



2209 F

# Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht

## 5/2021

7. Oktober 2021  
48. Jahrgang  
Seiten 585–730

Chefredaktion:  
*Dr. Carl v. Jagow*

Redaktionsbeirat:  
Thomas Boch  
Dr. Marcus Girnau  
Dietrich Gorny  
Prof. Dr. Matthias Horst  
Prof. Dr. Friedhelm Hufen  
Prof. Dr. Hans-Jörg Koch  
Prof. Dr. Stefan Leible  
Susanne Langguth  
Thomas Mettke  
Kurt-Dietrich Rathke  
Prof. Dr. Olaf Sosnitza  
Prof. Dr. Rudolf Streinz

**dfv** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

## Aus dem Inhalt

### ▶ Editorial

*Girnau*

Die Karten werden neu gemischt: wohin geht die Reise in Sachen Lebensmittelpolitik?

### ▶ Abhandlungen

*Martínez et al.*

Faire Ernährungsumgebungen gestalten

*Jacobs/Hagenmeyer/Hahn*

Gesund oder krank? Das ist hier die Frage – die Abgrenzung der EFSA bei Anträgen nach der Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben

*Gramm/Holle/Klapdor*

Probenahmen, Analysen, Tests und Diagnosen nach Kapitel IV der VO (EU) 2017/625 – Aktuelle Herausforderungen bei der Durchführung

### ▶ Rechtsprechung

OLG München – „Champagner Sorbet III“ – *Nordemann-Schiffel*

LG Offenburg – „Inverkehrbringen“ – *Roffael/Wallau*

AG Kehl – „Entsprechungsklausel“ – *Roffael/Wallau*

VGH München – „Labormeldepflicht“ – *Grube*

### ▶ Stellungnahmen und Berichte

*Roffael/Wallau*

„Und wenn's köstlich gewesen ist, so ist es Mühe und Arbeit gewesen“

*Zechmeister*

Neues von den Nikotinbeutel

## Faire Ernährungsumgebungen gestalten

### Zugleich eine Replik auf die Stellungnahme von Di Fabio zum WBAE-Gutachten „Politik für eine nachhaltigere Ernährung“<sup>1</sup>

Prof. Dr. José Martínez, Prof. Dr. Achim Spiller, Göttingen, Prof. Dr. Britta Renner, Konstanz, Dr. Lieske Voget-Kleschin, Kiel, Prof. Dr. Harald Grethe, Berlin, Prof. Ulrike Arens-Azevedo, Hamburg, Prof. Dr. Alfons Balmann, Halle, Prof. Dr. Hans Konrad Biesalski, Prof. Dr. Regina Birner, Hohenheim, Prof. Dr. Wolfgang Bokelmann, Berlin, Prof. Dr. Dr. Matthias Gauly, Bozen, Prof. Dr. Uwe Latacz-Lohmann, Kiel, Dr. Hiltrud Nieberg, Braunschweig, Prof. Dr. Monika Pischetsrieder, Erlangen, Prof. Dr. Martin Qaim, Göttingen, Dr. Julia C. Schmid, Berlin, Prof. Dr. Friedhelm Taube, Kiel, Prof. Dr. Peter Weingarten, Braunschweig<sup>2</sup>

*Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio hat im Auftrag des Lebensmittelverbands Deutschland eine Stellungnahme zum Gutachten „Politik für eine nachhaltigere Ernährung: Eine integrierte Ernährungspolitik entwickeln und faire Ernährungsumgebungen gestalten“ des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAE) verfasst. Das Gutachten des WBAE stellt auf mehr als 800 Seiten Grundzüge einer Ernährungspolitik vor, einem Politikfeld, das in Deutschland bisher wenig konzeptionell diskutiert wird. Udo Di Fabio stützt eine ganze Reihe von Empfehlungen des WBAE, kritisiert aber insbesondere den Duktus des Gutachtens. Er vernachlässigt dabei wesentliche Ergebnisse der neueren interdisziplinären Forschung zum Ernährungsverhalten und zu den sozial-ökologischen Folgen unserer Ernährung. Er wirft aber auch einige grundsätzliche rechtliche und ethische Fragestellungen hinsichtlich der politischen Governance in diesem Themenfeld auf, die im Folgenden aufgegriffen werden.*

## A. Kurzzusammenfassung des Anliegens des Gutachtens und der wesentlichen Ergebnisse

### I. Eine integrierte Ernährungspolitik ist unabdingbar

Das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAE), das Di Fabio in seiner im Auftrag des Lebensmittelverbandes Deutschland erstellten Stellungnahme kritisch diskutiert, entwickelt auf mehr als 800 Seiten eine Konzeption zum Aufbau eines eigenständigen

<sup>1</sup> Die Stellungnahme erschien als Abhandlung in ZLR 2021, 169: Di Fabio, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung.

<sup>2</sup> Die Autor\*innen dieses Beitrags sind zugleich die Autor\*innen des WBAE-Gutachtens.

gen Politikfeldes „Ernährungspolitik“. *Di Fabio* stellt in seinem Beitrag das Gutachten verzerrt und selektiv dar. Wir beginnen diesen Beitrag daher mit einer kurzen Darstellung der Rahmenbedingungen und Kernaussagen des Gutachtens (Kap. A). Das Gutachten des WBAE ist interdisziplinär erstellt worden. Eine juristische Argumentation, die die fachwissenschaftliche Basis nicht zur Kenntnis nimmt, wie dies in der Stellungnahme *Di Fabios* der Fall ist, überrascht daher. Kapitel B bekräftigt aus diesem Grund die Notwendigkeit einer evidenzbasierten Aufbereitung des Sachverhalts. In Kapitel C gehen wir auf die juristischen Argumente von *Di Fabio* detailliert ein. Kapitel D kritisiert das Verbraucherbild von *Di Fabio* auf Basis neuerer Ergebnisse der psychologischen und ökonomischen Verbrauchersforschung. In Kapitel E geht es schließlich um den Stellenwert einer nachfrageseitigen Ernährungspolitik im Verhältnis zu den vom Verfasser präferierten angebotsseitigen Instrumenten. Der Beitrag schließt mit einem Fazit (Kap. F).

Ein Kernergebnis des WBAE-Gutachtens ist: Der Einfluss von Ernährungsumgebungen wird in der öffentlichen und politischen Diskussion deutlich unterschätzt, die individuelle Handlungskontrolle dagegen wesentlich überschätzt. Die Rahmenbedingungen, unter denen sich Menschen heute in Deutschland ernähren, wirken sich zu wenig förderlich auf Gesundheit, Klima-, Umwelt- und Tierschutz sowie auf soziale Aspekte in der Wertschöpfungskette aus – ein Fazit, das auch die Zukunftskommission Landwirtschaft der Bundesregierung vor Kurzem geteilt hat.<sup>3</sup> Deutschland ist bei der Ausgestaltung von Ernährungspolitik nach Auffassung des WBAE im europäischen und z. T. auch im globalen Vergleich Nachzügler. Die starke Individualisierung der Ernährungsverantwortung wird den Wahrnehmungs- und Handlungsmöglichkeiten der Verbraucher\*innen nicht gerecht, viele verfügbare Unterstützungsinstrumente werden nicht hinreichend genutzt.

Zeitgemäße Ernährungspolitik umfasst heute weit mehr als eine gesundheitsförderliche Ernährung. Wenn zentrale Nachhaltigkeitsziele wie z. B. die Sustainable Development Goals und die Klimaschutzziele erreicht werden sollen, müssen alle Sektoren weitreichende Beiträge leisten – auch der Landwirtschafts- und Ernährungssektor. In der Literatur ist nahezu unstrittig, dass nicht nur Anpassungen in der Produktion notwendig sind, sondern sich auch Konsumgewohnheiten ändern müssen.<sup>4</sup> Der Ernährung als zentralem Lebensbereich kommt dabei eine wichtige Rolle zu: Die Art und Weise, wie wir uns ernähren, beeinflusst wesentlich unseren individuellen Gesundheitsstatus, unser Wohlbefinden und unsere Lebensqualität. Viele Lebensmittel verursachen zudem einen erheblichen sozialen, umwelt-, klima- und tierschutzbezogenen „Fußabdruck“.

3 *Zukunftskommission Landwirtschaft*, Zukunft Landwirtschaft. Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe Empfehlungen der Zukunftskommission Landwirtschaft, 2021, [https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Landwirtschaft/abschlussbericht-zukunftskommission-landwirtschaft.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Landwirtschaft/abschlussbericht-zukunftskommission-landwirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

4 *Willett/Rockström/Loken/Springmann/Lang/Vermeulen et al.*, Food in the Anthropocene: the EAT–Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems, 2019, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(18\)31788-4](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(18)31788-4).

Gleichzeitig wollen sich viele Verbraucher\*innen gesünder sowie klima- und umweltverträglicher ernähren, und sowohl Tierwohl als auch soziale Aspekte der Lebensmittelerzeugung sind vielen ein wichtiges Anliegen. Im Alltag sind Verbraucher\*innen aber häufig mit einer unzureichenden und teils widersprüchlichen Informationslage, begrenzten Wahlmöglichkeiten und einer wenig unterstützenden Ernährungsumgebung konfrontiert, was die tägliche Umsetzung erheblich erschwert.

Mit dem Fokus auf eine nachhaltigere Ernährung nimmt das Gutachten die wichtigsten vier Ziele nachhaltigerer Ernährung, Gesundheit – Soziales – Umwelt – Tierwohl, zusammen in den Blick. In Bezug auf diese Ziele beschreibt das Gutachten die folgenden Hauptprobleme:

- *Gesundheit*: Gemessen an seinem Wohlstand steht Deutschland bezüglich ernährungsbezogener Gesundheitsindikatoren (z.B. hohe Prävalenz von Personen mit Übergewicht oder Adipositas) im europäischen Vergleich nur mittelmäßig da. Armut korreliert deutlich mit ernährungs(mit)bedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen.
- *Soziales*: In Deutschland existiert eine weitreichende Arbeits- und Sozialgesetzgebung; gleichzeitig gibt es Hinweise auf Umsetzungsdefizite, vor allem im Bereich der Saison- und Leiharbeitskräfte sowie in der Schlachtindustrie und der Gastronomie. Diese Bereiche sind Niedriglohnssektoren mit einem erheblichen Anteil an prekären Arbeitsverhältnissen. In der globalen Agrarwirtschaft sind Zwangsarbeit, schwerwiegende Formen der Kinderarbeit und andere Verletzungen der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) häufig.
- *Umwelt und Klima*: In der Wertschöpfungskette für Lebensmittel (beginnend mit der Herstellung von Produktionsmitteln über die landwirtschaftliche Produktion bis hin zu Verarbeitung, Handel und Konsum) treten vermeidbare negative ökologische Effekte auf, insbesondere hinsichtlich Biodiversität, Überschüssen an reaktiven Stickstoffverbindungen und Treibhausgasemissionen. Im Vordergrund des ernährungsbezogenen Umwelt- und Klimaschutz stehen die Verlagerung des Konsums auf umwelt- und klimaverträglichere Lebensmittel, in Deutschland und anderen Industrieländern insbesondere durch eine Reduktion des Konsums tierischer Produkte, und die Verringerung von Lebensmittelabfällen.
- *Tierwohl*: In den letzten Jahren sind einige Einzelschritte in Richtung eines Umbaus der landwirtschaftlichen Tierhaltung hin zu mehr Tierschutz erfolgt. Eine umfassende, von politisch dazu legitimierten Entscheidungsträger\*innen verabschiedete Strategie, die auch die Finanzierung des notwendigen Umbaus der Nutztierhaltung umfasst und damit größere Fortschritte ermöglicht, fehlt bisher.

Zwischen den vier Zielen Gesundheit, Soziales, Umwelt und Tierwohl sind viele Synergien möglich, es existieren jedoch auch Zielkonflikte. Ein wichtiges Beispiel verdeutlicht dies: Unter Klimaschutzgesichtspunkten kommt der Produktivität der Nutztierhaltung beim Schwein oder Geflügel eine hohe Priorität zu. Ein sehr schnell-

les Wachstum und sehr hohe Leistungen gehen zwar einerseits meistens mit geringeren produktbezogenen Treibhausgasemissionen, andererseits aber häufig mit Tierwohlproblemen einher. In einem gewissen Umfang können verbesserte Haltungsumgebungen und eine Zucht auf tierwohlrelevante funktionale Merkmale Zielkonflikte abschwächen, allerdings hat der Wissenschaftliche Beirat für Agrarpolitik auch die Grenzen dieses Ansatzes aufgezeigt.<sup>5</sup> Aus Tierwohlperspektive ist für die meisten Nutztiere in der heutigen Intensivhaltung daher eine „De-Intensivierung“ notwendig. Dieser Zielkonflikt zum Klimaschutz kann durch eine deutliche Reduktion des Konsums und der Produktion tierischer Produkte entschärft werden.<sup>6</sup>

Die Mehrdimensionalität der Ziele und die Existenz von Synergien, aber auch partieller Zielkonflikte, macht nach Ansicht des WBAE eine integrierte Betrachtung unabdingbar. In der politischen Praxis liegen die Zuständigkeiten für eine gesundheitsfördernde Ernährung, soziale Mindeststandards menschenwürdiger Arbeit, Umwelt- und Klimaschutz und das Tierwohl aber bei verschiedenen Ministerien und Abteilungen und werden bisher zumeist getrennt betrachtet. Politik für eine nachhaltigere Ernährung erfordert deshalb eine wesentlich stärkere Vernetzung zwischen verschiedenen Politikfeldern (Gesundheits-, Sozial-, Umwelt- und Tierschutzpolitik, aber auch Agrarpolitik). Der konzeptionelle Rahmen einer solchen integrierten Ernährungspolitik ist in weiten Teilen noch zu entwickeln. Das Gutachten empfiehlt deshalb der Bundesregierung, das Politikfeld konzeptionell weiterzuentwickeln und finanziell besser auszustatten, insbesondere „Nachhaltigere Ernährung“ stärker zu institutionalisieren, Kapazitäten auf- und das Monitoring auszubauen und einen wissenschaftsbasierten „Learning by Doing“-Ansatz zu verfolgen.

Vergleichbare Diagnosen der Ausgangssituation finden sich in der wissenschaftlichen Literatur<sup>7</sup>, aber auch in den aktuellen Beschlüssen von Stakeholdergremien der deutschen Agrar- und Ernährungspolitik wie etwa des Kompetenznetzwerkes Nutztierhaltung<sup>8</sup> oder der Zukunftskommission Landwirtschaft<sup>9</sup>. Für *Di Fabio* dagegen ist eine umfassende Nachhaltigkeitspolitik, die seit dem wegweisenden Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesregierung *Globale Umweltveränderun-*

5 *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik*, Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, 2015, [https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/\\_Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/Gutachten\\_Nutztierhaltung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/Gutachten_Nutztierhaltung.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

6 *Grethe/Martínez/Osterburg/Taube/Thom*, Klimaschutz im Agrar- und Ernährungssystem Deutschlands, 2021, [https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/06/2021-06-01-Klimaneutralitaet\\_Landwirtschaft.pdf](https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/06/2021-06-01-Klimaneutralitaet_Landwirtschaft.pdf) (zuletzt abgerufen am 6.9.2021).

7 Z.B.: *Scientific Group of the UN Food Systems Summit*, Shift to Healthy and Sustainable Consumption Patterns – a paper on Action Track 2, 2021, [https://sc-fss2021.org/wp-content/uploads/2021/04/Action\\_Track\\_2\\_paper\\_Shift\\_to\\_Healthy\\_Consumption.pdf](https://sc-fss2021.org/wp-content/uploads/2021/04/Action_Track_2_paper_Shift_to_Healthy_Consumption.pdf) (zuletzt abgerufen am 5.9.2021);

8 *Borchert-Kommission*, Empfehlungen des Kompetenznetzwerkes Nutztierhaltung, 2020, [https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/\\_Tiere/Nutztiere/200211-empfehlung-kompetenznetzwerk-nutztierhaltung.html](https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Tiere/Nutztiere/200211-empfehlung-kompetenznetzwerk-nutztierhaltung.html) (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

9 *Zukunftskommission Landwirtschaft*, Zukunft Landwirtschaft. Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe Empfehlungen der Zukunftskommission Landwirtschaft, 2021.

gen<sup>10</sup> im Allgemeinen als Transformationspolitik bezeichnet wird, dagegen offensichtlich ein rotes Tuch, er verortet den Beirat karikierend als im „transformativ gestimmten Denken“<sup>11</sup> gefangen.

Darüber hinaus argumentiert *Di Fabio*, mit solchen wie den im Gutachten gezeichneten „Bildern des schwachen Menschen [wären] vor dem Beginn des humanistischen Zeitalters und der Aufklärung die Menschen klein und in Unmündigkeit gehalten“<sup>12</sup> worden. Statt der im Gutachten vorgeschlagenen „fairen Ernährungsumgebungen“, die „auf unsere menschlichen Wahrnehmungs- und Entscheidungsmöglichkeiten sowie Verhaltensweisen abgestimmt sind“<sup>13</sup>, sind es aus seiner Sicht vielmehr „gerade auch Erziehung, Aufklärung und besseres Wissen im Lebensalltag, die eine Sache nachhaltig verändern“<sup>14</sup>. In solchen Aussagen zeigt sich die zentrale Prämisse des Autors, nach der Nachhaltigkeitspolitik im Kern durch individuelle Konsumententscheidungen erfolgen sollte, denn „in einer stark individualisierten offenen Gesellschaft entstehen immer wieder aus der Summe individueller Einsichten neue Auffassungen und Trends, die auch einer Werbewirtschaft mit großen Etats entgegenwirken und ihnen eine neue Richtung aufzwingen können – und dazu zählt ersichtlich ein neuer Ernährungshabitus, der fast alles aufnimmt, was das Gutachten so sorgfältig an notwendigen Verhaltensänderungen zusammenträgt“<sup>15</sup>. Mit diesen Prämissen steht der Autor allerdings in der Nachhaltigkeitsforschung ziemlich einsam da. So geht fast niemand in der Energiepolitik heute noch davon aus, dass die Umstellung auf erneuerbare Energien durch den individuellen Wechsel des Stromanbieters rein marktgetrieben oder die Mobilitätswende ausschließlich durch den Einstellungs- und Konsumwandel von 41,4 Mio. Privathaushalten erfolgen würde. Die Zukunftskommission Landwirtschaft der Bundesregierung, das vom BMEL eingesetzte Kompetenznetzwerk Nutztierhaltung und eben auch der WBAE begründen deshalb intensiv, warum eine Nachhaltigkeitspolitik für den Ernährungsbereich mehr als nur Information und Aufklärung bedarf.

## II. Die Ernährungsumgebung als entscheidender, aber unterschätzter Einflussfaktor

Das Gutachten legt einen zentralen Fokus auf die Ernährungsumgebung, die das Konsum- und Essverhalten entscheidend prägt. Der Einfluss der Ernährungsumgebung auf unser Ernährungsverhalten ist sehr weitreichend und wesentlich umfassender zu verstehen, als dies heute in der Ernährungspolitik üblich ist. *Di Fabio* tut

10 *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, Welt im Wandel – Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation, 2011, <https://www.wbgu.de/de/publikationen/publikation/welt-im-wandel-gesellschaftsvertrag-fuer-eine-grosse-transformation> (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

11 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 172.

12 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 183.

13 WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 381.

14 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 174.

15 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 175.

sich mit dem Begriff „Ernährungsumgebung“ offensichtlich schwer. Er spricht von Vorschlägen des WBAE zu einer „Ambiente-Steuerung“<sup>16</sup>, was das Konzept entscheidend verkürzt. Zwar zeigen Studien beispielsweise, dass Lärm zu einem Mehrkonsum und zu Übergewicht beitragen kann.<sup>17</sup> Es geht dem WBAE aber nicht vorrangig darum, die Atmosphäre in Kantinen zu verbessern. Mit dem Begriff „Ernährungsumgebung“ bezeichnet der WBAE vielmehr umfassend das, was in der internationalen Forschung als Food Environment bezeichnet wird.<sup>18</sup> Diese Ernährungsumgebung erstreckt sich über den gesamten Verhaltensprozess, der in die vier Phasen Exposition – Zugang – Auswahl – Konsum eingeteilt werden kann.<sup>19</sup> Die konkrete Essumgebung, das Ambiente, bildet ersichtlich nur einen sehr kleinen Ausschnitt einer so verstandenen Ernährungsumgebung.

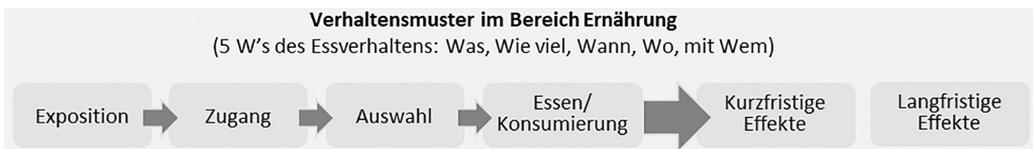


Abb. 1: Ernährungsumgebung; Quelle: WBAE 2020

Der erste Schritt im Verhaltensprozess, auf den die Ernährungsumgebung Einfluss nimmt, betrifft die Exposition gegenüber Lebensmitteln und Essensreizen (z. B. in Werbung und sozialen Medien) (vgl. Abb. 1). Diese ist bestimmend dafür, wie präsent Essen in unserem Alltag ist und was wir als 'normal' empfinden. Die Exposition kalibriert unser Wahrnehmungsfeld heute häufig in Richtung solcher Produkte, die ein ungünstiges Nährwertprofil (z. B. Fast Food, Softdrinks) und eine schlechte Klimabilanz aufweisen.

Der Zugang (vgl. Abb. 1) zu Lebensmitteln hängt von verschiedenen Faktoren ab. Dazu gehören der Preis, die Verfügbarkeit von Informationen sowie die sozialen Essens- und Verhaltensnormen. Letztere bestimmen, welche Angebote überhaupt als akzeptabel und angemessen wahrgenommen werden. Insbesondere die soziale Struktur (z. B. Essenszeiten) und die Vielfalt des Angebots (z. B. Convenience-Aspekte, Portionsgrößen) beeinflussen, wie viel, wann, wo und mit wem Verbraucher\*innen welche Lebensmittel konsumieren können (und wollen). In jüngerer Zeit werden mittels Vernetzung digitaler Technologien, mobiler Sensoren und Apps zunehmend sogenannte „digitale Ecosystems“ in und um private Haushalte sowie im Außer-Haus-Bereich entwickelt. Diese zielen vorwiegend darauf ab, die Verfügbarkeit und Convenience und damit

16 Di Fabio, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 183.

17 Elder/Mohr, The crunch effect: Food sound salience as a consumption monitoring cue, 2016, <https://doi.org/10.1016/j.foodqual.2016.02.015>.

18 Drewnowski/Monterrosa/De Pee/Frongillo/Vandevijvere, Shaping Physical, Economic, and Policy Components of the Food Environment to Create Sustainable Healthy Diets, 2020, <https://doi.org/10.1177/0379572120945904>.

19 Vgl. Kapitel 3, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

letztlich den Konsum zu erhöhen. Die Entwicklung solcher smarten „digitalen Ecosystems“ hat zur Konsequenz, dass Lebensmittel an nahezu jedem Ort und jederzeit angeboten werden und die Anforderungen an die individuelle Verhaltensregulierung („sich angesichts des allgegenwärtigen Lebensmittelangebots zu beherrschen“) weiter steigen. Gleichzeitig können „digitale Ecosystems“ aber auch einen einfachen, vernetzten und auf verlässlichen Daten beruhenden Zugang zu Informationen bezüglich nachhaltigerer Ernährungsformen und -angebote ermöglichen.

Die konkrete Auswahl (vgl. Abb. 1) von Lebensmitteln wird von sozioökonomischen Aspekten, Vorlieben und Einstellungen, Wissen, sozialen Normen und Gewohnheiten geprägt. Marketing sowie zunehmend soziale Medien sind einflussreiche Umgebungsfaktoren, die Lebensmittel mit bestimmten Werten und Merkmalen assoziieren, welche die Präferenzen von Verbraucher\*innen beeinflussen. Häufig werden Produkte mit Emotionen und sozialen Aspekten (z.B. Status, Popularität, Zugehörigkeit) verknüpft, die unabhängig vom Nährwert oder Geschmack der Produkte sind. Lebensmittel mit ungünstigen Nährwertprofilen erzielen in der Ernährungswirtschaft vielfach die höchsten Renditen und werden daher bevorzugt beworben.

Für den Konsum (vgl. Abb. 1), also dafür was, wie viel und wie schnell gegessen wird, spielen die genannten Umgebungsfaktoren ebenfalls eine zentrale Rolle. Darüber hinaus sind hier insbesondere Aspekte der konkreten Essumgebung, wie das Speisen- und Lebensmittelangebot (Qualität, Quantität, Auswahlmöglichkeiten), Merkmale der Lebensmittel und Speisen (z.B. Portionsgröße), die Umgebungsgestaltung (z.B. Lärm, Zeitdruck, Stress), Ambiente (Platz, Licht, Temperatur, Geruch, Musik) und die soziale Umgebung (Gemeinschaft, Art des sozialen Anlasses) von entscheidender Bedeutung. Die Essumgebung, insbesondere das Ambiente und gemeinsames Essen und Trinken, erfüllen zentrale emotionale und soziale Funktionen. Empirische Befunde belegen eindrücklich, dass gemeinsames Essen (Kommensalität) ganz erheblich unser psychisches Wohlbefinden, unsere sozialen Bindungen und den Zusammenhalt sowie unsere Leistungsfähigkeit fördert. Die Atmosphäre, in der gegessen wird, vermittelt implizit und mit langfristiger Wirkung soziale Normen und Wertschätzung von Ernährung.<sup>20</sup>

Die Einflüsse der Ernährungsumgebung sind Verbraucher\*innen, aber auch politischen Entscheidungsträger\*innen häufig nicht bewusst, da zumeist nur auf die Konsumphase und auf eine einzelne Essensentscheidung fokussiert wird. Deshalb wird angenommen, nachhaltiger und gesünder zu essen sei eine „einfache“ individuelle Entscheidung und somit vornehmlich eine Frage der Motivation und Selbstregulation. Verbraucher\*innen müssen allerdings täglich sehr viele Essensentscheidungen treffen, und zwar sowohl, indem sie entscheiden, was, wieviel, wann, wo und mit wem sie essen, als auch, indem sie in einer Umgebung, die die Aufmerksamkeit nahezu ständig aufs Essen lenkt, explizit „nein“ sagen und entsprechende Verhaltenssim-

20 Vgl. Kapitel 3.3.4, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

pulse unterdrücken müssen. Diese Einflüsse anzuerkennen bedeutet keinesfalls, die Verbraucher\*innen als „willensschwach“<sup>21</sup> herabzuwürdigen.

In einem Alltag, der vielfältige Anforderungen an die Verbraucher\*innen stellt, ist das Ernährungsverhalten nicht nur das Ergebnis von bewussten und reflektierten Entscheidungen, sondern oft auch das Ergebnis von vorhandenen Handlungsoptionen und gewohnheitsmäßigen (habituellen), in dem Moment nicht bewussten Einflüssen. Ernährungsumgebungen wirken dabei, wie gerade erläutert, eben nicht nur in der Phase des Konsums, sondern bereits vorher: Wie und wo Lebensmittel platziert und beworben werden, wie attraktiv diese verpackt sind oder wie groß die angebotenen Portionen sind, prägt die Wahrnehmung und Lernprozesse von Verbraucher\*innen. Die Ernährungsumgebung definiert ferner den Rahmen der Wahlmöglichkeiten und damit die Standards für das Verhalten der Verbraucher\*innen.

Die Gestaltung der Ernährungsumgebung kann sich, wie derzeit vorwiegend, an einzelwirtschaftlichen Zielen oder, wie im Gutachten des WBAE vorgeschlagen, stärker als bisher an Gesundheit, sozialen Zielen, Umwelt und Tierwohl orientieren. Der WBAE empfiehlt im vorliegenden Gutachten, Verbraucher\*innen durch die Gestaltung angemessener („fairer“) Ernährungsumgebungen bei der Realisierung einer nachhaltigeren Ernährung deutlich stärker als bisher zu unterstützen. Dazu gilt es

- erstens, solche Faktoren in den heute vorherrschenden Ernährungsumgebungen, die eine nachhaltigere Ernährung erschweren (z.B. große Portionsgrößen, hohe Werbeausgaben für wenig gesundheitsförderliche Lebensmittel), abzuschwächen sowie
- zweitens, mehr gesundheitsfördernde, sozial-, umwelt- und tierwohlverträgliche Wahlmöglichkeiten zu bieten, ein Erkennen nachhaltigerer Varianten zu erleichtern, einen einfacheren Zugang zu Informationen zu ermöglichen und Preisanreize zu setzen, die es naheliegender machen, die gesündere, sozial-, umwelt- und tierwohlverträglichere Wahl zu treffen.

Der WBAE bezeichnet Ernährungsumgebungen als fair, weil und insofern sie

- (1) auf unsere menschlichen Wahrnehmungs- und Entscheidungsmöglichkeiten sowie Verhaltensweisen abgestimmt sind und
- (2) gesundheitsfördernder, sozial-, umwelt- und tierwohlverträglicher sind und damit zur Erhaltung der Lebensgrundlagen heutiger und zukünftig lebender Menschen beitragen.

Im Umkehrschluss ist dies auch eine Kritik an einer zu starken Individualisierung der Ernährungsverantwortung. Bisher hat die Ernährungspolitik in Deutschland nach Auffassung des WBAE die Verantwortung für eine nachhaltigere Ernährung zu

21 So aber *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 182.

stark individualisiert. Der Verweis auf die für die Spezies Mensch heute angemessenen Ernährungsumgebungen impliziert also, dass eine Politik für nachhaltigere Ernährung in Deutschland deutlich mehr und eingriffstiefere Instrumente als bisher erfordert.

Wichtige, im Gutachten vorgeschlagene Maßnahmen zur Verbesserung der Ernährungsumgebung umfassen beispielsweise eine hochwertige Gemeinschaftsverpflegung, insbesondere eine für alle Kinder zugängliche, beitragsfreie, qualitätsgesicherte und gesundheitsförderlichere, sozial-, umwelt- und tierwohlverträglichere Kita- und Schulverpflegung. Die Essumgebung in Kitas und Schulen sollte angenehm und gemeinschaftsfördernd sein. Schulen und Kindergärten sollten werbefreie Räume sein. Darüber hinaus geht es um Trinkwasserspender in öffentlichen Gebäuden, geeignete Preisanreize, die externe Kosten internalisieren, und die Bereitstellung von handlungsnahen Informationen in Labeln und Apps, mehr Transparenz über und Einschränkungen von Werbung in sozialen Medien (Social Influencing) sowie angemessene Portionsgrößen.

Neuere Forschungsarbeiten zeigen, dass ein einzelnes Instrument für sich deutlich geringere Wirkungen als die aufeinander abgestimmte Kombination in einem Instrumentenmix ermöglicht. Da unsere Ernährung so stark durch die Ernährungsumgebung und Gewohnheiten verankert ist, resultiert daraus die Notwendigkeit eines stimmigen Politikmix sowie eines konzeptionellen und finanziellen Ausbaus des Politikfeldes. Im Rahmen einer übergreifenden Strategie mit langfristigen, überprüfbareren Zielen sollte der notwendige Instrumentenmix zielgerichtet und engagiert im Sinne einer reflexiven Politik erprobt, konsequent evaluiert und daraufhin evidenzbasiert angepasst werden. Dies setzt ein transparentes Monitoring voraus. Eine institutionelle Weiterentwicklung und Stärkung des Politikfeldes erfordert zudem eine stärkere Vernetzung zwischen den relevanten Ressorts (insbesondere Ernährung und Landwirtschaft, Gesundheit, Umwelt) und zwischen den verschiedenen Politikebenen (von der Kommune bis zur EU). Auf Grundlage dieser Analyse spricht der WBAE die folgenden neun zentralen Empfehlungen für eine integrierte Politik für eine nachhaltigere Ernährung in Deutschland aus.

1. Systemwechsel in der Kita- und Schulverpflegung herbeiführen – „Kinder und Jugendliche in den Fokus“. Der WBAE empfiehlt u. a. die schrittweise Einführung einer qualitativ hochwertigen und beitragsfreien Kita- und Schulverpflegung und ein Bundesinvestitionsprogramm „Top-Mensa“.
2. Konsum tierischer Produkte global verträglich gestalten – „Weniger und besser“. Der WBAE empfiehlt u. a. eine Abschaffung der Reduzierung des Mehrwertsteuersatzes für tierische Produkte und die Entwicklung und Einführung eines verpflichtenden Klimalabels für alle Lebensmittel.
3. Preisanreize nutzen – „Die Preise sollen die Wahrheit sagen“. Der Beirat empfiehlt, deutliche Preisanreize für eine nachhaltigere Ernährung zu setzen (z.B.

durch die Einführung einer Verbrauchssteuer auf zuckerhaltige Getränke) und diese durch eine Entlastung einkommensschwacher Haushalte sozial verträglich zu gestalten.

4. Eine gesundheitsfördernde Ernährung für alle ermöglichen – „Ernährungsarmut verringern“. Der Beirat empfiehlt u. a., die Kosten einer gesundheitsfördernden Ernährung in staatlichen Grundsicherungsleistungen adäquat zu berücksichtigen.
5. Verlässliche Informationen bereitstellen – „Wahlmöglichkeiten schaffen“. Der WBAE empfiehlt u. a. verpflichtende Nachhaltigkeitslabel für Gesundheit („Nutri-Score“), Treibhausgasemissionen („Klimalabel“) und Tierwohl, eine stärkere Regulierung von an Kinder gerichteter Werbung und Social Influencing sowie die Entwicklung eines „digitalen Ecosystems nachhaltigere Ernährung“ mit Anwendungen für Verbraucher und Verbraucherinnen.
6. Nachhaltigere Ernährung als das „New Normal“ – „Soziale Normen kalibrieren“. Der WBAE empfiehlt u. a., kleinere Portionsgrößen verfügbar zu machen, den Leitungswasserkonsum durch eine kostenlose Bereitstellung im öffentlichen Raum zum Standard zu machen und die Potenziale der Reformulierung<sup>22</sup> realistisch einzuschätzen und zu nutzen.
7. Angebote in öffentlichen Einrichtungen verbessern – „Großküchen nachhaltiger gestalten“. Der WBAE empfiehlt, in der Senioren-, Krankenhaus- und Reha-Verpflegung Ernährung nicht nur versorgungspraktisch zu betrachten, sondern eine hochwertige Qualität des Essens und der Ernährungsumgebung sicherzustellen (u. a. verpflichtende Umsetzung der DGE-Qualitätsstandards).
8. Landbausysteme weiterentwickeln und kennzeichnen – „Öko und mehr“. Der WBAE empfiehlt, den Ökolandbau weiter zu fördern, aber auch, weitere ökoeffiziente Landbausysteme zu entwickeln und für Verbraucher\*innen kenntlich zu machen.
9. Politikfeld „Nachhaltigere Ernährung“ aufwerten und institutionell weiterentwickeln – „Eine integrierte Ernährungspolitik etablieren“. Der WBAE empfiehlt eine umfassende konzeptionelle und institutionelle Weiterentwicklung und Stärkung des Politikfeldes, das die vier Ziele nachhaltigerer Ernährung integriert in den Blick nimmt. Dies erfordert eine stärkere Vernetzung zwischen den Ressorts (insb. Ernährung und Landwirtschaft, Gesundheit, Umwelt) und Politikebenen (von der Kommune bis zur EU) sowie den Ausbau personeller Kapazitäten mit deutlichen Budgeterhöhungen.

Die Realisierung der empfohlenen Maßnahmen erfordert erhebliche staatliche Mehrausgaben. Im Verhältnis zu den derzeitigen und zukünftig zu erwartenden hohen ge-

<sup>22</sup> Zur Reformulierung von Lebensmitteln durch Rezepturveränderungen als Maßnahme siehe z. B. die Nationale Reduktions- und Innovationsstrategie für Zucker, Fette und Salz in Fertigprodukten von Seiten des BMEL; vgl. Kapitel 9.7.3, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

sellschaftlichen und individuellen (Folge)Kosten unserer gegenwärtigen Ernährung stellen diese Mehrausgaben jedoch eine gesamtgesellschaftlich gebotene Investition dar.<sup>23</sup> So verursacht lt. OECD Fehlernährung ca. 8 % der gesamten Gesundheitskosten in Deutschland.<sup>24</sup> Viele Präventionsmaßnahmen, die auf eine ausgewogene Ernährung und einen insgesamt gesundheitsförderlichen Lebensstil abzielen, sind deshalb volkswirtschaftlich rentabel. Vergleichbares trifft auf die Prävention von Umwelt- und Klimaschäden zu. Eine zeitliche Verschiebung der erforderlichen Neuausrichtung würde sowohl die zu adressierenden Problemlagen als auch den erforderlichen Anpassungsbedarf verschärfen.

## B. Zur Notwendigkeit einer evidenzbasierten Aufbereitung des Sachverhaltes

Grundlegende Empfehlungen müssen auch grundlegend hergeleitet und überprüft werden. Die Autor\*innen des Gutachtens begrüßen es daher, dass *Di Fabio* die Überprüfung des Gutachtens auf die Ebene der Verfassung gehoben hat. Sie freuen sich im Besonderen darüber, dass *Di Fabio* die dem Gutachten zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Wertungen teilt und mit eigenen Worten erneut ausführt. Das Grundgesetz basiert auf dem Bild des Menschen als freies, selbstbestimmtes Wesen und verlangt vom Staat, diese Freiheit des Menschen und ihre Voraussetzungen zu schützen, wo sie von Dritten gefährdet werden. Diese Freiheit erstreckt sich selbstverständlich auch auf das Ernährungs- und Konsumverhalten.

*Di Fabio* übersieht in dieser verfassungsrechtlich fundierten Argumentation, dass die Feststellung, ob die positive Freiheit<sup>25</sup> und Selbstbestimmung des Menschen gefährdet ist, nicht allein juristisch hergeleitet werden kann. Die Rechtswissenschaft ist auf die Aufbereitung des Sachverhalts im Sinne von fachwissenschaftlichen, empirischen Analysen angewiesen. Sie darf und muss diese Aufbereitung auf Plausibilität prüfen. Unwissenschaftlich ist es hingegen, empirische Befunde generell mit der Bemerkung in Frage zu stellen, ein Sachverhalt ließe sich „ebenso empirisch nachweisen wie das Gegenteil“<sup>26</sup> sowie den Sachverhalt, welche gesundheitlichen, ökologischen, ökonomischen und sozialen Folgen unser Ernährungsverhalten bewirkt, allein auf der Grundlage einer eklektischen Heranziehung von Sekundärliteratur und nicht-wissenschaftlich basierten Erkenntnissen bruchstückhaft zusammenzustellen.

Das über 800 Seiten umfangreiche Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates fußt auf einer umfassenden interdisziplinären Analyse des heutigen Ernährungsverhaltens und der daraus resultierenden Folgen für Gesundheit, Soziales, Umwelt und das

23 Vgl. *Zukunftskommission Landwirtschaft*, Zukunft Landwirtschaft. Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe Empfehlungen der Zukunftskommission Landwirtschaft, 2021.

24 *Organization for Economic Cooperation and Development*, The heavy burden of obesity. The economics of prevention, 2019, <https://doi.org/10.1787/67450d67-en>.

25 Siehe hierzu Kapitel C.

26 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 182.

Tierwohl. Die neuere Forschung hat herausgearbeitet, wie groß der Einfluss der Ernährungsumgebung auf die Wahrnehmung und das Verhalten der Menschen ist<sup>27</sup> und wie wichtig es daher ist, nachhaltigere Wahlmöglichkeiten überhaupt erst zu erschließen, z.B. durch eine qualitativ hochwertige und möglichst beitragsfreie Kita- und Schulverpflegung oder durch die breite Verfügbarkeit von Informationen und von nachhaltigeren Produktvarianten, wie beispielsweise kostenlosem Trinkwasser im öffentlichen Raum. Auch der bessere Schutz von Kindern vor Werbung und vor Social Media-Marketing für wenig gesundheitsförderliche Lebensmittel ermöglicht für diese leicht beeinflussbare und damit verwundbare Gruppe de facto erst eine Wahlfreiheit. Die im Gutachten geforderten „fairen Ernährungsumgebungen“ zielen auf die Ermöglichung sowie den Schutz von Wahlmöglichkeiten und damit ein Mehr an Freiheit. Wir widersprechen damit der Auffassung von *Di Fabio*, dass das Leitbild selbstbestimmter Verbraucher\*innen Schutzbedürftigkeit sowie die Gestaltung von individuell freiheitserweiternden Ernährungsumgebungen ausschließt.

Übergreifend zeigt das Gutachten die Folgen unserer Ernährung für Gesundheit, Umwelt, Tierwohl und soziale Bedingungen<sup>28</sup> und leitet daraus Empfehlungen für eine integrierte Ernährungspolitik ab.<sup>29</sup> Die damit verbundenen Herausforderungen sind komplex, aus der Sicht von *Di Fabio* gar unübersehbar komplex.<sup>30</sup> Er begegnet diesen Herausforderungen dann jedoch u. a. mit dem Verweis auf seine persönlichen, zufälligen Erfahrungen beim Einkauf auf dem Wochenmarkt, einem Absatzkanal, der für lediglich ein Prozent des deutschen Lebensmittelabsatzes steht. Aus einem solchen verengten „bildungsbürgerlichen“ Blickwinkel setzt er im Wesentlichen auf Verbraucherinformation. Auch das WBAE-Gutachten empfiehlt solche Informationen, zum Beispiel in Form klarer und verbindlicher Label, als einen Baustein integrierter Ernährungspolitik – es reduziert Ernährungspolitik jedoch nicht darauf.

Die Hauptkritik *Di Fabios*, das Gutachten atme „den Geist eines Paternalismus des überlegenen Wissens“<sup>31</sup>, verkennt die in ihrer Gesamtheit zu betrachtenden, im Gutachten empfohlenen Maßnahmen und verkennt zudem, dass „faire Ernährungsumgebungen“ auf unsere menschlichen Wahrnehmungs- und Entscheidungsmöglichkeiten sowie Verhaltensweisen abgestimmt sind. Die Debatte um die Zukunft unserer Ernährung sollte evidenzbasiert, d. h. auf der Grundlage des aktuellen interdisziplinären Forschungsstandes geführt werden. Auf diese Ebene lässt sich die im Auftrag des Verbands der Lebensmittelwirtschaft verfasste Stellungnahme aber gar nicht ein. Im Folgenden argumentieren wir daher zunächst mit Bezug auf die von *Di Fabio* aufgeworfene verfassungsrechtliche Ebene, um anschließend die ökonomischen und psychologischen Forschungsergebnisse zu skizzieren, die darlegen, warum eine Nachhaltigkeitstransformation des Ernährungssektors eben nicht autonom, also aus-

27 Vgl. Kapitel 3 und 6, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

28 Vgl. Kapitel 4 und 5, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

29 Vgl. Kapitel 8 und 9, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

30 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 186.

31 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 177.

schließlich als Ergebnis individueller Konsumententscheidungen, erfolgen kann bzw. wird.

## C. Rechtliche Legitimation

Der Titel von *Di Fabios* Stellungnahme zum WBAE-Gutachten lautet „Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung“. Damit verdeutlicht der Autor von Beginn an seinen ausschließlich verfassungsrechtlichen Ansatz zur „kritischen Analyse der Leitgedanken des Gutachtens“<sup>32</sup>. In der Tat wirft die Frage, ob der Staat überhaupt tätig werden darf bzw. soll und wie die staatliche Ernährungspolitik zu gestalten ist, verfassungsrechtliche Grundfragen auf.<sup>33</sup> Diese sind im Gutachten des WBAE umfassend behandelt worden: sowohl aus der staatsorganisationsrechtlichen und europarechtlichen Perspektive der Zuständigkeiten der EU, des Bundes und der Länder für eine Ernährungspolitik, als auch aus der Perspektive möglicher betroffener Grundrechte der Unternehmen und/oder der Verbraucher\*innen.<sup>34</sup>

*Di Fabio* wählt als Maßstab der verfassungsrechtlichen Beurteilung der vom WBAE vorgeschlagenen ernährungspolitischen Maßnahmen allein die grundrechtlichen Schranken des Grundgesetzes.<sup>35</sup> Eine solche Verkürzung des Maßstabs der verfassungsrechtlichen Beurteilung ist trotz Ankündigung einer gesamtverfassungsrechtlichen Analyse im Titel zulässig, soweit sich dies mit dem besonderen Gewicht dieses verfassungsrechtlichen Bereichs rechtfertigen lässt. Diese Rechtfertigung gelingt *Di Fabio* jedoch nicht. Weder kann er in den weitaus meisten Fällen belegen, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen Grundrechte überhaupt berühren, geschweige denn diese Grundrechte verletzen, noch sind die wenigen vorgeschlagenen Empfehlungen zu Eingriffen in den grundrechtlichen Schutzbereich qualitativ als erheblich zu bewerten. Zudem beschränkt sich *Di Fabio* darauf, vermeintliche Verkürzungen der grundrechtlich geschützten Freiheitssphäre allein des Verbrauchers und der Verbraucherin zu beklagen. Die Grundrechtssphäre der Lebensmittelunternehmen wird nicht erörtert, wohl wissend, dass hier die Empfehlungen des WBAE aufgrund des Überwiegens des Allgemeinwohls weder juristisch noch politisch angreifbar sind.

Schauen wir uns die grundrechtlichen Vorwürfe gegen die Empfehlungen des WBAE genauer an: Die Grundrechte begrenzen als verfassungsrechtlicher Maßstab staatliches Handeln nur in den Fällen, in denen staatliche Maßnahmen in die Grundrechte eingreifen. Staatliche Eingriffe sind als Verkürzungen von Grundrechtssubstanz zu verstehen, die nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung verlangen.<sup>36</sup> Damit scheiden bereits bei dieser ersten Prüfungsebene all die vorgeschlagenen Maßnah-

32 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169.

33 *Streinz*, ZLR 2012, 144, 155; *Möstl*, WRP 2014, 906; *Hufen*, JuS 2020, 193.

34 WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 357, 403, 447, 450, 458, 534–537.

35 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 177.

36 *Maunz/Dürig/Herdegen*, 94. EL Januar 2021, GG Art. 1 Abs. 3 Rn. 40.

men staatlicher Ernährungspolitik aus einer verfassungsrechtlichen Beurteilung aus, die nicht als Eingriffe gewertet werden können. Fast sämtliche der vorgeschlagenen Empfehlungen im WBAE-Gutachten sind grundrechtsneutral und können daher nicht am Maßstab der Grundrechte gemessen werden: Seien es verwaltungsinterne Weisungen zum Essensangebot in den Schul- oder Behördenkantinen, allgemeine Informationen der Regierung/Verwaltung zur gesundheitsförderlichen Ernährung, die Finanzierung des Umbaus von Schulmensen, staatliche Empfehlungen an Gaststätten und die Ernährungswirtschaft zu Portionsgrößen oder zum zusätzlichen preiswerten (!) Angebot zuckerreduzierter oder -freier Getränke. Leider arbeitet *Di Fabio* dies in seiner Stellungnahme nicht heraus; vielmehr behauptet er allein das Vorliegen von Grundrechtsverletzungen und insinuiert gar einen Gesamtplan zur Begrenzung der Freiheitssphäre des Verbrauchers und der Verbraucherin.<sup>37</sup> Das Grundgesetz kennt aber keine grundrechtlich geschützte Freiheit des Verbrauchers und der Verbraucherin, vor dem zusätzlichen Angebot (nicht Pflicht!) gesundheitsförderlicher Lebensmittel geschützt zu werden, ebenso wie es keinen Schutz vor einem missliebigen Informationsangebot (nicht -pflicht) gibt. *Di Fabio* unterlässt schließlich den methodisch gebotenen Hinweis, dass die Entscheidung, ob der demokratisch legitimierte Staat grundrechtsneutrale Maßnahmen ergreift, ausschließlich das Ergebnis politischer, nicht rechtlicher Erwägungen ist. Sie mögen – wie bei *Di Fabio* offensichtlich – politisch ungewollt sein, sie sind aber deswegen nicht verfassungswidrig.

Damit können Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Prüfung, so wie sie *Di Fabio* ankündigt, nur diejenigen vorgeschlagenen Gebote bzw. Verbote sein, in denen der Staat gezielt die Grundrechtssubstanz verkürzt. Hier sind zwei Perspektiven zu unterscheiden, die, wie bereits dargelegt, in *Di Fabios* Stellungnahme nicht vorkommen: zum einen die Beeinträchtigungen/Eingriffe in die Grundrechte der Verbraucherin und des Verbrauchers und zum anderen Beeinträchtigungen/Eingriffe in die Grundrechte der Unternehmen der Ernährungswirtschaft. Die Stellungnahme von *Di Fabio* beschränkt sich ausschließlich auf die Grundrechte der Verbraucherin und des Verbrauchers. Das Grundgesetz schützt nicht explizit die Verbraucherin und den Verbraucher. Daher kann die grundrechtliche Freiheitssphäre nur über einen Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG oder auf die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG abgesteckt werden. *Di Fabio* hält sich gar nicht erst mit der Handlungsfreiheit auf, die bereits als Maßstab ausgereicht hätte, um das Spannungsverhältnis zwischen einem öffentlichen Anliegen, dem Gesundheitsschutz, und der persönlichen Freiheit des Einzelnen anhand der Schrankenregelung zu erörtern.<sup>38</sup> Er greift gleich mit dem Hinweis auf das Menschenbild auf die Menschenwürde<sup>39</sup> zurück, die als schrankenloses Grundrecht einen Absolutheitsanspruch mit sich bringt, der sein Anliegen, eine strikte Ablehnung jeglicher staatlicher Einflussnahme, in seiner Unabwägbarkeit zum Ausdruck bringt. Dadurch gerät

37 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169.

38 Siehe hierzu: WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 360.

39 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung ZLR 2021, 169, 178f.

aber das Bild des verfassungsrechtlichen Rahmens des Verbraucherschutzes und des grundgesetzlichen Verbraucherbilds in eine Schiefelage, da *Di Fabio* unzutreffend insinuiert, durch eine eingreifende staatliche Ernährungspolitik werde der unberührbare Kern unserer Verfassungsordnung verletzt und sie könne deshalb verfassungsrechtlich unter keinen Umständen gerechtfertigt werden. Seine Gleichstellung einer fast ausschließlich auf Anreizinstrumente beruhenden staatlichen Ernährungspolitik mit staatlichen Verbrechen, die den Verfassungsgeber veranlassten, im Jahre 1949 die Menschenwürde als herausragende und absolute Grenze staatlichen Handelns festzuschreiben und sie mit der Ewigkeitsklausel noch jeglicher Disposition zu entziehen, verlangt eine vertiefte Begründung, die er den Leser\*innen vorenthält.

Methodisch verknüpft *Di Fabio* die Menschenwürde und die Ernährungspolitik über das Verbraucherleitbild, das er am verfassungsrechtlichen Menschenbild ausrichtet, das in der Menschenwürdebestimmung seine verfassungsrechtliche Verortung findet.<sup>40</sup> Zweifelsfrei darf das Verbraucherleitbild dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht widersprechen, wonach der Mensch ein zur Selbstbestimmtheit und zur Entfaltung der eigenen Persönlichkeit fähiges und freies Wesen ist.<sup>41</sup> Leider vermisst man aber in den Ausführungen von *Di Fabio* die vielschichtigen Perspektiven der Freiheit und Selbstbestimmung, die dem Menschenbild des Grundgesetzes zugrunde liegen.<sup>42</sup>

Das Menschenbild des Grundgesetzes ist zunächst normativ zu verstehen.<sup>43</sup> Trotz fachwissenschaftlicher Erkenntnisse über unbewusste Lernprozesse und Steuerung menschlicher Entschlussfreiheit geht das Recht von der Existenz dieser Selbstbestimmung und damit der „rechtlichen Freiheit“ des Menschen aus.<sup>44</sup> Diese Freiheit ist sowohl negativ als Freiheit vor staatlicher Einflussnahme zu verstehen als auch als positive Freiheit.<sup>45</sup>

Der WBAE schlägt als Maßnahme, die die negative Freiheit des Verbrauchers und der Verbraucherin begrenzt, allein eine erhöhte steuerliche Belastung für den Konsum bestimmter Lebensmittel vor.<sup>46</sup> Die Nutzung der Steuerbelastung als Lenkungsinstrument hat eine lange Tradition und ist mehrfach verfassungsgerichtlich geprüft worden. Lenkungssteuern müssen aufgrund ihrer Abweichung vom Leistungsfähigkeitsprinzip durch einen verhältnismäßigen, sachlichen Grund gleichheits- und freiheitsgrundrechtlich besonders gerechtfertigt werden. Dabei muss der

40 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 179.

41 *Sachs/Höfling*, 9. Aufl. 2021, GG Art. 1 Rn. 38.

42 Kritisch daher zum Argument „Menschenbild“ aufgrund seiner Ideologieanfälligkeit: *Dreier/Dreier*, 3. Aufl. 2013, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 168 mwN; *Huber* spricht gar von einer „interpretatorischen Allzweckwaffe“, *Huber*, Jura 1998, 505.

43 *Funke/Schmolke*, Die Frage nach den Menschenbildern im Recht – neu gestellt, in: *Funke/Schmolke*, Menschenbilder im Recht, Tübingen 2019, 1 (2).

44 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 109 ff.

45 Siehe hierzu unten bei Fn. 51.

46 *WBAE*, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 433.

Lenkungszweck von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen sein.<sup>47</sup>

Im Gutachten werden die Gesundheit der Bevölkerung sowie der Umwelt-, Klima- und Tierschutz als sachliche Gründe benannt und umfassend fachwissenschaftlich begründet.<sup>48</sup> Zum Schutz der Gesundheit gehört zwingend bereits die Gesundheitsvorsorge. *Di Fabio* ist zwar zuzustimmen, wenn er verlangt, dass der Vorsorgegedanke nur trägt, wenn der künftige Schaden ausreichend konkretisiert werden kann.<sup>49</sup> Genau diese Konkretisierung der gesundheitlichen Gefahren durch eine wenig gesundheitsförderliche Ernährung oder ein solches Ernährungsverhalten leistet das Gutachten des WBAE und begründet dabei intensiv, warum Kausalitätszuordnungen in diesem Feld methodisch besonders aufwändig und Multi-Kausalitäten die Regel sind – und warum deshalb das Ernährungsmonitoring verbessert werden muss. *Di Fabio* übergeht dies in seiner Stellungnahme ebenso wie die Umwelt- und Klimafolgen. Im Lichte dieser sachlichen Gründe erweist sich der Eingriff in die negative Freiheit durch eine Lenkungssteuer, die den bisher ermäßigten Steuersatz bei bestimmten Lebensmitteln wie Fleisch und Zucker auf den Regelsteuersatz erhöht und zugleich Auffanginstrumente zur sozialen Absicherung für einkommensschwache Haushalte vorsieht, als verhältnismäßig.<sup>50</sup> Nicht nachvollziehbar ist erst recht die insinuierte Argumentationslinie von *Di Fabio*, die steuerliche Belastung von Fleisch- und Zuckerprodukten mit dem Regelsteuersatz degradiere den Menschen durch eine unerträgliche Beeinträchtigung seiner negativen Freiheit zum Objekt staatlicher Willkür und sei daher mit dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht vereinbar.

Gänzlich unberücksichtigt bleibt in der Stellungnahme von *Di Fabio* die Dimension der positiven Freiheit. Sie beschreibt einen Zustand der Freiheit, in dem die Möglichkeit der passiven Freiheit auch tatsächlich genutzt werden kann oder in dem die Möglichkeit tatsächlich genutzt wird.<sup>51</sup> Der Staat hat in diesem Sinne dafür Sorge zu tragen, dass die Bürger\*innen über einen Freiheitsraum verfügen. Hier sind zwei Aspekte von zentraler Bedeutung, die *Di Fabio* in seiner Stellungnahme wiederum den Leser\*innen vorenthält. Während die Freiheit als negative Freiheit, wie eingangs erwähnt, rein normativ definiert wird, bedarf es für die Bestimmung des Grades der positiven Freiheit zwingend außerrechtlicher Faktoren. Der Mensch ist nur dann positiv frei, wenn nicht nur das Recht, sondern auch die ihn prägenden sozialen, wirtschaftlichen, edukativen oder psychologischen Faktoren (u. a.) ihm den Freiraum ermöglichen, diese Freiheit zu leben.

47 BVerfGE 93, 121 (147) = NJW 1995, 2615, 2619 f.; BVerfGE 99, 280, 296 = NJW 1999, 1457, 1459; BVerfGE 105, 73, 112 f. = NJW 2002, 1103, 1105; BVerfGE 110, 274, 293 = NVwZ 2004, 846, 847; BVerfGE 117, 1, 32 f. = NJW 2007, 573, 575; BVerfGE 122, 210, 232 = NJW 2009, 48, 50.

48 WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 65–219.

49 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 180.

50 WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 360 f.

51 Grundlegend hierzu *Berlin*, Two Concepts of Liberty, 1958.

Zum einen kann daher die positive Freiheit nicht ausschließlich normativ bestimmt werden, sondern muss zwingend die Fachwissenschaften berücksichtigen, die sich mit den determinierenden psychosozialen Faktoren für den Entschlusswillen des Menschen beschäftigen. Diese Berücksichtigung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse bei der Bestimmung der positiven Freiheit ist entgegen der Behauptung von *Di Fabio* kein Instrument grundrechtsferner Systeme<sup>52</sup>, sondern Ausdruck des vom Grundgesetz gewährleisteten sozialen Rechtsstaats, der die positive Freiheit niemals kontrafaktisch definieren darf.<sup>53</sup> Gleichzeitig widerlegt diese Einsicht in die Notwendigkeit einer evidenzbasierten Bestimmung des Konzepts positiver Freiheit auch *Di Fabios* Vorwurf, das Gutachten enthalte einen naturalistischen Fehlschluss, insofern es das „Normative Leitbild“ des Verbrauchers von empirischer Verhaltensforschung abhängig mache.<sup>54</sup>

Zum anderen ist der Staat nicht auf die Regelung von Fällen der Schutzpflichten oder Teilhaberechte beschränkt. Denn positive Freiheit erhöht sich bereits durch ein Mehr an Entscheidungsalternativen. Übertragen auf den Verbraucher und die Verbraucherin heißt dies: Wenn der Staat durch seine ernährungspolitischen Ordnungsmaßnahmen die Entscheidungsalternativen erhöht, indem staatlich verpflichtend angeordnet wird, dass zusätzlich auch halbe Portionen angeboten werden, ist das nicht ein weniger an Freiheit und damit eine Beeinträchtigung des Menschenbildes. Wenn der Staat eine faire Ernährungsumgebung gestaltet, in der die Bürger\*innen ausreichend über die Inhaltsstoffe, Produktionsbedingungen, Gesundheitsbeeinträchtigungen und Umweltfolgen informiert sind, realisiert sich damit erst das Menschenbild des Grundgesetzes.

Zugleich entspricht die Vorstellung des WBAE vollumfänglich dem Verbraucherleitbild, das insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt ist. Wie *Möstl* zutreffend herausarbeitet, sollte „das Leitbild des verständigen Verbrauchers (...) nur mit Vorsicht als Schutzschild gegen Paternalismus in Stellung gebracht werden“<sup>55</sup>. Das europäisch geprägte Verbraucherleitbild fordert zwar einen kritischen und verständigen Verbraucher, der sich selbstverantwortlich gegen Irreführung durch Werbung wehrt. Insoweit erweitert dieses Leitbild die werblichen Möglichkeiten der Wirtschaft. Dieses Verbraucherleitbild fordert aber gleichzeitig von der Wirtschaft einen informierten und zuversichtlichen Verbraucher („confident consumer“). Diese Informations- und Offenlegungspflichten der Wirtschaft bestehen insbesondere, „wenn der Verbraucher die für seine fundierte Wahl nötigen Informationen nicht von sich aus hat, sondern gemäß dem Informationsmodell im Wege der Statuierung von Informationspflichten erst in den Stand gesetzt werden muss, diese Informationen zu erhalten, um so eine mündige Entscheidung zu treffen“.<sup>56</sup> Beide Per-

52 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 180.

53 So aber *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 180.

54 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 82.

55 *Möstl*, WRP 2014, 906, 908.

56 *Möstl*, WRP 2014, 906, 908.

spektiven stehen in engem Zusammenhang mit einem bestimmten Verständnis der Position und Funktion des Verbrauchers und der Verbraucherin im Binnenmarkt. Weil der Binnenmarkt auch dem Verbraucher und der Verbraucherin dienen soll, muss innerhalb des Binnenmarktes Wahlfreiheit (Nachfragefreiheit) zugunsten der Verbraucher\*innen gewährleistet sein. Dadurch kann sich seine Eigenschaft als Marktbürger\*innen entfalten, was auf der Nachfrageseite zur Dynamik des Binnenmarktes beiträgt.<sup>57</sup> Das Verbraucherleitbild auf die wirtschaftsfreundliche Perspektive zu begrenzen, wie in der Stellungnahme von *Di Fabio* geschehen, spiegelt daher nur eine unvollständige, wenn nicht gar falsche Konzeption des Verbraucherleitbilds wider.

Schließlich realisiert sich auch in der Dimension der positiven Freiheit der Vorsorgeaspekt in besonderem Maße, was ebenso in der Stellungnahme keine Erwähnung findet. So hat das BVerfG in seiner Klimaschutzgesetz-Entscheidung<sup>58</sup> zu Recht die intertemporale Wirkung der Grundrechte insbesondere auf die dem Prinzip der Ressourcenvorsorge zugrundeliegende Freiraumthese gestützt. Danach erfüllt die Ressourcenvorsorge zugleich den Zweck, Umweltressourcen im Interesse ihrer zukünftigen Nutzung zu schonen. Hierdurch sollen „Freiräume“ in Gestalt „künftiger Lebensräume“ für Mensch und Natur sowie in Form von Belastungs- bzw. Belastbarkeitsreserven erhalten werden. Vergleichbar muss der Gesetzgeber auch bei der Gesundheitsvorsorge die intertemporale Wirkung des Grundrechts auf Gesundheit im Blick haben. Weil Gesundheitsschäden aufgrund problematischer Ernährungsmuster regelmäßig erst verzögert auftreten und dann aber oftmals irreversibel sind, muss der Staat seiner Schutzpflicht bereits heute durch verhältnismäßige Maßnahmen nachkommen.

Nur am Rande behandelt *Di Fabio* die Personengruppen, die aufgrund ihrer besonderen Gefährdung im besonderen Fokus des Gutachtens des WBAE stehen: Kinder und Jugendliche.<sup>59</sup> Bei diesen Personengruppen formuliert das Grundgesetz selbst einen besonderen Schutzauftrag an die Erziehungsberechtigten, aber auch an den Staat. Im Hinblick auf die Gruppe der Kinder und der Jugendlichen erkennt selbst *Di Fabio* die erzieherische Rolle des Staates an.<sup>60</sup> Gerade im Lichte des vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber beschlossenen Anspruchs auf Ganztagsbetreuung<sup>61</sup> kommt der Verantwortung des Staates für eine gesundheitsförderliche Ernährung eine immer größere Bedeutung zu. Hier muss der Staat aufgrund seiner eigenen Verantwortung handeln. Diese sich aktuell entwickelnde Verantwortung des Staates steht in einer Wechselwirkung mit Änderungen gesellschaftlicher Wertungen in Westdeutschland, die sich insofern ostdeutschen Wertungen annähern. Diese Fest-

57 Vgl. etwa *Heiss*, ZEuP 1996, 625, 626 ff., 637 ff.; *Reich*, ZEuP 1994, 381, 387.

58 *BVerfG*, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 –, Rn. 1–270, [http://www.bverfg.de/e/rs20210324\\_1bvr265618.html](http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html).

59 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 171.

60 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 184f.

61 Gesetz zur ganztägigen Förderung von Kindern im Grundschulalter (Ganztagsförderungsgesetz – GaFöG), BR-Drs. 503/21.

stellung als positive Hervorhebung des DDR-Systems zu beklagen und wieder einmal eine ideologische Vorbelastung des Gutachtens zu unterstellen<sup>62</sup>, verkennt die sozialen, politischen und rechtlichen Entwicklungen in Deutschland. Die Nachrangigkeit des staatlichen gegenüber dem elterlichen Erziehungsauftrag wird im Gutachten nicht infrage gestellt. Die Verantwortung des Staates wird aber aktiviert, wenn Ernährungsdefizite bei Kindern und Jugendlichen feststellbar sind, die zu erheblichen Gesundheitsbeeinträchtigungen führen. Der Feststellung, ob derartige Beeinträchtigungen bei Kindern und Jugendlichen gegeben sind und wie sie unter Berücksichtigung eines nachrangigen Erziehungsauftrags durch eine staatliche Ernährungspolitik behoben werden können, ist ein wesentlicher Schwerpunkt des Gutachtens und der Empfehlungen des WBAE. Auf dieses zentrale Tätigkeitsfeld einer künftigen staatlichen Ernährungspolitik geht *Di Fabio* nicht ein. Vor diesen Defiziten kann der Staat allerdings sowohl aufgrund seiner Schutzpflicht als auch aufgrund seiner Erziehungsverantwortung nicht die Augen verschließen.

## D. Legitimation aus Sicht der Verbraucherforschung

### I. Verbraucherforschung und Verbraucherbild

*Di Fabio* wirft dem WBAE vor, die Verbraucherinnen und Verbraucher „unter Berufung auf selektiv herangezogene Ergebnisse der Verhaltensforschung grundsätzlich für verletzlich, schwach und nicht einsichtsfähig“ zu typisieren.<sup>63</sup> Dies entspricht weder unseren detaillierten Ausführungen zum Verbraucherleitbild, die sich auf das differenzierte, situative Modell des vormaligen Wissenschaftlichen Beirates für Verbraucher- und Ernährungspolitik beziehen<sup>64</sup>, noch dem Duktus unseres Gutachtens. Verbraucher\*innen sind je nach Interessen, Fähigkeiten oder Situation mal vulnerabel, mal vertrauend, mal engagiert-verantwortungsvoll. Es ist kontrafaktisch, durchgängig vom Idealbild des „homo oeconomicus“ oder „homo moralis“ auszugehen. In ähnlicher Richtung zeichnet der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen das „eher realistische Bild eines überlasteten, zeitknappen, nicht omni-kompetenten, nicht immer interessierten und disziplinierten Verbrauchers. Zudem vereinen sich im Verbraucherverhalten die Erfahrungen und Erfordernisse vieler sozialer Rollen. Verbraucher müssen mit einem vielfältigen Rollenmix zurechtkommen: als Bürgerinnen und Bürger, Beschäftigte, Selbstständige und als Koordinations-, Reparatur-, Versorgungs- und Einkaufsarbeit leistende Haushalts- und Familienmitglieder.“<sup>65</sup> In

62 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 174.

63 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 194.

64 *Wissenschaftlicher Beirat für Verbraucher und Ernährungspolitik*, 2010, Der vertrauende, der verletzliche oder der verantwortungsvolle Verbraucher? Plädoyer für eine differenzierte Strategie in der Verbraucherpolitik, 2010, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Strategie\\_verbraucherpolitik\\_Wiss\\_BeiratBMELV\\_2010.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Strategie_verbraucherpolitik_Wiss_BeiratBMELV_2010.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

65 *Oehler/Reisch*, Verbraucherleitbild: Differenzieren, nicht diskriminieren!, 2016, [https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP01\\_Verbraucherleitbild.pdf](https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP01_Verbraucherleitbild.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

den Verbraucherwissenschaften dominiert dieses differenzierte Verbraucherbild inzwischen deutlich. Das Güterangebot, mit dem sich die Menschen heute auseinandersetzen müssen, ist in den letzten Jahrzehnten erheblich umfangreicher geworden. Umfasste ein Discountsortiment bei Lebensmitteln vor 20 Jahren noch einige hundert Artikel, so sind es heute bei den Discountern 2.000 Produkte und mehr. Ein größerer Supermarkt bietet schon 20.000 Artikel an. Verbraucher\*innen müssten sich also, um informiert entscheiden zu können, nicht nur mit den Nachhaltigkeitseigenschaften des Kartoffel-, sondern beispielsweise auch mit denen des Avocado-Anbaus in verschiedenen Weltregionen auskennen. Reichte früher die Beschäftigung mit Preis, Geschmack und Lebensmittelsicherheit für eine informierte Entscheidung aus, so wollen heute viele Verbraucher\*innen gesundheitsförderlich, sozial-, umwelt- und tierwohlverträglich konsumieren – das Spektrum der zu berücksichtigenden Dimensionen ist damit wesentlich breiter. Das WBAE-Gutachten setzt sich intensiv mit verschiedenen Handlungsregeln zur Bewertung der Nachhaltigkeit auseinander.<sup>66</sup> Kernaussage ist, dass viele einfache Daumenregeln, die in der Öffentlichkeit kommuniziert werden (etwa „regional ist erste Wahl“), nicht hinreichend richtungsstabil sind. Der Forderung nach einer fairen Ernährungsumgebung liegt daher nicht die Einschätzung zugrunde, Verbraucher\*innen seien nicht oder nur bedingt einsichtsfähig, sondern sie gründet sich in der adäquaten Berücksichtigung der gesteigerten Komplexität der Märkte und Einkaufsmotive.

In der neueren psychologischen und ökonomischen Forschung wird auf Basis empirisch-experimenteller Arbeiten der Stellenwert von Entscheidungsverzerrungen betont.<sup>67</sup> Im Fokus steht hier der systematische Bias, die Abweichungen vom Normbild des „homo oeconomicus“. Als für das Thema besonders relevantes Beispiel sei hier der Optimistic-Bias herausgegriffen, d. h. die empirisch robust nachgewiesene Überzeugung, selber besser handeln oder entscheiden zu können als der Durchschnitt der Bevölkerung. Beim Essen führt dies beispielsweise dazu, dass die meisten Menschen ihre eigene Lebensmittelwahl und Ernährung für überdurchschnittlich gesund halten.<sup>68</sup>

Die Rechtsprechung, insbesondere die des EuGH und später auch des BGH, legt wie oben dargestellt das Bild des „normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“<sup>69</sup> zugrunde. Im Grundsatz ist dies unstrittig, im Detail finden sich aber im Laufe der Jahre Verschiebungen. In jüngeren Entscheidungen wie z. B. im Teekanne-Urteil des EuGH wird der Fokus auf den

66 Vgl. Kapitel 5, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

67 Für einen Überblick: *Kahneman*, Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics, 2003, <https://www.jstor.org/stable/pdf/3132137.pdf>; *Thaler*, Behavioral Economics: Past, Present, and Future, 2016, <http://dx.doi.org/10.1257/aer.106.7.1577>.

68 *Sproesser/Kohlbrenner/Schupp/Renner*, I eat healthier than you: differences in healthy and unhealthy food choices for oneself and for others, 2015, <https://doi.org/10.3390/nu7064638>; *Variyam/Shim/Blaylock*, Consumer misperceptions of diet quality, 2001, [https://doi.org/10.1016/S1499-4046\(06\)60353-9](https://doi.org/10.1016/S1499-4046(06)60353-9).

69 EuGH Urt. v. 16.7.1998 – C-210/96, Slg. 1998, I-4657 Rdnr.31- „Gut Springenheide und Tusky“; BGHZ 156, 250, 252 f.; BGH WRP 2005, 480, 483; WRP 2004, 339, 341; NJW 2001, 3262, 3263 jew. mwN.

Durchschnittsverbraucher zwar beibehalten, dieser aber realistischer modelliert. So hat der EuGH konstatiert, dass es nicht zulässig ist, auf der Verpackung eines Tees mit Himbeergeschmack Himbeeren abzubilden und so zu suggerieren, der Tee enthalte Himbeeren, wenn dies nicht der Fall ist, auch wenn dies korrekt auf der Rückseite im Zutatenverzeichnis erkennbar ist.<sup>70</sup> Es ist eben nicht realistisch, dass Menschen im Einkaufsalltag blickfangmäßige Angaben stets überprüfen. Auch hier ist es die Ernährungsumgebung in Form von Lebensmittelkennzeichnungsregeln zum Front-of-Pack-Labeling, die über unsere Chancen als Verbraucher\*in entscheidet, adäquate Entscheidungen treffen zu können. Der WBAE empfiehlt deshalb eine überschaubare Anzahl staatlicher, mehrstufiger und farblich codierter sowie möglichst obligatorischer Label, die für die Verbraucher\*innen auf den ersten Blick interpretierbar sind.

Ernährungspolitik als Instrument zur Verwirklichung der positiven Freiheit des Menschen spielt sich letztlich im Spannungsfeld von empirischen Erkenntnissen und normativen Vorstellungen zum Verbraucherverhalten ab.<sup>71</sup> Problematisch wird es allerdings, wenn das Verbraucherbild evidenzblind wird und die neueren Erkenntnisse der psychologischen, soziologischen und ökonomischen Forschung nicht mehr zur Kenntnis nimmt. Vor dem Hintergrund eines einseitigen Verbraucherbildes überrascht es dann wenig, dass *Di Fabio* sich selektiv auf das Instrument des verdeckten Nudging fokussiert – obwohl dieses gar nicht im Vordergrund des WBAE-Gutachtens steht.

## II. Die Scheindebatte um das verdeckte Nudging

In Teilen seines Beitrags arbeitet sich *Di Fabio* an einem Thema ab, das mit dem WBAE-Gutachten nichts zu tun hat. Er kritisiert vehement das sog. verdeckte Nudging, die aus seiner Sicht vielleicht wohlgemeinte, aber problematische „staatlich-erzieherische Verhaltenslenkung“ „hinter dem Rücken der Konsumenten“.<sup>72</sup> In der aktuellen Forschung wird heute allerdings überwiegend für ein offenes Nudging plädiert, bei dem die Adressaten auf veränderte Platzierungen oder andere Defaults (Voreinstellungen, Standardvorgaben) offen hingewiesen werden.<sup>73</sup> Zum Teil werden solche Maßnahmen im Dialog mit den Kund\*innen, zum Beispiel von Mensen, gemeinsam erarbeitet. Das Nudging erfolgt dann mit offenem Visier und baut gerade darauf, dass die Kund\*innen ein genuines Interesse an solchen Formen der Selbstbindung haben, die es ihnen leichter machen, ihre eigenen Verhaltensziele im Alltag

70 EuGH, Urt. v. 4.6.2015 – C-195/14 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V./Teekanne GmbH & Co. KG); BGH, Urt. v. 2.12.2015, Az. I ZR 45/13, NJOZ 2016, 1622.

71 Siehe hierzu oben bei Fn. 51.

72 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 190.

73 *Hansen/Jespersen*, Nudge and the manipulation of choice: A framework for the responsible use of the nudge approach to behaviour change in public policy, 2013, <https://doi.org/10.1017/S1867299X00002762>.

auch umzusetzen. Gleichzeitig ist ein solches offenes Nudging nach verschiedenen empirischen Studien mindestens ebenso wirksam wie ein verdecktes.<sup>74</sup>

An dieser Stelle wird auch deutlich, dass das Menschen- bzw. Verbraucherbild von *Di Fabio* unterkomplex ist. *Di Fabio* unterstellt dem WBAE, er fordere staatliche Maßnahmen, die Menschen gegen ihre Präferenzen zu nachhaltigen Verhaltensmustern drängen würden. Als wäre der dominierende Fall der des Gourmands, der sich bewusst der gesundheitsschädlichen Völlerei hingeben würde. Aber wie viele Menschen riskieren zielgerichtet Diabetes Typ 2 zugunsten des kurzfristigen Genusses? Vielmehr haben viele Verbraucher\*innen den Wunsch, die eigene Ernährung gesundheitsbewusster und nachhaltiger zu gestalten, aber häufig gelingt eine dauerhafte Umsetzung im Alltag nicht.<sup>75</sup> Ein Ausdruck der oft hohen Bereitschaft, die eigene Ernährung zu verändern, zeigt sich beispielsweise regelmäßig zu jedem Jahreswechsel: Jedes Neujahr bringt ein neues Hoch an Google-Suchanfragen zum Thema „Gewichtsreduktion“, das dann im Laufe des Jahres wieder abflacht. Dieses prägnante und regelmäßige Auf und Ab verdeutlicht die Spannung zwischen bewusster, zielgerichteter Selbstregulation einerseits und den Herausforderungen, die Ziele und Vorsätze im Alltag andererseits umzusetzen. Offenes, möglichst partizipatives Nudging beinhaltet eine freiwillige Selbstbindung der Gesellschaft; im Sinne der Spieltheorie einen Commitment Device, wie bei Odysseus zum Schutz vor dem Gesang der Sirenen. *Di Fabios* Kritik richtet sich also gegen eine spezifische Form des Nudgings, die der WBAE in seinem Gutachten gar nicht empfiehlt.

## E. Angebots- oder nachfrageorientierte Politiken?

In der Gesamtschau auf *Di Fabios* Stellungnahmen bleibt unklar, ob er im Bereich der Ernährung überhaupt handlungsrelevante Probleme erkennt oder sich der in Deutschland immer noch verbreiteten Position anschließt, gemäß der Fehlernährung Resultat von Willensschwäche und Erziehungsproblemen sei. Umwelt- und Klimaschutzherausforderungen kommen bei ihm zwar einleitend vor, später konzentriert sich seine Argumentation dann aber vorwiegend auf Gesundheit. Dass Produktion und Konsum insbesondere tierischer Erzeugnisse zur Klimaerwärmung und zum Verlust an Biodiversität z.T. erheblich beitragen, geht bei ihm verloren. Die spezifischen Problemlagen sind aber nicht gleichgültig für die Form der Governance.

Besonders eindrücklich lässt sich dies am Beispiel des Konsums tierischer Erzeugnisse und dessen Auswirkungen auf Klima und Tierwohl zeigen. Klimaschutz und Tierwohl sind globale öffentliche Güter. Eine Reduktion des Angebotes an tierischen

74 Bruns/Kantorowicz-Reznichenko/Klement/Jonsson/Rahali, Can nudges be transparent and yet effective?, 2018, <https://doi.org/10.1016/j.joep.2018.02.002>; Loewenstein/Bryce/Hagmann/Rajpal, Warning: You are about to be nudged, 2015, <https://doi.org/10.1353/bsp.2015.0000>.

75 Santos/Sniehotta/Marques/Carraça/Teixeira, Prevalence of personal weight control attempts in adults: a systematic review and metaanalysis, 2017, <https://doi.org/10.1111/obr.12466>.

Erzeugnissen und damit der Anzahl der in Deutschland gehaltenen Tiere führt jedoch allein nicht zu mehr Klimaschutz. Solange tierische Erzeugnisse in gleicher Höhe nachgefragt werden, werden sie in diesem Fall aus dem Ausland importiert und die mit der Produktion einhergehenden Treibhausgasemissionen werden lediglich verlagert (sogenannter Leakage-Effekt).<sup>76</sup> Entscheidend für den Klimaschutz ist daher die Höhe des Konsums tierischer Erzeugnisse. Der WBAE diskutiert in seinem Gutachten systematisch die Möglichkeiten und Grenzen angebots- wie nachfrageseitiger Instrumente.<sup>77</sup> *Di Fabio* macht es sich dagegen zu einfach. So demonstriert er Kenntnislücken im Bereich der Klimadiskussion, wenn er zum Beispiel im Hinblick auf Fleisch und Klima auf das europäische Emissionshandelssystem verweist.<sup>78</sup> Dieses eignet sich bekanntlich gerade nicht für kleinteilige, eher diffuse Emissionen von Nicht-CO<sub>2</sub>-Treibhausgasen wie Methan und Lachgas, die den Hauptteil der Klimaemissionen der tierischen Erzeugung ausmachen.<sup>79</sup> Die Kunst einer rationalen und im Hinblick auf die gesellschaftliche Akzeptanz durchsetzungsfähigen Klimaschutzpolitik liegt in der gekonnten Mischung und Kopplung von angebots- wie nachfrageseitigen Instrumenten.<sup>80</sup> Zur Angebotsseite hat der WBAE in seinem umfangreichen Klimaschutzgutachten bereits 2016 Vorschläge unterbreitet und auch die systematischen Probleme erläutert, den Sektor in das generelle Emissionshandelssystem einzubeziehen.<sup>81</sup>

Überhaupt mutet es etwas merkwürdig an, wenn *Di Fabio* an mehreren Stellen einem Beirat für Agrar- und Ernährungspolitik sektorale Scheuklappen vorhält, z.B. wenn er zusammenfasst: „Es widerspräche dem Sozialstaatsprinzip, die Ernährung zu verteuern oder hier Freiheiten der Auswahl fühlbar zu beschränken, um Klimaschutzziele zu erreichen, während gleichzeitig keine wirksamen Beschränkungen gegen Luxusfernreisen, klimaschädliche Kreuzfahrten oder Pferdehaltung ergriffen werden [...]“.<sup>82</sup> Diesbezüglich ist erstens darauf hinzuweisen, dass der Beirat die sozialen Implikationen einer Ernährungspolitik ausdrücklich diskutiert und sich in einem ei-

76 Leakage-Effekte können je nach Umweltproblem unterschiedlich ausfallen: Die Verlagerung eines Teils der Produktion ins Ausland kann zu einer Verbesserung von Umwelt- und Klimaschutz Auswirkungen führen, wenn die Produktion im Ausland im Vergleich zu der in Deutschland umwelt- bzw. klimaverträglicher erfolgt. Da Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern durch eine relativ hohe Produktivität gekennzeichnet ist, sind solche positiven Effekte hinsichtlich der Treibhausgasemissionen aber unwahrscheinlich, wahrscheinlicher sind negative Effekte. Hinsichtlich bestimmter Umweltauswirkungen der Tierproduktion in Intensivregionen in Deutschland, die auf Grund der hohen Tierbesatzdichte besonders problematisch sind (Hot-Spot-Effekte, Nitratproblematik), könnte eine Verlagerung ins Ausland dagegen auch zu Verbesserungen beitragen. Vgl. WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 570.

77 Vgl. Kapitel 6, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

78 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung ZLR 2021, 169, 190.

79 WBAE/WBW, Klimaschutz in der Land- und Forstwirtschaft sowie den nachgelagerten Bereichen Ernährung und Holzverwendung, 2016, 85, [https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/\\_Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/Klimaschutzgutachten\\_2016.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Ministerium/Beiraete/agrarpolitik/Klimaschutzgutachten_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

80 Vgl. Kapitel 6.2, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

81 Vgl. Kapitel 4.2, WBAE/WBW, Klimaschutz in der Land- und Forstwirtschaft sowie den nachgelagerten Bereichen Ernährung und Holzverwendung, 2016.

82 *Di Fabio*, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung, ZLR 2021, 169, 193.

genen Empfehlungsbündel für die Verringerung von Ernährungsarmut und die soziale Abfederung von Lenkungssteuern ausspricht<sup>83</sup>, zweitens in seinem Klimagutachten den Beitrag des Agrar- und Ernährungssektors zum Klimaschutz differenziert einordnet, anderen Sektoren also keinesfalls eine solche Verantwortung abspricht, sowie drittens es nicht Aufgabe eines BMEL-Beirates ist, ein Konzept für einen nachhaltigen Tourismus zu entwerfen.<sup>84</sup> Würde *Di Fabio* mit seinen Einlassungen aber kritisieren wollen, dass die Verantwortung des Agrar- und Ernährungsbereichs für den Klimaschutz in der medialen Nachhaltigkeitsdebatte manchmal eine besonders prominente Position einnimmt und die mediale Berichterstattung einigen Verzerrungen unterliegt, würden die Autor\*innen dieses Textes *Di Fabio* wohl zustimmen – der WBAE hat den medialen Bias der Debatte an mehreren Stellen im Gutachten systematisch aufgearbeitet.<sup>85</sup>

## F. Fazit

Grundlegende Empfehlungen müssen grundlegend hergeleitet und überprüft werden. Die Autor\*innen des WBAE-Gutachtens begrüßen es daher, dass *Di Fabio* die Überprüfung des Gutachtens in seiner Auftragsarbeit für den Lebensmittelverband Deutschland auf die Ebene der Verfassung gehoben hat. Vor dem Hintergrund verstehen wir auch, dass sich der Lebensmittelverband in einem Positionspapier wesentliche Aussagen der *Di Fabio*-Stellungnahme zu eigen macht.<sup>86</sup> Die Stellungnahme von *Di Fabio* vernachlässigt aber wesentliche Ergebnisse der neueren interdisziplinären Forschung zum Ernährungsverhalten und zu den sozial-ökologischen Konsequenzen unserer Ernährung. Das ist Folge des allein verfassungsrechtlichen Ansatzes, mit dem *Di Fabio* eine grundsätzliche Klärung der Grenzen staatlicher Ernährungspolitik für sich beansprucht. Diesem Anspruch und der zugrundeliegenden Komplexität der Freiheit des/r Verbraucher\*in wird er durch eine eklektische Nutzung von Verfassungsargumenten und von persönlichen Erfahrungswerten nicht gerecht. Das von *Di Fabio* in den Mittelpunkt seiner Ausführungen gestellte Argument des Menschenbildes des Grundgesetzes kann weder bestimmten Normen des Grundgesetzes zugeordnet noch von diesen abgeleitet werden, weil das Grundgesetz dieses Konzept nicht kennt. Jenseits der Feststellung, dass das Grundgesetz nicht ein Menschenbild kennt, sondern so viele Selbstverständnisse, wie Menschen unter den Geltungsbereich des Grundgesetzes fallen, überdehnt jede weitere Konkretisierung das

83 Vgl. Empfehlung 9.5, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020.

84 Mit der privaten Pferdehaltung sieht es da schon anders aus. Daher werden die THG-Emissionen der Haustierhaltung im WBAE-Gutachten auch angesprochen. Vgl. WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 207.

85 Vgl. Kapitel 6, WBAE, Politik für eine nachhaltigere Ernährung, 2020, 269, 430.

86 *Lebensmittelverband Deutschland e. V.*, Position zum Gutachten „Politik für eine nachhaltigere Ernährung“ des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAE) beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL), 2021, <https://www.lebensmittelverband.de/de/verband/positionen/20210624-position-wbae-gutachten> (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

Verfassungsrecht. Wer es, wie *Di Fabio* gleichwohl tut, strebt, wie *Dreier* deutlich formuliert, „mit dem Rekurs auf das vermeintlich vorgegebene (Menschen-)Bild zu meist bestimmte, aber nicht als solche offengelegte rechtspolitische Ergebnisse an“.<sup>87</sup> Die von *Di Fabio* vertretene Position eines weitgehend staatsfreien Ernährungssystems gehört in die politische Diskussion unserer künftigen Ernährungspolitik. Sie definiert in keiner Weise die verfassungsrechtlichen Grenzen, die in dieser Diskussion zu beachten sind. Diese Grenzen werden bei einer künftigen politischen Umsetzung der Empfehlungen des WBAE bei Weitem nicht erreicht. Beachtung finden müssen indes in einer rationalen und evidenzbasierten Diskussion die fachwissenschaftlichen Erkenntnisse und Fakten, die der Beirat in seinem Gutachten zusammengetragen hat.

*Di Fabio* hat in seiner Stellungnahme en passant eine Vielzahl von kleinen Spitzen gegen eine nachfrageorientierte Nachhaltigkeitspolitik lanciert. Wie kontrafaktisch auch immer das dahinterstehende Verbraucherbild ist – der Verfasser pocht auf Bildung und Erziehung als prioritäre Instrumente der Ernährungspolitik. Wie eindeutig auch die Forschung auf den geringen Erfolg von freiwilligen Selbstverpflichtungen der Industrie in diesem Feld hinweist – *Di Fabio* postuliert das Primat kooperativer Maßnahmen zwischen Politik und Industrie. Aber ist es wirklich „eine paternalistische Lenkungsvorstellung, die den Geist des Obrigkeitsstaates atmet“<sup>88</sup>, wenn der WBAE die Schaffung einer fairen Ernährungsumgebung empfiehlt, mit beispielsweise klaren, verbindlichen, für den Verbraucher erkennbaren und vertrauenswürdigen Nachhaltigkeitslabeln statt des schon sprichwörtlichen Labeldschungels, mit einem vorsichtigen ersten Austesten von Nachhaltigkeitssteuern oder einer beitragsfreien Kita- und Schulverpflegung mit verbindlichen Qualitätsstandards? Die Transformation zu einer klimafreundlichen Gesellschaft, die das Bundesverfassungsgericht angemahnt hat, wird nicht allein das Ergebnis individueller Konsumententscheidungen sein, so wichtig Informationen und Bildung auch sind.

## Summary

The Scientific Advisory Board for Agricultural Policy, Nutrition and Consumer Health Protection at the Federal Ministry of Food and Agriculture (WBAE) presented an expert opinion in June 2020 entitled „Policy for a more sustainable diet: developing an integrated nutrition policy and designing fair food environments“. The authors of the WBAE expert opinion comprehensively deal with the opinion of Prof. *Di Fabio* (ZLR 2021, 169), who criticised the expert opinion primarily from a constitutional point of view. They first welcome the fact that *Di Fabio* has raised the

87 *Dreier/Dreier*, 3. Aufl. 2013, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 168.

88 So *Christoph Minhoff*, Hauptgeschäftsführer Lebensmittelverband Deutschland e. V., in der Pressemitteilung des Verbandes „Gutachten zur Ernährungspolitik: Lebensmittelverband befürchtet zunehmende staatliche Einflussnahme auf private Lebensführung der Bürger:innen“ vom 21.8.2020, <https://www.lebensmittelverband.de/de/presse/pressemitteilungen/pm-20200821-lebensmittelverband-zum-wbae-gutachten-zur-ernaehrungspolitik> (zuletzt abgerufen am 3.9.2021).

review of the expert opinion to the level of the constitution in his commissioned work for the German Food Industry Association. In their view, however, *Di Fabio's* opinion neglects essential results of recent interdisciplinary research on dietary behaviour and the socio-ecological consequences of our diet. This is a consequence of the solely constitutional approach with which Di Fabio claims a fundamental clarification of the limits of state nutrition policy. He does not do justice to this claim and the underlying complexity of consumer freedom through an eclectic use of constitutional arguments and personal observations. *Di Fabio's* argument of the idea of man underlying the German constitution (Basic Law) can neither be assigned to certain norms of the Basic Law nor derived from them, because the Basic Law does not know this concept. Beyond the statement that the Basic Law does not know one idea of man, but as many self-understandings as people fall under the scope of the Basic Law, any further concretisation overstretches constitutional law.