

**Propädeutische Hausarbeit zum Grundkurs III  
im Öffentlichen Recht**

**Frage 1: Vereinbarkeit des APG mit den Grundrechten von D und T**

*Im Rahmen der folgenden Prüfung bietet es sich an, die Personen D und T und innerhalb der Prüfungen die einzelnen Regelungsgegenstände des APG, also das Werbeverbot, die Kennzeichnungspflicht und die strafrechtliche Sanktionierung getrennt zu prüfen.*

*Die Bearbeiter können zu dem Ergebnis gelangen, dass das APG verfassungswidrig oder verfassungskonform ist. Beide Ergebnisse sind gut vertretbar; entscheidend ist, dass die Bearbeiter die einschlägigen Grundrechte sauber prüfen und das jeweilige Ergebnis angemessen begründen. In der Tendenz dürfte es näher liegen, das APG als verfassungswidrig anzusehen.*

**A. Verletzung der Grundrechte der D**

Hinsichtlich D sollten

- im Rahmen der Prüfung des Werbeverbots
    - Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (Kunstfreiheit der D),
    - Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. Halbsatz GG (Meinungsfreiheit der D),
    - Art 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit der D),
    - Art. 14 GG (Eigentumsfreiheit der D),
    - Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit der D),
    - Art. 3 Abs. 1 GG ;
  - im Rahmen der Prüfung der Kennzeichnungspflicht
    - Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG (Meinungsfreiheit der D),
    - Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit der D),
    - Art. 14 GG (Eigentumsfreiheit der D),
    - Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit der D),
    - Art. 3 Abs. 1 GG;
  - im Rahmen der Prüfung der strafrechtlichen Sanktionierung
    - Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 104 GG
- angesprochen werden.

**I. Werbeverbot**

**1. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, Kunstfreiheit von D**

**a) Schutzbereich**

Die Werbung könnte als Kunst anzusehen sein. Fraglich ist, wie Kunst zu definieren ist.

Nach dem formalen Kunstbegriff liegt Kunst vor, wenn sich ein Werk einem formalen Werktyp (Malerei, Bildhauerei, Dichtung etc.) zuordnen lässt. Werbung kann in vielfältiger Weise erfolgen, wie z.B. als Zeichnung oder Ähnliches. Da die Werbung bereits im Sachverhalt als „künstlerische Werbung“ bezeichnet wird, kann davon ausgegangen werden, dass sich die Werbung einem formalen Werktyp zuordnen lässt. Es handelt sich damit bei der Werbung um Kunst im Sinne des formalen Kunstbegriffes.

Nach dem materiellen Kunstbegriff ist Kunst die freie, schöpferische Gestaltung als unmittelbarer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers. Dies könnte man vorliegend in Frage stellen, da die Werbung zumeist nicht individueller Ausdruck der Persönlichkeit des Künstlers sein wird, sondern maßgeblich so entworfen ist, dass sie auf möglichst viele Kunden ansprechend wirkt. Da jedoch, wie bereits erwähnt, der Sachverhalt die Werbung als „künstlerische Werbung“ bezeichnet, kann davon ausgegangen werden, dass in der Gestaltung der Werbung auch die individuelle Persönlichkeit des Künstlers zum Ausdruck kommt. Auch nach dem materiellen Kunstbegriff kann hier somit das Vorliegen von Kunst bejaht werden.

Nach dem dritten sog. offenen Kunstbegriff ist Kunst eine vielschichtige interpretationsfähige Darbietung; Kunst definiert sich hiernach stets neu. Insoweit kann man auch Werbung als Kunst ansehen.

Da mit allen drei Kunstbegriffen das Vorliegen von Kunst bejaht werden kann, ist eine Diskussion der Kunstbegriffe nicht nötig. Die Werbung fällt folglich in den Schutzbereich der Kunstfreiheit.

*Hinweis: Sollten die Bearbeiter bei der Subsumtion unter die einzelnen Kunstbegriffe zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, so ist es geboten, den Meinungsstreit zu entscheiden; allerdings wendet das Bundesverfassungsgericht die Kunstbegriffe zum Teil auch nebeneinander an. Kaum vertretbar erscheint es, den Schutzbereich als nicht eröffnet anzusehen, da jedenfalls aufgrund der Formulierung im Sachverhalt („künstlerisch aufwendig gestaltete Werbung“), der offene Kunstbegriff zu bejahen ist. Sollten Verfasser zu einem anderen Ergebnis gelangen, müsste dies überzeugend begründet werden.*

Geschützt ist sowohl der Werk-, als auch der Wirkungsbereich. Der Wirkungsbereich betrifft die Darbietung, Verbreitung, Verwendung etc. des Kunstwerks, so dass beispielsweise auch der Verleger eines Romans oder ein Verkäufer von T-Shirts mit Satire-Aufdruck geschützt wird (*Pernice*, in: Dreier, Grundgesetz, Band 1, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 5 III (Kunst) Rn. 14, 27). Demnach ist die Verbreitung des Kunstwerks „Werbung“ durch D, unabhängig davon, wer Schöpfer dieses Kunstwerks ist, als von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Tätigkeit anzusehen.

### b. Eingriff

Ein Eingriff ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein grundrechtlich geschütztes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht. Indem die Werbung für Alkopops untersagt wird, liegt ein Eingriff vor.

### c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

#### aa. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

##### (1.) formelle Verfassungsmäßigkeit

Laut Sachverhalt steht dem Bundestag die Gesetzgebungskompetenz zu. Das APG wurde zudem auch verfahrensfehlerfrei erlassen.

##### (2.) materielle Verfassungsmäßigkeit

Art. 5 Abs. 3 GG unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt. Die Übertragung der Schranken aus Art. 5 Abs. 2 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG ist abzulehnen, da dies der Systematik der Grundrechte widerspricht. Eine Rechtfertigung erfolgt durch kollidierendes Verfassungsrecht im Wege praktischer Konkordanz. Als kollidierendes Verfassungsrecht kommt hier die Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) in Betracht.

*Hinweis: Hier muss ein Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern erfolgen. Zu beachten ist, dass die Gesundheit ein besonders wichtiges Rechtsgut ist, hingegen die schöpferische Entfaltungsfreiheit kaum eingeschränkt wird. Allein der Einsatz von Kunst zum Zwecke der Wirtschaftswerbung für Alkopops wird ausgeschlossen (vgl. Siekmann, DÖV 2003, 657 (662 f.), der sich mit der Verfassungsmäßigkeit eines umfassenden Werbeverbots für Tabakprodukte auseinandersetzt). In diesem Fall liegt es nahe, die Kunstfreiheit zurückstehen zu lassen.*

#### bb. Zitiergebot

*Hinweis: Der hier aufgezeigte Aufbau ist nicht zwingend. Volker Epping, Grundrechte, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2005, Rn.648 sowie das BVerfG, NJW 2005, 2603 (2604 f.) prüfen das Zitiergebot im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit.*

Fraglich ist, ob hier ein Verstoß gegen das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) vorliegt, da § 4 APG nur Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nennt. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG findet allerdings nach ganz h.M. keine Anwendung auf vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte (Epping, a.a.O., Rn. 647; vgl. auch Huber, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Auflage, München 2005, Art. 19 Rn. 78). Begründet wird dies damit, dass sich aus dem Zusammenhang von Art. 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG ergebe, dass das Zitiergebot nur für Grundrechte, die unter Gesetzesvorbehalt stehen, gelte.

#### d. Ergebnis

Das Werbeverbot verletzt nicht Art. 5 Abs. 3 GG.

### **2. Art. 5 Abs. 1 S. 1 HS 1 GG, Meinungsfreiheit von D**

*Hinweis: Art. 5 Abs. 3 GG geht nach der Rechtsprechung des BVerfG der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG vor (BVerfGE 81, 298 (306)); so auch Epping, a.a.O., Rn. 233, 255; Pernice, in: Dreier, Grundgesetz, Band 1, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 5 III (Kunst) Rn. 50).*

### **3. Art. 12 Abs. 1 GG, Berufsfreiheit von D**

*Hinweis: Zwischen Art. 5 Abs. 3 GG (Kunstfreiheit) und Art. 12 GG (Berufsfreiheit) wird zum Teil Idealkonkurrenz angenommen (Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 7. Auflage, München 2004, Art. 5 Rn. 105). Ein anderer Teil der Literatur (Pernice, in: Dreier, a.a.O., Art. 5 III (Kunst), Rn. 50) geht demgegenüber davon aus, dass Art. 12 GG, sofern es nicht um die wirtschaftliche Verwertung des Werkes geht, hinter der Kunstfreiheit zurücktritt.*

#### a. Schutzbereich

Beruf ist jede auf eine gewisse Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit. Die Produktion von Getränken ist eine solche Tätigkeit und stellt somit einen Beruf dar. Auf die Frage, ob als zusätzliches Merkmal hinzukommen muss, dass die Tätigkeit nicht generell verboten oder sozial- und gemeinschädlich sein darf, kommt es vorliegend nicht an, da die Produktion von Getränken, insbesondere Alkopops, weder generell verboten, noch sozial- und gemeinschädlich ist. Fraglich ist aber, ob auch die Werbung für das Produkt in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fällt. Unter den Begriff Beruf fällt jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient. Insoweit ist von der Berufsfreiheit auch die Werbung für den entsprechenden Hersteller bzw. das Produkt umfasst.

## b. Eingriff

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt nach h.M. nur vor, wenn der hoheitliche Akt eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist. Erforderlich ist, dass es dem Staat gerade um die Regelung der Berufsfreiheit geht (*Epping*, a.a.O., Rn. 354). Zwar geht es hier vornehmlich um den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, so dass man daran zweifeln könnte. Indem zu diesem Zweck die geschäftliche und berufliche Werbung der D durch staatliche Maßnahmen, also das Werbeverbot, unmittelbar eingeschränkt wird, kann hier aber ein berufsbezogener Eingriff bejaht werden.

*Hinweis: Lehnen Bearbeiter dennoch einen berufsbezogenen Eingriff ab, so sollte zusätzlich darauf eingegangen werden, dass in der Literatur zum Teil auch gänzlich auf die oben genannten Kriterien verzichtet und jede spezifische, rechtlich oder faktisch wirkende Betroffenheit als ausreichend angesehen wird, um einen Eingriff zu bejahen (siehe dazu: Tettinger, in: Sachs, a.a.O., Art. 12 Rn. 76). Demnach könnte man mit der m.M. einen Eingriff in den Schutzbereich bejahen.*

## c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

### aa. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

#### (1.) formelle Verfassungsmäßigkeit

Laut Sachverhalt steht dem Bundestag die Gesetzgebungskompetenz zu. Das APG wurde zudem verfahrensfehlerfrei erlassen.

#### (2.) materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Werbeverbot müsste auch verhältnismäßig sein.

*Hinweis: Im Rahmen der nun folgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sollte auf einen ordentlichen Aufbau geachtet werden (Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit).*

#### (2.1.) Verhältnismäßigkeit

##### (2.1.1.) Zweck

Dazu müsste zunächst ein legitimer Zweck vorliegen. Durch das Werbeverbot soll ein Konsumrückgang erreicht und damit die Gesundheit der Bevölkerung geschützt werden.

##### (2.1.2.) Geeignetheit

Weiterhin müsste das Werbeverbot auch geeignet sein, den Zweck zu erreichen. Ob ein Werbeverbot tatsächlich geeignet ist, den Alkopop-Konsum zu senken, könnte man als fraglich ansehen (*Ossenbühl*, ZLR 1999, 107 (118 ff.) äußert sich hinsichtlich der Geeignetheit eines Werbeverbots für Tabakerzeugnisse skeptisch). Bei der Beurteilung dieser Frage obliegt dem Gesetzgeber jedoch ein Einschätzungsspielraum. Da die große Popularität der Alkopops wohl auch auf deren besondere Vermarktung zurückzuführen ist, erscheint das Werbeverbot jedenfalls nicht schlechthin ungeeignet, einen Absatzrückgang und damit eine Verminderung des Konsums herbeizuführen. Die Geeignetheit des Werbeverbots ist somit zu bejahen.

##### (2.1.3.) Erforderlichkeit

Das Mittel müsste auch erforderlich sein. Es dürfte also kein milderer gleich geeignetes Mittel ersichtlich sein.

Hier ist auf die sog. 3-Stufen-Theorie einzugehen.

*Hinweis: Der hier aufgezeigte Aufbau zur Prüfung der 3-Stufen-Theorie ist nicht zwingend. Zum Teil wird auch im Rahmen der Prüfung des Zwecks bereits eine Einordnung in die drei Stufen vorgenommen. An den Zweck werden dann die entsprechenden Anforderungen (Schutz eines Gemeinschaftsgutes, eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes etc.) gestellt und hinsichtlich des konkreten Falls geprüft (so: Epping, a.a.O., Rn. 371 ff.; wie hier Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, 20. Auflage, Heidelberg 2004, Rn. 846 ff.).*

Grundsätzlich gilt, dass ein Eingriff auf höherer Stufe nur dann erforderlich ist, wenn sein Zweck nicht ebenso gut durch einen Eingriff auf einer niederen Stufe erreicht werden kann. Zunächst ist damit zu unterscheiden, ob es sich um eine Berufsausübungsregelung oder um eine subjektive oder objektive Berufszulassungsvoraussetzung handelt. Da vorliegend nicht die Berufswahl betroffen ist, sondern vielmehr die Frage, in welchem Rahmen der Beruf ausgeübt werden kann, handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung. Fraglich ist, ob die Möglichkeit eines mildereren Eingriffs auf dieser Stufe besteht. Hinsichtlich der Beurteilung der Frage nach der Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu.

*Hinweis: Auch an dieser Stelle kann über verschiedene Möglichkeiten nachgedacht werden. So setzt das BVerfG in einer Entscheidung über die Kennzeichnungspflicht von Tabakverpackungen die Kennzeichnungspflicht ins Verhältnis zu einem möglichen Werbeverbot und sieht die Kennzeichnungspflicht als milderer Mittel an (BVerfGE 95, 173 (186 f.)). Insoweit könnte man für den vorliegenden Fall erwägen, ob nicht allein die Kennzeichnungspflicht als milderer Mittel genügt hätte. Es ist aber gut vertretbar, dies zu verneinen. Die Kennzeichnungspflicht zielt zwar auch auf den Gesundheitsschutz ab, ist aber, dadurch, dass die Gefahren dem potentiellen Käufer erst bei der Kaufentscheidung aufgezeigt werden, darauf ausgerichtet, dass der Bürger die bereits getroffene Kaufentscheidung erneut überdenkt. Demgegenüber zielt das Werbeverbot schon darauf ab, dass es gar nicht zu einer Kaufentscheidung kommt. So haben zwar beide Regelungen im Endeffekt das gleiche Ziel, setzen aber an unterschiedlichen Punkten an, so dass die Kennzeichnungspflicht jedenfalls wohl nicht als gleich geeignet angesehen werden kann. Ebenfalls könnte man daran denken, nur ein Teilwerbeverbot wie dies im Falle von Tabakerzeugnissen geschehen ist (vgl. § 22 Abs. 1 Vorläufiges Tabakgesetz: „Es ist verboten, für Tabakerzeugnisse im Hörfunk oder im Fernsehen zu werben.“) als milderer Mittel anzusehen. Fraglich ist aber, ob damit ein gleich hoher Konsumrückgang zu erwarten wäre, ob ein Teilwerbeverbot also gleich geeignet wäre. Hinsichtlich des Werbeverbots für Tabakerzeugnisse finden sich in der Literatur unterschiedliche Stimmen. So sieht Ossenbühl, a.a.O., 120 f. schon das Tabakwerbeverbot nicht als erforderlich an; demgegenüber bejaht Siekmann, a.a.O., 662 die Erforderlichkeit. Insoweit sind auch im vorliegenden Fall beide Ergebnisse von den Bearbeitern vertretbar. Wichtig ist vor allem, dass eine Auseinandersetzung mit dieser Frage erfolgt.*

Sofern die Erforderlichkeit bejaht wird, ist weiter zu prüfen:

#### (2.1.4.) Angemessenheit

*Hinweis: Als reine Berufsausübungsregelung kann das Werbeverbot bereits durch vernünftige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden. Indem es vorliegend um den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung geht, liegen Gründe des Allgemeinwohls vor. Die Intensität des Eingriffs dürfte zudem nicht unangemessen sein. An dieser Stelle könnte man daran denken, die Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der Werbeverbote bzw. –einschränkungen für freie Berufe zu übertragen. Diese Möglichkeit wird aber beispielsweise von Siekmann, a.a.O., 663 aufgrund der unterschiedlichen Ausgangssituation verneint. Hinsichtlich der Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass die Vermarktung eines Produktes in gewissem Umfang zwar essentiell für dessen Absatz ist, das Produkt aber dennoch verkauft werden darf. Berücksichtigt man auf der anderen Seite, dass die*

*Regelung den Schutz der Gesundheit bezwecken soll, so kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass die Berufsfreiheit hier zurückstehen muss (a.A. vertretbar).*

## (2.2.) Zitiergebot

Der h.M. nach findet das Zitiergebot keine Anwendung bei Grundrechten, die unter einem Schranken- und Regelungsvorbehalt stehen. Insoweit gilt das Zitiergebot nicht für Art. 12 Abs. 1 GG (*Epping*, a.a.O., Rn. 647; vgl. auch *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art. 19 Rn. 77 m.w.N.).

*Hinweis: Die enge Auslegung des Begriffs der „Grundrechtseinschränkung“ durch die h.L. und die Rspr. hat verschiedentlich Kritik erfahren. Die Ansicht des BVerfG, dass die restriktive Handhabung des Zitiergebots keine nachteiligen Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz habe, sei nicht zutreffend. Vielmehr wird eine weite Auslegung des Begriffs „Einschränkung“ und damit die Anwendung des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG auch auf Grundrechte wie die allgemeine Handlungsfreiheit, die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit, die Eigentumsgarantie und den Gleichheitssatz gefordert (Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art. 19 Rn. 95). Soweit Bearbeiter dies sehen und gut diskutieren, sollte dies positiv vermerkt werden.*

### d. Ergebnis

Je nachdem wie die Bearbeiter sich im Verlauf obiger Prüfung entschieden haben, kann das Ergebnis unterschiedlich ausfallen.

## **4. Art. 14 GG, Eigentumsfreiheit von D**

### a. Schutzbereich

Unter Eigentum ist neben dem Sacheigentum die Summe aller vermögenswerten privaten Rechte sowie aller vermögenswerten öffentlichen Rechte, soweit sie das Äquivalent eigener Leistung darstellen, zu verstehen. Da vorliegend mit einem Rückgang des Alkopopkonsums zu rechnen ist, könnte man daran denken, hinsichtlich der damit verbundenen möglichen Gewinnverluste den Schutzbereich von Art. 14 GG als eröffnet anzusehen. Bloße Gewinnchancen sind allerdings nicht von Art. 14 GG erfasst; vielmehr ist nur der vorhandene Bestand des Eigentums geschützt. Hinsichtlich potentieller Gewinnausfälle ist der Schutzbereich von Art. 14 GG nicht eröffnet. Da sich die Maßnahme auch an alle Produzenten richtet, wird auch nicht die Wettbewerbsposition eines einzelnen verändert, so dass man den Schutzbereich von Art. 14 GG diesbezüglich als nicht eröffnet ansehen kann (so: *Siekmann*, a.a.O., S. 663 hinsichtlich eines Werbeverbots für Tabakerzeugnisse).

Der Schutzbereich könnte aber bezüglich des vorhandenen Bestands an Alkopop-Abfüllanlagen eröffnet sein. Die Nutzung des Eigentums unterfällt dem Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG. Ferner könnte man auch daran denken, dass das Recht der D am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen sein könnte. Ob dieses Recht dem Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt, wird uneinheitlich beantwortet. Die h.L. zählt jedoch auch jenes Recht zu den als Eigentum geschützten Rechten i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG (vgl. *Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Auflage, München 2003, Art. 14, Rn. 26; a.A. *Epping*, a.a.O., Rn. 402).

Zudem könnte man auch auf die Nutzungsmöglichkeiten der D hinsichtlich ihrer Marken und Markenrechte abstellen (vgl. *Ossenbühl*, a.a.O., 121 hinsichtlich des Werbeverbots für Tabakerzeugnisse). Bei diesen Rechten handelt es sich um eine eigentumsrechtlich geschützte Position.

## b. Eingriff

Die Beeinträchtigung der D in der Nutzung ihrer Alkopop-Abfüllanlage könnte einen Eingriff darstellen. Nach dem sog. klassischen Eingriffsbegriff handelt es sich bei einem Grundrechtseingriff um einen rechtsförmigen Vorgang, der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt (*BVerfGE* 105, 279 (300)). Vorliegend wirkt das Werbeverbot allerdings nicht final und unmittelbar auf die Nutzungsmöglichkeit ein; vielmehr stellt sich die Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit nur als Folge des zu erwartenden Konsumrückgangs dar. Ein Eingriff im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs wäre somit abzulehnen. Es könnte jedoch ein Eingriff im Sinne des erweiterten Eingriffsbegriffs vorliegen. Für diesen genügt jeder Erfolg, der vorhersehbar ist (*Epping*, a.a.O., Rn. 351). Vorliegend sind die mittelbar nachteiligen Folgewirkungen für die Alkopopproduzenten Ziel des Werbeverbots, also durch den Gesetzgeber nicht nur vorhersehbar, sondern gerade bezweckt. Insoweit kann hier ein Eingriff bejaht werden. Entsprechendes gilt dann wohl auch für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten der Marken und Markenrechte sieht *Ossenbühl*, a.a.O., 121 die Beeinträchtigung als so empfindlich an, dass er einen Eingriff bejaht.

Sofern man einen Eingriff bejaht, muss zwischen Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung unterschieden werden. Eine Enteignung liegt bei einem hoheitlichen, konkret-individuellen Eingriff vor, der auf den Entzug der Rechtsposition zielt, während die Inhalts- und Schrankenbestimmung abstrakt-generell den Umfang des Eigentums regelt. Durch das APG wird D nicht eine Rechtsposition entzogen, so dass ein gezielter Eingriff und damit eine Enteignung zu verneinen ist. Vorliegend handelt es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.

## c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie durch ein Gesetz erfolgt, das formell und materiell verfassungsmäßig und im Übrigen verhältnismäßig ist.

### aa. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

#### (1.) formelle Verfassungsmäßigkeit

Laut Sachverhalt steht dem Bundestag die Gesetzgebungskompetenz zu. Das APG wurde zudem verfahrensfehlerfrei erlassen.

#### (2.) materielle Verfassungsmäßigkeit

##### (2.1.) Verhältnismäßigkeit

Materiell ist die Verhältnismäßigkeit des Gesetzes zu prüfen. Ein legitimer Zweck liegt vor. Das Werbeverbot ist auch geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Es kann zudem als erforderlich angesehen werden, wobei allerdings hinsichtlich der Nutzung der Marken wieder ein Teilwerbeverbot als milderer Mittel erwogen werden könnte. Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit muss eine Abwägung erfolgen. Insbesondere hinsichtlich der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit der Marken kann hier darauf verwiesen werden, dass die Produzenten ihre Marken weiterhin nutzen können; beschränkt wird nur das Recht, diese im Bereich der Werbung einzusetzen. Im Endeffekt sind aber auch hier beide Ergebnisse vertretbar (*Ossenbühl*, a.a.O., 121 äußert hinsichtlich der Vereinbarkeit des Tabakwerbeverbots mit Art. 14 GG Bedenken). Hinsichtlich der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit an der Abfüllanlage für Alkopops und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bleibt festzuhalten, dass auch diesbezüglich die Eigentumsfreiheit wohl hinter dem mit dem Werbeverbot bezweckten Gesundheitsschutz zurückstehen muss. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass bei einem erwarteten Umsatzrückgang von ca. 20% die Alkopop-Abfüllanlage nicht funktionslos geworden ist.

## (2.2.) Zitiergebot

Das Zitiergebot findet keine Anwendung bei Grundrechten, die unter einem Schranken- und Regelungsvorbehalt stehen. Insoweit gilt das Zitiergebot auch nicht für Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG (*Epping*, a.a.O., Rn. 647; vgl. auch *Huber*, in: von Mangoldt /Klein /Starck, a.a.O., Art. 19 Rn. 77 m.w.N.).

### d. Ergebnis

Beide Ergebnisse sind vertretbar.

## **5. Art. 2 Abs. 1 GG, allgemeine Handlungsfreiheit von D**

Da der Schutzbereich speziellerer Grundrechte eröffnet ist, tritt Art. 2 Abs. 1 GG als subsidiär zurück.

*Hinweis: Es ist nicht als Fehler zu werten, wenn der subsidiäre Art. 2 Abs. 1 GG nicht ausdrücklich angesprochen wird.*

## **6. Art. 3 Abs. 1 GG**

### a. Feststellung zweier vergleichbarer Sachverhalte

Es müssen zwei Vergleichsgruppen mit einem gemeinsamen Bezugspunkt vorliegen, die dem gleichen Normgeber unterliegen. Vorliegend könnte man daran denken, Alkopops mit sonstigen Alkohol- und Mischgetränken (z.B. Campari-Orange) zu vergleichen. Des Weiteren könnte man als Vergleichsgruppe auch Tabakerzeugnisse heranziehen.

### b. Ungleichbehandlung

Die Vergleichsgruppen müssten ungleich behandelt werden. Für sonstigen Alkohol und Mischgetränke darf uneingeschränkt geworben werden, während Tabakerzeugnisse nur einem eingeschränkten Werbeverbot unterliegen (vgl. § 22 Abs. 1 Vorläufiges Tabakgesetz). Insoweit werden beide Vergleichsgruppen im Verhältnis zu Alkopops ungleich behandelt.

### c. Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes

An dieser Stelle ist eine Entscheidung zu treffen, ob eine Überprüfung anhand des Willkürverbots oder eine intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Das BVerfG differenziert nach der Schwere der Ungleichbehandlung, was insbesondere bei personenbezogenen Differenzierungen der Fall ist. Wird nach sachbezogenen Kriterien differenziert, so wird das Willkürverbot herangezogen, allerdings wird wiederum strenger geprüft, soweit es sich um grundrechtsrelevante Sachverhalte handelt. Zwar wird hier primär nach sachbezogenen Kriterien differenziert, doch wirkt sich diese Differenzierung derart negativ auf den Gebrauch der Freiheitsrechte der Betroffenen aus, dass es näher liegt, eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.

*Hinweis: Im Ergebnis ist beides vertretbar, also sowohl die Durchführung einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung als auch eine Überprüfung anhand des Willkürverbotes. Die Bearbeiter sollten die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe ansprechen und zu einer vertretbaren Lösung gelangen.*

*Soweit man nur auf das Willkürverbot abstellt, scheidet Willkür aus, da Alkopops im Verhältnis zu sonstigen Alkohol- und Mischgetränken sowie Tabak andere Gesundheitsgefahren verursachen und auch sonst abweichende Probleme hervorrufen.*

*Sofern die neue Formel angewandt wird, ist wie folgt zu prüfen:*

Ein legitimer Zweck liegt vor (s.o.). Die Regelung ist auch geeignet, um diesen Zweck zu erreichen, und kann als erforderlich angesehen werden (vgl. oben).

*Hinweis: Zunächst ist zu beachten, dass es der Gleichheitssatz nicht gebietet, alle potentiell gleich schädigenden Stoffe exakt gleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 90, 145 (196)). Im Rahmen der Angemessenheit könnte bezüglich der Unterscheidung zwischen sonstigem Alkohol und Alkopops zudem auf die erhöhten Gesundheitsgefahren eingegangen werden, die z.B. durch den hohen Zuckergehalt in Alkopops hervorgerufen werden können. Insoweit ist zwar z.B. Wein im Falle des Missbrauchs ebenfalls schädigend, jedoch kann man hinzukommend argumentieren, dass bei Wein der Aspekt des Genusses mehr im Vordergrund steht, zudem Wein auch im religiösen Kult verwendet wird (vgl. BVerfGE, a.a.O., 197). Gleichsam könnte man Bier als weniger schädigend ansehen, da der Alkoholgehalt geringer ist. Selbiges gilt auch für „härtere“ Alkoholika wie Whiskey, sonstigen Schnaps etc. Auch diese unterscheiden sich von Alkopops maßgeblich durch die fehlende Süße.*

*Ähnlich argumentieren lässt sich hinsichtlich der Ungleichbehandlung anderer Mischgetränke. Diesbezüglich ging der Gesetzgeber bei der Einführung der Alkopopsteuer davon aus, dass anders als bei Alkopops bei bier- und weinhaltigen Mischgetränken die bier- und weintypischen Geruchs- und Geschmacksstoffe noch wahrnehmbar seien (BT-Drucks. 15/2587, S. 6). Dies hänge auch damit zusammen, dass bei spirituosenhaltigen Süßgetränken als alkoholische Komponente ein neutral schmeckender Ethylalkohol (z.B. Wodka) oder ein Destillat mit schwach ausgeprägten Geruchs- und Geschmacksmerkmalen (z.B. „light“ Rum) verwendet werde (BT-Drucks. 15/2587, S. 6).*

*Hinsichtlich der Ungleichbehandlung gegenüber Tabakerzeugnissen kann man darauf abstellen, dass Tabak nicht, wie Alkohol, der Versetzung in einen Rauschzustand dient, also nicht Gefahren wie die Fahruntüchtigkeit hervorrufen kann. Dem kann jedoch wiederum entgegen gehalten werden, dass Tabakerzeugnisse anerkanntermaßen auch die Gesundheit gefährden und zudem in besonderer Weise dazu geeignet sind, unbeteiligte Dritte zu schädigen.*

*Neben den unterschiedlichen Gesundheitsgefahren kann an dieser Stelle in die Betrachtung einbezogen werden, dass gerade Trendgetränke wie Alkopops erst durch Werbung in der Bevölkerung einen gewissen Bekanntheitsgrad erreichen.*

#### d. Zitiergebot

Das Zitiergebot findet auf Gleichheitsrechte keine Anwendung (Dreier, in: Dreier, a.a.O., Art. 19 I Rn. 23).

#### e. Ergebnis

Auch hier hängt das Ergebnis davon ab, wie die Bearbeiter im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung argumentieren.

## **II. Kennzeichnungspflicht**

### **1. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, Meinungsfreiheit von D**

#### a. Schutzbereich

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst das Äußern und die Weiterverbreitung von Meinungen sowie die Wahl von Ort und Zeit der Meinungskundgabe. Es müsste sich bei dem Warnhinweis also zunächst um eine Meinung handeln. Dies wäre zu verneinen, wenn es sich bei dem Hinweis auf die mit Alkopops verbundenen Gefahren um eine reine Tatsachenäußerung handeln würde. Tatsachen fehlt ein wertendes Element; vielmehr sind sie dem Beweis zugänglich, also wahr

oder unwahr. Da aber Tatsachen und Meinungen zumeist nicht einwandfrei trennbar sind, werden auch solche Tatsachenbehauptungen von der Meinungsfreiheit geschützt, die Voraussetzung zur Bildung von Meinungen sind (vgl. *Epping*, a.a.O., Rn. 193). Es ist also zu unterscheiden, ob es sich um eine reine Tatsachenäußerung handelt oder ob die Formulierung dazu geeignet und bestimmt ist, auf die Meinung des Empfängers einzuwirken. Vorliegend geht es nicht nur darum, dem Konsumenten einen sachlichen und neutralen Hinweis auf die mit Alkopops verbundenen Gefahren zu geben, sondern darum, auf die Meinung des Konsumenten einzuwirken und bei diesem in gewisser Weise Angst vor den Folgen des Alkopopkonsums zu erwecken. Insoweit enthält der Warnhinweis einen wertenden und meinungsbildenden Inhalt, so dass dieser als Meinung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 GG qualifiziert werden kann (*Kloepfer*, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, Berlin 1991, S. 22 sieht beispielsweise Formulierungen wie „Rauchen ist tödlich“ oder „Rauchen führt zu tödlichen Krankheiten“ als derartige Meinungen an). Es handelt sich damit bei den Warnhinweisen um Meinungen.

Vorliegend geht es jedoch nicht um die Frage, ob D das Äußern und das Verbreiten einer bestimmten Meinung untersagen wird, sondern vielmehr um die Frage, ob D eine bestimmte Meinung gerade verbreiten muss. Ebenso wie die Freiheit eine bestimmte Meinung zu äußern, schützt die Meinungsfreiheit negativ auch das Recht, keine Meinung zu haben bzw. diese nicht zu äußern. Insoweit könnte durch die Pflicht, die Warnhinweise auf den Alkopopverpackungen abzudrucken, die negative Meinungsfreiheit betroffen sein. Fraglich ist jedoch, ob die Warnhinweise auf den Alkopopverpackungen den jeweiligen Herstellern zugerechnet werden können, ob es sich also überhaupt um eine Meinung des jeweiligen Herstellers handelt. Im Hinblick auf die Warnhinweise auf Tabakverpackungen hat das BVerfG entschieden, dass durch die Kennzeichnungspflicht Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht berührt ist, da die Warnhinweise aufgrund des Aufdrucks „Die EG-Gesundheitsminister:“ erkennbar als Wiedergabe einer fremden Meinung zu werten seien (*BVerfGE* 95, 173 (182)). Etwas anderes könne hingegen gelten, wenn die Warnhinweise nicht deutlich erkennbar Äußerung einer fremden Meinung wären, sondern dem jeweiligen Produzenten zugerechnet werden könnten (*BVerfGE*, a.a.O.). Es kommt im Einzelfall demnach maßgeblich darauf an, ob erkennbar ist, dass es sich nicht um die Meinung des Produzenten handelt und dieser die Verbreitung auch nicht aus eigenem Willen unterstützt, sondern es sich vielmehr um eine fremde Meinung handelt (vgl. *BVerfGE*, a.a.O.).

*Hinweis: Da vorliegend gerade kein Zusatz wie im Falle der Tabakpackungen („Die EG-Gesundheitsminister“) erfolgt, könnte der Hinweis D als Meinung zugerechnet werden. Da zudem die äußere Gestaltung des Warnhinweises dem übrigen Etikett entsprechen muss, kann hier leichter der Eindruck entstehen, es handle sich tatsächlich um die Meinung des Produzenten bzw. um ein freiwilliges Verbreiten der Ansicht. Insoweit kann aus den genannten Argumenten des BVerfG abgeleitet werden, dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnet ist.*

*Di Fabio, NJW 1997, 2863 ff., sieht sogar entgegen dem BVerfG den Schutzbereich der Meinungsfreiheit bereits im Falle der Kennzeichnung von Tabakpackungen mit dem Zusatz „Die EG-Gesundheitsminister:“ wohl als eröffnet an. Er begründet dies damit, dass dem jeweiligen Produzenten eine Gegendarstellung auf der Tabakpackung (z.B. „Die EG-Gesundheitsminister irren...“) untersagt sei, da andernfalls gegen den Sinn und Zweck der Kennzeichnungspflicht verstoßen würde. Gerade darin sieht er eine Einschränkung der Meinungsfreiheit (Di Fabio, a.a.O., 2863). Vgl. zum Beschluss des BVerfG auch: Wachovius, BayVBl. 2005, 615 (617 f.).*

Der Schutzbereich der negativen Meinungsfreiheit ist eröffnet.

#### b. Eingriff

Da die Alkopop-Produzenten verpflichtet werden, eine bestimmte Meinung zu verbreiten, liegt ein Eingriff vor.

## c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

### aa. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

#### (1.) formelle Verfassungsmäßigkeit

Laut Sachverhalt steht dem Bundestag die Gesetzgebungskompetenz zu. Das APG wurde zudem verfahrensfehlerfrei erlassen.

#### (2.) materielle Verfassungsmäßigkeit

##### (2.1.) allgemeines Gesetz

Dann müsste es sich bei § 2 APG um ein allgemeines Gesetz i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG handeln (vgl. oben). Hier könnte man - wie im Rahmen des Werbeverbots - argumentieren, dass es nicht darum geht, eine Meinung vollständig zu unterbinden. Auf den Alkopopverpackungen müssen zwar bestimmte Meinungen verbreitet werden, dies schließt aber nicht aus, dass andernorts andere Meinungen über Alkopops verbreitet werden dürfen. § 2 APG verlangt gerade nicht, dass generell nur noch eine Meinung über Alkopops geäußert wird. Betrachtet man den zweiten Teil der Definition eines allgemeinen Gesetzes, gelangt man zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Schutz der Gesundheit um ein schlechthin zu schützendes Rechtsgut handelt. § 2 APG ist somit als ein allgemeines Gesetz anzusehen.

##### (2.2.) Verhältnismäßigkeit

###### (2.2.1.) legitimer Zweck

Staatliche Gesundheitspolitik darf vor medizinisch erwiesenen und schweren Gefahren warnen (*BVerfGE* 95, 173 (185)). Die Warnung vor Gefahren, die durch den Konsum von Alkopops auftreten können, dient der staatlichen Aufklärung der Bevölkerung und damit dem Schutz der Gesundheit. Ein legitimer Zweck liegt somit vor.

###### (2.2.2.) Geeignetheit

Die Warnhinweise sind auch geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Die Warnungen legen dem Adressaten nahe, seine Kaufentscheidung zu überdenken und sollen den Käufer von einem bedenkenlosen Alkopop-Konsum abhalten.

###### (2.2.3.) Erforderlichkeit

Man könnte erwägen, ob eine andersartige Gestaltung des Hinweises, beispielsweise in einem Design wie auf Tabakerzeugnissen (schwarzer Kasten um den Hinweis), ein milderes Mittel wäre. Dies würde deutlicher machen, dass es sich nicht um die Meinung des Herstellers handelt. Gleichsam könnte man an einen den „EG-Gesundheitsministern“ vergleichbaren Hinweis denken, der ebenfalls gegenüber dem Verbraucher verdeutlichen würde, wessen Meinung auf den Alkopops kundgetan wird.

###### (2.2.4.) Angemessenheit

Sofern man die Erforderlichkeit dennoch bejaht, muss die Angemessenheit geprüft werden.

#### (2.3.) Zitiergebot

Das Zitiergebot findet für die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG keine Anwendung (vgl. oben).

## d. Ergebnis

Beide Ergebnisse sind vertretbar.

## 2. Art. 12 Abs. 1 GG, Berufsfreiheit von D

### a. Schutzbereich

D übt einen Beruf aus (s.o.). Umfasst von der Berufsfreiheit ist auch die Gestaltung des Produkts.

### b. Eingriff

Indem D verpflichtet wird, den Warnhinweis anzubringen, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor; dieser weist auch eine objektiv berufsregelnde Tendenz auf; anders wohl noch vertretbar.

### c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

#### aa. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

##### (1.) formelle Verfassungsmäßigkeit

Laut Sachverhalt steht dem Bundestag die Gesetzgebungskompetenz zu. Das APG wurde zudem verfahrensfehlerfrei erlassen.

##### (2.) materielle Verfassungsmäßigkeit

##### (2.1.) Verhältnismäßigkeit

Die Kennzeichnungspflicht dient als Berufsausübungsregelung einem legitimen Zweck (s.o.) und ist auch geeignet, diesen zu erreichen (s.o.). Man könnte im Rahmen der Erforderlichkeit daran denken, ob ein anderes Design der Warnhinweise als milderer Mittel anzusehen ist. Allein ein anderes Design würde jedoch nichts an der Tatsache ändern, dass D die alleinige Bestimmung des Pakungsdesigns entzogen ist.

Die Pflicht zur Anbringung der Warnhinweise kann als angemessen angesehen werden; anderes ist gut vertretbar. Die Warnhinweise dienen dem Schutz der Verbraucher vor den durch Alkopops verursachten Gesundheitsgefahren. Die Tätigkeit der Alkopopproduzenten bleibt zudem weiterhin erlaubt. Das BVerfG geht hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht von Tabakerzeugnissen davon aus, dass den Konsumenten lediglich eine medizinische Wissensgrundlage für ihre Kaufentscheidung gegeben wird (*BVerfGE* 95, 173 (187)). Den Produzenten diese staatliche Aufgabe der Gesundheitspolitik zu übertragen, erscheine auch nicht sonst unangemessen, da sich diese in besonderer Sach- und Verantwortungsnähe zu dem Produkt befänden (vgl. *BVerfGE*, a.a.O., 187).

##### (2.2.) Zitiergebot

Das Zitiergebot findet keine Anwendung bei Grundrechten, die unter einem Schranken- und Regelungsvorbehalt stehen. Insoweit gilt das Zitiergebot nicht für Art. 12 Abs. 1 GG (s.o.).

### d. Ergebnis

Beide Ergebnisse sind vertretbar.

## 3. Art. 14 GG, Markenrecht von D

### a. Schutzbereich

Die Pflicht zum Aufdruck von Warnhinweisen mindert zwar die Umsatz- und Gewinnchancen, berührt aber keine eigentumsrechtlich geschützten Rechte, da Art. 14 GG keine in der Zukunft liegenden Chancen und Verdienstmöglichkeiten erfasst (*BVerfGE*, a.a.O., 187; siehe oben). Der Schutzbereich könnte aber hinsichtlich des Markenrechts verletzt sein. Dabei handelt es sich um private Ver-

mögensrechte, die vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst sind (vgl. *BVerfGE*, a.a.O., 188). Ein solches Recht liegt hier vor, so dass der Schutzbereich von Art. 14 GG eröffnet ist.

#### b. Eingriff

Da nebst der Marke der Warnhinweis in selbigem Design anzubringen ist, liegt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor.

#### c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Diese wäre verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie auf einem formell und materiell verfassungsgemäßen Gesetz beruht.

##### aa. Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

###### (1.) formelle Verfassungsmäßigkeit

Laut Sachverhalt steht dem Bundestag die Gesetzgebungskompetenz zu. Das APG wurde zudem verfahrensfehlerfrei erlassen.

###### (2.) materielle Verfassungsmäßigkeit

###### (2.1.) Verhältnismäßigkeit

Die Inhalts- und Schrankenbestimmung müsste verhältnismäßig sein.

Ein legitimer Zweck liegt hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht vor (vgl. oben). Insoweit erscheint diese auch geeignet, um das Ziel, den Gesundheitsschutz, zu erreichen (s.o.).

Als milderer gleich geeignetes Mittel könnte man erneut ein anderes Design – z.B. wiederum ein solches vergleichbar dem auf Verpackungen von Tabakerzeugnissen – ansehen.

*Hinweis: Das BVerfG (BVerfGE, a.a.O., 188) hält die Kennzeichnungspflicht auf Tabakverpackungen nicht für verfassungswidrig. Da die Verpflichtung zu Warnhinweisen zum einen für alle Erzeugnisse dieser Art gelte, die Herkunfts-, Zuordnungs- und Unterscheidungsfunktion nicht merklich beeinträchtigt werde und der prägende Gesamteindruck der verschiedenen Verpackungsgestaltungen trotz Warnhinweisen erhalten bleibe, läge hier kein Verstoß gegen Art. 14 GG vor. Zieht man aus diesem Ergebnis Rückschlüsse für den vorliegenden Fall, könnte man das Design auf Tabakverpackungen tatsächlich als milderer Mittel ansehen. Demgegenüber sieht Kloepfer, a.a.O., S. 50 nur in geringfügigen Zusätzen keine optische Beeinträchtigung während er durch größere Warnungen auf den Frontseiten von Zigarettenpackungen den optischen Eindruck als erheblich verändert und beeinträchtigt ansieht. Damit wäre wohl ein Aufdruck wie auf den Zigarettenpackungen nicht als milderer Mittel anzusehen. Wehlau, Andreas/von Walter, Axel (ZLR 2004, 645 (656)), sieht in der derzeit bestehenden Regelung des § 9 Abs. 4 JSchG einen unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Eingriff in Art. 14 GG des Markeninhabers. Wichtigstes Merkmal und Hauptfunktion einer Marke sei die Herkunftskennzeichnung. Durch die auferlegte Verpflichtung, das Produkt neben der Marke auch mit dem gleichgestalteten Warnhinweis zu versehen, bestehe die Gefahr, dass die Kennzeichnungskraft der Marke verwässert werde. Der Verbraucher nehme ein einheitliches Gestaltungselement wahr. Dadurch werde der Wiedererkennungswert der Marke als solcher ernsthaft beeinträchtigt.*

Je nachdem wie man die Erforderlichkeit beurteilt, muss letztlich noch die Angemessenheit geprüft werden.

*Hinweis: Hier können beispielsweise die bereits genannten Argumente von Wehlau/von Walter (a.a.O., 656) aufgegriffen und von einer Verwässerung der Kennzeichnungskraft der Marke ausgegangen werden.*

#### (2.2.) Zitiergebot

Das Zitiergebot findet keine Anwendung bei Grundrechten, die unter einem Schranken- und Regelungsvorbehalt stehen. Insoweit gilt das Zitiergebot auch nicht für Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.

#### d. Ergebnis

Auch hier können verschiedene Ergebnisse vertreten werden.

### **4. Art. 2 Abs. 1 GG, Allgemeine Handlungsfreiheit von D**

Art. 2 Abs. 1 GG tritt als subsidiär zurück.

### **5. Art. 3 Abs. 1 GG, allgemeiner Gleichheitssatz**

#### a. Feststellung zweier vergleichbarer Sachverhalte

Es müssen zwei Vergleichsgruppen mit einem gemeinsamen Bezugspunkt vorliegen, die dem gleichen Normgeber unterliegen. Vorliegend könnte man, wie bereits im Rahmen der Prüfung des Werbeverbots, daran denken, Alkopops mit sonstigen Alkohol- und Mischgetränken zu vergleichen. Zudem könnte man auch Tabakprodukte als Vergleichsgruppe heranziehen.

#### b. Ungleichbehandlung

Sonstige Alkohol- und Mischgetränke müssen im Gegensatz zu Alkopops nicht gekennzeichnet werden. Tabakprodukte müssen zwar gekennzeichnet werden, doch werden diese durch den in einem anderen Design gehaltenen Warnhinweis anders gekennzeichnet. § 8 Tabakproduktverordnung verlangt u.a., dass die Kennzeichnung in Helvetika fett, schwarz auf weißem Hintergrund sowie bei den zum Rauchen bestimmten Tabakprodukten umrandet mit einem schwarzen Balken erfolgt.

#### c. Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes

Hier stellt sich erneut die Frage, anhand welchen Prüfungsmaßstabs die folgende Untersuchung vorzunehmen ist (vgl. oben). Auch hier ist wohl eine intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen.

Ein legitimer Zweck liegt vor (s.o.). Die Regelung ist auch geeignet diesen Zweck zu erreichen und kann als erforderlich angesehen werden (vgl. oben).

*Hinweis: Zunächst ist erneut zu beachten, dass es der Gleichheitssatz nicht gebietet, alle potentiell gleich schädigenden Stoffe exakt gleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 90, 145 (196)). Im Übrigen kann für die Prüfung der Angemessenheit, vor allem im Hinblick auf die Ungleichbehandlung von sonstigen Alkohol- und Mischgetränken, im Wesentlichen auf die bereits genannten Argumente verwiesen werden. Hinsichtlich der unterschiedlichen Art und Weise der Kennzeichnung von Tabakprodukten kann man darauf abstellen, dass es im Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers liegt, nicht sämtliche Warnhinweise, unabhängig von der Produktgruppe für die sie gelten, in einem identischen Design gestalten zu lassen.*

