

---

## Ausarbeitung

---

## Unionsrechtliche Vorgaben zu nationalen Werbebeschränkungen

## **Unionsrechtliche Vorgaben zu nationalen Werbebeschränkungen**

Aktenzeichen: EU 6 - 3000 - 047/23  
Abschluss der Arbeit: 9. Oktober 2023  
Fachbereich: EU 6: Fachbereich Europa

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Sekundäres Unionsrecht</b>	<b>5</b>
2.1.	Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)	5
2.2.	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen (UGP-RL)	7
<b>3.</b>	<b>Unionsvertragliche Grundfreiheiten (AEUV)</b>	<b>7</b>
3.1.	Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 ff. AEUV	8
3.1.1.	Eingriff	8
3.1.2.	Rechtfertigung des Eingriffs, Art. 36 AEUV	10
3.1.2.1.	Schutzgut Gesundheit	10
3.1.2.2.	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Art. 36 Satz 2 AEUV	11
3.1.2.2.1.	Geeignetheit	12
3.1.2.2.2.	Erforderlichkeit	12
3.1.2.2.3.	Angemessenheit	13
3.2.	Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 ff. AEUV	14
3.2.1.	Eingriff	14
3.2.2.	Rechtfertigung des Eingriffs aus Gründen des Gesundheitsschutzes	15

## 1. Fragestellung

Vor dem Hintergrund des geplanten Gesetzes zum Schutz von Kindern vor Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt (Kinder-Lebensmittel-Werbegesetz - KWG), bittet der Auftraggeber um Prüfung, inwieweit die beabsichtigten Werbebeschränkungen mit europäischem Unionsrecht, insbesondere mit den Grundfreiheiten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vereinbar wären (nachfolgende „*Werbebeschränkungen*“).

Ein konkreter Gesetzesentwurf befindet sich derzeit in der Abstimmung mit den beteiligten Bundesministerien.<sup>1</sup> Auf der Internetseite des federführenden Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft finden sich folgende Eckpunkte des Gesetzesvorhabens, die Gegenstand der folgenden Prüfung sein sollen:

- *„Nach Art, Inhalt oder Gestaltung an Kinder adressierte Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt soll nicht mehr zulässig sein:*
  - *in allen für Kinder relevanten Medien (darunter auch Influencermarketing),*
  - *als Außenwerbung.*
- *Zudem soll Werbung für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt nicht mehr zulässig sein, wenn sie Kinder zwar nicht nach Art, Inhalt oder Gestaltung, jedoch aufgrund des Werbeumfeldes oder des sonstigen Kontextes adressiert, d.h.:*
  - *wenn sie zwischen 6 und 23 Uhr betrieben und damit bewusst in Kauf genommen wird, dass sie regelmäßig insbesondere auch von Kindern wahrgenommen wird bzw. wahrgenommen werden kann,*
  - *wenn sie im Kontext mit auch Kinder ansprechenden Inhalten betrieben wird,*
  - *wenn sie in Form von Außenwerbung im Umkreis von 100 Metern betrieben wird zu Freizeiteinrichtungen, die ihrer Art nach oder tatsächlich vor allem von Kindern besucht werden, oder Schulen, Kindertageseinrichtungen oder Spielplätzen.*
- *An Kinder gerichtetes Sponsoring für Lebensmittel mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt soll ebenfalls nicht mehr zulässig sein.*
- *Die Beurteilung eines hohen Zucker-, Fett- oder Salzgehaltes soll sich an den Anforderungen des Nährwertprofilmodells der Weltgesundheitsorganisation (WHO) orientieren.*
  - *Dieses Nährwertprofilmodell wurde explizit für die Regulierung der Lebensmittelwerbung gegenüber Kindern geschaffen.*
  - *Es teilt Lebensmittel in verschiedene Kategorien ein. Für jede Kategorie sind eigene Höchstwerte für den Gehalt an Gesamtfett, gesättigten Fettsäuren, Gesamtzucker, zugesetztem Zucker, Süßungsmitteln, Salz und/oder Energie pro 100 g Lebensmittel vorgesehen.*
  - *An die Einhaltung dieser Höchstwerte können Werberegulierungsmaßnahmen geknüpft werden.*
  - *Das Modell der WHO ist europäisch eingeführt, berücksichtigt wissenschaftliche Erkenntnisse und trägt dem Gedanken Rechnung, dass Aspekte des Gesundheits-, Kinder- und Verbraucherschutzes Vorrang haben sollen vor wirtschaftlichen Interessen. Es ist praxiserprobt. Milch (hinsichtlich des Fettgehalts) und Säfte (ohne zusätzlichen Zucker oder Süßungsmittel) sollen von der Regelung ausgenommen sein.“<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> [BMEL - Kinder, Kita und Schule - Mehr Kinderschutz in der Werbung: Pläne für klare Regeln zu an Kinder gerichteter Lebensmittelwerbung](#) (Stand 25.07.2023)

<sup>2</sup> [BMEL - Pressemitteilungen - Özdemir stellt Gesetzesvorhaben für mehr Kinderschutz in der Werbung vor](#) (Pressemitteilung vom 27.02.2023).

Zunächst ist für den vorgenannten Untersuchungsgegenstand zu prüfen, ob sich aus sekundärem Unionsrecht Vorgaben ergeben (Ziff. 2.). Im Anschluss ist zu prüfen, ob entsprechende Werbebeschränkungen einen Eingriff in die Grundfreiheiten des AEUV darstellen bzw. ob ein solcher Eingriff gerechtfertigt sein könnte (Ziff. 3.).

## 2. Sekundäres Unionsrecht

### 2.1. Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)

Unionsrechtliche Sekundärregeln zum Lebensmittelmarketing finden sich in der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL).<sup>3</sup> Die AVMD-RL sieht grundsätzliche Regelungen zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste vor.

Gemäß Art. 9 Abs. 4 AVMD-RL unterstützen die Mitgliedstaaten die Nutzung der Koregulierung<sup>4</sup> und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes gemäß Art. 4a Abs. 1 AVMD-RL<sup>5</sup>, in Bezug auf unangebrachte audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, die Kindersendungen begleitet oder darin enthalten ist und Lebensmittel und Getränke betrifft, die Nährstoffe oder Substanzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung enthalten, insbesondere Fett, Transfettsäuren, Salz oder Natrium, sowie Zucker, deren übermäßige Aufnahme im Rahmen der Gesamternährung nicht empfohlen wird.

Für Werbung auf Video-Sharing-Plattformen (VSP) regelt Art. 28b AVMD-RL gleichsam, dass die Mitgliedstaaten die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes gemäß Art. 4a Abs. 1 AVMD-RL unterstützen, um die Einwirkung audiovisueller kommerzieller Kommunikation für Lebensmittel und Getränke, die Nährstoffe und Substanzen mit ernährungsbezogener oder physiologischer Wirkung enthalten — insbesondere Fett, Transfettsäuren, Salz oder Natrium, sowie Zucker —, deren übermäßige Aufnahme im Rahmen der Gesamternährung nicht empfohlen wird, auf Kinder wirkungsvoll zu verringern.

---

<sup>3</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. L 95, 15. April 2010, S. 1 ([Konsolidierte Fassung vom 18. Dezember 2018](#)).

<sup>4</sup> Unter „Koregulierung“ werden verschiedene Praktiken gefasst, die ein Kooperationsverhältnis zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Akteuren umfassen (bspw. die Einrichtung freiwilliger Selbstkontrollen).

<sup>5</sup> Art. 4a Abs. 1 AVMD-RL: „Die Mitgliedstaaten unterstützen die Nutzung der Koregulierung und die Förderung der Selbstregulierung mithilfe von Verhaltenskodizes, die auf nationaler Ebene in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen angenommen werden, soweit das nach ihrem jeweiligen Rechtssystem zulässig ist. Diese Kodizes müssen a) derart gestaltet sein, dass sie von den Hauptbeteiligten in den betreffenden Mitgliedstaaten allgemein anerkannt werden, b) ihre Ziele klar und unmissverständlich darlegen, c) eine regelmäßige, transparente und unabhängige Überwachung und Bewertung ihrer Zielerfüllung vorsehen und d) eine wirksame Durchsetzung einschließlich wirksamer und verhältnismäßiger Sanktionen vorsehen.“

In beiden Fällen zielen die genannten Kodizes darauf ab, die Einwirkung audiovisueller kommerzieller Kommunikation für solche Lebensmittel und Getränke auf Kinder wirkungsvoll zu verringern, dass die positiven Ernährungseigenschaften solcher Lebensmittel und Getränke durch diese audiovisuelle kommerzielle Kommunikation nicht hervorgehoben werden.

Unter audiovisueller kommerzieller Kommunikation versteht die AVMD-RL „*Bilder mit oder ohne Ton, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen; diese Bilder sind einer Sendung oder einem nutzergenerierten Video gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung beigefügt oder darin enthalten. Zur audiovisuellen kommerziellen Kommunikation zählen unter anderem Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping und Produktplatzierung*“ (Art. 1 Abs. 1 Buchst. h AVMD-RL).

Bei der AVMD-RL handelt es sich um eine Mindestharmonisierungsrichtlinie.<sup>6</sup> Folglich kann der nationale Gesetzgeber Mediendienstanbieter, die seiner jeweiligen Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, ausführlicheren oder strengeren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen nachzukommen, sofern diese Bestimmungen mit dem Unionsrecht im Einklang stehen, Art. 4 Abs. 1 AVMD-RL. Wer unter der „*Rechtshoheit*“ eines Mitgliedstaats fällt, lässt sich anhand der in Art. 2 Abs. 2 AVMD-RL genannten Kriterien bestimmen. Danach fallen darunter zunächst die gemäß Art. 2 Abs. 3 AVMD-RL in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Mediendienstanbieter sowie darüber hinaus die Mediendienstanbieter, die die Art. 2 Abs. 4 AVMD-RL aufgestellten Voraussetzungen erfüllen.

Adressaten der vorgenannten Regelungen der AVMD-RL sind somit Anbieter von Mediendiensten<sup>7</sup> bzw. Video-Sharing-Plattform-Anbieter.<sup>8</sup> Werbebeschränkungen, die sich nicht unmittelbar an die genannten Personen richten, wären demnach von den Regelungen der AVMD-RL grundsätzlich nicht erfasst. Die AVMD-RL würde in diesen Fällen keine abschließende Regelung entfalten.

Für eine umfassende Prüfung dieser Frage käme es auf die konkrete Ausgestaltung in dem Gesetzesentwurf an. Eine abschließende Bewertung obliegt dem EuGH.

---

<sup>6</sup> Ukrow/Ress, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL August 2023, Art. 167 AEUV, Rn. 218 f.

<sup>7</sup> „*Mediendienstanbieter*“ ist die „*natürliche oder juristische Person, die die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte des audiovisuellen Mediendienstes trägt und bestimmt, wie diese gestaltet werden*“, Art. 1 Abs. 1 Buchst. d) AVMD-RL;

<sup>8</sup> „*Video-Sharing-Plattform-Anbieter*“ ist „*die natürliche oder juristische Person, die einen Video-Sharing-Plattform-Dienst betreibt*“, Art. 1 Abs. 1 Buchst. da) AVMD-RL.

## 2.2. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen (UGP-RL)

Weitere unionsrechtliche Regelungen zu Werbebeschränkungen finden sich in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen (UGP-RL).<sup>9</sup> Die Umsetzung der UGP-RL erfolgte im deutschen Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG).

Art. 5 Abs. 1 UGP-RL verbietet unlautere Geschäftspraktiken. Gemäß Ziff. 28 Anhang 1 UGP-RL gilt als „aggressive“ und damit als „unlautere“ Geschäftspraktik i. S. v. Art. 8 UGP-RL i. V. m. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL<sup>10</sup> die

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

Allerdings ist durch die Regelungen der UGP-RL keine Sperrwirkung für weitergehende Maßnahmen der Mitgliedstaaten ersichtlich. Art. 3 Abs. 3 UGP-RL bestimmt, dass die UGP-RL insbesondere die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten unberührt lässt. Dies wird durch den Erwägungsgrund 9 Satz 3 gestützt, der vorsieht, dass die Mitgliedstaaten unabhängig davon, wo der Gewerbetreibende niedergelassen ist, unter Berufung auf den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Verbraucher in ihrem Hoheitsgebiet für Geschäftspraktiken Beschränkungen aufrechterhalten oder einführen oder diese Praktiken verbieten können. Darunter sollen nach der Rechtsprechung auch lebensmittelrechtliche Regelungen fallen.<sup>11</sup>

## 3. Unionsvertragliche Grundfreiheiten (AEUV)

Inhaltliche Vorgaben zu Werbebeschränkungen können sich zudem aus den vertraglichen Grundfreiheiten des AEUV ergeben. In Betracht kommt insoweit sowohl die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 ff. AEUV (Ziff. 3.1.) als auch die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 54 ff. AEUV (Ziff. 3.2.).

---

<sup>9</sup> RICHTLINIE 2005/29/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (Text von Bedeutung für den EWR) (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22), [Konsolidierte Fassung vom 28.05.2022](#).

<sup>10</sup> Art. 8 UGP-RL: *„Eine Geschäftspraxis gilt als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“*

<sup>11</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.10.2017 - 6 U 59/16, openJur 2021, 28431, dort Rn. 82.

### 3.1. Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 ff. AEUV

Werbebeschränkungen müssten zunächst mit der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 ff. AEUV vereinbar sein.

#### 3.1.1. Eingriff

Gemäß Art. 34 AEUV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Im Hinblick auf eine Werbebeschränkung kommt mangels Einfuhrbeschränkung die Prüfung einer Maßnahme gleicher Wirkung i. S. d. Art. 34 AEUV in Betracht. Das Verbot des Art. 34 AEUV erfasst nach der Rechtsprechung des EuGH danach jede Maßnahme der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern (sog. *Dassonville-Formel*).<sup>12</sup>

Eine Fortführung der *Dassonville-Formel* nahm der EuGH in seiner sog. *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung vor, in der er festhielt, dass Maßnahmen, die nicht zwischen inländischen und ausländischen Waren unterscheiden, ebenso einen Eingriff Art. 34 AEUV darstellen können.<sup>13</sup> Dies wäre bei Werbebeschränkungen der Fall, sofern diese gleichermaßen inländische wie ausländische Waren betreffen. Eine Einschränkung der vorab dargestellten Rechtsprechung erfolgte durch den EuGH in der verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (*Keck und Mithouard*).<sup>14</sup> Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV soll danach nicht vorliegen, wenn die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten

---

<sup>12</sup> Grundsätzlich EuGH, Urteil vom 11. Juli 1994, Rs. 8/74, *Dassonville*, Rn. 5; ferner EuGH, Urteil vom 11. September 2008, Rs. C-141/07, *Kommission/Deutschland*, Rn. 28; siehe hierzu die Ausführungen von *Leible/Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union*, 79. EL August 2023, Art. 34 AEUV, Rn. 62.

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rs. 120/78, *REWE-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Rn. 15; vgl. hierzu die Ausführungen von *Becker*, in: *Schwarze, EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 34 AEUV, Rn. 43.

<sup>14</sup> Zu diesen Kriterien vgl. EuGH, Urteil vom 24. November 1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Rn. 16; vgl. hierzu *Becker*, in: *Schwarze, EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 34 AEUV, Rn. 47.



rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.<sup>15</sup> Die *Keck*-Rechtsprechung betritt Verkaufsmodalitäten, wie bspw. nationale Ladenschlussvorgaben.<sup>16</sup> Der EuGH hat in der Vergangenheit die Beschränkung von Fernsehwerbung als eine derartige Verkaufsmodalität angesehen, was einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit ausschließen würde.<sup>17</sup>

Allerdings hat der EuGH später seine Rechtsprechung insbesondere auf das Kriterium des „Marktzugangs“ weiter konkretisiert.<sup>18</sup> Danach „[...] sind Maßnahmen eines Mitgliedstaats, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, [...] als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in Sinne des [Art. 34 AEUV] anzusehen. Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert“.<sup>19</sup> Nach Ansicht in der Literatur stellen daher Werbebeschränkungen, die nichtdiskriminierend ausgestaltet sind und die Vertriebsgestaltung des grenzüberschreitend tätigen Anbieters nicht im Kern einschränken, keine verbotene Maßnahme gleicher Wirkung i. S. d. Art. 34 AEUV dar.<sup>20</sup>

Im Hinblick auf Werbemaßnahmen können jedoch auch unterschiedslos geltende Werbebeschränkungen nach der Rechtsprechung des EuGH ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn „ein bestimmter Wirtschaftsteilnehmer ein Werbesystem aufgeben muss, das er für besonders wirksam hält [...]“.<sup>21</sup> Ferner sei nach Ansicht des EuGH „ein absolutes Verbot der auf die Merkmale eines Erzeugnisses gestützten Werbung geeignet, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern als für inländische Erzeugnisse, mit denen der Verbraucher besser vertraut ist [...]“.<sup>22</sup>

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2001 führte der EuGH hinsichtlich Werbebeschränkungen für alkoholische Getränke aus:

---

<sup>15</sup> Siehe hierzu die Ausführungen von *Leible/Strein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, Art. 34 AEUV, Rn. 79.

<sup>16</sup> Vgl. bspw. EuGH, Urteil vom 2. Juni 1994, verb. Rs. C-401/92 und C-402/92, Tankstation 't Heukske und Bormans, Rn. 12 ff.; siehe hierzu auch *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 34-36 AEUV, Rn. 171.

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 9. Februar 1995, Rs. C-412/93, Leclerc-Siplec/TF1 und M6, Rn. 19 ff.

<sup>18</sup> *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 36 AEUV, Rn. 54.

<sup>19</sup> EuGH, Urteil vom 10. Februar 2009, Rs. C-110/05, Kommission/Italien, Rn. 37.

<sup>20</sup> *Leible/Strein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL August 2023, Art. 34 AEUV, Rn. 95.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, Rs. C-239/02, Douwe Egberts, Rn. 52.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, Rs. C-239/02, Douwe Egberts, Rn. 53.

*„Ohne dass eine genaue Untersuchung der die Lage in Schweden kennzeichnenden tatsächlichen Umstände nötig wäre – diese Untersuchung obläge dem nationalen Gericht – kann festgestellt werden, dass bei Erzeugnissen wie den alkoholischen Getränken, deren Genuss mit herkömmlichen gesellschaftlichen Übungen sowie örtlichen Sitten und Gebräuchen verbunden ist, ein Verbot jeder an die Verbraucher gerichteten Werbung durch Anzeigen in der Presse oder Werbeeinblendungen in Rundfunk und Fernsehen, durch Direktversand nicht angeforderten Materials oder durch Plakatieren an öffentlichen Orten geeignet ist, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern, als es dies für inländische Erzeugnisse tut, mit denen der Verbraucher unwillkürlich besser vertraut ist.“<sup>23</sup>*

Für die Annahme einer Maßnahme gleicher Wirkung müsste daher der Nachweis erbracht werden, dass der Marktzugang für ausländische Produkte gegenüber inländischen Produkten erschwert ist.<sup>24</sup> Eine abschließende Entscheidung dieser Frag obliegt im konkreten Fall dem EuGH.

### 3.1.2. Rechtfertigung des Eingriffs, Art. 36 AEUV

Ein nachgewiesener Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit kann gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt sein. Hierzu müsste zunächst ein in Art. 36 Satz 1 AEUV genannter Rechtfertigungsgrund einschlägig sein und die Verhältnismäßigkeit des Art. 36 Satz 2 AEUV gewahrt worden sein.

#### 3.1.2.1. Schutzgut Gesundheit

Art. 36 Satz 1 AEUV sieht als Rechtfertigungsgründe die öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, der Schutz des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums vor. Von den in Art. 36 Satz 1 AEUV aufgeführten Rechtfertigungsgründen erscheint insbesondere der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen einschlägig zu sein.<sup>25</sup>

Nach Ansicht des EuGH liegt es an den Mitgliedstaaten den Umfang des zu gewährenden Gesundheitsschutzes zu bestimmen, wobei diesen dabei eine vergleichsweise weite Einschätzungsprärogative zukommen soll.<sup>26</sup> Die Mitgliedstaaten müssen jedoch anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse nachweisen, dass eine tatsächliche Gesundheitsgefahr besteht, ohne sich auf reine

---

<sup>23</sup> EuGH, Urteil vom 8. März 2001, Rs. C-405/98, KO/GIP, Rn. 21.

<sup>24</sup> Siehe zusammenfassend EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021, Rs. C-190/20, DocMorris, Rn. 38 ff.

<sup>25</sup> In der bereits genannten *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung hat der EuGH zudem ausdrücklich festgehalten, dass der Gesundheitsschutz ein sog. zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung eines unterschiedslos geltenden Eingriffes in die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV darstellen kann: EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rs. 120/78, REWE-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rn. 8; dazu *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 36 AEUV, Rn. 45.

<sup>26</sup> Vgl. bspw. EuGH, Urteil vom 20. Mai 1976, Rs. 104/75, De Peijper, Rn. 14, 18; siehe m. w. N. *Leible/Strein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, Art. 36 AEUV, Rn. 22.

Vermutungen oder Hypothesen zu stützen.<sup>27</sup> Allerdings sollen die Mitgliedstaaten in der Lage sein, Schutzmaßnahmen treffen zu können, ohne abwarten zu müssen, dass das Bestehen und der Umfang der jeweiligen Gefahr eindeutig dargelegt sind.<sup>28</sup>

Nach Ansicht in der Literatur können unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch wissenschaftlich noch nicht eindeutig belegte Gesundheitsgefahren tauglicher Rechtfertigungsgrund sein, wenn der drohende Gesundheitsschaden und die Wahrscheinlichkeit des Eintritts entsprechend hoch sind.<sup>29</sup>

Ginge man unter diesen Voraussetzungen davon aus, dass ein Mitgliedstaat in der ihm so zukommenden Einschätzungsprärogative legitim zu dem Schluss kommen kann, dass der Konsum von Waren mit hohem Zucker-Fett- oder Salzgehalt wissenschaftlich Erkenntnissen nach eine Gesundheitsgefahr darstellt, würde der Gesundheitsschutz grundsätzlich einen einschlägigen Rechtfertigungsgrund darstellen.<sup>30</sup> Die Berufung auf den Gesundheitsschutz kommt daher grundsätzlich in Betracht.

### 3.1.2.2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Art. 36 Satz 2 AEUV

Zu beachten ist ferner der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Art. 36 Satz 2 AEUV regelt, dass Maßnahmen, die gegen die Vorgaben des Art. 34 AEUV verstoßen, dann nicht gerechtfertigt werden können, wenn sie ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Hieraus folgt nach der Rechtsprechung des EuGH, dass Maßnahmen, die nach Art. 36 Satz 1 AEUV gerechtfertigt werden sollen, verhältnismäßig sein müssen.<sup>31</sup> Dies gilt auch im Falle des Berufens auf die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> EuGH, Urteil vom 25. Mai 1993, Rs. C-228/91, Kommission/Italien, Rn. 28; Urteil vom 14. Juli 1994, Rs. C-17/93, Van der Veldt, Rn. 17; Urteil vom 9. September 2003, Rs. C-236/01, Monsanto Agricoltura Italia u.a., Rn. 106; siehe m. w. N. *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, Art. 36 AEUV, Rn. 23 f.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 5. Mai 1998, Rs. C-157/96, National Farmers' Union u.a., Rn. 63; siehe hierzu m. w. N. *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, Art. 36 AEUV, Rn. 23.

<sup>29</sup> *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, Art. 36 AEUV, Rn. 23; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 34-36 AEUV, Rn. 199.

<sup>30</sup> Vgl. bspw. dazu OECD, State of Health in the EU, Germany Country Health Profile 2021, Seite 7.

<sup>31</sup> EuGH, Urteil vom 12. März 1987, Rs. 178/84, Kommission/Deutschland, Rn. 44 ff.; siehe auch *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 36 AEUV, Rn. 50.

<sup>32</sup> EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rs. 120/78, REWE-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rn. 8 ff.; siehe auch *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 36 AEUV, Rn. 50.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die gegenständliche Maßnahme geeignet ist, die Erreichung des rechtmäßig verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne darüber hinauszugehen, was hierzu erforderlich ist.<sup>33</sup> Für den Fall von Werbebeschränkungen würde dies im Grundsatz bedeuten, dass diese in ihrer konkreten Ausgestaltung das mildeste Mittel zur Erreichung des rechtmäßig verfolgten Ziels – des Gesundheitsschutzes – darstellen muss.

#### 3.1.2.2.1. Geeignetheit

Werbebeschränkungen sind zunächst dann geeignet, wenn sie für das Erreichen des verfolgten Rechtfertigungsgrundes tatsächlich förderlich ist. Der EuGH stellt an die Geeignetheit einer Maßnahme keine hohen Anforderungen, sondern gewährt den Mitgliedstaaten bei der Einschätzung der Eignung einer Maßnahme vielmehr einen Prognosespielraum.<sup>34</sup> Verlangt wird allerdings, dass die nationale Regelung das Ziel in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.<sup>35</sup>

Grundsätzlich können Werbebeschränkungen bestehende Anreize zum Konsum von Waren mit hohem Zucker-, Fett- oder Salzgehalt durch Kinder entgegenwirken. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung insoweit allgemein anerkennt, dass ein Werbeverbot ein Mittel zur Verringerung der Anreize für den Kauf und die Verwendung eines Produktes darstellt.<sup>36</sup>

#### 3.1.2.2.2. Erforderlichkeit

Bejaht man die Geeignetheit der gegenständlichen Werbebeschränkungen auf mitgliedstaatlicher Ebene, wäre in der Folge deren Erforderlichkeit zu prüfen. Diese fehlt im Grundsatz, wenn der Zweck mit einem genauso wirksamen Mittel erreicht werden kann, der den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränkt.<sup>37</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dies insbesondere, wenn dem Mitgliedstaat verschiedene zur Erreichung desselben Ziels geeignete Mittel zur Verfügung stehen.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> EuGH, Urteil vom 13. November 1990, Rs. C-331/88, FEDESA u.a., Rn. 13; vgl. hierzu die Ausführungen von *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 34 AEUV, Rn. 43.

<sup>34</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15. September 1994, Rs. C-293/93, Houtwipper, Rn. 22; siehe dazu *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 36 AEUV, Rn. 53.

<sup>35</sup> EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2011, Rs. C-28/09, Kommission/Österreich, Rn. 126, 133 ff.; EuGH, ferner Urteil vom 17. Juli 2008, Rs. C-500/06, Rs. Corporación Dermoestética, Rn. 36; vgl. auch *Müller-Graf*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 36 AEUV, Rn. 129.

<sup>36</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Januar 2023, Rs. C-147/21, CIHEF u.a., Rn. 82; EuGH, Urteil vom 25. Juli 1991, verb. Rs. C-1/90 und C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia / Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña, Rn. 15; EuGH, Urteil vom 10. Juli 1980, Rs. 152/78, Kommission/Frankreich, Rn. 17.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 11. Mai 1989, Rs. 25/88, Wurmser u. a., Rn. 13.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 12. März 1987, Rs. 178/84, Kommission/Deutschland, Rn. 28.

Zunächst stellen Werbebeschränkungen ein milderes Mittel im Vergleich zu einem Verkaufsverbot dar.<sup>39</sup> Als milderer wären freiwillige Werbebeschränkungen denkbar. Allerdings gibt es in der Wissenschaft Anhaltspunkte dafür, dass sich derartige Selbstverpflichtungen in der Vergangenheit als nicht wirksam im Hinblick auf eine Reduzierung von entsprechenden Werbemaßnahmen erwiesen haben.<sup>40</sup>

Ob die Beschränkung von Werbung wirksam zu einem geringeren Konsum von Waren mit hohem Zucker-Fett- oder Salzgehalt durch Kinder und Jugendliche führt, kann jedoch an dieser Stelle nicht abschließend bewertet werden. Eine abschließende Entscheidung über die Erforderlichkeit obläge nach Einführung von entsprechenden Werbebeschränkungen dem EuGH.

### 3.1.2.2.3. Angemessenheit

Der EuGH sieht in seiner Rechtsprechung zudem vor, dass nationale Beschränkungen des freien Warenverkehrs „in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck“ stehen müssen.<sup>41</sup> Insofern führt der EuGH eine Güterabwägung durch, im Rahmen derer er die abstrakte Gewichtigkeit des betroffenen Schutzgutes, die Intensität der konkreten Bedrohung sowie die Besonderheiten des Falles einfließen lässt.<sup>42</sup> Ziel dieser Abwägung ist die Feststellung, ob ein Rechtfertigungsgrund die Maßgaben des freien Warenverkehrs überwiegt.<sup>43</sup> In der Literatur wird insofern auch von der Herstellung einer praktischen Konkordanz zwischen der Warenverkehrsfreiheit sowie den anderen Zielen des AEUV gesprochen.<sup>44</sup> Allerdings kommt in der Rechtsprechung des EuGH der Angemessenheit gegenüber der Erforderlichkeit nur eine untergeordnete Bedeutung zu.<sup>45</sup>

Zu berücksichtigen wären bei einer insoweit vorzunehmenden Abwägung die Gefahren, die sich durch den erhöhten Konsum von Waren mit hohem Zucker-Fett- oder Salzgehalt insbesondere durch Kinder ergeben. Hierbei wären wissenschaftlichen Studien zufolge insbesondere mit Adipositas verknüpfte Krankheitsbilder wie z. B. Typ-2-Diabetes, Herz- und Kreislauferkrankungen

---

<sup>39</sup> Müller-Graf, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 36 AEUV, Rn. 114.

<sup>40</sup> Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Politik für eine nachhaltigere Ernährung – Eine integrierte Ernährungspolitik entwickeln und faire Ernährungsumgebungen gestalten, Gutachten Juni 2020, Seite 550; vgl. ferner Effertz, Kindermarketing für Lebensmittel im Internet, Projektbericht 2021 (Universität Hamburg), S. 43.

<sup>41</sup> EuGH Urteil vom 25. Juli 1991, verb. Rs. C-1/90 u. C-176/90, Aragonesa, Rn. 14, 17 f.

<sup>42</sup> Vgl. die Ausführungen von Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 36 AEUV, Rn. 56 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>43</sup> Vgl. dazu grundlegend EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Rs. 120/78, Rewe-Zentral-AG, Köln/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rn. 14.

<sup>44</sup> Vgl. die Ausführungen von Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 36 AEUV, Rn. 56.

<sup>45</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 36 AEUV, Rn. 100.

sowie andere schwere Stoffwechselkrankheiten und Krebserkrankungen<sup>46</sup> sowie deren gesellschaftliche Folgekosten<sup>47</sup> zu nennen.

Eine abschließende Entscheidung obliegt dem EuGH.<sup>48</sup>

### 3.2. Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 ff. AEUV

Werbebeschränkungen könnten zudem an der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 ff. AEUV gemessen werden.

#### 3.2.1. Eingriff

Gemäß Art. 56 AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der Art. 56 ff. AEUV verboten. Als Dienstleistungen gemäß Art. 56 AEUV gelten insbesondere gewerbliche und kaufmännische Tätigkeiten, Art. 57 Satz 2 Buchst. a) und b) AEUV.

Für die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit ist ein grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr erforderlich. Dies bedeutet, dass der Dienstleistungsverkehr zwischen Personen stattfindet, die in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind.<sup>49</sup> Von der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist dabei die Frage, ob der räumliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet ist, wenn die Dienstleistung in einem Drittland erbracht wird, d. h. Empfänger oder Erbringer in einem Drittstaat ansässig sind.<sup>50</sup> Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist jedoch zumindest eröffnet, soweit ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen in Deutschland eine entsprechende Werbemaßnahme treffen möchte.

Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit liegen nach der Rechtsprechung des EuGH immer dann vor, wenn Maßnahmen die Ausübung dieser Freiheit untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen.<sup>51</sup> Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die in Deutschland Werbung platzieren

---

<sup>46</sup> World Health Organisation (WHO), Obesity: preventing and managing the global epidemic, Report of a WHO consultation, World Health Organ Tech Rep Ser. 2000, S. 1-253.

<sup>47</sup> *Effertz/Engel/Verheyen/Linder*, The costs and consequences of obesity in Germany: a new approach from a prevalence and life-cycle perspective, *Eur J Health Econ.* 17(9), S. 1141 (1151).

<sup>48</sup> Zu berücksichtigen wäre nach der Rechtsprechung des EuGH insoweit auch das Vorliegen von Übergangsfristen, die den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit zur Anpassung geben, vgl. EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2004, Rs. C-463/01, Kommission/Deutschland, I-11734, Rn. 79 f.

<sup>49</sup> *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, Art. 56/57 AEUV, Rn. 14 f.

<sup>50</sup> *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, Art. 56/57 AEUV, Rn. 18.

<sup>51</sup> EuGH, Urteil vom 4. Mai 2017, Rs. C-339/15, Vanderborght, Rn. 61 m. w. N.

---

wollen, wären daher aller Voraussicht nach durch die Werbebeschränkungen in ihrer Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt. Allerdings kommt es insoweit auf die konkrete Ausgestaltung des Gesetzesvorhabens an. Eine abschließende Entscheidung obliegt dem EuGH.

### 3.2.2. Rechtfertigung des Eingriffs aus Gründen des Gesundheitsschutzes

Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit können gemäß Art. 62 AEUV nach den Vorgaben des Art. 52 AEUV gerechtfertigt werden. Nach Art. 52 Abs. 1 AEUV können Eingriffe aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden. Darüber hinaus kann nach der Rechtsprechung des EuGH eine Rechtfertigung auch aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses erfolgen. Dies gilt jedoch nur in den Fällen, in denen keine offene Diskriminierung vorliegt und die Vorgaben der Verhältnismäßigkeit gewahrt sind.<sup>52</sup>

Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit wird der geplanten Werbebeschränkungen wird entsprechend auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>53</sup> Eine abschließende Entscheidung der Rechtfertigung eines möglichen Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit obliegt dem EuGH.

Fachbereich Europa

---

<sup>52</sup> EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1996, Rs. C-3/95, Reisebüro Broede/Sandker, Rn. 28, siehe dazu auch *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 57 AEUV, Rn. 75, m. w. N. aus der Rechtsprechung.

<sup>53</sup> Siehe oben, unter Ziff. 3.1.2.2.