

# Werbeverbote im Lebensmittelhandel und Verfassungsrecht

Dargestellt am Beispiel eines Gesetzesvorschlags zum Verbot der Preiswerbung für Fleisch und Fleischerzeugnisse\*

*Christoph Degenhart*

## *I. Werbeverbote und Verbotskultur – aktuelle Anlässe*

Im Zuge einer durch Covid und Klimakrise gleichermaßen beförderten Verbotskultur werden mehr und mehr Werbebeschränkungen und Werbeverbote propagiert. Abgesehen von einer einem urbanen Milieu entspringenden Fundamentalkritik an Werbung, vor allem Wirtschaftswerbung, die die Städte „werbefrei“ machen will<sup>1</sup>, sind es vor allem als gesundheits-, klima- oder jugendgefährdend eingeschätzte, gleichwohl legale Produkte, die im Fokus stehen. Beispielsweise ist die Werbung für Tabakerzeugnisse bereits weitestgehend untersagt und es bestehen inhaltliche Beschränkungen für die Werbung für Alkoholika, die auch für weitere Nahrungsmittel im Gespräch sind<sup>2</sup> – so auch bei einem rechtspolitischen Vorstoß zu Werbeverboten für Fleisch und Fleischerzeugnisse.

Staatliche Gesetzgebung bewegt sich hier auf einem schmalen Grat zwischen Fürsorge und Gesundheitsschutz einerseits, dirigistischer und regulativer Bevormundung andererseits. Dahingehende Tendenzen treffen auf eine mediale, gesellschaftliche wie politische Grundstimmung, die darauf abzielt, in den klassischen Konfliktfeldern des freiheitlichen Rechtsstaats im Spannungsfeld von Freiheit und Gleichheit, Sicherheit und Freiheit die Koordinaten zu Lasten der Freiheit, der persönlichen wie wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit, zu verschieben – durch Instrumente mittelbarer Verhal-

---

\* Der Beitrag beruht auf einem dem Bundesverband des Deutschen Lebensmittelhandels e.V. erstatteten Rechtsgutachten.

1 Siehe die Initiative „Berlin werbefrei“, <https://berlin-werbefrei.de/> (abgerufen am 17.2.2023); zum Verbot der Außenwerbung ab 2025 in Genf vgl. <https://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/werbeverbot-in-genf-albtraum-fuer-plakatkleber/27640758.html> (abgerufen am 18.2.2023).

2 Siehe z.B. <https://www.turi2.de/tag/werbung/page/2/> (abgerufen am 18.2.2023), Bündnis fordert Werbeverbot für ungesunde Lebensmittel, Meldung vom 7.11.2022.

tenssteuerung, durch „Nudging“<sup>3</sup>, aber eben auch durch das klassische Instrumentarium von Befehl und Zwang. Es zeichnet das Wirken der Jubilarin in besonderem Maße aus, dass sie auf der Grundlage eines liberalen Staats- und Verfassungsverständnisses derartigen Tendenzen stets engagiert entgegengetreten ist.

## *II. Werbeschränkungen für Fleisch und Fleischerzeugnisse – Inhalte und verfassungsrechtliche Fragestellung*

### *1. Angestrebte Verbotsinhalte*

Der rechtspolitische Vorstoß für ein Werbeverbot für Fleisch und Fleischerzeugnisse erfolgte vor allem als Reaktion auf seit Langem bekannte, weitgehend ignorierte, im Zuge der Covid-Krise aber manifest gewordene Missstände in der Fleischindustrie, in den Produktionsbedingungen wie den Arbeits- und Lebensumständen der Beschäftigten. Es waren vor allem die Preise für Fleisch und Fleischerzeugnisse, die hier als ursächlich gesehen wurden, insbesondere die Verbraucherpreise. Wie schon im Zuge der Klimadebatte wurde die Forderung vernehmbar\*, Fleisch müsse „teurer werden“<sup>4</sup>. Anstatt unmittelbar auf die Produktionsbedingungen einzuwirken, kam nun aus dem Fachressort des zuständigen Ministeriums die Anregung, die Werbung mit günstigen Preisen, Sonderangeboten u.ä. zu verbieten, verbunden mit einem Formulierungsvorschlag für eine in das Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb (UWG) einzufügende Bestimmung des Inhalts: „§ ... Werbung für Fleisch. In der Kommunikation für Werbe- und Marketingzwecke des Einzelhandels gegenüber dem Verbraucher gemäß § 13 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist eine Preisangabe für Fleisch im Sinne von Anhang I der Verordnung (EU) Nr. 853/2004 verboten.“<sup>5</sup>

---

3 Hufen, JuS 2020, 193 (199).

4 Vgl. z.B. Südkurier vom 9.7.2020: Fünf Gründe, warum Fleisch teurer werden muss, [www.suedkurier.de/ueberregional/politik/fuenf-gruende-warum-fleisch-teurer-werden-muss;art410924,10557812](http://www.suedkurier.de/ueberregional/politik/fuenf-gruende-warum-fleisch-teurer-werden-muss;art410924,10557812) (abgerufen am 17.2.2023) – an erster Stelle wird aufgeführt: Billiges Fleisch gleich billige Arbeitskräfte – ohne dass allerdings eindeutig klar würde, was Ursache, was Wirkung ist.

5 Schreiben der Bundesministerin für Ernährung und Landwirtschaft Klöckner vom 13.8.2020 an die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz.

Während anderweitig nur gefordert wurde, der „*unanständige Dumpingwettbewerb durch Preiswerbung für Fleisch*“ müsse „*beendet werden*“<sup>6</sup> oder es dürfe kein Verkauf unter Einstandspreis erfolgen<sup>7</sup>, zielte der Gesetzesvorschlag aus dem Bundeslandwirtschaftsministerium auf ein generelles Verbot, mit Preisen zu werben. Andere Stimmen wenden sich vor allem gegen die Werbung mit „Billigfleisch“.<sup>8</sup> Auch hier geht es vornehmlich darum, Werbung mit niedrigen Preisen wie überhaupt Preiswerbung zu beschränken oder zu verbieten. Gesetzliche Verbote, wie sie damit angestrebt werden, berühren intensiv die gewerbliche Tätigkeit des Einzelhandels. Preisangaben sind nahezu durchweg in der Werbung des Lebensmitteleinzelhandels über die unterschiedlichen Kanäle wie Prospekte oder Rundfunkwerbespots oder auch Werbung am *point of sale* enthalten – andernfalls hätte die Werbung für die Verbraucher nur geringen Informationswert.

Betroffen wäre der gesamte Lebensmitteleinzelhandel in seinen unterschiedlichen Werbekanälen. Werbung mit günstigen Preisen für Lebensmittel und besonders für Fleisch und Fleischprodukte findet sich regelmäßig in der Prospektwerbung, also in den Prospekten, die die großen Anbieter, aber auch große Verbrauchermärkte meist wöchentlich herausgeben und u.a. direkt durch Träger über die Hausbriefkästen verteilen; die Prospekte werden auch online gestellt. Dass es sich darin um besonders günstige Angebote handelt, wird häufig durch den Vergleich des aktuellen mit dem bisher gültigen Preis herausgestellt, etwa durch die Angabe einer prozentualen Preissenkung („42 Prozent günstiger“), also im Wege der Eigenpreisgegenüberstellung, für die bereits nach geltendem Recht Vorgaben des UWG zu beachten sind.<sup>9</sup> Werbeanzeigen werden in der Tagespresse oder auch in lokalen Anzeigenblättern geschaltet. Hier sind es nicht nur

---

6 So der damalige stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU Nüßlein, [https://www.focus.de/politik/deutschland/schlechte-arbeitsbedingungen-in-schlachthoefen-unionpolitiker-keine-werbung-mehr-fuer-billigfleisch\\_id\\_11988620.html](https://www.focus.de/politik/deutschland/schlechte-arbeitsbedingungen-in-schlachthoefen-unionpolitiker-keine-werbung-mehr-fuer-billigfleisch_id_11988620.html), dpa-Meldung vom 14.5.2020 (abgerufen am 17.2.2023).

7 Die damalige Landwirtschaftsministerin NRW, Heinen-Esser, zitiert nach <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/heinen-esser-fordert-verbot-von-werbung-fuer-billigfleisch> (abgerufen am 1.8.2020).

8 So noch vor Corona etwa Greenpeace: <https://www.nordbayern.de/region/nuernberg/greenpeace-nurnberg-fordert-werbeverbot-fur-billigfleisch-1.9768078> (abgerufen am 17.2.2023).

9 Zur Eigenpreisgegenüberstellung unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten siehe *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rdn. 3.105; *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rdn. 365 f.; auch EuGH NJW 1993, 3187, Rdn. 17, wonach derartige Gegenüberstellungen sehr

die „großen Vier“, die für ihre Angebote werben. Auch lokale Verbrauchermärkte und Betriebe des Einzelhandels schalten Anzeigen in der lokalen Presse, auch örtliche Fleischereifachgeschäfte werben, wenn auch meist auf einem höheren Ausgangsniveau, mit Sonderangeboten für ihre Erzeugnisse. Es sind also keineswegs nur die großen Lebensmittelkonzerne und Handelsketten, die von Werbeverboten betroffen wären.

## 2. Regulierungsansätze

Soweit für Verbote oder Beschränkungen der Preiswerbung im Lebensmitteleinzelhandel der Ansatz im Wettbewerbsrecht gesucht werden soll, ist zu vergegenwärtigen, dass es sich hierbei um wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässige Werbemaßnahmen handelt, Werbepraktiken wie irreführende Werbung für einen nur vermeintlich günstigen Angebotspreis oder Lockvogelangebote<sup>10</sup>, unter bestimmten Voraussetzungen auch die – grundsätzlich zulässige – Preisgegenüberstellung<sup>11</sup> aber bereits nach geltendem Wettbewerbsrecht unzulässig sind. Für Verkäufe von Lebensmitteln unter dem Einstandspreis<sup>12</sup> gilt zudem das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB<sup>13</sup>, das sich jedoch gemäß der Definition des Abs. 3 Satz 3 auf den vom Händler seinem Lieferanten gezahlten Preis bezieht, also nicht auf die Gestehungskosten im Sinn der Forderung, Fleisch dürfe nicht billiger verkauft werden, als es produziert wurde.

Sollte kein generelles Verbot der Preiswerbung für Fleisch- und Fleischprodukte angestrebt werden, sondern es um „Billigfleisch“ gehen, so bedarf es hierfür nachvollziehbarer Kriterien. In der aktuellen Diskussion ist damit in erster Linie Fleisch gemeint, das unter häufig kritikwürdigen Bedingungen zu niedrigen Gestehungskosten produziert wurde und zu entsprechend niedrigen Preisen verkauft wird. Ob also Fleisch und Fleischerzeugnisse als „Billigfleisch“ oder billig eingestuft werden, hängt maßgeblich von sub-

---

nützlich sein können, um es dem Verbraucher zu ermöglichen, seine Wahl in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen (zu § 6e UWG a.F.).

10 *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rdn. 361, 371.

11 Zur Eigenpreisgegenüberstellung BGH GRUR 2003, 804: *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rdn. 361, 365 f.: Wenn der vorgehende Preis über unangemessen kurze Zeit gegolten hatte, bei „Mondpreisen“.

12 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 41. Aufl. 2023, § 4 Rdn. 4.185 ff., 5.14 ff. Vgl. zu Preisunterbietung und Verkauf unter Selbstkosten; zu Sonderangeboten *Bornkamm/Feddersen* a.a.O. § 5 Rdn. 3.45 ff.

13 Näher *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rdn. 420.

jektiven Kriterien ab. Für eine gesetzliche Beschränkung, insbesondere für gesetzliche Verbote, bedarf es jedoch verlässlicher und nachvollziehbarer Kriterien.

Eine Regulierung der Werbung für Fleisch und Fleischprodukte unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung oder des Verbots der Werbung für „Billigfleisch“ stünde damit vor der Notwendigkeit einer Konkretisierung dieses zentralen Merkmals eines Verbotstatbestandes. Der Gesetzgeber wäre gehalten, nachvollziehbare Kriterien für die Bewertung von Werbeinhalten zu entwickeln, soll eine Regulierung sich nicht auf bestimmte Werbeformen wie Sonderangebote, Eigenpreisvergleiche und Rabattaktionen wie „3 zum Preis für 2“ beschränken<sup>14</sup> oder bestimmte werbende Aussagen wie „im Preis gesenkt“ oder „vorteilhafte Großpackung“ untersagen oder sich auf die formale Gestaltung der Anzeigen beschränken.

### 3. Verfassungsrechtliche Fragestellung – betroffene Grundrechte

Wirtschaftswerbung fällt in den Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Sie erfasst mit der Freiheit der unternehmerischen Berufsausübung<sup>15</sup> auch die Werbung als berufliche Außendarstellung<sup>16</sup> und ebenso die Freiheit der Preisbildung, die Preisfreiheit<sup>17</sup> und schützt das berufsbezogene Verhalten am Markt<sup>18</sup> nach den Grundsätzen des Wettbewerbs.<sup>19</sup> Die

---

14 Eine dahingehende Regelung ist in Frankreich mit dem „Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable“ vom 30.10.2018 – Loi EGalim – in Kraft getreten; es sieht die Begrenzung von Sonderaktionen („promotions“) sowie Verkäufen unter Einstandspreis nach Wert und Volumen vor. „Cela permettra de faire en sorte de mieux rémunérer les agriculteurs ... Fini par exemple le „2 pour le prix d'1“; <https://agriculture.gouv.fr/egalim-ce-que-contient-la-loi-agriculture-et-alimentation> (abgerufen am 4.8. 2020); das Gesetz enthält ein umfangreiches Maßnahmenpaket („Renforcer le bien-être animal“).

15 Vgl. *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019), Rdn. 45 f.

16 Vgl. BVerfGE 85, 248 (256); 97, 173 (181); 111, 366 (373); BVerwGE 124, 26 Rdn. 16; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 12, Rdn. 12; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12, Rdn. 67.

17 *Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rdn.89; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 12, Rdn.69 f.; BVerfGE 134, 204, Rdn. 66.

18 BVerfGE 115, 205, Rdn. 98148, 20, Rdn. 27; vgl. auch *Ruffert*, Beck-OK (2022), Art. 12, Rdn. 159.

19 *Brenner*, Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, HGR V (2013), § 115 Rdn. 9; BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137).

Europäische Grundrechtecharta garantiert in Art. 16 die unternehmerische Freiheit. Staatliche Maßnahmen, die geschäftliche oder berufliche Werbung beschränken, sind regelmäßig Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung.<sup>20</sup> Auch wird Wirtschaftswerbung – darunter ist jede Äußerung zu verstehen, die das Ziel hat, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen oder das Image eines Produkts, eines Unternehmens, einer Branche zu fördern – vom Grundrechtstatbestand der Meinungsfreiheit umfasst.<sup>21</sup>

Im Schwerpunkt allerdings würde sich eine Regulierung der Werbung und insbesondere die vorgeschlagene Ergänzung des UWG durch ein Verbot der Preiswerbung gegen die Freiheit der Berufsausübung des Handels richten, die Handelsunternehmen also in der Freiheit des Wettbewerbs beschränken. Aufgrund dieser spezifischen Zielrichtung sind hier die avisiereten Werbeverbote vorrangig am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen<sup>22</sup>, ohne dass dadurch die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG verdrängt würden.<sup>23</sup>

### III. Verbot der Preiswerbung als Verstoß gegen Art. 12 GG

#### 1. Grundrechtseingriff

Beschränkungen der Werbung für bestimmte Produkte, wie inhaltliche Beschränkungen dergestalt, dass mit bestimmten Angaben, bestimmten Eigenschaften, Qualitäten oder Wirkungen des beworbenen Produkts nicht geworben werden darf oder Preisvergleiche unzulässig sein sollen, Verbote bestimmter Werbeformen wie Rabattaktionen oder Sonderangebote oder formale Vorgaben etwa des Inhalts, dass der Preis nicht besonders auffällig herausgestellt werden darf, wirken als Eingriff in das Grundrecht der

---

20 BVerfGE 85, 248 (256), 94, 372 (389); *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG (2022), Art. 12, Rdn. 108.

21 So die mittlerweile ganz überwiegende Auffassung des Schrifttums, vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2018, Art. 5, Rdn. 62; *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 162 Rdn. 23; *Starck/Paulus*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 5, Rdn. 25; *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG I, 7. Aufl. 2021, Art. 5, Rdn. 30.; *di Fabio*, NJW 1997, 2863; *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, Beck-OK Informations- und Medienrecht (2022), Art. 5, Rdn. 26 ff.; *Kübler*, Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenkommunikation, 2008, S. 86 f.; *Friauf/Höfiling*, AfP 1985, 249 ff.

22 Vgl. BVerfGE 85, 248 (256 ff.): „in erster Linie“ Art. 12 Abs. 1 GG betroffen.

23 BVerfG, a.a.O.

Berufsfreiheit. Sie zielen auch unmittelbar darauf ab, die Unternehmen in bestimmten Bereichen ihrer Tätigkeit, insbesondere dem der Produktinformation und Außendarstellung und damit auch in ihrem Verhalten im Wettbewerb, zu beschränken<sup>24</sup>, sind also von evident berufsregelnder Tendenz.<sup>25</sup> Zur Rechtfertigung des Eingriffs bedarf es verfassungsrechtlich legitimer Gründe. Dies gilt für den hier beispielhaft beschriebenen Gesetzesvorschlag zur Einfügung eines Preiswerbeverbots für Fleisch und Fleischerzeugnisse wie generell für produktbezogene Werbeverbote für den Handel.

## 2. Legitime Gesetzeszwecke?

### a) Produktionsbedingungen – höhere Standards

Die schlichte Forderung, ein Produkt müsse „teurer werden“, trägt als Eingriffsziel seine Rechtfertigung nicht in sich. Vielmehr müssen gerade der damit angestrebten Verteuerung legitime öffentliche Belange zugrunde liegen, dies insbesondere auch dann, wenn Verbote oder Einschränkungen der Werbung bewirken sollen, dass Produkte teurer werden, Fleisch also nicht zu billig verkauft, nicht zu „Dumping-Preisen verramscht“ werden soll. Einen legitimen Gemeinwohlbelang bezeichnet fraglos das Anliegen höherer Standards in den Produktionsbedingungen. Hier steht der Staat in der Verantwortung.<sup>26</sup> Vor allem als Reaktion auf die Covid-19-Ausbrüche in der Fleischindustrie und die dortigen Produktions- und Arbeitsbedingungen wurden die Preise für „Billigfleisch“ kritisiert. Grundrechte begründen hier staatliche Schutzpflichten. Eine Handlungspflicht, Gesundheits- und Hygienierisiken vorzubeugen, folgt aus dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit.<sup>27</sup> Für die Bedingungen der Tierhaltung wirkt das Staatsziel des Tierschutzes in Art. 20a GG legitimierend, soweit es um die Begrenzung

---

24 Vgl. *Burgi*, BonnK, Art. 12 I (2019), Rdn. 132, BVerfGE 37, 1 (18).

25 *Burgi*, BonnK, Art. 12 I (2019), Rdn. 138.

26 Siehe auch zum Regierungsentwurf für ein Arbeitsschutzkontrollgesetz: Kernaufgabe staatlichen Handelns, Rahmenbedingungen für gesunde, sichere und menschenrecht gestaltete Arbeitsbedingungen zu schaffen, [www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-arbeitsschutzkontrollgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-arbeitsschutzkontrollgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (abgerufen am 31.7.2020).

27 Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rdn. 150 ff., 583 f.; *Callies*, Schutzpflichten, HGR II, 2006, § 44 Rdn. 6; BVerfGE 56, 54 (78); 77, 174 (201); 85, 191 (212), stRSpr.

schädlicher Umweltauswirkungen geht, das Staatsziel des Umwelt- und Klimaschutzes. Hier allerdings erschiene es naheliegend, die unmittelbar Verantwortlichen in Anspruch zu nehmen, insbesondere dann, wenn gesetzliche Anforderungen<sup>28</sup> nicht eingehalten sind. Dies ist in erster Linie eine Frage der Verhältnismäßigkeit.

## b) Steuerung der Konsumgewohnheiten?

Einer angestrebten Einflussnahme auf die Konsumgewohnheiten der Verbraucher mögen an sich bedenkenswerte Erwägungen umwelt- und klimapolitischer wie auch gesundheitspolitischer Natur zugrunde liegen. Gleichwohl begäbe sich der Gesetzgeber mit dem Versuch, auf die private Lebensführung nicht nur im Wege staatlicher Informationspolitik<sup>29</sup>, sondern über unmittelbare Eingriffe in die Freiheit der Marktkommunikation Einfluss zu nehmen, auf verfassungsrechtlich ungesichertes Terrain. Der damit vorgezeichnete „Weg edukatorischer Bevormundung“ könnte „sich auf weitere Bereiche ausdehnen“ und dann „erstickend“ wirken.<sup>30</sup> So ist es allenfalls in sehr engen Grenzen legitimiert, erwachsene Menschen anzuhalten, ein „gutes Leben“ zu führen<sup>31</sup>, sie entgegen der Freiheitsgewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG von unvernünftigen oder auch selbstschädigenden Verhaltensweisen abzuhalten.<sup>32</sup> In Anbetracht des Verfassungs-rangs der Schutzgüter Umwelt und Klima kann es legitime Zielsetzung des Gesetzgebers sein, dem Verbrauch als umwelt- oder klimaschädlich eingestufte Produkte entgegenzuwirken<sup>33</sup> – was jedoch keineswegs bedeutet, dass der Staat den Bürger auf diesem Wege beliebig zu bestimmten Verhaltensweisen im privaten Bereich veranlassen dürfte, sei es auch nur mittelbar durch finanzielle Anreize bzw. Belastungen.<sup>34</sup>

---

28 Vgl. zur Kastenstandhaltung siehe OVG Magdeburg RdL 2016, 79 und BVerwG RdL 2017, 77.

29 Vgl. *Hufen*, JuS 2020, 193 (199) zu „Nudging“.

30 BVerfGE 121, 317 (388) – Sondervotum des Richters Masing.

31 BVerfGE 121, 317 (385) – Sondervotum des Richters Masing.

32 *Rixen*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 2, Rdn. 209 ff.; *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 (2001) Rdn. 50; – für Minderjährige siehe demgegenüber BVerfG NJW 2012, 1062 – Sonnenstudioverbot –; BVerfGE 83, 130 – Jugendschutz vor Pornographie –; einen nicht repräsentativen Einzelfall bezeichnet BVerfGE 60, 123, vgl. *Hufen*, JuS 2020, 193 (198).

33 BVerfGE 110, 274.

34 Vgl. auch *Hufen*, JuS 2020, 193 ff.



### c) Verbraucherschutz?

Verbraucherschutz kann im Rahmen des UWG Werbeverbotes nur insoweit legitimieren, als unlautere Werbepraktiken unterbunden werden sollen, wie dies bereits der Fall ist etwa für irreführende Werbung oder Lockvogelangebote.<sup>35</sup> Dies entspricht dem Schutzzweck des Lauterkeitsrechts, dem Schutz vor unlauteren Geschäftspraktiken gemäß § 1 Satz 1 UWG.<sup>36</sup> Dem dient auch ein Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis, der für Lebensmittel zudem unter das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB fällt. Für Werbeverbote mit dem Ziel, den Preiswettbewerb generell einzuschränken oder zu verbieten und die Produkte zu verteuern, kann hierauf nicht zurückgegriffen werden. Dass die Werbung für bestimmte (legale) Produkte generell wettbewerbswidrig sein könnte, ist dem UWG nicht zu entnehmen. Ein generelles Verbot der Preiswerbung würde dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts, das ja Wettbewerb ermöglichen und nicht unterbinden will, zuwiderlaufen und wäre innerhalb des UWG systemwidrig. Es stünde zudem im Widerspruch zum Verbraucherleitbild des UWG<sup>37</sup> und damit auch im Widerspruch zum Grundsatz grundrechtlicher Privatautonomie, die diesem Verbraucherleitbild zugrunde liegt. Auch das Wettbewerbsrecht öffnet keinen Weg zu edukatorischer Bevormundung.

## 3. Verhältnismäßigkeit

### a) Zweckerreichung und Geeignetheit

Aus den vorstehenden Erwägungen zu Werbeverboten folgt insbesondere für den Gesetzesvorschlag zum Verbot der Preiswerbung für Fleisch und Fleischerzeugnisse, dass der Gesetzgeber sich hierbei in seinen möglichen Zielsetzungen auf verfassungsrechtlich schmalere Basis bewegen würde. Schon deshalb bestehen angesichts der Eingriffsintensität der angestrebten Verbote durchgreifende verfassungsrechtliche Einwände unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit. Sie erstrecken sich auch auf die Geeignetheit der Gesetzesvorschläge. Auch wenn hierbei dem Gesetzgeber eine Ein-

---

35 Näher dazu vorstehend II.2.

36 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 41. Aufl. 2023, Einl. Rdn. 2.17.

37 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 41. Aufl. 2023, § 1 Rdn. 30; zum Leitbild des verständigen Verbrauchers im Recht der EU siehe Streinz, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rdn. 933; ders., in: Festschrift Köhler, 2014, S. 745 (746 ff.).

schätzungsprärogative einzuräumen, die Möglichkeit der Zweckerreichung ausreichend ist<sup>38</sup>, ist doch der zu erwartende Grad der Zweckerreichung verfassungsrechtlich nicht irrelevant. Die Angemessenheit der Maßnahme erfordert es, einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Eingriffsgewicht der Regelung und dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel sowie der zu erwartenden Zielerreichung herzustellen.<sup>39</sup>

Auch wenn die Annahme, ein Verbot der Preiswerbung würde ein Produkt „teurer werden“ lassen, angesichts des dann fehlenden preisdämpfenden Effekts des Wettbewerbs vertretbar erscheint, besagt dies noch wenig über den mit dem Instrument einer Verteuerung angestrebten, den Eingriff erst legitimierenden eigentlichen Gesetzeszweck, im Fall des vorgeschlagenen Preiswerbeverbots für Fleisch und Fleischerzeugnisse also in erster Linie die Verbesserung der Produktionsbedingungen im Interesse des Arbeitsschutzes, des Tierschutzes, möglicherweise auch des Umwelt- und Klimaschutzes und des Verbraucherschutzes. Die Annahme, allein deshalb, weil im Lebensmitteleinzelhandel etwas höhere Preise bezahlt würden, müssten sich die Produktionsbedingungen verbessern, erscheint nicht zwingend, zumal dann, wenn der Lebensmitteleinzelhandel weder der einzige noch – neben Export und Großhandel – der bedeutsamste Vertriebskanal ist.<sup>40</sup>

Die Erwartung, aufgrund von Werbeverböten über höhere Preise im Einzelhandel, also auf dieser letzten Stufe der Lebensmittellieferkette, zu verbesserten Produktionsbedingungen zu gelangen, beruht auf der Annahme, auf den vorgehenden Stufen der Preisbildungskette würde der Preisdruck gemindert und sich eine etwaige verbesserte Ertragslage in verbesserten Produktionsbedingungen niederschlagen. Dies würde Prognoseentscheidungen erfordern, die nicht nur auf ungesicherter Tatsachenbasis beruhen, sondern auch die relevanten Preisbildungsfaktoren in der Lebensmittellieferkette außer Acht lassen.

---

38 BVerfGE 148, 40, Rdn. 37; 115, 276 (308); 126, 112 (144); 145, 20, Rdn. 152; 155, 348 Rdn. 10.

39 BVerfGE 148, 40, Rdn. 49.

40 Nach Angaben des BVLH werden bei Fleisch nur 32 % über den Lebensmittelhandel abgesetzt, HDE-Handelsreport Frischmärkte, 2020. S. 17.

## b) Angemessenheit – Gesamtabwägung

Bereits dies spricht gegen die Angemessenheit des angestrebten Preiswerbeverbots, das damit nur über eine Reihe von Zwischenstufen in Beziehung zum eigentlichen Gesetzesziel gesetzt werden kann und auf ungesicherten und wenig plausiblen Erwartungen vager Kausalverläufe beruht.<sup>41</sup> Während sich andererseits der Grundrechtseingriff umso eher rechtfertigen lässt, je enger der Bezug von Vorschriften zu einem Schutzgut ist<sup>42</sup>, erlangt das Grundrecht – hier also der Berufsfreiheit – in der Abwägung umso höheres Gewicht, wenn sich der Grundrechtseingriff in dieser Weise vom Schutzgut entfernt.

Die Zumutbarkeit eines Eingriffs hängt zunächst entscheidend von dessen Schwere ab; sie ist Ausgangspunkt der gebotenen Gesamtabwägung.<sup>43</sup> Werbeverbote, mögen sie in der Schrankensystematik der Berufsfreiheit auch auf der Stufe der Berufsausübung zu verorten sein, bedeuten gerade für den Einzelhandel Eingriffe von hoher Intensität. Denn sie treffen die Handelsunternehmen im Kern ihrer beruflichen und unternehmerischen Betätigung, für die Werbung ein Essential darstellt, nicht etwa nur einen Randaspekt.<sup>44</sup> Sie betreffen auch nicht die bloßen Rahmenbedingungen des Wettbewerbs.<sup>45</sup> Handel zu treiben, ob auf dem Wochenmarkt oder im Supermarkt, bedeutet notwendig auch, die Ware zu bewerben, sie im Wortsinn „anzupreisen“. Ohne deutliche Preisangaben ist Werbung für den Adressaten nicht aussagekräftig. Ihr Verbot berührt damit beim Handel, insbesondere beim Einzelhandel, die Berufsfreiheit als unternehmerische Freiheit in ihrem Kernbereich, wie auch die unternehmerische Freiheit als Freiheit der Preisgestaltung.<sup>46</sup> Auch sie kann beeinflusst werden bei dirigistischen Eingriffen in die Preiswerbung. Werbeverbote bewirken also intensive Grundrechtseingriffe. Gegenüber dem Einzelhandel, der essentiell auf

---

41 Siehe zur Notwendigkeit einer hinreichend gesicherten Grundlage für die Einschätzung und deren verfassungsgerichtlicher Überprüfung BVerfGE 123, 186 (241); *Kluckert*, JuS 2015, 116 (120).

42 BVerfGE 107, 186 (197); *Burgi*, BonnK, Art. 12 I (2019), Rdn. 217.

43 Siehe zur Methodik *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20, Rdn. 121.

44 Wie bei BVerfGE 85, 248 (261) für die ärztlichen Heilberufe, vgl. BVerfGE 85, 248 (261): Berührung nicht des Kernbereichs der Berufsausübung, der ärztlichen Heilbehandlung, sondern des Randbereichs der öffentlichen Darstellung der ärztlichen Tätigkeit.

45 Vgl. BVerfGE 155, 238 Rdn. 96.

46 *Breuer*, Freiheit des Berufs, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rdn. 89.

Werbung angewiesen ist, beschränken sie die Freiheit der Berufsausübung in einem Kernbereich.

In der Gesamtabwägung mögen dem durchaus legitime Eingriffsziele gegenüberstehen, wie sie zumindest mittelbar über ein Werbeverbot angestrebt werden. Die abstrakte Bewertung ist jedoch nicht entscheidend. Ausschlaggebend in der Abwägung ist vielmehr eine konkret fallbezogene Gewichtung.<sup>47</sup> Hierfür ist einerseits die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung in die Abwägung einzustellen, andererseits die Bedeutung für die Gesetzeszwecke, der Nutzeffekt oder Ertrag der in Aussicht genommenen Regelungen. Dies bedeutet im Fall des vorgeschlagenen Verbots einer Preiswerbung für Fleisch und Fleischprodukte: Intensiven, die Berufsfreiheit hier in einem Kernbereich treffenden Grundrechtseingriffen stehen verhältnismäßig geringe und ungesicherte fördernde Auswirkungen auf mögliche Gesetzeszwecke gegenüber. Der Eingriff wiegt umso schwerer, als er beim letzten Glied der Lebensmittellieferkette ansetzen würde, nicht aber bei den für die Produktionsbedingungen, um die es ja vor allem geht, primär Verantwortlichen, also den Erzeuger- und Verarbeitungsbetrieben. Dem nicht unmittelbar Verantwortlichen, also dem Lebensmittelhandel, erhebliche Nachteile zuzufügen, ihn in die Position des „Störers“ zu drängen, ohne die primär Verantwortlichen in Anspruch zu nehmen, erschiene sachlich nicht gerechtfertigt und willkürlich.<sup>48</sup>

#### IV. Kommunikationsfreiheiten – Art. 5 Abs. 1 GG

##### 1. Marktkommunikation und Meinungsfreiheit

Schon begrifflich sind Werbeaussagen, die eine subjektive, wertende Aussage über die Qualität eines Gegenstands, eines Leistungsangebots enthalten und den Adressaten in ihrem Sinn beeinflussen wollen, Meinungsäußerungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG<sup>49</sup>; ihr meinungsbildender

---

47 Zu abstrakter und konkreter Abwägung siehe *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 38. Aufl. 2022, Rdn. 431 ff.

48 Hierzu im Rahmen der Gesamtabwägung siehe *Burgi*, BonnK, Art. 12 I (2019), Rdn. 219, unter Verweis auf BVerfGE 121, 317 (Rauchverbot in Gaststätten).

49 Vgl. etwa *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 162 Rdn. 23.

Charakter ist insoweit unbestreitbar.<sup>50</sup> Dies gilt auch für produktbezogene Kommunikation, die sich auf Tatsachenangaben beschränkt, da auch Tatsachenmitteilungen, die ihrerseits meinungsbildend wirken, als Meinungsäußerungen einzuordnen sind.<sup>51</sup> Jegliche freiheitliche Ordnung, auch in Teilbereichen wie dem der Wirtschaftsfreiheiten, setzt freie Kommunikation voraus.<sup>52</sup> Wenn Investitions- und Konsumententscheidungen in grundrechtlicher Privatautonomie getroffen werden, so bedingt dies informierte Marktteilnehmer<sup>53</sup> und damit sowohl Freiheit der Information<sup>54</sup> als passive Kommunikationsfreiheit, wie auch die ihr entsprechende aktive Kommunikationsfreiheit der Freiheit der Äußerung. Dies bedeutet auch die Freiheit der Auseinandersetzung im Wettbewerb.

## 2. Meinungsrelevanz der Werberegulierung – Eingriffswirkung

Dieser grundrechtlichen Zuordnung der Werbung entspricht die Meinungsrelevanz der Werberegulierung. Sie kann typischerweise, und gerade im hier anstehenden Zusammenhang eines Preiswerbeverbots für bestimmte Lebensmittel, als Ausdruck einer prinzipiellen staatsseitigen Missbilligung bestimmter – legaler und grundrechtlich geschützter<sup>55</sup> – Verhaltensweisen und Konsumgewohnheiten aufzufassen sein. Hierin sind sie häufig Ausdruck aktueller politischer oder gesellschaftlicher Stimmungslagen<sup>56</sup>, Ausdruck aber auch einer Tendenz zu einem paternalistischen Staatsverständnis, gerichtet auf ein Handeln „zum Wohl“ des Betroffenen unabhängig von seinem Willen.<sup>57</sup> Dies bedeutet hohe Meinungsrelevanz.<sup>58</sup> Marktcommunication, auch als Werbung, ist Teil eines „Staat und Gesellschaft übergreifenden wirtschafts-, gesundheits- und verbraucherpolitischen Diskurses“.<sup>59</sup>

---

50 Kühling, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 481.

51 Näher Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017), Rdn. 112 ff.

52 Ähnlich di Fabio, AfP 1998, 564 (569).

53 Vgl. BVerfGE 105, 252 (266 f.) für staatliche Informationsaufgaben bei Marktversagen.

54 BVerfGE 105, 252 (266 f.).

55 Vgl. di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 (2001), Rdn. 50 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

56 Paulus, WRP 1990, 22 (25).

57 Vgl. zum Begriff etwa Eidenmüller, JZ 2011, 814 (815).

58 Vgl. Fiedler, JZ 2006, 320 (321).

59 Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, 6. Aufl. 2018, § 25 Rdn. 9 unter Verweis auf Ladeur, NJW 2004, 393; Arens JZ 2004, 763.

Ein Gesetz, das die Verbreitung bestimmter Informationen wie auch Werbeaussagen – und seien es nur Preisinformationen – untersagt, ist damit in Bezug auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit von spezifischer Eingriffsintensität. Dies in zweifacher Hinsicht: zum einen dadurch, dass die Verbreitung von Informationen erschwert oder unterbunden werden soll, zum anderen dadurch, dass damit die – auch anderweitig zu beobachtende<sup>60</sup> – Tendenz verbunden ist, Marktkommunikation staatlicherseits über die Grenzen verfassungsrechtlich legitimer staatlicher Informationstätigkeit<sup>61</sup> hinaus zu beeinflussen und zu regulieren. Dies umso mehr, wenn eine Verbotsgesetzgebung in ethisch-moralischer Motivation erfolgt.

### 3. Verhältnismäßigkeit?

Eine Ergänzung des UWG durch ein Verbot der Preiswerbung für bestimmte Lebensmittel wäre in diesem Sinn kommunikationsrelevant. Auch soweit es zumindest mittelbar „dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dient“<sup>62</sup>, muss es dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen. Dass die Handelsunternehmen anderweitig über ihre Produkte informieren, dass sie etwa mit besonderer Qualität, regionaler Herkunft, umwelt- und tierfreundlicher Produktion werben können, mildert ein Verbot der Preiswerbung in seiner Eingriffsintensität nicht entscheidend ab. Denn zum einen ist Werbung ohne Preisangabe nicht hinreichend aussagekräftig. Vor allem aber ist es im Rahmen der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG Sache des Grundrechtsträgers, in grundrechtlicher Privatautonomie zu bestimmen, was er für wichtig oder mitteilenswert hält.<sup>63</sup> Da in die Abwägung zur Zumutbarkeit des Eingriffs maßgeblich dessen Ertrag oder Nutzeffekt im Hinblick auf die Ziele des Gesetzgebers einzustellen ist<sup>64</sup>, sind Werbeverbote auch dann unverhältnismäßig, wenn der Gesetzgeber mit ihnen zum Schutz des Verbrauchers beitragen wollte. Auch soweit der Gesetzgeber also verfassungsrechtlich

---

60 So waren in zeitlichem Zusammenhang Forderungen nach einem Werbeverbot für Fastfood im Fernsehen zu vernehmen, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article212914738/Gruene-wollen-TV-Werbung-fuer-Fast-Food-verbieten.html>. (abgerufen am 21.8.2020); die Liste ließe sich beliebig verlängern.

61 BVerfGE 105, 252 (269); Degenhart, AfP 2010, 234 (327 f.); 2020, 185 Rdn. 12 ff.

62 BVerfGE 124, 300 (322).

63 BVerfGE 33, 1 (14); Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017), Rdn. 109.

64 Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20, Rdn. 118, Kluckert, JuS 2015, 116 (119): „Nutzeffekt“; vgl. auch BVerfGE 121, 317 (363).

legitime Gemeinwohlziele verfolgt, vermögen diese den Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung ebenso wenig zu rechtfertigen wie die Eingriffe in die freie Berufsausübung.

Ein Werbeverbot stünde mithin im Widerspruch auch zur Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Insbesondere als Verbot der Preiswerbung wäre es verfassungswidrig. Ob gewisse Vorgaben für die Gestaltung der Werbung ungeachtet ihrer Eingriffswirkung gerechtfertigt werden könnten, hängt von deren konkreter Ausgestaltung ab. Generelle Werbeverbote können verfassungsrechtlich jedoch nicht gerechtfertigt werden. Dies gilt auch für Preisinformationen als essentiellen Bestandteil der Werbung im Einzelhandel.

#### *V. Fazit – Handlungsoptionen und Kohärenz*

Im Ergebnis wäre damit ein Werbeverbot, insbesondere in der Gestalt eines Preiswerbeverbots, unverhältnismäßig. Ob etwaige formale oder inhaltliche Vorgaben für Werbung unterhalb dieser Schwelle noch zumutbar wären, hängt von deren konkreter Ausgestaltung und auch davon ab, ob sie Teil eines kohärenten Schutzkonzepts sind.<sup>65</sup> Sowohl im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG als auch im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG ist nicht von vornherein ausgeschlossen, innerhalb der Lebensmittellieferkette den Lebensmittelhandel in ein kohärentes Schutzkonzept einzubeziehen. Dies bedeutet andererseits: Ohne ein tragfähiges kohärentes Konzept, in das etwaige, strikt auf das Maß des Zumutbaren begrenzte Vorgaben für Art und Weise der Werbung eingebunden sind, wäre ein Zugriff gerade auf den Lebensmittelhandel willkürlich. Ein kohärentes Schutzkonzept zu entwickeln würde also bedeuten, bei den Erzeuger- und Verarbeitungsbetrieben anzusetzen und für diese Stufen der Lebensmittellieferkette bestimmte verbindliche Standards und Qualitätsstufen festzusetzen, wie auch nach Maßgabe der Kriterien für staatliches Informationshandeln<sup>66</sup> Verbraucheraufklärung zu betreiben. In diesem Rahmen mag daran gedacht werden, den Lebensmittelhandel einzubeziehen, im Wege formaler oder inhaltlicher Vorgaben für einzelne Marketinginstrumente, ohne aber die Werbefreiheit

---

65 Vgl. *Burgi*, BonnK, Art. 12 Abs. 1 (2019), Rdn. 219.

66 BVerfGE 105, 252 (266 f.); *Degenhart*, K&R Beihefter 1/2016 zu Heft 6 und AfP 2018, 189; AfP 2020, 185.

*Christoph Degenhart*

in den zentralen Elementen auszuhöhlen. Zu diesen zentralen Elementen der Werbefreiheit zählt auch die für den Einzelhandel essentielle Werbung mit Information über Preise.