

Klausur: „DON'T BE A MAYBE“*

Von Wiss. Mitarbeiterin **Aleksandra Kozłowska**, Erlangen**

Gegenstand dieser Klausur ist ein Werbekampagnenverbot für Tabakprodukte. Die Herausforderung besteht darin, die den Studierenden der Rechtswissenschaften in der Regel unbekanntenen Normen des GDVG,¹ TabakerzG und JGG an den entsprechenden Stellen anzuwenden. Im Mittelpunkt steht die Frage nach der Geeignetheit der Kampagne, junge Menschen zum Rauchen zu veranlassen. Weitere Schwerpunkte sind die Verhältnismäßigkeit des Verbotes sowie die Verletzung der Freiheitsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG.

Sachverhalt

Die P-GmbH (P) ist Herstellerin von Tabakprodukten. Sie hat ihren Verwaltungssitz in der kreisangehörigen oberbayerischen Gemeinde G, Landkreis München. Im Juni 2016 startet P für ihre Zigarettenmarke „Red“ eine deutschlandweite Werbekampagne. Diese ist bebildert und mit Slogans versehen. Als Motive fungieren ein sich küssendes Pärchen, ein Stage-Diver auf einem Rockkonzert und ein zögerlicher Künstler kurz vor seinem Konzertauftritt. Die dazugehörigen Slogans beginnen entweder mit dem Wort „MAYBE“ (z.B. „MAYBE NEVER FELL IN LOVE“) oder wenden sich direkt gegen das Wort „MAYBE“ (bspw. „DON'T BE A MAYBE“) und enden mit dem Wort „BE“. Die Werbung erfolgt mit Plakaten, Spots in Verkaufsstellen, Gaststätten und Kinos sowie Flyern.

Im September 2016 erhält das Landratsamt München ein Schreiben der Wirtschaftswissenschaftlerin W. Die Expertin moniert, dass P mit ihrer „MAYBE“-Kampagne Werbung für Tabakprodukte betreibt, die ihren jahrelangen Forschungen zum Thema „Kindermarketing“ zufolge Jugendliche und Heranwachsende zum Rauchen bewege. Sie basiere nämlich auf dem Wortspiel (Don't be a) „MAYBE (but a) BE“. Jugendlichen und Heranwachsenden werde dadurch vermittelt, sie würden als „MAYBE“, also als Zauderer, im Gegensatz zu einem „BE“, d.h. einem entschlossenen „Macher“, bestimmte Erfolgserlebnisse nie haben. Die Kampagne arbeite mit Situationen und Werten, die gerade für Jugendliche und Heranwachsende wichtig und typisch seien – u.a. Unabhängigkeit, Coolness, Abenteuerlust, Glamour, Rebellentum und Freiheit – und verführe diese zum Rauchen. Daher müsse sie umgehend eingestellt werden.

* Die Klausur basiert auf der Entscheidung des VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835. Der Fall wurde im Wintersemester 2015/16 als Klausur in der Großen Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene gestellt. Ursprünglich waren hierfür die Normen des VTabakG relevant. Das VTabakG wurde am 20.5.2016 durch das TabakerzG ersetzt. Der Fall wurde in der Folge an die neue Gesetzgebung angepasst.

** Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Andreas Funke), Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Parallelvorschriften z.B. ÖGDG BW; NGöGD; ÖGDG NRW; SächsGDG; ÖGDG Saar.

Das Landratsamt bittet P daraufhin um Stellungnahme. P bringt vor, dass Werbung für Tabakprodukte ihrer Ansicht nach generell nicht geeignet sei, junge Menschen zu veranlassen, mit dem Rauchen anzufangen. Ferner beteuert sie, dass sich die „MAYBE“-Kampagne gezielt an erwachsene Raucher richte, indem sie typischerweise für diese Gruppe zentrale Werte wie Liebe, Lebensfreude und Freiheit anspreche und diese ausschließlich durch über 30 Jahre alte Models bildlich verkörpere. Ziel der Kampagne sei es also, erwachsene Raucher zum Wechsel zur Marke „Red“ zu veranlassen. Gleichwohl verfügt das Landratsamt mit Bescheid vom 8.12.2016 die Entfernung aller mit der „MAYBE“-Kampagne verbundener Plakate und die Einstellung sämtlicher Spots und Flyer bis spätestens einen Monat nach Zustellung des Bescheides. In der Begründung heißt es, dass die Kampagne Jugendliche und Heranwachsende zum Rauchen animiere, indem sie gezielt auf sie zugeschnittene Themenbereiche adressiere. Dies zeige sich einerseits in dem Wortspiel der Werbekampagne, andererseits in der Bebilderung der Slogans mit Fotomodellen unter 30. Eine im Juli 2016 von dem Meinungsforschungsinstitut „YOUPIINION“ durchgeführte repräsentative Befragung von 1000 Personen im Alter von bis zu 21 Jahren bestätige diese These: 70 % gaben an, dass sich Werbekampagnen wie die der P positiv auf ihr Rauchverhalten auswirkten. Daher und da wissenschaftlich erwiesen sei, dass die meisten Raucherkarrieren vor dem 21. Lebensjahr begännen, sei es unerlässlich, die Kampagne zu unterbinden. Nur so könne den gesetzlichen Bestimmungen zum Jugendschutz Rechnung getragen werden. Etwaige daraus resultierende wirtschaftliche Nachteile für P sowie die Einschränkung ihrer Werbe- und Berufsfreiheit müssten hingenommen werden. Schließlich verblieben ihr nach dem Verbot weiterhin ausreichend Möglichkeiten, im Rahmen der Gesetze für ihre Zigarettenmarke „Red“ zu werben.

Aufgabe

P sieht sich durch die Verfügung in ihren Rechten verletzt und erhebt daher durch ihren Geschäftsführer G am 15.12.2016 – eingegangen an demselben Tag – Klage zum Verwaltungsgericht München. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?²

Bearbeitervermerk

Die Normen des UWG und JStMV sind außer Betracht zu lassen. Europäisches Recht ist nicht zu prüfen.

Falllösung

Die Klage der P hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

² Die relevanten Normen des GDVG, VTabakG und JGG wurden für die Klausurbearbeitung abgedruckt.

A. Sachentscheidungs Voraussetzungen**I. Verwaltungsrechtsweg**

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges richtet sich mangels aufdrängender Verweisung nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Das Handeln des Landratsamtes bemisst sich nach dem GDVG,³ LStVG,⁴ TabakerzG sowie JGG. Diese Normen berechtigen und verpflichten den Staat als Hoheitsträger. Folglich ist die Streitigkeit nach der modifizierten Subjektstheorie öffentlich-rechtlich. Mangels Beteiligung eines Verfassungsorgans ist sie ferner nicht-verfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Maßgeblich für die statthafte Klageart sind Klagebegehren, § 88 VwGO, und Klagegegenstand, § 79 VwGO. P strebt nach der Aufhebung des Bescheides. Als Einzelfallanordnung einer Behörde mit Regelungswirkung nach außen erfüllt er die Merkmale eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG. Dieser hat sich auch noch nicht erledigt. Statthaft ist mithin die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

III. Klagebefugnis

Nach der Möglichkeitstheorie müsste für die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes der P zumindest möglich erscheinen. In Frage kommen Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG. Die Unternehmenseigenschaft der P steht dem nicht entgegen. Mit ihrem Verwaltungssitz in G ist sie nämlich als inländische juristische Person des Privatrechtes Trägerin von Grundrechten, sofern das jeweilige Grundrecht seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist, Art. 19 Abs. 3 GG. P ist folglich klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Das Vorverfahren gem. § 68 VwGO entfällt aufgrund von § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO.⁵

V. Klagefrist

Die Klageerhebung gegen den Bescheid vom 8.12.2016 erfolgte am 15.12.2016 und somit innerhalb der einmonatigen Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO.

³ Parallelvorschriften z.B. ÖGDG BW; NGöGD; ÖGDG NRW; SächsGDG; ÖGDG Saar.

⁴ Parallelvorschriften z.B. ASOG Bln; HSOG; HessSOG; OBG NRW; SOG LSA.

⁵ Außer in Bayern wurde das Vorverfahren nach § 68 VwGO z.B. auch in Niedersachsen oder Nordrhein-Westfalen abgeschafft, vgl. § 80 Abs. 1 Nds. JustG bzw. § 110 Abs. 1 JustG NRW. In einigen anderen Ländern entfällt das Vorverfahren i.d.R. nur in bestimmten Fällen, siehe § 15 AGVwGO BW oder § 16a Abs. 1 HessAGVwGO.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

P als Klägerin gem. § 63 Nr. 1 VwGO, der Freistaat Bayern als Beklagter im Sinne des § 63 Nr. 2 VwGO sind nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig.

Als juristische Person des Privatrechtes ist P nicht prozessfähig. Gem. § 62 Abs. 3 Alt. 1 i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG wäre eine Vertretung durch ihren Geschäftsführer G notwendig. Auch der Freistaat Bayern weist als juristische Person des öffentlichen Rechtes keine Prozessfähigkeit auf. Gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 16 S. 1, 2 BayAGVwGO und § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1, Abs. 2 S. 1 LABV müsste ihn das Landratsamt München vertreten.⁶

VII. Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen

Die Klage muss gem. § 45 und 52 Nr. 3 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayAGVwGO⁷ beim sachlich und örtlich zuständigen Verwaltungsgericht München eingereicht werden und der in §§ 81 ff. VwGO vorgeschriebenen Form entsprechen.

VIII. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage der P ist begründet, wenn sie sich gem. § 78 VwGO⁸ gegen den richtigen Beklagten richtet, der Bescheid vom 8.12.2016 rechtswidrig und P dadurch in ihren Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Passivlegitimation

Als Rechtsträger der handelnden Behörde im Sinne des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist das Landratsamt München in seiner Eigenschaft als Staatsbehörde gem. Art. 2 Abs. 1, 2 S. 1, 3 Abs. 1 Nr. 3 GDVG passivlegitimiert.

II. Rechtswidrigkeit des Bescheides**1. Befugnisnorm**

Die Befugnisnorm für die Untersagung könnte sich aus Art. 14 Abs. 2, 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 LStVG⁹ ergeben.

⁶ Die Länder werden i.d.R. durch den zuständigen Landesminister vertreten, vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 62 Rn. 14a. Gem. § 36 Abs. 1 S. 2 VwGO kann die Vertretung des betreffenden Landes im Prozess allerdings auch durch den sog. „Vertreter des öffentlichen Interesses“ erfolgen. In Bayern ist dies i.d.R. die Landesrechtsanwaltschaft, vgl. § 16 S. 1 BayAGVwGO.

⁷ Parallelvorschriften z.B.: § 1 Abs. 2 AGVwGO BW; § 1 Abs. 2 HessAGVwGO; § 73 Abs. 2 Nds. JustG; § 17 JustG NRW.

⁸ Je nach Bundesland wird § 78 VwGO als Passivlegitimation der Begründetheit zugeordnet oder als Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis in der Zulässigkeit gesehen.

⁹ Parallelvorschriften z.B. § 17 Abs. 1 ASOG Bln; § 3 Abs. 1 SOG Hmb; § 11 HSOG; § 1 Abs. 1 SOG LSA; § 5 Abs. 1 TH OBG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheides

a) Zuständigkeit

Gem. Art. 14 Abs. 2, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 Nr. 3 GDVG ist das Landratsamt München sachlich zuständig. Ferner ist es gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 BayVwVfG¹⁰ örtlich zuständig, da P eine juristische Person des Privatrechtes mit Verwaltungssitz in der kreisangehörigen oberbayerischen Gemeinde G, Landkreis München im Freistaat Bayern ist.

b) Verfahren und Form

Dem Erfordernis der Anhörung gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG¹¹ ist das Landratsamt nachgekommen, indem es P um Stellungnahme zu den Vorwürfen der W bat. Auch die gem. Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG¹² erforderliche Begründung liegt vor.

c) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Bescheides

a) Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm

Das Landratsamt München darf in seiner Eigenschaft als Gesundheitsamt gem. Art. 2 Abs. 1, 2, 3 Abs. 1 Nr. 3 GDVG und damit als Sicherheitsbehörde im Sinne des Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG Anordnungen für den Einzelfall treffen, um rechtswidrige Taten, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllen, zu verhindern. Gem. § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist es verboten, in der Werbung für Tabakerzeugnisse werbliche Informationen zu verwenden, die ihrer Art nach besonders dazu geeignet sind, Jugendliche oder Heranwachsende zum Konsum von Tabakerzeugnissen zu veranlassen. Werbliche Informationen sind gem. § 2 Nr. 5 TabakerzG Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen, Zeichen und Symbole zu Zwecken der Werbung. Ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG stellt nach § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG eine Ordnungswidrigkeit dar. Fraglich ist, ob die Verwendung der Wörter „MAYBE“ und „BE“ sowie die zur Untermauerung dieser Wörter bzw. der aus diesen Wörtern bestehenden Slogans eingesetzten Fotomotive in der „MAYBE“-Kampagne eine Handlung im Sinne von Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG ist.

Werbung ist gem. § 2 Nr. 6 TabakerzG jede Art kommerzieller Kommunikation mit dem Ziel oder mit der direkten oder indirekten Wirkung, den Verkauf eines Tabakerzeugnisses zu fördern. P möchte mit ihrer Kampagne Raucher zum

Wechsel zu ihrer Zigarettenmarke „Red“ bewegen, um ihren Absatz zu steigern. Es handelt sich also um Werbung. Unklar ist allerdings, ob den Wörtern „MAYBE“ und „BE“ sowie den Fotomotiven eine besondere Eignung im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG inhärent ist. Jugendliche und Heranwachsende sind gem. § 1 Abs. 2 JGG Menschen zwischen 14 und 18 bzw. 18 und 21 Jahren. § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG schützt somit nicht nur Personen bis zum Erreichen der Volljährigkeit, sondern auch Volljährige bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres.¹³

Besonders geeignet, diesen Personenkreis zum Rauchen zu veranlassen, ist die Werbung nicht bereits dann, wenn sie ihn mit Darstellungen von Tabakerzeugnissen anspricht, die ihn möglicherweise zum Rauchen veranlassen könnten.¹⁴ Jede Tabakwerbung verfolgt schließlich das Ziel, unter Verwendung von originellen Texten und einprägsamen Motiven möglichst viele Neukunden zu gewinnen bzw. den Kundstamm zu erhalten. Lässigkeit ist ebenfalls kein ausreichendes Indiz. Zigaretten werden nämlich stets als „lässig“ verkauft. Das Rauchen in der Werbung hat typischerweise Situationen zum Gegenstand, die Genuss, Entspannung und Leichtigkeit vermitteln sollen.¹⁵ Der Gebrauch englischsprachiger Begriffe hat auch keine außergewöhnliche jugendspezifische Wirkung. Er ist in der Werbebranche inzwischen Usus. Generell haben Anglizismen in den letzten 20 Jahren immer mehr Eingang in die deutsche Alltagssprache gefunden und werden auch von Personen über 21 Jahre verwendet.¹⁶

Die besondere Eignung erfordert vielmehr, dass die Werbung Jugendliche und Heranwachsende mehr als andere Personenkreise anspricht.¹⁷ Hierfür müsste sie jugendspezifische Merkmale aufweisen. Diese liegen z.B. dann vor, wenn unter 21-jährige in der Werbung bildlich dargestellt und jugendtypische Situationen und Umgebungen sowie Kleidung und Äußerungen verwendet werden.¹⁸ Auf die subjektive Zweckbestimmung aus Sicht des Tabakunternehmens kommt es nicht an. Genauso wenig ist maßgeblich, dass der gewünschte Werbeeffekt tatsächlich eintritt. Entscheidend ist, dass diese Wirkung aufgrund besonders Jugendliche und Heranwachsende ansprechender Werbung erzielt werden kann.¹⁹

Die Motive der „MAYBE“-Kampagne zeigen ein sich küssendes Pärchen, einen Stage-Diver auf einem Rockkonzert sowie einen zögerlichen Künstler kurz vor seinem Konzertauftritt. Sich einem anderen Menschen zu nähern, das Stage-Diving sowie der Konzertauftritt stellen Situationen dar, in denen es gilt, Mut zu beweisen.²⁰ Die Kombination mit Slogans wie „MAYBE NEVER FELL IN LOVE“ oder „DON'T BE A MAYBE“ suggeriert, dass unentschiedene

¹⁰ Parallelvorschriften z.B.: § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 LVwVfG; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 BremVwVfG; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 VwVfG M-V; § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 VwVfG NRW; § 31 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Alt. 1 LVwG.

¹¹ Parallelvorschriften z.B.: § 28 Abs. 1 LVwVfG; § 28 Abs. 1 BremVwVfG; § 28 Abs. 1 VwVfG M-V; § 28 Abs. 1 VwVfG NRW; § 87 Abs. 1 LVwG.

¹² Parallelvorschriften z.B.: § 39 Abs. 1 LVwVfG; § 39 Abs. 1 BremVwVfG; § 39 Abs. 1 HmbVwVfG; § 39 Abs. 1 VwVfG M-V; § 39 Abs. 1 VwVfG NRW.

¹³ VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835.

¹⁴ *Zipfel/Rathke/Sosnitza*, in: *Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht*, 164. Lfg., Stand: Juli 2016, VTabakG, § 22 Rn. 16.

¹⁵ VG München, Beschl. v. 11.12.2013 – M 18 S 13.4834.

¹⁶ VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835.

¹⁷ *Zipfel/Rathke/Sosnitza* (Fn. 14), § 22 Rn. 16.

¹⁸ VG München, Urt. v. 30.9.2015 – M 18 K 13.4835.

¹⁹ *Zipfel/Rathke/Sosnitza* (Fn. 14), § 22 Rn. 16.

²⁰ *Effertz/Kaiser*, LMuR 2012, 234 (239).

und schüchterne Menschen nie in den Genuss solcher Erlebnisse kommen und stets Außenseiter bleiben werden. Das Streben nach Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft und der damit verbundenen sozialen Akzeptanz innerhalb derselben ist bei Jugendlichen und Heranwachsenden ein essenzieller Bestandteil ihrer Persönlichkeitsentwicklung. Daher kann in diesen Darstellungen eine Art Handlungsanweisung für die Erreichung dieses Zieles und ein überproportionaler Fokus auf der Personengruppe „Jugendliche und Heranwachsende“ gesehen werden. Dies wird durch die Forschungsergebnisse der W, die Umfrage des „YOUPINION“ sowie die Drogenstatistik empirisch gestützt. Dass sich in der Aufmachung der Kampagne auch andere Personen wiederfinden können, steht dem nicht entgegen, da eine besondere Eignung nicht nur dann vorliegt, wenn sie ausschließlich die Zielgruppe anspricht.²¹

Die „MAYBE“-Kampagne ist folglich im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG besonders geeignet. Mithin liegt eine rechtswidrige Tat vor, die nach § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt. Zu deren Unterbindung hat das Landratsamt München gem. Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG gehandelt.

b) Richtung der Maßnahme

Gem. Art. 9 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 LStVG ist der Verhaltensstörer heranzuziehen. P hat sich ordnungswidrig verhalten. Dies stellt eine Störung dar, da dadurch eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingetreten ist.²² P ist somit die richtige Maßnahmeadressatin. Als juristische Person des Privatrechtes kann sie auch als solche in Anspruch genommen werden.²³

c) Rechtsfolge

aa) Ermessen

Eine Verfügung nach Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG muss ermessensfehlerfrei sein, Art. 40 BayVwVfG²⁴. Es könnte allerdings eine Ermessenüberschreitung vorliegen. Dies wäre dann der Fall, wenn das Landratsamt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Sinne des Art. 8 LStVG²⁵ missachtet oder die Grundrechte der P

²¹ VG München, Beschl. v. 11.12.2013 – M 18 S 13.4834.

²² Gallwas/Lindner/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 97.

²³ Dies ergibt sich aus Art. 11 Nr. 1 BayVwVfG, demnach juristische Personen fähig sind, an einem verwaltungsrechtlichen Verfahren teilzunehmen, Gallwas/Lindner/Wolff, in: Zipfel/Rathke (Fn. 14), § 22 Rn. 487. Parallelvorschriften z.B. § 11 Nr. 1 LVwVfG; § 11 Nr. 1 BremVwVfG; § 11 Nr. 1 HmbVwVfG; § 11 Nr. 1 VwVfG M-V; § 11 Nr. 1 VwVfG NRW.

²⁴ Parallelvorschriften z.B.: § 40 LVwVfG; § 40 BremVwVfG; § 40 HmbVwVfG; § 40 VwVfG M-V; § 73 Abs. 1 LVwG.

²⁵ Parallelvorschriften z.B. § 11 ASOG Bln; § 4 SOG Hmb; § 4 HSOG; § 5 SOG LSA; § 6 TH OBG.

– v.a. Art. 5 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG – verletzt hätte.

bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Ein Verwaltungsakt ist dann verhältnismäßig, wenn er einen legitimen Zweck verfolgt und der Einsatz des Mittels zu dessen Durchsetzung geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1) legitimer Zweck

Das Landratsamt handelte aus Gründen des Gesundheitsschutzes von Jugendlichen und Heranwachsenden. Ein legitimer Zweck liegt also vor.

(2) Geeignetheit

Durch die Verfügung wird P dazu gezwungen, ihre gesamte „MAYBE“-Kampagne zurückzuziehen. Dadurch werden Jugendliche und Heranwachsende nicht mehr mit ihren zum Rauchen animierenden visuellen Werbeelementen konfrontiert. Die Untersagung ist folglich geeignet.

(3) Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob die Maßnahme im Sinne von Art. 8 Abs. 1 LStVG erforderlich war. Das Landratsamt hätte sich darauf beschränken können, die Fortsetzung der „MAYBE“-Kampagne zu verbieten. Dies wäre indes nicht gleich effektiv gewesen, da gerade die Bilder der Kampagne die Jugendlichen und Heranwachsenden zum Rauchen veranlassen. Hätte das Landratsamt der P die Weiterführung der Kampagne bis zum Start der Folgekampagne gewährt, könnten sie diese über viele weitere Monate hinweg gesundheitsschädlich beeinflussen. Die Verfügung war somit erforderlich.

(4) Angemessenheit

Schließlich dürfte die Verfügung nicht unverhältnismäßig sein, Art. 8 Abs. 2 LStVG. Die Beseitigung der „MAYBE“-Kampagne ist für P mit einem erheblichen organisatorischen, logistischen und finanziellen Aufwand verbunden, da sie sämtliche Stellen, an denen sich ihre Werbung in Form von Plakaten, Flyern und Spots befindet, ausfindig machen und ihre Dienstleister mit der vorzeitigen Entfernung bzw. Einstellung dieser beauftragen muss. Ohne diese Maßnahme drohen Jugendlichen und Heranwachsenden dagegen nachweislich nachteilige Auswirkungen auf ihre Gesundheit. Die der P bevorstehenden Anstrengungen sind mithin angemessen.

(5) Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt ist verhältnismäßig.

cc) Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG

(1) Schutzbereich

In persönlicher Hinsicht ist P als „jeder“ über Art. 19 Abs. 3 GG gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

Sachlich garantiert Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG die Freiheit geistiger Inhalte und deren Kommunikation in einem pluralis-

tischen Wettbewerb.²⁶ Die Kommunikationsfreiheit umfasst auch die wirtschaftlichen Freiheiten.²⁷ Wirtschaftswerbung fällt dabei zumindest dann darunter, wenn sie Meinungen enthält oder der Meinungsbildung dient.²⁸ Werbung soll ihre Empfänger dazu bewegen, das beworbene Produkt einer wertenden Betrachtung zu unterziehen. Somit dient sie der Meinungsbildung. Die „MAYBE“-Kampagne verfolgt auch genau diesen Zweck, da sie bei Rauchern genauso wie bei Nichtrauchern ein positives Bild der Zigarettenmarke „Red“ erzeugen will.

(2) Eingriff

Die Untersagung hindert P daran, ihr Produkt in der von ihr vorgesehenen Weise zu bewerben und macht es den Empfängern der Werbung unmöglich, sich auf ihrer Grundlage ein Werturteil über die Zigarettenmarke „Red“ zu bilden. Ein Eingriff liegt somit vor.

(3) Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist dann gerechtfertigt, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die ihrerseits verfassungsgemäß ist und deren Anwendung im Einzelfall verfassungsgemäß war.

(a) Gesetzliche Grundlage

Als Schranke der Meinungsfreiheit im Sinne eines Gesetzes zum Schutze der Jugend gem. Art. 5 Abs. 2 GG kommt § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG in Betracht. Jugendschutzbestimmungen sind alle Rechtsnormen, die die ungestörte Entwicklung der Jugend vor Gefahren schützen sollen.²⁹ Ziel von § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist es, Jugendliche und Heranwachsende vor Berührung mit Werbung zu bewahren, die dazu geeignet ist, bei ihnen eine positive Meinung über Tabakerzeugnisse zu generieren und sie zu einem gesundheitsschädlichen Verhalten zu bewegen. Darin kommt das Bestreben des Gesetzgebers zum Ausdruck, seiner staatlichen Schutzpflicht des Jugend- und des darin enthaltenen Gesundheitsschutzes nachzukommen. § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist ein Gesetz zum Schutze der Jugend im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG. Der Verstoß gegen diesen durch P stellt gem. § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG objektiv und subjektiv eine Ordnungswidrigkeit dar. Eine gesetzliche Grundlage ist mithin gegeben.

(b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG i.V.m. §§ 21 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG sind formell und materiell verfassungsgemäß.

(c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung

Für die konkrete Umsetzung der betreffenden gesetzlichen Grundlage verlangt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG eine Gewichtung der Beeinträchtigung, die dem Jugendschutz auf der einen Seite und der Werbefreiheit auf der anderen Seite droht. Verschiedene wissenschaftliche und empirische Quellen zeigen, dass Werbekampagnen wie die der P bei Jugendlichen und Heranwachsenden Anklang finden und dazu führen, dass sie mit dem Rauchen anfangen oder ihr Rauchverhalten intensivieren. Da ein regelmäßiger Tabakkonsum vor dem 21. Lebensjahr nachweislich den Grundstein für eine dauerhafte Raucherkarriere bildet und die Jugendlichen und Heranwachsenden sich zu diesem Zeitpunkt oftmals noch gar nicht über die Folgeschwere ihres Handelns bewusst sind, gilt es, sie von diesem gesundheitsschädlichen Verhalten abzuhalten. Einerseits ist dies bspw. durch staatliche Aufklärungsmaßnahmen möglich. Andererseits muss der Staat diese Personengruppe vor gezielten Werbemaßnahmen für die Droge „Zigaretten“ schützen. P wird es zwar verwehrt, ihre Zigarettenmarke „Red“ mit der „MAYBE“-Kampagne zu bewerben. Allerdings kann sie dies alternativ in einer die Gesundheit der Jugendlichen und Heranwachsenden nichtgefährdenden Weise tun. Diese Gesamtbetrachtung ergibt, dass die Meinungsfreiheit der P hinter dem Jugendschutz zurücktreten muss. Nichts deutet darauf hin, dass das Landratsamt einer grundlegend fehlerhaften Anschauung von der Reichweite des Grundrechtsschutzes unterlegen ist.

(4) Zwischenergebnis

P wurde nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG verletzt.

dd) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

(1) Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG knüpft in persönlicher Hinsicht nicht an die natürlichen Eigenschaften des Menschen an.³⁰ P kann sich über Art. 19 Abs. 3 GG auf die Berufsfreiheit berufen.

Sachlich gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG einen einheitlichen Schutzbereich und umfasst die Berufsausübung und die Berufswahl.³¹ Beruf ist jede auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit,³² die nicht generell verboten³³ und sozial- oder gemeinschädlich ist.³⁴ Der Absatz von Zigaretten ist darauf ausgerichtet, dauerhaft Einnahmen zu erzielen, um die wirtschaftliche Existenz des Vertreibers zu sichern. Zigaretten sind ein gesundheitsschädigendes Genussmittel. Gleichwohl ist ihr Verkauf unter Einhaltung bestimmter gesetzlicher Beschränkungen erlaubt. Eine Sozial- oder Gemeenschädlichkeit im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ist darin nicht zu sehen. Die Tätigkeit der P ist also ein Beruf. P könnte in ihrer Berufsausübung betroffen sein. Hierzu zählen insbesondere Form,

²⁶ Michael/Morlok, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 9 Rn. 201.

²⁷ Michael/Morlok (Fn. 26), § 9 Rn. 206.

²⁸ Michael/Morlok (Fn. 26), § 9 Rn. 206.

²⁹ Epping, Grundrechte, 6. Aufl. 2015, Rn. 247.

³⁰ Epping (Fn. 29), Rn. 377.

³¹ Epping (Fn. 29), Rn. 381.

³² BVerfGE 7, 377 (397).

³³ BVerwGE 87, 37 (40 f.); a.A. BVerwGE 96, 293 (296 f.).

³⁴ BVerwGE 22, 286 (289).

Mittel, Umfang sowie Inhalt der Betätigung.³⁵ Das Landratsamt hat P dazu aufgefordert, alle mit der „MAYBE“-Kampagne verbundenen Plakate sowie Spots und Flyer einzustellen. Dadurch hat es ihr Vorgaben bezüglich der Wahl ihrer Mittel für den Vertrieb ihrer Zigarettenmarke „Red“ gemacht. Schließlich wird Werbung eingesetzt, um den Absatz eines Produktes zu steigern. Die Berufsausübung der P ist somit tangiert.

Ferner könnte die Wettbewerbsfreiheit der P berührt sein. Diese wird ebenfalls über Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.³⁶ Die Wettbewerbsfreiheit umfasst v.a. das Verhalten im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern.³⁷ Das Auftreten am Markt und das In-Konkurrenz-Treten sind untrennbar mit der Berufsausübung verbunden.³⁸ Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG schützt zwar nicht vor Konkurrenz, aber davor, dass der Staat das Verhalten der Marktteilnehmer im Wettbewerb regelt und Wettbewerbsverzerrungen erzeugt.³⁹ In der Verfügung könnte eine Maßnahme gesehen werden, durch die P gegenüber anderen Zigarettenherstellern benachteiligt wird. P wird dadurch nämlich daran gehindert, ihr Produkt in der von ihr vorgesehenen Art und Weise zu bewerben und die erwarteten Mehreinnahmen zu generieren. Allerdings wird die Reichweite der Wettbewerbsfreiheit durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG sichert nur in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb.⁴⁰ § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG stellt eine rechtliche Regelung dar, die den Wettbewerb bei einem Verstoß gegen diesen für alle tabakherstellenden Unternehmen gleichermaßen begrenzt. Etwaige daraus resultierende wettbewerbliche Nachteile liegen also im Risikobereich der betreffenden Marktteilnehmer. Ihnen steht es schließlich frei, sich rechtskonform zu verhalten und genauso dazustehen wie die Konkurrenz. Die Wettbewerbsfreiheit der P ist folglich nicht betroffen.

(2) Eingriff

Es liegt kein klassischer Eingriff vor, bei dem unmittelbar an den Beruf angeknüpft wird. Somit kommt es darauf an, ob das hoheitliche Verhalten eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist.⁴¹ Eine solche ist dann gegeben, wenn sie im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden⁴² bzw. wenn sie sich in erster Linie als rechtliche Rahmenbedingung für die Berufsausübung versteht.⁴³ § 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG verbietet explizit im Verkehr mit Tabakerzeugnissen und in der Werbung für diese

die Verwendung von bestimmten Gestaltungsmodalitäten, die Jugendliche und Heranwachsende zum Rauchen veranlassen. Darin ist ein besonderer Bezug zu Tabakunternehmen zu sehen, weil i.d.R. nur diese z.B. Zigaretten vertreiben und bewerben. Es handelt sich somit um eine objektiv berufsregelnde Tendenz.

(3) Rechtfertigung

(a) Gesetzliche Grundlage

Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG unterliegt einem einfachen Gesetzesvorbehalt, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, §§ 21 Abs. 1 Nr. 2 TabakerzG ist eine Norm, die Werbung für Zigaretten und mittelbar ihren Vertrieb regelt. Dies wirkt sich auf die Berufsausübung der Tabakunternehmen aus. Ein Verstoß dagegen stellt gem. § 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG eine Ordnungswidrigkeit dar und kann nach Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG verfolgt werden. Eine gesetzliche Grundlage liegt vor.

(b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

An der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit von Art. 23 S. 2 GDVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 LStVG i.V.m. §§ 21 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 Nr. 10 TabakerzG bestehen keine Zweifel.

(c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung

Um Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG Rechnung zu tragen, muss bei der konkreten Umsetzung der einschlägigen Gesetzesgrundlage eine Gewichtung der Beeinträchtigung des Jugendschutzes einerseits und der Berufsausübung andererseits unter Einbeziehung aller wesentlichen Umstände erfolgen. Der Jugendschutz ist in Anbetracht der wissenschaftlich und empirisch erwiesenen Wirkung von Kampagnen für Zigaretten auf Jugendliche und Heranwachsende und die Folgeschwere der Entscheidung zum Rauchen ein hochrangiges, umfassend zu schützendes Gut. Die Berufsausübung der P wird durch die Untersagung zwar weitreichend tangiert, stellt aber v.a. unter dem Eindruck der Möglichkeiten, die ihr für ein erfolgreiches Bewerben ihres Tabakproduktes verbleiben, dasjenige Rechtsgut dar, das hinter dem Jugendschutz zurücktreten muss. Hinweise darauf, dass das Landratsamt von einer grundlegend fehlerhaften Anschauung von der Reichweite des Grundrechtsschutzes ausgegangen ist, bestehen nicht.

(4) Zwischenergebnis

P ist nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

ee) Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt den Bestand privatnütziger vermögenswerter Rechte.⁴⁴ Ausgenommen hiervon sind bloße Umsatz-, Erwerbs- und Gewinnchancen, Hoffnungen, Erwartungen und Aussichten.⁴⁵ P erhofft sich, mit ihrer Kam-

³⁵ Epping (Fn. 29), Rn. 384.

³⁶ BVerwGE 39, 329 (336); a.A. BVerwGE 30, 191 (198), wonach die Wettbewerbsfreiheit über die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG geschützt wird.

³⁷ BVerfGE 32, 311 (317).

³⁸ Epping (Fn. 29), Rn. 387.

³⁹ Epping (Fn. 29), Rn. 387.

⁴⁰ BVerfGE 105, 252 (265).

⁴¹ Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 12 Rn. 15.

⁴² BVerfGE 97, 228 (254).

⁴³ BVerfGE 128, 1 (58).

⁴⁴ Pieroth/Schlink, Grundrechte, 31. Aufl. 2015, § 23 Rn. 912 ff.

⁴⁵ BVerfGE 74, 129 (148).

pagne Raucher zum Wechsel zu ihrer Zigarettenmarke „Red“ zu bewegen und dadurch ihren Umsatz zu steigern. Gegenstand ist also nicht die Sicherung einer bereits vorhandenen Eigentumsposition, sondern nur die Möglichkeit, eine solche zu erwerben. Dies liegt außerhalb des Schutzbereiches von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.

ff) Bestimmtheit

Indem das Landratsamt verfügt, dass P alle mit der „MAYBE“-Kampagne verbundenen Plakate zu entfernen sowie Spots und Flyer einzustellen hat, gibt es ihr eine eindeutige Handlungsanweisung, sodass bezüglich der Bestimmtheit im Sinne von Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG⁴⁶ keine Bedenken bestehen.

gg) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig.

C. Gesamtergebnis

Die Klage der P ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

⁴⁶ Parallelvorschriften z.B. § 37 Abs. 1 LVwVfG; § 37 Abs. 1 BremVwVfG; § 37 Abs. 1 VwVfG M-V; § 37 Abs. 1 VwVfG NRW; § 108 Abs. 1 LVwG.