

GEULEN & KLINGER
Rechtsanwälte

Dr. Reiner Geulen*
Prof. Dr. Remo Klinger*
Dr. Caroline Douhaire LL.M.
Karoline Borwieck
David Krebs
Lukas Rhiel

10719 Berlin, Schaperstraße 15
Telefon +49/ 30 / 88 47 28-0
Telefax +49/ 30 / 88 47 28-10
E-Mail geulen@geulen.com
klinger@geulen.com

www.geulenklinger.com

Rechtsgutachten

**zur Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zum Schutz von Kindern
vor Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt**

(Kinder-Lebensmittel-Werbegesetz – KLWG)

von

Rechtsanwältin Karoline Borwieck
GEULEN & KLINGER Rechtsanwälte

Erstellt im Auftrag des Foodwatch e.V.

14. Juni 2023

Gliederung

A.	Gutachtenauftrag	5
B.	Vorbemerkung.....	6
I.	Kinder als perfekte Werbeadressaten	6
II.	Besonderes Schutzbedürfnis von Kindern	7
C.	Rechtliche Würdigung	8
I.	Wesentliche Inhalte des bestehenden Entwurfes.....	8
1.	Adressaten der Regulierungen.....	8
2.	Kinder im Sinne des Entwurfes	9
3.	Wesentliche Regulierungsinhalte, § 4 KLWG-Entwurf	9
4.	Vermutungsregel für Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt – WHO-Nährwertprofil.....	12
5.	Zwischenergebnis	13
II.	Bestehende Rahmenbedingungen.....	14
1.	Geltender Rechtsrahmen	14
a.	Regelungen über unlautere Geschäftspraktiken	14
b.	EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste	17
2.	Bestehende Selbstverpflichtungen	19
a.	EU-Pledge	19
b.	Die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats.....	21
c.	Durchsetzbarkeit der Selbstverpflichtungen.....	22
d.	Zwischenergebnis.....	24
3.	Bestehende politische Vorgaben	24
a.	Koalitionsvertrag.....	24
b.	Verbraucherschutzministerkonferenz.....	25
c.	Policy Brief Dank-Allianz.....	26
d.	Europäischer Aktionsplan der WHO für Lebensmittel und Ernährung 2015-2020	26
III.	Zwischenergebnis	26

D.	Formelle Verfassungsmäßigkeit	28
1.	Grundsatz der Kompetenzverteilung	28
2.	Einschlägige Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	28
3.	Erforderlichkeitsklausel	34
a.	Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse	34
b.	Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit	36
c.	Enger Prognosespielraum des Gesetzgebers	37
4.	Zwischenergebnis	43
E.	Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	44
I.	Grundrechtseingriffe	44
1.	Grundrechtsbetroffenheit der Lebensmittelunternehmer.....	44
a.	Eingriff in die in Art. 5 GG verankerte Meinungsfreiheit	44
b.	Eingriff in die in Art. 12 Abs. 1 GG verankerte Berufswahl- bzw. Berufsausübungsfreiheit	46
c.	Eingriff in das in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Eigentumsrecht	49
2.	Grundrechtsbetroffenheit anderer natürlicher oder juristischer Personen, die Werbung im Sinne des geplanten Gesetzes betreiben	53
II.	Rechtfertigung	53
1.	Maßstab	54
2.	Legitimer Zweck	54
3.	Geeignetheit.....	59
4.	Erforderlichkeit	64
5.	Angemessenheit	71
III.	Zwischenergebnis	75
F.	Unionsrechtskonformität.....	76
I.	Vorbemerkung	76
II.	Eingriff in die in Art. 34 AEUV verankerte Warenverkehrsfreiheit.....	76
1.	Maßnahme gleicher Wirkung.....	77

2.	Rechtfertigung.....	80
III.	Eingriff in die in Art. 56 AEUV verankerte Dienstleistungsfreiheit.....	82
1.	Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs	82
2.	Rechtfertigung.....	83
IV.	Zwischenergebnis	84
G.	Ergebnis.....	85

A. Gutachtenauftrag

Die Gutachterin ist beauftragt worden, zu untersuchen, welche Handlungsmöglichkeiten sich dem Bundesgesetzgeber eröffnen, um an Kinder gerichtete Werbung für Lebensmittel, die besonders viel Zucker, Fett oder Salz enthalten, zu regulieren.

Hintergrund der Beauftragung ist ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) (Referentenentwurf V2/BMEL vom 11. Mai 2023; im Folgenden: Entwurf) für ein „Gesetz zum Schutz von Kindern vor Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt (Kinder-Lebensmittel-Werbe-gesetz – KLWG“).

Der Entwurf zielt darauf ab, die Exposition von Kindern als besonders verletzbare Verbrauchergruppe gegenüber Werbung für Lebensmittel mit einem hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt zu verringern und so einen Beitrag zu ihrem Schutz vor ernährungsmitbedingten Krankheiten zu leisten sowie sie beim Erlernen eines gesundheitsförderlichen Ernährungsverhaltens zu unterstützen.¹

Im Vergleich zu bereits bestehenden Regelungen nimmt der Entwurf nicht nur Werbemaßnahmen in den Blick, die eine unmittelbar an Kinder gerichtete Kaufaufforderung enthalten, sondern untersagt auch Werbeinhalte, die sich nach Art, Inhalt oder Gestaltung an Kinder richtet oder bei der sich die Adressierung von Kindern aus dem zeitlichen, inhaltlichen oder räumlichen Kontext der Werbung ergibt.

Zur Bewertung der Frage, ob ein Lebensmittel einen zu hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt aufweist, soll auf das Nährwertprofilmodell der Weltgesundheitsorganisation (im Folgenden: WHO) zurückgegriffen werden.

¹ Entwurf, S. 9.

B. Vorbemerkung

Ernährungsgewohnheiten werden in Kindheit und Jugend geprägt. International besteht daher Konsens, dass Kinder und Jugendliche vor Werbung für gesundheitsschädliche Produkte zu schützen sind. Gemäß der UN-Kinderrechtskonvention schließt dies selbst Jugendliche zwischen 14-18 Jahren ein, vgl. deren Artikel 1.

I. Kinder als perfekte Werbeadressaten

Kinder können Gesundheitsrisiken nicht in gleicher Weise überblicken wie Erwachsene. Zusätzlich sind sie nicht in der Lage, zu erkennen, dass ihr Handeln bzw. ihre Ernährungsgewohnheiten weitreichende Folgen in die Zukunft haben können.

Gleichzeitig sind Kinder und Jugendliche eine Verbrauchergruppe, der ein immenses ökonomisches Gewicht zukommt: Kinder und Jugendliche gewinnen für Unternehmen als eigenständige Zielgruppe der Werbung zunehmend an Bedeutung. Hierbei kommt Kindern unter 14 Jahren zum einen eine eigene, nicht unerhebliche Kaufkraft zu.² Viel entscheidender ist aber die mittelbare Kaufkraft von Kindern, die dadurch entsteht, dass diese die Kaufentscheidungen anderer Personen erheblich beeinflussen: Sie tragen Wünsche an Eltern und Verwandte heran und wirken gleichzeitig beeinflussend auf jüngere Geschwister und Freunde.³ Letztlich können Unternehmen Kinder durch ansprechende Werbung frühzeitig an sich binden, so dass die Kinder bis ins Erwachsenenalter hinein zu Konsumenten werden.

Die Werbeindustrie hat daher ein immenses Interesse an Kindern als Adressaten. In den 1960er Jahren begannen Lebensmittelunternehmen – zunächst in den USA, später auch in Deutschland⁴ – Kinder unmittelbar, d.h. unter Umgehung der

² *Srnka/Schiefer*, Kinder und Jugendliche als Zielgruppe in der Werbung, der markt 2002, S. 98 ff.; Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass die eigene Kaufkraft bei knapp 110 Mio. Euro liegt, wobei diese Summe sich ausschließlich auf das verfügbare Taschengeld bezieht und weitere „Einkommensquellen“, wie Geschenke von Verwandten, Geldgaben zu diversen Anlässen sowie Einkünfte aus eigener Erwerbstätigkeit (insbesondere Ferien- oder Nebenjobs) oder staatliche Unterstützungen nicht berücksichtigt werden.

³ *Srnka/Schiefer*, Kinder und Jugendliche als Zielgruppe in der Werbung, der markt 2002, S. 98; siehe auch *Vollbrecht*, Wie Kinder mit Werbung umgehen, in: Dichanz, Handbuch Medien: Medienforschung, S. 188-195.

⁴ *Effertz*, Kindermarketing für Lebensmittel im Internet, 2017, S. 5, abrufbar unter: https://www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/engagement/wenigerzucker/projektbericht_aok_bv_final_vorlage4.pdf.

Eltern, als Werbeadressaten anzusprechen. Ihre Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit macht sie zu perfekten Werbeadressaten.

II. Besonderes Schutzbedürfnis von Kindern

Die kindliche Naivität und fehlende Erfahrung machen Kinder gleichzeitig besonders schutzbedürftig.

Kinder haben ein Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und auf das „erreichbare Höchstmaß an Gesundheit“ (Art. 24 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention). Eltern sind in der Verantwortung, ihren Kindern eine gesunde Ernährung zu ermöglichen und ihnen einen gesunden Umgang mit Lebensmitteln zu vermitteln.

Verschiedene Organisationen wie die WHO und die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (im Folgenden: OECD) fordern daher schon seit längerem eine Beschränkung der Bewerbung von ungesunden Lebensmittelprodukten an Kinder.⁵ Der Staat muss die Rechte der Kinder schützen und den Eltern die Möglichkeit geben, ihre Erziehungsverantwortung wahrzunehmen. Gleichzeitig darf er die unternehmerische Freiheit der Lebensmittelunternehmen nicht unverhältnismäßig beschränken.

Es stellt sich daher die Frage, ob der Entwurf des Kinder-Lebensmittel-Werbegesetzes verfassungsgemäße Maßnahmen ergreift und inwieweit der Bundesgesetzgeber diese Maßnahmen treffen darf.

⁵ Siehe hierzu <https://www.euro.who.int/de/health-topics/disease-prevention/nutrition/news/news/2011/01/reducing-food-marketing-pressure-on-children>.

C. Rechtliche Würdigung

I. Wesentliche Inhalte des bestehenden Entwurfes

Der Entwurf macht relativ weitreichende Vorgaben hinsichtlich der Werberegulierung.

1. Adressaten der Regulierungen

Er adressiert Lebensmittelunternehmen und jede natürliche oder juristische Person, die Werbung oder Sponsoring im Sinne dieses Gesetzes betreibt, vgl. § 2 des Entwurfes.

Neben den Lebensmittelunternehmen werden auch andere natürliche oder juristische Personen erfasst, um sicherzustellen, dass auch Dritte, insbesondere eine Werbeagentur oder ein Influencer, erfasst wird, da diese Personen dem Absatz des Werbekunden bzw. des Lebensmittelunternehmens dienen.

§ 2 des Entwurfes adressiert explizit keine Mediendienstanbieter.

Dafür spricht schon der Wortlaut der Norm, die die Anwendung auf „Betreiber“ von Lebensmittelmarketing beschränkt. Werbetreiber sind solche, die aktiv Werbung platzieren, Mediendienstanbieter bieten dafür lediglich eine Plattform, betreiben aber selbst keine Werbung.⁶ Auch Systematisch ergibt sich diese Lesart, da an anderer Stelle im Entwurf von „Werbeträgern“ gesprochen wird.⁷ Für die dort aufgezählten Werbeträger gilt die Beschränkung der Werbetreiber. Werbetreiber und Werbeträger sind folglich unterschiedliche Akteure i.S.d. Entwurfs. Dass diese keine Normadressaten der Verbotsregelungen sein sollen, ergibt sich auch aus der Begründung zu § 2 und § 3 des Entwurfes, denn dort wird jeweils erläutert, dass sichergestellt werden soll, dass neben den Lebensmittelunternehmern auch Werbeagenturen oder Influencer erfasst werden sollen, diese sind wiederum Betreiber

⁶ Dieses Verständnis ergibt sich u.a. auch aus *Bundeskartellamt*, Online-Werbung, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, Februar 2018. S. 9.

⁷ § 4 Abs. 1 des Entwurfes.

von Werbung i.S.d. Wortlauts der Norm. Würde der Gesetzgeber die Mediendienstanbieter erfassen wollen, müsste er diese ausdrücklich benennen. In dem Referentenentwurf werden sie aber ausdrücklich nicht benannt.

Da die Verbotsregelungen mit Eingriffen in die durch das sekundäre Europarecht gesicherten Grundfreiheiten und mit Grundrechtseingriffen einhergehen, hätte der Entwurf die Mediendienstanbieter eindeutig als Adressaten der Verbotsregelungen erfassen müssen. Dies hat er nicht getan, sondern sich auf die Lebensmittelunternehmen und andere, vergleichbare natürliche oder juristische Personen beschränkt. Geplant sind mithin Regelungen, die sich an Lebensmittelunternehmer richten und an solche Personen, denen sich die Lebensmittelunternehmer zur Beibehaltung ihrer Werbemaßnahmen möglicherweise bedienen.

2. Kinder im Sinne des Entwurfes

Zu der Frage, wer Kind im Sinne des Gesetzes ist, verweist der Entwurf auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Jugendschutzgesetzes. Nach dieser Norm sind Kinder Personen, die noch nicht 14 Jahre alt sind. Zur Wahl dieser Altersgrenze wird erklärt:

„Werbung hat einen maßgeblichen und vor allem auch nachhaltigen Einfluss gerade auf die Altersstufen unter 14 Jahren. Robuste wissenschaftliche Übersichtsarbeiten kommen zu dem Schluss, dass Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt eine unausgewogene Ernährung bei Kindern und Jugendlichen begünstigt (Harris et al., 2009; Cairns et al., 2013; Jenkin et al., 2014; Boyland et al., 2016; Boyland et al., 2022 jeweils m.w.N.). Sie beeinflusst die Präferenz, das Kaufverhalten, die Essensauswahl (Quantität und Qualität) sowie das Essverhalten von Kindern.“⁸

3. Wesentliche Regulierungsinhalte, § 4 KLWG-Entwurf

Die entscheidenden Regulierungsnormen des Entwurfes sind in dessen § 4 normiert:

„§ 4

Werbeverbot, Verbot des Sponsorings

(1) Es ist verboten, allgemein oder im Einzelfall für Lebensmittel Werbung zu betreiben, die sich nach Art, Inhalt oder Gestaltung an Kinder richtet. Satz 1 gilt für die folgenden Werbeträger:

⁸ Entwurf, S. 10.

1. Hörfunk,
2. Presse oder eine andere gedruckte Veröffentlichung,
3. Dienste der Informationsgesellschaft,
4. audiovisuelle Mediendienste,
5. Video-Sharing-Plattform-Dienste,
6. Außenwerbung.

Satz 1 gilt nicht für Werbung für Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt.

(2) Es ist verboten, in den Fällen des Satzes 2 allgemein oder im Einzelfall für Lebensmittel Werbung zu betreiben, die sich nicht nach Art, Inhalt oder Gestaltung, aber nach ihrem zeitlichen, inhaltlichen oder räumlichen Kontext an Kinder richtet. Satz 1 gilt für Werbeträger nach

1. Absatz 1 Satz 2 Nummern 1 und 4, wenn Werbung zwischen 6 und 23 Uhr gesendet wird,
2. Absatz 1 Satz 2 Nummern 1, 2, 3, 4 und 5, wenn Werbung im direkten Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten erfolgt,
3. Absatz 1 Satz 2 Nummer 6 im Umkreis von 100 m zu Freizeiteinrichtungen, die ihrer Art nach oder tatsächlich in der Hauptsache von Kindern besucht werden, Schulen, Kindertageseinrichtungen oder Spielplätzen, ausgenommen Außenflächen einschließlich dazugehöriger Fensterflächen von Verkaufsständen, Kiosken und ähnlichen Einrichtungen.

Satz 1 gilt nicht für Werbung für Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt.

(3) Sponsoring ist verboten, wenn es sich nach Art, Inhalt oder Gestaltung an Kinder richtet. Satz 1 gilt nicht für Sponsoring für Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt.“

§ 4 Abs. 1 des Entwurfes bestimmt, dass es verboten ist, Werbung zu betreiben, die sich nach Art, Inhalt oder Gestaltung an Kinder richtet. Der Gesetzgeber führt zur Begründung wortwörtlich aus:

„Es soll eine Kinder besonders ansprechende und auf Kinder abzielende Gestaltung im weitesten Sinne erfasst werden. Dies kann sich unter anderem durch eine bildliche Darstellung von Kindern, von für Kinder typischen Situationen und/oder Örtlichkeiten, die Verwendung von Figuren, Symbolen und/oder Markenmaskottchen oder die Nutzung von für Kinder attraktiven Angeboten ergeben. Ebenso ist etwa die Werbung mit Äußerungen, die dem typischen Wortschatz von Kindern entnommen sind (kinderspezifische Schlüsselwörter) zu beurteilen. Die Darstellung oder Nennung von prominenten Persönlichkeiten aus gesellschaftlichen Bereichen (insbesondere Influencer, Künstler, Sportler), die bei Kindern beliebt sind, ebenso wie die Wiedergabe von Äußerungen solcher Persönlichkeiten, sind

gleichfalls Beispiele einer unzulässigen Werbung. Die Formulierung der Regelung ist entwicklungs offen und stellt sicher, dass auch andere als die vorgenannten Werbegestaltungen mit vergleichbarer Wirkung erfasst sind.“⁹

Bei dieser Regelung geht es mithin um Werbemaßnahmen, die sich des klassischen Kindermarketings bedienen. Kinder werden durch Sprache, Symbole oder sonstige Aufmachung der Werbung in besonderem Maße angesprochen.

Für diese Ansprache werden etwa Markenmaskottchen, prominente Persönlichkeiten oder kinderspezifische Schlüsselwörter genutzt.¹⁰

Nach § 4 Abs. 1 S. 2 des Entwurfes gilt das Verbot nicht für Werbung für Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt.

Im Rahmen des Entwurfes wird aber erläutert, dass es zahlreiche weitere Situationen gibt, in denen Kinder Werbung betrachten, die sie zu dem Kauf bzw. Konsum ungesunder Lebensmittel animieren.¹¹

§ 4 Abs. 2 des Entwurfes erweitert deshalb das Verbot des Absatzes 1. Die Norm erklärt, dass auch solche Werbemaßnahmen verboten sind, die sich zwar nicht wie die in Absatz 1 benannte Werbung unmittelbar an Kinder richten, die aber (1) zwischen 6 und 23 Uhr gesendet werden oder (2) im direkten Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten erfolgen oder (3) im Umkreis von 100 m zu Freizeiteinrichtungen, die ihrer Art nach oder tatsächlich in der Hauptsache von Kindern besucht werden, Schulen, Kindertageseinrichtungen oder Spielplätzen, ausgenommen Außenflächen einschließlich dazugehöriger Fensterflächen von Verkaufsständen, Kiosken und ähnlichen Einrichtungen. Dieses Verbot gilt nicht für Werbung für Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt.¹²

In der Entwurfsbegründung wird erklärt, dass Kinder in dem Zeitraum zwischen 6:00 und 23:00 Uhr vermehrt Fernsehen und dass sie auch durch solche Werbemaßnahmen angesprochen werden, die zwar keine klassisch Kinder ansprechenden

⁹ Entwurf, S. 15.

¹⁰ Entwurf, S. 15.

¹¹ Entwurf, S. 9 f.

¹² § 4 Abs. 2 S. 2 des Entwurfes.

den Inhalte umfassen, aber im direkten Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten erfolgen oder die in der Nähe zu Orten publiziert werden, an denen sich Kinder in besonderem Maße aufhalten.¹³

Diese Regulierung von Werbung, die sich nach zeitlichem, inhaltlichem oder räumlichem Kontext an Kinder richtet, weist aufgrund des potentiell weiteren, zum Teil auch Erwachsene umfassenden, Adressatenkreises grundsätzlich ein größeres Eingriffspotenzial auf. Es wurden deshalb drei abschließende Fallgruppen definiert, in denen eine Bewerbung unzulässig ist. Diese Fallgruppen sind spezifisch auf die Werbeumfelder von Kindern zugeschnitten. Die Definition dieser drei festen Fallgruppen soll dem Ausgleich der widerstreitenden Interessen und Rechtsgüter dienen.¹⁴

4. Vermutungsregel für Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt – WHO-Nährwertprofil

§ 5 des Entwurfes normiert, dass es sich um ein Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt handelt, wenn das Lebensmittel den Anforderungen der Anlage entspricht:

„§ 5

Vermutungsregel

Es wird vermutet, dass es sich um ein Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt handelt, wenn das Lebensmittel den Anforderungen der Anlage entspricht.“

Die Anlage enthält eine Tabelle, in der verschiedene Lebensmittelkategorien, wie zum Beispiel Schokolade und andere kakaohaltige Lebensmittelzubereitungen, Zuckerwaren einschließlich weißer Schokolade, Müsliriegel, süße Aufstriche und Desserts (Nummer 1) oder Knabberartikel (Nummer 3) enthalten sind. In der Tabelle wird aufgelistet, welche Höchstwerte diese Lebensmittel für die Kategorien Gesamtfett, gesättigte Fettsäuren, Zuckergehalt gesamt, Zuckerzusatz, Süßungsmittel, Salz und für die Energiemenge enthalten dürfen, um als Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt bewertet zu werden. Die Werte entsprechen

¹³ Entwurf, S. 15.

¹⁴ Entwurf, S. 10.

den neuen Grenzwerten des Nährwertprofils der WHO 2023. Für bestimmte Getränke wurden Anpassungen vorgenommen. Ebenso wurde bestimmt, dass für Fleisch, Fisch, Krebstiere, Weichtiere und andere wirbellose Wassertiere und Eier keine Höchstwerte gelten sollen.

Das Nährwertprofil der WHO soll Kinder vor Werbung schützen, mit der ungesunde Lebensmittel und nichtalkoholische Getränke vermarktet werden. Das Modell ermöglicht die Klassifizierung von Lebensmitteln und die Bestimmung, ob diese gesund genug sind, um sie an Kinder zu vermarkten. Das Modell kann von Entscheidungsträgern genutzt werden, um Handlungskonzepte zur Verbesserung des allgemeinen Nährwerts von Ernährungsweisen und zur Unterstützung entsprechender Überwachungsinitiativen zu entwickeln und so den Druck auf Kinder zu verringern und die Vermarktung gesünderer Ernährungsweisen zur Verringerung der Risiken nichtübertragbarer Krankheiten zu gewährleisten.¹⁵

Der Entwurf erläutert, dass das Modell europäisch eingeführt wurde und wissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigt. Es werde als weithin anerkannte Ernährungsrichtlinie auch im Rahmen der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (ABl. L 95 vom 15.4.2010, S. 1), die durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 (ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 69) geändert worden ist, benannt (Erwägungsgrund 28), um an Kinder gerichtete Werbung für Lebensmittel auf der Grundlage ihrer Nährstoffzusammensetzung wirkungsvoll zu reduzieren.¹⁶

5. Zwischenergebnis

Im Entwurf werden verschiedene Regelungen getroffen, mit denen an Kinder gerichtete Werbemaßnahmen bzw. solche Werbemaßnahmen für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt, denen Kinder in besonderem Maße ausgesetzt sind, reguliert werden.

¹⁵ <https://www.who.int/europe/de/news/item/14-03-2023-new-who-guidelines-aim-to-protect-children-from-unhealthy-food-marketing>.

¹⁶ Entwurf, S. 16.

II. Bestehende Rahmenbedingungen

Nach der Darstellung der wesentlichen Inhalte des Entwurfes soll im Folgenden aufgezeigt werden, welche Rahmenbedingungen sich aktuell bereits stellen. Hierbei kann differenziert werden zwischen dem bestehenden Rechtsrahmen, vorhandenen Selbstverpflichtungen und anderen bestehenden politischen Vorgaben.

1. Geltender Rechtsrahmen

Die Lebensmittelhersteller werden durch den bestehenden Rechtsrahmen nur in sehr geringem Maße unmittelbar adressiert.

a. Regelungen über unlautere Geschäftspraktiken

Vorgaben macht etwa die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (im Folgenden: UGP-RL)¹⁷, die im nationalen Recht durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (im Folgenden: UWG) umgesetzt wurde¹⁸.

Der Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG enthält eine enumerative Auflistung von geschäftlichen Handlungen, die gegenüber Verbrauchern stets unzulässig sind.

Nr. 28 dieses Anhangs regelt:

„Kaufaufforderung an Kinder

[Eine unzulässige geschäftliche Handlung im Sinne des § 3 Abs. 3 ist] die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen“

Die Norm geht auf Nr. 28 des Anhangs I der UGP-Richtlinie zurück.

¹⁷ [Richtlinie 2005/29/EG](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 149/22).

¹⁸ [Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb](#) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das zuletzt durch Artikel 20 des Gesetzes vom 24. Juni 2022 (BGBl. I S. 959) geändert worden ist.

Hiernach ist eine aggressive Geschäftspraktik die

„Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in eine Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen. Diese Bestimmung gilt unbeschadet des Artikels 16 der Richtlinie 89/552/EWG über die Ausübung der Fernsehaktivität.“

Sowohl Nr. 28 des Anhangs I der UGP-Richtlinie, wie auch Nr. 28 des Anhangs zu § 3 UWG erfassen Werbung, die mittels „unmittelbarer Aufforderung“ Kinder adressiert.

In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17. Juli 2013 – I ZR 34/12 – führte dieser aus:

„Das Unmittelbarkeitskriterium dient der Abgrenzung von bloß mittelbaren oder indirekten – und damit nicht tatbestandsmäßigen – Aufforderungen, die sich für die Werbeadressaten erst aus den Umständen ergeben und bei denen ein zusätzlicher, vom Umworbenen (gedanklich) zu vollziehender Schritt zwischen Aufforderung in der Werbung und Entstehung des Erwerbsentschlusses erforderlich ist (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2013, 168 = WRP 2013, 92 [93]; Köhler in Köhler/Bornkamm, Anh. zu § 3 III Rn. 28.8; ders., WRP 2008, 700 [702]; Fezer/Scherer, Anh. UWG Nr. 28 Rn. 15 ff.; dies., NJW 2009, 324 [330]; dies., WRP 2008, 430 [433]; T. Fuchs, WRP 2009, 255 [264]; weitergehend Mankowski, WRP 2008, 421 [424]; Wirtz in Götting/Nordemann, § 3 Rn. 177). Dass durch die angegriffene Aussage direkt zum Kauf aufgefordert wird, ergibt sich – wie bereits dargelegt – mit hinreichender Deutlichkeit aus dem imperativen Appell „Schnapp Dir die günstige Gelegenheit“ und nicht erst aus den sonstigen Umständen. Un-erheblich ist, dass diese „günstige Gelegenheit“ im unmittelbaren Kontext der Werbung selbst (noch) nicht näher hinsichtlich der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen konkretisiert ist. Das steht der Annahme einer „unmittelbaren Aufforderung“ iSd Nr. 28 des Anh. zu § 3 III UWG im Streitfall nicht entgegen.“¹⁹

Entscheidend für die Anwendbarkeit der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist mithin, „ob ein Kaufappell vorliegt“.²⁰ Dieser muss unmittelbar an Kinder gerichtet sein (zum Beispiel „Schnapp’s Dir!“²¹), sodass diese direkt zum Kauf oder zum Einwirken auf eine Kaufentscheidung anderer Personen aufgefordert werden.²²

¹⁹ BGH, Versäumnisurteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 34/12, GRUR 2014, S. 298, Rn. 25.

²⁰ BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 34/12, GRUR 2014, S. 298 Rn. 20.

²¹ BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 34/12, GRUR 2014, S. 298 Rn. 17.

²² OLG Köln, Urteil vom 21. September 2012 - 6 U 53/12, GRUR-RR 2013, S. 168 (169).

Hierfür genügt es nicht, dass Kinder in der Werbung gezeigt werden, die sich das Produkt kaufen,²³ vielmehr muss die Werbung direkte Kaufappelle beinhalten.

Die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen bleiben daher hinter den Regelungen des Entwurfes zurück, denn dieser erfasst auch solche Werbung, die zwar keinen unmittelbaren Kaufappell beinhaltet, die sich aber durch eine besondere Aufmachung explizit an Kinder richtet oder der Kinder in besonderem Maße, etwa durch zeitliche oder örtliche Nähe ausgesetzt sind.

Die bestehenden Vorschriften entfalten keine Sperrwirkung für die Bestrebungen des Gesetzgebers.

Nach Art. 3 Abs. 2 UGP-RL lässt die Richtlinie die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten unberührt, die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten betreffen. Dies wird in Erwägungsgrund 9 S. 3 UGP-RL bestätigt:

„Die Mitgliedstaaten können somit unabhängig davon, wo der Gewerbetreibende niedergelassen ist, unter Berufung auf den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Verbraucher in ihrem Hoheitsgebiet für Geschäftspraktiken Beschränkungen aufrechterhalten oder einführen oder diese Praktiken verbieten, beispielsweise im Zusammenhang mit Spirituosen, Tabakwaren und Arzneimitteln.“

Zu diesen Vorschriften zählen nach der Rechtsprechung auch lebensmittelrechtliche Verbotsnormen.²⁴ Folglich fällt der Entwurf unter Art. 3 Abs. 3 UGP-RL, da dieser auch dem Schutz der Gesundheit der Kinder als Werbeadressaten dient.²⁵

Eine Beschränkung des Gesetzgebers bezüglich der Regulierung von Lebensmittelmarketing gegenüber Lebensmittelherstellern durch die UGP-RL besteht somit nicht.

²³ OLG Köln, Urteil vom 21. September 2012 - 6 U 53/12, GRUR-RR 2013, S. 168 (169); Köhler, Werbung gegenüber Kindern, WRP 2008, S. 700 (702); Mankowski, Was ist eine "direkte Aufforderung zum Kauf" an Kinder?, WRP 2008, S. 421 ff.

²⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 11. Oktober 2017 - 6 U 59/16, Juris, Rn. 76.

²⁵ § 1 des Entwurfes sowie Begründung des Entwurfes, S. 9 ff,

b. EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste

Vorgaben zu Lebensmittelmarketing macht auch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste²⁶ (im Folgenden: AVMD-RL), die im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (im Folgenden: JMStV) umgesetzt wurden.

Im Bereich des Lebensmittelmarketings durch audiovisuelle Mediendienste²⁷ bestimmt die AVMD-RL in Art. 9 Abs. 4:

„Die Mitgliedstaaten unterstützen die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes gemäß Artikel 4a Absatz 1, in Bezug auf unangebrachte audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, die Kindersendungen begleitet oder darin enthalten ist und Lebensmittel und Getränke betrifft, die Nährstoffe oder Substanzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung enthalten, insbesondere Fett, Transfettsäuren, Salz oder Natrium, sowie Zucker, deren übermäßige Aufnahme im Rahmen der Gesamternährung nicht empfohlen wird.

Diese Kodizes zielen darauf ab, die Einwirkung audiovisueller kommerzieller Kommunikation für solche Lebensmittel und Getränke auf Kinder wirkungsvoll zu verringern. Sie sehen vor, dass die positiven Ernährungseigenschaften solcher Lebensmittel und Getränke durch diese audiovisuelle kommerzielle Kommunikation nicht hervorgehoben werden.“

Strengere Maßnahmen sind gem. Art. 4 Abs. 1 AVMD-RL 2018 möglich:

„Die Mitgliedstaaten können Mediendiensteanbieter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, ausführlicheren oder strengeren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen nachzukommen, sofern diese Bestimmungen mit dem Unionsrecht im Einklang stehen.“

Bei der Richtlinie handelt es sich um eine Mindestharmonisierung, sodass der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich über die „[Unterstützung der] Koregulierung und Förderung der Selbstregulierung“ hinausgehen darf, soweit die Adressaten der jeweiligen Regulierung „der Rechtshoheit [des jeweiligen Mitgliedsstaats] unterworfen sind“.

²⁶ [Richtlinie](#) (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, Abl. EU L 303/69 v. 28.11.2018.

²⁷ Art. 1 Abs. 1 Buchst. a AVMD-RL.

Ähnlich dem Art. 9, werden in Artikel 28b Vorgaben bezüglich der Werbung auf Videosharing-Plattformen (VSP)²⁸ gemacht. In Abs. 2 UAbs. 4 wird Art. 9 Abs. 4 entsprechend wiedergegeben:

„Die Mitgliedstaaten unterstützen die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes gemäß Artikel 4a Absatz 1, um die Einwirkung audiovisueller kommerzieller Kommunikation für Lebensmittel und Getränke, die Nährstoffe und Substanzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung enthalten — insbesondere Fett, Transfettsäuren, Salz oder Natrium, sowie Zucker —, deren übermäßige Aufnahme im Rahmen der Gesamternährung nicht empfohlen wird, auf Kinder wirkungsvoll zu verringern. Diese Kodizes sehen möglichst vor, dass die positiven Ernährungseigenschaften solcher Lebensmittel und Getränke durch diese audiovisuelle kommerzielle Kommunikation nicht hervorgehoben werden.“

Art. 28b Abs. 2 und 3 stellen die Maßnahmen gegenüber VSP ebenfalls unter die Maßgabe, dass die Mitgliedsstaaten nur gegenüber solchen VSP tätig werden dürfen, die ihrer Rechtshoheit unterliegen.

In Deutschland wurde Art. 9 Abs. 4 AVMD-RL durch § 6 Abs. 7 JMStV umgesetzt. Strengere Regeln wurden nicht verabschiedet. Die bestehenden Regelungen bleiben folglich weit hinter den von der Regierung verfolgten Bestrebungen zurück. Diese möchte nämlich verpflichten anstatt lediglich eine Selbst- und Koregulierung zu fördern.

Eine Beschränkung des deutschen Gesetzgebers durch die AVMD-RL in der durch den Entwurf skizzierten Weise an Kinder gerichtetes Lebensmittelmarketing zu regulieren, besteht ebenfalls nicht.

Adressaten der Richtlinie sind ausschließlich Programmgestalter (audiovisuelle Mediendiensteanbieter und Videosharing-Plattformen, s.o.) und nicht Lebensmittelunternehmen oder andere Werbetreibende, die auf den audiovisuellen Mediendienste oder VSP-Anbietern Werbeflächen kaufen. Folglich ist der Anwendungsbereich der Richtlinie für den vorliegenden Entwurf nicht eröffnet.

Die Richtlinie umfasst zwar nach Artikel 1 Absatz 1 lit. h) audiovisuelle kommerzielle Kommunikation als

²⁸ Art. 1 Abs. 1 Buchst. aa AVMD-RL.

„Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen; diese Bilder sind einer Sendung oder einem nutzergenerierten Video gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung beigelegt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung;“

Unter diese Kommunikation könnte folglich Lebensmittelmarketing fallen. Allerdings macht Artikel 28b Absatz 2 AVMD-RL 2018 deutlich, dass die Verpflichtungen, die sich aus der Richtlinie für audiovisuelle kommerzielle Kommunikation ergeben, für VSP-Anbieter gelten, die diese Werbung vermarkten, verkaufen und zusammenstellen und nicht auch an solche Personen, die diese Werbepplätze kaufen:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die ihrer Rechtshoheit unterworfenen Video-Sharing-Plattform-Anbieter die Anforderungen des Artikels 9 Absatz 1 in Bezug auf audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, die von diesen Video-Sharing-Plattform-Anbietern vermarktet, verkauft oder zusammengestellt wird, erfüllen.“

Die AVMD-RL berührt den Regelungsbereich des Entwurfes folglich nicht, sodass eine Beschränkung der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers durch die AVMD-RL für die in § 2 des Entwurfes bestimmten Adressaten nicht vorliegt.

2. Bestehende Selbstverpflichtungen

Die Regulierung von an Kinder gerichtete Werbung ist in hohem Maße von verschiedenen Selbstverpflichtungen geprägt, die sich Unternehmen auferlegt haben. Von besonderer Bekanntheit sind hier insbesondere der sog. EU-Pledge²⁹ sowie die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats über sämtliche Formen der kommerziellen Kommunikation für Lebensmittel.³⁰

a. EU-Pledge

Bei dem sog. EU-Pledge handelt es sich um eine freiwillige Initiative führender Lebensmittel- und Getränkehersteller, mit dem Ziel, ihre Werbung für Kinder zu ändern. Die Mitgliedsunternehmen verpflichten sich, keine Werbung für Lebensmittel und Getränke an Kinder unter dreizehn Jahren zu verbreiten oder nur für

²⁹ <https://eu-pledge.eu>.

³⁰ Abrufbar unter: <https://www.werberat.de/werbekodex/lebensmittel>.

solche Produkte zu werben, die bestimmte Nährwertkriterien erfüllen. Diese Kriterien werden von der Initiative im sog. „EU Pledge Nutrition White Paper“ selbständig festgelegt.³¹ „Werbung an Kinder“ liegt nach der Definition des EU-Pledge dann vor, wenn sich die Werbung an einen Publikumskreis richtet, der mind. 30 % Personen unter 13 Jahren beinhaltet. Gibt es zu der Zusammensetzung des Publikums keine hinreichenden Daten, müssen die Unternehmen andere relevante Faktoren wie etwa den Gesamteindruck der Werbung beachten.³²

Die Initiative umfasst 23 Mitglieder, die ca. 80 % der Werbeausgaben in der EU repräsentieren. Erfasst ist die Werbung im Fernsehen, Printmedien, auf unternehmenseigenen Webseiten und solchen von Drittanbietern, Radio, Kino, DVDs, Direkt-Marketing, Produktplatzierung, interaktive Spiele („Advergames“) Outdoor-Marketing sowie SMS-Marketing.³³

Die EU-Pledge als freiwillige Maßnahme ist nicht geeignet, für einen ausreichenden Schutz vor Werbemaßnahmen zu sorgen. Aufgrund der Eigenschaft der Freiwilligkeit der Maßnahme fehlen Möglichkeiten, die im Falle eines Verstoßes gegen die Vorgaben ergriffen und für deren Einhaltung sorgen können. Zudem enthält die Initiative verschiedene Regelungslücken, die eine wirksame Regulierung des Kindermarketings verhindern, etwa bei der Frage der Bewertung des Ernährungsprofils von Lebensmitteln.

Zwar bescheinigt der Monitoringreport 2022 des EU-Pledge der Initiative einen positiven Einfluss³⁴, andere Untersuchungen kommen hingegen zu gegenteiligen Ergebnissen.³⁵

³¹ https://eu-pledge.eu/wp-content/uploads/EU_Pledge_Nutrition_White_Paper.pdf.

³² https://eu-pledge.eu/wp-content/uploads/EU_Pledge_Nutrition_White_Paper.pdf.

³³ https://eu-pledge.eu/wp-content/uploads/EU_Pledge_Nutrition_White_Paper.pdf.

³⁴ https://eu-pledge.eu/wp-content/uploads/EU_Pledge_Monitoring_Report_2022.pdf, S. 2.

³⁵ So etwa *Effertz*, Kindermarketing für ungesunde Lebensmittel in Internet und TV (Studie der Universität Hamburg), abrufbar unter <https://www.dank-allianz.de/files/content/dokumente/Kurzfassung%20Kinderwerbbestudie.pdf>; *ders.*, Kindermarketing für Lebensmittel im Internet, Eine Studie im Auftrag des AOK-Bundesverbandes, abrufbar unter https://aok-bv.de/imperia/md/aokbv/engagement/wenigerzucker/projektbericht_aok_bv_final_vorlage4.pdf; Foodwatch-Studie Kindermarketing für Lebensmittel, abrufbar unter https://www.foodwatch.org/fileadmin/Themen/Kinderlebensmittel/Dokumente/2015-08-24_foodwatch-Studie_Kindermarketing_EU_Pledge_auf_dem_Pruefstand_final_WEB.pdf.

b. Die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats

Der Deutsche Werberat ist die Selbstkontrollereinrichtung der Werbewirtschaft. Seine Regelwerke sollen „Leitplanken für die inhaltliche Gestaltung von Wirtschaftswerbung“ setzen.³⁶ Die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats für Lebensmittel teilen sich in allgemeine Grundsätze und spezielle Bestimmungen für Kinder auf. Die Regelungen, die sich an Kinder richten, sollen vor allem direkte Kaufaufforderungen an unter 14-Jährige verhindern. Auf der Seite des Werberates wird ausgeführt:

„So soll unter anderem an Unter-14-Jährige gerichtete Lebensmittelwerbung keine direkten Aufforderungen zum Kauf oder Konsum enthalten und nicht einem gesunden, aktiven Lebensstil entgegenwirken. Auch soll Lebensmittelwerbung dieser Altersgruppe nicht suggerieren, dass für eine vollständige und ausgewogene Mahlzeit der Verzehr eines bestimmten Lebensmittels unersetzlich sei.“

Der Werberat geht weiter davon aus, dass

„Lebensmittel per se weder gesund noch ungesund [sind]. Es gibt nur eine gesunde beziehungsweise ungesunde Lebensweise. Entscheidend ist die richtige Kombination verschiedener Lebensmittel im Rahmen der Ernährung und ausreichend Bewegung. Dem Erlernen eines gesunden, aktiven Lebensstils durch Unter-14-Jährige wirkt Werbung nicht entgegen, wenn die Lebensmittel nicht als einseitige Nahrungsquelle dargestellt oder eine körperliche Betätigung als überflüssig präsentiert wird.“³⁷

Die Regelungen bleiben daher weit hinter den durch den Gesetzesentwurf verfolgten Ambitionen zurück. Auf den Seiten des Werberates wird an verschiedenen Stellen detailliert beschrieben, dass es nicht sinnvoll sei, Kinder von Werbung für ungesunde Lebensmittel abzuschotten, sondern dass diese einen guten Umgang mit diesen Lebensmitteln erlernen müssten. So werden letztlich einerseits Vorgaben aufgestellt, die durch das UWG, die Health-Claims-Verordnung³⁸ oder den JMStV ohnehin eingehalten werden müssen. Andererseits werden relativ weiche, weitreichendere Vorgaben gemacht. Eine Vorgabe, die den geplanten Regelungen scheinbar am nächsten kommt, lautet:

³⁶ <https://www.werberat.de/aufgaben-und-ziele>.

³⁷ <https://www.werberat.de/unter-14-jahrige-und-lebensmittelwerbung>.

³⁸ [Verordnung](#) (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel.

„Die an Unter-14-Jährige gerichtete kommerzielle Kommunikation für Lebensmittel soll Verkaufsförderungsmaßnahmen (z.B. Zugaben) und aleatorische Werbemittel (z.B. Gewinnspiele und Preisausschreiben) nicht in einer Weise einsetzen, die die geschäftliche Unerfahrenheit dieser Altersgruppe ausnutzt. Insbesondere soll die kommerzielle Kommunikation für Lebensmittel Unter-14-Jährige nicht durch übermäßige Vorteile in unangemessen unsachlicher Weise anlocken.“

Anders als der Gesetzesentwurf gehen die Bestimmungen des Werberates davon aus, dass der Schutz der Kinder vor gesundheitlichen Risiken, die durch den Konsum ungesunder Lebensmittel entstehen, vor allem durch das Erlernen eines angemessenen Umgangs mit diesen Lebensmitteln, nicht aber durch eine weitreichende Regulierung von Werbemaßnahmen für diese Lebensmittel erreicht werden kann.

c. Durchsetzbarkeit der Selbstverpflichtungen

Die Wirkmöglichkeiten der vorgestellten Selbstverpflichtungen ist aufgrund ihrer Eigenschaft als sog. „soft law“ von vornherein begrenzt.³⁹

Eine von der AOK in Auftrag gegebene Studie kam für den Bereich des Kindermarketings im Internet zu dem Ergebnis, dass – je nach Auslegung des Begriffs des Kindermarketings – zwischen 62 und 90 Prozent der Mitglieder des EU-Pledge die Vorgaben nicht einhielten.⁴⁰

Eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit erlangen die Regelungen lediglich über den „Umweg“ des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG. Die Norm enthält das Verbot irreführender geschäftlicher Handlungen. Sie lautet:

„§ 5

(1) Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält:

(...)

6. die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist, oder

(...)“

³⁹ Creifelds, Rechtswörterbuch Kompakt, 2. Edition 2020, Soft Law.

⁴⁰ Effertz, Kindermarketing für Lebensmittel im Internet, 2017, S. 25.

Durch diese Vorschrift können auch Verstöße etwa gegen den EU-Pledge und die Regeln des Deutschen Werberats rechtliche Konsequenzen haben. Denn gem. § 8 Abs. 1 UWG kann derjenige, der eine nach §§ 3 und 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt – hierzu zählen auch unlautere geschäftliche Handlungen nach § 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG – auf Beseitigung und Unterlassen in Anspruch genommen werden.

In der Praxis sind die hieraus resultierenden Konsequenzen aber begrenzt, denn Voraussetzung der Beseitigung bzw. Unterlassung ist, dass das Unternehmen sich zunächst verbindlich zur Einhaltung der Regelungen verpflichtet hat und insbesondere auf diese Bindung hinweist.⁴¹ Erfolgt ein solcher Hinweis nicht explizit, kann ein Verstoß gegen eine der bestehenden Selbstverpflichtungen durch die Verbraucherschutzverbände nicht verfolgt werden.

Den Verhaltenskodexen kommt daher lediglich indizielle Wirkung zu.⁴²

So geht der BGH davon aus, dass

„Regeln, die sich ein Verband oder ein sonstiger Zusammenschluss von Verkehrsbeteiligten gegeben hat, nur eine begrenzte Bedeutung [haben]. Ihnen kann zwar unter Umständen entnommen werden, ob innerhalb der in Rede stehenden Verkehrskreise eine bestimmte tatsächliche Übung herrscht. Aus dem Bestehen einer tatsächlichen Übung folgt aber noch nicht, dass ein von dieser Übung abweichendes Verhalten ohne Weiteres als unlauter anzusehen ist. Der Wettbewerb würde in bedenklicher Weise beschränkt, wenn das Übliche zur Norm erhoben würde. Regelwerken von (Wettbewerbs-)Verbänden kann daher allenfalls eine indizielle Bedeutung für die Frage der Unlauterkeit zukommen, die aber eine abschließende Beurteilung anhand der sich aus den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ergebenden Wertungen nicht ersetzen kann (BGHZ 166, 154 Rnr. 19, GRUR 2006, S. 773).

[...] Auch nach Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken sind Verstöße gegen einen Verhaltenskodex, zu dem sich Verkehrsbeteiligte verpflichtet haben (vgl. § 2 I Nr. 5 UWG 2008), oder Verstöße gegen die fachliche Sorgfalt (vgl. § 2 I Nr. 7 UWG 2008) nicht bereits als solche unlauter (vgl. § 3 II 1, § 5 I 2 Nr. 6, Anh. zu § 3 III Nrn. 1 und 3 UWG 2008; vgl. dazu ferner Erdmann, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb. d. WettbewerbsR, 4. Aufl., § 37 Rdnrn. 7ff.; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 2 Rdnr. 115; Keller, in: Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 152; Schmidhuber, WRP 2010, 593 [596]). Auch die Richtlinie zieht

⁴¹ *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 41. Aufl. 2023, UWG § 5, Rn. 7.2.

⁴² *Fritzsche*, LMK 2011, S. 316-398.

diesen Schluss nicht, sondern sieht nur bestimmte Fälle des Nichteinhaltens von Verhaltenskodizes als unlauter an (vgl. Art. 2 lit. f und 5 II, Art. 6 II lit. b, Anh. I Nrn. 1 und 3; vgl. auch Art. 1 sowie Erwägungsgrund 20 der Richtlinie; vgl. dazu ferner Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, § 5 Rdnr. 5164).⁴³

d. Zwischenergebnis

Die Durchsetzbarkeit der Selbstverpflichtungen ist mithin begrenzt. Die verschiedenen Vorgaben des sog. „soft law“ stellen wichtige Vorgaben auf und geben gute Leitlinien, an denen sich die Unternehmen orientieren können. Teilweise bleiben sie hinsichtlich ihrer inhaltlichen Vorgaben aber hinter den durch den Gesetzesentwurf verfolgten Ambitionen zurück und sind aufgrund ihrer Freiwilligkeit auch nur in sehr begrenztem Maße justiziabel.

3. Bestehende politische Vorgaben

Neben dem bestehenden Rechtsrahmen und verschiedenen Selbstverpflichtungen finden sich weitere politische Vorgaben, die Einfluss auf die Regulierung von an Kinder gerichtete Werbung haben.

Verschiedene politische Institutionen haben beschlossen, dass an Kinder gerichtete Lebensmittelwerbung Beschränkungen erfahren muss.

a. Koalitionsvertrag

So wurde im Rahmen des Koalitionsvertrages auf Seite 36 erklärt:

„Wir werden, insbesondere mit Blick auf Kinder, mit den Akteuren bis 2023 eine Ernährungsstrategie beschließen, um eine gesunde Umgebung für Ernährung und Bewegung zu schaffen. Wir werden die Standards der Deutschen Gesellschaft für Ernährung aktualisieren, in der Gemeinschaftsverpflegung als Standard etablieren, Vernetzungsstellen weiterbetreiben und Modellregionenwettbewerb durchführen. Unser Ziel ist, den Anteil regionaler und ökologischer Erzeugnisse entsprechend unserer Ausbauziele zu erhöhen. Wir werden gemeinsam mit allen Beteiligten die Lebensmittelverschwendung verbindlich branchenspezifisch reduzieren, haftungsrechtliche Fragen klären und steuerrechtliche Erleichterung für Spenden ermöglichen. Wir stärken pflanzliche Alternativen und setzen uns für die Zulassung von Innovationen wie alternative Proteinquellen und Fleischersatzprodukten in der EU ein. An Kinder gerichtete Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- und Salzgehalt darf es in Zukunft bei

⁴³ BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 157/08, GRUR 2011, S. 431, Rn. 13-15.

Sendungen und Formaten für unter 14-Jährige nicht mehr geben. Wir werden ein EU-weites Nutriscore wissenschaftlich und allgemeinverständlich weiterentwickeln. Wir unterstützen die Entwicklung von Kriterien für einen ökologischen Fußabdruck. Wir werden den gesundheitlichen Verbraucherschutz stärken und zu gesundheitsgefährdenden Stoffen wie endokrine Disruptoren, Mehrfachbelastungen, Kontaktmaterialien forschen. Lebensmittelwarnung.de wird praktikabler weiterentwickelt. Wir schaffen wissenschaftlich fundierte und auf Zielgruppen abgestimmte Reduktionsziele für Zucker, Fett und Salz.“

Der Koalitionsvertrag definiert wie auch der Gesetzesentwurf Kinder als Personen unter 14 Jahre und erklärt, dass an diese Personengruppe zukünftig keine Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- und Salzgehalt gerichtet werden darf.

b. Verbraucherschutzministerkonferenz

Im Rahmen der [18. Verbraucherschutzministerkonferenz](#) am 17. Juni 2022 in Weimar wurde unter TOP 54 folgender Beschluss gefasst:

„1. Die Ministerinnen, Minister und Senatorinnen der Verbraucherschutzressorts der Länder sind der Auffassung, dass es an Kinder und Jugendliche gerichtete Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- und Salzgehalt in Zukunft bei Sendungen und Formaten nicht mehr geben darf. Dies entspricht weitgehend den Forderungen der Kommission der Weltgesundheitsorganisation (WHO) für die Beseitigung von Adipositas.

2. Die Ministerinnen, Minister und Senatorinnen der Verbraucherschutzressorts der Länder sehen mit Sorge, dass aktuell über 15 Prozent der Kinder und Jugendlichen in Deutschland übergewichtig oder adipös sind und sich damit deren Risiko für Folgeerkrankungen wie Diabetes, Gelenkprobleme, Bluthochdruck und Herzerkrankungen erhöht. Die Corona-Krise verschärfte diese Situation. Es ist weiterhin ein Anstieg von Adipositas und eine Zunahme von Diabetes-Typ-2 bei Kindern und Jugendlichen zu verzeichnen.

3. Die Ministerinnen, Minister und Senatorinnen der Verbraucherschutzressorts der Länder sprechen sich für ein umfassendes Verbot für an Kinder und Jugendliche gerichtete Werbung für Lebensmittel, die nicht dem Nährstoffprofil-Modell des Regionalbüros für Europa der WHO entsprechen, aus. Sie halten es für notwendig, dies zügig gesetzlich zu regeln und bitten den Bund, dies im Rahmen seiner Regelungszuständigkeit auf den Weg zu bringen.“

Der Beschluss wurde ohne Gegenstimmen gefasst.

c. Policy Brief Dank-Allianz

Mit einem [Policy Brief](#) möchten der AOK-Bundesverband, die Verbraucherzentrale Bundesverband und das Wissenschaftsbündnis Deutsche Allianz Nichtübertragbare Krankheiten – dem 21 medizinisch-wissenschaftliche Fachgesellschaften und Organisationen angehören, darunter die Deutsche Gesellschaft für Kinder und Jugendmedizin, der Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte, die Deutsche Diabetes Gesellschaft, die Deutsche Gesellschaft für Ernährungsmedizin und die Deutsche Adipositas-Gesellschaft – Empfehlungen für die Ausgestaltung geeigneter Regulierungsregelungen unterbreiten.

Hierbei wird insbesondere darauf hingewiesen, dass sich das Nährwertprofil der WHO für die Bewertung der Lebensmittel besonders gut eignet, dass möglichst alle Kanäle und Werbeformen von sog. Kindermarketing erfasst werden sollten und dass ein Zeitfenster von 6:00 Uhr bis 23:00 Uhr für etwaige Beschränkungen gewählt werden sollte.

d. Europäischer Aktionsplan der WHO für Lebensmittel und Ernährung 2015-2020

Der Europäische Aktionsplan der WHO für Lebensmittel und Ernährung 2015-2020 hat das Ziel, Maßnahmen zu erlassen, die das Ernährungssystem regulieren und verbessern.⁴⁴ Ziel des Plans ist es unter anderem, ungünstige Folgen vermeidbarer ernährungsbedingter, nichtübertragbarer Krankheiten und Adipositas zu reduzieren.

III. Zwischenergebnis

Verschiedene Rahmenbedingungen haben Einfluss auf an Kinder gerichtete Werbemaßnahmen für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- und Salzgehalt. Rechtlich verbindliche Regelungen verbieten lediglich, Kinder durch unmittelbare Kaufappelle zum Kauf zu animieren. Weitreichendere verbindliche Regelungen gibt es hingegen nicht. Verschiedene Selbstverpflichtungen stellen zwar durchaus sinnvolle Leitlinien auf, leider aber als sog. „soft law“ von vornherein an einer fehlenden

⁴⁴ European Food and Nutrition Action Plan 2015-2020, abrufbar unter: https://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0003/294474/European-Food-Nutrition-Action-Plan-20152020-en.pdf, S. 2 und 7 f..

Möglichkeit ihrer verbindlichen Durchsetzung. Mehrere politische Vorgaben stellen die Regulierung von Lebensmittelwerbung gegenüber Kindern für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- und Salzgehalt als anzustrebendes Ziel dar.

D. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das Gutachten widmet sich im Folgenden der Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit des geplanten Gesetzes.

Zuständig für den Erlass entsprechender Regelungen ist der Bundesgesetzgeber. Seine Gesetzgebungskompetenz ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 (Recht der Lebensmittel) in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) des Grundgesetzes.

Im Einzelnen:

1. Grundsatz der Kompetenzverteilung

Art. 70 Abs. 1 GG bestimmt, dass grundsätzlich die Länder das Recht der Gesetzgebung haben, soweit das Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich dabei gem. Art. 70 Abs. 2 GG nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

Auch wenn bestimmte Regelungsmaterien gleichzeitig Elemente der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz wie auch solche der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder aufzeigen können, muss die Materie am Ende entweder dem einen oder dem anderen Kompetenzbereich zugewiesen werden. Eine „Doppelzuständigkeit“, auf deren Grundlage Bund und Länder ein und denselben Gegenstand in unterschiedlicher Weise regeln könnten, ist dem System der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen fremd und stünde mit ihrer Abgrenzungsfunktion (Art. 70 Abs. 2 GG) nicht im Einklang.⁴⁵

2. Einschlägige Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 auf das Recht der Wirtschaft und auf das Recht der Lebensmittel.

⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, NJW 2003, S. 41 (44).

Gegenstand der Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG ist das gesamte Recht der Lebensmittel, darunter auch die Bewerbung von Lebensmitteln und die Information von Verbrauchern zu Lebensmitteln.

Der Gesetzgeber hat auf dieser Kompetenzgrundlage bereits verschiedene Regelungen getroffen, die nicht die unmittelbare Lebensmittelsicherheit, sondern den Umgang mit Lebensmitteln und deren Vertrieb betreffen, so etwa Regelungen im Bereich des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (im Folgenden: LFGB). Nach § 20 Abs. 1 LFGB ist es unter anderem verboten, beim Verkehr mit Futtermittelzusatzstoffen oder Vormischungen oder in der Werbung für sie allgemein oder im Einzelfall Aussagen zu verwenden, die sich auf die Beseitigung oder Linderung von Krankheiten oder auf die Verhütung solcher Krankheiten, die nicht Folge mangelhafter Ernährung sind, beziehen. Die Kompetenz des Bundes wurde hinsichtlich dieser Regelung zur Werberegulierung unproblematisch angenommen.⁴⁶

Eine Bundesgesetzgebungskompetenz wurde ebenfalls für das Zweite Gesetz zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes angenommen.⁴⁷ Mit diesem Änderungsgesetz wurden weitreichende Werbeverbote für Tabakprodukte erlassen. Neben dem (Bundes-)Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 (Recht der Lebensmittel) wurde auch der Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) herangezogen.⁴⁸

Zwar erklärt der Gesetzgeber, dass mit dem Gesetz „der Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Gesundheitsschäden“ erreicht werden soll.⁴⁹ In der weiteren Begründung knüpft er aber nicht länger an das Tabakprodukt als solches an, sondern erklärt deutlich, dass es um Regelungen geht, die Werberegulierungen aufstellen:

„Der Gesetzentwurf sieht – in Ergänzung der bestehenden Werbeverbote im Hörfunk, in der Presse und anderen gedruckten Erzeugnissen, in den Diensten der Informationsgesellschaft sowie in der sonstigen audiovisuellen kommerziellen Kommunikation einschließlich des Fernsehens – ein Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse vor. [...]

⁴⁶ BT-Drs. 15/3657, S. 57.

⁴⁷ BT-Drs. 19/19495, S. 12.

⁴⁸ BT-Drs. 19/19495, S. 12.

⁴⁹ BT-Drs. 19/19495, S. 8.

Die Verbote der Außenwerbung und die weitergehende Einschränkung der Kinowerbung sowie ein Verbot der kostenlosen Abgabe in Kombination mit den bereits bestehenden Werbeverboten werden als wirksame Mittel eingeschätzt, um eine weitere Senkung der Raucherquote zu erreichen. Außenwerbung für Tabakerzeugnisse ist allgemein präsent. Kinowerbung findet im positiv besetzten Kontext von Unterhaltung statt. Die kostenlose Abgabe kann einen Anreiz zum Einstieg in den oder zur Fortsetzung des Konsums insbesondere für preisbewusste Konsumenten, wie z. B. junge Erwachsene, setzen. Die mit diesen Maßnahmen einhergehenden Eingriffe in die Freiheitsrechte der betroffenen Unternehmen der Tabakwirtschaft und der Werbewirtschaft, insbesondere in die Grundrechte der Meinungsäußerungsfreiheit und der Berufsfreiheit, werden aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung als gerechtfertigt angesehen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in zwei Entscheidungen mit der Eindämmung des Tabakkonsums befasst, so in seiner Entscheidung vom 22. Januar 1997 – 2 BvR 1915/91 – (BVerfGE 95, 173) zu Warnhinweisen auf Packungen von Tabakerzeugnissen und in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 (BVerfGE 121, 317) zum Nichtraucherschutz in Gaststätten. Das Gericht betont, dass dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung in der Werteordnung des Grundgesetzes ein hohes Gewicht zukomme. Aus Artikel 2 Absatz 2 des Grundgesetzes könne daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasse. Angesichts der Zahl der Todesfälle, die sich nach wissenschaftlichen Erkenntnissen auf Erkrankungen durch Passivrauchen zurückführen lassen, sei zudem auch der Schutz des menschlichen Lebens betroffen. Die Verfassung begründe auch insoweit eine Schutzpflicht des Staates, die es ihm gebiete, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen (BVerfGE 121, 356 m.w.N.).

Da die Gesundheit und erst recht das menschliche Leben zu den besonders hohen Gütern zählten, dürfe ihr Schutz auch mit Mitteln angestrebt werden, die in das Grundrecht der Berufsfreiheit empfindlich eingriffen (BVerfGE 121, 357). Im Hinblick auf das Verbot der Außenwerbung ist ferner der Jugendschutz als weiterer Rechtfertigungsgrund anzuführen, da sich Jugendliche dieser allgemein präsenten Werbeform nicht entziehen können. Der Zusammenhang zwischen dem Kontakt Jugendlicher mit Tabakwerbung und der Wahrscheinlichkeit, zu rauchen oder mit dem Rauchen zu beginnen, ist statistisch repräsentativ in mehreren Studien auch auf Deutschland bezogen untersucht.⁵⁰

Die Regulierungen werden als wirksame Mittel eingeschätzt, um die Quote der Raucher zu senken und damit einen Beitrag zum Gesundheitsschutz zu leisten.

Die Regulierungen stellen Verbote der Außenwerbung und der Kinowerbung auf und ergänzen die bestehenden Verbotsnormen, mit denen bereits die Werbung für

⁵⁰ BT-Drs. 19/19495, S. 10 f.

Tabakprodukte in der Fernsehwerbung untersagt wurde.⁵¹ Der Bundesgesetzgeber hat seine Gesetzgebungsbefugnis auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 (Recht der Lebensmittel) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) gestützt, obwohl die Auswirkungen der Regulierungen die Mediengestaltung und nicht die Tabakprodukte selbst treffen.

Der Bundesgesetzgeber hat auch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Verbraucherinformation auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 (Recht der Lebensmittel) erlassen.⁵²

Dort heißt es:

„Soweit in diesem Gesetz Informationszugangsrechte geschaffen und Vorschriften über die Information der Öffentlichkeit geändert werden, ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 20 des Grundgesetzes.“⁵³

Das Ziel des Entwurfes wird wie folgt beschrieben:

„Verbraucherinnen und Verbrauchern wird mit dem vorliegenden Gesetzentwurf Zugang zu den bei den Behörden vorhandenen Informationen im Anwendungsbereich des LFGB und des Weingesetzes eröffnet. Darüber hinaus werden die Fälle ausgeweitet, in denen die Behörden von sich aus die Öffentlichkeit unter Namensnennung über marktrelevante Vorkommnisse informieren sollen. Zudem werden die Staatsanwaltschaften verpflichtet, die Überwachungsbehörden von der Einleitung eines Strafverfahrens bei Verstößen gegen das LFGB oder das Weingesetz zu unterrichten.“⁵⁴

Der primäre Regelungsgehalt ist daher kein solcher, der inhaltliche Anforderungen an Lebensmittel stellt, vielmehr nimmt er vornehmlich die Information von Verbraucherinnen und Verbrauchern in den Blick.

Das Recht der Lebensmittel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG umfasst daher nicht nur das Recht zum Erlass von Regelungen, die genuin Anforderungen an den Verkehr und den Verkauf von Lebensmitteln stellen, sondern erfasst auch das Recht, Regelungen zu erlassen, die den sonstigen Vertrieb, einschließlich der Werbung bis hin zum Verbrauch sowie dem Schutz vor gesundheitlichen Schäden und gegen

⁵¹ Siehe § 20 Tabakerzeugnisgesetz; siehe hierzu auch die Begründung des Entwurfes.

⁵² BGBl. 2007, Teil I Nr. 56, S. 2558 ff.

⁵³ BR-Drs. 273/07, S. 15.

⁵⁴ BR-Drs. 273/07, S. 1 f.

Übervorteilung, etwa durch irreführende Bezeichnungen oder mangelhafte Kennzeichnung, erfassen.⁵⁵

So konnte der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Verbraucherinformation, welches im September 2012 in Kraft getreten ist,⁵⁶ eine Regelung erlassen, mit der der verpflichtende Zugang zu Unternehmensinformationen für Verbraucher durch die Behörde geregelt wurde (§ 40 Abs. 1a LFGB).

„Bezüglich des durch das vorliegende Gesetz geregelten Informationszugangs bei Lebensmitteln, Futtermitteln und Bedarfsgegenständen folgt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 20 des Grundgesetzes.“⁵⁷

Die Regelung unterlag bereits einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht, welche die Gesetzgebungskompetenz des Bundes bestätigt hat:

„Für die Regelung der Informationstätigkeit der Behörden im Bereich des Lebensmittel- und Futtermittelrechts hat der Bund das Recht der Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 in Verbindung mit Art. 72 Abs. 2 GG.“⁵⁸

Der Kompetenztitel, der sich zugunsten des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG ergibt, ist daher weitreichend und erfasst jedenfalls auch die hier zu erlassenden Werberegulierungsmaßnahmen.

Im Mittelpunkt der Regelungen stehen die von den Lebensmitteln ausgehenden nachteiligen Gesundheitswirkungen, die zulasten von Kindern auftreten.

Im Rahmen des Gesetzesentwurfes wird erklärt:

„Ziel des Gesetzes ist es, zu einem wirksamen Schutz von Kindern als besonders verletzbare Verbrauchergruppe vor Übergewicht bzw. Adipositas sowie ernährungsmitbedingten Krankheiten beizutragen. Werbung ist Teil der prägenden Ernährungsumgebung und hat einen nachweislichen Einfluss auf das Ernährungsverhalten. Ziel des Gesetzes ist nicht die Medienregulierung, sondern die Regulierung der Werbung für Lebensmittel mit zu viel Zucker, Fett oder Salz – und damit die Verbesserung des Gesundheitsschutzes durch Gestaltung der Ernährungsumgebung von Kin-

⁵⁵ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, GG, Art. 74, Rn. 145; Broemel, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, GG, Art. 74, Rn. 75.

⁵⁶ Gesetz vom 15.03.2012 - BGBl. I 2012, Nr. 14 21.03.2012, S. 476.

⁵⁷ BT-Drs. 17/7374, S. 13.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 21. März 2018 - 1 BvF 1/13, BVerfGE 148, 40-64, Rn. 23.

dem. Die Regulierung erfolgt ähnlich wie bei Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen konkret produktbezogen für Lebensmittel mit zu viel Zucker, Fett oder Salz“.⁵⁹

Der Gesetzesentwurf stellt damit die für die Gesundheit problematische Zusammensetzung der Lebensmittel in den Vordergrund.

Zudem werden nach § 2 des Entwurfes vornehmlich die Lebensmittelunternehmer als Adressaten der Regelungen genannt. Ihnen gleichgestellt werden natürliche oder juristische Personen, die Werbung oder Sponsoring für die Lebensmittelunternehmer im Sinne dieses Gesetzes betreiben.

Explizit nicht erfasst werden hingegen die Rundfunkanbieter.

Der Entwurf stellt daher Regelungen im Bereich des Lebensmittelrechts auf, nicht im Bereich des Rundfunkrechts.

Der Bundesgesetzgeber stützt seine Gesetzgebungsbefugnis zudem auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft).

Der Begriff des Rechts der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist weit zu verstehen⁶⁰

Zum Recht der Wirtschaft gehören die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, insbesondere diejenigen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, aber auch sämtliche Regelungen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regeln.⁶¹ Hierzu zählen Gesetze mit wirtschaftsregulierendem oder wirtschaftslenkendem Inhalt.⁶²

⁵⁹ Siehe Seite 12 des Entwurfes.

⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Januar 2014 - 2 BvR 1561, 1562, 1563, 1564/12 - BVerfGE 135, 155, Rn. 101; BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 - 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, S. 202 (215); BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 1984 - 1 BvR 1249, BVerfGE 68, S. 319 (330).

⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 1984 - 1 BvR 1249, BVerfGE 68, S. 319 (330); BVerfG, Urteil vom 10. Dezember 1980 - 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, S. 274 (308).

⁶² BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, S. 202 (216).

Aspekte der Wirtschaft wirken zudem regelmäßig weit in Lebensbereiche hinein, die anderen Kompetenztiteln zugeordnet sind, insbesondere in den Bereichen Film und Medien sowie im kulturellen Bereich.⁶³

Dem Bundesgesetzgeber stehen mithin die Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 (Recht der Lebensmittel) und aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) zur Seite.

3. Erforderlichkeitsklausel

Der Gesetzesentwurf ist auch erforderlich i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG.

Nach dieser Norm hat

„Auf den Gebieten des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 [...] der Bund das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“

Zusätzlich zu einem einschlägigen Kompetenztitel muss daher eine Erforderlichkeit im Sinne der Norm vorliegen.

Die Erforderlichkeitsklausel unterscheidet gem. Art. 72 Abs. 2 GG alternativ drei mögliche Ziele als Voraussetzung zulässiger Bundesgesetzgebung. Eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht, „wenn und soweit“ (a) die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder (b) die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse oder die (b) Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.⁶⁴

a. Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse

Die Anforderungen, die an das Vorliegen der Erforderlichkeit einer Bestimmung zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ gestellt werden, sind relativ hoch. Das BVerfG geht davon aus, dass eine Bestimmung zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ nicht schon dann erforderlich ist, wenn es nur um das

⁶³ *Broemel*, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, GG Art. 74, Rn. 32.

⁶⁴ *Degenhart*, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, GG Art. 72, Rn. 10.

Inkraftsetzen bundeseinheitlicher Regelungen oder um eine allgemeine Verbesserung der Lebensverhältnisse geht. Die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse sei erst dann bedroht und der Bund zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.⁶⁵

Bis zur Verfassungsreform im Jahr 1994, die zu dem am 15. November 1994 in Kraft getretenen geänderten Grundgesetz führte, verlangte die Erforderlichkeitsklausel die „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“. Dieses Erfordernis wurde durch „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ ersetzt.⁶⁶

Das Leitbild der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ hatte zu einer Rechtfertigung beinahe jedes rechtspolitischen Wunsches nach bundesgesetzlicher Regulierung geführt⁶⁷ und damit die grundsätzliche Kompetenzverteilung zugunsten der Länder in nicht verfassungskonformer Weise beschränkt. Die veränderte Begrifflichkeit sollte daher „eine Abkehr vom Leitbild allumfassender Einheitlichkeit bewirken“.⁶⁸

Die Anforderungen dafür, dass eine Regelung als erforderlich für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse ist, sind daher relativ hoch, um die grundsätzliche Kompetenzverteilung zugunsten der Länder nicht in Frage zu stellen.

Ob die geplanten Regelungen erforderlich sind, um gleichwertige Lebensverhältnisse herzustellen, erscheint fraglich. Die Regelungen werden zunächst keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Lebensverhältnisse in den Ländern oder das bundesstaatliche Sozialgefüge haben.

⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 21.07.2015 - 1 BvF 2/13, BVerfGE 140, 65 S. 35; BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 324.

⁶⁶ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter, 7. Aufl. 2018, GG Art. 72 Rn. 98; siehe auch Schlussbericht der Enquêtekommission Verfassungsreform vom 9.1 April 1976, BT-Drs. 7/5924, S. 126, (131).

⁶⁷ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Oeter, 7. Aufl. 2018, GG Art. 72, Rn. 98.

⁶⁸ Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, Stand: September 2022, GG Art. 72, Rn. 130.

b. Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit

Die Regelungen sind aber erforderlich zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit.

„Rechtseinheit“ meint die Gleichheit der rechtlichen Rahmenbedingungen für alle Rechtsunterworfenen.⁶⁹

Die „Wahrung der Wirtschaftseinheit“ liegt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht.⁷⁰ Die „Wirtschaftseinheit“ setzt daher also mehr voraus als die Schaffung von „Rechtseinheit“. Die beiden Zielvorgaben haben allerdings häufig eine Schnittmenge.⁷¹

Das BVerfG geht davon aus, dass die „Wirtschaftseinheit“ als Zielgröße in Art. 72 Abs. 2 GG nicht auf den Bereich des „Rechts der Wirtschaft“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beschränkt ist, denn Art. 72 Abs. 2 GG bezieht sich auf alle Materien der konkurrierenden und der Rahmengesetzgebung. Erfordernisse der Wirtschaftseinheit im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG können also die Inanspruchnahme der Bundeskompetenz für alle in Art. 74 Abs. 1 GG aufgeführten Sachgebiete rechtfertigen.⁷² Die Erfordernisse der Rechts- und Wirtschaftseinheit können sich auch auf eine Vereinheitlichung in begrenztem Ausmaß – wie zum Beispiel auf den bloßen Ausschluss „grundlegend“ unterschiedlicher Regelungen beziehen.⁷³

Das Erfordernis einer bundeseinheitlichen Regelung dürfte in dem Bereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftseinheit regelmäßig zu bejahen sein.⁷⁴

⁶⁹ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/ 7. Aufl. 2018, GG Art. 72 Rn. 109

⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 330.

⁷¹ BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 330.

⁷² BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 332.

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 27. Januar 2010 - 2 BvR 2185/04, BVerfGE 125, 141-174, Rn. 61.

⁷⁴ Degenhart, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, GG Art. 74, Rn. 90.

Im Rahmen des Entwurfes eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes hat der Gesetzgeber auf das dringende Erfordernis einheitlicher Regelungen hingewiesen.

Er erklärte folgendes:

„Dem Bund steht das Gesetzgebungsrecht in diesem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zu, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet und die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundeseinheitliche Regelung erforderlich macht (Artikel 72 Absatz 2 GG). Das Ziel, zu einem wirksamen Schutz der Bevölkerung, insbesondere von Kindern und Jugendlichen, vor gesundheitlichen Schäden, die durch den Tabakkonsum verursacht werden können, beizutragen, kann nur erreicht werden, wenn im gesamten Bundesgebiet einheitliche Regelungen für Tabakerzeugnisse und elektronische Zigaretten bzw. sonstige, damit zusammenhängende Erzeugnisse gelten. Die Regelungen des vorliegenden Gesetzes sollen einheitliches Bundesrecht schaffen und eine gleichmäßige Praxis der Verwaltungs- und Überwachungsbehörden für das gesamte Bundesgebiet gewährleisten, um Ungleichbehandlungen der betroffenen Wirtschaftsakteure und damit erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft zu vermeiden“.⁷⁵

Ein umfassender Gesundheitsschutz vor den Gefahren des Tabakkonsums ist nach Auffassung des Bundesgesetzgebers daher nur durch einheitliche bundesweite Regelungen zu erreichen. Ein Unterschied zu den nunmehr geplanten Regelungen ist nicht auszumachen. Auch bei diesen geht es um den Schutz vor gesundheitlichen Gefahren, die durch den Konsum ungesunder Lebensmittel hervorgerufen werden können.

c. Enger Prognosespielraum des Gesetzgebers

Bezüglich der Frage, ob ein Gesetz erforderlich ist oder nicht, steht dem Gesetzgeber ein enger Prognosespielraum zu.

Das BVerfG geht davon aus, dass sich Art. 72 Abs. 2 GG neben den Grenzen der Kompetenztitel des Art. 74 GG als zusätzliche Schranke für die Ausübung der Bundeskompetenz darstellt. Ob die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG vorliegen

⁷⁵ BT-Drs. 19/19495, S. 12

oder nicht unterliegt einer strikten Bewertung des Gesetzgebers. Ein von verfassungsgerichtlicher Kontrolle freier gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG besteht nicht.⁷⁶

Dennoch spricht das BVerfG dem Gesetzgeber einen gewissen Prognosespielraum zu.

In seiner „Altenpflegeentscheidung“ vom 24. Oktober 2002 führt das BVerfG aus:

„Auch für die Feststellung künftiger Entwicklungen, von denen die "Erforderlichkeit" im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG abhängt, hat der Gesetzgeber einen Prognosespielraum. Entwickelt sich ein Geschehensablauf anders als zuvor angenommen, so realisiert sich darin vielfach nur das prognosetypische, jeder Abschätzung komplexer künftiger Entwicklungen innewohnende Risiko. Fehlprognosen sind selbst bei größter Prognosesorgfalt letztlich nicht auszuschließen. Also muss auch dem Gesetzgeber, der Prognosen nicht vermeiden kann, innerhalb gewisser Grenzen zugestanden werden, dass er dieses Risiko eingeht, ohne eine negative verfassungsrechtliche Beurteilung befürchten zu müssen.

Die Bemessung eines Einschätzungsspielraums bei Prognosen muss auf die empirischen und normativen Voraussetzungen achten, unter denen die Gesetzgebung stattfindet. Es kann keine einheitliche, die vielfältigen Konstellationen nivellierende Antwort geben, sondern nur differenzierte Lösungen. Welcher Maßstab im konkreten Fall angemessen ist, richtet sich insbesondere nach den Besonderheiten des Sachverhalts und der Schwierigkeit der Prognose, wobei auch hier eine trennscharfe Abgrenzung kaum möglich ist.

Der Prognosespielraum kann nur im Wege einer Gesamtbetrachtung ermittelt werden, die sowohl sachbereichsbezogen ist als auch die zu schützenden Interessen berücksichtigt und dabei das Ausmaß der Objektivierbarkeit und Rationalisierbarkeit der dem Gesetz zu Grunde liegenden Erwartungen nicht außer Acht lässt (vgl. Ossenbühl, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, Band I, S. 458 <505 ff.>; Stettner, DVBl 1982, S. 1123 <1125 m.w.N.>; ders., NVwZ 1989, S. 806 <808>; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, S. 360 Rn. 501). Äußere oder vom Gesetzgeber zu vertretende Umstände wie Zeitnot oder unzureichende Beratung sind nicht geeignet, den Prognosespielraum zu erweitern (so allgemein im Hinblick auf Regelungsmängel BVerfGE 71, 364 <392>; vgl. auch Stettner a.a.O.).⁷⁷

⁷⁶ BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 290 f.

⁷⁷ BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 347 f.

Das BVerfG formuliert sodann konkrete Aspekte, die der vom Gesetzgeber vorgenommenen Prognose innewohnen müssen:

„In die verfassungsgerichtliche Prüfung eines Bundesgesetzes am Maßstab des Art. 72 Abs. 2 GG sind folgende Aspekte einzubeziehen (vgl. Tettinger, DVBl 1982, S. 421 <427>; Breuer, Der Staat 1977, S. 21 <39 ff.>; ähnlich Ladeur, NuR 1985, S. 81 ff.): Der Prognose müssen Sachverhaltsannahmen zu Grunde liegen, die sorgfältig ermittelt sind oder sich jedenfalls im Rahmen der gerichtlichen Prüfung bestätigen lassen (vgl. Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 124 ff.). Die Prognose muss sich methodisch auf ein angemessenes Prognoseverfahren stützen lassen, und dieses muss konsequent verfolgt worden sein (im Sinne der "Verlässlichkeit" der Prognosen, von der auch BVerfGE 88, 203 <262> spricht). Das Prognoseergebnis ist daraufhin zu kontrollieren, ob die prognostische Einschätzung tragenden Gesichtspunkte mit hinreichender Deutlichkeit offen gelegt worden sind oder ihre Offenlegung jedenfalls im Normenkontrollverfahren möglich ist und ob in die Prognose keine sachfremden Erwägungen eingeflossen sind.“⁷⁸

Diese Anforderungen wurden bei Umsetzung des Entwurfes erfüllt.

So wird erklärt:

„Ziel des Gesetzes ist es, zu einem wirksamen Schutz von Kindern als besonders verletzte Verbrauchergruppe vor ernährungsmitbedingten Krankheiten beizutragen. Dies kann nur erreicht werden, wenn im gesamten Bundesgebiet einheitliche Regelungen für Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt, die sich nach Art, Inhalt oder Gestaltung oder aufgrund des zeitlichen, inhaltlichen oder örtlichen Kontextes an Kinder richtet, gelten. Das Gesetz soll einheitliches, alle betroffenen Akteure bzw. Werbeträger und -mittel berücksichtigendes Bundesrecht schaffen und eine gleichmäßige Praxis der Verwaltungs- und Überwachungsbehörden für das gesamte Bundesgebiet gewährleisten, um Ungleichbehandlungen der betroffenen Wirtschaftsakteure und damit erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft zu vermeiden. § 6 Abs. 7 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) stellt keine entsprechende bundeseinheitliche Regelung dar, da der Anwendungsbereich des Gesetzesentwurfes deutlich weiter ausgestaltet ist. Notwendig für einen wirksamen Schutz und eine für alle Wirtschaftsbeteiligten geltende, die erforderliche Rechtsklarheit schaffende Regelung aus einem Guss ist eine bundeseinheitliche Regelung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt, die – wie im Tabakrecht – alle relevanten Werbeformate adressiert.“⁷⁹

⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 350.

⁷⁹ Siehe Seite 12 des Entwurfes.

Der Gesetzgeber darf aufgrund der Auswertung der bislang bestehenden wissenschaftlichen Untersuchungen davon ausgehen, dass die bestehenden Regelungen, Selbstverpflichtungen und politischen Agenden keinen Schutz von Kindern vor Werbung für ungesunde und damit potentiell gesundheitsschädliche Werbung bieten.⁸⁰ Er durfte daher den Erlass der Vorschriften grundsätzlich für erforderlich erachten und durfte auch davon ausgehen, dass unter dem Blickpunkt der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit bundesweite Regelungen erforderlich sind.

Dieses Erfordernis ergibt sich auch vor dem Hintergrund, dass zwar die Unternehmen in unterschiedlichen Bundesländern ansässig sind und daher auch nur teilweise von den geplanten Regelungen erfasst würden, die Werbewirkung aber bundesweit eintritt, denn Adressaten der geplanten Regelungen sind nicht die Mediendienstanbieter. Werbung von Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der geplanten Regelung fielen, könnten daher weiterhin bundesweit ausgestrahlt werden. Die Intention des Gesetzgebers würde vollends unterlaufen.

Da der Gesetzesentwurf die Lebensmittelunternehmen adressiert, würden fehlende bundeseinheitliche Regelungen dazu führen, dass verschiedene Lebensmittelunternehmer unterschiedlichen Regelungen unterliegen würden.

Mit den geplanten Regelungen soll eine konkrete Materie bundesgesetzlich geregelt werden, für die bisher keine spezialgesetzliche bundesrechtliche Regelung existiert. Insbesondere bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen durch die Normierungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV).⁸¹

§ 6 JMStV stellt in grundsätzlicher Hinsicht bezüglich des Jugendschutzes in der Werbung und im Teleshopping auf. § 6 Abs. 2 JMStV bestimmt, dass Werbung Kinder und Jugendliche weder körperlich noch seelisch beeinträchtigen darf. Darüber hinaus darf sie keine direkten Aufrufe zum Kaufen oder Mieten von Waren oder Dienstleistungen an Kinder oder Jugendliche enthalten, die deren Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit ausnutzen (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 JMStV) und sie darf Kinder oder Jugendliche nicht unmittelbar auffordern, ihre Eltern oder Dritte zum Kauf

⁸⁰ Siehe hierzu Abschnitt E.II.4.

⁸¹ Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) vom 13. September 2002, GVBl. 2003 S. 147, BayRS 02-21-S, der zuletzt durch Art. 2 des Vertrages vom 14. Dezember 2021, GVBl. 2022, S. 313 (396) geändert worden ist.

der beworbenen Waren oder Dienstleistungen zu bewegen (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 JMStV). § 6 Abs. 4 JMStV bestimmt, dass Werbung, die sich auch an Kinder oder Jugendliche richtet oder bei der Kinder oder Jugendliche als Darsteller eingesetzt werden, nicht den Interessen von Kindern oder Jugendlichen schaden oder deren Unerfahrenheit ausnutzen darf.

§ 6 Abs. 2 JMStV verbietet mithin nur die unmittelbare Kaufaufforderung, bietet ansonsten aber keinerlei Schutz Werbemaßnahmen, die eine solche unmittelbare Kaufaufforderung nicht beinhaltet. Werbung für ungesunde Lebensmittel beeinträchtigt Kinder auch nicht unmittelbar seelisch oder körperlich, sodass sich auch durch die weiteren Regulierungsinhalte des § 6 Abs. 2 JMStV keine Begrenzungen des Lebensmittelmarketing ergeben. Die körperlichen Beeinträchtigungen treten erst weit nach der Betrachtung der Werbemaßnahmen auf.

Auch § 6 Abs. 4 JMStV stellt keine ausreichende bundeseinheitliche Regelung dar. Die Norm nimmt lediglich Werbung für unmittelbar gefährliche Gegenstände, wie Pfefferspray oder Arzneimittel in den Blick.⁸² Eine solch unmittelbare Schädigungswirkung kann für ungesunde Lebensmittel nicht postuliert werden, denn es fehlt – wie dargelegt – an einem Unmittelbarkeitskriterium.

Insbesondere stellt § 6 Abs. 7 JMStV keine spezialgesetzliche Regelung auf.

Die Norm lautet:

„Die Anbieter treffen geeignete Maßnahmen, um die Einwirkung von im Umfeld von Kindersendungen verbreiteter Werbung für Lebensmittel, die Nährstoffe und Substanzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung enthalten, insbesondere Fett, Transfettsäuren, Salz, Natrium, Zucker, deren übermäßige Aufnahme im Rahmen der Gesamternährung nicht empfohlen wird, auf Kinder wirkungsvoll zu verringern.“

Nach der gesetzlichen Begründung dient die Norm der Umsetzung der AVMD-Richtlinie.⁸³

⁸² König/Börner, Erweiterter Minderjährigenschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr? - Gefahr körperlicher und seelischer Schäden als unverzichtbares Tatbestandsmerkmal des § 6 JMStV, MMR 2012, 215, 219.

⁸³ Amtliche Begründung, zitiert nach NK-JMStV/Schwartzmann, 2. Aufl. 2021, JMStV § 6; zur AVMD-Richtlinie siehe Abschnitt C.II.1.b.

Erwägungsgrund 28 der Richtlinie bestimmt:

„In derselben Weise sollten die Mitgliedstaaten angehalten werden, dafür zu sorgen, dass auf Selbst- und Koregulierung beruhende Verhaltenskodizes angewandt werden, um die Einwirkung audiovisueller kommerzieller Kommunikation für alkoholische Getränke auf Kinder und Jugendliche wirkungsvoll zu reduzieren. Auf Unionsebene und auf nationaler Ebene bestehen verschiedene Selbst- und Koregulierungssysteme, die auf eine verantwortungsvolle Vermarktung alkoholischer Getränke, auch mittels audiovisueller kommerzieller Kommunikation, abzielen. Derartige Systeme sollten weiter gefördert werden, insbesondere wenn sie dafür sorgen sollen, dass audiovisuelle kommerzielle Kommunikation für alkoholische Getränke stets mit Hinweisen auf einen verantwortungsvollen Alkoholenuss einhergeht.“

Dieser Gedanke wird in Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie aufgenommen und dort als Aufforderung an die Mitgliedstaaten formuliert.

Durch § 6 Abs. 7 JMStV wird versucht der Aufforderung des Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie nachzukommen. Sie führt aber nicht zu einer verbindlichen Regelung, die geeignet ist, an Kinder gerichtetes Lebensmittelmarketing wirksam zu regulieren. Die Norm ist so abstrakt gehalten, dass sie „einige Fragen offen“ lässt.⁸⁴ *Liesching* spricht gar von einer „*Scheinregulierung*“⁸⁵: Die Norm enthält zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe, die eine Anwendung erschweren. Zudem fehlenden Regulierungs- bzw. Sanktionsmöglichkeiten für den Fall der unzureichenden Anwendung der Norm.⁸⁶

Die Norm ist daher nicht geeignet, die Rechts- und Wirtschaftseinheit auf Bundesebene zu wahren.

Die bundesrechtliche Kompetenz besteht letztlich auch unabhängig davon, ob die Länder zunächst einen weiteren Versuch unternehmen, entsprechende gemeinsame Regelungen für den Lebensmittelbereich zu verabschieden. Die Rechtsauffassung, dass erst ein erneuter Versuch der Länder vorliegen müsse, bevor der

⁸⁴ So *Bornemann*, Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag der Länder, NJW 2003, S. 787 (790).

⁸⁵ *Liesching*, Transfettsäuren sind nicht gut! - Jugendschutzregulierung im Digitalzeitalter, Blogbeitrag, 12.8.2019, abrufbar unter <https://community.beck.de/2019/08/12/transfettsauren-sind-nicht-gut-jugendschutzregulierung-im-digitalzeitalter>.

⁸⁶ *Bornemann*, NJW 2003, S. 787 (791).

Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen könne, wäre wegen Art. 72 Absatz 1 GG unzutreffend. Denn danach besteht die Gesetzgebungskompetenz der Länder nur „solange und soweit“ der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Dies ist bisher nicht geschehen.

4. Zwischenergebnis

Der Bundesgesetzgeber ist für den Erlass eines Gesetzes zum Schutz von Kindern vor Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt (Kinder-Lebensmittel-Werbegesetz – KLWG) zuständig.

Seine Gesetzgebungskompetenz ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 (Recht der Lebensmittel) in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft). des Grundgesetzes.

Die Regelungen sind zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich.

E. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die geplanten Regelungen sind nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht verfassungsgemäß.

I. Grundrechtseingriffe

Grundrechtseingriffe durch das geplante Gesetz liegen zwar zum Teil vor, diese sind aber jedenfalls gerechtfertigt.

1. Grundrechtsbetroffenheit der Lebensmittelunternehmer

a. Eingriff in die in Art. 5 GG verankerte Meinungsfreiheit

Die geplanten Regulierungsmaßnahmen beschränken die Möglichkeit der Lebensmittelunternehmer, bestimmte Werbemaßnahmen zu veröffentlichen.

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit kann für eine Wirtschaftswerbung in Anspruch genommen werden, wenn die Werbung einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen.⁸⁷

Soweit eine Meinungsäußerung – eine Ansicht, ein Werturteil oder eine bestimmte Anschauung – in einem Bild zum Ausdruck kommt, fällt auch dieses in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁸⁸

Vor diesem Hintergrund ist bereits fraglich, ob überhaupt ein Eingriff in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vorliegt, denn es ist zweifelhaft, ob den zu regulierenden Werbemaßnahmen überhaupt Elemente der Meinungsbildung zugeschrieben werden können.

⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 12. Dezember 2000 - 1 BvR 1762/95, BVerfGE 102, 347-369, Rn. 40; BVerfG, Beschluss vom 22. Januar 1997 - 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173-188, Rn. 46.

⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 12. Dezember 2000 - 1 BvR 1762/95, BVerfGE 102, 347-369, Rn. 40.

Das BVerfG ging in seiner Entscheidung zu staatlichen Warnhinweisen auf Tabakerzeugnissen davon aus, dass die Hersteller von Tabakerzeugnissen sich wegen der Hinweise nicht auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit berufen können.

Das Gericht erklärte:

„Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) kann für eine Wirtschaftswerbung allenfalls in Anspruch genommen werden, wenn die Werbung einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen (vgl. BVerfGE 71, 162 <175>). Daran fehlt es hier. Soweit die Hersteller von Tabakerzeugnissen auf ihren Packungen auch staatliche Warnungen verbreiten müssen, nimmt der Staat diese Packungen in Anspruch, ohne damit die Werbung im übrigen zu beeinträchtigen. Insoweit ist nicht die Meinungsbildung und Meinungsäußerung der Unternehmen, sondern ausschließlich deren Berufsausübung berührt.

Etwas anderes würde gelten, wenn die Warnhinweise nicht deutlich erkennbar Äußerung einer fremden Meinung wären, sondern dem Produzenten der Tabakerzeugnisse zugerechnet werden könnten. Würde einem Grundrechtsberechtigten die Verbreitung einer fremden Meinung als eigene zugemutet, so wäre die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) berührt. Wird dem Adressaten der Werbung der Eindruck vermittelt, der Tabakproduzent unterstütze aus eigenem Willen die Verbreitung der Warnhinweise, verbreite also von sich aus diese Aussage, so kann die Freiheit der Meinungsverbreitung den Prüfungsmaßstab bieten. Wird hingegen deutlich erkennbar, daß die auf den Packungen der Tabakprodukte verbreitete Meinung einem anderen zuzurechnen ist, und ist die Verbreitung dieser Warnhinweise allgemeine Bedingung eines gewerbsmäßigen In-Verkehr-Bringens von Tabakerzeugnissen, so regelt diese Kennzeichnungspflicht die Berufsausübung.

b) Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs wird das Grundrecht der Beschwerdeführerinnen auf Meinungsfreiheit durch die angegriffene Regelung nicht berührt. Die Pflicht zum Aufdruck der Warnhinweise dient der Verbreitung einer fremden Meinung, trifft alle Unternehmen, die Zigaretten gewerbsmäßig in Verkehr bringen, und erweckt nicht den Anschein, die Unternehmen würden diese Meinung von sich aus verbreiten.

Die Warnhinweise sind als Wiedergabe einer erkennbar fremden Meinung zu werten. Sie sagen aus, daß die EG- Gesundheitsminister die Ansicht vertreten, Rauchen verursache Krebs sowie Herz- und Gefäßkrankheiten. Diese Warnhinweise werden nach der generellen Verpflichtung des § 3 TabKTHmV nicht nur von einzelnen Unternehmen verbreitet, sondern gehören zum Erscheinungsbild jeder Zigarettenpackung. Sie enthalten - für den Nachfrager erkennbar - keine einem einzelnen Unternehmen zurechenbare Aussage, sondern sind Bedingung für jedes gewerbsmäßige Angebot von Zigaretten und ähnlichen Tabakerzeugnissen. Die EG-Gesundheitsminister verfolgen ihr gesundheitspolitisches Ziel gerade dadurch,

daß sie für jede Kauf- und Konsumententscheidung die Schädlichkeit bewußt machen wollen."⁸⁹

Mit dem Entwurf verhält es sich vergleichbar: Sämtliche Lebensmittelunternehmen unterliegen den Regulierungen gleichermaßen, die Regulierungen werden durch Gesetz festgelegt. Die Regulierungen sind daher Ausdruck einer fremden Meinung und als solche auch von Verbraucherinnen und Verbrauchern zu erkennen.

Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass ein Eingriff in die durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG etablierte Meinungsfreiheit vorläge, würde man dessen Verfassungswidrigkeit vereinen müssen, denn nach Art. 5 Abs. 2 findet das Recht der Meinungsfreiheit seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.⁹⁰

b. Eingriff in die in Art. 12 Abs. 1 GG verankerte Berufswahl- bzw. Berufsausübungsfreiheit

Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst das Grundrecht der Berufsfreiheit sowohl die Wahl als auch die Ausübung des Berufs.

Trotz dieser Einordnung des Art. 12 Abs. 1 GG als einheitliches Grundrecht, nahmen BVerfG und Lehre lange Zeit eine weitgehend strikte Abgrenzung zwischen der Berufswahl einerseits und der Berufsausübung andererseits vor. Diese erfolgte im Sinne der sog. Stufenlehre, mit der differenzierte Rechtfertigungsmaßstäbe für Berufswahl und Berufsausübung erstellt wurden. Mittlerweile wird eine solch strikte Trennung nicht mehr vorgenommen. Vielmehr gilt die Annahme von Berufswahl oder Berufsausübung als bloßer Indikator für das Gewicht des Eingriffs.⁹¹

Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind, indem sie eine Berufstätigkeit unmittelbar unterbinden oder beschränken. Der Schutz erstreckt sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen und

⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 22. Januar 1997 - 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173-188, Rn. 46-49.

⁹⁰ Zur materiellen Verfassungsgemäßheit der Regelungen siehe Abschnitt E.

⁹¹ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, GG Art. 12 Rn. 46.

damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen.⁹² Werbebeschränkungen betreffen ihrer Natur nach regelmäßig nicht den Zugang zu einem Beruf, sondern nur dessen Ausübung.⁹³

Das Grundrecht ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offensteht.⁹⁴

Zu der durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geschützten freien Berufsausübung gehört nicht nur die berufliche Praxis selbst, sondern auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient. In den Bereich berufsbezogener Tätigkeiten fällt daher auch die berufliche Außendarstellung des Grundrechtsträgers einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme seiner Dienste. Staatliche Maßnahmen, die ihn dabei beschränken, sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung.⁹⁵

Der durch die Berufsfreiheit etablierte Schutz reicht aber nicht so weit, dass ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bei jeder Regelung, die Rahmenbedingungen der unternehmerischen Tätigkeit beeinflusst, vorliegt.⁹⁶ Entfaltet eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit, liegt nicht zwingend ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit vor.⁹⁷ Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist aber dann eröffnet, wenn Normen, die zwar die Berufstätigkeit selbst unberührt lassen, Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern oder infolge ihrer Ausgestaltung in

⁹² BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07, BVerfGE 121, 317-388, Rn. 92.

⁹³ BVerfG, Beschluss vom 17. März 1959 - 1 BvR 53/56, BVerfGE 9, S. 213 (221); siehe auch BVerfG, Dreierausschussbeschluss vom 3. Januar 1980 - 2 BvR 1022/79, BVerfGE 53, 96-99, Rn. 5.

⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - 1 BvL 28/95, BVerfGE 106, 275-310, Rn. 102.

⁹⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Februar 1992, 1 BvR 1531/90, BVerfGE 85, S. 248 (256); BVerfG, Beschluss vom 7. November 1991, 1 BvR 1469/86, BStBl II 1992, 44, BVerfGE 85, 97-108, Rn. 27; siehe auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 20. April 1982, 1 BvR 522/78; BVerfGE Band 60, S. 215 (229).

⁹⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.6.20, 1 BvR 1679/17, BVerfGE 155, 238-310, ZUR 2020, 683, Rn. 95 f.; Beschluss vom 29. April 2022, 1 BvL 2/17, Rn. 26.

⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005, 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29-63, Rn. 91; BVerfG, Beschluss vom 29. April 2022, 1 BvL 2/17, Rn. 26.

einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben.⁹⁸ Eine objektiv berufsregelnde Tendenz liegt vor, wenn die Regelung „nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden“,⁹⁹ also die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändert und in Folge der Gestaltung der Regulierung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht.¹⁰⁰

Der Gesetzgeber plant, Regelungen zu erlassen, die Werbemaßnahmen für ungesunde Lebensmittel regulieren. Hierdurch greift der Gesetzgeber unmittelbar in die freie Berufsausübung der Lebensmittelhersteller und -händler ein, ihre Waren so zu präsentieren, wie sie möchten. Der Gesetzgeber plant daher Maßnahmen, die Eingriffe in die Berufsausübung darstellen.

Hierbei ist aber bereits auf Eingriffs- und nicht erst auf Rechtfertigungsebene zu bedenken, dass die Eingriffe, die sich aufgrund der geplanten Regelungen ergeben, die Lebensmittelunternehmen zwar nicht gänzlich unerheblich, aber auch nicht über die Maße massiv treffen:

Den Herstellern und Händlern von Lebensmitteln mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt steht es weiterhin frei, diese zum Kauf anzubieten. Sie werden nicht gezwungen, ihre Produktion auf gänzlich andere Lebensmittel umzustellen, sondern können die von ihnen angebotenen Produkte weiterhin uneingeschränkt verkaufen und auch weiterhin bewerben, soweit sich die Werbung nicht speziell an Kinder richtet oder in einem kindernahen Kontext publiziert wird. Lediglich die Möglichkeit die Produkte nach eigenem Gusto gegenüber einer speziellen Verbrauchergruppe zu bewerben wird beschnitten.

Wollen die Lebensmittelhersteller und -händler ihre Produkte weiter gegenüber Kindern bewerben, können sie die Rezepturen ihrer Produkte aber auch anpassen, sodass sie nicht länger unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.

⁹⁸ St. Rspr., vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2020, 1 BvR 1679/17, BVerfGE 155, 238-310, ZUR 2020, S. 683, Rn. 95f.; Beschluss vom 29. April 2022, 1 BvL 2/17, Rn. 26.

⁹⁹ BVerfG, Urteil vom 08. April 1997 – 1 BvR 48/974, BVerfGE 97, 228 (254).

¹⁰⁰ BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2022 - 2 BvR 737/20, BVerfGE 111, 191 (213).

Die geplanten Regelungen führen trotz dieser Annahmen zu einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Die Schwere des Eingriffs darf aber nicht als besonders schwerwiegend angenommen werden.

Zu bedenken ist auch, dass Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht vor Veränderungen der Marktdaten und Rahmenbedingungen der unternehmerischen Entscheidungen schützt.

In einer Entscheidung des BVerfG vom 20. April 2004 erklärte dieses:

„In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Marktteilnehmer haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder künftige Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch die erzielbaren Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Verhältnissen am Markt und damit nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.“¹⁰¹

Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst dementsprechend keinen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren und auch keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.¹⁰²

Lebensmittelunternehmen können sich mithin auf den durch Art. 12 Abs. 1 GG verankerten Schutz ihrer Berufsausübungsfreiheit berufen. Dies aber nur in den Grenzen, in denen die geplanten Regelungen den Unternehmen verbieten will, bestimmte, ungesunde Lebensmittel nach eigenen Vorstellungen zu bewerben. Der Schutz umfasst aber nicht das Recht der Unternehmer, möglichst gewinnbringend agieren zu können. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist daher von vornherein nur für einen engen Bereich eröffnet. Die Schwere des Eingriffs begrenzt.

c. Eingriff in das in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Eigentumsrecht

Möglich erscheint auch ein Eingriff in das in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Eigentumsrecht.

¹⁰¹ BVerfG, Urteil vom 20. April 2004 - 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274-304, Rn. 44.

¹⁰² BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 1 BvR 558/91, BVerfGE 105, 252-279, Rn. 43.

Nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG wird das Eigentum gewährleistet. Der Eigentums-
garantie kommt im sozialen Rechtsstaat eine besondere Bedeutung zu. Sie will den
konkreten Bestand des Eigentums in der Hand des Eigentümers sichern. Ihr
kommt von Verfassungswegen die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen
Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu erhalten und dem Einzelnen
damit eine Entfaltung und eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu ermögli-
chen.¹⁰³

Geschützt ist der Bestand der Eigentumsposition in der Hand des Eigentümers.¹⁰⁴
Weiter wird die Nutzung der Position geschützt. Dies umfasst auch das Recht,
Dritte von Besitz und Nutzung auszuschließen.¹⁰⁵

Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergibt sich
aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Sie ist nach Art.
14 Abs. 1 S. 2 GG Sache des Gesetzgebers.¹⁰⁶

Diesem ist es bei der Neuregelung eines Rechtsgebiets nicht ausnahmslos ver-
wehrt auch in bestehende Rechtspositionen umgestaltend einzugreifen. Die Eigen-
tumsgarantie gebietet nicht, eine einmal ausgestaltete Rechtsposition für alle Zu-
kunft ihrem Inhalt nach unangetastet zu lassen. Art. 14 gewährleistet nur Rechts-
positionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen. Bloße in der Zukunft lie-
gende Chancen und Verdienstmöglichkeiten werden nicht geschützt.¹⁰⁷

Der etwaig bestehende Schutz eines Gewerbebetriebs erfasst nur den konkreten
Bestand an Rechten und Gütern; bloße Umsatz- und Gewinnchancen oder tat-
sächliche Gegebenheiten werden hingegen auch unter dem Gesichtspunkt des

¹⁰³ BVerfG, Beschluss vom 7. Januar 2009 - 1 BvR 312/08, NJW 2009, S. 1259, Rn. 12.

¹⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 7. Januar 2009 - 1 BvR 312/08, NJW 2009, S. 1259, Rn. 12.

¹⁰⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, 17. Aufl. 2022, GG Art. 14, Rn. 16; BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 2016 - 1 BvR 2821/11, 321, 1456/12, BVerfGE 143, 246, Rn. 228; BGH, Ur-
teil vom 4. November 2015 - VIII ZR 217/14, NZM 2016, 82, Rn. 101; BVerfG, Beschluss
vom 14. Juli 1999 - 1 BvR 995/95, BVerfGE 101, 54-105, Rn. 106.

¹⁰⁶ BVerfG, Beschluss vom 14. Juli 1999 - 1 BvR 995/95, BVerfGE 101, 54-105, Rn. 107;
BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 1996 - 1 BvR 875/92, BVerfGE 95, 48-64, Rn. 32.

¹⁰⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, 17. Aufl. 2022, GG Art. 14, Rn. 19; BVerfG, Beschluss vom
09. Januar 1991 - 1 BvR 929/89, NJW 1991, Rn. 1807; BVerfG, Beschluss vom 22. Januar
1997 - 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173-188, Rn. 66; BVerfG, Beschluss vom 16. März
1971 - 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292-336, Rn. 111.

eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht von der Eigentumsgarantie erfasst.¹⁰⁸

Das BVerfG ging daher in einer Entscheidung vom 22. Januar 1997 davon aus, dass die Pflicht zum Aufdruck von Warnhinweisen auf Tabakprodukten zwar die Umsatz- und Gewinnchancen der Beschwerdeführerinnen minderte, aber insoweit keine eigentumsrechtlich geschützten Rechte berührt gewesen seien. Art. 14 Abs. 1 GG schütze nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, umfasse also grundsätzlich nicht in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten.¹⁰⁹

Die Reichweite des Art. 14 Abs. 1 GG wird auch begrenzt durch das Wohl der Allgemeinheit. Art. 14 Abs. 2 GG bestimmt, dass Eigentum verpflichtet. Das Eigentum im Sinne des Grundgesetzes ist daher gemeinschaftsgebunden. Der Eigentümer ist zugleich Glied einer Gesellschaft und Teilhaber eines sozialen Rechtsstaates. Die daraus erwachsenden Bindungen des Eigentums werden in Art. 14 Abs. 2 GG nachdrücklich betont.¹¹⁰

Das BVerfG erläutert etwa in einer Entscheidung vom 18. Juli 2019:

„Das nach Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Eigentum ist von besonderer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat. Der Eigentumsgarantie kommt im Gefüge der Grundrechte insbesondere die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Es soll als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein. Dabei genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz, soweit es um die Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2018 - 1 BvR 97/14, 1 BvR 2392/14 -, Rn. 70 m.w.N.). Zugleich soll der Gebrauch des Eigentums dem Wohl der Allgemeinheit dienen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG; BVerfGE 143, 246 <323 f. Rn. 216>). Vom Schutz des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG umfasst ist das zivilrechtliche Sacheigentum, dessen Besitz und die Möglichkeit, es zu nutzen (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2018 - 1 BvR 97/14, 1 BvR 2392/14 -, Rn. 71 m.w.N.). Dazu gehört es, aus der vertraglichen Überlassung des Eigentumsgegenstands

¹⁰⁸ BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2020 - 1 BvR 1679/17, BVerfGE 155, 238-310, Rn. 86; BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 2016 - 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246-396, Rn. 240.

¹⁰⁹ BVerfG, Beschluss vom 22. Januar 1997 - 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173-188, Rn. 66.

¹¹⁰ *Wieland*, in: Dreier, 3. Aufl. 2013, GG Art. 14, Rn. 29.

zur Nutzung durch andere den Ertrag zu ziehen, der zur finanziellen Grundlage für die eigene Lebensgestaltung beiträgt (vgl. BVerfGE 79, 292 <303 f.>; 101, 54 <75> m.w.N.).¹¹¹

Aufgabe des Gesetzgebers ist es vor diesem Hintergrund, sowohl der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsstellung des Eigentümers als auch dem aus Art. 14 Abs. 2 GG folgenden Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung angemessen Rechnung zu tragen. Er hat daher die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.¹¹²

Er muss sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten; insbesondere ist er an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die dem Eigentum aufzuerlegenden Belastungen. Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht weitergehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient.¹¹³

Vor diesem Hintergrund erscheint es bereits fraglich, ob durch die geplanten Regelungen überhaupt in die Grundrechte der Lebensmittelhersteller aus Art. 14 Abs. 1 GG eingegriffen wird.

Der Gesetzesentwurf verbietet eine besondere Bewerbung einer bestimmten Produktgruppe der jeweiligen Lebensmittelunternehmen. Hierdurch verändern sich in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten, ein Eingriff in bestehende eigentumsrechtlich geschützte Rechte ist aber nicht zu erkennen.

Selbst wenn ein Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG vorläge, wäre dieser gerechtfertigt, denn der Eingriff in Art. 12 GG wiegt schwerer als der Eingriff in Art. 14 GG.¹¹⁴

¹¹¹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18. Juli 2019 - 1 BvL 1/18, Juris, Rn. 53.

¹¹² BVerfG, Beschluss vom 2. März 1999 - 1 BvL 7-91, NJW 1999, S. 2877 (2878); BVerfG, Beschluss vom 14. Juli 1999 - 1 BvR 995/95 u.a., NJW 2000, S. 1471 (1472); BGH, Urteil vom 4. November 2015 - VIII ZR 217/14 (LG Berlin), NZM 2016, 82, Rn. 35.

¹¹³ BVerfG, Beschluss vom 2. März 1999 - 1 BvL 7/91, BVerfGE 100, 226-248, Rn. 76.

¹¹⁴ Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG siehe Kapitel E. II.

2. Grundrechtsbetroffenheit anderer natürlicher oder juristischer Personen, die Werbung im Sinne des geplanten Gesetzes betreiben

Nach § 2 des Entwurfes richtete sich das Gesetz an Lebensmittelunternehmen und jede natürliche oder juristische Person, die Werbung oder Sponsoring im Sinne dieses Gesetzes betreibt.

Sponsoring meint nach § 3 Nr. 9 des Entwurfes jeden öffentlichen oder privaten Beitrag zu einer Veranstaltung oder einer Aktivität oder jede Unterstützung von Einzelpersonen mit dem Ziel oder der direkten oder indirekten Wirkung, den Absatz von Lebensmitteln zu fördern.

Ziel des Gesetzesentwurfes soll es sein, ungewollte Lücken zu schließen, weshalb neben den Lebensmittelherstellern auch Werbeagenturen, sog. Influencer und andere werbende Personen erfasst werden sollen.

Für diese Personengruppen ergeben sich keine anderen Eingriffskonstellationen als für die Lebensmittelunternehmer, sodass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann. Zwar könnte man bzgl. Werbeagenturen vorbringen, dass diese durch die Regulierungen in ihrem Kerngeschäft betroffen sind und daher der Eingriff schwerer liegen könnte. Bei den Werbeagenturen ist aber ebenfalls zu bedenken, dass die Regulierungen lediglich für sehr spezifische Werbeinhalte greifen. Letztlich wäre selbst ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, der etwas schwerer wiegen würde, gerechtfertigt.

II. Rechtfertigung

Der Entwurf entspricht den durch den Verfassungsgeber vorgegebenen Schranken und ist insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar.

Der Gesetzgeber kann sich auf einen legitimen Zweck berufen. Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist zur Erreichung des hohen Gemeinwohlziels geeignet und erforderlich; die Regelungen sind auch angemessen.

1. Maßstab

Das BVerfG hat für Eingriffe in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit einen konkreten Maßstab, nach dem sich die materielle Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs richtet, herausgearbeitet:

Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit müssen zunächst auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, um vor der Garantie der Berufsfreiheit Bestand haben zu können.¹¹⁵ Diese Grundlage muss durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.¹¹⁶ Die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen der Berufsfreiheit stehen letztlich auch unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit¹¹⁷

„Eine gesetzliche Beschränkung der freien Berufstätigkeit, der mit der berufsgerichtlichen Verurteilung Nachdruck verliehen wird, hält nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Nachprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nur stand, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist. Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 103, 1 <10>; stRspr).“¹¹⁸

2. Legitimer Zweck

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem geplanten Gesetz einen legitimen Zweck.

Auf der [Webseite des BMEL](#) heißt es:

¹¹⁵ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 23. August 2005 - 1 BvR 46/05, BVerfGE 6, 130-136, Rn. 18; BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 1999 - 1 BvR 1904/95, BVerfGE 101, 331-360, Rn. 70; BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 1996 - 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 84.

¹¹⁶ BVerfG, Urteil vom 9. Juni 2004 - 1 BvR 636/02, BVerfGE 111, 10-54, Rn. 114; BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 1999 - 1 BvR 1904/95, BVerfGE 101, 331-360, Rn. 70; BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 1996 - 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 84.

¹¹⁷ BVerfG, Urteil vom 16. Januar 2002 - 1 BvR 1236/99, BVerfGE 104, 357-370, Rn. 34; BVerfG, Beschluss vom 18. Juni 1980 - 1 BvR 697/77, BStBl II 1980, 706-715, BVerfGE 54, 301-341, Rn. 35; BVerfG, Beschluss vom 14. Dezember 1965 - 1 BvL 14/60, BVerfGE 19, 330-342, Rn. 14.

¹¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 2002 - 1 BvR 525/99, BVerfGE 106, 181-201, Rn. 42; siehe auch BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07, BVerfGE 121, 317-388, Rn. 95.

„Der übermäßige Verzehr solcher Lebensmittel trägt zu ernährungsmitbedingten Erkrankungen bei (z.B. Adipositas, Diabetes), die hohe gesellschaftliche Kosten verursachen.

Lebensmittelwerbung hat einen nachhaltigen Einfluss auf das Ernährungsverhalten bei Kindern unter 14 Jahren. Sie sind besonders empfänglich für Werbung. Eltern haben kaum die Möglichkeit, ihre Kinder vor Werbung zu schützen. Dabei wird gerade im Kindesalter Ernährungsverhalten entscheidend für das weitere Leben geprägt.

Um Kinder zu schützen und Eltern im Alltag zu entlasten sowie zu einer besseren Ernährungsumgebung beizutragen, so dass Kinder gesund groß werden können, soll sich Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt in allen relevanten Medien nicht mehr an Kinder richten dürfen.

Bisherige freiwillige Selbstverpflichtungen und Branchenregeln konnten Kinder nicht effektiv vor negativen Werbeeinflüssen schützen.“

Dem Gesetz geht es mithin darum, Kindern vor schlechten Ernährungsgewohnheiten und damit einhergehenden Folgeerkrankungen, die hohe gesellschaftliche Kosten hervorbringen, zu schützen.

In dem Entwurf wird erläutert:

„Die Regulierung entsprechender Werbung unterstützt das Erlernen eines gesundheitsförderlichen Ernährungsverhaltens als Maßnahme der Verhältnisprävention und ist damit ein wichtiger Baustein im Kampf gegen ernährungsmitbedingte Erkrankungen.“¹¹⁹

Der Gesundheitsschutz ist bereits ein überragend wichtiger Gemeinwohlbelang und daher ein verfassungsrechtlich legitimer Gesetzeszweck.¹²⁰ Aus Art. 2 Abs. 2 GG, der den Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner körperlichen Unversehrtheit und seiner Gesundheit umfasst, kann zudem eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Vorsorge gegen Gesundheitsbeeinträchtigungen umfasst.¹²¹

Das gesetzgeberische Anliegen verfolgt mithin einen legitimen Zweck.

¹¹⁹ Entwurf, S. 1.

¹²⁰ BVerfG, Urteil vom 11. Juni 1958 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377 (434); BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07, BVerfGE 121, S. 317 (349).

¹²¹ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 176.

Das Vorliegen dieses legitimen Zweckes unterliegt der Prüfung durch das BVerfG.¹²²

Jedenfalls bei Gesetzen, mit denen der Gesetzgeber von ihm angenommenen Gefahrenlagen für die Allgemeinheit oder für Rechtsgüter Einzelner begegnen will, erstreckt sich die Prüfung durch das BVerfG auch darauf, ob die Annahme des Gesetzgebers hinreichend tragfähige Grundlagen hat.¹²³

In einem Urteil des BVerfG vom 26. Februar 2020 erklärte dieses:

„Die Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren ist verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruhen (vgl. BVerfGE 123, 186 <241>). Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsgerichtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.> m.w.N.; 123, 186 <241>; 150, 1 <89 Rn. 173>).“¹²⁴

Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung ist demnach sowohl die Einschätzung des Gesetzgebers zum Vorliegen einer solchen Gefahrenlage als auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen er diese abgeleitet hat.¹²⁵

Allerdings belässt ihm die Verfassung für beides einen Spielraum, der vom BVerfG lediglich in begrenztem Umfang überprüft werden kann.¹²⁶

Das BVerfG erklärt:

¹²² BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 169; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182-310, Rn. 233.

¹²³ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182-310, Rn. 237; BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 169 f.

¹²⁴ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182-310, Rn. 237.

¹²⁵ BVerfG, Beschluss vom 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21, BVerfGE 161, 299-412, Rn. 151; BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 169 f.

¹²⁶ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182-310, Rn. 237; BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 170; BVerfG, Beschluss vom 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21, BVerfGE 161, 299-412, Rn. 152.

„Die Einschätzung und die Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren sind verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruhen. Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsgerichtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (vgl. BVerfGE 153, 182 <272 Rn. 237> m.w.N.; sich auf eine bloße Evidenzkontrolle beschränkend dagegen Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2020-808 DC vom 13. November 2020, Rn. 6; Entscheidung Nr. 2020-811 DC vom 21. Dezember 2020, Rn. 4; Entscheidung Nr. 2021-824 DC vom 5. August 2021, Rn. 29). Geht es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe, dürfen Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht ohne Weiteres zu Lasten der Grundrechtsträger gehen. Jedoch kann sich – wie hier – auch die Schutzpflicht des Staates auf dringende verfassungsrechtliche Schutzbedarfe beziehen. Sind wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genügt es daher, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert (vgl. BVerfGE 153, 182 <272 f. Rn. 238> m.w.N.). Dieser Spielraum gründet auf der durch das Grundgesetz dem demokratisch in besonderer Weise legitimierten Gesetzgeber zugewiesenen Verantwortung dafür, Konflikte zwischen hoch- und höchstrangigen Interessen trotz ungewisser Lage zu entscheiden.“¹²⁷

Die Beurteilung des Gesetzgebers, dass eine Gefahrenlage für die Gesundheit der Kinder aufgrund von Konsum von Werbemaßnahmen für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt besteht, beruht auf von ihm nach den hier maßgeblichen Anforderungen vertretbar als hinreichend tragfähig bewerteten Erkenntnissen.¹²⁸

Es gibt zahlreiche Untersuchungen, die sich mit der Frage auseinandergesetzt haben, inwieweit der Konsum von Werbung für ungesunde Lebensmittel mit deren erhöhtem Verzehr zusammenhängt. Eine erst 2022 erschienene umfangreiche

¹²⁷ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 170 f.

¹²⁸ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 177.

systematische Übersichtsarbeit, die die Inhalte von insgesamt 96 Studien ausgewertet hat, belegt, dass Werbung den Verzehr erhöht und zudem auch die Auswahl, die Präferenzen und die Kaufwünsche von Kindern beeinflusst.¹²⁹

Viele andere Studien kamen ebenfalls zu diesem Ergebnis. Die Arbeiten zeigen übereinstimmend, dass Lebensmittelwerbung die Präferenzen, das Kaufverhalten, die Essensauswahl und das Essverhalten von Kindern beeinflusst.¹³⁰

Die WHO und UNICEF bewerten die Evidenz für den Einfluss der Werbung auf die o.g. Parameter als „eindeutig“ („unequivocal“).¹³¹

In einem von der WHO veröffentlichten Paper heißt es hierzu in aller Deutlichkeit:

„Evidence is unequivocal that food marketing to which children are exposed alters their food preferences, choice, purchases and intake (7-11). Food marketing also threatens children's rights, affecting their physical health as well as their emotional, mental and spiritual well-being (12, 13). Therefore, as noted by the commission set up by the World Health Organization (WHO), the United Nations Children's Fund (UNICEF) and the Lancet (the WHO–UNICEF– Lancet Commission) (12), “commercial governance” is essential to protect children from harmful marketing that encourages unhealthy diets.“¹³²

zu Deutsch (Übersetzung nach deepl.com):

„Es gibt eindeutige Beweise dafür, dass Lebensmittelmarketing, dem Kinder ausgesetzt sind, ihre Lebensmittelvorlieben, -auswahl, sowie Kauf und Verzehr von Lebensmitteln beeinflusst (7-11). Lebensmittelmarketing bedroht auch die Rechte der Kinder und beeinträchtigt ihre körperliche Gesundheit sowie ihr emotionales, geistiges und seelisches Wohlbefinden

¹²⁹ *Boyland/McGale/Maden/Hounsome/Boland/Jones*, Systematic review of the effect of policies to restrict the marketing of foods and non-alcoholic beverages to which children are exposed, *Obes Rev.* 2022 23(8), abrufbar unter: <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/2791859>.

¹³⁰ *Cairns/ Angus/Hastings* & World Health Organization, The extent, nature and effects of food promotion to children : a review of the evidence to December 2008, abrufbar unter: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/44237>; *Smith/Kelly, Yeatman, Boyland*, Food Marketing Influences Children's Attitudes, Preferences and Consumption: A Systematic Critical Review. *Nutrients* 18, S. 11(4);

Russell/Croker/Viner, The effect of screen advertising on children's dietary intake: A systematic review and meta-analysis, *Obes Rev.* 2019 20(4), S. 554-568; *Lobstein/Neveux*, A review of systematic reviews of the impact on children of three population-wide policies.

¹³¹ WHO/UNICEF, Protecting children from the harmful effects of food marketing: Policy Brief, abrufbar unter: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1426078/retrieve>.

¹³² WHO/UNICEF, Protecting children from the harmful effects of food marketing: Policy Brief, abrufbar unter: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1426078/retrieve>, S. 2.

(12, 13). Daher hat die die von der Weltgesundheitsorganisation (WHO), dem Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen (UNICEF) und dem Lancet eingesetzten Kommission (die WHO-UNICEF-Lancet-Kommission) (12) angemerkt, dass „kommerzielle Steuerung“ wesentlich ist, um Kinder vor schädlichem Marketing zu schützen das zu ungesunder Ernährung anregt.“

Diese Ergebnisse sind keine neuen Erkenntnisse. Eine bereits 2006 veröffentlichte systematische Analyse zeigte starke Evidenz für eine Erhöhung des Verzehrs beworbener Produkte bei zwei bis 11-jährigen Kindern und einen Zusammenhang von Werbeexposition und Häufigkeit einer Adipositas bei zwei bis 18-jährigen Kindern und Jugendlichen.¹³³

Auf Basis dieser umfangreichen Evidenz empfehlen weltweit etliche Fachorganisationen einhellig Werbebeschränkungen für unausgewogene Lebensmittel als einen zentralen Baustein zur Förderung einer gesunden Ernährungsweise – darunter auch Kinderrechtsorganisationen, medizin-wissenschaftliche Fachgesellschaften, Krankenkassen, Verbraucherorganisationen und Elternverbände sowie der wissenschaftliche Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz am BMEL.¹³⁴

Vor diesem Hintergrund verfolgen die Regelungen einen legitimen Zweck.

3. Geeignetheit

Die geplanten Regelungen sind auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen.

¹³³ Institute of Medicine, Food marketing to children and youth: Threat or opportunity. Washington, DC, The National Academies Press.

¹³⁴ UNICEF: <https://www.unicef.org/media/116691/file/Marketing%20restrictions.pdf>; WHO: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240051348>; European Public Health Alliance: <https://epha.org/regulate-food-marketing/>; VZBV- Pressemitteilung, Breites Bündnis um Starkoch Jamie Oliver fordert umfassenden Schutz von Kindern gegen Junkfood-Werbung. 40 Organisationen machen Druck auf die Ampel-Koalition, abrufbar unter: <https://adipositas-gesellschaft.de/breites-bundnis-um-starkoch-jamie-oliver-fordert-umfassenden-schutz-von-kindern-gegen-junkfood-werbung/>; Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAE), Politik für eine nachhaltigere Ernährung: Eine integrierte Ernährungspolitik entwickeln und faire Ernährungsumgebungen gestalten. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAE) beim BMEL, abrufbar unter: https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/wbae-gutachten-nachhaltige-ernaehrung.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

Im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit eines Gesetzes prüft das BVerfG nicht, ob das Gesetz sinnvoll oder wirksam ist. Die von ihm vorzunehmende Prüfung beschränkt sich im Sinne eines Negativausschlusses auf die Frage, ob das eingesetzte Mittel schlechthin oder objektiv untauglich ist. Um die Geeignetheit zu bejahen, genügt es daher, wenn durch die Regelung der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung besteht.¹³⁵

Bezüglich der Frage, ob eine solche Möglichkeit besteht und durch welche Maßnahmen sie verwirklicht werden kann, steht dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.¹³⁶

In einem Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 ua – erklärte das BVerfG:

„(a) (aa) Verfassungsrechtlich genügt für die Eignung bereits die Möglichkeit, durch die gesetzliche Regelung den Gesetzeszweck zu erreichen (vgl. BVerfGE 152, 68 [130 f.] = NJW 2019, 3703 Rn. 166; BVerfGE 155, 238 [279] = NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 102; BVerfGE 156, 63 [116] = NJOZ 2021, 1391 Rn. 192 = NJW 2021, 3248 Ls., stRspr). Bei der Beurteilung der Eignung einer Regelung steht dem Gesetzgeber ein Spielraum zu, der sich auf die Einschätzung und Bewertung der tatsächlichen Verhältnisse, auf die etwa erforderliche Prognose und auf die Wahl der Mittel bezieht, um die Ziele des Gesetzes zu erreichen (vgl. BVerfGE 109, 279 [336] = NJW 2004, 999 mwN; BVerfGE 152, 68 [131] = NJW 2019, 3703 Rn. 166, s. auch BVerfGE 156, 63 [116] = NJOZ 2021, 1391 Rn. 192 = NJW 2021, 3248 Ls.). Dieser Spielraum reicht nicht stets gleich weit. Insoweit hängt sein Umfang vielmehr einzelfallbezogen etwa von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ab (vgl. BVerfGE 109, 279 [336] = NJW 2004, 999). Für Letzteres können auch das vom Eingriff betroffene Recht (vgl. BVerfGE 152, 68 [131] = NJW 2019, 3703 Rn. 166) und das Eingriffsgewicht eine Rolle spielen (vgl. BVerfGE 156, 63 [116 f.] = NJOZ 2021, 1391 Rn. 192 = NJW 2021, 3248 Ls.). Auch hier gilt, dass bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen tatsächliche Unsicherheiten grundsätzlich nicht ohne Weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen dürfen. Erfolgt aber der Eingriff zum Schutz gewichtiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Gesetzgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtli-

¹³⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18. Juli 2019 - 1 BvL 1/18, Juris, Rn. 61; BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 2016 - 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246-396, Rn. 285 m.w.N.

¹³⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 16. März 2004 – 1 BvR 550/02, Juris, Rn. 28.

che Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose beschränkt (vgl. BVerfGE 153, 182 [272 f.] = NJW 2020, 905 Rn. 238 mwN; dazu auch oben Rn. 171).

Liegen der gesetzlichen Regelung prognostische Entscheidungen zugrunde, kann die Eignung nicht nach der tatsächlichen späteren Entwicklung, sondern lediglich danach beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, dass die Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet, ob seine Prognose also sachgerecht und vertretbar war. Erweist sich eine Prognose nachträglich als unrichtig, stellt dies jedenfalls die ursprüngliche Eignung des Gesetzes nicht infrage (vgl. BVerfGE 113, 167 [234] = NVwZ 2006, 559 mwN = NJW 2006, 2764 Ls.). Die Eignung setzt also nicht voraus, dass es zweifelsfreie empirische Nachweise der Wirkung oder Wirksamkeit der Maßnahmen gibt (vgl. BVerfGE 156, 63 [140] = NJOZ 2021, 1391 Rn. 264 = NJW 2021, 3248 Ls.). Allerdings kann eine zunächst verfassungskonforme Regelung später mit Wirkung für die Zukunft verfassungswidrig werden, wenn ursprüngliche Annahmen des Gesetzgebers nicht mehr tragen (vgl. BVerfGE 143, 216 [245] = NVwZ 2017, 305 Rn. 71 mwN; s. auch Schweizerisches Bundesgericht 8.7.2021 – 2C_941/2020 – 3.2.6. f.).¹³⁷

Teilweise wurde aus dieser Entscheidung der Rückschluss gezogen, dass ein gesicherter Wirkungszusammenhang zwischen den zu erlassenen Regelungen und dem durch diese angestrebten Regelungsziel bestehen müsse. Diese strikte Vorgabe ist dem Urteil des BVerfG aber nicht zu entnehmen. Das BVerfG hat vielmehr erklärt, dass bei Vorliegen gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse auf diese zurückgegriffen werden muss.

Aber:

„Sind wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genügt es daher, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert.“¹³⁸

Das BVerfG fordert mithin keine absolute Sicherheit, dass eine bestimmte Maßnahme zur Erreichung eines bestimmten Zweckes geeignet ist, sondern lediglich, dass wenn es wissenschaftliche Erkenntnisse gibt, diese den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers begrenzen.

¹³⁷ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 ua, NJW 2022, S. 139 (151), Rn. 185 ff.

¹³⁸ BVerfG Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 ua, NJW 2022, 139 (151), Rn. 171.

Liegen lediglich rudimentäre wissenschaftliche Grundlagen vor, muss die Entscheidung, die der Gesetzgeber aufgrund dieser Grundlage trifft, vertretbar sein.

Die Eignung setzt also nicht voraus, dass es zweifelsfreie empirische Nachweise der Wirkung oder Wirksamkeit der Maßnahmen gibt.¹³⁹ Der Gesetzgeber muss selbst bei fehlendem empirischen Wirknachweises nicht abwarten bis die wissenschaftliche Grundlage sich verfestigt hat, bevor er handeln darf.

So hat das BVerfG in einer Entscheidung vom 1. Dezember 2020 entschieden:

„Auch wenn es bisher – soweit ersichtlich – an zweifelsfreien empirischen Nachweisen fehlt, dass die elektronische Aufenthaltsüberwachung bei der von § 68 b I 1 Nr. 12, S. 3 StGB erfassten Personengruppe zu einer Verminderung des Risikos erneuter Straffälligkeit führt, kann nicht angenommen werden, dass deren Einsatz mit Blick auf die Rückfallhäufigkeit generell wirkungslos bleibt. Insoweit gilt für die elektronische Aufenthaltsüberwachung nichts anderes als für das Instrument der Führungsaufsicht insgesamt, das ungeachtet eines fehlenden empirischen Wirksamkeitsnachweises als eine zur Rückfallprävention geeignete Maßnahme qualifiziert wurde (vgl. dazu BVerfGE 55, 28 [29 f.] = NJW 1981, 165). Dem steht auch der Hinweis der Bf. auf einzelne Fälle rückfälliger Weisungsbetroffener nicht entgegen. Daraus kann nicht auf die generelle Ungeeignetheit der „elektronischen Fußfessel“ zur Reduzierung des Rückfallrisikos geschlossen werden“.¹⁴⁰

Für den Bereich des Jugendmedienschutzvertrages wird dem Gesetzgeber ebenfalls ein Einschätzungsspielraum für den Erlass für Regelungen unzulässiger Angebote eingeräumt, obwohl es keine gesicherten Erkenntnisse der Wirkungsforschung im Hinblick auf einen nachweisbaren Zusammenhang zwischen realer Gewalt und medialem Gewaltkonsum gibt.¹⁴¹

Dies bedeutet zwar nicht, dass der Gesetzgeber bereits bei einem nur geringen „Gefahrenverdacht“ grundrechtseinschränkende Maßnahmen erlassen darf, ausreichend sind aber abstrakte Gefährdungen, denen der Gesetzgeber begegnen will.¹⁴²

¹³⁹ BVerfG, Beschluss vom 1. Dezember 2020 - 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12, BVerfGE 156, 63 [140] = NJOZ 2021, 1391, Rn. 264.

¹⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 1. Dezember 2020 - 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12, BVerfGE 156, 63 [140] = NJOZ 2021, 1391, Rn. 264.

¹⁴¹ *Erdemir*, in: Bornemann/Erdemir, NK-JMStV 2. Aufl. 2021, JMStV § 4, Rn. 43.

¹⁴² *Erdemir*, in: Bornemann/Erdemir, NK-JMStV 2. Aufl. 2021, JMStV § 4, Rn. 43 f.

Überzogene Anforderungen an die Geeignetheitsprüfung hat das Bundesverfassungsgericht auch in seiner oben zitierten, jüngeren Entscheidung daher zurückgewiesen.¹⁴³

Der Gesetzgeber verweist im Rahmen seiner Internetpräsenz auf unterschiedliche wissenschaftliche Übersichtsarbeiten, die zu dem Schluss kommen, dass Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt eine unausgewogene Ernährung bei Kindern und Jugendlichen begünstigt. Umgekehrt sei der Nachweis, dass Verbote solcher Werbung zu einem ausgewogeneren Ernährungsverhalten führen, zwar schwierig, da die Ernährung von einer Vielzahl an Faktoren beeinflusst werde. Wissenschaftliche Studien haben dennoch günstige Effekte von Werbeverboten für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt im Sinne einer ausgewogeneren Ernährung von Kindern und Jugendlichen aufzeigen können. Die wissenschaftliche Literatur bestätige, dass für eine bestmögliche Wirksamkeit entsprechende Werbeverbote Kinder und Jugendliche möglichst umfassend schützen sollten.¹⁴⁴

Auf diese Erkenntnisse wird auch im Rahmen des Entwurfes verwiesen:

„Da die Ursachen für Übergewicht und Adipositas multikausal sind, ist umgekehrt der Nachweis einer einzelnen möglichen Ursache für eine Reduktion von Übergewicht grundsätzlich erschwert. Dennoch konnten wissenschaftliche Studien günstige Effekte von Werbeverboten für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt im Sinne einer ausgewogeneren Ernährung von Kindern und Jugendlichen zeigen (von Philipsborn, 2022 m.w.N.). Werbeverbote für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt sollten möglichst weit gefasst werden, um optimal wirksam zu sein und Ausweicheffekte zu verhindern (WHO, UNICEF, 2022; Boyland et al., 2022; Harris et al., 2008 jeweils m.w.N.). Gerade im Verbund mit weiteren Maßnahmen, die zusammen ein gesundheitsförderliches Ernährungsumfeld schaffen, kann eine Werberegulierung einen wichtigen Beitrag für ausgewogenere Ernährung und mehr Gesundheit leisten (von Philipsborn, 2022 m.w.N.). Ein derartiges Maßnahmenensystem erarbeitet die Bundesregierung derzeit mit der Ernährungsstrategie. Mit der Ernährungsstrategie der Bundesregierung soll die Ernährungsumgebung, gerade von Kindern, mit einem umfassenden, ganzheitlichen Ansatz verbessert werden, um ihnen ein gesundes Aufwachsen zu ermöglichen. Die Regulierung von an Kinder gerichteter Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-,

¹⁴³ Hecker, NVwZ 2021, S. 789 (795).

¹⁴⁴ https://www.bmel.de/SharedDocs/FAQs/DE/faq-lebensmittelwerbung-kinder/faq-lebensmittelwerbung-kinder_List.html#f102452.

Fett- oder Salzgehalt ist dafür ein wichtiger Baustein der Verhältnisprävention und fügt sich in den Maßnahmenkanon ein“.¹⁴⁵

Der Gesetzgeber hat mithin eine Gefahrenlage erkannt und die für diese vorhandenen wissenschaftlichen Erkenntnisse betrachtet und in seine Überlegungen einbezogen. Er hat die von ihm getroffenen Regelungen als geeignet erachtet.

Diese Bewertung hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung stand.

4. Erforderlichkeit

Die Regelungen sind auch erforderlich.

Die Erforderlichkeit könnte nur dann von Verfassungswegen verneint werden, wenn durch andere Maßnahmen von geringerer Intensität in jeder Hinsicht und eindeutig feststünde, dass sie den angestrebten Zweck sachlich gleichwertig erreichen.¹⁴⁶

Dem Gesetzgeber steht grundsätzlich auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit ein Einschätzungsspielraum zu.¹⁴⁷ Was erforderlich ist, um legitime Ziele zu erreichen, ist durch die Verfassung nicht vollständig determiniert. Die Erforderlichkeit eines Gesetzes im verfassungsrechtlichen Sinne besteht daher bereits dann, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber ein Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.¹⁴⁸ Der Spielraum bezieht sich hierbei auch auf die Prognose der Wirkung der von ihm gewählten Maßnahmen im Vergleich zu anderen, weniger belastenden Maßnahmen. Er kann sich dabei auch mit geringen Erfolgswahrscheinlichkeiten begnügen.¹⁴⁹

Bezüglich der Reichweite des Spielraumes gilt, dass bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen tatsächliche Unsicherheiten grundsätzlich nicht ohne Weiteres zu Lasten der Grundrechtsträger gehen dürfen. Dient der Eingriff dem Schutz gewich-

¹⁴⁵ Entwurf, S. 11.

¹⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 - 1 BvL 8/07, Juris, Rn. 92; BVerfG, Beschluss vom 05. Februar 2002 - 2 BvR 305/93, BVerfGE 105, 17-48, Rn. 61.

¹⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 204.

¹⁴⁸ BVerfG, Urteil vom 5. November 2019 - 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68-151, Rn. 179.

¹⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 204; BVerfG, Urteil vom 5. November 2019 - 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68-151, Rn. 134.

tiger verfassungsrechtlicher Güter und ist es dem Gesetzgeber angesichts der tatsächlichen Unsicherheiten nur begrenzt möglich, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose beschränkt.¹⁵⁰

Ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung ist erst dann anzunehmen, wenn ein neu zu erlassendes zweifelsfrei (!) gleich wirksames, die Grundrechte weniger beeinträchtigendes Mittel zu erkennen ist.¹⁵¹

Vor diesem Hintergrund halten die geplanten Regelungen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung stand.

Es sind keine Maßnahmen zu erkennen, die den durch die Regelungen bezweckten Gesundheitsschutz gleich wirksam, aber weniger beeinträchtigend für die Lebensmittelhersteller sicherstellen könnten.

Zunächst sind in den freiwilligen Regelungen, die zuvor beschrieben wurden, keine gleich geeigneten Maßnahmen zu erkennen.

Entsprechend wird auf Seite 11 des Entwurfes darauf hingewiesen, dass die bisher bestehenden Selbstverpflichtungen keine geeigneten Handlungsalternativen darstellen. Dies zeige sich anhand der klaren Zunahme der Werbung insbesondere für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt in den vergangenen Jahren, auch im Hinblick auf die Werbung gegenüber Kindern. Da es um den Schutz von Kindern und Jugendlichen gehe, könnten auch Warn- oder Hinweispflichten keine gleichermaßen geeigneten Mittel darstellen.¹⁵²

Diese Überlegungen werden durch wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt:

So kam die Studie „The Impact of Junk Food Marketing Regulations on Food Sales: An Ecological Study“ (zu Deutsch: Die Auswirkungen von Regelungen über die

¹⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 204; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182-310, Rn. 238.

¹⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 213.

¹⁵² Siehe Entwurf, S. 11.

Vermarktung von Junk-Food auf den Verkauf von Lebensmitteln: Eine ökologische Studie), welche in einem Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAE) zitiert wird, zu dem Ergebnis, dass in Ländern mit gesetzlichen Werbebeschränkungen der Verkauf von Junkfood im Zeitraum 2002 bis 2016 um 8,9 Prozent gesunken war. Hingegen war der Verkauf von Junkfood in Ländern ohne Werbebeschränkungen um 13,9 Prozent gestiegen; in Ländern mit freiwilligen Selbstverpflichtungen konnte ein Anstieg um 1,7 Prozent ausgemacht werden.¹⁵³ Zielsetzung der Studie war eine Bewertung der Auswirkungen der von 2003 bis 2014 weltweit umgesetzten Regulierungen zur Vermarktung von Junk-Food auf den landesweiten Absatz von Junk-Food und die damit einhergehende Ermittlung der wirksamsten Maßnahmen zur Verringerung des Absatzes von Junk Food. Umfassende Zielgruppenbeschränkungen, standardisierte Ernährungskriterien und vorgeschriebene Werbebotschaften waren politische Merkmale, die signifikant mit einem Rückgang der Verkäufe von Junk-Food verbunden waren. Die Verfasser der Studie erklären, dass die von Ihnen erzielten Ergebnisse mit früheren Studien übereinstimmen, in denen festgestellt wurde, dass gesetzliche Maßnahmen die Exposition von Kindern gegenüber Junk-Food-Werbung erfolgreich reduzieren, während Selbstregulierungsmaßnahmen nur geringe oder gar keine Auswirkungen haben.

Der Wissenschaftliche Beirat schlägt daher vor, dass die Regierungen strenge und umfassende gesetzliche Vorschriften erlassen sollen, um die Exposition und die Auswirkungen von auf Kinder ausgerichteter Junk-Food-Werbung wirksam zu reduzieren.¹⁵⁴

¹⁵³ *Kovic/Yumi*, The Impact of Junk Food Marketing Regulations on Food Sales: An Ecological Study, Master's Theses, S. 1324. u.a. zitiert nach einem Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAE-Gutachten), abrufbar unter: https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/wbae-gutachten-nachhaltige-ernaeh-rung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 - page=594, Tabelle 8.6.

¹⁵⁴ WBAE-Gutachten, S. 554 (https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/wbae-gutachten-nachhaltige-ernaeh-rung.pdf?__blob=publicationFile&v=3#page=594).

Eine weitere Studie, die sich mit den Auswirkungen der 2019 eingeführten Beendigung der Werbung für fett-, salz- und zuckerreiche Lebensmittel im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs in London befasst, kommt zu ähnlichen Ergebnissen.¹⁵⁵

Im Rahmen der Studie wurden Daten zum Lebensmittelverzehr in 1.970 Haushalten in London und in einer englischen Vergleichsregion ohne Werbebeschränkungen erhoben. Hieraus wurden die gesundheitsökonomischen Auswirkungen berechnet. Die Modellierung legte nahe, dass es im Großraum London vor der Umsetzung der Intervention 1,96 Millionen fettleibige und 2,71 Millionen übergewichtige Personen gab. Zwölf Monate nach Einführung der Regelungen schätzt das Modell, dass 94.867 (-4,8 %) weniger Menschen fettleibig und 49.145 (-1,8 %) weniger Menschen übergewichtig sind, verglichen mit der prognostizierten Zunahme der Fettleibigkeit in der Kontrollgruppe ohne Intervention.

Die Untersucher folgerten, dass durch die Werbebeschränkung auch ein Rückgang der Diabetesfälle im Großraum London um 2.857 Fälle zu verzeichnen sei und 1.915 Fälle von Herz-Kreislauf-Erkrankungen verhindert wurden. Nach den Berechnungen wurden durch die Werbebeschränkungen 16.394 Lebensjahre mit guter Lebensqualität („quality adjusted life years“) gewonnen und 218 Millionen Britische Pfund für Kosten der Gesundheitsversorgung und sozialen Unterstützung eingespart.¹⁵⁶

Die wohl am besten untersuchte Intervention ist die umfassende Regulierung in Chile, die neben Werbebeschränkungen auch Warn-Symbole und eine Zuckersteuer für Erfrischungsgetränke umfasst. Evaluationen zeigen, dass Kinder und

¹⁵⁵ Thomas et al., The health, cost and equity impacts of restrictions on the advertisement of high fat, salt and sugar products across the transport for London network: a health economic modelling study, *Int J Behav Nutr Phys Act* 2022, S. 1f.

¹⁵⁶ Thomas et al, The health, cost and equity impacts of restrictions on the advertisement of high fat, salt and sugar products across the transport for London network: a health economic modelling study, *Int J Behav Nutr Phys Act* 2022, S.5ff..

Jugendliche in Folge der Regelung etwa 50 Prozent weniger Werbung für Unge-sundes ausgesetzt sind¹⁵⁷ und der Verkauf zuckergesüßter Getränke um 23,7 Pro-zent zurückgegangen ist.¹⁵⁸ Es sind weitere Studien in Arbeit, welche die Wirkung der letzten Erweiterung der Werbebeschränkung untersuchen (seit Mitte 2018 dür-fen in Chile zwischen 6 und 22 Uhr keine unausgewogenen Lebensmittel mehr beworben werden).¹⁵⁹

Vor dem Hintergrund dieser Datenlagen kann nicht von einer diffusen Gefahrenla-gen ausgegangen werden, der der Gesetzgeber ohne ausreichende Annahmen entgegengetreten ist.

Zwar ist die Datenlage zu Auswirkungen der Werbebeschränkungen auf das Kör-pergewicht und den Gesundheitszustand von Kindern nach wie vor begrenzt. Zum einen ist das Gros der umfassenden gesetzlichen Regelungen wie in Chile, Portu-gal, Spanien oder Großbritannien erst kürzlich in Kraft getreten oder wird erst noch in Kraft treten.¹⁶⁰ Zum anderen sind belastbare epidemiologische Messungen zur Entwicklung des Gewichtsstatus bei Kindern und Jugendlichen sehr aufwändig und werden oft nur etwa zehnjährlich erhoben – in Deutschland beispielsweise fanden die letzten repräsentativen Messungen in den Jahren 2003-2006 und 2014-2017 statt.¹⁶¹

Es ist allerdings kein Ausdruck der fehlenden Wirksamkeit, wenn noch keine Aus-sage dazu getroffen werden kann, wie sich das Übergewicht bei Kindern nach Ein-führung einer Werberegulierung entwickelt. Entscheidend ist vielmehr, dass der

¹⁵⁷ *Dillman Carpentier/Correa/Reyes/Taillie*, Evaluating the impact of Chile's marketing reg-ulation of unhealthy foods and beverages: pre-school and adolescent children's changes in exposure to food advertising on television, *Public Health Nutr.* 2020 23(4) S. 751.

¹⁵⁸ *Taillie/Reyes/Colchero/Popkin/Corvalán*, An evaluation of Chile's Law of Food Labeling and Advertising on sugar-sweetened beverage purchases from 2015 to 2017: A before-and-after study, *PLoS Med* 17(2), S.10.

¹⁵⁹ Global Food Research Program, In Chile, television ads for unhealthy foods has dropped dramatically since 2016 regulations, abrufbar unter:

<https://www.globalfoodresearchprogram.org/in-chile-television-ads-for-unhealthy-foods-has-dropped-dramatically-since-2016-regulations/>.

¹⁶⁰ Vgl. World Cancer Research Fund, NOURISHING framework database, abrufbar un-ter: <https://www.wcrf.org/policy/policy-databases/nourishing-framework/>.

¹⁶¹ *Schienkiewitz/Brettschneider/Damerow/Schaffrath Rosario*, Übergewicht und Adipositas im Kindes- und Jugendalter in Deutschland - Querschnittergebnisse aus KiGGS Welle 2 und Trends, *Journal of Health Monitoring* 3(1), S.16-23.

Gesetzgeber aufgrund der bisher bestehenden Datenlage von einer konkreten Gefährdungssituation ausgehen durfte, der durch andere, mildere Maßnahmen nicht in gleicher Wirksamkeit begegnet werden kann.

Dies gilt insbesondere nicht nur für die Werberegulierungen des § 4 Abs. 1 des Entwurfes, mit denen unmittelbare Maßnahmen des Kindermarketing erfasst werden, sondern auch für die Regulierungsmaßnahmen des § 4 Abs. 2 des Entwurfes, mit denen auch solche Werbemaßnahmen erfasst werden, die Kinder insbesondere ansprechen, weil sie in zeitlicher, medialer oder örtlicher Hinsicht eine besondere Nähe zu Kindern aufweisen und diese den Werbemaßnahmen daher in besonderem Maße ausgesetzt sind.

In dem Referentenentwurf wird explizit darauf hingewiesen, dass mit diesen weitreichenden Regulierungen auch weitreichendere Eingriffe zulasten der Adressaten der Regulierungen einhergehen. Es wird aber angenommen, dass die in § 4 Abs. 2 des Entwurfes benannte Werbung von Kindern in besonderem Maße wahrgenommen wird und daher eine Einflussnahme auf ihr Ernährungsverhalten zu erwarten ist. Aufgrund des größeren Eingriffspotentials der Regelungen seien drei abschließende Fallgruppen definiert worden, in denen eine Bewerbung unzulässig ist. Diese Fallgruppen seien spezifisch auf die Werbeumfelder von Kindern zugeschnitten, was dem Ausgleich der widerstreitenden Interessen und Rechtsgüter diene.¹⁶² Die Benennung der Fallgruppen sei erforderlich, weil Kinder Werbung häufig nicht als solche erkennen bzw. ihr oft noch nicht widerstehen können. Zudem könnten sie die gesundheitlichen Folgen unausgewogener Ernährung nicht abschätzen. Aufgrund entsprechender Bewerbung verknüpften Kinder mit bestimmten unausgewogenen Lebensmitteln positive Emotionen. Der Werbedruck trage so zu einer Fehlprägung der Vorstellung von einer erstrebenswerten Ernährungsweise bei.¹⁶³ Dieser Prägung durch ubiquitäre (Werbe-)Einflüsse könnten auch Ernährungsbildungsangebote oder Aufklärung und Erziehungsmaßnahmen der Eltern nicht gänzlich entgegenwirken. Zwar sei es im Rahmen des elterlichen Erziehungsrechts Aufgabe der Eltern, Medien- und Werbekompetenzen zu vermitteln. Werbung sei jedoch überall präsent (in allen Medien, im öffentlichen Raum)

¹⁶² Entwurf, S. 10.

¹⁶³ Entwurf, S. 10.

und liege damit außerhalb ihres Einflussbereichs. Der Staat sei in der Verantwortung, die Ernährungsumgebung zum Schutz der Gesundheit von Kindern so zu gestalten, dass Kinder gesund aufwachsen können.¹⁶⁴

Im Rahmen der Begründung des Entwurfes wurden daher umfassend die Auswirkungen des Entwurfes – zugunsten der Kinder und Jugendlichen, aber auch zu Lasten der Lebensmittelunternehmen – betrachtet, prognostiziert und in einen Ausgleich gebracht. Durch die Etablierung dreier Fallgruppen wird eine ausufernde Auslegung des Gesetzes verhindert, die unternehmerischen Interessen daher vor nicht erforderlichen Eingriffen geschützt.

Die empirischen Daten, die bislang vorliegen, bestätigen die Annahme des Gesetzgebers, dass erhöhter Konsum von Werbung für ungesunde Lebensmittel zu einem erhöhten Genuss dieser Lebensmittel führt, der in einer gesundheitlichen Belastung der individuellen Kinder und einer gesamtgesellschaftlichen Belastung des Gesundheitssystems mündet. Da empirische Untersuchungen ebenfalls nahelegen, dass andere Maßnahmen, insbesondere solche, die auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruhen, nicht zielführend sind, darf der Gesetzgeber die von ihm gewählte Maßnahme als erforderlich betrachten.

Nach dem zuvor aufgezeigten Maßstab ist die verfassungsgerichtliche Prüfung auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Eignungsprognose beschränkt und liegt vornehmlich in einer Vertretbarkeitskontrolle der gesetzgeberischen Entscheidung.¹⁶⁵ Diese kann vor dem aufgezeigten Hintergrund nicht als unvertretbar abgetan werden, selbst wenn absolut sichere wissenschaftliche Erkenntnisse bislang fehlen. So kam etwa auch eine von der WHO finanzierte systematische Übersichtsarbeit zur Auswirkung von Werbebeschränkungen zu dem Ergebnis, dass trotz der bislang unzureichenden Datenlage der Erlass von Werbebeschränkungen sinnvoll erscheint, insbesondere, wenn es sich um weitreichende, effektive Regularien handelt.¹⁶⁶ Dazu muss auch berücksichtigt werden, dass das KLWG erlassen werden soll, um Zwecke des Gesundheitsschutzes zu verfolgen. Der Schutz

¹⁶⁴ Entwurf, S. 11.

¹⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 204; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182-310, Rn. 238.

¹⁶⁶ *Boylard/McGale/Maden/Hounsome/Boland/Jones*, Systematic review of the effect of policies to restrict the marketing of foods and non-alcoholic beverages to which children are exposed. *Obes Rev.* 2022;23(8), S. 17f.

der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren zählt zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern.¹⁶⁷

Nach alledem sind die geplanten Regelungen erforderlich.

5. Angemessenheit

Die geplanten Regelungen sind auch verhältnismäßig im engeren Sinne.

Das BVerfG zeichnet den für die Angemessenheit einzuhaltenden Maßstab in einem Beschluss vom 19. November 2021 wie folgt:

„(a) Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen (vgl. BVerfGE 155, 119 <178 Rn. 128>; stRspr). Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, in einer Abwägung Reichweite und Gewicht des Eingriffs in Grundrechte einerseits der Bedeutung der Regelung für die Erreichung legitimer Ziele andererseits gegenüberzustellen (vgl. BVerfGE 156, 11 <48 Rn. 95>). Um dem Übermaßverbot zu genügen, müssen hierbei die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher die Einzelnen in ihrer Freiheit beeinträchtigt werden (vgl. BVerfGE 36, 47 <59>; 40, 196 <227>; stRspr). Umgekehrt wird gesetzgeberisches Handeln umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können (vgl. BVerfGE 7, 377 <404 f.>).

Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 68, 193 <219 f.>; 121, 317 <356 f.>; 152, 68 <137 Rn. 183>; strenger etwa BVerfGE 153, 182 <283 f. Rn. 266>; hierzu auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 u.a. - Rn. 135>). Die verfassungsrechtliche Prüfung bezieht sich dann darauf, ob der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat (zu entsprechenden Spielräumen Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2020-808 DC vom 13. November 2020, Rn. 28 f.; Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 10. März 2021 - V 583/2020 u.a. -, Rn. 28 f. m.w.N.; Verfassungsgericht der Tschechischen Republik, Entscheidung vom 9. Februar 2021 - Pl. ÚS 106/20 -, Rn. 76). Bei der Kontrolle prognostischer Entscheidungen setzt dies wiederum voraus, dass die Prognose des Gesetzgebers auf einer hinreichend gesicherten Grundlage

¹⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07, 402, 906/08, BVerfGE 121, S. 317 (349).

beruht (vgl. BVerfGE 68, 193 <220>; siehe auch BVerfGE 153, 182 <272 Rn. 237>).¹⁶⁸

Bei der Frage der Angemessenheit geht es mithin um das Schaffen eines Gleichgewichts zwischen den sich gegenüberstehenden Zielen und dazu einzuschränkenden Rechten.

Hierbei ist zu bedenken, dass sich die Aufgabe der Grundrechte nicht in ihrer Bedeutung als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in den grundrechtlich geschützten Bereich erschöpft. Sie enthalten auch eine objektive Wertordnung, aus der sich eine Pflicht der öffentlichen Gewalt ergeben kann, die Grundrechtsträger auch gegen Beeinträchtigungen der geschützten Rechtsgüter durch Dritte in Schutz zu nehmen.¹⁶⁹

Der Gesetzgeber musste bei der Schaffung des geplanten Entwurfes sein verfolgtes Ziel des Gesundheitsschutzes als überragend wichtigem Gemeinwohlbelang¹⁷⁰ den durch das Gesetz verursachten Grundrechtseingriffen gegenüberstellen.

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Gesetzesentwurf die Stärkung des Gesundheitsschutzes von Kindern, die aufgrund von ungesunder Ernährung unter Fettleibigkeit leiden. Dass es Anlass gibt, Maßnahmen aufgrund gesundheitlicher Gefahren, die durch Übergewicht entstehen, zu unternehmen, steht dabei außer Frage.

15,4 % der drei bis 17-jährigen sind übergewichtig, davon sind 5,9 % von Adipositas betroffen.¹⁷¹ Das Problem des Übergewichts verliert sich dabei nicht im Laufe des Erwachsenwerdens. Im Gegenteil: Kinder mit Übergewicht haben ein höheres Risiko für Adipositas im Erwachsenenalter. Aktuell ist etwa jeder vierte Erwachsene

¹⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21, BVerfGE 159, 223-355, Rn. 216-217.

¹⁶⁹ grundlegend BVerfG, Urteil vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, S. 198 ff.; Beschluss vom 9. Februar 1998 - 1 BvR 2234/9, NJW 1998, S. 2961 (2962).

¹⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 11. Juni 1958 - 1 BvR 596/56, BVerfGE Band 7, S. 377 (434); Urteil vom 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07, 402, 906/08, BVerfGE 121, S. 317 (349).

¹⁷¹ *Schienkiewitz/Brettschneider/Damerow/Schaffrath Rosario*, Übergewicht und Adipositas im Kindes- und Jugendalter in Deutschland - Querschnittergebnisse aus KiGGS Welle 2 und Trends, *Journal of Health Monitoring* 3(1), S. 16 (18f.).

betroffen.¹⁷² Damit einher gehen zahlreiche Folgeerkrankungen wie z.B. Typ-2-Diabetes (inkl. Dunkelziffer etwa 10 Millionen Betroffene¹⁷³), verschiedene Krebsarten und Herz-Kreislaufkrankungen.¹⁷⁴ Laut Daten der OECD sind 14% der Todesfälle in Deutschland auf ungesunde Ernährung zurückzuführen. Fehlernährung ist damit in etwa genauso tödlich wie das Rauchen.¹⁷⁵

Mit diesen immensen Gesundheitsschäden gehen Ausgaben in Milliardenhöhe einher. Eine Studie der Universität Hamburg beziffert die direkten und indirekten Folgekosten von Adipositas in Deutschland auf jährlich 63 Milliarden Euro.¹⁷⁶

Die Gesundheitsgefahren, die aufgrund ungesunder Ernährung entstehen, sind daher offenkundig. Wie im Rahmen der Ausführungen zur Geeignetheit und Erforderlichkeit der geplanten Regelungen aufgezeigt, legen zahlreiche Studien – trotz anhaltendem Forschungsbedarf – einen Zusammenhang zwischen dem Konsum von Werbung für ungesunde Lebensmittel und dem erhöhten Verzehr ebensolcher Lebensmittel nahe. Entsprechend kommt die von der WHO finanzierte systematische Übersichtsarbeit zur Auswirkung von Werbebeschränkungen zu dem Ergebnis, dass trotz der bislang unzureichenden Datenlage der Erlass von Werbebeschränkungen sinnvoll erscheint.¹⁷⁷

Der Gesetzgeber durfte seinen Erwägungen bei der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfes auch eine relative hohe Dichte von Werbebotschaften für ungesunde Lebensmittel zugrunde legen.

¹⁷² Robert Koch Institut, Übergewicht und Adipositas, abrufbar unter:

https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Themen/Uebergewicht_Adipositas/Uebergewicht_Adipositas_node.html.

¹⁷³ Deutsche Diabetes Gesellschaft, Deutscher Gesundheitsbericht Diabetes 2021, abrufbar unter: https://www.deutsche-diabetes-gesellschaft.de/fileadmin/user_upload/06_Gesundheitspolitik/03_Veroeffentlichungen/05_Gesundheitsbericht/20201107_Gesundheitsbericht2021.pdf.

¹⁷⁴ World Health Organisation, Obesity: preventing and managing the global epidemic, Report of a WHO consultation, World Health Organ Tech Rep Ser. 2000, S. 1-253.

¹⁷⁵ OECD, Health Report Germany, S. 7, abrufbar unter: https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021_chp_de_german.pdf.

¹⁷⁶ *Effertz/Engel/Verheyen/Linder*, The costs and consequences of obesity in Germany: a new approach from a prevalence and life-cycle perspective. *Eur J Health Econ.* 17(9), S. 1141 (1151).

¹⁷⁷ *Boylard/McGale/Maden/Hounsome/Boland/Jones*, Systematic review of the effect of policies to restrict the marketing of foods and non-alcoholic beverages to which children are exposed. *Obes Rev.* 2022 Aug, S. 23 (28).

So zeigt eine Studie der Universität Hamburg, dass mediennutzende Kinder in Deutschland pro Tag 15 Werbespots für ungesunde Lebensmittel sehen (etwa 10 davon im Fernsehen und etwa 5 davon im Internet). 92% der gesamten Lebensmittelwerbung, die Kinder im Internet und Fernsehen wahrnehmen, ist für unausgewogene Produkte, die unter den Anwendungsbereich des Gesetzesentwurfes fallen.¹⁷⁸

85,5% der von den führenden Lebensmittelunternehmen an Kinder beworbenen Produkte sind nach dem Nährwertprofilmodell der Weltgesundheitsorganisation zu süß, zu fett oder zu salzig, um an Kindern beworben zu werden. Die von diesen Herstellern unterzeichnete freiwillige Selbstverpflichtung „EU-Pledge“ schützt Kinder demnach nicht vor der Werbung für unausgewogene Lebensmittel.¹⁷⁹

Gleichzeitig wird im Rahmen des Entwurfes des KLWG darauf hingewiesen, dass nach den Vorgaben des WHO-Nährwertprofil-Modells 2023 20 Prozent der getesteten Lebensmittel auch gegenüber Kindern beworben werden können und dass bei vielen Lebensmitteln bereits eine geringfügige Reformulierung der Rezeptur dazu führen würde, dass eine Bewerbung auch gegenüber Kindern zulässig wäre.¹⁸⁰ Zudem führen die in der Anlage vorgenommenen Abweichungen im vorliegenden Gesetzentwurf für die Lebensmittelkategorien Nummer 4 a, b und c laut der genannten Untersuchung fast zu einer Verdoppelung der bewerbaren Produkte (38 Prozent). Hinsichtlich der vorgenommenen Anpassung für die Lebensmittelkategorie Nummer 13 werde ebenfalls eine Erhöhung des Prozentsatzes an beschränkungslos bewerbaren Produkten erwartet.¹⁸¹

Der Gesetzgeber hat daher alle widerstreitenden Interessen betrachtet und in einen angemessenen Ausgleich gebracht.

¹⁷⁸ Effertz, Kindermarketing für ungesunde Lebensmittel in Internet und TV, Projektbericht, Universität Hamburg, abrufbar unter: <https://www.bwl.uni-hamburg.de/irdw/dokumente/kindermarketing2021effertzunihh.pdf>, S. 6 f.

¹⁷⁹ foodwatch e.V., Kindermarketing für Lebensmittel, abrufbar unter: https://www.foodwatch.org/fileadmin/-DE/Themen/Kinderernaehrung/KINDERMARKE-TING_Studie_2021_DIGITAL_04.pdf.

¹⁸⁰ Entwurf, S. 12.

¹⁸¹ Entwurf, S. 12.

III. Zwischenergebnis

Der Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Kindern vor Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt (Kinder-Lebensmittel-Werbegesetz – KLWG) (Bearbeitungsstand: 11. Mai 2023) ist materiell verfassungsgemäß.

Zwar führen die Regelungen zu einem Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Berufsausübungsfreiheit. Der Eingriff ist aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

F. Unionsrechtskonformität

Der Gesetzesentwurf adressiert Lebensmittelunternehmen und natürliche und juristische Personen, unabhängig davon, ob diese ihren Sitz im In- oder Ausland haben. Im europäischen Primärrecht, könnte die geplante Regulierung des Kinderlebensmittelmarketing die europäischen Grundfreiheiten berühren.

I. Vorbemerkung

Das europäische Primärrecht bekennt sich in Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV ausdrücklich zum „Binnenmarkt“, der zu einem ausgewogenen, nachhaltigen und wettbewerbsfähigen Wirtschaftsleben zwischen den Mitgliedsstaaten beitragen soll (Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV).

Art. 26 AEUV konkretisiert, dass der Binnenmarkt, einen „Raum ohne Binnengrenzen“ umfassen soll, in dem „der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital“ gemäß den Bestimmungen der AEUV gewährleistet ist. Zur Verwirklichung dieses Binnenmarktziels dienen die vier Grundfreiheiten, die in den Art. 28 bis 66 AEUV geregelt sind. Wird die Ausübung der Grundfreiheiten durch nationale Maßnahmen behindert oder weniger attraktiv gemacht, müssen diese, um europarechtskonform zu sein, vier Voraussetzungen erfüllen: 1. Anwendung in nicht-diskriminierender Weise, 2. Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, 3. Geeignetheit und 4. Erforderlichkeit.¹⁸²

Ein Gesetz, das an Kinder gerichtetes Lebensmittelmarketing begrenzt, könnte die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) beschränken.

II. Eingriff in die in Art. 34 AEUV verankerte Warenverkehrsfreiheit

Um den freien Warenverkehr zu gewährleisten, verbietet der Art. 34 AEUV mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Lebensmittelunternehmer können sich als juristische Personen grundsätzlich auf die Warenverkehrsfreiheit berufen.¹⁸³ Gem. Art. 28 Abs. 2 AEUV

¹⁸² EuGH, Urteil vom 30. November 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, Rn. 37 - *Gebhard*.

¹⁸³ *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 34 AEUV, Rn. 31.

beschränkt sich die Warenverkehrsfreiheit dabei nicht auf Waren aus Mitgliedsstaaten, sondern umfasst auch „Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedsstaaten im freien Verkehr befinden“, sodass auch Lebensmittelhersteller aus Drittstaaten in den Schutzbereich fallen, sofern sich ihre Waren im freien Verkehr i.S.d. Art. 29 AEUV befinden. Jedenfalls vorliegen muss aber ein grenzüberschreitender Bezug, reine Binnensachverhalte werden durch Art. 34 AEUV nicht geschützt.¹⁸⁴ Entsprechend wäre Art. 34 AEUV nur auf solche Lebensmittelunternehmer anwendbar, die Lebensmittel aus einem anderen Mitgliedsstaat (oder einem Drittstaat, s.o.) in Deutschland vertreiben.

1. Maßnahme gleicher Wirkung

Eine Regulierung des Lebensmittelmarketings würde keine „mengenmäßige Beschränkung“ darstellen. Fraglich ist aber, ob sie nicht eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ darstellen könnte.

Eine rechtfertigungspflichtige Beschränkung im Sinne einer „Maßnahme gleicher Wirkung“ ist dann gegeben, wenn die Maßnahme eine produktbezogene Wirkung entfaltet.¹⁸⁵ Eine solche liegt etwa vor, wenn sie die unmittelbar auf der Produktverpackung befindlichen Werbeaussagen betreffen.¹⁸⁶

Ob auch Werbeverbote, die nicht auf die Produktverpackung selbst abzielen, eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ darstellen, ist fraglich. Der EuGH hat sich zu dieser Frage in den letzten Jahren mittels verschiedener Entscheidungen positioniert:

In der sog. *Dassonville*-Entscheidung vom 11. Juli 1974 hat der EuGH die sog. *Dassonville*-Formel aufgestellt, die beschreibt, welche Maßnahmen solche „gleicher Wirkung“ sind:

„Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“¹⁸⁷

¹⁸⁴ *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 34 AEUV Rn. 33.

¹⁸⁵ *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 34 AEUV Rn. 79.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 2. Februar 1994, C-315/92, ECLI:EU:C:1994:34, Rn. 19 - *Clinique*; EuGH, Urteil vom 6. Juli 1995, C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224, Rn. 13 - *Mars*.

¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837. Rn. 5 - *Dassonville*.

Mit dem *Keck*-Urteil,¹⁸⁸ schränkte der EuGH die bis dahin geltende weite sog. *Dassonville*-Formel dahingehend ein, dass nationale Bestimmungen, die lediglich „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ betreffen, dann keine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung darstellen, wenn sie „unterschiedslos anwendbar“ für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten,

„sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“.¹⁸⁹

Die Beschränkung von Fernsehwerbung hat der EuGH als eine solche Verkaufsmodalität i.S.d. *Keck*-Rechtsprechung angesehen. Regulierungsmaßnahmen von Fernsehwerbung stellen demnach keine Maßnahme gleicher Wirkung dar.¹⁹⁰

Allerdings wurde die *Keck*-Formel in den letzten Jahren durch den EuGH fortentwickelt, sodass inzwischen auch das Kriterium des Marktzugangs zunehmend eine Rolle spielt.¹⁹¹

Nach dem sog. Drei-Stufen-Test liegt eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ dann vor, wenn (1) bezweckt oder bewirkt wird, dass Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten weniger günstig behandelt werden, wenn (2) Hemmnisse für den freien Warenverkehr vorliegen, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, oder (3) jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.¹⁹²

¹⁸⁸ EuGH, Urteil vom 24. November 1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91. ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 16 - *Keck u. Mithouard*.

¹⁸⁹ EuGH, Urteil vom 24. November 1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91. ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 16 - *Keck u. Mithouard*

¹⁹⁰ EuGH, Urteil vom 9. Februar 1995, C-412/93, ECLI:EU:C:1995:26, Rn. 19 ff. - *Leclerc*.

¹⁹¹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 36 AEUV, Rn. 54.

¹⁹² EuGH, Urteil vom 10. Februar 2009, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 37 - *Kom./Italien*.

Hinsichtlich Vorschriften, die Werbung regulieren, bedeutet dies, dass sie keine „Maßnahme gleicher Wirkung“ darstellen, sofern sie nicht-diskriminierend ausgeführt sind und die grenzüberschreitende Vertriebsgestaltung nicht im Kern berühren.¹⁹³

Auch von dieser Grundregel hat der EuGH aber wiederum Abweichungen formuliert: (Unterschiedslos geltende) Werbebeschränkungen können nach Auffassung des EuGH dann ein Einfuhrhindernis darstellen, wenn der Wirtschaftsteilnehmer ein Werbesystem aufgeben muss, das er für besonders wirksam hält.¹⁹⁴

Zudem geht der EuGH davon aus, dass ein „absolutes [Werbe-]Verbot“ geeignet ist, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse, weil der Verbraucher mit den inländischen Produkten besser vertraut ist.¹⁹⁵

In einem Urteil vom 8. März 2001 erklärte der EuGH etwa:

„Ohne dass eine genaue Untersuchung der die Lage in Schweden kennzeichnenden tatsächlichen Umstände nötig wäre - diese Untersuchung obläge dem nationalen Gericht - kann festgestellt werden, dass bei Erzeugnissen wie den alkoholischen Getränken, deren Genuss mit herkömmlichen gesellschaftlichen Übungen sowie örtlichen Sitten und Gebräuchen verbunden ist, ein Verbot jeder an die Verbraucher gerichteten Werbung durch Anzeigen in der Presse oder Werbeeinblendungen in Rundfunk und Fernsehen, durch Direktversand nicht angeforderten Materials oder durch Plakatieren an öffentlichen Orten geeignet ist, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern, als es dies für inländische Erzeugnisse tut, mit denen der Verbraucher unwillkürlich besser vertraut ist.“¹⁹⁶

Diese Überlegungen sind auf die geplanten Regulierungen aber kaum übertragbar, denn in Deutschland ist eine Vielzahl solcher Lebensmittel bzw. Süßigkeiten besonders beliebt, die gerade nicht aus dem Inland stammen, u.a. Milka (Mondelez

¹⁹³ *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 34 AEUV, Rn. 95.

¹⁹⁴ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, C-239/02, ECLI:EU:C:2004:445, Rn. 52 - *Douwe Egberts*.

¹⁹⁵ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, C-239/02, ECLI:EU:C:2004:445, Rn. 53 - *Douwe Egberts*.

¹⁹⁶ EuGH, Urteil vom 8. März 2001, C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135, Rn. 21 - *KO/GIP*.

International), Kinderschokolade und Nutella (Ferrero) und KitKat (Nestlé).¹⁹⁷ Gerade diese Produkte sind daher für Verbraucher besonders vertraut. Im Falle regulierender Maßnahmen würde der Marktzugang für diese Produkte daher auch nicht stärker behindert als für vergleichbare inländische Produkte.

Ob die geplanten Werbebeschränkungen daher überhaupt eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ i.S.d. Art. 34 AEUV darstellen würden, wäre daher bereits mehr als zweifelhaft.

2. Rechtfertigung

Ein potentieller Eingriff in die in Art. 34 AEUV wäre jedenfalls gerechtfertigt.

Die Prüfung einer Rechtfertigung erfolgt zweigliedrig. Auf die formelle Rechtmäßigkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen kommt es aus der Sicht des Unionsrechts nicht an: Zunächst ist zu klären, ob der in Anspruch genommene Rechtfertigungsgrund von seinen Voraussetzungen her gesehen einschlägig ist. Anschließend muss untersucht werden, ob der Eingriff verhältnismäßig ist, womit ein Rechtsgüterausgleich durch Gegenüberstellung der negativen Folgen für den Einzelnen und der positiven Folgen für das Gemeinwohl erfolgt.¹⁹⁸ In Betracht kommt damit zunächst eine Berufung auf die in Art. 36 genannten Rechtfertigungsgründe.¹⁹⁹

Art. 36 AEUV konkretisiert, welche Gründe eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen können. Dies sind:

„Gründe der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums.“

Rechtfertigungsgründe ergeben sich auch aus der Rechtsprechung des EuGH. In dem *Cassis de Dijon*-Urteil des EuGH führte dieser aus, dass Maßnahmen gleicher

¹⁹⁷ <https://deutschlandtest.de/topliste/die-beliebtesten-suessigkeiten-der-deutschen>; <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181954/umfrage/konsum-knabberartikelmarken-im-letzten-monat/#:~:text=Im%20Jahr%202020%20gab%20es,der%20Marke%20Chio%20gegesen%20hatten>.

¹⁹⁸ Becker, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, AEUV, 4. Aufl., 2019, Art. 34, Rn. 106.

¹⁹⁹ Becker, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, AEUV, 4. Aufl., 2019, Art. 34, Rn. 105.

Wirkung dann hingenommen werden müssen, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.²⁰⁰

Der Schutz der öffentlichen Gesundheit bzw. der Gesundheit des Menschen stelle mithin mögliche Rechtfertigungsgründe dar. Die Gesundheit hat dabei „ersten Rang“ unter den genannten Rechtsgütern,²⁰¹ das bedeutet, dass es Sache der Mitgliedsstaaten ist, den Umfang des zu gewährenden Schutzes zu bestimmen.²⁰² Es besteht folglich ein weiter Beurteilungsspielraum der Mitgliedsstaaten bezüglich der zu treffenden Maßnahmen.²⁰³ Dabei muss allerdings tatsächlich ein Gesundheitsrisiko bestehen.²⁰⁴ Ausreichend ist diesbezüglich aber das Bestehen einer bloßen Gefahr.²⁰⁵ Die Beurteilung ist auf Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Erkenntnissen zu treffen.²⁰⁶

Die Maßnahme muss zudem notwendig, also verhältnismäßig,²⁰⁷ sein um die Gesundheit zu schützen. Eine Lebensmittelmarketing-Regulierung müsste folglich geeignet und erforderlich sein.²⁰⁸

Dass die geplanten Regelungen dem Gesundheitsschutz dienen und wissenschaftliche Erkenntnisse die Annahme rechtfertigen, dass durch unreguliertes Kin-

²⁰⁰ EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8 - *Rewe*.

²⁰¹ stRspr; z.B.: EuGH, Urteil vom 20. Mai 1976, Rs. 104/75, ECLI:EU:C:1976:67, Rn. 14 - *De Peijper*; EuGH, Urteil vom 10. November 1994, C-320/93, ECLI:EU:C:1994:379 - *Ortscheit*.

²⁰² EuGH, Urteil vom 20. Mai 1976, 104/75, ECLI:EU:C:1976:67, Rn. 14, 18 - *De Peijper*.

²⁰³ EuGH, Urteil vom 20. Mai 1976, 104/75, ECLI:EU:C:1976:67, Rn. 14, 18 - *De Peijper*.

²⁰⁴ EuGH, Urteil vom 25. Mai 1993, C-228/91, ECLI:EU:C:1993:206, Rn. 28 - *Kom./Italien*.

²⁰⁵ EuGH, Urteil vom 6. Juni 1984, Rs. 97/83, Slg. 1984, 2367 - *Melkunie*; EuGH, Urteil vom 14. Juli 1994, C-17/93, ECLI:EU:C:1994:299, Rn. 17 - *Van der Veldt*.

²⁰⁶ EuGH, Urteil vom 12. März 1987, Rs. 178/84, ECLI:EU:C:1987:126 - *Kom./Deutschland*; EuGH, Urteil vom 14. Juli 1994, C-17/93, ECLI:EU:C:1994:299, Rn. 17 - *Van der Veldt*.

²⁰⁷ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 56/57 AEUV Rn. 123.

²⁰⁸ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 56/57 AEUV Rn. 123 ff.

der Lebensmittelmarketing eine Gefahr für die Gesundheit (Entwicklung) von Kindern und Jugendlichen besteht, wurde umfangreich im Abschnitt E.II. dargelegt. Gleiches gilt für die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit.

Ein Eingriff in die in Art. 34 AEUV verankerte Warenverkehrsfreiheit wäre mithin jedenfalls gerechtfertigt.

III. Eingriff in die in Art. 56 AEUV verankerte Dienstleistungsfreiheit

Möglich erscheint auch ein Eingriff in die in Art. 56 AEUV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit.

1. Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs

Nach Art. 56 Abs. 1 AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Nach Art. 57 Abs. 2 AEUV gelten als Dienstleistungen insbesondere gewerbliche Tätigkeiten und kaufmännische Tätigkeiten.

Der Schutzbereich des Art. 56 AEUV ist nur dann eröffnet, wenn Dienstleistungsempfänger oder -erbringer in einem Mitgliedsstaat ansässig sind.²⁰⁹ Noch nicht von der Rechtsprechung geklärt ist, ob entweder Empfänger oder Erbringer der Dienstleistung auch in einem Drittstaat ansässig sein können.²¹⁰ Entscheidend ist immer der grenzüberschreitende Charakter einer Dienstleistung: die Dienstleistungsempfänger und -erbringer müssen sich also in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten aufhalten.²¹¹

Werden Lebensmittelunternehmer oder andere in § 2 des Entwurfes adressierte Personen grenzüberschreitend tätig, etwa weil sie als italienisches Unternehmen

²⁰⁹ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 56/57 AEUV Rn. 15.

²¹⁰ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, Art. 56/57 AEUV Rn. 18.

²¹¹ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Stand: Januar 2023, AEUV Art. 56/Art. 57 Rn. 14.

in Deutschland werben wollten, wäre daher der Anwendungsbereich der Art. 56, 57 AEUV eröffnet.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit bereits alle Maßnahmen zu verstehen, die die Ausübung dieser Freiheit untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen.²¹²

Durch die geplanten Regulierungen wären daher Lebensmittelunternehmen anderer EU-Mitgliedstaaten betroffen, welche Werbemaßnahmen in Deutschland treffen wollen.

2. Rechtfertigung

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit wäre aber gerechtfertigt.

Trotz der unterschiedlichen sachlichen Schutzbereiche und Beschränkungsregelungen der Grundfreiheiten, hat die Rechtsprechung eine sich in den Grundzügen entsprechende Schrankensystematik entwickelt.²¹³

In einem Urteil des EuGH vom 12. Dezember 1996 erläuterte dieser:

„Nach ständiger Rechtsprechung ist das Verbot daher nur dann nicht mit Artikel 59 unvereinbar, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Es muß in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, es muß aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, es muß geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihm verfolgten Zieles zu gewährleisten, und es darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (Urteil Gebhard, a. a. O., Randnr. 37). Der Gerichtshof hat hierzu ferner ausgeführt, daß der freie Dienstleistungsverkehr nur durch Regelungen, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, und nur insoweit beschränkt werden darf, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Dienstleistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist (in diesem Sinn Urteile vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-180/89, Kommission/Italien, Slg. 1991, 1-709, Randnr. 17, und in der Rechtssache C-198/89, Kommission/Griechenland, Slg. 1991, 1-727, Randnr. 18, sowie vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93, Vander Elst, Slg. 1994, 1-3803, Randnr. 16).“²¹⁴

²¹² EuGH, Urteil vom 4. Mai 2017 - C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335, Rn. 61 m.w.N. - *Vanderborght, Kluth*, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 57, Rn. 59.

²¹³ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 57, Rn. 75.

²¹⁴ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1996, C-3/95, ECLI:EU:C:1996:487, Rn. 28.

Ein Rechtfertigungsgrund kann sich zudem aus Art. 52 Abs. 1 AEUV ableiten. Die Norm lautet:

„Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.“

Art. 52 Abs. 1 AEUV listet als einen Rechtfertigungsgrund den Schutz der Gesundheit auf. Damit sich auf eine Schutzgutbetroffenheit i.S.d. Art. 52 Abs. 1 AEUV berufen werden kann, muss eine tatsächliche und hinreichende Gefährdung zu befürchten sein.²¹⁵

Für das Vorliegen einer solchen Gefährdungslage wird auf die Ausführungen zur Rechtfertigung im Abschnitt E II verwiesen.

Ein Eingriff in die in Art. 56 AEUV verankerte Dienstleistungsfreiheit wäre daher gerechtfertigt.

IV. Zwischenergebnis

Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch eine Regulierung des Lebensmittelmarketing wäre gerechtfertigt. Sofern man überhaupt von einem Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit ausgehen würde, wäre auch dieser gerechtfertigt.

²¹⁵ stRspr, z.B.: EuGH, Urteil vom 28. Oktober 1975, Rs. 36/75, ECLI:EU:C:1975:137, Rn. 26/28 - *Rutili*; EuGH, Urteil vom 19. Januar 1999, C-348/96, ECLI:EU:C:1999:6, Rn. 21 - *Calfa*.

G. Ergebnis

Der Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Kindern vor Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt (Kinder-Lebensmittel-Werbegesetz – KLWG) ist formell und materiell verfassungsgemäß.

Zuständig für den Erlass entsprechender Regelungen ist der Bundesgesetzgeber.

Seine Gesetzgebungskompetenz ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 (Recht der Lebensmittel) in Verbindung mit Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) des Grundgesetzes.

Die geplanten Regelungen bewegen sich innerhalb der Schranken der verfassungsmäßigen Rechtsordnung. Durch die Regelungen verfolgt der Gesetzgeber ein legitimes Ziel, die Normen sind zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen.

Karoline Borwieck
(Rechtsanwältin)