenn er durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt nicht erst irgendwann in der Zukunft, sondern bereits zum Zeitpunkt der Einlegung der Verfassungsbeschwerde betroffen ist<sup>5</sup>. Gerade daran könnte es hier fehlen, weil die BSM unmittelbar Verfassungsbeschwerde erheben möchte, obwohl das SchoZiG erst am 1. 5. 2012 in Kraft tritt. Das allein schließt die gegenwärtige Betroffenheit allerdings noch nicht aus. Das Zulässigkeitsersfordernis der gegenwärtigen Betroffenheit soll vor allem verhindern, dass ein Beschwerdeführer zu einem Zeitpunkt Verfassungsbeschwerde erhebt, in dem seine Beschwer noch nicht sicher feststeht und Grundrechtsschutz daher auch noch nicht erforderlich ist. Lässt sich hingegen bereits sicher absehen, dass und wie der Beschwerdeführer von einem Gesetz in Zukunft betroffen

Lüdemann/Hermstrüwer: Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht:  
Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten(JuS 2012, 57)

59

sein wird, oder wird er durch ein verkündetes, aber noch nicht in Kraft getretenes Gesetz schon jetzt zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen gezwungen, kann er nicht darauf verwiesen werden, das Inkrafttreten des fraglichen Gesetzes abzuwarten und erst dann Verfassungsbeschwerde einzulegen<sup>6</sup>. Unter diesen Voraussetzungen besteht vielmehr die Möglichkeit, auch gegen ein verkündetes, aber noch nicht in Kraft getretenes Gesetz Verfassungsbeschwerde einzulegen.

Es ist bereits heute sicher abzusehen, dass die BSM noch vor Inkrafttreten des Gesetzes weitreichende Dispositionen treffen muss. Da der heimische Markt für Schokoladenzigaretten auf Grund des Verbots wegbrechen wird, muss die BSM den Betrieb alsbald ganz einstellen, eine Produktumstellung vorbereiten oder die Vertriebsstruktur auf das Ausland ausrichten. Die BSM ist daher von § 1 SchoZiG auch bereits vor Inkrafttreten der Norm gegenwärtig betroffen.

### c) Unmittelbare Betroffenheit

Unmittelbar betroffen ist der Beschwerdeführer bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, wenn seine Rechtsstellung durch das Gesetz selbst und nicht erst durch einen eigenständigen Vollzugsakt berührt wird. § 1 SchoZiG verbietet den Verkauf von Schokoladenzigaretten bereits von Gesetzes wegen (sog. *Self-executing-Norm*); eines eigenständigen Vollzugsakts bedarf es nicht. Die BSM ist daher auch unmittelbar betroffen.

### 3. Ergebnis

Die BSM ist beschwerdebefugt.

### V. Rechtswegerschöpfung, Subsidiarität

Gemäß § 90 II 1 BVerfGG kann der Beschwerdeführer erst nach Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerde erheben, wenn gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig ist. Gegen Parlamentsgesetze wie das SchoZiG steht aber kein Rechtsweg offen; insbesondere scheidet eine prinzipale Normenkontrolle nach § 47 I VwGO aus, die nur gegen untergesetzliche Rechtsnormen eröffnet ist.

Die BSM könnte aber nach dem vom *BVerfG* aus § 90 II BVerfGG hergeleiteten Subsidiaritätsprinzip gehalten sein, vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden sonstigen prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung im fachgerichtlichen Verfahren zu beseitigen. Zweifelhaft ist aber bereits, ob das Subsidiaritätsprinzip auch dann greift, wenn der Beschwerdeführer – wie hier – nicht von einer untergesetzlichen Norm, sondern von einem Parlamentsgesetz unmittelbar betroffen ist. Selbst wenn man dies trotz der fehlenden Verwerfungskompetenz der Fachgerichte mit der Begründung bejaht, der Kläger könne mit einer Feststellungsklage nach § 43 I VwGO eine Richtervorlage nach Art. 100 I GG auslösen, in deren Vorfeld die sachnäheren Verwaltungsgerichte die relevanten Sach- und Rechtsfragen, also insbesondere die Auslegung oder Anwendbarkeit der Norm sowie das Vorliegen von Sachvoraussetzungen klären, greift das Subsidiaritätsprinzip in diesen Fällen doch grundsätzlich nur dann, wenn die Fachgerichte diese Funktion auch tatsächlich wahrnehmen können<sup>10</sup>. Weil bei § 1 SchoZiG weder die Auslegung oder Anwendung der Norm zur Diskussion steht noch für die Beurteilung der Rechtslage Tatsachenerhebungen notwendig sind, sondern es vielmehr ausschließlich um die Vereinbarkeit des § 1 SchoZiG mit dem Grundgesetz geht, fehlt es hier bereits an dieser Voraussetzung. Das Subsidiaritätsprinzip setzt im Übrigen voraus, dass die verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe nicht offensichtlich unzulässig sind<sup>11</sup>. Da das Verkaufsverbot in § 1 SchoZiG gesetzesunmittelbar wirkt und sich nicht an die BSM, sondern an die Einzelhändler richtet, wäre eine Klage der BSM vor den Verwaltungsgerichten auch offensichtlich unzulässig. Das Subsidiaritätsprinzip steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde also nicht entgegen.

### VI. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen, Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist binnen Jahresfrist einzulegen, § 93 III BVerfGG, wobei die Frist mit dem Inkrafttreten der Norm am 1. 5. 2012 beginnt. Die Verfassungsbeschwerde muss den Schriftform- und Begründungserfordernissen der §§ 23 I, 92 BVerfGG genügen. Außerdem muss sich die BSM durch ihren Geschäftsführer vertreten lassen, § 51 I ZPO, § 62 III VwGO i. V. mit § 35 I GmbHG. Genügt die Verfassungsbeschwerde auch diesen Voraussetzungen, ist sie zulässig.

*Hinweis:* Üblicherweise wird die Prozess- bzw. Verfahrensfähigkeit bereits nach der Beschwerdefähigkeit geprüft. Dagegen ist nichts einzuwenden. Die notwendige Vertretung durch den Geschäftsführer findet sich hier am Ende, weil die Verfassungsbeschwerde noch nicht

eingelegt worden ist. Deshalb gehört sie systematisch – wie die Frist, die Schriftform- und Begründungserfordernisse – zu den Voraussetzungen, die bei der Einlegung der Verfassungsbeschwerde zu beachten sind.

## **B. Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn und soweit die BSM durch § 1 SchoZiG in ihren Grundrechten verletzt wird.

### **I. Verletzung von Art. 12 I GG**

§ 1 SchoZiG könnte die BSM in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG verletzen. Das ist der Fall, wenn die Norm in den Schutzbereich des Grundrechts (1) eingreift (2) und dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist (3).

Lüdemann/Hermstrüwer: Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht:  
Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten(JuS 2012, 57)

60

#### **1. Schutzbereich**

Produktion und Vertrieb von Schokoladenzigaretten fallen in den Schutzbereich der Berufsfreiheit.

#### **2. Eingriff**

§ 1 SchoZiG müsste in die Berufsfreiheit der BSM eingreifen. Eingriff ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht oder wesentlich erschwert<sup>12</sup>. Da die Produktion von Schokoladenzigaretten für den heimischen Markt durch das Verkaufsverbot wirtschaftlich sinnlos wird, beschränkt § 1 SchoZiG die BSM jedenfalls mittelbar-faktisch in ihrer Berufsfreiheit. Diese Beschränkung ist auch eine vom Gesetzgeber vorausgesehene und gewichtige Folge, so dass das Gesetz berufsregelnde Tendenz hat. § 1 SchoZiG greift somit in die Berufsfreiheit der BSM ein.

#### **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Dieser Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

##### **a) Gesetzesvorbehalt**

Seinem Wortlaut nach erlaubt Art. 12 I 2 GG nur die Statuierung von Berufsausübungsregelungen, nicht aber von Berufswahlregelungen. Berufswahl und Berufsausübung sind jedoch sich überschneidende und ergänzende Gewährleistungsdimensionen eines einheitlichen Schutzbereichs der Berufsfreiheit. Art. 12 I 2 stellt die Berufsfreiheit daher unter einen einheitlichen Gesetzesvorbehalt<sup>13</sup>. Der Gesetzesvorbehalt wird in verfassungsrechtlich zulässiger Weise konkretisiert, wenn § 1 SchoZiG formell und materiell verfassungskonform ist.

##### **b) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Der Bund hat laut Sachverhalt die Verbandskompetenz zum Erlass des Gesetzes. Der Bundesrat ist ordnungsgemäß beteiligt worden und das Gesetz wurde verfassungskonform ausgefertigt und verkündet. Fraglich ist in formeller Hinsicht allein, wie es verfassungsrechtlich zu bewerten ist, dass die Bundesregierung den Entwurf des SchoZiG von einer Rechtsanwaltskanzlei hat ausarbeiten lassen.

##### **aa) Initiativkompetenz, Art. 76 I GG**

Darin könnte ein Verstoß gegen Art. 76 I GG liegen. Die Bundesregierung, die den Gesetzesentwurf in Auftrag gegeben und schließlich in den Bundestag eingebracht hat, gehört zwar explizit zum Kreis der Initiativberechtigten nach Art. 76 I GG. Weil der Entwurf des SchoZiG aber vollständig von einer Rechtsanwaltskanzlei ausgearbeitet worden ist, könnte man bezweifeln, dass es sich bei der in den Bundestag eingebrachten Gesetzesvorlage verfassungsrechtlich um eine solche der Bundesregierung handelt. Ob diese Zweifel begründet sind, hängt davon ab, welche Anforderungen Art. 76 I GG an die Ausübung des Initiativrechts stellt. Dem Wortlaut der Norm ist keine Anforderung an die Urheberschaft zu entnehmen. Insbesondere verlangt die Vorschrift nicht, dass die nach Art. 76 I GG Berechtigten selbst materielle Urheber<sup>14</sup> eines Gesetzes sein müssen. Etwas anderes könnte möglicherweise aus dem Telos der Norm folgen. Art. 76 I GG soll als eine verfahrensrechtliche Ausprägung des Demokratieprinzips den Kreis der Vorschlagsberechtigten auf demokratisch besonders legitimierte Initiatoren begrenzen, weil bereits der Anstoß eines Gesetzgebungsverfahrens eine politische Entscheidung ist, die die Agenda des Parlaments mitbestimmt und einen Anker für die weitere parlamentarische Diskussion des Vorschlags setzt<sup>15</sup>. Dieser Zweck schließt es aber nicht aus, dass sich die Initiativberechtigten bei der Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen durch private Sachverständige beraten und unterstützen lassen. Im Gegenteil wäre ein solches Verbot sachwidrig, weil Gesetzgebung im modernen und auf das Rationalitätsgebot verpflichteten Staat auf externen Sachverstand häufig unabweislich angewiesen ist<sup>16</sup>. Die Grenze der verfassungsrechtlich zulässigen Beratung ist vielmehr erst dort erreicht, wo die Initiativberechtigten die verantwortliche Entscheidung über den Entwurfsinhalt ganz oder in zentralen Fragen auf Dritte delegieren<sup>17</sup>. Denn dann liegt die Entscheidungsverantwortung gerade nicht mehr bei den von Art. 76 I GG benannten Berechtigten. Solange die Gesetzesvorlage aber vom Willen des Initiativberechtigten substantiell getragen ist und dieser seine demokratische Entscheidungsverantwortung bewusst wahrnimmt<sup>18</sup>, ist gegen eine sachverständige Beratung und Unterstützung durch Private verfassungsrechtlich nichts zu erinnern<sup>19</sup>.

Beim SchoZiG ging die Initiative von der Bundesregierung aus. Sie hat die Kanzlei mit der Ausarbeitung des Entwurfs beauftragt und dabei auch das Verkaufsverbot als zentralen Inhalt des Gesetzes vorgegeben. Dass der Entwurf den Vorstellungen der Bundesregierung vollständig entsprach, lässt erkennen, dass sich die Bundesregierung mit dem Inhalt des Kanzleivorschlags auseinandergesetzt und sich diesen bewusst zu eigen gemacht hat. Die Bundesregierung hat daher ihre genuine Entscheidungsverantwortung als Initiativberechtigte hinreichend wahrgenommen. Anhaltspunkte für eine unzulässige, die Entscheidung determinierende oder präformierende Einflussnahme der Anwaltskanzlei sind nicht ersichtlich. Ein Verstoß gegen Art. 76 I GG liegt daher nicht vor.

#### **bb) Gesetzesbeschluss, Art. 77 I 1 GG**

Die Ausarbeitung des ursprünglichen Entwurfs durch die Rechtsanwaltskanzlei könnte auch die Gültigkeit des Gesetzesbeschlusses durch den Bundestag (Art. 77 I GG) berühren. Da die Bundesregierung ihren Vorschlag, wie soeben dargelegt, verfassungskonform in den Bundestag eingebracht hat, hat der

Lüdemann/Hermstrüwer: Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht:  
Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten (JuS 2012, 57)

61

Bundestag in der Sache allerdings nicht über den privaten Entwurf einer Kanzlei, sondern über die Gesetzesvorlage der Bundesregierung entschieden. Auf die ursprünglichen Vorarbeiten durch die Rechtsanwaltskanzlei kann es deshalb allenfalls dann noch ankommen, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die die besondere demokratische Entscheidungs- und Kontrollverantwortung des

Parlaments<sup>20</sup> (Art. 20 I, II GG) ausnahmsweise in Frage stellen. Solche Anhaltspunkte sind aber nicht ersichtlich. Vielmehr wurde die Gesetzesvorlage der Bundesregierung im Bundestag in drei Lesungen kontrovers debattiert. Der Bundestag hat sich also mit dem Gesetz inhaltlich intensiv auseinandergesetzt und seine demokratische Entscheidungsverantwortung somit hinreichend wahrgenommen. Ein Verstoß gegen Art. 77 I 1 GG scheidet daher ebenfalls aus.

*Hinweis:* Wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht zu dem Ergebnis kommt, dass die Bundesregierung ihre Entscheidungsverantwortung im Initiativstadium verletzt hat, ist weiter zu prüfen, ob dieser anfängliche Verfahrensfehler auch den Parlamentsbeschluss infiziert hat und durch die besonders intensive parlamentarische Auseinandersetzung möglicherweise geheilt worden ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Verstoß gegen Art. 76 I und/oder 77 I 1 GG nicht automatisch die Verfassungswidrigkeit des § 1 SchoZiG nach sich zöge. Formell verfassungswidrig ist ein Gesetz grundsätzlich nur dann, wenn gegen eine zwingende Vorschrift des Grundgesetzes verstoßen wurde, der Gesetzesbeschluss auf diesem Verstoß beruht und der Verfahrensfehler grob und evident ist<sup>21</sup>.

### **cc) Ergebnis**

§ 1 SchoZiG ist formell verfassungskonform.

### **c) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

§ 1 SchoZiG müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Das setzt voraus, dass die Regelung verhältnismäßig ist.

#### **aa) Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit**

Nach der *Drei-Stufen-Lehre* als richterrechtlicher Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips<sup>22</sup> kommt es darauf an, ob § 1 SchoZiG als Berufsausübungs- oder als subjektive bzw. objektive Berufswahlregelung einzustufen ist. Von der Eingriffsintensität hängt ab, welche Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs gestellt werden. Die Berufswahl wäre nur dann betroffen, wenn es sich bei der Herstellung von Schokoladenzigaretten um einen eigenständigen Beruf handeln würde. Da der Gesetzgeber das Berufsbild des Schokoladenzigarettenherstellers gesetzlich nicht fixiert hat und ein solcher Beruf auch nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht existiert, kann man nach der sog. *Berufsbildlehre*<sup>23</sup> nicht von einem eigenständigen Beruf des Schokoladenzigarettenherstellers ausgehen. Daher betrifft § 1 SchoZiG nicht die Berufswahl, sondern lediglich die Berufsausübung. Weil der BSM auch die Neuanschaffung von Gussformen zur Herstellung anderer Schokoladenartikel wirtschaftlich möglich ist, wirkt sich die Ausübungsregelung auch nicht faktisch wie eine objektive Berufswahlregelung aus. Somit handelt es sich bei § 1 SchoZiG um eine Berufsausübungsregelung.

#### **bb) Legitimes Ziel**

Für Regelungen der Berufsausübung genügen nach der *Drei-Stufen-Lehre* vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls als legitimes Ziel<sup>24</sup>. Fraglich ist, worin diese hier genau bestehen. Das Gesetz spricht in seinem Titel vom „Schutz der Volksgesundheit“. Da das Volk als solches keine eigenständige, homogene Gesundheit hat, könnte dieser Terminus die Summe sämtlicher Individualgesundheit bezeichnen. Dann wären davon allerdings nicht nur Kinder und Jugendliche erfasst, sondern auch erwachsene Bürger. Der Schutz Erwachsener vor sich selbst ist aber grundsätzlich kein legitimes Ziel, wenn es nicht ausnahmsweise Gründe für staatlichen



Paternalismus gibt<sup>25</sup>. Diese Frage kann hier allerdings dahinstehen, da es dem Gesetzgeber in der Sache ausdrücklich nur um den Schutz von Kindern und Jugendlichen geht, die davor bewahrt werden sollen, später ungewollt zu Rauchern zu werden und damit ihre Gesundheit zu schädigen. Da es Kindern und Jugendlichen an der notwendigen Einsicht und Reife mangeln kann, die zukünftigen Folgen ihres Verhaltens abzusehen, beruht § 1 SchoZiG insoweit auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls und dient daher einem legitimen Ziel.

*Hinweis:* Rechtsprechung und Literatur sind bei der Bestimmung des legitimen Ziels häufig erstaunlich unpräzise. So ist in unserem Kontext in der Regel pauschal von der „Volksgesundheit“ die Rede<sup>26</sup>, obwohl sich hinter diesem Terminus höchst Unterschiedliches verbergen kann, wie etwa der Schutz einzelner Bevölkerungsgruppen, die Epidemieprävention oder die Bezahlbarkeit der Sozialsysteme<sup>27</sup>. Die mangelnde Präzision an dieser Stelle ist ausgesprochen problematisch, weil die weiteren Elemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips sämtlich relationale Maßstäbe sind: Wann genau eine Maßnahme geeignet, erforderlich oder angemessen ist, hängt entscheidend davon ab, welches konkrete Ziel man in die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Beginn einstellt<sup>28</sup>.

### cc) Geeignetheit

Das Verkaufsverbot in § 1 SchoZiG müsste auch geeignet sein, dieses Ziel zu fördern. Zwei wissenschaftliche Studien sind zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wahrscheinlichkeit, später zum Raucher zu werden und damit seine Gesundheit zu schädigen, durch den Konsum von Schokoladenzigaretten im Kindes- und Jugendalter erheblich erhöht wird. Dieser Beurteilung durfte sich der Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative anschließen. Da das Verkaufsverbot den Schokoladenzigarettenkonsum unterbindet, ist es geeignet, das gesetzgeberische Ziel zu fördern.

### dd) Erforderlichkeit

Das Verkaufsverbot müsste auch erforderlich sein. Das ist der Fall, wenn der vom Gesetzgeber intendierte Zweck nicht durch ein gleich geeignetes, aber weniger belastendes Mittel erreichbar ist<sup>29</sup>.

Lüdemann/Hermstrüwer: Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht:  
Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten(JuS 2012, 57)

62

Ein solches Mittel könnten Werbebeschränkungen für Schokoladenzigaretten sein. Für die Hersteller wären sie milder als ein Verkaufsverbot. Allerdings können Werbebeschränkungen das Konsumbedürfnis bestenfalls reduzieren, nicht aber wie ein Verkaufsverbot sicherstellen, dass überhaupt keine Kinder und Jugendliche mehr Schokoladenzigaretten konsumieren. Das Instrument ist daher nicht gleich geeignet.

Als weiteres alternatives Mittel kommen Warnhinweise in Betracht. Würde der Gesetzgeber die Hersteller verpflichten, auf den Verkaufsverpackungen auf die Gefahr späteren Tabakkonsums hinzuweisen, wäre auch das für die Produzenten von Schokoladenzigaretten weniger belastend. Da es Kindern und Jugendlichen aber nicht nur an der notwendigen Lese- und Einsichtsfähigkeit fehlen kann, sondern Warnhinweise anders als ein Verkaufsverbot nicht garantieren, dass der gesamte Personenkreis, den der Gesetzgeber schützen möchte, auf den Konsum von Schokoladenzigaretten verzichtet, ist auch dieses Instrument nicht gleich geeignet.

Man könnte ferner an eine Sondersteuer auf Schokoladenzigaretten denken, die das Produkt verteuern und damit gerade für Kinder und Jugendliche unattraktiver machen würde. Doch dieses – für die Hersteller mildere – pretiale Steuerungsinstrument<sup>30</sup> vermöchte den Konsum ebenfalls nur zu reduzieren, nicht aber wie ein Verkaufsverbot vollständig zu eliminieren.

Etwas anderes könnte schließlich für ein eingeschränktes Verkaufsverbot gelten. Verböte der Gesetzgeber lediglich den Verkauf von Schokoladenzigaretten an Kinder und Jugendliche, wäre zumindest der Absatz an Erwachsene weiterhin möglich, so dass diese Regelung für die Hersteller milder wäre. Allerdings könnte man an der gleichen Eignung dieses Instruments zweifeln. Denn das eingeschränkte Verkaufsverbot würde nicht verhindern, dass Eltern Schokoladenzigaretten kaufen und diese an ihre Kinder weitergeben. Fraglich ist aber, ob dies die gleiche Eignung in Frage stellen kann. Alleiniges Richtmaß für den vom Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangten Instrumentenvergleich ist das legitime Ziel des Gesetzes. Das SchoZiG zielt darauf ab, Kinder und Jugendliche davor zu bewahren, später zum Raucher zu werden und auf diese Weise ihre Gesundheit zu gefährden. Legitim ist dieser Schutz des Personenkreises vor sich selbst, weil es Kindern und Jugendlichen an der notwendigen Einsichtsfähigkeit und Reife mangeln kann, um die Folgen ihres Tuns abzusehen. Dieses Ziel umfasst aber nicht auch den Schutz der Kinder vor ihren Eltern, der vor dem Hintergrund des Art. 6 II 1 GG nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen kann<sup>31</sup>. Hätte der Gesetzgeber bei – aus seiner Sicht – suboptimalen Erziehungsergebnissen der Eltern stets das Recht, die Kinder vor ihren Eltern zu schützen, wäre es ihm ansonsten möglich, den Verkauf sämtlicher potenziell gesundheitsgefährdender Konsumgüter zu verbieten, also etwa auch ein vollständiges Verkaufsverbot von Alkohol und Tabakwaren, Süßwaren oder Kartoffelchips zu erlassen. Da das legitime Ziel des § 1 SchoZiG nur ist, Kinder und Jugendliche auf Grund ihrer eingeschränkten Reife vor unbedachtem Konsum zu schützen, kommt es für den Instrumentenvergleich auch nur darauf an, ob allein dieses Ziel erreicht wird. Das ist bereits bei einem auf Kinder und Jugendliche beschränkten Verkaufsverbot der Fall. Da es somit ein milderes und gleich geeignetes Instrument gibt, ist das vollständige Verkaufsverbot in § 1 SchoZiG nicht erforderlich.

*Hinweis:* Hier zeigt sich exemplarisch, welche Bedeutung der exakten Bestimmung des legitimen Ziels zukommt. Wer den Eingriff entgegen der hier vertretenen Ansicht für erforderlich hält, muss im Weiteren noch die Angemessenheit prüfen, also fragen, ob die Schwere des Grundrechtseingriffs nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.

#### **ee) Ergebnis**

§ 1 SchoZiG ist unverhältnismäßig und der Eingriff in Art. 12 I GG daher nicht gerechtfertigt.

#### **4. Ergebnis**

§ 1 SchoZiG verletzt die BSM in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG.

#### **II. Verletzung von Art. 2 I GG**

Die allgemeine Handlungsfreiheit der BSM tritt gegenüber dem spezielleren Grundrecht der Berufsfreiheit zurück.

#### **III. Verletzung von Art. 3 I GG**

Schließlich könnte § 1 SchoZiG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG verstoßen. Ein Verstoß gegen den darin verankerten Grundsatz der Rechtsetzungsgleichheit setzt eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung voraus<sup>32</sup>. Obwohl nach beiden wissenschaftlichen Studien sowohl Schokoladenzigaretten als auch Kaugummizigaretten Kinder und Jugendliche zu späterem Tabakkonsum verleiten können, behandelt der Gesetzgeber die beiden Arten von Süßwarenzigaretten ungleich, indem er nur den Verkauf von Schokoladenzigaretten verbietet. Da angesichts des identischen Gefahrenpotenzials keine

Unterschiede zwischen Schokoladen- und Kaugummizigaretten bestehen, die die Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich rechtfertigen könnten, verstößt § 1 SchoZiG gegen Art. 3 I GG.

#### IV. Ergebnis

§ 1 SchoZiG verletzt die BSM in ihren Grundrechten aus Art. 12 I und 3 I GG. Die Verfassungsbeschwerde ist somit begründet.

#### C. Endergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

---

\* Die Autoren sind Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn. – Dem Fall liegt eine modifizierte Übungshausarbeit zu Grunde, die im Jahr 2010 an den Universitäten Freiburg und Bonn ausgegeben wurde. Die Autoren danken *Martin Diesterhöft*, Freiburg, für hilfreiche Hinweise.

1 Teilweise wird die qualifizierte Betroffenheit auch als Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses verstanden, vgl. *Ruppert/Sperlich*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger*, BVerfGG, 2. Aufl. (2005), § 90 Rdnrn. 73 ff.

2 Zu diesem Prüfungspunkt *Hartmann*, JuS 2003, 897. § 90 I BVerfGG gibt den inhaltlichen Maßstab der Substanziierungslast vor, während §§ 23 I 2, 92 BVerfGG den Beschwerdeführer verpflichten, seine Behauptung so zu begründen, dass die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinreichend deutlich wird, vgl. *Magen*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (o. Fußn. 1), § 92 Rdnr. 12.

3 BVerfGE 108, 370 (384) = NVwZ 2004, 329 = JuS 2004, 436 (*Sachs*); 97, 157 (164) = NJW 1998, 1385.

4 Ist der Beschwerdeführer nicht direkt als Adressat betroffen, richtet sich die Selbstbetroffenheit im Anwendungsbereich des Art. 12 I GG nach den Kriterien, die für einen Eingriff mit objektiv berufsregelnder Tendenz gelten, vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. (2011), Art. 12, Rdnrn. 15 f.

5 Dazu *Schlaich/Korioth*, Das BVerfG, 8. Aufl. (2010), Rdnrn. 234 ff.

6 BVerfGE 114, 258 (277) = NVwZ 2005, 1294 = JuS 2006, 361 (*Hufen*).

7 Dazu *Schlaich/Korioth* (o. Fußn. 5), Rdnrn. 238 ff.

8 Dazu BVerfGE 115, 81 (95 f.) = NVwZ 2006, 922 = JuS 2006, 1012 (*Sachs*).

9 So das BVerfG in einer Kammerentscheidung, NVwZ 2004, 977 (979); in Senatsentscheidungen findet sich diese Anforderung bislang nicht. Vgl. zu dieser Problematik *Hillgruber/Goos*, VerfProzR, 3. Aufl. (2011), Rdnrn. 216 a, 219; *Epping*, Grundrechte, 4. Aufl. (2010), S. 81 ff.

10 So grds. BVerfGE 114, 258 (280) = NVwZ 2005, 1294 = JuS 2006, 361 (*Hufen*).

11 *Scherzberg*, in: *Ehlers/Schoch*, Rechtsschutz im öff. Recht, 2009, § 13 Rdnr. 92.

12 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 26. Aufl. (2010), Rdnr. 253.

13 Überblick bei *Bumke/Voßkuhle*, Casebook VerfassungsR, 5. Aufl. (2008), S. 205 f.

14 Zu formeller u. materieller Urheberchaft *Masing*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 6. Aufl. (2010), Art. 76 Rdnrn. 2 f., 99.

15 Allg. zum Ankereffekt *Englerth*, in: *Engel/Englerth/Lüdemann u. a.*, Recht u. Verhalten, 2007, S. 60 (82 f., 94 f.); konkret *Krüper*, JZ 2010, 655.

16 Vgl. nur *Voßkuhle*, in: *Botzem/Hofmann/Quack u. a.*, Governance als Prozess, 2009, S. 547 ff.

17 S. zur (schwierigen) Unterscheidung von Beratung u. Entscheidung *Voßkuhle*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR III, 3. Aufl. (2005), § 43 Rdnr. 26; vgl. auch *Möllers*, Demokratie –

Zumutungen u. Versprechen, 2. Aufl. (2009), S. 68. Zu mögl. Interessenkonflikten *Krüper*, JZ 2010, 655.

18 Dazu *Masing*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fußn. 14), Art. 76 Rdnr. 4.

19 Dass Partialinteressen in die Gesetzgebung Eingang finden können, ist i. Ü. auch ansonsten nicht auszuschließen. So entscheiden etwa auch die Initiativberechtigten nicht – wie es normativ wünschenswert wäre – ausschließl. zugunsten des Gemeinwohls, sondern *de facto* häufig auch m. Blick auf ihre eigenen Interessen (darauf weist zu Recht die *Public Choice*-Theorie hin, vgl. nur *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. [2010], S. 519 ff.).

20 *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (866).

21 *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. (2011), Art. 76 Rdnr. 1 a.

22 BVerfGE 7, 377 (405 f.) = NJW 1958, 1035; krit. etwa *Ipsen*, JuS 1990, 634. Guter Überbl. bei *Kaiser*, Jura 2008, 844.

23 Zur legislatorischen Berufsbildfixierung *Mann*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. (2011), Art. 12 Rdnrn. 68 ff.

24 Überbl. bei *Bumke/Voßkuhle* (o. Fußn. 14), S. 207.

25 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 116 ff.; s. auch die Beiträge in *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.*, Paternalismus u. Recht, 2006.

26 Überbl. und terminolog. Kritik bei *Frenzel*, DÖV 2007, 243.

27 Der Schutz der Sozialsysteme ist verfassungsrechtlich ein ausgesprochen problematisches Ziel. Da es der Gesetzgeber ist, der die Sozialsysteme etabliert, könnte er sich durch einfaches Gesetz selbst die Grundlage für weitere gesetzgeberische Grundrechtseingriffe schaffen. Je weiter er die Sozialsysteme ausdehnt, desto größer wäre nach dieser Logik die Möglichkeit, gesetzlich die Freiheitsrechte der Bürger zu beschneiden.

28 Eingehend *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden*, Gemeinwohl in Deutschland, Europa u. der Welt, 2002, S. 103 ff.

29 Vgl. etwa *Sachs*, in: *Sachs* (o. Fußn. 23), Art. 20 Rdnr. 152.

30 Zur Verhaltenslenkung durch pretiale Instrumente etwa *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle*, Grdl. d. VerwR II, 2008, § 40 Rdnrn. 13 ff.

31 *Höfling*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR VII, 3. Aufl. (2009), § 155 Rdnrn. 52 ff., 80 ff.

32 Auf die versch. Formeln muss an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Zur Willkürformel, Neuen Formel u. „Neuesten Formel“, vgl. nur *Kischel*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK-GG, 2011, Art. 3 Rdnrn. 28 ff.

[□Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)