

Kriegsspielzeug (Lösungsvorschlag)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes), Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Jan-Peter Wiepert, Christian Janssen
Stand der Bearbeitung: Dezember 2024

Das BVerfG wird der Verfassungsbeschwerde der *Berliner Spielzeugwerke AG* stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gemäß Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG und §§ 90 ff. BVerfGG erfüllt sind.

Anmerkung: Zur Zulässigkeit eines Verfahrens vor dem BVerfG siehe [diesen Hinweis](#).

I. Beteiligtenfähigkeit (Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „jeder-mann“)

Die *Berliner Spielzeugwerke AG* ist jedermann, denn sie kann - wie Art. 19 Abs. 3 GG zeigt - auch als juristische Person des Privatrechts (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AktG) Grundrechtsträgerin sein.

II. Beschwerdegegenstand (Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Akt der öffentlichen Gewalt“)

Verfassungsbeschwerden können sich nur gegen einen „Akt öffentlicher Gewalt“ richten. Gemeint sind damit alle Äußerungen von vollziehender, gesetzgeberischer und rechtsprechender Gewalt. Die *Berliner Spielzeugwerke AG* greift unmittelbar das Ju-SchuVerVerKriegsSpielG an. Dieses Bundesgesetz ist ein „Akt der öffentlichen Gewalt“.

III. Beschwerdebefugnis (Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Behauptung, in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein“)

Die *Berliner Spielzeugwerke AG* müsste behaupten können, durch das



JuSchuVerVerKriegsSpielG in ihren Grundrechten verletzt zu sein, sie müsste also beschwerdebefugt sein, d.h. es dürfte nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG Grundrechte der *Berliner Spielzeugwerke AG* verletzt werden.

Insoweit hat das BVerfG früher angenommen, aus der Unterscheidung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG aF, § 90 Abs. 1 BVerfGG zwischen den „Grundrechten“ einerseits und den ausdrücklich aufgezählten sog. grundrechtsgleichen Rechten der Art. 20 Abs. 4, Art. 33, Art. 38, Art. 101, Art. 103 und Art. 104 GG folge, dass mit „Grundrechten“ i.S. der Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG aF, § 90 Abs. 1 BVerfGG nur die im 1. Abschnitt des Grundgesetzes genannten Grundrechte gemeint seien. Dies schliesse es aus, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) gewährten Unionsgrundrechte als mit der Verfassungsbeschwerde rügbare Grundrechte zu behandeln.¹

Nunmehr bezieht das BVerfG jedoch auch die Unionsgrundrechte in den Kreis der mit der Verfassungsbeschwerde rügbaren Grundrechte mit ein, was insbesondere damit begründet wird, dass der Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG (jetzt: Art. 94 Abs. 1 Nr. 4a GG) eine solche Einbeziehung der Unionsgrundrechte nicht ausschliesse und dass dies notwendig sei, um den Grundrechtsschutz durch das BVerfG gegenüber einer fachgerichtlichen Anwendung der Unionsgrundrechte zu ergänzen.²

Daher ist zu prüfen, ob und in welchen Grundrechten des Grundgesetzes (1.) und/oder der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2.) die *Berliner Spielzeugwerke AG* durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG möglicherweise verletzt sein könnten.

Anmerkung: In einem Fall, in dem deutsche Grundrechte und Unionsgrundrechte möglicherweise nebeneinander anwendbar waren, hat es das BVerfG für die Bejahung der Beschwerdebefugnis als ausreichend erachtet, wenn jedenfalls eine Verletzung der deutschen Grundrechte als möglich erschien (BVerfGE 152, 152 [168] - Recht auf Vergessen I).

Es erscheint aber nicht selbstverständlich, dass diese Vorgehensweise auch im juristischen Gutachten zulässig ist, weil damit letztlich Teile der Beschwerdebefugnis bzw. der Begründetheitsprüfung offenbleiben (a.A. *Honer*, JA 2021, 219 [223]; *Neumann/Eichberger*, JuS 2020, 502 [505 ff.] und die Fallbearbeitung von *von der Decken/Koch*, JuS 2020, 612 [616]).

1. Möglichkeit der Verletzung deutscher Grundrechte

Als möglicherweise verletzte (deutsche) Grundrechte kommen das Grundrecht aus

¹ Vgl. BVerfG (K), NJW 2016, 1436 (1438); ferner *Kingreen*, JZ 2013, 801 (808); ausführlich zu diesem früheren Ansatz (jeweils mit abweichender Meinung) *Bäcker*, EuR 2015, 389 (410 ff.); *Griebel*, DVBl 2014, 204 ff.

² BVerfGE 152, 216 (240 ff.) – Recht auf Vergessen II; BVerfGE 156, 182 (197 ff.) – Europäischer Haftbefehl III.

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (b) und das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG (c) in Betracht. Dazu müssten diese Grundrechte in einer Konstellation, in der ein deutsches Gesetz möglicherweise auch am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen ist, überhaupt anwendbar sein (a) und das JuSchuVerVerKriegsSpielG die Berliner Spielzeugwerke AG insoweit selbst, gegenwärtig und unmittelbar betreffen (d und e).

a) Bindung des JuSchuVerVerKriegsSpielG an deutsche Grundrechte

Eine Bindung des JuSchuVerVerKriegsSpielG an die deutschen Grundrechte könnte auf Grund einer vorrangigen Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh ausgeschlossen sein.

aa) Möglichkeit einer kumulativen Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte und der Unionsgrundrechte auf denselben Akt öffentlicher Gewalt

Insoweit hat das BVerfG zwar 2013 einmal angenommen, bei Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auf ein Handeln deutscher öffentlicher Gewalt nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh sei eine gleichzeitige Bindung an die deutschen Grundrechte ausgeschlossen.³

Das dem zu Grunde liegende sog. „Trennungsmodell“ (These von der strikten Trennung der Anwendungsbereiche zwischen deutschen Grundrechten und Unionsgrundrechten) hat das BVerfG jedoch mittlerweile wieder zu Gunsten des sog. „Kumulativmodells“ (das es für möglich erachtet, dass derselbe Akt deutscher öffentlicher Gewalt sowohl am Maßstab der deutschen Grundrechte wie der Unionsgrundrechte zu messen ist) wieder aufgegeben. Das BVerfG erkennt nunmehr wieder (jedenfalls seit 2019) ausdrücklich an, dass Akte deutscher öffentlicher Gewalt, die der Umsetzung, Durchführung oder Anwendung von Unionsrecht dienen, grundsätzlich sowohl an die Grundrechte des Grundgesetzes wie an die Unionsgrundrechte gebunden sein können. Die Grundrechtskataloge des Grundgesetzes und der Grundrechte-Charta können dementsprechend auf derartige Akte grundsätzlich nebeneinander Anwendung finden.

Anmerkung: BVerfGE 152, 152 [168] – Recht auf Vergessen I. Die Möglichkeit einer kumulativen Anwendung von deutschen Grundrechten und Unionsgrundrechten gegenüber der Umsetzung/Durchführung/Anwendung unionsrechtlicher Vorgaben durch mitgliedstaatliche Behörden ist auch unionsrechtlich i.d.R. unbedenklich. Der EuGH schließt jedenfalls aus Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh nicht im Wege eines Umkehrschlusses, dass Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die der „Durchführung des Rechts der Union“ i. S. des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh dienen, niemals (auch) am Maßstab der nationalen Grundrechte zu messen sein könnten (siehe etwa EuGH (GK), C-617/10 v. 26.2.2013, Rn. 29 – Åkerberg Fransson).

³ Siehe hierzu BVerfGE 133, 277 (313 ff.) – Antiterrordatei.

So spricht auch Art. 53 GRCh deutlich gegen ein „Ausschließlichkeitsmodell“, nach dem die Charta in ihrem Anwendungsbereich die nationalen Grundrechte verdrängt. Jedenfalls soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung, Durchführung oder Anwendung von Unionsrecht Umsetzungsspielräume belässt, bedeutet dies, dass das nationale Verfassungsrecht – insbesondere die nationalen Grundrechte – diese Spielräume einschränken können, ohne dass dies unionsrechtlich bedenklich wäre.

bb) Möglichkeit einer Unanwendbarkeit der deutschen Grundrechte bei vollständig vereinheitlichten Materien des Unionsrechts

Soweit ein Mitgliedstaat nach Art. 4 Abs. 3 EUV zum Erlass bestimmter Maßnahmen unionsrechtlich *verpflichtet* ist – ihm insoweit also kein Umsetzungsspielraum zusteht – nimmt der EuGH jedoch an, der Mitgliedstaat könne gegen seine Umsetzungsverpflichtung nicht einwenden, der Erlass der Umsetzungsmaßnahme verstoße gegen nationale Grundrechte oder sonstiges Verfassungsrecht. Soweit die Mitgliedstaaten Unionsrecht umzusetzen haben, können sie also die nationalen Grundrechte (und sonstiges Verfassungsrecht) ihrer Umsetzungsverpflichtung nicht entgegenhalten.⁴

Dies wurde mittlerweile auch vom BVerfG im Grundsatz anerkannt. Es akzeptiert, dass „in vollvereinheitlichten Materien des Unionsrechts die deutschen Grundrechte nicht anwendbar sind“, d. h. einem deutschen Akt der öffentlichen Gewalt nicht entgegengehalten werden können, der zwingendes Unionsrecht ohne eigenen Gestaltungsspielraum umsetzen, durchführen oder anwenden muss. Die deutschen Grundrechte seien in diesen Fällen nicht anwendbar, weil dies das Ziel der Rechtsvereinheitlichung konterkarieren würde.⁵

cc) Möglichkeit, dass unionsrechtsverletzende deutsche Rechtsakte zugleich auch gegen deutsche Grundrechte verstoßen

Demgegenüber spricht unionsrechtlich auch nichts dagegen, dass nationale Maßnahmen, die gegen Unionsrecht verstoßen, gleichermaßen von nationalen (Verfassungs-)Gerichten am Maßstab der nationalen Grundrechte gemessen und (auch) wegen Verstoßes gegen nationales Verfassungsrecht verworfen werden können. Zwar liegt auch hier vordergründig – wie in der oben erwähnten „Melloni-Konstellation“ – ein Fall vor, indem dem Mitgliedstaat kein Umsetzungsspielraum zusteht. Der fehlende Umsetzungsspielraum erklärt sich hier aber dadurch, dass die nationale Maßnahme schlechthin unionsrechtlich *verboten* ist, ihre Vornahme also unionsrechtswidrig ist. In der „Melloni-Konstellation“ ist dagegen die nationale Maßnahme unionsrechtlich *geboten*, ihre Nichtvornahme unionsrechtswidrig. Um die praktische Wirksamkeit des

⁴ Grundlegend EuGH (GK), C-399/11 v. 26.2.2013, Rn. 60 – Melloni.

⁵ Siehe hierzu BVerfGE 152, 216 (233 ff.) - Recht auf Vergessen II; BVerfGE 156, 182 (197 ff.) - Europäischer Haftbefehl III.



Unionsrechts zu sichern, dürfen daher in der „Melloni-Konstellation“ nationale Grundrechte, die der Umsetzung des unionsrechtlichen Gebots entgegenstehen, nicht angewendet werden. Ist dagegen eine nationale Maßnahme unionsrechtlich verboten, stärkt es die praktische Wirksamkeit dieses unionsrechtlichen Verbots, wenn die Maßnahme (nicht nur wegen Verstoßes gegen dieses unionsrechtliche Verbot, sondern) auch wegen eines Verstoßes gegen nationales Recht aufgehoben bzw. für nichtig oder unanwendbar erklärt werden kann. Auch das BVerfG betont jetzt wieder deutlich, dass das BVerfG selbst bei bestehenden Zweifeln, ob ein deutsches Gesetz gegen ein unionsrechtliches Verbot verstößt, dieses Gesetz am Maßstab der deutschen Grundrechte überprüfen kann.⁶

dd) Ergebnis zu a

Aus der geschilderten Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG folgt, dass die *Berliner Spielzeugwerke AG* gegenüber dem JuSchuVerVerKriegsSpielG die Grundrechte des Grundgesetzes geltend machen können. Denn der Erlass des JuSchuVerVerKriegsSpielG dient jedenfalls nicht der Umsetzung von zwingendem Unionsrecht. Es ist „nur“ umstritten ist, ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG sich aus dem Unionsrecht ergebende Freiheiten rechtswidrigerweise beschränkt. Dieser mögliche Unionsrechtsverstoß durch den Bundesgesetzgeber würde damit jedenfalls nicht zur Unanwendbarkeit der deutschen Grundrechte gegenüber diesem Bundesgesetz führen, selbst wenn der Erlass des JuSchuVerVerKriegsSpielG als „Durchführung des Rechts der Union“ i. S. des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh verstanden würde. Denn dies würde allenfalls zu einer zusätzlichen Bindung an die Unionsgrundrechte führen.

b) Möglichkeit einer Verletzung des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG

Soweit die *Berliner Spielzeugwerke AG* sich auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG beruft, ist die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung sehr fraglich: Zwar können sich auch juristische Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG auf dieses Grundrecht berufen.⁷ Durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG wird jedoch in das Eigentum an den Betriebsanlagen nicht eingegriffen, vielmehr bleibt die Eigentümerstellung der *Berliner Spielzeugwerke AG* und das Recht zur Nutzung ihrer Betriebsanlagen unangetastet.

Dass sich die mit der Investition in die Betriebsanlagen verbundenen Gewinnerwartungen bei Gültigkeit des JuSchuVerVerKriegsSpielG nicht einstellen werden, stellt ebenfalls keinen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG dar: Bloße Gewinnerwartungen und Chancen werden von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht geschützt: Das Eigentumsgrundrecht schützt das Erworben, nicht den Erwerb und keine Hoffnungen auf zukünftigen Gewinn.⁸

Die Möglichkeit einer Verletzung des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ergibt sich vorliegend auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung eines „**Rechts am eingerichteten**“

⁶ Siehe BVerfGE 148, 40 (48 f.) – LFBG. Ausführlich hierzu Stelkens, in: Festschrift für Rudolf Wendt, Schützen deutsche Grundrechte vor deutschen unionsrechtswidrigen Rechtsakten?, 2015, S. 467 (471 ff.).

⁷ BVerfGE 4, 7 (17).

⁸ BVerfGE 30, 292 (334 f.); 84, 133 (157); 88, 366 (377); 143, 246 (331 f.).

und ausgeübten Gewerbebetrieb": Zwar wird in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der *Berliner Spielzeugwerke AG* eingegriffen, wenn sie „auf einen Schlag“ aufgrund einer gesetzlichen Neuregelung ihren gesamten Kundenstamm verliert.⁹

Jedoch folgt hieraus nicht, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gerade durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt wird.¹⁰ Vielmehr wurde das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor allem von den Zivilgerichten als „absolutes Recht“ im Hinblick auf die Beschränkung des deliktischen Schutzes des § 823 Abs. 1 BGB auf absolute Rechte konstruiert (hierzu ausführlich und sehr lesenswert: *Schmidt*, Handelsrecht, 5. Auflage 1999, § 7 V, 194 ff.). Für die Frage des Grundrechtsschutzes ist dies irrelevant, da die Verfassung den Gewerbebetrieb schon ihrem Wortlaut nach insgesamt nicht stärker schützt als die einzelnen Sachen, Sachgesamtheiten und Tätigkeiten, die seine Grundlage bilden.¹¹ Somit wird auch ein „Recht auf Erhaltung eines Kundenstamms“ allenfalls von Art. 12 Abs. 1 GG, nicht jedoch von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt.¹²

Damit scheidet eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG - auch im Hinblick auf die langen Übergangsfristen der § 4 und § 5 JuSchuVerVerKriegsSpielG - offensichtlich aus.¹³

c) Möglichkeit einer Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG

Jedoch erscheint vorliegend – was die *Berliner Spielzeugwerke AG* ebenfalls rügen – eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG als möglich: Auf dieses Grundrecht können sich nach Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische Personen berufen: Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist insoweit 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.¹⁴ Eine Verletzung dieses Rechts ist hier nicht von vornherein ausgeschlossen.

d) Gegenwärtige, unmittelbare Selbstbetroffenheit der Berliner Spielzeugwerke AG durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG

Jedoch ist fraglich, ob die *Berliner Spielzeugwerke AG* – wie dies nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG für die Beschwerdebefugnis notwendig ist – durch das angegriffene Gesetz selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihrem Grundrecht aus Art.

⁹ Vgl. BVerwGE 62, 224 (226).

¹⁰ So aber BGHZ 92, 34 (37); BVerwGE 62, 224 (226); offen: BVerfGE 143, 246 (331 f.).

¹¹ BVerfGE 51, 193 (221 f.); 58, 300 (353); 74, 129 (148).

¹² BVerfGE 77, 84 (118); a.A. etwa *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 14 Rn. 200 ff. [Stand der Kommentierung: 2018].

¹³ Wie hier von *Münch*, NJW 1982, 2644 (2647).

¹⁴ BVerfGE 21, 261 (266); 50, 290 (363); 155, 238 (276); 161, 63 (89); BVerfG (K), NVwZ 2012, 1535 (1536).



12 Abs. 1 GG betroffen wird.¹⁵

aa) Selbstbetroffenheit

An der Selbstbetroffenheit könnte es fehlen, da die *Berliner Spielzeugwerke AG* als Spielzeughersteller nicht zu dem Adressatenkreis des Gesetzes zählt, welches sich nur an die Einzelhändler richtet.¹⁶ Die Selbstbetroffenheit ist jedoch immer schon dann gegeben, wenn die fragliche Norm die geschützte Rechtssphäre des Beschwerdeführers nach Zweck und Hauptwirkung der Regelung als eigentliches Ziel hat.¹⁷ Durch das Verkaufsverbot von Kriegsspielzeug verlieren die Hersteller ihre Abnehmer, die weitere Herstellung wird wirtschaftlich sinnlos. Die *Berliner Spielzeugwerke AG* ist damit selbst betroffen.

bb) Gegenwärtige Betroffenheit

An der gegenwärtigen Betroffenheit könnte es fehlen, weil das Gesetz hier bereits vor seinem In-Kraft-Treten angegriffen wird, hiervon also noch keine Rechtswirkungen ausgehen können. Deshalb kann grundsätzlich gegen ein Gesetz erst nach dessen In-Kraft-Treten Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Eine Ausnahme besteht dann, wenn das bereits verkündete Gesetz den Beschwerdeführer schon vor In-Kraft-Treten zu einer Verhaltensänderung zwingt.¹⁸ Für die *Berliner Spielzeugwerke AG* löst das Verbot – obwohl es erst fünf Jahre später Rechtswirkungen entfaltet – schon jetzt einen Zwang zur Produktionsumstellung aus, so dass sie gegenwärtig betroffen ist.

cc) Unmittelbare Betroffenheit

Die Auswirkungen des an die Einzelhändler gerichteten Verbotes betreffen die *Berliner Spielzeugwerke AG* unmittelbar, ohne dass dazu ein weiterer Vollzugsakt erforderlich wäre. Sie ist daher durch das Gesetz auch unmittelbar betroffen.

e) Bedeutung der möglichen Unionsrechtswidrigkeit des JuSchuVerVerKriegs-SpielG

Die Bundesregierung stellt allerdings die gegenwärtige und unmittelbare Selbstbetroffenheit der *Berliner Spielzeugwerke AG* zusätzlich mit dem Argument in Frage, dass im Falle der Unionsrechtswidrigkeit des JuSchuVerVerKriegsSpielG die *Berliner Spielzeugwerke AG* hierdurch gar nicht berührt würden, das nationalrechtliche Verkaufsverbot also keine Wirkungen entfalten könne. Insoweit beruft sich die Bundesregierung offenbar auf den **Anwendungsvorrang des Unionsrechts**. Tatsächlich geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung von einem unbedingten **Vorrang** (unmittelbar anwendbaren) **Unionsrechts vor dem nationalen Recht** aus: Ein Verstoß von innerstaatlichem

¹⁵ Vgl. zum Folgenden auch *Lüdemann/Hermstrüwer*, JuS 2012, 57 (58 f.). Siehe zur Bedeutung der Trias des eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenseins des Beschwerdeführers ausführlich BVerfGE 140, 45 (57 ff.).

¹⁶ Vgl. hierzu BVerfGE 140, 45 (57).

¹⁷ BVerfGE 6, 273 (278); 78, 350 (354).

¹⁸ BVerfGE 24, 33 (53 f.); 108, 370 (385).

Recht gegen (unmittelbar anwendbares) Unionsrecht führt zwar nicht zur Nichtigkeit der unionsrechtswidrigen innerstaatlichen Norm. Sie ist jedoch „ohne weiteres unanwendbar“. Die unionsrechtswidrige nationale Norm wird somit von entgegenstehendem Unionsrecht nur „verdrängt“ und könnte daher im Fall des Außerkrafttretens der ihr entgegenstehenden Norm des Unionsrechts wieder anwendbar werden.

Anmerkung: Grundlegend insoweit EuGH, 6/64 v. 15.7.1964, Slg. 1964, 1251, 1269 f. - Costa/E.N.E.L.; EuGH, 106/77 v. 6.3.1978, Abs. 17 - Simmentahl II. Siehe zur heutigen Grundlage des „Anwendungsvorrangs“ auch EuGH (GK), C-430/21 v. 22.2.2022, Rn. 48 ff. – RS; Skouris EuR 2021, 3 ff. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und seine Einpassung in den vom EuGH entwickelten „Instrumentenkasten“ zur Sicherstellung der „vollen Wirksamkeit“ des Unionsrechts wird umfassend dargestellt in EuGH (GK), C-573/17 v. 24.6.2019, Rn. 50 ff. – Poplawski (hierzu Haket, REALaw 13:1 [2020], 155 ff.). Zur von EuGH (GK), C-378/17 v. 4.12.2018, Rn. 34 ff. – Minister for Justice and Equality and Commissioner of the Garda Síochána vorgenommenen Unterscheidung zwischen Nichtigkeitserklärung einer nationalen Norm wegen Unionsrechtswidrigkeit (die nach nationalem Recht z. B. Verfassungsgerichten vorbehalten bleiben kann) und Nichtanwendung einer unionsrechtswidrigen nationalen Norm (die nach Unionsrecht allen mit deren Vollzug betrauten Behörden und Gerichten zustehen muss): Drake, CML Rev. 57 (2020), 557, 565 ff. Sehr lesenswert zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts (engl.: Primacy of Union law) und seinen rechtlichen Konsequenzen auch Dougan, CML Rev. 56 (2019), 1459 ff. (insbes. 1460 ff. und 1479 ff.). Siehe zur heutigen Grundlage des „Anwendungsvorrangs“ auch EuGH (GK), C-357/19 v. 21.12.2021, Rn. 244 ff. – Euro Box Promotion u.a.; EuGH (GK), C-430/21 v. 22.2.2022, Rn. 48 ff. – RS; Skouris EuR 2021, 3 ff.; hiergegen (mit sachlichen Argumenten): *Preßlein*, EuR 2022, 688 [693 ff.]; *Weber*, JZ 2022, 292 ff.

Die Bundesregierung schließt nun wohl aus diesem Anwendungsvorrang des EU-Rechts gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht Folgendes: Eine gegenwärtige, unmittelbare Betroffenheit der *Berliner Spielzeugwerke AG* durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG sei ausgeschlossen, wenn das JuSchuVerVerKriegsSpielG wegen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit der Art. 34 ff. AEUV und/oder wegen Unvereinbarkeit mit der [Richtlinie 2009/48/EG über die Sicherheit von Spielzeug](#) auch gegenüber der *Berliner Spielzeugwerke AG* nach unionsrechtlichen Grundsätzen nicht zur Anwendung kommen kann.

Allerdings ist schon zweifelhaft, ob eine solche Unanwendbarkeit des JuSchuVerVerKriegsSpielG wegen Unionsrechtswidrigkeit auch gegenüber der *Berliner Spielzeugwerke AG* zum Tragen käme. Das wäre zwar bei einem Verstoß gegen die [Richtlinie 2009/48/EG über die Sicherheit von Spielzeug](#) der Fall, wenn diese tatsächlich – worauf deren Art. 12 hindeutet – innerhalb ihres Anwendungsbereichs die Anforderungen an Spielzeug für den gesamten Europäischen Binnenmarkt harmonisieren will, so dass die Mitgliedstaaten auch für die heimischen Hersteller keine höheren Anforderungen für das Inverkehrbringen von Spielzeug auf dem heimischen Markt aufstellen

können.¹⁹

Ein Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht könnte der Richtlinie indes nur insoweit zukommen, als sie dann auch zu Gunsten der *Berliner Spielzeugwerke AG* unmittelbar anwendbar wäre: Der EuGH betont mittlerweile unmissverständlich, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur solchen unionsrechtlichen Bestimmungen zukommt, die unmittelbare Wirkung haben.²⁰

Verstößt das JuSchuVerVerKriegsSpielG dagegen „nur“ gegen die EU-Grundfreiheiten (zu denen auch und v. a. die Warenverkehrsfreiheit der Art. 34 ff. AEUV gehört), wäre hier die Besonderheit zu beachten, dass sich ein inländisches Unternehmen (nämlich die *Berliner Spielzeugwerke AG*) gegen eine inländische Marktzutrittsbeschränkung (nämlich das deutsche JuSchuVerVerKriegsSpielG) wehrt. Insoweit kämen mangels **grenzüberschreitenden Bezugs** die EU-Grundfreiheiten zu Gunsten der *Berliner Spielzeugwerke AG* gegenüber dem JuSchuVerVerKriegsSpielG nicht zum Tragen – mit der Folge, dass das JuSchuVerVerKriegsSpielG nur unanwendbar wäre, soweit es den Verkauf importierter Kriegsspielzeuge betrifft, nicht aber, soweit es auch den Verkauf deutscher Produkte in Deutschland ausschließt.²¹

Aber selbst wenn davon ausgegangen wird, dass sich auch die *Berliner Spielzeugwerke AG* im vorliegenden Fall auf eine Unanwendbarkeit des JuSchuVerVerKriegsSpielG wegen Verstoßes gegen Unionsrecht berufen könnte, kann dies in der hier gegebenen konkreten Konstellation ihrer gegenwärtigen, unmittelbaren Selbstbetroffenheit durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG nicht entgegen gehalten werden²²: So ist noch nicht behauptet worden, es könne an der gegenwärtigen, unmittelbaren Selbstbetroffenheit bei einem Gesetz schon deshalb fehlen, weil das Gesetz verfassungswidrig und daher nichtig sei und als nichtiges Gesetz den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten verletzen könnte. Ob das Gesetz verfassungswidrig und damit nichtig ist, ist gerade Gegenstand der Verfassungsbeschwerde. Im Grundsatz ist es bei der noch nicht geklärten Unionsrechtswidrigkeit eines Gesetzes ähnlich: Ob ein Gesetz die (deutschen) Grundrechte des Beschwerdeführers verletzen kann, hängt nur von seiner Verfassungsgemäßheit ab, die der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde zur Prüfung stellen kann.²³ Dass dasselbe Gesetz u. U. auch unionsrechtswidrig und gegenüber dem Beschwerdeführer unanwendbar ist, vermag nicht die gegenwärtigen, unmittelbaren Selbstbetroffenheit auszuschließen, sondern allenfalls die Frage aufzuwerfen, ob nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer gehalten ist, zunächst die Unionsrechtswidrigkeit des Gesetzes und seine Unanwendbarkeit ihm gegenüber (fachgerichtlich) klären zu lassen, bevor er sich an das BVerfG wendet.

¹⁹ Ausführlich zur Spielzeugrichtlinie und ihrer Anwendung: *Schucht*, EuZW 2021, 1076 ff.

²⁰ Siehe hierzu EuGH (GK), C-573/17 v. 24.6.2019, Rn. 59 ff. – Poplawski. Siehe zu den Voraussetzungen einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zusammenfassend z. B. *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065 ff.; *Nettesheim*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 9. Auflage 2021, § 9 Rn. 100 ff.

²¹ Siehe zur Problematik der hierdurch begründeten **Inländerdiskriminierung** nur Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 9. Auflage 2021, § 22 Rn. 13 ff.; ferner *Bösch*, Jura 2009, 91 ff.; *Brockhaus/Thönnies*, NVwZ 2021, 204 ff.; *Gundel*, DVBl 2007, 269 (271 ff.); *Heber*, EuZW 2022, 53 ff. und 107 ff.; *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (520 ff.).

²² Unklar insoweit allerdings BVerfG (K), NVwZ 2018, 406 (408).

²³ So wohl auch BVerfG (K), NJW 2016, 1436 (1438); OVG Münster, NVwZ-RR 2018, 43 (52 f.).



Anmerkung: Die Frage der Rückwirkungen möglicher Unanwendbarkeit eines Gesetzes wegen seiner Unionsrechtswidrigkeit auf die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde wird in der Literatur kaum behandelt, so dass natürlich auch andere Überlegungen als vertretbar erscheinen (vgl. aber *Masing*, JZ 2015, 477 [484 ff.] in Bezug auf die Entscheidungserheblichkeit von Richtervorlagen). Der Fall ist im Übrigen sehr deutlich von der Situation des [Freigesetzt-Falls](#) zu unterscheiden, in dem geltend gemacht wird, dass eine (rechtskräftige) Gerichtsentscheidung, die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wird, auch unionsrechtswidrig ist. Hier ist letztlich unbestritten, dass aus dem Anwendungsvorrang nicht folgt, auch unionsrechtswidrige Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen seien per se „unwendbar“ und damit für die Betroffenen unverbindlich (deutlich *Englisch*, Die Verwaltung 41 [2008], 99 [105 ff.]). Dementsprechend erkennt der EuGH an, dass auch unionsrechtswidrige Gerichtsurteile rechtskräftig werden und für die Beteiligten verbindlich werden können.²⁴ Eine andere Frage ist, ob sich im Einzelfall aus dem Unionsrecht besondere Pflichten zur Aufhebung, Nichtigkeitserklärung oder sonstigen „Beseitigung“ (zunächst) verbindlicher unionsrechtswidriger Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidungen ergeben können.

f) Ergebnis zu 1

Im Ergebnis schließen damit auch die EU-rechtlichen Implikationen des Falles die Beschwerdebefugnis der *Berliner Spielzeugwerke AG* nicht aus.

2. Möglichkeit der Verletzung von Unionsgrundrechten

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG könnte die *Berliner Spielzeugwerke AG* möglicherweise auch in ihren – grundsätzlich mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbaren – Unionsgrundrechten verletzen. In Betracht käme hier eine Verletzung der **Art. 15 Abs. 1 GRCh** (Berufsfreiheit), **Art. 16 GRCh** (unternehmerische Freiheit) und des **Art. 17 Abs. 1 GRCh** (Eigentumsfreiheit) der *Berliner Spielzeugwerke AG*.

Vorsorglich noch einmal zur Wiederholung: In einem Fall, in dem deutsche Grundrechte und Unionsgrundrechte möglicherweise nebeneinander anwendbar waren, hat es das BVerfG für die Bejahung der Beschwerdebefugnis als ausreichend erachtet, wenn jedenfalls eine Verletzung der deutschen Grundrechte als möglich erschien (BVerfGE 152, 152 [168] - Recht auf Vergessen I). Es erscheint aber nicht selbstverständlich, dass diese Vorgehensweise auch im juristischen Gutachten zulässig ist, weil damit letztlich Teile der Beschwerdebefugnis bzw. der Begründetheitsprüfung offenbleiben (a.A. *Honer*, JA 2021, 219 [223]; *Neumann/Eichberger*, JuS 2020, 502 [505 ff.] und die Fallbearbeitung von *von der Decken/Koch*, JuS 2020, 612 [616]).

a) Abgrenzung der Schutzbereiche der Art. 15 Abs. 1, Art. 16 und Art. 17 GRCh

²⁴ Siehe hierzu z. B. m.w.N. EuGH, C 2/08 v. 3.9.2009, Rn. 22 ff. - Fallimento Olimpclub; EuGH, C-69/14 v. 6.10.2015, Rn. 28 ff. - Târșia; EuGH, C-505/14 v. 11.11.2015, Rn. 38 ff. - Klausner Holz.



Die Abgrenzung der Schutzbereiche dieser Unionsgrundrechte ist im Einzelnen umstritten. Allerdings ist auch anerkannt, dass der Abgrenzung der Schutzbereiche dieser Unionsgrundrechte im Hinblick auf die einheitliche Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 GRCh weniger bedeutend ist als etwa bei den deutschen Grundrechten, die Eingriffe in die einzelnen Grundrechte nur unter unterschiedlichen Voraussetzungen zulassen, so dass eine trennscharfe Abgrenzung notwendiger erscheint. Dies betrifft jedenfalls das Verhältnis zwischen Art. 15 und Art. 16 GRCh.²⁵

Im Verhältnis der Art. 15 und 16 GRCh zu Art. 17 GRCh spricht dagegen viel dafür, dass – wie bei der Abgrenzung zwischen Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG davon auszugehen ist, dass das Erworbene von Art. 17 GRCh, der Erwerb dagegen von Art. 15 und Art. 16 GRCh geschützt ist. Folgt man dem, erscheint eine Verletzung des Art. 17 GRCh im vorliegenden Fall aus den oben zu Art. 14 Abs. 1 GG genannten Gründen – als von vornherein ausgeschlossen.²⁶

b) Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh)

Aber auch eine Verletzung der Art. 15 und Art. 16 GRCh wäre nur dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn die Unionsgrundrechte nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh im vorliegenden Zusammenhang überhaupt anwendbar wären. Nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh gilt die Charta für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Soweit die Mitgliedstaaten Unionsrecht nicht in diesem Sinne „durchführen“ sind sie dementsprechend nicht an die Unionsgrundrechte gebunden.

Bei der Auslegung des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh darf jedoch der Begriff der „Durchführung des Rechts der Union“ nicht zu eng verstanden werden. Insoweit ist die deutsche Sprachfassung des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh missverständlich, weil sie nahelegt, dass mit „Durchführung des Rechts der Union“ nur die Fälle gemeint sind, in denen die Mitgliedstaaten Unionsrecht ohne eigenen Gestaltungsspielraum gesetzgeberisch umzusetzen bzw. durch nationale Behörden und Gerichte (als eigene Angelegenheit) regelrecht zu vollziehen haben. Andere Sprachfassungen des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh legen demgegenüber ein weiteres Verständnis des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten nahe. Die englische Fassung des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh verwendet etwa den Begriff „when they are implementing Union law“ (übersetzbar eher mit „wenn sie Unionsrecht implementieren/umsetzen“), die französische Fassung verwendet den Begriff „lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union“ (übersetzbar eher mit: „wenn sie Unionsrecht verwirklichen“), die spanische Fassung verwendet den Begriff „cuando apliquen el Derecho de la Unión“ (übersetzbar eher mit: „wenn sie Unionsrecht anwenden“) und die italienische Fassung den Begriff „nell'attuazione del diritto dell'Unione“ (übersetzbar eher mit: „wenn sie Unionsrecht verwirklichen/implementieren“). Der Vergleich der

²⁵ Siehe z. B. *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 15 GRC Rn. 25; *Wollenschläger*, EuZW 2015, 285 (287).

²⁶ Siehe zum Ganzen jeweils m.w.N. z. B. *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Art. 17 GRC Rn. 45; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, 6. Auflage 2022, Art. 15 GRCh Rn. 20; *Wollenschläger*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Vorbem zu Art. 15 GRCh Rn. 6; Art. 15 GRCh Rn. 11.



verschiedenen Sprachfassungen des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh legt daher nahe, die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte auf das Handeln der Mitgliedstaaten nicht nur dann anzunehmen, wenn die Mitgliedstaaten Unionsrecht regelrecht „durchzuführen“ haben, sondern immer schon dann, wenn der nationale Gesetzgeber und die nationalen Behörden und Gerichte Unionsrecht umzusetzen, anzuwenden oder bei der Anwendung nationalen Rechts auch „nur“ zu beachten haben.

Dementsprechend ist nach Auffassung des EuGH der Begriff der „Durchführung des Rechts der Union“ i.S. des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh weit auszulegen, so dass eine „Durchführung“ immer schon dann vorliegt, wenn die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Rechts der Union agieren. Die Unionsgrundrechte sind von den Mitgliedstaaten daher auch dann zu beachten, wenn eine nationale Regelung in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt.²⁷

Dementsprechend nimmt der EuGH an, dass auch mitgliedstaatliche Beschränkungen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit), das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und die Unionsbürgerschaft (Art. 21 ff. AEUV) „Durchführung [Umsetzung/Anwendung] des Rechts der Union“ i. S. d. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh sind, so dass derartige mitgliedstaatliche Beschränkungen auch am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen sind.²⁸

Ebenso sieht der EuGH es als „Durchführung [Umsetzung/Anwendung] des Rechts der Union“ i. S. des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh an, wenn ein Mitgliedstaat ein Gesetz erlässt, dass eine Richtlinie umsetzt oder jedenfalls die Vorgaben einer Richtlinie beachten muss.²⁹

Nach dieser Rechtsprechung stellt sich der Erlass des JuSchuVerVerKriegsSpielG als ein Fall der „Durchführung [Umsetzung/Anwendung] des Rechts der Union“ i.S.d. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh dar, so dass es auch am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen wäre.

c) Ergebnis zu 2

Dementsprechend wären die *Berliner Spielzeugwerke AG* auch im Hinblick auf eine Verletzung der Art. 15 Abs. 1 GRCh (Berufsfreiheit) und Art. 16 GRCh

²⁷ Grundlegend EuGH (GK), C-617/10 v. 26.2.2013, Rn. 16 ff. - Åkerberg Fransson.

²⁸ So EuGH, C-390/12 v. 30.4.2014, Abs. 31 ff. - Pflieger; EuGH, C-182/15 v. 6.9.2016, Rn. 51 ff. - Petruhin; EuGH (GK), C-201/15 v. 21.12.2016, Rn. 63 ff. - AGET Iraklis; EuGH (GK), C-322/16 v. 20.12.2017, Rn. 50 - Global Starnet; EuGH, C-685/15 v. 14.6.2017, Rn. 55 ff. - Online Games Handels GmbH; EuGH (GK), C-673/16 v. 5.6.2018, Abs. 47 - Coman u. a.; EuGH (GK), C-235/17 v. 21.5.2019, Rn. 63 ff. - Kommission ./ Ungarn; EuGH (GK), C-230/18 v. 8.5.2019, Rn. 63 - PI; EuGH (GK), C-78/18 v. 18.6.2020, Rn. 101 f. - Kommission ./ Ungarn; EuGH, C-555/19 v. 3.2.2021, Rn. 80 - Fussi Modestraße Mayr GmbH; EuGH (GK), C-709/20 v. 15.7.2021, Rn. 85 ff. - CG; EuGH (GK), C-490/20 v. 14.12.2021, Rn. 58 - Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“.

²⁹ So EuGH, C-540/03 v. 27.6.2006 - Rn. 104 ff. - Parlament/Rat; EuGH, C-195/12 v. 26.9.2013 Rn. 48 ff. - IBV & Cie; EuGH, C-418/11 v. 22.10.2013 Rn. 26 f. - Sabou; EuGH, C-314/12 v. 27.3.2014, Rn. 42 ff. - UPC Telekabel Wien GmbH; EuGH, C-329/13 v. 8. Mai 2014, Rn. 30 ff. - Stefan; EuGH (GK), C-233/18 v. 12.11.2019, Rn. 46 ff. - Zubair Haqbin; EuGH, C-263/19 v. 14.5.2020, Rn. 67 - T-Systems; EuGH, C-519/20 v. 10.3.2022, Rn. 91 - K./Landkreis Gifhorn.



(unternehmerische Freiheit) beschwerdebefugt.

3. Ergebnis zu III

Es ist damit nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die *Berliner Spielzeugwerke AG* sowohl in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG als in ihren aus Art. 15 Abs. 1, Art. 16 GRCh folgenden Unionsgrundrechten durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG verletzt wird, so dass sie in diesem Umfang beschwerdebefugt ist.

IV. Verfahrensfähigkeit

Die *Berliner Spielzeugwerke AG* ist fähig, Prozesshandlungen durch ihre Vertreter – hier durch ihren Vorstand (§ 78 Abs. 1 AktG) – vorzunehmen, und ist deshalb auch verfahrensfähig (prozessfähig).

Anmerkung: Wenn nicht gerade eine juristische Person, ein minderjähriges Kind oder ein „Geisteskranker“ Verfassungsbeschwerde erhebt, ist zur Frage der Verfahrens- oder Prozessfähigkeit kein Wort zu verlieren.

V. Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) und „Subsidiarität“ der Verfassungsbeschwerde

Gegen Bundesgesetze steht kein Rechtsweg (außer der Verfassungsbeschwerde) offen, so dass die Voraussetzungen des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erfüllt sind. Fraglich ist jedoch, ob der „**Grundsatz der Subsidiarität** der Verfassungsbeschwerde“ der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde hier entgegenstehen kann. Nach diesem – vom BVerfG letztlich in erweiternder Auslegung des § 90 Abs. 2 BVerfGG „gefundenen“ – Grundsatz hat der Beschwerdeführer neben der Erschöpfung des Rechtswegs alle anderweitig bestehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, die geeignet sind, die Grundrechtsverletzung zu beseitigen oder ohne Inanspruchnahme des BVerfG im praktischen Ergebnis dasselbe zu erreichen.³⁰

1. Subsidiarität wegen Möglichkeiten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes?

Insoweit hat das BVerfG teilweise verlangt, dass der Beschwerdeführer selbst dann, wenn er von einem Gesetz unmittelbar, gegenwärtig und selbst betroffen ist, zunächst Rechtsschutz bei den Fachgerichten suchen muss, um eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu initiieren.³¹

³⁰ Hierzu allgemein *Peters/Markus*, JuS 2013, 887 ff.

³¹ So etwa BVerfGE 69, 122 (124 ff.); 150, 309 (326 f.); 155, 378 (393); 158, 170 (199 ff.); BVerfG (K), NVwZ 2011, 991 (995); BVerfG (K), NJW 2011, 1578 (1579); BVerfG (K), NZA 2015, 866; BVerfG (K), NJW 2015, 2242 f.; BVerfG (K), NJW 2017, 147 f.; BVerfG (K), NVwZ 2018, 1635 f.; BVerfG (K), NJW 2019, 659 f.; NZBau 2020, 607 f.; BVerfG (K), NVwZ 2020, 1424 (1425); BVerfG (K), NVwZ-RR 2021,

Dies setzt jedoch voraus, dass eine solche Rechtsschutzmöglichkeit vor den Fachgerichten überhaupt besteht und nicht offensichtlich unzulässig ist.³² Hier ist jedoch nicht erkennbar, wie die *Berliner Spielzeugwerke AG* gegen die Regelung eines Parlamentsgesetzes, das nicht ihr, sondern Dritten unmittelbar etwas verbietet, ohne dass staatliche Behörden diese Norm diesen Dritten gegenüber umsetzen müssten, Rechtsschutz vor den Fachgerichten erlangen kann. Zwar hat das BVerwG einmal eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO für zulässig geachtet, die sich unmittelbar gegen den Normgeber einer Norm richtet, die ohne weiteren Vollzugsakt in die Rechte eines Normadressaten eingreift.³³ Allerdings stand hier eine Rechtsverordnung in Frage und damit die Problematik, ob der Normgeber – also die Behörde, die die Rechtsverordnung erlassen hat – nach der Verordnungsermächtigung berechtigt war, die Rechtsverordnung zu erlassen. Dies mag man noch als verwaltungsgerichtlich feststellungsfähiges Rechtsverhältnis nicht-verfassungsrechtlicher Art verstehen. Die Frage, ob der Bund berechtigt war, durch ein Parlamentsgesetz unmittelbar Grundrechte einzuschränken, lässt sich dagegen eindeutig nicht mehr als „**öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art**“ qualifizieren, zu deren Entscheidung die Verwaltungsgerichte nach § 40 Abs. 1 VwGO berufen sind.³⁴ Auch in Form einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO besteht hier also keine zumutbare Rechtsschutzmöglichkeit.³⁵

2. Subsidiarität wegen Notwendigkeit, eine Entscheidung des EuGH herbeizuführen?

Allerdings ist fraglich, ob nicht Besonderes deshalb gelten muss, weil die Frage der Vereinbarkeit des JuSchuVerVerKriegsSpielG mit dem Unionsrecht und damit seine Anwendbarkeit gegenüber der *Berliner Spielzeugwerke AG* noch geklärt werden muss, was letztlich nur rechtssicher möglich ist, wenn ein deutsches Gericht nach Art. 267 AEUV dem EuGH die Frage vorlegen würde, ob Art. 34 ff. AEUV und die [Richtlinie 2009/48/EG über die Sicherheit von Spielzeug](#) einer nationalen Regelung entgegen stehen, die die Veräußerung von Kriegsspielzeug innerhalb eines Mitgliedstaates verbietet.

Anmerkung: Der EuGH kann im Verfahren nach Art. 267 AEUV selbst nicht die Unanwendbarkeit des nationalen Rechts feststellen, sondern nur über die Auslegung des Unionsrechts entscheiden, im konkreten Fall also darüber, ob eine solche Regelung, wie sie im JuSchuVerVerKriegsSpielG enthalten ist, dem Unionsrecht entspricht.³⁶

Das BVerfG hat hieraus jedoch (bisher) nicht geschlossen, ein solcher

281 f.; BVerfG (K), NJW 2021, 2877 f.; BVerfG (K), NJW 2021, 3590; BVerfG (K), NJW 2022, 50; BVerfG (K), NVwZ-RR 2022, 241; BVerfG (K), NVwZ-RR 2022, 482; BVerfG (K), NVwZ-RR 2022, 321 (324).

³² Vgl. zum Folgenden in einem vergleichbaren Fall: *Lüdemann/Hermstrüwer*, JuS 2012, 57 (59).

³³ BVerwGE 136, 75 (77); 166, 265 (268 ff.); hierzu *Schenke*, DVBl. 2021, 994 ff.

³⁴ Deutlich insoweit *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40 Rn. 140 (Stand der Kommentierung: März 2016); *Schenke*, NJW 2017, 1062 (1067 f.).

³⁵ Wie hier in einer ähnlichen Konstellation etwa auch BVerfGE 143, 246 (321 f.); 150, 309 (326 f.); 155, 238 (269); 155, 378 (394 f.); 159, 223 (274 f.).

³⁶ *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 9. Auflage 2021, § 13 Rn. 73 f.

fachgerichtlicher Vorlagebeschluss nach Art. 267 AEUV müsse „um jeden Preis“ vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde initiiert werden, wenn sich der Beschwerdeführer gegen eine ihn unmittelbar, selbst und gegenwärtig betreffende Norm richte. Zwar gebe es insoweit für eine Überprüfung einer Norm am Maßstab des Grundgesetzes kein Bedürfnis, wenn schon feststünde, dass die genannten Vorschriften dem Unionsrecht widersprechen und deshalb innerstaatlich nicht angewendet werden dürfen. Anderes gelte aber dann, wenn der EuGH eine Entscheidung zu der mit der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen unionsrechtlichen Frage noch nicht getroffen habe. Solange nicht geklärt sei, ob das innerstaatliche Recht mit dem Grundgesetz vereinbar sei, sei der EuGH aber im Ungewissen darüber, ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft. Diese Ungewissheit könne nur durch die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde ausgeräumt werden, die sich gegen diese Norm richtet.³⁷

Damit erkennt das BVerfG letztlich eine Art Wahlrecht des Beschwerdeführers zwischen der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde und der Initiierung eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV an, weil andernfalls sowohl der EuGH wie auch das BVerfG in ihren jeweiligen Verfahren wechselseitig auf das jeweils andere Verfahren verweisen könnten. Dem entspricht, dass das BVerfG grundsätzlich annimmt, dass einem Fachgericht, das sowohl von der Verfassungswidrigkeit wie von der Unionsrechtswidrigkeit einer entscheidungserheblichen Norm überzeugt ist, grundsätzlich ein Wahlrecht zusteht, ob es zunächst dem EuGH nach Art. 267 AEUV oder dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegt,³⁸ auch wenn man annehmen könnte, eine unionsrechtswidrige Rechtsnorm könne niemals „entscheidungserheblich“ i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG sein.

Anmerkung: So wohl *Kingreen*, JZ 2013, 801 (809); BVerfGE 116, 202 (214 f.) - Tarifreueerklärung; BVerfGE 129, 186 (202 ff.) - Investitionszulagengesetz; BVerfGE 152, 152 (183 f.) - Recht auf Vergessen I; BVerfGE 152, 216 (245 ff.) - Recht auf Vergessen II; BVerfGE 160, 1 (16 f.) - Umschlagsverbot für Kernbrennstoffe.

VI. Frist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde wurde bereits vor In-Kraft-Treten des Gesetzes erhoben, die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG wurde also gewahrt.³⁹

VII. Ergebnis zu A

³⁷ BVerfGE 110, 141 (155 f.) - Kampfhunde; BVerfGE 148, 40 (48 f.) - LFBG; im Ergebnis wohl auch BVerfG (K), NJW 2016, 1436 f.; BVerfG (K), NVwZ 2018, 406 f.; BVerfG (K), ZD 2023, 407 f.; Stelkens, in: Festschrift für Rudolf Wendt, Schützen deutsche Grundrechte vor deutschen unionsrechtswidrigen Rechtsakten?, 2015, S. 467 (477).

³⁸ BVerfGE 116, 202 (214 f.); 129, 186 (202 ff.).

³⁹ Siehe zum Lauf der Jahresfrist nach § 93 Abs. 3 BVerfGG, wenn Unklarheiten darüber bestehen, ob eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz zulässig ist oder ob zunächst aus Subsidiaritätserwägungen um Rechtsschutz vor den Fachgerichten nachzusuchen ist: BVerfGE 150, 309 (328 ff.).



Die Verfassungsbeschwerde ist damit insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die *Berliner Spielzeugwerke AG* durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG in ihren deutschen Grundrechten oder ihren Unionsgrundrechten verletzt wird. Ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG generell mit dem Unionsrecht (und nicht nur mit den Unionsgrundrechten) vereinbar ist, ist dagegen nicht Prüfungsgegenstand der Verfassungsbeschwerde und wird vom BVerfG daher weder im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in deutsche Grundrechte noch bei der Frage geprüft, ob ein Eingriff in Unionsgrundrechte den Anforderungen des Art. 52 GRCh genügt.

Nach dem oben Gesagtem kommt vorliegend eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und der Art. 15 Abs. 1, Art. 16 GRCh in Betracht.

I. Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn dasjenige Verhalten, an dem sich die *Berliner Spielzeugwerke AG* gehindert sieht, in den Schutzbereich dieses Grundrechts fällt, das JuSchuVerVerKriegsSpielG in dieses Grundrecht eingreift und dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist.

1. Schutzbereich

Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist in Bezug auf juristische Personen 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. Hiervon wird auch das Herstellen von Plastik-Spielzeugfiguren zu Erwerbszwecken umfasst, so dass der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist.

2. Eingriff

Obwohl das JuSchuVerVerKriegsSpielG die Herstellung von Kriegsspielzeug nicht selbst unmittelbar verbietet, führt es dazu, dass vielen Spielzeugherstellern das Herstellen von Kriegsspielzeug mangels Absatzmöglichkeiten wirtschaftlich unmöglich wird. Dies trifft auch für die *Berliner Spielzeugwerke AG* zu. Diese Folge des Verkaufsverbots wurde vom Gesetzgeber zumindest billigend in Kauf genommen, so dass das JuSchuVerVerKriegsSpielG zumindest mittelbar – über die faktischen Auswirkungen des Gesetzes – in das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG der *Berliner Spielzeugwerke AG* eingreift.⁴⁰

⁴⁰ Brauner/Stollmann/Weiß, Fälle und Lösungen zum Staatsrecht, 7. Auflage 2003, S. 109; Lüdemann/Hermstrüwer, JuS 2012, 57 (60); zum Eingriffsbegriff bei der Berufsfreiheit ferner BVerfGE 155, 238 (277 ff.).

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG ist gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn das Gesetz formell und materiell verfassungsmäßig ist, da grundrechtlich geschützte Interessen im Regelfall nur durch Normen eingeschränkt werden können, die ihrerseits formell und materiell in jeder Hinsicht mit der Verfassung übereinstimmen. Ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG generell mit dem Unionsrecht vereinbar ist, ist dagegen nicht Prüfungsgegenstand der Verfassungsbeschwerde: Das BVerfG hält sich insoweit auch nicht verpflichtet, eine Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV einzuholen⁴¹: Zur Klärung der Unionsrechtswidrigkeit des angegriffenen Aktes sei es nicht zuständig und allein die Unionsrechtswidrigkeit des angegriffenen Rechtsakts begründe nicht schon eine Verletzung des Beschwerdeführers gerade in seinen Grundrechten.

Anmerkung: BVerfG (K), NJW 2016, 1436 f. m.w.N. Zur Erinnerung: Ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG generell mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wird im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in deutsche Grundrechte nicht geprüft.

a) Schrankenvorbehalt

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG müsste zunächst vom **Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG** gedeckt sein. Seinem Wortlaut nach erlaubt Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nur die Statuierung von bloßen Berufsausübungsregeln, nicht aber von Regeln, die der Berufswahl subjektive oder objektive Schranken setzen. Vorliegend kann sich jedoch die den Vertrieb von Kriegsspielzeug verbietende Vorschrift – zumindest in Einzelfällen – wie ein faktisches Verbot des Herstellens von Kriegsspielzeug und damit wie eine **Berufswahlregelung** auswirken. Ob dies tatsächlich rechtfertigt, die Vorschrift als eine Berufswahlregelung zu qualifizieren, kann hier jedoch dahingestellt bleiben, da das BVerfG seit dem Apothekenurteil⁴² davon ausgeht, dass der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auch Berufswahlregelungen zulässt, da sich Berufswahl und Berufsausübung nicht deutlich trennen lassen: Die Berufswahl stellt den ersten Akt der Berufsausübung dar und die Berufsausübung birgt immer auch eine Bestätigung der Berufswahl in sich. Das Grundrecht der Berufsfreiheit bildet also ein einheitliches Grundrecht, das nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einem einfachen Gesetzesvorbehalt sowohl in Bezug auf die Berufswahl als auch in Bezug auf die Berufsausübung i.e.S. unterliegt.⁴³

Damit entspricht das JuSchuVerVerKriegsSpielG dem Schrankenvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG.

⁴¹ BVerfGE 110, 141 (153 f.).

⁴² BVerfGE 7, 377 (401 ff.).

⁴³ BVerfGE 7, 377 (401 ff.); hierzu *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 40. Auflage 2024, Rn. 1073 ff.

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG müsste formell verfassungsmäßig sein. Von der ordnungsgemäßen Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens und der Beachtung der Formvorschriften ist mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt auszugehen.

aa) Gesetzgebungskompetenztitel

Bezüglich der **Gesetzgebungskompetenz** des Bundes ist das Sachgebiet „Waffenrecht“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 4a GG ersichtlich nicht einschlägig, da es hier nur um „echte“ Waffen geht. Demgegenüber kommt aber eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 11 GG in Betracht:

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG bezweckt den Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Spielzeug, das zu einer gesteigerten Aggressionsbereitschaft beitragen kann; es dient daher dem Jugendschutz, der unter den Begriff der öffentlichen Fürsorge des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG fällt. Gerade in Zusammenhang mit dem Jugendschutz ist bisher auch immer festgehalten worden, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG als Regelungen der „öffentlichen Fürsorge“ nicht nur Sozialleistungsregelungen zulässt, die auf bestimmte Bedarfslage bei den Leistungsempfängern reagieren, sondern auch präventive Jugendschutzgesetze – wie etwa das [Jugendschutzgesetz](#) – betreffend etwa jugendgefährdende Medien oder die Regelungen des Jugendschutzes in der Öffentlichkeit – enthalten können.⁴⁴

Das Gesetz regelt darüber hinaus den Verkauf von Gütern im Einzelhandel, also eine wirtschaftliche Betätigung, die unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) fällt.⁴⁵

bb) Besondere Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG

Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 11 GG gehören jedoch zu den Titeln der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes, für die auch nach Inkrafttreten des 52. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I, 2034) noch die „Erforderlichkeitsklausel“ des Art. 72 Abs. 2 GG gilt, die ihrerseits nach übereinstimmender Auffassung nach den strengen Kriterien zu messen ist, die das BVerfG in seiner Entscheidung zum Altenpflegegesetz⁴⁶ zur „Erforderlichkeitsklausel“ des Art. 72 Abs. 2 GG i.d.F. des 42. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 27. Oktober 1994 (BGBl. I, 3146), entwickelt hat⁴⁷. Der Bundesgesetzgeber durfte daher nach Art. 72 Abs. 2 GG das JuSchuVerVerKriegsSpielG nur dann erlassen, wenn und soweit

- die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet

⁴⁴ Siehe hierzu BVerfGE 31, 113 (117); 140 65 (78 f.); BVerwGE 19, 94 (96 f.).

⁴⁵ Siehe hierzu *von Münch*, NJW 1982, 2644 (2645).

⁴⁶ BVerfGE 106, 62 (135 ff.); dem folgend BVerfGE 111, 226 (253).

⁴⁷ Vgl. nur *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 10. Auflage, Art. 72 Rn. 10 ff.

oder

- die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse

oder

- die Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse

dies erforderlich macht.

Anmerkung: Die herrschende Meinung geht mit Rücksicht auf die Gesetzgebungsmaterialien zum 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27. Oktober 1994 (BGBl. I, 3146) davon aus, dass sich die Wendung des „gesamtstaatlichen Interesses“ nur auf das Gesetzgebungsziel Rechts- und Wirtschaftseinheit bezieht.⁴⁸

Das BVerfG geht insoweit davon aus, dass die gerichtliche Kontrolle des Art. 72 Abs. 2 GG (in seiner seit 1994 geltenden Fassung) umfassend ist und über eine bloße Vertretbarkeitskontrolle hinausgeht.⁴⁹ Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG dürften auch nicht allein am Gesetzesziel geprüft werden, weil andernfalls der Bund die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nach wie vor in der Hand hätte. Vielmehr seien auch die tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes mit einzubeziehen, soweit sie erkennbar und vorab abschätzbar sind.⁵⁰ Insoweit prüft das BVerfG die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in zwei Schritten: In einem **ersten Schritt** prüft es, **ob** die Regelung den in Art. 72 Abs. 2 GG genannten **Zielvorgaben** (vom BVerfG auch ungenau als „Rechtsgüter“ bezeichnet [gemeint ist die „Herstellung gleichartiger Lebensverhältnisse“ und die „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“]) **entspricht**. In einem **zweiten Schritt** untersucht es dann, **inwieweit** eine Regelung durch Bundesgesetz zur Erreichung dieser Zielvorgaben **erforderlich** ist.⁵¹

(1) Entspricht das JuSchuVerVerKriegsSpielG den Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG?

Damit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG den in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Zielvorgaben entspricht. Diese Zielvorgaben werden vom BVerfG besonders einschränkend ausgelegt und hierdurch präzisiert:

(a) Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet

⁴⁸ *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage 2012, Art. 72 Rn. 26; *Lechleitner*, Jura 2004, 746 (750).

⁴⁹ BVerfGE 106, 62 (148 f.); 111, 226 (253); 138, 136 (177); 140, 65 (94 f.); hierzu instruktiv *Faßbender*, JZ 2003, 332 (334 ff.); *Lechleitner*, Jura 2004, 746 (748).

⁵⁰ BVerfGE 106, 62 (148).

⁵¹ BVerfGE 106, 62 (149).

Ein Gesetz soll hiernach nur dann der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ dienen, wenn es darum geht, eine bereits eingetretene oder konkret drohende erhebliche Auseinanderentwicklung der Lebensverhältnisse in den Bundesländern umzukehren oder zu verhindern, die das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigt. Nicht hinreichend ist dementsprechend, dass das bloße In-Kraft-Treten des Gesetzes für gleichwertige Lebensverhältnisse sorgt. Ebenfalls ist unerheblich, dass die Lebensverhältnisse im Bundesgebiet durch die gesetzliche Regelung lediglich verbessert werden sollen. Schon gar nicht ist „Gleichwertigkeit“ mit „Einheitlichkeit“ gleichzusetzen.⁵² Angesichts dieser restriktiven Auffassung wird man kaum annehmen können, dass das JuSchuVerVerKriegsSpielG der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ dient. Denn dass es ohne eine bundeseinheitliche Regelung über das Verbot des Vertriebs von Kriegsspielzeug zu einer erheblichen Auseinanderentwicklung der Lebensverhältnisse zwischen den einzelnen Ländern kommen wird, die das bundesstaatliche Sozialgefüge insgesamt beeinträchtigen, erscheint kaum als wahrscheinlich.

Anmerkung: Der Prüfungsmaßstab wird vom BVerfG in diesem Zusammenhang noch maßgeblich dadurch verstärkt, dass es vom Bundesgesetzgeber verlangt, dass für die Einschätzung notwendige Tatsachenmaterial sorgfältig zu ermitteln. Es lässt unmissverständlich Vermutungen und Spekulationen – auch wenn sie „an sich“ plausibel sind – nicht genügen.⁵³

(b) Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse

Ein Gesetz soll ferner der „Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ dienen, wenn die unterschiedliche Behandlung desselben Lebenssachverhalts in den verschiedenen Ländern unter Umständen erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr ergeben kann. Der Bund muss einer Bedrohung der Rechtssicherheit und damit auch der Freizügigkeit entgegentreten. Nicht ausreichend soll deshalb insbesondere sein, dass bundeseinheitliches Recht vielfach wünschenswert ist; denn unterschiedliche Rechtslagen für die Bürger sind notwendige Folge des bundesstaatlichen Aufbaus.⁵⁴

Eine bundesgesetzliche Regelung ist vielmehr nur dann zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich, wenn und soweit die mit ihr erzielbare Einheitlichkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen Voraussetzung für die Vermeidung einer Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen ist, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.⁵⁵ Auch zur Wahrung einer so verstandenen Rechtseinheit erscheint eine einheitliche Regelung des Vertriebs von Kriegsspielzeug im Bundesgebiet allerdings als zulässig. Denn eine unterschiedliche Regelung in den verschiedenen Ländern würde den Vertrieb solchen Spielzeugs mit einer erheblichen

⁵² BVerfGE 106, 62 (143 f.); 111, 226 (253); 140, 65 (80 f.).

⁵³ BVerfGE 106, 62 (144); 111, 226 (255); 140, 65 (81 ff.); *Kenntner*, NVwZ 2003, 821 (823).

⁵⁴ BVerfGE 106, 62 (145 f.); 111, 226 (253).

⁵⁵ Siehe hierzu BVerfGE 138, 136 (176 f.); 140, 65 (87 f.).



Rechtsunsicherheit belasten.

(c) Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse

Der „Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ dient ein Gesetz nach Auffassung des BVerfG schließlich (nur) dann, wenn es um die Erhaltung der Funktionseinheit des Wirtschaftsraums durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht. Es muss um wirtschaftspolitisch bedrohliche oder unzumutbare Auswirkungen einer Rechtsvielfalt oder mangelnder gesetzlicher Regelung durch die Länder gehen. Hierbei ist davon auszugehen, dass wirtschaftliche Lagen im Grundsatz ebenso von den Ländern wie vom Bund reguliert werden können. Jedoch können unterschiedliche wirtschaftliche Regelungen die Verteilung der wirtschaftlichen (personellen und sachlichen) Ressourcen verzerren.⁵⁶ Eine bundesgesetzliche Regelung ist somit nur dann zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich, wenn und soweit sie Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik ist, wenn also unterschiedliche Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich brächten.⁵⁷ Auch unter diesem Gesichtspunkt scheint eine bundeseinheitliche Regelung über den Vertrieb von Kriegsspielzeug als gerechtfertigt, weil durch eine unterschiedliche Regelung über den Vertrieb von Kriegsspielzeug das Bundesgebiet als einheitlicher Wirtschaftsraum tangiert wird.⁵⁸

(d) Ergebnis zu (1)

Dementsprechend lässt sich auf der ersten Stufe feststellen, dass das JuSchuVerVerKriegsSpielG der „Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ dient.

(2) Ist das JuSchuVerVerKriegsSpielG zur „Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ erforderlich?

Von der Frage, ob ein Gesetz einer der Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG entspricht, ist die Frage zu unterscheiden, ob eine bundeseinheitliche Regelung i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG auch **„erforderlich“** ist, um diese Zielvorgaben zu erreichen. Nach Auffassung des BVerfG ist dieses „Erforderlichkeitskriterium“ als **Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs** in das Gesetzgebungsrecht der Länder zu verstehen.⁵⁹ Nicht entscheidend für die „Erforderlichkeit“ ist damit, ob das Gesetz als solches als sinnvoll oder notwendig erscheint. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob – wenn der politische Wille besteht, eine bestimmte Regelung überhaupt zu treffen – gerade eine bundeseinheitliche Regelung zur Erreichung (oder Beibehaltung) der Zielvorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG „erforderlich“ ist oder ob auch durch entsprechende Länderregelungen diese Zielvorgaben erreicht werden können.⁶⁰ Der „Erforderlichkeit“ steht deshalb auch nicht bereits die Möglichkeit gleich lautender Landesgesetze entgegen, denn dies würde die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes letztlich gegenstandslos

⁵⁶ BVerfGE 106, 62 (146 f.); 111, 226 (253).

⁵⁷ Siehe hierzu BVerfGE 138, 136 (176 f.); 140, 65 (87 f.).

⁵⁸ Siehe hierzu das Beispiel bei *Lechleitner*, Jura 2004, 746 (749).

⁵⁹ BVerfGE 106, 62 (149); 111, 226 (254 f.); *Kenntner*, NVwZ 2003, 821 (823 f.).

⁶⁰ Deutlich *Lechleitner*, Jura 2004, 746 (749).

machen; außerdem könnte jedes der 16 Bundesländer nach In-Kraft-Treten gleichlautender Landesgesetze aus dem eine bundesgesetzliche Regelung hindernden Konsens ausscheiden. Da sich die „Erforderlichkeit“ einer bundesgesetzlichen Regelung in diesem Sinne vielfach nur aufgrund von Prognosen bestimmen lässt, räumt das BVerfG dem Bundesgesetzgeber in diesem Zusammenhang jedoch Einschätzungs- und Prognosespielräume ein. Die ordnungsgemäße Ausfüllung dieser Spielräume muss jedoch durch **konkrete Tatsachen** belegt werden. Auch in diesem Zusammenhang sollen reine Vermutungen und Spekulationen nicht ausreichen.⁶¹

Anmerkung: So BVerfGE 106, 62 (150 ff.); *Kenntner*, NVwZ 2003, 821 (823). Hinsichtlich der Prognosekontrollmaßstäbe übernimmt das BVerfG - bis in die Nachweise - die Überlegungen von *Calliess*, DÖV 1997, 889 (897 f.).

Hier lässt sich – außer durch eine abgestimmte Gesetzgebung der Länder – eine die Einheit des Wirtschaftsraums bzw. der Sicherheit des Rechtsverkehrs sicherstellende Regelung für den Vertrieb von Kriegsspielzeug nur durch eine bundesgesetzliche Regelung gewährleisten. Wenn also eine solche Regelung geschaffen werden soll, kann dies in einer Weise, die die Rechts- und Wirtschaftseinheit wahrt, von vornherein nur auf Bundesebene geschehen. Damit ist das JuSchuVerVerKriegsSpielG auch i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG „erforderlich“.

(3) Ergebnis zu bb

Damit sind auch die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt.⁶²

cc) Ergebnis zu b

Da der Bund somit auch über die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des JuSchuVerVerKriegsSpielG verfügte, ist das Gesetz insgesamt formell verfassungsgemäß.

c) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG müsste auch materiell verfassungsmäßig sein. Hier kommt ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip in Betracht.

aa) Bestimmtheitsgebot

Allerdings ist fraglich, ob insbesondere die Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 1 JuSchuVerVerKriegsSpielG auch dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot entspricht. Dass es generell schwierig ist, den Begriff des Kriegsspielzeugs angemessen zu

⁶¹ BVerfGE 106, 62 (150 ff.); *Kenntner*, NVwZ 2003, 821 (823).

⁶² So im Ergebnis auch *Brauner/Stollmann/Weiß*, Fälle und Lösungen zum Staatsrecht, 7. Auflage 2003, S. 110.



umschreiben, bedeutet allerdings nicht, dass eine bestimmte Umschreibung des Begriffs des Kriegsspielzeugs in einem Kriegsspielzeugsverbotsgesetz unmöglich wäre. Dass der Anwendungsbereich des JuSchuVerVerKriegsSpielG aufgrund der weit gefassten Definition des § 2 Abs. 1 außerordentlich groß ist und etwa auch den Betrieb von Cowboy- und Ritterfiguren umfasst, ist kein Problem der (Un-)Bestimmtheit des Gesetzes, sondern seiner Verhältnismäßigkeit.⁶³

bb) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes [diesen Hinweis](#).

Fraglich ist also, ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG zur Erreichung der mit ihm beabsichtigten Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig i.e.S.) ist. (Legitimer) Zweck des Gesetzes ist, das Aggressionsverhalten von Kindern positiv zu beeinflussen.

(1) Geeignetheit

Fraglich ist indes, ob das Gesetz auch geeignet ist, diesen Zweck zu fördern, da die wirklichen Auswirkungen von Kriegsspielzeug auf Kinder wissenschaftlich sehr umstritten sind. Die nach dem Sachverhalt vorliegende (real allerdings nicht existierende) – wissenschaftlich korrekt erstellte – Langzeitstudie hat jedoch einen solchen Zusammenhang bejaht, und der Bundestag hat sich im **Rahmen seines Beurteilungsspielraumes** dieser Meinung angeschlossen. Die Voraussetzung der Geeignetheit ist damit erfüllt.

Anmerkung: Siehe hierzu auch BVerfGE 159, 223 (298 f.) - Bundesnotbremse I: Der Gesetzgeber durfte sich nicht einfach auf sein „Gefühl“ verlassen, sondern musste sich einer wissenschaftlich vertretbaren Meinung anschließen. Hier liegt der praktische Grund dafür, warum Kriegsspielzeug in der Realität noch nicht verboten ist, weil es zur Zeit keine wirklich wissenschaftlich vertretbare Meinung zu dieser Frage gibt. Dass es „politisch korrekt“ wäre, Kriegsspielzeug zu verbieten, beweist für sich allein nicht, dass solches Spielzeug wirklich geeignet ist, Kindern zu schaden.⁶⁴

(2) Erforderlichkeit

Das Gesetz erscheint auch als **erforderlich**, da kein milderes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks zur Verfügung steht, das ebenso geeignet ist wie ein Verkaufsverbot, um den Vertrieb von Kriegsspielzeug im Inland zu unterbinden. Insbesondere können Appelle und – jederzeit aufhebbare – Selbstbeschränkungen des Handels den

⁶³ So *Küschner/Walther*, NJW 1983, 2182 (2183) [gegen *von Münch*, NJW 1982, 2644 (2647 f.)].

⁶⁴ Siehe hierzu *von Münch*, NJW 1982, 2644 (2646); *Küschner/Walther*, NJW 1983, 2182 ff.



gewünschten Zweck nicht erreichen.⁶⁵

(3) Angemessenheit (Drei-Stufen-Theorie)

Fraglich ist allerdings, ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG auch **angemessen** (verhältnismäßig i.e.S.) ist, ob also die Zweck-Mittel-Relation stimmt. Bei der hier gebotenen Abwägung zwischen dem von dem Gesetz verfolgten Gemeinwohlbelang und dem Interesse des Einzelnen, in dessen Rechte eingegriffen wird, ist insbesondere die im Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zum Ausdruck kommende Wertung zu berücksichtigen, dass die Berufswahl grundsätzlich frei sein soll,⁶⁶ so dass Eingriffe in die Berufswahlfreiheit schwerer zu rechtfertigen sind, als Eingriffe in die bloße Berufsausübung. Insoweit hat das BVerfG folgende „Abwägungsregel“ entwickelt (sog. **Drei-Stufen-Theorie**): Objektive Berufszulassungsregeln sind nur zur Abwehr nachweisbarer schwerer Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter zulässig. Subjektive Berufszulassungsregeln sind zulässig zum Schutz bedeutsamer Gemeinschaftsgüter. Reine Berufsausübungsregelungen können nur durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.

Anmerkung: Ähnlich wie die Wechselwirkungslehre zu Art. 5 Abs. 1 GG (siehe hierzu den [High-ist-Okay-Fall](#)) wird man die Drei-Stufen-Theorie nicht als besondere Grundrechtsschranke zu verstehen haben, sondern letztlich als **typisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung** i.e.S. Der Drei-Stufen-Theorie ist damit zu entnehmen, welchen Rang ein mit einer staatlichen Maßnahme verfolgter Zweck haben muss, um bestimmte Eingriffe in die Berufsfreiheit als angemessen, zumutbar oder verhältnismäßig i.e.S. erscheinen zu lassen.⁶⁷

Die Spezialisierung auf die Herstellung von Kriegsspielzeug stellt nach den maßgeblichen Kriterien (**besondere Ausbildung, Qualifikationsmerkmale, Berufsbild**) wohl keinen eigenständigen Beruf dar: Geht es um die Herstellung billiger Massenprodukte, wird man auf die hierfür erforderliche technische Ausstattung und die Richtung der Tätigkeit abstellen müssen. Im vorliegenden Fall haben die *Berliner Spielzeugwerke AG* wohl Maschinen, die es erlauben, massenweise Plastik in verschiedenen Formen zu pressen. Man wird wohl auch davon ausgehen können, dass die Formen austauschbar sind, so dass man hier nicht auf einen Beruf des Kriegsspielzeugherstellers, sondern auf einen Beruf des Herstellers billiger Plastikfiguren zu Spielzwecken wird abstellen müssen.

Anmerkung: Unzutreffend ist wohl, bloß auf den Beruf des Spielzeugherstellers abzustellen, da insofern die technische Ausrüstung der verschiedenen Unternehmen viel zu verschiedenartig ist⁶⁸. Die *Berliner Spielzeugwerke AG* kann sich wohl eher auf die Herstellung von Plastikschüsseln umstellen als auf die Herstellung von

⁶⁵ *Küschner/Walther*, NJW 1983, 2182 (2183); a.A. *von Münch*, NJW 1982, 2644 (2647).

⁶⁶ BVerfGE 7, 377 (406).

⁶⁷ In diese Richtung auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, S. 801 f.; wie hier mit ausführlicher Begründung *J. Ipsen*, JuS 1990, 634 ff.

⁶⁸ Anders wohl *Brauner/Stollmann/Weiß*, Fälle und Lösungen zum Staatsrecht, 7. Auflage 2003, S. 112.

Holzspielzeug oder Puzzles.

Wird nun verboten, bestimmte Modelle von Plastikfiguren herauszubringen, so betrifft dies damit nicht das „Ob“ des Berufs des Plastikfigurenherstellers, sondern bloß das „Wie“. Es liegt also eine bloße **Berufsausübungsregel** vor, welche schon durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann.

Anmerkung: Andere Ansichten sind insoweit ohne Weiteres vertretbar, etwa wenn man darauf abstellt, dass für das Herstellen von Kriegsspielzeug auch bestimmte Kenntnisse in Bezug auf Uniformen, Waffengattungen etc. notwendig sind.

Das Gesetz soll hier Schäden für die kindliche Entwicklung abwenden. Die gesunde Entwicklung von Kindern ist ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, was insbesondere durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG verdeutlicht wird. Unterstellt man entsprechend dem Sachverhalt, dass ein Kriegsspielzeugverkaufsverbot geeignet ist, Schäden für die kindliche Entwicklung abzuwenden, erscheint somit der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Kriegsspielzeughersteller (und Kriegsspielzeugverkäufer) nicht als unangemessen. Dies gilt um so mehr, als den Interessen der Kriegsspielzeughersteller dadurch Rechnung getragen wird, dass § 4 und § 5 JuSchuVerVerKriegsSpielG lange Übergangsfristen gewähren: Aufgrund der Verzögerung des In-Kraft-Tretens des Gesetzes in § 5 JuSchuVerVerKriegsSpielG bleiben noch 5 Jahre Zeit, sich umzustellen. Die bis dahin hergestellten Kriegsspielzeuge dürfen dann noch 5 weitere Jahre lang vertrieben werden, was möglich machen sollte, die Lagerbestände zu räumen.

(4) Ergebnis zu c

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG ist somit als verhältnismäßig anzusehen und damit insgesamt materiell verfassungsmäßig.

d) Ergebnis zu 3

Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

4. Ergebnis zu I

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG greift demnach in verfassungsrechtlich zulässiger Weise in das Grundrecht der Berufsfreiheit der *Berliner Spielzeugwerke AG* ein und verletzt demnach nicht ihre deutschen Grundrechte.

II. Unionsgrundrechte aus Art. 15 Abs. 1, Art. 16 GRCh

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG könnte jedoch die Unionsgrundrechte der *Berliner*



Spielzeugwerke AG aus Art. 15 Abs. 1, Art. 16 GRCh verletzen. Die Unionsgrundrechte sind in der vorliegenden Konstellation nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh grundsätzlich anwendbar und der Schutzbereich dieser Grundrechte ist grundsätzlich eröffnet.

Daher stellt sich hier allein die Frage, ob das JuSchuVerVerKriegsSpielG diese Unionsgrundrechte i.S.d. Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRCh „einschränkt“ und – wenn dies zu bejahen ist – deren Wesensgehalt beachtet (Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRCh) und i.S.d. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh verhältnismäßig ist. Soweit das BVerfG im Rahmen der Verfassungsbeschwerde die Frage prüft, ob ein deutscher Akt der öffentlichen Gewalt, der in Unionsgrundrechte eingreift, nach Unionsgrundrechten gerechtfertigt werden kann, nimmt es grundsätzlich eine Auslegung unmittelbar an den Grundrechten der Charta selbst im Lichte der hierzu ergangenen Rechtsprechung der europäischen Gerichte (des EuGH und – wegen Art. 52 Abs. 3, 4 GRCh – des EGMR) vor. Eine Auslegung der Unionsgrundrechte im Lichte der zu den deutschen Grundrechten entwickelten Dogmatik ist dagegen nicht ohne Weiteres möglich, um die Einheit der Rechtsprechung zu den Unionsgrundrechten nicht zu gefährden.⁶⁹

Dies gilt jedoch uneingeschränkt nur, soweit ein deutscher Akt öffentlicher Gewalt ausschließlich am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen ist. Soweit – wie hier – deutsche Grundrechte und Unionsgrundrechte auf denselben Akt öffentlicher Gewalt nebeneinander Anwendung finden, will das BVerfG seine Prüfung „primär am Maßstab des Grundgesetzes“ ausüben. Es sei letztlich zu vermuten, dass eine Prüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes das Schutzniveau der Charta, wie sie vom EuGH ausgelegt wird, in der Regel mitgewährleistet sei. Dies wird vor allem mit Subsidiaritätserwägungen begründet. Unabhängig davon liegt nahe, dass diese Vorgehensweise auch der Entlastung des BVerfG (und der Fachgerichte) von Doppelpflichten und Vorlagen nach Art. 267 Abs. 1 Lit a AEUV dienen soll.⁷⁰

Tatsächlich spricht hier auch wenig dafür, dass der EuGH in Zusammenhang bei der Prüfung der Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 GRCh zu anderen Ergebnissen kommen würde als das BVerfG bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des durch das JuSchuVerVerKriegsSpielG begründeten Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG. Daher kann davon ausgegangen werden, dass das JuSchuVerVerKriegsSpielG auch einer Prüfung am Maßstab der Art. 15 Abs. 1, Art. 16 GRCh Stand hält.

III. Ergebnis zu B

Das JuSchuVerVerKriegsSpielG verletzt damit die *Berliner Spielzeugwerke AG* weder in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG noch in ihrem Unionsgrundrechten aus Art. 15 Abs. 1, Art. 16 GRCh.

⁶⁹ Siehe hierzu BVerfGE 152, 216 (244 ff.) - Recht auf Vergessen II; BVerfGE 156, 182 (199) - Europäischer Haftbefehl III; BVerfGE 158, 1 (30 ff.) - Ökotox-Daten.

⁷⁰ BVerfGE 152, 170 (179 ff., 215) - Recht auf Vergessen I.



C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der *Berliner Spielzeugwerke AG* ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

Ob das *JuSchuVerVerKriegsSpielG* auch mit sonstigem Unionsrecht, insbesondere mit den Grundfreiheiten (zu denen auch v. a. die Warenverkehrsfreiheit der Art. 34 ff. AEUV gehört) und der [Richtlinie 2009/48/EG über die Sicherheit von Spielzeug](#) vereinbar ist, ist damit aber noch nicht geklärt (und könnte im Verfassungsbeschwerdeverfahren nach Auffassung des BVerfG auch nicht geklärt werden).

Zur Vertiefung:

- zur Bedeutung des Art. 72 Abs. 2 GG: [BVerfG, 2 BvF 1/01 v. 24.10.2002](#) = [BVerfGE 106, 62 ff.](#); [BVerfG, 2 BvF 2/02 v. 27.7.2004](#) = [BVerfGE 111, 226 ff.](#); [BVerfG, 1 BvL 21/12 v. 17.12.2014](#) = NJW 2015, 303 ff.; [BVerfGE 138, 136 ff.](#); [BVerfG, 1 BvF 2/13 v. 21.7.2015](#) = [BVerfGE 140, 65 ff.](#); [Faßbender, JZ 2003, 332 ff.](#); [Kenntner, NVwZ 2003, 821 ff.](#); [Lechleitner, Jura 2004, 746 ff.](#);
- zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von Kriegsspielzeugverboten: [Kürschner/Walther, NJW 1983, 2182 ff.](#); [von Münch, NJW 1982, 2644 ff.](#); siehe ferner die Fallbearbeitung „Krieg ist kein Kinderspiel“ von [Brauner/Stollmann/Weiß, Fälle und Lösungen zum Staatsrecht, 7. Auflage 2003, S. 105 ff.](#); eine ähnliche Thematik (gesetzliches Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten) behandelt auch die Fallbearbeitung von [Lüdemann/Hermstrüwer, JuS 2012, 57 ff.](#);
- zur Rechtsprechung des **EuGH** betreffend die Anwendbarkeit der **nationalen Grundrechte** gegenüber nationalen Maßnahmen, die nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh auch an den Unionsgrundrechten zu messen sind, siehe [diese Anmerkung](#) (m.w.N.) bei [Abschnitt B](#) (m.w.N.);
- zur Rechtsprechung des **BVerfG** zu den materiellen und verfassungsprozessualen Fragen des Verhältnisses zwischen deutschen Grundrechten und Unionsgrundrechten und der Abgrenzung ihrer Anwendungsbe-
reiche siehe [diese Anmerkung](#) bei [Abschnitt C](#) (m.w.N.);
- zum Begriff der „Durchführung“ in Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh siehe [diese Anmerkung](#) bei [Abschnitt D](#) (m.w.N.).