

Auf dem Wege zum Verbotsprinzip?

Rechtsanwalt Dr. Carl v. Jagow, Hamburg*

Herstellung und Inverkehrbringen von Lebensmitteln geschieht längst nicht mehr unter alleiniger Verantwortung des Lebensmittelunternehmers für die Sicherheit der Lebensmittel. Während aber bislang nur wenige Bereiche der Rezepturgesetzgebung vom Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt geprägt waren, greift dieses Prinzip seit Inkrafttreten der EU-Basisverordnung immer weiter um sich, und zwar nicht nur bei der Rezepturgesetzgebung, sondern auch in Bezug auf die Werbung. Der Beitrag zeichnet diese Entwicklung nach und die Tendenzen zur praktisch vollständigen Ablösung des Missbrauchsprinzips durch das Verbotsprinzip im Lebensmittelrecht auf. Außerdem setzt er sich kritisch mit den Ausprägungen dieser Entwicklung auseinander.

I. Einleitung

Man stelle sich folgendes Szenario vor:

Wir befinden uns im Jahre 2012. Bäcker Müller hat in seiner Backstube eine neue Creme für seine beliebten Quarkhörnchen entwickelt. Mit dieser Creme haben seine Quarkhörnchen 15 % weniger Kalorien als bisher. Die neue Rezeptur enthält eine besondere Zutat X, einen Verarbeitungshilfsstoff Y und ist nach einem neuartigen, von ihm entwickelten Verfahren hergestellt. Die Zutat X, ein besonderer Pflanzenextrakt, hat außerdem die Eignung, den Blutzuckerspiegel zu senken. Der Bäcker, begeistert von seiner Innovation, freut sich schon auf den Umsatzzuwachs, den er mit Hilfe des Slogans „Weniger Kalorien, niedrigerer Blutzucker“ in seinem Schaufenster fördern möchte.

Diese Art von Werbung verstößt jetzt schon gegen geltendes Recht. Aber im Jahre 2012 werden die rechtlichen Hindernisse für den Bäcker Müller noch ganz andere sein: Der Verarbeitungshilfsstoff Y steht nicht auf der Liste der zugelassenen Verarbeitungshilfsstoffe, die für die Herstellung von Cremefüllungen in Betracht kommen, in einer entsprechenden EU-Verordnung über Verarbeitungshilfsstoffe. Das Verfahren Z ist neuartig und führt zu einer Veränderung der Struktur des eingesetzten Zuckers. Es könnte daher zur Herstellung seiner Quarkhörnchen nur angewendet werden, wenn es nach der Nachfolgeverordnung zur Novel-Food-Verordnung Nr. 258/97 das Zulassungsverfahren erfolgreich durchlaufen hätte. Schließlich ist der Pflanzen-

* Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag, gehalten auf dem 20. Deutschen Lebensmittelrechtstag am 23.3.2007 in Wiesbaden.

extrakt, den Bäcker Müller einsetzt, zwar in dem inzwischen über 100 Stoffe umfassenden Anhang III zur Anreicherungsverordnung Nr. 1925/2006 enthalten, die die bestimmten anderen Stoffe mit einer ernährungsbezogenen oder physiologischen Wirkung auflistet, die anderen Lebensmitteln zugesetzt werden dürfen. Abgesehen davon, dass für keinen Nährstoff bzw. Zutat eine gesundheitsbezogene Angabe „senkt den Blutzuckerspiegel“ nach der Health-Claims-Verordnung zugelassen ist, wäre aufgrund des sonstigen Nährwertprofils der Quarkhörnchen, wie es nach Art. 4 der Health-Claims-Verordnung mittlerweile festgelegt wurde, jegliche gesundheitsbezogene Angabe unzulässig. Da kann es dann den Bäcker kaum noch zusätzlich erschrecken, als er erfährt, dass schon seit vielen Jahren ein Hinweis auf eine Kalorienreduktion bei einer lediglich 15%igen Verringerung des Brennwertes unzulässig gewesen wäre.

Zumindest der weniger intensiv mit Fragen des Lebensmittelrechts befasste Beobachter wird meinen, dass innovationsfeindliche Zeiten auf uns zukommen. Der Kenner der Materie weiß, dass wir gar nicht mehr weit von diesem Szenario entfernt sind, sind doch praktisch alle Regelungen, die zu den heute bereits geltenden oder verabschiedeten noch hinzukommen, in der Tendenz bereits angelegt, nämlich der Tendenz zur Vorverlagerung staatlicher „Eingriffe“ durch ein immer stärkeres Umsichgreifen des Verbotsprinzips.

Unter dem Verbotsprinzip ist das Prinzip zu verstehen, dass die Ausübung von Grundrechten, insbesondere der Berufsfreiheit, von einer vorherigen Erlaubnis abhängig gemacht wird. Diese kann bereits im materiellen Gesetz selbst vorgesehen sein, also bei Vorliegen der im Gesetz genannten Bedingungen automatisch bestehen. Oder aber sie wird von einer Verwaltungsbehörde erteilt, wobei die Kriterien für die Erteilung der Erlaubnis in der gesetzlichen Norm, die das Verbot ausspricht, möglichst detailliert dargelegt sein sollten. Derartige „Verbote mit Erlaubnisvorbehalt“ sind verfassungsrechtlich ein zulässiges gesetzestechnisches Mittel¹, um die Handlungsfreiheit zum Beispiel mit Rücksicht auf möglicherweise beeinträchtigte Rechtsgüter Dritter unter Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit in sozial verträgliche Bahnen zu lenken.

Schroeter hat in dieser Zeitschrift zuletzt 2005 das zügellose Umsichgreifen des Verbotsprinzips mit Zulassungsvorbehalt dargelegt und kritisiert und insbesondere die damit verbundenen Gefahren für die Qualität des Rechts, aber auch für die Rechtssicherheit aufgezeigt². Seitdem ist die Entwicklung im Lebensmittelrecht in Richtung Verbotsprinzip weitergegangen.

¹ vgl. statt vieler *Leibholz/Rinck*, Grundgesetz, Art. 20, RdNr. 1063.

² ZLR 2005, 191 ff.

II. Ausgangssituation bei Erlass der Basis-VO

Die Basisverordnung hat nicht etwa das Verbotsprinzip eingeführt. Weder herrschte vor der Basisverordnung absolute Rezeptur- und Werbefreiheit für Lebensmittel noch hat die Basisverordnung sie vollständig abgeschafft. Zur Erinnerung: Das bekannteste Verbot mit der Zulassung von Ausnahmen im Lebensmittelrecht, nämlich das Verbot, nicht ausdrücklich zugelassene Zusatzstoffe bei der Herstellung von Lebensmitteln zu verwenden, gibt es in den meisten Mitgliedsstaaten, so zum Beispiel in Deutschland, schon seit langem. Die Harmonisierung auf EU-Ebene setzte mit der Zusatzstoffrahmenrichtlinie 1989 ein und war Mitte der 90iger Jahre des vergangenen Jahrhunderts vorläufig abgeschlossen. Das geltende Zusatzstoffregime betrifft aber bei näherem Hinsehen nur einen Teil der bei der Herstellung von Lebensmitteln zu technischen Zwecken eingesetzten Stoffe; Enzyme, Mikroorganismenkulturen sowie Verarbeitungshilfsstoffe unterlagen und unterliegen keiner europaweit einheitlichen Regelung und sind in den meisten Mitgliedsstaaten, von produktbezogenen Ausnahmen abgesehen, unregelt.

Auch bei den Aromen gilt bislang europaweit das Verbotsprinzip nur in geringem Umfang. Neben bestimmten gesundheitsschädlichen Aromasubstanzen, deren Verwendung in Lebensmitteln grundsätzlich verboten ist, dürfen nur eine begrenzte Zahl künstlicher Aromastoffe in Lebensmitteln mit zum Teil mengenmäßigen Begrenzungen verwendet werden.

Beim Bestrahlungsverbot ist es dagegen andersherum: Dieses Verbot gilt jedenfalls in Deutschland mit nur wenigen Ausnahmen, ist also eher ein vollständiges Verbot, bei dem aber die Möglichkeit für Ausnahmen und die Bedingungen dafür festgelegt sind³. In diesem Zusammenhang zu nennen sind die auch schon seit längerem bestehenden, ebenfalls harmonisierten Vorschriften über Höchstmengen an Kontaminanten, Rückständen von Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmitteln und sonstigen Schadstoffen.

Für einzelne Arten von Lebensmitteln gibt es teils auf EU-Ebene, teils auf nationaler Ebene abgeschlossene Regime, die die Verwendung sämtlicher Zutaten, seien sie nun Zusatzstoffe, seien sie sonstige Zutaten, abschließend regeln. Ein Beispiel auf EU-Ebene sind die Fruchtsäfte und-nectare und viele Weinerzeugnisse, ein Beispiel für noch weitgehend national geregelte Lebensmittel mit abschließendem Zutatenregime sind viele Milcherzeugnisse, insbesondere Käse. Die entsprechenden Vorschriften enthalten neben Kennzeichnungsregelungen auch solche über Werbeaussagen. In diesem Zusammenhang ist auch das natürliche Mineralwasser zu nennen, dessen Gewinnung und Verarbeitung sowie die Kennzeichnung und auch die Werbung europaweit schon seit längerem abschließend geregelt war. Ein weiteres Beispiel für eine weitgehende

³ § 8 LFGB.

harmonisierte Regelung mit grundsätzlichen Verboten und festgelegten Ausnahmen sind die über diätetische Lebensmittel, wobei außer der einheitlichen Terminologie sowie der krankheitsbezogenen Werbung aber nur bei bestimmten Arten von Lebensmitteln für eine besondere Ernährung sowohl der Zusatz ernährungsphysiologischer Stoffe und ihre Beschaffenheit insgesamt als auch deren Kennzeichnung hierfür abschließend geregelt ist.

Im Bereich der Werbung mit ernährungsbezogenen Aussagen für Lebensmittel brachte bereits Anfang der 90iger Jahre des vergangenen Jahrhunderts die Nährwertkennzeichnungsrichtlinie 90/496/EWG eine gewisse Vereinheitlichung sozusagen als kleinster gemeinsamer Nenner, nachdem vorher schon erste Versuche zur Kodifizierung eines einheitlichen Claims-Recht für Lebensmittel immer wieder gescheitert waren. Immerhin war mit der Einführung des Prinzips der optionell-obligatorischen Nährwertkennzeichnung unter Vereinheitlichung der Bedingungen dafür, nährwertbezogene Aussagen überhaupt verwenden zu können, einerseits ein Rahmen gesetzt, andererseits auch die Werbefreiheit für Lebensmittel weiter eingeschränkt als durch das allgemeine Irreführungsverbot. Dies geschah durch die Einführung einer abschließenden Liste von Nährstoffen, für die überhaupt nährwertbezogene Aussagen gemacht werden dürfen, und von quantitativen Voraussetzungen für die Verwendung von Angaben sowie die Nährwertkennzeichnung über Vitamine und Mineralstoffe.

Mit der Novel-Food-Verordnung 258/97/EG wurde im Jahr 1997 dann ein Paradigmenwechsel eingeleitet, nämlich die Abkehr von der Verantwortung des Lebensmittelunternehmers für die Neuentwicklung von Produkten unter Verwendung von neuartigen Zutaten, die nicht unter den Begriff des Zusatzstoffes im Sinne der Zusatzstoffrahmenrichtlinie 89/107/EWG fielen. Während dies am Anfang noch vor dem Hintergrund der Furcht vor den unbekanntem gentechnisch veränderten Organismen und ihren Folgen geschah, spielen sonstige neuartige Lebensmittel, insbesondere aber Lebensmittelzutaten wie Phytosterin eine immer größere Rolle, was sich nicht nur an der Zahl der abgeschlossenen oder noch laufenden Zulassungsverfahren zeigt, sondern auch daran, dass für nicht GMO-Lebensmittel nach Erlass der Verordnung Nr. 1829/2003 ein eigenes Regime gilt.

III. Änderung durch Erlass der BasisVO?

Hat sich an dieser Situation der partiellen Geltung des Verbotsprinzips unter Beibehaltung des Grundsatzes der Rezeptur- und Werbefreiheit durch oder nach Erlass der Basisverordnung etwas geändert?

Betrachtet man einmal die Erwägungsgründe und die greifbaren Regelungen der Verordnung, so soll sie in erster Linie dazu dienen, den freien Verkehr mit sicheren und

bekömmlichen Lebensmittel zu sichern, der ein wichtiger Aspekt des Binnenmarktes ist und wesentlich zur Gesundheit und zum Wohlergehen seiner Bürger beiträgt. Dieser Aspekt sowie der Erwägungsgrund und das in Art. 5 formulierte Ziel des Lebensmittelrechts, dass ein hohes Maß an Schutz für Leben und Gesundheit der Menschen gewährleistet sein muss, beinhaltet nicht notwendigerweise die Aufgabe des Prinzips der Vorrangigkeit der Verantwortung des Lebensmittelunternehmers. Dieser war und ist weiterhin für die Einhaltung der allgemeinen lebensmittelrechtlichen Grundsätze, insbesondere für die Sicherheit der Lebensmittel verantwortlich und darf den Verbraucher nicht täuschen. Daher geht auch die Basisverordnung davon aus, dass der Lebensmittelunternehmer die Sicherheit eines Lebensmittels am besten gewährleisten kann.⁴ Die Einführung von Sicherungssystemen, die Einbeziehung von Bedarfsgegenständen, die ganzheitliche Betrachtung „from farm to fork“, die Risikobewertung, die Regelungen zur Rückverfolgbarkeit und die Einführung von Schnellwarnsystemen und Krisenmanagement auf EU-Ebene sowie die Einführung einer europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit lassen eine Abkehr von den Grundprinzipien der Eigenverantwortlichkeit allerdings bereits erkennen.

Das mit Art. 7 eingeführte Vorsorgeprinzip, das für den Juristen so schwer greifbar ist, hat wohl eine weitergehende Bedeutung als das, was in dieser Vorschrift primär geregelt ist. Dort wird zunächst eine Eingriffsgrundlage geschaffen für lediglich vorläufige Risikomanagementmaßnahmen zur Sicherstellung des in der Gemeinschaft gewählten hohen Gesundheitsschutzniveaus. Die Vorschrift selbst beinhaltet also nicht von vornherein die Einführung des Verbotsprinzips. Allerdings reicht der Gedanke, der in Art. 7 der BasisVO seinen Ausdruck gefunden hat, wesentlich weiter. Das Vorsorgeprinzip gehört, wie die Überschrift zu Abschnitt 1 im Kapitel II der BasisVO zeigt, neben den allgemeinen Zielen des Lebensmittelrechts, insbesondere den Schutz der Gesundheit der Menschen zu gewährleisten (Art. 5), der Risikoanalyse (Art. 6) und dem Schutz der Interessen der Verbraucher, ihnen insbesondere eine sachkundige Wahl in Bezug auf Lebensmittel zu ermöglichen (Art. 8), zu den allgemeinen Grundsätzen des Lebensmittelrechts. Ihm kann der Gedanke entnommen werden, dass bei Bestehen von Unsicherheiten über gesundheitsschädliche Auswirkungen von Lebensmitteln oder in ihnen enthaltener Zutaten hoheitliche Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher und damit auch Verbote mit Erlaubnisvorbehalt ausgesprochen werden können. Er liegt also auch den in Deutschland bereits geltenden Verboten mit Erlaubnisvorbehalt, insbesondere dem Zusatzstoffverbot, zugrunde⁵.

Beruht also die zu beobachtende Tendenz zur Vorverlagerung staatlicher Eingriffskompetenz in Richtung Verbotsprinzip allein auf dem Vorsorgeprinzip? Diese Antwort wäre sicherlich zu einfach und berücksichtigt insbesondere nicht die bei dem Erlass

⁴ Egr. 30

⁵ So Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 101, Art. 7, RdNr. 1.

lebensmittelrechtlicher Bestimmungen auch und gerade auf europäischer Ebene hinzukommenden politischen Umstände⁶ und die zu beachtenden kompetenzrechtlichen Voraussetzungen.⁷ Bevor auf diese Fragen eingegangen wird, soll zunächst einmal anhand der konkreten Rechtsentwicklung seit Erlass der Basisverordnung die genannte Tendenz in Richtung Verbotsprinzip aufgezeigt werden. Dabei zeigt sich auch, dass die Gründe für diese Entwicklung tendenziell unterschiedlich im Bereich der Rezepturgesetzgebung einerseits und der Regelungen betreffend die Werbung für Lebensmittel andererseits sind.

IV. Beispiele für die Entwicklung zum Verbotsprinzip

1. Die Zusammensetzung von Lebensmitteln betreffende Vorschriften

Von den seit Inkrafttreten der BasisVO erlassenen, stoffrechtlichen Vorschriften ist zunächst die Nahrungsergänzungsmittelrichtlinie 2002/46/EG aus dem Jahre 2002 zu nennen, die längst in den Mitgliedstaaten umgesetzt ist. Etwas ausführlicher ist auf die Anreicherungsverordnung Nr. 1925/2006 einzugehen, die seit dem 1.7.2007 Geltung beansprucht. Was die Struktur dieser Verordnung, insbesondere die Reichweite der Verbote, Zulassungen und den Grad der Harmonisierung betrifft, ist sie mit der Nahrungsergänzungsmittel-Richtlinie durchaus vergleichbar.

a) Die Anreicherungsverordnung enthält vordergründig zunächst eine längst überfällige Harmonisierung des Rechts über die *Anreicherung mit Vitaminen und Mineralstoffen*, die in den Mitgliedsstaaten bislang sehr unterschiedlich geregelt war. In Deutschland stehen die Vitamine A und D sowie sonstige Vitaminverbindungen als Stoffe nicht natürlicher Herkunft bzw. als Verbindungen mit Mineralstoffen (Salze) ebenso wie die Mineralstoffe und deren Verbindungen selbst den Zusatzstoffen gleich und unterlagen also bisher schon dem Verbotsprinzip des § 6 LFGB. Während Vitamine bzw. Vitaminverbindungen durch die Vitaminverordnung in sehr weitgehendem Umfang für den Zusatz zu Lebensmitteln zugelassen waren, konnten über die fortgeltende Anlage 1 zur alten Zusatzstoffzulassungsverordnung nur wenige Mineralstoffverbindungen Lebensmitteln allgemein zugesetzt werden. Höchstmengenbeschränkungen bestanden lediglich bei Vitamin A und Vitamin D, die ohnehin nur wenigen Lebensmitteln zugesetzt werden durften, so dass im Hinblick auf Vitamin A zumeist das – bislang nicht den Zusatzstoffen gleichgestellte – Provitamin A eingesetzt wurde.⁸

⁶ Vgl. dazu *Schroeter*, ZLR 2005, 191, 195.

⁷ Dazu näher *von Danwitz*, ZLR 2001, 209, 213 ff.

⁸ Unter Berufung auf Art. 17 Abs. 3 der Anreicherungsverordnung werden aber derzeit die einschränkenden Regelungen der Vitaminverordnung in Bezug auf Vit. A und D weiter angewandt.

In den meisten EU-Mitgliedsstaaten gab es zwar auch Ansätze von Beschränkungen hinsichtlich des Zusatzes dieser ernährungsphysiologisch wirksamen Stoffe. Besonders in Frankreich war dagegen der Zusatz von Vitaminen und Mineralstoffen nur zum Ausgleich von Verlusten des natürlichen Vitamin- bzw. Mineralstoffgehaltes zulässig, die bei der Verarbeitung der Lebensmittel entstehen, und damit nur in quantitativ engen Grenzen. Dies führte konkret zu Handelshemmnissen, da viele in den meisten Mitgliedsstaaten verkehrsfähige angereicherte Lebensmittel in Frankreich nicht vermarktet werden durften, was international operierende Unternehmen praktisch zum Einsatz spezifischer französischer Rezepturen zwang. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, wie es nach dem Bier-Urteil des EuGH⁹ über die Verpflichtung zum Erlass von Allgemeinverfügungen gemäß § 54 LFGB ausgestaltet ist, funktionierte in Frankreich in der Praxis nicht. Es nimmt daher nicht Wunder, dass auch der EuGH sich mit dieser Praxis befassen musste.¹⁰

Die Anreicherungsverordnung beschränkt sich allerdings nicht darauf, die konkreten Vitamin- und Mineralstoffverbindungen, die zur Anreicherung verwendet werden dürfen, abschließend aufzuzählen. Ausgehend von dem Grundsatz, dass nur Vitamine und Mineralstoffe zugelassen werden sollen, die in der Ernährung normalerweise vorkommen, als Bestandteil der Ernährung verzehrt und als essentielle Nährstoffe betrachtet werden, legt sie eine Liste der Vitamine und Mineralstoffe, mit denen Lebensmittel überhaupt angereichert werden dürfen, zunächst einmal abschließend fest. Die Einführung der Positivliste soll eine Kontroverse darüber, um welche essentiellen Nährstoffe es sich handelt, vermeiden.¹¹ Daneben sieht sie ausdrücklich vor, das bestimmte Lebensmittel überhaupt nicht angereichert werden dürfen. Derzeit sind dies zwar lediglich unverarbeitete Lebensmittel sowie Getränke, deren Alkoholgehalt mehr als 1,2 % vol. beträgt (Art. 4). Die Möglichkeit, weitere Anreicherungsverbote zu schaffen, ist allerdings vorgesehen.

Außerdem werden weitere Voraussetzungen für den Zusatz von Vitaminen und Mineralstoffen genannt, die allerdings für den Rechtsanwender nur schwer fassbar sind. So dürfen sie einem Lebensmittel nur dann unabhängig davon zugesetzt werden, ob sie normalerweise in dem Lebensmittel enthalten sind oder nicht, um insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in der Bevölkerung oder bestimmten Bevölkerungsgruppen ein Mangel an einem dieser Stoffe besteht, der belegt werden kann oder der sich durch geschätzte niedrige Nährstoffaufnahmemengen ergibt. Weiterhin ist ein Zusatz zulässig, wenn die Möglichkeit besteht, den Ernährungszustand der Bevölkerung zu verbessern bzw. aufgrund von Veränderungen der Ernährungsgewohnheiten entstandene mögliche Defizite bei der Zufuhr dieser Stoffe über die

9 Urteil vom 12.3.1987, C-178/84, ZLR 1987, 326.

10 Vgl. Urteil vom 5.2.2004, C-95/01, ZLR 2004, 193–, „Greenham und Abel“.

11 Vgl. Egr. 9.

Nahrung zu beheben oder sich die allgemein anerkannten wissenschaftliche Kenntnisse über die Bedeutung von Vitaminen und Mineralstoffen in der Ernährung und deren gesundheitliche Auswirkungen weiterentwickelt haben (Art. 3).

Mit den eher vage formulierten Voraussetzungen für den Zusatz von Vitaminen und Mineralstoffen ist noch keine vollständige Harmonisierung im Bereich der angereicherten Lebensmittel erzielt worden. Dies hat auch der Verordnungsgeber erkannt und langfristige Übergangsmaßnahmen, die bis Anfang 2014 reichen, auf nationaler Ebene zugelassen. Diese waren aber in erster Linie für die Bereiche der Anreicherungsverordnung erforderlich, für die diese zunächst noch keine Regelung enthält, sondern lediglich vorsieht. Dies sind neben Reinheitskriterien (Art. 5) vor allem Regelungen über Höchstgehalte. Mindestgehalte sind bereits jetzt festgelegt, da der Zusatz des Vitamins oder Mineralstoffs zu Lebensmitteln bewirken muss, dass der Stoff mindestens in einer signifikanten Menge vorhanden ist, wie sie in der Nährwertkennzeichnungsverordnung genannt ist (Art. 6 Abs. 6). Die sicheren Höchstgehalte an Vitaminen und Mineralstoffen sollen durch eine wissenschaftliche Risikobewertung auf der Grundlage allgemein anerkannter wissenschaftlicher Daten festgelegt werden, wobei gegebenenfalls die unterschiedliche Empfindlichkeit der einzelnen Verbrauchergruppen zu berücksichtigen ist sowie die Aufnahmemengen an Vitaminen und Mineralstoffen, die aus anderen Ernährungsquellen zugeführt werden.

Die Anreicherungsverordnung beschränkt sich aber nicht nur auf Regelungen über den Zusatz von Vitaminen und Mineralstoffen, sondern sieht auch Verfahren zur Schaffung von Verwendungsbeschränkungen für andere ernährungsphysiologisch wirksame Stoffe als Vitamine und Mineralstoffe vor. Erwähnt sind ausdrücklich Aminosäuren, essentielle Fettsäuren, Ballaststoffe sowie Pflanzen- und Kräuterextrakte.¹² Die europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) hat insoweit die Aufgabe der Vorbereitung, bevor die Kommission den Stoff oder die Zutat in einen Anhang III zur Anreicherungsverordnung aufnimmt. Dort sollen in einem Teil A zunächst Stoffe aufgenommen werden, deren Verwendung bei der Herstellung von Lebensmitteln verboten ist. In einem Teil B werden Stoffe aufgelistet, deren Verwendung bei der Herstellung von Lebensmitteln nur unter den dort genannten Bedingungen erlaubt sein wird. Schließlich soll es noch einen Teil C geben, in den Stoffe aufgenommen werden, bei denen sich herausgestellt hat, dass eine Verwendung in Lebensmitteln möglicherweise gesundheitsschädlich ist, jedoch weiterhin eine wissenschaftliche Unsicherheit besteht. Bezüglich dieser Stoffe dürfen Lebensmittelunternehmer oder andere Interessengruppen der EFSA jederzeit wissenschaftliche Daten vorlegen, anhand deren die Sicherheit eines in Teil C aufgeführten Stoffes bei der Verwendung in einem Lebensmittel nachgewiesen und der Zweck dieser Verwen-

¹² Vgl. Egr. 1.

dung erklärt wird. In vier Jahren ab dem Datum, zu dem ein Stoff in Teil C des Anhangs III aufgenommen wird, wird nach Stellungnahme der EFSA eine Entscheidung darüber getroffen, ob die Verwendung eines dort aufgeführten Stoffes allgemein erlaubt wird oder ob er gegebenenfalls in den Teil A (verbotene Stoffe) oder Teil B (unter bestimmten Bedingungen erlaubter Stoff) aufgenommen wird.

Die zuletzt erwähnten Bestimmungen über den Teil C des Anhangs III sind sicherlich ein Ausdruck des Vorsorgeprinzips wie es in Art. 7 der BasisVO zum Ausdruck kommt, und verdeutlichen einmal mehr die Aufgaben der EFSA zur Bewertung von Lebensmittelinhaltsstoffen, die als Vorstufe zur Abfassung von Positivlisten anzusehen ist. Sie enthalten aber auch, wie so viele Verfahrensbestimmungen, die das Verbotsprinzip im Gemeinschaftsrecht weiter vorantreiben, viele unbestimmte, also interpretationsbedürftige Begriffe, die der Bestimmtheit der Regelungen nicht förderlich sind. Dazu gehören Begriffe wie „unter normalen Bedingungen“, „ausgewogene und abwechslungsreiche Ernährung“, „vernünftigerweise anzunehmende Mengen“ etc.

b) Kommen wir nun zu einem Gesetzgebungsvorhaben auf europäischer Ebene im Bereich der Zutaten, für das schon ein offizieller Entwurf vorliegt und der den Ansatz der Kommission, auf der Basis einer Risikoanalyse das Verbotsprinzip stärker voranzutreiben, noch deutlicher werden lässt. Es handelt sich um das Paket von Verordnungsvorschlägen des Europäischen Parlaments und des Rates über Lebensmittelzusatzstoffe, über Aromen, über Lebensmittelenzyme sowie über ein einheitliches Zulassungsverfahren für eben diese Stoffe, das im Sommer 2006 vorgelegt wurde¹³ und in der Zwischenzeit schon stark diskutiert wurde.

aa) Der Vorschlag für eine Verordnung über *Zusatzstoffe* enthält auf den ersten Blick keine großen Neuerungen gegenüber den bislang in der Zusatzstoffrahmenrichtlinie und den Richtlinien über Farbstoffe, Süßungsmittel und sonstige Zusatzstoffe enthaltenen Regelungen. Eine in Vorentwürfen vorgesehene Befristung der Zulassung von Zusatzstoffen auf 10 Jahre sowie eine abweichende Definition der Verarbeitungshilfsstoffe hatte keinen Eingang in den vorliegenden Verordnungsvorschlag gefunden. Neben der von der bisherigen nicht abweichenden Definition des Lebensmittelzusatzstoffes sowie des Verarbeitungshilfsstoffes, für den die Verordnung im Grundsatz nicht gelten soll, sieht der Vorschlag wiederum Positivlisten für Lebensmittelzusatzstoffe in Lebensmitteln, erstmals aber auch eine umfassende Liste für Zusatzstoffe vor, die Zusatzstoffen bzw. Enzymen zugesetzt werden. Die allgemeinen Bedingungen, die für die Aufnahme von Lebensmittelzusatzstoffen in die Gemeinschaftsliste sowie für deren Verwendung erfüllt sein müssen, sind allerdings im Grundsatz nicht neu. Sie waren bereits in der Zusatzstoffrahmenrichtlinie enthalten. Das gleiche gilt für Reinheitskriterien, Kennzeichnungsbestimmungen etc. Neu ist allerdings eine

13 COM (2006) 428 final, COM (2006) 425 final, COM (2006) 427 final and COM (2006) 423 final.

Verpflichtung für den Verwender von Zusatzstoffen. Dieser soll die Kommission unverzüglich über jede neue wissenschaftliche oder technische Information unterrichten, die die Bewertung der Sicherheit des Zusatzstoffes berühren könnte. Außerdem soll er die Kommission auf deren Aufforderung über die tatsächliche Verwendung des Zusatzstoffes unterrichten (Art. 26). Diese Informationen sowie die Berichte, die die Mitgliedsstaaten über ihre systematische Überwachung des Verbrauchs und der Verwendung von Lebensmittelzusatzstoffen erstatten müssen (Art. 27), sollen der EFSA dabei helfen, auch Lebensmittelzusatzstoffe, die bereits nach geltendem Recht zugelassen sind, einer neuen Risikobewertung zu unterwerfen. Hierzu wird die EFSA innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der Verordnung ein Bewertungsprogramm aufstellen.

bb) Weiter geht das Konzept des Verordnungsvorschlages über *Aromastoffe*. Während er hinsichtlich der Definitionen an die Aromenrichtlinie 88/388 anknüpft, führt er weitere Begriffe wie z.B. „*thermisch gewonnenes Reaktionsaroma*“, „*Aromagrundstoff*“, „*sonstiges Aroma*“ und „*Lebensmittelzutat mit Aromaeigenschaften*“ ein. Der Begriff naturidentischer Aromastoff soll dagegen abgeschafft werden, weil er angeblich zur Verwirrung des Verbrauchers beiträgt. Neu ist, dass Aromastoffe mit Ausnahme von aus Lebensmitteln gewonnenen Aromaextrakten bzw. aus Lebensmitteln thermisch gewonnenen Reaktionsaromen nur in Lebensmitteln eingesetzt werden dürfen, wenn sie in einer noch zu erstellenden Gemeinschaftsliste aufgeführt sind. Deren Erstellung setzt eine Bewertung der Aromastoffe bzw. Aromen unter Berücksichtigung ihres potentiellen Gesundheitsrisikos, aber auch ihres möglichen Täuschungspotentials für den Verbraucher voraus. In der Gemeinschaftsliste ist vor diesem Hintergrund auch anzugeben, unter welchen Bedingungen das Aroma gegebenenfalls verwendet werden darf.

Auch der Entwurf der Aromenverordnung enthält mit den in dem Verordnungsvorschlag über Lebensmittelzusatzstoffe vergleichbare Berichterstattungspflichten für Lebensmittelunternehmer und die Mitgliedsstaaten. Werden von der EFSA, der Kommission oder einem Mitgliedsstaat Zweifel an der Sicherheit eines Aromas oder einer Lebensmittelzutat mit Aromaeigenschaften geäußert, so nimmt die Behörde eine Risikoabschätzung vor. Dies kann auch zu Einschränkungen bei der Verwendung ansonsten zulassungsfreier Aromaextrakte etc. führen.

cc) *Enzyme* waren bislang, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht Gegenstand europäischer Vorschriften. Auch sofern sie als Zusatzstoffe verwendet werden, unterfallen sie in der Regel nicht dem Zusatzstoffverbot, sondern sind, wie zum Beispiel in Deutschland, nach § 6 Abs. 2 LFGB vom Zusatzstoffverbot ausdrücklich ausgenommen. Dies wird sich nach dem Verordnungsvorschlag über Enzyme ändern. Der enthält zunächst einmal eine einheitliche Definition des Begriffs „*Lebensmittelenzym*“. Es ist ein „*Erzeugnis, das durch Extraktion aus Pflanzen oder Tieren oder durch ein Gärungsverfahren mit Mikroorganismen gewonnen wird, und das:*

a) ein Enzym oder mehrere Enzyme enthält, die die Fähigkeit besitzen, ein spezifische biochemische Reaktion zu katalysieren; und

b) einem Lebensmittel zugesetzt wird, um eine technologische Funktion bei der Herstellung, Verarbeitung, Zubereitung, Behandlung, Verpackung, Beförderung oder Lagerung von Lebensmitteln zu erfüllen.“

Der Vorschlag unterscheidet nicht danach, ob das Lebensmittelenzym als Zusatzstoff oder Verarbeitungshilfsstoff eingesetzt wird. Die Verordnung soll das ordnungsgemäße Funktionen des Binnenmarktes sowie ein hohes Gesundheits- und Verbraucherschutzniveau gewährleisten und sieht zu diesem Zweck die Festlegung einer Gemeinschaftsliste zulässiger Lebensmittelenzyme, Bedingungen für die Verwendung von Lebensmittelenzymen in Lebensmitteln sowie Regeln für die Kennzeichnung der als solche verkauften Lebensmittelenzyme vor.

Die allgemeinen Bedingungen für die Aufnahme eines Lebensmittelenzym in die Gemeinschaftsliste sind, dass es in der erforderlichen Dosis für den Verbraucher gesundheitlich unbedenklich ist, soweit die verfügbaren wissenschaftlichen Daten ein Urteil hierüber erlauben. Außerdem muss ein hinreichender technologischer Bedarf für seine Verwendung bestehen, und der Verbraucher darf über seine Verwendung nicht getäuscht werden. Hintergrund für das von der Kommission angenommene Regelungserfordernis ist also die Sorge, dass diese bislang weitgehend frei verwendeten Stoffe potentielle Gesundheitsrisiken bergen, insbesondere für Allergiker.

Lebensmittelenzyme werden nur dann in die Gemeinschaftsliste aufgenommen, wenn innerhalb einer bestimmten Frist (zwei Jahre ab dem Datum der Anwendbarkeit der Durchführungsbestimmungen, die gemäß Art. 9 Abs. 1 der Verordnung zur Festlegung eines einheitlichen Zulassungsverfahrens für Lebensmittelzusatzstoffe, -enzyme und -aromen zu erlassen sind), Anträge von interessierter Seite gestellt werden. Nach Stellungnahme der EFSA beschließt dann die Kommission die Gemeinschaftsliste. Bis zu deren Erlass dürfen Enzyme weiterhin nach den bisherigen einzelstaatlichen Vorschriften verwendet werden.

Berichtspflichten der Lebensmittelunternehmer und der Mitgliedsstaaten, die Grundlage für eine fortlaufende Evaluation auch bereits zugelassener Enzyme sind, sollen natürlich auch für Enzyme gelten.

dd) Alle drei Verordnungsvorschläge sehen also Positivlisten und damit eine Erweiterung des Verbotsprinzips vor. Um die Kriterien für den Erlass der Positivlisten transparenter zu machen und zu vereinheitlichen, sieht ein vierter Verordnungsvorschlag die Schaffung eines *einheitlichen Zulassungsverfahrens* vor, das zentralisiert ist, effizient und sachgerecht sein soll. Es stützt sich auf eine Risikobewertung durch die EFSA und ein Risikomanagement, bei dem die Kommission und die Mitgliedsstaaten im Rahmen eines Ausschussverfahrens tätig werden. Damit wird der Rahmen für die

Risikobewertung zur Lebensmittelsicherheit, wie er in der Basisverordnung festgelegt ist, ausgefüllt. Das Inverkehrbringen von Stoffen darf nur nach einer wissenschaftlichen Bewertung der Gesundheitsrisiken auf höchster Ebene genehmigt werden. Konkret befasst sich dieser Verordnungsvorschlag allerdings mit den Modalitäten der Aktualisierung der Gemeinschaftsliste, also der Liste der zulässigen Stoffe nach den drei vorstehend genannten Verordnungen. Unter einer Aktualisierung ist die Aufnahme eines Stoffes in die Liste, die Streichung eines Stoffes aus der Liste oder die Hinzufügung oder Änderung von Bedingungen, Spezifikationen oder Einschränkungen im Zusammenhang mit einem Stoff auf der Gemeinschaftsliste zu verstehen (Art. 2 Abs. 2). Das einheitliche Verfahren zur Aktualisierung der Gemeinschaftsliste kann auf Initiative der Kommission oder auf Antrag eines Mitgliedsstaates oder einer betroffenen Einzelperson, die auch mehrere betroffenen Personen vertreten kann, eingeleitet werden. Die Kommission ersucht die EFSA zunächst um ein Gutachten, im Falle einer beabsichtigten Streichung eines Stoffes aus der Gemeinschaftsliste oder bei der Änderung von Bedingungen etc. jedoch nur dann, wenn sie Auswirkungen auf den Gesundheitsschutz haben kann.

In der Regel hat die EFSA ihr Gutachten innerhalb von sechs Monaten nach Eingang eines formgerechten Untersuchens vorzulegen. Die Kommission legt dann innerhalb einer Frist von neun Monaten nach Vorlage des EFSA-Gutachtens dem ständigen Ausschuss für die Lebensmittelkette und Tiergesundheit den Entwurf einer Verordnung zur Aktualisierung der Gemeinschaftsliste vor, wobei sie nicht an das Gutachten der Behörde gebunden ist. Im Falle von Abweichungen von der EFSA-Stellungnahme hat sie diese jedoch zu erläutern. Alle genannten Fristen sind unter bestimmten, näher festgelegten Voraussetzungen verlängerbar.

Zur Gewährleistung der Transparenz der Arbeit der EFSA hat diese ihre Gutachten unverzüglich zu veröffentlichen. Diejenigen Informationen, die bei einer Verbreitung die Wettbewerbsposition des Antragstellers erheblich beeinträchtigen könnten, werden vertraulich behandelt. Dazu gehören unter anderem jedoch nicht die Bezeichnung des Stoffes, eine klare Beschreibung des Stoffes und der Bedingungen für seine Verwendung in oder auf spezifischen Lebensmitteln oder Lebensmittelkategorien, Informationen von unmittelbarer Relevanz der Bewertung der Sicherheit des Stoffes sowie gegebenenfalls die Analysemethoden. Im Übrigen hat der Antragsteller Gründe für die vertrauliche Behandlung der Informationen vorzulegen. Die Kommission entscheidet dann, welche Informationen vertraulich behandelt werden, und informiert den Antragsteller über ihre Entscheidung. Dieser kann, wenn ihm danach die von ihm gewünschte Vertraulichkeit nicht gewahrt erscheint, innerhalb einer Frist von drei Wochen seinen Antrag zurückziehen.

c) Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass mit einer Gemeinschaftsliste für Zusatzstoffe, Aromen und Enzyme das „Ende der Fahnenstange“ beim Verbotprinzip im stoffbezogenen Lebensmittelrecht erreicht wäre. Dafür gibt es mehr als deutliche

Anzeichen. So hat die EFSA schon vor einiger Zeit ein Papier vorgelegt, in dem ein System beschrieben wird, das ähnlich dem Konzept und dem Ziel der so genannten GRAS-Definition (Generally Recognized as Safe) aus den USA ist und sich auf den Einsatz von Mikroorganismen bei der Herstellung von Lebensmitteln bezieht.¹⁴ Dieses als QPS-System (Qualified Presumption of Safety) bezeichnete Verfahren soll ein qualifiziertes Bewertungssystem für *Mikroorganismen* schaffen und insoweit die Sicherheitsbewertung der Mikroorganismen innerhalb der Lebensmittelkette vereinheitlichen. Dabei sollen zunächst bei der Lebensmittelherstellung herkömmlich verwendete und bekannte Mikroorganismen, zum Beispiel Lactobazillen, einer einheitlichen Sicherheitsbewertung unterzogen werden, nämlich in erster Linie auf mögliche pathogene Varianten, auf möglicherweise erworbene Widerstandskräfte gegen Antibiotika (presence of acquired antibiotic resistance) und sogar unerwünschte Auswirkungen auf die Umwelt. Wenn sich danach keine Sicherheitsbedenken ergeben, würde der Mikroorganismus in eine Liste aufgenommen werden. Stoffe in dieser Liste würden dann keiner weiteren Zulassung bedürfen. Dies bedeutet umgekehrt, dass Mikroorganismen, die bei der Bewertung nach dem QPS-System „durchfallen“, später einem Zulassungsverfahren unterworfen werden sollen. Damit wäre eine weitere, im deutschen Recht, aber auch im Recht der anderen Mitgliedsstaaten bekannte Ausnahme vom Zusatzstoffverbot über kurz oder lang gefallen.

Damit bliebe als noch zu regelnder Bereich der der Verarbeitungshilfsstoffe. Auch wenn diese oder ihre Umwandlungsprodukte im Enderzeugnis definitionsgemäß keine technologische Wirkung mehr haben, und ihre technisch unvermeidbaren Rückstände selbstverständlich gesundheitlich unbedenklich sein müssen, ist dies naturgemäß nicht für jeden einzelnen Verarbeitungshilfsstoff durch eine neutrale Institution wie die EFSA wissenschaftlich untersucht. Soweit die EFSA hier entsprechende Kapazitäten frei hat, dürfte sie mit ihrer Bewertung in dem durch die BasisVO vorgegebenen Rahmen beginnen bzw. diese fortsetzen, so dass wir am Ende zu einer Positivliste von Verarbeitungshilfsstoffen gelangen werden.

d) Damit ergibt sich folgendes *Zwischenfazit*, was das Vordringen des Verbotsprinzips im Bereich der Rezepturgesetzgebung betrifft: Aus Sorge um die Sicherheit der Lebensmittel dürfen nicht nur neuartige Lebensmittel und –zutaten einschließlich neuer Zusatzstoffe nur verwendet werden, wenn sie vorab geprüft und für sicher befunden wurden. Auch bislang unter der Voraussetzung der vom Lebensmittelunternehmer selbst beurteilten Sicherheit frei verwendbare Stoffe, seien sie zu technologischen, seien sie zu ernährungsphysiologischen Zwecken eingesetzt, sollen nur noch verwendet werden dürfen, wenn sie nach Prüfung durch die EFSA weiterhin als sicher angesehen werden. Erklärtes Ziel ist es damit, dass Lebensmittel in nicht fer-

¹⁴ On a generic approach to the safety assessment of micro-organisms used in feed/food and feed/food production, A working paper open for comment; http://ec.europa.eu/food/fs/sc/scf/out178_en.pdf.

ner Zukunft nur noch dann gewerbsmäßig hergestellt und vermarktet werden dürfen, wenn ihre Zutaten ausdrücklich erlaubt sind.

2. Die Werbung für Lebensmittel betreffende Vorschriften

Auch bei den die Werbung regelnden Vorschriften greift das Verbotsprinzip weiter um sich.

a) Hier ist in erster Linie die *Health-Claims* Verordnung Nr. 1924/2006 zu nennen. Sie enthält eine Abkehr von dem bei grundsätzlicher Werbefreiheit bestehenden Missbrauchsprinzip im Lebensmittelrecht und führt mit einer Beschränkung der Zulässigkeit nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben auf die in einer Liste enthaltenen Angaben, die nur unter im einzelnen festgelegten bzw. festzulegenden Bedingungen benutzt werden können, zu einer Einführung des Verbotsprinzips. Bei so sensiblen Bereichen wie nährwert- und gesundheitsbezogener Werbung gegenüber Endverbrauchern wird also nur ein beschränkter Katalog von Äußerungen als zulässig angesehen bzw. Aussagen über Wirkungen eines Lebensmittels, die nicht in der EU-weiten Liste enthalten sind, von einem vorherigen Zulassungsverfahren abhängig gemacht. Das führt zu einer Abkehr zumindest von der alleinigen Verantwortung des Lebensmittelunternehmers für die Richtigkeit seiner Werbeaussagen.

Zwar wird danach auch in begrenztem Umfang eine Werbung mit Krankheitsbezug möglich sein, da vorgesehen ist, dass Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos zugelassen werden können. Neben der Beschränkung nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben auf ausdrücklich zugelassene Angaben kommen aber auch noch als zusätzliche Einschränkung die Nährwertprofile hinzu, die zu einem Totalverbot der Verwendung derartiger Aussagen führen können.

Dieser Paradigmenwechsel im Recht der Werbung für Lebensmittel ist im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens – der erste Entwurf der Verordnung sowie der parallel entwickelten und erlassenen Anreicherungsverordnung stammt bereits aus dem Jahre 2003 – heftig kritisiert worden¹⁵. Nicht alle Kritikpunkte sind ungehört verhallt; jedenfalls ist es bis zum endgültigen Erlass zu einigen Abschwächungen gekommen, die jedoch nichts an der Einführung des Verbotsprinzips im Bereich nährwert- und gesundheitsbezogener Werbung für Lebensmittel ändern.

Womit wird die Einführung des Verbotsprinzips vom Ordnungsgeber gerechtfertigt? Gesundheitsschutzerwägungen können es zumindest vordergründig nicht sein, da bekanntlich für Maßnahmen des Gesundheitsschutzes keine Gesetzgebungskompetenz für die Europäische Gemeinschaft besteht.¹⁶ In erster Linie wird die Gefahr von Beschränkungen des freien Warenverkehrs aufgeführt, wie sie durch Unter-

¹⁵ Vgl. z.B. von Danwitz, ZLR 2005, 201 ff.; Sosnitza, ZLR 2004, 1; Meisterernst, ZLR 2004, 43.

¹⁶ Vgl. dazu zuletzt EuGH, ZLR 2007, 337 – „Tabakwerbung II“.

schiede zwischen den nationalen Bestimmungen auftreten können.¹⁷ Bei den nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben sind dies unterschiedliche nationale Bestimmungen, die zweifellos bestanden haben. Dies begründet zunächst einmal nur Harmonisierungsbedarf. Zur Vermeidung einzelstaatlicher stärkerer Eingriffsmöglichkeiten, die sich bei einer nicht immer einheitlichen Umsetzung von Richtlinien, insbesondere aber auch bei der Anwendung des auf den Richtlinien beruhenden Rechts auftreten könnten, wird dafür nunmehr die unmittelbar geltende Verordnung bevorzugt.

Die Verhinderung von Handelshemmnissen allein kann aber das Verbotsprinzip noch nicht rechtfertigen, sofern es nicht in einzelnen Mitgliedsstaaten bereits gilt. Im Bereich der Werbung wird hierzu zusätzlich das Verbot der Irreführung herangezogen. Irreführende Werbung ist aber immer schon verboten gewesen. Bislang bestand sogar eher eine Tendenz gerade auf europäischer Ebene, Werbeaussagen individuell danach zu beurteilen, ob sie im konkreten Fall irreführend sind oder nicht. Auf diese Weise sind die gerade in den Rechtsordnungen der deutschsprachigen Mitgliedsstaaten enthaltenen speziellen Werbeverbote unabhängig von einer konkreten Irreführung nach und nach „gekippt“ worden. Beispielhaft erwähnt sei das Verbot des früheren Paragraphen 17 Abs. 1 Nr. 4 LMBG, also das praktisch einschränkungslose Verbot, mit Begriffen wie „naturrein“ zu werben, durch die d’Arbo-Entscheidung des EuGH¹⁸ und das EuGH-Urteil zum Schlankheitswerbeverbot im belgischen Recht¹⁹, das Auswirkungen auf die Interpretation des deutschen § 6 Abs. 1 Nährwertkennzeichnungsverordnung hat.

Einzelstaatliche Maßnahmen, welche die Verwendung gesundheitsbezogener Aussagen von einer vorherigen behördlichen Erlaubnis abhängig macht, hat der EuGH ebenfalls als mit der Warenverkehrsfreiheit nicht vereinbar angesehen.²⁰ Es ist daher heftig kritisiert worden, dass der Europäische Ordnungsgeber nunmehr selbst zu dem Mittel des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt gegriffen hat.²¹ Dass der Europäische Gesetzgeber zu Harmonisierungszwecken nicht selbst einschränkungslos die Warenverkehrsfreiheit beschränken kann, ist im Grundsatz anerkannt.²² Er unterliegt insofern den gleichen Beschränkungen wie die Mitgliedsstaaten, die aus den in Art. 30 EG genannten Gründen die Warenverkehrsfreiheit einschränkende Regelungen erlassen können. So wird indirekt doch und über die Verpflichtung zur Wahrung eines hohen

17 Vgl. Egr. 2.

18 ZLR 2000, 317.

19 ZLR 2004, 600.

20 Urteil vom 23.1.2003, C 221/00, LRE 45, 85.

21 Vgl. z. B. die Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Arznei- und Lebensmittelrecht, GRUR 2003, 770.

22 Vgl. von Danwitz, ZLR 2005, 201, 207 ff.

Schutzniveaus nach Art. 95 Abs. 3 EG der Schutz der Gesundheit der Verbraucher sowie vor ihrer Täuschung als Rechtfertigungsgrund für derartige Regelungen eingeführt.²³

Ob der Verordnungsgeber allerdings auch im europäischen Recht geltende Grundsätze wie den der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit beachtet hat, ist umstritten.²⁴ Der Verordnungsgeber selbst ist natürlich überzeugt davon, dass diese weitgehende Einschränkung der Handlungsfreiheit der Lebensmittelunternehmer durch Einführung abschließender Listen für nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bzw. eines Genehmigungsvorbehalts für gesundheitsbezogene Angaben verhältnismäßig ist, also der Schutzzweck der angeordneten Beschränkungen nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die weniger stark beeinträchtigen.²⁵ Auch wenn die dagegen geäußerten Bedenken durchaus verständlich sind, sei die Prognose erlaubt, dass der EuGH den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht als verletzt ansehen wird, falls in einem vor diesem Gericht geführten Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Verordnung bzw. einzelner in ihr enthaltener Bestimmungen geprüft wird. Maßgeblich für diese Einschätzungen ist bisherige Entscheidungspraxis des EuGH, wie sie etwa in den Entscheidungen über die Gültigkeit der Nahrungsergänzungsmittelrichtlinie²⁶ und der Tabakwerbungs-Richtlinie²⁷ zum Ausdruck gekommen ist. Zwar hatte der EuGH die ursprüngliche Fassung der Tabakwerbungsrichtlinie für nichtig erklärt. Nach Vornahme geringfügiger Änderungen, insbesondere aber der Klarstellung der Reichweite des Verbots durch die beteiligten Institutionen hat er aber jüngst die Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland abgewiesen. Das letztgenannte Urteil ist ein gutes Beispiel dafür, wie gemeinschaftsweite Verbote sogar ohne Möglichkeit einer Erlaubnis im wesentlichen auf das Bestehen unterschiedlicher Regelungen in den Mitgliedsstaaten und den daraus resultierenden Harmonisierungsbedarf gestützt werden.²⁸

Problematischer ist dagegen wohl die mangelnde Bestimmtheit einiger Vorschriften der Health-Claims Verordnung. Besonders gerügt wird Art. 4, der die Erstellung der Nährwertprofile betrifft, denen ein Lebensmittel entsprechen muss, damit überhaupt nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben verwendet werden dürfen. Zum einen werden die zu berücksichtigenden, das Nährwertprofil möglicherweise negativ beeinflussenden Nährstoffe und Substanzen wie Fett, gesättigte Fettsäuren, Trans-Fettsäuren, Zucker und Salz bzw. Natrium lediglich beispielhaft aufgeführt. Zum anderen werden in Abs. 5 keine näheren Kriterien für eine spätere mögliche Erweiterung des

23 Vgl. dazu von Danwitz a.a.O., S. 214.

24 Z.B. von Danwitz a.a.O., S. 210 ff., 220 f.

25 Egr. 36.

26 Urteil vom 12.7.2005, C-154/04 und C-155/04, ZLR 2005, 591.

27 Urteil vom 5.10.2000, C 376/99, ZLR 2000, 874 und Urteil vom 12.12.2006, C 380/03, ZLR 2007, 337.

28 Vgl. di Fabio, ZLR 2003, 163, 168.

Katalogs von Lebensmitteln angegeben, bei denen keine gesundheitsbezogenen Angaben gemacht werden dürfen. Dies sind bislang nach Abs. 3 lediglich Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 %²⁹.

b) Trotz der weiterhin vorhandenen und wohl auch berechtigten Kritik an dem Regelungsansatz sowie der konkreten Ausprägungen der Health-Claims Verordnung erscheint das Umsichgreifen des Verbotsprinzips auch im Bereich der Werbung für Lebensmittel kaum noch aufzuhalten zu sein. Einerseits ist die Harmonisierung und die Rechtssicherheit im Bereich der zugelassenen nährwertbezogenen Angaben zu begrüßen. Die neuen Regelungen erlauben dem Werbungtreibenden in einigen Bereichen sogar mehr als bisher. Zu nennen sind etwa die Beispiele „zuckerfrei“ und „fettfrei“. Andererseits ist der dafür zu zahlende Preis jedoch zu hoch: Nicht ausdrücklich zugelassene, jedoch zutreffende nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben werden verboten sein. Das bei gesundheitsbezogenen Angaben mögliche Antragsverfahren wird im Zweifel sehr viel länger dauern als in der Verordnung vorgesehen.

Im Unterschied zu den geplanten Regelungen im Bereich der Rezepturgesetzgebung geht das mit der HCVO begründete Regime des Verbotsprinzips sogar weiter: seit Mitte des Jahres könnten, je nach Interpretation der insoweit unklaren Übergangsregelungen, viele bislang erlaubte Werbeaussagen zunächst einmal verboten sein, bis sie eventuell nach Zulassung wieder erlaubt werden. Dagegen greifen die meisten geplanten Verbote etwa im Bereich Aromen, Enzyme und Mikroorganismenkulturen erst nach einer Sicherheitsbewertung und der sich daran anschließenden Aufstellung von Positivlisten.

V. Chancen und Risiken des Verbotsprinzips

Gibt es auch Vorteile einer Ausweitung des Verbotsprinzips im Lebensmittelrecht allgemein?

Positiv könnte zu bewerten sein, dass mehr Rechtssicherheit und damit auch mehr Planungssicherheit für den Lebensmittelunternehmer geschaffen wird. Man weiß, was erlaubt und verboten ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Bedingungen für die Ausnahmen von den Verboten klar geregelt sind und die Verbote verhältnismäßig sind, also die Handlungsfreiheit nicht stärker belasten als dies zur Erreichung der vorrangigen Ziele im Lebensmittelrecht, wie sie in der Basisverordnung niedergelegt sind, notwendig sind.

Das Problem beginnt aber damit, dass die bestehenden Regelungen die gewünschte Rechtssicherheit nur zu einem geringen Teil liefern. Es werden viele Verfahren und Modalitäten im Zusammenhang mit der Einführung von zusätzlichen Verboten bzw.

²⁹ Vgl. dazu näher von Danwitz, ZLR 2005, 201, 221f.

von Ausnahmen von diesen Verboten aufgezeigt. Deren Sinn erschließt sich nicht immer, so dass, wie *Hagenmeyer* in einer Publikation zur Neuregelung des Zusatzstoffregimes es getan hat, die Frage aufgeworfen werden kann, ob nicht „legislation for legislator's sake“ betrieben wird.³⁰

Die ganzen Verfahren, etwa betreffend die Mitwirkungspflichten der Mitgliedsstaaten und der Lebensmittelunternehmer, der Risikobewertung durch die EFSA, aber auch die danach zu treffenden Entscheidungen durch die Kommission mögen von der Intention getragen sein, dass am Ende etwas Gutes und Sicheres herauskommt, und zwar im doppelten Sinne: Sowohl sichere Lebensmittel für den Verbraucher, als auch Rechtssicherheit für den Rechtsunterworfenen. Die erlassenen oder geplanten Vorschriften enthalten allerdings so viele „Stellschrauben“, deren Funktionsweise nicht immer klar ist und an denen zu viele in verschiedenen Richtungen drehen können. Viele Unbestimmtheiten, insbesondere bei den Prüfungskriterien und -verfahren bei Anträgen auf neue Zusatzstoffe, Werbeaussagen etc. machen weder berechenbar, mit welchem Ergebnis noch wann die Entscheidung über eine Zulassung bzw. Ausnahme getroffen wird. Dass dies länger sein kann als in den Regelungen vorgesehen, zeigt die Erfahrung in anderen Bereichen, wie etwa der Novel Food Verordnung.³¹

Ob der Verbraucher davon profitiert, muss bezweifelt werden. Eine absolute Sicherheit beim Verzehr von Lebensmitteln wird auch bei einem Vorherrschen des Verbotsprinzips nicht gewährleistet werden können.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Das Vordringen des Verbotsprinzips im Lebensmittelrecht durch europäisches Sekundärrecht erscheint unaufhaltsam. Zur Rechtfertigung zieht der europäische Gesetzgeber in erster Linie einen Harmonisierungsbedarf heran, der in weiten Bereichen tatsächlich besteht. Zur Ermöglichung gerade des freien Verkehrs mit sicheren und bekömmlichen Lebensmitteln und der Wahrung des hohen Schutzniveaus werden nicht mehr nur Rahmenbedingungen für die Sicherheit von Lebensmitteln und zur Verhinderung von Täuschung über die Wirkung von Lebensmitteln gesetzt, sondern die Verwendung vieler Stoffe und Werbeaussagen zunächst einmal verboten, sofern sie nicht ausdrücklich erlaubt sind.

Die Gefahr, dass bei diesem Umsichgreifen des Verbotsprinzips nicht mehr in jedem Einzelfall die Rechtfertigung der Einschränkung der Handlungsfreiheit geprüft wird, wird größer. Verhältnismäßigkeitsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz laufen Gefahr, immer häufiger missachtet zu werden. Die Innovationsfreude der Lebensmit-

³⁰ EFFL 2006, 295, 301.

³¹ Vgl. *Schroeter*, ZLR 2005, 191, 197.

telwirtschaft dürfte gehemmt werden, wenn selbst die zulassungsfreie Verwendung von Mikroorganismenkulturen oder Verarbeitungshilfsstoffen abgeschafft wird und langwierige Zulassungsverfahren zu erwarten sind. Das gleiche Innovationshindernis besteht auch dann, wenn die Werbung für etwaige Vorteile eines Lebensmittels für das gesundheitliche Wohlbefinden von einer vorherigen und langwierigen Prüfung durch zuständige EU-Organen nach Kriterien, die nicht klar durchschaubar sind, abhängig gemacht wird. Damit sind letztlich auch die Vorteile für den Verbraucher fraglich.

Summary

Since Regulation (EC) No. 178/2002 has come into force there is a clear development in German food regulatory law from the governing principle of the prevailing responsibility of the food business operator for the composition and advertising of the foodstuff marketed by him to the principle that only those dealings are allowed that are expressly permitted by law. Recent examples are the addition of vitamins, minerals and certain other substances to food and the intention to regulate not only the food additives but also enzymes and flavouring substances by creating positive lists. Even technical aids shall become regulated that way after a safety evaluation carried out by the EFSA. In addition, the use of nutritional and health related claims is only allowed if these claims are (or will be) permitted under Regulation (EC) No. 1924/2006. The article identifies those developments highlighting some details of the EU-Regulations but also discusses advantages and disadvantages of a highly regulated food law. It comes to the conclusion that a tendency to disregard the principles of proportionality and certainty inheres in an over-regulation.