



## **Sachverhalt**

– Puffreisschokolade –

Die in der Bundesrepublik Deutschland ansässige Schlecker-AG (S-AG) ist Herstellerin von Süßwaren und hat ein Produkt entwickelt, das wie Schokolade aussieht und schmeckt, aber im Wesentlichen aus Puffreis besteht. Sie beabsichtigt, dieses Produkt in Gestalt von Weihnachtsmännern und Osterhasen auf den Markt zu bringen. Später wird die S-AG darauf hingewiesen, dass ein Inverkehrbringen dieser Waren nach der aufgrund des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes (LMBG) ergangenen Verordnung über Kakao und Kakaoerzeugnisse (KakaoVO) nicht zulässig ist und dass der Fall des Zuwiderhandelns bußgeldbewehrt ist.

Die S-AG hält sowohl das Gesetz als auch die Verordnung für verfassungswidrig. Sie möchte Verfassungsbeschwerde erheben.

**Aufgabe: Untersuchen Sie – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde.**

### § 19 LMBG:

*Der Bundesminister wird ermächtigt, [...], soweit es zum Schutz des Verbrauchers vor Täuschung [...] erforderlich ist, vorzuschreiben, dass Lebensmittel, die bestimmten Anforderungen an die Herstellung, Zusammensetzung oder Beschaffenheit nicht entsprechen oder sonstige Lebensmittel von bestimmter Art oder Beschaffenheit nicht, nur unter ausreichender Kenntlichmachung oder nur unter bestimmten Bezeichnungen, sonstigen Angaben oder Aufmachungen in den Verkehr gebracht werden dürfen.*

### KakaoVO:

*Aufgrund des § 19 Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes in der Fassung vom [...] (Bundesgesetzblatt I, S. [...]) wird verordnet:*

### § 14:

- 1. Gewerbsmäßig dürfen nicht in Verkehr gebracht werden: Lebensmittel, die infolge ihrer sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften, insbesondere Aussehen, Geruch oder Geschmack, mit einem in der Anlage aufgeführten Erzeugnis verwechselbar sind; [...]*



## Gliederung

### – Puffreisschokolade –

A.	Zulässigkeit der VB .....	1
I.	Parteifähigkeit (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) .....	1
II.	Beschwerdegegenstand (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) .....	1
III.	Beschwerdebefugnis (§ 90 Abs. 1 BVerfGG).....	2
a)	Eigene Beschwer .....	2
b)	Gegenwärtige Beschwer .....	2
c)	Unmittelbare Beschwer .....	3
IV.	Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG).....	3
V.	Grundsatz der Subsidiarität (sinngemäße Anwendung des § 90 Abs. 2 BVerfGG) .....	4
1.	Möglichkeiten einer gerichtlichen Inzidentkontrolle .....	4
2.	Zumutbarkeit .....	5
	Beginn Hilfsgutachten.....	7
VI.	Ordnungsmäßigkeit des Antrags und Frist (§§ 23 Abs. 1, 92, 93 Abs. 2 BVerfGG) .....	7
VII.	Prozessfähigkeit.....	7
VIII.	Zwischenergebnis .....	7
B.	Begründetheit der VB .....	7
I.	Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG.....	7
1.	Schutzbereich .....	7
2.	Eingriff.....	8
3.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	8
a)	Wirksame gesetzliche Ermächtigung zum Erlass der VO .....	8
aa)	Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	9
(1)	Formelle Verfassungsmäßigkeit .....	9
(a)	Zuständigkeit .....	9
(b)	Verfahren und Form .....	9
(2)	Materielle Verfassungsmäßigkeit .....	9
(a)	Legitimes Ziel .....	9
(b)	Eignung.....	9



	(c) Erforderlichkeit .....	10
	(d) Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) .....	10
	(3) Zwischenergebnis .....	10
bb)	Besondere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	10
	(1) Delegationsverbot .....	10
	(2) Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 GG .....	11
	(a) Zulässiger Ermächtigungsadressat.....	11
	(b) Bestimmtheitsgebot (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) .....	11
	(aa) Inhalt.....	11
	(bb) Zweck .....	11
	(cc) Ausmaß.....	12
	(3) Zwischenergebnis .....	12
cc)	Zwischenergebnis .....	12
b)	Wirksamkeit der KakaoVO .....	12
aa)	Formelle Verfassungsmäßigkeit .....	12
	(1) Zuständigkeit.....	12
	(2) Verfahren und Form.....	12
	(3) Zitiergebot (Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG) .....	12
bb)	Materielle Verfassungsmäßigkeit .....	12
	(1) Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage.....	12
	(2) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	12
	(a) Legitimes Ziel .....	13
	(b) Eignung.....	13
	(c) Erforderlichkeit .....	13
c)	Zwischenergebnis.....	13
II.	Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG.....	13
	1. Schutzbereich.....	13
	2. Zwischenergebnis .....	14
III.	Zwischenergebnis .....	14
	Ende Hilfsgutachten.....	14
C.	Endergebnis .....	14



## Lösung

### – Puffreisschokolade –

Die Verfassungsbeschwerde (VB) der S-AG gegen § 19 LMBG und § 14 KakaoVO hat gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit der VB**

##### **I. Parteifähigkeit (§ 90 Abs. 1 BVerfGG)**

Die S-AG müsste parteifähig sein. Dies ist „jedermann“ i. S. d. § 90 BVerfGG, d. h. jede:r, der Träger:in von Grundrechten sein kann. Diese Grundrechtsfähigkeit der S-AG als inländische juristische Person des Privatrechts (§ 1 Abs. 1 S.1 AktG) könnte sich aus Art. 19 Abs. 3 GG ergeben. Dann müsste das als verletzt geltend gemachte Grundrecht „seinem Wesen nach“ auf eine juristische Person anwendbar sein. Dafür ist entscheidend, ob das entsprechende Grundrecht nicht nur individuell, sondern auch korporativ betätigt werden kann.<sup>1</sup>

Die Erwerbstätigkeit kann ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden, sodass Art. 12 Abs. 1 GG auf eine juristische Person anwendbar ist. Zudem kann eine AG auch Eigentümerin sein. Art. 14 Abs. 1 GG gilt mithin auch für eine juristische Person.

Die S-AG ist in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG grundrechtsfähig und damit insoweit „jedermann“, d. h. im Rahmen der VB parteifähig.

##### **II. Beschwerdegegenstand (§ 90 Abs. 1 BVerfGG)**

Es müsste ein zulässiger Beschwerdegegenstand vorliegen. Beschwerdegegenstand ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt, also der Legislative, Judikative und Exekutive. § 19 LMBG ist als Parlamentsgesetz eine Maßnahme der Legislative und somit ein Akt der „öffentlichen Gewalt“ i. S. d. § 90 Abs. 1 BVerfGG (vgl. Art. 20 Abs. 2, Art. 1 Abs. 3 GG). Problematisch ist, ob § 14 KakaoVO als Verordnung eine

---

<sup>1</sup>BVerfG, Beschluss v. 26.5.1976 – 2 BvR 294/76 = BVerfGE 42, 212 (219).



Maßnahme der Legislative oder der Exekutive ist. Ein:e Bundesminister:in ist im organisatorischen Sinne eine Exekutivstelle. Ihm:Ihr sind jedoch durch § 19 LMBG Rechtsetzungsbefugnisse übertragen, so dass er:sie insoweit als Legislativorgan im funktionellen Sinne betrachtet werden kann. Damit erhebt sich die Frage, ob der Begriff der „Gesetzgebung“ (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) im organisatorischen oder funktionellen Sinne zu verstehen ist. Dieses Tatbestandsmerkmal knüpft an den Begriff des „Gesetzes“ an. Aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG ergibt sich, dass der Begriff des „Gesetzes“ nur Parlamentsgesetze, nicht aber Verordnungen der Exekutive erfasst. Daher ist „Gesetzgebung“ (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) allein im organisatorischen Sinne zu verstehen. § 14 KakaoVO ist als Maßnahme der Exekutive ein Akt der „öffentlichen Gewalt“.

### **III. Beschwerdebefugnis (§ 90 Abs. 1 BVerfGG)**

Zudem müsste die S-AG beschwerdebefugt sein. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG setzt dies voraus, dass sie behaupten kann, durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt in ihren Grundrechten oder den in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG aufgezählten, sog. grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein. Eine solche Verletzung kann die S-AG behaupten, wenn erstens die Möglichkeit besteht, dass sie in einem dieser Rechte verletzt ist – es also nicht von vornherein und unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten ausgeschlossen ist, dass eine solche Verletzung vorliegt –, und sie zweitens durch den angegriffenen Hoheitsakt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.

Die S-AG müsste mithin selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

#### **a) Eigene Beschwer**

Die S-AG müsste selbst betroffen sein, was dem Ausschluss der Popularklage dient und bei ihr angesichts der Tatsache, dass ihr Unternehmen unter die Regelungen des LMBG und der KakaoVO fällt, gegeben ist.

#### **b) Gegenwärtige Beschwer**

Die behauptete Betroffenheit müsste gegenwärtig sein, so dass eine vorbeugende VB grundsätzlich unzulässig ist. Dies erfordert grundsätzlich, dass die behauptete Verletzung in eigenen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten weder bereits abgeschlossen ist noch erst zukünftig eintreten wird, sondern vielmehr derzeit bereits eingetreten ist und noch



andauert. Das LMBG und die KakaoVO sind in Kraft gesetzt und entfalten Regelungswirkung, so dass auch das Erfordernis der Gegenwärtigkeit erfüllt ist.

### c) Unmittelbare Beschwer

Schließlich müsste die S-AG unmittelbar betroffen sein. Eine unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn die angegriffene Rechtsnorm zur Aktualisierung und Konkretisierung gegenüber dem:der Beschwerdeführer:in keines Vollzugsaktes mehr bedarf. § 19 LMBG begründet kein Verbot oder Gebot zu Lasten der S-AG. Dazu bedarf es noch eines weiteren Vollzugsaktes, nämlich des Erlasses einer entsprechenden Rechtsverordnung. Die S-AG ist so nicht durch § 19 LMBG, sondern nur durch § 14 KakaoVO unmittelbar betroffen.

Die S-AG ist, sofern sie sich mit der VB gegen § 19 LMBG wendet, mangels unmittelbarer Betroffenheit nicht beschwerdebefugt. Soweit die S-AG § 14 KakaoVO angreift, ist die Beschwerdebefugnis hingegen gegeben.

## IV. Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG)

Der Rechtsweg müsste erschöpft sein. Unter „Rechtsweg“ i. S. d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG sind zunächst alle Rechtsschutzmöglichkeiten direkt gegen die angegriffene Norm zu verstehen, also sämtliche Rechtsbehelfe, bei denen die betreffende Norm unmittelbar den Angriffsgegenstand bildet (sog. prinzipale Normenkontrolle). Ein Rechtsweg direkt gegen Rechtsverordnungen des Bundes ist nicht eröffnet (vgl. dagegen bei Landes-RechtsVO § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO), § 93 Abs. 3 BVerfGG.

Fraglich ist, ob zum „Rechtsweg“ i. S. d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG auch der inzidente Rechtsschutz zählt, bei dem über die Gültigkeit der Norm vorfrageweise zu entscheiden ist, ohne dass die Norm den unmittelbaren Anfechtungsgegenstand bildet (zu den Möglichkeiten inzidenten Rechtsschutzes unter V.). Die h. M. verneint dies, während ein Teil des Schrifttums die Erschöpfung prinzipaler und inzidenter Rechtsschutzmöglichkeiten verlangt.

**Anmerkung:** In diesem Streit spiegelt sich die umstrittene Frage nach der rechtsdogmatischen Verankerung des Grundsatzes der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde (dazu unter V.) wider. Geht man von einem weiten, den inzidenten Rechtsschutz miteinbeziehenden Begriff des „Rechtsweges“ aus, so ist der von der Rspr. des BVerfG entwickelte Subsidiaritätsgrundsatz eine entbehrliche, weil vom Gebot der Rechtswegerschöpfung i. S. d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erfasste Zulässigkeitsvoraussetzung. Sieht man hingegen mit der h. M. die Mutterschicht des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht unmittelbar in der Vorschrift



des § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, ist der:die Beschwerdeführer:in nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG<sup>2</sup> auch nicht zur Erschöpfung der Inzidentnormenkontrollmöglichkeiten gehalten.

## V. Grundsatz der Subsidiarität (sinngemäße Anwendung des § 90 Abs. 2 BVerfGG)

Der VB gegen § 14 KakaoVO könnte der Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatz-VB entgegenstehen. Dieser in der Rechtsprechung des BVerfG<sup>3</sup> in sinngemäßer Anwendung des § 90 Abs. 2 BVerfGG<sup>4</sup> entwickelte und in ständiger Rspr.<sup>5</sup> vertretene Grundsatz verlangt, dass der:die Beschwerdeführer:in über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus die ihm zur Verfügung stehenden (dazu unter 1.) und zumutbaren (dazu unter 2.) Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzungen zu erreichen oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.

### 1. Möglichkeiten einer gerichtlichen Inzidentkontrolle

Zunächst müsste der S-AG die Möglichkeit zur Verfügung stehen, eine fachgerichtliche Überprüfung der angegriffenen Norm des § 14 KakaoVO herbeizuführen, um auf diese Weise die behaupteten Grundrechtsverletzungen verhindern zu können. Ein Rechtsweg direkt gegen § 14 KakaoVO (prinzipale Normenkontrolle) ist zwar nicht gegeben (vgl. dazu bereits unter IV.). Zu prüfen ist jedoch, ob nicht die Möglichkeit einer inzidenten Normenkontrolle besteht.

Die S-AG könnte der bußgeldbewehrten Vorschrift des § 14 KakaoVO zuwiderhandeln, um dann anschließend im Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung zu rügen.

Als weiterer Rechtsbehelf könnte eine nach § 43 Abs. 1 VwGO auf Feststellung gerichtete Klage in Betracht kommen, dass das in § 14 KakaoVO angeordnete Verbot des

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu Gersdorf, Jura 1994, 398 ff.

<sup>3</sup> BVerfG, Urt. v. 18.12.1985 – 2 BvR 1167/84 = BVerfGE 71, 305 (334 f.).

<sup>4</sup> So zu § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG BVerfG, Urt. v. 23.4.1991 – 1 BvR 1170/90 = BVerfGE 84, 90 (116); BVerfG, Urt. v. 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90 = BVerfGE 84, 133 (144) wendet § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG sogar direkt an.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss v. 02.12.1986 – 1 BvR 1509/83 = BVerfGE 74, 69 (74); vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 26.01.1988 – 1 BvR 1561/82 = BVerfGE 74, 69 (74); BVerfG, Beschluss v. 14.06.1988 – 1 BvR 95/88 = BVerfGE 78, 290 (301 ff.); BVerfG, Beschluss v. 01.02.1989 – 1 BvR 1290/85 = BVerfGE 79, 275 (278 f.); siehe dazu näher Detterbeck, DÖV 1990, 558; Gersdorf, Jura 1994, 398 ff.



Inverkehrbringens verwechselbarer Lebensmittel nicht besteht. Der Zulässigkeit einer solchen Klage stünde nicht entgegen, dass die Entscheidung des Rechtsstreits im Wesentlichen von der Gültigkeit der VO abhängt („verkappte Normenkontrolle“).<sup>6</sup> Auch kann eine durch eine Rechtsnorm gestaltete Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger:innen ein feststellungsfähiges „konkretes Rechtsverhältnis“ i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO darstellen.<sup>7</sup>

**Anmerkung:** Droht dem:der Beschwerdeführer:in, der:die sich unmittelbar gegen ein Gesetz wendet, bei der Verweisung auf den Rechtsweg in der Hauptsache ein schwerer Nachteil, so kann er:sie nach der Rspr. des BVerfG<sup>8</sup> unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde gehalten sein, vor Anrufung des BVerfG zunächst den Rechtsweg im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erschöpfen.

## 2. Zumutbarkeit

Was die Verweisung auf eine fachgerichtliche Vorprüfung im Bußgeldverfahren anbelangt, ist diese Verweisung der S-AG nicht zumutbar, weil von keinem:r Beschwerdeführer:in verlangt werden kann, gegen eine bußgeldbewehrte Norm zu verstoßen, um im anschließenden Bußgeldverfahren deren Verfassungswidrigkeit zu rügen.<sup>9</sup>

Nach h. M.<sup>10</sup> stellte sich diese Frage nicht, wonach bußgeldbewehrte Rechtsnormen als solche nicht nur im Rahmen eines Bußgeldverfahrens, sondern auch im Wege einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO inzident überprüft werden können. Auf diese Rechtsbehelfsmöglichkeit gegen Rechtsnormen hat das BVerfG selbst hingewiesen.<sup>11</sup> Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Verweisung auf diese fachgerichtliche Vorprüfung der S-AG zumutbar ist. Dabei ist die Frage nach der Zumutbarkeit einer Verweisung auf den Rechtsschutz jeweils gesondert zu beurteilen, so dass die Unzumutbarkeit in Bezug auf das

<sup>6</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1983, 2208; ferner BVerfG, Beschluss V. 02.12.1986 - 1 BvR 1509/83 = BVerfGE 74, 69 (76).

<sup>7</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 01.03.1967 – IV C 74.66VG = BVerwGE 26, 251 (253): Verbot des Wasserskifahrens durch VO; vgl. zur Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage BVerfG, Beschluss v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314, 1630/12, 1694, 1874/13 = BVerfGE 145, 20 (55); hierzu auch BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15 = BVerwGE 157, 126.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 14.11.1989 - 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84 = BVerfGE 81, 70 (82 f.).

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 14.11.1989 - 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84 = BVerfGE 81, 70 (82 f.).

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.11.1989 - 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84 = BVerfGE 81, 70 (82 f.).

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss v. 02.12.1986 - 1 BvR 1509/83 = BVerfGE 74, 69 (76).



Bußgeldverfahren kein Präjudiz für die Bewertung fachgerichtlichen Rechtsschutzes nach § 43 Abs. 1 VwGO darstellt.

Erforderlich ist eine umfassende Abwägung, welche die Gesichtspunkte, die für eine Subsidiarität der Rechtssatz-VB gegenüber anderweitigem, vor den Fachgerichten zu erlangendem Rechtsschutz sprechen, den Vorteilen des:der Beschwerdeführer:in aus einem sogleich eröffneten verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegenüberstellt.<sup>12</sup>

Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsstreit, was die einfach-gesetzliche Rechtslage, Sachlage und individuelle Betroffenheit der S-AG anbelangt, nicht aufklärungsbedürftig ist, so dass insoweit keine fachgerichtliche Vorprüfung angezeigt erscheint. Entscheidend ist jedoch, dass keine Gründe ersichtlich sind, die für eine Unzumutbarkeit des fachgerichtlichen Rechtsschutzes sprechen könnten: Das zuständige Fachgericht kann, falls es die Norm des § 14 KakaoVO für verfassungswidrig erachten sollte, diese Norm ohne weiteres für unanwendbar erklären. Art. 100 Abs. 1 GG steht dem nicht entgegen, weil diese Verfassungsbestimmung ein Verwerfungsmonopol nur für formelle Gesetze begründet. Die S-AG kann daher vor den Fachgerichten denselben effektiven Rechtsschutz erlangen wie vor dem BVerfG. Ihrem Begehren steht insbesondere auch keine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen, welche die Anrufung des zuständigen Fachgerichts als offensichtlich sinn- und erfolglos und damit unzumutbar erscheinen ließe.<sup>13</sup> Damit ist der S-AG die Verweisung auf eine fachgerichtliche Vorprüfung des § 14 KakaoVO im Wege der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) zumutbar.

Mithin ist die VB der S-AG gegen § 14 KakaoVO unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Subsidiarität der Rechtssatz-VB als unzulässig zu verwerfen.

**Anmerkung:** *Nachstehende Überlegungen erfolgen hilfsgutachtlich. Es wird unterstellt, dass der VB gegen § 14 KakaoVO der Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatz-VB nicht entgegensteht.*

---

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 18.12.1985 - 2 BvR 1167, 1185, 1636/84, 308/85, 2 BvQ 18/84 = BVerfGE 71, 305 (336); hierzu ausführlich Gersdorf, Jura 1994, 398 ff.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss v. 11.10.1988 - 1 BvR 777/85, 1 BvR 882/85, 1 BvR 1239/85 = BVerfGE 79, 11 (20).



---

## Beginn Hilfgutachten

---

### **VI. Ordnungsmäßigkeit des Antrags und Frist (§§ 23 Abs. 1, 92, 93 Abs. 2 BVerfGG)**

Es kann davon ausgegangen werden, dass die S-AG bei Erhebung der VB die Ordnungsvorschriften der §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG wahrt. Die VB ist binnen eines Jahres zu erheben. Der Gesetzesbegriff des § 93 Abs. 3 BVerfGG umfasst insoweit nicht nur Bundes- und Landesgesetze im formellen Sinne, sondern gilt auch für alle untergesetzlichen Rechtsnormen mit Außenwirkung gegenüber dem:r Bürger:in, mithin auch für Rechtsverordnungen.<sup>14</sup>

### **VII. Prozessfähigkeit**

Die S-AG besitzt als juristische Person nicht die Fähigkeit, Verfahrenshandlungen vor dem BVerfG vorzunehmen. Für sie muss ihr Vorstand handeln (vgl. § 78 Abs. 1 AktG).

### **VIII. Zwischenergebnis**

Die VB unmittelbar gegen § 19 LMBG ist als unzulässig zu verwerfen. Dagegen ist die Zulässigkeit der VB unmittelbar gegen § 14 KakaoVO (hilfsgutachtlich) zu unterstellen.

### **B. Begründetheit der VB**

Die VB ist begründet, wenn die S-AG durch § 14 KakaoVO in ihren Grundrechten verletzt ist.

#### **I. Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG**

##### **1. Schutzbereich**

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG müsste eröffnet sein. Bezüglich des personellen Schutzbereichs stellt Art. 12 Abs. 1 GG dabei ein Deutschengrundrecht dar, welches sachlich das Recht der freien Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte sowie auch die

---

<sup>14</sup> S. etwa BVerfG, Urte. v. 17.12.1953 - 1 BvR 323/51 = BVerfGE 3, 162 (171); BVerfG, Urte. v. 16.02.2000 - 1 BvR 420/97 = BVerfGE 102, 26 (26); BVerfG, Beschluss v. 19.11.2002 - 2 BvR 329/97 = BVerfGE 107, 1 (8); Hömig, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 60. EL Juli 2020, § 93 Rn. 72.



Berufsausübung selbst (einheitlicher Schutzbereich) umfasst.<sup>15</sup> Der Begriff des Berufs ist dabei als jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage zu verstehen. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist vorliegend sowohl in personeller (i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG) als auch sachlicher Hinsicht für die in Deutschland ansässige S-AG als Herstellerin von Süßwaren eröffnet.

## **2. Eingriff**

In diesen Schutzbereich müsste eingegriffen worden sein. Eingriff meint dabei nach dem sog. klassischen Eingriffsbegriff jedes finale staatliche Handeln durch Rechtsakt, das mit Befehl und Zwang durchsetzbar ist und unmittelbar das grundrechtlich geschützte Verhalten einschränkt. Das Verbot des § 14 KakaoVO wirkt final und unmittelbar, ist rechtsförmig und wird mit Zwang durchgesetzt, sodass selbst nach dem klassischen Eingriffsbegriff ein entsprechender Eingriff in den Schutzbereich vorliegt.

## **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Diese Schutzbereichsbeeinträchtigung ist gerechtfertigt, wenn § 14 KakaoVO von der in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG vorgesehenen Regelungsbefugnis gedeckt ist. Dieser Regelungsvorbehalt erstreckt sich sowohl auf Regelungen der Berufsausübung als auch der Berufswahl.

Die Vorschrift des § 14 KakaoVO kann nur dann Ausdruck der Regelungsbefugnis i. S. d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sein, wenn sie wirksam ist.

### **a) Wirksame gesetzliche Ermächtigung zum Erlass der VO**

Als untergesetzliche Rechtsnorm bedarf die KakaoVO ihrerseits einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigung. Diese könnte § 19 LMBG sein. Dann müsste § 19 LMBG wirksam sein.

---

<sup>15</sup> Hierzu: *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 48. Edition, Stand: 15.08.2021, GG, Art. 12 Rn. 40.



## **aa) Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

### **(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

#### **(a) Zuständigkeit**

Der Bund ist gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 20, Art. 72 Abs. 2 GG zum Erlass der Regelung zuständig.

#### **(b) Verfahren und Form**

Von der Wahrung der Verfahrens- (vgl. Art. 77 GG) und Formvorschriften (Art. 82 GG) ist vorliegend auszugehen.

### **(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Weiter müsste § 19 LMBG mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hat im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch die im "Apothekenurteil"<sup>16</sup> des BVerfG entwickelte sog. "Dreistufentheorie" seine besondere Ausprägung gefunden. Die Dreistufentheorie geht davon aus, dass die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers umso weiterreicht, je mehr sie die Berufsausübung betrifft, und umso begrenzter ist, je mehr sie die Berufswahl berührt.

§ 19 LMBG betrifft die Art und Weise der beruflichen Betätigung und ist daher als Berufsausübungsregelung an den Maßstäben zu messen, die das BVerfG im "Apothekenurteil" für zulässige Berufsausübungsregelungen aufgestellt hat.

#### **(a) Legitimes Ziel**

Regelungen der Berufsausübung sind nur aus vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls zulässig. § 19 LMGB dient dem Schutz der Verbraucher:innen vor Verwechslung von Lebensmitteln und vor gesundheitlichen Gefahren. Der Gesetzgeber verfolgt mit dieser Vorschrift einen verfassungsrechtlich vernünftigen Zweck.

#### **(b) Eignung**

Die Regelung des § 19 LMBG stellt auch ein taugliches Mittel zur Erreichung dieses Ziels dar.

---

<sup>16</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 - 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377.



### **(c) Erforderlichkeit**

Zu prüfen ist, ob es ein milderes, gleichgeeignetes Mittel zur Erreichung des Zweckes gibt. § 19 LMBG ermächtigt sowohl zu Verkehrsverboten als auch zu Kennzeichnungsgeboten. Fraglich könnte sein, ob nicht ein das Grundrecht weniger föhlsam einschränkendes Kennzeichnungsgebot zum Schutz der Verbraucher:innen vor Täuschung ausreichen würde. Es lässt sich jedoch nicht ausschließen, dass es Ausnahmefälle gibt, in denen ein Kennzeichnungsgebot den Schutz der Verbraucher:innen nicht hinreichend sicherzustellen vermag. Mithin wäre eine Ermächtigung einzig zu Kennzeichnungsgeboten milder, jedoch nicht gleich effektiv zur Erreichung des legitimen Zwecks. Die Erforderlichkeit ist daher zu bejahen.

### **(d) Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.)**

Mittel und Zweck stehen auch in einem angemessenen Verhältnis.

## **(3) Zwischenergebnis**

Die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt.

## **bb) Besondere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

### **(1) Delegationsverbot**

Fraglich ist, ob die gewünschte Regelung überhaupt durch VO getroffen werden kann. Grundsätzlich sind VO auf allen Gebieten möglich. Nach der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG bedürfen allerdings alle „wesentlichen Fragen“ (insbesondere maßgeblich: Grundrechtsrelevanz) der Entscheidung durch den parlamentarischen Gesetzgeber. Dabei muss das Wesentliche vom Wesentlichen das Parlament selbst regeln. Aus diesem sog. „Parlamentsvorbehalt“<sup>17</sup> folgt ein Delegationsverbot. Im vorliegenden Fall regelt das LMBG das Wesentliche vom Wesentlichen selbst (nähere Ausführungen erforderlich), so dass vorliegend das Delegationsverbot einer Regelung durch Verordnung nicht entgegensteht.

---

<sup>17</sup> Vgl. zu den Bestimmungskriterien des Parlamentsvorbehaltes *Eberle*, DÖV 1984, 485 (490 ff.).



## (2) Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 GG

### (a) Zulässiger Ermächtigungsadressat

Zulässiger Ermächtigungsadressat ist vorliegend ein Bundesminister (Art. 80 Abs. 1 S. 1, 2. Fall GG).

**Anmerkung:** Das „Ob“ des Gebrauchmachens der gesetzlichen Ermächtigung durch den Ermächtigungsadressaten (Delegatar) muss hinreichend bestimmt sein. Das schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber Ermächtigungen in Form von Kann-Bestimmungen erteilt, ohne den Delegatar bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zum Erlass der VO zu verpflichten. Unzulässig ist es aber das „Ob“ der konkreten Anwendung der gesetzlichen Ermächtigung, in das originäre politische Ermessen des Delegatars zu stellen. Erforderlich ist vielmehr ein rechtlich gebundenes Ermessen. In dem Gesetz müssen dem Delegatar hinreichende normative Anhaltspunkte für seine Entscheidung an die Hand gegeben werden, ob von einer solchen VO-Ermächtigung Gebrauch zu machen ist oder nicht.<sup>18</sup> § 19 LMBG enthält keine „Kann-Ermächtigung“, so dass auf diesen Problemkreis in dieser konkreten Fallbearbeitung nicht einzugehen ist.

### (b) Bestimmtheitsgebot (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG)

Gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG müsste § 19 LMBG als Ermächtigungsgesetz auch hinreichend bestimmt sein.

#### (aa) Inhalt

§ 19 LMBG regelt bestimmte Fragen und Sachbereiche, näher den Schutz der Verbraucher:innen vor Täuschung in Bezug auf Lebensmittel, die bestimmten Anforderungen an die Herstellung, Zusammensetzung oder Beschaffenheit nicht entsprechen, oder sonstig nur unter bestimmten Voraussetzungen in den Verkehr gebracht werden dürfen.

#### (bb) Zweck

§ 19 LMBG dient auch einem hinreichend bestimmt umrissenen Ziel, nämlich der Gewährleistung eines entsprechenden Verbraucherschutzniveaus.

---

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss v. 08.06.1988 - 2 BvL 9/85, 3/86 = BVerfGE 78, 249 (272 ff.).



### **(cc) Ausmaß**

Schließlich sind auch die Grenzen der Regelung in § 19 LMBG ausreichend bestimmt normiert.

### **(3) Zwischenergebnis**

Die besonderen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen liegen vor.

### **cc) Zwischenergebnis**

§ 19 LMBG ist verfassungsgemäß und stellt damit eine wirksame Ermächtigungsgrundlage für § 14 KakaoVO dar.

## **b) Wirksamkeit der KakaoVO**

### **aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

#### **(1) Zuständigkeit**

Der/die entsprechende Bundesminister:in ist nach dem LMBG für den Erlass der RechtsVO zuständig.

#### **(2) Verfahren und Form**

Es kann davon ausgegangen werden, dass das Verfahren i. S. d. § 19 LMBG und die Form nach Art. 82 Abs. 1 S. 2 GG eingehalten wurden.

#### **(3) Zitiergebot (Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG)**

Die KakaoVO entspricht auch dem Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG.

### **bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

#### **(1) Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage**

§ 14 KakaoVO ist in materieller Hinsicht durch § 19 LMBG gedeckt.

#### **(2) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

§ 14 KakaoVO müsste mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen. § 14 KakaoVO betrifft die Art und Weise der beruflichen Betätigung und ist daher als Berufsausübungsregelung an den Maßstäben zu



messen, die das BVerfG im „Apothekenurteil“ mit der Dreistufentheorie in Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für zulässige Berufsausübungsregelungen aufgestellt hat.

### **(a) Legitimes Ziel**

Vgl. die obigen Ausführungen zur materiellen Verfassungsmäßigkeit von § 19 LMBG.

### **(b) Eignung**

Vgl. oben.

### **(c) Erforderlichkeit**

Vorliegend umfasst das Verbot des § 14 KakaoVO Lebensmittel, die infolge ihrer sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften, insbesondere Aussehen, Geruch oder Geschmack, mit einem anderen entsprechenden Erzeugnis verwechselbar sind. Hierbei könnte ein bloßes Kennzeichnungsgebot ein milderes Mittel darstellen. Dieses würde zum Schutz der Verbraucher:innen vor Täuschung auch ausreichen, sodass es ebenfalls gleichgeeignet wäre. Das in § 14 KakaoVO begründete Verkehrsverbot ist daher nicht erforderlich.

### **c) Zwischenergebnis**

§ 14 KakaoVO verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist damit nicht durch den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gedeckt. Die Schutzbereichsbeeinträchtigung ist nicht gerechtfertigt. Die KakaoVO verletzt die S-AG in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

## **II. Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG**

### **1. Schutzbereich**

Jedoch könnte eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG vorliegen. Dessen sachlicher Schutzbereich umfasst dabei nach h. M. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Fraglich ist, ob § 14 KakaoVO in dieses durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Recht eingreift. Erforderlich ist insoweit eine Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 GG: Dieser ist in erster Linie persönlichkeitsbezogen und schützt den Erwerb, d. h. die berufliche Betätigung. Art. 14 Abs. 1 GG ist vor allem objektbezogen und gewährleistet das Erworbene,



also das Ergebnis der Betätigung.<sup>19</sup> Bloße Chancen und Hoffnungen sind nicht dadurch geschützt.

§ 14 KakaoVO knüpft an die berufliche Betätigung an und ist persönlichkeitsbezogen. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nicht Gegenstand der Regelung. Die Norm ist daher nicht objektbezogen und greift nicht in das bereits Erworbene ein. Der Schutzbereich des Art. 14 GG ist daher nicht berührt.

## **2. Zwischenergebnis**

Mangels Schutzbereichsbeeinträchtigung verstößt § 14 KakaoVO nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG.

## **III. Zwischergebnis**

§ 14 KakaoVO verletzt die S-AG in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die VB wäre somit begründet.

---

**Ende Hilfsgutachten**

---

## **C. Endergebnis**

Die VB wäre begründet, ist jedoch vorliegend nicht zulässig. Sie hat mithin keine Aussicht auf Erfolg.

---

<sup>19</sup> So die h. M., grundlegend BVerfG, Beschluss v. 16.03.1971 - 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 = BVerfGE 30, 292 (334 f.); a. A. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 12 Rdnr. 149, der zu Recht darauf hinweist, dass die Rechtsprechung einen finalen Eingriffsbegriff zugrunde legt, was den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG in unzulässiger Weise verkürzt, weil es für die materielle Betroffenheit von Grundrechten nicht allein auf die Finalität des Eingriffs ankommen kann.