

**Werbeverbote für Lebensmittel aufgrund ihres Zucker-,
Fett- oder Salzgehalts als Eingriffe in die Kommunikations-
und Wirtschaftsverfassung
des Grundgesetzes und des Vertrags über die Arbeitsweise
der Europäischen Union**

Rechtswissenschaftliche Untersuchung

von

Professor Dr. iur. Martin Burgi

Ordinarius für Öffentliches Recht und Europarecht
an der
Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität, München

im Auftrag des
Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) e.V.
und des Lebensmittelverbands Deutschland e.V.

April 2023

Zusammenfassung

1. Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom 14.2.2023 (RefE) enthält ein komplexes System von Verboten, das die Werbung für ca. 70 – 80 % aller Lebensmittel erfassen würde. Es besteht aus einem sehr weitreichenden Teilverbot, das auch Werbemaßnahmen gegenüber Erwachsenen (etwa im Zusammenhang mit Sportereignissen oder in allen Fernsehsendungen bis 23 Uhr) betrifft. Sodann wird ein Totalverbot für Lebensmittelwerbung, die „ihrer Art nach besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“ vorgeschlagen, das auch Sponsoringmaßnahmen umfassen soll.
2. Dabei gibt es nach eigener Aussage des BMEL keine belastbaren Studien zur Wirkung von Werbeverboten für die als solche ja weiterhin erlaubten Lebensmittel. Nach Anwendungsbereich und Eingriffsintensität unterscheidet sich der Referentenentwurf signifikant von vorherigen politischen Verlautbarungen im Koalitionsvertrag.
3. Das vorgesehene Verbotssystem würde erhebliche Eingriffe in die Wirtschaftsgrundrechte der Werbeunternehmen und der Hersteller bzw. Vertreiber der Lebensmittel (Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG) bewirken. In bislang unbekannter Intensität wäre die besonders sensible Kommunikationsordnung (mehrere Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG) gestört, ebenso der europäische Binnenmarkt (Waren- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 34 bzw. 56 AEUV). Damit einher geht die Gefahr eines Dammbruchs.
4. Werbung stellt sowohl einen Kommunikationsvorgang als auch eine Wettbewerbshandlung dar. Dabei kommen ihr subjektive wie objektive Funktionen zu. Verbraucherinnen und Verbraucher sind primär in der Informationsfreiheit, der Konsum- und der Vertragsfreiheit beeinträchtigt. Rein monetär ausgedrückt, steht ein Volumen der Bruttowerbeinvestitionen im Umfang von rund 3,3 Milliarden Euro infrage. Bislang als vollkommen unproblematisch als Teil der Alltagskultur wahrgenommene Äußerungen wären mit Inkrafttreten des Verbotssystems untersagt und mit ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen belegt.
5. Die zentrale Verbotsnorm des RefE (§ 4) verstößt in zweifacher Hinsicht gegen den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz i.V.m. Art. 103 Abs. 2 GG. Da die

Normunterworfenen die an sie gestellten Anforderungen im Hinblick auf beide Verbotskomplexe nicht aus eigener Kraft feststellen können, würden die zuständigen Verwaltungsbehörden unweigerlich zu einer Art Meinungs-Polizei.

6. Der Schutz der Gesundheit von Kindern ist selbstverständlich ein legitimerweise durch den Gesetzgeber verfolgter Gemeinwohlbelang. Vor allem im Hinblick auf die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG ergeben sich aber aus dem Grundgesetz spezifische Anforderungen für den Umgang mit der Rechtfertigungsgrundlage (hier: der Allgemeinheit des Gesetzes nach Art. 5 Abs. 2 GG). Diese führen im Ergebnis zu strengeren Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere zu erhöhten Anforderungen an die tatsächlichen Anhaltspunkte, die die Gefahrenprognose des Gesetzgebers stützen sollen.

7. Vor allem aus den Kommunikationsgrundrechten nach Art. 5 Abs. 1 GG, aber auch aus den beeinträchtigten Grundfreiheiten des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ergeben sich erhöhte Anforderungen an die behaupteten tatsächlichen Anhaltspunkte, die nach Auffassung des Gesetzgebers seine Gefahrenprognose stützen sollen. Sowohl dem Totalverbot des § 4 Abs. 1 u. 3 RefE als auch (und insbesondere) dem Teilwerbeverbot nach § 4 Abs. 2 RefE fehlt bereits die für Eingriffe in die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG zu fordernde Plausibilität. Jedenfalls ist die Geeignetheit der beiden Werbeverbote aufgrund des defizitären Umgangs mit empirischer Evidenz zu verneinen. Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV bzw. die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG ist von vornherein mehr zu fordern als Plausibilität. Vielmehr bedarf es insoweit der Nachvollziehbarkeit bzw. Kohärenz der Eingriffsmaßnahmen, die beide erst recht zu verneinen sind.

8. Das Verbotssystem des § 4 RefE kann auch dem Erforderlichkeitsgebot (Übermaßverbot) nicht standhalten. Denn es gäbe mehrere, ggf. in Kombination einsetzbare, mindestens gleich geeignete alternative Handlungsmittel. Neben den erst vor kurzem verschärften und noch gar nicht evaluierten bestehenden Reglementierungen sind vor allem Hinweispflichten (die besonders der EuGH betont) und die Beschränkung auf Werbeformate, die „an Kinder gerichtet sind“ zu nennen (wenn man die Geeignetheit unterstellt und die Bestimmtheitsprobleme lösen würde). Auf der Hand liegen ferner Maßnahmen zur Bekämpfung der zahlreichen belegten Ursachenfaktoren für Übergewicht und Adipositas, dies v.a. in den unmittelbar staatlich beherrschten Aktionsräumen, in denen sich Kinder heute bewegen. In diesen Aktionsräumen kann der

Staat das Ernährungs- und Bewegungsverhalten der Kinder weitgehend nach seinen Vorstellungen steuern. Bei all dem ist zu beachten, dass Eingriffe in die Kommunikationsfreiheiten grundsätzlich nachrangig sind. Ein noch weniger geeignetes, gleichheitswidriges und daher nicht alternativ einsetzbares Mittel wäre hingegen die Reduzierung des Kreises der erfassten Lebensmittel. Eine solche Reduzierung hätte zur Konsequenz, dass die Annahme eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Verzehr dieser Lebensmittel und der Zunahme von Übergewicht und Adipositas noch weniger plausibel bzw. nachvollziehbar wäre.

9. Die unter dem Prüfungspunkt der Angemessenheit erfolgende Gesamtabwägung gelangt zu dem Ergebnis, dass nach Breite und Tiefe einschneidende Grundrechtseingriffe infrage stehen, die einen allenfalls geringen Bezug zum verfolgten Gemeinwohlbelang des Schutzes der Gesundheit der Kinder haben. Das liegt auch an der vollständigen Missachtung der Schutz- und Förderfunktion, die die Eltern gerade im Interesse des Gesundheitsschutzes ihrer Kinder wahrnehmen. Im Hinblick auf die Erwachsenen kommt hinzu, dass der Staat jedenfalls im Hinblick auf den Umgang mit Lebensmitteln, die nicht schon für sich gefährlich oder gar verboten sind, kein Mandat für den Schutz jener Erwachsenen gegen sich selbst besitzt. Hinzu treten gleichheitswidrige Differenzierungen und eine sachlich nicht zu rechtfertigende sog. Inländerdiskriminierung.

10. Die rechtswissenschaftliche Untersuchung der materiellrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes und des AEUV gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die durch den Referentenentwurf des BMEL implementierte Verbotspolitik betreffend die Werbung für Lebensmittel (aufgrund ihres Zucker-, Fett- oder Salzgehalts) verfassungs- und europarechtswidrig ist. Dies gilt sowohl für das adressatenunabhängige Teilwerbeverbot als auch für das Totalverbot bei Adressierung der Werbung an Kinder.

Gliederung

A. Untersuchungsgegenstand und Problemhorizont.....	1
I. Eckpunkte des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL; Stand 14.2.2023)	1
1. Gegenständliche Reichweite des Verbotssystems (Erfasste Lebensmittel)	1
2. Adressatenunabhängiges Teilwerbeverbot (§ 4 Abs. 2 RefE)	3
3. Totalwerbeverbot bei Adressierung an Kinder (§ 4 Abs. 1 u. 3 RefE).....	4
4. Begründungsansätze	5
5. Unterschiede zu vorherigen politischen Verlautbarungen	7
II. Betroffene und untersuchte Maßstäbe des höherrangigen Rechts	7
1. Hinweis auf Art. 70 ff. GG	8
2. Blick auf das europäische Sekundärrecht	8
III. Normative Ausgangslage	10
1. Keine Verbote betreffend Herstellung und Vertrieb der Lebensmittel.....	10
2. Bestehende Reglementierungen der Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt	10
a) Europäisches Sekundärrecht.....	10
b) Nationale Umsetzung	11
c) Verhaltensregeln zur Lebensmittelwerbung des Deutschen Werberats	11
d) Werbebeschränkungen im Rahmen des sog. EU-Pledge.....	13
e) Allgemeine Rundfunkregulierung.....	13
IV. Weitere staatliche Aktions- und Kommunikationsräume.....	14
 B. Anerkannte und nicht anerkannte Wirkungen von Werbung bzw. von Werbeverboten für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt....	 15
I. Elemente und Inhalte der Werbung für diese Lebensmittel	15
II. Intentionen und Wirkungen von Werbung in diesem Bereich	15
1. Werbung als Kommunikationsvorgang.....	15
2. Werbung als Wettbewerbshandlung	16

III.	Anerkannte Wirkungen des Verzehrs von Lebensmitteln mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt im Zusammenhang mit anderen Ursachenfaktoren für Übergewicht und Adipositas	17
IV.	Anerkannte und nicht anerkannte Wirkungen von Werbeverboten für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt	21
1.	Gegenüber Unternehmen	22
a)	Werbebranche	22
b)	Herstellung und Vertrieb	22
2.	Gegenüber Verbrauchern	23
a)	Kausalebene 1: Werbeverbote und Konsum	23
b)	Kausalebene 2: Werbeverbote und Übergewicht/Adipositas ...	24
aa)	Studienlage	24
bb)	Studien aus Ländern mit bereits existierendem Werbeverbot.....	26
C.	Verfassungs- und europarechtliche Schutznormen	29
I.	Spektrum und Relevanz	29
1.	Betroffenheit von Unternehmen und von Verbrauchern	29
a)	Unternehmen.....	29
b)	Verbraucherinnen und Verbraucher	29
aa)	Verbraucher als von rechtfertigungspflichtigen Grundrechtseingriffen betroffene Grundrechtsträger	30
bb)	Relevanz innerhalb der Rechtfertigung der unternehmensbezogenen Eingriffswirkungen.....	31
2.	Relevanz des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG.....	31
II.	Rechtfertigungspflichtige Eingriffe im Rahmen der Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes	33
1.	Kreis der Grundrechtsträger und relevante Maßstabnormen	33
2.	Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG	34
a)	Wirtschaftswerbung als Meinungsäußerung.....	35
b)	Jedenfalls bei Wertungsdivergenz gegenüber dem Staat (d.h. aufgrund Relevanz in der politischen Diskussion)	37
3.	Presse-, Rundfunk- bzw. Filmfreiheit zugunsten bestimmter Medienanbieter	38
4.	Informationsfreiheitsrecht zugunsten der Verbraucher nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG	39

5.	Zwischenergebnis	39
III.	Rechtfertigungspflichtige Eingriffe im Rahmen der Wirtschafts- verfassung des Grundgesetzes und des AEU-Vertrags	40
1.	Kreis der Grundrechtsträger und relevante Maßstabsnormen	40
2.	Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	40
a)	Werbende Tätigkeiten.....	41
b)	Tätigkeiten von Herstellung und Vertrieb.....	41
3.	Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit der Verbraucher nach Art. 2 Abs. 1 GG	43
4.	Waren- bzw. Dienstleistungsfreiheit nach dem AEUV	43
a)	Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV)	43
b)	Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).....	46
IV.	Rechtfertigungspflichtige Eingriffe im Rahmen der Erziehungsverfassung des Grundgesetzes	47
1.	Grundrechtsträger und relevante Maßstabsnorm	47
2.	Entwurfskompetenz inkl. Medienkompetenz	48
D.	Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot	50
I.	Normative Verankerung und Anforderungen	50
II.	Das Merkmal „Werbung, die ihrer Art nach besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“	51
III.	Das Merkmal „Werbung im direkten Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten“	54
IV.	Zwischenergebnis.....	55
E.	Anforderungen an den rechtfertigenden Gemeinwohlbelang je Rechtfertigungsgrundlage	56
I.	Anforderungen an die Eingriffe in die Wirtschafts- und Erziehungsfreihei- ten nach Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, 34 u. 56 AEUV und 6 Abs. 2 GG	56
II.	Anforderungen an die Eingriffe in die Kommunikationsfreiheiten nach Art. 5 Abs. 2 GG	58
1.	Spezifische Rechtfertigungsgrundlagen	58
a)	Gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend?	58
b)	Allgemeine Gesetze	58
2.	Vorgaben für die Verhältnismäßigkeitsprüfung	59

III.	Zwischenergebnis.....	60
F.	Geeignetheit?	61
I.	Allgemeine Anforderungen je Schutzposition	61
1.	Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit und die Verbraucherfreiheit nach Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG	61
a)	Maßstab.....	61
b)	Reichweite der Pflicht zur Sachaufklärung (empirische Evidenz)	61
2.	Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV.....	62
a)	Maßstab.....	62
b)	Reichweite der Pflicht zur Sachaufklärung (empirische Evidenz)	63
3.	Im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheiten und auf das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG	63
a)	Maßstab.....	63
b)	Reichweite der Pflicht zur Sachaufklärung (empirische Evidenz)	64
II.	Beurteilung der Werbeverbote aus § 4 RefE	64
1.	Maßstabsebene	64
a)	Totalwerbeverbot.....	64
b)	Adressatenunabhängiges Teilwerbeverbot.....	66
2.	Hilfsweise: Beurteilung des Umgangs mit empirischer Evidenz.....	67
III.	Zwischenergebnis	70
G.	Erforderlichkeit?	71
I.	Maßstab und Reichweite des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums	71
1.	Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit und die Verbraucherfreiheit nach Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG	71
2.	Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV.....	71
3.	Im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheiten nach Art. 5 Abs. 1 GG und auf das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG	73
II.	Beurteilung der Werbeverbote nach § 4 RefE	73
1.	Mildere bereits rechtlich vorgesehene Mittel	73
2.	Mildere Mittel betreffend das Ernährungsverhalten.....	74

a)	Bezogen auf die Werbung	74
b)	Bezogen auf die betroffenen Lebensmittel	75
3.	Mildere Mittel betreffend die anderen Ursachenfaktoren.....	76
III.	Zwischenergebnis.....	77
H.	Angemessenheit und Beachtung von Gleichbehandlungsaspekten?	79
I.	Maßstäbe und Einschätzungsspielraum	80
II.	Abschließende Charakterisierung der Eingriffswirkungen	80
1.	Gegenüber den Unternehmen	80
2.	Gegenüber den Verbrauchern	81
III.	Relevante Aspekte in der Gesamtabwägung mit dem verfolgten Gemeinwohlbelang.....	82
1.	Schwacher Bezug der rechtfertigungspflichtigen Werbeverbote zum Gesundheitsschutz	82
2.	In Anbetracht des Vorhandenseins von Eltern	83
3.	In Anbetracht der Autonomie der Konsumententscheidungen Erwachsener	84
IV.	Nicht gerechtfertigte Differenzierungen	86
1.	Maßstab	86
2.	Differenzierungen innerhalb der Werbung von primär genussbezogenen Produkten	86
3.	Differenzierungen innerhalb des Anwendungsbereichs	87
V.	Verfassungsrechtliche Konsequenzen der sog. Inländerdiskriminierung	87
1.	Relevanz	87
2.	Einfluss in der Gesamtabwägung	89
VI.	Zwischenergebnis.....	89

A. Untersuchungsgegenstand und Problemhorizont

I. Eckpunkte des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL; Stand 14.2.2023)

Gegenstand dieser Untersuchung ist der Referentenentwurf für ein „Gesetz zum Schutz von Kindern vor Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt (Kinder-Lebensmittel Werbegesetz) v. 14.2.2023, dessen zentrale Inhalte am 27.2.2023 durch den zuständigen Bundesminister präsentiert worden sind. § 4 des Referentenentwurfs (RefE) statuiert drei sehr weitreichende Werbeverbote. Es handelt sich mithin nicht um ein Förder- noch um ein bloß regulierend (im Sinne einer differenzierten Mischung aus Determinanten und Einschränkungen) konzipiertes Schutzgesetz, sondern um ein Verbotsgesetz.

Neben einem Totalwerbeverbot enthält es adressatenunabhängige, weit reichende Einschränkungen von Werbung, die als Teilwerbeverbote bezeichnet werden können. Dieses Verbotssystem betrifft 70 bis 80 % aller Lebensmittel auf dem Markt.

Das Verbotssystem wird durch Sanktionen verstärkt. So können gemäß § 9 Abs. 2 RefE Verstöße gegen die Verbotsnormen als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 30.000 Euro geahndet werden. § 10 RefE sieht die „Einziehung“ von Gegenständen vor, während § 8 Abs. 2 u. 3 RefE den zuständigen Landesbehörden weitreichende Durchsetzungsbefugnisse einräumt.

Selbstverständlich richtet sich die verfassungs- und die europarechtliche Beurteilung der hiermit verbundenen Eingriffswirkungen nicht nach den in politischen und medialen Foren getroffenen Aussagen des zuständigen Ministeriums. Vielmehr muss sie ihren Gegenstand ausschließlich objektiv, d.h. anhand des Textes des vorgelegten RefE bestimmen, ganz so, wie es auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und der Europäische Gerichtshof (EuGH) bei einer entsprechenden Prüfung tun würden.

1. Gegenständliche Reichweite des Verbotssystems (Erfasste Lebensmittel)

Die in § 4 RefE statuierten Verbote betreffen Werbung für „Lebensmittel“ i.S. von § 3 Nr. 2 u. 3 i.V.m. der Vermutungsregelung des § 5 RefE und der Anlage zum Gesetz, d.h. der Referentenentwurf orientiert sich insoweit an den Anforderungen des Nährwertprofil-Modells der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Er erfasst damit eine sehr breite Palette von Lebensmitteln. Das Nährstoff-Profiling-Modell der WHO Europa be-

ruht auf der politischen Deklaration des ersten UN-Gipfels gegen die nicht übertragbaren Krankheiten 2011 und in der Folge auf der Wiener Deklaration zu Ernährung und den nicht übertragbaren Erkrankungen im Kontext von „Health 2020“. Anders als in der Begründung des RefE behauptet (S. 14), ist das Nährwertprofil-Modell des Regionalbüros für Europa der WHO keine „weithin anerkannte Ernährungsrichtlinie“, insbesondere ist es nicht Bestandteil verbindlicher europäischer Verordnungen, Richtlinien oder sonstiger Rechtssetzungsakte der EU. Eingesetzt wird es bislang (und auch nur in modifizierter Form) lediglich in Portugal.

Das Modell betreffend die europäischen Regionen der WHO von 2015 umfasst 17 Produktkategorien mit einigen Unterkategorien. Es schlägt für weitreichende Kategorien ein umfassendes Werbe- und Marketingverbot vor, ohne dass es hierbei auf bestimmte Nährwertkriterien und -grenzwerte ankommen soll. Nach der Anlage zum nun vorgelegten Gesetzentwurf werden absolut wirkende Werbeverbote vorgeschlagen für die

- Lebensmittelkategorie 1 (v.a. Schokolade und Süßwaren, Energieriegel, süße Toppings und Desserts)
- Lebensmittelkategorie 2 (v.a. Kuchen, süße Backwaren, Backwarenmischungen)
- Lebensmittelkategorie 4 (Energydrinks) und
- für Lebensmittelkategorie 5 (Speiseeis).¹

In diesen Bereichen werden mithin 100 % aller einschlägigen Lebensmittelprodukte erfasst. Entgegen der Aussage in den FAQ des BMEL² ist also nicht für jede Kategorie ein eigener Höchstwert vorgesehen, vielmehr finden sich darin auch eine ganze Reihe von absoluten Verboten.

Bei Lebensmitteln aus anderen Produktgruppen wie z.B. Frühstückscerealien (Haferflocken, Cornflakes, Schokoladenfrühstücks-Müslis) oder Joghurts, Sauermilch, Sahne, Brot, Teigwaren, verarbeitete Fisch- bzw. Fleischprodukte und andere ähnliche Lebensmittel wird nach spezifischen Maximalmengen für kritische Nährstoffe bzw. Nahrungsenergie pro 100 g differenziert (Beispiel: Frühstückscerealien mit >10 g Fett

¹ Vgl. WHO Regional Office for Europe nutrient profile model, abrufbar unter https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/270716/Nutrient-children_web-new.pdf.

² https://www.bmel.de/SharedDocs/FAQs/DE/faq-lebensmittelwerbung-kinder/faq-lebensmittelwerbung-kinder_List.html.

und/oder >15 g Zucker und/oder >1,6 g Salz/100 g).³ Keine Höchstwerte sind lediglich für unbearbeitetes Fleisch und Fischprodukte sowie für Obst, Gemüse und Hülsenfrüchte vorgesehen. Die Einteilung der WHO aus dem Jahr 2015 wurde damit nicht vollständig umgesetzt, sondern nach eigenen Vorstellungen des BMEL modifiziert, Abweichungen sind beispielsweise im Hinblick auf die Herausnahme von Vollmilch und Fruchtsäfte aus dem Verbotsradius erfolgt.

Ausweislich einer wissenschaftlichen Studie zu den praktischen Auswirkungen dieses Modells mit den darin vorgeschlagenen Maximalmengen kann davon ausgegangen werden, dass seine Anwendung zu einem umfassenden Werbeverbot betreffend durchschnittlich 70 – 80 % der untersuchten Lebensmittel führen würde.⁴ Die WHO selbst geht davon aus, dass 76 % der insgesamt 108.578 Produkte bei Zugrundelegung ihres Modells nicht mehr beworben werden könnten.⁵ Im Bereich der Frühstückscerealien wären mithin beispielsweise 574 von untersuchten 721 Produkten erfasst. Bei den Joghurts wären es 76 %.⁶

Diejenigen Lebensmittel, die nicht unter die Anlage fallen, werden im RefE grundsätzlich als „Lebensmittel ohne hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehalt“ erachtet (so die Vermutungsregel des § 5 RefE). Für sie sollen die Verbote nach den drei Absätzen des § 4 nicht gelten (vgl. § 4 Abs. 1 S. 3 bzw. Abs. 2 S. 3 u. Abs. 3 S. 2 RefE).

2. Adressatenunabhängiges Teilwerbeverbot (§ 4 Abs. 2 RefE)

Für den solchermaßen weit gefassten Kreis von Lebensmitteln soll durchgehend, d.h. sowohl dann, wenn die Werbung ihrer Art nach besonders „geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“ als auch dann, wenn dies nicht der Fall ist (vgl. Abs. 2 S. 1 des § 4) der Einsatz der folgenden Werbeträger verboten sein:

- Werbung im Hörfunk und über audiovisuelle Mediendienste zwischen 6:00 und 23:00 Uhr (§ 4 Abs. 2 S. 1 u. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 4 RefE).

³ Vgl. zum Nährstoffprofil-Modell des WHO-Regionalbüros für Europa den Meeting Report über die Anwendung der Modelle, Sept. 2021.

⁴ Vgl. *Storcksdieck/Robinson/Wollgast/Caldeira*, The ineligibility of food products from across the EU for marketing to children according to two EU-level nutrient profile models, PLOS ONE, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0213512> , October 23, 2019.

⁵ In ihrem zusammen mit der Aktualisierung des Modells 2023 veröffentlichten Bericht.

⁶ Vgl. hierzu sowie zu den weiteren untersuchten Lebensmittelkategorien: *Storcksdieck/Robinson/Wollgast/Caldeira*, a.a.O., S. 7/17

- In Hörfunk, Presse oder anderen gedruckten Veröffentlichungen, in Diensten der Informationsgesellschaft, in audiovisuellen Mediendiensten und Video-Sharing-Plattform-Diensten, wenn die Werbung über diese Werbeträger „im direkten Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten erfolgt“ (damit dürften beispielsweise Presseerzeugnisse wie „11 Freunde“ oder Talentshows begleitende Publikationen, aber auch ganze Tageszeitungen, die über eine Kinderrubrik verfügen, gemeint sein; vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 u. S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2, 3, 4 u. 5 RefE).
- Außenwerbung im Umkreis von 100 m zu „Freizeiteinrichtungen, die ihrer Art nach oder tatsächlich in der Hauptsache von Kindern besucht werden, Schulen und Kindertageseinrichtungen oder Spielflächen“ (mit Ausnahme der Außenflächen von Verkaufsständen und Kiosken); § 4 Abs. 2 S. 1 u. S. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 2 Nr. 6 RefE. Aufgrund der außerordentlichen Weite u.a. des Merkmals „Freizeiteinrichtungen“, worunter so unterschiedliche Einrichtungen wie Bäder, Musik- oder Malschulen, Minigolfanlagen etc. fallen, dürften auf einer Karte mit den verzeichneten Standorten sämtlicher Plakatsäulen bzw. Litfaßsäulen im Bundesgebiet kaum mehr verfügbare Flächen erkennbar sein (da die Außenwerbung bereits aus baurechtlichen Gründen nur an bestimmten Standorten erlaubt ist).

3. Totalwerbeverbot bei Adressierung an Kinder (§ 4 Abs. 1 u. 3 RefE)

Unter „Kinder“ werden sämtliche Personen unter 14 Jahren verstanden (vgl. § 3 Nr. 1 RefE). Der Begründung des RefE kann entnommen werden, dass es zur Annahme der Tatbestandsvoraussetzung für die noch einmal verschärften Verbote nach § 4 Abs. 1 („Werbung zu betreiben, die ihrer Art nach besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“) genügt, wenn eine entsprechende Werbung bunt und lustig aufgemacht ist (beispielsweise wenn Lebensmittel in Tierformen zum Verzehr animieren).⁷ In der am 27.2.2023 von Bundesminister *Özdemir* veranstalteten Pressekonferenz war davon die Rede, dass bereits der Einsatz von Kinderdarstellern ausreichen soll.

Werbemaßnahmen, die unter § 4 Abs. 1 S. 1 fallen, sind ohne jede weitere Einschränkung (etwa nach Zeiten, Zusammenhängen oder Orten), d.h. vollständig verboten.

⁷ RefE, S. 12.

Ebenso vollständig verboten ist in dieser Situation das „Sponsoring“ im Sinne von § 3 Nr. 9 RefE (vgl. § 4 Abs. 3 S. 1 RefE).

4. Begründungsansätze

In der Entwurfsbegründung nennt das BMEL keine einzige Studie, die einen Zusammenhang zwischen der Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt und erhöhtem kindlichen Übergewicht oder einen kausalen Zusammenhang zwischen Werbeverboten und Gewichtsreduktion begründen könnte. In den „Frequently Asked Questions“⁸ auf seiner Homepage nennt es die folgenden drei Zahlen:

- Kinder würden im Durchschnitt täglich 15 Werbespots für derartige Lebensmittel in von ihnen genutzten Medien sehen. Überdies sei die Mediennutzung bei 70 % der 3 bis 17-Jährigen seit Beginn der Corona Pandemie angestiegen. Was daraus für das Ernährungsverhalten dieser Kinder folgen soll, wird nicht mitgeteilt.⁹
- Sodann wird behauptet, dass „durchschnittlich 92 % der Lebensmittelwerbung, die Kinder im Internet und TV wahrnehmen“ für Produkte „wie Fastfood, Snacks oder Süßigkeiten“ sei.
- Schließlich heißt es, dass „die sozialen Medien und die Lebensmittelvermarktung durch sog. Influencer“ eine „zunehmend große Rolle spielen“ würden. Sodann wird eine Studie der Medizinischen Universität Wien erwähnt, deren Ergebnis allerdings lediglich besagen würde, dass 77 % der beworbenen Lebensmittel aufgrund ihres hohen Zucker-, Fett-, oder Salzgehalts nicht gegenüber Kindern und Jugendlichen vermarktet werden sollten; ob zwischen der Werbung für diese Lebensmittel und einem erhöhten Konsum bei Kindern oder irgendwelchen negativen gesundheitlichen Begleiterscheinungen ein Zusammenhang besteht, ergibt sich aus jener Studie offenbar nicht.

⁸ https://www.bmel.de/SharedDocs/FAQs/DE/faq-lebensmittelwerbung-kinder/faq-lebensmittelwerbung-kinder_List.html .

⁹ Anstatt die für TV von allen Experten anerkannten AGF/GfK-Daten zu nutzen, die für Kinder dieser Altersgruppe vorhanden sind, arbeitet der hier offenbar in Bezug genommene (vgl. noch B IV 2) Studienautor *Tobias Effertz* mit selbst erhobenen Daten, die weder die behaupteten 5 beliebtesten TV-Sender von Kindern in 2019 abbilden noch eine korrekte Summenbildung bei den gezählten TV-Spots ergeben (Doppelzählungen, unklare Summenbildung).

Aber auch die beiden ersten Zahlenangaben sind zurückzuweisen. Nach den Daten der Videoforschung GmbH AGF für den Bereich TV¹⁰ liegen die Dinge so, dass 98 % der Primetime-Zuschauer über 14 Jahre alt sind, unter 2 % zwischen 3 und 13 Jahren alt, und zwar über 365 Tage im Jahr und alle Fernsehsender hinweg. In den Jahren 2019 bis 2022 waren von den 100 Sendungen mit der höchsten Sehbeteiligung bei den 3 bis 13-Jährigen nur 27 Sendungen mit Werbung. Bei Fußball-Länderspielen ist der strukturelle Anteil der 3- bis 13-Jährigen zuweilen höher. Dann sitzen aber auch die Erwachsenen mit ihnen vor dem Bildschirm und Fußball ist auf ARD und ZDF bekanntlich ab 20:00 Uhr werbefrei. Der Löwenanteil der Sendungen mit einer hohen Sehbeteiligung der 3 bis 13-Jährigen ist bereits werbefrei; entweder laufen diese Sendungen auf dem grundsätzlich werbefreien Kika oder – wie Fußball – bei ARD und ZDF nach 20:00 Uhr. Entsprechendes gilt für die Online-Daten bzw. die digitale Werbemenge, die Kinder wahrnehmen. Konkrete Avatar-Messungen haben ergeben, dass lediglich 1,45 % der Online-Werbung, die an Kinder ausgeliefert wird, für die hier infrage stehenden Produkte wirbt.¹¹

Neben jenen zur Begründung eines angeblich bestehenden Zusammenhangs zwischen Werbung und Ernährungsweise herangezogenen (dünnen) Informationen finden sich in der Entwurfsbegründung einige lose Hinweise zu den angeblichen Ernährungsgewohnheiten von Kindern und Jugendlichen und zu deren Anteil an der Gesamtmenge der übergewichtigen bzw. adipösen Personen in Deutschland.

Noch schmallippiger verhalten sich die „FAQ“ zur Bedeutung des vorgesehenen Werbeverbots für die Wirtschaft. Im Anschluss an die zutreffende Feststellung, dass die Herstellung der betroffenen Lebensmittel weiterhin möglich bleibe, heißt es dort, dass „auch die Werbung ... zulässig (bleibe), sofern sich diese nicht an Kinder richtet“. Weiterhin könnte auch gegenüber Kindern für Lebensmittel geworben werden, wenn diese „keinen zu hohen Gehalt an Zucker, Fett oder Salz haben“, d.h. für ca. 20 – 30 % der Lebensmittel. Die Eltern der Kinder kommen in der Entwurfsbegründung überhaupt nicht vor. Vielmehr ist von der „Exposition von Kindern“ die Rede (§ 1 S. 9 RefE) und offenbar geht das BMEL davon aus, dass Kinder den besagten Lebensmitteln ähnlich einem Keim, Virus oder Stoff gleichsam ausgeliefert sind.

¹⁰ <https://www.agf.de/daten/tv-daten>.

¹¹ <https://wfanet.org/knowledge/item/2022/03/29/Only-145-of-online-ads-served-to-children-are-for-HFSS-foods>.

5. Unterschiede zu vorherigen politischen Verlautbarungen

Der von den gegenwärtig die Bundesregierung tragenden Parteien der SPD, den Grünen und der FDP Ende 2021 abgeschlossene Koalitionsvertrag (nachfolgende: Ampel-Koalitionsvertrag) hat insoweit folgende Zielvorgabe formuliert: „An Kinder gerichtete Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt darf es in Zukunft bei Sendungen und Formaten für Unter-14-Jährige nicht mehr geben.“ (S. 36). Ein vom Adressatenkreis unabhängiges Werbeverbot ist hier nicht vorgesehen, auch wird nicht auf das WHO-Modell Bezug genommen. Überdies sind ausschließlich „Sendungen und Formate“ erfasst.

Auf dieser Linie bewegte sich auch das am 21.12.2022 vom BMEL vorgelegte „Eckpunktepapier: Weg zur Ernährungsstrategie der Bundesregierung“. Dort heißt es, dass man „die Einschränkung der an Kinder gerichteten Lebensmittelwerbung“ vorsehen wolle.¹² Sachlich teilweise Vergleichbares erweist der Blick in das Protokoll der 18. Sitzung der Verbraucherschutzministerkonferenz vom 17.6.2022 (TOP 54). Danach sind die Ministerinnen/Minister und Senatorinnen/Senatoren der Verbraucherschutzressorts der Länder der Auffassung, „dass es an Kinder und Jugendliche gerichtete Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett, oder Salzgehalt in Zukunft bei Sendungen und Formaten nicht mehr geben darf.“ Ferner sprechen sich die Beteiligten „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. Hier findet sich mithin (anders als im Koalitionsvertrag) die Orientierung am WHO-Modell. Weiterhin bezieht sich der Regelungshorizont aber ausschließlich auf „für an Kinder und Jugendliche gerichtete Werbung“.¹³

II. Betroffene und untersuchte Maßstäbe des höherrangigen Rechts

Ein so breit, tiefenwirksam und vielgestaltig angelegtes Verbotssystem wie das hier zu beurteilende gerät mit mehreren Maßstabsnormen des Grundgesetzes und des AEU-Vertrags in Konflikt. Auf der nationalen wie der europäischen Ebene sind die Kommunikations- und die Wirtschaftsverfassung betroffen, auf der nationalen Ebene des

¹² S. 5.

¹³ Vgl. Ergebnisprotokoll der 18. Verbraucherschutzministerkonferenz, 2022, S. 82, abrufbar unter https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/documents/2022-07-08-ergebnisprotokoll-18-vsmk_gesamt_2_1657273108.pdf

Grundgesetzes steht überdies die Vereinbarkeit mit den dort konstituierten Grundsätzen für die Erziehungsordnung im Zusammenwirken zwischen den Eltern und dem Staat infrage.

1. Hinweis auf Art. 70 ff. GG

Das hier vorgelegte verfassungsrechtliche Gutachten konzentriert sich auf die materiellrechtliche Beurteilung des vorgeschlagenen Systems von Werbeverboten. Außer Betracht bleibt die durch Art. 70 ff. GG errichtete Kompetenzordnung, die aber schon auf den ersten Blick erheblich tangiert ist, jedenfalls, soweit es um Verbote für Werbung in Rundfunksendungen und in rundfunkähnlichen Telemedien geht. Denn nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG (vgl. ferner Art. 23 Abs. 6 GG) fällt der Regelungsbereich des Rundfunks in die (ausschließliche) Gesetzgebungskompetenz der Länder.¹⁴

2. Blick auf das europäische Sekundärrecht

Auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts ergibt sich aus Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste; nachfolgend: AVMD-RL) vom 10.3.2010¹⁵ eine ausschließlich die Regulierungsinstrumente der „Ko- und Selbstregulierung“ enthaltene Vorgabe. Danach „unterstützen“ die Mitgliedstaaten die Nutzung dieser Instrumente „mit Hilfe von Verhaltenskodizes gemäß Art. 4a Abs. 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.“ Art. 4 Abs. 1 AVMD-RL eröffnet den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit strengerer oder ausführlicherer Bestimmungen,

¹⁴ BVerfGE 12, 205 (225).

¹⁵ ABl. 95, 1, ber. (ABl. L 263/15) zuletzt geändert durch Art. 1 RL (EU) 2018/1808 v. 14.11.2018 (ABl. L 303/69).

allerdings nur im Hinblick auf Mediendiensteanbieter, „die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind“ und – selbstverständlich – unter dem Vorbehalt, dass diese Bestimmungen mit dem Primärrecht (d.h. den Grundfreiheiten, die nachfolgend ausführlich untersucht werden; vgl. C III 4) im Einklang stehen. Diese sekundärrechtlichen Vorgaben beschränken sich auf Formen der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation nach der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 h) AVMD-RL, nicht hingegen auf die Außenwerbung, reine Hörfunkwerbung und auch nicht auf Werbeformen im Realbereich wie etwa die Durchführung von Gewinnspielen oder von Sponsoringaktionen außerhalb audiovisueller Kommunikationsmedien. In der Sache vergleichbare Bestimmungen für Video-Sharing-Plattform-Dienste finden sich in den Art. 28a, 28b der AVMD-RL.

Aus all dem folgt, dass die AVMD-RL jedenfalls keine Verpflichtungen des nationalen Gesetzgebers zur Statuierung von Werbeverböten formuliert. Die hier zu beurteilenden Gesetzgebungsvorschläge der Bundesregierung können sich also *nicht* auf ein europäisches Mandat berufen.

Umgekehrt können in diesem Sinne strengere nationale Regulierungen in dem von der Richtlinie erfassten Bereich der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation grundsätzlich nur auf Mediendienste Anwendung finden, die ihren Niederlassungsort in Deutschland und nicht in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben. Dies bedeutet, dass die geplanten Werbeverböte von vornherein für große Plattformanbieter audiovisueller Mediendienste wie Amazon-Prime, Netflix, Google, YouTube, Facebook, Instagram, TikTok und Twitter nicht gelten und ihnen gegenüber auch nicht mit verwaltungsrechtlichen Mitteln durchgesetzt werden können. Dies gilt für alle Mediendiensteanbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat und folgt aus dem sog. Herkunftsland- bzw. Sendestaatsprinzip nach Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL. Danach haben die Mitgliedstaaten den freien Empfang zu gewährleisten und „behindern nicht die Weiterverbreitung von audiovisuellen Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet aus Gründen, die Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind“.

Nachfolgend wird – auch in der Annahme, dass die vorgeschlagenen Werbeverböte ja gemäß Art. 32 AVMD-RL bei der EU-Kommission notifiziert werden müssen – davon ausgegangen, dass die endgültige Gesetzesfassung diesen Anbieterkreis von vornherein ausnimmt. Welche verfassungsrechtlichen Konsequenzen sich hieraus für die Beurteilung der Rechtfertigung der Werbeverböte gegenüber den nationalen Anbietern ergibt, ist unter dem Stichwort der sog. Inländerdiskriminierung unten (H V) zu prüfen.

III. Normative Ausgangslage

1. Keine Verbote betreffend Herstellung und Vertrieb der Lebensmittel

Ebenso wie bei Tabak und alkoholischen Getränken ist auch die Herstellung von Lebensmitteln mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt als solche nicht verboten. Anders als bei Tabak (vgl. § 10 Abs. 1 JuSchG) und bei alkoholischen Getränken (vgl. § 9 Abs. 1 JuSchG) bestehen insoweit aber auch keine Verbote betreffend die Abgabe und die Gestattung des Konsums in der Öffentlichkeit (also keine Vertriebsverbote). Auch in einem Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 21.12.2022 („Weg zur Ernährungsstrategie“) finden sich keine Vorstöße in Richtung eines Verbots der Herstellung oder des Vertriebs dieser Lebensmittel. Vielmehr geht es um die „Schaffung gesundheitsförderlicher und nachhaltiger Ernährungsumgebungen ... durch ein System ineinandergreifender Maßnahmen“. Hinsichtlich der Herstellung und den Vertrieb werden zwar Parameter wie Preis, Angebot und Erreichbarkeit genannt (auf S. 5 Ziffer I 2). Diesbezüglich werden aber keinerlei Verbotsregelungen und auch keine sonstigen rechtlich verfügbaren Einschränkungen erwogen (im Unterschied zum unmittelbar im Anschluss daran genannten Bereich der Werbung). Die weitere Zielsetzung der Förderung ressourcen- und klimaschonender Ansätze und der Ernährungskompetenz enthält ebenfalls keinerlei Aussage, die in Richtung von herstellungs- bzw. vertriebsbezogenen Einschränkungen oder Verboten gedeutet werden könnten.

2. Bestehende Reglementierungen der Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt

a) Europäisches Sekundärrecht

Im europäischen Sekundärrecht findet sich in der AVMD-Richtlinie eine Regelung betreffend die kinderbezogene Werbung für bestimmte Lebensmittel und Getränke, die Nährstoffe oder Substanzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung enthalten. Diese Regelung bezieht sich ausschließlich auf „audiovisuelle kommerzielle Kommunikation“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 h) der Richtlinie. Dazu zählen u.a. Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung. Diesbezüglich werden die Mitgliedstaaten zur Nutzung der Ko-Regulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes 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,“ verpflichtet. Die betreffenden Kodizes sollen darauf abzielen, 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“.¹⁶

b) Nationale Umsetzung

In der Bundesrepublik haben die Bundesländer in Umsetzung dieser Vorgaben in § 6 Abs. 7 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) folgende Regelung getroffen:

„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.“

c) Verhaltensregeln zur Lebensmittelwerbung des Deutschen Werberats

Nicht zuletzt im Nachgang zur JMStV-Novelle und in Reaktion auf Forderungen seitens des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL)¹⁷ sind bereits zuvor bestehende Regelungen des Deutschen Werberats über sämtliche Formen der kommerziellen Kommunikation für Lebensmittel (also nicht nur im audiovisuellen Bereich) verschärft und angepasst worden. Davon ausgenommen sind lediglich die Aufmachung und Bezeichnung von Produkt, Etikettierung und Verpackung sowie redaktionelle Medieninhalte.

¹⁶ Dies wird näher erläutert in Erwägungsgrund 28 der Änderungsrichtlinie 2018/1808.

¹⁷ Vgl. BMEL, Pressemitteilung Nr. 56/2021 vom 12.04.2021, abrufbar unter <https://www.bmel.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/056-werbung-lebensmittel-kinder.html>

Ziffer 2. der Verhaltensregeln des Deutschen Werberats enthält folgende Vorgaben:¹⁸

2. Bei der gezielt an Unter-14-Jährige gerichteten kommerziellen Kommunikation sind zusätzlich zu den Grundsätzen nach Ziffer 1 die nachfolgenden Regeln zu beachten.

Hierbei muss die geschäftliche Unerfahrenheit und Schutzbedürftigkeit dieser Personengruppe berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere für eine verantwortungsvolle Kommunikation in sozialen Netzwerken.

- 2.1 Kommerzielle Kommunikation gegenüber dieser Altersgruppe soll für die Angesprochenen nicht unangebracht oder unverständlich sein.
- 2.2 Kommerzielle Kommunikation für Lebensmittel soll keine direkten Aufforderungen zum Kauf oder Konsum an diese Altersgruppe enthalten.
- 2.3 Kommerzielle Kommunikation für Lebensmittel soll keine direkte Aufforderung an diese Altersgruppe enthalten, ihre Eltern, sonstige Erwachsene oder andere Unter-14-Jährige zum Kauf des beworbenen Produkts zu bewegen.
- 2.13 In der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation, die sich gezielt an diese Altersgruppe richtet oder im direkten Umfeld von Kindersendungen platziert ist, sollen positive Ernährungseigenschaften von Lebensmitteln, die Nährstoffe oder Substanzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung enthalten, deren übermäßige Aufnahme im Rahmen einer ausgewogenen Gesamternährung nicht empfohlen wird, nicht hervorgehoben werden.

In Ziffer 1 der Verhaltensregeln werden weitere Vorgaben formuliert. So soll im Rahmen kommerzieller Kommunikation für Lebensmittel einem „gesunden, aktiven Lebensstil und einer ausgewogenen, gesunden Ernährung nicht entgegengewirkt werden. Zu übermäßigem oder einseitigen Konsum der beworbenen Produkte soll nicht aufgefordert werden.“ Schließlich soll gemäß Ziffer 1.6 der Verhaltensregeln der Verzicht auf den Konsum derartiger Lebensmittel nicht abwertend dargestellt werden.

¹⁸ Vgl. Verhaltensregeln des Deutschen Werberats über sämtliche Formen der kommerziellen Kommunikation für Lebensmittel, abrufbar unter <https://www.werberat.de/werbekodex/lebensmittel>

Die Verfahrensordnung des Deutschen Werberates sieht Mechanismen der Überwachung und Sanktionierung vor. So können Verstöße zu Beanstandungen und zu öffentlichen Rügen führen.¹⁹ Allein im Jahr 2021 wurden 586 Fälle von Werbeinhalten aus allen Branchen geprüft, wobei die Unternehmen ganz überwiegend auf Beanstandungen reagiert und die Werbung entsprechend geändert oder zurückgezogen haben. Die Durchsetzungsquote lag nach Angaben des Deutschen Werberats bei 90 % (im Vergleich zum Vorjahreszeitraum 2020). Nur 33 Fälle der insgesamt geprüften 586 Fälle bezogen sich überhaupt auf Lebensmittelwerbung.

d) Werbebeschränkungen im Rahmen des sog. EU-Pledge

Im Rahmen dieser EU-Initiative haben sich eine Reihe von Unternehmen freiwillig verpflichtet, u.a. die Werbung an Kinder unter dreizehn Jahren zu beschränken. Demnach darf ein Produkt nur dann gegenüber Kindern unter dreizehn Jahren beworben werden, wenn es die Nährwertkriterien des EU-Pledge für die entsprechende Produktkategorie einhält. Einige Unternehmen verpflichteten sich sogar, generell keine Werbung an Kinder unter sechs Jahren bzw. an Kinder unter dreizehn Jahren zu richten. Die am EU-Pledge beteiligten Unternehmen repräsentieren über 80 % der Werbeausgaben für Lebensmittel und Getränke in der EU. Für alle Medien gelten zudem die Gebote der Trennung von Werbung und Programm und der Erkennbarkeit von Werbung.²⁰

e) Allgemeine Rundfunkregulierung

Schließlich seien die allgemein für Werbung in Hörfunk und Fernsehen in Deutschland geltenden Regelungen in Erinnerung gerufen. Sonach gilt für sämtliche Medien das Gebot der Trennung von Werbung und Programm und die Notwendigkeit, dass Werbung stets erkennbar sein muss (nicht zuletzt, damit Eltern ggf. hierauf reagieren können). Werden Kinder angesprochen, muss eine altersgerechte Gestaltung und Platzierung erfolgen. Außerdem dürfen Kindersendungen in Deutschland in Radio und Fernsehen (anders als in anderen Ländern) nicht durch Werbung unterbrochen werden.²¹

¹⁹ Vgl. Art. 11 u. 12 der Verfahrensordnung des Deutschen Werberates.

²⁰ <https://eu-pledge.eu> .

²¹ Vgl. § 9 Abs. 1 MStV.

IV. Weitere staatliche Aktions- und Kommunikationsräume

Selbstverständlich ist der Staat nicht allein darauf angewiesen, seine Vorstellungen über den Umgang mit Lebensmitteln mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt vermittels einschränkender gesetzlicher Regelungen zu verwirklichen, um die Kinder von dem von ihm für schädlich erachteten übermäßigem Konsum dieser Lebensmittel fernzuhalten. Vielmehr bewegen sich Kinder und Jugendliche in der Bundesrepublik Deutschland in einem historisch (bezogen auf die westlichen Bundesländer) noch nie erreichten Ausmaß in vom Staat beherrschten Aktionsräumen: Kindertagesstätten, Kindergärten, Grundschulen, weiterführende Schulen (jeweils vermehrt mit Ganztagesunterricht), sonstige Ausbildungseinrichtungen, kommunale und staatliche Angebote zur Musik-, Sport- oder sonstiger Freizeitausübung, Bibliotheken, etc. Zumindest außerhalb der Ferienzeit dürfte sich der Anteil der wöchentlichen Zeit, die Kinder und Jugendliche in solchen staatlichen Aktionsräumen verbringen deutlich größer sein, als der Anteil der Zeit, in der sie mit ihren Eltern oder allein bzw. mit Freunden unterwegs und somit gleichsam ohne staatliche Einwirkungsmöglichkeit etwaigen Konsumangeboten ausgesetzt sind. Innerhalb dieser Aktionsräume steht es dem Staat auf allen staatlichen Ebenen, insbesondere auch auf den kommunalen Ebenen, rechtlich nahezu vollkommen frei, gar keinen Zugang zu den entsprechenden Lebensmitteln zu eröffnen bzw. keine hierauf bezogene Werbung zuzulassen.

Darüber hinaus, d.h. auch jenseits dieser Aktionsräume, verfügt der Staat über zahllose Kanäle, über die er seine Einschätzungen zum richtigen Umgang mit jenen bzw. zum vollständigen oder teilweisen Verzicht auf den Konsum jener Lebensmittel zum Ausdruck bringen kann. Dabei stehen ihm seinerseits sämtliche (nun in die Werbeverbote einbezogenen) Medien zur Verfügung und darüber hinaus kann er innerhalb seiner Aktionsräume, insbesondere innerhalb von Schulen und Kindergärten, Informations- und Kampagnen mit gleichsam negativer Werbung jederzeit und weitgehend ohne rechtliche Schranken fahren.

Diese Umstände sind bei der Ermittlung der normativen Ausgangslage zur Erzielung eines möglichst vollständigen und aussagekräftigen Bildes einzubeziehen.

B. Anerkannte und nicht anerkannte Wirkungen von Werbung bzw. von Werbeverboten für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt

I. Elemente und Inhalte der Werbung für diese Lebensmittel

Betrachtet man exemplarisch die vielfältigen werblichen Aktivitäten für Lebensmittel in diesem Bereich, dann hat man es zumeist mit einer Kombination von Bildern mit Texten/einzelnen Wörtern zu tun, die oftmals bunt und lustig wirken. Werden Figuren oder reale Personen gezeigt, so wirken diese in der Regel fröhlich und empfinden sichtbar Freude beim Verzehr der beworbenen Lebensmittel. Das Gleiche gilt für kurze Filmchen sowie für Gewinnspiele, Sammelaktionen (etwa im zeitlichen Zusammenhang mit großen Sportereignissen) sowie jahreszeitlich bedingten Aktionen (Adventskalender, Weihnachtsartikel, Osteraktionen etc.). Teilweise agieren sog. Influencer, die ihr bei den Rezipienten erworbenes Ansehen mit den entsprechenden Produkten verbinden. Oftmals wird die Werbung für die Lebensmittel kombiniert mit Hinweisen auf Figuren, die aus Büchern oder Filmen bekannt sind (z.B. „Benjamin Blümchen“ oder „Die Schlümpfe“), teilweise auch mit Prominenten. Insbesondere bei primär von Kindern verzehrten Lebensmitteln kann die Werbung auch mit kleineren Geschenkartikeln kombiniert sein.

Die solchermaßen charakterisierten Werbeinhalte sind als solche durchgehend harmlos. Sie transportieren (unstreitig) keinen Inhalt, der als solcher jugendgefährdend, gewaltverherrlichend oder diskriminierend ist. Sollte dies einmal der Fall sein, würden selbstverständlich sämtliche in der Rechtsordnung im Umgang mit Werbung hierfür bereitgestellten Sanktionsinstrumentarien Einsatz finden können.

II. Intentionen und Wirkungen von Werbung in diesem Bereich

1. Werbung als Kommunikationsvorgang

Die Intentionen von Werbung für Lebensmittel (ob mit oder ohne hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt) unterscheiden sich nicht grundsätzlich von der Werbung für andere Produkte, insbesondere nicht für Produkte, die (wie etwa Kinderbekleidung, bestimmte Hygieneartikel, bestimmte Spielwaren o.ä.) primär von Kindern konsumiert werden sollen. Zunächst einmal geht es darum, die Verbraucher über das beworbene Produkt zu informieren und sodann um Überzeugung, Motivierung und darum, die Verbraucher zu

gewinnen, zu binden und schließlich über einen längeren Zeitraum hinweg auch zu halten.

Neben dieser Kommunikationsrichtung gegenüber den Verbrauchern hat Werbung für Lebensmittel insbesondere mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt indes eine weitere Dimension, und zwar gegenüber dem Staat. Während dieser in seinen Aktions- und Kommunikationsräumen (näher IV) vermehrt kritisch bis negativ über jene Produkte spricht, versuchen die Hersteller und die von ihnen beauftragten Werbeagenturen, Medienanbieter etc. den fälschlicherweise vom Staat vermittelten Eindruck, es handle sich um gefährliche Produkte, abzuschwächen bzw. zu zerstreuen. Dies geschieht durch offensiv-selbstbewusste Statements in gezielter Absetzung gegenüber anderen, negativ tenorierten Statements insbesondere von staatlicher Seite, aber auch von anderen Teilnehmern am kommunikativen Prozess wie NGOs etc.

2. Werbung als Wettbewerbshandlung

Aus der Perspektive von Markt und Wettbewerb unterscheiden sich die Funktionen von Werbung zunächst nicht von denen, die ihr bereits als Kommunikationsvorgang zugeschrieben worden sind, d.h., es geht wiederum darum, Verbraucher zu informieren, sie zu überzeugen und zu motivieren und sodann für die beworbenen Produkte zu gewinnen, zu binden und über einen längeren Zeitraum hinweg zu halten. Da die beworbenen Produkte aber regelmäßig in Konkurrenz mit anderen Produkten und deren Anbietern stehen, kommt die wirtschaftsspezifische Funktion hinzu, Marktanteile für sich zu gewinnen, bestehende Marktanteile zu halten oder auch auszubauen.

Freilich handelt es sich bei den hier infrage stehenden Lebensmitteln (z.B. Fruchtgummi oder Chicken Nuggets) um sog. etablierte Produktkategorien, die teilweise bereits seit Jahrzehnten existieren und den Verbrauchern als solche bekannt sind. Studien zu den Auswirkungen von Werbung auf das Konsumentenverhalten zeigen insofern, dass Werbung keinen Mehrkonsum in dem Sinne zu bewirken vermag, dass die Produktkategorien als solche aufgrund der Werbung größer werden.²² Vielmehr gehe es in gesättigten Märkten primär darum, bestehende Marktanteile zu verteidigen und

²² Vgl. *Eagle/Ambler*, The influence of advertising on the demand for chocolate confectionery. *International Journal of Advertising* (2002), 21 (4), 437 – 454.

Konsumenten von Konkurrenzmärkten entweder abzuhalten oder abzuwerben.²³ Mit- hin lässt sich für anerkannte Produktkategorien nicht nachweisen, dass eine Steige- rung der Werbeausgaben zu einem Mehrkonsum führen würde.²⁴

Werbung hat als sich im wettbewerblichen Rahmen vollziehendes Handlungsgesche- hen aber nicht nur die subjektive Dimension der Auseinandersetzung unter den kon- kurrierenden Anbietern. Vielmehr kommt ihr auch eine objektive Funktion im Hinblick auf die Wettbewerbsergebnisse zu. So bilden und regulieren sich unter dem Einfluss von Werbung die Marktpreise und es entsteht Vergleichbarkeit zwischen den Produk- ten einerseits, den Preisen andererseits. Was die Produkte (hier: die einzelnen Le- bensmittel) betrifft, so kann Werbung einen Beitrag dazu leisten, bessere, innovativere und jedenfalls vielfältigere Produkte in den betreffenden Märkten hervorzubringen.

III. Anerkannte Wirkungen des Verzehrs von Lebensmitteln mit hohem Zu- cker-, Fett- oder Salzgehalt im Zusammenhang mit anderen Ursachenfak- toren für Übergewicht und Adipositas

Die Produkte, für die im vorliegenden Zusammenhang Werbung betrieben wird, sollen weiterhin nicht als solche verboten werden, d.h. sie können weiterhin ohne spezifische Restriktionen hergestellt und in den Verkehr gebracht werden. Dies betrifft auch die Abgabe und die Gestattung des Konsums gegenüber Kindern und Jugendlichen. Dadurch unterscheiden sich Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt von Tabakerzeugnissen, für die nach §§ 19, 20 und 20a TabakerzG und § 11 Abs. 6 JuSchG nicht geworben werden darf, die aber eben auch nach § 10 Abs. 1 JuSchG mit einem Verbot der Abgabe und Konsumgestattung in der Öffentlichkeit belegt sind, das auch den Versandhandel im Internet erfasst.²⁵ Ähnlich ist es bei alkoholischen Ge- tränken. Auch hier korrespondiert die Werbebeschränkung nach §§ 6 Abs. 5 JMStV, 11 Abs. 5 JuSchG mit einem gesetzlichen Verbot der Abgabe und der Gestattung des Verkehrs gegenüber Kindern und Jugendlichen (u.E. bis zu unter 16 Jahren) nach § 9 Abs. 1 JuSchG. Auch dort ist der Versandhandel im Internet eingeschlossen.

Ernährungswissenschaftlich belegt ist, dass der Verzehr fettreicher, tierischer Lebens- mittel (Fleisch und Wurst) und von Süßigkeiten (ausweislich einer Studie des Robert

²³ Vgl. *Hollensen*, Marketing Management, 2. Aufl. 2010.

²⁴ So *Esch*, IMK-Gutachten „Die Auswirkungen von Werbung und Werbeverböten auf das Kon- sumentenverhalten“, 2019, S. 24 ff. u.ö.

²⁵ Vgl. § 10 Abs. 3 JuSchG.

Koch-Instituts (RKI) aus dem Jahr 2006 (gemeinsam mit der Universität Paderborn)) in Deutschland im Durchschnitt über den empfohlenen Mengen nach dem Konzept der optimierten Mischkost lag. Dies bedeutet, dass Kinder und Jugendliche vergleichsweise zu wenig pflanzliche Lebensmittel wie insbesondere Gemüse, Obst, aber auch Brot, Kartoffeln und andere kohlenhydratreiche Beilagen konsumieren.²⁶ In einer Folgestudie (Ernährungsstudie als KiGGS-Modul) in den Jahren 2015 – 2017 hat das RKI festgestellt, dass sich das Verhältnis zwischen Obst, Gemüse und Lebensmitteln mit einem hohen Gehalt an komplexen Kohlenhydraten gegenüber Lebensmitteln, die sparsamer verzehrt werden sollen, nicht wesentlich geändert habe. Immerhin konnte ein deutlich reduzierter Konsum von süßen Getränken nachgewiesen werden und auch die angegebenen konsumierten Mengen von Süßwaren sind signifikant gesunken.²⁷

Wissenschaftliche Anhaltspunkte dafür, dass der Verzehr selbst kleiner Mengen von Lebensmitteln mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt gesundheitsschädlich seien, gibt es, soweit ersichtlich, nicht. Ab welcher Menge des Konsums, d.h. der Zusammensetzung der Ernährung, Übergewicht und Adipositas bzw. andere Erkrankungen verursacht werden, ist wissenschaftlich nicht festgelegt, ebenso wenig wie das Zusammenspiel mit anderen Ursachenfaktoren hierfür.

Das RKI hat im Anschluss an die bereits erwähnte Basiserhebung in einer zweiten Studie über die Jahr 2014 – 2017²⁸ in allen Altersgruppen keinen weiteren Anstieg der Übergewichts- und Adipositasprävalenzen beobachtet. Dies entspricht dem seit Beginn der 2000er Jahre auch in anderen Ländern mit hohem Einkommensniveau beo-

²⁶ <https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/439/22KSjViAkOwL6.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Zu Setting und daraus resultierender teilweisen Begrenztheit der getroffenen Aussagen vgl. *Aumueller/Gruszfeld/Gradowska*, <https://doi.org/10.1007/s00394-019-02107-0> .

²⁷ RKI Journal of Health Monitoring 2/2018, S. 13, https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Gesundheitsberichterstattung/GBEDownloadsJ/Journal-of-Health-Monitoring_02_2018_KiGGS-Welle2_Gesundheitsverhalten.pdf?__blob=publicationFile .

²⁸ Vgl. RKI, Übergewicht und Adipositas im Kindes- und Jugendalter in Deutschland – Querschnittergebnisse aus KiGGS Welle 2 und Trends, Journal of Health Monitoring, 2018 3(1), DOI 10.17886/RKI-GBE-2018-005.2, abrufbar unter https://edoc.rki.de/bitstream/handle/176904/3031.2/JoHM_01_2018_Adipositas_KiGGS-Welle2.pdf?sequence=7&isAllowed=y .

bachteten Befund, dass sich der Trend zunehmender Übergewichts- und Adipositasprävalenzen nicht weiter fortgesetzt habe und auch in Deutschland die Prävalenzen nicht weiter ansteigen oder tendenziell rückläufig sind.²⁹ Daher wurde das im Rahmen des globalen Aktionsplans gegen nichtübertragbare Krankheiten von der WHO formulierte Ziel, die weitere Zunahme der Adipositasprävalenz bis 2025 zu stoppen, als „erreicht“ eingestuft. Das gleiche Prädikat hat das RKI im Hinblick auf das Ziel der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung 2016, den Anteil an Jugendlichen mit Adipositas in Deutschland bis zum Jahr 2030 nicht weiter ansteigen zu lassen, erteilt.³⁰ Dies ist nicht zuletzt deshalb bemerkenswert, weil die Werbebudgets für diese Produkte seit den 2000er Jahren gestiegen sind.

Neben der Zusammensetzung der individuellen Ernährung über mehrere Jahre hinweg gibt es zahlreiche, wissenschaftlich untersuchte andere Ursachenfaktoren:

- Familiäre Faktoren und die Adaption von Verhaltensweisen im engen sozialen Umfeld der Eltern, des Freundeskreises etc. So hat die europaweite Längsschnittstudie „I. Family Study“³¹ gezeigt, welche Rolle die Adaption von Verhaltensweisen im Familienkreis und innerhalb der Peer-Group insbesondere bei Teenagern spielt.³² Ferner legen neue Studienbefunde nahe, dass Kinder eines alleinerziehenden Elternteils sowie Einzelkinder ohne Geschwister (im Vergleich

²⁹ Vgl. Kess/Spielau/Beger et al. (2017), Further stabilization and even decrease in the prevalence rates of overweight and obesity in German children and adolescents from 2005 to 2015: a cross-sectional and trend analysis. *Public Health Nutr* 20(17):3075-3083; RKI, Übergewicht und Adipositas, a.a.O., *Journal of Health Monitoring* 2018 3 (1).

³⁰ Vgl. RKI, Übergewicht und Adipositas, a.a.O., *Journal of Health Monitoring* 2018 3 (1).

³¹ Vgl. Ahrens, The I. Family Study – Overview and Key Findings, 2017, abrufbar unter <http://www.ifamilystudy.eu/wp-content/uploads/2017/03/1-Ahrens-combined-briefingback-grounder-FINAL-1.pdf> ; es wird freilich auch auf Befunde hingewiesen, wonach Kinder mit höherer Wahrscheinlichkeit hochkalorische Lebensmittel und Limonaden zu sich nehmen, wenn sie im unmittelbaren Zusammenhang hiermit zuvor Werbung ausgesetzt waren, welche solche Lebensmittel zum Gegenstand hatten.

³² Vgl. Ahrens, The I. Family Study – Overview and Key Findings, 2017, abrufbar unter <http://www.ifamilystudy.eu/wp-content/uploads/2017/03/1-Ahrens-combined-briefingback-grounder-FINAL-1.pdf> .

zum Leben in Familie mit zwei Elternteilen bzw. mit Geschwistern) nach Querschnittsanalysen einen höheren Body-Mass-Index (BMI) aufweisen könnten.³³

- Sozialökonomische Faktoren (insbesondere Status und Bildungsgrad). Nach den bereits erwähnten RKI-Studien³⁴ zu Übergewicht und Adipositas im Kindes- und Jugendalter und der bereits erwähnten europaweiten Längsschnittstudie.^{35 36} So weisen Kinder und Jugendliche mit niedrigerem sozialökonomischen Status im Vergleich zu Kindern und Jugendlichen mit mittleren und hohem sozialökonomischen Status eine erkennbar höhere Prävalenz für Übergewicht auf.
- Einen weiteren Faktor bilden die Rahmenbedingungen der Mahlzeiteinnahme im Zusammenhang mit der Umstellung des Schulsystems auf mehr Ganztagschulen und dadurch bedingtem Rückgang gemeinsamer Familienmahlzeiten.
- Bewegungsmangel infolge von wenigen für eigene Bewegungsaktivitäten nutzbarer Freizeit, Zurücknahme von Sportangeboten und verstärkter Nutzung von digitalen Medien, mit der Konsequenz, dass Kinder und Jugendliche insgesamt deutlich mehr Stunden im Sitzen verbringen, bilden einen weiteren Ursachenfaktor.³⁷ In diesem Zusammenhang wirkt sich zusätzlich der Umgang mit Kindern und Jugendlichen während der Corona-Pandemie, der zu Schulschließungen, Streichung von Sportangeboten und Lockdowns geführt hat, aus. Erste Studien deuten darauf hin, dass sich hier insbesondere bei Kindern, die bereits zuvor von Übergewicht oder Fettleibigkeit betroffen waren, negative Auswirkungen ergeben

³³ Allerdings fehlt entsprechenden Korrelationen eine eindeutige Signifikanz; vgl. *Stahlmann/Lissner/Bogf*, Family structure in relation to body mass index and metabolic score in European children and adolescents, *Pediatric Obesity*, 2022, e12963, <https://doi.org/10.1111/ijpo.12963> .

³⁴ Vgl. RKI, Übergewicht und Adipositas, *Journal of Health Monitoring* 2018 3(1).

³⁵ *Ahrens*, The I. Family Study – Overview and Key Findings, 2017, abrufbar unter <http://www.ifamilystudy.eu/wp-content/uploads/2017/03/1-Ahrens-combined-briefingbackgrounder-FINAL-1.pdf> .

³⁶ Vgl. *Kolip*, Der Einfluss von Geschlecht und sozialer Lage auf Ernährung und Übergewicht im Kindesalter, *Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch. Gesundheitsschutz*, 2004/47, S. 235, 237.

³⁷ Vgl. Forschungsbericht „EsKiMo II“, a.a.O., S. 105, wobei freilich darauf hingewiesen wird, dass es für den Untersuchungszeitraum jedoch keine Gesamtaktivitätsdaten gebe, die diese Vermutungen umfassend bestätigen könnten.

haben.³⁸ Auch lässt sich nachweisen, dass der mit Schulschließungen und Lock-downs zusammenhängende Verlust der Tagesstrukturierung das Risiko adipöser Verhaltensweisen erhöht.³⁹ Die Faktoren dieser Gruppe sind bemerkenswerterweise ganz überwiegend durch staatliche Aktivitäten bzw. staatlich zu verantwortende Rahmenbedingungen determiniert.

- Nicht zu vergessen sind schließlich medizinische Faktoren wie etwaige Risiken einer Insulinresistenz und die perinatalen Umstände im Zeitraum kurz vor, während und nach der Entbindung von Kindern.

Kein Zweifel besteht daran, das Übergewicht und Adipositas risikoerhöhend (neben zahlreichen anderen Risikofaktoren) für Herz-Kreislaufkrankungen, Diabetes und Nierenerkrankungen, Erkrankungen des Verdauungsapparates und weitere sog. Volkskrankheiten sind.

IV. Anerkannte und nicht anerkannte Wirkungen von Werbeverböten für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt

Aus dem Vorstehenden und unter Einbeziehung konkret hierauf bezogener Studien lassen sich die folgenden Erkenntnisse zu den verschiedenen Kausalzusammenhängen im Anschluss an verhängte Werbeverböte ableiten:

³⁸ Vgl. *Brooks/Spencer/Sprafka et al.*, Pediatric BMI changes during COVID-19 pandemic: an electronic health record-based retrospective cohort study. *EClinicalMedicine*. 2021, 38, 101026; *Weaver/Hunt/Armstrong et al.*, COVID-19 leads to accelerated increases in children's BMI z-score gain: an interrupted time-series study. *Am J Prev Med*. 2021, 61, e161–e169; *Vogel/Geserick/Gausche et al.*, Age- and weight group-specific weight gain patterns in children and adolescents during the 15 years before and during the COVID-19 pandemic, *International Journal of Obesity* (2022) 46:144–152; <https://www.nature.com/articles/s41366-021-00968-2> ; *Maltoni/Zioutas/Deiana et al.*, Gender differences in weight gain during lockdown due to COVID-19 pandemic in adolescents with obesity. *Nutr Metab Cardiovasc Dis*. 2021;31:2181-5 .

³⁹ Vgl. *Vogel/Geserick/Gausche et al.*, Age- and weight group-specific weight gain patterns in children and adolescents during the 15 years before and during the COVID-19 pandemic, *International Journal of Obesity* (2022) 46:144–152; <https://www.nature.com/articles/s41366-021-00968-2> .

1. Gegenüber Unternehmen

a) Werbebranche

Ein Verbot für Werbung für die hier infrage stehenden etablierten Produktkategorien führt bei denjenigen Werbeagenturen, Medienunternehmen und Werbepartnern, deren kommunikativer und wirtschaftlicher Unternehmensgegenstand hierauf fokussiert ist, zu einem erheblichen, teilweise zu einem Totalverlust der diesbezüglichen Betätigungsmöglichkeiten. Es würden ihnen lediglich kleinere Aktivitäten in Bezug auf die Gestaltung der Verpackung der Lebensmittel bzw. am „point of sale“ verbleiben. Um die Dimensionen dieser drohenden Verluste (und damit die Dimensionen der sodann entsprechend rechtfertigungspflichtigen Grundrechtseingriffe) richtig einschätzen zu können, sind die folgenden Zahlenangaben wichtig:

Im Jahr 2021 betrug das Volumen der Bruttowerbeinvestitionen im gesamten Lebensmittelbereich 3.749 Millionen Euro. Wenn man davon ausgeht, dass das am Nährwertprofil-Modell der WHO orientierte Verbotskonzept des BMEL realisiert werden würde, wären 70 bis 80 % der Lebensmittel hiervon betroffen. Dies hätte folgende Konsequenzen:

Bei Zugrundelegung des 80 % Ansatzes würde Werbung für Lebensmittel in einem Volumen von 2.999 Millionen Euro brutto verboten. Bei Zugrundelegung von 72,5 % wären es immer noch 2.718 Millionen Euro. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der verbleibende Bereich (unverarbeitetes Obst, Gemüse, Fleisch, Hülsenfrüchte und Mineralwasser) vergleichsweise weniger von Werbeaktivitäten erfasst ist; insofern wird geschätzt, dass lediglich 60 % dieses Marktes von werbewirtschaftlichen Aktivitäten erfasst sind. Dadurch würde sich der sowieso nur noch erfasste Umfang von 750 Millionen Euro (bei Zugrundelegung des 80 % Wertes) auf maximal 60 %, also auf 450 Millionen Euro reduzieren.

Zusammenfassend würde dieses Szenario bedeuten, dass von den Werbeverboten des RefE ein Volumen der Bruttowerbeinvestitionen im Umfang von 3.749 Millionen Euro minus 450 Millionen Euro betroffen wäre. Rein monetär ausgedrückt müsste der Gesetzgeber also allein gegenüber den Werbeunternehmen Grundrechtseingriffe in einem finanziellen Volumen von 3.299 Millionen Euro rechtfertigen können.

b) Herstellung und Vertrieb

Bei den Herstellern würde nicht in der Summe, wohl aber bei einzelnen unter ihnen ein erheblicher Rückgang, teilweise (bei Herstellern, die bislang in besonderer Weise

durch erfolgreiche Werbeaktivitäten Absatzerfolge erzielen konnten) auch ein Totalverlust der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeit die Folge sein.

2. Gegenüber Verbrauchern

Hier müssen im Interesse der Gewinnung differenzierterer Ergebnisse bei der verfassungsrechtlichen Prüfung von vornherein zwei verschiedene Kausalebenen unterschieden werden:

- Kausalzusammenhang zwischen Werbeverbot und Konsum?
- Zusammenhang zwischen Werbeverbot und Übergewicht/Adipositas?

a) *Kausalebene 1: Werbeverbote und Konsum*

Die Studienlage belegt insoweit zunächst, dass Werbemaßnahmen für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt verbreitet sind und Kinder diese auch zur Kenntnis nehmen sowie Marken und Produkte, die sie über Werbung gesehen haben, wiedererkennen.⁴⁰ Wie bereits festgestellt (B III), ist dennoch in Deutschland im Zeitraum 2015 – 2017 gegenüber dem Voruntersuchungszeitraum kein weiterer Anstieg der Übergewichts- und Adipositasprävalenzen zu beobachten gewesen, sondern im Durchschnitt eher ein leichter Rückgang. Auch in der WHO-Metastudie 2022 wird darauf hingewiesen, dass der Ursachenzusammenhang zwischen der beobachteten Verbreitung von Lebensmittelwerbung und deren Auswirkungen auf den Konsum von Kindern und Jugendlichen (auch im Hinblick auf andere Ursachenfaktoren) bisher nur unzulänglich in Studien untersucht worden sei.⁴¹ Das Kohorten-Kausaldiagramm einer im Mai 2022 als Pre-Print publizierten Analyse auf der Grundlage von Daten von 5112 Kindern aus der europäischen *idefics/I.Family*-Kohorte über drei Wellen (2007 – 2014)

⁴⁰ WHO Metastudie, Food marketing exposure and power and their associations with food-related attitudes, beliefs and behaviours: a narrative review, 2022, S. 15 f.; abrufbar unter <https://www.who.int/publications/i/item/9789240041783> ; siehe auch *Effertz*, Kindermarketing für ungesunde Lebensmittel in Internet und TV, Projektbericht, März 2021, abrufbar unter <https://www.bwl.uni-hamburg.de/irdw/dokumente/kindermarketing2021effertzunihh.pdf> .

⁴¹ WHO Metastudie, a.a.O., 2022, S. 16; s.a. *Boyland/McGale/Maden*, Association of Food and Nonalcoholic Beverage Marketing With Children and Adolescents' Eating Behaviors and Health, abrufbar unter <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/2791859>.

legt nahe, dass kulturelle, pränatale und familiäre Faktoren sowie insulinbezogene Aspekte direktere Auswirkungen auf die Ernährungsweise haben als individuell modifizierbare Risikofaktoren.⁴²

Nach den bereits referierten Forschungserkenntnissen zur Wirkungsweise von Werbung in anerkannten Produktkategorien im allgemeinen (oben B II) wird eine Einflussnahmemöglichkeit von Werbeinhalten auf den Konsumenten im Hinblick auf Markenwiedererkennung und -image zwar grundsätzlich bestätigt. Dies bewirkt aber bei etablierten Produktkategorien keinen Mehrkonsum, sondern lediglich eine Verteidigung bestehender Marktanteile in der Auseinandersetzung mit Mitbewerbern im Markt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Werbeverbot zwar zu einer anderen Verteilung der Marktanteile und insbesondere zu u.U. erheblichen Umsatzverlusten bei einzelnen Herstellern und Vertreibern sorgen würde (und zu erheblichen Verlusten und teilweisen Totalverlusten bei den Werbeunternehmen), dass aber ein dadurch ausgelöster Rückgang des Konsums der betroffenen Lebensmittel nicht belegt werden kann.

b) Kausalebene 2: Werbeverbote und Übergewicht/Adipositas

aa) Studienlage

Die Ernährungswissenschaft versucht seit langem, die (etwaigen) Zusammenhänge zwischen Lebensmittelwerbung und negativen Folgen wie Übergewicht und/oder Adipositas bei Kindern zu untersuchen. Eine britische Studie hat dabei im Jahr 2008 keine starke Korrelation zwischen einer höheren Fähigkeit zur Erkennung von Markenlogos und einem schlechteren Lebensmittelwissen und -vorlieben festgestellt.⁴³ In jüngerer Zeit wurden in Laborexperimenten und Feldstudien minderjährige Versuchspersonen zunächst Medienwerbung für bestimmte Lebensmittel ausgesetzt und ihnen im Anschluss die unmittelbare Möglichkeit des Konsums verschiedener Snacks eröffnet.⁴⁴

⁴² Vgl. *Foraita/Witte/Börnhorst et al.*, A longitudinal causal graph analysis investigating modifiable risk factors and obesity in a European cohort of children and adolescents, medRxiv preprint, doi <https://doi.org/10.1101/2022.05.18.22275036>, abrufbar unter <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2022.05.18.22275036v1.full.pdf> .

⁴³ Vgl. *Kopelman/Roberts/Adab*, Advertising of food to children: Is brand logo recognition related to their food knowledge, eating behaviours and food preferences?, *Journal of Public Health* (2008), 29(4):358-67, DOI:10.1093/pubmed/fdm067 .

⁴⁴ Vgl. z.B. *Norman/Kelly/McMahon et al.*, Sustained impact of energy-dense TV and online food advertising on children's dietary intake: a within-subject, randomised, crossover, counter-balanced trial, *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, (2018) 15:37;

Wenig überraschend wurde kurzfristig ein Mehrkonsum im Vergleich zu Kontrollgruppen ohne vorherige Veranschaulichung von Lebensmittelwerbung festgestellt. Die Versuchsanordnung weicht allerdings signifikant von der realen Alltags- und Lebensrealität von Kindern und Jugendlichen ab, weswegen in der Fachliteratur wiederholt auf die vielfachen forschungsmethodischen Unzulänglichkeiten entsprechender Untersuchungsansätze hingewiesen worden ist.⁴⁵ Neben dem erkennbar konstruierten und den Alltagssituationen nicht entsprechenden Setting blenden Untersuchungen dieser Art auch die anderen Untersuchungsfaktoren für Übergewicht und Adipositas (zu ihnen oben B III) aus. Entsprechend ist die Validität der Befunde im Rahmen solcher Untersuchungen gerade im Hinblick auf Mittel- bis Langfristwirkungen limitiert. Nur die Beeinflussung von Werbung auf die dauerhafte Ernährungsweise würde aber einen Kausalzusammenhang von Werbung und Übergewicht bzw. umgekehrt von Werbeverboten und zurückgehenden Erkrankungen nahelegen.

Bestätigt werden die dargelegten Befunde nochmals durch eine aktuelle Metastudie, welche zwar einen Zusammenhang zwischen der Rezeption einschlägiger Lebensmittelwerbeinhalte und einem unmittelbaren, kurzfristigen Mehrverzehr der minderjährigen Rezipientinnen und Rezipienten nahelegt. Als erhebliche methodische Limitation wird jedoch gerade eingeräumt, dass die zugrunde gelegten Einzelstudien zur Nahrungsaufnahme in der Regel die unmittelbare oder kurzfristige Aufnahme direkt nach der Exposition mit dem Marketingreiz messen, anstatt die Ernährung über den Tag oder längerfristig zu bewerten.⁴⁶ Entsprechend wurden zu dem gerade im gutachtensgegenständlichen Kontext relevanten Zusammenhang zwischen Lebensmittelmarketing einerseits und Körpergewicht oder BMI andererseits in der Meta-Studie nahezu keine Belege gefunden. Angeführt wird lediglich eine einzige Beobachtungsstudie von

<https://doi.org/10.1186/s12966-018-0672-6>;

Emond/Lansigan/Ramanujam/Gilbert-Diamond, Randomized Exposure to Food Advertisements and Eating in the Absence of Hunger Among Preschoolers. *Pediatrics*, (2016) 138(6), 1 – 8.

⁴⁵ Vgl. *Esch*, IMK-Gutachten „Die Auswirkungen von Werbung und Werbeverboten auf das Konsumentenverhalten“, 2019, S. 9.

⁴⁶ Vgl. *Boyland/McGale/Maden et al.*, Association of Food and Nonalcoholic Beverage Marketing With Children and Adolescents' Eating Behaviors and Health, *JAMA Pediatr.* 2022 Jul; 176(7): e221037, <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/2791859>.

mäßiger Qualität, die keinen signifikanten Zusammenhang aufwies.⁴⁷ Zudem konnten schon keine eindeutigen Hinweise auf einen Zusammenhang mit dem Kauf von werbegegenständlichen Lebensmitteln ausgemacht werden.

Nach all dem ist nicht belegt, ab welcher Menge Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt überhaupt einen negativen Effekt auf Übergewicht und Adipositas haben und auch nicht, welcher Anteil einen etwaigen Verursachungsbeitrag ab einer (wie gesagt, unbekanntem) Menge X des Konsums trotz des Hinzutretens zahlreicher weiterer (jeweils belegter) Ursachenfaktoren zukäme. Im Umkehrschluss hierzu lässt sich auch nicht hinreichend ein belastbarer Zusammenhang zwischen Werbeverböten und einem Rückgang von Übergewicht und/oder Adipositas darstellen.

bb) Studien aus Ländern mit bereits existierendem Werbeverbot

In dieser Situation erscheint es naheliegend, die Situation in Ländern zu studieren, die bereits seit längerem Werbeverböte für bestimmte Lebensmittelkategorien eingeföhrt haben (freilich in jeweils deutlich geringerem Umfang als nach dem WHO-Modell). Hierauf zielt die im Herbst 2022 von der Abgeordneten *Christina Stumpp* (CDU/CSU) im Deutschen Bundestag gestellte parlamentarische Anfrage, „welche Erkenntnisse (die Bundesregierung) bezüglich der Wirksamkeit von Werbeverböten für an Kinder gerichtete Lebensmittel nach Erfahrungen aus dem Ausland, wo solche Werbeverböte in einigen Staaten beschlossen wurden“ besitze; ferner bat die Abgeordnete darum, diese Erkenntnisse (sollten sie existieren) nach „Ländern aufzuschlüsseln“. Die Antwort der (damaligen) Parlamentarischen Staatssekretärin im BMEL, *Dr. Manuela Rottmann*, vom 12.10.2022 lautet wörtlich:

„Die der Bundesregierung vorliegenden Erkenntnisse lassen derzeit noch keine quantifizierten Rückschlüsse auf die Auswirkungen der entweder erst seit kurzem wirksamen oder erst noch künftig in Kraft tretenden normativen Werbeverböte in anderen Ländern auf das Ernährungsverhalten bzw. die Übergewichts- und Adipositasprävalenz von Kindern zu.“⁴⁸

⁴⁷ Vgl. *Boylard/McGale/Maden et al.*, a.a.O., unter Verweis auf *Minaker/Storey/Raine KD, et al.*, Associations between the perceived presence of vending machines and food and beverage logos in schools and adolescents' diet and weight status. *Public Health Nutr.* 2011; 14 (8):1350-1356. doi: 10.1017/S1368980011000449; abrufbar unter <https://pub-med.ncbi.nlm.nih.gov/21450139/> .

⁴⁸ BT-Drs. 20/4970, S. 59 u. S. 60.

An dieser Antwort ist erstens bemerkenswert, dass die Bundesregierung – wenige Wochen bevor sie den ersten Entwurf zur Einführung eines Werbeverbots in Deutschland der Öffentlichkeit vorstellt – explizit einräumt, dass es „keine quantifizierten Rückschlüsse“ gebe, und zwar auf beiden hier unterschiedenen Kausalebene nicht.

Bemerkenswert ist zum zweiten die Einschätzung, dass dies daran läge, dass in den anderen Ländern Werbeverbote „erst seit kurzem“ bestünden. Dies ist unzutreffend, wie der Blick nach Kanada, das Vereinigte Königreich und Südkorea zeigt. So ist in der kanadischen Republik Québec Lebensmittelwerbung gegenüber Kindern seit 25 (!) Jahren verboten. Dennoch ist der Anteil der übergewichtigen Kinder genauso hoch wie in anderen Teilen Kanadas, in denen diese Werbung erlaubt ist.⁴⁹ In Großbritannien wurden Werbeverbote bereits im Jahr 2007 eingeführt. Auch hier sind die Übergewichts- und Adipositasraten unverändert geblieben.⁵⁰ In Südkorea wurde ein Werbeverbot im Jahr 2010 eingeführt. Dort sind Übergewicht und Adipositas laut den Messungen der National School Health Examination (NSHE) gestiegen.⁵¹

Die Einschätzung der Parlamentarischen Staatssekretärin *Dr. Manuela Rottmann*, wonach „noch keine quantifizierten Rückschlüsse auf die Auswirkungen der ... Werbeverbote in anderen Ländern auf das Ernährungsverhalten bzw. die Übergewichts-Adipositasprävalenz von Kindern“ möglich seien ist mithin zutreffend, müsste allerdings wie folgt ergänzt werden: ... „obwohl es dort schon seit 25 bzw. 16 Jahren Werbeverbote gibt.“

Erst recht gilt dies für alle anderen Lebensmittel, die aufgrund der intendierten Orientierung an dem Nährwertprofil-Modell der WHO (anders als in den genannten Ländern) zusätzlich erfasst sein würden.

Noch beim 59. Wissenschaftlichen Kongress der Deutschen Gesellschaft für Ernährung e.V. (am 16. bis 18.3.2022) haben die Autorinnen bzw. Autoren einer Studie des Max-Rubner-Instituts festgestellt, dass im Hinblick auf Regulierungsmaßnahmen in anderen europäischen Ländern „Wirksamkeitsstudien der unterschiedlichen Ansätze ...

⁴⁹ Siehe Statistics Canada. Table 13-10-0795-01 Measured children and youth body mass index (BMI) (World Health Organization classification), by age group and sex, Canada and provinces, Canadian Community Health Survey - Nutrition

⁵⁰ <https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/national-child-measurement-programme/england-provisional-2021-22-school-year-outputs> .

⁵¹ <https://www.jomes.org/journal/view.html?boi=10.7570/jomes20002> .

erforderlich (sind)“ und dass bislang Wirksamkeitsstudien nicht identifiziert wurden. Das Max-Rubner-Institut ist das Bundesforschungsinstitut für Ernährung und Lebensmittel als Bundesoberbehörde der Bundesrepublik Deutschland im Geschäftsbereich des BMEL. Sein Forschungsschwerpunkt liegt im gesundheitlichen Verbraucherschutz im Ernährungsbereich.

C. Verfassungs- und europarechtliche Schutznormen

I. Spektrum und Relevanz

Der vielgestaltige Komplex der Werbung für und der Herstellung von Lebensmitteln wird in ebenso vielgestaltiger Weise von verschiedenen Normen des Grundgesetzes und des AEU-Vertrages erfasst. Beide Verfassungen ordnen unterschiedlichen staatlichen Eingriffsmaßnahmen unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen zu. Daher wird in diesem Abschnitt ermittelt, welche Schutznormen überhaupt infrage stehen, d.h. welche Schutzbereiche welcher Grundrechte aus dem GG bzw. welcher Grundfreiheiten aus dem AEUV von welchen Eingriffswirkungen der intendierten Werbeverbote erfasst sind, während in den nachfolgenden Abschnitten die sich dann jeweils ergebenden Rechtfertigungsanforderungen (Bestimmtheit, Gewicht der Gemeinwohlzwecke und Verhältnismäßigkeit) je Schutznorm ermittelt werden.

1. Betroffenheit von Unternehmen und von Verbrauchern

a) *Unternehmen*

Unmittelbare Adressaten von Werbeverböten sind die Unternehmen der hieran beteiligten Wertschöpfungsstufen: Hersteller und Vertreiber, Werbeagenturen, Medienanbieter aller denkbaren Kategorien, also Zeitungsverlage, TV- und Radioveranstalter, Anbieter von Online Werbung (einschließlich Social-Media und Influencer-Marketing), Anbieter von Außenwerbung, Direkt- oder Eventmarketing. Erfasst sind überdies Werbepartner, vom Supermarkt, der Werbeprospekte verbreiten möchte, über Anbieter von In-Game-Advertising, In-App-Advertising, Produktplatzierungen und Sponsoring. Sie alle können durch das Wirtschaftsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG und durch die Grundfreiheiten des AEUV, aber auch durch die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und S. 2 GG beeinträchtigt sein.

b) *Verbraucherinnen und Verbraucher*

Indem ihnen die durch die Unternehmen aus diesem Kreis bislang bereitgestellten Werbeangebote künftig vorenthalten bleiben sollen, sind aber auch die Verbraucher betroffen. Dies gilt für die Kinder, aber auch für deren Eltern und für alle anderen Erwachsenen, auch wenn im Titel des Gesetzentwurfs „lediglich“ von Schutz der Kinder die Rede ist.

Während die grundrechtliche bzw. grundfreiheitsrechtliche Relevanz der Betroffenheit der Unternehmen klar auf der Hand liegt, indem sie durch die staatlichen Werbeverbote zu Adressaten rechtfertigungspflichtiger Eingriffe werden, bedarf die grundrechtliche Relevanz der Betroffenheit der Verbraucher einer differenzierteren Betrachtung. Sie sind zum einen ebenfalls als von rechtfertigungspflichtigen Grundrechtseingriffen betroffene Grundrechtsträger (aa) zu begreifen. Zum anderen spielt der Umstand eine Rolle, dass innerhalb der Gruppe der Verbraucher mit den Eltern eine weitere Akteursgruppe existiert, die nicht nur in eigener Rechtsstellung beeinträchtigt sein könnte (aa), sondern die möglicherweise bei der Rechtfertigung der an die Unternehmen gerichteten Eingriffe einen relevanten Faktor bildet (bb).

aa) Verbraucher als von rechtfertigungspflichtigen Grundrechtseingriffen betroffene Grundrechtsträger

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung bzw. in den sie begleitenden politischen Verlautbarungen kommen insbesondere die Kinder (teilweise aber auch die Eltern) ausschließlich als Objekte des vom Staat angeblich zu gewährenden Schutzes vor, worin der zentrale Gemeinwohlbelang gesehen wird, der zur Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe gegenüber den Unternehmen notwendig ist (dazu ausführlich unten E). Richtigerweise sind sowohl die Kinder als auch die Erwachsenen, insbesondere die Eltern, ihrerseits in grundrechtlich geschützten Positionen beeinträchtigt, und zwar sowohl innerhalb der Kommunikations-, der Wirtschafts- und der Erziehungsverfassung des Grundgesetzes. Denn die Entgegennahme von kommunikativen Inhalten als Nutzer selbst reiner Unterhaltungs- und Werbeprogramme ist vom Schutzbereich der Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG umfasst (näher unten C II 4).⁵² Im Rahmen der Wirtschaftsverfassung sind die Rechte der Verbraucher grundrechtlich der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG (gleichsam als Recht der Marktgegenseite zu den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Unternehmen) zugeordnet. Indem schließlich die Eltern in ihrer bislang autonomen Befugnis, ihren Kinder Beurteilungs- und Einschätzungskompetenzen im Umgang mit Werbung zu vermitteln, beeinträchtigt werden, steht auch das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG mit auf dem Prüfstand (dazu unten C IV).

⁵² Vgl. hier nur *Dörr*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, 2011, § 103 Rn. 25.

bb) Relevanz innerhalb der Rechtfertigung der unternehmensbezogenen Eingriffswirkungen

Aus der Sicht der Unternehmen, denen an Kinder adressierte Werbemaßnahmen verboten werden, stellt sich zunächst die Frage nach der Bestimmtheit diesbezüglicher staatlicher Vorgaben. Lässt sich der Kreis der von einem solchen Verbot erfassten Werbemaßnahmen nicht mit rechtsstaatlich gebotener Bestimmtheit von Werbemaßnahmen gegenüber erwachsenen Verbrauchern abgrenzen, könnte bereits daraus die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Verbotsmaßnahmen folgen (dazu unten D).

Ein zweites Mal wirkt sich die Existenz einer bestimmten Gruppe von Verbrauchern (nämlich der Eltern) im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Eingriffen gegenüber den Unternehmen im Bereich der Verhältnismäßigkeit aus. Denn die Kinder, die der Staat mit Werbeverboten schützen möchte, stehen ja nicht unmittelbar und isoliert den einzelnen Unternehmen gegenüber. Damit können sie aber als eine Art Schutzmittler, wenn nicht Schutzverstärker dienen, was möglicherweise die Nicht-Angemessenheit von unmittelbar an die Werbetreibenden gerichteter Verbote nach sich ziehen könnte. Auch hierauf ist näher einzugehen (unten H III 2).

Schließlich ist in der Rechtfertigungsprüfung zu klären, ob den Verbotsmaßnahmen betreffend erwachsene Verbraucher und den sie adressierenden Werbeunternehmen die Geeignetheit (F) und v.a. die Angemessenheit (H) abzusprechen sind.

2. Relevanz des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG

Während die Freiheitsrechte die vertikale Perspektive zwischen dem Staat und dem seinen Anordnungen grundsätzlich unterworfenen privaten Rechtsträgern betreffen, bildet der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG die horizontale Perspektive zwischen den einzelnen Grundrechtsträgern ab und fragt, ob durch die inkriminierte staatliche Regelung nicht ungerechtfertigte Differenzierungen bewirkt werden. Im vorliegenden Zusammenhang kommen jedenfalls nicht auf den ersten Blick nachvollziehbare Differenzierungen in drei verschiedenen Richtungen vor:

(1) Innerhalb der Anbieter von Hörfunk- und Fernsehangeboten einerseits, Video-Sharing-Plattform-Diensten andererseits; Letztere sind von der Uhrzeitbeschränkung des § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 RefE nicht erfasst.

(2) Gegenüber den Anbietern anderer genussbezogener, primär zum Vergnügen konsumierter Produkte wie etwa Spieleplattformen (deren Hersteller, d.h. der Gaming-

Branche, der Koalitionsvertrag der Ampelparteien eine „kraftvolle Ausweitung“⁵³ ihrer Subventionen verspricht).

(3) Eine weitere Gleichheitsperspektive entsteht schließlich dadurch, dass der Gesetzesentwurf aus europarechtlichen Gründen Mediendiensteanbieter, die ihren Niederlassungsort nicht in Deutschland, sondern in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben (wie insbesondere die großen Plattformanbieter, z.B. TikTok oder Netflix) nicht erfassen kann (vgl. oben A II 2), wodurch der Tatbestand einer sog. Inländerdiskriminierung gegenüber den in Deutschland niedergelassenen Anbietern vergleichbarer Dienste entsteht. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsauffassung sind die sog. Inländerdiskriminierungen zwar nicht per se ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Sie sind aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des insoweit primär betroffenen Wirtschaftsgrundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zu verarbeiten.⁵⁴

Dies deckt sich mit dem ganz allgemein für das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz und den Freiheitsgrundrechten seit längerem praktizierten Vorgehen des BVerfG. Denn obgleich das Gericht den allgemeinen Gleichheitssatz gegenüber den jeweils einschlägigen Freiheitsrechten im Verhältnis einer sog. Idealkonkurrenz sieht,⁵⁵ stellt es überwiegend bei sowohl gleichheits- wie freiheitsrechtlicher Relevanz eines Regelungskontexts auf den Schwerpunkt der Grundrechtsbeeinträchtigung ab. Dabei zieht es den allgemeinen Gleichheitssatz insbesondere im hier einschlägigen Kontext der Wirtschaftsgrundrechte regelmäßig bereits im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung bei dem Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG heran, um den Gesetzgeber auf gerechtfertigte Differenzierungen innerhalb einer an sich verhältnismäßigen Regelung zu verpflichten.⁵⁶ Dies geschieht grundrechtsdogmatisch innerhalb des Unterpunkts „Zumutbarkeit“ (Synonym: Angemessenheit) innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁵⁷

⁵³ https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, S. 15 („Digitale Wirtschaft“).

⁵⁴ Ausführlich an dieser Stelle nur *Burgi*, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 227 ff.; näher unten H V.

⁵⁵ Vgl. etwa BVerfG, DVBl. 2017, 697 (698 ff.).

⁵⁶ Vgl. etwa BVerfGE 121, 317 (358); ferner bereits BVerfGE 68, 155 (173).

⁵⁷ Näher *Wollenschläger*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 329 f.

Nichtsdestoweniger ist (wenngleich innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Grundrecht der Berufsfreiheit) in der Sache eine eigenständige Prüfung der etwaigen Ungleichbehandlung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG durchzuführen, wobei wiederum die freiheitsrechtliche Relevanz des Sachverhalts den Rechtfertigungsstandard verschärfen kann (näher unten H I).

II. Rechtfertigungspflichtige Eingriffe im Rahmen der Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes

Die Kommunikationsfreiheitsrechte stellen seit jeher einen Gradmesser der Grundrechtskultur dar, indem sie Auskunft darüber geben, wie es insgesamt um die Abgrenzung der Sphären zwischen dem Staat und dem Einzelnen bestellt ist. Damit nimmt das Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und insbesondere in der Rechtsprechung des BVerfG eine Schrittmacherfunktion ein.⁵⁸ Mittlerweile sieht aber knapp die Hälfte der Menschen in Deutschland nach einer Allensbach-Umfrage aus dem Jahr 2021 die Meinungsfreiheit in Gefahr. Dies ist der mit Abstand höchste Wert, den das Institut für Demoskopie Allensbach im Jahr 1953 zum ersten Mal danach gefragt hat.⁵⁹ Diese Einschätzung dürfte sich durch weitgehende Werbeverbote gegenüber teilweise seit Jahrzehnten etablierten Inhalten verstärken.

1. Kreis der Grundrechtsträger und relevante Maßstabsnormen

Wenn sich herausstellt, dass die Verbreitung von Wirtschaftswerbung bzw. von wertenden Einschätzungen über die Nützlichkeit bzw. Nichtschädlichkeit bestimmter Lebensmittel dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG unterfällt, wären die hiermit befassten Unternehmen (Hersteller/Vertreiber, Werbeagenturen, Medienanbieter und Werbepartner im oben, B IV, näher charakterisierten Sinne) hiervon erfasst. Bei einigen dieser Unternehmen würde das speziellere Grund-

⁵⁸ Näher mit zahlreichen Nachweisen *Jestaedt*, in: Hdb Grundrechte IV, § 102 Rn. 1 f.

⁵⁹ Hierüber berichtet der Tagesspiegel, 16.6.2021, www.tagesspiegel.de/politik/fast-die-haelfte-der-deutschen-sieht-meinungsfreiheit-in-Gefahr-4257052.html (zuletzt abgerufen am 20.2.2023).

recht der Presse- bzw. der Rundfunk- bzw. der Filmfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 eingreifen (dazu 3). Auf den Schutz aller Grundrechte nach Art. 5 Abs. 1 GG können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG in- wie ausländische Personenmehrheiten berufen.

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) schützt in Art. 11 Abs. 1 ebenfalls das Recht auf freie Meinungsäußerung und achtet nach Art. 11 Abs. 2 die Freiheit der Medien. Auf diese Grundrechtsgewährleistung könnten sich die betroffenen Unternehmen dann berufen, wenn der Mitgliedstaat Bundesrepublik mit der Verabschiedung eines Werbeverbots zugleich Unionsrecht im (immer weiter ausgelegten) Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh durchführen würde. Dass auch die Wirtschaftswerbung in den Schutz des europäischen Grundrechts der Meinungsfreiheit fällt, ist auf dieser Ebene unumstritten.⁶⁰ Ob der Anwendungsbereich von Art. 11 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 der GRCh eröffnet ist, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Vertiefung, weil der hierdurch gewährleistete Schutz jedenfalls nicht weiter reichen würde als der des Grundrechts der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG.

Dass die Bundesrepublik bei der etwaigen Schaffung eines Werbeverbots für Lebensmittel jedenfalls nicht in Umsetzung einer europarechtlichen Pflicht agiert, wurde bereits festgestellt (oben A II 2). Dies hat zur Konsequenz, dass die Grundrechte des GG (die des Art. 5 Abs. 1 und ebenso die bei III 2 erörterte Berufsfreiheitsgarantie) insoweit uneingeschränkt als Prüfungsmaßstab Geltung beanspruchen; nationales Recht wäre nur dann nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes zu prüfen, wenn es zwingend unionsrechtlich determiniert wäre.⁶¹

2. Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung umfasst jedes Stellung beziehende Dafürhalten i.S. einer Wertung, d.h. Ansichten, Auffassungen, Anschauungen, Überzeugungen, Einschätzungen, Stellungnahmen und Urteile, gerade in ihrer Subjektivität.⁶² Ebenso unstreitig erfasst ist die Wahl der Mittel bei der Äußerung bzw. Verbreitung

⁶⁰ Vgl. nur EuGH, C-157/14 (Neptune); Wissenschaftliche Dienste beim Deutschen Bundestag, Verfassungsmäßigkeit eines umfassenden Verbots der Werbung für Tabakerzeugnisse, WD 10-2000-023/16, S. 6.

⁶¹ BVerfGE 121, 1 (15).

⁶² St. Rspr.; vgl. nur BVerfGE 61, 1 (9); BVerfGE 71, 162 (179), *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 62.

einer Meinung, insbesondere auch die Wahl des Äußerungsmediums (Plakatwand, Internet, Zeitung, Fernsehen etc.).⁶³ Unerheblich ist, ob die Äußerung privat oder öffentlich, kostenlos oder gegen Entgelt erfolgt.⁶⁴

a) *Wirtschaftswerbung als Meinungsäußerung*

In der rechtswissenschaftlichen Kommentarliteratur ist seit langem unumstritten, dass Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich des Meinungsfreiheitsgrundrechts fällt.⁶⁵ In der älteren Rechtsprechung finden sich dagegen teilweise Formulierungen dahingehend, dass durch Wirtschaftswerbung „keine überzeugende, belehrende oder sonst Richtung gebende geistige Wirkung“ ausgehe.⁶⁶ Mit dem Urteil v. 12.12.2000 betreffend die sog. „Schockwerbung Benetton“ hat das BVerfG aber unmissverständlich festgestellt, dass der Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sich „auch auf kommerzielle Meinungsäußerungen sowie reine Wirtschaftswerbung, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat“ erstrecke. Dabei sei gleichgültig, ob die Meinungsäußerung in einem Text oder in einem Bild zum Ausdruck komme.⁶⁷ In einem nachfolgenden Kammerbeschluss (Zweite Kammer des Ersten Senats)⁶⁸ heißt es, dass das Grundrecht der freien Meinungsäußerung „Tatsachenbehauptungen sowie andere Äußerungsformen jedenfalls dann (schütze), wenn sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind. Der Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG (erstrecke sich) auch auf kommerzielle Meinungsäußerungen sowie reine Wirtschaftswerbung, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat“ (im Fall der Schockwerbung eines Rechtsanwalts).

⁶³ Vgl. BVerfG 76, 171 (192); BVerfGE 93, 266 (289).

⁶⁴ BVerfG 30, 336 (352 f.).

⁶⁵ *Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 5 Rn. 62; *Degenhart*, in: BK GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 134; *Grabewarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 90. EL Sept. 2022, Art. 5 Rn. 64; *Wendt*, in: v.Münch/Kunig (Begr.), GG, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 30; monographisch *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 464 ff.; *Brüning*, Kommunales Verbot von Außenwerbung am Beispiel alkoholischer Getränke, 2021, S. 19 ff.

⁶⁶ BayVerfGH n.F. 4 II 63 (76); vgl. auch die (sehr alten) Entscheidungen BVerwGE 2, 172 (178 f.) und BGHSt 8, 360 (379). Zögernd noch BVerfGE 60, 215 (229 ff.), offenlassend BVerfGE 40, 371 (382).

⁶⁷ BVerfGE 102, 347, Rn. 40.

⁶⁸ BVerfG, NJW 2015, 1438, Rn. 20.

Aus diesen Formulierungen wird nicht ganz klar, ob nun Wirtschaftswerbung stets in den Schutzbereich einbezogen ist und der in beiden Entscheidungen zu findende Hinweis, dass ein „wertender, meinungsbildender Inhalt“ erkennbar sein müsse, lediglich eine allgemein an das Vorliegen einer „Meinung“ gestellte Anforderung wiederholt,⁶⁹ oder ob Äußerungen der Wirtschaftswerbung neben dem bloßen Anpreisen des Produkts stets noch politische, soziale oder kulturelle Probleme adressieren müssten. Dagegen verstanden werden könnte auch die in der Entscheidung zur Benetton-Werbung zu findende Überlegung, dass es nicht ausreichend sein könnte, wenn das betreffende Unternehmen „sich (nur) ins Gespräch bringen“ möchte.⁷⁰

Bei näherer Betrachtung der Benetton-Entscheidung wird indes erkennbar, dass bei einer Interpretation im letztgenannten Sinne einer beiläufigen, vom BVerfG gar nicht näher begründeten oder ausgeführten Formulierung ein zu großer Stellenwert beigegeben würde; zutreffenderweise sind mithin sämtliche Formen der Wirtschaftswerbung von der Meinungsfreiheit erfasst, es sei denn, es handelt sich um reine Tatsachenbehauptungen, denen kein wertender, meinungsbildender Charakter zukommt und die daher wie stets (d.h. auch außerhalb der Wirtschaftswerbung) eben nicht von Art. 5 Abs. 1 GG umfasst sein können. Folgt man diesem Verständnis, ist im vorliegenden Zusammenhang der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit eröffnet. Hierfür spricht auch die im Wege der Auslegung gebotene Einbeziehung des Art. 10 Abs. 1 S. 1 der EMRK. Diese konventionsrechtliche Vorschrift, die über Art. 59 Abs. 2 GG in die deutsche Rechtsordnung transformiert worden ist, verlangt, dass das entsprechende Grundrecht mit dem Inhalt bei der Interpretation der Grundrechte des GG berücksichtigt werden muss, den es in der Rechtsprechung des EGMR enthalten hat.⁷¹ In der Rechtsprechung des EGMR werden aber Werbeaussagen ohne weiteres als Meinungsäußerungen eingeordnet und der Schutzbereich des Art. 10 EMRK für eröffnet gehalten.⁷² So heißt es dort explizit: „Der eigentliche Gehalt der Meinungsfreiheit

⁶⁹ So m.E. überzeugend *Degenhart*, in: BK GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 134.

⁷⁰ BVerfG, a.a.O., Rn. 42.

⁷¹ BVerfGE 128, 326 (393 ff.).

⁷² Vgl. nur EGMR, U.v. 5.3.2009, Nr. 26935/05; ferner EGMR, EuGRZ 1996, 302; vertiefend *Kühling*, Kommunikationsfreiheit, S. 467 ff.

ist das Recht, Nachrichten und Meinungen zu empfangen und mitzuteilen. Die kommerzielle Werbung steht in direktem Zusammenhang mit dieser Freiheit.⁷³ An anderer Stelle betont der EGMR, „dass Art. 10 EMRK die Meinungsfreiheit für jedermann garantiert und keine Unterscheidung danach trifft, ob damit eine Gewinnabsicht verbunden ist oder nicht.“⁷⁴ Bereits in der Diskussion über das Tabakwerbeverbot wurde selbst von einem der entschiedensten Verfechter des Tabakwerbeverbots davon ausgegangen, dass der Schutzbereich des Meinungsfreiheitsgrundrechts eröffnet ist.⁷⁵ Auch das BVerfG hat nach der Benetton-Entscheidung wiederholt werbende Aussagen dem Schutzbereich des Meinungsfreiheitsgrundrechts zugeordnet.⁷⁶ Bemerkenswerterweise spricht auch das BMEL in seiner Begriffsbestimmung von „Werbung“ (in § 3 Nr. 4 RefE) davon, dass es um „Kommunikation“ gehe.

b) Jedenfalls bei Wertungsdivergenz gegenüber dem Staat (d.h. aufgrund Relevanz in der politischen Diskussion)

Selbst wenn man auf der vorstehend beschriebenen Linie nicht jede Form der Wirtschaftswerbung dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit zuordnen möchte, so ist doch im vorliegenden Zusammenhang zu beachten, dass spätestens ab dem Zeitpunkt, an dem der Staat vermehrt Werbeverbote für bestimmte Produkte statuiert (Tabakwerbeverbot) bzw. sie politisch erörtert und in Erwägung zieht, die wertende Einschätzung über die Nützlichkeit und Nichtgefährlichkeit jener beworbenen Produkte ein Gegenstand des öffentlichen, meinungsbildenden Diskurses geworden ist. In diesem Diskurs vertritt der Staat die Meinung, dass bestimmte (70 – 80 % aller) Lebensmittel unnütz und schädlich seien, während die Hersteller, die Verbraucher und Andere der gegenteiligen Ansicht sind. Nimmt man hinzu, dass Werbung seit jeher kulturelle und soziologische Aspekte „einer Epoche in hervorragender Weise dokumentieren“ kann, teilweise sogar ikonographischen Charakter trägt,⁷⁷ dann kann die Relevanz von

⁷³ EGMR, GRUR-RR 2009, 173 Rn. 43.

⁷⁴ EGMR, U.v. 5.3.2009, Nr. 26935/05, Rn. 33.

⁷⁵ *Siekmann*, DÖV 2003, 657 (658 f.).

⁷⁶ So in den Fällen BVerfG (K), NJW 2001, 3403 (Billigende Äußerung zu einer Studie über ein vertriebenes Medikament), BVerfG (K), NJW 2002, 1187 (Gefühlsbetonte Werbung); BVerfG (K), NJW 2003, 2229 (Wiedergabe von Preisvergleichen) sowie BVerfG, NJW 2002, 1187 (Werbung mit tierschutzfreundlicher Herstellung bzw. Herkunft).

⁷⁷ Hierauf weist *Degenhart*, in BK GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 137; vgl. auch BVerfGE 21, 271 (279) hin.

Wirtschaftswerbung in diskursiv durch den Staat influenzierten Kontexten endgültig nicht bestritten werden.

Zum gleichen Ergebnis gelangen übrigens auch diejenigen Autoren, die sich (in fast zeitlicher Parallelität) gegenwärtig mit der Statthaftigkeit bzw. Unstatthaftigkeit des vor kurzem aufgehobenen Verbots der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch nach § 219a StGB a.F. beschäftigen; bei den entsprechenden werbenden Aktivitäten soll es sich nicht zuletzt deshalb um durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsäußerungen handeln, weil hierdurch eine dezidiert andere Einschätzung zum Umgang mit Schwangerschaftsabbrüchen als durch die bis dato durch den Staat formulierte Abtreibungspolitik zum Ausdruck gelangt sei.⁷⁸

3. Presse-, Rundfunk- bzw. Filmfreiheit zugunsten bestimmter Medienanbieter

Diejenigen Medienanbieter, die tatbestandlich der „Presse“ i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zuzuordnen sind (namentlich die Zeitungsverlage) genießen sowohl hinsichtlich der Auswahl bestimmter Werbeprodukte als auch im Hinblick auf die hierbei (d.h. im Anzeigenteil) erzielten Einnahmen den Grundrechtsschutz der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG.⁷⁹ Entsprechendes gilt für Rundfunkveranstalter im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG (also namentlich für die Fernseh- und Radioveranstalter),⁸⁰ weil deren Werbesendungen der Finanzierung von Programmfunktionen dienen. Den Kinobetreibern kommt im Hinblick auf die Kinowerbung der Schutz der Filmfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 3 GG zugute.⁸¹ Aus diesen – unstrittigen – Zuordnungen ergibt sich zugleich ein weiteres Argument dafür, den in der Sache ja noch stärker betroffenen Herstellern und Vertreibern bzw. den Werbeagenturen den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, also des Grundtatbestands der freien Meinungsäußerung zu gewähren.

⁷⁸ Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, WD 3-3000-043/19, S. 4 m.w.N.

⁷⁹ BVerfG 21, 271 (278); BVerfGE 102, 347 (359), und (sogar im Hinblick auf reine Anzeigenblätter) BGHZ 116, 47 (54).

⁸⁰ BVerfGE 74, 297 (341 f.).

⁸¹ Ebenso *Degenhart*, Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation: Werbeverbote für Tabakprodukte, 2015, S. 59 f.

4. Informationsfreiheitsrecht zugunsten der Verbraucher nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG

Sowohl der Meinungsäußerungsfreiheit als auch der Presse- und Rundfunkfreiheit würde die Wirkung genommen, wenn es keine Rezipienten gäbe, die ihrerseits die verbreiteten Äußerungen frei (ohne staatlichen Zwang) empfangen dürfen. Diesem Schutz dient die grundrechtliche Verbürgung der Freiheit, sich aus „allgemein zugänglichen Quellen“ ungestört informieren zu dürfen, wobei hierunter nicht nur politische Informationsquellen, sondern auch reine Unterhaltungs- und Werbeangebote erfasst sind.⁸² Das Informationsfreiheitsgrundrecht komplementiert daher auf der Empfängerseite die durch das Grundgesetz konstituierte Kommunikationsordnung.

5. Zwischenergebnis

Ein Werbeverbot für bestimmte Lebensmittel würde für die mit der Herstellung/dem Vertrieb befassten Unternehmen, die Werbeagenturen, die Medienanbieter und die Werbepartner in diesem Sektor einen Eingriff in die durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG (Meinungsfreiheit) bzw. durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (Presse-, Rundfunk- bzw. Filmfreiheit) geschützten Grundrechte darstellen. Diese Eingriffe müssen gerechtfertigt werden können. Auf der Seite der Kommunikationsempfänger, d.h. bei den Verbraucherinnen und Verbrauchern, läge ein gleichfalls rechtfertigungspflichtiger Eingriff in das Informationsfreiheitsgrundrecht nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG vor. Zwar ist es dem Staat nicht verwehrt, den Konsum dieser Lebensmittel in den ihm eröffneten Aktions- und Kommunikationsräumen (mit zunehmend schärferer Tendenz) kritisch zu bewerten und damit in der kommunikativen Auseinandersetzung eindeutig, und zwar negativ zulasten der Grundrechtsträger, Stellung zu beziehen. Würde diesen aber die Berufung auf die Meinungsfreiheit verwehrt, wäre die verfassungsrechtliche Kommunikationsordnung gestört. Primär maßgeblich dafür, ob die Werbeverbote am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden können, ist Art. 5 Abs. 2 GG. Danach muss es sich entweder um „allgemeine Gesetze“ handeln, oder das Werbeverbot muss „zum Schutze der Jugend“ erfolgen; in beiden Fällen sind überdies spezifische Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu beachten.

⁸² So bereits *Schmitt Glaeser*, AöR 105 (1980), 320; *Degenhart*, in: BK GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn. 279; *Brüning*, Außenwerbung, S. 28 f.

III. Rechtfertigungspflichtige Eingriffe im Rahmen der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes und des AEU-Vertrages

Während das europäische Primärrecht in Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV ein ausdrückliches Bekenntnis zum „Binnenmarkt“ und zum System einer „wettbewerbsfähigen, sozialen Marktwirtschaft“ (vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 2 AEUV) enthält, lässt sich dem GG zwar keine Festlegung eines bestimmten Wirtschaftssystems entnehmen. Es ist aber unstrittig, dass der Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 Abs. 1 GG auch die Funktion zugewiesen ist, „den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines der Grundprinzipien“ der Wirtschaftsordnung zu garantieren.⁸³

1. Kreis der Grundrechtsträger und relevante Maßstabsnormen

Die relevanten Maßstabsnormen sind in diesem Zusammenhang die Berufsfreiheitsgarantie nach Art. 12 Abs. 1 GG, die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV und die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV, soweit es die bereits im vorherigen Abschnitt bezeichneten Unternehmen (d.h. die Hersteller/Vertreiber, die Werbeagenturen, die Medienanbieter und die Werbepartner) betrifft. Auf der Marktgegenseite der Verbraucherinnen und Verbraucher gewährleistet das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG die Teilnahme am Marktgeschehen.

2. Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Der Schutz dieses Grundrechts kommt über Art. 19 Abs. 3 GG jedenfalls allen inländischen Personenmehrheiten zugute. Nach ständiger Praxis werden aber auch Unternehmen mit Sitz im EU-Ausland über eine entsprechend verstärkte Auslegung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG in die Schutzgarantie (mit vergleichbarem Standard) einbezogen.⁸⁴ Trifft die Berufsfreiheit mit dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfrei-

⁸³ BVerfGE 32, 311 (317); vertiefend *Ruffert*, AöR 134 (2009), 196.

⁸⁴ Ausführlich hierzu *Burgi*, in: BK GG, Art. 12 Rn. 88 ff.

heit zusammen, so sind beide zu achten, d.h. sie stehen im Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander.⁸⁵ Dies bedeutet für den Staat, dass er die Werbeverbote am Maßstab beider Grundrechtsnormen mit ihren jeweils spezifischen Anforderungen rechtfertigen können muss.

a) *Werbende Tätigkeiten*

In ständiger Rechtsprechung ordnet das BVerfG die Freiheit zur Kundenakquise und zur Werbung der Berufsausübungsfreiheit zu.⁸⁶ Dies gilt für Hersteller/Vertreiber und natürlich für sämtliche unmittelbar mit Werbung verbundenen Bereiche. Durch Werbeverbote für bestimmte Produkte ist zwar nicht die Wahl eines bestimmten Berufes, wohl aber (im Hinblick auf einzelne Werbeagenturen) in u.U. erheblicher Weise dessen freie Ausübung, namentlich die Wahl bestimmter Kundinnen und Kunden und die Finanzierung der damit verbundenen Aktivitäten, beeinträchtigt.

b) *Tätigkeiten von Herstellung und Vertrieb*

Äußerlich betrachtet, betreffen Werbeverbote die Hersteller und Vertreiber der betroffenen Lebensmittel nicht bei den eigentlichen Tätigkeiten der Herstellung und des Vertriebs, sondern „lediglich“ bei der Werbung für die hergestellten Produkte. Insoweit handelt es sich um Grundrechtseingriffe im klassischen Sinne, d.h. um unmittelbare, finale Beeinträchtigungen. Seit längerem ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (und mit durchgehender Zustimmung des diese begleitenden Schrifttums) aber anerkannt, dass auch staatliche Maßnahmen, die Einzelne lediglich mittelbar betreffen, als rechtfertigungspflichtige Grundrechtseingriffe anzusehen sein könnten. Dies würde hier bedeuten, dass die Hersteller und Vertreiber nicht ausschließlich in dem der Berufsausübungsfreiheit zuzuordnenden Teilelement der Freiheit zur Werbung (siehe soeben a)), sondern auch (und zusätzlich) in dem Teilelement der „Produktions- und Vertriebsfreiheit“ beeinträchtigt wären.⁸⁷ Dem voraus liegt die „Investitionsfreiheit“.⁸⁸

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 71, 162 (172 ff.); BVerfGE 85, 248 (256 ff.); erläuternd *Burgi*, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 378.

⁸⁶ BVerfGE 97, 228 (253); BVerfGE 111, 366 (372).

⁸⁷ Verkürzend als „Produktionsfreiheit“ bezeichnet, BVerfGE 106, 275 (299).

⁸⁸ Dazu *Winkler*, in: Berliner Kommentar, GG, Stand 2023, Art. 12 Rn. 30.

Das BVerfG sieht in einer irgendwie gearteten Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Schutzbereichs dann einen dem klassischen Eingriff gleichzustellenden und mithin rechtfertigungspflichtigen Eingriff, wenn es sich um ein „funktionales Äquivalent“ handelt.⁸⁹ Zur näheren Bestimmung des Vorliegens einer funktionalen Äquivalenz in dem hier gegebenen Fall, dass die eigentliche Beeinträchtigung durch das Verhalten Dritter (die Reaktion der Verbraucher auf die Werbeverbote) entsteht, stellt das Gericht darauf ab, ob der Staat durch seine Maßnahme die Dritten (hier: die Verbraucher) gezielt (bewusst und gewollt) steuert.⁹⁰

Im vorliegenden Zusammenhang ist davon auszugehen, dass ein Werbeverbot zwar nicht den Anteil der hiervon betroffenen Produkte insgesamt verringert, wohl aber die Verteilung der Marktanteile innerhalb der hiervon betroffenen Unternehmen. Denn Sinn und Zweck von Werbung besteht gerade darin, bestehende Marktanteile zu verteidigen bzw. als neu auf den Markt tretender Hersteller anderen Anbietern Marktanteile abzujagen bzw. neue Produkte zu platzieren (vgl. oben B II 2). All diese – durch die Produktionsfreiheit geschützten – Aktivitäten werden (wenngleich mittelbar) durch ein Werbeverbot massiv beeinträchtigt. Der Staat nimmt dies nicht nur in Kauf, sondern er zielt hierauf. Je umfangreicher der Kreis der in die Werbeverbote einbezogenen Lebensmittel ist, desto stärker wird sich dieser Effekt auswirken. Da sich der vorgelegte Referentenentwurf an der starren Referenzierung des Nährstoffprofil-Modells der WHO in Europa orientiert, beträfe er mehr als zwei Drittel aller auf dem Markt befindlichen Produkte der einschlägigen Lebensmittelkategorien und damit nicht „lediglich“ die werbenden Tätigkeiten, sondern auch die Tätigkeiten von Produktion und Vertrieb selbst. Auch diese Eingriffswirkung muss mithin einer Rechtfertigungsprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG standhalten können.

⁸⁹ Seit BVerfGE 100, 252 (273); BVerfGE 105, 279 (305); BVerfGE 125, 29 (78); BVerfGE 134, 242, Rn. 277; BVerfGE 148, 40, Rn. 28.

⁹⁰ Zu den Einzelheiten mit zahlreichen Nachweisen *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, vor Art. 1 Rn. 89 f.

3. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit der Verbraucher nach Art. 2 Abs. 1 GG

In den Schutzbereich des Auffanggrundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG fallen nach der Rechtsprechung des BVerfG sämtliche Verhaltensweisen, die nicht von einem der anderen Grundrechte erfasst sind. Dazu gehört jedenfalls die Freiheit, Verträge mit Herstellern bzw. Dienstleister zu schließen (oder auch nicht zu schließen)⁹¹ und selbstverständlich auch die Freiheit, sich mit werbenden Angeboten auseinanderzusetzen, sie abzulehnen oder (eben auch) sie mit einem Schmunzeln oder auch einer Freude an der optischen, akustischen, künstlerischen etc. Aufmachung und Gestaltung entgegenzunehmen. Dieses Grundrecht komplementiert dabei (ähnlich wie die Informationsfreiheit innerhalb der Kommunikationsordnung) auf der Empfängerseite die Wirtschaftsordnung. Durch das hier zu beurteilende Werbeverbot wird unmittelbar in diese Schutzpositionen eingegriffen, wodurch ein weiteres Mal eine Rechtfertigungspflicht ausgelöst wird.

4. Waren- bzw. Dienstleistungsfreiheit nach dem AEUV

Die Waren- und die Dienstleistungsfreiheit schützen europaweit agierende Unternehmen seit langem nicht nur gegen Diskriminierungen, sondern auch gegen „Maßnahmen gleicher Wirkung“ (so explizit Art. 34 AEUV), mithin gegen bloße Beschränkungen (so sogar ausdrücklich Art. 56 AEUV). Den Kreis der hiervon erfassten Maßnahmen hat der EuGH ursprünglich als Maßnahmen definiert, „die sich als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr darstellen“⁹² (so bei der Warenverkehrsfreiheit) bzw. als Maßnahmen, die den Zugang von Wettbewerbern auf den jeweiligen nationalen Markt in irgendeiner Weise beeinträchtigen (so bei der Dienstleistungsfreiheit).⁹³

a) *Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV)*

Auf die Warenverkehrsfreiheit können sich im vorliegenden Zusammenhang die Hersteller/Vertreiber der betroffenen Lebensmittel berufen. Ihnen gegenüber stellen sich Werbeverbote unstreitig jedenfalls dann als rechtfertigungspflichtige Beschränkungen

⁹¹ Vgl. BVerfGE 8, 274 (238); BVerfGE 74, 129 (151 f.).

⁹² EuGH, C-2/73.

⁹³ Zur Entwicklung vgl. statt vieler *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 834 bzw. Rn. 840.

dar, wenn sie eine produktbezogene Wirkung entfalten. Dies ist dann der Fall, wenn sie die unmittelbar auf dem Etikett oder der Verpackung des Produkts angebrachten Werbeaussagen betreffen.⁹⁴

Im Hinblick auf Werbeverbote, die nicht unmittelbar produktbezogen sind, ist seit dem Urteil in der Rechtssache Keck (im Jahre 1993) allerdings Unsicherheit darüber entstanden, welche Maßnahmen noch als rechtfertigungspflichtige Beschränkungen anzusehen sind und welche nicht. In diesem Urteil hat der EuGH die bis dahin praktizierte (weite) sog. Dassonville-Formel dahingehend präzisiert, dass nationale Maßnahmen, die lediglich bestimmte „Verkaufsmodalitäten“ betreffen, dann nicht als rechtfertigungspflichtige Beschränkungen anzusehen seien, wenn sie unterschiedslos für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.⁹⁵ Als bloße Verkaufsmodalitäten in diesem Sinne wurden neben den in der Rechtssache Keck streitgegenständlichen Ladenschlussregelungen u.a. auch Beschränkungen der Fernsehwerbung angesehen.⁹⁶

Allerdings hat der EuGH auch entschieden (zeitlich nach Keck), dass die Behinderung europaweiter Vermarktungskonzepte tatbestandlich weiterhin von Art. 34 AEUV erfasst bleiben soll und einer Rechtfertigung mit gegenläufigen Belangen bedürfe.⁹⁷ Im begleitenden Schrifttum wird die sog. Keck-Rechtsprechung nebst nachfolgenden Entscheidungen einheitlich als eine (auch im Interesse der Vermeidung einer Überlastung des EuGH) „Rückführung der Warenverkehrsfreiheit im Bereich von Vertriebs- und Absatzregelungen auf ihren eigentlichen Sinngehalt“ als „Marktzugangsrecht“ ausländischer Waren, aber auch auf eine Erstreckung auf „alle spezifischen Marktzugangshindernisse“ angesehen.⁹⁸ Die Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezoge-

⁹⁴ EuGH, C-315/92, Rn. 19 (Clinique); EuGH, C-470/93, Rn. 13 (Mars); EuGH, C-77/97, Rn. 27 ff. (Unilever); vertiefend am Beispiel von Werbeaussagen auf Zahncremetuben *Streinz/Leible*, ZIP 1995, 1236.

⁹⁵ EuGH, C-267/91 und C-268/91, Rn. 16 f. (Keck und Mithouard). Die sog. Rückausnahme wurde näher ausgeführt in der Entscheidung EuGH, C-322/01, Rn. 67 (DocMorris).

⁹⁶ EuGH, C-412/93, Rn. 19 ff. (Leclerc/Siplec).

⁹⁷ EuGH, C-255/97, Rn. 20 (Pfeiffer/Löwa).

⁹⁸ So *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 34 – 36 AEUV, Rn. 51 ff.; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 34 AEUV Rn. 54.

nen Beschränkungen bildet dabei eine Art Anhaltspunkt im Sinne einer groben Kategorisierung,⁹⁹ die aber nicht schon von vornherein namentlich Werbeverbote aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausschließen würden.

An dieser Stelle ist das Urteil des EuGH vom 15.7.2021 in der Rechtssache C-190/20 (DocMorris) betreffend das deutsche Verbot einer Gewinnspielauslobung bei Einreichung eines Rezepts bei einer ausländischen Versandapotheke interessant. Nachdem der EuGH zunächst die Keck-Rechtsprechung referiert (in Rn. 35 und 36) stellt er fest, dass sich freilich nicht ausschließen lasse, dass das Verbot einer Form der Förderung des Absatzes eines Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat stärkere Auswirkungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten haben kann (Rn. 41). Er bestätigt hier (wie auch bereits in anderen Entscheidungen) die heute auch in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur ganz vorherrschende 3-Stufen-Prüfung dahingehend, dass weiterhin all diejenigen mitgliedstaatlichen Maßnahmen rechtfertigungspflichtig seien, die Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten diskriminieren (1) oder die (auch wenn sie unterschiedslos für inländische und ausländische Produkte gelten) andere Vorgaben an jene Produkte formulieren als sie am Ort ihrer rechtmäßigen Herstellung in einem anderen Mitgliedstaat gelten (2). Schließlich (3) stellt der EuGH darauf ab, ob durch die inkriminierte mitgliedstaatliche Maßnahme der Zugang des Produktes zum entsprechenden Markt im betreffenden Mitgliedstaat (hier: Deutschland) erschwert wird. Nur wenn alle drei Fragen mit Nein beantwortet werden, liegt keine rechtfertigungspflichtige Maßnahme gleicher Wirkung vor.¹⁰⁰

Fragt man nun, was diese allgemeinen Grundsätze konkret für die Beurteilung von Werbeverboten bedeuten, so liegt zunächst nach der bereits erwähnten Entscheidung zur Fernsehwerbung nebst weiteren Entscheidungen jedenfalls in Verboten der Fernsehwerbung und der Werbung in vergleichbaren Medien eine Marktzugangsbeschränkung. Denn da die Verbraucher stets mit „ihren“ inländischen Produkten „besser vertraut“ sind,¹⁰¹ werden die ausländischen von Werbeverboten erfassten Produkte mit einem deutlich erschwerten, wenn nicht unmöglichen Marktzugang konfrontiert. Dies

⁹⁹ Näher analysiert bei *Schroeder*, a.a.O., Rn. 41 ff.

¹⁰⁰ Bündig und statt vieler *Streinz*, Europarecht, Rn. 923.

¹⁰¹ EuGH, C-405/98, Rn. 19 ff. (Gourmet International, betreffend ein Werbeverbot für alkoholische Getränke); EuGH, C-34/95 bis C-36/95, Rn. 42 ff. (De Agostini: verbotene Fernsehwerbung, die an Kinder unter 12 Jahren gerichtet ist).

gilt nicht nur bei absoluten Werbeverboten, sondern auch bei sonstigen Werbebeschränkungen, weil durch diese (so die Formulierung im Urteil in der Rechtssache „Euromarketing“)¹⁰² „ein bestimmter Wirtschaftsteilnehmer ein Werbesystem aufgeben“ müsse, das er „für besonders wirksam hält“.¹⁰³

Die hier zu beurteilenden Werbeverbote sind sonach bis auf Weiteres als Marktzugangsschranken im Sinne des mittlerweile durch den EuGH praktizierten sog. 3-Stufen-Tests und damit weiterhin als rechtfertigungspflichtige „Maßnahmen gleicher Art“ im Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 234 AEUV anzusehen. Dies gilt nicht nur dann (aber dann in jedem Fall), wenn sie sich unmittelbar auf das Etikett bzw. die Verpackung der Produkte beziehen.

b) Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

Die hier zu beurteilenden Werbeverbote sind ferner als Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen ausländischen Werbeagenturen und ihren Kunden in Deutschland sowie zugunsten von grenzüberschreitend agierenden Medienanbietern¹⁰⁴ rechtfertigungspflichtig. Sowohl für die Werbeagenturen als auch für die grenzüberschreitend tätigen Medienanbieter hätte ein Verbot der Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt zur Folge, dass sie nicht mehr an inländische Lebensmittelhersteller herantreten können. Hiervon erfasst wären überdies Werbeagenturen und Medienanbieter aus Deutschland, die nicht mehr für ausländische Lebensmittelhersteller tätig werden dürften.¹⁰⁵ Anders als im Bereich der Warenverkehrsfreiheit hat es im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH keine Versuche der Schaffung einer einschränkenden Kategorie (wie dort die der „vertriebsbezogenen Maßnahmen“) gegeben. Vielmehr hat der EuGH bislang Versuche der Übertragung des (hier ja überdies gar nicht einschlägigen; vgl. soeben a) Keck-Ansatzes auf die Dienstleistungsfreiheit zurückgewiesen.¹⁰⁶

¹⁰² EuGH, C-255/97, Rn. 20 (Pfeiffer/Löwa).

¹⁰³ So auch noch EuGH, C-239/02, Rn. 52 f. (Douwe Egberts, betreffend ein Verbot bestimmter Werbeaussagen für Lebensmittel).

¹⁰⁴ Dazu illustrativ EuGH, C-555/19, Rn. 48 (Fussl).

¹⁰⁵ Klar und ohne jede tatbestandliche Einschränkung: EuGH, C-405/98 (Gourmet International), Rn. 35 f.

¹⁰⁶ Ausführlich *Erlenwein*, Die Keck-Formel des EuGH, 2014, S. 13 ff.; ebenso *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 88.

IV. Rechtfertigungspflichtige Eingriffe im Rahmen der Erziehungsverfassung des Grundgesetzes

Die Erziehungsordnung des Grundgesetzes wird durch den Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG, die auf die Schule bezogenen Grundrechte nach Art. 7 GG, vor allem aber durch das „elterliche Erziehungsrecht“ nach Art. 6 Abs. 2 GG konstituiert. Während ein evidenten Interesse der Gesellschaft und des Staates an einer guten Erziehung der Kinder besteht, das im historischen Verlauf allerdings wiederholt zu anmaßenden bis verdrängenden erzieherischen Aktivitäten des Staates geführt hat, wurzelt das Beziehungsverhältnis zwischen Eltern und ihren Kindern (ebenso wie etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht) in der Privatsphäre.

In Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG weist der Verfassungsgeber die „Erziehung der Kinder“ als „natürliches Recht“ den Eltern zu. Dem Staat kommt einerseits ein Ordnungsauftrag zu, dem er im Wesentlichen durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nachkommt. Andererseits ist ihm nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ein sog. Wächteramt übertragen. Hierbei handelt es sich um eine Legitimationsgrundlage für Eingriffe, die im Unterschied zu den Legitimationsanforderungen für Eingriffe in die anderen Grundrechte höhere Anforderungen an den Staat stellen.¹⁰⁷

1. Grundrechtsträger und relevante Maßstabnorm

Träger des elterlichen Erziehungsrechts sind sämtliche Personen, die unter den Elternbegriff dieser Vorschrift fallen. Innerhalb des sachlichen Schutzbereichs zielt der Bereich der „Pflege“ auf das körperliche Wohl, während alle anderen Einschätzungen und Verhaltensweisen auf die seelisch-geistige Entwicklung des Kindes bezogen sind und dem Bereich „Erziehung“ zugerechnet werden. Die durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Autonomie der Eltern bezieht sich auf sämtliche Maßnahmen der Erziehung in diesem Sinne und darüber hinaus auf die Einschätzung dessen, was dem Wohl des Kindes dient. In den Worten des BVerfG verfügen die Eltern „zuvörderst“ über die Definitionskompetenz im Sinne der (und sei es unbewussten) Verfolgung eines Leitbildes für Art und Weise der Betreuung, Begegnung und dem Erleben mit den Kindern.¹⁰⁸ In der Ausgestaltung der Erziehung durch die Eltern als Erziehung in Freiheit liegt die

¹⁰⁷ Vgl. zum Ganzen *Burgi*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, § 109 Rn. 1 ff., 23 ff., 36.

¹⁰⁸ BVerfGE 24, 119 (143); BVerfG, NJW 1999, S. 557 (558).

Basis für das Heranwachsen von Meinungsvielfalt und Wertepluralität und damit für die Ausübung aller anderen Grundrechte – eine Erkenntnis, die sich die meisten totalitären Regimes gleich zu Beginn ihrer Machtübernahme zu Nutze machen.¹⁰⁹

Maßnahmen und Einschätzungen der „Erziehung“ von Kindern sind auf die Vermittlung von „Entwurfskompetenz“ gerichtet. Dies bezieht sich auf die „Lebensbedingungen des Kindes, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind.“¹¹⁰ Erfasst ist sowohl die Formulierung von Erziehungszielen als auch der Einsatz von Erziehungsmitteln. Die Eltern üben daher nicht etwa ein vom Staat übertragenes „Amt“ aus noch sind sie dessen Gehilfen. Die einzige verfassungsrechtliche Vorgabe eines Erziehungsziels besteht darin, dass die Erziehung auf die Vermittlung von Entwurfskompetenz gerichtet ist, d.h. darauf, zu einem „eigenständigen und verantwortungsbereiten, beziehungs- und gemeinschaftsfähigen Menschen“ zu befähigen.¹¹¹ Die Ausübung des Erziehungsrechts hat selbstverständlich altersangepasst zu erfolgen. Wie § 1626 Abs. 2 BGB treffend zum Ausdruck bringt, sollen die Eltern auf die „wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewussten Handeln“ Rücksicht nehmen.

2. Entwurfskompetenz inkl. Medienkompetenz

Nach all dem kann kein Zweifel daran bestehen, dass auch die Auswahl und Zusammenstellung der Lebensmittel, die einem Kind zuhause, in der Freizeit oder sonst im Einflussbereich seiner Eltern angeboten werden, in die elterliche Erziehungskompetenz fällt.

Teil der Entwurfskompetenz ist auch die Kompetenz, mit (bei zunehmendem Alter) von außen herangetragenen Herausforderungen, Versuchungen und ggf. Zumutungen sachgerecht umgehen zu können. Somit ist die Medienkompetenz ein Teil der Entwurfskompetenz und auch die Kompetenz, Werbeangebote geistig zu verarbeiten, sich mit ihnen auseinander zu setzen und auf sie ggf. positiv oder negativ zu reagieren, gehört hier dazu.

¹⁰⁹ Näher geschildert bei *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbstständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, 122 f.

¹¹⁰ BVerfGE 57, 361 (383).

¹¹¹ *Jestaedt*, in: BK GG, Stand Dez. 2018, Art. 6 Abs. 2 u. 3 Rn. 105.

Indem der Staat von vornherein (auch) an Kinder adressierte Werbung für Lebensmittel verbietet, schließt er aus, dass die Eltern eine dahingehende Medienkompetenz vermitteln können. Stattdessen entscheidet der Staat vorab und gleichsam von oben herab darüber, dass dem Kind die Konfrontation mit bestimmten Formen von Werbung (und zwar für Produkte, die ihrerseits in keiner Weise verboten sind) vorenthalten werden soll. Er maßt sich damit diejenige Entscheidung an, die nach der Erziehungsordnung des Grundgesetzes grundsätzlich dem Primat der Eltern zugewiesen ist: Die Befugnis, Kinder auf ihrem Weg ins Erwachsenenalter auch beim Umgang mit sie konfrontierenden medialen Angeboten zu begleiten. Zugleich nimmt er in Kauf, dass die Kinder mit Vollendung des 14. Lebensjahres noch unvermittelter und vor allem unvorbereiteter mit Werbemaßnahmen konfrontiert sein werden. Die zu prüfenden Werbeverbote stellen daher auch einen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in die grundgesetzliche Erziehungsordnung dar.

D. Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot

I. Normative Verankerung und Anforderungen

Das Bestimmtheitsgebot bildet ein seit jeher anerkanntes Element des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips.¹¹² Es verlangt, dass das auf einem Gesetz beruhende nachfolgende Handeln der Verwaltung für die Staatsbürger voraussehbar und berechenbar ist. Die Betroffenen sollen Klarheit über das Ausmaß von Belastungen haben, die Verwaltung soll wissen, welche Handlungsmaßstäbe sie zu befolgen hat, auf deren Einhaltung sich sodann wiederum die gerichtliche Kontrolle beziehen kann.¹¹³ Am intensivsten ist das Bestimmtheitsgebot natürlich bei staatlichen Maßnahmen, die (wie hier) mit einer Vielzahl von Grundrechtseingriffen verbunden sind. Dort ist in besonderem Maße auf inhaltliche Präzision zu achten, wobei das BVerfG auf Regelungsmaterie und -zweck sowie Bedeutung der jeweiligen Grundrechte abstellt.¹¹⁴ Auch Differenzierungen innerhalb vorgegebener Regelungen müssen hinreichend festgelegt sein.¹¹⁵

Im europäischen Primärrecht wird in Art. 2 S. 1 des EUV ausdrücklich auf die „Rechtsstaatlichkeit“ als einer von mehreren „Werten“ der Europäischen Union verwiesen. Dazu gehört nach der Rechtsprechung des EuGH u.a. der Bestimmtheitsgrundsatz.¹¹⁶ Auch wenn die diesbezügliche Rechtsprechung bei weitem noch nicht so ausgefächert ist wie die zum Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes, wird man davon ausgehen können, dass im Hinblick auf Eingriffe in die Grundfreiheiten die gleichen Maßstäbe gelten.

Die durch das Vorliegen mehrerer Grundrechtseingriffe bzw. Eingriffe in die Grundfreiheiten bereits erhöhten Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen werden dadurch gesteigert, dass Verstöße gegen die Werbeverbote mit Bußgeldern belegt werden sollen. Hierdurch verschärft sich die Eingriffswirkung und es ist für die Betroffenen noch einmal wichtiger, vorab zu wissen, was eigentlich von ihnen verlangt wird. Durch Art. 103 Abs. 2 GG („keine Strafe ohne Gesetz“) werden die sich

¹¹² BVerfGE 62, 169 (183); BVerfGE 149, 293, Rn. 77.

¹¹³ BVerfGE 110, 33 (54 f.); BVerfGE 114, 1 (53 f.); BVerfGE 149, 293, Rn. 77.

¹¹⁴ Näher *Sachs*, in: *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 126.

¹¹⁵ BVerfGE 99, 280 (298).

¹¹⁶ EuGH, C-169/80, Rn. 17 (Gondrand Frères).

bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Anforderungen noch einmal erhöht.¹¹⁷

Dabei steht der Bestimmtheitsgrundsatz nicht von vornherein der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen entgegen. Diese werden vom BVerfG insbesondere dann akzeptiert, wenn die Verwaltungspraxis und die fachgerichtliche Kontrolle bei ihrer Konkretisierung auf eine langjährige Rechtsprechungslinie, wie etwa bei der polizeilichen Generalklausel zurückgreifen kann.¹¹⁸ Im vorliegenden Zusammenhang handelt es sich freilich um gänzlich neue, ohne jedes Vorbild in der bisherigen Rechtsordnung geschaffene Vorschriften, die noch dazu durch eine Kombination verschiedener unbestimmter Rechtsbegriffe mit jeweils ihrerseits unbestimmten Kausalbeziehungen gekennzeichnet sind.

Ausschlaggebend bei der nachfolgenden Beurteilung ist mithin die Frage, ob sich dieses Arsenal unbestimmter Rechtsbegriffe mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungsmethoden präzisieren lässt.¹¹⁹

II. Das Merkmal „Werbung, die ihrer Art nach besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“

Dieses Merkmal besteht aus drei unbestimmten Rechtsbegriffen („ihrer Art nach“, „besonders dazu geeignet“, „zu veranlassen oder darin zu bestärken“), zwischen denen überdies jeweils eine (ebenfalls nicht näher spezifizierte) Kausalbeziehung bestehen muss. Die Erfüllung des solchermaßen konstituierten Merkmals bildet die Voraussetzung für das Eingreifen der besonders weitreichenden Rechtsfolge des Totalverbots der Werbung über sämtliche in § 4 Abs. 1 S. 2 RefE genannte Werbemedien. Überdies bildet es die Voraussetzung für das in Abs. 3 S. 1 enthaltene Verbot des Sponsoring. Umgekehrt wären die betroffenen Unternehmer im Falle der Nichterfüllung des Merkmals zwar nicht von der Rechtsfolge des Totalverbots erfasst. Werbung betreiben könnten sie allerdings auch dann nur, wenn nicht eine der drei Rück-Ausnahmen nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 – 3 RefE eingreift. Eine dieser drei Rückausnahmen enthält ihrer-

¹¹⁷ BVerfGE 78, 374 (381 ff.); BVerfGE 155, 310, Rn. 71.

¹¹⁸ BVerfGE 54, 143 (144 f.).

¹¹⁹ So BVerfGE 117, 71 (111 f.); BVerfG, 134, 141, Rn. 127, auch BVerwG, NJW 2019, 2252, Rn. 16 ff.

seits einen unbestimmten Rechtsbegriff (Nr. 2: „wenn Werbung im direkten Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten erfolgt“) und muss daher gesondert untersucht werden (unten III).

Bei dem Versuch, sich diesem Merkmal mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden zu nähern, fällt der Blick zunächst auf die ausweislich der Entwurfsbegründung vom BMEL angestellten Überlegungen. So findet sich bereits im „Allgemeinen Teil“ (S. 9) der Begründung des RefE die Formulierung, dass eine Werbung „an Kinder gerichtet“ sei, wenn sie entweder nach Art, Inhalt oder Gestaltung an Kinder adressiert ist (z.B. durch Kinder als Darsteller, Kinder ansprechende Aufmachung oder die Verwendung speziell auf Kinder abzielender Sprache) oder wenn Kinder aufgrund des Werbekontextes der werblichen Beeinflussung ausgesetzt werden (z.B. Werbung im Umfeld von Kinder- und Familiensendungen oder Schulen sowie im Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten in sozialen Medien). Diese Ausführung stiftet aber mehr Verwirrung als dass sie Aufklärung böte, weil sie sich auf ein Merkmal bezieht („Werbung ist an Kinder gerichtet“), das gar nicht Eingang in das Gesetz gefunden hat. Vielmehr zeigt der Blick in den Ampel-Koalitionsvertrag (oben A I 5), dass dort das Merkmal „an Kinder gerichtete Werbung“ verwendet worden ist; die endgültige Gesetzesfassung hebt sich hiervon aber explizit und in differenzierter Weise ab. Sie hebt sich ebenfalls ab von bisherigen Regelungen über die werbungsbezogene Ausrichtung. Solche Regelungen finden sich im JMStV¹²⁰ und in der AVMD-RL.¹²¹

Da sich der nun vorgelegte Referentenentwurf explizit von den Rechtstexten unterscheidet, ist die Möglichkeit einer etwaigen verfassungs- bzw. europarechtskonformen

¹²⁰ Vgl. § 6 Abs. 4 JMStV, § 6 Abs. 5 JMStV und die die Aufsichtspraxis des zuständigen Entscheidungsorgans (der Kommission für Jugendmedienschutz) widerspiegelnden Kriterien der „Kommission für Jugendmedienschutz“ (dort Ziffer B.6.3), wonach verschiedene Merkmale aufgelistet werden, die dafürsprechen, dass sich Werbung an Kinder und Jugendliche richtet. Danach ist nicht schon eine Platzierung von Werbung im Umfeld von Kinderformaten ausreichend, um eine Ausrichtung der Werbung an Kinder annehmen zu können und ebenso wenig kommt es auf die Kinderaffinität des beworbenen Produktes an. Auch das OLG Hamm hat in einem Urteil vom 19.10.2006 (LMRR 2006, 70) nicht auf das mediale Umfeld oder den Zeitraum abgestellt, in dem die Werbung platziert worden ist, sondern auf die inhaltliche Ausgestaltung der Werbung.

¹²¹ In Art. 9 Abs. 4 der AVMD-RL (näher oben A II 2) wird (noch deutlich konkreter und einengender) darauf abgestellt, ob audiovisuelle kommerzielle Kommunikation „Kindersendungen begleitet oder darin enthalten ist“.

engeren Auslegung mit dem Ziel, das dortige Verständnis in die nun zu beurteilende Regelung gleichsam hineinzulesen, allerdings von vornherein versperrt.

Mit anderen Worten: Dem Referentenentwurf kann durch die vergleichende Heranziehung dieser anderen, bereits vorliegenden Regelungstexte nicht zu mehr Bestimmtheit verholfen werden und es ist auch nicht möglich, seine Regelungen inhaltlich entsprechend einzuschränken. Auf S. 12 des RefE wird mitgeteilt, dass es bereits genüge, wenn in der Werbung „Äußerungen, die dem typischen Wortschatz von Kindern entnommen sind“ enthalten wären (Welche Wörter sind das? Gibt es hier einen irgendwie gearteten Kanon? Ist nicht die Kinder- und Jugendsprache permanenten Veränderungen unterworfen und ist vieles hiervon bereits Bestandteil der Erwachsenensprache geworden etc.?). Auch sei bereits die „Darstellung oder Nennung von prominenten Persönlichkeiten aus gesellschaftlichen Bereichen (insbesondere Influencer, Künstler, Sportler), die bei Kindern beliebt sind“ ausreichend, um von einer „unzulässigen Werbung“ auszugehen; da beispielsweise jeder Fußballspieler sowohl bei Erwachsenen als auch bei Kindern gleichermaßen „beliebt“ ist (jedenfalls bei den Anhängern des jeweiligen Vereins), wären demnach sämtliche Werbebeiträge allein schon wegen des Auftretens von Sportlern dieser Kategorie vom Verbot erfasst. Überdies betont der RefE, dass die Formulierung bewusst „entwicklungsoffen“ sei, wodurch allerdings die bestehende Unsicherheit vertieft und perpetuiert wird. Der Blick in die Entwurfsbegründung vermag den Makel der Unbestimmtheit also nicht zu beseitigen und in materiell-rechtlicher Hinsicht (vgl. unten E – H) müssen die nun eben weiterreichenden beeinträchtigenden Regelungen auch ihrem weitergehenden Inhalt entsprechend gerechtfertigt werden.

Die mithin gegenüber allen bisherigen Rechtstexten deutlich weitergehende Formulierung „ihrer Art nach besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“ lässt jedenfalls nicht erkennen, ob sich die nun aufgestellten Verbote jenseits der Fälle einer bestimmten inhaltlichen Ausgestaltung der Werbung auch auf die folgenden Fälle beziehen:

- Wenn die beworbenen Produkte teilweise auch von Kindern konsumiert werden?
- Wenn Familienszenen unter Einschluss mitwirkender Kinder in einem eigentlich an Erwachsene gerichteten Werbeformat enthalten sind?
- Wenn ein Werbeformat einfach nur bunt und fröhlich ausgestaltet ist?

- Wenn ein Werbeformat im Umfeld von Kinderformaten platziert ist, egal wie es selbst aufgemacht ist?
- Darf man in einer Zeitungsanzeige noch verkünden, dass bestimmte Lebensmittel gut schmecken würden, oder wäre das im Hinblick auf die ihren Eltern nachstrebenden, dies lesende Kinder nach § 4 Abs. 1 S. 2 RefE schon verboten? Und falls nicht, dann nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 RefE (dazu sogleich)?

Mit dem gesetzlichen Merkmal „Werbung, die ihrer Art nach (nicht) besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“ werden somit die aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot folgenden Anforderungen an eine für den Staatsbürger voraussehbare und berechenbare Regelung, an die er sein Verhalten ausrichten muss (um nicht mit Bußgeldern belegt zu werden) und die gleichermaßen der Verwaltung klare Handlungsmaßstäbe vorgeben und eine Gerichtskontrolle ermöglichen muss, verfehlt.

III. Das Merkmal „Werbung im direkten Zusammenhang zu auch Kinder ansprechenden Inhalten“

Dieses Merkmal bildet nach dem Regelungskonzept des Referentenentwurfs die Voraussetzung für das Eingreifen des adressatenunabhängigen Teilwerbeverbots nach § 4 Abs. 2 S. 2 für werbende Aktivitäten, die ihrer Art nach gar nicht besonders dazu geeignet sind, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken, und zwar ohne dass es auf bestimmte Zeitkorridore (wie in Nr. 1 des § 4 Abs. 2 S. 2) oder auf bestimmte Orte (wie nach Abs. 2 S. 2 Nr. 3) ankäme. Vielmehr bezieht sich das Merkmal des § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 RefE auf alle Medien (außer Außenwerbung). Es ist also weder räumlich noch zeitlich noch nach Inhalt, Art oder Gestaltung spezifiziert.

Die sich bereits daraus ergebende Unbestimmtheit wird dadurch verschärft, dass dieses Merkmal als Rückausnahme, bezogen auf das seinerseits (siehe II) für unbestimmt zu erachtende Merkmal „Werbung, die ihrer Art nach nicht besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“, fungiert. In der Entwurfsbegründung heißt es explizit, dass Kinder demnach „nicht ausschließliche Adressaten des jeweiligen Inhalts“ sein müssten. Vielmehr würden auch „Inhalte, die sich an eine breite Zielgruppe jeden Alters richten“, erfasst sein. Entscheidend (sei) der „Kontext zu auch Kinder ansprechenden Inhalten“ (S. 13). Wie dieser Kontext beschaffen sein muss, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte werbende Aktivität in diesen Kontext fällt etc. ist nicht für die Normunterworfenen und auch nicht für die später

deren Verhalten überwachende und ggf. sanktionierende Verwaltung und schließlich auch nicht für eine etwaige gerichtliche Kontrolle erkennbar.

IV. Zwischenergebnis

Die Verbotsnorm des § 4 RefE verstößt im Hinblick auf zwei zentrale Merkmale gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, zumal gegen die in Art. 103 Abs. 2 GG („keine Strafe ohne Gesetz“) verschärfte Anforderungen. Die Normunterworfenen können die an sie gestellten Anforderungen nicht aus eigener Kraft feststellen, wodurch die zuständigen Verwaltungsbehörden unweigerlich zu einer Art Meinungs-Polizei werden. Welche Art von Werbung von welcher der beiden Verbots-Rechtsfolgen erfasst wird (oder nicht) ist in weitem Umfang nicht vorhersehbar.

E. Anforderungen an den rechtfertigenden Gemeinwohlbelang je Rechtfertigungsgrundlage

Der Referentenentwurf des BMEL führt als von ihm verfolgten Gemeinwohlbelang und Zweck des Gesetzes (vgl. § 1 RefE) die Reduzierung des Anteils übergewichtiger und adipöser Kinder und dadurch ausgelöster Erkrankungen physischer wie psychischer Natur an (S. 1). Es geht ihm also um den Schutz der Gesundheit der Kinder, auch im Hinblick auf deren späteres Erwachsensein. Dabei wird keinerlei Zuordnung zu den einzelnen verfassungs- und europarechtlichen Schutzpositionen vorgenommen.

Schon der vergleichende Blick auf die Art. 5 Abs. 2 GG (Kommunikationsfreiheiten) und 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) zeigt indes, dass je nach Schutzposition die Rechtfertigungsgrundlagen teilweise unterschiedlich ausgestaltet sind. So genügt es zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit, per Gesetz bestimmte öffentliche Belange zu verfolgen, während für Eingriffe in die Kommunikationsfreiheiten ein näher qualifiziertes Gesetz vorliegen muss (entweder ein „allgemeines Gesetz“ oder ein Gesetz zum Schutze der Jugend etc.). In dem Zusammenhang ist auch zu klären, welches Gewicht der jeweils verfolgte Gemeinwohlbelang haben muss, um für die Rechtfertigung der Eingriffe herangezogen werden zu können. Schließlich bildet die richtige Bestimmung von Inhalt und Gewicht der Gemeinwohlbelange den Bezugspunkt für die in den nachfolgenden Abschnitten (F – H) unternommene Prüfung der Teilelemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit).

I. Anforderungen an die Eingriffe in die Wirtschafts- und Erziehungsfreiheiten nach Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, 34 u. 56 AEUV und 6 Abs. 2 GG

Zur Rechtfertigung der Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmen nach Art. 12 Abs. 1 GG genügt ebenso wie im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit der Verbraucher nach Art. 2 Abs. 1 GG das Vorliegen eines legitimen öffentlichen Zwecks. Ein solcher legitimer öffentlicher Zweck ist fraglos der Schutz der Gesundheit.¹²² Im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV findet sich der Schutz der Gesundheit bereits als sog. geschriebener Rechtfertigungsgrund in Art. 36 AEUV und im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit lässt Art. 52 AEUV i.V.m

¹²² BVerfG, NJW 1997, S. 2871 (2872).

Art. 62 AEUV u.a. Beschränkungen zu, die aus Gründen der „Gesundheit“ gerechtfertigt sind, so dass auch aus der europarechtlichen Perspektive ein legitimer Grund des Allgemeininteresses vorliegt. Zudem werden die Mitgliedstaaten zu einer „sorgfältigen“ Abwägung mit dem „Grundrecht der Meinungsfreiheit“ verpflichtet (vgl. Erwägungsgrund 60 AVMD-RL).

Im Hinblick auf das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG kommt nicht das sog. staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG als Rechtfertigungsgrundlage in Betracht. Denn ihm geht es um die „Vernachlässigung“ von Kindern (beispielsweise, wenn diese häuslicher Gewalt ausgesetzt sind);¹²³ davon kann im vorliegenden Zusammenhang keine Rede sein. Als weitere Rechtfertigungsgrundlage sind insoweit andere Verfassungsnormen als sog. kollidierendes Verfassungsrecht anerkannt.¹²⁴ Dabei wiederum können Schutzpflichten für Grundrechte der Kinder (hier: für den Schutz von deren Gesundheit) grundsätzlich in Betracht kommen.¹²⁵ Dies hat allerdings Konsequenzen für die nachfolgende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Denn wenn man entgegen dem Text einer Grundrechtsnorm (hier: des Art. 6 Abs. 2 GG, der eigentlich nur die Rechtfertigungsgrundlage des Wächteramtes kennt) die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen mit Hilfe der Rechtsfigur des „kollidierenden Verfassungsrechts“ ermöglicht, hat dies stets eine Pflicht zur möglichst grundrechtsschonenden Rechtfertigungsprüfung zur Folge. Namentlich beim elterlichen Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG bedeutet dies, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der einer Erziehung durch die Eltern eingeräumte „Vorrang“¹²⁶ beachtet werden muss. Ferner ist der hinter der „Grundsatzentscheidung“ der grundsätzlichen Zuweisung des Erziehungsrechts an die Eltern stehenden Wertung Rechnung zu tragen. Diese sog. wertentscheidende Grundsatznorm wird ebenfalls der Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG entnommen und verstärkt den abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechtsbestimmung. Inhaltlicher Maßstab sind neben der bereits genannten Vorrangstellung die Kindesnützigkeit bestimmter Maßnahmen, aber auch die Pflicht der Eltern,

¹²³ Vgl. BVerfGE 103, 89 (107).

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 135, 48 Rn. 95; näher *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 17. Aufl. 2022 (nach der GR-Charta), Art. 6 Rn. 59.

¹²⁵ Näher *Burgi*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte IV, § 109 Rn. 37 ff. m.w.N.

¹²⁶ BVerfG (Kammer), NJW 1994, S. 1208.

ihrerseits für ein verantwortungsvolles Heranwachsen (beispielsweise bei der Vermittlung von Medienkompetenzen) Sorge zu tragen und dies nicht einfach dem Staat zu überlassen.

II. Anforderungen an die Eingriffe in die Kommunikationsfreiheiten nach Art. 5 Abs. 2 GG

Die Meinungs-, die Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit, aber auch die Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Sätze 1 u. 2 GG finden ihre Schranken ausschließlich „in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze“ bzw. in den „gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend“. Dies bedeutet, dass die Werbeverbotsregelung in § 4 des RefE den hiermit formulierten Anforderungen an die Rechtfertigungsgrundlage gerade für Eingriffe in die Kommunikationsfreiheiten entsprechen muss.

1. Spezifische Rechtfertigungsgrundlagen

a) Gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend?

Durch Art. 5 Abs. 2 GG ist der Jugendschutz als ein Rechtsgut mit Verfassungsrang konstituiert worden.¹²⁷ Die Jugend soll hiernach geschützt werden vor „Gefahren von Druck-, Ton- und Bilderzeugnissen, die Gewalttätigkeiten oder Verbrechen glorifizieren, Rassenhass provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen und deswegen zu erheblichen schwer oder gar nicht korrigierbaren Fehlentwicklungen führen können“ (so das BVerfG in einem Beschluss aus dem Jahr 1971 zur Indexierung jugendgefährdender Schriften).¹²⁸ Außer der Erregung von Rassenhass ist auch die Erregung von Hass auf wie auch immer abgegrenzte andere Teile der Bevölkerung des eigenen oder fremder Staaten hiervon erfasst, namentlich auch der Fremdenhass. Es bedarf keiner Vertiefung, dass dieses Rechtsgut im vorliegenden Zusammenhang nicht gefährdet ist.

b) Allgemeine Gesetze

Die „allgemeinen Gesetze“ bilden eine weitere, ebenfalls (etwa im Vergleich mit Art. 12 Abs. 1 GG) spezifizierte potenzielle Rechtfertigungsgrundlage. Im Zuge einer Jahrzehnte währenden Entwicklung der Rechtsprechung praktiziert das BVerfG heute eine

¹²⁷ BVerfGE 87, 209 (230).

¹²⁸ BVerfGE 30, 336 (347); aus der Kommentarliteratur *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2023, Art. 5 Rn. 298 m.w.N.

Kombinationslösung. Danach sind diejenigen Rechtssätze als „allgemeine Gesetze“ anzusehen, „die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr, dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutz eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat“.¹²⁹ Richtet sich also ein Gesetz (wie hier) zwar auf die Verbreitung bestimmter Meinungen (hier: Die Meinung, dass beispielsweise die betreffenden mit Kommunikationsverboten belegten Lebensmittel nicht per se unnützlich und schädlich seien, sondern es auf das richtige Maß ankomme), hängt das Eingreifen der Rechtfertigungsgrundlage der „allgemeinen Gesetze“ davon ab, ob der Gesetzgeber hierfür zum Schutze eines „schlechthin zu schützenden Rechtsguts“, also zum Schutz „eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat“ tätig wird.¹³⁰ Werbeverbote, die dem Schutz der Gesundheit von Kindern dienen, können demzufolge als allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG eingestuft werden. Daraus ergeben sich allerdings weitere Konsequenzen:

2. Vorgaben für die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Gleichsam parallel zur Weiterentwicklung der sog. Kombinationslehre und damit der grundsätzlichen Öffnung der Rechtfertigungsprüfung für Gesetze, die eigentlich Sondergesetze sind, aber eben dem Schutze eines höherrangigen Rechtsguts verpflichtet sind, verlangt das BVerfG, dass die nachfolgende Abwägung „der herausragenden Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte Rechnung tragen“ muss.¹³¹ Demnach muss das beschränkende Gesetz aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG selbst einschränkend gesehen werden (sog. Wechselwirkungslehre).¹³² Es ist im Lichte des Grundrechts auszulegen, wobei der besondere Wertgehalt der Kommunikationsfreiheiten „in jedem Fall gewahrt“ bleiben muss.¹³³ Ob und inwieweit die Kommunikationsgrundrechte den Vorrang vor dem durch das jeweilige

¹²⁹ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 (209; Lüth); BVerfG 85, 248 (263); BVerfGE 102, 347 (360; Benetton-Werbung I); BVerfG, NJW 2017, 611 Rn. 517.

¹³⁰ Ausführlicher *Paulus*, a.a.O., Rn. 284 ff.

¹³¹ BVerfGE 7, 198 (208 f.).

¹³² BVerfGE 7, 198 (208 f.); BVerfGE 62, 230 (244); BVerfGE 101, 361 (391; Caroline von Monaco II).

¹³³ BVerfGE 120, 180 (199 f.; Caroline von Monaco III).

allgemeine Gesetz geschützten Rechtsgut erhalten, ist nur im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung anhand der speziellen Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.¹³⁴ Innerhalb der Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips kommt dieser Wechselwirkung im Bereich der Kommunikationsgrundrechte eine besondere Bedeutung zu. In der Konsequenz ist bei Art. 5 Abs. 2 GG daher ein „besonders strenges“ Verhältnismäßigkeitserfordernis aus dem Grundrecht selbst begründet.¹³⁵ Beschränkungen einer der Kommunikationsfreiheiten, die lediglich präventiven Zwecken dienen (hier: der Abwehr von vermuteten Gefahren für die Gesundheit der Kinder), dürfen nicht lediglich auf „bloße Vermutungen hinsichtlich der Gefahrenprognose“ gestützt werden. Vielmehr ist von Verfassungsrechts wegen zu verlangen, dass einer Gefahrenprognose „nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte zugrunde liegen.“¹³⁶ Dies gilt m.A. erst recht, wenn die Gefahr, die der Gesetzgeber abwehren möchte, gar nicht von den Kommunikationsinhalten selbst ausgeht, sondern sich erst in der Folgezeit, bei (unsicherem) Eintreten gleich zweier Kausalzusammenhänge aus dem Konsum der beworbenen Lebensmittel ergeben soll.

III. Zwischenergebnis

Der Schutz der Gesundheit von Kindern ist selbstverständlich ein legitimerweise durch den Gesetzgeber verfolgter Gemeinwohlbelang. Sowohl im Hinblick auf das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG als auch (und vor allem) im Hinblick auf die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG ergeben sich aber aus dem Grundgesetz spezifische Anforderungen für den Umgang mit der jeweiligen Rechtfertigungsgrundlage (kollidierendes Verfassungsrecht bzw. Allgemeinheit des Gesetzes nach Art. 5 Abs. 2 GG). Diese führen im Ergebnis zu strengeren Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere zu erhöhten Anforderungen an die behaupteten tatsächlichen Anhaltspunkte, die nach Auffassung des Gesetzgebers seine Gefahrenprognose stützen sollen.

¹³⁴ BVerfGE 77, 65 (75).

¹³⁵ Explizit *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 5 Rn. 290.

¹³⁶ BVerfG (Kammer) 8, 195 (198); BVerfG, U.v. 8.12.2010, 1 BvR 1106/08, ZUM-RD 2011, 205 (206), Rn. 21.

F. Geeignetheit?

I. Allgemeine Anforderungen je Schutzposition

1. Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit und die Verbraucherefreiheit nach Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

a) Maßstab

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG erfordert das innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den beiden Wirtschaftsgrundrechten zu beachtende Kriterium der Geeignetheit, dass der gewünschte Erfolg (d.h. die Verfolgung des zugrunde gelegten Zwecks) durch die jeweilige Eingriffsmaßnahme „gefördert werden kann“.¹³⁷ Damit gelangt bereits zum Ausdruck, dass es nicht um das tatsächliche Eintreten eines bestimmten Erfolges geht.

b) Reichweite der Pflicht zur Sachaufklärung (empirische Evidenz)

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird seit langem (und verstärkt in Auswertung und Zukunftsanalyse der juristischen Bewältigung von COVID-19) dafür plädiert, empirischer Evidenz einen größeren Raum bei der Beurteilung von Verwaltungsmaßnahmen, aber auch von Gesetzen einzuräumen.¹³⁸ Das BVerfG hat im Hinblick auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung diesem seit jeher einen Einschätzungs- und Prognosespielraum zugestanden.¹³⁹ Es trägt damit der Erkenntnis Rechnung, dass im demokratisch gewaltenteilten System des Grundgesetzes wirtschaftspolitische Entscheidungen grundsätzlich der gesetzgebenden Gewalt zugeordnet sind und daher auch nur diese die Möglichkeit besitzen soll, etwaige Prognosefehler später zu korrigieren. Regelmäßig beschränkt sich daher das Gericht auf Plausibilitätserwägungen.¹⁴⁰

Nun ist im vorliegenden Zusammenhang zu bedenken, dass es nicht um die Verfolgung sozial- oder wirtschaftspolitischer Ziele, sondern um (wenngleich sehr breit und tief einschneidende) konkret umrissene Maßnahmen zur Abwendung angeblicher Ge-

¹³⁷ BVerfGE 25, 1 (17); BVerfGE 145, 20 (78); BVerfG, NJW 2018, 2111, Rn. 37 ff.

¹³⁸ Vgl. statt vieler *Kruse/Maturana*, NVwZ 2021, 1669 (1673); *Kruse/Langner*, NJW 2021, 3707.

¹³⁹ Seit BVerfGE 25, 1 (17 ff.); BVerfGE 51, 193 (208); BVerfG, NJW 1988, 1195 (1196). Analytisch *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 117.

¹⁴⁰ Paradigmatisch BVerfGE 145, 20 (78 ff.).

fahren geht. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG beispielsweise die Geeignetheit eines generellen Verbots der Zusammenführung von zahnärztlicher und gewerblicher Tätigkeit (mit der Konsequenz der gemeinsamen Werbung hierfür) für nicht geeignet erachtet hat, weil „nicht ersichtlich“ sei, warum die im vorliegenden Fall praktizierte klare Trennung der beiden Bereiche den Gemeinwohlbelang (das Vertrauen der Patienten) beeinträchtigen könnte.¹⁴¹

Seit jeher versteht das Gericht unter einer Plausibilitätskontrolle immerhin, dass es darauf ankomme, ob die Erwägungen des Gesetzgebers „so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.“¹⁴² In den vergangenen Jahren (prominent in den Entscheidungen zu Suizidhilfe und zur Masernimpfung) hat es seinen Umgang mit dem Topos des „Einschätzungs- und Prognosespielraums“ dann zu modifizieren begonnen, wenn bereits eine wissenschaftliche Erkenntnislage vorliegt. Darauf ist unten (G I 1) zurückzukommen.

2. Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV

a) Maßstab

Auch zur Rechtfertigung der Eingriffe in die Waren- bzw. Dienstleistungsfreiheit des AEUV kommt es darauf an, ob die eingreifende Maßnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsaspekten den Geschehensablauf in die vom Mitgliedstaat beabsichtigte Richtung lenken könne. Konkret bejaht der EuGH die Geeignetheit dann, wenn die Maßnahme „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“. Wenn von vornherein klar ist, dass eine Maßnahme schon gar nicht zum Ziel beitragen kann, sei sie ungeeignet.¹⁴³ „Tatsächlich“ bedeutet aber keine Beweisführung dahingehend, dass eine Maßnahme in quantifizierbarer Form einen bestimmten Effekt erreicht. Vielmehr soll es genügen, dass begründbar ist, wie sie der Zielerreichung dient.¹⁴⁴

¹⁴¹ BVerfG, NJW 2011, 2636 ff.

¹⁴² BVerfG, NJW 1988, 1195 (1196).

¹⁴³ EuGH, C-137/09, Rn. 70 (Josemans); EuGH, C-235/17, Rn. 61 (Kommission/Ungarn).

¹⁴⁴ Vgl. Cole, AfP 2021, 1 (5).

b) *Reichweite der Pflicht zur Sachaufklärung (empirische Evidenz)*

Konkret im Hinblick auf Maßnahmen, die auf den Gemeinwohlbelang des Schutzes der Gesundheit gestützt werden, verlangt das Gericht die Prüfung, ob „die von dem betreffenden Mitgliedstaat vorgelegten Beweise bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben“, dass die gewählten Mittel zur Verfolgung der Ziele geeignet sind und „ob es möglich ist, diese Ziele durch Maßnahmen zu erreichen,“ die das jeweilige Grundfreiheitsrecht weniger einschränken.¹⁴⁵ Diese Formulierung ist bereits konkreter als die bislang vom BVerfG verwendeten Formulierungen. Konkret im Lebensmittelrecht hat der EuGH es den Mitgliedstaaten zwar erlaubt „nationale Ernährungsgewohnheiten“ zu berücksichtigen. Sodann verlangt er aber, dass die geltend gemachte Gefahr „auf der Grundlage der letzten wissenschaftlichen Informationen, die bei Erlass dieser Maßnahme zur Verfügung stehen, hinreichend nachgewiesen ist.“ Ferner müsse das behauptete Risiko „auf der Grundlage der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung“ bewertet werden.¹⁴⁶ Weitere Entscheidungen betreffen die Pflicht, europäische bzw. internationale Standards bei der Risikoeinschätzung zu berücksichtigen¹⁴⁷

3. Im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheiten und auf das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG

a) *Maßstab*

Im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheiten wurde bereits am Ende des vorherigen Abschnitts (E II 2) festgestellt, dass sich aus der zu Art. 5 Abs. 2 GG entwickelten sog. Wechselwirkungslehre das Erfordernis einer strengeren Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt. Beschränkungen, die der Abwehr von vermuteten Gefahren dienen, dürfen demnach nicht lediglich „auf bloße Vermutungen hinsichtlich der Gefahrenprognose“ gestützt werden. Ferner wurde im Hinblick auf die (sowieso nur im Hinblick auf sog. kollidierendes Verfassungsrecht, d.h. höchst ausnahmsweise mögliche) Beschränkung des elterlichen Erziehungsrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG ermittelt, dass im Rah-

¹⁴⁵ EuGH, C-333/14, Rn. 59 (Scotch Whisky).

¹⁴⁶ EuGH, C-672/15, Rn. 48 f. (Noria Distribution).

¹⁴⁷ Sie sind nachgewiesen in Fn. 610 bei *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 34 – 36 Rn. 202.

men der Verhältnismäßigkeitsprüfung der einer Erziehung durch die Eltern eingeräumte Vorrang berücksichtigt werden muss. Dies dürfe im Ergebnis auf eine vergleichbar verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung hinauslaufen wie bei Art. 5 Abs. 2 GG.

b) Reichweite der Pflicht zur Sachaufklärung (empirische Evidenz)

Konkret im Zusammenhang des Art. 5 Abs. 2 GG verlangt das BVerfG, dass einer Gefahrenprognose „nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte zugrunde liegen“ müssen.¹⁴⁸ Dabei beziehen sich diese Entscheidungen auf gefahrenprognostische Einschätzungen von Verwaltungsbehörden. Es ist aber kein Grund ersichtlich, den Gesetzgeber insofern großzügiger zu behandeln, zumal durch seine ja wesentlich flächendeckender und tiefgreifender wirkende Maßnahmen das so wichtige Grundrecht der Meinungsfreiheit in viel größerem Maße und dauerhaft Schaden zu nehmen droht als bei punktuellen Aktivitäten der Verwaltungsbehörden. Es erscheint daher nahliegend, die in der neueren Rechtsprechung des BVerfG zu Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Suizidhilfe) bzw. das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Masernimpfung) und teilweise auch in Entscheidungen zur Bewältigung der COVID-19-Pandemie entwickelten Grundsätze für den Umgang mit fachwissenschaftlichen Erkenntnissen hierher zu übertragen. Darauf ist bei II 2 zurückzukommen.

II. Beurteilung der Werbeverbote aus § 4 RefE

1. Maßstabsebene

a) Totalwerbeverbot

Die Beurteilung der Plausibilität des vom BMEL vorgeschlagenen Verbotssystems fällt bereits deshalb schwer, weil lediglich zwei Sätze in der Einleitung der Begründung des Entwurfs sich überhaupt zur Frage der Geeignetheit verhalten. Der eine Satz lautet: „Die an Kinder gerichtete Lebensmittelwerbung ist Teil dieser prägenden Ernährungs-umgebung“ (die das Ernährungsverhalten von Kindern beeinflusst); der zweite Satz lautet: „Werbung hat einen maßgeblichen und nachhaltigen Einfluss gerade auf Kinder

¹⁴⁸ BVerfG (Kammer) 8, 195 (198); BVerfG, U.v. 8.12.2010, 1 BvR 1106/08, ZUM-RD 2011, 205 (206).

im Alter unter 14 Jahren“ (S. 1 RefE). Angesichts der bisherigen BVerfG-Rechtsprechung zum Umgang mit dem Maßstab der Geeignetheit bei den Grundrechten nach Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG mag man zunächst zu dem Ergebnis kommen, dass zumindest das Totalverbot für an Kinder adressierte Werbung nach § 4 Abs. 1 u. 3 RefE noch im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers liegt, d.h. als plausibel und nicht offensichtlich fehlsam anzusehen ist; offenbar ist der Gesetzgeber der Auffassung, dass es genüge, dass ein Einfluss der Werbung auf das Konsumverhalten der Kinder nicht ausgeschlossen werden könne.

Dabei negiert er vollständig, dass es im vorliegenden Zusammenhang um sog. anerkannte Produktkategorien geht, die nicht deswegen nachgefragt werden, weil hierfür geworben wird, sondern weil Bedarf, Interesse oder auch Lust am Konsum besteht; so würde etwa niemand ernsthaft behaupten wollen, dass jemand, der weder eine Krawatte braucht noch gerne Krawatten trägt, eine Krawatte kauft, nur weil ihm hierfür verlockende Werbeangebote gemacht werden. Vielmehr haben die Ausführungen im Abschnitt B II 2 gezeigt, dass bei diesen anerkannten Produktkategorien durch Werbung nicht das Ob der Konsumententscheidung, sondern die Verteilung zwischen den verschiedenen Anbietern determiniert wird. Sollte es bereits ausreichen, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Werbung und erhöhtem Konsum nicht ausgeschlossen werden kann, wäre dem entgegenzuhalten, dass gerade für Kinder auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Totalwerbeverbot die ja weiterhin legalerweise hergestellten und vertriebenen Produkte (beispielsweise Süßigkeiten, Erfrischungsgetränke oder bestimmte Joghurtprodukte) erst recht interessant machen könnte (wodurch der Konsum möglicherweise sogar ansteige). Hierbei handelte es sich in gleicher Weise um eine reine Vermutung (deren Gegenteil aber auch nicht ausgeschlossen werden kann). Mit einem solch niedrigen Begründungsstandard kann man sich in einer aggregierten Wissensgesellschaft und angesichts eines zu Recht freiheitssensitiven Verfassungssystems m.E. nicht begnügen.

Wie bei B näher dargelegt (IV 2), genügt aber nicht nur die Geltendmachung eines zumindest plausiblen Zusammenhangs zwischen Werbeverboten und Konsum. Vielmehr muss auch ein Zusammenhang zwischen Werbeverboten und Übergewicht/Adipositas zumindest vorstellbar dargelegt sein. Der Verzehr der hier infrage stehenden Lebensmittel ist (anders als der Konsum von Tabak) also erst ab einer bestimmten Menge bzw. einer insgesamt positiven Energiebilanz ein relevanter Ursachenfaktor für

Übergewicht und Adipositas und daneben gibt es zahlreiche weitere Ursachenfaktoren (Bewegungsmangel etc.), was die Annahme eines belastbaren Zusammenhangs zwischen Werbeverboten und einem Rückgang von Übergewicht und/oder Adipositas jedenfalls nicht plausibler werden lässt.

Wie im vorherigen Abschnitt gezeigt (I), ist der Maßstab des BVerfG bzw. des EuGH für die Prüfung der Geeignetheit von eingreifenden Maßnahmen in die Grundrechte der Art. 5 Abs. 1 u. 6 Abs. 2 GG bzw. in die Grundfreiheiten des AEUV verschärft, d.h. notwendig ist mehr als bloße Plausibilität. Man könnte sagen, dass die Latte bei der Prüfung der Geeignetheit von gesetzgeberischen Verbotssystemen im Hinblick auf diese Schutzposition höher liegt. Spätestens diese Latte würde das Totalverbot nach § 4 Abs. 1 u. 3 RefE „reißen“, weil nach dem Vorstehenden weder die bei Art. 5 Abs. 2 GG geforderten „nachvollziehbaren tatsächlichen Anhaltspunkte“ zugrunde liegen noch die bei Art. 36 bzw. 51 AEUV erforderliche Anforderung an ein nachvollziehbares (kohärentes) Schutzkonzept. Das in § 4 Abs. 1 u. 3 RefE vorgesehene Totalwerbeverbot bei Adressierung von Werbemaßnahmen an Kinder erweist sich anhand dieser Maßstäbe als ungeeignet.

b) Adressatenunabhängiges Teilwerbeverbot

Dies gilt erst recht für das in § 4 Abs. 2 RefE vorgesehene adressatenunabhängige Teilwerbeverbot. Dieses Teilwerbeverbot betrifft insbesondere die Werbung in an Erwachsene gerichteten Sendungen und Formaten bzw. an öffentlichen Orten, die zu überwiegenden Teilen (da die Gruppe der Erwachsenen signifikant größer ist als die der Kinder) von Erwachsenen frequentiert werden. Es liegt auf der Hand, dass Werbung, die gar nicht an Kinder gerichtet ist, sondern die diese lediglich bei Gelegenheit beispielsweise des gemeinsamen Fernsehens mit ihren Eltern bloß zur Kenntnis nehmen, einen nochmals deutlich geringeren Effekt für ihr Ernährungsverhalten auslöst. Wenn man sodann weiß, dass 98 % der Primetime-Zuschauer über 14 Jahre alt sind und namentlich Fußball-Länderspiele vergleichsweise selten stattfinden und dann überwiegend von Kindern gemeinsam mit Erwachsenen angeschaut werden (vgl. zu all dem oben A I 4), dann ist selbst am vergleichsweise schwächeren Maßstab der Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG, nämlich dem Maßstab der bloßen Plausibilität, nicht mehr von der Eignung des vorgeschlagenen Werbeverbots (nach § 4 Abs. 2 RefG) auszugehen. Erst recht gilt dies anhand des strengeren Maßstabs der Art. 5 Abs. 2, 6 Abs. 2 GG und der Grundfreiheiten des AEUV. Dass die Werbung, mit der die Kinder

in diesem höchst zufälligen, zeitlich überaus reduzierten und überdies zumeist bloß reflexiven Zusammenhang konfrontiert sind, bei ihnen einen dauerhaften Mehrkonsum auslöst (und nicht lediglich einen auf die Halbzeitpause beschränkten, um bei diesem Beispiel zu bleiben) ist nicht plausibel und erst recht nicht anhand tatsächlicher Anhaltspunkte nachvollziehbar bzw. kohärent. Noch weniger plausibel bzw. anhand tatsächlicher Anhaltspunkte nachvollziehbar ist, dass hierin ein irgendwie (d.h. mit erheblichem Gewicht gegenüber anderen Ursachenfaktoren) relevanter Effekt auf Übergewicht und Adipositas bestehen soll. Das adressatenunabhängige Teilwerbeverbot nach § 4 Abs. 2 RefE erweist sich damit ebenfalls (und erst recht) als ungeeignet.

2. Hilfsweise: Beurteilung des Umgangs mit empirischer Evidenz

„Empirische Evidenz“ ist laut Wikipediaeintrag eine Bezeichnung für das Erkenntnismaterial, das wissenschaftlich gefordert wird, um Behauptungen, Hypothesen, Thesen oder gar Vorurteile von gesichertem Wissen unterscheiden zu können. Daran anknüpfend formuliert das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz auf seiner Webseite,¹⁴⁹ dass „eine moderne Wirtschaftspolitik, ... nicht auf „Bauchgefühlen und Glaubenssätzen“ (basiere), sondern „sich auf Fakten, Daten und empirische Erkenntnisse“ stütze. Nur dies liefere die „Informationsbasis für eine Abwägung zwischen alternativen Lösungsansätzen.“ Es brauche „für jede wirtschaftspolitische Entscheidung sowohl eine zeitgemäße Orientierung an ordnungspolitischen Grundsätzen als auch eine Fundierung anhand der empirischen Evidenz.“

Das Bundesverfassungsgericht weist bereits seit einer Reihe von Jahren darauf hin, dass konkret bei der Einschätzung von Gefahrenlagen (um die es hier geht) der Spielraum des Gesetzgebers seinem Umfang nach nicht abstrakt-generell bestimmt werden könne. Vielmehr hänge er von der „Eigenart des in Rede stehenden Sachverhalts, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter“ ab.¹⁵⁰

Die Beschränkung des verfassungsrechtlichen Maßstabs auf bloße Plausibilität bzw. Nachvollziehbarkeit ist daher dann nicht ausreichend, wenn empirische Erkenntnisse vorhanden sind. Dies mündet in die Feststellung, dass sich die verfassungsgerichtliche

¹⁴⁹ <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/wirtschaftspolitische-forschung-und-analyse.html>

¹⁵⁰ So aus neuerer Zeit BVerfGE 109, 279 (336); BVerfGE 153, 182, Rn. 237 f. (Suizidhilfe); BVerfGE 159, 223, Rn. 171 (Bundesnotbremse I).

Kontrolle „von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle“ erstrecke.¹⁵¹ Wenn es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe geht, dürfen „Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht ohne weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen.“ Gibt es wissenschaftliche Informationen und Erkenntnismöglichkeiten, dann ist der Gesetzgeber verpflichtet, sich über diese ein hinreichend sicheres Bild zu machen, wobei es genügt, wenn er sich an einer „sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten“ orientiert. Liegen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über Faktoren für Gefährdungslagen und/oder über die konkrete Wirksamkeit einzelne Maßnahmen vor, dürfen diese nicht ignoriert werden, sondern müssen im Rahmen der Geeignetheitsprüfung Berücksichtigung finden.¹⁵²

Diese allgemeinen Grundsätze lassen sich an drei neueren Entscheidungen des BVerfG illustrieren: So hat das Gericht im Urteil vom 26.2.2020¹⁵³ betreffend den künftigen Umgang mit der Suizidhilfe festgestellt, dass „wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die langfristigen Auswirkungen der Zulassung geschäftsmäßiger Suizidhilfe“ nicht existieren würden. Bei einer solchen Sachlage reiche es aus, wenn sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert hat. Im Beschluss vom 19.11.2021 zur Bundesnotbremse I¹⁵⁴ wird festgestellt, dass während des Gesetzgebungsverfahrens „fachliche Stellungnahmen zu allen relevanten Fragen öffentlich verfügbar und breit diskutiert“ worden waren. Einschätzungen zur Gefährdungslage unterschieden sich allerdings und belastbare Erkenntnisse waren nicht vorhanden. In dieser Situation sei zu prüfen, „ob die gesetzgeberische Prognose hinreichend verlässlich ist“ und ob der Gesetzgeber „hinreichend für Erkenntnisfortschritt gesorgt hat.“¹⁵⁵ Im Beschluss vom 21.7.2022 zur Einführung einer Impfpflicht gegen Masern¹⁵⁶ wird festgestellt, dass es insoweit eine gesicherte Erkenntnislage gebe und auch (anders als in der Pandemiesituation) keine komplexe und diffuse, sich überdies auch

¹⁵¹ BVerfGE 153, 182, Rn. 171 (Suizidhilfe).

¹⁵² BVerfGE 159, 223, Rn. 171 u. Rn. 189 (Bundesnotbremse I).

¹⁵³ BVerfGE 153, 182, Rn. 237 f.

¹⁵⁴ BVerfGE 159, 223, Rn. 171, 182 u. 187 ff.

¹⁵⁵ A.a.O., Rn. 190 ff.

¹⁵⁶ NJW 2022, 2904, Rn. 108 u. 112 ff.

nicht dynamisch weiter entwickelnde Situation bestanden habe. In einer solchen Situation ist der Gesetzgeber verpflichtet, sich auf die gesicherte Erkenntnislage zu stützen, wobei er auch der gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist.

Im hier zu beurteilenden Zusammenhang eines Systems von Werbeverboten für Lebensmittel ist zunächst zu konstatieren, dass ungeachtet der seit Jahren geführten Diskussionen (insbesondere auch den Ernährungswissenschaften) offenbar keine wissenschaftlich gesicherten Studien über einen Zusammenhang zwischen Werbung und Ernährungsweise und sodann zwischen dem Konsum bestimmter Lebensmittel und Übergewicht/Adipositas existieren, jedenfalls hat das BMEL selbst bislang keine Studien dieser Art vorgelegt, sondern noch im Oktober 2022 im Deutschen Bundestag (durch die damalige Parlamentarische Staatssekretärin) erklärt, „dass die der Bundesregierung vorliegenden Erkenntnisse ... derzeit noch keine quantifizierten Rückschlüsse auf die Auswirkungen“ der in einigen anderen Ländern in Kraft getretenen (überdies deutlich weniger weitreichenden) Werbeverbote „auf das Ernährungsverhalten bzw. die Übergewichts- und Adipositasprävalenz von Kindern“ zuließen (siehe bereits oben B IV 2 b bb). Erst recht gilt dies selbstverständlich im Hinblick auf Erwachsene.

Im rechtstatsächlichen Abschnitt B sind demgegenüber mehrere wissenschaftliche Studien und Erkenntnisse dahingehend dokumentiert worden, dass es neben der Werbung zahlreiche andere Ursachenfaktoren für eine bestimmte Ernährungsweise gibt, dass andere Ursachenfaktoren neben der Ernährung eine wichtige Rolle für Übergewicht und Adipositas spielen und dass Werbeverbote in anderen Ländern dort nicht einen Rückgang von Übergewicht und Adipositas bewirkt haben.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfen solche Informationen und Erkenntnismöglichkeiten durch den Gesetzgeber nicht ignoriert werden. Vielmehr muss er sich mit ihnen auseinandersetzen, sie mit ggf. doch vorhandenen eigenen Erkenntnissen konfrontieren und schließlich zu einer darauf gestützten Entscheidung gelangen. Diese Entscheidung muss in nachvollziehbarer Weise erkennen lassen, warum trotz fehlender Erkenntnisse zugunsten der Verbotsposition entschieden und in Anbetracht existierender Erkenntnisse über fehlende Kausalzusammenhänge ein Werbeverbotssystem eingeführt werden soll. Diesen Anforderungen entspricht der Referentenentwurf des BMEL nicht.

III. Zwischenergebnis

Jedenfalls aufgrund des defizitären Umgangs mit empirischer Evidenz ist die Geeignetheit der Werbeverbote nach § 4 RefE zu verneinen. Unabhängig davon fehlt sowohl (und insbesondere) dem Teilwerbeverbot nach § 4 Abs. 2 RefE als auch dem Totalwerbeverbot des § 4 Abs. 1 u. 3 RefE die für Eingriffe in die Grundrechte der Art. 12 u. 2 Abs. 1 GG zu fordernde Plausibilität und erst recht die Nachvollziehbarkeit (Kohärenz), die von Eingriffen in die Grundfreiheiten des AEUV bzw. in die Grundrechte der Art. 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG zu verlangen ist.

G. Erforderlichkeit?

I. Maßstab und Reichweite des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums

1. Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit und die Verbraucherefreiheit nach Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

Auch im Hinblick auf die Beurteilung der Erforderlichkeit der gesetzlichen Verbote (das sog. Übermaßverbot) ist nach den verschiedenen berührten Schutzpositionen zu unterscheiden. Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und der allgemeinen Handlungsfreiheit der Verbraucher nach Art. 2 Abs. 1 GG geht es darum, ob ein gleich geeignetes (bzw. „wirksames“ bzw. „effektives“) Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks (hier: Schutz der Gesundheit der Kinder) zur Verfügung steht.¹⁵⁷ Dabei wird dem Gesetzgeber ein „Beurteilungs- und Prognosespielraum“ eingeräumt.¹⁵⁸ Danach soll es an der Erforderlichkeit am Maßstab der Berufsausübungsfreiheit erst dann fehlen, wenn „feststellbar“ ist, dass eventuelle Alternativmaßnahmen gleich wirksam, aber weniger belastend sind.

Je schwerwiegender die Grundrechtseingriffe sind, desto weniger dürfen allerdings Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht ohne weiteres den Grundrechtsträgern angelastet werden.¹⁵⁹ Wie das BVerfG wiederum in seiner Entscheidung zur Bundesnotbremse I¹⁶⁰ festgestellt hat, ist der Spielraum des Gesetzgebers zwar „umso weiter, je höher die Komplexität der zu regelnden Materie“ ist. Diese entstand in Anbetracht eines bislang unbekanntes, sich hoch dynamisch entwickelnden Pandemiegeschehens und kann im vorliegenden Zusammenhang daher nicht als relevanter Faktor herangezogen werden.

2. Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV

Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV wird der Maßstab der Erforderlichkeit inhaltlich identisch bestimmt, d.h. auch der EuGH verlangt vom (nationalen) Gesetzgeber, dass der angestrebte Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die

¹⁵⁷ BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 70, 84 (109); BVerfG, NJW 2018, 2111, Rn. 37 ff.

¹⁵⁸ Zuletzt BVerfGE 145, 20 (80).

¹⁵⁹ BVerfG, NJW 2022, 139, Rn. 204.

¹⁶⁰ BVerfGE 159, 223, Rn. 187.

den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken.¹⁶¹ Wenn ein Mitgliedstaat „die Wahl zwischen verschiedenen zur Erreichung desselben Ziels geeigneten Mitteln (hat), so hat er das Mittel zu wählen, das den freien Warenverkehr am wenigsten behindert“.¹⁶² Zwar billigt der EuGH namentlich im Zusammenhang mit Maßnahmen des Gesundheitsschutzes den Mitgliedstaaten einen Spielraum zu, der sich aus unterschiedlichen, auch kulturell verankerten Einschätzungen hinsichtlich der Bedeutung bestimmter Vorgänge und Schutzgüter ergebe.¹⁶³ Das ändert allerdings nichts daran, dass auch Maßnahmen, die in diesem Sinne dem Gesundheitsschutz dienen, zur Verwirklichung der jeweiligen Ziele „erforderlich“ sein müssen und dass dann, wenn das Ziel des Gesundheitsschutzes „mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreicht werden“ kann, die Erforderlichkeit zu verneinen ist. Konkret im Hinblick auf ein belgisches allgemeines und ausnahmsloses Werbeverbot für Leistungen der Mund- und Zahnversorgung hat der EuGH festgestellt, dass differenziertere Maßnahmen nach „Formen und Modalitäten der von den Zahnärzten verwendeten Kommunikationsinstrumente“ vorrangig hätten vorgeschrieben werden müssen; dem Totalverbot der Werbung für Leistungen der Mund- und Zahnversorgung wurde eine Absage erteilt.¹⁶⁴ Interessanterweise unternimmt es der EuGH auch selbst, etwaige hypothetische Alternativmaßnahmen der Mitgliedstaaten ins Spiel zu bringen und sie zu prüfen.¹⁶⁵ So hat er etwa das angegriffene Verbot einer Produktbezeichnung bzw. ein angegriffenes Verkehrsverbot mit dem von ihm für gleich wirksam erachteten Mittel der Etikettierung in einen Bezugsrahmen gestellt.¹⁶⁶ Generell kann gesagt werden, dass der Gerichtshof

¹⁶¹ EuGH, C-25/88, Rn. 13 ff. (Wurmser); EuGH, C-470/93, Rn. 15 (Mars); EuGH, C-67/97, Rn. 35 (Bluhme).

¹⁶² EuGH, C-178/84, Rn. 28 (Kommission/Deutschland).

¹⁶³ EuGH, C-198/14, Rn. 122 ff. (Visnapuu).

¹⁶⁴ EuGH, C-339/15, Rn. 72 ff. (Luc Vanderborght).

¹⁶⁵ So EuGH, C-25/88, Rn. 17 (Wurmser); EuGH, C-388/95, Rn. 65 ff. (De Peijper).

¹⁶⁶ EuGH, C-407/85, Rn. 12 ff., 15 ff. (Drei Glocken); vgl. ferner EuGH, C-315/92, Rn. 20 ff. (Clinique).

vergleichsweise strengere Anforderungen an die Erforderlichkeit stellt, und dass namentlich Verbote dann von ihm als nicht erforderlich angesehen werden, wenn „eine angemessene Information der Verbraucher“ ausreicht.¹⁶⁷

3. Im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG und auf das elterliche Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG

Auch insoweit ist nach der Erforderlichkeit staatlicher Schutzmaßnahmen zu fragen.¹⁶⁸ Dann, wenn als ein anderes Mittel (gegenüber dem Verbot einer Meinungsäußerung) einschränkende Maßnahmen im Hinblick auf die Gegenstände der verbotenen Meinung (hier: die Lebensmittel als Gegenstände der Werbeverbote) in Betracht kommen, ist darauf zu achten, ob nicht diese Einschränkungen (die die vergleichsweise schwächer geschützten Grundrechte des Art. 12 Abs. 1 GG betreffen), anstatt des Eingriffs in die Kommunikationsfreiheiten nach dem ja deutlich stärker geschützten Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG in Betracht kämen. M.E. ist angesichts des hervorgehobenen Stellenwerts der Kommunikationsfreiheiten für das freiheitlich-demokratische Gesamtsystem davon auszugehen, dass dann, wenn das gleiche Ziel (hier: der Schutz der Gesundheit) auch durch Maßnahmen auf der vorgelagerten Ebene erreicht werden kann, Maßnahmen, die die Kommunikationsvorgänge betreffen, per se nachrangig sind.

II. Beurteilung der Werbeverbote nach § 4 RefE

1. Mildere bereits rechtlich vorgesehene Mittel

Im ersten Abschnitt (A III 2) wurden mehrere bereits bestehende Reglementierungen der Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt sowohl auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts als auch in § 6 Abs. 7 JMStV dokumentiert. Daneben sind die Regeln zur Lebensmittelwerbung des Deutschen Werberats, die Werbebeschränkungen im Rahmen des sog. EU-Pledge und die allgemeine Rundfunkregulierung in Kraft (zu ihnen ebenfalls oben III 2). Die Vorschrift des § 6 Abs. 7

¹⁶⁷ EuGH, C-178/84, Rn. 24 ff. (Kommission/Deutschland); EuGH, C-407/85, Rn. 12 ff. u. 15 ff. (Drei Glocken); EuGH, C-315/92, Rn. 20 ff. (Clinique); EuGH, C-470/93, Rn. 34 (Mars); EuGH, C-51/94, Rn. 34 (Kommission/Deutschland).

¹⁶⁸ So im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG (im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG dürfte nichts Anderes gelten) BVerfGE 71, 162 (181); BVerfGE 124, 300 (337).

JMStV wurde erst mit Wirkung 7.11.2020 in der heutigen Form gefasst, die Verhaltensregeln des Deutschen Werberats wurden im Jahr 2021 (u.a. nach entsprechenden Forderungen des BMEL) verschärft. Es ist daher nicht recht nachvollziehbar, warum bereits wenige Monate danach nun ein gesetzliches Verbotssystem errichtet wird – ohne Vorliegen von Evaluationsergebnissen und ohne Auseinandersetzung mit irgendwelchen Reaktionen in der Praxis. Dies ist umso bemerkenswerter als der hier behauptete Zusammenhang zwischen einer bestimmten Ernährungsweise einerseits, Übergewichtigkeit und Adipositas seriös andererseits nur im Langzeitvergleich ermittelt werden kann.

2. Mildere Mittel betreffend das Ernährungsverhalten

a) Bezogen auf die Werbung

Wie ebenfalls im einleitenden Abschnitt dokumentiert (A I 5), zielten die insbesondere nach der letzten Bundestagswahl erfolgten Verlautbarungen im politischen Raum durchgehend „lediglich“ auf „an Kinder und Jugendliche gerichtete Werbung“. Das nunmehr in § 4 RefE errichtete Verbotssystem betrifft in erheblichem Umfang hingegen auch Werbeformate, die nicht in diesem Sinne an Kinder und Jugendliche gerichtet sind (vgl. dazu bereits oben A I 2). Damit ist in der früheren politischen Diskussion ein deutlich milderes Mittel nicht nur erörtert, sondern offenbar für einsatzfähig erachtet worden. Angesichts der Sicht der im vorherigen Abschnitt gewonnenen verfassungs- und europarechtlichen Erkenntnisse läge freilich auch hierin kein geeignetes Handlungsmittel und überdies müssten die damit verbundenen Bestimmtheitsprobleme erst noch bewältigt werden.

Bislang überhaupt nicht in die politische Diskussion einbezogen worden sind offenbar Einschränkungen der Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- und Salzgehalt in Gestalt von Hinweisen, namentlich auf die Notwendigkeit einer ausgewogenen Ernährung, von sportlicher Betätigung etc. Anders als etwa im Bereich der Arzneimittelwerbung (vgl. § 4 HWG) gibt es bislang Hinweispflichten auf gesundheitsschädliche Wirkungen bei übermäßigem Konsum lediglich betreffend die Verpackung bzw. Etikettierung der Lebensmittel (dazu sogleich b), nicht aber im Zusammenhang mit der Werbung. Offenbar war dem Gesetzgeber nicht bewusst, dass Hinweise und Empfehlungen (wie etwa auch aus dem Bereich der Tabakwerbung bekannt) ein eindeutig milderes Mittel gegenüber Werbeverboten darstellen. Ganz anders demgegenüber der Zweite Senat des BVerfG in seinem Beschluss vom 20.1.1997 betreffend die Pflicht

zur Anbringung von Warnhinweisen über den Tabakkonsum. Dort rechtfertigt das Gericht¹⁶⁹ in Rn. 62 die in die Grundrechte eingreifenden Warnhinweise ausdrücklich mit dem Hinweis darauf, dass sie ein milderer Mittel gegenüber einem „Werbeverbot“ darstellen.

Dies ist umso bemerkenswerter, als das BVerfG die Pflicht zur Anbringung von Warnhinweisen bei Tabakerzeugnissen lediglich dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG der Berufsfreiheit zugeordnet hat (und nicht dem des Art. 5 Abs. 1 GG). Im vorliegenden Zusammenhang ist demgegenüber der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit eröffnet (dazu ausführlich oben C II 2), so dass die vom BVerfG formulierte Nachrangigkeit eines Werbeverbots erst recht gelten muss.

b) Bezogen auf die betroffenen Lebensmittel

Insoweit kann an das soeben Ausgeführte angeknüpft werden. Hinweispflichten unmittelbar an Produkt und Verpackung der Lebensmittel sind (wie sich gleichfalls aus der soeben zitierten Stelle im Beschluss des BVerfG ergibt) als milderer Mittel gegenüber Werbeverboten anzusehen. Auch der EuGH hat entschieden, dass produkt- oder vertriebsbezogene Verbote nicht erforderlich sind, soweit eine angemessene Information der Verbraucher ausreicht.¹⁷⁰

An dieser Stelle ist wichtig, dass auf europäischer Ebene seit einiger Zeit intensiv an der Entwicklung eines erweiterten Nährwertkennzeichnungsmodell gearbeitet wird. Der in Deutschland auf freiwilliger Basis eingeführte Nutri-Score im Rahmen der VO (EU) 1169/2011 vom 25.10.2011¹⁷¹ und der VO des BMEL vom 19.8.2020¹⁷² als Option der Kennzeichnung gemäß den Art. 35 - 37 kann in Gestalt eines Logos mit einer fünf-stufigen Farb- und Buchstabenskala (von rot bis grün) eine erste Orientierung beim Kauf von Lebensmitteln geben. Mehrere Lebensmittelhändler und Hersteller in Deutschland kennzeichnen bereits heute ihre Lebensmittel-(Eigen)Marken in dieser Weise. Europaweit wird über die erweiterte Nährwertkennzeichnung diskutiert sowie

¹⁶⁹ 2 BvR 1915/91.

¹⁷⁰ EuGH, C-178/84, Rn. 24 ff. (Kommission/Deutschland); EuGH, C-407/85, Rn. 12 ff. u. 15 ff. (Drei Glocken); EuGH, C-315/92, Rn. 20 ff. (Clinique); EuGH, C-470/93, Rn. 24 (Mars); EuGH, C-51/94, Rn. 34 (Kommission/Deutschland).

¹⁷¹ ABl. EU L 304 v. 22.11.2011, S. 18.

¹⁷² BGBl. I, S. 2269.

darüber, diese u.U verpflichtend auszugestalten. In Spanien liegt hierin nach rechtswissenschaftlichen Beobachtern einer der zentralen Gründe dafür, warum politische Vorstöße für eine Einschränkung der Werbung insbesondere für Süßigkeiten etc. bislang (soweit ersichtlich) noch nicht verwirklicht worden sind. Der Referentenentwurf des BMEL setzt sich demgegenüber nicht mit dieser Entwicklung auseinander, er erwähnt sie nicht einmal. Den verfassungs- und europarechtlichen Anforderungen an die Prüfung des Merkmals der Erforderlichkeit wird hiermit m.E. nicht entsprochen.

Kein von Verfassungsrechts wegen einsetzbares milderes Mittel wäre übrigens die Reduzierung des Kreises der erfassten Lebensmittel, beispielsweise „nur“ auf Süßwaren und Erfrischungsgetränke. Eine solche Reduzierung hätte zur Konsequenz, dass die Annahme eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Verzehr dieser Lebensmittel und der Zunahme von Übergewicht und Adipositas noch weniger plausibel bzw. nachvollziehbar wäre. Denn namentlich Süßigkeiten machen im Durchschnitt nur einen kleinen Prozentsatz der täglichen Kalorienaufnahme aus. Ihr Ursachenbeitrag fiel im Vergleich mit den anderen Ursachenfaktoren (zu denen dann ja auch noch die nicht erfassten Lebensmittel mit erhöhtem Fett- oder Salzgehalt gehören würden) dann nochmals geringer aus; Studienergebnisse, die ihn belegen könnten, sind erst recht nicht ersichtlich. Mit einer solchen Reduzierung des Kreises der erfassten Lebensmittel könnte also dem Erforderlichkeitsgebot nicht entsprochen werden, da es sich hierbei nicht um ein gleich geeignetes Mittel handeln würde. Zudem entstünde eine Ungleichbehandlung dieser gegenüber (beispielsweise) den Lebensmitteln mit hohem Fett- oder Salzgehalt, für die kein sachlicher Grund erkennbar ist, der den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs.1 GG im Verhältnis zwischen den gleichermaßen ihre Berufsfreiheit ausübenden Lebensmittelherstellern entsprechen würde.

3. Mildere Mittel betreffend die anderen Ursachenfaktoren

Anerkannte andere Ursachen für Übergewicht und Adipositas sind familiäre Faktoren und die Adaption von Verhaltensweisen im engen sozialen Umfeld, der Status und Bildungsgrad, die Rahmenbedingungen der Mahlzeiteinnahme und insbesondere Bewegungsmangel, hinzu kommen medizinische Faktoren (vgl. oben B III). Ein abgestuft-koordiniertes Vorgehen gegen diese anderen Ursachenfaktoren eröffnet ein Arsenal milderer, voraussichtlich deutlich besser geeigneter Mittel als das vom Gesetzgeber präferierte Verbotssystem. Dabei geht es keinesfalls „nur“ um Informieren und

Aufklären, sondern um Sport- und Bewegungsangebote (besser gesagt, deren Wiedereinführung bzw. deren Ausbau in Kindertageseinrichtungen, Schulen und anderen Betreuungseinrichtungen), sodann um die Verbesserung des Ernährungsangebots und der Umstände der Ernährungsaufnahme in all jenen und anderen Einrichtungen. Dies reicht bis zum Einsatz des Vergaberechts als Instrument für eine nicht ausschließlich preis-, sondern qualitätsorientierte Beschaffung (vgl. § 97 Abs. 4 GWB).

Wie bereits festgestellt (oben A IV), verbringen Kinder heute einen erheblichen und ständig wachsenden Teil ihrer Zeit in staatlich beherrschten Aktionsräumen, in denen der Staat sämtliche anerkannten Ursachen für Übergewicht und Adipositas kompetent und gebündelt, jedenfalls in weit stärkerem Maße als bislang bekämpfen könnte. Im Anschluss an den Grundsatzbeschluss des BVerfG vom 19.11.2021 (Bundesnotbremse II),¹⁷³ wird man hierin möglicherweise sogar einen künftig einklagbaren Bestandteil des erstmals anerkannten Rechts der Kinder gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern, sehen müssen. Verbote gegenüber grundrechtlich geschützten Dritten widersprechen m.E. dem Übermaßverbot, solange nicht Maßnahmen in den staatlichen Aktionsräumen eingeführt bzw. ausgebaut sind.

III. Zwischenergebnis

Das Verbotssystem des § 4 RefE kann auch dem Erforderlichkeitsgebot (Übermaßverbot) nicht standhalten. Denn es gibt mehrere, ggf. in Kombination einsetzbare mindestens gleich geeignete alternative Mittel. Neben den erst vor kurzem verschärften und noch gar nicht evaluierten bestehenden Reglementierungen sind vor allem Hinweispflichten (die besonders der EuGH betont) und die Beschränkung auf Werbeformate, die „an Kinder gerichtet sind“ zu nennen (wenn man die Geeignetheit unterstellt und die Bestimmtheitsprobleme lösen würde). Auf der Hand liegen ferner Maßnahmen zur Bekämpfung der zahlreichen belegten Ursachenfaktoren für Übergewicht und Adipositas, dies v.a. in den unmittelbar staatlich beherrschten Aktionsräumen. In diesen Aktionsräumen kann der Staat das Ernährungs- und Bewegungsverhalten der Kinder weitgehend nach seinen Vorstellungen steuern. Bei all dem ist zu beachten, dass Ein-

¹⁷³

1 BvR 971/21 u.a.

griffe in die Kommunikationsfreiheiten grundsätzlich nachrangig sind. Ein noch weniger geeignetes, gleichheitswidriges und daher nicht alternativ einsetzbares Mittel wäre hingegen die Reduzierung des Kreises der erfassten Lebensmittel.

H. Angemessenheit und Beachtung von Gleichbehandlungsaspekten?

I. Maßstäbe und Einschätzungsspielraum

Bei der Angemessenheit (auch Zumutbarkeit, Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit i.e.S. genannt)¹⁷⁴ geht es bei den Wirtschaftsgrundrechten nach Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG um eine Gegenüberstellung der Auswirkungen des jeweiligen Eingriffs auf die Grundrechtsträger einerseits und der Bedeutung des jeweils verfolgten Gemeinwohlbelangs und dessen Rang und der Intensität seiner Gefährdung andererseits. Herzustellen ist eine „Gesamtabwägung“, bei der danach gefragt wird, ob ein „angemessener Ausgleich zwischen dem Eingriffsgewicht der Regelung und dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel, zwischen Individual- und Allgemeininteresse“ hergestellt werden kann.¹⁷⁵ Dies mündet in die Frage, wie eng der Bezug der jeweils grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme (hier: der Werbeverbote) zum jeweils verfolgten Schutzzweck (hier: Gesundheit der Kinder) ist.¹⁷⁶ Auch insoweit wird ein Einschätzungs- bzw. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anerkannt.¹⁷⁷ Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings nochmals (vgl. bereits oben F I 1 b) darauf aufmerksam zu machen, dass es hier nicht um die Verfolgung allgemeiner wirtschafts- oder sozialpolitischer Ziele geht, sondern um Maßnahmen der Gefahrenabwehr. Sodann muss beachtet werden, dass das BVerfG festgestellt hat, dass der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers umso kleiner ist, je schwerer die Grundrechtseingriffe wiegen.¹⁷⁸

Während im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV der Prüfungspunkt der „Angemessenheit“ nicht eigenständig geprüft wird, sondern bereits in der Erforderlichkeitsprüfung aufgeht,¹⁷⁹ gelten im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG und im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheiten nach Art. 5 Abs. 1 GG im Grundsatz die gleichen Maßstäbe wie im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit. Dabei ist insbesondere im Hinblick auf die

¹⁷⁴ Vgl. *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 145.

¹⁷⁵ BVerfGE 133, 277 (32); vgl. ferner BVerfGE 113, 63 (80); BVerfGE 120, 274 (327).

¹⁷⁶ So explizit BVerfGE 170, 186 (197); aus dem Schrifttum *Pieroth*, in: Kment (Hrsg.), FS Jarass, 2015, 596 ff.

¹⁷⁷ Vgl. BVerfGE 111, 10 (38); BVerfGE 142, 268, Rn. 64 u. 89; BVerfGE 148, 40, Rn. 48 f.

¹⁷⁸ So zuletzt BVerfGE 153, 182, Rn. 266 (Suizidhilfe).

¹⁷⁹ Vgl. *Schroeder*, in: Streinz, AEUV, Art. 36 Rn. 56 m.w.N.

Kommunikationsfreiheiten aber wiederum deren hoher Wert und der Umstand zu betonen, dass über die Rechtfertigungsgrundlage der „allgemeinen Gesetze“ nach Art. 5 Abs. 2 GG Einschränkungen nur höchst ausnahmsweise überhaupt in Betracht kommen.¹⁸⁰

Die in einer anderen GG Kommentierung zu findende Bemerkung, dass der Schutz für Werbung (im Vergleich mit unmittelbar auf politische Inhalte bezogenen Äußerungen) „geringer“ ausfalle,¹⁸¹ beruht auf einem Hinweis auf eine ältere Rechtsprechungslinie, die mit den Entscheidungen zur sog. Schockwerbung als überholt gelten kann (dazu bereits oben C II 2). Abgesehen davon kann eine solche Einschätzung allenfalls im Hinblick auf den Umgang mit reiner Wirtschaftswerbung zutreffend sein, nicht aber, wenn – wie hier – Wertungsdivergenzen gegenüber dem Staat in einer seit längerem politisierten Diskussion bestehen und überdies auf der „Gegenseite“ nicht andere Private stehen, sondern der staatliche Gesetzgeber selbst. In jedem Fall würden auch dann die bei Art. 12 Abs. 1 GG beschriebenen Anforderungen an die Angemessenheit der Eingriffe und zur Reichweite des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums gelten.

Dass die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes in Fällen der hier zu beurteilenden Art im Rahmen der Angemessenheitsprüfung der Freiheitsgrundrechte abzarbeiten sind, wurde bereits oben (C I 2) ermittelt. Hierauf ist nachfolgend in den Abschnitten IV (bei der Frage nach der Rechtfertigung der vorgenommenen Differenzierungen) und V (im Hinblick auf die sog. Inländerdiskriminierung) einzugehen.

II. Abschließende Charakterisierung der Eingriffswirkungen

1. Gegenüber den Unternehmen

Die hier auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfenden Grundrechtseingriffe betreffen die Werbung in dem besonders breiten Markt- und Kommunikationsgeschehen der Herstellung und des Vertriebs von Lebensmitteln. Aufgrund des außerordentlich weit gefassten Anwendungsbereichs des durch § 4 RefE errichteten Verbotssystems geht

¹⁸⁰ Vgl. wiederum nur die aktuelle Kommentierung des erst vor kurzem aus dem BVerfG ausgeschiedenen Autors *Andreas Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, GG I, Art. 5 Rn. 292.

¹⁸¹ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 73.

es dabei um einen Umfang von 70 – 80 % aller Lebensmittel. Sowohl das Totalwerbeverbot nach § 4 Abs. 1 u. 3 RefE als auch das adressatenunabhängige Teilwerbeverbot nach § 4 Abs. 2 RefE betreffen Unternehmen aller hieran beteiligter Wertschöpfungsstufen in dem durch das GG besonders intensiv geschützten Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, teilweise auch in den spezielleren Grundrechten der Presse- bzw. der Rundfunk- bzw. der Filmfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Des Weiteren liegen Eingriffe in das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und in Art. 34 (Warenverkehrsfreiheit) und 56 (Dienstleistungsfreiheit) AEUV vor.

Die beiden Werbeverbote führen für 70 – 80 % aller Lebensmittel bei denjenigen Werbeagenturen, Medienunternehmen und Werbepartnern, deren kommunikativer und wirtschaftlicher Unternehmensgegenstand hierauf fokussiert ist, zu einem erheblichen, teilweise zu einem Totalverlust der diesbezüglichen Betätigungsmöglichkeiten. Ihnen blieben lediglich kleinere Aktivitäten in Bezug auf die Gestaltung der Verpackung der Lebensmittel. Bezogen auf das Volumen der Bruttowerbeinvestitionen steht hier ein Volumen von 3.299 Millionen € auf dem Spiel. Diese Eingriffswucht könnte sich verstärken, wenn in der Vollzugspraxis noch weitere Lebensmittel als die in der Anlage aufgelisteten einbezogen würden (bei Durchbrechung der Vermutungsregel des § 5 RefE zuungunsten der Unternehmen). Entsprechend stark müsste innerhalb der hier vorzunehmenden Abwägung das Gewicht des Gegenbelangs sein.

Auch bei den Lebensmittelherstellern wäre zwar nicht in der Summe, wohl aber bei Einzelnen unter ihnen ein erheblicher Rückgang (v.a. bei Herstellern, die bislang in besonderer Weise durch erfolgreiche Werbeaktivitäten Absatzerfolge erzielen konnten) die Folge. Sie sind sowohl in ihrer Werbefreiheit, als auch (aufgrund des Vorliegens einer sog. funktionalen Eingriffswirkung; vgl. oben C III 2 b) in den Tätigkeiten von Herstellung und Vertrieb negativ betroffen.

2. Gegenüber den Verbrauchern

Indem ihnen die durch die Unternehmen aus dem beschriebenen Kreis bislang bereitgestellten Werbeangebote künftig vorenthalten bleiben sollen, sind aber auch die Verbraucher betroffen. Dies gilt sowohl für die Kinder als auch für deren Eltern und insbesondere für alle anderen Erwachsenen. Hier geht es wiederum um teils erhebliche Eingriffe in die Schutzpositionen der Kommunikations-, der Wirtschafts- und der Erziehungsverfassung des Grundgesetzes, konkret um Eingriffe in die Grundrechte nach

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG, 2 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Dabei ist insbesondere der Eingriff in die durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Befugnis der Eltern, ihren Kindern Beurteilungs- und Einschätzungskompetenzen im Umgang mit Werbung zu vermitteln, erheblich.

III. Relevante Aspekte in der Gesamtabwägung mit dem verfolgten Gemeinwohlbelang

1. Schwacher Bezug der rechtfertigungspflichtigen Werbeverbote zum Gesundheitsschutz

Selbstverständlich ist der Schutz der Gesundheit von Kindern ein Gemeinwohlbelang, dem bei abstrakter Betrachtung ein höheres Gewicht als den (und seien sie, wie hier, noch so intensiven) Eingriffen in die Wirtschafts-, Kommunikations- und Erziehungsrechte zukäme. Eine dahingehende Argumentation mag in der politisch-medialen Diskussion verfangen, verfassungsrechtlich ist sie illegitim, weil es hier darauf ankommt, wie eng der Bezug der Verbotsmaßnahmen zum verfolgten Gemeinwohlbelang des Gesundheitsschutzes ist. Dabei wirkt sich selbstverständlich aus, dass jedenfalls im Hinblick auf das adressatenunabhängige Teilwerbeverbot nach § 4 Abs. 2 RefE schon gar nicht von der Geeignetheit der Verbote zur Erreichung des Schutzzwecks auszugehen ist und auch dem Totalwerbeverbot aus § 4 Abs. 1 u. 3 RefE bescheinigt werden musste, dass es allenfalls bei Anlegung eines außerordentlich großzügigen, die empirische Erkenntnislage vollkommen ausblendenden Ansatzes als geeignet anzusehen sein könnte (F II); bereits dadurch ist das Gewicht des Gesundheitsbelangs zur Rechtfertigung der Verbotsmaßnahmen aber deutlich herabgesetzt.

Endgültig scheitert die Annahme eines hinreichenden Gewichts des Gemeinwohlbelangs des Gesundheitsschutzes daran, dass kein einziges der von den hier zu beurteilenden Werbeverböten erfassten Lebensmitteln als solches gesundheitsschädlich oder gar tödlich sein kann, dies im Unterschied zu den jedenfalls in der politisch-medialen Diskussion immer wieder als Beispiel genannten Tabakstoffen. Im Gegensatz zu diesen können den hier infrage stehenden Lebensmitteln allenfalls ab einer bestimmten Menge, Intensität und Dauer des Konsums im Rahmen einer insgesamt hyperkalorischen Ernährung gesundheitsschädliche Wirkungen zugeschrieben werden, und auch das erst im Zusammenwirken mit einer ganzen Reihe anderer Ursachenfaktoren. Insoweit bestehen überdies große Unterschiede zwischen den einzelnen in der

Anlage zum Referentenentwurf aufgelisteten Lebensmitteln (nach dem Nährstoff-Profiling-Modell der WHO Europa). Bis heute ist kein einziges der dort aufgeführten Lebensmittel verboten und hieran soll sich auch nach den Vorstellungen der Bundesregierung nichts ändern. Daraus folgt unmittelbar, dass allenfalls ein schwacher Bezug der vorgeschlagenen Werbeverbote zum Gemeinwohlbelang des Schutzes der Gesundheit der Kinder besteht.

2. In Anbetracht des Vorhandenseins von Eltern

Sowohl die in § 1 des RefE verwendete Formulierung „Exposition von Kindern“ als auch die in der einleitenden Begründung enthaltene Behauptung, dass es Kindern „aufgrund ihrer Unerfahrenheit schwer (falle), Werbung als solche zu erkennen“ (S. 1) blenden vollkommen aus, dass Kinder regelmäßig nicht allein und unmittelbar mit Werbeangeboten konfrontiert sind. Vielmehr sind sie (jedenfalls außerhalb der Ferien- und Wochenendzeiten) zum überwiegenden zeitlichen Anteil jedes einzelnen Tages in staatlich beherrschten Aktionsräumen mit Erzieherinnen und Erziehern, Lehrerinnen und Lehrern etc. unterwegs und in der übrigen Zeit mit ihren eigenen Eltern. All diese Personen, insbesondere die Eltern, fungieren insofern als eine Art Gatekeeper und stehen zwischen den Herstellern, Vertreibern und Werbeunternehmen einerseits, den Kindern andererseits. Das drückt sich übrigens auch finanziell aus, und zwar darin, dass ein Kind im Durchschnitt pro Tag lediglich 1,30 € frei, d.h. ohne unmittelbare elterliche Vorgabe und Kontrolle, ausgeben kann.

Mit dem Ansatz, die schützende und fördernde Rolle der Eltern, aber auch der anderen das Kind auf seinem Weg zum Erwachsenen begleitenden Personen vollständig auszublenden, betritt der Referentenentwurf des BMEL Neuland und stellt sich außerhalb der bisherigen Konzeption des Jugendmedienschutzes in Deutschland. Wie sich aus Vorschriften wie § 27 Abs. 4 S. 1 JuSchG ergibt, soll jugendschutzgesetzlichen Verbreitungsbeschränkungen selbst bezüglich jugendgefährdender und indizierter Medien die Funktion zukommen „sicherstellen“ zu sollen, dass „Kindern und Jugendlichen Schriften, die sich auf ihre Entwicklung schädlich auswirken können, nur mit Zustimmung ihrer Eltern zugänglich gemacht werden.“¹⁸² Die Zielsetzung des gesetzlichen Jugendmedienschutzes besteht darin, eine Art „Flankenschutz für Erziehungs- und

¹⁸² So die Formulierung des BVerfG im Hinblick auf die Vorgängerregelung des GjS (BVerfG, NJW 1991, S. 1471 (1472)).

Sozialisationsprozesse“ bereitzustellen.¹⁸³ Diese sich letztlich in jahrelanger Begleitung äußernde Schutz- und Förderfunktion insbesondere der Eltern ist im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung. Denn gesundheitliche Gefahren aufgrund des Mehrkonsums von nicht verbotenen Lebensmitteln können sich wenn überhaupt erst bei einer langfristig unausgewogenen Ernährungsweise realisieren (vgl. oben A III). Selbst wenn die Eltern in einzelnen Momenten oder Situationen ihrer Rolle nicht gerecht werden können, bestätigt die europaweite Längsschnittstudie „I. Family Study“, dass auf Dauer der viel wirkmächtigere Ursachenfaktor im Ernährungs- und Alltagsverhalten der Eltern anstatt in der eher zufällig wirkenden Sphäre der Werbung liegt. Diese aber wiederum ist der durch Art. 6 Abs. 2 GG grundrechtlich geschützten Einwirkungssphäre der Eltern zugeordnet.

3. In Anbetracht der Autonomie der Konsumententscheidungen Erwachsener

Erwachsene, die gerne Lebensmittel aus dem hier erfassenden Kreis der dem Referentenentwurf beigefügten Anlage genießen, sind teilweise betroffen von dem Totalverbot nach § 4 Abs. 1 u. 3 RefE, vor allem aber von dem ebenfalls sehr weitreichenden Teilverbot nach § 4 Abs. 2 S. 2 RefE, das zahlreiche Werbeformate in zeitlicher, örtlicher bzw. sachlicher Hinsicht auch dann erfasst, wenn diese Angebote „ihrer Art nach nicht besonders dazu geeignet sind, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken.“ Diese Verbrauchergruppe ist hierdurch in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 u. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG beeinträchtigt. Darüber hinaus aber schwächt sich dadurch, dass es bei dieser Gruppe von Käufern bzw. Informationsempfängern gar nicht um Adressaten des ins Felde geführten Gemeinwohlbelangs (Schutz der Gesundheit der Kinder) geht, dessen Gewicht innerhalb der Gesamtabwägung mit den Grundrechten der Unternehmen ab. Der notwendige Bezug jedenfalls des adressatenunabhängigen Teilverbots des § 4 Abs. 2 RefE zum verfolgten Schutzzweck reduziert sich insoweit auf Null.

Im Hinblick auf die Adressatengruppe der Erwachsenen ist jedenfalls davon auszugehen, dass sie die Wirkungen eines übermäßigen, lang andauernden Verzehrs jener Lebensmittel selbst einschätzen kann und für sich entsprechende Konsequenzen

¹⁸³ Formulierung nach *Liesching*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze (Stand 2022), JuSchG, Vorbemerkung Rn. 2.

zieht. Unbestrittenermaßen umfasst das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch das Recht auf „Selbstgefährdung“¹⁸⁴, weswegen das BVerfG allenfalls in Ausnahmesituationen staatliche Eingriffe für rechtfertigungsfähig hält, nämlich dann, wenn gravierende Aspekte der Gefährdung Dritter oder hohe soziale Folgekosten infrage stehen. Dies wurde angenommen im Fall der Anschnallpflicht für Autofahrer¹⁸⁵ und betreffend die Schutzhelmpflicht für Motorradfahrer.¹⁸⁶ Im Hinblick auf die Werbung für Lebensmittel, die bereits ihrer Art nach „nicht besonders dazu geeignet ist, Kinder zum Konsum zu veranlassen oder darin zu bestärken“ sind Belange Dritter bzw. Allgemeinbelange nicht ersichtlich. Auch geht es nicht um (und seien sie noch so unwahrscheinlich) tödliche Gefahren, sondern um die bewusste Entscheidung, legale Produkte zu erwerben und zu konsumieren.

An dieser Stelle wird besonders deutlich, dass das durch den Referentenentwurf vorgeschlagene Verbotssystem eine Art „slippery slope“ dahingehend darstellt, dass nach den verarbeiteten Lebensmitteln beispielsweise auch die Werbung für Kraftfahrzeuge (die in bestimmten Fällen sogar in tödliche Unfälle verwickelt sein können, jedenfalls aber mit Verbrennungsmotoren Schäden für die Allgemeinheit in Folge eines erhöhten CO₂ Ausstoßes verursachen etc.) verboten werden könnte. Indem der RefE (soweit ersichtlich) erstmals auch an Erwachsene adressierte Werbeverbote gegenüber Produkten vorsieht, deren Herstellung und Vertrieb in keiner Weise verboten ist und die als solche nicht gesundheits- noch gar lebensgefährdend sind (dies im Unterschied zu Tabakstoffen),¹⁸⁷ kann man durchaus von einem Dambruch sprechen.

Wiederum im Unterschied zum Rauchen bestehen schließlich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der einem Lebensmittelverzehr eines anderen passiv Beiwohnende Gefährdungen ausgesetzt sein könnte.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Hierzu ausführlicher *Degenhart*, Verfassungsfragen marktbezogener Kommunikation, 2015, S. 34 ff.; *Kirchhof/Frick*, AfP 1991, S. 67 (680 f.); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand 99. EL September 2022, Art. 2 Rn. 50; zuletzt *Krönke*, Governmental Paternalism, 2018, S. 18 ff., 26 ff.

¹⁸⁵ BVerfG (K), NJW 1987, S. 180.

¹⁸⁶ BVerfGE 59, 275 (278).

¹⁸⁷ Vgl. dazu *Siekmann*, DÖV 2003, S. 662.

¹⁸⁸ Vgl. demgegenüber zum Schutz des Nichtraucher vor den Gefahren des Passivrauchens BVerfGE 121, S. 317; BVerfG (K), NJW 2013, S. 1943.

IV. Nicht gerechtfertigte Differenzierungen

1. Maßstab

Nach der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG (seit 2011) ergeben sich im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG, das im vorliegenden Zusammenhang in der Prüfung, ob die vorgenommenen Differenzierungen gerechtfertigt sind, lokalisiert wird (oben C I 2), abgestufte Anforderungen. Der Gesetzgeber ist „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal unterschiedlichen Grenzen“ ausgesetzt. Diese reichen „von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkende Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen“.¹⁸⁹

2. Differenzierungen innerhalb der Werbung von primär genussbezogenen Produkten

Soweit eine Ungleichbehandlung gegenüber den Anbietern primär genussbezogener Produkte wie etwa Spieleplattformen oder unfallträchtige Spielgeräte aller Art infrage steht, ist nach den vorstehenden allgemeinen Grundsätzen lediglich der Maßstab des sog. Willkürverbots anzulegen. Denn insoweit handelt es sich nicht um eine personen-gruppenbezogene Maßnahme und besteht insbesondere auch kein unmittelbares Konkurrenzverhältnis (innerhalb vergleichbarer Märkte) zwischen den unterschiedlich behandelten Akteursgruppen. Es genügt daher, wenn diese Differenzierung „mit Gesetzlichkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar sind“, wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seiner Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die gesetzliche Regelung erkennbar ist.¹⁹⁰ Für ein in diesem Sinne willkürliches, gleichsam ins Auge springendes Unterlassen des Gesetzgebers im Hinblick auf die Nichteinbeziehung der Werbung für jene anderen Produkte, bestehen m. E. keine greifbaren Anhaltspunkte.

¹⁸⁹ So die Formulierung seit BVerfGE 129, 49 (68); instruktiv zur Rechtsprechungsentwicklung und zum bis heute praktizierten Stand der Gleichheitsprüfung *Britz*, NJW 2014, S. 346 (347 f.).

¹⁹⁰ So BVerfGE 141, 1 (39); ausführlich und m.w.N. *Wollenschläger*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 3 Rn. 89 f.

3. Differenzierungen innerhalb des Anwendungsbereichs

Der RefE erfasst im Rahmen der Sendezeitbeschränkungen nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 4 ausschließlich Werbung im „Hörfunk“ bzw. über „audiovisuelle Mediendienste“, nicht hingegen Werbeangebote über „Video-Sharing-Plattform-Dienste“ (§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RefE). Dies hat zur Konsequenz, dass insbesondere Influencer etwa auf der weit verbreiteten Plattform „YouTube“ keinen zeitlichen Beschränkungen (6:00 bis 23:00 Uhr) unterliegen. Für diese Differenzierung ist keinerlei sachlicher Grund ersichtlich, zumal die Sendezeitbeschränkung schon deswegen auf schwachen Füßen steht, weil nach § 5 JMStV technische Mittel wie namentlich das sog. Labelling als gleichberechtigte Mittel wie Sendezeitbeschränkungen angesehen werden und der RefE insoweit dazu führen würde, dass die Lebensmittelwerbung strenger reguliert würde als die Ausstrahlung von Filmen mit Labelling für über 18-Jährige. Auch bei Werbung für Glücksspiel endet die Sendezeitbeschränkung um 21.00 Uhr (und nicht wie im Hinblick auf die betreffenden Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt vorgesehen um 23:00 Uhr).¹⁹¹

V. Verfassungsrechtliche Konsequenzen der sog. Inländerdiskriminierung

1. Relevanz

Bereits im einleitenden Teil wurde festgestellt, dass sich aus Gründen des europäischen Sekundärrechts die Werbeverbote betreffend die Formen der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation nach § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 4 u. 5 bzw. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 u. 2 RefE nur auf Mediendienste Anwendung finden können, die ihren Niederlassungsort in Deutschland und nicht in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder gar außerhalb der EU haben. Dies bedeutet, dass die geplanten Werbeverbote von vornherein für große Plattformanbieter audiovisueller Mediendienste wie AmazonPrime, Netflix, Google, YouTube, Facebook, Instagram, TikTok und Twitter nicht gelten und ihnen gegenüber auch nicht mit verwaltungsrechtlichen Mitteln durchgesetzt werden können (oben A II 2).

Daraus ergibt sich eine sog. Inländerdiskriminierung, welche wie stets kein Problem aus der Sicht des europäischen Rechts darstellt, aber Fragen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 u. 6 Abs. 2

¹⁹¹ Vgl. § 5 Abs. 3 GlüStV.

GG aufwirft. Zunächst kann im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt werden, dass dieser in Fällen dieser Art überwiegend entweder bereits gar nicht für einschlägig erachtet wird¹⁹² oder die im jeweils konkreten Fall vorliegende Ungleichbehandlung als sachlich gerechtfertigt angesehen wird.¹⁹³ Immer wieder unternommene Vorstöße, über das im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG bis heute also letztlich durchschlagenden Arguments einer mangelnden Vergleichbarkeit der Sachverhalte hinwegzukommen, konnten sich bislang nicht durchsetzen.¹⁹⁴

Anders liegen die Dinge hinsichtlich einer Relevanz im Rahmen der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Rechtfertigung betroffener Freiheitsrechte. So hat die Dritte Kammer des Ersten Senats des BVerfG bereits in einem Beschluss vom 5.12.2005, in dem Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs nach der HwO a.F. geäußert worden sind, diese u.a. auf die dort bestehende Inländerdiskriminierung gestützt.¹⁹⁵ Im Handwerksrecht selbst hat dies keinen dauerhaften Nachhall gefunden, weil die dort bestehende Inländerdiskriminierung nur in einem ganz geringen Umfang vorliegt, da der Anteil der von den Privilegierungen erfassten EU-Ausländer sich in einer Größenordnung von unter 1 % bewegt.¹⁹⁶ Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat sich jedenfalls in neuerer Zeit wiederholt auf eine Prüfung unmittelbar am Maßstab des jeweils im Mittelpunkt stehenden Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eingelassen.¹⁹⁷ Sachlich ausschlaggebend sei letztlich, ob „für die vom Gesetzgeber vorgesehenen Differenzierungen Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.“¹⁹⁸ Bereits der erwähnte Kammerbeschluss des BVerfG vom 5.12.2005 hat innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG gefragt, ob der mit

¹⁹² So etwa *Gundel*, DVBl. 2007, S. 269 (272).

¹⁹³ So BVerwGE 126, 149 (165); BVerwGE 140, 276 (286 f.); BGHZ 198, 225 (236 f.); dahingehend auch *Huber*, Recht der europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, § 17 Rn. 77.

¹⁹⁴ Zuletzt differenzierend *Heber*, EuZW 2022, 53 (56 f.); vgl. auch *Riese/Noll*, NVwZ 2007, S. 516 (520 f.).

¹⁹⁵ BVerfG, DVBl. 2006, S. 244 (246).

¹⁹⁶ Ausführlich hierzu *Burgi*, WiVerw 2018, S. 181 (220 ff.) m.w.N.

¹⁹⁷ Vgl. BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C-8/10, Rn. 36. Teilweise verortet das BVerwG die Thematik auch in Art. 3 Abs. 1 GG, führt dort dann aber in der Sache eine freiheitsrechtliche Prüfung durch (so in seinem Urteil in der Rs. 8 C-9/10 vom gleichen Tage, Rn. 45.).

¹⁹⁸ So OVG NRW, GewArch 2020, S. 249 (250).

dem Meisterbriefefordernis verbundene Grundrechtseingriff noch zu dem „zunehmend verwischten Ziel der Qualitätssicherung ... in einem angemessenen Verhältnis“ steht. Dies hat das Gericht im Rahmen der Prüfung des Merkmals der Zumutbarkeit (hier: „Angemessenheit“) getan.

Die Relevanz der Inländerdiskriminierung auf dieser Rechtsprechungslinie besteht mithin darin, dass sie der rechtliche Auslöser einer veränderten tatsächlichen Lage ist (fortbestehende Werbebefugnis für Werbeunternehmen aus dem Ausland), die als solche (wie jede andere Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse von erheblichem Gewicht) zu einer ggf. veränderten Bewertung des Merkmals der Angemessenheit innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung führen kann.

2. Einfluss in der Gesamtabwägung

Im vorliegenden Zusammenhang verliert das – nach allen bisherigen Überlegungen – bereits in mehrfacher Hinsicht verwischte Ziel des Gesundheitsschutzes dadurch noch einmal (und zwar signifikant) an Gewicht, dass in einem derart erheblichen Umfang auch nach Inkrafttreten des Verbotssystems des § 4 RefE die angeblich hinreichend gewichtigen vermeintlichen Gefahren für Kinder weiterhin bestehen werden. Der Gesetzgeber würde mithin in die Wirtschafts- und die Kommunikationsgrundrechte sowie in das elterliche Erziehungsrecht eingreifen, ohne dadurch einen erkennbaren Beitrag zu dem von ihm verfolgten, an sich legitimen Ziel des Gesundheitsschutzes leisten zu können. Sachliche Gründe für die Einbeziehung gerade der inländischen audiovisuellen kommerziellen Kommunikationsdienste sind nicht geltend gemacht und auch nicht ersichtlich. Sollte man am Ende der Überlegungen zu III hierüber noch anderer Meinung gewesen sein, würde die Inländerdiskriminierung m.E. endgültig den Ausschlag zugunsten der Verneinung der Angemessenheit der rechtfertigungspflichtigen Grundrechtseingriffe geben.

VI. Zwischenergebnis

Im Rahmen der unter dem Prüfungspunkt der Angemessenheit erfolgenden Gesamtabwägung ist festzustellen, dass die nach Breite und Intensität erheblich in die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG, des Art. 5 Abs. 1 GG und des Art. 6 Abs. 2 GG eingreifenden Werbeverbote einen allenfalls geringen Bezug zum verfolgten Gemeinwohlbelang des Schutzes der Gesundheit der Kinder haben. Zwar kann dieser

Gemeinwohlbelang einen sehr hohen Rang beanspruchen. Der Beitrag des vorgeschlagenen Verbotssystems zur Verwirklichung jenes Gemeinwohlbelangs ist aber deutlich zu schwach, um die infrage stehenden grundrechtlichen Beeinträchtigungen ausgleichen zu können. Die Gründe hierfür liegen in dem viel zu weit gefassten Kreis der Adressaten und dem Umstand des Vorhandenseins der Eltern, denen Schutz- und Förderfunktionen gerade im Interesse des verfolgten Gemeinwohlbelangs zugewiesen sind, und die der Gesetzgeber vollkommen missachtet bzw. offenbar unterschätzt. Im Hinblick auf die Erwachsenen kommt hinzu, dass der Staat jedenfalls im Hinblick auf den Umgang mit Lebensmitteln, die nicht schon für sich gefährlich oder gar verboten sind, kein Mandat für ihren Schutz gegen sich selbst besitzt, und dass er sie auch nicht gleichsam in Mithaftung für andere Schutzadressaten nehmen darf, wenn der Schutzeffekt diesen gegenüber (wenn überhaupt) nur außerordentlich gering ist. Hinzu treten nicht gerechtfertigte Differenzierungen innerhalb des Anwendungsbereichs des adressatenunabhängigen Teilwerbeverbots nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 RefE. Wollte man nicht schon aus all diesen Gründen die Angemessenheit der Grundrechtseingriffe verneinen, würde das Vorliegen einer sog. Inländerdiskriminierung von erheblicher Dimension, für die im konkreten Zusammenhang keinerlei sachliche Rechtfertigung erkennbar ist, ein weiteres Argument zur Annahme der Nicht-Angemessenheit liefern.



Professor Dr. iur. Martin Burgi

21. April 2023