
Die Entmündigung des Verbrauchers durch gemeinschaftsrechtliche Werbeverbote? Anmerkungen zum Vorschlag für eine „Health Claims“- Verordnung der Europäischen Gemeinschaft

Andreas Haratsch*

Inhalt

I.	Einleitung	560
II.	Der Inhalt des Verordnungsentwurfs	561
	1. Allgemeine Anforderungen an nährwert- und gesundheits- bezogene Angaben	561
	2. Zusätzliche Voraussetzungen für die Verwendung nährwert- bezogener Angaben	562
	3. Zusätzliche Voraussetzungen für die Verwendung gesundheits- bezogener Angaben	562
III.	Die Vereinbarkeit mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung	563
	1. Die Wahl der Ermächtigungsgrundlage	563
	2. Die Wahl der Form des Rechtsakts und der Verhältnismäßig- keitsgrundsatz	567
	3. Die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip	568
IV.	Die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	569
V.	Die Vereinbarkeit mit den Gemeinschaftsgrundrechten	570
	1. Meinungsäußerungsfreiheit	570
	a) Eingriff in den Schutzbereich	570
	b) Rechtfertigung des Eingriffs	570
	(1) Spezifisch gesundheitsbezogene Angaben	571
	(2) Allgemein gesundheitsbezogene Angaben	573
	(3) Nährwertbezogene Angaben	574
	c) Zwischenergebnis	574

* Priv.-Doz. Dr. iur. habil. Andreas Haratsch ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Privatdozent an der Universität Potsdam.

2. Informationsfreiheit	575
3. Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung	575
4. Zwischenergebnis	576
VI. Fazit	576

I. Einleitung

Die Verbraucher achten zunehmend auf eine gesund Ernährung. Die Lebensmittelbranche reagiert auf diese Entwicklung, indem sie immer mehr Produkte auf den Markt bringt, denen in der Werbung krankheitsverhütende oder gesundheitsfördernde Wirkungen zugesprochen werden. Nach § 18 des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes (LMBG)¹ ist krankheitsbezogene Werbung für Lebensmittel, die sich insbesondere auf die Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten bezieht, verboten (§ 18 Abs. 1 Ziffer 1 LMBG). Die deutsche Rechtsordnung setzt damit die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben von Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2000/13/EG² um. Entgegen der irreführenden Überschrift von § 18 LMBG, die von einem „Verbot der gesundheitsbezogenen Werbung“ spricht, werden gesundheitsbezogene Angaben von der nationalen Regelung ebenso wenig erfasst wie von der zugrunde liegenden Gemeinschaftsrichtlinie.³ Gesundheitsbezogene Angaben unterliegen bislang nur dem allgemeinen Irreführungsverbot des § 17 Abs. 1 Ziffer 5 LMBG.⁴ Am 16. Juli 2003 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel vorgelegt⁵, mit der diese Lücke im Europäischen Gemeinschaftsrecht geschlossen werden soll. Träte die vorgeschlagene „Health Claims“-

¹ Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz – LMBG) i.d.F. d. Bek. v. 9.9.1997, BGBl. 1997 I, S. 2296, zul. geänd. durch Art. 2 § 1 Gentechnik-Zuständigkeitsanpassungsgesetz v. 13.5.2004, BGBl. 2004 I S. 934.

² Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.3.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, ABl. EG Nr. L 109 v. 6.5.2000, S. 29, zul. geänd. durch Richtlinie 2003/89/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 10.11.2003, ABl. EU Nr. L 308 v. 25.11.2003, S. 15.

³ *Reinhart*, Gesundheitsbezogene Werbung – aktuelle Rechtsprechung im Überblick, LMuR 2002, S. 159 (159); *Sosnitza*, Gesundheitsbezogene Werbung für Lebensmittel – Paradigmenwechsel in Europa?, WRP 2003, S. 669 (670); *Schroeter*, Das Verbot der krankheitsbezogenen Werbung – Bilanz und Reformbestrebungen, ZLR 1999, S. 711 (712); *Epping*, Werbung für Nahrungsergänzungsmittel und diätetische Lebensmittel – rechtliche Möglichkeiten und Grenzen, LMuR 2002, S. 68 (77).

⁴ *Sosnitza*, (Fn. 3), WRP 2003, S. 669 (670). – Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 lit. a RL 2000/13/EG (Fn. 2).

⁵ KOM(2003) S. 424 endg.

Verordnung in Kraft, wären beliebte und harmlos anmutende Werbeslogans mit allgemeinen Aussagen, wonach Milch müde Männer munter macht, ein bestimmter *Energy Drink* Flügel verleiht oder Lakritze Kinder und Erwachsene froh macht, künftig verboten. Spezifische gesundheitsbezogene Angaben wären nur nach einer Zulassung durch die Kommission erlaubt, nährwertbezogene Angaben strikten Zulässigkeitsvoraussetzungen unterworfen. Zu fragen ist, ob der Verbraucher im europäischen Binnenmarkt angesichts einer zunehmend komplexen Lebensmittelproduktion solcher gemeinschaftsrechtlicher Umhegung und Fürsorge bedarf oder ob die Gemeinschaft im Bemühen, den Verbraucher zu schützen, nicht vielmehr seine Entmündigung in die Wege leitet. Bei der Beantwortung dieser Fragen ist im Folgenden nicht nur auf die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen der Harmonisierung im Binnenmarkt und des Verbraucherschutzes einzugehen, sondern gleichermaßen auf das Verhältnismäßigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip sowie auf die Grundfreiheiten und die Grundrechte.

II. Der Inhalt des Verordnungsentwurfs

1. Allgemeine Anforderungen an nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben

Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben dürfen nach Art. 3 Abs. 1 der „Health Claims“-Verordnung bei der Kennzeichnung und Aufmachung von Lebensmitteln oder bei der Werbung hierfür nur verwendet werden, wenn sie den Bestimmungen der Verordnung entsprechen. Ihre Verwendung setzt nach Art. 5 der Verordnung grundsätzlich voraus, dass die positive ernährungsphysiologische Wirkung infolge des Vorhandenseins oder Fehlens der Substanz, auf die sich die Angabe bezieht, anhand allgemein anerkannter wissenschaftlicher Daten nachgewiesen wird, dass die fragliche Substanz in signifikant erhöhter oder verringerter Menge enthalten und für den Körper verwertbar ist, sowie dass der vernünftigerweise zu erwartende Verzehr eines Produkts eine solche Menge der Substanz liefert, die geeignet ist, die behauptete ernährungsphysiologische Wirkung zu erzielen. Zudem ist eine Angabe nur zulässig, wenn – so Art. 5 Abs. 2 und 3 der Verordnung – vom durchschnittlichen Verbraucher zu erwarten ist, dass er die positive Wirkung, wie sie in der Angabe dargestellt wird, verstehen kann und sich die Angabe auf das verzehrfertige Lebensmittel bezieht. Ein Lebensmittelunternehmer muss die Verwendung der jeweiligen Angabe begründen und die wissenschaftlichen Unterlagen und Daten auf Verlangen eines Mitgliedstaates vorlegen können (Art. 6). Diese Anforderungen gelten für nährwert- und für gesundheitsbezogene Angaben gleichermaßen.

2. Zusätzliche Voraussetzungen für die Verwendung nährwertbezogener Angaben

Nährwertbezogene Angaben definiert Art. 2 Abs. 2 Ziffer 4 der Verordnung als Angaben, mit denen erklärt, suggeriert oder mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere Nährwerteigenschaften besitzt, etwa aufgrund seines Brennwertes oder der enthaltenen Nährstoffe. Derartige Angaben müssen zusätzlich die im Anhang der Verordnung festgelegten Bedingungen erfüllen (Art. 8 Abs. 1). Dort wird detailliert beschrieben, unter welchen Voraussetzungen Angaben wie z.B. „energiearm“, „fettfrei“ oder „arm an gesättigten Fettsäuren“ verwendet werden dürfen.

3. Zusätzliche Voraussetzungen für die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben

Gesundheitsbezogene Angaben erklären, suggerieren oder bringen mittelbar zum Ausdruck, dass ein Zusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder seinen Bestandteilen einerseits und der Gesundheit andererseits besteht.⁶ Die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben ist verboten. Sie kann jedoch im Einzelfall durch Zulassung oder generell durch Aufnahme in eine Liste erlaubt werden. Eine Zulassung im Einzelfall kann nur erfolgen, wenn die bereits beschriebenen allgemeinen sowie weitere spezifische Anforderungen erfüllt sind (Art. 10 Abs. 1). So muss die Kennzeichnung folgende Informationen enthalten: Einen Hinweis auf die Bedeutung einer ausgewogenen Ernährung und einer gesunden Lebensweise, Informationen zur Menge des Lebensmittels und zum Verzehrhythmus, die erforderlich sind, um die positive Wirkung zu erzielen, einen Hinweis für diejenigen Personen, die dieses Lebensmittel nicht verzehren sollten, sowie einen Warnhinweis, das Produkt nicht in Mengen zu verzehren, die eine Gesundheitsgefahr darstellen könnten (Art. 10 Abs. 2). Gesundheitsbezogene Angaben dürfen zudem nur gemacht werden, wenn sie von der Kommission nach Begutachtung durch die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EBLS) zugelassen worden sind (Art. 10 Abs. 1). Einer Zulassung im Einzelfall bedarf es nur dann nicht, wenn eine Angabe auf der Grundlage etablierter und unumstrittener wissenschaftlicher Erkenntnisse beruht, vom durchschnittlichen Verbraucher richtig verstanden wird und in einer von der Kommission verabschiedeten Liste enthalten ist (Art. 12 Abs. 1).

Jedenfalls unzulässig und nicht genehmigungsfähig sind nach Art. 11 allerdings sogenannte „implizite gesundheitsbezogene Angaben“, die auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels in Bezug auf die allgemeine Gesundheit und das Wohlbefinden verweisen (z.B. „stärkt die Lebenskraft“, „ist

⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Ziff. 5 der vorgeschlagenen Verordnung (Fn. 5).

gesund“, „hält fit“), die sich auf psychische Funktionen oder Verhaltensfunktionen beziehen (z.B. „macht froh“, „entspannender Genuss“, „verleiht Flügel“) oder die sich auf den Rat von Ärzten, von anderen Fachleuten oder von Verbänden im Gesundheitssektor beziehen oder die den Eindruck erwecken, durch Verzicht auf das Lebensmittel könnte die Gesundheit beeinträchtigt werden.

III. Die Vereinbarkeit mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung

1. Die Wahl der Ermächtigungsgrundlage

Es drängt sich zunächst die Frage auf, ob die Europäische Gemeinschaft ermächtigt ist, derartige Regelungen zu erlassen. Nach dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EGV) setzt ein Tätigwerden der Gemeinschaft voraus, dass eine vertragliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. Die Kommission stützt die Verordnung auf Art. 95 EGV. Nach dessen Abs. 1 Satz 2 können Rat und Parlament Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Entsprechend führt Art. 1 Abs. 1 der Verordnung aus, sie diene dazu, das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten.⁷ Gleichzeitig sollen ein hohes Verbraucher-⁸ und Gesundheitsschutzniveau⁹ sichergestellt werden. Die Verfolgung verbraucherschutz- und gesundheitspolitischer Ziele bei der Harmonisierung des Binnenmarktes ist der Gemeinschaft durch Art. 95 Abs. 3 EGV aufgegeben.¹⁰

Dient eine Maßnahme hingegen vor allem dem Verbraucherschutz, kann sie nach der EuGH-Rechtsprechung nur auf Art. 153 Abs. 4, Abs. 3 lit. b EGV gestützt werden,¹¹ wobei die Gemeinschaft dann auf Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung mitgliedstaatlicher Politiken beschränkt ist. Dient eine Maßnahme vor allem dem Gesundheitsschutz, ist sie auf Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV zu stützen, der eine Harmonisierung mitgliedstaatlicher Vorschriften ausdrücklich untersagt.

⁷ Vgl. auch die Begründung des Entwurfs, KOM(2003) 424 endg., Tz. 6 (Fn. 5).

⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Entwurfs sowie Tz. 6 seiner Begründung, KOM(2003) 424 endg. (Fn. 5).

⁹ KOM(2003) 424 endg., S. 37 f., (Fn. 5).

¹⁰ Im Bereich des Verbraucherschutzes korrespondiert mit dieser Querschnittsklausel Art. 153 Abs. 3 lit. a EGV. Danach leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus, indem sie geeignete Maßnahmen im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes erlässt.

¹¹ *Herrnfeld*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 95 EGV, Rdnr. 12.

Auch wenn dem Verbraucher- und dem Gesundheitsschutz im Rahmen von Art. 95 EGV Rechnung zu tragen ist, kann Art. 95 EGV – unter Zugrundelegung der EuGH-Rechtsprechung – daher nur solchen Maßnahmen als Rechtsgrundlage dienen, die die Marktbedingungen nicht nur nebenbei harmonisieren, sondern schwerpunktmäßig darauf abzielen, den Anbietern die binnenmarktweite Vermarktung ihrer Lebensmittel zu ermöglichen oder den Verbrauchern die binnenmarktweite Nachfrage zu erleichtern.¹² Gegen diese vom EuGH zur Ermittlung der zutreffenden Rechtsgrundlage herangezogene Schwerpunkttheorie ist zu Recht eingewendet worden, dass das Binnenmarktziel und die mit einer Maßnahme verfolgten Sachziele, hier Verbraucher- und Gesundheitsschutz, keineswegs im Verhältnis der Alternativität stehen.¹³ Vielmehr bietet die Verfolgung des Binnenmarktziels die Rechtfertigung dafür, dass die Gemeinschaft eine Sachmaterie an sich ziehen und das entsprechende Sachziel verfolgen darf, so dass Binnenmarkt- und Sachziel zwei miteinander verbundene verschiedenartige Schwerpunkte einer Harmonisierungsmaßnahme bilden.¹⁴ Dies bedeutet jedoch meines Erachtens nicht, dass die Schwerpunkttheorie vollständig zu verwerfen wäre. Sie ist vielmehr zu modifizieren.¹⁵ Die Verwirklichung des Binnenmarkts muss zwar nicht den Schwerpunkt, aber immerhin doch einen Schwerpunkt der Maßnahme darstellen.¹⁶ Wird der Herstellung des Binnenmarktes nur marginal und reflexhaft gedient, darf dies nicht dazu führen, dass die Gemeinschaft unter dem Vorwand, eine binnenmarktrelevante Regelung treffen zu wollen, sich Kompetenzen verschafft, die ihr ansonsten verschlossen wären. Diese Überlegung gilt auch und gerade für den Verbraucherschutz. Verbraucherschützende Maßnahmen besitzen regelmäßig Binnenmarktrelevanz und stimulieren die grenzüberschreitende Nach-

¹² EuGH, Rs. C-192/94, *El Corte Inglés*, Slg. 1996, I-1281, Rdnr. 19; *Berg*, in: Schwarze, (Fn. 11), Art. 153 EGV, Rdnr. 15; *Wichard*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 153 EGV, Rdnr. 14 f.

¹³ *Mösl*, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt, EuR 2002, S. 318 (327); ebenso *Nolte*, Die Kompetenzgrundlage der Europäischen Gemeinschaft zum Erlass eines Tabakwerbeverbots, NJW 2000, S. 1144 (1147).

¹⁴ *Mösl*, (Fn. 13), EuR 2002, S. 318 (327).

¹⁵ Im Übrigen wird man auch dann auf die Schwerpunkttheorie zurückgreifen müssen, wenn es um die Ermittlung des einzuschlagenden Rechtssetzungsverfahrens geht. Eine Bestimmung des einschlägigen Verfahrens ist bei einer „Doppelabstützung“ eines Rechtsakts immer dann vorzunehmen, wenn die in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen unterschiedliche Verfahren vorsehen. Den Rückgriff auf das Verfahren, welches die größeren Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments vorsieht, hatte der EuGH zur Stärkung des demokratischen Prinzips zwar angedeutet, die Entscheidung für die betreffende Rechtsgrundlage jedoch im konkreten Fall mit dieser Überlegung gerade nicht begründet (EuGH, Rs. C-300/89, *Titandioxid-Richtlinie*, Slg. 1991, I-2867, Rdnr. 20 ff.). Zudem ist eine Vorrangstellung des Demokratieprinzips vor dem föderalen, mitgliedstaatlichen Prinzip, auf dem die Gemeinschaft gleichermaßen beruht, in den Gründungsverträgen nicht angelegt. Das föderale Prinzip würde hinter dem Demokratieprinzip zurücktreten, wenn das alternativ in Betracht kommende Rechtssetzungsverfahren etwa nur die Anhörung des Parlaments, im Rat jedoch Einstimmigkeit erfordert.

¹⁶ Ähnlich wohl *Selmayr/Kamann/Ablers*, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, S. 49 (57 f.).

frage, da sie für Transparenz sorgen und den Verbrauchern das Vertrauen vermitteln, auch außerhalb ihres Heimatmarktes ein verlässliches Mindestmaß an Schutz vorzufinden.¹⁷ Diese regelmäßig mit dem Verbraucherschutz verknüpfte binnenmarktbefördernde Wirkung kann allein nicht ausreichen, den Anwendungsbereich der Binnenmarktharmonisierungskompetenz zu eröffnen. Die ausdrückliche Beschränkung der Gemeinschaftskompetenz für „rein“ verbraucher-schützende Regelungen nach Art. 153 Abs. 3 lit. b EGV auf unterstützende, ergänzende und überwachende Maßnahmen würde ansonsten regelmäßig überspielt.

Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.¹⁸ Artikel 95 Abs. 1 Satz 2 EGV verschafft der Europäischen Gemeinschaft keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes, sondern dient nur solchen Maßnahmen als Rechtsgrundlage, die das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern.¹⁹ Dies bedeutet nicht, dass die Kompetenz einseitig auf Liberalisierung ausgerichtet ist.²⁰ Es handelt sich um eine „echte, gestalterische“ Gesetzgebung, die auch Einschränkungen wirtschaftlicher Freiheit aus Gründen des allgemeinen Wohls beinhalten kann.²¹ Vorliegend verfolgt die vorgeschlagene Verordnung schwerpunktmäßig auch die Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes. Die erhebliche Zunahme und Vielfalt der auf der Etikettierung von Lebensmitteln verwendeten Angaben birgt die Gefahr, dass einzelstaatliche Regelungen, welche die Verwendung bestimmter nährwert- oder gesundheitsbezogener Angaben verbieten, zu einer Abschottung nationaler Märkte und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen zulasten ausländischer Produkte führen. Eine entsprechende Regelung in § 9 des österreichischen Lebensmittelgesetzes (LMG), die die Verwendung gesundheitsbezogener Angaben einem vorherigen Genehmigungsverfahren unterworfen hatte, hat der EuGH daher im Januar 2003 als gemeinschaftsrechtswidrig eingestuft.²² Auch in einem belgischen Werbeverbot, das gesundheitsbezogene Angaben betraf, hat der EuGH einen Verstoß gegen die Freiheit des Warenverkehrs gesehen.²³

¹⁷ Lurger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 153 EGV, Rdnr. 33; Wichard, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 12), Art. 153 EGV, Rdnr. 6.

¹⁸ Art. 14 Abs. 2; Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV.

¹⁹ EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerberichtlinie*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 83; Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 179; *Selmayr/Kamann/Ahlers*, (Fn. 16), EWS 2003, S. 49 (51).

²⁰ So aber Stein, Die Grundfreiheiten müssen „Freiheiten“ bleiben! – Nochmals zu Tabakwerbeverbot und Gemeinschaftskompetenz, EuZW 2000, S. 337 (338).

²¹ Möstl, (Fn. 13), EuR 2002, S. 318 (324 f.).

²² EuGH, Rs. C-221/00, *Kommission/Österreich*, Slg. 2003, I-1007, Rdnr. 55; Rs. C-421/00, C-426/00 u. C-16/01, *Sterbenz u. Haug*, Slg. 2003, I-1065, Rdnr. 44.

²³ EuGH, Urt. v. 15.7.2004, Rs. C-239/92, *Douwe Egherts*, EWS 2004, S. 463, Rdnr. 59.

Mit einer gemeinschaftsweit einheitlichen Regelung werden solche wettbewerbsverzerrenden Handelshemmnisse vermieden oder, sofern bereits vorhanden,²⁴ beseitigt. Bei einzelstaatlichen Werbeverboten, die regelmäßig Verkaufsmodalitäten im Sinne der „Keck“-Rechtsprechung des EuGH²⁵ darstellen,²⁶ ist die Handelsbeeinträchtigung, wie der EuGH in diesem Zusammenhang wiederholt betont hat, darin zu sehen, dass sie den Zwang nach sich führen, Form oder Inhalt einer Werbekampagne je nach dem betreffenden Mitgliedstaat zu ändern.²⁷ Die Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels resultiert in Ermangelung einer gemeinsamen Regelung aus den Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen.²⁸ Der Zugang zu einem mitgliedstaatlichen Markt wird durch ein nationales Werbeverbot für Lebensmittel beschränkt, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und beworben werden.²⁹ Bei einer gemeinschaftseinheitlichen Regelung werden derartige Marktzugangsbeschränkungen gerade vermieden, so dass sie dem Vorwurf, gegen die Warenverkehrsfreiheit zu verstoßen, nicht ausgesetzt wären. Die geplante gemeinschaftliche Regelung stellt ihrerseits kein Marktzutrittshindernis dar, da die Werbung für Lebensmittel nicht grundsätzlich untersagt wird, sondern lediglich einheitlichen, wenn auch restriktiven Regeln unterworfen wird. Dies unterscheidet den von der Kommission vorgelegten Verordnungsentwurf von der vom EuGH im Jahr 2000 für nichtig erklärten Tabakwerberichtlinie³⁰, die durch ihr weitreichendes Werbeverbot den Marktzugang grundfreiheitswidrig eingeschränkt hatte.³¹

Eine missbräuchliche Berufung auf die Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV wie im Fall des gemeinschaftsrechtlichen Verbots von Tabakwerbung liegt hier nicht vor. Die Gemeinschaft verschafft sich keineswegs unter dem Vorwand, eine binnenmarktrelevante Regelung treffen zu wollen, eine ihr ansonsten verschlossene Kompetenz, sondern ergreift eine Maßnahme, die schwerpunktmäßig dem Funktionieren des Binnenmarktes dient und dabei auch verbraucher- und gesundheitsschutzpolitische Ziele verfolgt. Artikel 95 Abs. 1 Satz 2 EGV ist daher die zutreffende Rechtsgrundlage für den Erlass der geplanten

²⁴ Zu nationalen „Health Claims“-Regelungen vgl. *Sebat/Thomas/Niedwetzki*, How different countries are addressing the labelling of „Health Claims“, ZLR 1999, S. 723 (737 f.).

²⁵ EuGH, verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91, *Keck u. Mithouard*, Slg. 1993, I-6097, Rdnr. 17.

²⁶ EuGH, Urt. v. 15.7.2004, Rs. C-239/92, *Douwe Egberts*, EWS 2004, S. 463, Rdnr. 51.

²⁷ EuGH, Rs. C-241/89, *SARPP*, Slg. 1990, I-4695 Rdnr. 29; EuGH, Urt. v. 15.7.2004, Rs. C-239/92, *Douwe Egberts*, EWS 2004, S. 463, Rdnr. 52.

²⁸ So bereits EuGH, Rs. C-241/89, *SARPP*, Slg. 1990, I-4695 Rdnr. 29 ff.

²⁹ EuGH, Urt. v. 15.7.2004, Rs. C-239/92, *Douwe Egberts*, EWS 2004, S. 463, Rdnr. 52.

³⁰ Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EG Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 9.

³¹ EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerberichtlinie*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 113.

„Health Claims“-Verordnung.³² Eine Umgehung der gemeinschaftlichen Kompetenzgrenzen gemäß Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV und Art. 153 Abs. 2 lit. b EGV findet nicht statt.

2. Die Wahl der Form des Rechtsakts und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Als Instrumente der Rechtsangleichung stehen der Gemeinschaft nach Art. 95 Abs. 1 EGV alle Handlungsformen einschließlich der Verordnung zur Verfügung.³³ Die Wahl der Handlungsform steht damit grundsätzlich im Ermessen von Rat und Parlament.³⁴ Sie unterliegt freilich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 5 Abs. 3 EGV.³⁵ Nach Ziffer 6 des „Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“, das durch den Vertrag von Amsterdam dem EG-Vertrag beigelegt worden ist,³⁶ ist zur Schonung mitgliedstaatlicher Kompetenzen der Erlass einer Richtlinie dem Erlass einer Verordnung vorzuziehen. Ziffer 7 des Protokolls ergänzt, dass bei Maßnahmen der Gemeinschaft für nationale Entscheidungen so viel Raum bleiben soll, wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist.

Das Ziel der Angleichung der unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften über die Verwendung von nährwert- und gesundheitsbezogenen Werbeaussagen wäre ohne weiteres auch durch die Rechtsaktform der Richtlinie zu erreichen.³⁷ In der Vergangenheit ist die Rechtsangleichung im Bereich des Lebensmittel- und Verbraucherschutzrechts überwiegend in Form von Richtlinien erfolgt, etwa durch die Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung³⁸, die Richtlinie 90/496/EWG über die Nährwertkennzeichnung von Lebensmitteln³⁹, die Richtlinie 2000/13/EG über die Etikettierung und Aufmachung von Lebens-

³² Zweifelnd *Sosnitza*, Der Verordnungsvorschlag über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben für Lebensmittel, KOM(2003) 424, v. 16.7.2003, ZLR 2004, S. 1 (18 f.).

³³ *E. Klein*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV), Stand: 7. Lfg., November 1998, Art. 100a EWGV, Rdnr. 6; *Herrnfeld*, in: Schwarze, (Fn. 11), Art. 95 EGV, Rdnr. 23; *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 12), Art. 95 EGV, Rdnr. 12; *Fischer*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 95 EGV, Rdnr. 37.

³⁴ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 12), Art. 249 EGV, Rdnr. 13.

³⁵ *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 297.

³⁶ ABL. EG Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 105.

³⁷ *Gorny*, Der Abschied vom verständigen Durchschnittsverbraucher im Lebensmittel-Werberecht, ZLR 2003, S. 253 (254); *Sosnitza*, (Fn. 32), ZLR 2004, S. 1 (17).

³⁸ ABL. EG Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17, geänd. durch Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997, ABL. EG Nr. L 290 v. 23.10.1997, S. 18.

³⁹ ABL. EG Nr. L 276 v. 6.10.1990, S. 40, zul. geänd. durch Richtlinie 2003/120/EG der Kommission v. 5.12.2003, ABL. EU Nr. L 333 v. 5.12.2003, S. 51.

mitteln⁴⁰ und die Richtlinie 2002/46/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Nahrungsergänzungsmittel⁴¹. Ins Auge fällt vor allem der Unterschied zur Regelung krankheitsbezogener Werbung. Während diese durch Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2000/ 13/EG verboten wird, soll gesundheitsbezogene Werbung durch Verordnung untersagt werden. Die Begründung des Verordnungsentwurfs enthält sich jeglicher Aussagen über die Motive, warum zur Rechtsform der Verordnung gegriffen wird. Es ist auch nicht zu erkennen, dass es aufgrund einer besonders drängenden Gefahr für die Gesundheit der Verbraucher oder wegen der zersplitterten Rechtslage in den Mitgliedstaaten erforderlich wäre, eine rasche Harmonisierung ohne lange Umsetzungsfristen durchführen zu müssen. Unter der Lupe des Prinzips der Verhältnismäßigkeit ist zumindest zweifelhaft, ob das Mittel der Verordnung zur Zielerreichung tatsächlich erforderlich ist.⁴²

3. Die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip

Der auf der Grundlage einer begrenzten Ermächtigung handelnde Gemeinschaftsgesetzgeber ist darüber hinaus auch an das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 2 EGV gebunden, sofern die Kompetenz, von der er Gebrauch macht, keine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz ist. Zwar könnte man die Zuständigkeit zur Regelung des Binnenmarktes deswegen für eine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz halten, weil nur die Gemeinschaft mitgliedstaatliche Regeln im Wege der Rechtsangleichung vereinheitlichen kann.⁴³ Diese Auffassung übersieht jedoch, dass eine Vereinheitlichung nationaler Regelungen nur dann sinnvoll ist, wenn die Mitgliedstaaten von ihren Kompetenzen in den zu harmonisierenden Bereichen Gebrauch gemacht haben oder zumindest Gebrauch machen könnten.⁴⁴ Bei der aus Art. 95 Abs. 1 Satz 2 EGV fließenden Zuständigkeit handelt es sich mithin nicht um eine ausschließliche, die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips ausschließende Gemeinschaftskompetenz.⁴⁵

⁴⁰ Vgl. Fn. 2.

⁴¹ ABl. EG Nr. L 183 v. 12.7.2002, S. 51.

⁴² Kritisch auch *Meisterernst*, Vom Regen in die Traufe, ZLR 2002, S. 569 (573); *Gorny*, (Fn. 37), ZLR 2003, S. 253 (254); *Geiger*, Haribo macht Kinder froh!, EuZW 2004, S. 193.

⁴³ So etwa *Müller-Graff*, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?, ZHR 159 (1995), S. 34 (69 f.); *Schwarz*, Subsidiarität und EG-Kompetenzen – der neue Titel „Kultur“ – Medienvielfalt und Binnenmarkt, AfP 1993, S. 409 (415).

⁴⁴ *Stein*, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft – das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbots-Richtlinie, EWS 2001, S. 12 (16); *Möstl*, (Fn. 13), EuR 2002, S. 318 (345); *Selmayr/Kamann/Ablers*, (Fn. 16), EWS 2003, S. 49 (58).

⁴⁵ EuGH, Rs. C-377/98, *Niederlande/Parlament u. Rat*, Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 31 f.; *Fischer*, in: *Lenz/Borchardt*, (Fn. 33), Art. 95 EGV, Rdnr. 11.

Gemäß dem hier also anwendbaren Subsidiaritätsprinzip darf die Gemeinschaft von einer ihr übertragenen Zuständigkeit nur Gebrauch machen, wenn die Ziele der Maßnahme auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend und auf Gemeinschaftsebene besser verwirklicht werden können. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Zwar könnte dem Verbraucherschutz auch durch nationale Regelungen hinreichend Rechnung getragen werden, die binnenmarktfördernde Wirkung der Rechtsangleichung ergibt sich aber gerade erst durch das gemeinschaftsweit einheitliche Rechtsregime und nicht als Summe divergierender mitgliedstaatlicher Einzelregelungen. Das Subsidiaritätsprinzip ist daher nicht verletzt.

IV. Die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten

In einem nächsten Schritt ist zu fragen, ob die vorgeschlagene Verordnung mit den gemeinschaftlichen Grundfreiheiten im Einklang steht. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern ist auch der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst an die Grundfreiheiten des EG-Vertrags gebunden.⁴⁶ Die Prüfung der Konformität mit den Grundfreiheiten erfolgt bei Maßnahmen zur Harmonisierung des Binnenmarkts jedoch regelmäßig bereits auf der Tatbestandsebene von Art. 95 Abs. 1 Satz 2 EGV. Die Bestimmung ermächtigt die Gemeinschaft zum Erlass von Maßnahmen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Der Binnenmarkt ist gerade durch die Freiheit des grenzüberschreitenden Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet. Dies bedeutet, dass eine gegen eine Grundfreiheit verstoßende Maßnahme bereits den Tatbestand von Art. 95 Abs. 1 Satz 2 EGV verfehlt.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass der EuGH im Rahmen des Tatbestandes von Art. 95 Abs. 1 Satz 2 EGV nicht nur prüft, ob Hemmnisse für die Grundfreiheiten beseitigt werden, sondern zusätzlich, ob eine Wettbewerbsverzerrung vermieden wird. Es handelt sich dabei nämlich nicht um eine alternative Voraussetzung, bei deren Vorliegen der Erlass einer auf Art. 95 EGV gestützten Maßnahme auch ohne Beseitigung von Grundfreiheitshemmnissen gestattet wäre,⁴⁷ sondern um eine kumulative Voraussetzung, die zusätzlich zur Förderung

⁴⁶ EuGH, Rs. C-114/96, *Kieffer und Thill*, Slg. 1997, I-3629, Rdnr. 27; Rs. C-51/93, *Meyhui*, Slg. 1994, I-3879, Rdnr. 11; Rs. C-284/95, *Safety Hi-Tech*, Slg. 1998, I-4301, Rdnr. 63; Rs. C-169/99, *Schwarzkopf*, Slg. 2001, I-5901, Rdnr. 37.

⁴⁷ So liest sich allerdings das Tabakprodukttrichtlinien-Urteil des EuGH, Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 60; so auch *Görlitz*, EU-Binnenmarktkompetenz und Tabakwerbeverbote, EuZW 2003, S. 485 (487).

der Grundfreiheiten erfüllt sein muss.⁴⁸ Das Anliegen der Binnenmarktharmonisierungskompetenz ist die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt.

Wie bereits skizziert, besitzt die vorgeschlagene „Health Claims“-Verordnung die notwendige binnenmarktfördernde Wirkung, die den Anwendungsbereich der Harmonisierungskompetenz eröffnet. Für eine erneute Überprüfung der Maßnahme am Maßstab der Grundfreiheiten besteht mithin kein Bedürfnis.

V. Die Vereinbarkeit mit den Gemeinschaftsgrundrechten

Stehen die Grundfreiheiten dem Erlass der „Health Claims“-Verordnung nicht entgegen, bleibt zu fragen, ob die vorgeschlagenen Regelungen gegen gemeinschaftsrechtliche Grundrechte verstoßen, etwa gegen die Meinungsäußerungsfreiheit, gegen die Informationsfreiheit oder gegen die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung.

1. Meinungsäußerungsfreiheit

a) Eingriff in den Schutzbereich

Der EuGH hat die Meinungsäußerungsfreiheit in ständiger Rechtsprechung unter Anknüpfung an Art. 10 EMRK als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannt.⁴⁹ Auch Werbeinhalte sowie Meinungen und Informationen in einem kommerziellen Kontext fallen in den Schutzbereich dieses Gemeinschaftsgrundrechts.⁵⁰ Indem die „Health Claims“-Verordnung die Verwendung nährwert- und gesundheitsbezogener Angaben auf Lebensmitteln oder in der Lebensmittelwerbung entweder an bestimmte Voraussetzungen knüpft, grundsätzlich verbietet oder unter Erlaubnisvorbehalt stellt, wird in die freie Meinungsäußerung eingegriffen.

b) Rechtfertigung des Eingriffs

Ein Grundrechtseingriff kann jedoch gerechtfertigt sein, sofern die Einschränkung durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage erfolgt, einem legitimen Zweck dient

⁴⁸ EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerberichtlinie*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 95; *Selmayr/Kamann/Ablers*, (Fn. 16), EWS 2003, S. 49 (56).

⁴⁹ *Streinz*, in: ders., (Fn. 17), Art. 11 GR-Charta, Rdnr. 4.

⁵⁰ *Kühling*, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1999, S. 464 ff.; *Streinz*, in: ders., (Fn. 17), Art. 11 GR-Charta, Rdnr. 11.

und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.⁵¹ Als gesetzliche Grundlage soll hier die vorgeschlagene Verordnung dienen. Fraglich ist, ob die mit der Verordnung verfolgten Ziele den Eingriff in Meinungsäußerungsfreiheit rechtfertigen können. Die Kommission führt an, der Verordnungsvorschlag diene u.a. der Verbesserung des freien Warenverkehrs im Binnenmarkt und gewährleiste eine höhere Rechtssicherheit für die Wirtschaftsakteure.⁵² Dem Anliegen der Rechtssicherheit wird mit den vorgeschlagenen Maßnahmen zwar entsprochen, doch lässt sich Rechtssicherheit auch durch ebenso klare, eindeutige und weniger einschneidende Maßnahmen erzielen.⁵³ Entsprechendes gilt für den binnenmarkt-relevanten Harmonisierungsgewinn und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Eine Rechtsvereinheitlichung auf „niedrigerem“ Eingriffsniveau würde den Binnenmarkt in gleichem Ausmaß befördern wie die vorgeschlagene, sehr restriktive Lösung. Die Ziele der Rechtssicherheit und der Verbesserung der Funktion des Binnenmarktes sind mithin nicht in der Lage, den vorliegenden Grundrechtseingriff zu legitimieren.

In Betracht kommen könnte allerdings eine Rechtfertigung aus Gründen des Verbraucher- und Gesundheitsschutzes. Die Regelungen sollen sicherstellen, dass mit nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben auf Lebensmitteln wahrheitsgetreu und aussagekräftig geworben wird. Die zulässigen Informationen über Lebensmittel sollen den Verbraucher in die Lage versetzen, eine sachkundige und angemessene Entscheidung zu treffen. Sie sollen ihm die „richtige Richtung“ im Sinne einer gesunden Ernährung weisen.⁵⁴ Im Hinblick auf die Ziele des Verbraucher- und Gesundheitsschutzes ist zwischen den unterschiedlichen Regelungen im Hinblick auf nährwertbezogene Angaben, spezifisch gesundheitsbezogene Angaben sowie allgemein oder implizit gesundheitsbezogene Angaben zu differenzieren.

(1) Spezifisch gesundheitsbezogene Angaben

In Bezug auf spezifisch gesundheitsbezogene Angaben ist nicht ersichtlich, warum das System einer nachträglichen staatlichen Kontrolle durch ein System des präventiven Genehmigungsverfahrens ersetzt werden muss.⁵⁵ Es bedeutet neben einem gravierenden Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung auch einen enormen bürokratischen Aufwand.⁵⁶ Während die Europäische Kommission von

⁵¹ Vgl. Koenig/Haratsch, Europarecht, (Fn. 35), Rdnr. 94; vgl. auch Art. 52 Abs. 1 GRC.

⁵² Begründung des Entwurfs, KOM(2003) 424 endg., Tz. 6.

⁵³ Sosnitza, (Fn. 3), WRP 2003, S. 669 (674); ders., Haribo macht Kinder froh – und den Brüsseler Amtsschimmel ebenso, EWS 2003, Die erste Seite.

⁵⁴ KOM(2003) 424 endg., S. 38.

⁵⁵ Sosnitza, (Fn. 3), WRP 2003, S. 669 (674); ders., (Fn. 32), ZLR 2004, S. 1 (17).

⁵⁶ Meier, Möglichkeiten und Grenzen von Health Claims anhand des Vorschlags der Kommission für eine „Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel“ und unter

einer Dauer des Zulassungsverfahrens von höchstens sechs Monaten ausgeht,⁵⁷ rechnen Vertreter der deutschen Lebensmittelindustrie mit einer Dauer von rund neun Monaten.⁵⁸ Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss hat daher in seiner Stellungnahme eine Vereinfachung des Zulassungsverfahrens angeregt.⁵⁹ Vom Erfordernis einer Zulassung im Einzelfall ist nur abzusehen, wenn „etablierte und unumstrittene wissenschaftliche Erkenntnisse“ vorliegen und die jeweiligen Angaben in eine Positivliste eingetragen sind. Wissenschaftliche Erkenntnisse werden jedoch selten von allen beteiligten Kreisen akzeptiert und sind daher selten unumstritten.⁶⁰ Besser wäre daher eine Formulierung, wie sie etwa § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a LMBG verwendet, der von „wissenschaftlich hinreichend gesicherten“ Erkenntnissen spricht.⁶¹ Selbst wenn man im Rahmen der Abwägung der widerstreitenden Interessen berücksichtigt, dass es sich vorliegend um kommerzielle Werbeaussagen handelt, die nicht den verstärkten grundrechtlichen Schutz von Äußerungen im politischen Meinungsstreit genießen,⁶² entspricht die Regelung, die die Verwendung spezifisch gesundheitsbezogener Angaben einem vorherigen Zulassungsverfahren unterwirft, von dessen Durchführung nur unter strengsten Voraussetzungen abgesehen werden kann, nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Eine entsprechende österreichische Regelung hat der EuGH als nicht erforderlich und damit als unverhältnismäßig eingestuft.⁶³ Man darf dabei zwar nicht übersehen, dass der gemeinschaftsrechtliche Prüfungsmaßstab in jenem Fall ein anderer war, da die einseitige nationale Regelung ein Hindernis für den freien Verkehr mit Lebensmitteln dargestellt hatte.⁶⁴ Gleichwohl können die Ausführungen des EuGH

Einbeziehung der aktuellen Rechtsprechung, LMuR 2003, S. 160 (166); *Sosnitza*, (Fn. 32), ZLR 2004, S. 1 (15 f.).

⁵⁷ So die Kommissionsvertreterin *Bardenheuer-Rating* in der Anhörung des Ausschusses für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft des Deutschen Bundestages v. 9.2.2004, Prot. Nr. 15/30, S. 38 (42).

⁵⁸ Vgl. die Stellungnahme von *Horst* (Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie) in der Anhörung des Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages, (Fn. 57), Prot. Nr. 15/30, S. 17 (20 f.). – *Sosnitza* rechnet gar mit einer Verfahrensdauer von bis zu zwölf Monaten, 42. Sitzung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages v. 3.3.2004, Prot. Nr. 15/42, S. 23 (25).

⁵⁹ Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 26.2.2004, ABl. EU Nr. C 110 v. 30.4.2004, S. 18, Ziff. 3.3, 4.9.1 und 5.2.

⁶⁰ So auch *Meisterernst*, (Fn. 42), ZLR 2002, S. 569 (581); kritisch auch *Mettke*, Fetischismus Wissenschaft, ZLR 2003, S. 387 (387 f.).

⁶¹ *Meisterernst*, (Fn. 42), ZLR 2002, S. 569 (581); *Sosnitza* (Fn. 32), ZLR 2004, S. 1 (12).

⁶² Vgl. *Kühling*, (Fn. 50), S. 179 f. und S. 466 ff.; vgl. auch GA *Fennelly*, Rs. C-376/98, *Tabakwerberichtlinie*, Schlussanträge v. 15.6.2000, Slg. 2000, I-8419, Nr. 158.

⁶³ EuGH, Rs. C-221/00, *Kommission/Österreich*, Slg. 2003, I-1007, Rdnr. 53 f.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-221/00, *Kommission/Österreich*, Slg. 2003, I-1007, Rdnr. 53; verb. Rs. C-421/00, C-426/00 u. C-16/01, *Sterbenz u. Haug*, Slg. 2003, I-1065, Rdnr. 42.

durchaus gewinnbringend für die hier zu untersuchende Konstellation herangezogen werden. Der EuGH führt nämlich aus, dass „Restrisiken“ für die Gesundheit der Verbraucher, die sich aus gesundheitsbezogenen Angaben auf Lebensmitteln ergeben, durch weniger beschränkende Maßnahmen vermieden werden können, nämlich dadurch, dass Hersteller oder Vertreiber eines Lebensmittels verpflichtet werden, die Richtigkeit der gesundheitsbezogenen Etikettierung in Zweifelsfällen nachzuweisen.⁶⁵ Aus der Sicht des EuGH ist mithin eine Regelung ausreichend, die gesundheitsbezogene Angaben grundsätzlich erlaubt und nur im Einzelfall die Möglichkeit eines Verbots vorsieht.

(2) Allgemein gesundheitsbezogene Angaben

Bezüglich allgemein gesundheitsbezogener Angaben ist bereits die Geeignetheit des generellen Verbots zweifelhaft. Seine verbraucher- und gesundheitsschützende Wirkung ist nicht ohne weiteres ersichtlich.⁶⁶ Nach Auffassung der Kommission sind allgemein gesundheitsbezogene Angaben, wie z.B. „Vitamine für den Geist“, vage und oft bedeutungslos. Da solche Angaben zudem nicht nachprüfbar seien, sollten sie nicht zugelassen werden.⁶⁷ Fraglich ist allerdings, warum der Verbraucher vor bedeutungslosen Informationen zu schützen ist. Sollte eine dieser Angaben sich als irreführend erweisen, so fällt sie ohnehin bereits unter die Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung⁶⁸, so dass es eines verdoppelten Schutzes nicht bedarf.⁶⁹

In Betracht zu ziehen ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die enorme Reichweite des Verbots allgemein gesundheitsbezogener Werbung,⁷⁰ auch wenn die Europäische Kommission mittlerweile andeutet, eine enge Auslegung anstreben zu wollen.⁷¹ Unter den Begriff der „Angabe“ fallen nach Art. 2 Abs. 2 Ziffer 1 der Verordnung auch bildliche Darstellungen. „Gesundheitsbezogene Angaben“ sind gemäß Art. 2 Abs. 2 Ziffer 5 solche, die erklären, mittelbar zum Ausdruck bringen oder auch nur suggerieren, dass ein Zusammenhang zwischen einem Lebensmittel und der Gesundheit besteht. Man könnte daher bereits in der

⁶⁵ EuGH, Rs. C-221/00, *Kommission/Österreich*, Slg. 2003, I-1007, Rdnr. 49; verb. Rs. C-421/00, C-426/00 u. C-16/01, *Sterbenz u. Haug*, Slg. 2003, I-1065, Rdnr. 38.

⁶⁶ Zweifelnd ebenfalls *Sosnitza*, (Fn. 3), WRP 2003, S. 669 (674).

⁶⁷ Begründung des Entwurfs, KOM(2003) 424 endg., Tz. 19.

⁶⁸ Vgl. Fn. 38.

⁶⁹ Die „Health Claims“-Verordnung bestimmt in Art. 1 Abs. 3, dass nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben, die den Bestimmungen der Verordnung nicht entsprechen, als irreführende Werbung im Sinne der Richtlinie 84/450/EWG gelten.

⁷⁰ *Meier*, (Fn. 56), LMuR 2003, S. 160 (161).

⁷¹ Vgl. die relativierenden Äußerungen des Kommissionsvertreters *Sabathil* in der Anhörung des Europaausschusses des Deutschen Bundestages, (Fn. 58), Prot. Nr. 15/42, S. 18 (19).

Darstellung eines Verbrauchers, der nach dem Genuss einer Tasse Tee oder Kaffee verückt und wohligh lächelt, eine unzulässige und nicht zulassungsfähige Angabe darüber erblicken, dass der Verzehr des betreffenden Lebensmittels das allgemeine Wohlbefinden steigert. Zumindest eine derart weite Auslegung des Verbots allgemein gesundheitsbezogener Angaben wäre eklatant unangemessen.

Sollte das Verbot allgemein gesundheitsbezogener Angaben tatsächlich verabschiedet werden, müsste sich die Europäische Gemeinschaft zudem vorwerfen lassen, mit zweierlei Maß zu messen. Während die Tabakprodukttrichtlinie Tabakherstellern zwingend vorschreibt, allgemein gesundheitsbezogene Angaben, wie etwa „Rauchen fügt Ihnen und den Menschen in Ihrer Umgebung erheblichen Schaden zu“⁷², wobei es sich der Sache nach um nichts anderes als die allgemeine Aussage „Rauchen ist ungesund“ handelt, werden gleichzeitig Angaben wie „Obst ist gesund“ verboten. Es ist schwer nachvollziehbar, warum ein Hinweis, dass ein Produkt gesund ist, wegen seiner Bedeutungslosigkeit untersagt werden soll, wohingegen einem Hinweis darauf, dass ein Produkt ungesund ist, so viel Bedeutung beigemessen wird, dass er zwingend auf allen Verkaufsverpackungen von Tabakprodukten anzubringen ist.

(3) Nährwertbezogene Angaben

Die Aufstellung einer Positivliste für nährwertbezogene Angaben im Anhang der Verordnung ist ebenfalls heftiger Kritik ausgesetzt, da solche Listen selten umfassend seien und dem Verbraucher die Kriterien, wann ein Lebensmittel nach der Verordnung etwa als „leicht“ oder als „natriumarm“ eingestuft werden kann, ohnehin nicht bekannt seien.⁷³ Man mag diese Einwände zwar nicht vollständig von der Hand weisen können, jedoch stehen nach Ansicht des Verfassers die aus der Aufstellung einheitlicher und verlässlicher Standards folgenden Vorteile für den Verbraucher noch in einer angemessenen Relation zur beschränkenden Wirkung der Maßnahme.⁷⁴ Die Regelungen in Bezug auf nährwertbezogene Angaben sind aus dem Blickwinkel der Meinungsäußerungsfreiheit nicht zu beanstanden.

c) Zwischenergebnis

Festhalten lässt sich, dass die Freiheit der Meinungsäußerung durch die vorgeschlagene Regelung über die Zulassung spezifisch gesundheitsbezogener Angaben

⁷² Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen, ABl. EG Nr. L 134 v. 17.5.2001, S. 26.

⁷³ Vgl. *Meisterernst*, (Fn. 42), ZLR 2002, S. 569 (581 f.).

⁷⁴ Anders aber *Reinhart*, (Fn. 3), LMuR 2002, S. 159 (163).

sowie durch das ausnahmslose Verbot allgemein gesundheitsbezogener Angaben in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt wird.⁷⁵ Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Verwendung nährwertbezogener Angaben sind im Interesse einer zuverlässigen und europaweit einheitlichen Verbraucherinformation gerechtfertigt und verletzen die Meinungsfreiheit nicht.

2. Informationsfreiheit

Auch die Informationsfreiheit ist in der Rechtsprechung der EuGH als Gemeinschaftsgrundrecht anerkannt.⁷⁶ Neben diese grundrechtliche Gewährleistung tritt eine spezifisch verbraucherschutzrechtliche Verbürgung. Artikel 153 Abs. 1 EGV weist die Förderung des Rechts auf Information als Ziel des gemeinschaftlichen Verbraucherschutzes aus.⁷⁷ Wird durch die vorgeschlagene „Health Claims“-Verordnung die Verbreitung bestimmter Informationen verboten oder vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht, liegt darin ein Eingriff in die Informationsfreiheit sowohl der Verbraucher als auch der Lebensmittelunternehmer.

Hinsichtlich der möglichen Rechtfertigung dieses Grundrechtseingriffs ist nur eine ergänzende, auf die Informationsfreiheit bezogene Überlegung anzufügen. Mit dem Verbot allgemein gesundheitsbezogener Angaben werden dem Verbraucher etwa Informationen über die belebenden und anregenden Wirkungen von Traubenzucker oder Koffein auf seinen Körper sowie auf seine geistigen und psychologischen Funktionen verwehrt, und dies selbst dann, wenn derartige Aussagen wissenschaftlich gesichert sind.⁷⁸ Ein derartiger Schutz des Verbrauchers vor wahren Informationen⁷⁹ ist nicht geeignet, Grundrechtseingriffe zu legitimieren.⁸⁰

3. Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung

Zu den gemeinschaftsrechtlich geschützten Grundrechten zählt auch die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung.⁸¹ Werden den Lebensmittelunternehmen Vor-

⁷⁵ *Meisterernst*, Europäische Gesetzgebung auf Abwegen – eine kritische Betrachtung der laufenden Vorhaben zu Health Claims, Anreicherung, Herbals, ZLR 2004, S. 43 (55 f.).

⁷⁶ EuGH, Rs. C-159/90, *Grogan*, Slg. 1991, I-4685, Rdnr. 31; vgl. auch Art. 11 Abs. 1 Satz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 7.10.2000 (GRC), ABl. EG Nr. C 364 v. 18.12.2000, S. 1.

⁷⁷ *Gorny*, (Fn. 37), ZLR 2003, S. 253 (256).

⁷⁸ *Gorny*, (Fn. 37), ZLR 2003, S. 253 (257).

⁷⁹ Vgl. *Meisterernst*, (Fn. 42), ZLR 2002, S. 569 (570).

⁸⁰ *Gorny*, (Fn. 37), ZLR 2003, S. 253 (257).

⁸¹ EuGH, Rs. 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rdnrn. 32 f.; Rs. 234/85, *Keller*, Slg. 1986, 2897, Rdnr. 8; Rs. 222/86, *Heylens*, Slg. 1987, 4097, Rdnr. 14; verb. Rs. C-132/91, C-138/91 u. C-139/91, *Katsikas u.a.*,

gaben über die Bewerbung und Aufmachung ihrer Produkte gemacht, liegt hierin ein Eingriff in diese Freiheitssphäre. Auch hier gilt weitgehend das bereits an anderer Stelle zur Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regelungen Gesagte. Zu ergänzen ist, dass kleine und mittlere Unternehmen finanziell überfordert sein dürften, wenn von ihnen für die Zulassung spezifischer gesundheitsbezogener Angaben ein Nachweis allgemein akzeptierter wissenschaftlicher Daten verlangt wird (Art. 6 Abs. 1 und 3). Sie dürften kaum in der Lage sein, den hierfür erforderlichen wissenschaftlichen und sonstigen Beratungsaufwand zu betreiben.⁸²

4. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist letztlich, dass das ausnahmslose und weitreichende Verbot allgemein gesundheitsbezogener Angaben sowie das Zulassungserfordernis in Bezug auf spezifisch gesundheitsbezogene Angaben unverhältnismäßig sind und mithin Verstöße gegen die Grundrechte der Meinungsäußerungsfreiheit, der Informationsfreiheit sowie der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung vorliegen. Die Regelungen in Bezug auf nährwertbezogene Angaben sind aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt und stellen keine Grundrechtsverletzung dar.

VI. Fazit

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kommt es bislang bei der Beurteilung von Werbeaussagen und Produktinformationen darauf an, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher die Angabe auffassen wird.⁸³ Auch wenn die vorgeschlagene „Health Claims“-Verordnung gemäß Art. 2 Abs. 2 Ziffer 8 auf einen mit durchschnittlicher Sorgfalt handelnden, angemessen sachkundigen und verständigen Verbraucher abstellt, sprechen die nachfolgenden Regelungen des Verordnungsentwurfs eine andere Sprache. Die Kommission scheint einen Paradigmenwechsel im europäischen Verbraucherschutzrecht zu vollziehen,⁸⁴ der sich nach Ansicht des Verfassers bereits mit der Tabakproduktrichtlinie⁸⁵ und der Tabakwerberichtlinie⁸⁶ angedeutet hat.

Slg. 1992, I-6577, Rdnr. 32; Rs. C-280/93, *Bananenmarktordnung*, Slg. 1994, I-4973, Rdnr. 78; vgl. auch Art. 15 und Art. 16 GRC.

⁸² Gorny, (Fn. 37), ZLR 2003, S. 253 (263).

⁸³ EuGH, Rs. C-470/93, *Mars*, Slg. 1995, I-1923, Rdnr. 24; Rs. C-210/96, *Gut Springenbeide und Tusky*, Slg. 1998, I-4657, Rdnrn. 31, 37; Rs. C-303/97, *Verbraucherschutzverein/Sektellerei G. C. Kessler*, Slg. 1999, I-513, Rdnr. 36; verb. Rs. C-421/00, C-426/00 u. C-16/01, *Sterbenz u. Haug*, Slg. 2003, I-1065, Rdnr. 43.

⁸⁴ So auch Meier, (Fn. 56), LMuR 2003, S. 160 (166 f.); Sosnitzer, (Fn. 3), WRP 2003, S. 669 (674).

⁸⁵ Richtlinie 2001/37/EG (Fn. 72), ABl. EG Nr. L 134 v. 17.5.2001, S. 26.

Der Verbraucher soll nicht mehr nur informiert werden, um eigenverantwortlich eine autonome Entscheidung für oder gegen ein Produkt treffen zu können. Gewollt ist auch Verbrauchernerziehung⁸⁷, was die Kommission unumwunden zugibt, wenn sie im Folgenabschätzungsbogen zum vorgelegten Verordnungsentwurf davon spricht, den Verbraucher in die richtige Richtung weisen zu wollen.⁸⁸ Der Vorschlag der Kommission ist gewiss gut gemeint. Aber bekanntlich ist einem geflügelten Wort zufolge „gut gemeint“ oft das Gegenteil von „gut“. Es soll mit dieser Kritik am Verordnungsentwurf keineswegs ein vermeintlich besonders schutzwürdiges „Recht auf ungesunde Ernährung“ propagiert werden, vielmehr geht es um den mündigen Verbraucher, den es vor einer paternalistischen Verbraucherschutzpolitik⁸⁹ der Europäischen Gemeinschaft in Schutz zu nehmen gilt.

⁸⁶ Vgl. Fn. 30; Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EG Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 9.

⁸⁷ *Meisterernst*, (Fn. 42), ZLR 2002, S. 569 (579 f.).

⁸⁸ KOM(2003) 424 endg., S. 38.

⁸⁹ *Gorny*, (Fn. 37), ZLR 2003, S. 253 (258), wirft der Kommission vor, von einem „paternalistischen Verbraucherleitbild“ auszugehen.

