

## **Sachverhalt**

Die im Freistaat Thüringen gelegene kreisfreie Stadt A hat eine Satzung über die Werbung für alkoholhaltige Getränke erlassen. Danach ist die private Werbung für derartige Getränke untersagt, soweit dafür Werbetafeln, Litfaßsäulen und ähnliche öffentliche Anschlagstellen im Gemeindegebiet verwendet werden. Weiter wird diese Form der Alkoholwerbung einer Kommunalwerbung GmbH vorbehalten, deren Alleingesellschafterin die Stadt A ist. Die Stadt will mit dieser Satzung erreichen, daß eine Alkoholwerbung zwar möglich bleibt, aber durch die Art und Weise der Werbung kein übertriebener Anreiz für den Alkoholkonsum bewirkt wird.

Die private Werbeagentur Pause, eine GmbH, hält die Satzung der Stadt A für gesetz- und verfassungswidrig. Es gäbe keine Rechtsgrundlage für eine derartige Satzung; es handle sich offensichtlich auch nicht um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 II GG). Die Monopolisierung der Alkoholwerbung bei der stadt eigenen GmbH verletze die Grundrechte der Pause-GmbH aus Art. 12 I und 14 GG.

### **Bearbeitervermerk:**

Wie ist die Rechtslage?

Es sind alle aufgeworfenen Rechtsfragen des materiellen Rechts zu begutachten.

Mögliche Rechtsbehelfe sind nicht zu behandeln.

Das Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz bleibt außer Betracht.

## Gutachten:

Die Satzung der Stadt A über die Werbung für alkoholhaltige Getränke wäre rechtswidrig und damit nichtig<sup>1</sup>, wenn sie damit gegen höherrangiges Recht verstößt.

### A. Ermächtigungsgrundlage

#### I. Allgemein

Satzungen sind materiell gesetzliche Rechtsnormen, die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Regelung ihrer Angelegenheiten erlassen werden<sup>2</sup>. Den Gemeinden ist das Satzungsrecht sowohl durch die Maßgabe des Art. 28 II S.2 GG<sup>3</sup> garantiert als auch in Art. 91 I ThürLV<sup>4</sup> bzw. § 19 I 1 ThürKO gewährleistet. Gemeinde bedeutet ein auf personaler Mitgliedschaft zu einem bestimmten Gebiet basierender Verband, der die Eigenschaft einer rechtsfähigen Körperschaft des öffentlichen Rechts besitzt.<sup>5</sup> Die A ist als Stadt<sup>6</sup> somit grundsätzlich berechtigt, Satzungen zu erlassen.

Ihr Satzungsrecht stellt jedoch nur eine Mindestgarantie<sup>7</sup> dar und ist gleichsam auch begrenzt, nämlich durch den in Art. 28 II S.2 GG geforderten örtlichen Bezug, dem eigenen Aufgabenbereich und sämtliches geltendes Recht, auch Gewohnheitsrecht<sup>8</sup>. Letzteres folgt zusätzlich aus Art. 1 III und Art. 20 III GG, da es sich bei den Gemeindevertretungen als Satzungsgeber um demokratisch legitimierte Organe der Exekutive handelt.<sup>9</sup> Dem Gesetzgeber steht es grundsätzlich zu (begrenzt durch die Mindestvorgaben des Art. 28 II S.1), diesen Aufgabenbereich auszugestalten und zu typisieren<sup>10</sup>, und zwar nach dem Regel - Ausnahme - Prinzip, den individuellen örtlichen Gegebenheiten angepaßt.<sup>11</sup> Dabei ist das Kommunalrecht vorrangig durch den Landesgesetzgeber geformt.<sup>12</sup>

---

<sup>1</sup> M./K. - Löwer, Art. 28, Rn. 37 m. w. Nachw.; Oerder, NJW 1990, S. 2105; Pieroth; JuS 1990, S. L2.

<sup>2</sup> Köbler, S.334; Pieroth, a.a.O., S. L1.

<sup>3</sup> Arndt / Zinow, JuS 1992, S. L 43; Degenhart, S.97 Rn. 255; Jarass / Pieroth, Art. 28, Rn. 9; M./K. - Löwer, S.314, Rn. 78; Stern, Staatsrecht S. 414.

<sup>4</sup> Im folgenden wird aus Vereinfachungsgründen statt zusätzlicher Nennung des gleichlautenden Art. d. Thür.LV nur noch Art. 28 II S.2 GG genannt.

<sup>5</sup> Jarass / Pieroth, Art. 28, Rn. 10.

<sup>6</sup> BVerfGE 83, 60/76.

<sup>7</sup> So u.a. M./K. - Löwer, Art.28, Rn. 34; Stern, Staatsrecht S. 419.

<sup>8</sup> BVerfGE 76, 107; BVerwG, VerwRspr. 29 [ 1978 ],471; M./K. - Löwer, Art. 28, Rn. 60; Oerder, a.a.O.; Stern, Staatsrecht, S. 415.

<sup>9</sup> Ehlers, Jura 1988, 337.

<sup>10</sup> BVerfGE 79, 127 „Rastede“; Clemens, NVwZ 1990, S. 835.

<sup>11</sup> M./K. - Löwer, Art. 28, Rn. 51; Schoch, Verw.Archiv 81 1990, S. 28.

<sup>12</sup> Stern, Staatsrecht S. 429.

## **II. Spezialgesetzlich**

### **1. Thüringer Bauordnung**

Eine spezialgesetzliche Ermächtigung könnte zunächst in § 60 II i.V.m. §§ 59 I, 13 I, II, IV ThürBO und § 19 I S. 1 ThürKO vorliegen. Demnach können die kreisfreien Städte als untere Bauaufsichtsbehörde das Recht der Außenwerbung nach ihrem Ermessen einschränken, um einer Verunstaltung des Orts-, Straßen- und Landschaftsbildes entgegen zu wirken. Die Satzung der Stadt A begründet sich jedoch ausschließlich auf gesundheitspolitische Aspekte. Demnach entfällt diese Rechtsgrundlage von vornherein.

### **2. Thüringer Straßengesetz**

Eine weitere spezialgesetzliche Regelung könnte § 18 I S. 4 Thüringer Straßengesetz (ThürStrG) darstellen. Danach können die Gemeinden durch Satzung die Ausübung bestimmter Sondernutzungen in den Ortsdurchfahrten und in den Gemeindestraßen regeln.

Sondernutzung ist gemäß § 18 I S.1 ThürStrG jegliche Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus. Als Gemeingebrauch definiert § 14 I ThürStrG den jedermann gestatteten Gebrauch der öffentlichen Straßen im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften. Gemeint ist die überwiegende Absicht des Sich - Fortbewegens und Verweilens auf der Straße.<sup>13</sup> Die optische Produktwerbung stützt sich weitestgehend auf ortsfeste Einrichtungen im öffentlichen Straßenraum wie die in der Satzung benannten Litfaßsäulen und Werbetafeln oder auch Wartehallen und Stadtinformationsanlagen.<sup>14</sup> Diese Form der gewerblichen Nutzung stellt eine nach Straßenrecht (hier: § 18 ThürStrG) erlaubnispflichtige Sondernutzung dar<sup>15</sup>, wenn durch sie der Gemeingebrauch beeinträchtigt wird<sup>16</sup> oder zumindest beeinträchtigt werden kann<sup>17</sup>.

### **3. Thüringer Kommunalordnung**

Sofern die Nutzung den Gemeingebrauch nicht nachhaltig berührt bzw. sich die Anschlagflächen im Gemeindegebiet außerhalb des öffentlichen Verkehrsraumes be-

---

<sup>13</sup> Schmidt - Tophoff, DVBl. 1970, S. 18.

<sup>14</sup> Loschelder, ZLR 1988, S. 489; Schmidt - Tophoff, a.a.O., S. 21.

<sup>15</sup> VGH Mannheim, NVwz 1993, 903; Osterloh, JuS 1994, S.85.

<sup>16</sup> Loschelder, ZLR 1988, S. 489, Loschelder, WRP 1991, S. 352.

<sup>17</sup> Schmidt - Tophoff, a.a.O., S.19.

finden, disponiert die Gemeinde über sie kraft privaten Eigentums<sup>18</sup>, § 20 II Nr. 1 ThürKO. Danach kann die Gemeinde durch Satzung die Benutzung ihres Eigentums und ihrer öffentlichen Einrichtungen regeln.

## **B. Rechtmäßigkeit der Satzung**

### **I. Formell**

Gegen die formelle Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken.

### **II. Materiell**

#### **1. Vereinbarkeit mit Ermächtigungsgrundlage**

##### **a. Spezialgesetzliche Voraussetzungen:**

##### **aa. Thüringer Straßengesetz:**

Was die Sondernutzung von öffentlichen Straßen durch den Gemeingebrauch beeinträchtigende Werbung anbelangt, so wäre die Satzung der Stadt A rechtmäßig, wenn sie eine durch § 18 I S. 4 ThürStrG gerechtfertigte Regelung bedeuten würde.

Grundsätzlich stellt die Einräumung der Sondernutzung ein „Privileg“ dar<sup>19</sup>, auf welches kein Rechtsanspruch besteht<sup>20</sup>. Auch die status - positivus - Dimension führt hier nicht weiter<sup>21</sup>, da auch aus der verfassungsverbürgten Unternehmerfreiheit kein Recht auf Nutzung von Straßen über den Gemeingebrauch hinaus abzuleiten ist.<sup>22</sup>

Jedoch liegt es gemäß § 18 I S. 4 im Ermessen der Gemeinde („Die Gemeinde kann ...“), ob und wie sie die Ausübung regelt, insbesondere, wem sie das Recht zur Sondernutzung einräumt. Daraus läßt sich wiederum für eventuelle Antragsteller (hier: die Werbeagentur Pause) ein korrespondierender Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung ableiten.<sup>23</sup> Insbesondere unterliegt die Stadt A als Verwaltungsträger bei ihrer Entscheidung dem rechtsstaatlichen Willkürverbot, welches es verbietet, die Sondernutzungserlaubnis aus sachfremden Erwägungen heraus zu verwehren.<sup>24</sup> Welche Erwägungen nun sachfremd und welche sachbezogen sind, ist grundsätzlich strittig. Zum einen werden nur Gesichtspunkte anerkannt, die sich ausschließlich auf straßenbauliche oder straßenverkehrliche Belange beziehen.<sup>25</sup> Nach dieser Auffas-

---

<sup>18</sup> *Bartlsperger*, S. 111, *Loschelder*, ZLR 1988, S.489.

<sup>19</sup> *Papier*, Recht der öffentlichen Sachen, S. 105; *Salzwedel*, in von Münch (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, S. 720.

<sup>20</sup> *Loschelder*, ZLR 1988, S.492.

<sup>21</sup> Ebd., unten..

<sup>22</sup> Vgl. *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.133 ff.; ähnlich auch *Badura*, Arbeit als Beruf, S. 27f. .

<sup>23</sup> *Loschelder*, ZLR 1988, S. 493.

<sup>24</sup> Vgl. *BVerwGE* 2, 288 (290); *Löhr*, NVwZ 1983, S.21; *Loschelder*, WRP 1991, S. 357 f.; *Loschelder*, ZLR 1988, S. 493.

<sup>25</sup> So z.B. *VGH München*, DVBl. 1967, S. 920 (921 f.); *Papier*, a.a.O.; *Salzwedel*, a.a.O., S. 639 m.w.N..

sung wäre ein Versagen der Sondernutzungserlaubnis aus gesundheitspolitischen Motiven schlechthin ermessensfehlerhaft, denn derlei Motive haben auch bei weitester Auslegung nichts mit den Funktionen der Straße (Sicherung des Gemeingebrauchs) zu tun.

Die andere Ansicht hält auch sonstige „vernünftige öffentliche Interessen“ für abwägungserheblich<sup>26</sup> und mißt die Rechtmäßigkeit bei gesundheitspolitisch motivierten Entscheidungen mangels sondergesetzlicher Regelungen ausschließlich an der Generalklausel des Art. 28 II S.1 GG<sup>27</sup>. Begründet wird dies damit, daß die Gemeinden auch für Ortsdurchfahrten zuständige Straßenbaubehörde sind, ohne Baulastträger zu sein.<sup>28</sup>

Durch Auslegung des Gesetzestextes des § 18 ThürStrG läßt sich feststellen, daß der Gesetzgeber hier den Gemeinden ausschließlich das Recht auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis als zuständiger Träger der Straßenbaulast gewährt. In anderen Fällen benötigt sie, auch für Ortsdurchfahrten, grundsätzlich der Zustimmung der oberen Straßenbaubehörde. Das zeigt zum einen, daß der Schwerpunkt der Abwägungsgesichtspunkte bei solchen des Straßenbaus liegt. Andererseits schließt dies wiederum nicht aus, daß auch sonstige, gemeindespezifische Belange des öffentlichen Wohls als Begründung gelten können, ansonsten wäre der Genehmigungsvorbehalt des § 18 I S. 5 ThürStrG überflüssig, denn dann hätte der Gesetzgeber die Entscheidung allein dem jeweiligen Baulastträger überlassen können. Im übrigen geht aus dem Sachverhalt nichts über eine ggf. ablehnende Haltung einer übergeordneten Straßenbaubehörde hervor.

Unter diesen Gesichtspunkten ist hier somit auch die engere erste Auffassung abzulehnen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Beschränkung der Alkoholwerbung durch Nichterteilung der Sondernutzungserlaubnis an andere Werbeagenturen außer der der Stadt A gehörigen aus gesundheitspolitischen Motiven in deren Kompetenzbereich fällt. Dies wiederum bemißt sich allein nach Art. 28 II S.1 GG<sup>29</sup>, § 18 I S.4 ThürStrG reicht als Rechtsgrundlage hier jedenfalls nicht aus, die Rechtmäßigkeit der Satzung bleibt in diesem Punkt noch offen.

bb. Thüringer Kommunalordnung:

---

<sup>26</sup> Z.B. *BVerwGE* 47, S. 284; *OVG Hamburg*, Verw. Rspr. 27 (1976), Nr. 223, S. 991 ff..

<sup>27</sup> Vgl. hierzu *Loschelder*, ZLR 1988, S.498 f..

<sup>28</sup> Vgl. *Löhr*, a.a.O., S. 21; *OVG Hamburg*, a.a.O., S. 993..

<sup>29</sup> I.E. so auch *Loschelder*, ZLR 1988, S.499.

Die Satzung über die Werbung für alkoholhaltige Getränke könnte jedoch, was die im privaten Eigentum der Stadt A stehenden Anschlagstellen bzw. solche an deren öffentlichen Einrichtungen anbelangt, durch § 20 II Nr. 1 ThürKO gerechtfertigt sein.

Grundsätzlich bestimmt sich das Verhältnis zum potentiellen Vertragspartner für eventuelle Werbenutzungsverträge hier nach allgemeinen Privatrecht und unterliegt damit dem Prinzip der Privatautonomie.<sup>30</sup> Der Staat hat jedoch auch im Privatrechtsverkehr Objektivität zu wahren, er wechselt nicht in die Rolle des Bürgers über dessen Privatautonomie grundrechtlichen Ursprungs ist<sup>31</sup>. Außerdem gilt es für die A als Gemeinde zusätzlich zu bedenken, das ihr Eigentum allein durch ihre öffentlichen Aufgaben begründet und gerechtfertigt wird.<sup>32</sup> Entsprechend gilt auch hier das Sachlichkeitsgebot.<sup>33</sup> Die Satzung der Stadt A verfolgt ausdrücklich nur den Zweck, den Anreiz für den Alkoholkonsum aus gesundheitlichen Aspekten einzudämmen. Demzufolge ist auch hier letztlich entscheidend, ob dieser öffentliche Zweck eine sachlich gerechtfertigte Differenzierungsgrundlage bildet, diese Art von Gesundheitspolitik in den Kompetenzbereich der Gemeinde gehört.

Alleiniger Maßstab hierfür bildet wiederum mangels sondergesetzlicher Regelungen Art. 28 II S.1 GG, auch § 20 II Nr. 1 ThürKO stellt keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die umstrittene Satzung dar.

#### cc. Zwischenergebnis:

Für die Satzung der Stadt A über die Werbung für alkoholhaltige Getränke gibt es keine hinreichende spezialgesetzliche Rechtsgrundlage.

#### b. generelle Voraussetzungen:

Grundsätzlich ist gegen die Satzung bisher rechtlich nichts einzuwenden. Die landesgesetzlichen Vorschriften reichen als Rechtsgrundlage zwar nicht aus, ein Verstoß gegen diese ist andererseits wiederum nicht feststellbar. Auch der Bundesgesetzgeber bzw. die Bundesverwaltung ist bezüglich Alkoholwerbung noch nicht tätig geworden.

Jedoch könnte die Satzung der Stadt A, wie bereits angedeutet, aus kompetenzrechtlichen Überlegungen rechtswidrig sein.

---

<sup>30</sup> Vgl. Loschelder, ZLR 1988, S. 494.

<sup>31</sup> BVerfGE 10, 89 (99); Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S.74 ff..

<sup>32</sup> BVerfGE 61, 82 ( 105 ff., 108 f.)

<sup>33</sup> Dürig in Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Art. 3 I Rn. 501 ff..

Dies wäre in der Tat so, wenn derartige gesundheitspolitische Betätigungen nicht zum örtlichen Aufgabenbereich im Sinne von Art. 28 II S. 1 GG gehören würden, denn der allgemeine Verwaltungsrechtsgrundsatz, daß jede Behörde nur den ihr zugewiesenen Aufgabenbereich wahrzunehmen hat,<sup>34</sup> gilt auch hier zu beachten.

Art. 28 II S.1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln. Dies bedeutet präzisiert den Inbegriff derjenigen Interessen, welche in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, gleichsam diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und - wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen.<sup>35</sup> Auf die Verwaltungskraft kommt es dabei nicht an.<sup>36</sup>

Es kann wohl ausgeschlossen werden, daß das Problem des übermäßigen Alkoholkonsums bzw. der Zusammenhang zwischen Konsum und Werbung (sofern es denn einen gibt<sup>37</sup>) in der örtlichen Gemeinschaft A wurzelt.

Zudem könnte es auch am spezifischen örtlichen Bezug fehlen. Dafür ist es nämlich nicht ausreichend, daß sich ein Gegenstand überhaupt auf lokaler Ebene auswirkt,<sup>38</sup>denn nahezu alle Zuständigkeitsfelder haben sowohl örtliche als auch überörtliche Bezüge und Auswirkungen. Als Beispiel wären da nur die Sozialpolitik oder die Verteidigungspolitik des Bundes zu nennen. In concreto bedeutet dies, daß es nicht ausreicht, daß sich die Anschlagstellen auf dem Gebiet der Gemeinde A befinden, daß gerade und hauptsächlich ihre Bürger dem optischen Anreiz zum gesteigerten Konsumverhalten ausgesetzt sind, um eine Regelungsbefugnis der A zu rechtfertigen.

Zwar hat die Gemeinde für das allgemeine Wohl ihrer Bürger zu sorgen, jedoch nur innerhalb ihrer verfassungsrechtlichen Grenzen.<sup>39</sup>

Gerade weil die Übergänge zwischen örtlichen und überörtlichen Angelegenheiten oftmals fließend sind, ist der qualitative Schwerpunkt der Verknüpfungen als einziger Differenzierungsmaßstab anzusehen.<sup>40</sup>

Alkoholkonsum, seine Folgen und Risiken sind keineswegs eine spezifische lokale Angelegenheit. Insbesondere läßt sich nicht erkennen, daß gerade in der Gemein-

---

<sup>34</sup> *Fickert*, Straßenrecht in Nordrhein - Westfalen, § 18 Rn. 4 ff..

<sup>35</sup> 4. Leitsatz *BVerfGE* 79, 127, a.a.O., S. 347.

<sup>36</sup> Eben da.

<sup>37</sup> Berechtigte Zweifel: *Bergler*, Zigarettenwerbung und Zigarettenkonsum, S.88 ff..

<sup>38</sup> *Loschelder*, ZLR 1988, S. 499.

<sup>39</sup> So auch *Theis*, JuS 1984, S. 424; ähnlich *Kästner*, NVwZ 1992, S.11, m.w.N..

de A die Gesundheit der Bevölkerung besonders, nicht nur so wie in allen anderen,<sup>41</sup> durch übermäßigen Alkoholgenuß gefährdet ist, sie ist denselben Gefahren und Risiken ausgesetzt, wie sämtliche Bevölkerungsteile Deutschlands. Auch ist der Zusammenhang zwischen Straßenwerbung und Konsum überall gleich. Demzufolge fehlt es hier am spezifischen örtlichen Bezug,<sup>42</sup> am speziellen Ansatz für ein kommunales Mandat der kreisfreien Stadt A.

Ausdruck des überörtlichen Charakters der Materie ist außerdem die Funktion, welche die Produktwerbung für die raumübergreifenden wirtschaftlichen Prozesse ausübt.<sup>43</sup> Diese ist in all ihren Formen wesentliches Element der Wettbewerbswirtschaft, für diese als „Mittlerin zwischen Produzent und Verbraucher“ und zur „Erhaltung und Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“<sup>44</sup> unverzichtbar. Um möglichst effizient wirken zu können, ist sie deshalb flächendeckend und überregional ausgerichtet.

Dem entspricht auch die Gesetzgebungszuständigkeitsregelung des Grundgesetzes, welche ebenfalls einem kommunalen Vorstoß in dieser Hinsicht entgegenstehen könnte. In Art. 74 I Nr. 11 wird ausdrücklich das Recht der Wirtschaft bzw. in Art. 74 I Nr. 20 der Verkehr mit Lebens- und Genußmitteln als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung von Bund und Ländern, also staatlicher Disposition, aufgeführt. Dies umfaßt wegen des untrennbaren Zusammenhangs auch die Werbung.<sup>45</sup> Das der Bundesgesetzgeber bislang keine Regelung für die Alkoholwerbung erlassen hat, ähnlich wie er es in § 22 LMBG für die Tabakwerbung getan hat, spricht zwar dafür, das er bislang kein Bedürfnis dafür sieht, doch wird damit lediglich dem Landesgesetzgeber gesetzgeberischer Gestaltungsraum belassen. Keineswegs aber kann dies der Problematik die raumübergreifenden Aspekte absprechen. Das sich die A dieses allgemeinpolitischen Mandates trotzdem annimmt, stellt zumindest eine Mißachtung entgegenstehender Landes- bzw. Bundeskompetenzen dar und damit zugleich einen Verstoß gegen Art. 28 II S. 1 GG.

Nicht zuletzt ist dieser Intension mit lokaler Sonderpolitik kaum beizukommen und muß schon deshalb großräumigerer Entscheidung vorbehalten werden.

### c. Ergebnis:

---

<sup>40</sup> Maunz, in Maunz / Dürig / Herzog( Hrsg.), GG, Band 2, Art. 28 II Rn. 65.

<sup>41</sup> BVerfGE 8, 122 (123).

<sup>42</sup> I.E. auch BVerfGE 8, 122 (134).

<sup>43</sup> Vgl. *Lerche*, Werbung und Verfassung, S.13 ff..

<sup>44</sup> Vgl. *Schmidt - Tophoff*, Das Recht der Außenwerbung, S.1 ff..

Die Satzung der Stadt A über die Werbung alkoholhaltiger Getränke ist wegen Verstoßes gegen Art. 28 II S. 1 GG rechtswidrig und nichtig.

2. Hilfsgutachtlich: Vereinbarkeit mit sonstigem höherrangigen Recht:

a. § 71 Thüringer Kommunalordnung

Darüber hinaus könnte die Satzung, von der kompetenzrechtlichen Seite abgesehen, auch gegen § 71 II ThürKO verstoßen.

Gemäß § 71 II ThürKO dürfen wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde keine wesentliche Schädigung oder gar Aufsaugung selbständiger Gewerbebetriebe bewirken. Laut Sachverhalt ist die A Alleingesellschafterin der Kommunalwerbung GmbH. Diese ist ein wirtschaftliches Unternehmen im Sinne der ThürKO. Durch die Satzung über die Alkoholwerbung wird die Kommunalwerbung GmbH alleiniger Inhaber der Berechtigung, für Alkohol auf öffentlichen Anschlagstellen zu werben. Die Werbung für alkoholhaltige Getränke stellt einen der Hauptzweige der ortsgebundenen Außenwerbung dar, welche vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar ist.<sup>46</sup> Demzufolge konzentriert sie sich auf öffentliche Anschlagstellen, die sich allesamt an öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen befinden. Somit könnte es nun eine wesentliche Schädigung der privaten Werbeagentur Pause bedeuten, wenn sie jene nicht mehr zu Werbezwecken für Alkohol benutzen darf und ihre potentiellen Kunden sich dafür ausschließlich an die konkurrierende, gemeindeeigene Kommunalwerbung GmbH halten (müssen).

Das im Gesetz von „wesentlicher Schädigung“ im gleichen Zusammenhang wie „Aufsaugung“ die Rede ist, läßt darauf schließen, daß mit „wesentlicher Schädigung“ gemeint ist, ein selbständiges Unternehmen dürfe durch ein gemeindeeigenes auch nicht an den Rande eines Ruins oder einer „Aufsaugung“ getrieben werden.

Indessen läßt sich jedoch aus dem Sachverhalt nicht feststellen, daß die Alkoholwerbung in der Stadt A einen wesentlichen Bestandteil einnimmt. Der Pause GmbH bleibt trotz allem noch die Werbung für andere Markenartikel wie nichtalkoholische

---

<sup>45</sup> Maunz in Maunz / Dürig / Herzog (Hrsg.), GG Band 3, Art. 74, Rn. 33.

<sup>46</sup> Vgl. Schmidt / Tophoff, DVBl. 1970, S. 21 f..

Getränke, Waschmittel und Kosmetika, für die in ähnlicher Häufigkeit im Bereich der Außenwerbung geworben wird<sup>47</sup>.

Das durch die alleinige Lizenz der gemeindeeigenen GmbH für die Alkoholwerbung eine wesentliche Schädigung der Pause GmbH droht, ist somit abzulehnen. Die umstrittene Satzung der Stadt A verstößt nicht gegen § 71 II ThürKO.

### b. Vereinbarkeit mit Grundrechten

Weiterhin könnte hier ein Verstoß gegen Grundrechte der Pause GmbH vorliegen. Dies wäre der Fall, wenn die Stadt durch die Monopolisierung der Alkoholwerbung bei der stadteigenen GmbH ungerechtfertigt in deren Schutzbereich eingreift.

#### aa. Die Eigentumsgarantie, Art. 14 GG bzw. Art. 34 ThürLV<sup>48</sup>

##### (1) Schutzbereich

Hinsichtlich des geschützten Personenkreises enthält Art. 14 keine Einschränkungen. Aber auch deutsche juristische Personen des Privatrechts genießen über Art. 19 III GG Schutz.<sup>49</sup> Gemäß § 13 I GmbHG ist eine GmbH eine solche juristische Person. Die private Werbeagentur Pause ist somit, jedenfalls in personaler Hinsicht, Träger des Grundrechts auf Eigentum.

In sachlicher Hinsicht ist lediglich der vorhandene, konkrete Bestand des Eigentums geschützt,<sup>50</sup> nicht jedoch bloße Umsatz - und Gewinnchancen, Hoffnungen, Erwartungen und Aussichten.<sup>51</sup> Auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb fällt nach Rechtsprechung und herrschender Lehrmeinung unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG.<sup>52</sup> Nicht geschützt ist das Vertrauen auf rechtlich mögliches Staatliches Handeln oder das Ausbleiben eines solchen,<sup>53</sup> auch nicht der Fortbestand der äußeren Bedingungen der gewerblichen Tätigkeit.<sup>54</sup> Die Vergabe der Nutzungsmöglichkeiten an öffentlichen Einrichtungen im Gemeindegebiet über den Gemeingebrauch hinaus liegt grundsätzlich immer im Ermessen der Gemeinde selbst.

---

<sup>47</sup> Vgl. Schmidt - Tophoff, a.a.O..

<sup>48</sup> Im folgenden aus Vereinfachungsgründen nur noch Nennung des Art. 14 GG.

<sup>49</sup> BVerfGE 66, 116 (130); Jarass / Pieroth, Art. 14, Rn. 20; Stern, Staatsrecht, S. 1126 β.

<sup>50</sup> BVerfGE 52, 1 (30); BVerfGE 88, 366 (377); Jarass / Pieroth, Art. 14, Rn. 13; Pieroth / Schlink, Rn. 979.

<sup>51</sup> BVerfGE 68, 193 (222); BVerfGE 74, 129 (148).

<sup>52</sup> Vgl. BGHZ 23, 157 (162 f.); BVerwGE 62, 224 (224); Isensee / Kirchhof - Leisner, Art. 14 Rn. 108; Jarass / Pieroth, Art. 14, Rn. 19; Pieroth / Schlink, Rn. 972.

<sup>53</sup> Isensee / Kirchhof - Leisner, Art. 14, Rn. 110; Jarass / Pieroth, Art. 14 Rn. 19; Pieroth / Schlink, Rn. 979.

<sup>54</sup> Isensee / Kirchhof - Leisner, a.a.O..

Dies beinhaltet auch die Zusage eines ausschließlichen Nutzungsrechtes insbesondere von Außenwerbungsanlagen der öffentlichen Hand (wie hier: Monopolisierung), ist sogar allgemein üblich.<sup>55</sup> Der Schutzbereich ist hier also nicht eröffnet.

## (2) Ergebnis

Somit kann sich die Pause GmbH hier nicht auf eine Verletzung ihres Grundrechts auf Eigentum berufen.

## bb. Berufsfreiheit, insb. Art. 12 I GG bzw. Art. 35 I ThürLV<sup>56</sup>

### (1) Schutzbereich

Personal schützt Art. 12 I GG die Berufsfreiheit aller Deutschen im Sinne des Art. 116 GG. In erster Linie sind natürliche Personen Träger dieses Grundrechts.<sup>57</sup> Aber auch die private Werbeagentur Pause als inländische juristische Person des privaten Rechts könnte i.V.m. Art. 19 III GG Träger dieses Grundrechts sein. Einen Beruf als Teil der menschlichen Persönlichkeitsentwicklung kann eine juristische Person zwar nicht im eigentlichen Sinne ausüben.<sup>58</sup> Doch werden durch Art. 12 GG sämtliche Tätigkeiten geschützt, die Erwerbszwecken dienen, also auch solche von (privaten) juristischen Personen.<sup>59</sup> Demnach ist auch die Pause GmbH Grundrechtsträger..

In sachlicher Hinsicht wird unter dem Begriff „Beruf“ jegliche individuelle Tätigkeit (auch kombiniert<sup>60</sup> oder frei erfunden<sup>61</sup>) geschützt, die nicht verboten ist<sup>62</sup>, auf Dauer angelegt ist<sup>63</sup> und ideell wie materiell der Schaffung und Unterhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>64</sup> Bei juristischen Personen umfaßt der Schutzbereich die Freiheit, „eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe, zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann“<sup>65</sup>.

Zu den typischen Tätigkeitsfeldern einer Werbeagentur gehören i.d.R. Entwurf, Anfertigung und Verbreitung von Werbematerialien. Dies geschieht, insbesondere im

---

<sup>55</sup> Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1993, S. 903f.; Osterloh, JuS 1994, S.85.

<sup>56</sup> Im folgenden ausschließliche Nennung des Art. 12 I GG statt des inhaltlich im wesentlichen gleichen Art. 35 I ThürLV.

<sup>57</sup> Isensee / Kirchhof - Breuer, § 147 Rn. 22.

<sup>58</sup> Stern, Staatsrecht, S. 1126 unten.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 21, 261 (266); BVerfGE 41, 126 (149), Stern, a.a.O..

<sup>60</sup> Wassermann - Rittstieg, S. 983 Rn. 66.

<sup>61</sup> Pieroth / Schlink, Rn. 876.

<sup>62</sup> BVerfGE 7, 377 (397); Pieroth / Schlink, a.a.O.; Schmidt - Bleibtreu / Klein, Art. 12 Rn. 6; kritisch: Isensee / Kirchhof - Breuer, S. 910.

<sup>63</sup> BVerfGE 32, 1 ( 28 f.), Scholz in Maunz / Dürig, Art. 12 Rn. 19.

<sup>64</sup> BVerfGE 54, 301 (313); Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn.4; Scholz, a.a.O., Rn. 18.

<sup>65</sup> BVerfGE 21, 261 (266); BVerfGE 74, 129 (148 f.); so auch Isensee / Kirchhof - Breuer, S. 896 Rn. 23; Stern, Staatsrecht, S. 1127; ähnlich Wassermann - Rittstieg, S. 983 Rn. 65.

privatem Gewerbebetrieb, selbstverständlich nicht uneigennützig, sondern rein kommerziell, denn das allein begründet ihren Zweck und ihren Fortbestand. Es ist auch grundsätzlich niemandem verboten, dieses Gewerbe zu betreiben. Das es zumeist durch eine juristische Person in Form einer GmbH ausgeübt wird, beruht lediglich auf rechtlichen Überlegungen, ist aber keineswegs zwingend. Genauso gut könnte statt dessen eine natürliche Person stehen. Die berufliche „Werbung“ ist nicht nur eine (berufsausübende) Annexätigkeit, sondern gleichzeitig eine (in die Berufswahl einschlagende) Prinzipaltätigkeit.<sup>66</sup>

Bei der Berufsausübung werden insbesondere Form, Mittel, Umfang und Inhalt der Betätigung geschützt.<sup>67</sup> Aus dem Sachverhalt geht hervor, daß das Tätigkeitsfeld der Pause GmbH auch den Bereich der Alkoholwerbung umschließt. Wie bereits erläutert (vgl. oben), konzentriert sich die Außenwerbung vornehmlich auf öffentliche Anschlagstellen.

Der Schutzbereich des Grundrechtes auf Berufsfreiheit der Werbeagentur Pause ist somit eröffnet.

## (2) Eingriff

Durch die Monopolisierung der Nutzungsmöglichkeit der öffentlichen Anschlagstellen für die Alkoholwerbung bei der stadteigenen GmbH könnte nun ein Eingriff in diesen Schutzbereich erfolgt sein.

Ein direkter Eingriff ist wohl zu verneinen. Jedoch können Rechtsnormen auch dann in Art. 12 I eingreifen, wenn sie nicht „gezielt“, aber aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Berufsfreiheit beeinträchtigen.<sup>68</sup> Ein solcher, mittelbarer Eingriff könnte ihr auf der Tatsache basieren, daß der Pause GmbH durch die öffentliche Gewalt eine bisher mögliche Form der Außenwerbung bezüglich Alkohol rechtlich unmöglich gemacht wird, indem sie keine Erlaubnis mehr zur diesbezüglichen Nutzung von öffentlichen Anschlagstellen bekommt.

Doch unterliegen diese Reklamemöglichkeiten von vornherein nicht der Disposition der privaten Werbeagenturen, zumindest besteht kein grundrechtlicher Anspruch darauf.<sup>69</sup> Somit liegt aus dieser Sichtweise auch kein Eingriff vor.

Es könnte aber auch unter einem anderen Gesichtspunkt ein Eingriff in das Grundrecht auf Berufsfreiheit vorliegen. Denn auch wenn der Staat das Verhalten der

---

<sup>66</sup> Vgl. *Lerche*, Werbung und Verfassung, S.93; ebenfalls *Jürgens*, *VerwArch.* 53, S. 109 f..

<sup>67</sup> *Isensee / Kirchhof - Breuer*, S. 919; *Jarass / Pieroth*, Art. 12 Rn. 7; *M./K. - Gubelt*, Art. 12 Rn. 38.

<sup>68</sup> *BVerfGE* 81, 68 (121 f.); *Schmidt - Bleibtreu / Klein*, Art. 12 Rn. 10.

Unternehmen im Wettbewerb regelt, liegt eine Beeinträchtigung vor,<sup>70</sup> wobei dies nicht direkt erfolgen muß. Es genügt vielmehr, „daß durch staatliche Maßnahmen der Wettbewerb beeinflusst wird und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dadurch verhindert wird.“<sup>71</sup> Insoweit gilt dies auch für die Begünstigung eines Konkurrenten.<sup>72</sup>

Das stadt eigene Werbeunternehmen und die Werbeagentur Pause sind wirtschaftliche Konkurrenten. Durch die Satzung der A erhält die Kommunalwerbung GmbH die alleinigen Nutzungsrechte für die Alkoholwerbung an öffentlichen Anlagen. Damit erhält sie einen wesentlichen wirtschaftlichen Vorteil. Da sich zumeist der weitest große Teil der örtlichen Außenwerbungsträger in öffentlicher Hand befindet,<sup>73</sup> stellt die Satzung wie zurecht durch die Pause GmbH gerügt, faktisch eine Monopolisierung dar. Das freie Verhalten *im* Wettbewerb als Teil der Berufsausübung jedoch ist gleichzeitig auch als „Freiheit *zum* Wettbewerb“ zu verstehen, womit eine „Freiheit von Konkurrenz“ wiederum als unverträglich erscheint.<sup>74</sup> Die Monopolisierung ist also als Eingriff in Art. 12 I GG zu werten.

### (3) Verfassungsmäßige Rechtfertigung

Die vorliegende Berufsausübungsregelung der Stadt A ist gerechtfertigt, wenn sie sich im Rahmen einer formell gesetzlichen Ermächtigung bewegt<sup>75</sup> und den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügt.<sup>76</sup>

Ausreichende Legitimation der Satzung wird unterstellt. Die kreisfreie Gemeinde A will mit der Monopolisierung der Werbung für alkoholhaltige Getränke aus gesundheitlichen Motiven (was sonst will sie wohl damit bezwecken) eine Eindämmung des Alkoholkonsums erreichen.

Der Schutz der menschlichen Gesundheit stellt ein besonders hochwertiges Gut dar, welches auch empfindliche Eingriffe in das Grundrecht auf Berufsfreiheit legitimiert.<sup>77</sup> Zwar darf der Staat die gesundheitliche Selbstgefährdung grundsätzlich nicht verhindern, da diese als Teil freiheitlicher - individueller Entfaltung nach Art. 2 II GG

---

<sup>69</sup> Vgl. wiederum *Lerche*, Werbung und Verfassung, S. 92.

<sup>70</sup> *BVerfGE* 32, 311 (317); *BVerfGE* 46, 120 (137 f.).

<sup>71</sup> *BVerfGE* 86, 28 (37).

<sup>72</sup> *BVerfGE* 82, 209 (224); *BVerwGE* 71, 183.

<sup>73</sup> Vgl. *Loschelder*, ZLR 1988, S. 489, m.w.Nachw..

<sup>74</sup> Vgl. insges. auch *Lerche*, a.a.O., S. 71; *Pieroth / Schlink*, Rn. 880 f..

<sup>75</sup> *BVerwGE* 94, 269 (277); *Pieroth / Schlink*, Rn. 908.

<sup>76</sup> *BVerfGE* 80, 1 (24); *Jarass / Pieroth*, Art. 12, Rn. 23.

<sup>77</sup> *BVerfGE* 25, 1 (12); Vergl. auch *Wassermann - Rittstieg*, Art. 12, Rn. 78.

geschützt ist.<sup>78</sup> Dies gilt jedoch nicht, wenn dem höherrangigere Allgemeininteressen wie z.B. in Form einer finanziell soliden Gesundheitsvorsorge entgegenstehen.<sup>79</sup>

Die Satzung bezweckt die Eindämmung gesundheitlicher Schäden durch Alkohol und damit indirekt Kostenersparnisse für das öffentliche Gesundheitswesen. Dies stellt einen legitimen öffentlichen Zweck dar. Ob das Mittel der Werbebeschränkung dafür tatsächlich geeignet ist, kann nicht abschließend geklärt werden. Jedoch steht dem Gesetzgeber gerade bei Regelungen der Berufsausübung eine Einschätzungsprärogative in erheblichem Umfange zu.<sup>80</sup> Insbesondere ist eine aufgrund einer Fehlprognose ergriffene Maßnahme nicht schon deshalb als verfassungswidrig anzusehen, statt dessen hat er diese lediglich nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung entsprechend aufzuheben oder abzuändern.<sup>81</sup>

Sicherlich konsumieren die Bewohner auch bei eingeschränkter Werbung noch Alkohol. Jedoch wird ihnen zumindest in der Gemeinde optisch kein übertriebener Anreiz mehr dazu geliefert. Gerade die, welche aufgrund von Werberaffinessen dazu „verleitet werden“, werden wohl weniger zum Kauf von Alkohol neigen. Welchen Prozentsatz dieser Bevölkerungsteil ausmacht, kann sich erst zukünftig erweisen. Weit aus größer noch könnte der (zum Teil unbewußte) psychologische Effekt sein, der sich langsam in die Köpfe der Menschen „schleicht“, und das Bewußtsein der Gefahren, die ein übermäßiger Alkoholgenuß mit sich bringt, stärkt. Folgt dann dadurch nur eine geringe Abnahme der Anzahl der Menschen, die jährlich an den Folgen von Alkoholmißbrauch erkranken und sterben, so könnte die Maßnahme auch nachträglich mit ruhigem Gewissen als geeignet eingestuft werden. Momentan gibt es zumindest keine Einwände hinsichtlich der Geeignetheit dieses Aktes der öffentlichen Gewalt. Das sie Erforderlich ist, beweisen die Statistiken. Jährlich erkranken und sterben Tausende Menschen allein in Deutschland an den Folgen chronischen Alkoholmißbrauchs. Alkohol ist Deutschlands Droge Nr. 1. Gelänge es, dies eindämmen, so wäre dies sicherlich auch eine nicht unerhebliche Entlastung der Krankenkassen, was wiederum in Form von Beitragssenkungen und Zuschußfreiheit bei Rezepten sozial Schwächeren im Sinne des Sozialstaates zu Gute kommen könnte. Es läßt sich kein

---

<sup>78</sup> *Stewing*, Werbebeschränkungen für Tabakerzeugnisse, S. 186.

<sup>79</sup> *BVerfGE* 59, 275 (278); *Stewing*, a.a.O..

<sup>80</sup> *BVerfGE* 77, 308 (332); *Isensee / Kirchhof - Breuer*, S. 973 f.; *Jarass/Pieroth*, Art. 12 Rn. 23; *Wassermann - Rittstieg*, Art. 12 Rn. 80.

<sup>81</sup> So *BVerfGE* 25, 1 (12); ebenf. *Wassermann - Rittstieg*, Art. 12, Rn. 80; *Isensee / Kirchhof - Breuer*, S. 972.

anderes, gleich wirkendes, die Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel finden.<sup>82</sup> Unter diesen Gesichtspunkten ist eine derartig motivierte Maßnahme auch erforderlich.

Auch könnte die Monopolisierung der Werbung bei der Kommunalwerbung GmbH zumutbar sein. Die Alkoholwerbung stellt wie bereits mehrfach erläutert, lediglich einen Teilbereich der kommerziellen Werbung dar. Da diese nicht generell verboten wird, und auch die Werbung für Alkohol für private Unternehmen theoretisch (jenseits öffentlicher Einrichtungen) noch möglich. Insofern ist es berechtigt, hier von einer Beschränkung der Berufsausübung im Sinne der Dreistufentheorie<sup>83</sup> zu sprechen, welches die unterste Eingriffsstufe mit den einschneidendsten Möglichkeiten eines Gesetzgeberischen Eingriffs in die Berufsfreiheit bezeichnet.<sup>84</sup>

Es gilt abzuwägen, ob der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck steht. Dafür ist eine generalisierende Betrachtungsweise angebracht.<sup>85</sup>

Wie bereits erläutert, kann von einer Existenzgefährdung der Pause GmbH keine Rede sein (vgl. oben S. 10). Im Gegenteil: Sie kann sich schwerpunktmäßig auf andere Zweige der Werbung konzentrieren. Dieses bietet ein breites Spektrum an Möglichkeiten. Die ihr durch die Monopolisierung entgehenden Gewinne kann sie durch die Schwerpunktverlagerung in gewissen Maßen wieder ausgleichen. Der resultierende Differenzbetrag und die eingeschränkte Vermittlungsfreiheit wiegen gegenüber dem mit dem Eingriff verbundenen Gemeinwohlinteresse nicht sonderlich schwer.

#### (4) Ergebnis

Die Monopolisierung der Alkoholwerbung bei der stadteigenen GmbH verletzt somit auch nicht das Grundrecht der Pause GmbH aus Art. 12 I GG.

cc. Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit, Art. 5 I S.1 GG bzw. Art. 11 I S.1 ThürLV<sup>86</sup>

#### (1) Schutzbereich

In personaler Hinsicht ist jede Person in Ausübung der Meinungsäußerung geschützt. Dazu gehören auch inländische juristische Personen des privaten Rechts.<sup>87</sup> Somit kann auch die Pause GmbH Träger dieses Grundrechts sein.

---

<sup>82</sup> Vgl. z.B. BVerfGE 75, 246 (269).

<sup>83</sup> Seit BVerfGE 7, 377 ff. st.Rspr..

<sup>84</sup> Vgl. Jarass / Pieroth, Art.12, Rn. 23.

<sup>85</sup> Jarass / Pieroth, Art. 12, Rn. 27; Wassermann - Rittstieg, Art. 12, Rn. 81.

<sup>86</sup> Die Nennung des Art. 5 I S.1 schließt im folgenden die des ähnlichen der ThürLV mit ein.

<sup>87</sup> Jarass / Pieroth, Art. 5, Rn. 6; M. / K. -Wendt, Art. 5, Rn. 6.

In sachlicher Hinsicht ist jegliche Meinungsäußerung, wertungsneutral geschützt, nicht jedoch bloße unwahre Tatsachenbehauptungen.<sup>88</sup> Zwar fällt auch kommerzielle Werbung unter den Schutz des Art. 5 I,<sup>89</sup> jedoch fällt für Werbevermittlungsanstalten dies bei Ausübung ihrer Tätigkeit aus, da die werblich vertretene Meinung lediglich dem Auftragnehmer zuzurechnen ist.<sup>90</sup> Auch die Tätigkeit der Werbeagentur Pause liegt typischerweise darin, die Wertung bzw. die Meinung ihrer Auftraggeber zu gestalten und zu verbreiten.

## (2) Ergebnis

Insofern kann sie sich nicht auf ihr Recht der freien Meinungsäußerung berufen.

### dd. Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG bzw. Art. 2 I ThürLV<sup>91</sup>

Die Monopolisierung der Nutzung öffentlicher Anschlagstellen im Bereich der Alkoholwerbung könnte außerdem einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bedeuten.

## (1) Schutzbereich / Eingriff

Träger dieses Grundrechts sind alle natürlichen Personen sowie inländische juristische Personen des Privatrechts<sup>92</sup>, also auch die Pause GmbH.

Der Schutzbereich des Art. 3 I ist eröffnet, wenn wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird.<sup>93</sup> Die Kommunalwerbung GmbH und die Werbeagentur Pause sind beides juristische Personen des privaten Rechts. Sie sind bei der Wahl ihrer Mittel zur Ausübung ihres Gewerbes in der Gemeinde A grundsätzlich auf die selben Möglichkeiten angewiesen. Wenn die Stadt A, deren öffentlicher Verwaltungsherrschaft beide obliegen, der Kommunalwerbung GmbH nun die ausschließlichen Rechte an der bestimmten Nutzung ihrer Einrichtungen einräumt, wie im Sachverhalt geschehen, so folgt aus der damit verbundenen Benachteiligung<sup>94</sup> der Pause GmbH ein Eingriff in deren Grundrecht aus Art. 3 I.

## (2) Rechtfertigung des Eingriffs

Die Beurteilung der Frage nach der Rechtmäßigkeit erfolgt in der Literatur und Rechtsprechung nach der Willkür des Eingriffs.<sup>95</sup> Demnach ist eine Ungleichbehand-

---

<sup>88</sup> Jarass/Pieroth, Art. 5, Rn. 2 - 3a, m.w.Nachw..

<sup>89</sup> Tendenziell BVerfGE 71, 162 (175); Jarass/Pieroth, Art. 5, Rn. 3; Lerche, Werbung und Verfassung, S. 77 f..

<sup>90</sup> Lerche, a.a.O., S. 93.

<sup>91</sup> Im folgenden entfällt die Nennung des identischen Art. der ThürLV

<sup>92</sup> Vgl. BVerfGE 4, 7 (12); M./K.-Gubelt, Art. 3 Rn.6..

<sup>93</sup> BVerfGE 1, 14 (52); BVerfGE 78, 249 (287).

<sup>94</sup> BVerfGE 67, 239 (244); Jarass/Pieroth, Art. 3, Rn. 8.

<sup>95</sup> Etwas verwirrend: BVerfGE 85, 238 (244); BVerfGE 86, 81 (87); Jarass/Pieroth, Art. 3, Rn. 11;

lung ähnlich wie der Eingriff in ein Freiheitsrecht darauf zu überprüfen, ob sie einem legitimen Zweck dient und den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügt.<sup>96</sup>

Dies ist hier, wie bereits nachgewiesen, zu bejahen (vgl. oben Ausführungen zu Art. 12 I GG).

### **C. Endergebnis**

Die Satzung der Stadt A über die Werbung für alkoholhaltige Getränke ist wegen Verstoßes gegen Art. 28 II GG sowie Art 91 I ThürLV rechtswidrig. Davon abgesehen verletzt sie keine Grundrechte der privaten Werbeagentur Pause.

---

*Pieroth / Schlink*, Rn. 479.

<sup>96</sup> Vgl. *Pieroth / Schlink*, Rn. 484.