

Fälle zu den Grundrechten

von
Prof. Dr. Wolfram Höfling

2. Auflage

Fälle zu den Grundrechten – Höfling

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Staatsrecht, Staatslehre](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65409 1

recht nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die *Ausfüllung des Regelungsspielraumes* durch den deutschen Gesetzgeber vollständiger verfassungsgerichtlicher Kontrolle.¹⁶ Die Konkurrenzsituation zwischen europäischer und nationaler Staatsgewalt, die das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich zur Selbstbeschränkung seiner Gerichtsbarkeit im Hinblick auf sekundäres Unionsrecht sowie abgeleitetes Unionsrecht motiviert, besteht im Hinblick auf die Ausfüllung des Regelungsspielraumes gerade nicht.¹⁷

2. Differenzierung nach Regelungsgegenständen des TwKG

8

Vor diesem Hintergrund bedarf es deshalb eines genaueren und differenzierenden Blicks auf die Regelungsgegenstände des TwKG: Soweit das TwKG lediglich die zwingenden Vorgaben der „Anti-Tabak-Richtlinie“ umsetzt, ist es der Jurisdiktion des Bundesverfassungsgerichts in Anwendung der „Solange“- Rechtsprechung entzogen. In Bezug auf die Kennzeichnung von Tabakwaren mit Warnhinweisen ist indes eine andere Beurteilung angezeigt. Hier stellt die Richtlinie die Entscheidung, ob überhaupt eine derartige Maßnahme auf nationaler Ebene ergriffen werden soll, in das Ermessen der Mitgliedstaaten.¹⁸ Unterliegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Regelungsspielräume, welche dem deutschen Gesetzgeber bei der zwingenden Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben eingeräumt sind, voller verfassungsgerichtlicher Kontrolle, so gilt dies erst recht, wenn die Richtlinie bereits die Grundentscheidung, ob eine Umsetzung überhaupt erfolgen soll, den Mitgliedsstaaten überlässt (wenn die Richtlinie gewissermaßen nur einen „Denkanstoß“ liefert). Bei den im TwKG enthaltenen Regelungen über die Warnhinweispflicht handelt es sich damit im Ergebnis um einen der Jurisdiktionsgewalt des Bundesverfassungsgerichts unterliegenden Akt der deutschen öffentlichen Gewalt. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt mit den Regelungen des TwKG über die Etikettierungspflicht von Tabakwaren vor.

III. Beschwerdebefugnis

9

Zu prüfen bleibt, ob B auch beschwerdebefugt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ist. Dies setzt voraus, dass einerseits nach dem Vortrag des B eine Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten durch den Beschwerdegegenstand möglich¹⁹ und er andererseits selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

10

Nach dem Vortrag des B erscheint ein Verstoß des TwKG gegen die Grundrechte der Art. 2, 5, 12 und 14 GG nicht von vornherein ausgeschlossen: Das Kennzeichnungsgebot könnte die (negative) Meinungsfreiheit des B verletzen. Darüber hinaus erscheint auch möglich, dass in der Kennzeichnungspflicht eine unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit liegt. Auch eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG angesichts etwaiger das Eigentum an Tabakwaren und deren Verpackungen betreffen-

¹⁶ Vgl. hierzu BVerfGE 118, 79 (95 ff.); siehe *BVerfG*, NJW 2001, 1267 (1268) sowie *BVerfG*, NVwZ 2004, 1346 (1346 f.); siehe auch *Holz*, NVwZ 2007, 1153; *Gellermann*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. 2003, § 35 Rn. 46 f.; *Dörr*, Europarechtlicher Schutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 268 f.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 118, 79 (95); vgl. ferner *Frenz/Kühl*, Jura 2009, 401; *Holz*, NVwZ 2007, 1153.

¹⁸ Nicht erst die konkrete inhaltliche Ausgestaltung – zu den Unwägbarkeiten, die aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts resultieren, sofern eine Richtlinie eine Regelung zwar grundsätzlich zwingend vorgibt, bzgl. der konkreten Ausgestaltung den Mitgliedsstaaten indes einen Regelungsspielraum einräumt, vgl. bereits Fn. 15.

¹⁹ Zur sog. Möglichkeitstheorie siehe nur BVerfGE 28, 17 (19); 52, 303 (327); 65, 227 (232 f.); 89, 155 (171).

der Aspekte nicht von vornherein auszuschließen. Schließlich erscheint auch eine Verletzung des B in dem allgemeinen Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungs- und Eingriffsfreiheit durch die Pflicht zur Kennzeichnung möglich.

11 a) Anwendung von Bürgerrechten auf EU-Ausländer?

Jedoch ist zu beachten, dass es sich bei Art. 12 Abs. 1 GG dem Wortlaut nach um ein sog. Deutschengrundrecht bzw. Bürgerrecht handelt. B ist allerdings Niederländer und damit nicht Deutscher im Sinne des insoweit maßgeblichen Art. 116 GG. Fraglich ist damit, ob sich B als niederländischer Staatsbürger überhaupt auf Art. 12 Abs. 1 GG als Deutschengrundrecht bzw. Bürgerrecht berufen kann. Dabei ist die Besonderheit zu beachten, dass B als Niederländer EU-Bürger ist. Für den Anwendungsbereich der europäischen Verträge (EUV, AEUV) verbietet das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV²⁰ jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und verlangt damit eine Gleichstellung von Deutschen und den übrigen EU-Bürgern auch in der Bundesrepublik Deutschland.²¹ Wie die denkbare Kollisionslage zwischen Grundgesetz und Unionsrecht aufzulösen bzw. wie Grundrechtsschutz für EU-Ausländer vor dem Bundesverfassungsgericht zu gewähren ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die Deutschengrundrechte seien entgegen ihrem Wortlaut so auszulegen, dass vom Begriff der „Deutschen“ auch EU-Bürger erfasst sind, wenn diese durch einen deutschen Hoheitsakt in Bezug auf ein im Geltungsbereich des AEUV liegendes Verhalten beeinträchtigt werden.²² Eine gewichtige Gegenauffassung geht davon aus, dass aufgrund des eindeutig entgegenstehenden Wortlauts der Deutschengrundrechte diese nicht direkt auf EU-Ausländer anwendbar seien. Vielmehr sei Grundrechtsschutz für EU-Bürger – wie bei allen Ausländern – über Art. 2 Abs. 1 GG zu gewähren. Der Besonderheit der EU-Zugehörigkeit könne durch eine unionsrechtskonforme Auslegung²³ bzw. eine europarechtskonforme Reduktion²⁴ Rechnung getragen werden, indem bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG dieser einen den Deutschen gleichwertigen Schutz verbürgen müsse. Praktisch kommen nach letztgenannter Auffassung EU-Ausländer in den Genuss eines über die allgemeine Handlungsfreiheit vermittelten, in der Sache aber „qualifizierten“ und demjenigen der Deutschen gleichwertigen Grundrechtsschutzes.²⁵ Das Bundesverfassungsgericht nimmt inzwischen eine „Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes“²⁶ zugunsten juristischer Personen des EU-ausländischen Privatrechts an, wonach ungeachtet des diese Rechtsfolge nicht hergebenden Art. 19 Abs. 3 GG aufgrund von Art. 18, Art. 26 Abs. 2 AEUV EU-ausländische juristische Privatrechtspersonen wie inländische zu behandeln seien.

Alle Auffassungen führen somit hinsichtlich des Umfangs des Grundrechtsschutzes für EU-Ausländer zum gleichen Ergebnis. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Grundgesetzes ist indes diejenige Ansicht vorzugswürdig, welche einen den Deutschengrundrechten entsprechenden Grundrechtsschutz über Art. 2 Abs. 1 GG vermittelt. Auf Art. 12 Abs. 1 GG kann B sich demnach nicht berufen: Es ist insoweit also auch nicht beschwerdebefugt.

²⁰ Weitere Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 28, 29, 39, 43, 49, 56 EGV.

²¹ Siehe nur *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 (1083).

²² *Ehlers*, JZ 1996, 776 (781); *Wernsmann*, Jura 2000, 657.

²³ *Epping*, Grundrechte, Rn. 589.

²⁴ *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 (1083).

²⁵ Siehe z. B. *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 (1085); *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, Vorb., Rn. 116 m. w. N.

²⁶ Siehe BVerfGE 129, 78 (94). – Siehe hierzu auch die Fallabwandlung in Fall 4.

b) Grundfreiheiten des AEUV als Prüfungsmaßstab einer Verfassungsbeschwerde? 12

Ferner ist fraglich, ob B im Rahmen der Verfassungsbeschwerde auch einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des AEUV rügen kann. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Freiheit des Warenverkehrs unter dem Aspekt des Verbotes mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung (Art. 34 AEUV). Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Individualverfassungsbeschwerde sind jedoch gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG nur die Grundrechte und die grundrechtsgleichen Rechte des Grundgesetzes. Ein Verstoß gegen andere als die in den maßgeblichen Normen genannten Bestimmungen des Grundgesetzes kann mit der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich nicht gerügt werden.²⁷ Ein möglicher Verstoß gegen Recht der Europäischen Union ist auch nicht mit der Begründung rügefähig, angesichts des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts könnte es ggf. schon an einem anwendbaren, den Gesetzesvorbehalt eines Grundrechts ausfüllenden Gesetz und damit an einer Beschränkung der grundrechtlichen Gewährleistung fehlen. Für die insoweit maßgebliche Vereinbarkeit des einfachen Rechts mit den Bestimmungen des Rechts der Europäischen Union ist nämlich nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern der Europäische Gerichtshof zuständig.²⁸ Die Grundfreiheiten des AEUV scheiden damit als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde aus.²⁹

2. Betroffenheit

13

Zudem muss B auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.³⁰ B als Tabakhersteller ist Adressat des TwKG und damit selbst betroffen. Durch das bereits in Kraft getretene Gesetz wird B zudem bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu einem bestimmten Verhalten gezwungen, so dass er auch gegenwärtig betroffen ist.

Überdies müsste B auch unmittelbar betroffen sein. Unmittelbar von einem Gesetz betroffen ist der Beschwerdeführer dann, wenn das Gesetz selbst in Grundrechte des Beschwerdeführers eingreift, ohne dass es eines gesonderten Vollziehungsaktes bedarf, um eine entsprechende Regelungswirkung zu entfalten.³¹ Derartige unmittelbare Wirkung haben Normen insbesondere dann, wenn sie selbst Gebote oder Verbote aussprechen oder aber eine rechtsgestaltende Regelung treffen.³² Hier gibt das TwKG dem B als Tabakhersteller unmittelbar ein Gebot auf, welches dieser zu beachten hat, ohne dass es eines weiteren Vollzugsaktes bedarf. B ist damit auch unmittelbar betroffen.

IV. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde 14

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Gegen formelle Gesetze steht ein solcher Rechtsweg aber nicht offen, wie sich auch aus § 93 Abs. 3 S. 1 BVerfGG ergibt.

Allerdings setzt die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde des B die Beachtung des Grundsatzes der (materiellen) Subsidiarität voraus. Das Bundesverfassungs-

²⁷ Deutlich BVerfGE 3, 53 (74).

²⁸ BVerfGE 115, 141 (299 f.) unter Verweis auf BVerfGE 31, 145 (174 f.); 82, 159 (191); siehe ferner Sturm/Detterbeck, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 93 Rn. 24.

²⁹ St. Rspr., siehe z. B. BVerfGE 110, 141 (154 f.); 115, 276 (299 f.); Meyer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 93 Rn. 56; Sturm/Detterbeck, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 93 Rn. 88; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Bd. III, Art. 93 Rn. 179.

³⁰ St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 53, 30 (48); 100, 313 (354); 110, 141 (151); Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn. 190; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 231.

³¹ BVerfGE 72, 39 (43); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 56.

³² Sachs, Verfassungsprozessrecht, Rn. 521.

gericht verlangt insofern, dass der Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung hinaus alle weiteren ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verletzung herbeizuführen.³³ Praktische Relevanz hat dieser Grundsatz vor allem im Rahmen von Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen. Sinn und Zweck der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten ungeschriebenen Zulässigkeitsvoraussetzung ist neben einer generellen Entlastung des Bundesverfassungsgerichts auch eine umfassende fachgerichtliche Aufbereitung des Prozessstoffes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht („fachspezifische Vorklärung“).³⁴ So ist etwa auf Basis der Subsidiarität die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde zu verneinen, sofern eine mittelbare Rechtschutzmöglichkeit in Form einer inzidenten Normenkontrolle möglich ist.³⁵ Allerdings ist zu beachten, dass alle aus dem Subsidiaritätsgrundsatz resultierenden Anforderungen unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit (§ 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG analog) stehen.³⁶

Vorliegend käme einerseits in Betracht, von B zu verlangen, gegen das TwKG zu verstößen und Sanktionsmaßnahmen zu provozieren, die er vor den Fachgerichten angreifen könnte, wobei die §§ 26, 27 TwKG als Ermächtigungsgrundlage im fachgerichtlichen Verfahren sodann inzident auf ihre Wirksamkeit zu untersuchen wären. Ein solches Vorgehen erscheint allerdings angesichts der im TwKG für den Fall der Zu widerhandlung vorgesehenen empfindlichen Geldbußen unzumutbar.³⁷

Ferner könnte auf den ersten Blick in Betracht kommen, von B zu fordern, Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 1. Hs. VwGO vor den Verwaltungsgerichten mit dem Antrag zu erheben, man möge feststellen, er unterliege keiner Kennzeichnungspflicht, da das TwKG wegen der Verletzung seiner Grundrechte nichtig sei. Indes spricht einiges dafür, im Falle einer so gearteten Feststellungsklage bereits den Verwaltungsrechtsweg als nicht eröffnet zu betrachten. Rechtsschutzbegehren, die sich – wie die in Rede stehende Feststellungsklage – explizit gegen die Entscheidungsbefugnis des parlamentarischen Gesetzgebers³⁸ richten, können nur verfassungsrechtlicher Kontrolle unterliegen.³⁹ Es ist damit keine zumutbare alternative Möglichkeit für B zur Rechtsverfolgung ersichtlich. Dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität ist folglich Rechnung getragen.

15 V. Form und Frist

Von der Einhaltung der Formanforderungen gemäß §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG ist auszugehen. Ferner hat B nur wenige Monate nach Inkrafttreten des TwKG Verfassungsbeschwerde erhoben. Auch die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG ist damit gewahrt.

³³ BVerfGE 63, 77 (78); 68, 384 (389); 84, 203 (208). Mit anderen Worten: Im engeren Sinne bedeutet die Subsidiarität, dass vom Beschwerdeführer verlangt wird, die Gerichte auch dann irgendwie mit seiner Angelegenheit zu befassen, wenn ihm ein Rechtsweg im technischen Sinn nicht offen steht, so prägnant *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 535.

³⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 1261; *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 536 f.

³⁵ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 1261.

³⁶ Vgl. z. B. *Sturm/Detterbeck*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 94 Rn. 20.

³⁷ Vgl. *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 538; *Sturm/Detterbeck*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 94 Rn. 20 m. w. N. zur st. Rspr.

³⁸ Anders kann die Frage zu beurteilen sein, wenn sich die angegriffene Verpflichtung aus einer untergesetzlichen Rechtsnorm ergibt, für die auch die Fachgerichte die Verwerfungskompetenz besitzen, vgl. etwa *BVerfG*, NVwZ 2000, 1407 (1408) sowie BVerfGE 115, 81 (95 f.); siehe auch *Epping*, Grundrechte, Rn. 191.

³⁹ Insofern unter Relativierung des Grundsatzes der doppelten Verfassungsmittelbarkeit, vgl. hierzu *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 40 Rn. 196 f m. w. N.; andere Ansicht wohl vertretbar.

VI. Zwischenergebnis	16
-----------------------------	-----------

Die Verfassungsbeschwerde des B ist zulässig.

B. Begründetheit	17
-------------------------	-----------

Die Verfassungsbeschwerde des B ist begründet, wenn das mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene TwKG den B in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Dies ist dann der Fall, wenn das TwKG einen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundrechte des B darstellt.

I. Verletzung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG?	18
---	-----------

Das TwKG könnte gegen das Grundrecht der (negativen) Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG verstößen.

1. Zum Schutzbereich	19
-----------------------------	-----------

Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG gewährleistet in sachlicher Hinsicht zunächst die – positive – Freiheit, eine Meinung in Wort, Schrift und Bild zu äußern. Darüber hinaus aber umfasst der Gewährleistungsbereich der Meinungsfreiheit als Verhaltensfreiheit auch die gleichsam negative Kehrseite: Das Grundrecht garantiert so auch das Recht, Meinungen nicht zu äußern und zu verbreiten und schützt so insbesondere vor staatlichem Zwang, fremde Meinungen als eigene äußern und verbreiten zu müssen.⁴⁰ Diese negative Meinungsfreiheit könnte hier durch die Kennzeichnungspflicht verletzt sein.

Bei den auf den Tabakerzeugnissen wiederzugebenden Warnhinweisen müsste es sich um Meinungen handeln. Kennzeichnendes Merkmal einer Meinung in Abgrenzung zu bloßen Tatsachenbehauptungen ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung.⁴¹ Die bloße Mitteilung einer Tatsache ist im strengen Sinne keine Äußerung einer Meinung, da es hier gerade an den benannten Elementen fehlt.⁴² Doch ist der Begriff der „Meinung“ weit auszulegen.⁴³ Tatsachenbehauptungen sind demgemäß vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 1. Hs. GG ebenfalls erfasst, wenn sie sich mit Meinungsäußerungen verbinden oder vermischen.⁴⁴ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn und soweit Tatsachenbehauptungen Voraussetzung der Meinungsbildung sind.⁴⁵

Die in Rede stehenden Warnhinweise geben wissenschaftlich erörterte Tatsachen wieder und sind damit als Tatsachenbehauptungen zu qualifizieren. Sie sind auch nicht unmittelbar mit Meinungsäußerungen verbunden, können und sollen jedoch sehr wohl zur Meinungsbildung beitragen, indem sie die Gefahren des Rauchens in das Bewusstsein der Bevölkerung rücken und dadurch die Meinung der Konsumenten zu Tabakwaren in eine bestimmte Richtung beeinflussen. Damit handelt es sich um vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasste Tatsachenbehauptungen.⁴⁶

Das Schutgzug der negativen Meinungsfreiheit wäre indes dann nicht betroffen, wenn offensichtlich ist, dass es sich bei den Warnhinweisen nicht um Äußerungen des B

⁴⁰ Siehe statt vieler *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 603 ff.

⁴¹ So z. B. BVerfGE 61, 1 (8 f.); siehe *Gröpl*, in: Studienkommentar GG, Art. 5 Rn. 11; *Sachs*, Grundrechte, S. 286; kritisch *Ipse*, Staatsrecht II, Rn. 413 ff m. w. N.

⁴² BVerfGE 61, 1 (8 f.).

⁴³ Statt vieler *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 598; siehe auch BVerfGE 61, 1 (9).

⁴⁴ BVerfGE 61, 1 (8 f.).

⁴⁵ Statt vieler *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 598.

⁴⁶ Es erscheint indes ebenso gut vertretbar, die Warnhinweise als Meinungsäußerungen i. e. S. zu qualifizieren, so wohl auch BVerfGE 95, 173 (182 f.).

handelt, wenn er also gerade nicht gezwungen wäre, sich eine fremde Meinung als eigene zurechnen zu lassen.⁴⁷ So verhält es sich hier. Dem allgemeinen Warnhinweis ist der Zusatz voranzustellen: „Die EU-Gesundheitsminister.“ Gleiches gilt für die besonderen Warnhinweise. Für jedermann, insbesondere aber für die Nachfrager der Tabakprodukte, ist damit erkennbar, dass es sich bei den Warnhinweisen nicht um eine den Tabakherstellern zurechenbare Aussage, sondern vielmehr um eine Bedingung für das gewerbsmäßige Inverkehrbringen der Tabakwaren handelt.⁴⁸ Damit ist bereits der Schutzbereich der negativen Meinungsfreiheit nicht eröffnet.⁴⁹

20 2. Zwischenergebnis

Das TwKG verstößt nicht gegen Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG.

21 II. Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG?

Das TwKG könnte aber die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des B verletzen. Indes handelt es sich bei Art. 12 Abs. 1 GG um ein Deutschengrundrecht, welches nach der hier vertretenen Auffassung mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut keine direkte Anwendung auf Bürger anderer EU-Mitgliedsstaaten findet (s. o.).

22 III. Verletzung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG?

Das TwKG könnte jedoch gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen.

Art. 14 Abs. 1 GG als Jedermann-Grundrecht⁵⁰ schützt mit dem Eigentum jede privatrechtliche (und unter bestimmten Voraussetzungen auch öffentlich-rechtliche) vermögenswerte Rechtsposition.⁵¹ Vom Gewährleistungsumfang umfasst sind dabei sowohl die Innehabung als auch die Nutzung der jeweiligen Eigentumsposition.⁵² Vorliegend kommt zunächst eine Beeinträchtigung der *Nutzungsfreiheit* in Betracht. Die Regelungen könnten B in seiner hiervon umfassten Freiheit beeinträchtigen, sein Eigentum (hier an Zigaretten und Verpackung) ungehindert zu veräußern.⁵³ Durch das TwKG wird den Tabakhändlern indes lediglich aufgegeben, die Tabakverpackung in bestimmter Weise zu verändern und erst anschließend zu veräußern. Hierdurch wird das Recht zur Veräußerung nicht in eigentumsrechtlich relevanter Weise berührt. Allerdings könnte man unter dem Aspekt *verminderter Absatz- und Gewinnchancen* an eine Beeinträchtigung des Schutzbereiches denken. Art. 14 Abs. 1 GG schützt indes nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen und umfasst damit grundsätzlich nicht in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten. Der Erwerb unterfällt vielmehr dem Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.⁵⁴ Auch insofern kommt eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG nicht in Betracht.⁵⁵ Schließlich könnte das TwKG das *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* beeinträchtigen. Insoweit ist aber bereits fraglich, ob dieses von Art. 14 Abs. 1 GG überhaupt geschützt wird. Das Bundesverfassungsgericht erachtet Art. 14 Abs. 1 GG in diesem Zusammenhang dann für einschlägig, wenn der Betrieb durch die staatliche Maßnahme in seinem konkreten Bestand, d. h. in seiner Substanz

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 95, 173 (182).

⁴⁸ Die zuletzt behandelten Aspekte hätten auch erst im Rahmen der Eingriffsprüfung erörtert werden können.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 95, 173 (182).

⁵⁰ Hierzu statt vieler *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 14 Rn. 16.

⁵¹ Vgl. zu alledem *Pierothen/Schlink*, Grundrechte, Rn. 977 ff.; *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 721 ff.; *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 14 Rn. 21 ff.

⁵² Statt vieler *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 14 Rn. 41 m. w. N.

⁵³ Siehe hierzu *Pierothen/Schlink*, Grundrechte, Rn. 992.

⁵⁴ Siehe nur *Pierothen/Schlink*, Grundrechte, Rn. 990; *Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 196.

⁵⁵ Siehe nur BVerfGE 95, 175 (187 f.).

betroffen ist.⁵⁶ Gegenstand verfassungsrechtlichen geschützten Eigentums können dagegen (auch hier) nicht rein tatsächliche Gegebenheiten wie bloße Gewinnerwartungen etc. sein.⁵⁷ Die Erfassung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG soll gerade nicht dazu führen, dass die Grenze zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG verschoben wird. Vorliegend ist der konkrete Bestand des Gewerbebetriebes des B gerade nicht tangiert. Er kann nach wie vor Tabakwaren herstellen und verkaufen. Durch die gesetzlichen Pflichten des TwKG werden nur Gewinnerwartungen, tatsächliche Gegebenheiten und günstige Rahmenbedingungen betroffen, welche nach vorzugswürdiger Auffassung nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen. Auch im Hinblick auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist deshalb der Schutzbereich nicht eröffnet.

IV. Verletzung der beruflichen Betätigungsfreiheit als Gewährleistungselement 23 des Art. 2 Abs. 1 GG?

B könnte schließlich jedoch in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsphäre verletzt sein.

1. Zum Schutzbereich

24

Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht greift immer dann, wenn spezielle Freiheitsgewährleistungen mit ihren Schutzbereichen nicht einschlägig sind. Diese Auffangwirkung entfaltet die Norm nach zutreffender Auffassung auch zu Gunsten von Ausländern für die Schutzbereiche der sog. Deutschengrundrechte.⁵⁸ Damit ist die Freiheit beruflicher Betätigung, deren Schutz für Deutsche Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet, für B als EU-Ausländer durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.⁵⁹

2. Eingriff in den Schutzbereich

25

Es müsste ein Eingriff in das Schutzwert der allgemeinen Handlungsfreiheit vorliegen. Unter einem Grundrechtseingriff ist grundsätzlich jede Verkürzung des grundrechtlich Gewährleisteten durch den Staat gegen den Willen des Grundrechtsträgers zu verstehen.⁶⁰ Im vorliegenden Fall gebietet das TwKG den Tabakherstellern unter Bußgeldandrohung im Falle der Zuwiderhandlung, die Verpackungen ihrer Produkte vor Inverkehrbringen mit Warnhinweisen zu versehen und reglementiert damit einen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit. Ein unmittelbarer Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des B ist damit zu bejahen.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

26

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Grundsätzlich kann die allgemeine Handlungsfreiheit durch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, im Ergebnis also durch jede formell und materiell verfassungsgemäße Rechtsnorm eingeschränkt werden. Das setzt in materieller Hinsicht vor allem die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit voraus. Vorliegend ist jedoch der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass es sich bei B um einen niederländischen Staatsbürger und damit einen EU-Bürger handelt. Nach

⁵⁶ Vgl. dazu nur BVerfGE 13, 225 (229 f.); siehe auch z. B. *Sachs*, Grundrechte, S. 435 m. w. N.; eine weitergehende Anerkennung ausdrücklich offen lassend BVerfGE 105, 252 (278); nach anderer Ansicht wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG unterstellt. In diesem Rahmen soll alles, was den wirtschaftlichen Wert des Betriebs (z. B. der Kundenstamm) ausmacht, dem Eigentumsbegriff unterstellt werden – vgl. insofern die Darstellung bei *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, Art. 14 Rn. 62.

⁵⁷ BVerfGE 105, 252 (278) m. w. N.

⁵⁸ Siehe etwa *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1041; BVerfGE 35, 302 (399); 78, 179 (196 f.); 104, 337 (346).

⁵⁹ Vgl. für die Berufsfreiheit auch BVerfGE 104, 337 (346).

⁶⁰ *Pierothen/Schlink*, Grundrechte, Rn. 253.

der hier vertretenen Auffassung genießen EU-Ausländer unter Beachtung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots aus Art. 18 AEUV im Ergebnis gleichen Grundrechtsschutz wie Deutsche.⁶¹ Vor diesem Hintergrund hat sich die verfassungsrechtlichen Rechtfertigung an den Maßstäben zu orientieren, die zum Grundrecht der Berufsfreiheit entwickelt worden sind.

27 a) Die Drei-Stufen-Theorie als Grobraster

Das BVerfG unterschied vor allem in seiner frühen Judikatur nach dem *Apotheken-Urteil* von 1958⁶² drei Stufen unterschiedlicher Eingriffsintensität in die Berufsfreiheit, die unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen genügen mussten. Danach war zunächst zwischen Eingriffen in die Berufswahlfreiheit durch objektive Zulassungsbeschränkungen oder subjektive Zulassungsbeschränkungen sowie Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit durch sog. Berufsausübungsregelungen zu unterscheiden. Während Berufsausübungsregelungen nach diesem Raster durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden konnten, setzte die Rechtfertigung einer subjektiven Zulassungsbeschränkung den Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes voraus, wozu insbesondere Werte mit Verfassungsrang gehörten. Objektive Zulassungsbeschränkungen waren nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut bezweckten.⁶³ Nach mehr als 50 Jahren grundrechtsdogmatischer Fortentwicklung ist der Drei-Stufen-Theorie mittlerweile im Wesentlichen nur noch die Funktion eines orientierenden Grobrasters beizumessen.⁶⁴ Dies wird auch vom Bundesverfassungsgericht seit Längerem hervorgehoben, welches zugleich immer wieder auf die „fließende[n] Übergänge zwischen Berufswahl und Berufsausübung“ hinweist.⁶⁵ Der nach wie vor aktuelle Kern der Drei-Stufen-Theorie besteht mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts gesprochen darin, dass „Eingriffszweck und Eingriffsintensität stets in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen“ müssen.⁶⁶ Insofern kann die Zuordnung zu einer bestimmten „Regelungs-Stufe“ ein Indiz für die Eingriffsintensität sein.⁶⁷

28 b) Ziel und Zweck des Gesetzes

Das Gesetz müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Die Warnhinweise dienen dem Gesundheitsschutz der Raucher sowie Dritter. Aus Art. 2 Abs. 2 GG folgt in diesem Kontext die Schutzpflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen und so u. a. auch eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen zu leisten.⁶⁸ Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren als besondere Ausformung des Schutzes menschlichen Lebens zählt zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern⁶⁹ und stellt damit zweifelsohne ein legitimes Ziel staatlichen Handelns dar.

29 c) Geeignetheit

Das TwKG müsste geeignet sein, den erstrebten legitimen Zweck zu erreichen. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner

⁶¹ Siehe dazu bereits oben; ferner Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 128.

⁶² BVerfGE 7, 377 ff.

⁶³ Siehe zur Drei-Stufen-Theorie nur Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 652 ff.

⁶⁴ Siehe Höfling, JZ 2009, 339 (342) m. w. N.; vgl. ferner Hebeler, JA 2008, 413 ff.

⁶⁵ Siehe etwa BVerfGE 103, 172 (183).

⁶⁶ Siehe BVerfGE 103, 172 (183) m. w. N.

⁶⁷ Siehe Höfling, JZ 2009, 339 (342).

⁶⁸ BVerfG, NJW 2008, 2409 (2413); vgl. ferner BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 56, 54 (78); 115, 118 (152).

⁶⁹ BVerfG, NJW 2008, 2409 (2412); vgl. auch BVerfGE 7, 377 (414).