

Werbeverbot für Fleisch?

Rechtsgutachten



Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Davina Bruhn *
Séverin Pabsch
André Horenburg

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

21.01.2021
00570/20 /DB /st
Mitarbeiterin: Sabine Stefanato
Durchwahl: 040-278494-16
Email: stefanato@rae-guenther.de

RECHTSGUTACHTEN

zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit eines Werbeverbots für Fleischprodukte sowie eines Werbeverbotes für sogenanntes Billigfleisch

im Auftrag von Greenpeace e.V., Hongkongstraße 10, 20457 Hamburg,

erstellt von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Wollenteit,

Rechtsanwälte Günther - Partnerschaft, Mittelweg 150, 20148 Hamburg

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Inhalt

I.	Ausgangspunkt und Gutachtenfrage.....	5
II.	Definition Werbung.....	7
III.	Gutachtenfrage.....	8
IV.	Verfassungsrechtliche Beurteilung eines generellen Werbeverbotes für Fleisch	8
A.	1. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	8
	1. Abwehrrecht	8
	a) Sachlicher Schutzbereich.....	8
	b) Persönlicher Schutzbereich.....	11
	c) Eingriff.....	11
	d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	12
	(1) Ausreichende Gründe des Allgemeinwohls.....	13
	(a) Gesundheitsschutz.....	14
	(b) Entlastung des Gesundheitssystems	16
	(c) Tierschutz	16
	(d) Verbraucherschutz: Desinformierendes Missverhältnis insbesondere zwischen konventioneller und ökologischer Landwirtschaft	18
	(e) Klima- und Umweltschutz	19
	(f) Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft.....	22
	(2) Verhältnismäßigkeit.....	22
	(a) Geeignetheit	23
	(i) Produktionsverringerung.....	23
	(ii) Wirkungskette Produktionsverringerung – Zielerreichung..	23
	(iii) Wirkungskette Werbeverbot – Produktionsrückgang.....	24
	(iv) Entspannung des Marktes	27
	(v) Informationsfreiheit und Verbraucherschutz	28
	(vi) Fazit.....	29
	(b) Erforderlichkeit	29
	(i) Quantitatives partielles Werbeverbot.....	29
	(ii) Qualitatives partielles Werbeverbot.....	30
	(iii) Warnhinweise	32
	(iv) Direkte staatliche Regulierung der Produktion.....	32

(v) Informationsangebote, staatliche Werbung gesundheitsfördernder Produkte	33
(vi) Steuererhöhung auf bestimmte Fleischprodukte	34
(vii) Subventionierung sozial folgenreicher Lebensmittel	34
(viii) Fazit zur Erforderlichkeit	34
(c) Angemessenheit	34
(i) Abstraktes Wertverhältnis	35
(ii) Konkrete Ausfüllung der Positionen	35
(iii) Fazit	37
B. Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG	37
C. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG	38
a) Schutzbereich	38
b) Eingriff	40
c) Schrankenvorbehalt	40
d) Verhältnismäßigkeit	42
V. Vereinbarkeit des generellen Werbeverbotes mit Unionsrecht	45
A. Regelungskompetenz des Mitgliedsstaates	45
a) Richtlinie 2006/114/EG (Werbe-RL)	45
b) Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie)	46
(1) Nationale Bestimmung der Gesundheit und Sicherheit, Art. 3 Abs. 3 UGP-RL	47
(2) Fazit	48
c) Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV)	49
VI. Vereinbarkeit des generellen Werbeverbotes mit Unionsprimärrecht	51
A. Schutzbereich der Waren- und Dienstleistungsfreiheit	51
B. Beeinträchtigungen	51
C. Rechtfertigung	52
D. Keck-Rechtsprechung, Marktzugangsausnahme und Relevanzregel	54
E. Fazit zur Vereinbarkeit mit Primärrecht	56
VII. Rechtliche Beurteilung eines „Billigfleisch“-Werbeverbots	56
A. Anforderungen an die Bestimmtheit, insb. nach Art. 20 Abs. 3 GG	56
B. Rechtspraktische Handhabbarkeit	57
C. Möglichkeiten der Begriffsdefinition	58

a)	Möglichkeit der Maßstababbildung anhand Quantifizierungsansätzen externalisierter Kosten der Erzeugung	58
b)	Möglichkeit der Maßstababbildung durch Vergleich zum Durchschnittspreis	59
c)	Möglichkeit der Unterteilung nach konventioneller und biologischer Landwirtschaft	60
d)	Aufstellung von Kriterien unabhängig von Bio-Siegeln	60
e)	Möglichkeit Orientierung an §§ 1, 2 TierschG.....	60
f)	Fazit	61
D.	Rechtliche Zulässigkeit.....	62
a)	Verhältnismäßigkeit des Freiheitsrechtseingriffes	62
b)	Art. 3 Abs. 1 GG.....	63
VIII.	Reines Preisverbot nicht ausreichend zielführend	64
IX.	Zusammenfassung und Ergebnisse.....	65

I. Ausgangspunkt und Gutachtenfrage

Die Produktion von Fleisch ist ein besonders sozial folgenintensiver Zweig der Lebensmittelherstellung. Das fertige Produkt, das in jedem Supermarkt erhältlich ist, wird wie viele andere Lebensmittel als Standardware angeboten und scheint damit ein Lebensmittel unter vielen zu sein. Welch überragend schwerwiegendere Implikationen der Kauf eines Stückes Fleisch gegenüber vielen anderen Lebensmitteln wie Obst, Gemüse oder einem Stück Tofu hat, fällt dabei unter den Tisch: Die große Masse der 763 Millionen Tiere, die 2019 allein in Deutschland getötet wurden¹, wird unter tierschutzwidrigen Bedingungen gehalten, die ineffizient eine enorme Menge etwa an Energie, Wasser, Futtermittel und Boden erfordern. Hinzu kommen unsägliche Arbeitsbedingungen – etwa in den Schlachthöfen – und auch Auswirkungen auf die Gesundheit der Konsumenten – sei es unmittelbar –, durch den Konsum großer Mengen an Fleisch oder aber zum Teil mittelbar, wenn es etwa um den Einsatz von Antibiotika in der Intensivtierhaltung und damit einhergehenden Antibiotikaresistenzen geht. Wir versuchen ständig, das Leiden der Tiere unsichtbar zu machen und die Auswirkungen auf Klima und Umwelt sind zu abstrakt, als dass der Schaden für diese durch die konventionelle Tierhaltung allgemein ersichtlich werden könnte.²

Die einzelnen sozialschädlichen Aspekte der Intensivtierhaltung und Fleischproduktion werden gesellschaftlich zunehmend missbilligt.³ Die konkreten Auswirkungen des gesellschaftlichen Unwerturteils auf die Fleischindustrie bleiben jedoch gering und gesetzgeberische Initiativen verlaufen zaghaft⁴, reaktionär⁵ und schleppend⁶. Eine mögliche Erklärung für dieses Missverhältnis zwischen öffentlicher Meinung und dem hohen Konsum von Fleisch ist die erschlagende Wir-

¹ Schmitz, Tiere Essen – dürfen wir das, 2020, S. 3.

² Zu den damit sogar verbundenen Folgen für eine ausbleibende Strafverfolgung vgl. Bülte, in: NJW 2019, 19, 23.

³ Vgl. statt vieler Erhebungen „Meinungen zum Thema Nutztierhaltung“, forsa im Auftrag von BUND e.V., 2017 S. 2, abrufbar unter:

https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/massentierhaltung/Massentierhaltung_Umfuge_Haltungsvorgaben_Kennzeichnungspflicht_Antibiotika.pdf (07.11.2020).

⁴ Ein staatliches „Tierwohllabel“, dessen Haltungsvorgaben bereits feststehen, trägt bspw. nicht signifikant zu einer Verbesserung bei, vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 160.

⁵ Den eklatanten Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft bspw. in der Ausprägung ausbeuterischer Werkvertragsverhältnisse, die bereits seit langem bekannt sind, wurde erst nach massivem öffentlichem Druck wegen eines vielbeachteten Corona-Ausbruches Mitte 2020 durch einem Werkvertragsverbot abgeholfen, vgl. Weinkopf und Hüttenhof, in: WSI-Mitteilungen 7/2017, S. 533 ff., Schwesinger, „Corona und die 3,99-Schnitzel“, tagesschau.de, abzurufen unter: <https://www.tagesschau.de/inland/schlachthoefe-arbeitsbedingungen-101.html> (08.11.2020).

⁶ Die staatlichen Bemühungen um ein Tierwohllabel bspw. wurden schon 2017 als zu schleppend kritisiert, vgl. Ludwig, in: sueddeutsche.de, „Der lange Weg zum Label“, abzurufen unter:

<https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/tierschutz-der-lange-weg-zum-label-1.3339994> (07.11.2020); Verbesserungen der Tierschutznutztierverordnungen scheinen in letzter Zeit vor allem durch das BVerfG vorangetrieben zu werden, vgl. BVerfG NVwZ 2011, 289 ff.; zum Berliner Normenkontrollantrag vgl. LTO.de v. 03.07.2020: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/land-berlin-normenkontrolle-bverfg-schweinehaltung-tierschutz-verstoss-tierschutzgesetz-verfassungswidrig-massentierhaltung-tiere-grundbeduerfnisse-artgerechte-haltung/> (07.11.2020).

kung der Supermarktwerbung: Wie sollen durchschnittliche Verbraucherinnen und Verbraucher, auf die es nach Maßgabe der Gesetze⁷ häufig ankommt, den Fleischkonsum reduzieren, wenn sie sich ständig massiver Fleischwerbung ausgesetzt sehen? In diesem Sinne hat schon der Wissenschaftliche Beirat des Bundestages festgestellt, dass Fleischprodukte gegenwärtig in den meisten Fällen als Standardware über den Preis vermarktet werden.

The advertisement features five meat products with their respective prices and promotional labels. A yellow banner at the top right reads 'Ab Montag, 11.1.'. Each product is accompanied by a 'MASSIV AUS WILDGÄSEN' seal.

Product	Weight	Price	Promotional Label
Landjunker Frisches Putenhackfleisch XXL-Packung	1 kg	3.79*	
Landjunker Frische Hähnchenbrustfilets XXL-Packung	1,2 kg	5.99*	
Landjunker Frische Hähncheninnenfilets	1 kg	2.29*	Top-Angebot
Landjunker Frisches Putenbrustfilet	1 kg	6.29*	

8

Hinzu kommen an dieser Stelle keine leicht verfügbaren Informationsangebote, sondern der persuasive werbliche Druck, der, wie noch gezeigt werden wird, hauptsächlich von solchen Marktakteuren ausgeht, die die Intensivtierhaltung als Haltungsform nutzen.

Die Werbung zielt nicht auf eine informierte Entscheidung der Verbraucherschaft ab, sondern lediglich auf eine Erhöhung des Fleischabsatzes. Weiterhin wird ein seit Einführung des Art. 20 a GG eigentlich mit Verfassungsrang ausgestattetes Prinzip im Hinblick auf die Werbewirtschaft in der Fleischbranche vollkommen vernachlässigt, das Prinzip der kreatürlichen Würde. Das ohnehin schon abgelehnte Bild der Intensivtierhaltung in der Öffentlichkeit dürfte noch stärkere tatsächliche Berücksichtigung finden, wenn dem nicht eine werbliche Verzerrung

⁷ s. § 3 Abs. 4 UWG.

⁸ Quelle: LIDL-Werbeprospekt.

durch bspw. euphemisierend dargestellter, aber in Wahrheit im Elend lebender Tiere entgegenschlagen würde. Das hier diskutierte Verbot trägt letztlich dazu bei, mit einer Ausschaltung der Werbung für ein besonders unnachhaltiges Lebensmittel wird so auch nicht eine bestimmte Meinung verbreitet, sondern die Meinungsbildung durch einen übergewichteten Pol entlastet.

II. Definition Werbung

Bereits jetzt existieren eine Vielzahl von Werbeverböten und –beschränkungen.⁹ Soweit im Folgenden von Werbung die Rede ist, ist damit in Anlehnung an die Definitionen durch den BGH¹⁰ und der WHO im Hinblick auf Tabakwerbung,¹¹ der Definitionen im und der Rechtsprechung zum UWG¹² und der UGP-Richtlinie¹³ Folgendes gemeint:

Die dem Absatz von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen vorgeschaltete Ankündigung und Verlautbarung dieser objektiv oder subjektiv zielgerichtet auf den Absatz;¹⁴ die Beeinflussung der verhaltensrelevanten Einstellungen von potenziellen Kundinnen und Kunden mittels spezifischer Kommunikationsmittel.¹⁵ Inkludiert sind die gesamte kommerzielle Kommunikation, Empfehlungen und sonstige Handlungen eines Wirtschaftsunternehmens, die das Ziel, den Effekt oder wahrscheinlich den Effekt haben, den Absatz von Fleischprodukten indirekt oder direkt zu fördern. Als indirekte Maßnahmen erfasst sind insbesondere Event-Sponsoring und Imagewerbung. Letztere, auch zu bezeichnen als „Aufmerksamkeitswerbung“, zeichnet sich dadurch aus, dass nicht ein bestimmtes Produkt beworben wird, sondern das gesamte Unternehmen bzw. die gesamte Marke „sich ins Gespräch“ bringt und sich insbesondere mit positiven Assoziationen verknüpft wissen will, die sich indirekt positiv auf die einzelnen, auch zukünftigen Produkte niederschlagen sollen.¹⁶

Die so in der Rechtsprechungspraxis und im Wirtschaftsleben ausdifferenzierte Begriffsdefinition ist – auch durch die stark reglementierte Tabakwerbung –

⁹ Zu denken ist etwa an Werbeverbote bestimmter Berufsgruppen, etwa gem. § 43a BRAO das Werbeverbot für Rechtsanwälte. Darüber hinaus gelten bei der Bewerbung von Glücksspielen Werbeverbote.

¹⁰ vgl. etwa BGH GRUR 2011, 631 Rn. 5 ff.

¹¹ vgl. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 18, abzurufen unter: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85380/9789241505871_eng.pdf;jsessionid=C37270C9B025138F0589527AFD94D581?sequence=1 (07.11.2020).

¹² vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, Art. 2 lit. d) UGP-RL.

¹³ Richtlinie 2005/29/EG d. Parlaments und d. Rates v. 11.05.2005, i.F.: UGP-RL.

¹⁴ Gloy/Loschelder/DanckwertsUWG-HdB, § 9 Sekundäres Gemeinschaftsrecht und nationales Wettbewerbsrecht Rn. 8.

¹⁵ Gabler Wirtschaftslexikon, „Werbung“, abzurufen unter: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/werbung-48161> (08.11.2020).

¹⁶ vgl. BGH ZUM-RD 2002, 232, 234.

praktisch handhabbar geeignet, Werbung von bloßen Tatsachendarstellungen abzugrenzen und Verbotstatbestände sauber zu erfassen.¹⁷

III. Gutachtenfrage

Das vorliegende Gutachten geht anlässlich der aktuell geführten Diskussion den Fragen nach,

- ob in Deutschland ein generelles Fleischwerbeverbot verfassungsrechtlich und unionsrechtlich zulässig wäre,
- ob ein Verbot der Werbung ausschließlich für sogenanntes Billigfleisch zulässig und ebenso effektiv wäre und wie der Begriff „Billigfleisch“ rechtstechnisch sicher umrissen werden kann.

IV. Verfassungsrechtliche Beurteilung eines generellen Werbeverbotes für Fleisch

Die Gesetzgebung ist gem. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG an die verfassungsmäßige Ordnung, insbesondere an die Grundrechte gebunden. Das generelle Fleischwerbeverbot wäre, weil es wesentliche Aspekte von Grundrechten regelt¹⁸ – wie im Folgenden aufgezeigt wird –, als Parlamentsgesetz zu erlassen, das sich am vorgenannten Maßstab auszurichten hat. Zu prüfen sind daher zunächst die verfassungsrechtlichen Auswirkungen eines generellen Werbeverbots auf alle in der Wertschöpfungskette der Fleischproduktion betroffenen Personen.

A. 1. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Als zentrales Wirtschaftsgrundrecht dürfte der Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Vorgaben an ein generelles Fleischwerbeverbot in der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, liegen.¹⁹

1. Abwehrrecht

a) Sachlicher Schutzbereich

Zentraler Schutzgegenstand von Art. 12 Abs. 1 GG ist der Beruf als jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrund-

¹⁷ Auf die Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots, Art. 20 Abs. 3 GG, wird noch im Folgenden einzugehen sein, vgl. auch sowie §§ 18 ff TabakerzG.

¹⁸ dies gilt nicht nur für die Eingriffs- sondern auch für die Schutzseite des Werbeverbotsgesetzes, vgl. BeckOK GG/Huster/Rux, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 20 Rn. 105.

¹⁹ vgl. BVerfG NJW 2008, 2409, 2410.

lage dient und nicht evident sozialschädlich ist.²⁰ Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit ist trotz des differenzierenden Wortlautes als einheitlich zu begreifen und umfasst damit das Recht sowohl der freien Berufswahl als auch der freien Berufsausübung.²¹ Ob eine berufliche Tätigkeit einfachrechtlich rechtswidrig ist, ist nach herrschender Auffassung unerheblich, da allein Art. 12 Abs. 1 GG die Reichweite zulässiger Berufe festlegen könne.²²

Von einer so erwerbsmäßigen, dauerhaften Tätigkeit derjenigen, die mittels zu- meist kostenintensiver Werbung Fleischprodukte absetzen wollen, ist im Ausgangspunkt auszugehen.

Ausgenommen vom Schutz sind nach verbreiteter Auffassung und Ansicht des Bundesverfassungsgerichts jedoch Erwerbstätigkeiten, die aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können, mögen sie auch dem individuellen Erhalt einer Lebensgrundlage dienen.²³

Konkrete Judikate des Verfassungsgerichts zur Anwendung dieser Klausel fehlen bislang. Regelmäßig wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur diese Ausnahme als auf Extremfälle beschränkt angesehen, insbesondere auf solche, die dem Menschenbild des Grundgesetzes²⁴ oder den grundlegenden Wertungen der Verfassung und nicht bloß allgemeinen zeitgenössischen sozialetischen Vorstellungen widersprechen.²⁵

Die konkreten Anwendungsbeispiele innerhalb des Diskurses weisen indes einen deutlich unterschiedlichen Missbilligungsgehalt auf. Schulbeispiel ist häufig der „Auftragskiller“.²⁶ Aber auch Drogenhändler werden als sozialschädlich i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG angesehen,²⁷ womit der Begriff insbesondere im Hinblick auf sozial zunehmend akzeptierte Drogen wie Cannabis verwässert wird.²⁸ Letztlich erlangt dadurch die „Erlaubtheit“ der erwerbsmäßigen Betätigung wiederum doch eine Bedeutung in der Bestimmung der Reichweite der Ausnahme. Als Essenz des wissenschaftlichen Diskurses ist jedenfalls zu erkennen, dass Art. 12 Abs. 1 GG in seiner klassischen Funktion als Freiheitsrecht eine absolute Einschränkung zulasten gesellschaftlich nicht mehr tolerabler Tätigkeiten im Schutzbereich erfahren muss.

²⁰ s. BVerfG NJW 2004, 2363, 2634.

²¹ s. BVerfG NJW 1958, 1035 ff.

²² vgl. Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 12 Rn. 52.

²³ vgl. BVerfG NVwZ 2007, 324, 325. Nach anderer, weitergehender Auffassung seien bereits einfachgesetzlich verbotene Berufe nicht erfasst, vgl. Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 12 Rn. 52 m.w.N.

²⁴ BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 12 Rn. 41.

²⁵ Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 12 Rn. 54.

²⁶ BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 12 Rn. 42

²⁷ Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 12 Rn. 54; BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 12 Rn. 42.

²⁸ Vgl. Infratest Dimap, Repräsentative Umfrage zur Legalisierung von Cannabis, 2018, <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/umfragen/aktuell/mehr-als-die-haelfte-der-deutschen-ist-fuer-die-beibehaltung-des-bestehenden-verbots-legalisierung-des-cannabis-zugangs-gewinnt-aber-an-rueckhalt/>, (7.10.2020): 46% der Befragten sprechen sich für eine regulierte Legalisierung aus, woran eine gesellschaftliche Toleranz des Berufs des „Drogenhändlers“ von fast der Hälfte der Bevölkerung abzulesen ist.

Dies unterstreicht auch die Glykolwein-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die den Schutzbereich für die Herstellenden des Weins gegenüber zutreffender staatlicher Warnung vor den Gesundheitsgefahren nicht eröffnet sah. Art. 12 Abs. 1 GG verbürge demnach kein ausschließliches Recht auf eigene Außen- und uneingeschränkte unternehmerische Selbstdarstellung am Markt.²⁹

Vor dem Hintergrund der vielfältigen sozialschädlichen Folgen der Fleischproduktion scheint die Annahme der evidenten Sozialschädlichkeit auch für diese Branche nicht unbedingt unbegründet. Hier muss man *in dubio pro libertate* und nicht zuletzt auch wegen der noch bestehenden Sozialadäquanz für bestimmte Zweige der Fleischproduktion eine pauschale Ausnahme von der Berufsfreiheit jedoch ablehnen. Wie allerdings auch der Cannabis-Handelnde mittels Illegalisierung ein gesellschaftliches Unwerturteil des parlamentarischen Gesetzgebers erfährt, so muss Gleiches jedenfalls – beispielsweise – für die konventionelle Schweinemasthaltung diskutiert werden, die lediglich die Mindestvorgaben der Tierschutznutzierverordnung einhält (oder sogar darunterliegt). Diese Haltungsförmigkeit begegnet bereits jetzt ernsthaften Bedenken im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit dem TierSchG und Art. 20a GG.³⁰ und, dies verstärkend, gesellschaftlich deutlich weniger akzeptiert als der Handel mit Cannabis.³¹ Die gesellschaftliche Missbilligung dieser Form der hier als konventionell bezeichnete Tierhaltung stellt sich auch nicht als bloße zeitgenössische sozialetische Vorstellung dar (wie etwa das andere Schulbeispiel gesehen wird, die Prostitution), da diese Form der Intensivtierhaltung insbesondere eine gewichtige Triebfeder³² des sich langfristig auswirkenden Klimawandels³³ ist, deren gesellschaftsschädigende Folgen wissenschaftlich evident sind; mithin es ein Widerspruch wäre, dafür zu halten, diese Schweinemast sei ethisch vertretbar, ohne zugleich die Bedeutung des Klimawandels in Frage zu stellen.

Will man die allgemein anerkannte Sozialschädlichkeitsausnahme der Berufsfreiheit demnach nicht als Leerformel begreifen,³⁴ so muss sie in dem so skizzierten Sinne verstanden werden. Erwerb, der auf einer gegen §§ 2 und 1 TierSchG und Art. 20 a G verstoßenden konventionellen Tierhaltung basiert, ist danach von der

²⁹ Vgl. BVerfG NJW 2002, 2621, 2622.

³⁰ vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 160, 169.

³¹ Vgl. Forsa, Repräsentative Umfrage zur Nutztierhaltung, 2017, https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/massentierhaltung/Massentierhaltung_Umfrage_Haltungsvorgaben_Kennzeichnungspflicht_Antibiotika.pdf, (7.10.2020): 73 % der Befragten befürworten ein Verbot der derzeit erlaubten Nutztierhaltung nach den Mindeststandards.

³² vgl. bspw. Albert Schweitzer Stiftung, „Tierprodukte befeuern Erderhitzung“, abzurufen unter: <https://albert-schweitzer-stiftung.de/themen/umwelt/tierprodukte-befeuern-erderhitzung> (07.11.2020).

³³ Sicherlich ist der Verzehr von Rindfleisch klimaschädigender als der von Schweinefleisch; wie jedoch unter <https://www.blitzrechner.de/fleisch/> zeigt, ist auch der Konsum von Schweinefleisch eine nicht zu vernachlässigende Größe.

³⁴ Ob nun Auftragskiller bereits auf der Ebene des Schutzbereiches ausgenommen werden oder Eingriffe in die „Berufsfreiheit“ dieser stets gerechtfertigt sind bzw. Art. 12 GG objektivrechtlich nur formal, aber selbstverständlich niemals inhaltlich zugunsten von Killern streitet, ist im Ergebnis nicht von Belang (und damit i.Ü. wäre damit dogmatisch kein Unterschied zu Art. 2 Abs. 1 GG zu erkennen); reduzierte man die Sozialschädlichkeitsausnahme auf solche Fälle, so würde sie wertlos.

Berufsfreiheit von vornherein ausgenommen. Einer Rechtfertigung von Eingriffen in diese Tätigkeiten hat sich nicht am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Dies lässt sich heute jedenfalls anhand der oben benannten Form der Schweinemasthaltung feststellen.

Da jedoch die so erforderliche Differenzierung der Haltungsbedingungen und deren Folgewirkungen aller Branchen der konventionellen Tierhaltung den Rahmen dieses Gutachtens sprengen würde und hier zudem ein allgemeines Fleischwerbeverbot geprüft wird, wird für die weitere Prüfung die Betroffenheit des Schutzbereichs in sachlicher Hinsicht umfassend unterstellt.

b) Persönlicher Schutzbereich

Auf Art. 12 GG können sich gem. Abs. 1 zunächst nur deutsche Fleischproduzierende berufen. Ausländische Produzierende sind vom Anwendungsbereich ausgenommen, ihnen steht lediglich ein schwächerer Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG zu. Aufgrund von Art. 18 AEUV ist entweder anzunehmen, dass der Schutzbereich des Art. 12 GG auf EU-Bürgerinnen und Bürger auszuweiten ist, jedenfalls aber diese sich auf einen vergleichbaren Schutzgehalt aus den entsprechenden EU-Grundfreiheiten und EU-Grundrechten berufen können.³⁵ Dabei gilt der Schutz jedenfalls inhaltlich gleichermaßen für natürliche Personen wie auch inländische juristische Personen des Privatrechts, da eine Fleischherstellungsfirma und die Werbung für deren Produkte sich nicht dadurch unterscheidet, ob sie als natürliche Person oder durch eine Gesellschaft betrieben wird, mithin das Grundrecht seinem Wesen und Art nach in gleicher Weise beiden Gruppen offen steht.³⁶ Eine Differenzierung zwischen den genannten Gruppen ist damit vorliegend entbehrlich.

c) Eingriff

Als Eingriff in die Berufsfreiheit gilt jedes staatliche Handeln, das diese unmöglich macht oder sie verkürzt. Erfasst sind sowohl final-imperative Eingriffe als auch lediglich in ihrer faktischen Wirkung Art. 12 Abs. 1 GG verkürzende Hoheitsakte.³⁷

Ein Werbeverbot für Fleischprodukte richtet sich direkt gegen einen nicht unwesentlichen Aspekt der Erwerbstätigkeit vor allem des Lebensmittelhandels. Aber auch Produkt- und Imagewerbung der in Verbänden organisierten Zerlegungs- oder Primärproduktionsbetriebe ist denkbar. Der Einfluss des Werbeverbotes auf die unterschiedlichen Stufen der Produktions- und Wertschöpfungskette der Fleischindustrie ist daher nur nach umfangreicher Detailanalyse möglich und dürfte in rechtlicher Hinsicht im Eingriffsqualitätsspektrum von einem bloßen

³⁵ vgl. Maunz/Dürig/Scholz, 90. EL Februar 2020, GG Art. 12 Rn. 105, BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 12 Rn. 35; vgl. zur Vereinbarkeit mit den EU-Grundfreiheiten unten V.

³⁶ vgl. BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 12 Rn. 38.

³⁷ vgl. BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020 Rn. 51, GG Art. 12 Rn. 51.

Rechtsreflex bis hin zur oben erwähnten finalimperativen Regelung reichen. Für die vorliegende Untersuchung genügt es, für alle Beteiligten des Produktionsprozesses, Handels und des Marketings einen Eingriff anzunehmen. Jedenfalls hinsichtlich des betroffenen Handels und teilweise der Erzeuger liegt auch die vom Bundesverfassungsgericht geforderte objektiv-berufsregelnde Tendenz vor, da mit der Fleischwerbung im Schwerpunkt Tätigkeiten betroffen sind, die typischerweise beruflich ausgeübt werden,³⁸ denn Werbung für nicht-kommerzielle Fleischproduktion ist schwerlich sinnhaft vorstellbar.

d) *Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

Für die Rechtfertigungsfähigkeit eines Eingriffs in die Berufsfreiheit kommt es nach der 3-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts seit dem leitentscheidenden *Apothekenurteil*³⁹ maßgeblich auf die Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung an. Während bei einem Eingriff in die Berufswahl der Zugang zu dem Beruf selbst versperrt wird, geht es bei Berufsausübungsregelungen lediglich um gesetzgeberische Eingriffe, die Modalitäten der Berufsausübung betreffen. Je intensiver ein Eingriff in Richtung auf die Berufswahl intendiert, desto strenger sind die Rechtfertigungsvoraussetzungen.⁴⁰

Hinsichtlich der Beteiligten der Wertschöpfungskette im Segment vor dem Handel ist so von einer Berufsausübungsregelung auszugehen. Die jeweiligen Berufe⁴¹, deren Existenz hier kleinsteilig unterstellt werden soll, können ihrer Tätigkeit auch bei einem umfassenden Werbeverbot weiterhin wie zuvor nachgehen, denn der Beruf ist nach der Verkehrsanschauung jeweils in der Regel identisch mit der Aufgabe bzw. Tätigkeitsbeschreibung innerhalb der Kette der Fleischproduktion.⁴² Werbende Tätigkeiten sind dabei höchstens Randaspekte, diese Berufe dürften in der Regel in einer Lieferkette integriert sein, die keinen großen Bedarf an Endkundenmarketing hat. Soweit Imagewerbung oder Fachwerbung verboten sind, betrifft dies ebenfalls nicht die Kerntätigkeiten. Die einzige stärkere, gleichwohl mittelbare Betroffenheit folgt aus dem zu erwartenden Umsatzrückgang, der die Tätigkeit aber auch nicht unmöglich macht, sondern nur weniger ertragreich.

³⁸ vgl. BVerfG NJW 1961, 2299.

³⁹ BVerfGE 7, 377 ff.; von Münch/Kunig-Kämmerer, Grundgesetz, Band 1, 6. Auflage, Art. 12, Rn. 59; BeckOK GG/Ruffert GG Art. 12 Rn. 100, beck-online.

⁴⁰ Es handelt sich um eine schematisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung; siehe von Münch/Kunig-Kämmerer, Grundgesetz, Band 1, 6. Auflage 2012, Art. 12, Rn. 59; BeckOK GG/Ruffert GG Art. 12 Rn. 101, beck-online.

⁴¹ Primärproduktion, Viehhandel, Schlachtung, Zerlegung, Verarbeitung; vgl. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, Bericht zur Markt- und Versorgungslage Fleisch 2018, S. 3, abzurufen unter https://www.ble.de/SharedDocs/Downloads/DE/BZL/Daten-Berichte/Fleisch/2018BerichtFleisch.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (8.10.2020).

⁴² Wobei der Trend zu einer Konzentrierung auf wenige Großunternehmen zuläuft, vgl. hierzu (https://www.ble.de/SharedDocs/Downloads/DE/BZL/Daten-Berichte/Fleisch/2018BerichtFleisch.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

Auf der Wertschöpfungsstufe des spezialisierten Vertriebs, also Fleischgroß- und Einzelhandel mag Werbung ein wesentlicher Faktor der Vermarktung sein. Dennoch wird die Kerntätigkeit – Ankauf und Verkauf von Tierfleisch – dadurch nicht berührt. Weder werden Einzelhändlern die Berufswahl aufgrund persönlicher Kriterien versagt, noch kommt allein das Verbot der Werbung einem allgemeinen objektiven oder subjektiven Berufsverbot gleich. Absatz ist nach wie vor möglich, da Kunden sich noch in der Auslage für das Produkt entscheiden können. Damit liegt hinsichtlich dieser Branche ebenfalls eine Berufsausübungsregelung vor.

Für den Einzelhandel, der sich nicht auf Fleisch spezialisiert hat, wie Supermärkte, stellt sich der Eingriff ebenfalls als Berufsausübungsregelung in schwächerer Intensität als der vorgenannte Spezialhandel dar. Die Möglichkeit des werbenden Marketings mag ein Schwerpunkt des Einzelhandels sein, die Untersagung für eines von vielen beworbenen Produkten ist jedoch damit nicht der Kerntätigkeit zuzuordnen. Ein möglicher Umsatzrückgang durch weniger Fleischverkauf dürfte einen marginalen Randposten darstellen, wenn dieser nicht schon durch Anpassung der Sortimentswerbung auf andere Produkte ausgeglichen wird.

Ähnliches gilt für die Werbebranche, die die Fleischindustrie als Kunden verliert. Hier ist zwar der Kernbereich der Tätigkeit einer Werbefirma berührt. Auf die Fleischindustrie spezialisierte Werbefirmen sind jedoch nicht ersichtlich. Auch hier wird lediglich als Berufsausübungsregelung in einen marginalen Teilbereich der Tätigkeit eingegriffen.

Insgesamt kann demnach für alle von einem Werbeverbot Betroffenen eine Berufsausübungsregelung angenommen werden.

(1) Ausreichende Gründe des Allgemeinwohls

Wie gezeigt, sind Eingriffe in die Berufsfreiheit durch ein gesetzliches Fleischwerbeverbot vorliegend rechtfertigbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls getragen sind. Daneben sind allgemeine Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Hoheitsakte einzuhalten, wie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁴³ Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weitergehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern. Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dabei sind die Zwecke des Gesetzes umfassend und objektiv zu bestimmen; ein etwaiger alleiniger subjektiver Zweck des Gesetzgebers ist für die Beurteilung nicht maßgeblich.⁴⁴

Vorliegend streitet eine Vielzahl von Gründen für ein Werbeverbot, die allesamt solche zum Schutze des Gemeinwohls, überwiegend aber auch zum Schutz von überragenden Allgemeingütern darstellen, die auch objektive Berufsschranken zu rechtfertigen vermögen (3. Stufe). Verstärkend ist dabei zu berücksichtigen, dass

43 Vgl. Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 12 Rn. 126.

44 vgl. BVerfG Beschl. v. 26.4.1978 – 1 BvL 29/76, BeckRS 1978, 646 Rn. 44.

der Gesetzgeber bei Berufsausübungsregelungen einen besonders weiten Gestaltungsspielraum hat:⁴⁵

„Das Grundgesetz lässt dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit Berufsausübungsregelungen ein erhebliches Maß an Freiheit“,

wie es das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat.⁴⁶ Zunächst aufgezeigt werden nachfolgend qualifizierte Legitimationsgründe und ihre abstrakte Wertigkeit.

(a) *Gesundheitsschutz*

Deutsche essen bereits aus gesundheitlicher Perspektive zu viel Fleisch. Die deutsche Gesellschaft für Ernährung empfiehlt, dass wenn Fleisch gegessen wird, der Konsum auf 300 bis 600 Gramm pro Woche zu begrenzen ist.⁴⁷ Nach der letzten nationalen Verzehrsstudie II essen Männer im Schnitt hingegen rund 1100 Gramm pro Woche, Frauen liegen knapp unter der Obergrenze von 600 Gramm.⁴⁸ Die Empfehlungen der DGE stellen sich gegenüber anderen Berichten noch als recht zurückhaltend dar: Die WHO hat bereits 2015 aufgrund einer großangelegten Studienaushwertung festgestellt, dass pro 50 Gramm mehr konsumiertem verarbeitetem Fleisch pro Tag das Risiko für Kolorektalkrebs um 18% steigt und diese Form von Fleischprodukten als wissenschaftlich bewiesen krebs-erregend eingestuft.⁴⁹ Damit steht Verzehr von verarbeitetem Fleisch qualitativ auf der gleichen Stufe wie Tabakrauch.⁵⁰ Der World Cancer Research Fund empfiehlt eine maximale durchschnittliche Zufuhr von 300 g Fleisch pro Woche, auf verarbeitetes Fleisch sollte ganz verzichtet werden.⁵¹

Eine in 170 Ländern durchgeführte Studie durch Forscher der Universität Adelaide ergab, dass die Verfügbarkeit von Fleisch eine ebenso starke Rolle spielt für Fettleibigkeit wie Zucker. Den Empfehlungen zufolge ist auch aus dieser Hinsicht der Fleischkonsum zu reduzieren, dieser wird als „ernsthafte Problem“

45 vgl. Sachs/Mann, 8. Aufl. 2018, GG Art. 12 Rn. 127.

46 BVerfG NJW 2004, 2363, 2367.

47 s. Deutsche Gesellschaft für Ernährung e.V., „Die 10 Regeln der DGE“, Nr. 4, abzurufen unter: <https://www.dge.de/ernaehrungspraxis/vollwertige-ernaehrung/10-regeln-der-dge/> (9.10.2020); s. auch Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen, „Hauptgutachten Landwende im Anthropozän“, S. 185, abzurufen unter:

https://www.wbgu.de/fileadmin/user_upload/wbgu/publikationen/hauptgutachten/hg2020/pdf/WBGU_HG2020_Arbeitsexemplar-Bundesregierung.pdf (04.11.2020).

48 s. BMEL, Nationale Verzehrsstudie II, abzurufen unter: <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/gesunde-ernaehrung/nationale-verzehrsstudie-zusammenfassung.html>, (9.10.2020).

49 s. WHO, Pressemitteilung Nr. 240/2015, S. 1, abzurufen unter: https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/pr240_E.pdf (9.10.2020). Die Klassifizierung reicht von „wissenschaftlich bewiesen karzinogen“ über „starke Hinweise für Karzinogenität“ bis hin zu „wahrscheinlich nicht karzinogen“.

50 s. WHO, List of Classifications, Stichworte: „processed meat“, „tobacco smoke“, abzurufen unter: <https://monographs.iarc.fr/list-of-classifications> (9.10.2020).

51 World Cancer Research Fund/American Institute for Cancer: Research Food, Nutrition, Physical Activity, and the Prevention of Cancer, Washington DC 2007, S. 12, abzurufen unter: https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/migration_files/media237593A.pdf (9.10.2020).

identifiziert.⁵² In Deutschland ist jeder Fünfte adipös und hat damit ein erhöhtes Risiko, an Herz-Kreislauf-Erkrankungen oder Diabetes mellitus Typ 2 zu erkranken.⁵³

Bereits 1960 stellte das Bundesverfassungsgerichts fest, dass die sog. Volksgesundheit⁵⁴ ein überragendes wichtiges, absolutes Gemeinschaftsgut ist.⁵⁵ Sind schwere Gesundheitsgefahren durch ein Konsumprodukt – hier: zumindest Krebsrisiko und Fettleibigkeit – anerkannt, so darf der Gesetzgeber zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung in die Berufsausübungsfreiheit eingreifen.⁵⁶ Die *Befugnis* zum Eingriff aufgrund gesundheitsschützender Erwägungen wird zudem im Grundsatz verstärkt durch die zugleich grundsätzlich in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG angelegte, gewichtig zu bewertende objektive *Schutzpflicht*.⁵⁷ Danach ist zwar ein Anspruch auf staatliches Handeln nur unter hohen Hürden einforderbar, weil dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zur Erfüllung dieser Verpflichtung zugestanden wird; wenn er dies aber tut, hat das Ziel der Verfolgung einer Schutzpflicht demgegenüber eigenständigen rechtfertigenden Charakter.⁵⁸ Zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung sind selbst empfindliche Eingriffe in die Berufsfreiheit möglich.⁵⁹

Eine weitere bedrohliche Entwicklung macht den Gesundheitsschutz zudem zu einem nochmals besonders herausragenden Ziel,⁶⁰: Die Verwendung von Reserve-Antibiotika in der Intensivtierhaltung hat ein alarmierendes Ausmaß angenommen, das bei weiterer Verwendung dieser die reale Gefahr in sich birgt, dass für Menschen für zahlreiche Krankheiten Antibiotika in Zukunft gar nicht mehr verwendbar sind. Dass diese Reserve-Antibiotika überhaupt eingesetzt werden, zeigt neben der Unnachhaltigkeit, dass die gewöhnlichen Antibiotika bereits nicht mehr ausreichen, um überhaupt diese Form der Intensivtierhaltung zu ermöglichen.⁶¹

Seit 2007 ist keine neue Antibiotikaklasse gegen Infektionen bei Menschen und Tieren auf den Markt gekommen. Es lohnt sich aus unternehmerischer Sicht nicht mehr, Reserveantibiotika und neue Antibiotika zu erforschen und herzustellen, wenn davon nicht möglichst viel verbraucht wird. Die Marktlogik widerspricht

52 s. Universität Adelaide, Meat Consumption Contributing To Global Obesity, abzurufen unter: <https://www.adelaide.edu.au/news/news86602.html> (9.10.2020).

53 s. BMEL, Nationale Verzehrsstudie II, abzurufen unter: <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/gesunde-ernaehrung/nationale-verzehrsstudie-zusammenfassung.html> (9.10.2020).

54 s. zu dem historisch vorbelasteten, aber dennoch vom BVerfG häufig verwendetem Begriff Frenzel, in: DÖV 2007, 243, 244.

55 Vgl. BVerfG NJW 1960, 1515, 1516.

56 BVerfG NJW 1997, 2871, 2872.

57 Diese müsse, da das menschliche Leben und die Gesundheit einen Höchstwert darstelle, besonders ernst genommen werden, so das BVerfG in: BVerfG NJW 1977, 2255, vgl. auch BVerfG NJW 1975, 573, 575 sowie BVerfG NJW 1981, 1655, 1656.

58 vgl. BVerfG NJW 1981, 1655 ff. sowie BeckOK GG/Lang, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 2 Rn. 76.

59 s. BVerfG NJW 1992, 2341, 2347.

60 s. BVerfG NJW 1981, 1655 ff.

61 vgl. Köck, in: ZUR 2020, 464, 469 m.w.N.

dem Ziel, die Wirksamkeit der vorhandenen Mittel möglichst lange zu erhalten, in die man sie nur im Notfall einsetzt.

Gleichzeitig werden die Kosten der sogenannten Tierproduktion durch den massiven Einsatz von Antibiotika gesenkt, da so Missstände bei Hygiene und Haltung sowie der Betreuung kurzfristig überdeckt werden können.⁶²

Eine weitere Gefahr der Intensivtierhaltung ist deren Begünstigung des Ausbruchs von Zoonosen wie Sars-Cov-2.⁶³

(b) Entlastung des Gesundheitssystems

Die Gewährleistung der Krankenversorgung⁶⁴, d.h. die Bereitstellung eines tragfähigen Gesundheitssystems, stellt ebenfalls ein überragendes wichtiges Gemeinschaftsgut dar, bei dessen Ausgestaltung der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum hat.⁶⁵ Verfassungsrechtlich angelegt ist diese Schutzpflicht in Art. 2 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG (Sozialstaatsprinzip). Durch die unter (aa) aufgezeigten Krankheiten wird das staatliche Gesundheitssystem vermeidbar belastet.⁶⁶ Dieses zu schützen stellt ebenfalls einen auf allen Stufen von Art. 12 GG eingriffsliegenden – vor dem zugebilligten weiten Gestaltungsspielraum erst recht bestehenden – Grund des Allgemeinwohls dar.

(c) Tierschutz

Aus Art. 20 a GG ergibt sich, verfassungsgerichtlich anerkannt, dass der Tierschutz ein gewichtiger Belang von Verfassungsrang ist, der andere Verfassungsgüter zurückdrängen kann.⁶⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hat hier unlängst wie folgt konstatiert:

Dem Tierschutzgesetz vom 24. Juli 1972 (BGBl. I S. 1277) liegt ein ethisch ausgerichteteter Tierschutz zugrunde (BT- Drs. VI/2559 S. 9; BVerfG, Beschluss vom 20. Juni 1978 - 1 BvL 14/77 - BVerfGE 48, 376 <389>). Das Erste Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 12. August 1986 (BGBl. I S. 1309) hat den Schutz der Tiere in § 1 Satz 1 TierSchG ausdrücklich auf die Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf gestützt. Eine materielle Änderung gegenüber dem Tier-

⁶² Chemnitz/Dewitz, Pandemien – Gefährliche Kontakte, in: Fleischatlas 2021, S. 33.

⁶³ vgl. Köck, in: ZUR 2020, 464, 469.

⁶⁴ vgl. BVerfG NJW 1981, 1995, 1997.

⁶⁵ vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Anspruch auf gesundheitliche Versorgung. Gutachten, S. 13 f., abzurufen unter:

<https://www.bundestag.de/resource/blob/405508/4dd5bf6452b5b3b824d8de6efd39dd/wd-3-089-15-pdf-data.pdf> m.w.N., (9.10.2020).

⁶⁶ Ernährungsassoziierte Krankheiten stellen ein Drittel der Kosten des Gesundheitssystems dar, s. Moniak, Fleischkonsum in Deutschland, HAW Hamburg, S. 29 abzurufen unter: https://reposit.haw-hamburg.de/bitstream/20.500.12738/7181/1/Aurelia_Moniak_BA.pdf (10.11.2020).

⁶⁷ BVerfG ZUR 2011 Heft 4, 203, 205 – Verfassungswidrigkeit der Tierschutznutztierverordnung.

schutzgesetz vom 24. Juli 1972 war damit nicht beabsichtigt (BT-Drs. 10/5259 S. 39). Veranlasst war die Ergänzung aber durch das zunehmende Bewusstsein der Öffentlichkeit für die Erfordernisse des Tierschutzes und wachsende Kritik an der Vollzugspraxis, u.a. im Bereich der Massentierhaltung (BT-Drs. 10/3158 S. 16; BT-Drs. 10/5259 S. 32; BT-Drs. 10/2703 S. 13).

Die Aufnahme des Tierschutzes in den Schutzauftrag des Art. 20a GG durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26. Juli 2002 (BGBl. I S. 2862) hat den bereits einfachgesetzlich normierten Tierschutz weiter gestärkt (BT-Drs. 14/8860 S. 3). Als Belang von Verfassungsrang ist der Tierschutz im Rahmen von Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen und kann geeignet sein, ein Zurücksetzen anderer Belange von verfassungsrechtlichem Gewicht - wie etwa die Einschränkung von Grundrechten - zu rechtfertigen; er setzt sich andererseits gegen konkurrierende Belange von verfassungsrechtlichem Gewicht nicht notwendigerweise durch (BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 2010 - 2 BvF 1/07 - BVerfGE 127, 293 <328>).⁶⁸

Für das Ziel, den Fleischkonsum mittels eines Werbeverbots zurückzudrängen, ist neben der gesundheitlichen Perspektive damit auch der Tierschutz ein ebenso gewichtiges Begründungskriterium. Für dieses Gutachten beispielhaft angeführt sei die Schweinemasthaltung – die mit rund 55 Mio. Tieren inländisch überwiegend konventionell gemästeten, geschlachteten Tieren im Jahr 2016 einer der Spitzenreiter in der sogenannten Intensivtierhaltung darstellt –⁶⁹, anhand derer bereits aufgezeigt wurde, dass die konventionelle Schweinemast nicht nur anerkannten Anforderungen an Haltungsbedingungen für Schweine zuwiderläuft, sondern auch verfassungs- und einfachrechtlich als rechtswidrig angesehen werden kann.⁷⁰

Bei der Ausgestaltung des Tierschutzes gem. Art. 20 a GG hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, der mit den §§ 1, 2 TierSchG ausgeübt wurde.⁷¹ Allerdings lässt sich derzeit feststellen, dass Tierschutz offenbar staatlicherseits nicht so gewollt ist, wie ihn das Gesetz vorsieht; hinter staatlichen Maßnahmen, die angeblich für einen besseren Tierschutz aufgerufen werden, stecken Normen und Entscheidungen, die oftmals nur die Tierhalter begünstigen.⁷²

⁶⁸ BVerwG Urt. v. 13.6.2019 – 3 C 29.16, BeckRS 2019, 20548 Rn. 19, 20, beck-online

⁶⁹ vgl. Destatis, Daten: Tiere, Schlachtmenge: Deutschland, abzurufen unter: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?language=de&sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=41331-0001#abreadcrumb> (7.11.2020).

⁷⁰ Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 160, 169.

⁷¹ Vgl. Caspar und Geissen, in: NVwZ 2002, 913, 914, Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 234, 239.

⁷² Felde, Verhaltensgerecht, S. 397.

Der Staat hat die verfassungsrechtliche Wertentscheidung für einen individuellen Tierschutz zu achten und daher die Aufgabe, die Integrität von Tieren durch eine entsprechende Gesetzgebung zu optimieren.⁷³

(d) Verbraucherschutz: Desinformierendes Missverhältnis insbesondere zwischen konventioneller und ökologischer Landwirtschaft

Auch der Verbraucherschutz ist anerkannter Grund zur Regelung der Berufsausübung.⁷⁴ Dieser dient insbesondere dem Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor Täuschung, Irreführung und Verwechslung.⁷⁵ Dabei können die verbraucherschützenden Maßnahmen über das allein zur Verhinderung von Täuschung, Irreführung und Verwechslungsgefahr notwendige Maß hinausgehen, wenn weitere anerkannte Gründe des Gemeinwohls vorliegen.⁷⁶

Verbraucherschutz durch ein Werbeverbot kommt dabei in mehrfacher Hinsicht zum Tragen. Zunächst besteht bereits im Ausgangspunkt ein krasses Missverhältnis zwischen Verbrauchermeinung und tatsächlichem Verbraucherverhalten, das in einem irreführenden, täuschenden Effekt von Fleischwerbung liegen kann. Nach einer aktuellen, repräsentativen Civey-Umfrage sprechen sich rund 76 % der Befragten dafür aus, dass die Intensivtierhaltung durch gesetzliche Maßnahmen beendet werden soll,⁷⁷ 2016 waren es 73 %.⁷⁸ Im gleichen Jahr betrug dagegen der Anteil des Erlöses aus ökologischem Fleisch lediglich 2,4 %.⁷⁹ Diese starke Abweichung wird häufig mit mangelnder Bereitschaft zu Mehrausgaben erklärt; aktuellen Umfragen zufolge ist diese Argument allerdings überholt.⁸⁰ Andere Untersuchungen legen ebenfalls nahe, dass auch (irreführende) Werbung

⁷³ vgl. Caspar und Schröter, Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, 2003, S. 39 ff.

⁷⁴ S. BVerfG NJW 1980, 1511, 1512.

⁷⁵ Vgl. BVerfG NJW 1980, 1511, 1512.

⁷⁶ Vgl. BVerfG NJW 1980, 1511, 1512.

⁷⁷ s. Civey, Soll Massentierhaltung durch gesetzliche Maßnahmen beendet werden?, abzurufen unter: <https://civey.com/umfragen/354/soll-massentierhaltung-durch-gesetzliche-massnahmen-beendet-werden>, (9.10.2020).

⁷⁸ s. Forsa, Repräsentative Umfrage zur Nutztierhaltung, 2017, abzurufen unter: https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/massentierhaltung/Massentierhaltung_Umfrage_Haltungsvorgaben_Kennzeichnungspflicht_Antibiotika.pdf (07.10.2020)

⁷⁹ Gemessen an Verkauf von Rind-, Schweine und Geflügelfleisch. Erlöse aus konventionellem Fleisch: rund 14 Milliarden Euro gegenüber rund 300 Millionen Euro Erlös aus ökologischem Fleisch, s. <https://de1statista-1com-100b48bgb0384.emedien3.sub.uni-hamburg.de/statistik/daten/studie/825872/umfrage/umsatz-mit-biologisch-und-konventionell-erzeugten-fleisch-in-deutschland/> (9.10.2020).

⁸⁰ vgl. Nur rund 9 % einer repräsentativen Civey-Umfrage würde nicht mehr Geld für Fleisch ausgeben, um mehr Tierwohl und bessere Arbeitsbedingungen zu ermöglichen, über die Hälfte sogar vier bis zehn Euro mehr pro Kilogramm, s. <https://civey.com/umfragen/9607/wie-viel-waren-sie-im-supermarkt-bereit-zusatzlich-fur-ein-handelsubliches-kilo-fleisch-fur-tierwohl-und-faire-arbeitsbedingungen-auszugeben> (16.10.2020).

ein Grund ist.⁸¹ Dies bestätigt auch der wissenschaftliche Beirat der Bundesregierung nach eigenen Untersuchungen.⁸²

Die extensive Fleischwerbung für konventionelles Fleisch ist eine plausible Erklärung, dass mit dem großen Übergewicht des konventionellen Fleischvertriebs ökologische Fleischprodukte in der Öffentlichkeit disproportional unterrepräsentiert sind. Das BVerfG entschied bereits im Zusammenhang mit dem Vertrieb von landwirtschaftlichen Erzeugnissen, dass Eingriffe in die Selbstdarstellung zur Wahrung der Leistungsfähigkeit der Landwirtschaft auch über die grundlegenden Verbraucherinformationsbedürfnisse hinausgehen dürfen.⁸³ Eine Gleichstellung der konventionellen und biologischen Landwirtschaft ist geboten, um diese insgesamt zukunftsfähig zu machen.⁸⁴

Insgesamt stellt damit auch der Verbraucherschutz einen ausreichenden Grund dar, um die Berufsausübungsfreiheit einzuschränken.

(e) Klima- und Umweltschutz

Deutschland ist heute für einen Anteil von ca. 2% der globalen Emissionen verantwortlich und emittiert (2019) rund 811 Millionen (Mio.) Tonnen (t) Treibhausgase (vorläufige Zahlen⁸⁵ für 2019, angegeben als CO₂ Äquivalente, CO₂ Äq.). Gerechnet auf die Zeit seit 1800 steht Deutschland an fünfter Stelle der größten Emittenten von Treibhausgasen der Welt. Die jährlichen Pro-Kopf-CO₂-Emissionen Deutschlands sind mit rund 9,6 t immer noch ungefähr doppelt so hoch wie der internationale Durchschnitt (4,8 t pro Kopf).

Die deutschen Emissionen sind zwischen 1990 und dem Jahr 2000 aufgrund der deutschen Einheit 1990 und der Schließung von Emissionsquellen gesunken. Dies

⁸¹ Vgl. Verbraucherzentrale e.V., Werbung für Fleisch vermittelt oft ein falsches Bild, abzurufen unter: <https://www.verbraucherzentrale.de/aktuelle-meldungen/lebensmittel/werbung-fuer-fleisch-vermittelt-oft-ein-falsches-bild-33578> (9.10.2020).

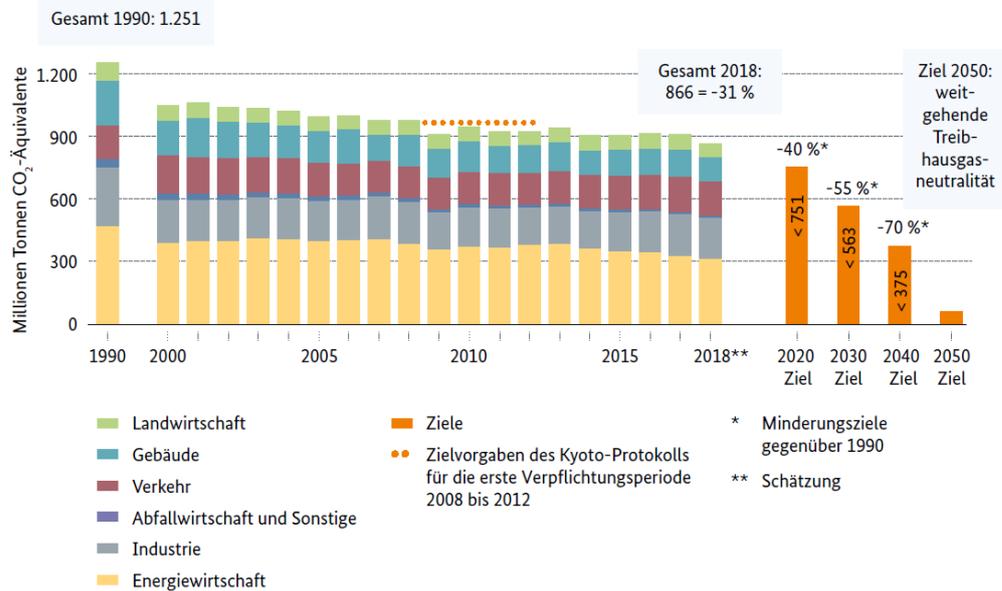
⁸² Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen, „Hauptgutachten Landwirtschaft im Anthropozän“, S. 193, abzurufen unter: https://www.wbgu.de/fileadmin/user_upload/wbgu/publikationen/hauptgutachten/hg2020/pdf/WBGU_HG2020_Arbeitsexemplar-Bundesregierung.pdf (04.11.2020).

⁸³ S. BVerfG NJW 1980, 1511, 1512.

⁸⁴ Vgl. BMEL, Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, Gutachten 2015, S. I und 24, wonach große Teile der konventionellen Schweinehaltung nicht zukunftsfähig seien, vgl. ferner Greenpeace, Kursbuch Agrarwende 2050 – ökologisierte Landwirtschaft in Deutschland, S. 21, 88, 89.

⁸⁵ Hier aus einem vorläufigen Bericht der AGORA Energiewende, Die Energiewende im Stromsektor: Stand der Dinge 2019, Januar 2020. Die offiziellen Inventare für 2019 sind noch nicht verfügbar. Abrufbar unter: www.agora-energiewende.de. (zuletzt besucht am 20.01.2020).

zeigt sich anschaulich anhand der Grafik



Rund 62 % der gesamten Methan (CH₄)-Emissionen und 79 % der Lachgas (N₂O)-Emissionen in Deutschland stammen laut Umweltbundesamt⁸⁶ aus der Landwirtschaft.

Im Jahr 2018 war die deutsche Landwirtschaft somit insgesamt für 63,6 Millionen Tonnen (Mio. t) Kohlendioxid (CO₂)-Äquivalente verantwortlich.⁸⁷ Das sind 7,4 % der gesamten Treibhausgas-Emissionen des Jahres. Die Emissionen aus der Landwirtschaft haben somit nach den energiebedingten Emissionen aus der stationären und mobilen Verbrennung (82,9 %) und den prozessbedingten Emissionen der Industrie (7,5 %) einen substantiellen Anteil an den Treibhausgas-Emissionen in Deutschland.

Den Hauptanteil an THG-Emissionen innerhalb des Landwirtschaftssektors machen die Methan-Emissionen mit 51,2 % im Jahr 2018 aus. Sie entstehen bei Verdauungsprozessen, aus der Behandlung von Wirtschaftsdünger sowie durch Lagerungsprozesse von Gärresten aus nachwachsenden Rohstoffen (NAWARO) der Biogasanlagen. Lachgas-Emissionen kommen anteilig zu 44,2 % vor und entstehen hauptsächlich bei der Ausbringung von mineralischen und organischen Düngern auf landwirtschaftlichen Böden, beim Wirtschaftsdüngermanagement

⁸⁶ vgl. hierzu Umweltbundesamt, Beitrag der Landwirtschaft zu den Treibhausgas-Emissionen, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/land-forstwirtschaft/beitrag-der-landwirtschaft-zu-den-treibhausgas#treibhausgas-emissionen-aus-der-landwirtschaft>.

⁸⁷ vgl. hierzu Umweltbundesamt, Beitrag der Landwirtschaft zu den Treibhausgas-Emissionen, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/land-forstwirtschaft/beitrag-der-landwirtschaft-zu-den-treibhausgas#treibhausgas-emissionen-aus-der-landwirtschaft>. siehe Abb. „Treibhausgas-Emissionen der Landwirtschaft nach Kategorien“

sowie aus Lagerungsprozesse von Gärresten. Durch eine flächendeckende Zunahme der Biogas-Anlagen seit 1994 haben die Emissionen in diesem Bereich ebenfalls kontinuierlich zugenommen. Nur einen kleinen Anteil (4,6 %) machen die Kohlendioxid-Emissionen aus der Kalkung, der Anwendung als Mineraldünger in Form von Harnstoff sowie CO₂ aus anderen kohlenstoffhaltigen Düngern aus (siehe Tortengrafik). Die CO₂-Emissionen entsprechen einem Anteil von 0,4 % der Gesamt-THG-Emissionen (ohne LULUCF) und sind daher eher als vernachlässigbar anzusehen.⁸⁸

Ein Rückgang des durchschnittlichen Fleischkonsums in Deutschland um ein Viertel würde die jährlich ausgestoßene Menge um 8,3 Millionen Tonnen Co₂-Äquivalenten senken, dies ist die vierfache Menge an Co₂, die mit Inlandsflügen 2018 ausgestoßen wurde.⁸⁹ Mit Art. 20 a GG besteht hinsichtlich des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen auch hier ein überragendes Allgemeingut.⁹⁰ Weiterhin verstärkt wird der Druck auf den Gesetzgeber zu klimaschützenden Maßnahmen durch zahlreiche objektive Schutzpflichten aus speziellen Freiheitsrechten, die durch die Folgen des Klimawandels bedroht bzw. teilweise ausgehöhlt werden würden.⁹¹

Verstärkend kommt hinzu, ebenfalls von Art. 20 a GG erfasst, die Überschreitung der ökologischen Belastungsgrenzen durch die Intensivtierhaltung, die auch jetzt schon spürbar etwa durch eine deutliche Abnahme der Biodiversität oder Überschreitung der Nitratgrenzwerte im Boden deutlich wird, was auch zu gesundheitlichen Problemen bspw. durch Belastung des Trinkwassers führt.⁹² Die gesundheitsschädlichen Ammoniak-Emissionen in Deutschland werden von der Landwirtschaft dominiert, mehr als 95 % der NH₃-Freisetzungen in die Atmosphäre sind auf die Tierhaltung sowie Lagerung und Ausbringung von Wirtschaftsdüngern (Gülle, Mist, Gärreste) zurückzuführen. Ammoniak schädigt nicht nur die menschliche Gesundheit, sondern auch empfindliche Ökosysteme sowohl durch die eutrophierende Wirkung des Stickstoffs als auch durch die Versauerung des Bodens. Die EU-Richtlinie über nationale Ammoniak-Emissionshöchstmengen (NEC-Richtlinie) verpflichtet Deutschland zur Reduktion der NH₃-Emission um 29 % (gegenüber 2005) bis 2030. Die Einhaltung dieses Ziels erfordert zusätzliche massive Minderungsmaßnahmen der Landwirtschaft, die weit über die Vorschriften der aktuellen Düngeverordnung hinausgehen.⁹³

⁸⁸ Umweltbundesamt, Beitrag der Landwirtschaft zu den Treibhausgas-Emissionen, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/land-forstwirtschaft/beitrag-der-landwirtschaft-zu-den-treibhausgas>

⁸⁹ vgl. Merlot, [spiegel.de](https://www.spiegel.de), Was Fleischverzicht für den Klimaschutz bringt, abzurufen unter: <https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/berechnung-zum-klimaeffekt-was-fleischverzicht-fuer-den-klimaschutz-bringt-a-1280923.html> (7.11.2020).

⁹⁰ Vgl. Sachs/Murswiek, 8. Aufl. 2018, GG Art. 20a Rn. 15: „Damit wird dem Umweltschutz auch positivrechtlich der Rang zugewiesen, der ihm unter dem Aspekt der Staatstheorie ohnehin gebührt, zur nämlich der Rang eines Verfassungsprinzips, das als solches nicht zur Disposition der Staatsorgane steht.“

⁹¹ vgl. Groß, in: NVwZ 2020, 337, 339 f.

⁹² vgl. Köck, in: ZUR 2020, 464, 468 m.w.N.

⁹³ Vgl. hierzu Nationales Luftreinhalteprogramm der Bundesrepublik Deutschland 2019, abrufbar unter

Die Rückkopplungseffekte mit den oben dargestellten Zielen des Gesundheitsschutzes sind evident.

(f) Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft

Art. 2 Abs. 2 GG in seiner Schutzpflichtdimension kann durch den Gesetzgeber auch hinsichtlich der Arbeitsbedingungen in der Fleischindustrie fruchtbar gemacht werden. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden in den Betrieben häufig gesundheitlich bedenklichen Situationen ausgesetzt, wie der Blick auf Zerlegebetriebe während der Covid-19-Pandemie gezeigt hat.⁹⁴

Als Folge des Preiswettkampfes und der notwendigen Rationalisierung der Produktionskette ist zudem eine starke Marginalisierung der Arbeitsbedingungen notwendige Folge.⁹⁵ Das Bundesministerium für Arbeit hat festgestellt, dass zahlreiche arbeitnehmerschützende gesetzliche Vorgaben nicht nur in Bezug auf Hygiene häufig nicht eingehalten werden.⁹⁶ Über die Zeit der Pandemie hinaus stellt damit auch der Arbeitnehmerschutz einen überragenden Grund des Allgemeinwohls dar, der durch Abschwächung des Preiskampfes infolge eines Werbeverbotes gefördert werden kann.⁹⁷

(2) Verhältnismäßigkeit

Wie gerade gezeigt, liegen qualifizierte Gründe des Allgemeinwohls vor, anhand derer eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit rechtfertigbar ist. Diese stellen durchweg solch gewichtige Gründe dar, dass sie auch einen besonders intensiven Eingriff in die Berufsausübungsregeln rechtfertigen würden.⁹⁸

Gemäß der besonderen Systematik der Grundrechtsprüfung von Art. 12 Abs. 1 GG und bereits aus Art. 20 Abs. 3 GG folgend, ist weiterhin zu prüfen, ob das Werbeverbot ein verhältnismäßiges Mittel für den angestrebten Zweck darstellt.

https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Luft/luftreinhalteprogramm_bericht_bf.pdf;

vgl. auch Thünen Working Paper 156, S. 41, abrufbar unter

https://www.thuenen.de/media/publikationen/thuenen-workingpaper/ThuenenWorkingPaper_156.pdf

S. 41.

⁹⁴ vgl. s. auch Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen, „Hauptgutachten Landwende im Anthropozän“, S. 188, abzurufen unter:

https://www.wbgu.de/fileadmin/user_upload/wbgu/publikationen/hauptgutachten/hg2020/pdf/WBGU_HG20_20_Arbeitsexemplar-Bundesregierung.pdf (04.11.2020).

⁹⁵ vgl. Miserior, „Instrumente im Sinne einer nachhaltigen, klimafreundlichen Fleischproduktion“, S. 11 abzurufen unter: <https://www.misereor.de/fileadmin/publikationen/studie-fleischproduktion-2012.pdf>

(07.11.2020); Grossarth, faz.net, Das billige Fleisch hat einen Preis, abzurufen unter:

<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/lebensmittel/arbeitsbedingungen-auf-schlachthoefen-das-billige-fleisch-hat-einen-preis-12148647.html> (07.11.2020), Weinkopf, in: Zeitschrift für Arbeitswissenschaft Nr. 72, 213 f.

⁹⁶ https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Pressemitteilungen/2020/eckpunkte-arbeitsschutzprogramm-fleischwirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=1 9.10.2020.

⁹⁷ vgl. BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 12 Rn. 19.1.

⁹⁸ Nach jüngster BVerfG-Rechtsprechung erfährt die Drei-Stufen-Theorie eine gewisse Aufweichung, wonach je nach Intensität des Eingriffes die Rechtfertigung anhand von Gründen der höheren Stufen notwendig werden kann, vgl. von Münch/Kunig-Kämmerer, Grundgesetz, Band 1, 6. Auflage 2012, Art. 12, Rn. 67.

Die zuvor genannten Gründe des Allgemeinwohls erfüllen bereits zugleich die erste Stufe der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung des legitimen Zwecks. Zur Zielerreichung müsste das Mittel des Werbeverbotes ferner geeignet, erforderlich sowie angemessen sein.

(a) *Geeignetheit*

Das Werbeverbot ist geeignet, wenn es die Zielerreichung fördern kann. Dabei besteht keine Verpflichtung des Gesetzgebers, eine strenge Kausalitätskette zwischen dem Mittel und dem erwarteten Ziel aufzuzeigen. Es genügt, wenn die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht, dies auch, wenn das Mittel die Wahrscheinlichkeit der Erreichung eines Teils des Ziels erhöht.⁹⁹ Eine vom Gesetzgeber angenommene Geeignetheit ist nur dann zurückzuweisen, wenn sie sich als unvertretbar oder nachweislich unrichtig herausstellt.¹⁰⁰ Auch darf der Gesetzgeber bei in ihren Wirkungen schwer vorherzusehenden Sachverhalten Konzepte zunächst erproben und Erfahrungen sammeln.¹⁰¹

Damit ist festzuhalten, dass dem Gesetzgeber hier ein weiter Gestaltungs- und Prognosespielraum zukommt.

Für die oben aufgeführten Gründe des Allgemeinwohls wurden bereits die konkreten Zwecke, die mit einem Werbeverbot gefördert werden sollen, benannt und lassen sich für die Prüfung der Geeignetheit wie folgt zusammenfassen:

(i) *Produktionsverringering*

Ein Werbeverbot soll dazu beitragen, dass die Produktion und der Konsum von Fleisch verringert wird. Als Glieder der Wirkungskette generelles Fleischwerbeverbot bis zur Produktionsverringering sind dabei hinsichtlich der Geeignetheit vor allem zwei Aspekte zu betrachten: Die Auswirkung des erreichten Rückganges der Produktion/des Konsums auf das jeweilige Ziel sowie, dafür die Grundlage, die Auswirkung des Werbeverbots auf den Umfang der Produktion.

(ii) *Wirkungskette Produktionsverringering – Zielerreichung*

Hinsichtlich der Zwecke des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung, der Entlastung des Gesundheitssystems, unter anderem des Tierschutzes sowie des Klima- und Umweltschutzes besteht bereits durch die mit dem Werbeverbot bezweckte

⁹⁹ BVerfG NJW 2007, 979, 982 Rn. 81; Maunz/Dürig/Grzeszick, 90. EL Februar 2020 Rn. 112, GG Art. 20 VII. Rn. 112 m.w.N.

¹⁰⁰ BVerfG NJW 1988, 1195, 1196. Insofern unzutreffend Degenhart, in: Stellungnahme des Einzelsachverständigen, BT-Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft, S. 8, Ausschuss-Drs. 19(10)110-B v. 29.11.2018, abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/581870/f755ac2965eb827a1746dd353b7c5eef/Stellungnahme-Einzelsachverstaendiger-Dr-Christoph-Degenhart-data.pdf> (04.11.2020).

¹⁰¹ vgl. BVerfG NJW 1992, 1747, 1748; 1988, 2529, 2534.

Verringerung des Konsums und daraus folgend eine Abnahme der Fleischproduktion ein Zusammenhang i. S. d. Geeignetheit.¹⁰²

So ermöglicht ein verringerter Konsum es, dazu beizutragen, die o.g. DGE-Verzehrempfehlungen für Fleisch im gesellschaftlichen Durchschnitt zu erreichen und damit den Zweck des Gesundheitsschutzes und der Entlastung des Gesundheitssystems zu fördern.¹⁰³

Durch einen Produktionsrückgang von Fleisch wird das Leid der unter tierrechtswidrigen Bedingungen gehaltener Tiere jedenfalls quantitativ verringert, da weniger Tiere unter diesen Bedingungen gehalten würden. Durch die Erwartete Entspannung des Marktes und dem sinkenden Rationalisierungsdruck wird auch Potenzial zur qualitativen Verbesserung der Haltungsbedingungen frei. Es erscheint auch vertretbar, zu erwarten, dass vor dem Hintergrund der Verringerung des Wettbewerbsdrucks die freiwerdenden, sonst für Werbung aufgewendeten Mittel künftig für eine Verbesserung der Haltungsbedingungen eingesetzt werden. In Verbindung mit der vorherrschenden negativen öffentlichen Meinung ist eine solche Umsetzung durch die Industrie ohne staatlichen Zwang auch nicht ganz fernliegend; die Tendenz der weiteren gesetzlichen Verschärfungen zuvorkommenden Selbstregelung der Wirtschaft kommt hinzu.¹⁰⁴ Gelingt es den Fleischproduzierenden zudem nicht mehr, durch Werbung über die tierschutzwidrigen Wettbewerbsbedingungen hinwegzutäuschen, so kann eine Folge sein, dass mehr Werbung durch die Sache selbst gemacht werden muss, d.h. indirektes „Werben“ durch verbesserte Qualität oder mit der Erreichung der Anforderungen eines Bio-Siegels.

Auch der Klimaschutz wird unbestreitbar gefördert durch eine Verringerung der Fleischproduktion, dies bereits durch die weniger ausgestoßenen Treibhausgase durch zahlenmäßig weniger Tiere sowie deren Bedarf an Futter und Energieressourcen.¹⁰⁵

(iii) *Wirkungskette Werbeverbot – Produktionsrückgang*

Ausgangspunkt aller dieser Erwägungen muss indes sein, dass ein Werbeverbot vertretbar die Möglichkeit eines Produktionsrückganges eröffnet. Ansatzpunkt dieser Maßnahme ist dabei – statt einer auch denkbaren direkten staatlichen Regulierung der Produktion –¹⁰⁶ die Reduzierung des Konsums auf Nachfrageseite:

¹⁰² vgl. zu den Hauptrisiken, die von intensiver Fleischproduktion ausgehen: *Kanerva*, Meat consumption in Europe: issues, trends and debates, artec-paper Nr. 187, 2013, S. 43, abzurufen unter <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-58710-6> zuletzt abgerufen am 09.10.2020

¹⁰³ vgl. dazu auch die Empfehlung des World Cancer Research Funds zum gesellschaftlichen Durchschnittskonsum von 300 g, um die gesamte Bevölkerung vor negativen gesundheitlichen Folgen des Fleischkonsums zu schützen auf S. 12 sowie auf S. 10 zu Fettleibigkeit, abzurufen unter: https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/migration_files/media237593A.pdf (9.10.2020).

¹⁰⁴ Eine solche könnte bereits in der privatwirtschaftlichen Initiative Tierwohl zu sehen sein, die allerdings derzeit unzureichend ist, vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 234, 236.

¹⁰⁵ vgl. Wissenschaftlicher Beirat Agrarpolitik beim BMEL, Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, Gutachten, 2015, S. 131.

¹⁰⁶ die gleichwohl ein intensiveres Mittel i.S.d. Erforderlichkeit darstellt, s. u..

Ein Werbeverbot als Triebfeder für Kaufentscheidungen soll diese insgesamt reduzieren.

Als herausstechendes Beispiel für eine effektive Verringerung von sozial unerwünschtem Konsum durch Werbeverbote sei das in vielen Ländern der Welt¹⁰⁷ umgesetzte umfassende Werbeverbot für Tabakwaren vorangestellt, an das sich auch Deutschland ab 2021 weiter annähert.¹⁰⁸ Aufgrund der umfassenden Datenlage und den langjährigen Untersuchungen ist bereits seit längerem erwiesen, dass ein umfassendes Tabakwerbeverbot einen Konsumrückgang von mindestens 7% bewirkt, unabhängig von weiteren Maßnahmen zur Tabakkonsumeindämmung.¹⁰⁹

Ähnliche Ergebnisse liegen für ein Werbeverbot von Alkohol vor. So steigern beispielsweise Jugendliche Ihren Alkoholkonsum umso mehr, je häufiger sie Alkoholwerbung ausgesetzt sind, wobei auch eine langfristige Entlastung des Gesundheitssystems durch ein Werbeverbot für Alkohol festgestellt werden konnte.¹¹⁰

Man könnte sich den Einwand vorstellen, dass in Anbetracht der Eigenschaften von Alkohol und Tabak als Suchtmittel und Fleisch als nicht suchterzeugendes Lebensmittel eine direkte Übertragbarkeit dieser Wirkungsweise nicht ohne weiteres gegeben sein könnte. Indes sind keine Studien ersichtlich, die gerade die suchterzeugende Eigenschaft von Produkten als absolutes Wirkkriterium herausstellen.

Allerdings finden sich Stimmen von Seiten der Wirtschaftswissenschaften, insbesondere solcher Autoren, die Werbeverboten skeptisch gegenüberstehen, die konstatieren, dass die jeweiligen Marktgegebenheiten für eine Produktkategorie zu berücksichtigen seien, vor denen sich der Einfluss der Werbung differenziert hinsichtlich des Wirkungszusammenhanges darstelle.

Eingewandt wird insoweit, dass auf gesättigten Märkten (der der Fleisch-Lebensmittel ist ein solcher)¹¹¹ das wesentliche Werbeziel sei, bestehende Markt-

¹⁰⁷ In 48 Ländern ist Tabakwerbung umfassend verboten; 103 weitere Länder verbieten Tabakwerbung partiell, s. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2020, S. 24.

¹⁰⁸ vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/tabakwerbeverbot-1766070> (10.10.2020). Erlaubt sein wird auch nach 2023 weiterhin die Werbung im Fachhandel und an den Außenwänden dieser Geschäfte; dies erscheint vor den Anforderungen des Art. 13 Abs. 1, 2 WHO-Rahmenübereinkommens zur Eindämmung des Tabakgebrauchs nicht ausreichend.

¹⁰⁹ s. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 26 f., Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2019 S. 101; wobei der Prozentsatz für wohlhabende Ländern vergleichbar mit Deutschland gilt und dem Report zufolge in wirtschaftlich schwächeren Ländern dieser noch höher liegen dürfte; abzurufen jeweils unter: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85380/9789241505871_eng.pdf;jsessionid=C37270C9B025138F0589527AFD94D581?sequence=1 (07.11.2020) sowie <https://www.who.int/teams/health-promotion/tobacco-control/who-report-on-the-global-tobacco-epidemic-2019&publication=9789241516204> (07.11.2020), vgl. auch WHO, Guidelines for implementation of Article 13 FCTC Nr. 2 ff. abzurufen unter: https://www.who.int/fctc/guidelines/article_13.pdf?ua=1 (11.11.2020).

¹¹⁰ Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V., Factsheet Alkohol und Werbung, S. 4 ff., 9, abzurufen unter: https://www.dhs.de/fileadmin/user_upload/pdf/Factsheets/100318_Factsheet_ALKOHOL_u_WERBUNG_DIN.pdf (10.10.2020).

¹¹¹ s. v. Alvensleben, Die Fleischwirtschaft von morgen: Anforderungen von Gesellschaft und Verbrauchern, in: Lohmann-Informationen, Ausgabe 1/1999, S. 1, abzurufen unter: http://www.lohmann-information.com/content/1_i_1_99_artikel5.pdf (10.10.2020).

anteile zu verteidigen und Kunden anderer Marken abzuwerben, während bei wachsenden Märkten Werbung zur Erschließung neuer Kunden, mithin Vergrößerung der Gesamtproduktion dienen könne. In gesättigten Märkten sei bereits gezeigt worden, dass ein Werbeverbot den Konsum nicht reduziert habe.¹¹²

Ein definitiver Schluss aus untersuchten Marktbedingungen auf die Auswirkungen lässt sich allerdings selbst anhand dieser Erwägungen nicht treffen. So wird auch im soeben zitierten Gutachten, das die Interessenvereinigung Markenverband e.V. veröffentlicht, auch nur das vorsichtige Fazit gezogen, dass Werbung als allgemeine erhebliche Wirkungsgröße für den Konsumumfang zwar anzuzweifeln sei. Ein tatsächlicher Effekt wird hingegen nicht ausgeschlossen.¹¹³

Ähnlich stellten sich die argumentative Bemühungen der Tabak-Lobby vor der weiteren Verschärfung des Werberechts dar, die einem Werbeverbot die verfassungsrechtliche Zulässigkeit im Wesentlichen – entgegen den oben zitierten Erkenntnissen der WHO – aufgrund angeblicher fehlender Erforderlichkeit und Geeignetheit hinsichtlich eines Konsumrückganges absprachen,¹¹⁴ indes der Verband der Rauchtakindustrie laut der Gesetzesbegründung dann aber einen erwarteten Umsatzrückgang in einem mehrstelligem Millionenbetrag angab.¹¹⁵

Aus empirischer Sicht dürfte das größte Problem für einen Nachweis des Wirkungszusammenhangs sein, dass ein Fleisch-Werbeverbot, soweit ersichtlich, noch in keinem Land der Welt umgesetzt wurde. Auch ist keine wirtschaftswissenschaftlich belastbare Methode ersichtlich, nach der die Wirkung im spezifischen Markt vorhergesagt werden könnte.

Für die Beurteilung der rechtsstaatlichen Geeignetheit bedeutet die hier erkannte bestehende wissenschaftliche Unsicherheit bezüglich bereits jetzt zu treffender Aussagen über die Effektivität eines Fleischwerbeverbotes jedoch, dass dem Prognosespielraum des Gesetzgebers noch stärkere Bedeutung zukommt. Wenn der Gesetzgeber bei extensiv erforschter, aber umstrittener wissenschaftlicher Ausgangssituation im Rahmen des Vertretbaren frei entscheiden kann, welches Mittel er für geeignet hält,¹¹⁶ so ist dies erst recht möglich, wenn eine wissenschaftliche Debatte zu den Auswirkungen noch gar nicht vorhanden ist, weil die Empirie fehlt. Dabei ist es ihm deshalb auch nicht verwehrt, Parallelen zu den Einschätzungen zu ziehen, bei denen wissenschaftlich vergleichbare Wirkungen gemessen werden konnten, wie hier vorliegend mit den Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation zum Tabakwerbeverbot. Die hier vertretene Annahme

¹¹² Gutachten "Die Auswirkungen von Werbung und Werbeverboten auf das Konsumentenverhalten", Institut für Marken- und Kommunikationsforschung (IMK), S. 40 f., abzurufen unter:

<http://www.markenverband.de/pressebereich/pressemitteilungen2019/pm01102019werbeverbote/pm01102019werbeverboteundgutachten> (10.10.2020) sowie Masing und andere, Gutachten Werbeverbot E-Zigaretten, S. 8, abzurufen unter

<https://web.archive.org/web/20201027140641/https://www.byte.de/files/content/themen/werbung/Gutachten%20Werbeverbot%20E-Zigaretten%2012.06.2020..pdf> (07.11.2020)

¹¹³ vgl. Gutachten "Die Auswirkungen von Werbung und Werbeverboten auf das Konsumentenverhalten", Institut für Marken- und Kommunikationsforschung (IMK), S. 42 (Markenverband-Gutachten).

¹¹⁴ vgl. etwa Masing und andere, Gutachten Werbeverbot E-Zigaretten, S. 7 f..

¹¹⁵ s. GesetzE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Tabakerzeugnisgesetzes, S. 3, BT-Drs. 19/19495 abzurufen unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/194/1919495.pdf> (04.11.2020).

¹¹⁶ BVerfG NJW 2007, 979, 982 Rn. 81.

wird zudem auch von unabhängigen Sachverständigengremien wie dem wissenschaftlichen Beirat der Bundesregierung gestützt, der angibt, dass der Konsum von unnachhaltigen Lebensmitteln durch Werbung der Lebensmittelindustrie gezielt gefördert werde.¹¹⁷

Die oben skizzierten Mindestanforderungen an den Geeignetheits-Maßstab werden so bei weitem übertroffen. Dies stützt auch erst recht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der es Warnhinweise auf Tabakprodukten sogar noch als geeignet ansah, obwohl die Zahl der Raucher trotz der Hinweise weiterhin anstieg.¹¹⁸

Damit ist eine Geeignetheit des Werbeverbots für das Ziel des Produktionsrückganges gegeben. Anhand der bestehenden Erkenntnisse zum Tabak- und Alkoholverbot und fehlender wissenschaftlicher Evidenz hinsichtlich der eingewendeten Zweifel an der Wirksamkeit besteht die (wahrscheinliche) Möglichkeit des aufgezeigten Wirkzusammenhanges.

(iv) *Entspannung des Marktes*

Der durch einen starken Preiswettbewerb¹¹⁹ auf die Fleischproduzierenden ausgeübte Rationalisierungsdruck hat die Marginalisierung der Haltungsbedingungen,¹²⁰ der Arbeitsbedingungen¹²¹ und des Stellenwertes des Klimaschutzes (starker Preisdruck führt zur Kosteneffizienz und offenkundig nicht zur Klimaefizienz) zur Folge. Der wissenschaftliche Beirat beim BMEL stellte fest, dass Fleisch derzeit als Standardware sich in den meisten Fällen über den Preis definiert und zur hohen Externalisierung von Kosten führt.¹²²

Mit dem Wegfall der Werbung fällt damit ein wesentliches Instrument zum Führen des Preiswettbewerbs weg. Eigenwerbung durch die Sache nimmt ein größte-

¹¹⁷ s. Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen, Hauptgutachten Landwende im Anthropozän: Von der Konkurrenz zur Integration, S.193, abzurufen unter: https://www.wbgu.de/fileadmin/user_upload/wbgu/publikationen/hauptgutachten/hg2020/pdf/WBGU_HG2020_Arbeitsexemplar-Bundesregierung.pdf (04.11.2020).

¹¹⁸ vgl. BVerfG NJW 1997, 2871, 2872.

¹¹⁹ vgl. Wissenschaftlicher Beirat Agrarpolitik beim BMEL, Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, Gutachten, 2015 (i.F.: BMEL-Gutachten Nutztierhaltung), S. 209, 288, i, abzurufen unter: https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/GutachtenNutztierhaltung.pdf;jsessionid=CF9C6C6CF4087F3DE693BA0F6B92A1F8.internet2842?__blob=publicationFile&v=2 (09.11.2020).

¹²⁰ vgl. BMEL-Gutachten Nutztierhaltung, S. 288, S. ii, abzurufen unter https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/GutachtenNutztierhaltung.pdf;jsessionid=CF9C6C6CF4087F3DE693BA0F6B92A1F8.internet2842?__blob=publicationFile&v=2 (09.11.2020).

¹²¹ vgl. BMEL-Gutachten Nutztierhaltung, S. 209 f, abzurufen unter https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/GutachtenNutztierhaltung.pdf;jsessionid=CF9C6C6CF4087F3DE693BA0F6B92A1F8.internet2842?__blob=publicationFile&v=2 (09.11.2020).

¹²² s. BMEL-Gutachten Nutztierhaltung, S. 209, abzurufen unter https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/GutachtenNutztierhaltung.pdf;jsessionid=CF9C6C6CF4087F3DE693BA0F6B92A1F8.internet2842?__blob=publicationFile&v=2 (09.11.2020).

res Gewicht an. Damit erscheint es, wie oben bereits dargelegt, möglich, dass ein Werbeverbot den Marktdruck abschwächen kann. Freiwerdende Mittel aus der Werbung können für andere Zwecke einsetzbar gemacht werden und zudem strukturelle Veränderungen in Richtung eines Qualitätswettbewerbs auslösen.

(v) Informationsfreiheit und Verbraucherschutz

Das bereits oben genannte krasse Missverhältnis zwischen öffentlicher Meinung zu tierschutzwidrigen Haltungsbedingungen und dem tatsächlichen Kaufverhalten legt eine strukturelle Falschinformation der Verbraucher nahe. Dies ist nicht für die Wahl der Konsumierenden hinsichtlich tierschutzethischer Vorstellung wichtig, sondern schränkt auch eine willensgeleitete Wahl zugunsten klima- und arbeitnehmerfreundlichen Optionen ein.

Eine Stichprobenuntersuchung der Verbraucherzentralen Deutschlands im Jahr 2018 hat ergeben, dass ein erheblicher Anteil der in den größten Einzelhandelsketten erhältlichen Fleischprodukten täuschungsgeeignete Werbung in Prospekten und vor Ort nutzbar macht.¹²³ Zwar liegen genaue Zahlen zur Werbeausgabenverteilung zwischen konventioneller und ökologischer Fleischproduktion nicht vor, anhand eines Vergleichs der Erlöszahlen beispielsweise aus dem Jahr 2016 von rund 14 Milliarden € aus konventioneller Produktion gegenüber 300 Millionen aus ökologischer Haltung¹²⁴ ist jedoch die Annahme vertretbar, dass auf letztere nur ein signifikant geringerer Anteil an den Werbeausgaben von 61,9 Millionen € entfallen kann.¹²⁵ Insoweit kann es auch keinen Einwand darstellen, dass aufgrund nicht exakt bekannter Werbeausgaben ein Argument für ein Verbot hergeleitet werden könne. Konsequenz dessen könnte nur sein, die Firmen zur Offenlegung zu verpflichten, was ein deutlich stärkerer Eingriff wäre. Zudem würde dies hinsichtlich internationaler Konzerne auf neue Rechts- und wirtschaftspolitische Probleme stoßen; Offenlegungspflichten bestehen auch international selten.¹²⁶

Dieses strukturelle Defizit der Anbietenden sicher tierschutzkonformer Produkte führt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Kommunikationsnachteil. Verbunden mit der teils irreführenden Werbung durch die dominierenden konventionellen Produktanbietenden entsteht eine verbraucherfeindliche Desinformationsitu-

¹²³ Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz e.V., Werbung für Fleisch - Verwirrspiel im Supermarkt. Marktcheck der Verbraucherzentralen über Werbeaussagen zur Tierhaltung im konventionellen Fleischangebot, 2018, abzurufen unter: https://www.verbraucherzentrale-sachsen.de/sites/default/files/2019-01/190114_VZ_Marktcheck_Werbung_Tierhaltung.pdf (10.10.2020).

¹²⁴ Gemessen an Verkauf von Rind-, Schweine und Geflügelfleisch im Jahr 2016, s. Ahrens, Umsatz mit biologisch und konventionell erzeugtem Fleisch in Deutschland 2016, Statista, abzurufen unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/825872/umfrage/umsatz-mit-biologisch-und-konventionell-erzeugten-fleisch-in-deutschland/> (9.10.2020).

¹²⁵ Zahl für Fleisch- und Fischproduktwerbung zum Vergleich aus 2016. 2017 stiegen die Werbeausgaben auf 81,9 Milliarden €, s. Nielsen, Werbeausgaben für Fleisch und Fischwaren in Deutschland, Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/388522/umfrage/werbeausgaben-fuer-fleisch-und-fisch-in-deutschland/> (15.10.2020).

¹²⁶ vgl. Kanerva, in: Meat consumption in Europe: issues, trends and debates, artec-paper Nr. 187, 2013, S. 28, abzurufen unter: <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-58710-6> (10.10.2020).

ation.¹²⁷ Diese Situation kann durch ein generelles Verbot von Fleischwerbung durchbrochen werden: Kaufentscheidungen, die auf dem Einfluss von Werbung basieren, würden wegfallen. Für das Ziel des Verbraucherschutzes ist das generelle Werbeverbot mithin geeignet.

(vi) *Fazit*

Gezeigt wurde, dass das Mittel des Fleischwerbverbots sich für mehrere legitime Zwecke, als auch isoliert betrachtet, als geeignetes Mittel darstellt. Hinsichtlich des Verbraucherschutzes hat sich gezeigt, dass das hinzutretende Interesse an landwirtschaftlicher Leistungsfähigkeit den Spielraum hinsichtlich der Geeignetheitseinschätzung erweitert. Gleiches gilt für die Zwecke Gesundheits- und Klimaschutz, wo ebenfalls ein besonderes Gewicht auf der gesetzgeberischen Prognoseentscheidung liegt. Bereits isoliert, jedoch erst recht mit der kumulierten Begründung¹²⁸ durch diese Zwecke und unter Berücksichtigung des oben dargestellten Maßstabs, ist eine fehlende Geeignetheit nicht mehr seriös einwendbar.

(b) *Erforderlichkeit*

Das generelle Werbeverbot ist erforderlich, wenn kein weiteres Mittel zur Verfügung steht, das die Erfolgswahrscheinlichkeit eindeutig gleichwertig steigert und die Grundrechtsbetroffenen weniger belastet.¹²⁹ Geht es jedenfalls um den Schutz wichtiger Schutzgüter der Allgemeinheit, so steht dem Gesetzgeber auch hinsichtlich der Folgeneinschätzung einer Maßnahme ein weiterer Gestaltungsspielraum zu.¹³⁰

Danach ist ein umfassendes Werbeverbot auch erforderlich, wie im Folgenden gezeigt wird.

(i) *Quantitatives partielles Werbeverbot*

Ein quantitativ beschränktes Werbeverbot (etwa: Verbot von Prospektwerbung) ist nicht eindeutig gleich effektiv. Wie auch bei der Frage der grundsätzlichen Geeignetheit des Werbverbots fehlt eine dies widerlegende Empirie. Allerdings

¹²⁷ so sieht es auch der wissenschaftliche Beirat Agrarpolitik beim BMEL, s. Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, Gutachten, 2015, S. 209 abzurufen unter: https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/GutachtenNutztierhaltung.pdf?jsessionid=CF9C6C6CF4087F3DE693BA0F6B92A1F8.internet2842?__blob=publicationFile&v=2 (09.11.2020).

¹²⁸ Dabei darf der Gesetzgeber ein Gesetz bereits dann als geeignet ansehen, wenn er das Ziel mit mehreren Mitteln verfolgt, die nur kumulativ eine Geeignetheit begründen, vgl. insoweit zum Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft: Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Ausarbeitung Verfassungsrechtliche Aspekte eines Verbots von Werkverträgen und Leiharbeit in der Fleischwirtschaft, WD 6 - 3000 - 053/20, S. 19, abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/699552/3fa15c2ae033face24089648db9d3ea6/WD-6-053-20-pdf-data.pdf> (10.11.2020).

¹²⁹ s. Maunz/Dürig/Grzeszick, 90. EL Februar 2020, GG Art. 20 VII. Rn. 113.

¹³⁰ vgl. BVerfG NVwZ 2001, 790, 794.

kann sich der Gesetzgeber auch hier auf die umfangreich erforschte Situation der Auswirkungen von partiellen Werbeverböten wie beim Tabakwerbeverbot stützen. Dies hier noch einmal stärker, da die Frage, ob ein partielles oder generelles Werbeverbot effektiver sein könnte, stärker aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht zu beurteilen sein dürfte als die Frage, ob und wie ein Werbeverbot auf einem bestimmten Markt überhaupt zu einem Konsumrückgang führt. Wahrscheinlich ist, dass die hierzu getroffenen Erkenntnisse aus anderen Branchen noch eher verallgemeinerungsfähig sind.¹³¹

Laut der Weltgesundheitsorganisation gilt für ein Tabakwerbeverbot folgende Maßgabe:

„To be effective in reducing tobacco consumption, bans must be complete and apply to all types of advertising in all media, as well as to all promotion and sponsorship activities, both direct and indirect“¹³²

So hat sich auch Deutschland völkerrechtlich zu einem umfassenden Tabakwerbeverbot verpflichtet, das gem. Art. 13 Abs. 2 des WHO-Tabakrahenübereinkommens so weitgehend wie möglich sein muss, bis an die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen.¹³³ Gem. Art. 13 Abs. 1 WHO-Tabakrahenübereinkommen erklären die Vertragsstaaten verbindlich, dass sie anerkennen, dass nur ein umfassendes Werbeverbot effektiv ist.¹³⁴ Aus dieser völkerrechtlichen Verpflichtung kann so jedenfalls eine Selbstbindung des Gesetzgebers erkannt werden dergestalt, dass wenn dieser zum Schutze überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter ein Werbeverbot umsetzen will, dann dies effektiv zu unternehmen ist, wenn nicht im Einzelfall Gründe entgegenstehen, wie etwa andere Marktgegebenheiten - die hier nicht ermittelt werden können. Damit ist ein partielles Werbeverbot nicht eindeutig als gleich effektiv anzuerkennen; ein generelles Werbeverbot ist damit auch aus dieser Perspektive erforderlich.

(ii) *Qualitatives partielles Werbeverbot*

Ein qualitatives Werbeverbot ist in verschiedenen Ausprägungen denkbar.

¹³¹ vgl. bspw. Hadi, Processed meat as carcinogen: Time for health warning labels?, Journal of Cancer Policy 8/2018, <https://doi.org/10.1016/J.JCPO.2016.03.004> (10.10.2020).

¹³² s. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 30 m.w.N., abzurufen unter: https://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/.

¹³³ vgl. auch WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 21, abzurufen unter: https://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/.

¹³⁴ vgl. auch WHO, Guidelines for implementation of Article 13 FCTC Nr. 2 ff. abzurufen unter: https://www.who.int/fctc/guidelines/article_13.pdf?ua=1 (11.11.2020).

Zum einen ist so als milderes Mittel ein Preiswerbeverbot denkbar, das aktuell Gegenstand gesetzgeberischer Umsetzungsprüfung ist.¹³⁵ Andererseits sind auch Regelungen zur inhaltlichen Steuerung der Werbung denkbar.

Hinsichtlich des reinen Preiswerbeverbot ist denkbar, dass pauschal die Nennung des Preises in den Werbemedien zu verbieten geplant ist.¹³⁶ Die Bundesregierung hält sich jedoch auch weitergehend offen, "eine Werbung zu verhindern, die den Eindruck erweckt, der Preis sei der Parameter, auf den es bei Erwerb von Fleisch vor allem ankommt."¹³⁷

Die Feststellung des wissenschaftlichen Beirats des BMEL zugrunde gelegt, dass Fleisch als sog. „Standardware“ hauptsächlich über den Preis vermarktet wird,¹³⁸ ist ein Konsum- und Produktionsrückgang auch durch ein alleiniges Preiswerbeverbot denkbar, womit eine Erforderlichkeit für die unter dargestellten Ziele näher zu prüfen ist. Doch zunächst lässt sich auch dem Mittel entgegen, dass die Erkenntnisse vom Tabakwerbeverbot zeigen, dass nur als umfassendes Verbot effektiv ist.¹³⁹ Mag ein Preiswerbeverbot einen Effekt haben, so ist nicht nachweisbar, dass dieser gleich ausfallen wird, eine Erforderlichkeit des generellen Werbeverbotes kann damit nicht abgesprochen werden.

Wie gezeigt, ist der momentan stattfindende hohe Fleischkonsum zudem ein ernsthaftes Problem für die Gesundheit der in Deutschland lebenden Menschen. Der Fleischkonsum hat sich auch seit 1991 nicht signifikant geändert.¹⁴⁰ Um dieses Problem effektiv einzudämmen, darf der Gesetzgeber seinen Prognosespielraum ausschöpfen und auch trotz möglicher positiver Wirkungen eines Preiswerbeverbotes auf den Konsum auch ein generelles Fleischwerbeverbot als erfolgsversprechender erachten.

Auch hinsichtlich der weiteren besprochenen Zwecke spricht viel für ein generelles Verbot als effektivere Maßnahme. Die oben aufgezeigten Effekte der Werbung würden mit einem Preiswerbeverbot nur sehr eingeschränkt eingedämmt werden können; im Wesentlichen würde die irreführende Annahme, dass ein höherer Preis mehr Tierschutz bedeutet, unterbunden werden. Werbeaussagen ohne wesentliche Informationen oder mit Angaben, die an Täuschung grenzen, wären weiterhin möglich. Ein effektiver Rückgang des Fleischkonsums lässt sich nur mit einem umfassenden Werbeverbot erreichen. Damit ist ein Preiswerbeverbot

¹³⁵ Antwort der BReg auf eine kleine Anfrage der FPD-Fraktion, Ds. 19/22812, S. 1, abzurufen unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/232/1923205.pdf> (16.10.2020).

¹³⁶ So konnte man die ersten öffentlichen Aussagen der BMin Klöckner zum Preiswerbeverbot auch verstehen, vgl. bspw. <https://www.merkur.de/politik/julia-kloeckner-cdu-fleisch-werbung-verbot-ministerin-preise-zr-90028525.html> (16.10.2020).

¹³⁷ Vgl. Antwort der BReg auf eine kleine Anfrage der FPD-Fraktion, Drs. 19/22812, S. 3.

¹³⁸ s. BMEL-Gutachten Nutztierhaltung, S. 209, 288, i, abrufbar unter <https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/GutachtenNutztierhaltung.pdf;jsessionid=CF9C6C6CF4087F3DE693BA0F6B92A1F8.internet2842?blob=publicationFile&v=2> (09.11.2020).

¹³⁹ s. oben unter II. sowie WHO, Guidelines for implementation of Article 13 FCTC Nr. 2 ff. abzurufen unter: https://www.who.int/fctc/guidelines/article_13.pdf?ua=1 (11.11.2020).

¹⁴⁰ s. Ahrens, Fleischkonsum pro Kopf in Deutschland in den Jahren 1991 bis 2019, Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/36573/umfrage/pro-kopf-verbrauch-von-fleisch-in-deutschland-seit-2000/> (10.11.2020).

auch kein milderes Mittel gegenüber dem Schutzgut der kreatürlichen Würde der Tiere gem. Art. 20 a GG.

Eine qualitative Beschränkung der Fleischwerbung, wie sie auch von der Bundesregierung als Möglichkeit angedeutet wird, könnte in negativer Hinsicht das Verbot irreführender Darstellungen umfassen und in positiver Hinsicht die Ausweitung etwa der gesundheitlichen, klimarelevanten und haltungstechnischen Implikationen mit dem Produktkauf umfassen. Hinsichtlich der negativen Variante ist wie auch beim partiell-quantitativen Verbot nur weniger Effektivität zu prognostizieren,¹⁴¹ zudem dürfte die rechtliche Fixierung der Irreführungstatbestände problematisch sein, ohne Umgehungsmöglichkeiten zu eröffnen oder sich auf eine „Selbstregulation“ durch das Klagbarkeitsmodell des UWG zu verlassen.

Als positive Maßnahme ist denkbar, (Mindest-) Gestaltungsvorgaben zu machen. Aus berufsfreiheitsrechtlicher Sicht ist dieser Eingriff vermutlich weniger belastend als ein Werbeverbot.¹⁴² Abgesehen von Warnhinweisen, die unten besprochen werden, wäre es jedoch mit nicht hinzunehmendem Aufwand verbunden, gestalterische Vorgaben in Anbetracht der Vielfalt der Produkte zu machen und zu überprüfen und damit kein milderes Mittel.¹⁴³

(iii) *Warnhinweise*

Verpflichtende Warnhinweise in der Werbung auf die tatsächlichen Haltungsbedingungen und die Umwelt- und Tierschutzimplikationen des Kaufes kommen als Mittel zur Zweckerreichung in Betracht. Indessen müssen diese dem starken Werbedruck entgegenstehen, der von der Fleischindustrie ausgeht, womit sie bereits auf den ersten Blick nicht mit einem kompletten Werbeverbot gleichstehen dürften. Die Empfehlungen der WHO zu den Tabakwerbeverboten zeigt, dass Warnhinweise eine Stufe auf dem Weg zu einem umfassenden Werbeverbot sein können.¹⁴⁴ Es würde den Rahmen des Gutachtens sprengen, welche Belastung mit einer solchen Darstellungsform einhergeht und inwieweit dieser Eingriff belastender wäre, als nur die Untersagung der Äußerung. Letztlich können Warnhinweise jedoch vor diesem Hintergrund aufgrund der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative als nicht gleich effektiv dem generellen Werbeverbot eine Erforderlichkeit nicht nehmen.

(iv) *Direkte staatliche Regulierung der Produktion*

¹⁴¹ Vgl. etwa WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 27, abzurufen unter: https://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/.

¹⁴² Zur Intensität aus dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit vgl. unten II.2; diese dürfte belastender sein, wenn man unterstellt, dass die Meinungsfreiheit betroffen ist: Pflicht zur Kundgabe einer bestimmten Meinung statt (nur) Verbot der Meinungsäußerung.

¹⁴³ BVerfG NJW 1988, 1195, 1196.

¹⁴⁴ s. bereits oben und vgl. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 26 f. abzurufen unter https://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/.

Ein direkter staatlicher Eingriff in die Produktion, etwa eine Kappung der Produktionsmengen (und –importe), wäre ein Weg, der zu effektiveren Verbesserungen des Klimaschutzes, Gesundheits(-system-)schutzes sowie des Tierschutzes führen wird. Insbesondere hinsichtlich der Treibhausgase sowie der Verzehrsmengen an Fleisch ist eine direkte Steuerung möglich.

Ohnehin ist davon auszugehen, dass in vielen der von der Tierschutznutztierverordnung geregelten Bereiche aus tierschutzrechtlicher Sicht dringender Handlungsbedarf geboten ist.

Der Gesetzgeber darf dennoch auf mehreren Wegen sein Ziel umzusetzen versuchen.¹⁴⁵ Ebenso ist vorliegend zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit dem Werbeverbot mehrere Ziele auf ein einmal verfolgen kann; so würde beispielsweise eine Irreführung der Verbraucher durch die Werbung nicht verringert werden, wenn nur die Produktionsmenge gesenkt wird. Damit lässt sich auch dem einschränkenden Argument begegnen, dass durch ein Werbeverbot nur mittelbar dem Ziel gedient sei.¹⁴⁶

(v) Informationsangebote, staatliche Werbung gesundheitsfördernder Produkte

Ein gewisses Informationsangebot von staatlicher Seite besteht bereits, etwa mit der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. Dass diese langjährig bestehenden Angebote jedoch zu keinen spürbaren Auswirkungen auf das Ernährungsverhalten und Tierwohl geführt haben, liegt auf der Hand.¹⁴⁷ Gleich effektiv könnte eine ebenso umfangreiche Werbekampagne des Staates zugunsten von sozial folgenreicher Fleischprodukte sein, die der Industrie der sozial unerwünschten Fleischproduktion entspricht. Dies ist jedoch mit einem beträchtlichen Kostenaufwand verbunden, womit dies als mildere Maßnahme nicht in Betracht kommt.¹⁴⁸

¹⁴⁵ s. bereits oben: Den eklatanten Arbeitsbedingungen in der Fleischwirtschaft bspw. in der Ausprägung ausbeuterischer Werkvertragsverhältnisse, die bereits seit langem bekannt sind, wurde erst nach massivem öffentlichem Druck wegen eines vielbeachteten Corona-Ausbruches Mitte 2020 durch einem Werkvertragsverbot abgeholfen, vgl. Weinkopf und Hüttenhof, in: WSI-Mitteilungen 7/2017, S. 533 ff., Schwesinger, „Corona und die 3,99-Schnitzel“, tagesschau.de, abzurufen unter:

<https://www.tagesschau.de/inland/schlachthoefe-arbeitsbedingungen-101.html> (08.11.2020);

Eine mehrfaktorielle Regulierung ist auch zweckmäßig, so wird nicht nur durch staatliche Kontrolle Tierqual zu verhindern versucht, sondern flankierend auch das Interesse an einer solchen Haltung gemindert.

¹⁴⁶ vgl. Masing und andere, Gutachten Werbeverbot E-Zigaretten, S. 8, abzurufen unter

<https://web.archive.org/web/20201027140641/https://www.byte.de/files/content/themen/werbung/Gutachten%20Werbeverbot%20E-Zigaretten%2012.06.2020..pdf> (07.11.2020)

wobei hier gleichwohl das fast ausschließlich Contra-Argumente für ein Tabakwerbeverbot berücksichtigende Gutachten nur das vorsichtige Resümee zieht, dass dann jedenfalls kein genereller Vorrang des Gesundheitsschutzes gegeben sei.

¹⁴⁷ vgl. Ahrens, Fleischkonsum pro Kopf in Deutschland in den Jahren 1991 bis 2019, Statista., abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/36573/umfrage/pro-kopf-verbrauch-von-fleisch-in-deutschland-seit-2000/>.

¹⁴⁸ vgl. BVerfG NJW 1988, 1195, 1196, BeckOK GG/Ruffert, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 12 Rn. 91.

(vi) *Steuererhöhung auf bestimmte Fleischprodukte*

Eine Fleischherstellungsbesteuerung könnte ebenfalls einen wichtigen Beitrag zum Produktionsrückgang leisten.¹⁴⁹ Eine Kaufbesteuerung zeigte etwa in Dänemark, dass ein Konsumrückgang zu verzeichnen war.¹⁵⁰ Auch hier ist jedoch dem Gesetzgeber, wie oben bereits aufgezeigt, das Beschreiten eines von mehreren möglichen Wegen zur Erreichung des Ziels möglich. Ein Werbeverbot erscheint auch, als erste Stufe umgesetzt, mindestens so zweckmäßig wie eine Erhöhung der Steuer, es lässt sich nicht von der Hand weisen, dass Verbote bei Konsumentinnen und Konsumenten eher akzeptiert werden, als eine Erhöhung der Besteuerung.¹⁵¹

(vii) *Subventionierung sozial folgenreicher Lebensmittel*

Subventionen sozial folgenreicher Fleischprodukte dürften ein sehr hohes Haushaltsvolumen binden, um einen signifikanten Unterschied zu bewirken und sich damit nicht als milderer Mittel eignen.¹⁵²

(viii) *Fazit zur Erforderlichkeit*

Das Werbeverbot ist für alle seine damit verfolgten Ziele erforderlich. Es ist kein Mittel ersichtlich, das gleich effektiv und zugleich weniger belastend wäre, um die genannten Ziele zu erreichen. Verstärkt durch den weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum und den gesellschaftlichen Konsens vor allem bezüglich des Tierschutzes,¹⁵³ ist das Werbeverbot sicher als erforderlich einzustufen.

(c) *Angemessenheit*

¹⁴⁹ Ausführlich zu dieser Problematik vgl. die Studie des Forums Ökologisch-soziale Marktwirtschaft im Auftrag von Greenpeace „Tierwohl fördern, Klima schützen – Wie eine Steuer auf Fleisch eine Wende in der Nutztierhaltung einleiten und Anreize für umweltschonenden Konsum liefern kann, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/tierwohlabgabebesiehe> auch Heinrich-Böll-Stiftung u.a., Fleischatlas 2019, S. 13, 48,

https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/massentierhaltung/massentierhaltung_fleischatlas_2018.pdf (16.10.2020).

¹⁵⁰ vgl. Wirtschaftswoche, Braucht auch Deutschland eine Fettsteuer? abzurufen unter:

<https://www.wiwo.de/technologie/green/daenemark-studie-zeigt-erfolg-braucht-auch-deutschland-eine-fettsteuer/13554476.html> (10.11.2020).

¹⁵¹ s. Heinrich-Böll-Stiftung u.a., Fleischatlas 2019, S. 13, 48,

https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/massentierhaltung/massentierhaltung_fleischatlas_2018.pdf (16.10.2020).

¹⁵²s. Heinrich-Böll-Stiftung u.a., Fleischatlas 2019,

https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/massentierhaltung/massentierhaltung_fleischatlas_2018.pdf S. 12 f., 48.

¹⁵³ vgl. hierzu auch Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, 90. EL Februar 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 920 zu Tabakwerbung: "große Gewicht des verfolgten Zieles", das "überdies von einem europäischen Konsens getragen werde".

Das generelle Werbeverbot ist angemessen, wenn die damit verbundenen Belastungen nicht außer Verhältnis zu den bereits aufgezeigten angestrebten Zwecken stehen und deshalb verfassungsrechtlich für die Betroffenen zumutbar sind.¹⁵⁴

(i) Abstraktes Wertverhältnis

Bereits durch die bisherige Verhältnismäßigkeitsprüfung ist das abstrakte Wertungsgefälle zu erkennen, das zwischen den durchweg überragenden Schutzgütern der Allgemeinheit und der randseitigen Betroffenheit der Fleischproduzierenden und des Handels besteht, die lediglich die Berufsausübung tangiert. Weiterhin stehen sich zwar formal Positionen von Verfassungsrang gegenüber. Dies relativiert sich jedoch auch bereits dadurch, dass den zu schützenden Verfassungsgütern zahlenmäßig ein deutliches Übergewicht zukommt.¹⁵⁵

Eine Annahme der Unangemessenheit i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG erscheint damit bereits aus dieser Perspektive nur schwerlich vorstellbar. Zudem schafft diese Norm dem Gesetzgeber gerade für Fälle der vorliegenden Art einen besonderen Freiraum. Die gesetzgeberische Entscheidung für ein generelles Fleischwerbeverbot stellt ein Paradebeispiel für dessen Letztentscheidungsbefugnis bei durch Zukunftsprognosen geprägten Sachverhalten dar: Vor dem Prinzip der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 1, 3 GG unerträglich wäre es, wenn der Gesetzgeber aufgrund von vertretbaren Erwägungen, getragen von einem breiten gesellschaftlichen Konsens, Entscheidungen nur treffen könnte, wenn er die Auswirkungen, insbesondere um eine verfassungsgerichtliche Revisibilität zu vermeiden, wissenschaftlich-exakt darlegen müsste. Ein solches Erfordernis würde den Gesetzgeber in seiner Handlungsfähigkeit lähmen. Dieses insoweit beliebte Argument der Gegner von Werbeverboten¹⁵⁶ kann damit auch in der Angemessenheitsprüfung nicht durchdringen. Auch diese hat damit grundsätzlich den bereits oben aufgezeigten Grundsätzen hinsichtlich des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers zu folgen.¹⁵⁷

(ii) Konkrete Ausfüllung der Positionen

Die soeben gezeigte, abstrakt deutlich zugunsten der Zulässigkeit eines Werbeverbots streitende Präponderanz wird durch die konkrete Ausfüllung weiter verstärkt. In allen Fällen der berufsausübungsfreiheitlichen Betroffenheiten liegen

¹⁵⁴ s. Sachs/Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 20 Rn. 154.

¹⁵⁵ vgl. Sachs/Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 20 Rn. 156.

¹⁵⁶ vgl. Gutachten Werbeverbot E-Zigaretten, S. 7 ff., abzurufen unter <https://web.archive.org/web/20201027140641/https://www.byte.de/files/content/themen/werbung/Gutachten%20Werbeverbot%20E-Zigaretten%2012.06.2020..pdf> (07.11.2020);

Degenhart, in: Stellungnahme des Einzelsachverständigen, BT-Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft, Ausschuss-Drs. 19(10)110-B v. 29.11.2018, S. 8, abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/581870/f755ac2965eb827a1746dd353b7c5eef/Stellungnahme-Einzelsachverstaendiger-Dr-Christoph-Degenhart-data.pdf> (04.11.2020)

¹⁵⁷ So auch Grzeszick, in: Maunz/Dürig 90. EL Februar 2020, GG Art. 20 VII. Rn. 120; vgl. Sachs/Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 20 Rn. 155 m.w.N.

nur Eingriffe in Randbereichen vor, die auch der Sache nach nur wenig bis mittelschwer wiegen.

Zwar mag nicht vollkommen unvertretbar eingewendet werden, dass der untersuchte Randbereich der Berufsausübung, das Werben, stark betroffen ist, da dieser komplett verboten werden soll.

Für die Marktteilnehmer entlang der Wertschöpfungskette vor dem Handel mit Ausnahme von vertikal stark integrierten Unternehmen bedeutet Werbung an Verbraucher regelmäßig jedoch nur eine sehr untergeordnete Tätigkeit, da diese in feste Lieferketten eingebunden sein dürften, für die jedenfalls allgemein erkennbar nicht in der Öffentlichkeit zu werben gepflegt wird. Die Belastung wird dadurch wiederum stark relativiert und wiegt damit für diesen Teil auch im Konkreten nur geringfügig.

Eine vergleichbar geringe konkrete Intensität besteht für die Werbung durch den Handel sowie das entsprechende Geschäft von Werbeagenturen. Das Spektrum der Werbenden für Fleisch wird durch Supermärkte dominiert.¹⁵⁸ Für diese mag die Werbung allgemein ein wichtiger Randbereich ihrer Berufsausübung darstellen. Durch die weiterhin bestehende Möglichkeit der Werbung für zahlreiche weitere Produkte ist mit dem Fleischwerbeverbot jedoch hier nur ein Bruchteil der Randbereichsausübung betroffen. Hinsichtlich der Produkte, die von Einzelhandelsriesen in stark vertikaler Integration angeboten werden, liegt mit der zusätzlichen Betroffenheit auf Produktionsebene eine geringfügig stärkere Belastung vor.¹⁵⁹

Vergleichsweise stärkere Intensität besteht bezüglich Unternehmen, die produzieren und sich zugleich als Marke für Endverbraucherinnen und -verbraucher darstellen, aber kein Einzelhandelsgeschäft selbst betreiben. Angesichts der Tatsache, dass Produktion und Vertrieb weiterhin möglich sind und im Ergebnis mit dem Werbeverbot nur ein unternehmerischer Ausrichtungswechsel auf Marktplatzierung nicht durch Darstellung, sondern etwa durch Produktqualität gefordert wird, kommt der Betroffenheit auch nur mittleres Gewicht zu. In Anbetracht der Fülle der überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter, die die Legitimation darstellen, sind diese veränderten Marktanforderungen für diese Unternehmen zumutbar. Denn den Erfolg eines bestimmten Geschäftsmodelles, den Erhalt eines Geschäftsumfanges und die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten schützt Art. 12 Abs. 1 GG nicht.¹⁶⁰ Übergangsregelungen können die Neuausrichtung entschärfen und dem unmittelbar aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot Sorge tragen.¹⁶¹

Für Unternehmen, etwa die der ökologischen Landwirtschaft, gilt zunächst das soeben Gesagte ebenfalls. Wenn hier einzuwenden ist, dass diese hinsichtlich

¹⁵⁸ vgl. Bundeskartellamt, „Die ‚Big Four‘ haben 85 Prozent Marktanteil“ abzurufen unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Interviews/2016/160220_Fuldaer_Zeitung_Die_Big_Four_haben_85_Prozent_Marktanteil.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (19.05.2020).

¹⁵⁹ vgl. dazu BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, https://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung_LEH.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (10.11.2020) S. 79.

¹⁶⁰ vgl. BVerfG NJW 1969, 31, 33; 1973, 499; NVwZ 2009, 1486.

¹⁶¹ vgl. BVerfG NJW 1988, 2529, 2534.

einiger Schutzgüter nur wenig intensiv eine gesellschaftliche Belastung darstellen und dem Eingriff die legitimierenden Gründe weniger stark zur Seite stehen, so mindert sich die Betroffenheit insgesamt durch die bereits aufgezeigte Annahme der Unbedeutendheit der Werbung für diesen Teil der Branche. Der Gesetzgeber darf auch insoweit typisieren,¹⁶² auch muss eine Regelung nicht alle Härtefälle auffangen.¹⁶³ Im Ergebnis dürfte zudem in Anbetracht des deutlichen werblichen Übergewichts durch die konventionelle Landwirtschaft eine Verbesserung der Marktposition der ökologischen Landwirtschaft gegeben sein.

(iii) *Fazit*

Es ist von einer Angemessenheit des Werbeverbots auszugehen.

B. Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 GG ist nicht betroffen, jedenfalls aber nicht verletzt.

Nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG bereits nicht eröffnet, wenn der Schwerpunkt einer berufsregelnden Maßnahme das Eigentum zwar berührt, der Schwerpunkt aber im Eingriff in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit liegt.¹⁶⁴ So liegt es hier: Durch das generelle Werbeverbot für Fleischprodukte ist keiner der Beteiligten an der Wertschöpfungskette gegenständlich-objektbezogen im Erworbenen betroffen, sondern vielmehr im künftigen Erwerb, in der Betätigung selbst.¹⁶⁵ Verboten wird nicht die Nutzung von Gegenständen, wie etwa Tierställen,¹⁶⁶ sondern lediglich die immaterielle Möglichkeit der Vermarktung. Dies kann als Marktposition, nicht aber als Rechtsposition bezeichnet werden, die als erworben gelten kann. Es ist eine Tätigkeit, die zum Erwerb ausgeübt werden kann und nicht einmal muss. Soweit tatsächlich Gegenstände zur Werbung angeschafft wurden, die nun zwecklos sind, gilt nichts anderes, da dadurch das Erworbene im Hinblick auf die Betriebsgesamtheit ebenfalls nur marginal berührt ist.¹⁶⁷ Ein Amortisierungsrecht getätigter Investitionen hat keine verfassungsrechtliche Stütze.¹⁶⁸

Soweit man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem Art. 14 GG zuordnet, wäre der Schutzbereich eröffnet, allerdings läge keine eigentumsrelevante Maßnahme vor (d.h. ein Eingriff i.S.d. Art. 14 GG), da keines

¹⁶² vgl. BVerfG NJW 1988, 2529, 2534

¹⁶³ BVerfG NJW 1988, 1899, 1901.

¹⁶⁴ vgl. BVerfG NJW 2008, 2409, 2410; 1971, 1255, 1260.

¹⁶⁵ vgl. BVerfG NJW 1971, 1255, 1260.

¹⁶⁶ wobei selbst hier dem Tierschutz der Vorrang gebührt, vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 234, 243.

¹⁶⁷ vgl. BVerfG NJW 2008, 2409, 2410 zu den dort betroffenen Eigentumspositionen wie das Hausrecht durch ein Rauchverbot für Gaststätten; die erworbenen „Rauchergegenstände“ von Restaurants (Abluftanlagen etc.) wurden nicht einmal erwähnt.

¹⁶⁸ vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 234, 243.

der betroffenen Unternehmen in seinem Bestand betroffen ist.¹⁶⁹ Die insoweit intensivste Betroffenheit kommt den Werbeagenturen zu, denen eine Branche als Kundin genommen wird; dies berührt aber in Anbetracht der vielfältigen verbleibenden Werbemöglichkeiten und der im Allgemeinen nicht spezialisierten Agenturen den Bestand nicht.

Wegen der mangelnden Relevanz des Art. 14 Abs. 1 GG gilt für ein generelles Werbeverbot der objektive Wertgehalt auch in der Verhältnismäßigkeitsprüfung anderer Grundrechte dem Interesse an der Werbung kein stärkeres Gewicht.¹⁷⁰

Selbst wenn man unterstellt, dass eine Inhalts- und Schrankenbestimmung¹⁷¹ des Eigentums vorläge, so ist in dieser Konstellation in der sodann erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung kein anderes Ergebnis als unter der Perspektive von Art. 12 Abs. 1 GG zu erwarten. Welche Gründe des Allgemeinwohls das Werbeverbot legitimieren und diesem insoweit ein überwältigendes Übergewicht zukommen lassen, wurde bereits dargestellt. In Anbetracht dessen vermag der Wertgehalt von Art. 14 Abs. 1 GG – insbesondere die Institutsgarantie, die evident gewahrt bleibt – eine Angemessenheit des Verbots ebenfalls nicht infrage zu stellen.

C. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

a) *Schutzbereich*

Von der Meinungsfreiheit erfasst sind nach allgemeiner Ansicht Aussagen, die durch ein Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens und der Beurteilung geprägt sind. Als zentrales Grundrecht einer freiheitlichen Demokratie sind Meinungen auch gerade in ihrer Wirkungsdimension erfasst, in der sie eine geistige Wirkung auf die Umwelt bezwecken und überzeugen wollen.¹⁷²

Auch wenn danach der Wert oder die Qualität der Äußerung irrelevant ist, kann mit dem Bundesverfassungsgericht¹⁷³ bezweifelt werden, dass reine Wirtschaftswerbung, die nicht explizit einen Beitrag zum öffentlichen Diskurs eines bestimmten Gegenstandes bringen will, sondern die ausschließlich den Werbenden bzw. seine Produkte selbst anpreist, von diesem Begriff der Meinungsäußerung umfasst ist. Rein technisch ist der Begriff bei Werbung oft auch gar nicht erfüllt: Es ist kein Element des Dafürhaltens darin zu erkennen, unter Zuhilfenahme wissenschaftlicher psychologischer Erkenntnisse Menschen unterbewusst zu einer

¹⁶⁹ vgl. Helbich/Schübel-Pfister, in: JuS 2017, 520, 526.

¹⁷⁰ vgl. BeckOK GG/Axer, 44. Ed. 1.12.2019 Rn. 27, GG Art. 14 Rn. 27.

¹⁷¹ Bei Art. 14 GG gibt es zwei Arten von Eingriffen: Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die das Eigentum verhältnismäßig neu definieren können und Enteignungen, die ohne das Eigentum neu definieren, konkret- individuell Eigentum zur staatlichen Güterbeschaffung entziehen. Letzteres ist hier vollkommen fernliegend.

¹⁷² vgl. BVerfG NJW 1983, 1415.

¹⁷³ s. BVerfG NJW 1976, 559, 560.

Kaufentscheidung teilweise regelrecht zu programmieren.¹⁷⁴ Vor dem Sinn und Zweck der Meinungsäußerung wäre dies geradezu eine Negation des geschützten freien Diskurses. Ein Beitrag zur Meinungsbildung soll nicht geliefert werden, auch soweit weniger invasive Werbung vorliegt. Aber auch aus normativer Perspektive kommt Wirtschaftswerbung hinsichtlich der meinungsbildenden Funktion für die Demokratie keine Bedeutung zu, denn sie ist allein auf eigennützige betriebswirtschaftliche Gewinnmaximierung gerichtet.¹⁷⁵ Diskursbejahende Meinungen, die sachlich, emotional oder sonst wertend überzeugen sollen, sind dagegen von allgemeinnützigen Zwecken gekennzeichnet. Soweit Werbung informatorische Elemente enthalten sollte, sind dies grundsätzlich nicht von Art. 5 Abs. 1 GG erfasste Tatsachenbehauptungen, die zwar in den Schutzbereich einbezogen werden, wenn Sie als Basis der Bildung einer Meinung dienen, was nach dieser Betrachtung aber nicht vorliegt.

Noch 1997 sah das Bundesverfassungsgericht die Außendarstellung von Unternehmen ausschließlich von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst; eine Prüfung unter der Meinungsfreiheit lehnte es ab.¹⁷⁶ Nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann Wirtschaftswerbung allerdings dann unter Art. 5 Abs. 1 GG fallen, wenn diese einen abseits der ausschließlichen kommerziellen Produktpreisung liegenden, wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen.¹⁷⁷ Dies ist insbesondere der Fall, wenn die eigennützige Aussage der Werbung nicht die einzige Deutungsmöglichkeit ist,¹⁷⁸ wonach gemäß der tradierten Wechselwirkungslehre diejenige Deutung zur Beurteilung herangezogen werden muss, die am wenigsten mit dem einschränkenden Gesetz und folglich auch mit dem gesetzlich geschützten (Grund-)Rechtsgut in Konflikt gerät.¹⁷⁹

Fleischwerbung ist derzeit vorrangig Preiswerbung.¹⁸⁰ Ein Beitrag zum Diskurs im obigen dargestellten Sinne ist dies nicht.

¹⁷⁴ vgl. etwa Bak, Werbe- und Konsumentenpsychologie, 2. Auflage, Stuttgart 2019, S. 38 ff. sowie Gutachten "Die Auswirkungen von Werbung und Werbeverboten auf das Konsumentenverhalten", Institut für Marken- und Kommunikationsforschung (IMK), abzurufen unter: <http://www.markenverband.de/pressebereich/pressemitteilungen2019/pm01102019werbeverbote/pm01102019werbeverboteundgutachten> (10.10.2020).

¹⁷⁵ Dass sich dies nicht mit der Meinungsfreiheit verträgt, hat das Bundesverfassungsgericht auch in seiner Benetton I-Entscheidung weiterhin eingeräumt: Durch die gegenständliche Werbung könne „der Eindruck entstehen, dass es dem werbenden Unternehmen nicht um einen Beitrag zur Meinungsbildung, sondern nur darum geht, sich ins Gespräch zu bringen.“ Eine solche Deutung sei im konkreten Falle jedoch nicht nahe liegend, womit es sich um auch-diskursive Werbung handelte, die von der Meinungsfreiheit gedeckt war, s. BVerfG GRUR 2001, 170. Das BVerfG beanstandet die grundsätzliche Wertung des BGH in der aufgehobenen Entscheidung (BGH GRUR 1995, 595, 597) damit nicht.

¹⁷⁶ vgl. BVerfG NJW 1997, 2871.

¹⁷⁷ vgl. BVerfG NJW 1986, 1533, 1534.

¹⁷⁸ vgl. BVerfG GRUR 2001, 170, 172.

¹⁷⁹ vgl. BVerfG NJW 1994, 2943 m.w.N.

¹⁸⁰ BMEL-Gutachten Nutztierhaltung, S. 209, 288, i, <https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/GutachtenNutztierhaltung.pdf;jsessionid=CF9C6C6CF4087F3DE693BA0F6B92A1F8.internet2842?blob=publicationFile&v=2> (09.11.2020).

Möglicherweise wären die derzeit zu beobachten Bestrebungen über die Haltung bzw. die Herkunft des Produkts jedoch anders zu bewerten. Denkbar ist auch Image-Werbung wie in den Benetton-Fällen,¹⁸¹ ohne dass ein inhaltlicher Bezug zu Produkten besteht.

Wie es auch bei Tabakwerbeverboten geschehen ist,¹⁸² ist insgesamt daher davon auszugehen, dass eine Anpassung der Werbestrategie erfolgen würde, die mitunter nach aktueller Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als vom Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst diskutiert wird. Daher wird trotz der vorliegenden erheblichen Zweifel an der Meinungsqualität von Werbung generell eine solche für Fleischwerbung im Folgenden auch im Lichte von Art. 5 Abs. 1 GG geprüft.

b) Eingriff

Das generelle Verbot wäre eine staatliche Maßnahme, die die Meinungsäußerung der betroffenen Unternehmen und Personen behindert, soweit diese sich in beruflicher Eigenschaft werblich-anpreisend über ihr Unternehmen oder ihre Produkte äußern;¹⁸³ wenn man wie soeben unter a) unterstellt, Werbung wäre insgesamt von der Meinungsfreiheit erfasst. Ein Eingriff läge mithin vor.

c) Schrankenvorbehalt

Gem. Art. 5 Abs. 2 GG ist die Meinungsfreiheit durch allgemeine Gesetze einschränkbar. Gesetze sind nach herrschender Ansicht „allgemein“ im Sinne der Norm, wenn sie nicht eine Meinung als solche verbieten, sondern dem Schutz eines Rechtsguts oder Gemeinschaftswerts dienen, das gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.¹⁸⁴ Zugespitzter formuliert hat das Bundesverfassungsgericht diese Schrankenvoraussetzungen im Jahr 2004: Das Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann.¹⁸⁵

Wenn man nun Werbung für Fleischprodukte als Meinungsäußerung anerkennt, dann scheint die Erfüllung dieser Voraussetzungen auf den ersten Blick zweifelhaft zu sein. Verboten werden Äußerungen dahingehend, dass ein Produkt oder Unternehmen positiv zu bewerten sei verbunden mit der Aufforderung, es deshalb zu kaufen. Dies wären danach Meinungen, die nicht mehr zulässig wären. Bei näherer Betrachtung werden damit jedoch zunächst die Widersprüche, die eine Summierung der Werbung unter den Meinungs begriff mit sich bringen,

¹⁸¹ vgl. BVerfG GRUR 2001, 170, hier hatte ein Modeunternehmen mit „Schockbildern“, die Bezug zu gesellschaftlich brisanten Themen wie Kinderarbeit oder HIV herstellten, Imagewerbung betrieben. Dies wertete das BVerfG ungeachtet des vollkommen fehlenden thematischen Bezugs zum Unternehmen als Eintrittspforte in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

¹⁸² vgl. BGH, Urteil vom 18. 11. 2010 - I ZR 137/09.

¹⁸³ vgl. BeckOK GG/Schemmer, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 5 Rn. 18.

¹⁸⁴ vgl. BVerfG NJW 1958, 257, 258 (Lüth-Urteil).

¹⁸⁵ vgl. NJW 2004, 2814, 2815.

deutlich: Bei subversiver, den psychologischen Erkenntnissen der unterbewussten Überzeugungsbildung sich nutzbringender Werbung ist die äußerliche Botschaft, die mit einer Aussage getroffen wird, gar nicht relevant. Obwohl dies inhaltlicher Kern dieser Handlung ist, wird dies nicht bei der Bestimmung des Schutzbereiches berücksichtigt. Wenn aber der Schutzbereich so rein formal gelten soll, muss die tatsächliche Qualität von Handlungen, die hier im Gewande einer Meinungsäußerung daherkommen, auf anderer Ebene berücksichtigt werden.¹⁸⁶

Mit der Betrachtung der eigentlichen Handlungsrichtung einer „Werbeaussage“ ist damit aber ein Ansatzpunkt für die Bejahung ein allgemeines Gesetz gefunden: Verboten wird hier nicht die Meinungsäußerung als solche – die gewissermaßen beliebiges Produkt der psychologischen werblichen Strategiebildung ist –, sondern das ausgesendete persuasive Signal. Die Meinung kann als solche formal gelten; spätestens in der Abwägung sind jedoch die dahinterstehenden weiteren Schutzgüter bzw. eher als weniger schutzwürdig zu wertenden Motivationen zu berücksichtigen.¹⁸⁷

Der Verbraucherschutz lässt sich so bereits unter die Formel nach ihrem rein technischen Gehalt als Grund fassen, nach der das Gesetz als „allgemein“ zu bezeichnen ist. Die Irreführung der Verbraucherinnen und Verbraucher ist eine Verletzung des Schutzgutes des Verbraucherschutzes, das nicht nur durch Meinungen verletzt werden kann. Es wird allgemein geschützt und als Facette davon die Regulierung der Werbung.

Dass der Schrankenvorbehalt sich in verschiedenen Bereichen hinsichtlich des Erfordernisses der „Allgemeinheit“ als Problem darstellt, zeigt die Rechtspraxis.¹⁸⁸ Daraus folgend hat sich eine Verschiebung des Gewichts vom ersten Teil der oben genannten Formel (Sonderrecht) hin zu einer Abwägung (Vorrang anderer Rechtsgüter) vollzogen.¹⁸⁹ Absolut untersagtes Sonderrecht ist danach eher nur solches, das kleinteilige Meinungen, konkrete Kommunikationsinhalte bzw. Gesinnungen als solche verbietet (also etwa: „Es ist verboten, dass der konkrete Hersteller X sein Produkt Y anpreist“) und eine Zusammenfassung einer gedachten breiten Fülle von Einzelmeinungen, die zwar eine gemeinsame Wirkrichtung haben, aber letztendlich nicht im Einzelnen explizit erfasst sind, in ihrer Gesamtheit als Folge einer Güterabwägung unterbunden werden können (Bspw. „Es ist verboten, dass Hersteller der Branche X ihre Produkte mit der Eigenschaft Y anpreisen“).¹⁹⁰ Nach jüngster Rechtsprechung des BVerfG gilt zudem nun, dass „auch inhaltsanknüpfende Normen dann als allgemeine Gesetze zu beurteilen

¹⁸⁶ so zu diesem Punkt auch Fezer, in: NJW 2001, 580, 581.

¹⁸⁷ vgl. Fezer, Fn. 193.

¹⁸⁸ so die Analyse der Rechtsprechungsentwicklung vieler Autoren, vgl. nur: Siekmann, in: DÖV 2003, S. 657, 660, Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 143 ff., Huster, in: JuS 2002, 262, 263 m.w.N.

¹⁸⁹ vgl. BVerfG NJW 2010, 47, 49 Rn. 55, ferner Jarras/Pieroth GG Art. 5 Rn. 46, Maunz/Dürig/Grabenwarter, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 121.

¹⁹⁰ s. Jarras/Pieroth GG Art. 5 Rn. 46, vgl. Sachs/Bethge, 8. Aufl. 2018, GG Art. 5 Rn. 144a, BeckOK GG/Schemmer, 44. Ed. 15.8.2020 Rn. 22, GG Art. 5 Rn. 22, BVerfG NJW 2004, 2814, 2816, indirekt auch BVerfG mit der Entscheidung zu Warnhinweisen auf Tabakprodukten in NJW 1997, 2871.

[sind], wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht gegen eine bestimmte Meinung *gerichtet* sind.“¹⁹¹

Mit diesem Verständnis der Problematik der „allgemeinen Gesetze“ und der Lösung der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung folgend, lässt sich das von Verfechtern einer umfassenden Werbefreiheit häufig eingewendete, aber oft nur technisch und damit nicht der (Verfassungs-) Rechtswirklichkeit entsprechende unter der eingangs dargestellten Formel subsumierte Argument der verletzten Meinungsfreiheit zurückweisen:

Ein gesetzliches generelles Werbeverbot ist als allgemeines Gesetz zu qualifizieren. Erkennbares Ziel des Werbeverbotes sind die oben dargestellten überragenden Rechtsgüter des Allgemeinwohls, die nach einer Abwägung i. S. d. Verhältnismäßigkeit den Vorrang haben können.¹⁹² Es soll nicht isoliert die Aussage verboten werden, dass ein bestimmtes Fleischprodukt oder die Produkte eines bestimmten Herstellers nicht als positiv oder kaufwürdig dargestellt werden dürfen, sondern dass jegliche Hersteller jegliche Produkte nicht mehr anpreisen dürfen. Dass den Rechtsgütern des Allgemeinwohls auch der Vorrang im Sinne der Formel zukommt, zeigt die Abwägung der Angemessenheit im Folgenden.

d) *Verhältnismäßigkeit*

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Art. 5 Abs. 1, 2 GG ist die Wechselwirkungslehre des BVerfG zu beachten, die allerdings vor allem für die Auslegung und Anwendung von Gesetzen gilt. Für die Setzung von Recht ist ihr Gehalt im Wesentlichen, dass den Kommunikationsrechten als Grundrechten mit grundlegender Bedeutung in einer freiheitlichen Demokratie besonderes Gewicht zukommt.¹⁹³

Vorliegend wurde bereits oben unter der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Berufsfreiheit gezeigt, dass die für das Werbeverbot streitenden Rechtsgüter überragende Bedeutung für die Allgemeinheit haben, mithin sich in abstrakter Hinsicht mit der Meinungsfreiheit messen können.

Für die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit ergibt sich auch aus meinungsfreiheitlicher Sicht keine Änderung am bereits oben dargelegten Ergebnis.

In der Abwägung der konkreten Ausfüllung der Rechtsgüter ist zunächst zu berücksichtigen, dass ein generelles Werbeverbot als insgesamt schwerwiegend eingewandt wird.¹⁹⁴ Die anpreisende Produktankündigung stellt einen Teilbereich

¹⁹¹ BVerfG NJW 2010, 47, 49 Rn. 55 (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁹² vgl. Maunz/Dürig/Grabenwarter, 90. EL Februar 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 920 zum Tabakwerbeverbot.

¹⁹³ vgl. BVerfG GRUR 1958, 254 (Lüth), Maunz/Dürig/Grabenwarter, 91. EL April 2020, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 140

¹⁹⁴ Masing und andere, Gutachten Werbeverbot E-Zigaretten, S. 6, abzurufen unter <https://web.archive.org/web/20201027140641/https://www.bvte.de/files/content/themen/werbung/Gutachten%20Werbeverbot%20E-Zigaretten%2012.06.2020..pdf> (07.11.2020).

der Meinungsverbreitungstätigkeiten der Betroffenen dar. Indem aber auch Imagewerbung verboten wird, bleibt den Unternehmen nur wenig der von Fleischwirtschaftsunternehmen üblicherweise kundgetanen Äußerungen übrig, da bereits das Sich-Ins-Gespräch-Bringen ohne eine fernliegende Selbstabwertung oder Eingeständnisse nach der für das Gutachten gewählten Definition unter Werbung fällt. Dies zeigt beispielsweise auch das Verbot der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch, das Verbot der Werbung von Ärzten oder aber ein Tabakwerbeverbot in Ländern, die dies umfassend umgesetzt haben. Es verbleibt im Wesentlichen lediglich eine informatorische Äußerungsmöglichkeit, die aber - wie bei letztgenanntem Beispiel - als unternehmerisches Instrument eher wenig genutzt werden dürfte.

Das Argument wird allerdings bereits durch die konkrete Ausfüllung des ebenso gewichtigen Schutzes der „Volksgesundheit“, des Schutzziels der Entlastung des Gesundheitssystems sowie der Schutzgüter des Klimas und dem Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen geschlagen. Es wurde bereits gezeigt, dass nur bei einem umfassenden Werbeverbot der gewünschte Produktionsrückgang zu erwarten ist.¹⁹⁵ Werbliche Gestaltungen zu verbieten, die lediglich konkrete Produkte anpreisen, würde nicht ausreichen, eine Ablehnung dieses Verbotes wäre gleichwohl vor dem Gewicht der verfolgten Ziele mit dem oben genannten Effektivitäts-Argument erst recht zurückzuweisen, denn Produktpreisungen dürften einen stärkeren Effekt auf den Konsum haben als Imagewerbung. Soweit eingewandt wird, andere denkbare Maßnahmen, die zum Ziel des Produktions- und Konsumrückganges führen, seien vorrangig zu ergreifen, so ist dem wie bei der Berufsfreiheitsprüfung entgegenzuhalten, dass die Wahl des Mittels letztlich der dort dargestellten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterliegt.

Auch das Argument, ein Werbeverbot sei ein dem verfassungsrechtlichem Menschenbild nicht entsprechender Paternalismus, verfängt nicht.¹⁹⁶ Ein immer wiederkehrender Verweis auf die „Bevormundung“ mündiger Bürger lenkt von der tatsächlichen Situation ab. Fleischkonsum ist sozial besonders negativ folgenintensiv – hier geht es nicht allein um mündige Entscheidungen der Bürgerinnen und Bürger, sondern um die Festlegung gesamtgesellschaftlich tolerabler Regeln. Es ist nicht die „freie Entscheidung der Einzelnen“, legale Produkte ungehemmt zu konsumieren, nur weil die gesellschaftlichen Kosten sich als zu abstrakt oder zeitlich nachgelagert darstellen.¹⁹⁷

Sofern man auf die selbstverständlich jedem Bürger überlassene frei zu wählende Art der Information abstellt, so ist mit dem Werbeverbot ebenso wie mit dem

¹⁹⁵ s. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 30.

¹⁹⁶ vgl. Hufen, in: JuS 2020, 193, 199; Degenhart, in: Stellungnahme des Einzelsachverständigen, BT-Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft, Ausschuss-Drs. 19(10)110-B v. 29.11.2018, S. 4, abzurufen unter:

<https://www.bundestag.de/resource/blob/581870/f755ac2965eb827a1746dd353b7c5eef/Stellungnahme-Einzelsachverstaendiger-Dr-Christoph-Degenhart-data.pdf> (04.11.2020).

¹⁹⁷ rechtlich unzutreffend daher Masing und andere, Gutachten Werbeverbot E-Zigaretten, S. 8, abzurufen unter

<https://web.archive.org/web/20201027140641/https://www.bvte.de/files/content/themen/werbung/Gutachten%20Werbeverbot%20E-Zigaretten%2012.06.2020..pdf> (07.11.2020).

Tabakwerbeverbot kein informatorischer Paternalismus zu erkennen: Bevormundung kann nur dort ausgeübt werden, wo Raum für mündige Entscheidungen ist. Es dürfte nicht zu bezweifeln sein, dass Werbung häufig auf die Umgehung rationaler, erwachsener Entscheidungen angelegt ist.¹⁹⁸ Hier kann die Meinungsfreiheit im Umfange von Art. 5 Abs 1. GG kein „Gegengewicht“ zum so bezeichneten „staatlich-fürsorgenden Paternalismus“ sein, sie ist gerade – wenn man Werbung als Meinung deklariert – Anlass des staatlichen Eingreifens.¹⁹⁹

Ferner darf auch aus ergebnisorientierter Sicht die Werbung als Ansatzpunkt zur Besserung der Lage verboten werden, wenn die Wirkungszusammenhänge nicht eindeutig nachweisbar sind – dass dies grundgesetzlichen Regelungstechniken entspricht, zeigt auch etwa Art. 3 Abs. 2 GG, nach der Frauen und Männer gleichberechtigt sind; vor der Erkenntnis, dass diese Rechtstellung allein nicht ausreichend zielführend ist, diese aber auch tatsächlich gleichzustellen sind.

Es wurde bereits dargestellt, dass im Ergebnis ein krasses Missverhältnis zwischen Wissen, Wollen und Handeln der Verbraucher besteht. Der am meisten zielführende Ansatz ist die Unterbindung der Desinformationsquelle, der Fleischwerbung. Das Argument verstärkt sich noch, wenn man die Parallele zu den zulässigen Tabakwerbeverboten zieht: Es ist allgemein bekannt, dass Tabak ungesund ist, dennoch darf davor gewarnt werden. Auch ist die Zahl der Raucher seit langem rückläufig.²⁰⁰ Beim Fleischkonsum dagegen ist kein signifikanter Rücklauf zu erkennen. Hinsichtlich der Haltungsbedingungen ist zwar allgemein bekannt, dass tierschutzwidrige und klimaschädliche existieren; welche der Fleischprodukte Ergebnis dessen sind, ist – im Gegensatz zu Tabakendprodukten – jedoch für Verbraucher nicht eindeutig erkennbar.²⁰¹

Soweit die Kunstfreiheit als zusätzliches Argument gegen Werbeverbote bemüht wird, ergibt sich daraus nichts Anderes. Die Abwägung im Rahmen der praktischen Konkordanz des unbeschränkten Grundrechts kommt zum selben Ergebnis, da es sich mit den genannten Schutzgütern durchgängig um solche mit Verfassungsrang handelt. Es liegt allein aufgrund der Schrankenlosigkeit keine formale Höherwertigkeit vor. Auch inhaltlich ergeben sich aus der Kunstfreiheit keine abweichenden Wertungsgesichtspunkte.

Im Übrigen ergeben sich hinsichtlich der Prüfung der Angemessenheit unter Art. 5 Abs. 1, 2 GG keine Besonderheiten gegenüber der bereits dargestellten, auf die hier als entsprechend geltend verwiesen wird.

¹⁹⁸ s. etwa LG Wiesbaden: Urteil vom 24.04.2002 - 1 O 202/01, das sogar davon ausgeht, dass die psychologische Beeinflussung für den Wettbewerb unentbehrlich sei.

¹⁹⁹ so aber Degenhart, in: Stellungnahme des Einzelsachverständigen, BT-Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft, Ausschuss-Drs. 19(10)110-B v. 29.11.2018, S. 4, abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/581870/f755ac2965eb827a1746dd353b7c5eef/Stellungnahme-Einzelsachverstaendiger-Dr-Christoph-Degenhart-data.pdf> (04.11.2020).

²⁰⁰ vgl. BVerfG NJW 1997, 2871, 2872; s. auch Rauchfrei-Info, Raucherquote bei Erwachsenen, abzurufen unter <https://www.rauchfrei-info.de/informieren/verbreitung-des-rauchens/raucherquote-bei-erwachsenen/> (11.11.2020).

²⁰¹ Daran ändert auch das geplante staatliche Tierwohllabel nichts, das jedenfalls mit den ersten beiden Stufen irreführend ist, vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 160 ff.

V. Vereinbarkeit des generellen Werbeverbotes mit Unionsrecht

Spielraum für ein nationalstaatlich zu implementierendes Werbeverbot besteht jedoch überhaupt nur dann, wenn das Unionsrecht diesen Regelungsbereich nicht bereits abschließend harmonisiert hätte. Zu fragen ist weiter, ob ein nationalstaatlicher „Alleingang“ gegen europäische Grundfreiheiten verstoßen könnte.

A. **Regelungskompetenz des Mitgliedsstaates**

Vorrangig ist zu klären, ob Deutschland als Mitgliedstaat der EU eine Regelungskompetenz für Werbeverbot bei Fleischprodukten besitzt oder ob gemeinschaftliche Festsetzungen die hier zu beurteilende Materie bereits abschließend regeln, sodass für Deutschland der Erlass derartiger Regelungen aufgrund einer bereits bestehenden Vollharmonisierung „gesperrt“ wäre.²⁰² Die Frage der Reichweite der Harmonisierung ist auch für die europarechtliche Prüfung von Relevanz. Soweit ein Bereich durch europäisches Sekundärrecht eine abschließende Harmonisierung erfahren hat, ist das nationale Recht anhand der Bestimmungen der harmonisierenden Maßnahme, und nicht mehr nur anhand der Grundfreiheiten zu beurteilen.²⁰³

a) *Richtlinie 2006/114/EG (Werbe-RL)*²⁰⁴

Zunächst ist an eine Einschlägigkeit der Werbe-RL zu denken.

Die Werbe-RL enthält Harmonisierungsvorgaben für bestimmte Werbung im Binnenmarkt, wie sich aus den Erwägungsgründen ergibt. In Erwägungsgrund (2) der Richtlinie heißt es:

„Die in den Mitgliedsstaaten geltenden Vorschriften gegen irreführende Werbung weichen stark voneinander ab. Da die Werbung über die Gren-

202 Hoch streitig war vor diesem Hintergrund der Erlass der Tabakwerberichtlinie. Dem Unionsgesetzgeber wurde vorgeworfen, die Richtlinie aus Gründen des Gesundheitsschutzes erlassen zu haben, welcher einem Harmonisierungsverbot unterliegt (Art. 152 IVc) und nur vorgeschoben zu haben, es handele sich um die Beseitigung von Hemmnissen für den Binnenmarkt. In den Begründungserwägungen jedoch nimmt Artikel 95, jedenfalls die Beseitigung von Hemmnissen für den Binnenmarkt, eine zentrale Stellung als Rechtsgrundlage ein. In der zweiten und der dritten Begründungserwägung heißt es, dass sich die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten für die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen noch wesentlich unterscheiden und dadurch das Funktionieren des Binnenmarktes behindern. Diese Handelshemmnisse müssten beseitigt werden. Kritiker haben sich hierzu wie folgt geäußert: „Und die Mitgliedsstaaten sollten gewahr werden, dass es nichts hilft, Harmonisierungsverbote in den Vertrag zu schreiben, wenn Querschnittsklauseln wie in Art. 95 III EG dazu benutzt werden können, sie zu umgehen. Art. 152 IVc EG ist nach diesem Urteil Geschichte.“ (EuGH: Gescheiterte Klage Deutschlands gegen Tabakwerberichtlinie mit Anmerkung Stein, EuZW 2007, 46 Rn., beck-online). Zumal derzeit überhaupt noch keine Werbeverbote in anderen Mitgliedsstaaten bestehen und die hier diskutierten Normierungen dem Gesundheitsschutz dienen, ändert auch der Blick auf die Tabakwerberichtlinie nichts an einer anzunehmenden Kompetenz des Mitgliedsstaats.

203 Streinz/Schroeder, EUV/AEUUV, 2. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 15; JA 2014, 922, beck-online.

204 Richtlinie 2006/114/EG des Parlamentes und des Rates v. 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung, i.F.: Werbe-RL.

zen der einzelnen Mitgliedsstaaten hinausreicht, wirkt sie sich unmittelbar auf das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes aus.“

Gem. Art. 1 Werbe-RL dient diese dem Schutz der Gewerbetreibenden vor irreführender Werbung und deren unlauteren Auswirkungen. Das EU-Recht sieht hier ausdrücklich nur Mitbewerberschutz, keinen Verbraucherschutz vor irreführender Werbung vor.

Gem. Art. 8 Abs. 1 Ua. 1 Werbe-RL gilt für irreführende Werbung Mindestharmonisierung, d.h. nationale Regelungen dürfen das Schutzniveau nicht unter das von der Richtlinie Geforderte absinken lassen.

Nach Art. 8 Abs. 1 Ua. 2 i.V.m. Artikel 4 Werbe-RL wird eine Vollharmonisierung für vergleichende Werbung verlangt; nationale Regelungen dürfen die Anforderungen der Richtlinien weder unter- noch überschreiten. Vergleichende Werbung liegt gem. Art. 2 lit. c) EU-Werberichtlinie vor, wenn eine konkrete Werbung Erzeugnisse oder Dienstleistungen von Mitbewerbern nennt.

Sicherlich würde auch diese Form der Werbung von einem umfassenden Werbeverbot (mit)-erfasst. Eine Verpflichtung, vergleichende Werbung zuzulassen, gilt gem. Art. 8 Abs. 3 Hs. 1 jedoch nicht, wenn ein umfassendes Werbeverbot gegen bestimmte Waren oder Dienstleistungen eingeführt werden soll. Diese Auslegung deckt sich mit der Regelung in Art. 8 Abs. 2 Werbe-RL, nach der beispielsweise die aufgrund der Tabakrichtlinie²⁰⁵ erlassenen Werbeverbote unberührt bleiben.

Die Werbe-RL steht einem umfassenden Werbeverbot für Fleischprodukte auf nationaler Ebene folglich nicht entgegen.

b) Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie)²⁰⁶

Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit ein Fleischwerbeverbot in den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie fällt. Diese Richtlinie 2005/29/EG bezweckt nach Art. 4 die vollständige Harmonisierung der verbraucherschützenden Vorschriften der Mitgliedsstaaten über unlautere Geschäftspraktiken. Der 6. Erwägungsgrund spezifiziert die in Art. 1 genannten Ziele der UGP-RL dahin, dass es im Lauterkeitsrecht nur um die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher gehe, d.h. es geht zuvorderst um die Sicherstellung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers. Harmonisiert werden demnach nur die Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten, die unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schädigen.²⁰⁷

²⁰⁵ Richtlinie 2003/33/EG d. Parlaments und d. Rates v. 26.03.2003.

²⁰⁶ Richtlinie 2005/29/EG d. Parlaments und d. Rates v. 11.05.2005, i.F.: UGP-RL.

²⁰⁷ MüKoUWG/Micklitz/Namysłowska, 3. Aufl. 2020, UGP-Richtlinie Art. 1 Rn. 4.

Das Konzept der UGP-RL ist dreistufig angelegt. Auf der ersten Stufe ist die große Generalklausel anzusiedeln (Verbot der unlauteren Geschäftspraktiken), um sich des deutschen Sprachgebrauchs zu bedienen. Auf der zweiten Stufe folgen die kleinen Generalklauseln (Verbot der irreführenden und der aggressiven Geschäftspraktiken). Auf die dritte Stufe gehört Anhang I mit der Liste der Geschäftspraktiken, die per se als unlauter gelten.²⁰⁸

Erfasst wird von der Richtlinie über den Zentralbegriff der „Geschäftspraktiken“ gem. Art. 2 lit. d) expressis verbis auch Werbung. Noch im Jahr 2017 hat der EuGH bezüglich eines Werbeverbots für Zahnärzte festgestellt:

„Daraus ergibt sich, dass Werbung für Leistungen der Mund- und Zahnversorgung wie die im Ausgangsverfahren fragliche eine „Geschäftspraxis“ im Sinne der RL 2005/29 darstellt, und zwar unabhängig davon, ob sie durch Veröffentlichungen in regelmäßig erscheinenden Werbebroschüren, im Internet oder auf Schildern erfolgt.“

Werbung für Fleischprodukte ist daher zunächst als Geschäftspraktik im Sinne der Richtlinie 2005/29 anzusehen.

(1) Nationale Bestimmung der Gesundheit und Sicherheit, Art. 3 Abs. 3 UGP-RL

Indes haben nationale Bestimmungen zu Gesundheits- und Sicherheitsaspekten Vorrang vor der UGP-Richtlinie²⁰⁹, Art. 3 Abs. 3 UGP-RL. Die Bereichsausnahme greift, wenn nicht primär wirtschaftliche Interessen betroffen sind, sondern die Eigenschaften des Produkts eine Gefährdung der Gesundheit darstellen können.²¹⁰ Die Regelung dokumentiert in bemerkenswerter Klarheit die Zuständigkeitsverteilung im Bereich der gesundheitsbezogenen Geschäftspraktiken.²¹¹

Bezüglich der Erforderlichkeit eines umfassenden Werbeverbots für Zahnärzte hat sich der EuGH daher in der oben zitierten Entscheidung dementsprechend positioniert. Ausgangspunkt seiner Überlegungen waren dabei die besondere Bedeutung des Gesundheitsschutzes und der insoweit bestehende Wertungsspielraum der Mitgliedsstaaten. Es sei zu berücksichtigen,

208 MüKoUWG/Micklitz/Namysłowska, 3. Aufl. 2020, UGP-Richtlinie Art. 5 Rn. 1.

209 Mit Blick auf das Verbot von Sportwetten hat der BGH daher bereits festgestellt: „Der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG steht im vorliegenden Fall nicht entgegen, dass diese Richtlinie, die die vollständige Harmonisierung der verbraucherschützenden Vorschriften der Mitgliedsstaaten über unlautere Geschäftspraktiken bezweckt, keinen vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Denn sie lässt – vorbehaltlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht – nationale Vorschriften unberührt, die sich auf Glücksspiele beziehen (Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2005/29/EG (MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 411.

210 vgl. MüKoUWG/Micklitz/Namysłowska, 3. Aufl. 2020, UGP-Richtlinie Art. 1 Rn. 6.

211 MüKoUWG/Micklitz/Namysłowska, 3. Aufl. 2020, UGP-Richtlinie Art. 3 Rn. 30.

„..., dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedsstaaten ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedsstaaten ein Wertungsspielraum zuzuerkennen.“²¹²

Mit dem Fleischwerbeverbot soll unter anderem vermieden werden, dass durch die Wirkung der Werbung Fleisch bedenkenlos und desinformiert konsumiert wird. Das Werbeverbot soll einen Konsumrückgang bewirken. Es wurde bereits ausführlich dargelegt, welche Gesundheitsgefahr insbesondere von rotem und verarbeiteten Fleisch durch das steigende Krebsrisiko pro mehr verzehrter Menge Fleisch ausgeht.²¹³ Mittelbarer, aber ausreichender Gesundheitsaspekt i.S.d. Art. 3 Abs. 3 UGP-Richtlinie ist zudem die besorgniserregende (Reserve-) Antibiotikagabe in der Intensivtierhaltung sowie die damit einhergehende Entwicklung von Antibiotikaresistenzen.²¹⁴ Damit ist nicht nur zugleich die Gesundheit einzelner Konsumenten, sondern auch die „Volksgesundheit“ insgesamt betroffen: Durch die zunehmende Verwendung von Reserveantibiotika werden behandelbare schwerste menschliche Krankheiten in Zukunft vermeidbar unheilbar.²¹⁵ Ungehemmte Werbung für diesen Bereich ist geeignet, diese Gefahr zu überspielen; ein Rückgang des Konsums und damit einhergehender Produktionsrückgang ist zudem auch hier erforderlich, um Tierhaltung ohne den Einsatz von Antibiotika zu ermöglichen.²¹⁶ Diese Auslegung von Art. 3 Abs. 3 UGP-Richtlinie entspricht auch der des BGH, der die Ausnahme bereits greifen sieht, wenn eine abstrakte Gefahr für die Volksgesundheit durch ein Verbot von Werbegaben gem. § 7 HWG unterbunden wird.²¹⁷

(2)Fazit

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die UGP-Richtlinie einem Werbeverbot nicht entgegensteht.

Es ist zudem regelungstechnisch fernliegend, dass auch bei weiter Auslegung von Richtlinien – der Sache nach naturgemäß ebenfalls weitgehende – Regelwerke

212 Ogorek, Ausnahmsloses Werbeverbot für Zahnärzte – Dienstleistungsfreiheit JA 2017, 957, beck-online)

213 vgl. WHO, Pressemitteilung Nr. 240/2015, S. 1: Pro 50 g mehr verzehrtem Fleisch pro Tag steigt das Kolorektalkrebsrisiko um 18%.

214 vgl. Köck, in: ZUR 2020, 464, 469 m.w.N.

215 vgl. Ärzteblatt, Marburger Bund mahnt Antibiotikareduktion in Tiermast an, abzurufen unter:

<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/104712/Marburger-Bundmahnt-Antibiotikareduktion-in-Tiermast-an> (10.11.2020).

216 vgl. Köck, in: ZUR 2020, 464, 469.

217 vgl. BGH GRUR 2015, 813, 814 Rn. 11; vgl. hierzu auch vgl. Fezer/Büscher/Oberfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016 Rn. 11b, UWG § 3a Rn. 11b.

stets anhand dieser Richtlinien überprüft werden müssen, obwohl der Regelungskern in einem entfernten Bereich liegt. Ein pauschales Verbot schaltet zwar auch den von der Richtlinie missbilligten Irreführungstatbestand aus, dies aber nicht durch ausdifferenzierte Regeln, sondern reflexhaft.

Bei jeder Regulierung von Geschäftspraktiken kann der weite Begriff der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit betroffen sein, es können aber dennoch andere, viel gewichtigere Gründe verfolgt werden, die außerhalb des wettbewerbsfunktionalen Zweckes liegen. Auch vorliegend ist nicht der zentrale Regelungsgegenstand die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit, sondern der Begriff eher eine Hülle für die dahinterstehenden zu schützenden Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher.

Bei dieser ausufernden Reichweite der UGP-Richtlinie muss man, um eine Lähmung des Gesetzgebers für nicht originäre lauterkeitsrechtliche Bereiche zu vermeiden – auch vor dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – jedenfalls sagen, dass die UGP-Richtlinie keine Vorgaben machen kann für einen Bereich, der unionsrechtlich nicht geregelt ist, die Regelungskompetenz mithin bei den Mitgliedsstaaten verblieben ist bzw. für den Rückermächtigungen der Mitgliedsstaaten bestehen.²¹⁸

So liegt es hier: Die oben ausführlich dargelegten gewichtigen Kernanliegen determinieren den Bereich des generellen Fleischwerbeverbotes, der die Irreführung von Verbrauchern betrifft so sehr, dass bei Letzterer nicht mehr von einer eigenständigen Regelung gesprochen werden kann. Dabei seien weitere Aspekte hervorgehoben: Die Regelungen dienen nicht nur dem Gesundheitsschutz, sondern der Umwelt- und insbesondere der Klimaschutz werden mit dem generellen Fleischwerbeverbot gefördert. Hier liegt ersichtlich kein entgegenstehendes sekundäres Unionsrecht vor,²¹⁹ sodass sich die Zulässigkeit nur noch nach Primärrecht richtet, welches dies zulässt – dies wird weiter unten dargelegt.²²⁰ Zudem dient das generelle Werbeverbot dem Tierschutz, das ebenfalls im vorliegenden Bereich nicht unionsrechtlich determiniert ist, sondern nationale Regelungen ermöglicht.²²¹

c) Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV)²²²

Auch die Verordnung (EU) Nummer 1169/2011 (Lebensmittelinformationsverordnung – LMIV), mit der eine Konsolidierung der EtikettierungsRL und Nähr-

²¹⁸ so auch LG Berlin Urt. v. 10.9.2019 – 91 O 127/18, GRUR-RS 2019, 35364 Rn. 24, vgl. auch Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016 Rn. 11b, UWG § 3a Rn. 11b.

²¹⁹ vgl. Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, Baden-Baden 2019, S. 541 ff.

²²⁰ vgl. auch Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, Baden-Baden 2019, S. 192 ff.

²²¹ vgl. Art. 1 Nutztierschutz-RL RL 98/58/EG, ferner Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, 71. EL August 2020 Rn. 8, AEUV Art. 13 Rn. 8.

²²² Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel.

wertkennzeichnungsRL sowie zahlreicher weiterer Rechtsakte erfolgt ist, die sich mit der Kennzeichnung von Lebensmitteln befassen, ist vorliegend nicht als einschlägig anzusehen.²²³

Grundsätzlich soll das Lebensmittelrecht anerkanntermaßen in allen Staaten dem Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsschäden und Irreführung dienen. Der Verbraucher soll die Möglichkeit haben, sich über die Zusammensetzung, die Herkunft und besondere Eigenschaften des Lebensmittels zu informieren, insofern ist das Lebensmittelrecht durchaus als Teil des sogenannten Verbraucherschutzrechts zu verstehen.²²⁴

Wie bereits darlegt, berührt das hier in Rede stehende Werbeverbot jedoch nicht im Sinne der LMIV den Bereich der Kennzeichnung von Lebensmitteln bzw. verpflichtender Angaben auf dem Etikett. Das Werbeverbot soll - unabhängig von etwaigen lebensmittelrechtlichen Kennzeichnungspflichten²²⁵ - einen Konsumrückgang von Fleisch bewirken. Verbraucher sollen vor gesundheitlichen Schäden bewahrt werden, welche durch den Konsum von Fleisch – mittelbar oder unmittelbar – bedingt sind.

Im Fokus der LMIV hingegen stehen die Interessen des Bürgers in seiner Eigenschaft als Verbraucher, der auf Informationen vertrauen können muss.

So sollen etwa die Etiketten von Lebensmitteln klar und verständlich sein, um Verbraucher zu unterstützen, die sich auf der Grundlage besserer Informationen für bestimmte Lebensmittel und die gewünschte Ernährungsweise entscheiden möchten.²²⁶

Bei vorverpackten Lebensmitteln etwa sind verpflichtende Informationen gem. Art. 12 Abs. 2 LMIV über Lebensmittel direkt auf der Verpackung oder auf einem an dieser befestigten Etikett anzubringen.

Bei dem hier diskutierten Werbeverbot geht es jedoch nicht um Kennzeichnungen oder die Information von Fleischprodukten. Verpflichtende Informationen nach der LMIV müssen im Rahmen der Werbung, die allein darauf abzielt, den Absatz von Fleisch zu fördern, überhaupt nicht vermittelt werden, wie auch das in der Einleitung gezeigte Werbebeispiel zeigt.

²²³ Zipfel/Rathke LebensmittelR, C. Kommentar Teil 1. Horizontale Vorschriften Vorbemerkung Rn. 4-10, beck-online.

²²⁴ Lebensmittelrechts-HdB, I. Verzeichnisse und Einleitung Einleitung Rn. 1-6, beck-online.

²²⁵ Zur Zulässigkeit einer verpflichtenden Haltungskennzeichnung bei Fleisch vgl. Bruhn/Wollenteit, Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit der Einführung nationaler Regelungen zur verpflichtenden Kennzeichnung der Haltungsform bei der Vermarktung von Fleisch, 2017, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/presse/publikationen/rechtsgutachten-zur-haltungskennzeichnung-bei-der-vermarktung-von-fleisch>.

²²⁶ Vgl. Erwägungsgrund (26) der LMIV.

Beleuchtet man die LMIV im Hinblick auf das Produkt Fleisch, so wird deutlich, wie sehr es um einheitliche Vermittlung von Informationen geht: Um dem europäischen Verbraucher etwa einen vergleichbaren Begriff von „Fleisch“ im Rahmen der Etikettierung zu vermitteln, werden dazu Höchstgehalte für Fett- und Bindegewebe festgelegt. Werden diese Höchstwerte überschritten, so wird der „... fleisch-Anteil“ entsprechend nach unten angepasst und im Zutatenverzeichnis zusätzlich die Zutaten Fett bzw. Bindegewebe aufgenommen. Separatorenfleisch beispielsweise wird gänzlich von der LMIV ausgenommen, da sich dieses nach den Vorstellungen der Verbraucher wesentlich von „Fleisch“ unterscheidet.²²⁷

All diese Bereiche würden von einem Werbeverbot, das maßgeblich andere Ziele als die LMIV, die im Kern einen umfassenden Schutz der Verbraucher vor Desinformation sicherstellen will, allenfalls reflexhaft mitgeregelt. Es geht der LMIV nicht um die Absatzförderung – oder Reduzierung von Produkten. Im Ergebnis steht die LMIV daher einem Werbeverbot nicht entgegen.

VI. Vereinbarkeit des generellen Werbeverbotes mit Unionsprimärrecht

Zu prüfen bleibt weiterhin eine Zulässigkeit nach primärem Unionsrecht. Das primäre Gemeinschaftsrecht übt seinen Einfluss auf das Wettbewerbsrecht, insbesondere über die Vorschriften zum Schutz des freien Warenverkehrs gem. Art. 34 ff. AEUV und des freien Dienstleistungsverkehrs gem. Art. 56 ff. AEUV aus.²²⁸

A. Schutzbereich der Waren- und Dienstleistungsfreiheit

Mit Fleischprodukten als geldwerte Gegenstände von Handelsgeschäften sind Waren im Sinne von Art. 34 f. AEUV (Warenverkehrsfreiheit) betroffen.²²⁹ Mit dem Verbot der Ausübung von Werbedienstleistungen für die Fleischbranche sowie der Werbung selbst, ist auch Art. 56 Abs. 1 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) als typischerweise entgeltliche, selbstständig erbrachte Leistung berührt.²³⁰ Beide Formen des Wirtschaftsverkehrs können potentiell auch grenzüberschreitend stattfinden. Bereichsausnahmen greifen nicht.

B. Beeinträchtigungen

²²⁷ Streinz/Kraus LebensmittelR-HdB, II. Grundlagen des Lebensmittelrechts Rn. 235a, beck-online.

²²⁸ Gloy/Loschelder/Danckwerts UWG-HdB, § 8 Einfluss des primären Unionsrechts auf das Wettbewerbsrecht Rn. 1, beck-online.

²²⁹ vgl. EuGH Urt. v. 10.10.1968, Rs. 7-68.

²³⁰ vgl. Gloy/Loschelder/Danckwerts UWG-HdB, § 8 Einfluss des primären Unionsrechts auf das Wettbewerbsrecht Rn. 12.

Eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung der Ware Fleisch stellt das Werbeverbot zunächst nicht dar.

Für die Warenverkehrsfreiheit werden Beschränkungen anhand der Dassonville-Formel festgestellt. Danach ist eine den Beschränkungen gleichgestellte „Maßnahme gleicher Wirkung“ (Art. 34 f. AEUV) jede „Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“²³¹ Für die Dienstleistungsfreiheit gilt diese Formel in abgewandelter sprachlicher Form: Beeinträchtigungen sind Maßnahmen, „die geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern“.²³² Maßgeblich ist hierbei allein eine entsprechende Wirkung, eine entsprechende Absicht ist nicht erforderlich.

Obwohl Werbeverbote die Wareneinfuhr nicht unmittelbar regeln, sind sie grundsätzlich geeignet, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für eingeführte Produkte beeinträchtigen. Der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich für die einzelnen Mitgliedsstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung zu bedienen oder auf sein System der Werbung zu verzichten, kann selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen, wenn das Verbot unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt.²³³

Der EuGH hat diese Wirkung für Werbeverbote und -regelungen mehrfach für gegeben erachtet.²³⁴

C. Rechtfertigung

Rechtfertigungsgründe ergeben sich für die vorliegend betroffenen Grundfreiheiten aus Art. 36, 52 Abs. 1 i.V.m. 62 AEUV, kollidierendem Primärrecht²³⁵ sowie nach der Cassis de Dijon-Rechtsprechung aus dem Richterrecht.²³⁶

Bei einem Vergleich der oben genannten Rechtfertigungsgründe mit den bereits aufgezeigten Schutzziele des Fleischwerbeverbots wird deutlich, dass diese allesamt kategorisch und qualitativ ebenso als Rechtfertigungsgründe auf EU-freiheitsrechtlicher Ebene tauglich sind. Diese sind so gewichtig, dass sie auch den teils verschärften Anforderungen an die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheitsschranken genügen.

Für den ebenfalls vorzunehmenden Ausgleich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt das Gleiche.

²³¹ vgl. EuGH, Urt. v. 11.07.1974 - Rs. 8/74.

²³² vgl. EuGH, Urt. v. 3. 12.1974 - Rs 33/74.

²³³ Huster: Der praktische Fall - Öffentliches Recht und Europarecht: Das nationale Alkoholwerbeverbot, JuS 2002, 262 Rn. , beck-online m.w.N.

²³⁴ s. EuGH, Urt. v. 15.12.1982 - Rs. 286/81, Rn. 15; Urt. v. 7.3.1990 - Rs. 362/88, Rn. 7, Urt. v. 18.05.1993, Rs. 126/91 = GRUR 1993, 747, Rn. 10 m.w.N.

²³⁵ vgl. Übersicht in Calliess/Ruffert/Kingreen, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 77 ff m. Rspr.-Nachw.

²³⁶ vgl. Übersicht in Calliess/Ruffert/Kingreen, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 80 m. Rspr.-Nachw.

Hervorzuheben seien davon jedoch folgende Rechtfertigungsgründe, die auch als unionsrechtlich teilweise mit Schutzpflichten ausgestattete Regelungsziele zu betonen sind:

Gesundheitsschutz, Art. 36, 52 Abs. 1 i.V.m. 62 AEUV

Geschriebener Rechtfertigungsgrund ist der Gesundheitsschutz.²³⁷ Dieser kann nur angeführt werden, wenn die Notwendigkeit des Eingreifens in ein Freiheitsrecht anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse oder europäischer Standards nachvollziehbar belegt werden kann. Ein Eintritt eines Schadens ist gleichwohl nicht erforderlich, wissenschaftliche fundierte Prognosen sowie Präventionsaspekte sind ausreichend.²³⁸ Letztlich sind im Kern damit ähnliche Hürden gegeben, wie wenn ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit gerechtfertigt werden soll, die nur teils dogmatisch an anderer Stelle verortet werden. Lediglich im Bereich der Geeignetheit und Erforderlichkeit innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung mag man eine erhöhte Substantiierungslast des Gesetzgebers erblicken, wenn man die Evidenzkontrolle des BVerfG als niedrigschwelliger erachtet. Dies sind aber auch nur graduelle Unterschiede, die restriktive Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe der Grundfreiheiten sind eher tendenzangebend. Denn auch das nationale Willkürverbot verbietet es, vollkommen aus der Luft gegriffene Behauptungen zur Gesetzesbegründung anzuführen; dies aber ist der Fall, wenn nicht ein Mindestbestand an wissenschaftlich haltbarer Tatsachenbasis besteht.

Es wurde bereits gezeigt, dass der wissenschaftliche Erkenntnisstand hinsichtlich der negativen gesundheitlichen Auswirkungen von Fleisch gegeben ist, Fleischwerbeverbote geeignet und erforderlich sind, den nationalen Durchschnittskonsum zu senken, was auch anhand der derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisse, so weitgehend wie diese einen Nachweis leisten können, begründet ist. Beim Alkoholwerbeverbot wurde vom EuGH der erwartete Absatzrückgang anerkannt.²³⁹ Höhere Anforderungen an die Begründungstiefe als die hier gegebene ergeben sich auch auf europarechtlicher Ebene nicht. Die Anforderungen, die der EuGH aufgestellt hat, werden missverstanden, wenn statt einer auf wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhenden Prognose mit wissenschaftlichem Konsens über den hochwahrscheinlichen Erfolg einer Maßnahme gefordert wird. Dies würde, wie bereits gezeigt, den Gesetzgeber lähmen.

Argumente gegen die Belastbarkeit der wissenschaftlichen Grundlagen für Werbeverbote verfangen daher auch hier nicht, da diese entweder auf einer einseitigen Studienauswertung²⁴⁰ oder auf der vorgenannten Überdehnung der Anforderungen an die gesetzgeberische Substantiierungslast beruhen.²⁴¹

²³⁷ Ausführlich zu den unterschiedlichen Anwendungsbereichen von geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen siehe EuGH, 17.06.1981 Rs. 113/80 (Kommission/Irland – „foreign“/irische Souveräns).
²³⁸ vgl. Calliess/Ruffert/Kingreen, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 199.
²³⁹ vgl. EuGH EuR 2001, 416, 420 Rn. 27.
²⁴⁰ vgl. Degenhart, Stellungnahme des Einzelsachverständigen, S. 8, BT-Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft, Ausschuss-Drs. 19(10)110-B v. 29.11.2018, S. 8, abzurufen unter:

Tierschutz, Art. 36 bzw. Cassis de Dijon

In Art. 36 AEUV ist der Tierschutz als Ausnahme zur Warenverkehrsfreiheit ausdrücklich anerkannt. Für die Dienstleistungsfreiheit ist dies kein geschriebener Rechtfertigungsgrund, nach der Cassis de Dijon-Rechtsprechung²⁴² ist dieser aber als „zwingender Grund des Allgemeinwohls“ auf diese auszudehnen. Für dieses Gewicht spricht bereits die Kodifikation als Ausnahme zur Warenverkehrsfreiheit. Letztlich ist aber auch die Beschränkungswirkung von Querschnittsklauseln anerkannt, wie der Art. 13 AEUV als Tierschutz-Zentralnorm eine ist.²⁴³ Tierschutz als Ausnahme ist vor der Bedeutung von Art. 13 AEUV auszulegen und anzuwenden, der einen vergleichbaren Regelungsgehalt wie Art. 20 a GG hat, mithin ethischen Tierschutz in das Primärrecht einbezieht.²⁴⁴ Fleischwerbeverbote sind demnach hinsichtlich des erwarteten Produktionsrückganges auch unionsrechtlich aus Tierschutzgründen zu rechtfertigen.

Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes

Auch diese Ausnahmen sind nach der Cassis de Dijon-Rechtsprechung anerkannt.²⁴⁵ Dass das generelle Fleischwerbeverbot auch der Lauterkeit des Handelsverkehrs dient, wurde bereits aufgezeigt. Zusätzlich wird der Verbraucherschutz allerdings mit der Gesamtwirkung des Werbeverbots gestärkt, indem durch weniger Werbedruck von Seiten der Fleischindustrie Fleisch als omnipräsentes Lebensmittel aus dem Fokus gerückt wird und eine freie und informierte Entscheidung auch zugunsten anderer Lebensmittel ermöglicht.

D. Keck-Rechtsprechung, Marktzugangsausnahme und Relevanzregel

Eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ist allerdings bereits ungeachtet etwaiger Rechtfertigungsgründe abzulehnen, wenn die Maßnahme sich zwar beschränkend auswirkt, aber diskriminierungsfrei ergeht und nur eine sog. vertriebsbezogene Regelung darstellt.²⁴⁶

Dies ist hier der Fall: Das Werbeverbot gilt für alle Unternehmen, die Produkte auf den deutschen Markt bringen wollen, ist mithin nichtdiskriminierend. Soweit der EuGH in der Vergangenheit angenommen hat, dass Werbeverbote generell diskriminierende Wirkung für ausländische Produkte erzeugen können, da diese auf dem inländischen Markt per se weniger bekannt seien als inländische, ist dies

<https://www.bundestag.de/resource/blob/581870/f755ac2965eb827a1746dd353b7c5eef/Stellungnahme-Einzelsachverstaendiger-Dr-Christoph-Degenhart-data.pdf> (04.11.2020)

²⁴¹ vgl. Masing und andere, Gutachten Werbeverbot E-Zigaretten, S. 7 f. sowie 21.

²⁴² die auch auf die Dienstleistungsfreiheit anwendbar ist, vgl. EuGH NJW 1996, 579, 581 Rn. 37.

²⁴³ vgl. Calliess/Ruffert/Korte, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 49 Rn. 61; Hirt/Maisack/Moritz TierschG Einf. Rn. 39.

²⁴⁴ Hirt/Maisack/Moritz TierschG Einf. Rn. 41.

²⁴⁵ vgl. Calliess/Ruffert/Kingreen, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 80.

²⁴⁶ Calliess/Ruffert/Kingreen, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 49.

einerseits auf die starke Markenbetonung in den jeweils entschiedenen Fällen zurückzuführen – beim zulässigen Alkoholwerbeverbot²⁴⁷ bspw. sind Marken stark bedeutend; Fleisch dagegen wird als Standardware über den Preis definiert.²⁴⁸ Andererseits sind diese Auswirkungen durch die nationalen Gerichte festzustellen,²⁴⁹ die vor dem vorgenannten Hintergrund zu einer unterschiedslosen Wirkung kommen werden.

Auch eine vertriebsbezogene Regelung liegt vor: Der Handel mit Fleisch bleibt unangetastet. Es wird lediglich ein Ausschnitt des Vertriebs reglementiert. Als nicht davon erfasste, gegensätzlich zu behandelnde Produktregelungen werden Regelungen bezüglich der Bezeichnung einer Ware, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts oder ihrer Zusammensetzung genannt, was hier nicht der Fall ist.

Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH noch nicht auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen. Was die Werbung als Absatzförderung direkt betrifft, so hat der EuGH eine Überprüfung anhand der Dienstleistungsfreiheit nicht vorgenommen und die Keck-Formel im Falle von Werbeverboten anhand der Warenverkehrsfreiheit bejaht.²⁵⁰ Durch die Wertungsgleichheit der vorliegenden Sachverhalte wird man jedoch zu einer Übertragbarkeit des Gedankens der Keck-Formel kommen müssen.

Soweit man die Übertragbarkeit der Formel annimmt, ist diese auch technisch hinsichtlich der Werbebranche erfüllt: Das Fleischwerbeverbot gilt auch für sie ungeachtet der Staatsangehörigkeit. Die begriffliche Übertragung der Vertriebs- und Produktbezogenheit auf die Dienstleistung Werbung angewandt, lässt sich so fassen, dass das „Produkt“ Werbung weiterhin ohne diese „Ware“ beeinflussende Regelungen angeboten werden kann, nur nicht in der Branche der Fleischwirtschaft *vertrieben* werden darf.

Die schwierige Übertragbarkeit der Formel wird hier deutlich, sollte der EuGH diese gleichwohl in der Zukunft als nicht übertragbar ansehen, so greift jedenfalls das Kriterium des ungehinderten Marktzuganges: Dieser wird für Werbendienstleistungsanbieter in keinerlei Weise berührt. Nicht der Zugang wird reglementiert, nur zulässigerweise das Verhalten auf diesem Markt.²⁵¹ Auf die Fleischwirtschaft spezialisierte Werbeagenturen sind weder ersichtlich noch ist diese Begriffsbildung sinnvoll. Die Zugangsfreiheit gilt nach diesem Maßstab entsprechend auch für die Warenverkehrsfreiheit bzgl. der übrigen Betroffenen.

Auch die Relevanzformel rechtfertigt die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit. „Zu ungewiss und zu mittelbar“ ist die fehlende Möglichkeit, Werbekunden in der Fleischwirtschaft zu akquirieren, als dass dadurch der freie Dienstleistungsverkehr als beeinträchtigt angesehen werden kann, da Fleischwerbekunden

²⁴⁷ vgl. EugH EuR 2001, 416, 419.

²⁴⁸ vgl. BMEL-Gutachten Nutztierhaltung, 2015, S. 209.

²⁴⁹ vgl. EuGH GRUR Int 1997, 913, 917 Rn. 43.

²⁵⁰ vgl. EuGH GRUR Int 1997, 913, 917 Rn. 39.

²⁵¹ vgl. Calliess/Ruffert/Kingreen, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 52.

regelmäßig einen minimalen Ausschnitt aus dem Kundenportfolio von Werbeagenturen darstellen dürfen.

E. Fazit zur Vereinbarkeit mit Primärrecht

EU-Primärrecht steht einem generellen Fleischwerbeverbot nicht entgegen. Dies lässt sich insbesondere fundiert feststellen, weil der EuGH bereits mit dem umfassenden Alkoholwerbeverbot in Schweden viele Regelungsfragen beantwortet hat. Materiell ist das generelle Fleischwerbeverbot bereits wegen der Keck-Ausnahme, dem Marktzugangserfordernis und der Relevanzregel EU-primärrechtlich zulässig. Selbst wenn man damit nicht übereinstimmt, so ist es jedenfalls insbesondere durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

VII. Rechtliche Beurteilung eines „Billigfleisch“-Werbeverbots

Im Folgenden wird die rechtliche Zulässigkeit eines Werbeverbots untersucht, das sich auf die Untersagung von Werbung für sog. Billigfleisch beschränkt. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot sowie davon mitumfasst die praktische Handhabbarkeit, die zu erreichenden Ziele des Werbeverbots sowie tunlichst zu verhindernde Umgehungstatbestände erfordern eine präzise Bestimmung des Gegenstandes, dessen Bewerbung verhindert werden soll. Dabei lässt sich vorliegend aus technischen wie auch aus materiell-rechtlichen Erwägungen schließen, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit hoch sind, aber umgesetzt werden können (s. folgend a - c). Eine cursoriale Überprüfung der weiteren, insbesondere verfassungsrechtlichen Anforderungen ergibt eine rechtliche Zulässigkeit auch eines „Billig“-Fleischwerbeverbots (d).

A. Anforderungen an die Bestimmtheit, insb. nach Art. 20 Abs. 3 GG

Billigfleisch dürfte nach allgemeinem Verständnis Fleischprodukte umfassen, die im überschlägigen Vergleich zum Durchschnitt vor allem in Supermärkten als besonders günstig angepriesen und verkauft werden, Gegenstand eines starken Preiswettbewerbs sind, stets konventionell hergestellt werden und hinsichtlich der Produktion, insbesondere der Haltungsbedingungen, der Klimafolgen und, seit Kurzem vermehrt in den Fokus der Öffentlichkeit geratend, hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der Industriebeschäftigten argwöhnisch betrachtet werden. Dieser umgangssprachliche Begriff ist für eine gesetzliche Regelung jedoch trennschärfer zu fassen. Allein an das Merkmal „billig“ anzuknüpfen, ist dabei nicht ausreichend. Ist zwar der teils ruinöse Preiswettbewerb ein starker Faktor für die unerwünschten Folgen der Fleischproduktion, so ist dies jedoch noch kein zwingendes Kriterium für tierrechtswidrige und nicht-nachhaltige Haltung und Vermarktung von Fleisch.

Begrifflich wäre eine Übertragung des Begriffes „billig“ dem Sinngehalt nach in eine rechtliche Kategorie durch einen Vergleich gekennzeichnet. Indes können auch Fleischpreise Schwankungen unterworfen sein, sodass ein einfacher Preis-Durchschnittsvergleich nicht ausreichend sein dürfte. Auch ist in Anbetracht der Umgehungsgefahr, etwa durch eine Veränderung der Preispolitik der Fleischherstellenden, es zielführender, inhaltlich zu bestimmen, wann die Schwelle zur sozial noch akzeptablen Fleischproduktion erreicht wird.

Ein ausschließliches Verbot von einem rechtssicher zu definierendem Produkt „Billigfleisch“ wirft dabei in rechtstechnischer Hinsicht und inhaltlicher Hinsicht Fragen auf: Es muss ein vor allem dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG genügender Maßstab gefunden werden, mit dem Billigfleisch erfasst werden kann. Des Weiteren ist, wie bereits skizziert, zu untersuchen, ob ein partielles Verbot die gesetzten Zwecke den materiellen rechtlichen Maßstab genügend fördert.

Gesetze müssen gem. Art. 20 Abs. 3 GG normenklar und bestimmt sein. Der Betroffene muss die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung so erkennen können, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm erhöhen sich, wenn eine Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage Grundrechte berühren kann.²⁵²

Dementsprechend sind die Anforderungen an die gesetzlichen Definitionen bereits im Ausgangspunkt erhöht. Hinzu kommt, dass das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 Abs. 2 GG besonders gewichtige Anforderungen an die Bestimmtheit aufstellt, soweit die Regelung bußgeld- oder strafbewehrt kodifiziert werden sollte.

B. Rechtspraktische Handhabbarkeit

Das Bestimmtheitsgebot folgt auch aus der Erwägung, dass Gesetze nur gelten können und Gestaltungswirkung aufweisen, wenn ihre Befolgung praktisch möglich ist. Die praktische Handhabbarkeit der Norm ist daneben auch ein Faktor der Wirkungseffektivität – je klarer die Norm, desto besser kann der Normadressat sich daran ausrichten, zeitlich langwierige gerichtliche Begriffsausfüllungen und die damit verbundene zeitweilige Rechtsunsicherheit bleiben Anwenderinnen und Anwendern, Adressatinnen und Adressaten erspart. Neben der bloßen Gefahr der Revisibilität des Gesetzes durch das Verfassungsgericht ist die Bestimmtheit damit auch eine Maxime zur effektiven Ausgestaltung des Werbeverbots.²⁵³

Dieses Kriterium gelungener Gesetzgebung spiegelt sich vorliegend auch inhaltlich in der zu regelnden Materie wider: Was Werbeverbote als solche betrifft, so hat sich bereits bei der Bekämpfung von Tabakabhängigkeit gezeigt, dass nur ein

²⁵² BVerfG NJW 2004, 2213, 2215; dies ist hier naheliegend, da ein generelles Fleischwerbeverbot Grundrechte berührt und damit dem Begriff jedenfalls eine Weichenstellungsfunktion zukommt.

²⁵³ vgl. zum Tabakwerbeverbot WHO, Guidelines for implementation of Article 13 FCTC Nr. 22 ff. abzurufen unter: https://www.who.int/fctc/guidelines/article_13.pdf?ua=1 (11.11.2020).

umfassendes Werbeverbot effektiv ist.²⁵⁴ Werbeverbote eines Teils dieser Branche bewirken, dass durch indirektes Marketing über und durch eine zunehmende Fokussierung auf nichtregulierte Bereiche die Werbetreibenden das Werbeverbot konterkarieren.²⁵⁵ Dass diese Gefahr auch auf die vorliegende Situation übertragbar ist, wurde bereits dargestellt.

Dies zeigt, dass nicht nur Ausnahmetatbestände bei Werbeverboten zu vermeiden sind. Auch ist in Anbetracht des Erfordernisses eines absoluten Verbots für die optimale Zielerreichung zu vermeiden, dass durch eine zu unklare oder komplexe Herleitung des Begriffes zu viele Möglichkeiten für Umgehungen geschaffen werden.²⁵⁶

C. Möglichkeiten der Begriffsdefinition

Im Folgenden sollen Möglichkeiten zur Definition von Billigfleisch aufgezeigt werden, deren Beurteilung im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG sowie spezielle Rechtsprobleme der jeweiligen Methoden.

a) *Möglichkeit der Maßstababbildung anhand Quantifizierungsansätzen externalisierter Kosten der Erzeugung*

Umfangreich externalisierte Kosten der Fleischproduktion sind ein wichtiger Grund, diese einzudämmen. Diese lassen sich auch weitgehend bestimmen und in konkreten Kosten ausdrücken.²⁵⁷ Ein deutscher Discounter hat bereits nach *Gaugler und Michalke*²⁵⁸ für ausgewählte Produkte die externalisierten Kosten ausrechnen lassen und neben dem Endverbraucherpreis ausgewiesen, gleichwohl bisher nur letzteren in Rechnung gestellt. Für konventionelles Hackfleisch ergab sich so - bereits unter Beschränkung auf wenige Kategorien externalisierter Kosten - dass 173 % des tatsächlichen Verkaufspreises externalisierte Kosten waren, der sozial angemessene Verkaufspreis also statt 2,79 Euro 7,62 Euro für 500 g gemischtes Hackfleisch wäre.²⁵⁹

²⁵⁴ s. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 17 m.w.N.

²⁵⁵ s. WHO, Guidelines for implementation of Article 13 FCTC, Nr. 5, 22 ff; . abzurufen unter: https://www.who.int/fctc/guidelines/article_13.pdf?ua=1 (11.11.2020).

²⁵⁶ vgl. etwa WHO, Guidelines for implementation of Article 13 FCTC Nr. 10.

²⁵⁷ Gaugler und Michalke: How much is the dish, Universität Augsburg, S. 1 ff., abzurufen unter: <http://www.db.zs-intern.de/uploads/1537345607-LangfassungHowmuchisthedish.pdf> zuletzt abgerufen: 07.11.2020.

²⁵⁸ Gaugler und Michalke: How much is the dish, Universität Augsburg, S. 1 ff., abzurufen unter: <http://www.db.zs-intern.de/uploads/1537345607-LangfassungHowmuchisthedish.pdf> zuletzt abgerufen: 07.11.2020.

²⁵⁹ vgl. Pressemitteilung Penny v. 01.09.2020, abzurufen unter: <https://www.penny.de/presse/wahre-verkaufspreise-zul.-abgerufen:07.11.2020>; Liebrich, in: Süddeutsche Zeitung, "Fleisch, dreimal so teuer", abzurufen unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/einzelhandel-fleisch-dreimal-so-teuer-1.5017005> zul. abgerufen: 07.11.2020.

Denkbar wäre, „Billigfleisch“ zu definieren als alle Fleischprodukte, die nach einer vergleichbaren Methode wie die Dargestellte einen gewissen Prozentsatz Herstellungskosten externalisieren, bspw. mehr als 25 %.

Diese Methode ist im Grundsatz dem Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 20 Abs. 3 GG, genügend, da sie klare Bemessungsfaktoren enthält. Auch praktisch wäre dies gut handhabbar, da sie für jedermann klare Kriterien aufstellt. Für eine Umsetzung könnte zweckmäßigerweise statt einem Genehmigungs- ein Online-Anzeigeverfahren eingeführt werden und somit den Herstellern auf diese Weise die Darlegungslast für die Preisberechnung und Zulässigkeit der Werbung zukommen zu lassen; womit der Verwaltungsaufwand auch gering gehalten wird.

Problematisch an dieser Methode ist indes, dass die Ziele eines Billigfleischverbots auch der Vermeidung von nicht-quantifizierbaren Kosten wie dem Tierwohl dienen. Solche können naturgemäß nicht in konkreten Kosten abgebildet werden. Allerdings kann bereits betriebswirtschaftlichen Grundsätzen folgend unterstellt werden, dass es unplausibel wäre, wenn Fleischproduzierende, die besonders hohe quantifizierbare externalisierte Kosten verursachen, nicht auch besonders stark auf Kosten des Tierwohls produzieren. Der Grad des Tierwohls dürfte somit ansteigen, je weniger externalisierte Kosten auch in anderen Bereichen verursacht werden.²⁶⁰

Bei einem bloßen Gesamtvergleich der tatsächlichen mit den „wahren Kosten“ ist ebenfalls problematisch, dass Preisbestandteile wegen betriebs- oder volkswirtschaftlicher Faktoren einer Volatilität unterworfen sind, etwa durch schwankende Gewinnmargen oder Inflation. Diese auffangenden Berechnungsmodelle oder die Pflege zentraler Indizes zur vergleichenden Bestimmung des Preisverhältnisses sind denkbar, würden allerdings einen weiteren Verwaltungsaufwand bedeuten. Denkbar ist auch die Kombination dieser Methode durch weitere Merkmale, wie etwa die Folgenden, worunter die Normklarheit unter Umständen jedoch leiden könnte.

b) Möglichkeit der Maßstababbildung durch Vergleich zum Durchschnittspreis

Möglich wäre auch die Definition der zu verbotenden Werbung über ein Tatbestandsmerkmal wie „dem Durchschnittspreis gegenüber erheblich negativ abweichend“, womit zugleich Prozentsätze zu definieren wären. Diese Methode ist besonders einfach anwendbar, jedoch praktisch aufgrund Preisschwankungen am Markt besonderen Unsicherheiten ausgesetzt. In dieser Reinform dürfte, wie bereits skizziert, die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot nicht eingehalten werden. Denkbar ist jedoch auch die Ergänzung um weitere Kriterien.

Problematisch ist hier ferner, dass bei unterstellter Zunahme der Verletzung des Tierwohls und Verletzung der weiteren Schutzgüter, je intensiver die Intensiv-

²⁶⁰ Indiz unter anderem ist die Ineffizienz gerade von Massentierhaltung, vgl. ProVieh e.V., „Thesenpapier: 5 gute Gründe gegen Massentierhaltung“, S. 2, abzurufen unter: https://provieh.de/downloads_provieh/thesenpapier_klimaschutz_provieh.pdf (07.11.2020), vgl. auch bereits Fn. 114, 117, 90.

tierhaltung ist, Art. 3 Abs. 1 GG – Gleichheitssatz – bzgl. der Randgruppen nahe des Grenzwertes betroffen sein könnte. Die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG bzgl. der Ungleichbehandlung der Gruppe, die nicht werben darf, weil unterhalb des Vergleichswertes gegenüber derjenigen, die werben darf, ist zusätzlich zu den oben dargestellten materiellen Regelungszielen jedoch durch das sachliche und verhältnismäßige Kriterium der praktischen Handhabbarkeit und Vereinfachung gerechtfertigt.²⁶¹

c) Möglichkeit der Unterteilung nach konventioneller und biologischer Landwirtschaft

Kriterien für tierschutzrechtsverträgliche Haltungsformen sind mit den Mindestanforderungen an die Vergabe des staatlichen Bio-Siegels bereits aufgestellt.²⁶² Deren Rechtssicherheit und praktische Handhabbarkeit hat sich bereits langjährig bewährt. Diese könnten herangezogen werden, um zulässige Werbung zu definieren. Bio-Siegel tragen etwa der Forderung nach tierschutzgerechter Haltung und der Reduzierung und strikten Einsatzes von Antibiotika Rechnung.

Auch hier ist die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit speziell anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen, deren Rechtfertigung aber keine Probleme aufwerfen dürfte. Die Ungleichbehandlung ist dabei noch stärker gerechtfertigt als bei einer reinen Preisvergleichsbildung. Die materiellen Rechtfertigungsgründe für die Ungleichbehandlung sind inhaltlich mit den Regelungszielen verknüpft.

d) Aufstellung von Kriterien unabhängig von Bio-Siegeln

Möglich erscheint auch die Aufstellung von inhaltlichen Kriterien - unabhängig von den bereits bestehenden - zur Vergabe des staatlichen Bio-Siegels. Je nach Ausgestaltung dürfte die rechtliche Zulässigkeit ähnlich wie die Anknüpfung an die Biosiegel-Kriterien zu beurteilen sein. Sie wäre indes mit einem größeren Aufwand verbunden, der vor dem Kriterium berücksichtigt werden sollte, welche weiteren Regelungsziele so auch als inhaltliche Maßgabe miteinbezogen werden könnten.

e) Möglichkeit Orientierung an §§ 1, 2 TierschG

Ungeachtet der bestehenden verfassungswidrigen Umsetzung von §§ 1 und 2 TierschG in Rechtsverordnungen²⁶³ könnte eine Werbeerlaubnis auch direkt an die Einhaltung dieser Normen geknüpft werden. Diese sind auch wissenschaftlich für jede Tierart in Bezug auf die Haltung bestimmbar und in bestimmte Normen

²⁶¹ vgl. BeckOK GG/Kischel, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 3 Rn. 30.

²⁶² vgl. das ÖkoKennzG.

²⁶³ vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 160, 169; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 12. 10. 2010 - 2 BvF 1/07 (Legehennen).

fassbar.²⁶⁴ Der praktischen Handhabbarkeit abträglich wäre der zunächst formal bestehende Spielraum durch die unbestimmten Rechtsbegriffe; zu erwarten wäre die volle Ausschöpfung durch die Fleischindustrie, bis Rechtsprechung in allen Bereichen vorliegt. Eine mit höherrangigem Recht konforme ausformulierende Rechtsverordnung wäre hilfreich. Diese sollte zudem alle betroffenen Tierarten erfassen.

Ein anderes Problem mit dieser Anknüpfung ist jedoch eines von rechtstheoretischer Natur: Der Normgeber erlässt Rechtsverordnungen aufgrund der Ermächtigungsgrundlagen in dem Ansinnen, dass er damit das geforderte Regelungsniveau nicht unterschreitet. Knüpft man nun die Zulässigkeit der Werbung an die Zulässigkeit der Haltung (die sich durch §§ 1, 2 TierschG bestimmt), so wäre aus gesetzgeberischer Perspektive damit gar keine Werbung verboten, da nach dem Geltungsanspruch der Norm naturgemäß alle Haltungsformen §§ 1, 2 TierschG entsprechen müssen. Abweichungen davon müssen bereits direkt sanktioniert werden. Ein unterhalb von §§ 1, 2 TierschG liegendes Niveau ist bereits nicht zulässig, „geduldet rechtswidrige“ Tierschutzformen müssten direkt unterbunden werden, für diese kann damit erst recht nicht geworben werden. Damit ist aus rechtstheoretischer Sicht hier gar kein Raum mehr für ein Werbeverbot für „rechtswidrige“ Tierhaltung.

Ein vorstellbarer Anwendungsbereich wäre daneben allenfalls ein Werbeverbot für importierte Fleischprodukte, die nicht §§ 1, 2 TierschG entsprechen, gleichwohl zulässig sind. Dies dürfte in Anbetracht des großen inländischen Marktes jedoch keine ausreichenden Auswirkungen zur Zielerreichung haben.

Eine Anknüpfung an diese Normen hat in rechtspraktischer Hinsicht jedoch auch den Nachteil, dass es offensichtlich viel Zeit erfordert, bis die Rechtswirklichkeit an dem Normniveau von §§ 1, 2 TierschG angekommen ist. Die bereits für verfassungswidrig erklärten und auch anhängigen Verfahren bspw. bzgl. der Tierschutznutztierversordnung zeigen dies.²⁶⁵

f) Fazit

Die Definition von „Billigfleisch“ ist rechtlich möglich, ein Werbeverbot daran anknüpfend auch praktisch durchführbar. Dabei eröffnen sich verschiedene Definitionsmöglichkeiten, die je nach dem Fokus auf einfacher Handhabung oder der Berücksichtigung möglichst vieler inhaltlicher Zielkriterien gewählt werden sollten. Am denkbar einfachsten und rechtssichersten wäre die Anknüpfung an die Kriterien des Bio-Siegels. Aber auch die Anknüpfung an eine Quantifizierung externalisierter Kosten erscheint innovativ, die die gesellschaftlichen Folgen dynamisch erfassen könnte und zudem gleichermaßen ein verstärktes Bewusstsein

²⁶⁴ vgl. Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 160, 162 ff.

²⁶⁵ vgl. etwa Stadt Berlin, Normenkontrollklage, abzurufen unter:
<https://www.berlin.de/lb/tierschutz/normenkontrollklage/artikel.783515.php> (11.11.2020).

dafür schaffen könnte. Gesellschaftlich bekannt ist ein Teil dieses Modells zudem bereits durch zahlreiche Anbieter von Klimarechnern, die Kompensationszahlungen anbieten oder die jüngst eingeführte CO₂-Bepreisung.

D. Rechtliche Zulässigkeit

Ein Werbeverbot für Billigfleisch berührt materiell die gleichen Rechtspositionen wie ein generelles Fleischwerbeverbot. Unterschiede ergeben sich in wenigen Details.

a) Verhältnismäßigkeit des Freiheitsrechtseingriffes

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist im Ergebnis wie beim generellen Fleischwerbeverbot zu beurteilen. Im Rahmen des Ausgleichs widerstreitender Rechtspositionen, insbesondere in der Angemessenheit, ist es für einen Teil der Fleischwirtschaft ein weniger belastendes Mittel. Für Betriebe, die ausschließlich „Billigfleisch“ produzieren, ändert sich damit an der Beurteilung nichts. „Gemischte“ Produktionsbetriebe und Betriebe mit nach der „Billigfleisch“-Definition sozial noch akzeptablen Produktion sind weniger belastet, da ihnen die Möglichkeit für die Werbung mit einem Teilbereich verbleibt.

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Geeignetheitsprüfung ist zu bedenken, wie bereits oben aufgezeigt wurde, dass der Gesetzgeber Parallelen zum Tabakwerbeverbot ziehen und deshalb zu dem Schluss kommen darf, dass nur ein umfassendes Verbot effektiv ist. Zudem kann ein Halo-Effekt zu befürchten sein bei Fleischbetrieben, die sowohl Produkte mit Werbung vermarkten dürfen als auch Produkte, für die Werbung untersagt sein wird. Dies könnte indes mit einer Herstellerregelung unterbunden werden, nach der nur Hersteller mit ihrem Markennamen werben dürfen, die den Kriterien für eine Werbezulässigkeit mit der gesamten Produktpalette entsprechen. Die Geeignetheit ist jedoch im Ergebnis für alle Grundrechtseingriffe auch hier zu bejahen: Es würde sich hier wie auch beim generellen Fleischwerbeverbot um eine mit Erfahrungen aus anderen Regelungsbereichen fundierte gesetzgeberische Prognose handeln für einen Bereich, in dem wissenschaftliche Vorhersagen nicht exakt zu treffen sind. Der Gesetzgeber darf auch mit einer Regelungsalternative Erfahrungen hinsichtlich der Eignung sammeln,²⁶⁶ mithin das Billigfleischwerbeverbot zunächst als erste Stufe einführen und sich Intensivierung vorbehalten.

Die Erwägungen sind grundsätzlich auch auf die Erforderlichkeit übertragbar. Während das Mittel sich als milder darstellt als ein umfassendes Werbeverbot, sind andere, gleich effektive und noch mildere Regelungen, die den genannten Schutzgütern gleichermaßen zum Ziel verhelfen, nicht ersichtlich. Die Einschätzung der Effektivität unterliegt dem gesetzgeberischen Prognosespielraum und einer Evidenzkontrolle, er kann vor dem Hintergrund der nicht exakt treffbaren

²⁶⁶ vgl. BVerfG NJW 1988, 2529, 2534.

Prognosen mithin zwischen einem „Billigfleisch“- und generellem Fleischwerbeverbot wählen.

b) *Art. 3 Abs. 1 GG*

Wegen der mit einem „Billigfleisch“-Werbeverbot verbundenen Gruppenbildung von Beteiligten der Produktionskette, die weiterhin werben dürfen und solchen, denen es untersagt ist, wird eine Überprüfung der Zulässigkeit anhand von Art. 3 Abs. 1 GG notwendig. Dabei kommt es für die Betroffenheit von Art. 3 Abs. 1 GG bereits auf die Gruppendifferenzierung an: Nimmt man an, dass die Produzenten von „Billigfleisch“ bereits nicht vergleichbar sind mit denen, die in sozial akzeptabler Weise Fleisch produzieren, weil sich die Produktionsbedingungen so fundamental unterscheiden, so ist der Gleichheitssatz bereits nicht berührt. Denkbar ist dies etwa bei einer Unterscheidung von konventioneller und biologischer Landwirtschaft. Fasst man diese Kategorien jedoch unter den gemeinsamen Oberbegriff „Fleischwirtschaft“ oder „Fleischproduzierende“ und „handel“, so ist Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig. Da es somit auch auf die gewählte rechtliche Definition von „Billigfleisch“ ankommt, wird hier von zwei Gruppen ausgegangen, die ungleich behandelt würden.

Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung differenziert das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zwischen einer reinen Willkürprüfung bei nur geringfügigen Ungleichbehandlungen; hingegen wendet es eine gleichheitssatzspezifische Verhältnismäßigkeitsprüfung bei stärkeren Eingriffen an.²⁶⁷ Letztere kommt zur Anwendung, wenn die Differenzierung materiell schweres Gewicht hat, weil eines der folgenden vier Kriterien erfüllt ist, wobei sich eine in dieser Reihenfolge ergebende Intensivierung der Kontrolldichte ergibt:²⁶⁸

1. Durch das differenzierende Mittel sind zugleich Freiheitsrechte betroffen.
2. Die gesetzlichen Vorgaben knüpfen nicht lediglich an Verhaltensweisen, sondern an personenbezogene oder vergleichbare nicht persönlich beeinflussbare Merkmale an.
3. Die Differenzierung ähnelt einer der in Art. 3 Abs. 3 GG absolut untersagten Differenzierung.
4. Das Ausmaß der Differenzierung ist so gravierend, dass eine noch strengere Prüfung erforderlich wird als die bereits durch die vorgenannten Punkte notwendig ist.

Hier ist lediglich die erste Stufe betroffen. Die Differenzierung greift in Freiheitsrechte ein. Die an Fleischwerbung Interessierten können aber durch Umstellung ihres Betriebes ihre Berechtigung selbst herbeiführen. Differenzierungskriterien aus Art. 3 Abs. 3 GG sind evident nicht in der Nähe. Auch ist das Ausmaß der

²⁶⁷ vgl. BeckOK GG/Kischel, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 3 Rn. 24.

²⁶⁸ vgl. Maunz/Dürig/P. Kirchhof, 91. EL April 2020 Rn. 268, GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 268; BeckOK GG/Kischel, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 3 Rn. 43.

Differenzierung nicht gravierend, sondern es ist bereits im Gegenteil schon fraglich, ob man überhaupt eine Differenzierung annehmen sollte.

Dennoch ist nach diesen Kriterien eine, wenn auch nicht strenge, Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Da das materielle Gewicht der Differenzierung geringfügig ist, kann diese aber auch zu keinem anderen Ergebnis als die entsprechenden Prüfungen der Freiheitsrechte kommen, in denen bereits die Verfolgung von Zielen mit überragendem Gewicht festgestellt wurde. *Kischel* führt dazu zutreffend aus:

„Wenig überzeugend und in sich widersprüchlich ist es allerdings, bei den Freiheitsrechten einen weiten Beurteilungsspielraum anzunehmen, sodann aber bei der gleichheitsrechtlichen Betrachtung aufgrund der Einschlägigkeit eben dieser Freiheitsrechte strenge Maßstäbe anzulegen, wenn beide Prüfungen auf den gleichen Sachverhalt und das gleiche faktische Problem abstellen.“²⁶⁹

Denn auch im Rahmen des Gleichheitssatzes steht dem Gesetzgeber hinsichtlich der Beurteilung der Erforderlichkeit und Geeignetheit des Differenzierungskriteriums in Bezug auf das Differenzierungsziel ein Prognosespielraum zu. Prognoseunsicherheiten und komplexe Entscheidungen wirken dabei nicht einschränkend.²⁷⁰

Wollte man durch die auch vertretbare geringere Effektivität von partiellen Werbeerboten eine Rechtfertigung vor Art. 3 Abs. 1 GG absprechen, so relativiert sich dieses Argument wieder durch den insoweit stärker betonten ethischen Wertgehalt von Art. 20 a GG bzgl. des Tierschutzes, wenn so die besonders zu missbilligenden Handlungsformen an der Werbung gehindert werden.

VIII. Reines Preiswerbeverbot nicht ausreichend zielführend

Mit Stand Bearbeitungsschluss dieser Ausarbeitung plant das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) jedenfalls ein Verbot, das untersagen soll, in der Werbung in Zusammenhang mit Fleischprodukten einen Preis zu nennen (Preiswerbeverbot).²⁷¹ Das BMEL habe Zeitungsberichten zufolge die Zulässigkeit selbst überprüft und das Bundesjustizministerium (BMJV) um weitere Einschätzung geben.²⁷² Den Medienberichten zu entnehmen ist, dass das Gesetz primär mit ethischen Erwägungen begründet werden soll. Dass die Bundesregie-

²⁶⁹ Kischel, in: BeckOK GG 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 3 Rn. 55a.

²⁷⁰ vgl. BVerfG in NJW 2017, 217, 241 Rn. 389 zum Gleichheitssatz bei Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers; vgl. auch BeckOK GG/Kischel, 44. Ed. 15.8.2020, GG Art. 3 Rn. 55a.

²⁷¹ vgl. Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, Antwort der Bundesregierung, Drs. 19/23205 abzurufen unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/232/1923205.pdf> (7.11.2020).

²⁷² Braun, in: Merkur, „Klößner will Preiswerbung bei Fleisch verbieten“, abzurufen unter: <https://www.merkur.de/politik/julia-kloeckner-cdu-fleisch-werbung-verbot-ministerin-preise-zr-90028525.html> (07.11.2020).

nung die gesellschaftliche Ablehnung von tierschutzwidrigen Haltungsbedingungen insoweit anerkennt und aufgreift, ist vor dem Hintergrund der mit diesem Gutachten durchgeführten Beurteilung auch aus rechtlicher Sicht als positiv zu bewerten. Die Prüfung eines reinen Preiswerbeverbots, das zu dem Ergebnis kommt, es müssen weitgehendere Maßnahmen ergriffen werden, verstärkt das Gewicht der gesetzgeberischen Prognose auch für ein generelles Fleischwerbeverbot.²⁷³

Wie in der Prüfung des generellen Fleischwerbeverbotes bereits dargestellt wurde, liegen solche Erfahrungen mit Werbeverböten vor, die eine Effektivität nur einem umfassenden Werbeverbot zusprechen.²⁷⁴ Wie auch beim Billigfleischwerbeverbot ist hier zu sehen, dass potenziell ein effektiveres Mittel zur Verfügung stünde. Wegen der bestehenden Unsicherheiten bzgl. der tatsächlichen Auswirkungen wird man dem Gesetzgeber auch im Rahmen des Preiswerbeverbotes die Erforderlichkeit und Angemessenheit nicht absprechen können. Auch wenn die Effektivität wegen der Untersagung nur des Preises hinsichtlich eines Produktionsrückganges und der damit verbundenen Verbesserungen für Umwelt und Klima, einer Verbesserung der Haltungsbedingungen und die Entspannung des Marktes wegen des starken Preiskampfes fraglich ist, so rechtfertigt sich das Preiswerbeverbot zum einen wohl noch durch die geringere Eingriffsintensität und das große Gewicht von Art. 20 a GG.

Nimmt man allerdings – wie es inhaltlich als Begründung verlautbart wird –²⁷⁵ den ethischen Tierschutzgehalt von Art. 20 a GG ernst, so kann das Preiswerbeverbot hierauf bezogen indes als durchaus ungeeignet i.S.d. Verhältnismäßigkeit angesehen werden. Allein durch das Preisangabe-Verbot und der verbleibenden Möglichkeit, in sonst irreführender oder ob der tatsächlichen Haltungsbedingungen zynischer Weise Werbung auszugestalten, kann eine Missachtung der kreatürlichen Würde nicht aufgehoben werden.²⁷⁶ Das Problem der Irreführung durch euphemisierende Tierdarstellungen ist damit nicht gelöst.

IX. Zusammenfassung und Ergebnisse

1.

Das Gutachten zeigt auf, dass die Auswüchse der industriellen Tierhaltung nicht nur für millionenfaches Tierleid verantwortlich sind. Der hohe Konsum von Fleisch stellt zudem, etwa in Form von Zivilisationskrankheiten, ein gesundheitliches Risiko für den Menschen dar. Eine große Bedrohung der menschlichen Gesundheit ist darüber hinaus dem Einsatz von Reserveantibiotika in der Tierhaltung geschuldet, der zur Entstehung von multiresistenten Keimen beiträgt. Hinzu

²⁷³ BVerfG NJW 1988, 2529, 2534.

²⁷⁴ vgl. WHO, Global Report on the Global Tobacco Epidemic 2013, S. 30 m.w.N., abzurufen unter https://www.who.int/tobacco/global_report/2013/en/.

²⁷⁵ Vgl. hierzu <https://www.merkur.de/politik/julia-kloekner-cdu-fleisch-werbung-verbot-ministerin-preise-zr-90028525.html>.

²⁷⁶ Caspar und Geissen, in: NVwZ 2002, 913, 914, Bruhn und Wollenteit, in: NuR 2018, 234, 239.

kommt die Verantwortung für verschiedene Umweltprobleme und nicht zuletzt leistet diese Form der Erzeugung von Fleisch einen wesentlichen Beitrag zum Klimawandel. Nicht unerwähnt bleiben sollten die kritikwürdigen Arbeitsbedingungen in der Tierindustrie.

2.

Die oben aufgezeigten Konsequenzen, welche die industrielle Tierhaltung mit sich bringt, werden vom Verbraucher überwiegend abgelehnt. Gleichzeitig wird gerade das Produkt Fleisch massiv beworben; eben diese absatzfördernde Werbung trägt massiv zu dem hohen Konsum von Fleisch bei und beeinflusst den Verbraucher in seiner Kaufentscheidung. Ein Werbeverbot für Fleisch würde – neben anderen denkbaren Instrumenten - zu einem Rückgang des Konsums und damit der Produktion führen.

3.

Ein umfassendes Werbeverbot würde die Fleischproduzierenden bzw. einen marginalen Teil der Werbebranche nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 12 GG verletzen. Wie im Gutachten gezeigt, liegen qualifizierte Gründe des Allgemeinwohls vor, anhand derer eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit rechtfertigbar ist.

4.

Ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG ist ebenfalls nicht zu erkennen. Es ist bereits fraglich, inwieweit überhaupt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums vorliegt.

5.

Ein umfassendes Werbeverbot kann durchaus als Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG gewertet werden.

Der gewichtige Schutz der „Volksgesundheit“, das Schutzziel der Entlastung des Gesundheitssystems, sowie die Schutzgüter des Klimas und der Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen rechtfertigen diesen Eingriff jedoch im Ergebnis.

6.

Ein umfassendes Werbeverbot wäre mit dem sekundären und dem primären Unionsrecht vereinbar.

7.

Zu denken wäre auch an ein Werbeverbot von sogenanntem Billigfleisch. Hierbei gelangt das Gutachten zu dem Schluss, dass die Definition von „Billigfleisch“ rechtlich möglich ist, ein Werbeverbot daran anknüpfend auch praktisch durchführbar wäre.

8.

Ein reines Preiswerbeverbot, wie vom BMEL angestrebt, ist nicht zu empfehlen.

Rechtsanwalt
Dr. Ulrich Wollenteit

➔ **Kein Geld von Industrie und Staat**

Greenpeace ist eine internationale Umweltorganisation, die mit gewaltfreien Aktionen für den Schutz der Lebensgrundlagen kämpft. Unser Ziel ist es, Umweltzerstörung zu verhindern, Verhaltensweisen zu ändern und Lösungen durchzusetzen. Greenpeace ist überparteilich und völlig unabhängig von Politik und Wirtschaft. Mehr als 600.000 Fördermitglieder in Deutschland spenden an Greenpeace und gewährleisten damit unsere tägliche Arbeit zum Schutz der Umwelt, der Völkerverständigung und des Friedens.

Impressum

Greenpeace e.V., Hongkongstraße 10, 20457 Hamburg, Tel. 040/3 06 18-0 **Pressestelle** Tel. 040/3 06 18-340, F 040/3 06 18-340, presse@greenpeace.de, www.greenpeace.de
Politische Vertretung Berlin Marienstraße 19–20, 10117 Berlin, Tel. 030/30 88 99-0 **V.i.S.d.P.** Stephanie Töwe-Rimkeit **Gestaltung** Johannes Groht Kommunikationsdesign
Foto [M] Aldi, Edeka, Rewe