

Deutsche Vereinigung  
für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht  
Hohenstaufenring 30-32 • 50674 Köln

Sitz Berlin  
Hauptgeschäftsstelle Köln

Europäische Kommission  
z.Hd. Mr. Patrick Deboiser  
DG Sanco  
Rue Froissart 101

B-1040 Brüssel

50674 Köln, den **08.12.2003**  
Hohenstaufenring 30-32  
Telefon (0221) 650 65-151  
Telefax (0221) 650 65-205  
e-mail: office@grur.de  
www.grur.de

Unser Zeichen: **DD554778/1**  
(Bei der Antwort bitte angeben)

**Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben in Bezug auf Lebensmittel (Vorschlag für eine Verordnung KOM(2003) 424 endgültig) vom 16.7.2003**

**- Zweite Stellungnahme -**

Sehr geehrter Herr Deboiser,

die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR ist eine interessenunabhängige wissenschaftliche Vereinigung, die in Gesetzesvorhaben gleichermaßen wissenschaftlichen Sachverstand wie praktische Erfahrungen aus der Beratungs- und Gerichtspraxis einzubringen sucht. Der GRUR-Fachausschuß für Arznei- und Lebensmittelrecht hält den von der Generaldirektion SANCO erarbeiteten Entwurf des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Verordnung über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben in Bezug auf Lebensmittel (KOM(2003) 424 endgültig – nachfolgend VO-E genannt) für verfehlt und zwar insbesondere aus ordnungspolitischen, gemeinschaftsrechtlichen, Verbraucherschutzpolitischen und gesetzestechnischen Gründen.

Im Hinblick darauf, daß sich die erste Stellungnahme des Ausschusses auf einen Vorwurf der Verordnung bezog, erfolgt eine Überarbeitung und Ergänzung.

## **Kurzzusammenfassung:**

### **I. Unvereinbarkeit mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht**

- (1) Das Regelungsinstrument einer Verordnung verstößt gegen das in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag verankerte Subsidiaritätsprinzip und das in Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag festgeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie gegen die Verpflichtung der Kommission, sich vorrangig des Regelungsinstruments der Richtlinie zu bedienen.
- (2) Es findet ein Paradigmenwechsel statt: von einer nachträglichen staatlichen Kontrolle von gesundheitsbezogenen Angaben – in vielen Mitgliedsländern verbunden mit Selbstkontrollmaßnahmen der Wirtschaft - zu einem Mischsystem von pauschalen Verboten und einem präventiven Genehmigungsverfahren auf Gemeinschaftsebene. Hierin liegt ein schwerwiegender Eingriff in das auf europäischer Ebene geschützte Recht der freien Verbreitung von Meinungen und Informationen sowie das Recht auf ungehinderten Zugriff auf Informationen. Das durch Art. 153 EG-Vertrag garantierte Recht des Verbrauchers auf Information wird verletzt und nachhaltig eingeschränkt.
- (3) Ein präventives Genehmigungsverfahren für gesundheitsbezogene Angaben ist u.a. deshalb unverhältnismäßig, weil dieses nicht geeignet ist, das Informationsinteresse der Verbraucher zu fördern, und ein hinreichender Schutz durch das Irreführungsverbot für gesundheitsbezogene Angaben in Art. 2 Abs. 1 lit. a) und b) der Richtlinie 2000/13/EG (vormals Richtlinie 79/112) gewährleistet wird.
- (4) Wenn die Kommission gemäß Art. 4 Abs. 1 VO-E die Erstellung von Nährwertprofilen einfordert, so betreibt sie hierdurch die Unterscheidung in gute und schlechte Lebensmittel, d.h. eine konkrete Gesundheitspolitik, ohne hierfür eine Zuständigkeit zu besitzen (Art. 152 Abs. 4 EG-Vertrag).

### **II. Ordnungspolitische Bedenken – Inkohärenz der Kommissionsaktivitäten**

- (1) Die Kommission setzt sich mit diesem Entwurf in Widerspruch zu ihrer ansonsten vertretenen Rechtsauffassung, vertreten etwa im Hinblick auf vergleichbare österreichischen Regelungen in den Verfahren C-221/00, C-421/00, C-426/00 und C-16/01, der sich der EuGH in seinen Urteilen vom 23.01.2003 umfassend angeschlossen hat. Diese Rechtsauffassung besagt, daß formalisierte absolute Werbeverbote, die bestimmte werbliche Angaben unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt

und einer konkreten Gefährdungslage untersagen, unter Verhältnismäßigkeitsaspekten sehr kritisch zu sehen sind.

- (2) Eine Schlechterbehandlung von Lebensmitteln im Verhältnis zu Arzneimitteln hinsichtlich der Anforderungen an den wissenschaftlichen Nachweis werblicher Behauptungen ist sachlich nicht gerechtfertigt.
- (3) Das Verfahren zur Registrierung einer gesundheitsbezogenen Angabe ist technisch und finanziell so aufwendig und zeitraubend ausgestaltet, daß es wirtschaftlich vertretbar nur von Unternehmen der Großindustrie bezüglich einzelner Produkte durchgeführt werden kann. Es verstößt damit gegen das Gebot wirtschaftlicher Chancengleichheit und ist innovationsfeindlich.
- (4) Für die Notwendigkeit der Einführung von Nährwertprofilen gibt es keine hinreichend gesicherte wissenschaftliche Grundlage.
- (5) Sowohl die Unterteilung in unter Nährwertprofilaspekten gute und schlechte Lebensmittel als auch die weitreichenden formalisierten Werbeverbote widersprechen dem europäischen Verbraucherleitbild, das auf den wirtschaftsmündigen Bürger abstellt, d.h. den informierten und informationssuchenden, aufmerksamen und kritischen Verbraucher. Dieses Verbraucherleitbild ist ansonsten Grundlage der Politik der Kommission und wird in ständiger Rechtsprechung von dem EuGH vertreten.

### **III. Legislatorische, handwerkliche Mängel**

- (1) Die legislatorische Handlungsform der Verordnung wird systemwidrig dazu eingesetzt, in wesentlichem Umfang eine Rechtsvereinheitlichung durch Verdrängung nationalen Rechts herbeizuführen, obwohl dieses bereits durch die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinienvorgaben harmonisiert und geprägt ist.
- (2) Durch die Einbeziehung verschiedener Richtlinienbestimmungen in die Verordnung erhalten deren Bestimmungen einen janusköpfigen Charakter und werden hierdurch eine nachhaltige Rechtsunsicherheit auslösen.

- (3) Die legislatorisch-handwerkliche Qualität des Entwurfs läßt vielfach zu wünschen übrig. So ist u. a. das Verhältnis „impliziter gesundheitsbezogener“ Angaben zu spezifischen gesundheitsbezogenen Angaben unklar. Unklar ist auch, welchen Schutzzumfang die Aufnahme einer erlaubten Werbebehauptung in das Register haben wird (Erstreckung auch auf sinngemäße oder erläuternde Angaben und vergleichbare Angaben in anderen Sprachen?). Allzu vage, unbestimmt sind einige generalisierende Tatbestandsmerkmale wie „psychologische Funktion oder Verhalten“ und „normale Körperfunktion“. Auch der Inhalt der geplanten Nährwertprofile bleibt derzeit noch völlig unbestimmt.

#### **IV. TBT-Abkommen**

Schließlich ist der Entwurf abzulehnen, weil er geeignet ist, entgegen Art. 2 Abs. 2 des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen) neue Handelshemmnisse im Verkehr mit Lebensmitteln im Verhältnis zu Drittländern zu errichten.

#### **A. Allgemeines**

Die Generaldirektion SANCO der Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat einen Entwurf des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben in bezug auf Lebensmitteln vorgelegt. Zu dem früheren Arbeitsdokument (Sanco/1832/2002) hat der GRUR Fachausschuß für Arznei- und Lebensmittelrecht bereits im Sommer dieses Jahres Stellung genommen. Die Überarbeitung des Arbeitsdokuments zum Verordnungsentwurf in seiner endgültigen Fassung (KOM(2003) 424 endgültig) legt eine Überarbeitung dieser Stellungnahme nahe.

#### **B. Ziele des Verordnungsentwurfs**

Primäres Ziel des Verordnungsentwurfs ist der Erlass von Gemeinschaftsregeln für die Verwendung von nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben in bezug auf Lebensmittel im Sinne einer sachdienlichen und angemessenen Kennzeichnung und zwar vorrangig zum Schutz des Informationsinteresses des Verbrauchers. Damit soll eine ordnungsgemäße Verwendung von Lebensmitteln gewährleistet

werden. Auch sollen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften über Angaben und die Bedingungen für ihre Verwendung harmonisiert werden, die den freien Warenverkehr behindern können (Erwägungsgründe 1 - 3).

Für gesundheitsbezogene Angaben soll ein einheitliches Genehmigungsverfahren auf Gemeinschaftsebene unter Einschaltung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit geschaffen und ein öffentliches Register genehmigter Aussagen eingerichtet werden.

### **C. Inhalt des Verordnungsentwurfs**

Der Verordnungsentwurf befaßt sich neben nährwertbezogenen Angaben vor allem auch mit gesundheitsbezogenen Angaben auf Lebensmitteln. Nach Art. 2 Nr. 5 VO-E ist der Begriff der gesundheitsbezogenen Angabe definiert als jegliche Angabe, die erklärt, suggeriert oder mittelbar zum Ausdruck bringt, daß ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder seinen Bestandteilen einerseits und der Gesundheit andererseits besteht.

Auf Art. 10 VO-E aufbauend, wonach zulässige gesundheitsbezogene Angaben zukünftig nur noch solche Angaben sind, die von der Gemeinschaft gebilligt wurden und in Übereinstimmung mit dem Verordnungsentwurf stehen, sieht Art. 11 Abs. 1 lit. a VO-E darüber hinaus ein generelles Verbot „impliziter“ gesundheitsbezogener Angaben vor. Potentiell zulassungsfähige gesundheitsbezogene Angaben sind nach den Art. 14 ff. VO-E einem aufwendigen, komplexen Zulassungsverfahren unterworfen, an dessen Ende jede einzelne zu beantragende Aussage erst durch endgültige Entscheidung zugelassen, im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft veröffentlicht und anschließend in ein Register aufgenommen werden muß.

Zwar untersagt die RL 2000/13/EG über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, einem Lebensmittel Eigenschaften zur Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuzuschreiben oder auf diese Eigenschaften hinzuweisen. Die Kommission verkennt jedoch die Bedeutung des nun vorliegenden VO-Vorschlags, wenn in Erwägungsgrund Nr. 3 lediglich davon die Rede ist, daß die „vorliegende Verordnung (...) die allgemeinen Grundsätze der Richtlinie 2000/13/EG ergänzen“ solle. Tatsächlich

führt die vorgesehene Verordnung zu einem Paradigmenwechsel, da das bisherige System der nachträglichen staatlichen Einzelfall-Kontrolle von gesundheitsbezogenen Angaben – in vielen Mitgliedsstaaten verbunden mit Selbstkontrollmaßnahmen in der Wirtschaft - aufgegeben und zu einem Mischsystem von pauschalen Verboten und einem präventiven Genehmigungsverfahren auf Gemeinschaftsebene übergegangen wird.

#### **D. Grundsätzliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Meinungs- und Informationsfreiheit**

Gegen das System eines generellen Verbots jeglicher gesundheitsbezogener Angaben in Verbindung mit einem Zulassungsverfahren auf Gemeinschaftsebene für danach noch erlaubte Aussagen bestehen bereits als solches, unabhängig von weiteren Kritikpunkten in bezug auf einzelne Regelungen, sowohl aus verfassungs- als auch gemeinschaftsrechtlicher Sicht erhebliche Bedenken. Diese Bedenken rühren nicht nur daher, daß mit dem im Verordnungswege herbeigeführten Paradigmenwechsel gegen das in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag verankerte Subsidiaritätsprinzip und gegen die Verpflichtung der Kommission verstoßen wird, sich vorrangig des Rechtsinstruments der Richtlinie statt der Verordnung zu bedienen.<sup>1</sup> Vor allem führt ein System des generellen Aussageverbots mit Zulassungsverfahren zu einem massiven Eingriff in Grundrechtspositionen sowohl der werbenden Unternehmen als auch der Abnehmer als Werbeadressaten und Informationsempfänger. Hersteller und Händler werden in ihrer Meinungsfreiheit getroffen, wenn sie zukünftig nicht mehr im gleichen Umfang wie bisher gesundheitsbezogene Angaben über die angebotenen Lebensmittel machen können. Spiegelbildlich dazu sind die Verbraucher in ihrer Informationsfreiheit beeinträchtigt, weil ihnen Informationsquellen im Zusammenhang mit dem Kauf von Lebensmitteln abgeschnitten werden, die ihnen bisher zur Verfügung standen.

#### **I. Der Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit**

Das Rechtsgut der Meinungs- und Informationsfreiheit wird auf verschiedenen Ebenen, durch das nationale Verfassungsrecht, die allgemeinen Rechtsprinzipien

---

<sup>1</sup>

Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Ziff. 6, S. 3, ABl. 1997 Nr. C 340/105 ff.; Erklärung Nr. 4 zu Art. 95 (ex-Art. 100 a) des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Erklärungen zur Schlußakte der Einheitlichen Europäischen Akte).

des Gemeinschaftsrechts sowie durch die Europäische Menschenrechtskonvention geschützt.

## 1. Gemeinschaftsrecht

Die freie Verbreitung von Meinungen und Informationen und der ungehinderte Zugriff auf diese wird auch durch das Gemeinschaftsrecht geschützt. Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts gebunden ist.<sup>2</sup> Hierzu zählen zum einen die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, zum anderen die Europäische Menschenrechtskonvention. Auch wenn diese keine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit gegenüber der Gemeinschaft besitzt, sind die dort niedergelegten Grundsätze gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV von den Gemeinschaftsorganen zu beachten. Nach Art. 10 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Geschützt wird das Recht der Freiheit der Meinung sowie die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten. Schon der Wortlaut zeigt, daß Tatsachenäußerungen ebenso wie reine Meinungskundgaben geschützt werden.<sup>3</sup> In den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 EMRK sind auch kommerzielle Informationen generell miteinbezogen. Davon geht nicht nur die Menschenrechtskommission aus,<sup>4</sup> auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bejaht dies seit der Entscheidung „markt intern“ von 1989.<sup>5</sup> Der Schutz kommerzieller Informationen durch das Gemeinschaftsrecht spiegelt sich auch in der jüngst proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union wider. Zwar entfaltet die Proklamation von Nizza keine unmittelbare Rechtswirkung, doch darf der EuGH bei dem ihm nach Art. 6 Abs. 2 EUV zugewiesenen Auftrag, die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zu ermitteln, den in der Charta festgeschriebenen Konsens nicht ignorieren.<sup>6</sup> In Art. 52 Abs. 3 der Charta wird ausdrücklich klargestellt, daß die in Art. 11 der Charta statuierte Frei-

---

<sup>2</sup> EuGH, Slg. 1964, 1251 ff. – *Costa/ENEL*; Slg. 1979, 3727 ff. – *Lieselotte Hauer* u. a.; Slg. 1989, 2859 ff. – *Hoechst AG/Kommission* (EuGH-Entscheidung Brenner-Blockade); *Engel*, ZUM 2000, 978 m. w. N.; *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999; *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993.

<sup>3</sup> *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Art. 10 Rdnr. 5.

<sup>4</sup> E 7805/77; DR16, 68 (73).

<sup>5</sup> EGMR, EuGRZ 1996, 302; vgl. auch EGMR, Ser. A Nr. 178, Ziff. 47; Nr. 173, Ziff. 55; Nr. 285 (A), Ziff. 37, 51; zuletzt Urt. v. 28.6.2001 (VGT Verein gegen Tierfabriken); ebenso *Schorkopf*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 14 Rdnr. 64; *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Art. 10 Rdnr. 9; *Viliger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, § 26 Rdnr. 614.

<sup>6</sup> ABl. C 364 v. 18.12.2002; *Hilf*, Charta der Grundrechte der EU, Sonderbeilage zu NJW 2000, S. 6; vgl. auch *Callies*, in: Ehlers (Fn. 4), § 19 Rdnr. 28; *Walter*, in: Ehlers (Fn. 4), § 1 Rdnr. 32; *Grabenwarter*, DVBl 2001, 1, 11 f.; *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 2 Rdnr. 12.

heit der Meinungsäußerung sowie die Informationsfreiheit sachlich dem Schutzbereich von Art. 10 EMRK entspricht.

Nach Art. 153 Abs. 1 EG-Vertrag leistet die Gemeinschaft zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus einen Beitrag zur Förderung des Rechts der Verbraucher auf Information.<sup>7</sup> Dieses Ziel verfolgt auch die Verordnung, verfehlt es jedoch vollständig durch die umfassenden Verbote der Art.10 und 11 Abs. 1 VO-E und verneint damit im Ergebnis das garantierte Recht des Verbrauchers auf richtige und zutreffende Informationen. Dem informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher – Maßstab der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für eine etwaige Irreführungseignung einer Werbung – wird damit die Fähigkeit abgesprochen, inhaltlich zutreffende Angaben richtig zu verstehen und eine für ihn sachgerechte Wahl zu treffen.

## **2. Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz**

Dieser gemeinschaftsrechtliche Befund deckt sich im Ansatz mit der verfassungsrechtlichen Analyse am Maßstab des deutschen Grundgesetzes. Unter der Geltung des Grundgesetzes ist der Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG auch der Vermittlung sachlicher produktbezogener Information nicht von vornherein verschlossen. Trotz des - vordergründig nur schwer zu überwindenden terminologischen - Gegensatzes zwischen subjektiven Meinungsäußerungen einerseits und objektiven Tatsachenmitteilungen andererseits besteht heute ein weitgehender Konsens darüber, daß beide Formen von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sind. Das Bundesverfassungsgericht bejaht eine Einbeziehung von Tatsachenbehauptungen, weil und wenn diese Voraussetzungen der Bildung von Meinungen sind.<sup>8</sup>

Auch der Umstand, daß die betreffenden Angaben zumindest auch von einer Absatzförderungsabsicht getragen werden, steht dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG nicht entgegen. Spätestens mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Sachen „Benetton“ ist anerkannt, daß auch Werbeäußerungen kommer-

---

<sup>7</sup> Dazu *Gorny*, EFLR 1998, 373 ff.

<sup>8</sup> BVerfGE 54, 208, 219; 61, 1, 8; 85, 1, 15; BVerfG, GRUR 1992, 866, 870 – *Hackethal*.

zieller Unternehmen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen können.<sup>9</sup> Vordergründig hat das Verfassungsgericht in diesen Entscheidungen zwar den Maßstab der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG angelegt, weil Gegenstand des zugrunde liegenden Verfahrens ein Wettbewerbsverstoß eines Presseorgans durch Abdruck einer Benetton-Anzeige gewesen ist. Da das Bundesverfassungsgericht jedoch inzident zugleich auch die Meinungsfreiheit des kommerziell werbenden Unternehmens prüfte, kann kein Zweifel daran bestehen, daß auch werbliche Äußerungen von Unternehmen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit einbezogen sind.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt daneben auch das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Dieses Individualgrundrecht wird als eine zentrale Voraussetzung für eine freie und möglichst gut informierte demokratische Öffentlichkeit angesehen. Geschützt wird der gesamte Prozeß des Sich-Informierens von der schlichten Entgegennahme einer Information bis hin zum aktiven Beschaffen von Information. Grundrechtlichen Schutz genießen auch die Methoden der Informationsbeschaffung, wie etwa der Bezug von (in- oder ausländischen) Zeitungen, das Hören von Rundfunksendern oder der Empfang von Rundfunk-Satelliten einschließlich der Beschaffung und Nutzung der dafür erforderlichen technischen Anlagen. Als allgemein zugänglich ist eine solche Informationsquelle anzusehen, die technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d.h. einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen. Hierzu zählen die traditionellen Massenmedien (Presse, Rundfunk, Fernsehen und Film) ebenso wie Ausstellungen, Flugblätter, Handzettel, Litfaßsäulen, Plakattafeln und Inschriften. Daraus ergibt sich, daß auch die staatliche Beschränkung des Zugangs zu produktspezifischen Informationen eine Einschränkung des grundrechtlich geschützten Informationsinteresses des Verbrauchers bewirken kann und daher einer verfassungsrechtlich hinreichenden Rechtfertigung bedarf.

## **II. Schranken der Meinungs- und Informationsfreiheit**

Es bedarf keiner näheren Erläuterung, daß die Meinungs- und Informationsfreiheit weder nach europäischem Gemeinschaftsrecht noch nach deutschem

<sup>9</sup>

BVerfGE 102, 347 ff. – *Benetton-Werbung I*; BVerfG, GRUR 2003, 442 ff. – *Benetton-Werbung II*.

Verfassungsrecht schrankenlos gewährleistet wird. Der in der Begründung des Verordnungsentwurfs angeführte Schutz des Verbrauchers vor „verwirrenden und irreführenden“ gesundheitsbezogenen Angaben<sup>10</sup> stellt daher dem Grundsatz nach eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung im Sinne von Art. 52 Abs. 1 EU-Charta dar. Es ist jedoch zu beachten, daß die Freiheit des europäischen Gesetzgebers, Einschränkungen der in der EU-Charta garantierten Rechte vorzunehmen, ihrerseits nicht schrankenlos gewährt wird. Vielmehr stellt Art. 52 Abs. 1 EU-Charta alle Freiheitsrechte einheitlich unter die Garantie von Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeit. Sie lehnt sich damit an eine Formulierung an, die sich vielfach auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention findet.<sup>11</sup>

Des weiteren wurzelt der die Gemeinschaftsorgane bindende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch in den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Unabhängig von den verschiedenen dogmatischen Ableitungen<sup>12</sup> steht der normative Geltungsanspruch des Verhältnismäßigkeitsprinzips außer Streit und gehört zum gesicherten „*acquis communautaire*“ des Gemeinschaftsrechts. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfen die von einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung eines weiten Ermessens zur Erreichung des verfolgten Zieles nicht offensichtlich ungeeignet sein und nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehen.<sup>13</sup> Somit müssen sich die Regelungsvorschläge in dem Verordnungsentwurf insbesondere daran messen lassen, ob sie verhältnismäßig, das heißt also notwendig sind, um den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen tatsächlich zu entsprechen.

## 1. Zum Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs von besonderem Interesse, die sich zur Frage der Vereinbarkeit von nationalen Regelungen

---

<sup>10</sup> S. unter Ziff. 28.

<sup>11</sup> S. hierzu näher *Engel*, ZUM Sonderheft/2000, 975, 993.

<sup>12</sup> Zu den verschiedenen Auffassungen – Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip/der wertenden Rechtsvergleichung/durch Deduktion aus den Vertragsbestimmungen – s. im einzelnen *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 1988, Band 2, S. 692 ff.

<sup>13</sup> Vgl. zuletzt EuGH, Slg. 2002-I, 6453, Tz. 59 – *Käserei Champignon Hofmeister*; EuZW 2003, 107, 109, Tz. 122 – *British American Tobacco*, jeweils m. w. N.

mit europäischem Recht verhält, die als abstrakte Gefährungsdelikte bestimmte Werbeaussagen unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt und einer konkreten Gefährungslage untersagen. In jüngster Zeit hatte der Gerichtshof Gelegenheit, die Gemeinschaftskonformität nationaler Regelungen zu bewerten, die inhaltliche Parallelen zu den in dem Verordnungsentwurf unterbreiteten Vorschlägen aufweisen.

- a) An erster Stelle ist hier das Urteil des Gerichtshofs Linhart/Biffi in der Rechtssache C-99/01 vom 24.10.2002<sup>14</sup> zu nennen. In dieser Entscheidung ging es um die Gemeinschaftskonformität einer österreichischen Regelung, nach der es verboten ist, kosmetische Mittel unter Bezugnahme auf Angaben, die sich auf die Verhütung, Linderung oder Heilung von Krankheiten oder Krankheitssymptomen oder auf physiologische oder pharmakologische, insbesondere jungerhaltende, Alterserscheinungen hemmende, schlankmachende oder gesunderhaltende Wirkungen beziehen oder den Eindruck einer derartigen Wirkung erwecken, in den Verkehr zu bringen. Lediglich auf Antrag können gesundheitsbezogene Angaben für kosmetische Mittel durch ministerielle Erlaubnis zugelassen werden, wenn dies mit dem Schutz der Verbraucher vor Täuschung vereinbar ist.<sup>15</sup> Der Beschwerdeführer in dem Vorlageverfahren hatte eine Seife mit der Angabe „dermatologisch getestet“ in den Verkehr gebracht. Der Gerichtshof mußte im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens darüber befinden, ob die österreichische Regelung, die eine solche Angabe grundsätzlich verbietet und nur auf ministerielle Einzelfallerlaubnis hin zuläßt, mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht.

Dies wurde von dem EuGH verneint. In der Begründung stellt der Gerichtshof – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine Entscheidungen Clinique,<sup>16</sup> Unilever<sup>17</sup> und Estée Lauder<sup>18</sup> – maßgeblich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ab. Bei der Bewertung der Gefahren für die Verbraucher einerseits und der Erfordernisse des freien Warenverkehrs andererseits sei aufgrund des hier anwendbaren Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die mutmaßliche Erwartung eines durch-

---

14 Erhältlich unter <http://curia.eu.int>.

15 § 9 i.V.m. § 26 Österreichisches LMG.

16 EuGH, Slg. 1994, I-330 ff.

17 EuGH, Slg. 1999, I-431 ff.

18 EuGH, Slg. 2000, I-117 ff.

schnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen, sofern ein Irrtum über die Eigenschaften des Produktes nicht gesundheitsgefährdend sei.<sup>19</sup> Die in Frage stehende Angabe „dermatologisch getestet“ könne jedoch lediglich die Vorstellung wecken, daß das Mittel „gut verträglich“ oder zumindest „unschädlich“ sei. Ob dies tatsächlich zutrefte, könne von den nationalen Behörden überwacht werden. Wenn jedoch eine derartige Angabe nicht irreführend sei, seien die Mitgliedstaaten nicht berechtigt, Maßnahmen zu ergreifen, die ein Inverkehrbringen des Kosmetikums mit einer derartigen Angabe beschränken. Deshalb sei auch das Erfordernis des Einholens einer vorherigen ministeriellen Genehmigung gemeinschaftswidrig. In gleichem Sinne hatte der Gerichtshof bereits zuvor in der Rechtssache Unilever<sup>20</sup> entschieden, daß ein Genehmigungserfordernis für die gesundheitsbezogene Bewerbung einer Zahncreme („Vorsorge gegen die Entstehung von Parodontose und Verhinderung der Bildung von Zahnstein“) unverhältnismäßig sei, da eine hinreichende Kontrolle dadurch erfolgen könne, daß entsprechend Art. 6 der RL 84/450/EWG vom Werbenden im Streitfall der Nachweis der Richtigkeit der Angabe verlangt werde.

- b) Besonders aufschlußreich sind in der Rechtssache Linhart/Biffi die Schlußanträge des Generalanwalts Geelhoed vom 07.03.2002,<sup>21</sup> der dort auf die strengen Anforderungen hinweist, die an derartige nationale Regelungen zu stellen sind:

„Die Rechtsprechung zeigt, daß sich der Gerichtshof bei der Prüfung, ob eine bestimmte Angabe oder Werbung irreführend im Sinne der Richtlinie 76/768 ist, kritisch zu nationalen Regelungen verhält, die eine an sich richtige Äußerung verbieten. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht derartigen Regelungen ganz häufig entgegen. Eine abstrakte Irreführungsfahr genügt nicht; nur in Fällen, in denen der Verbraucher in einem wesentlichen Punkt wirklich in die Irre geführt werden kann, sind Maßnahmen zulässig, die dazu führen, daß das Inverkehrbringen eines Erzeugnisses mehreren Voraussetzungen unterliegt.“<sup>22</sup>

---

19 EuGH, a.a.O., Tz. 31.

20 EuGH, Slg. 1999, I-431 ff.

21 Erhältlich unter <http://curia.eu.int>.

22 Generalanwalt *Geelhoed*, a.a.O., Tz. 35.

c) Diese – das Verhältnismäßigkeitsprinzip konkretisierenden – Anforderungen gelten nicht nur für den Kosmetikbereich, sondern für alle Waren und Dienstleistungen, insbesondere auch für die Bewerbung und Kennzeichnung von Lebensmitteln. So hat der EuGH – in inhaltlicher Übereinstimmung mit den Schlußanträgen von Generalanwalt Geelhoed vom 04.07.2002 - in den Rechtssachen C-221/00 und den verbundenen Rechtssachen C-421/00, C-426/00 und C-16/01 mit Urteil vom 23.01.2003<sup>23</sup> diese Grundsätze auch auf den Lebensmittelbereich übertragen. Die Kommission hatte ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich eingeleitet, nachdem verschiedene Beschwerden bei ihr eingegangen waren, daß in anderen Mitgliedstaaten hergestellte und in den Verkehr gebrachte Lebensmittel in Österreich nicht in den Verkehr gebracht werden könnten, weil sie gesundheitsbezogene Angaben aufwiesen, für die keine vorherige ministerielle Genehmigung erteilt worden sei. Es ging um Angaben wie „für eine cholesterinbewußte Ernährung“ (auf der Etikettierung von Lachsölkapseln), „Beitrag für eine gesunde Darmflora und für gesunde Zellen“ (auf der Etikettierung von Brot) und „Ballast- und Quellstoff bei ernährungsbedingter Stuhlverstopfung“ (auf der Etikettierung von Leinsamen). Nach Klageerhebung durch die Kommission legten des weiteren einige österreichische Gerichte dem Gerichtshof Fragen nach der Vereinbarkeit derselben nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vor. Anlaß für diese Vorlagefragen waren Werbebehauptungen wie „ein guter Name für gesunden Genuß“ (auf der Etikettierung einer Pastete). Der EuGH verneinte die Verhältnismäßigkeit der österreichischen Regelung, da die dargelegten Restrisiken für die Gesundheit durch weniger beschränkende Maßnahmen, insbesondere die Verpflichtung des Herstellers, in Zweifelsfällen die Richtigkeit der auf der Etikettierung enthaltenen Tatsachenbehauptungen nachzuweisen, vermieden werden könnten.<sup>24</sup> Demgegenüber führe die österreichische Regelung dazu, daß Lebensmittel mit gesundheitsbezogenen Angaben in Österreich selbst dann nicht frei vermarktet werden könnten, wenn sie nicht geeignet seien, den Verbraucher irrezuführen. Es sei nicht näher begründet worden, daß demgegenüber ein System der nachträglichen Kontrolle von bereits auf dem Markt befindlichen Lebensmitteln nicht ausreiche, weshalb die fraglichen Regelungen als unverhältnismäßig anzusehen seien.

---

23 Beides erhältlich unter <http://curia.eu.int>.

24 EuGH, a.a.O., Tz. 37 ff.

Wie die Ausführungen von Generalanwalt Geelhoed verdeutlichen, handelt es sich insoweit auch nicht lediglich um eine punktuelle Einzelfallentscheidung. Vielmehr kommt den seitens des EuGH zur Auslegung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorgegebenen Leitlinien ganz grundsätzliche Bedeutung zu. Generalanwalt Geelhoed führte in seinen Schlußanträgen vom 04.07.2002 ausdrücklich aus, daß beim Schutz des Verbrauchers vor Irreführung sowohl bei Lebensmitteln als auch bei kosmetischen Mitteln das Bild des Durchschnittsverbrauchers zugrundegelegt werden müsse. Denn bei der Verwendung kosmetischer Mittel könne durch unverantwortliche Angaben genauso schwerer Schaden für die Gesundheit verursacht werden wie beim Verzehr von Lebensmitteln. Sodann hob er hervor, daß es einen

„fundamentalen Unterschied zwischen Angaben, die sich auf die Vorbeugung, Behandlung und Heilung einer Krankheit beziehen, und Angaben, die sich auf die Förderung des menschlichen Wohlbefindens beziehen“,<sup>25</sup>

gebe. Der Generalanwalt argumentierte im weiteren Verlauf überzeugend wie folgt:<sup>26</sup> Bei krankheitsbezogenen Behauptungen liege die Betonung auf der Behandlung bzw. Heilung von einer bestimmten Krankheit oder deren Vorbeugung. Demgegenüber gingen gesundheitsbezogene Behauptungen von einer positiven Grundidee aus, nämlich der Erhaltung bzw. Förderung der Gesundheit. Auch wenn die Abgrenzung dieser Werbevarianten bisweilen schwierig sein könne, da auch bestimmte gesundheitsbezogene Angaben den Eindruck erwecken könnten, daß ein Produkt heilende Wirkung habe, müsse zwischen diesen beiden Kategorien dem Ansatz nach unterschieden werden. Da die in Frage stehenden Angaben nicht krankheits-, sondern gesundheitsbezogen seien, gingen sie über Art. 2 Abs. 1 b) der Richtlinie 79/112 hinaus. Sie könnten auch nicht gemäß Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 79/112 gerechtfertigt werden, da sie sich als unverhältnismäßig erwiesen. Zwar gestehe das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten in Fragen der Gesundheit ein relativ weites Ermessen zu, sofern es an einer spezifischen Gemeinschaftsregelung fehle. Auch dann gebiete jedoch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, daß

---

<sup>25</sup> Generalanwalt *Geelhoed*, a.a.O., Tz. 53.

<sup>26</sup> Generalanwalt *Geelhoed*, a.a.O., Tz. 53 ff.

der verfolgte Zweck nicht durch eine weniger beschränkende Maßnahme erreichbar sei. Hieran fehle es bei einem umfassenden allgemeinen Verbot aller gesundheitsbezogenen Angaben, verbunden mit einem belastenden Genehmigungsverfahren. Denn nach Art. 2 Abs. 1 Buchstaben a) und b) der RL 79/112 seien falsche oder irreführende Angaben zu gesundheitlichen Auswirkungen wie jegliche krankheitsbezogenen Angaben ohnehin bereits verboten. Danach könne z.B. eine Behauptung, daß die Gesundheit gefördert werde, im Hinblick auf die Merkmale des Produktes und alle sonstigen maßgeblichen Faktoren kritisch geprüft und gegebenenfalls verboten werden. Die nationale Kontrolle könne auch in der Form geschehen, daß vom Hersteller oder Händler des betroffenen Lebensmittels im Streitfall Beweis für die Richtigkeit von auf der Etikettierung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangt werde. Demgegenüber sei ein generelles Verbot gesundheitsbezogener Angaben auf der Etikettierung von Lebensmitteln unverhältnismäßig.

## 2. Schlußfolgerungen

Die Kommission hat in ihrer bisherigen ständigen Praxis ihrer Überzeugung sehr eindeutig Ausdruck verliehen, daß Regelungen, die gesundheitsbezogene Angaben auf Kosmetika oder Lebensmitteln einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterstellen, unverhältnismäßig seien. Sie ist hierin durch Generalanwalt Geelhoed nachhaltig unterstützt worden. Sowohl die Kommission als auch Generalanwalt Geelhoed können sich zur Stützung ihrer Position zudem auf eine gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs berufen, wonach formalisierte absolute Werbeverbote, die bestimmte Angaben unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt und einer konkreten Gefährdungslage untersagen, grundsätzlich kritisch zu bewerten sind.<sup>27</sup> Ein derart „überschießendes Verbotsniveau“ kann nur dann als verhältnismäßig angesehen werden, wenn es wirklich erforderlich ist, um den Verbraucher vor konkreten Gesundheitsgefahren zu schützen. Hiervon kann bei allgemeinen gesundheitsbezogenen Angaben für Lebensmittel, dies im Gegensatz zu krankheitsbezogenen Angaben, gerade nicht ausgegangen werden.

Um so mehr überrascht es, wenn nunmehr die Kommission mit dem Verordnungsentwurf Vorschläge unterbreitet, die regulatorisch in die

---

27

EuGH, Slg. 1999, I-431 – *Unilever*; EuGH, Slg. 2000, I-117 – *Estée Lauder*.

entgegengesetzte Richtung weisen. Es handelt sich um einen nicht nachvollziehbaren Bruch mit ihrer bisherigen Position und um eine Verletzung des für die Politik geltenden Kohärenzmaßstabes. Zugleich würde eine gemeinschaftsrechtliche Regelung geschaffen werden, die der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Verhältnismäßigkeit vergleichbarer nationaler Regelungen geradezu diametral entgegenläuft. Ein umfassendes Verbot der Verbreitung wahrheitsgemäßer Angaben gehört nicht zu den legitimen Zielsetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Lebensmittelrechts.

#### **E. Beurteilung einzelner Regelungen insbesondere am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips**

Vor diesem Hintergrund erweisen sich zahlreiche Regelungen des Verordnungsvorschlags als erkennbar unverhältnismäßig. Diesen fehlt bereits die Eignung, die dort niedergelegten Zielvorstellungen zu verwirklichen.

Zentrale Zielvorstellungen des Verordnungsentwurfs finden sich im Erwägungsgrund Nr. 1, der wie folgt lautet:

*„Zunehmend werden Lebensmittel in der Gemeinschaft mit nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben gekennzeichnet bzw. wird mit diesen Angaben für sie Werbung gemacht. Um dem Verbraucher ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten und ihm die Wahl zu erleichtern, müssen die im Handel befindlichen Produkte sicher sein und eine angemessene Kennzeichnung aufweisen.“*

Diesen selbst gesteckten Zielen wird der Entwurf nicht gerecht. Darüber hinaus existieren mildere, weniger belastende Mittel, die ihrerseits geeignet wären, diese Zielvorstellungen zu verwirklichen. Im einzelnen:

#### **I. Nährwertprofile**

1. **Art. 4 VO-E** sieht vor, daß die Kommission nach einem in Art. 23 VO-E umschriebenen Regelungsausschußverfahren spezifische Nährwertprofile festlegen soll, die Lebensmittel oder bestimmte Lebensmittelkategorien aufweisen müssen, um nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben tragen zu dürfen. Diese

vorgesehene Regelung bedeutet im Umkehrschluß, daß all diejenigen Lebensmittel, die den noch festzulegenden Nährwertprofilen nicht entsprechen, nicht mit nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben beworben werden dürfen.

Erkennbar dient Art. 4 VO-E der Steuerung des Ernährungsverhaltens von Verbrauchern innerhalb der Europäischen Union und damit der Durchführung ernährungspolitischer und gesundheitspolitischer Maßnahmen.

2. Für den Bereich des Gesundheitsschutzes ist indes der europäische Gesetzgeber nicht zuständig. Die Kommission stützt ihren Verordnungsvorschlag primär auf Art. 95 EG-Vertrag, beruft sich also auf die Harmonisierungskompetenz bezogen auf den Binnenmarkt. Demgegenüber verdeutlicht Art. 152 Abs. 4 EG-Vertrag, daß auf dem Gebiet des öffentlichen Gesundheitsschutzes Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ausgeschlossen sind. Wenn also die Kommission die Festlegung von Nährwertprofilen vorsieht, es aber für derartige Vorschriften in keiner Rechtsordnung irgendeines Mitgliedstaates vergleichbare Vorbilder gibt, dann beschreitet sie insoweit legislatorisches Neuland ohne jeglichen Harmonisierungsauftrag, d.h. für eine solche gesundheitspolitische Maßnahme liegt keine Rechtssetzungsbefugnis vor. Eine Berufung auf Art. 95 Abs. 1 EG-Vertrag oder eine andere Binnenmarktkompetenzregelung ist nach der Rechtsprechung des EuGH im übrigen dann ausgeschlossen, wenn dies dazu dient, eine andere Kompetenzvorschrift wie hier die Ausschlußregelung des Art. 152 Abs. 4 Gemeinschaftsvertrages zu umgehen.<sup>28</sup>
  
3. Neben der fehlenden Zuständigkeit der Gemeinschaft für gesundheitspolitische Fragen ist zu kritisieren, daß es für die Gestaltung und Funktion von Nährwertprofilen bislang keine anerkannte wissenschaftliche Grundlage gibt. Der Inhalt der zu erstellenden Nährwertprofile bleibt völlig unklar. Da diese Verordnung für sämtliche Rechtsunterworfenen in den Mitgliedsstaaten der Gemeinschaften unmittelbar gilt und konkrete Pflichten begründet, muß sie auch den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit einer strafrechtlich sanktionierten Norm genügen,

---

<sup>28</sup> Vgl. Zum Verbot des Umgehungsmissbrauchs näher EuGH, Slg. 2002, I-11453, 11608 – *Imperial Tobacco*; Selmayr/Kamann/Ahlers, EWS 2003, 49, 57 m.w.N.

d.h. es muß den Betroffenen, insbesondere also den Unternehmen möglich werden, den Umfang der ihnen durch diese Regelung auferlegten Verpflichtungen genau zu erkennen.<sup>29</sup>

Ordnungspolitisch ist es bedenklich, daß die Kommission den aufgeklärten Verbraucher bevormundet: Sie greift seiner Entscheidung vor und nimmt eine aus ihrer Sicht maßgebliche Unterteilung in gute und schlechte Lebensmittel vor.

4. Das Verbot jeglicher nährwert- oder gesundheitsbezogenen Angabe auf Getränken mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 vol. % (Art. 4 Abs. 3 VO-E) stellt einen schwerwiegenden Systembruch und ein Einfallstor für die Differenzierung der Kennzeichnung von erwünschten und nicht erwünschten Arten von Lebensmitteln dar. Auch Kalorienangaben für Alkoholika wie Bier können jedoch auf ein passives Informationsinteresse der Verbraucherschaft stoßen. So können sie beispielsweise integriert im Rahmen eines Ernährungsprogramms dem Verbraucher die Bedeutung des Verzehrs solcher Lebensmittel für ein eventuelles Übergewicht vor Augen führen. Dieses Verbot erstreckt sich im übrigen auf jegliche Bewerbung eines Kräuterlikörs mit traditionellen Produktcharakteristika wie „Magenbitter“. Die Verordnung überschreitet damit die Zielsetzung, Verbraucherschutz durch wahrheitsgemäße und richtige Information zu gewährleisten, und ist Ausdruck einer Verbraucherbevormundung. Dem liegt offenbar die Vorstellung eines unmündigen, nicht eigenverantwortlich agierenden Verbrauchers zugrunde, ein Leitbild, das mit dem Bild des mündigen Verbrauchers, wie es gerade auch vom Europäischen Gerichtshof (mit Billigung der Kommission) entscheidend geprägt wurde, nicht vereinbar ist.
5. Auf dieser bedenklichen Linie liegt auch die Ermächtigungsnorm des Art. 4 Abs. 4 VO-E, die der Europäischen Kommission erlaubt, Angaben auf unerwünschten Lebensmitteln zu verbieten. Diese Regelung soll unabhängig davon gelten, ob die betreffende Kennzeichnung sachlich zutreffend ist, und führt somit zu einem Informationsverbot anstelle sachgerechter Information.

---

29

EuGH, Slg. 1998, I-5655, Tz. 35.

## II. Umfassende Werbeverbote

Die detaillierten Werbeverbote des Art. 11 VO-E verhindern eine sachgerechte Information der Verbraucher.

1. Das gegenüber dem ersten Entwurf noch erweiterte generelle Verbot des **Art. 11 Abs. 1 lit. a VO-E** von Bezugnahmen auf allgemeine, nicht spezifische Gesundheits- und Wohlbefindlichkeitsvorteile von Lebensmitteln (z.B. Beitrag zur Stärkung der körpereigenen Abwehrkräfte) läßt sich nicht schon aus dem allgemeinen Irreführungsverbot ableiten. Es besteht vielmehr ein berechtigtes Informationsbedürfnis des Verbrauchers bezüglich Gesundheitsfragen und zwar auch und gerade hinsichtlich einer gesundheitsbewußten Ernährung. Allgemein gehaltenen und gesundheitsbezogenen Werbeaussagen für Lebensmittel wohnt nicht von vornherein ein besonderes Irreführungspotential inne. Ihre Abgrenzung von anderen spezifischeren gesundheitsbezogenen Aussagen ist problematisch und das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung für Lebensmittel des Art. 2 Lebensmittelkennzeichnungs-Richtlinie und des § 18 Abs. 1 Nr. 1 des deutschen Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes verbietet demgegenüber zu Recht nicht generell Gesundheitsbezüge allgemeiner Art. Allgemeine gesundheitsbezogene Aussagen wie

- „Obst essen ist gesund“
- „Eßt mehr Obst und Ihr leistet einen wichtigen Beitrag zur Erhaltung der Gesundheit“<sup>30</sup>

sind in ihrer Berechtigung gerade in neuerer Zeit bestätigt worden und werden in ihrem Sinngehalt vom Verbraucher nicht falsch verstanden. Sie wären aber künftig mangels hinreichender Konkretisierung nicht einmal genehmigungsfähig. Der gesamte Bereich der bisher erlaubten Bewerbung von Lebensmitteln mit allgemein gehaltenen gesundheitsbezogenen Aussagen wäre demnach nach Inkrafttreten dieses Verordnungsentwurfs illegal, auch wenn die betreffenden Aussagen sachlich zutreffend sind und von ihnen keine gesundheitlichen Gefährdungspotentiale ausgehen. Eine nachvollziehbare Begründung, warum Verbraucher über den Irrefüh-

---

<sup>30</sup> Zu weiteren Beispielen vgl. *Gorny*, ZLR 2003, 253 ff.; *Meisterernst*, ZLR 2002, 569 ff.; *Sosnitza*, WRP 2003, 669 ff.

rungsschutz hinaus vor gesundheitsbezogenen Werbeaussagen geschützt werden müssen, findet sich in dem Entwurf nicht. Es ist auch nicht nachvollziehbar, warum gerade für Lebensmittel restriktivere Werbebeschränkungen gelten sollen als für andere hinsichtlich ihres Gesundheitsbezugs vergleichbare Produkte. Schließlich setzt sich die DG SANCO mit diesem Vorschlag in Widerspruch zu dem von der Kommission selbst stets konsequent vertretenen Informationsmodell mit dem daraus abgeleiteten europäischen Verbraucherleitbild eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers, wie es auch von dem EuGH übernommen wurde.<sup>31</sup> Den wirtschaftsmündigen Verbrauchern dürfen sachlich zutreffende Informationen jedoch grundsätzlich nicht vorenthalten werden.

2. Der mit **Art. 11 Abs. 1 lit. b VO-E** (Verbot von Angaben, die sich auf psychische Funktionen oder Verhaltensfunktionen beziehen) angestrebte Schutzzumfang ist unklar. Gemeint sind offenbar Angaben, die den beworbenen Lebensmitteln positive bzw. vorteilhafte Auswirkungen auf die Psyche (Stimmung, Seele, Wohlbefinden) oder die Art des Verhaltens (Leistungsfähigkeit, auch Lernfähigkeiten, Aufmerksamkeit, Energie, Frische) zuschreiben. Derartige werbliche Umschreibungen von Eigenschaften finden seit Jahrhunderten für in Europa etablierte Lebensmittel mit anregender Wirkung wie Kaffee und Tee Verwendung. Der Verbraucher ist sowohl mit den Eigenschaften derartiger Produkte als auch mit den werblichen Wirkungsumschreibungen vertraut. Diese Aussagen sind für den Verbraucher weder neu noch irreführend. Ein so weitreichendes Verbot kennt nicht einmal der Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (RL 2001/83 - früher EG-Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel.<sup>32</sup>). Ein pauschales Verbot solcher Angaben über das existente Irreführungsverbot hinaus ist deshalb erkennbar unverhältnismäßig.

---

<sup>31</sup> Vgl.: EuGH, Slg. I-1994, 317 ff. – *Clinique*; EuGH, Slg. 1998, I-4657 – *Gut Springenheide*, EuGH, Slg. 1999, I-513 – *Kessler Hochgewächs*; WRP 2000, 289 ff. – *Lifting*.

<sup>32</sup> ABl. EG Nr. L 311/67, früher RL 92/28/EWG vom 31.03.1992, ABl. EG Nr. L 113/13; vgl. hierzu und zu dem nach hM überschießenden deutschen Verbot in § 10 Abs. 2 HWG 3. Alt.: BGH, WRP 2000, 502 ff. – *Johanniskraut-Präparat*; *Bülow/Ring*, Heilmittelwerbegesetz, 2. Auflage, § 10 Rdnr. 2; *Gröning*, GRUR Heilmittelwerberecht, Art. 3 Rdnr. 6 ff.

3. **Art. 11 Abs. 1 lit. c VO-E** (Verbot der Schlankheitswerbung, der Aussagen über eine Hungerreduzierung oder Sättigung; Ausnahme: die erlaubten Fälle aus Richtlinie 96/8/EG) ist angesichts des allgemeinen Verbots der Irreführung überflüssig und unverhältnismäßig. Damit würden zu Unrecht pauschal auch wahre werbliche Aussagen verboten, die nach der deutschen Rechtsprechungspraxis trotz § 6 Nährwertkennzeichnungsverordnung gemäß der sog. Mosaik- oder Beitragstheorie zulässig sind, wenn sie den Beitrag richtig beschreiben, den das beworbene Lebensmittel im Rahmen eines zielgerichteten Ernährungsprogramms leisten kann.<sup>33</sup>
  
4. **Art.11 Abs. 1 lit. d VO-E** enthält ein Verbot des Hinweises auf den Rat von Ärzten und Gesundheitsfachleuten sowie deren Fachgesellschaften und das Verbot, den Eindruck zu vermitteln, es könnte der Gesundheit abträglich sein, das (beworbene) Lebensmittel nicht zu nehmen. Auch diese Bestimmung ist aufgrund ihrer Generalisierung unverhältnismäßig, da sie es – ohne Ausnahme – unmöglich machen wird, die eine werbliche Behauptung rechtfertigenden wissenschaftlichen Belege in der Öffentlichkeit zu nennen. Dieses pauschale Verbot soll selbst für ein werbliches Berufen auf Stellungnahmen anerkannter nationaler und internationaler Fachgesellschaften gelten, deren Erkenntnisse für Risikogruppen und kranke Personen mit spezifischen Ernährungsbedürfnissen von besonderem Interesse sind.

Das dort enthaltene weitere Verbot, per Werbung zu suggerieren, daß die Gesundheit beeinträchtigt werden könnte, wenn das (beworbene) Lebensmittel nicht genommen wird, ist in seinem intendierten Anwendungsbereich unklar und zumindest für diätetische Lebensmittel – außer im ohnehin geregelten Fall der Irreführung – kontraproduktiv. Denn für diese Lebensmittelkategorie muß gerade die Erforderlichkeit einer Ernährung mit dem Produkt dargelegt werden, um deren diätetischen Charakter darzustellen. Auch die Bewerbung einer präventiven Einnahme von Vitaminen und Mineralstoffen als Lebensmittel würde über ein solches Verbot unverhältnismäßig eingeschränkt werden.

5. **Art. 3 lit. d VO-E** enthält ein mit vielen Unsicherheiten der Auslegung behaftetes Verbot von unangemessenen, alarmierenden oder irreführenden Formulierungen,

---

<sup>33</sup>

OLG Hamburg, LRE 18, 350 ff. ; Kammergericht, Pharma Recht 1991, 151 ff.

einschließlich bildlicher, graphischer oder symbolischer Darstellungen, über Änderungen von Körperfunktionen. Eine solche generelle, inhaltlich kaum zu bestimmende und abzugrenzende Verbotsbestimmung, die offenbar eine Werbung mit Angsterregung verhindern soll, geht sogar über korrespondierende Regelungen im Bereich der Arzneimittelwerbung weit hinaus.<sup>34</sup> Das intendierte Verbot ist deshalb nicht nur unverhältnismäßig. Aufgrund ihrer weiten Formulierung verstößt diese Bestimmung vielmehr auch gegen das gemeinschaftsrechtlich anerkannte Bestimmtheitsgebot.<sup>35</sup>

### III. **Aufwendiges und teures Verfahren für die Registrierung gesundheitsbezogener Aussagen**

Wenn man über die vorgeschriebene Deklaration hinaus freiwillige Informationen für den Verbraucher von einer Genehmigung nach einem kostspieligen, zeitlich wie wissenschaftlich-methodisch aufwendigen Verfahren abhängig macht, wird der für die Lebensmittelunternehmer wie für die Verbraucher gleichermaßen bedeutsame Informationsfluß behindert, die Möglichkeit der werblichen Darstellung innovativer Produkte beschnitten und somit der Ansporn zur Entwicklung und Herstellung solcher Erzeugnisse gelähmt wie schließlich dadurch auch der Wettbewerb beeinträchtigt. Mittelbar wird sich diese bürokratische Regelung auch nachteilig auf das Wirtschaftswachstum in der EU auswirken. Auch dieses vorgesehene Verfahren verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Im einzelnen:

#### 1. **Reichweite**

Die volle Reichweite dieses präventiven Genehmigungsverfahrens erschließt sich aus der weiten Definition der „Angabe“ i.S.v. Art. 2 VO-E. Erfasst werden alle kommunikativen Aussagen und Darstellungen einschließlich graphischer Elemente und Symbole und damit auch seit Jahrzehnten eingebürgerte Produktnamen oder Bestandteile derselben.

---

<sup>34</sup> Vgl. zum deutschen Verbot der Angstwerbung außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel in § 11 Abs. 1 Nr. 7 HWG und zum Fehlen einer diesbezüglichen ausdrücklichen Regelung in der Richtlinie 92/28/EWG *Doepner*, Heilmittelwerbegesetz, 2. Auflage, § 11 Nr. 7 Rdnr. 15.

<sup>35</sup> S. hierzu EuGH, ZLR 2000, 744 ff., 756 Tz. 66 – *Rombi*, m. Anm. *Schroeter* (a.a.O., 761).

## **2. Das Genehmigungsverfahren**

An die Antragstellung schließt sich ein umfangreiches Zulassungsverfahren an. Das Verfahren wird ausweislich der vorgesehenen Stellungnahmefristen der beteiligten Ausschüsse und Organe mindestens neun Monate in Anspruch nehmen, voraussichtlich jedoch häufig wesentlich länger dauern. Zwei Verfahren stehen hierfür zur Verfügung:

Art. 12 VO-E befaßt sich mit der Sammlung und Bewertung von Aussagen, die generell durch wissenschaftliche Daten akzeptierte Wirkungen von Nähr- oder anderen Substanzen auf Wachstum, Entwicklung und normale Funktionen des Körpers betreffen. Diese sollen nach einjähriger Sammlung durch die Mitgliedstaaten und anschließender Bewertung durch die European Food Safety Authority (EFSA) nach spätestens zwei Jahren von der Kommission in ein Register (der zulässigen Angaben) eingetragen werden (Art. 18 VO-E).

Andere gesundheitsbezogene Aussagen erfordern einen individuellen und aufwendigen Antrag mit den in Art. 14 VO-E aufgeführten Unterlagen und Beweisen und die positive Bescheidung der EFSA nach Art. 14 – 16 VO-E. Vorher sind solche Aussagen nicht verwendbar (Art. 10 Abs. 1) und auch dann nur in Verbindung mit relativierenden Aussagen (Art. 10 Abs. 2). Dieser Antrag soll von der EFSA binnen sechs Monaten bewertet werden. Diese Frist ist aber nur eine Zielvorgabe, die auch verlängert werden kann. Bei der zu erwartenden hohen Zahl von Anträgen ist damit zu rechnen, daß diese Frist nicht eingehalten werden kann. Die anschließende Veröffentlichung, Einholung von Äußerungen der Öffentlichkeit, Bewertung und Eintragung in das Register wird wohl mindestens ein Jahr dauern.

Dem Antrag sind umfangreiche Unterlagen beizufügen, insbesondere über die durchgeführten Untersuchungen und andere Unterlagen, mit denen man nachweisen kann, daß die Gesundheitsbehauptungen die in der Verordnung genannten Kriterien erfüllen (Kopien wissenschaftlicher Untersuchungen und ein Vorschlag für die Formulierung der gesundheitsbezogenen Angabe - in allen Gemeinschaftssprachen -, deren Genehmigung beantragt wird, einschließlich spezifischer Bedingungen der Verwendung).

### 3. **Konsequenzen für den Wettbewerb**

Dieses Verfahren ist umständlich, kostenaufwendig und deswegen im Ergebnis wohl nur für finanzstarke Lebensmittel-Konzerne tragbar. Die Tatsache, daß solche Firmen nach Art. 19 VO-E einen Schutz für ihre eingereichten wissenschaftlichen Unterlagen erhalten können, monopolisiert deren Marktposition nach Erhalt einer Genehmigung der beantragten Aussage. Hiervon wird eine Konzentrationswirkung ausgehen. Das in den Art. 14 bis 17 VO-E vorgesehene Verfahren zur Registrierung einer gesundheitsbezogenen Angabe ist technisch und finanziell so aufwendig ausgestaltet, daß es wirtschaftlich vertretbar nur von international operierenden Unternehmen der Großindustrie für bestimmte Produktkategorien durchgeführt werden kann. Es ist nicht erkennbar, daß diese gravierenden wettbewerbsbezogenen Verwerfungen durch die angestrebte – letztlich aber verfehlte – Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus auch nur ansatzweise kompensiert werden würden.

### 4. **Unverhältnismäßigkeit des Genehmigungsverfahrens im Vergleich zu Werbe- regelungen für andere Produktkategorien**

Verbraucher müssen vor falschen und auch vor unvollständigen und mißverständlichen irreführenden Aussagen im Bereich der Gesundheitswerbung geschützt werden. Deshalb sind an die Wahrheit, Eindeutigkeit und Klarheit werblicher Aussagen und an ihre faktenmäßige Absicherung strenge Maßstäbe anzulegen.<sup>36</sup> Eine konsequente einzelfallbezogene Anwendung dieses Strengeprinzips bei der Auslegung produktspezifischer Werbeverbote, insbesondere der Irreführungsverbote im Bereich der Arzneimittel-, Medizinprodukte-, Kosmetik- und Lebensmittelwerbung macht Genehmigungsverfahren entbehrlich. Eine Vorkontrolle („Werbezensur“) bzw. vorherige Genehmigung von Werbeaussagen greift hingegen unnötig in die Meinungsäußerungsfreiheit der Unternehmen und das Recht auf Zugang zu Informationen der Verbraucher ein (s. näher hierzu oben unter D.).

---

<sup>36</sup> Vgl. zu der in beiderlei Hinsicht traditionell sehr strengen, gelegentlich von der Kommission kritisierten deutschen Praxis im Bereich der Gesundheitswerbung BGHZ 47, 259 – *Gesunder Genuß*; BGH, GRUR 1971, 153, 155 – *Tampax*; GRUR 1975, 664 – *Idee-Kaffee III*; GRUR 1980, 797, 799 – *Topfit-Boonekamp*; GRUR 1991, 848, 849 – *Rheumalind II*; GRUR 1993, 756, 757 – *Mild-Abkommen*.

Auch bei Produktkategorien, deren Bewerbung in viel höherem Maße Gesundheitsinteressen der Verbraucher und der Allgemeinheit tangieren (Arzneimittel und Medizinprodukte), hat der europäische Gesetzgeber von werblichen Genehmigungsverfahren abgesehen.

Um so mehr ist im Bereich der Lebensmittelwerbung auf die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots Rücksicht zu nehmen. Dem trägt der Entwurf nicht Rechnung.

#### **IV. Überzogene Anforderungen an den wissenschaftlichen Nachweis**

Schließlich erweisen sich auch die Anforderungen an den wissenschaftlichen Nachweis als erkennbar unverhältnismäßig. Im einzelnen:

##### **1. Der künftige Standard der Faktenabsicherung**

Art. 6 VO-E fordert unter Abs. 1: "Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben müssen sich auf allgemein akzeptierte wissenschaftliche Daten stützen und durch diese abgesichert sein." Der Inverkehrbringer hat außerdem nach Abs. 2 "die Verwendung dieser Angabe [zu] begründen". Er muß nach Abs. 3 "die wissenschaftlichen Unterlagen und Daten vor[zu]legen, die die Übereinstimmung mit der vorliegenden Verordnung belegen"; letzteres allerdings erst nach Verpflichtung durch die entsprechende Behörde des Mitgliedstaates.<sup>37</sup>

---

37

Vgl. auch die Anforderungen an den Genehmigungsantrag in Art. 14.

Nach Nr. 14 der Erwägungsgründe des Verordnungsentwurfs sollen gesundheitsbezogene Angaben nach einer wissenschaftlichen Bewertung auf höchstmöglichem Standard geprüft werden, bevor sie zugelassen werden.<sup>38</sup> Im Zulassungsverfahren sind nach Art. 11 VO-E dementsprechende Studien vorzulegen. Wenn unter dem höchstmöglichen Standard generell kontrollierte, randomisierte Doppelblindversuche mit einer möglichst hohen Zahl von Probanden,<sup>39</sup> gefordert werden, so bedeutet dies einen Ausschluß der Berücksichtigung sonstiger wissenschaftlicher Erkenntnisse und praktischer Erfahrungen. Damit würden strengere Maßstäbe etabliert, als sie im Recht der Arzneimittel- und Medizinproduktwerbung gelten, wo bei der Prüfung einer hinreichenden wissenschaftlichen Absicherung von Werbebehauptungen auch sonstige wissenschaftliche Erkenntnisse und praktische Erfahrungen Berücksichtigung finden und differenzierte Anforderungen an die Ermittlung und Verifizierung von Fakten nach Produktkategorien gestellt werden (abweichende Kriterien bei Arzneimitteln der besonderen Therapierichtungen wie z.B. der Homöopathie, der anthroposophischen Medizin und z.T. auch der Phytotherapie sowie den sog. traditionellen Arzneimitteln).<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> „Gesundheitsbezogene Angaben sollten für die Verwendung auf dem Gemeinschaftsmarkt nur nach einer wissenschaftlichen Bewertung auf höchstem Niveau zugelassen werden. Damit eine harmonisierte wissenschaftliche Bewertung dieser Angaben gewährleistet ist, sollte die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit diese Bewertungen vornehmen.“

<sup>39</sup> Vgl. zum diesbezüglichen Meinungsstreit im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG einerseits *Großklaus*, DLR 2001, 329 ff., 330 r. Sp.; vgl. andererseits dagegen *Hagenmeyer*, DLR 2000, 431 ff. 433, und *Meisterernst*, ZLR 2002, 569 ff., 581.

<sup>40</sup> Vgl. zu der diesbezüglich notwendigen Differenzierung näher *Doepner*, Heilmittelwerbeengesetz, 2. Auflage, § 3 Rdnr. 71 ff. m.w.N.

## 2. **Ungeeignetheit und Unverhältnismäßigkeit des Maßstabs**

Derartige pauschalisierende Standardformeln, mit denen ein strengerer Maßstab für die Absicherung von Werbebehauptungen bei Lebensmitteln im Verhältnis zu demjenigen, wie er für Arzneimittel gilt, etabliert werden soll, werden dem in der Regel abweichenden Korrelationsgrad zwischen Werbeanspruch und Faktenabsicherung bei Lebensmitteln einerseits und Arzneimitteln und Medizinprodukten andererseits nicht gerecht. Lebensmittel weisen regelmäßig kein, stets jedoch ein deutlich niedrigeres Risikopotential als Arzneimittel oder Medizinprodukte auf. Weiterhin ist nicht nachvollziehbar, warum für Lebensmittel strengere Anforderungen an die Faktenabsicherung von Wirkungsaussagen gelten sollen als an korrespondierende Aussagen für Kosmetika. Damit wird das Übermaßverbot verletzt.

## 3. **Unklarheiten**

Je intensiver eine Regelung in die Freiheitsrechte der Normadressaten eingreift, um so strengere Anforderungen sind an ihre Bestimmtheit zu stellen. Auch diesen rechtsstaatlichen Anforderungen wird der Entwurf nicht gerecht.

Es ist insoweit zunächst unklar, ob die Anforderungen an die Faktenabsicherung je nach Produktkategorie und Art der werblichen Aussage differenziert zu beurteilen sind (einzelfallbezogen abweichender Korrelationsgrad zwischen Werbeanspruch und Faktenabsicherung?).<sup>41</sup> Fraglich ist ferner, inwieweit Beweisanforderungen an Aussagen (Claims) auch davon abhängig gemacht werden können, wie der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher diese versteht. Problematisch ist ferner, daß eine solche Regelung, wie in Art. 6 VO-E intendiert, voraussetzen würde, einen allgemeingültigen EG-einheitlichen Maßstab zu entwickeln. Indes gibt es in der Wissenschaft regelmäßig keine „allgemein akzeptierten“ Kenntnisse, was auch von der EMEA und den nationalen Zulassungs- und Überwachungsbehörden für das Inverkehrbringen und die Bewerbung von Arzneimitteln anerkannt wird. Eine konsequente Anwendung des Erfordernisses einer „allgemein akzeptierten“ Absicherung derartiger werblicher Aussagen würde eine Akzeptanz derselben im Ergebnis deshalb weitgehend unmöglich machen.

---

41

Vgl. *Hahn*, ZLR 2003, 543 ff., 559 ff.

#### **4. Notwendigkeit der Flexibilisierung des Maßstabs**

Von pauschalierenden Standardformeln wie „allgemein akzeptierte wissenschaftliche Daten“ (Art. 6 Abs. 1 VO-E) sollte abgesehen werden. Es sollte statt dessen eine flexiblere Formulierung gefunden werden, die einerseits der je nach Produktkategorie und werblichem Anspruch unterschiedlichen Erwartungshaltung des angesprochen Publikums Rechnung trägt und zum anderen die Verwertung sonstiger wissenschaftlicher Erkenntnisse und praktischer Erfahrungen nicht ausschließt.

Die deutsche Rechtsprechungspraxis und dem folgend der deutsche Gesetzgeber haben für den Bereich der Lebensmittel- und Kosmetikwerbung (§§ 17 Abs. 1 Nr. 5 a und 27 Abs. 1 Nr. 1 LMBG) eine derartige flexible Regelung geschaffen, die eine abgestufte Beurteilung der Anforderung an die faktenmäßige Absicherung in bezug auf die betreffenden werblichen Angaben ermöglicht („wissenschaftlich hinreichend gesichert“).

#### **F. Grundsätzliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt des TBT-Abkommens**

Artikel 2 Abs. 2.2 des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen) verpflichtet die Mitglieder, keine technischen Vorschriften mit der Wirkung auszuarbeiten, anzunehmen oder anzuwenden, daß dadurch unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel geschaffen werden. Regeln über die zulässige Verwendung von Aussagen in der Etikettierung oder Aufmachung sind technische Vorschriften nach Anhang 1 Nr. 1 TBT-Abkommen. Soweit technische Vorschriften erforderlich sind und einschlägige internationale Normen bestehen, werden diese verwendet. Internationale Normen in diesem Sinne sind nach der Definition im Anhang 1 Nr. 2 auch die Standards und Leitlinien der Codex Alimentarius-Kommission. Die Leitlinien für die Verwendung von nährwertbezogenen Angaben (CAC/GL 23-27) enthalten kein Verbot allgemeiner Angaben über die Wirkung von Lebensmitteln auf das allgemeine Wohlbefinden oder zu physiologischen Wirkungen; derartige Verbote sind auch nicht geplant (ALINORM 03/22 APPENDIX VII). Ein Verbot derartiger Aussagen muß daher als eine Verletzung der Regeln des TBT-Abkommens gesehen werden.

## **G. Grundsätzliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der legislatorischen Handlungsform (Verordnung)**

Der Entwurf sieht die Regelung in der Form einer Verordnung vor, also als unmittelbar in allen Mitgliedstaaten für Bürger und Unternehmen geltendes Recht (Art. 249 Abs. 2 EG). Eine Begründung, warum diese Materie nicht entsprechend der jahrzehntelangen Praxis im gemeinschaftsrechtlichen Lebensmittelrecht per Richtlinie geordnet werden soll, wird nicht gegeben.

## **I. Vorrang der Richtlinie**

Systemwidrig ist das legislatorische Instrument der Verordnung schon im Hinblick auf das in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag verankerte Subsidiaritätsprinzip und die Erklärung Nr. 8 zur Einheitlichen Europäischen Akte, aber auch im Hinblick darauf, daß der für eine Rechtsangleichung charakteristische Weg der prozeßhaften Annäherung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nunmehr Verwerfungen und Brüche erfährt.<sup>42</sup>

In Konsequenz dieser Regelungstechnik ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, über einen Transformationsakt den Regelungsgehalt der geplanten Verordnung innerhalb ihres Rechtssystems im dortigen nationalen Recht rechtstechnisch anzupassen.<sup>43</sup> Das nationale Lebensmittelrecht ist jedoch in Jahrzehnten durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben per Richtlinien strukturiert worden. Eine Rechtsvereinheitlichung durch das Instrument der gemeinschaftsrechtlichen Verordnung bewirkt deshalb eine Rechtsverdrängung, die ihrerseits zu Brüchen und Verwerfungen führt. Für Bürger und Lebensmittelunternehmen geht damit eine beträchtliche Einbuße an Planungs- und Rechtssicherheit einher. Die Betroffenen sind es in dieser höchst komplexen und technisierten Rechtsdomäne gewöhnt, die ihnen obliegenden Rechtspflichten den nationalen Vorschriften zu entnehmen. Die bisherige zweistufige Regelungstechnik hat sich aber auch deshalb bewährt, weil lebensmittelrechtliche Vorschriften in weiten Teilen bußgeldbewehrt und häufig auch strafrechtlich sanktioniert sind, die ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche

---

<sup>42</sup> Amtsblatt 1987, L 169/24; Zu Systembrüchen bei der Rechtsangleichung näher *Biervert*, Der Mißbrauch von Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, 1999, S. 134 f. m.w.N; eingehend zur Lebensmittelrahmenverordnung *Streinz*, Was bleibt vom LMBG?, ZLR 2000, 803 ff.

<sup>43</sup> *Lenz*, EG-Vertrag, 2. Auflage, 1999, Art. 249 Rdnr. 7.

Qualifizierung und Ahndung von Tatbeständen jedoch völlig unbestritten Sache des nationalen Gesetzgebers ist.

## II. Janusköpfige Regelungen

Mißglückt - und im Hinblick auf die für Bürger und Lebensmittelunternehmen notwendige Planungs- und Rechtssicherheit äußerst bedenklich - ist des weiteren die schon in der Definition des Lebensmittels in Art. 2 Lebensmittelbasisverordnung<sup>44</sup> gewählte Gesetzgebungstechnik, durch Bezugnahme auf Richtlinienbestimmungen diese in die Verordnung selbst zu implementieren. Damit werden diese Richtlinien insoweit Bestandteil der Verordnung und als solche unmittelbar geltendes Recht. So schreibt etwa Art. 7 VO-E die Nährwertkennzeichnung übereinstimmend mit den Bestimmungen der Richtlinie 90/496/EWG vor. Vorschriften aus Richtlinien, die nach ihrer Funktion und demzufolge häufig auch nach dem Grade ihrer Bestimmtheit nicht für eine unmittelbare Anwendung konzipiert waren, vielmehr nach den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers der konkretisierenden Transformation durch den nationalen Gesetzgeber bedurften, werden somit zu unmittelbar anwendbarem Recht. Eine partielle Überführung von Richtlinienbestimmungen in Verordnungen gibt diesen somit künftig einen für die Rechtsanwendung unübersichtlichen janusköpfigen Charakter.

Gesetzgebungstechnisch würde demgegenüber die Implementierung etwaiger zusätzlicher Kennzeichnungsregeln in die bereits bestehende Lebensmittetikettierungs-Richtlinie oder in die Nährwertkennzeichnungs-Richtlinie<sup>45</sup> näher liegen. Eine solche legislatorische Handhabung würde auch zahlreiche - sich in Wiederholungen erschöpfende - Regelungen in dem Verordnungsentwurf überflüssig machen.

## III. Weitere Mängel

---

<sup>44</sup> Verordnung EG 178/2002; vgl. zu der Kontroverse über die für die Praxis zu ziehenden Konsequenzen BGH, ZLR 2002, 638 ff. - *Muskelaufbaupräparate*; ZLR 2002, 660 ff. - *Sportlernahrung*; Doepner/Hüttebräuker, ZLR 2001, 515 ff.; Gorny, ZLR 2001, 501 ff.; Köhler, GRUR 2002, 844 ff.

<sup>45</sup> Zumindest die Regelungen bezüglich nährwertbezogener Angaben wären dort systemkonformer anzusiedeln.

Es lassen sich noch weitere Beispiele dafür anführen, daß dieser Entwurf rechtsstaatlichen und legislatorischen Mindestanforderungen nicht genügt, insbesondere auch nicht den gemeinsamen Leitlinien für die redaktionelle Qualität der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften.<sup>46</sup> Im einzelnen:

1. Die Unschärfe der generalisierenden Tatbestandsmerkmale in Art. 11 Abs. 1 VO-E wie „psychologische Funktion oder Verhalten“ und „normale Körperfunktion“ wurde bereits aufgegriffen.

Unklar bleibt auch der Inhalt der geplanten Nährwertprofile.

Art. 7 und 8 VO-E schreiben über die bisherige Nährwertkennzeichnungs-Richtlinie hinaus Nährwertangaben vor. Es ist jedoch nicht einsichtig, warum jede nährwert- oder gesundheitsbezogene Aussage zur Verpflichtung führen soll, vollständige Nährwertangaben zu kennzeichnen. Dies wird in der Praxis häufig zu „Null-Angaben“ führen.

Die systematische Lösung, nährwertbezogene Angaben in einer abgeschlossenen Positivliste zu regeln, ist verfehlt. Derartige Positivlisten sind stets unvollständig und verhindern Innovationen in der Lebensmittelindustrie. Die als Annex vorgelegte Liste ist bereits jetzt erkennbar unvollständig, so fehlt z.B. der Begriff „glutenfrei“.

2. Weiterhin bleibt unklar, welche Wirkung die Aufnahme einer erlaubten Aussage in das Register hat, insbesondere ob von dieser Aussage dann alle Lebensmittelunternehmer eines identischen oder ähnlichen Produkts Gebrauch machen können und wie konkret auf das einzelne Produkt bezogen die Registrierung erfolgt. Für den Rechtsanwender bleibt auch offen, ob sich die Erlaubnis nur auf den konkreten Wortlaut beschränkt oder ob sie auch sinngemäße, ähnliche Aussagen zuläßt.

## **H. Fazit und Appell**

Aus den vorstehenden Gründen fordert der GRUR-Fachausschuß für Arznei- und Lebensmittelrecht den europäischen Gesetzgeber dringend auf, diesen Entwurf

---

46

Abl. EG Nr. C 73/1 vom 17.03.1999.

über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben in Bezug auf Lebensmittel nicht zu verabschieden.

Dr. Kunz-Hallstein  
Präsident

Dr. Loschelder  
Generalsekretär